
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 66 | GODINA LII | 2014

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

Nº 66 | YEAR LII | 2014

NIŠ, 2014.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2014.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

Prof. dr Slobodanka
Konstantinović Vilić Prof. dr
Dragan Čorbić Prof. dr Mirko
Živković Prof. dr Nevena
Petrušić Prof. dr Srđan
Golubović Prof. dr Goran
Obradović

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva Prof. dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg Austrija

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije

Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija

Grucina Ljudmila Jürjevna, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije

Prof. dr Anatolij Kapustin, profesor
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske
federacije

Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloo, Bafalo, SAD Selivon Nikolaï
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-
industrijskoj komori Ukrajine

Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović

Prevodi: Gordana Ignjatović

Lektura: Milena Jovanović

Tehnički urednik: Nenad Milošević

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2014

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Editorial Board Members

(Faculty of Law): Prof.

dr Slobodanka

Konstantinović Vilić

Prof. dr Dragan Čorbić

Prof. dr Mirko Živković

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Srđan Golubović

Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

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

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

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

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

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

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

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

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

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Milena Jovanović

Desktop publishing: Nenad Milošević

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

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

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

SADRŽAJ

Uvodna reč..... 9

I ČLANCI

U FOKUSU MEDICINSKO PRAVO

Jakov RADIŠIĆ

Pravna kvalifikacija medicinski
neindikovanog hirurškog zahvata obavljenog
na insistiranje pacijenta..... 13

Vesna TATIĆ KLAJN

Pravičan izbor uzorka ljudi kao ispitanika
biomedicinskih i kliničkih istraživanja..... 29

Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ Hemijska kastracija
– prihvatljivo sredstvo za sprečavanje krivičnih dela protiv polne
slobode prema maloletnim licima 52

Nevena PETRUŠIĆ, Momčilo GRUBAČ

Uzajamni odnos postupka pred Poverenikom za
zaštitu ravnopravnosti i drugih
antidiskriminacionih postupaka..... 72

Saša KNEŽEVIĆ

Suđenje u odsustvu okrivljenog..... 93

Predrag CVETKOVIĆ

Ugovorni režim javno-privatnog partnerstva: sui
generis karakter kao posledica holističkog pristupa.. 111

Dragan JOVAŠEVIĆ

Politika suzbijanja kriminaliteta..... 127

Ljubica NIKOLIĆ

Vrednovanje običnih i povlašćenih akcija 146

Mileva ANĐELKOVIĆ

Fiskalni saveti kao mehanizam
uspostavljanja fiskalne discipline..... 170

Srđan GOLUBOVIĆ Fiscal Aspects of The European Monetary Integration	191
Nebojša RANĐELOVIĆ, Predrag JELENKOVIĆ Pravna regulativa, istorijski i politički aspekti lobiranja – Srbija i države u okruženju.....	209
Dejan JANIĆIJEVIĆ Sadržina arbitražnog sporazuma – fakultativni elementi kao sredstvo ispoljavanja ugovorne slobode	220
Suzana MEDAR Opseg logike u tumačenju prava	238
Marija IGNJATOVIĆ Evolutivni razvoj građanskog sudskog postupka u rimskom pravu	258
Aleksandar MOJAŠEVIĆ Ekonomska analiza pojedinih rešenja iz nacрта Zakona o posredovanju u rešavanju sporova	275
Darko GOLIC Međuopštinske zajednice kao poluregionalne (kvazi)vlasti	294

II SUDSKA PRAKSA

Andelija TASIĆ Naknada nematerijalne štete u antidiskriminacionim parnicama– komentar sudske odluke.....	314
---	-----

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Milica VUČKOVIĆ Naslednopravni položaj supružnika u pravu Srbije ..	328
Sanda ĆORAC Sudski postupak i pravo deteta na izražavanje mišljenja	345
Ivan ILIĆ Procesna zaštita maloletnih žrtava zlostavljanja i zanemarivanja	364
Uputstvo za autore	383

CONTENTS

Editor's Introductory Note	10
----------------------------------	----

I ARTICLES

IN FOCUS

MEDICAL LAW

Jakov RADIŠIĆ

Legal Qualification of a Medically Indicated Surgical Procedure Performed upon Patient's Insistence.....	13
---	----

Vesna KLAJN -TATIĆ

Equitable Sampling of Participants in Biomedical Research and Clinical Experiments.....	29
--	----

Dušica Miladinović-Stefanović

Chemical Castration: It is an Acceptable Solution for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors? ..	52
---	----

Nevena PETRUŠIĆ, Momčilo GRUBAČ

The Correlation between the Complaint Procedure before the Commissioner for the Protection of Equality and other Anti-discrimination Proceedings	72
--	----

Saša KNEŽEVIĆ

Trial in Absentia	93
-------------------------	----

Predrag CVETKOVIĆ

Contractual Framework of Private-Public Partnership: The sui generis Nature of PPP as a result of the Holistic Approach ...	111
--	-----

Dragan JOVAŠEVIĆ

Criminal Policy: Basic Concepts.....	127
--------------------------------------	-----

Ljubica NIKOLIĆ

Valuation of Common and Preferred Stocks.....	146
---	-----

Mileva ANĐELKOVIĆ

Fiscal Councils as a Mechanism for Establishing Fiscal Discipline	170
--	-----

Srđan GOLUBOVIĆ

Fiscal Aspects of the European Monetary Integration	191
---	-----

Nebojša RANĐELOVIĆ, Predrag JELENKOVIĆ Legal, Historical and Political Aspects of Lobbying in Serbia and the Neighbouring Countries.....	209
Dejan JANIĆIJEVIĆ The Content of Arbitration Agreement: Facultative Elements as an Instrument for Exercising Contractual Freedom	220
Suzana MEDAR The Latitude of Logic in Legal Hermeneutics	238
Marija IGNJATOVIĆ Evolutive Development of Civil Procedure in Roman Law....	258
Aleksandar MOJAŠEVIĆ Economic Analysis of Certain Legal Solutions in the Draft Mediation Act	275
Darko GOLIĆ Inter-municipal Communities as Semi-regional (Quasi) Governments	294

II JUDICIAL PRACTICE

Anđelija TASIĆ Non-pecuniary Damages in Anti-discrimination Disputes: A Commentary on a Judicial Decision	314
--	-----

IV PHD STUDENTS' PAPERS

Milica VUČKOVIĆ Hereditary Position of a Spouse in Serbian Legislation.....	328
Sanda ĆORAC The Right of the Child to Express Opinion in Judicial Proceedings	345
Ivan ILIĆ Procedural Protection of Juvenile Victims of Negligence and Abuse	363
Guidelines for Authors.....	383

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Redakcioni odbor Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu želi da obavesti naučnu i stručnu javnost da je naša periodična publikacija, koja je kategorisana kao vodeći naučni časopis nacionalnog značaja (M51), uvrštena u EBSCO bazu podataka (<http://www.ebsco.com>), kao i da se može pretraživati preko elektronske baze HeinOnLine (<http://heinonline.org/HOL/Welcome>). Časopis je, takođe, dostupan u integralnom tekstu (PDF format) na internet stranici Pravnog fakulteta u Nišu (<http://www.prafak.ni.ac.rs>), a sadržaj svih brojeva može se videti na linku Srpskog citatnog indeksa (<http://scindeks.ceon.rs/issue.aspx?issue=11450>).

Uprkos obavezama u recenzentskom postupku, tehničkoj redakciji i korekturi radova, zadovoljstvo nam je da se broj prispelih radova značajno povećao, pa stoga najavljujemo veći broj svezaka za 2014. godinu. Nova dinamika izlaženja biće uredno registrovana, a za nas će to predstavljati dodatni impuls u nastojanju da sadržaj časopisa obogatimo i unapredimo naučnim radovima domaćih i stranih autora.

U Nišu, maj, 2014.

*Prof. dr Irena Pejić,
glavni i odgovorni urednik*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The Editorial Board of the Collection of Papers of the Law Faculty in Niš would like to notify the scientific and professional public that our periodical has been ranked among the leading scientific journal of national interest (M51) and entered into the EBSCO database (<http://www.ebsco.com>). The journal may be accessed through the HeinOnline electronic journals database (<http://heinonline.org/HOL/Welcome>). The articles are also available (in pdf format) at the Internet webpage of the Law Faculty in Niš (<http://www.prafak.ni.ac.rs>). The content of all previous issues of the Collections of Papers of the Law Faculty in Niš is accessible via the Serbian Citation Index link (<http://scindeks.ceon.rs/issue.aspx?issue=11450>).

Despite ample responsibilities in the peer-review process, technical editing and proofreading, we are delighted that there has been a significant increase in the number of submitted articles. For this reason, we are pleased to announce several issues of the Law Faculty Journal in the year 2014. The Editorial Board will post information on the new publication dynamic, which will be an added impetus in our endeavours to diversify the content and promote the professional rank of this journal by publishing articles of national and foreign scholars alike.

Niš, May 2014

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

ČLANCI

U FOKUSU
MEDICINSKO PRAVO

Dr Jakov Radišić,
Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Kragujevcu (u penziji)

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 616-089.15:174

Rad primljen: 20.02.2014.

Rad prihvaćen: 15.04.2014.

PRAVNA KVALIFIKACIJA MEDICINSKI NEINDIKOVANOG HIRURŠKOG ZAHVATA OBAVLJENOG NA INSISTIRANJE PACIJENTA

Apstrakt: Legitimni hirurški zahvat u čovekovo telo pretpostavlja tri bitna uslova: 1) medicinsku indicaciju zahvata; 2) pristanak obaveštenog pacijenta na zahvat; 3) postupanje lekara (hirurga) prema pravilima struke i pažljivo. Ako neki od tih uslova nedostaje, hirurški zahvat ima karakter lekarske greške što povlači odgovornost lekara. To je čvrst pravni stav, koji je dovoljno razjašnjen i u našoj domaćoj stručnoj literaturi.

Nije, međutim, u dovoljnoj meri razjašnjen odnos između medicinske indicacije zahvata i pacijentovog prava na samoodređenje u odnosu na vlastito telo. U tom kontekstu, nameću se tri praktična pitanja. Prvo, da li pacijentovo pravo na samoodređenje podrazumeva i mogućnost da pacijent učestvuje u određivanju medicinske indicacije postupka za njegovo lečenje, ili se to pravo svodi isključivo na ovlašćenje da pristane ili ne pristane na ono što mu lekar predloži. Drugo, može li pristanak ili čak uporno nastojanje pacijenta da opravda hirurški zahvat u njegovo telo koji nije medicinski indikovano? Pri tom su moguće dve različite situacije, tj. da je lekar svestan nedostatka indicacije zahvata ili da pogrešno smatra da indicacija postoji. Treće, može li pacijent, zahvaljujući svome pravu samoodređenja, da preuzme na sebe odgovornost za hirurški zahvat u svoje telo koji, po mišljenju lekara, nije medicinski indikovano? Drugim rečima, može li se odgovornost lekara za

medicinski zahvat sporazumom između njega i pacijenta unapred isključiti?

Na osnovu sprovedenih istraživanja, autor će zaključiti da neindikovani hirurški zahvat u pacijentovo telo predstavlja pravno nedopustiv čin, lekarsku grešku, koja povlači odgovornost. Ni uporno nastojanje pacijenta da se takav zahvat obavi nije u stanju da promeni njegovu protivpravnu prirodu. Jer lekar ima i pravnu i moralnu obavezu da pre bilo kakvog zahvata u pacijentovo telo postavi njegovu medicinsku indikaciju. Ako neindikovanim postupkom nanese štetu pacijentovom zdravlju, sleduje mu odgovornost koja se, po pravilu, ne može unapred ni sporazumno isključiti.

Ključne reči: *Medicinska indikacija, pristanak pacijenta na medicinsku meru, lekarska greška, odgovornost.*

1. Pojam i granice medicinske indikacije

Dopušten zahvat u čovečije telo pretpostavlja neki razuman razlog ili cilj. I upravo taj razlog što iziskuje ili nalaže preduzimanje zahvata kao celishodne (podesne) mere za postizanje željenog cilja, naziva se njegovom indikacijom. Zahvat je medicinski indikovano ako je njegov cilj postavljanje dijagnoze neke bolsti, lečenje ili ublažavanje patnji, i ako je pacijet u stanju da ga podnese (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Kratko rečeno, medicinski je indikovano svaki zahvat koji je u interesu zdravlja onog lica na kome se obavlja.

Pre nego što pacijentu predloži određenu terapiju, lekar je dužan da postavi njenu medicinsku indikaciju, a postavljanje indikacije čini neposredni, sastavni deo dijagnostike. S obzirom na razvoj medicine, pre svega u oblasti operacija, postavljanje indikacije pretrpelo je znatnu promenu. Sa svakom novom operativnom tehnikom nameće se iznova i pitanje indikacije (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Po svome karakteru, indikacija može biti apsolutna ili relativna. Apsolutna indikacija postoji u situacijama koje iziskuju hitno preduzimanje određene medicinske mere radi održavanja života pacijentovog, kao što je, na primer, slučaj kod jakog krvarenja ili pretećeg gušenja (Bünthe, 1985: 21). Nasuprot tome, stoje apsolutne kontraindikacije koje ne dopuštaju nikakav hirurški zahvat pod narkozom, jer ga pacijent može samo izuzetno da izdrži.

Takav je, na primer, slučaj sa bolesnicima koji su pretrpeli snažan infarkt. Između ove dve krajnosti stoji relativna indikacija koja se vezuje za zahvate koji se ne moraju odmah preduzeti (Bünthe, 1985: 21).

Granice medicinske indikacije proističu iz objektivnih i subjektivnih faktora konkretnog pacijenta, ali opštevažećih normi o tome nema (Bünthe, 1985: 21). Odluku o izboru postupka lečenja donosi, u krajnjoj liniji, odgovorni lekar ili konzilijum lekara, zajedno sa pacijentom. Objektivni pokazatelji za granice indikacije su dijagnoza i prognoza koju treba postaviti za slučaj da se zahvat izvrši i za slučaj da on izostane (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Pitanje indikacije je, u isti mah, i pitanje odmeravanja interesa (Engisch, 1958: 7). Rizik nameravanog zahvata, težina, izgled na uspeh i cilj koji se želi postići, treba da budu u prikladnom i razumnom odnosu. Zna se, na primer, da izvesni operativni zahvati izazivaju kod pacijenta stanje koje vodi ka novim tegobama, ali su one od manjeg značaja prema osnovnoj bolesti. Takav je slučaj kad se odstranjuje ceo želudac pacijentov koji je zahvaćen karcinomom (Bünthe, 1985: 20).

Vodeći računa o subjektivnim faktorima pacijenta, lekar treba da utvrdi da li je pacijent podesan za određenu terapijsku meru ili operaciju. Podesnim se smatra onaj pacijent za koga je, posle brižljivog kliničkog ispitivanja, utvrđeno da je fizički u stanju da odgovarajući zahvat izdrži. Ali podesnost podrazumeva i očekivanje ili nadanje da se određenom terapijskom merom bolest pacijentova izleči ili barem ublaži. Ako se kod nameravane operacije verovatan terapijski uspeh ne može očekivati, lekar treba da se ograniči na konzervativni način lečenja ili na ublažavanje patnji (tzv. palijativno lečenje) (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453).

Ranije je važno pravilo „nikakav zahvat bez postavljanja odgovarajuće medicinske indikacije“. Danas se, međutim, obavljaju i zahvati kod kojih postavljanje medicinske indikacije potpuno izostaje, kao što je, na primer, slučaj kod kozmetičkih operacija ili operacija kod kojih se indikacija svodi na psihološke razloge (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 453). Poslednjih godina sve je veći broj lekarskih zahvata koji nisu medicinski indikovani, kao što su, na primer, prenatalna dijagnostika, analiza genoma, inseminacija, veštačko oplodjenje *in vitro* i transfer embriona (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 454). Međutim, dalje izlaganje

biće ograničeno na zahvate kod kojih je medicinska indikacija bitna pretpostavka, tj. na zahvate koji imaju terapijski cilj.

2. Medicinska indikacija i lekareva sloboda terapije

Sudska praksa i pravna teorija priznaju načelo lekareve slobode terapije (Laufs, 1999: 625-633). Međutim, ta sloboda nije apsolutna, jer pravo nalaže da se primenjuju samo mere koje su „u skladu sa važećom zdravstvenom doktrinom i kodeksom profesionalne etike“.¹ To ne znači da je lekar dužan da se drži isključivo vladajućeg stanovišta u okviru zvanične medicine, jer mogućnost izbora između više načina lečenja predstavlja nužan uslov daljeg razvoja medicinske prakse. S druge strane, primenu terapije koja je prema aktuelnom stanju naučnih znanja optimalna lekar ne sme olako odbiti; svoje uverenje da je u konkretnom slučaju bolje izabrati drugu vrstu lečenja on mora potkrepiti osnovanim razlozima. Među te razloge spada i verovanje da je u rukama svakog lekara najbolja ona terapija kojom on lično najbolje gospodari, i sa kojom ima najveće iskustvo (Mertens, 1980: 391). Ukoliko se, pak, radi o metodi ili postupku kojim potpuno ne vlada, lekar je dužan da pacijenta uputi kompetentnom kolegi.

Sloboda terapije nije privilegija lekara, nego je pravo u korist drugoga, tj. pacijenta (Laufs, 1999: 626). Ona dopušta lekaru da izabere one medicinske mere koje su, po njegovom uverenju, od najveće moguće koristi za pacijenta. Kao prostor za ocenu, sloboda terapije je potrebna radi zaštite i pacijenta i lekara. Bez nje bi obojica bili potčinjeni nekom propisanom standardu, koji se uvek upravlja prema statističkom tipu, i iz kojeg ne mora ništa neposredno da proizađe za konkretan slučaj (Buchborn, 1993: 330). Statistički standard kvaliteta industrijske proizvodnje ne može se porediti sa standardom u medicinskoj delatnosti, jer „ne postoji standardan pacijent, sa standardnom bolešću koju bi mogao da izleči jedino standardni lekar, standardnim postupkom (Seidler, 1998: 153, 161).

Srž odgovornog izbora terapije čini savesno odmeravanje koristi i rizika onog postupka koji dolazi u obzir, i njegovo upoređivanje sa drugim priznatim postupcima. Ako u obzir dolaze više različitih postupaka lečenja, lekar je, u ok-

1 Čl. 169. st. 1. Zakona o zdravstvenoj zaštiti Srbije, Službeni glasnik RS 107/2005, 57/2011

viru svoje slobodne procene, dužan da se drži „principa najsigurnijeg puta“ (Mertens, 1980: 395). U slučaju da svi mogući postupci obećavaju podjednako verovatan uspeh, treba da izabere terapiju koja je najmanje rizična, a između podjednako rizičnih – onu sa najvećim izgledima na uspeh. Ipak, nije moguće postaviti čvrsto pravilo, u smislu da veći rizik treba da bude povezan i sa većim izgledom za izlečenje (Mertens, 1980: 395). Načelno, terapija sa visokim rizikom dolazi u obzir samo kad je u pitanju oboljenje koje izaziva znatne opasnosti po zdravlje i život pacijenta; ako je ta opasnost mala, smatra se da ne bi trebalo koristiti riskantnu metodu lečenja (Mertens, 1980: 395). Uz sve to, valja reći da pacijent ima pravo na optimalno lečenje, prema najnovijim dostignućima medicinske nauke i prakse. No, granice kvaliteta lečenja zavise i od materijalnih mogućnosti društva, odnosno pacijenta.

Prema rasprostranjenom gledištu u pravnoj literaturi, sloboda terapije može se svesti na tri elementa. Prvo, lekar ima sam da odluči da li je terapija uopšte potrebna. Drugo, lekar ne sme biti prinuđen da primeni metod ili lek koji protivreči njegovoj savesti. I konačno, lekar ima uvek zadatak da izabere one dijagnostičke i terapijske metode koje mu izgledaju podesnim (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 18).

3. Medicinska indikacija i pristanak pacijenta na zahvat

Lekareva sloboda izbora terapije ograničena je pacijentovim pravom samoodređenja. Pacijent ima pravo da na predloženu medicinsku meru pristane ili ne pristane, čak i u slučaju kad se njome spasava ili održava njegov život.² Pošto pravni poredak ne dopušta lečenje protivno izričitoj volji pacijenta, lekar treba da odustane od medicinskog tretmana iako je on vitalno indikovano, jer nije odlučujuća medicinska indikacija načina lečenja, nego volja pacijenta. Samo je ona u stanju da opravda zahvat u pacijentovo telo - *Volent non fit iniuria*.³ To donekle liči na pravo naručioca posla kod ugovora o delu da vrši nadzor nad obavljanjem posla i da daje uputstva posleniku.⁴ Kao što

2 Čl. 17. Zakona o pravima pacijenata Srbije (*Sl. glasnik RS* 45/2013)

3 Prinudno lečenje je dopušteno samo u izuzetnim, određenim slučajevima, o kojima se u ovom radu neće voditi računa.

4 Vid. čl. 603. Zakona o obligacionim odnosima (*Sl. list SFRJ* 29/1978, 39/1985, 45/1989; *Sl. list SRJ* 31/1993)

poslenik nije potpuno slobodan u obavljanju ugovorenog posla, nije ni lekar u obavljanju lečenja. Drugo je, međutim, pitanje u kojoj se meri lica za koja oni rade mogu i smeju mešati u njihov rad. U tom pogledu, postoji izvesna razlika među njima. Poslenik radi obično na osnovu projekta koji mu daje naručilac posla, pa je s toga logično što ga naručilac nadzire u toku rada. Lekar, međutim, leči pacijenta prema sopstvenom projektu, pa je samim tim i nadzor pacijenta nad lekarovim radom manji, a zavisnost od lekara je veća.

Dešava se, ponekad, da pacijent dođe lekaru sa vlastitom dijagnozom svoje bolesti i sa predlogom kako ga treba lečiti. Pacijentove predstave o terapiji koju treba primeniti formirane su, najčešće, na osnovu laičkih izlaganja o medicinskim stvarima u medijima i laičkih opisa terapijskih mogućnosti. Te predstave mogu se u konkretnom slučaju znatno razlikovati od lekarevih predstava o terapiji, naročito kad je reč o alternativnoj medicini. U tom slučaju, lekar ne sme zaboraviti na profesionalnu obavezu da sam postavi medicinsku indikaciju za svoju intervenciju, i da pokuša da ubedi pacijenta koja je terapija ispravna. Ukoliko pacijent ostane pri svom prethodno formiranom mišljenju, lekar treba da odbije traženu terapiju. Jer pristanak pacijenta nije u stanju da zameni medicinsku indikaciju lekarevog postupka. Drugim rečima, pristanak na neindikovani zahvat nije pravno valjan niti je u skladu sa načelima lekarske etike. Takav zahvat ima karakter telesne povrede, i pacijent koji je na njega pristao nije time lišen mogućnosti da zahteva naknadu štete (Katzenmeier, 2008: 170). To važi i u slučaju kada se radi o lekarevom postupku koji nije lečeći, ukoliko je protivan dobrim običajima (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609).

Posebno treba istaći da pacijentovo pravo samoodređenja ne sme voditi ka terapiji iz ljubaznosti ili zbog prijateljstva. Propisivanje lekova i medikacija imaju se, takođe, upravljati isključivo prema terapeutskim zahtevima, a ne prema želji pacijenta (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 609). Konačna odluka o tome koja je terapijska mera u konkretnom slučaju medicinski indikovana mora stajati čvrsto u rukama lekara, jer je on jedino i odgovoran ako je izbor terapije pogrešan. Pacijentov pristanak na određeni zahvat u svoje telo u stanju je da opravda taj zahvat samo ukoliko je on medicinski indikovano. Lekar ne sme izvršiti nikakav zahvat koji odgovara volji pacijenta ili pacijentovog zastupnika, ali ne odgovara pravilima lekarske profesije. On se ne sme povoditi za pacijentovom željom da se hirurški zahvat obavi, niti bez provere prihvatiti dijagnozu

koju je pacijent sam sebi postavio. Lekar odgovara ako je indikaciju za zahvat utvrdio pogrešno zato što se oslonio na mišljenje pacijenta. Naravno, njemu sleduje odgovornost i u slučaju kad je greška u postavljanju indikacije rezultat njegove isključive krivice, ali to je drugo pitanje o kome ovde nije reč.

4. Pristanak pacijenta na isključenje lekareve odgovornosti

Pacijentov pristanak na medicinski indikovani zahvat ne znači jedino odricanje od prava na zaštitu svog telesnog integriteta, nego i saglašavanje sa neizbežnim rizicima zahvata. U stvari, pacijent se time unapred odriče od prava na obeštećenje, ukoliko se neizbežan rizik ostvari. Ali, ako lekar načini grešku koja se mogla izbeći, i za koju je on odgovoran, pacijent je ovlašćen da traži naknadu štete koja je posledica lekarske greške, jer na taj rizik on nije pristao.

Pravo na naknadu štete je subjektivno pravo koje je pojedincima dato u njihovom vlastitom interesu radi zadovoljenja njihovih sopstvenih potreba (Larenz, 1989: 210). Načelno, imalac subjektivnog prava ne mora se njime koristiti i može se njega odreći. To važi u svakom slučaju kad je lekarska greška već načinjena i kad je pravo na naknadu štete zbog greške već nastalo. Ali se postavlja pitanje može li pacijent unapred da se odrekne prava na obeštećenje pre započinjanja lekarskog tretmana ili na samom početku? Ako se držimo pravila obligacionog prava, rekli bismo da odricanje unapred od tog prava nije moguće ako je šteta izazvana namerno ili krajnjom nepažnjom; za štete prouzrokovane običnom nepažnjom, takvo odricanje dolazi u obzir, pod uslovom da ono nije proisteklo iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana.⁵ Međutim, valja se odmah zapitati da li to pravilo pasuje za odnos lekar – pacijent, jer on nije samo pravni odnos, nego je i odnos naročitog poverenja. Ugovorna klauzula o isključenju odgovornosti, makar samo za laku nepažnju, mogla bi da oslabi poverenje pacijenta u lekara. Sem toga, odnos između lekara i pacijenta tiče se zaštite života i zdravlja, tj. najvećih vrednosti čovekovih, te bi i ovo mogao biti razlog za sumnju u dopustivost klauzula o isključenju odgovornosti lekara. No, da vidimo šta nam o tome kazuje iskustvo nekih drugih zemalja.

5 Videti čl. 265. Zakona o obligacionim odnosima

Nemački i američki lekari, bolnice i centri za rehabilitaciju pokušavali su ranije da navedu svoje pacijente da se unapred odreknu prava na naknadu štete običnom nepažnjom, odnosno da pristanu na ograničenje odgovornosti na nameru i grubu nepažnju (Deutsch, 1983: 1351,1352). To su činili ne samo pomoću odgovarajućih klauzula u opštim uslovima poslovanja, nego i putem pojedinačnih ugovora sa pacijentima. Sudovi su, međutim, takve klauzule, u svim spornim slučajevima, proglašavali nevažećim, jer su smatrali da su one protivne dobrim običajima, načelu savesnosti i poštenja ili načelima javnog poretka (Deutsch, 1983: 1351,1352). Kao razlog za vredanje dobrih običaja i navedenih načela isticali su: monopolski položaj bolnica; osobenost pravnih dobara kao što su život i zdravlje; stanje nužde pacijenta koje ga tera da zatraži lekarsku uslugu; nejednakost ugovornih strana, koja omogućuje jačoj da dikтира uslove ugovora slabijoj strani; vredanje principa odgovornosti pripadnika lekarske profesije i potreba za sudskom kontrolom obavljanja njihovog zanimanja; mogućnost da se šteta pokrije osiguranjem za slučaj odgovornosti (Deutsch, 1983: 1351,1352).⁶

U međuvremenu je Savet Evropske unije doneo Smernice o zloupotrebljivim klauzulama u ugovorima sa potrošačima (5. april 1993. godine), čije su odredbe unete u građanske zakonike država članica. Smernice zabranjuju isključenje i ograničenje odgovornosti za štete zbog uništenja života, povreda tela ili zdravlja, izazvano nehatnim kršenjem obaveza od strane korisnika opštih uslova poslovanja, njihovih zakonskih zastupnika ili lica koja im pomažu u ispunjavanju ugovornih obaveza.⁷ I pacijent ima položaj „potrošača“ kome su Smernice namenjene. Zbog tipične zavisnosti bolesnika od lekara i zbog svojevrstnosti odnosa između lekara i pacijenta, pristanak pacijenta na isključenje ili ograničenje odgovornosti lekara vrednuje se kao protivan dobrim običajima (Mertens, 1980: 349). Sporazum o isključenju odgovornosti čak i za laku nepažnju ostaje bez pravnog dejstva. Uslov je jedino da je šteta uzrokovana postupkom koji se tiče održavanja života i zdravlja pacientovog, pa

6 Videti i: odluku Vrhovnog zemaljskog suda, Stuttgart 7.12.1977 (*Neue Juristische Wochenschrift* 46/1979, 2355-2356)

7 Videti §309. tač. 7. nemačkog Građanskog zakonika

bilo da je reč o medicinskom tretmanu ili o dužnosti lekara da pacijenta obavesti o određenim činjenicama. To važi i po našem pozitivnom pravu.⁸

Sudska praksa i pravna teorija ukazuju na razliku između privredne i medicinske delatnosti, jer se kod prve radi o imovinskom interesu strana, dok se druga odnosi na najvažnija čovekova lična dobra. I najmanja nepažnja lekara može imati nesagledive posledice za pacijenta (Laufs, Uhlenbruck, 2002: 927-928). Sem toga, isključenjem imovinske odgovornosti zbog nepažnje obaveza lekara da brižljivo postavi dijagnozu i sprovede terapiju, ostala bi sankcionisana jedino krivičnim i staleškim pravom, što nije u interesu lekarske profesije. Jer, u vreme kad postoji tendencija da se inkriminacija lekarske delatnosti umanjuje, sporazumi o isključenju odgovornosti doveli bi do razgrađivanja sankcija građanskog prava i do češće primene krivičnopravnih sankcija. S toga je u opštem interesu lekara da se sankcije građanskog prava zadrže, a ne da se isključenjem odgovornosti pojedinaca obavljanje lekarske delatnosti prepusti krivičnom pravu. Pravnici većinom smatraju da isključenje odgovornosti, iz razloga pravne politike, ne bi bilo uputno (Deutsch, 1995: 481). Međutim, nemački sudovi su, u jednom specifičnom slučaju, dopustili mogućnost da pacijent, unapred, preuzme na sebe „sve posledice“ hirurškog zahvata koji, po mišljenju lekara, nije bio medicinski indikovano.⁹

5. Slučajevi iz sudske prakse

5.1. Prvi slučaj¹⁰

Pacijentkinja je više godina patila od stalne i jake glavobolje, čije uzroke sva lekarska nastojanja nisu mogla da utvrde. S toga je svome ordinirajućem lekaru saopštila nameru da dopusti ekstrakciju svih plombiranih zuba, jer je ubeđena da oni izazivaju njenu glavobolju. Lekar je tvrdio da medicinska indikacija za vađenje zuba ne postoji jer glavobolju ne izazivaju zubi, ali pacijentkinju nije mogao da odvrati od njene namere. S toga je nju uputio stomatologu, a njeno stanje zdravlja razjasnio mu telefonskim putem. I stomatolog je zaključio da stanje zuba u pacijentkinje ne može biti uzrok njene glavobolje, i taj nalaz joj je

8 Čl. 31. st. 2. Zakona o pravima pacijenata Srbije

9 Videti presudu Vrhovnog zemaljskog suda u Saarbrickenu, navedenu u ovom Zborniku

10 Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 22.2.1978, *Neue Juristische*

saopštio. Uprkos tome, pacijentkinja je i dalje istrajavala u svojoj težnji za ekstrakcijom zuba. Na njeno institiranje, stomatolog je konačno pristao da joj zube povadi, ali je vađenje ipak odložio za naredni dan. Kad je pacijentkinja, sutradan, došla u njegovu ordinaciju, izvadio joj je samo dva zuba u gornjoj i tri u donjoj vilici, misleći da će je odugovlačenjem odvratiti od vađenja preostalih zuba.

Posle petnaest dana, pacijentkinja je opet došla u ordinaciju istog stomatologa. Tada su njeni zubi i lobanja ponovo ispitani, ali opet nije utvrđen razlog za ekstrakciju. Pacijentkinja je, međutim, i dalje na tome insistirala. Usled nesporazuma, stomatolog je verovao da ona želi da povadi sve svoje zube, dok je pacijentkinja mislila samo na plombirane. S toga joj je stomatolog izvadio još jedanaest zuba, među kojima je bilo i neplombiranih. Tako je cela gornja vilica u pacijentkinje ostala bez zuba, pa je zato bila prinuđena da nosi proteze. Međutim, njena glavobolja nije iščezla.

Na osnovu prijave, protiv stomatologa je pokrenut krivični postupak zbog telesne povrede koju je naneo pacijentkinji, pa mu je niži sud izrekao kaznu zatvora i novčanu kaznu. Pošto je osuđeni uložio reviziju, njegov slučaj je dospao i pred Savezni vrhovni sud Nemačke. Ovaj Sud odbija reviziju jer smatra da vađenje zuba nije bilo medicinski indikovano, te da zahvat koji je obavio stomatolog nije mogao dovesti do izlečenja ili umanjenja patnji pacijentkinje. To je, po nahođenju Suda, bilo jasno i osuđenom, pa zato nije smeo obaviti ekstrakciju zuba iako je pacijentkinja tu meru od njega zahtevala. Neindikovana ekstrakcija, i po mišljenju ovog Suda, ima karakter krivičnog dela telesne povrede.

U obrazloženju svoje presude, Savezni vrhovni sud ističe da deli mišljenje nižeg suda po kome pacijentkinja nije dala punovažan pristanak na ekstrakciju zuba, koji bi mogao da opravda povredu njenog telesnog integriteta. Njoj je nedostajala moć rasuđivanja koju bi morao imati onaj ko pristaje na ekstrakciju zuba. U svom laičkom bezumlju, pacijentkinja je insistirala na dijagnozi koju je sama sebi postavila. Njeno shvatanje temeljilo se na neznanju i duševnom ustrojstvu koje joj nije dopuštalo da razumno oceni izložene medicinske argumente lekara. Stoga, ni izjavljena saglasnost sa ekstrakcijom

zuba nije sadržinski pokrila one mere što ih je osuđeni sproveo. Prema predstavi pacijentkinje, radilo se o terapijskom zahvatu i ona je pristala na takav zahvat. Međutim, pošto ekstrakcija zuba, u konkretnom slučaju, nije imala terapijska svojstva, pristanak na nju je nevažeci. Istina, nedostatak medicinske indikacije nije prećutao ni osuđeni, ali ta činjenica nije od pravnog značaja. Odlučujuća je jedino okolnost da osuđenom nije pošlo za rukom da predstavu pacijentkinje uskladi sa realističkom medicinskom procenom. Ta okolnost trebalo je da natera osuđenog kao lekara da odustane od ekstrakcije zuba. Prigovor osuđenog da ga nepokolebljiva predstava pacijentkinje oslobađa njegovih dužnosti, pokazuje, između ostalog, da on svoju dužnost lekara shvata pogrešno.

5.2. Drugi slučaj¹¹

Kao slobodan i ovlašćeni veterinar, pacijent je obavljao kontrolni pregled mesa u klanicama krupne stoke. Čisteći nož kojim se u tom poslu služio, zadobio je ubodnu ranu na unutrašnjoj strani kažiprsta leve ruke, veličine 0,2 cm. Pola sata docnije (oko 18 časova), on je došao u hirurško odeljenje bolnice i zatražio lekarsku pomoć. Glavni hirurg, dr R., zavio je pacijentu prst gipsanim zavojem i propisao mu određeni antibiotik. Pacijent je potom otišao, ali je, u 21 čas istog dana, ponovo došao u hirurško odeljenje bolnice, žaleći se na jak bol i osećaj utrnulosti prsta. Mlađi lekar hirurškog odeljenja bolnice pregledao je prst pacijentov i promenio na njemu gipsani zavoj.

Sutradan, oko pet časova ujutru, pacijent je opet došao u hirurško odeljenje bolnice. Na njegovo uporno traženje, dežurni lekar je pozvao telefonom glavnog hirurga bolnice, koji je, za pola časa, stigao na lice mesta. Njemu je pacijent rekao da ima pojačane bolove prsta i skrenuo mu pažnju na okruglasto suženje bazičnog zgloba povređenog prsta, što, prema njegovom posebnom iskustvu kao lekara veterinarske medicine, ukazuje na infekciju bakterijama gasne gangrene iz reda klostridija. Pri tome je sa strahom napomenuo da je jedan njegov kolega, usled takve infekcije, umro u roku od 24 časa, i zato je tražio od glavnog hirurga da izvrši hitnu amputaciju povređenog kažiprsta. Hirurg je rekao da nema posebno iskustvo sa infekcijama takve vrste, ali da, po

11 Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 12.8.1998, *Neue Juristische*

njegovom mišljenju, amputacija prsta nije potrebna. Zatim je telefonom pozvao kolegu iz druge bolnice, načelnika odeljenja za ručnu hirurgiju, i preporučio pacijentu da razgovara sa njim o preuzimanju daljeg lečenja. Pacijent je odbio taj razgovor, rekavši da se ne sme više gubiti u vremenu nego da treba odmah izvršiti amputaciju prsta. Pošto hirurg još uvek nije bio spreman na amputaciju, pacijent mu je zapretio tužbom za naknadu štete zbog posledica propuštene operacije. Na kraju, pacijent je još izjavio da će „sam lično snositi sve posledice amputacije“. Na osnovu te izjave, i posle razgovora sa pacijentom koji je trajao 30-45 minuta, hirurg je odlučio da izvrši amputaciju kažiprsta.

Međutim, patološko-histološki pregled posle operacije nije pružio dokaz za infekciju bakterijama gasne gangrene iz reda klostridija. Stoga, pacijent tuži hirurga i zahteva od njega nadoknadu štete zbog amputacije kažiprsta. Prvostepeni sud je odbio tužbeni zahtev, a žalbu protiv njegove odluke odbacio je Vrhovni zemaljski sud u Saarbrückenu.

U obrazloženju presude Vrhovnog zemaljskog suda stoji da tužilac nema pravo na naknadu štete ni po osnovu ugovora ni po osnovu delikta, jer se on odrekao unapred tog svog prava. Između tužioca i tuženog sklopljen je, naime, ugovor kojim se odgovornost tuženog isključuje. Sud konstatuje da je takvim ugovorm, u načelu, moguće isključiti i ugovornu i neugovornu odgovornost. Međutim, imajući u vidu činjenicu da je pacijent upućen na lekara i da između njih postoji svojevrstan odnos poverenja, nastanak i sadržina ugovora o isključenju podležu strogim zahtevima. Pre svega, isključenje nije moguće putem konkludentnih radnji pacijentovih, niti pomoću opštih uslova poslovanja. Sem toga, pacijent pritisnut nuždom ne može se, po sili zakona, saglasiti sa isključenjem odgovornosti lekara, i njegov pristanak na to morao bi se smatrati nemoralnim. Ugovorom između tužioca i tuženog nije, međutim, prekršeno ni jedno od navedenih načela, i zato je on punovažan jer nije tuženi tražio od tužioca da pristane na isključenje odgovornosti, nego je upravo tužilac ponudio tuženom takav sporazum. Drugim rečima, tuženom se ne može prebaciti da je iskoristio svoj položaj lekara i nametnuo tužiocu odgovarajuće rešenje. Naprotiv, očigledno je da tuženi nije bio voljan da izvrši amputaciju prsta tužiočevog. Ugovor o isključenju odgovornosti nije, dakle, bio protivan dobrim običajima u

smislu § 138 Građanskog zakonika. „Lekar ne vređa dobre običaje ako prihvati ponudu pacijenta o isključenju odgovornosti za meru lečenja koju je, zbog nedostatka indikacije, prethodno odbio“.

Vrhovni zemaljski sud posebno je cenio činjenicu da je tužilac spoljašnji izgled rane na svome prstu protumačio kao tipičan znak infekcije bakterijama gasne gangrene iz reda klostridija, i navodeći slučaj svoga umrlog kolege, ukazao na smrtnu opasnost tog oboljenja. Time je tužilac, po nahođenju ovog suda, napustio svoju ulogu pacijenta i pripisao sebi kompetentnost lekara, ističući pri tom svoje preimućstvo u znanju o kojem tuženi treba da razmisli. Ni preporuku tuženog da se obrati specijalisti za ručnu hirurgiju tužilac nije hteo da sledi zato što se oslonio na svoje posebno iskustvo. U stvari, dva medicinska eksperta borila su se oko toga koji je medicinski metod lečenja bio u konkretnom slučaju podesan, pri čemu je tužilac do kraja ostao mišljenja da amputaciju prsta treba obaviti. Što se tiče suprotnog medicinskog shvatanja, ovaj sud smatra da nije za osudu radnja kojom se lekaru, od koga se traži da postupi protivno svome lekarskom uverenju, garantuje isključenje odgovornosti zbog onog što će učiniti.

6. Zaključak

Medicinski neindikovan hirurški zahvat u telo pacijenta treba vrednovati kao pravno nedopustiv čin. Ni uporno traženje pacijenta da lekar takav zahvat izvrši ne menja njegovu protivpravnu prirodu. Postavljanje indikacije hirurškog zahvata mora čvrsto stajati u rukama lekara, jer to mu nalažu pravila medicinske nauke i lekarske etike. Kratko rečeno, lekar treba da radi samo ono što smatra da je ispravno. Pacijent, kao medicinski laik, nije u stanju da pristankom preuzme na sebe rizik neindikovanog hirurškog zahvata. On može punovažno da pristane samo na ono što mu lekar predloži ili odobri jer, kao što indikacija ne može da zameni pacijentov pristanak, tako ni pristanak ne može da zameni indikaciju. Obe te stvari predstavljaju nužne uslove dopuštenog hirurškog zahvata u čovekovo telo o kojima lekar mora da vodi računa. Nedostatak jednog od njih povlači lekarevu odgovornost.

U načelu, odgovornost lekara zbog neindikovanog hirurškog zahvata nije moguće unapred isključiti ni odgovarajućim sporazumom između njega i pacijenta. Izuzetak je moguć samo kad se radi o pacijentu koji ima medicinsko

obrazovanje i koji, uprkos lekarevom suprotnom mišljenju, čvrsto veruje da je hirurški zahvat koji želi indikovao. Pošto je i sam medicinski stručnjak, njemu bi valjalo dopustiti da sporazumom sa lekarom preuzme na sebe rizik svoje operacije. Ako se docnije pokaže da je njegova procena indikacije bila pogrešna, obavljena operacija ima karakter objektivne lekarske greške, koja se može upisati u krivicu pacijentu. Ukoliko pacijent prenebregne vlastitu krivicu i zatraži naknadu pretrpljene štete, lekar se može braniti i prigovorom protivrečnog postupanja (*venire contra factum proprium*).

Literatura

Buchborn, E. (1993). Ärztlichen Standard – Entwicklung – Anwendung. *Medizinrecht*. 4. 328-333

Bünthe, H. (1985). Grenzen der chirurgischen Indikation. *Medizinrecht*. 1. 20-32

Deutsch, E., Spickhoff, A. (2008). *Medizinrecht*. 6. Auflage. Berlin – New York: Springer.

Deutsch, E. (1983). Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten. *Neue Juristische Wochenschrift*. 24. 1351-1354.

Engisch, K. (1958). Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation. Jena.

Katzenmeier, C. (2002). *Arzthaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Larenz, K. (1989). *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 7. Auflage. München: Verlag Beck. C.H.

Laufs, A., Uhlenbruck, W. (2002). *Handbuch des Arztrechts*. 3. Auflage. München : Verlag C.H. Beck.

Laufs, A. (1999). Zur Freiheit des Arztberufs. *Festschrift für Erwin Deutsch, zum 70. Geburtstag*. Köln.

Mertens, H.J. (1980). In *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. Halbband. 2. § 823. München.

Seidler, E. (1998). In Wienke, A., Lippert, H.D., Eisenmenger, W., (Hrsg.). *Die ärztliche Berufsausübung in den Grenzen der Qualitätssicherung*. Berlin, Heidelberg: Springer - Verlag.

Taupitz, J. (1995) Das Berufsrisiko des Arztes : Entwicklung, Steuerung und Risikominimierung. *Medizinrecht*. 12. 475-482.

Zakon o obligacionom odnosima. *Službeni list SFRJ*. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - *Odluka USJ* i 57/1989. *Službeni list SRJ*. 31/1993 i *Službeni list SCG*. 1/2003 - Zakon o pravima pacijenata. *Službeni glasnik RS*. 45/2013.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti. *Službeni glasnik RS*. 107/2005. 72/2009. 88/2010. 99/2010. 57/2011. 119/2012. 45/2013.

Građanski zakonik Savezne Republike Nemačke (*Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB*). Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 12.8.1998, *Neue Juristische Wochenschrift*, 12/1999.

Presuda Saveznog vrhovnog suda Nemačke od 22.2.1978, *Neue Juristische Wochenschrift*, 24/1978.

Jakov Radišić, LL.D.

Full Professor (retired),

Faculty of Law, University of Kragujevac

Legal Qualification of a Medially Indicated Surgical Procedure Performed upon Patient's Insistence

Summary

In this paper, the author explores the relationship between the medical indications for surgery and the patient's right to self-determination, i.e. the right of a competent adult to make an informed decision about his/her medical treatment. In that context, the author points out to three practical questions. First, does the patient's right to self-determination imply the patient's participation in determining the medical indications for medical treatment, or is it only limited to the patient's authority to consent or not consent to the doctor's proposal? Second, can the patient's consent or insistence justify a surgery which is not medically indicated? Third, does the patient's right to self-determination imply that the patient assumes the risk associated with a surgery which is not medically indicated, thus excluding the doctor's professional responsibility (liability)?

Relying on the legal theory, legislative framework and judicial practice (case law), the author concludes that a surgery which is not medically indicated should be qualified as a wrongful act. The unlawful nature of this act cannot be excluded even by the patient's persistent demands to perform the surgery. The patient's right to self-determination implies only the possibility of accepting or refusing the medical treatment proposed by the doctor. The decision on the medical indication of a surgical procedure must be fully vested with the doctor, who is bound by the the rules of medical science and medical ethics. In other words, a doctor should act in compliance with what he/she considers to be proper. Otherwise, the doctor may be held liable for medical malpractice.

In principle, the doctor's liability for performing a surgery which is not medically indicated cannot be precluded by contracting a relevant doctor-patient agreement. The exception to this rule should be allowed only in cases when the patient is a medical expert who strongly believes that the medical intervention is medically indicated, in spite of the doctor's divergent opinion.

Keywords: medical indication, patient's consent to medical treatment, doctor's mistake, liability.

Dr Vesna Klajn Tatić**
Naučni savetnik,
Institut društvenih nauka u Beogradu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 303.5:177]:608.1

Rad primljen: 30.01.2014.

Rad prihvaćen: 23.03.2014.

PRAVIČAN IZBOR UZORKA LJUDI KAO ISPITANIKA BIOMEDICINSKIH I KLINIČKIH ISTRAŽIVANJA**

Apstrakt: Ispunjenje etičkog zahteva da izbor uzorka ljudi kao ispitanika istraživanja bude pravičan pretpostavka je za pravnu dopustivost biomedicinskih i kliničkih istraživanja. Stoga je cilj ovog rada da najpreukaže na to šta podrazumeva pravičan izbor uzorka ljudi kao ispitanika istraživanja; drugo, da objasni način na koji se ispitanici biraju u uzorak kvantitativnih i kvalitativnih istraživanja; treće, da odgovori na pitanje da li istraživački uzorak treba da odrazi raznovrsnost populacije i, da u zaključku istakne činjenicu da ljudi, uopšte uzev, nisu voljni da se odazovu pozivu da se uključe i da odbijaju da sarađuju u istraživačkim studijama i o preprekama koje je medicinska zajednica uočila da tome stoje na putu.

Ključne reči: pravičan izbor, ispitanici istraživanja, kvantitativna i kvalitativna istraživanja, uzorak i uzorkovanje, nevoljnost ljudi da se uključe u istraživačkestudije.

1. Uvod

Istraživački protokol treba jasno da govori o tome kako će se aktivnostima uzorkovanja izbeći prinuda kada se biraju ispitanici koji su u zavisnom odnosu prema istraživačima i njihovim agentima. Na primer, studenti, pacijenti, klijenti

* vkladn@idn.org.rs

** Rad je pisan u okviru projekta br. 179023: „Ljudska prava i vrednosti u biomedicini – Demokratizacija odlučivanja u zdravstvu i implementacija“, koji finansira Ministarstvo za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

ili zaposleni mogu da budu ugroženi, ako njihovi stepeni u školovanju, pristupi lečenju i drugim uslugama i poslovima zavise od osoba koje ih intervjuišu ili od istraživača koji ih odabiraju. Tehnike uzorkovanja moraju da poštuju prava svih pojedinaca da odluče sami da li hoće dobrovoljno da se uključe u istraživanje ili ne. Oni ne smeju da se osete prinuđenim, niti da se boje da će izgubiti neke koristi na koje inače imaju pravo ako odluče da se ne uključe. Nastavnik koji bira studenta, mora da bude posebno predostrožan da obezbedi da odluka studenta da se uključi nije zavisana od suptilnih pritisaka, na primer, ocena ili straha od gubitka koristi od savetovanja. Da bi se osiguralo da se izvesne populacije ne odabiraju u uzorak samo zato što su raspoložive, na primer, zatvorenici ili pacijenti u ustanovama za mentalno zdravlje, Nacionalna komisija SAD za zaštitu ljudi u biomedicinskim i biheviorističkim istraživanjima (*U.S. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, 1976) preporučila je prioritete u izboru ispitanika u uzorak istraživanja: odrasli pre dece, poslovno sposobni pojedinci pre poslovno nesposobnih pojedinaca i neinstitucionalizovane osobe pre institucionalizovanih osoba. Osim toga, Nacionalni instituti zdravlja SAD (*U.S. National Institutes of Health*) objavili su vodiče koji obavezuju istraživače da biraju i žene i manjine u studije populacije, tako da nalazi istraživanja mogu da budu od koristi za ove grupe ljudi pod rizikom bolesti, oboljenja ili stanja koje se studira. Najposle, postoje posebni etički zahtevi za izbor dece u uzorak istraživanja. Deca su u zavisnom odnosu prema odraslima i mogu da budu lako manipulisana u školskom ili kliničkom okruženju. Iz ovog razloga, deca imaju pravo na posebnu zaštitu kao „ranjiva populacija ispitanika“, kako je određuju federalni propisi SAD.¹ Istraživači treba da preduzmu svaku meru kojom se garantuje da je odluka deteta da se uključi u istraživanje i dobrovoljna i slobodna od prinude, a da odbijanje deteta da se uključi neće naići na ma koji oblik kazne. U obrazovnom okruženju, školski službenik ili nastavnik nema nikakvo ovlašćenje da daje pristanak na uključivanje dece u istraživačke studije. Jedino roditelj ili zakonski staratelj može da dopusti detetu, sa

¹ United States Department of Health and Human Services, *45 Code of Federal Regulations Part 46*, „Protection of Human Subjects/Subpart D: „Additional Protections for Children Involved as Subjects in Research“, (2005): §§ 46.401; 46.404-46.407, from <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.htm>.

detetovim pristankom, da se uključi u istraživačku studiju, osim ako uključivanje ljudi u istraživanje nije isključeno pravnim propisima.

Na mnogo načina, uzorkovanje je *uvod* u postupak informisanog pristanka i može da ima oblik letka, novinske reklame ili verbalnog opštenja između članova studijskog tima i potencijalnog ispitanika. Pri tome, svi leci, poster, reklame, pisma, poster na internetu ili ma koji drugi materijali uzorkovanja treba da budu vezani za protokol istraživanja koji preispituje komitet za etiku istraživanja ili, u SAD, insitucionalno telo za preipitivanje (*Institutional Review Board/IRB*) i moraju da budu odobreni pre njihove upotrebe (Kazerooni, 2001: 993) Ako je neki skup ispitanika istraživanja izabran u uzorak, onda ovaj skup, po teoriji uzorka, može da pristane na anketiranje ili da odbije saradnju. Veoma je važno da se vodi evidencija svakog odbijanja na saradnju, jer se na osnovu toga računa stopa odgovora na osnovu koga se zaključuje o uspešnosti sprovedene ankete.

Ispunjenje etičkog zahteva da izbor uzorka ljudi kao ispitanika istraživanja bude pravičan, pretpostavka je za pravnu dopustivost biomedicinskih i kliničkih istraživanja.² Stoga je cilj ovog rada da najpre ukaže na to šta podrazumeva pravičan izbor uzorka ispitanika istraživanja uopšte; drugo, da objasni način na koji se ispitanici biraju u uzorak kvantitativnih i kvalitativnih istraživanja; treće, da odgovori na pitanje da li istraživački uzorak treba da odrazi raznovrsnost populacije i, četvrto, da u zaključku istakne činjenicu da ljudi, uopšte uzev, nisu voljni da se odazovu pozivu da se uključe i da odbijaju da sarađuju u istraživačkim studijama i o preprekama koje je medicinska zajednica uočila da tome stoje na putu.

2. O pravičnom izboru uzorka ljudi kao ispitanika istraživanja

Izbor ispitanika istraživanja mora da bude pravičan. Postoji nekoliko aspekata ovog zahteva. S jedne strane, pravičan izbor zahteva da naučni ciljevi studije

² Za pravnu dopustivost biomedicinskih i kliničkih istraživanja ljudima pretpostavka je i ispunjenje još šest etičkih zahteva. To su: društvena prihvatljivost i naučna vrednost; naučna punovažnost; povoljan odnos rizika i koristi; nezavisno preispitivanje komiteta za etiku; informisani pristanak i poštovanje za potencijalne i upisane subjekte istraživanja. (Klajn Tatić, 2012: 53-90).

budu primarna osnova za određivanje grupa i pojedinaca koji će biti odabrani i upisani, a ne faktori koji nisu u vezi sa ciljevima istraživanja, na primer, povlašćenost ili ranjivost. (*The Belmont Report*, 1979). S druge strane, grupe i pojedinci ne treba da budu isključeni iz prilike da se uključe u istraživanje bez dobrog naučnog razloga. Važno je da rezultati istraživanja mogu da se uopšte (generalizuju) za populaciju kojoj će koristiti intervencija. Drugim rečima, pošten izbor uzorka ispitanika iziskuje da, ukoliko je moguće, grupe i pojedinci koji nose rizike i terete istraživanja budu u položaju da uživaju njegove koristi. Pri tome, delotvornost ne može da bude važnija od poštenja u izboru ispitanika istraživanja. Na primer, izbor ispitanika za studiju koja ispituje delotvornost nove vakcine protiv malarije treba da uzme u obzir ne samo ko će najbolje da odgovori na naučno pitanje već i da li će odabrane grupe imati koristi od vakcine ako se pokaže da je delotvorna (Ezekiel et al., 2000: 2704-275).

Grupe ili zajednice koje se pozivaju da budu uključene u istraživanje treba da se biraju tako da tereti i koristi od istraživanja budu *pravično raspodeljeni*. Kada se tereti i koristi raspodeljuju nepravedno među pojedincima i grupama, kriterijum za nejednaku raspodelu treba da bude moralno opravdan a ne arbitraran. Isključivanje grupa ili zajednica, koje mogu da imaju koristi od uključivanja u studiju, mora da se opravda. Pravičnost iziskuje da nijedna grupa ili klasa ne treba da snosi više od pravednog udela u teretima uključivanja u istraživanje. Slično, nijedna grupa ili zajednica ne treba da bude lišena pravičnog udela u koristima istraživanja, kratkotrajnim ili dugotrajnim; takve koristi uključuju direktne koristi od uključivanja, kao i koristi od novog znanja koje će moći da pruži istraživačka studija. Na primer, članovi ranjivih grupa imaju pravo na pristup koristima istraživačkih intervencija koje se ispituju, a koje su pokazale da obećavaju terapijske koristi za osobe koje se ne smatraju ranjivim, naročito kada nijedna superiorna ili jednakovredna terapija nije na raspolaganju (*CIOMS: Guidelines 2002, Vodič 12: 53-54/79*).

U ne tako davnoj prošlosti grupe i pojedinci ponekad su odabirani naročito za istraživanja koja nameću veće rizike ili koja ne nude nikakvu potencijalnu korist jer su ove grupe i pojedinci bili „pogodni“, ili je njihova sposobnost da zaštite sebe sama bila dovedena u pitanje, čak i ako bi ljudi iz manje ranjivih grupa mogli da zadovolje naučne zahteve studije. Takođe, grupe i pojedinci bili su isključivani iz uključivanja u istraživanje iz, navodno, dobrih razloga. Kao

posledica takvog isključivanja informacije o dijagnozi, prevenciji i lečenju bolesti u takvim grupama bile su ograničene. To je rezultiralo ozbiljnim klasnim nepravednostima. Ako se informacija o lečenju bolesti smatra korisnom, nepravedno je da se neka grupa liši te koristi. Neki dokumenti, kao što je *Helsinška deklaracija*, poslenji put revidirana 2008 (Seul, 2008) i vodeći dokument Ujedinjenih nacija za borbu protiv side (*UNAIDS*), priznaju potrebu da se isprave ove nepravednosti uz ohrabivanje da se određene grupe uključe u osnovna i primenjena biomedicinska istraživanja iz kojih su pre bile isključene.

Kao što je nepravedno prekomerno isključivanje, jednako je nepravedno i prekomerno korišćenje određenih grupa kao ispitanika istraživanja. U nekim slučajevima, takve prekomerne upotrebe zasnivaju se na administrativnoj raspoloživosti populacije. Istraživači često nalazeda su bolnice u kojima borave ljudi iz najnižih društveno-ekonomskih klasa pogodna mesta za njihova istraživanja. Druge grupe mogu da budu prekomerno korišćene zato što su zgodno raspoložive istraživačima, a to mogu biti studenti u klasi istraživača, korisnici ustanova za dugotrajno lečenje, odnosno zbrinjavanje i potčinjeni članovi u hijerarhiji institucija. I osiromašene grupe se prekomerno koriste zbog svoje voljnosti da služe kao ispitanici istraživanja u zamenu za relativno malu novčanu naknadu. Zatvorenici se smataju idealnim ispitanicima za *prvu fazu* studija o lekovima,³ jer žive veoma disciplinovano i, u mnogim

³ Ispitivanje novih lekova, medicinskih sredstava ili medicinskih tretmana odvija se u koracima ili fazama. Svaka faza ispitivanja predstavlja zasebno kliničko istraživanje i deli se na četiri faze.

U *prvoj fazi* ekperimentalan lek, medicinsko sredstvo ili medicinski tretman primenjuje se po prvi put na čoveku. Ispitivanje se obavlja uz učešće malog broja *zdravih dobrovoljaca* (od 10-15), a glavni mu je cilj da utvrdi *podnošljivost, odnosno bezbednost* leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana.

U *drugoj fazi* istraživanja, ispitivanje novog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana daje se, po prvi put, pacijentima. Lekovi se ispituju gotovo isključivo na klinikama i na još uvek ograničenom broju pacijenata, između 100 i 500 njih. Proveravaju se dejstva leka na određene simptome bolesti i na samu bolest, utvrđuju se sporedna dejstva i interakcije sa drugim lekovima.

Treća faza ispitivanja iziskuje veliki broj pacijenata, obično hiljadu i više. Zato se ispitivanje sprovodi u mnogim različitim bolnicama i od strane velikog broja lekara praktičara kao nacionalna ili *multicentrična* klinička istraživanja, tj. istovremeno ispitivanje na više klinika ali po jedinstvenom planu (protokolu), da bi se dobili brži i sigurniji rezultati. Ova faza traje prosečno četiri godine. Lekari koji učestvuju u ogledu nastoje, pre svega, da dođu do

slučajevima, u uslovima ekonomskog siromaštva. Ne samo da određene grupe ne treba da budu naučno neosnovano prekomerno korišćene kao ispitanici istraživanja, već je nepravedno da se prekomerno koriste i celokupne zajednice ili društva. To se dešava, po pravilu, u zemljama ili zajednicama s nedovoljno razvijenim sistemom za zaštitu prava i dobrobiti ljudi kao ispitanika istraživanja. Takva prekomerna upotreba naročito je sporna kada populacije ili zajednice koje nose terete uključivanja u istraživanje, najverovatnije neće uživati u koristima novog znanja i razvijenih proizvoda kao rezultata istraživanja (*CIOMS: Guidelines, 2002: Vodič 3: 24-25/79; Vodič 10: 43-46/79; Vodič 20: 70-71/79 i Vodič 21: 71-72/79*). Međutim, iako tereti istraživanja ne treba da padaju neproporcionalno na grupe i populacije ili zajednice koje su društveno-ekonomski u nepovoljnom položaju, takve grupe, populacije ili zajednice ne treba da budu ni kategorički isključene iz protokola istraživanja. Na primer, ne bi bio nepravedan izbor siromašnih ljudi da služe kao ispitanici u planu istraživanja koji upućuje na probleme koji preovladavaju u toj grupi, populaciji ili zajednici, kao što je, na primer, neuhranjenost. Slična razmatranja mogu da se primene i na grupe ljudi smeštene u ustanove zatvorenog ili otvorenog tipa ili na one čija je raspoloživost istraživačima važna, ali iz naučnih razloga a ne iz razloga administrativne pogodnosti (*CIOMS: Guidelines, 2002: Vodič 12: 54-55/79*).

podataka o terapijskim vrednostima ispitivanog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana i o njegovim sporednim dejstvima. Sa tačke gledišta proizvođača, glavni cilj ove faze je da dobije dovoljno informacija od dovoljnog broja pacijenata za dovoljno dug period vremena da bi dobio licencu (dozvolu) za stavljanje novo-ispitanog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana u promet.

Četvta faza podrazumeva kontrolu i osmatranje novog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana posle dobijanja dozvole za njegovo unošenje u promet. Ovde je glavni cilj da se utvrde eventualna neželjena dejstva novog leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana. Blagodareći dugovremenom iskustvu, u ovoj fazi ispitivanja mogu da se dobiju dalja saznanja o terapijskim efektima i zdravstvenom riziku leka, medicinskog sredstva ili medicinskog tretmana. (Klajn Tatić, 2012: 109-112).

3. Način na koji se ispitanici biraju u uzorak kvantitativnih i kvalitativnih istraživanja

3.1. Opšti pogled

Pod *uzorkom* se podrazumeva skup ispitanika, tretmana i uslova pod kojima se istraživanje realizuje. S druge strane, pod *uzorkovanjem* se podrazumeva način selekcije ispitanika za formiranje jednog ili više uzoraka ispitanika za određeno istraživanje. Svi uzorci određuju se na osnovu neke odgovarajuće populacije (većeg skupa ljudi/entiteta iz kojeg je uzorak izvučen). Način uzorkovanja zavisi od problema istraživanja i zahteva *generalizaciju rezultata istraživanja* na odgovarajuću populaciju. Drugim rečima, uzorkovanjem kao procesom odabiranja jedinica ljudi-ispitanika iz populacije koja je istraživaču od interesa i analizom uzorka mogu da se generalizovani rezultati istraživanja vrate nazad i primene na populaciju iz koje je uzorak izvučen. Bez obzira na šta se uzorkovanje odnosi, uvek se nameću sledeći problemi: veličina uzorka, reprezentativnost uzorka i realna mogućnost formiranja uzorka (Bale, 2003:1).

Mogućnost izvođenja generalizacije može da se shvati kao *eksterna valjanost sprovedenog istraživanja*. Eksterna valjanost je stepen istinitosti i primenljivosti rezultata i zaključaka istraživanja na druge osobe, ali na drugom mestu i u drugim vremenima. Populacije su uvek skup svih ispitanika, recimo, pacijenata obolelih od kancera pluća, u nekoj definisanoj teritoriji i vremenu a koji imaju karakteristike koje su od interesa istraživaču. Zbog problema oko definisanja populacije iz koje se odabira jedan ili više uzoraka, potrebno je da se uoči razlika između praktično nedostupne *teoretske populacije* i dostupne *pristupačne populacije*. *Teoretska populacija* bili bi, na primer, svi pacijenti oboleli od kancera pluća na teritoriji Srbije, a *pristupačnu populaciju* činili bi svi pacijenti oboleli od kancera pluća na teritoriji Beograda. *Pristupačna populacija* se još naziva *istraživačka* ili *studijska populacija*. Kada se definiše *teoretska* i *istraživačka* populacija, potrebno je obezbediti popis članova *istraživačke populacije*. Taj konkretan popis zove se *okvir uzorkovanja* i na osnovu njega može da se na više načina sačini jedan ili više uzoraka ispitanika za planirano istraživanje (Bale, 2003:1-2). Mogućnost uopštavanja u potpunosti zavisi od adekvatnog postupka izbora uzorka (Thomson, 1999:1/4).

3.2. Osnovne karakteristike i razlike između kvantitativnih i kvalitativnih istraživanja

Način na koji se ispitanici biraju u uzorak razlikuje se zavisno od toga da li su u pitanju *kvantitativna* ili *kvalitativna istraživanja*, kao dve široke kategorije naučnih istraživanja koje se metodološki razlikuju. Primer kvantitativnih istraživanja su nasumično kontrolisana klinička istraživanja, a osnovna teorija je primer kvalitativnog istraživanja. Iako su ova dva plana istraživanja uzeta kao primeri, opšti principi mogu da se primene na sve kvantitativne i kvalitativne istraživačke planove. Kvantitativni i kvalitativni istraživački metodi planirani su da dobiju različite vrste podataka i različite vrste rezultata. Obe vrste istraživanja imaju svoje mesto u naučnoj zajednici i, uprkos njihovih različitih pristupa, mogu da se koriste da dopune jedni druge. Na primer, istraživači mogu, najpre, u kvalitativnoj studiji da ispituju bolničke pacijente da utvrde koji je lek protiv bola najpogodniji da se osećaju udobnije, a onda će se u kvantitativnoj studiji dođe do odgovora na pitanje o delotvornosti leka (Qualitative Vs. Quantitative Research Differences“: 4/6; Sanchez, 2012: 1-2).

Kvantitativne studije, kakva su klinička istraživanja, obično su zainteresovane, u prvom redu, za dejstvo različitih tretmana, kao što su lekovi i medicinska sredstva (sprave, uređaji). One postavljaju pitanje da li je medicinski tretman A bolji od medicinskog tretmana B u odnosu na krajnji cilj, na primer, odnosa između stope umrlih i stope obolelih od određene bolesti, recimo, kancera pluća. Ovi krajnji ciljevi mogu da se izmere u ciframa; statističkom analizom je onda moguće da se odgovori na uopšteno istraživačko pitanje (Allmark, 2004: 2/6). U principu, zaključci do kojih se dolazi kroz kvantitativno istraživanje specifičniji su i detaljniji od onih do kojih se dolazi kroz kvalitativno istraživanje. Razlog je u tome što kvalitativno istraživanje često počinje bez posebnog cilja na umu, dok kvantitativno istraživanje polazi od toga da dokaže hipoteze. Glavna snaga kvantitativnog istraživanja je da je ono objektivno, sistematično i formalističko, čineći ga lakšim za poređenje sa sličnim studijama i za pokušaj da se ponovi. Glavna slabost kvantitativnog istraživanja jeste što ono mora da ignoriše druge potencijalno važne aspekte pitanja/problema da bi se usredsredilo na dejstvo jedne intervencije koju ispituje/studira („The Differences in Quantitative & Qualitative Research“: 4/6).

Kvalitativne studije istražuju stavove, ponašanja i iskustva ljudi i nastoje da dobiju jedno produbljeno mišljenje od ispitanika. Pošto su ti stavovi, ponašanja i iskustva važni, mali se broj ljudi uključuje u istraživanje, ali kontakt sa njima traje, po pravilu, mnogo duže. Kvalitativna istraživanja usredsređena su na socijalne fenomene koje istraživač pokušava da razume i uključuju brojne različite metodologije (Sanchez :1/2). Kvalitativno istraživanje je znatno šire i manje određeno od kvantitativnog istraživanja i oslanja se na podatke u obliku intervjua, fotografija ili, čak, i filmova; sakuplja podatke koji su uglavnom verbalni, pre nego numerički (Allmark, 2004: 2/6). Kvalitativno istraživanje je skoro uvek neterapijsko ili, da upotrebimo jezik najskorije revidirane *Helsinške deklaracije*, neterapijsko istraživanje ne potvrđuje ni moguću veću korist ni moguću veću povredu/štetu. Otuda, oni isključeni iz takvog istraživanja nisu lišeni koristi i, kao takvi, nisu pretrpeli nepravdičnost („Qualitative Vs. Quantitative Research Differences“, 2/6). Glavna prednost kvalitativnog istraživanja je njegova strukturna otvorenost koja dopušta eksperimentatoru da krene od predmeta do predmeta, usredsređujući se na ma koja neuobičajena dešavanja koja se pojave. Glavna slabost kvalitativnog istraživanja jeste što subjektivna priroda podataka čini generalizaciju teško izvodljivom i što nije moguće da se eksperiment ponovi („The Differences in Quantitative & Qualitative Research“: 4/6).

3.3. Način na koji se ispitanici biraju u uzorak kvantitativnih istraživanja

Slučajni uzorak, koji je karakterističan za kvantitativna istraživanja, zasniva se na *verovatnosnim metodama* i izvodi se po pravilima teorije verovatnoće i slučajnih brojeva. Slučajni uzorak predstavlja osnovu za najveći deo primene statističkih procedura, statističkih analiza i zaključaka o generalizaciji dobijenih nalaza u ovoj kategoriji istraživanja. On je i ključni pojam u uzorkovanju ispitanika kliničkih istraživanja, na primer. Kada se radi o nekoj konačnoj populaciji, onda svaki član populacije ima istu verovatnoću da bude izabran u uzorak. Međutim, ako je populacija veoma velika, beskonačna, uzorak će biti slučajan: a) ako je svaki ispitanik član te populacije i b) ako je svaki izvučeni član te populacije izvučen nezavisno od svih ostalih članova. (Bale, 2003: 2). Slučajno odabiranje ispitanika može da se izvede na više

načina. Za kliničko istraživanje, kao kvantitativno istraživanje, interesantni su načini koji daju: slučajni jednostavni uzorak; slučajni sistematski uzorak; slučajni stratifikovani uzorak i slučajni (klaster) uzorak (Bale, 2003:3).

Greška u slučajnom uzorku dešava se u svim uzorcima koji se zasnivaju na verovatnosnim metodama i teško ju je izbeći zato što nijedan uzorak ne može nikada potpuno da predstavi populaciju od interesa. Uvek će postojati raskorak između reprezentativnosti uzorka i poznate populacije ili nepoznatih karakteristika populacije. Veličina greške u slučajnom uzorku se, uopšte uzev, smanjuje pošto se veličina uzorka povećava. Uspešan slučajno izabran uzorak iziskuje dovoljno velik uzorak. Ako je uzorak dovoljno veliki, onda razlike u ishodu koje postoje između grupa biće otkrivene statistički; ako je uzorak suviše mali, važne razlike mogu da se izgube. Veća veličina uzorka, više sužava interval poverenja i stoga je mnogo precizniji studiran nalaz (Thomson, 1990: 2/4).

3.4. Način na koji se ispitanici biraju u uzorak kvalitativnih istraživanja

Izbor uzorka, koji je karakterističan za kvalitativna istraživanja, *zasniva se na neverovatnosnim metodama uzorkovanja*. U ovim istraživanjima često se koriste uzorci ispitanika koji nemaju podjednaku verovatnoću da budu izvučeni iz populacije, odnosno ne formiraju se slučajnim izborom. Takav izbor ispitanika izvodi se iz različitih razloga i u razne svrhe. Osnovno je znati da uzorci ispitanika koji nisu slučajno izvedeni iz osnovne (teoretske) populacije, nisu pogodni za generalizaciju nalaza istraživanja na veću grupu, odnosno populaciju. Međutim, takvi uzorci mogu da se koriste za generalizaciju ili kreiranje nekih specifičnih teorija, a mogu da se razvijaju i neki specifični modeli. Neverovatnosne metode uzorkovanja koje mogu da se koriste u kvalitativnim istraživanjima su sledeće: kvotni uzorak; prigodni uzorak; namerni uzorak i uzorak „snežnih grudvi“ (Bale, 2003: 5). Pitanje veličine uzorka nije ovde tako važno, ali je važno pitanje uključivanja i isključivanja iz uzorka. (Allmark, 2004: 3/4).

4. Da li istraživački uzorci treba da odraze raznovrsnost populacije?

4.1. Opšti pogled

U odredbi § 2.2.7. Okvira za upravljanje istraživanjem u zdravstvu i socijalnoj zaštiti (*Research Governance Framework/RGF*), koji je donelo britansko Odeljenje za zdravlje 2001. godine, kaže se: „Istraživanje i oni koji ga vrše treba da poštuju različitost ljudskih kultura i uslova i da uzmu u punoj meri u obzir u planu istraživanja, njegovom preduzimanju i izveštavanju, etnicitet, pol, onesposobljenost, godine starosti i seksualnu orijentaciju. Drugim rečima, istraživači treba da uzmu u obzir multikulturnu prirodu društva. Ovo je osobito važno kada količinom istraživačkih dokaza koji odražavaju raznovrsnost populacije raspolažu političari“ (Allmark, 2004: 1/6). Prateći dokument o Pravilima upravljanja za komitete za etiku istraživanja (*Governance Arrangements for Research Ethics Committees/GAFRECs*), koji je donelo, takođe, britansko Odeljenje za zdravlje 2001. godine, sadrži odredbu u§ 8.8, prema kojoj „lokalni komiteti za etiku istraživanja“ (*Local Research Ethics Committees/LRCs*) informišu ispitanike istraživanja na jeziku koji nije engleski, kao o „mesnom (lokalnom) pitanju“. Takođe se obavezuju svi komiteti za etiku istraživanja, i lokalni (*LRCs*) i multicentrični (*MRECs*), da se reosiguraju u pogledu „karakteristika populacije iz koje će ispitanici istraživanja biti birani (koje uključuju pol, godine starosti, pismenost, kulturu, ekonomski status i etničko poreklo) i da opravdaju ma koje odluke koje donose u ovom pogledu“ (§ 9.14. *GAFRECs*) (Allmark, 2004: 1/6, fn. br.2). Ove preporuke nastale su kao rezultat spoznaje da se etničko poreklo u uzorcima ispitanika istraživanja razlikuje od etničkog porekla u opštoj populaciji. Cifre iz SAD sugerišu da su tamo nedovoljno predstavljene grupe Afroamerikanci i Meksikanci. Slična situacija je i u Velikoj Britaniji: ljudi po poreklu iz Azije i zapadne Indije nedovoljno su predstavljeni u uzorcima ispitanika istraživanja; postoje neka istraživanja koja potvrđuju ovo gledište (Allmark, 2004: 1/6, fn. br.3-6). Shodno tome, komiteti za etiku istraživanja morali bi da tumače Okvir za upravljanje istraživanjem (*RGF*) o raznovrsnosti populacije tako što bi se ovaj dokument preveo za upotrebu u mestima u kojima visoka proporcija populacije ne govori engleski jezik, kao prvi jezik. Komiteti za etiku mogli bi da postavе i rigoroznije zahteve, na primer, da prevodioci budu raspoloživi za

intervjue sa ljudima iz etničkih manjina. Komiteti bi mogli da zahtevaju, takođe, posebno ciljanu populaciju, kao što su homoseksualci, da bi osigurali da uzorak odražava kulturne razlike.

Međutim, britanski pravni pisac *Allmark* u članku „Should research samples reflect the diversity of the population?“, dokazuje da odgovor komiteta za etiku istraživanja na zahtev iz odredbe § 2.2.7. *RGF* treba da bude sofisticiraniji, jer proporcionalno predstavljanje različitih grupa u istraživačkim uzorcima ne dokazuje pravičnost. Sâmo isključivanje iz uključivanja u istraživački uzorak nije nepravedno samo po sebi. Stvaran interes je da rezultati istraživanja, iz kojih su isključene manjine, žene, deca, stari, itd., neće nužno biti neprimenljivi na ove grupe. To je ono što bi bilo nepravično. Prema tome, *istinski važno pitanje jeste da li isključivanje iz uključivanja u uzorak istraživanja znači ujedno i isključivanje iz koristi rezultata istraživanja* (Allmark, 2004: 1-2/6).

Ishodišna misao odredbe § 2.2.7. *RGF* je da je nepravično prema manjinama, ženama, starima ili deci da ne budu predstavljeni u uzorcima istraživanja. U ovom kontekstu, „pravičnost“ se tiče distributivne pravde. Ideja distributivne pravde je da članovi društva treba da dobiju svoj pravičan udeo u teretima i koristima istraživanja. Da li je zabrinjavajuće isključivanje iz istraživačkih uzoraka? Ovo pitanje može da se podeli u dva dalja pitanja. Prvo, da li je *prosto uključivanje* u istraživački projekat iz kojeg su isključene manjine, žene, stari, deca, itd., nepošteno lišavanje koristi? Drugo, da li ovo isključivanje može da vodi do toga da manjine, žene, stari, deca, itd., budu lišeni koristi rezultata istraživanja? U odgovoru na ova pitanja korisno je da se ispita pravičnost i koristi rezultata kvantitativnih istraživanja i pravičnost i koristi rezultata kvalitativnih istraživanja.

4.2. Pravičnost i koristi rezultata kvantitativnih istraživanja

Prvo ćemo ispitati dejstvo tretmana lekovima kod kvantitativnih istraživanja. Lekovi se razlikuju u svom dejstvu na pojedince. Da se oni ne razlikuju, ne bi bio potreban širok niz ispitivanja lekova. Razlike u dejstvu istog leka na različite ljude naziva se *polimorfizam*. U principu, postoje tri razloga za polimorfizam.

Prvi razlog tiče se sredine, na primer, razlika u ishrani (kao što je prisustvo mnogo masnoća ili premalo soli) čine neke lekove efikasnijima. Drugi razlog je kulturni i usko je povezan sa prvim razlogom. Na primer, u nekim kulturama postoje žalbe na tretman lekom kao pitanja po sebi, ili u drugima postoji verovatno prisustvo alternativnih medicina, kao što je akupunktura, koje mogu da promene farmakokinezu, itd. Treći razlog je genetski. Ljudi nasleđuju gene koji kontrolišu metabolizam jetre i to može da rezultira ili u sporom ili u brzom metabolisanju lekova. Spor metabolizam će učiniti da lek bude manje delotvoran i verovatnije je da će lek ispoljiti toksična dejstva.

Razlozi okoline i kulture verovatno su samo znaci za osnovni (primarni) uzrok. Otuda, kada se razlike u dejstvu tretmana zasnivaju na kulturi, onda valja tražiti posebno ponašanje koje je uzrok ove razlike - na primer, mnogo soli u ishrani negativno utiče na efikasnost antihipertenzivnih lekova. Kada se razlike zasnivaju na genima, veruje se da su sâmi geni uzrok tome. Iz ovog razloga, istraživanja polimorfizma usredsređuju se na genetiku kao uzrok. S druge strane, visok udeo razlika u dejstvima lekovašire je zasnovan na rasnim ili etničkim podelama. Ovo daje osnov za mišljenje da bi bilo nepravilno da se etničke i rasne grupeisključe iz uzorka populacije pri istraživanju lekova (Allmark, 2004: 2-3/6).

Međutim, ovde je potreban oprez. Iako su neki američki autori do nedavno zagovarali stav da su rasne i etičke razlike zasnovane na genetici verovatno tačne jer se zasnivaju na velikim razlikama u dejstvima tretmana, već je sasvim ustanovljeno da su genetske razlike između rasnih grupa sićušne i da postoje veće razlike unutar rasnih grupa nego između njih. U slučaju etničkih grupa, mnogo je verovatnije da će postojati genetska linija od deteta do roditelja, od babe do dede, itd. Kao takve, genetske razlike između etničkih grupa mnogo su приметnije nego genetske razlike između rasa. Iz toga se zaključuje da između različitih etničkih grupa postoje izvesne genetske razlike. Ipak, etnicitet je u većoj meri samopercipiranje, nego što je objektivna činjenica. Osim toga, dalji problem koji nastaje iz zaključka da postoje genetske razlike između etničkih grupa jeste kako da se ljudi, na kraju, smeste u određene kategorije, na primer, čovek okarakterisan kao Afro-Karibljanin može da ima različito etničko poreklo po majčinoj i po očevoj liniji; može da ima jednog roditelja koji je belac. *H. MeBeth* pokušao je da otkrije razlike između etničkih grupa, ali je zaključio

da su precizne definicije nemoguće „zbog odsustva značajnih granica“ (Allmark, 2004: 3/6. fn. br. 20 i fn. br. 21).

S druge strane, na polu zasnovan polimorfizam sasvim je ustanovljen za neke lekove, na primer alkohol. Ne samo da neki lekovi različito utiču na muškarce i žene, već žene mogu da ispolje polimorfizam tokom različiih faza menstrualnog ciklusa, isto kao i pre i posle menopauze. Najzad, postoje dokazi da su godine starosti faktor u polimorfizmu. Različito dejstvo lekova na decu i starije primetnije je nego između drugih grupa (Allmark, 3/6, fn. br.7; fn. br.8 i fn.br.22).

Sa ovim činjenicama na umu, vraćamo se na odredbu § 2.2.7. *RGF* i na pitanje kako komiteti za etiku istraživanja (*RECs*) i istraživači treba da odgovore na okolnost da su razlike u dejstvu tretmana prisutne između grupa, šta god da je razlog. U tom kontekstu, razmotrićemo nekoliko situacija.

4.2.1. Prepoznavanje istraživanja u kojima je predstavljanje od značaja

Odredba § 2.2.7. britanskog Okvira za upravljanje istraživanjem u zdravstvu i socijalnoj zaštiti (*RGF*) odabira grupe, kao što su one zasnovane na polu, rodu i godinama starosti. Od toga, rod i godine starosti verovatno su osnove za polimorfizam. Tamo gde je verovatno da je razlika u dejstvu tretmana prisutna, bilo bi korisno da se u ma kom predlogu istraživanja ta razlika prepozna. Ako bi istraživač preduzeo istraživanje o novom anti-epileptičnom leku, na primer, o vrsti kao što je *clonazepam*, onda izgleda verovatno da će dejstvo tretmana biti različito za one kineskog ili japanskog porekla. U vezi s tim, *J. Johnson* kaže: „Moguće je da se prepoznaju oni lekovi koji će najverovatnije pokazati razlike u svojoj farmakokinetici. Na primer, lek koji se potpuno otklanja iz bubrega putem filtracije i respiracije i nije jako vezan za plazmatske proteine ... nije verovatno da će ispoljiti rasne razlike u svojoj kinetici“ (Allmark, 2004, 3/6, fn. br.16). Drugim rečima, oblikovanje uzorka je od interesa, *jedino* ako nije verovatno da će postojati razlike u dejstvu tretmana među pojedinim grupama kada se istraživanje odnosi na lek. U suprotnom, rezultati istraživanja biće primenjeni širom svih grupa bez obzira ko su bili ispitanici u uzorku istraživanja.

4.2.2. Ako je predstavljanje od značaja, onda je neophodno podesno analiziranje podgrupe

Ako postoji osnov da se očekuju različita dejstva tretmana između grupa, onda prosto predstavljanje u uzorku neće biti dovoljno. Na primer, ako četiri uzorka uključuju 3% etničkih grupa za koje se dejstvo tretmana razlikuje od ostalih uzoraka, onda će ovaj rezultat biti „progutan“ obuhvatnim rezultatom. U tom slučaju, istraživaču će biti potrebno da analizira posebno podgrupu da bi prepoznao različita dejstva tretmana. Ovo ima dve značajne posledice za komitete za etiku istraživanja (*RECs*) i za istraživače. Prva je da ako je komitet za etiku istraživanja odredio koja grupa mora da bude predstavljena u kliničkom istraživanju, onda komitet mora da odredi, takođe, da analiza podgrupe mora da se učini ili, bar, da podaci moraju da budu sakupljeni na takav način da nalazi podgrupe mogu da se ispituju u budućnosti. Ako se insistira na učestvovanju podgrupe, to nije dovoljno sve dok se nešto ne učini sa rezultatima istraživanja. Druga značajna posledica jeste da udeo (proporcija) takvih podgrupa u uzorku nije važna. Ono što je važno jeste da postoji dovoljan broj izvršenih analiza podgrupe. Osim toga, ako je komitet za etiku istraživanja odredio da se izabere uzorak pojedine podgrupe, onda bi zadatak komiteta za etiku bio da osigura da se sprovede nužan/potreban izbor uzorka. Ovo bi moglo da iziskuje ciljani izbor uzorka u nekim slučajevima (Allmark, 2004: 3/6).

4.2.3. Predstavljanje je samo delimično lokalno pitanje

Odredba § 2.2.7. *RGF* određuje da je predstavljanje manjina lokalno pitanje. Stoga, istraživač mora da traži da se pribavi prevod informacije radi dobijanja informisanog pristanka na učešće u istraživanju na jeziku jedne populacije koja ima visok udeo u celokupnoj populaciji, na primer, Južnih Azijata. Na taj način, iskazuje se, u stvari, samo površno poštovanje prema ovoj manjini. Ako se manjine predstavljaju, to je zbog mogućnosti da postoje razlike u dejstvu tretmana; ovo je, međutim, jedno pitanje nauke. *Naučna pitanja nisu, i ne bi trebalo da se smatraju, kao mesno/lokalno pitanje* (krziv – VK).

No, postoji drugi smisao u kome je razumno da se predstavljanje manjina tretira kao lokalno pitanje. U jednoj obalsti sa visokom proporcijom određene podgrupe, lokalni komitet za etiku istraživanja (*LRC*) ne bi trebalo da insistira

na njenom predstavljanju u svakom istraživanju, već samo u onim klinčkim istraživanjima u kojima verodostojno može da se očekuje da će podgrupa reagovati različito na lek koji se ispituje/studira.

S druge strane, predstavljanje nije lokalno pitanje za, bar, još dve grupe ljudi pomenute u odredbi § 2.2.7. *RGF*; jedna podrazumeva da su razlike u godinama starosti i u rodu jednako raspoređene širom populacije. Isto se ne bi moglo reći u pogledu ekonomskog statusa i pola; predstavljanje ovih grupa verovatno je važnije za kvalitativna istraživanja.

4.3. Pravičnost i koristi rezultata kvalitativnih istraživanja

Faktori kao što su etničko poreklo, pol, rod i ekonomski položaj verovatno su znaci za značajne kulturne razlike. Ove razlike mogu biti od velike važnosti za kvalitativna istraživanja/studije o socijalnim fenomenima. Kao takve, ove grupe, ako su isključene iz kvalitativnog istraživanja, mogu biti lišene njegovih koristi.

Isključivanje grupa iz kvalitativnog istraživanja koje ima političke posledice je *prima facie* nepravično. Kvalitativna istraživanja, kako je već bilo spomenuto, nisu velikog opsega i nemaju političke posledice po sebi. Svaki mali niz studija doprinosi jednoj sveukupnoj slici. Ova sveobuhvatna slika biće obmanjiva, ako su neke od gore navedenih grupa isključene, i vodiće ka nepravičnim političkim odlukama. Mešavina kultura u uzorku ovih istraživanja teško da bi bio jedan podesan odgovor na ovaj problem. Veličine uzoraka u kvalitativnim istraživanjima često su vrlo male. Ako se ovom doda činjenice da je broj kultura vrlo veliki, onda je jasno da je takvo ugovaranje teško izvodljivo. Odredba § 2.2.7. *RGF* i ne traži da se tumači tako kao da zahteva ovakvo ugovaranje. U poslednjoj rečenici se samo kaže: „Osobito je važno da je sadržina istraživačkih dokaza koji odražavaju raznovrsnost populacije na raspolaganju političarima“. Najbolji način da se to osigura jeste da se ohrabre kvalitativna istraživanja. U principu, ako se ostavi istraživačima kvalitativnih istraživanja da studiraju kulturna, socijalna i društvena pitanja koja bude njihovu radoznalost, onda će se sadržina istraživačkih dokaza koji odražavaju raznovrsnost populacije u većoj meri razviti.

No, jedna ograda je neophodna. Kvalitativno istraživanje može da bude i velikog obima, na primer, ako vlada naruči istraživanje o stavovima prema donaciji organa sa namerom da izmeni politiku od one koja zahteva pristanak rođaka do one o pretpostavljenom pristanku. Ako su ove preporuke potpuno neprihvatljive za grupu koja je isključena iz uzorka ovog istraživanja, onda bi bilo jačih osnova za komitete za etiku istraživanja da kažu da istraživači moraju da obezbede da ova grupa bude kulturno predstavljena u uzorku u ovoj vrsti kvalitativnog istraživanja.

5. Zaključak

Uprkos preovlađujućem moralnom i pravnom stavu da *interesi i blagostanje pojedinca kao ispitanika istraživanja imaju prednost u odnosu na interese nauke i društva*,⁴ ljudi nisu, uopšte uzev, voljni da se uključe u istraživanja, posebno ne u klinička istraživanja. Čak i kada je osiguran pravičan izbor ljudi kao ispitanika u uzorak istraživanja, čemu je bio posvećen ovaj rad, još uvek postoji otpor kod ljudi da se uključe u klinička istraživanja. Medicinska zajednica uočila je nekoliko prepreka koje tome stoje na putu:

Prva je prepreka nedostatak svesti o prikladnosti kliničkih istraživanja. Neki lekari misle da nijedno kliničko istraživanje ne bi bilo prikladno za njihove pacijente. Drugi, opet, nisu svesni raspoloživosti kliničkih istraživanja..

Drugo, lekari nisu voljni da „izgube kontrolu“ nad lečenjem svojih pacijenata i ako bi oni morali da upute pacijente negde drugde da se uključe u istraživanje, lekari bi poremetili odnose sa svojim pacijentima.

Treće, postoji uverenje da je standardna medicinska terapija najbolja. Neki lekari veruju da eksperimentalni medicinski tretman u kliničkom istraživanju nije toliko dobar koliko je standardan tretman. S druge strane, istraživačima je

⁴ Upor. § 6 nove *Helsinške deklaracije*; član 2 Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini Saveta Evrope, iz 1997, koja je stupila na snagu 1. decembra 2009. godine; član 3 Dodatnog protokola Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini Saveta Evrope, koji se tiče biomedicinskih istraživanja, koji je stupio na snagu 1. decembra 2009; član 3 Uneskovke Univezalne deklaracije o bioetici i ljudskim pravima (2005); član 60, stav 1 Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima Srbije, *Služeni glasnik RS*, br. 30/2010; Jakov Radišić, „Biomedicinska istraživanja ili ogledi na čoveku“, *Medicinsko pravo*, Univerzitet „Union“ i „Nomos“, Beograd 2008²: 253–254.

neprijatno da priznaju da postoji nesigurnost u pogledu toga koji je medicinski tretman bolji u *trećoj fazi* kliničkog ispitivanja leka ili medicinskog tretmana ili medicinskog sredstva.

Četvrto, dužina i detalji istraživačkih protokola odvrćaju pacijente od učešća u kliničkim istraživanjima. Mogućnost da će biti izloženi dodatnim troškovima, iako se oni nadoknađuju, za mnoge je zastrašujuća. Primer za to suljudi iz nižih društveno-ekonomskih klasa društva i u SAD i drugde u Evropi. S druge strane, u našoj zemlji nedostaju ovi podaci. Međutim, nama je poznato, kao članu etičkog odbora u jednoj beogradskoj zdravstvenoj ustanovi, da se klinička ispitivanja lekova i medicinskih sredstava, po pravili, međunarodna i multicentrična, neprekidno odvijaju u toj ustanovi, a da pacijenti-ispitanici sâmi plaćaju za lek koji lekari-istraživači te ustanove klinički ispituje na njima. Stoga, nije čudno što lekari-istraživači nisu u stanju da uključe u uzorak više od šest-sedam pacijenata kao ispitanika u ispitivanje novih lekova.

Peto, prema studijskom pregledu koji je izvršilo Američko društvo za kliničku onkologiju (*American Society of Clinical Oncology*) 2000. godine, najznačajniji razlog zbog koga se pacijenti ne odazivaju na poziv da se uključe i zbog koga se ne upisuju u klinička istraživanja je intenzivnost papirološkog rada na prikupljanju podataka uopšte i u postupku informisanog pristanka, posebno. Uzorkovanje i pridržavanje protokola istraživanja sasvim su blisko povezani pošto oni izabrani u uzorak i upisani moraju da se prate do završetka studije.

Šesto, prepreke iz ugla pacijenata uključuju: nedostatak sredstava na strani ograničenog zdravstvenog osiguranja pacijenta; pacijenti imaju strah da budu „zamorčići“; strah da će dobiti placebo⁵ umesto medicinskog tretmana i strah od nepoznatog; konfuzija u pogledurazlike između istraživanja i lečenja; uverenje da su istraživaču važniji ciljevi istraživanja nego dobrobit pacijenta; nedovoljno poštovanje istraživača, što se posebno odnosi na rasne i etničke manjine, žene i stare i, najzad, nepoverenje u istraživače u svetlu saznanja o ranijim zloupotrebama (na primer, Tuskegeestudija nelečenog sifilisa, Frank, 2004: 33, fn. br.18).

⁵ *Placebo* je preparat koji sadrži farmakološki neutralnu supstancu, a po obliku i izgledu ne razlikuje se ni po čemu od novog leka koji se ispituje, (*Radišić, 2008²: 256, fn. br. 11*).

S druge strane, ako društvo želi da ubrza ispitivanje novih lekova i medicinskih tretmana i da omogući široku dostupnost odobrenih lekova i medicinskih tretmana, povećanje broja ispitanika-pacijenata izabranih u uzorke i upisanih u klinička istraživanja od vrhunske je važnosti. Na pitanje kako da se to postigne, nije lako dati određen odgovor, posebno u svetlu podatka da samo 28% ljudi smatra da su klinička istraživanja u SAD etična (Frank, 2004: 35, fn. br.27).

Literatura

Allmark, B.P. (2004). „Should research samples reflect the diversity of the population?“, *Journal of Medical Ethics*, 30: 185-189, doi:10.1136/jme.2003.004374, str. 1-6, Retrieved 12, July 2012, from <http://jme.bmj.com/content/30/2/185.full>

ASSERT, „Fair Subject Selection“, str.1-2, Retrieved 23, November 2012, from <http://www.assert-statement.org/fairss.html>

Bale, G. (2003). „Metodologija kinezioloških istraživanja“, Fakultet fizičke kulture, Novi Sad, str.1-10, Retrieved 12, December 2012, from www.kinesis.co.yu

Beyea, S, Laslie, N. (1997): “Selecting samples for research studies requires knowledge of the populations of interest“, *AORN Journal*, Oct, str.1-4, Retrieved 17, July 2012, from http://findarticles.com/p/articles/mi_m0FSL/is_n4_v66/ai_19996778

Dodatni protokol Konvencije o ljudskim pravima i biomedicini Saveta Evrope, koji se tiče biomedicinskih istraživanja (Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research), Strasbourg, 25 January 2005, entered into force 1 december 2009, Retrieved 10, Juny 2010, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/195.htm>

Ezekiel E, Wendler, D, Grady, C:(2000). „What Makes Clinical Research Ethical?“ *Journal of American Medical Association/JAMA*, May 24/31, Vol. 283, No.20, str.2701-2711, Retrieved 15, September 2011, from www.jama.com

Frank, G (2004). „Current challenges in Clinical Trial Patient Recruitment and Enrollment“, *SOCRA SOURCE*, February, str-30-38, Retrieved 19, August 2012,

from https://www.sorce.org/pdf/200402_Current_Challenges_Recruitment_Enrollment.pdf

Kazerooni, E. (2001). „Population and Sample“, American Journal of Rengenology, AJR, Vol.177, no. 5, November, str. 993-999, Retrieved 11, July 2012, from <http://www.ajronline.org/content/177/5/993.full>

Klajn Tatić, V. (2012). Etički i pravni položaj ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja i kliničkih ogleda, izd. Institut društvenih nauka, Centar za pravna istraživanja, Beograd

Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini Saveta Evrope (Convention for the Protection of Human Rights with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine), Oviedo, 4 April 1997, enered into force 1 December 2009, Retrieved 10, June 2010, from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>

Međunardni vodiči za biomedicinska istraživanja koja uključuju ljude Saveta međunarodnih organizacija medicinskih nauka (Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS): International Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, Geneve 2002, Retrieved 26, March, 2009, from http://www.cioms.ch/frame_guideline_no_200.htm

The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, U.S. Department of Health, Education and Welfare, The Belmont Report – Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research (1979), Research DHEW Publication No.(OS) 1978-0014, Washington, DC: U.S. Government Printing Office

Prečišćen tekst Helsinške deklaracije iz 2000, 2002. i 2004. usvojen je u Seulu 2008. godine (WORLD MEDICAL ASSOCIATION DECLARATION OF HELSINKI. Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, 2000, 2002. i 2004, DoH 2008), str.1-13, Retrieved 13 March 2009, from <http://www.archive.org/web/200710272241-23/www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>

„Qualitative Vs. Quantitative Research Differences“, str.2-6, Retrieved 10, October 2012, from http://www.ehow.com/info_8094966_qualitative-vs-quantitative-research-differences.html

Radišić, J. (2008). Medicinsko pravo, izd. Univerzitet „Union“ i „Nomos“, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd

Sanchez, A.: „The difference between qualitative and quantitative research“, str.1-2, Retrieved 10, October 2012, from <http://e-articles.info/e/a/title/THE-DIFFERENCE-BETWEEN-QUALITATIVE-AND-Q...>

The Differences in Quantitative & Qualitative Research“, str.4-6, Retrieved 10, October 2012, from http://www.ehow.com/info_7925687_differences-quantitative-qualitative-research.html

Thomson, C. (1990). „If you could just provide me with a sample: examining sampling in qualitative and quantitative research papers“, Evidence Based Nursing, 1999; 2:66-70, doi: 10.1136/ebn.2.3.68, str.1-4, Retrieved 12, July 2012, from <http://bmj.com/content/2/3/68.full>

Trinity College, „Recruitment + Selection of Subjects“, str. 1-3, Retrieved 1, August 2013, from <http://www.trin.coll.edu/Academies/dean/research/review/Pages/Recruitment.aspx>

Uneskova Univezalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima (2005), izd. „Celab“, Unesco i bioetika, Zbirka osnovnih dokumenata, Center for Ethics and Law in Biomedicine 2008, 20-28

United States Department of Health and Human Services, 45 Code of Federal Regulations Part 46, „Protection of Human Subjects/Subpart D: „Additional Protections for Children Involved as Subjects in Research“ (2005), Retrieved 19, March 2009, from <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.htm>

Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima Srbije, Službeni glasnik RS, Br. 30 (2010)

Vesna Klajn Tatić, LL.D
Senior Research Associate,
Institute of Social Science in Belgrade

Equitable Sampling of Participants in Biomedical Research and Clinical Experiments

Summary

There are several aspects of the requirement to provide for an equitable sampling of research participants. On the one hand, equitable sampling implies that the scientific research objectives shall be the cornerstone for determining the groups and individuals to be selected and included as research participants, rather than some other properties which are unrelated to research objectives (such as the subjects' vulnerability or privileges). On the other hand, groups and individuals should not be denied the opportunity to participate in scientific research without a solid scientific justification. The concept of equitable sampling also implies that groups and individuals that have borne the risks and burden of research should enjoy some benefit from the research. The unjustified and excessive inclusion of certain groups as research participants is equally unfair and inequitable as their unjustified and excessive exclusion from research. In many cases, the excessive inclusion of some groups is often based on the administrative availability of population rather than on the scientific rationale, which is considered unacceptable.

In the British and American law, the sampling of research participants has to be a reflection of the multi-cultural society, which implies taking into account the participants' ethnicity, gender, disability, age and sexual orientation in the process of planning, executing and implementing the research plan. However, literature shows that the exclusion of some groups from participation in the research is not the most important issue in sampling but whether it concurrently implies the exclusion from the benefits stemming from the research results, which would be unfair. In addressing these issues, the literature differentiates between equitable sampling in terms of benefits from a quantitative research and equitable sampling in terms of benefits from a qualitative research. Generally, sampling in the quantitative research is

considered to be of interest only if the research is most likely to yield substantial difference in the effects of including a particular group (for example, in case of testing the effects of some medications). Otherwise, the research results will be applied across all groups regardless of who the research participants are. Factors such as ethnicity, sex, gender or economic status are most likely indicators of tangible cultural differences. In case the exclusion of some group from a quantitative research has some political implications, it is *prima facie* inequitable. In principle, if the researchers in qualitative research are free to study the cultural, social and societal issues that kindle their curiosity, then the population diversity will be more significantly reflected in the the content of research findings.

Keywords: equitable sampling, research participants, samples and sampling, quantitative and qualitative research, refusal to participate and sign in for research studies.

Dr Dušica Miladinović-Stefanović*,
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.851:343.541-053.2/.6

Rad primljen: 31.03.2014.

Rad prihvaćen: 30.04.2014.

HEMIJSKA KASTRACIJA – PRIHVATLJIVO SREDSTVO ZA SPREČAVANJE KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE PREMA MALOLETNIM LICIMA?*

Apstrakt: *Odgovor na seksualno nasilje prema maloletnim licima u savremenim sistemima krivičnog prava često podrazumeva čitav niz mera usmerenih na kontrolu osuđenih po izdržavanju kazne, čiji je cilj smanjenje rizika od recidiviranja. Među njima se nalazi i poseban farmakološki tretman, poznatiji kao hemijska kastracija, kojim se indukuje supresija seksualnog nagona i tako koriguje seksualno nedozvoljeno ponašanje. Ovaj rad predstavlja pokušaj da se razmotre najznačajnija pravna, a u nužnoj meri, i medicinska pitanja vezana za pomenutu meru.*

Ključne reči: *seksualno nasilje, maloletna lica, hemijska kastracija.*

1. Uvodne napomene

Mehanizmi krivičnopravne zaštite maloletnih lica od seksualnog nasilja postaju sve složeniji, tako da često ne podrazumevaju samo „klasično“ inkriminisanje neprihvatljivih ponašanja i pooštavanje predviđenih kazni. Visoka stopa

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** Članak predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

recidivizma kod ovih dela govori o tome da takav pristup nije delotvoran, te je učinjen zaokret ka iznalaženju efikasnije kontrole osuđenika po otpuštanju sa izdržavanja kazne.¹ Srbija je donošenjem Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima počela da sledi ove tendencije,² predvidevši sledeće mere: obavezno javljanje nadležnom organu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, zabranu posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica, obavezno posećivanje profesionalnih savetovališta i ustanova, obavezno obaveštavanje o promeni prebivališta, boravišta ili radnog mesta, obavezno obaveštavanje o putu u inostranstvo, kao i vođenje posebne evidencije učinilaca seksualnih krivičnih dela prema maloletnicima.³ Međutim, komparativno pravo poznaje i drugačije metode upravljanja rizikom od recidiviranja (više u Miladinović-Stefanović, 2013: 337-393), među kojima se nalazi i tzv. hemijska kastracija. Skupštinska rasprava, vođena prilikom razmatranja Predloga Zakona o posebnim merama, otkrila je da i kod nas ima zagovornika za njeno uvođenje, kao što su i pojedina empirijska istraživanja pokazala da je domaća javnost više nego voljna da to podrži (Petković, Đorđević, Balos, 2010: 79).

¹ Visoka stopa povrata predstavlja deo uvrežene slike o seksualnim prestupnicima, mada empirijska istraživanja daju veoma različite rezultate po ovom pitanju. Tako su Langevin i saradnici zaključili da se stopa povrata učinilaca koji su delo učinili u okviru porodice kreće od 51,1% do 84,2%, dok je stopa od 73,3% do 74,1% ustanovljena za one „van porodičnog kruga“ (Langevin, Curnoe, Fedoroff, Benett, Langevin, Peever, Pettica, Sandhu, 2004: 545-546). Nasuprot tome, po rezultatima Soothil-a i saradnika ona iznosi 20% (Soothil, Harman, Francis, Kirby, 2005: 225), a po Patrick-u i Marsh-u je značajno niža, samo 9,2% (Patrick, Marsh, 2009: 126). Sve to navodi na zaključak da je veoma teško doći do realne stope recidivizma, i to ne samo zbog metodoloških problema, nego i zbog visoke tamne brojke (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2009: 145), što je značajno ako se recidivizam shvati u širem, kriminološkom smislu.

² *Službeni glasnik RS, br. 32/13.*

³ Primenjuju se prema učinocima silovanja (čl. 178. st. 3. i 4. Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013*); obljube nad nemoćnim licem (čl. 179. st. 2. i 3.); obljube sa detetom (čl. 180.); obljube zloupotrebom položaja (čl. 181.); nedozvoljenih polnih radnji (čl. 182.); podvođenja i omogućavanja vršenja polnog odnosa (čl. 183.); posredovanja u vršenju prostitucije (čl. 184. st. 2.); prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja maloletnog lica za pornografiju (čl. 185.); navođenja maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (čl.

Kako su se i neke države iz našeg okruženja opredelile za njeno normiranje (Makedonija),⁴ nije isključeno ponovno aktuelizovanje ovog pitanja, posebno ako Zakon o posebnim merama ne opravda očekivanja. U tom smislu, ovaj rad predstavlja pokušaj da se detaljnije razmotre najznačajnija pravna, a u nužnom obimu, i medicinska pitanja vezana za hemijsku kastraciju.

2. Kratak osvrt na medicinske aspekte hemijske kastracije (pojam, najčešće korišćena farmakološka sredstva, mehanizam njihovog delovanja i štetne posledice po zdravlje)

U svom osnovnom značenju, kastracija podrazumeva hirurško otklanjanje testisa, tj. medicinskim jezikom rečeno, orheotomiju, koju treba razlikovati od vazektomije i amputacije penisa (Long, 2009: 165, Scot, del Busto, 2009: 305). Posledica zahvata je značajno smanjenje nivoa testosterona u telu, mada manji deo stvaraju i nadbubržne žlezde, čime se utiče na opadanje seksualnog nagona i tako umanjuje verovatnoća ponovnog vršenja seksualnih krivičnih dela (Weinberger, Sreenivasan, Garrick, Osran, 2005: 16-36). Sigurno je da hirurška kastracija, kao oblik reakcije na seksualnu delinkvenciju, a ne kao o medicinska procedura indikovana pojedinim bolestima, stvara neprijatnu asocijaciju na zakone starog i srednjeg veka, na surovo telesno kažnjavanje po principu taliona, ili na pokret eugenike, koji je doveo do toga da se ona koristi kao opšta metoda artificijelne selekcije i „čišćenja“ društva od nepoželjnih naslednih osobina. Međutim, iako ima arhaičan i varvarski prizvuk, teško spojiv sa savremenim standardima ljudskih prava, a pre svega sa zabranom mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja,⁵ hirurška kastracija je, doduše retko, prisutna i u savremenom pravu, u zakonodavstvima

185a); iskorišćavanja računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b).

⁴ Zakon za izmenuvanje i dopolnivanje na Krivični zakonik, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 27/2014.

⁵ Čl. 5. Univerzalne deklaracije o pravima čoveka, čl. 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71, čl. 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010, čl. 25. Ustava RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

pojedinih država SAD (Holmberg, 2003: 506, Scot, del Busto, 2009: 306), mada se primeri primene mogu naći i u Evropi, kao što je slučaj u Češkoj.⁶

Za razliku od navedenog, pomalo neadekvatnim terminom hemijske kastracije označava se farmakološki tretman kojim se utiče na seksualni nagon i seksualno ponašanje čoveka (Long, 2009: 165, Scot, del Busto, 2009: 298). Sama ideja nije nova, prvi slučaj upotrebe hormonske terapije u cilju redukcije patološkog seksualnog ponašanja zabeležen je još 1944. godine (Scot, Holmberg, 2003: 502, Tullio, 2009: 204). Iako izbor farmakološkog sredstva predstavlja prevashodno medicinsko pitanje, njegovo razmatranje je, makar na elementarnom minimumu, nužno u ovom kontekstu da bi se razumelo delovanje mere na čovekov organizam, uključujući i sporedne efekte, kao i potencijalni uticaj na smanjenje recidivizma.

Uopšteno posmatrano, korišćeni lekovi spadaju ili u supstance koje smanjuju nivo testosterona u organizmu ili utiču na nivo serotonina. Tako se od lekova koji smanjuju nivo testosterona u SAD najčešće koristi medroksiprogesteron

⁶ Svojevremeno je primena hirurške kastracije izazvala žučnu polemiku između Komiteta Saveta Evrope za prevenciju torture, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kazni (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) i češke vlade. Komitet je naložio obustavanje ovakve prakse, ocenivši da je degradirajuća i da ima psihičke posledice, uz izraženu sumnju da je pristanak osuđenika zaista slobodan, jer je to jedini način da izbegnu doživotni zatvor, a kao značajan nedostatak markiran je i izostanak adekvatne pravne regulative. *Report to the Czech Government on the Visit to the Czech Republic Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 23 October 2009*, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-22-inf-eng.pdf>. Češka vlada je negirala neke od navoda, ali je u domenu pravnog uređenja morala da učini pomak donošenjem „Preporučene procedure za hirurške kastracije u vezi sa seksualnim prestupništvom motivisanim parafilijama“. U Uputstvu se naglašava da je hirurška kastracija mogućnost za pacijente koji, zbog medicinski potvrđene sklonosti ka vršenju nasilnih seksualnih dela, predstavljaju opasnost za druge, pod uslovom da su iscrpljene ostale mogućnosti lečenja. Obavezno je upoznavanje učinioca sa kontraindikacijama i alternativama intervencije, a postupak počinje na osnovu pisanog zahteva učinioca i odobrenja od strane stručne komisije. Više o tome u *Response of the Czech Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to the Czech Republic from 21 to 23 October 2009*, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-23-inf-eng.pdf>.

acetat (MPA), analog sintetičkog progesterona, i to oralno, uzimanjem leka Provera u dozama od 50 do 300 mg dnevno, ili kao injekcija Depo-Provera koja se daje u dozi od 300 mg jednom nedeljno (Scot, del Busto, 2009: 299). Mnogobrojna istraživanja su pokazala da je on veoma efikasan u supresiji seksualno devijantnih fantazija i ponašanja u odnosu na pedofiliju, ali voajerizam i ekshibicionizam, kao i da je sa stopom recidivizma od 18% prema 58% mnogo delotvorniji u odnosu na psihoterapiju (prikaz istraživanja videti u op. cit: 299-300). Istovremeno, krupan problem tretmana jeste i to što se njime ne ostvaruju trajni efekti, te se mora sprovoditi doživotno, a ne treba zanemariti ni niz negativnih sporednih efekata – bol u predelu abdomena, povećanje nivoa kortizola u krvi, depresija, dijabetes melitus, glavobolja, nesanica, kamen u žuči, hipertenzija, pojava valunga, stvaranje tromba, ginekomastija, oštećenje jetre, smanjenje gustine koštane mase, atrofija testisa (Melella, Travin, Cullen, 1989: 225, Rosler, Witztum, 1998: 420, Schober, Kuhn, Kovacs, Earle, Byrne, Fries, 2003: 692, Simpson, 2007: 1225 i dr.).

U upotrebi je i derivat progesterona ciproteron acetat (CPA) i to još od sedamdesetih godina prošlog veka (Scot, del Busto, 2009: 301). SRA se može koristiti oralno u dozama od 50 do 200 mg dnevno ili putem intermuskularne injekcije u dozi od 300 do 600 mg nedeljno ili na dve nedelje (Hill, Briken, Kraus, Strohm, Berner, 2003: 412, Scot, del Busto, 2009: 301). Kliničke studije o efikasnosti pokazuju da zaista utiče na smanjenje seksualno devijantnih želja (Hill et al, 2003: 412), mada pojedini autori ističu i da su rezultati nekih istraživanja krajnje diskutabilni zbog izvesnih metodoloških propusta (nepostojanje kontrolne grupe, zaključivanje na osnovu izjava osuđenika bez objektivnih instrumenata za proveru, Scot, del Busto, 2009: 301-302). Sličnost sa drugim supstancama postoji u domenu uzgrednih štetnih posledica, te je i pri upotrebi SRA registrovana pojava ginekomastije, mišićne slabosti, povećanja telesne mase, tromboembolije, depresije, oštećenja jetre, kao i smanjenja gustine kostiju do nastanka osteoporoze usled trajnijeg uzimanja (Hil et al, 2003: 412, Rosler, Witztum, 1998: 420, Schober et al, 2003: 692 i dr.). Po pitanju efikasnosti postoje kontraverzni rezultati, jer se u delu istraživanja ispostavilo da između SRA i MRA nema razlike, dok ima i autora koji daju prednost primeni SRA, kako je stopa recidivizma kod tretiranih samo 3% (Scot, del Busto, 2009: 302).

U grupu hormonalnih preparata spadaju i supstance poznate pod skraćenim nazivima LHRH i GnRH agonisti (ili luteinizirajući hormon-oslobađajući i gonadotropin hormon-oslobađajući agonisti), koje inhibiraju lučenje određenih hormona hipofize (FSH i LH), što za posledicu ima pad nivoa testosterona do „kastrijskog nivoa“ (Hill et al, 2003: 412, Scot, del Busto, 2009: 303). Njihova prednost nad prethodnim ne potiče otuda što ne proizvode neželjene efekte, jer se i njihovom primenom pojavljuju povećanje tkiva dojke, naleti vrućine, povećanje težine, smanjenje gustine koštane srži, već otuda što se mogu koristiti kod onih koji ne reaguju na CPA i/ili MPA (Hill et al, 2003: 417; Rosler, Witztum, 1998: 421, Scot, del Busto, 2009: 303). Dokazana je efikasnost delovanja na pedofile, voajere i ekshibicioniste, pošto nijedan od tretiranih u posmatranom petogodišnjem periodu nije ponovio seksualno devijantno ponašanje (Rosler, Witztum, 1998: 418-419). Međutim, ono što baca negativno svetlo jeste činjenica da upotreba GnRH agonista u ovu svrhu još uvek nije dobila odobrenje Američke agencije za hranu i lekove (Moulier, Fonteille, Pélégri-Isaac, Cordier, Baron-Laforêt, Boriassse, Durand, Stoléru, 2012: 51).

Drugi tip lekova utiče na neurotransmitere, posebno na serotonin (Hill et al, 2003: 409, Scot, del Busto, 2009: 304). Iz ove klase medikamenata najčešće se koriste tzv. serotonin specifični inhibitori apsorpcije (SSRI), čijom upotrebom se postiže redukcija seksualnog nagona i impulsivnosti, smanjuje pojava seksualno devijantnih opsesivnih misli i indirektno smanjuje nivo testosterona, uz slične mada u manjoj meri ispoljene sporedne efekte (Hil et al, 2003: 409, Scot, del Busto, 2009: 304).

3. Kontraverze pravnog uobličavanja hemijske kastracije kao oblika reagovanja na seksualnu delinkvenciju

Iako se ideja sprečavanja seksualne delinkvencije primenom farmako-loškog tretmana može učiniti primamljivom, trebalo bi naglasiti da je njegovo pravno uobličavanje povezano sa mnogobrojnim problemima. Otuda se u sledećem izlaganju razmatraju najznačajnija pitanja koja iskrsavaju pri regulisanju, poput pravne prirode, uslova za primenu, trajanja mere, posledica nepridržavanja i finansiranja troškova izvršenja.

3.1. Pravna priroda hemijske kastracije

Određivanje pravne prirode svakako predstavlja osnovno pitanje na koje treba pronaći adekvatan odgovor. Gde bi trebalo da bude mesto hemijske kastracije u sistemu krivičnog prava? Da li je primerenije proglasiti je kaznom ili merom bezbednosti, ima li logike da se postavi kao uslov za uslovni otpust, ili je opet najbolje odrediti je kao poseban zatvorski tretman? Čini se da sadržina koja se sastoji u lečenju i izražen specijalno-preventivni karakter selekciju „usmerava“ ka merama bezbednosti, čija je svrha otklanjanje stanja i uslova koji mogu da utiču na učinioca da ponovi krivično delo.⁷ Kada se posmatra u odnosu na ove postavke, hemijska kastracija bi se mogla uklopiti u korpus tzv. kurativnih mera, koje tradicionalno čine deo našeg sistema krivičnih sankcija. U komparativnom pravu ima takvih primera, a najbliži i najskoriji je zakonodavstvo Makedonije sa novouvedenom merom medicinsko-farmakološkog lečenja.⁸

Sa druge strane, normiranje hemijske kastracije kao kazne je i etički i pravno teško održivo, jer bi to zapravo značilo da se učinilac kažnjava veštačkom supresijom seksualnog nagona, impotencijom i čitavim nizom štetnih posledica po zdravlje, što neodoljivo podseća na retribuciju, za koju većina domaćih teoretičara, vođena striktnim tumačenjem čl. 42. Krivičnog zakonika,⁹ smatra da ne predstavlja jedan od ciljeva kažnjavanja u našem pozitivnom pravu (Stojanović, 2012: 204). Ne ulazeći detaljnije u raspravu da li je ovaj stav ispravan i da li je moguća kazna bez imalo retributivnih primesa, može se konstatovati da bi njegovi zagovornici mogli da prebace da je ovakva kazna inkompatibilna sa proklamovanom osnovom naše kaznene politike, ali i da je u „nategnutom“ odnosu sa zabranom nehumanih kazni.

Mogućnost da se hemijska kastracija postavi kao uslov za uslovni otpust postoji u SAD; u Kaliforniji, koja je prva donela zakon o hemijskoj kastraciji, ovaj tretman predstavlja uslov za uslovni otpust svih seksualnih delinkvenata

⁷ Čl. 78. KZ-a.

⁸ Čl. 11, Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Krivični zakonik.

⁹ Sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, uticanje na druge da ne čine krivična dela, izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.

povratnika, koji su delo učinili prema licu mlađem od 13 godina, s tim što sud može ovako da uslovi i otpuštanje primarnog učinioca, ako smatra da za to postoje opravdani razlozi (Simpson, 2007: 1227). Problematičnost rešenja leži u tome što se ne može obezbediti istinski dobrovoljan pristanak na tretman, o čijem značaju će biti više reči u izlaganju koje sledi. Teško da učinilac ima punu slobodu odlučivanja kada se pred njega postavalja da bira između zatvora i medicinskog tretmana na slobodi. Nije prihvatljivo ni makedonsko rešenje, gde je definisana kao mera bezbednosti, s tim što je pristajanje na doživotno lečenje ili lečenje u ograničenom trajanju propisano kao osnov za ublažavanje kazne. Tako je sudu dato fakultativno ovlašćenje da izrekne kaznu od četrdeset godina zatvora, ako je za delo propisan doživotni zatvor; kaznu od dvadeset godina, ako je propisana kazna zatvora u trajanju od četrdeset godina; i minimalnu kaznu zatvora propisanu za to delo, ako je propisana kazna zatvora do dvadeset godina.¹⁰ Posmatrano sa aspekta našeg prava, opisane opcije treba odbaciti, jer bi bile u koliziji sa zabranom ublažavanja kazne i uslovnog otpusta.¹¹

Poslednja varijanta određuje hemijsku kastraciju kao zatvorski tretman. Izgleda da ni to nije prihvatljivo; reverzibilno dejstvo govori da se farmakološkim tretmanom u penitencijarnoj ustanovi osuđeni nikako ne bi mogao pripremiti za socijalizovan život na slobodi, te bi ovako ustrojen predstavljao neopravdano izlaganje osuđenika zdravstvenim rizicima i beskorisno povećavanje troškova izvršenja.

3.2. Uslovi za primenu hemijske kastracije

Prilikom postavljanja uslova potrebno je najpre izvršiti selekciju dela čiji bi se učinioci podvrgavali hemijskoj kastraciji. Posmatrano u svetlu eventualnog noveliranja Zakona o posebnim merama, jasno je da bi primena bila vezana za učinioce dela iz člana 3, pri čemu bi za većinu to bilo logično rešenje (silovanje, obljava nad nemoćnim licem, obljava sa detetom, obljava zloupotrebom položaja i nedozvoljene polne radnje). Specifičnost ostalih ne opravdava primenu i to zbog težine ili izostanka seksualne motivacije učinioca. Takav je

¹⁰ Čl. 11. st. 2-4, Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Krivičniot zakonik.

¹¹ Čl. 5. st. 1. i 2. Zakona o posebnim merama.

slučaj sa podvođenjem i omogućavanjem vršenja polnog odnosa, jer učinilac ovog dela može biti bilo koje lice osim onog ko vrši obljubu, sa njom izjednačeni čin, ili bilo koju drugu polnu radnju sa maloletnim licem, ili sa posredovanjem u vršenju prostitucije, kako je realnije očekivati da učinioce, umesto devijantne seksualne sklonosti prema maloletnicima, rukovodi neki lukrativni motiv. Izopačena sklonost postoji kod mnogih učinilaca prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja maloletnog lica za pornografiju, navođenja maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama i iskorišćavanja računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu, ali se opet mogu zamisliti i situacije kada to uopšte nije slučaj. Slična selekcija je primenjena u stranim pravima; u Makedoniji se traži da je u pitanju polni napad na dete koje nije navršilo 14 godina,¹² a u američkim zakonima se vezuje za različita dela koja podrazumevaju kopulaciju, penetraciju stranim telima, ili neku drugu polnu radnju (Scot, del Busto, 2009: 309-311).

U postavljanju uslova ključni značaj ima dilema da li bi kastracija trebalo da bude obavezna ili bi trebalo da zavisi od saglasnosti učinioca. Obavezna kastracija se ne može bez zadržske preporučiti, pošto se ona može posmatrati kao povreda zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja. Da podsetimo da je u praksi Evropskog suda za ljudska prava za dobijanje atributa „nehuman“ potrebno da neki postupak *„namerno izaziva ozbiljnu patnju, kako mentalnu tako i fizičku“* (Greek case 1969), dok se za ponižavajući traži *„da značajno ponižava pred drugima ili da navodi lice da postupa protivno svojoj volji i savesti, da stvara strah, patnju i inferiornost, podobnu da ponizi i slomi fizički i mentalni otpor“* (Ireland v. UK), pri čemu nije

¹² Osnovni oblik dela se sastoji u obljudi ili drugoj polnoj radnji prema maloletniku koji nije napunio četrnaest godina (čl. 188. st. 1.). Teži oblik podrazumeva da je delo iz stava 1. izvršio srodnik u pravoj liniji, brat, sestra, nastavnik, vaspitač, usvojilac, staratelj, očuh, maćeha, lekar ili drugo lice zloupotrebom položaja ili pri vršenju porodičnog nasilja (st. 2.), odnosno, da je delo iz stava 1. učinjeno zloupotrebom duševne bolesti, duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja, nemoći ili drugog svojstva maloletnika zbog kojeg je nesposoban za otpor (st. 3.). Najteži oblik postoji ako je usled dela iz stava 1. i 2. nastupila teška telesna povreda, smrt ili druge teške posledice, ili je delo učinjeno od strane više lica ili na posebno surov ili ponižavajući način (st. 4.).

neophodno da je postupak po oceni trećih lica degradirajući, dovoljno je da ga samo lice koje mu je podvrgnuto tako doživljava (*Tyrer v. UK*, odluke navedene prema Rainey, Harrison: 2008). Vođen prinudnom primenom i sporednim efektima mere, ovaj sud bi mogao da zaključi da je nehumana, ali i ponižavajuća, ako ima u vidu, na primer, ginekomastiju.

Obavezna hemijska kastracija bi se mogla oceniti i kao narušavanje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i prava na osnivanje porodice (čl. 8. i čl. 12. Evropske konvencije). Farmakoterapija iz temelja menja seksualni život kao veoma bitan segment privatnog života, te bi se prinudno sprovođenje moglo tumačiti i kao sprečavanje hipotetičkog uspostavljanja normalnih i prihvatljivih seksualnih veza. Kod ocene da li narušava pravo na osnivanje porodice, trebalo bi pomenuti da je ono relativno i da države mogu da ga ograniče. Takođe, to što visok procenat muškaraca nije u stanju da usled primene lekova postigne erekciju i ejakulaciju i nije toliko bitan prigovor, kako se sperma može zamrznuti pre početka tretmana i iskoristiti za veštačku oplodnju. Uz to, pomenute sposobnosti se brzo vraćaju po prestanku uzimanja lekova. Dakle, da bi se odbio prigovor, neophodno je upoznati učinioca sa potencijalnom dužinom trajanja i posledicama tretmana, kao i sa mogućnošću zamrzavanja sperme. Sve ovo bi trebalo sagledati i u odnosu na slučaj *Dickinson v. UK*, kada je ocenjeno da postoji povreda i čl. 8. i čl. 12, jer je zatvorska ustanova odbila da omogući prenos sperme kako bi se izvršila vantelesna oplodnja, čime su narušena ne samo prava zatvorenika, nego i njegove supruge ili partnerke (Rainey, Harrison: 2008).

Traženje pristanka ne treba shvatiti kao postavljanje obaveze sudu da jednostavno upita učinioca da li pristaje ili ne pristaje. To bi predstavljalo banalizovanje i elementarno nepoznavanje problema pristanka na medicinske tretmane. Da bi bio pravno valjan, čime se isključuje prigovor nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, pristanak mora da ispuni uslove za tzv. informisani pristanak. Ovaj pojam je nastao u medicinskom pravu i on obuhvata nekoliko elemenata: sposobnost, obaveštenje, razumevanje, dobrovoljnost i pristanak (Beauchamp, Childress, 2001: 79). Osnovna pretpostavka je postojanje opšte sposobnosti lica da razume značaj, posledice i rizike medicinske mere, kao i sposobnosti da na osnovu toga donese odluku. Nadalje, za donošenje odluke nužno je obezbediti „materijal“, dovoljnu količinu

razumljivih informacija o tome kako izgleda medicinska procedura, koja su njena dejstva, sporedne posledice po zdravlje, i koje su njene alternative.¹³ Razumevanje označava da se obaveza informisanja ne iscrpljuje u opisivanju i objašnjenju tretmana, već u osvedočenju da je lice kome je dato sve to zaista i shvatio. Dobrovoljnost ima uobičajan smisao, ukazuje na to da je odluka doneta slobodno, bez pritisaka i uticaja drugih lica. Takođe, dobrovoljnost ima za pretpostavku i obezbeđenje dovoljnog vremena za razmišljanje, te ne bi bilo prihvatljivo tražiti neko trenutno izjašnjenje za ili protiv farmakološkog tretmana.

Može se pretpostaviti da sudije, kao pravnici, neće biti u stanju da pruže adekvatan kvalitet i kvantitet informacija, tako da ostvarivanje prava na informisani pristanak podrazumeva konsultovanje sa stručnjacima iz oblasti medicine. U pojedinim državama SAD zato je i predviđeno psihološko savetovanje učinioca (Džordžija i Lujzijana), mada ovo nije apsolutno pravilo prihvaćeno u svim tamošnjim zakonima (Scot, del Busto, 2009: 313). Uglavnom se smatra da je za poštovanje prava dovoljno kumulativno ispunjenje dva uslova – upozorenje na sporedne efekte tretmana i potvrda učinioca da je razumeo, pri čemu se ređe insistira da ova izjava bude data u pisanoj formi (Džordžija i Lujzijana, Scot, del Busto, 2009: 312). Makedonsko pravo uopšte ne reguliše ova pitanja, što predstavlja značajan propust.

Konsultovanje stručnjaka iz oblasti medicine ima i drugu dimenziju. Naime, da bi se izbegao prigovor da hemijska kastracija predstavlja povredu člana 3. Evropske konvencije, potrebno je da se odluka o njenoj primeni donosi na

¹³ Naše pravo uvažava princip informisanog pristanka, što se vidi na osnovu garantovanja prava na obaveštenje („Pacijent ima pravo da od nadležnog zdravstvenog radnika blagovremeno dobije obaveštenje koje mu je potrebno kako bi doneo odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku meru“, čl. 11. st. 1. Zakona o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS, br. 45/2013*), prava na slobodan izbor (čl. 12.) i prava na pristanak (čl. 15.). Izričito su nabrojane činjenice koje bi trebalo predočiti pacijentu: dijagnoza i prognoza bolesti; kratak opis, cilj i korist od predložene medicinske mere, vreme njenog trajanja i moguće posledice ako se ne preduzme; vrsta i verovatnoća mogućih rizika, bolne i druge sporedne ili trajne posledice; alternativne metode lečenja; moguće promene pacijentovog stanja nakon preduzimanja predložene medicinske mere, kao i moguće nužne promene u načinu života pacijentovog; dejstvo lekova i moguće sporedne (neželjene) posledice tog dejstva (čl. 11. st. 2.).

osnovu sagledavanja prethodnog medicinskog stanja učinioca, koje ukazuje da je podoban za primenu. Evropski sud za ljudska prava je već rešavao slučajeve vezane za nepotrebne medicinske tretmane,¹⁴ iz kojih sledi da je za pravilno uređenje hemijske kastracije potrebno obezbediti da se izriče samo ako je medicinski indikovana. Većina zakona u SAD predviđa konsultovanje stručnjaka i to: lekara ili stručnjaka iz oblasti mentalnog zdravlja (Džordžija); kvalifikovanog stručnjaka iz oblasti mentalnog zdravlja koji ima iskustva u radu sa seksualnim delinkventima (Lujzijana); lekara, psihijatra ili psihologa koji ima iskustva u radu sa seksualnim delinkventima (Teksas); kompetentnog lekara (Oregon); ili uopšteno insistira na tome da postoji adekvatna procena da će tretman biti efikasan, odnosno, medicinski bezbedan (Ajova i Montana, op. cit: 312). Gotovo da ne treba pominjati da bi izricanje mere bez uporišta u stručnoj proceni lekara, za sudiju predstavljalo prilično enigmatičan zadatak, sa sumnjivim pravnim i kriminalno-političkim posledicama, pošto bi se moglo desiti da se na tretman upućuju oni kojima nije potreban, kao i da oni kojima je potreban budu izostavljeni, što je podjednako nedopustivo.

Zakonodavac bi trebalo da reši i pitanje da li će se mera izricati samo prema povratnicima ili i prema primarnim učiniocima. U posmatranim stranim pravima postoje varijacije: Lujzijana i Oregon obavezuju na hemijsku kastraciju i primarne učinioce, pod uslovom da je tako određeno u individualnom planu postupanja, odnosno, da je učinilac „podoban“, dok se u zakonodavstvima ostalih federalnih država traži da je u pitanju ponovljeno delo (op. cit: 307). Makedonija ima dualni režim, jer se medicinsko-farmakološko lečenje može izreći primarnom učiniocu na osnovu njegovog pristanka, ako postoji opasnost da će i nadalje vršiti takva dela, kao što se i mora izreći ako je delo učinjeno u povratu.¹⁵ Oba rešenja imaju i dobre i loše strane. Kada se mera veže za primarne učinioce, zbog njenog izraženog specijalno-preventivnog karaktera, možemo se zapitati na osnovu čega bi sud doneo zaključak da postoji rizik od recidiviranja koji opravdava određivanje mere. Ovaj problem bi posebno bio izražen ukoliko se ne bi normirala obaveza konsultovanja stručnjaka pre

¹⁴ Kao u slučaju prinudne upotrebe leka da bi se ispraznila droga iz stomaka osumnjičenog (*Jalloch v. Germany*), ili u slučaju prinudnog hranjenja osuđenika kada nije imalo medicinskih razloga (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*). Navedeno prema Rainey, Harrison: 2008.

¹⁵ Čl. 11. st. 1. i 7, Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Krivičniot zakonik.

izricanja. Ne ulazeći dalje u ovo komplikovano pitanje, može se samo konstatovati da u zemljama anglosaksonskog kruga postoji tradicija primene različitih instrumenata za predikciju recidivizma, od kojih su najpoznatiji *STATIC – 99* i *Sex Offender Risk Appraisal Guide – SORAG*, mada postoje i drugi: *Abel Assessment for Sexual Interest, PPG* (penilna pletismografija), *Sexual Violence Risk – 20 (SVR-20)*, *Juvenile Sex Offender Assessment Protocol – J SOAP II*, *Rapid Risk Assessment for Sexual Offenders – RRASOR* itd. (više u Hanson, Thornton, 2000: 119-136, Harris, Rice, 2003: 198-210, Looman, 2006: 193-206). Kod nas je problem objektivizacije procene rizika od recidiviranja prilično zanemaren, te nije baš najjasnije kako bi se u praksi donosio ovaj sud. Kod povratnika se sudija makar može osloniti na jednu objektivnu i lako dokazivu činjenicu – raniju osudu za slično delo. Naravno, ovde se može otvoriti nova rasprava o tome šta je pouzdaniji indikator opasnosti, prethodna osuda ili pomenuti instrumenti za procenu rizika, što nadilazi okvire ovog rada. Takođe, čitava priča ima još jedan aspekt; evidentno je da prvo rešenje, posebno bez stručne procene opasnosti, u fokusu ima javnu sigurnost (na štetu prava učinioca), dok su kod drugog rešavanja ovi konfliktni interesi izbalansirani.

3.3. Trajanje mere, posledice nepridržavanja i finansiranje troškova izvršenja

Normiranje obično obuhvata i trajanje mere, posledice nepridržavanja, kao i finansiranje troškova. U prethodnim izlaganjima je pomenuto da su efekti lekova reverzibilni kada su u pitanju seksualni nagon i seksualne moći, što govori u prilog doživotnog trajanja. Međutim, princip srazmernosti nalaže i ostavljanje mogućnosti da se izrekne u kraćem trajanju, ako težina učinjenog dela i stepen opasnosti učinioca to opravdavaju. S tim u vezi je predviđanje periodične revizije, sa ovlašće-njem da se trajanje mere produži, ali i da se prekine njeno izvršavanje. Ovu ideju je sledio makedonski zakonodavac propisujući obavezu Upravi za izvršenje krivičnih sankcija da sudu najmanje jednom u šest meseci podnosi izveštaj o primeni mere,¹⁶ kako bi eventualno doneo odluku o produženju ili prekidu.

¹⁶ Čl. 11. st. 5, Zakon za izmenovanje i dopolnuvanje na Krivični zakonik.

Nepridržavanje farmakološkog tretmana najčešće podrazumeva nepodvrgavanje ili samovoljno napuštanje, ali je „otpor“ moguće ostvariti i „tajnim“ uzimanjem lekova koji potiru njegovo dejstvo. Moguće je predvideti različite posledice za ovakvo ponašanje, iako bi neke od njih bile inkompatibilne našem pravu, na primer, opozivanje uslovnog otpusta, kako je njegova primena ionako isključena u odnosu na dela o kojima se ovde govori. U pojedinim državama SAD, ovo pitanje, jednostavno, nije regulisano, mada je nepridržavanje najčešće sankcionisano opozivanjem uslovnog otpusta (Scot, del Busto, 2009: 310-311), dok je u Makedoniji predviđeno prinudno izvršenje kakvo se primenjuje i kod drugih kurativnih mera.¹⁷ Pošto je ranije ukazano na problematičnost prinudne primene tako nešto se ne bi moglo preporučiti.

Oportunističko uvođenje mere ima u svoju ekonomsku dimenziju. Potencijalno doživotna primena navodi na zaključak da u ukupnoj sumi nisu u pitanju beznačajna sredstva. U nedostatku podataka o ceni koštanja kod nas, kao ilustracija se može navesti analiza sprovedena u SAD, koja slikovito, naspram 160 dolara (cena mesečne doze MRA) stavlja 1.660 dolara (prosečni troškovi izvršenja kazne zatvora u istom periodu, Tullio, 2010: 208). Da ne pominjimo to što većina tamošnjih zakonodavstava teret plaćanja u različitoj meri prebacuje na osuđenog, počevši od „razumne naknade“ do svih troškova, uključujući i izdatke za stručnu procenu i izradu individualnog plana farmakološkog tretmana (Scot, del Busto, 2009: 310-311). Nesumnjivo praktično rešenje, ali i u nesaglasju sa opštim pravilom da se sredstva za izvršenje krivičnih sankcija obezbeđuju u budžetu Republike Srbije.¹⁸

4. Zaključna razmatranja

U stranoj teoriji postoji mišljenje da se hemijska kastracija zasniva na nekoliko „mitova“ o seksualnoj delinkvenciji – da se ova dela primarno vrše radi zadovoljenja seksualnih potreba; da su učinioci isključivo muškarci sa povećanim nivoom testosterona; da dela podrazumevaju penetraciju. Kada je etiologija u pitanju, poznato je da stvari nisu tako jednostavne; preuveličavanje

¹⁷ Čl. 11. st. 6, Zakon za izmenjivanje i dopolnivanje na Krivični zakonik.

¹⁸ Čl. 11. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 72/2009 i 31/2011.*

fizioloških činilaca predstavlja svojevrsan etiološki redukcionizam i vodi zanemarivanju činjenice da ova pojava može biti rezultat, recimo, učenja po modelu ili psihičkog mehanizma kompenzacije, kao što postoje i slučajevi kada učinioca uopšte ne vodi nekakav neobuzdani seksualni nagon, već težnja za zadovoljenjem aseksualnih potreba za demonstriranjem moći i dominacije, ponižavanjem i potčinjavanjem žrtve (Mancini, 2009: 87). Nadalje, iako u najvećem procentu ova dela čine muškarci, to ne znači da su žene (na koje je opisani tretman neprimenjiv) u potpunosti isključene.¹⁹ O tome postoji obimna strana literatura, u kojoj nema slaganja u procenama zastupljenosti žena (pored Mancini, 2009: 88 detaljnije u Denov, 2003: 304-307, Ganon, Rose, 2008: 443-444, Grayston, de Luca, 1999: 94, Hetherington, 1999: 162-164, Johansson-Love, Fremouw: 2006: 13, Sandler, Freeman, 2007: 74, Strickland, 2008: 474-476 i dr.). Takođe, seksualno nasilje se ne sastoji uvek u obljudi, te se izazivanjem impotencije muškarac ne onemogućava da zlostavlja žrtvu na neki drugi način (Mancini, 2009: 88). Uz sve navedeno, ne treba zaboraviti ni da se prilično jednostavno može poništiti delovanje tretmana uzimanjem lekova koji će podići nivo testosterona. Sumiranje iznetog navodi na zaključak da je hemijska kastracija samo uslovno prihvatljiva; ona nije pravi odgovor za sve učinioce, te ne sme biti obavezna, a njeno izricanje treba usloviti pribavljanjem saglasnosti od učinioca, kao i pribavljanjem stručnog mišljenja o opravdanosti. Na takav način se odbijaju prigovori da je protivna medicinskoj etici i suprotna garantovanim pravima učinioca. U tom smislu, čitavo izlaganje ne treba shvatiti kao oponiranje potrebe da se za seksualno nasilje prema maloletnim licima pronađu efikasniji odgovori, već kao poziv da se zakonodavstvo ne gradi stihijski, jer tako doneti zakoni možda mogu da umire s pravom revoltiranu javnost ili da „operu savest“ vlasti, ali to još uvek ne znači i da predstavljaju značajan pomak u suzbijanju kriminaliteta.

¹⁹ U 2012. godini su u našoj zemlji za seksualna dela osuđene 34 žene (Republički zavod za statistiku, 2013: 58), mada se iz statistike ne vidi da li se među njihovim žrtvama nalaze i maloletna lica.

Literatura

- Beauchamp, T. L., Childress, L. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press
- Ganon, T. A., Rose, M. R. (2008). Female Child Sexual Offenders: Towards Integrating Theory and Practice. *Agression and Violent Behavior*. 13 (6). 442-461
- Grayston, A. D., De Luca, R. V. (1999). Female Perpetrators of Child Sexual Abuse: A Review of the Clinical and Empirical Literature. *Agression and Violent Behavior*. 4 (1). 93-106
- Groth, A. N., Burgess, A. W., Holmstrom, L. L. (1977). "Rape: Power, Anger, and Sexuality". *American Journal of Psychiatry*. 134 (11). 1239-1243
- Hanson, R. K., Thornton, D. (2000). Improving Risk Assessments for Sex Offenders: A Comparison of Three Actuarial Scales. *Law and Human Behavior*. 24 (1). 119-136
- Harris, G. T., Rice, M. E. (2003). Actuarial Assessment of Risk Among the Sex Offenders. *Annals of the New York Academy of Sciences*. 989. 198-210
- Hetherington, J. (1999). The Idealization of Women: Its Role in the Minimalization of Child Sexual Abuse by Females. *Child Abuse and Neglect*. 23 (2). 161-174
- Hill, A., Briken, P., Kraus, C., Strohm, K., Berner, W. (2003). Differential Pharmacological Treatment of Paraphilias and Sex Offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 47 (4). 407-421
- Johansson-Love, J., Fremouw, W. (2006). A Critique of the Female Sexual Perpetrator Research. *Agression and Violent Behavior*. 11 (1). 12-26
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print
- Krivični zakonik Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) i 104 (2013)
- Langevin, R., Curnoe, S., Fedoroff, P., Bennett, R., Langevin, M., Peever, C., Pettica, R., Sandhu, S. (2004). Lifetime Sex Offender Recidivism: A 25-year Follow-up Study. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*. 46 (5). 533-552

Long, A. (2009). Sex Offender Laws of the United Kingdom and US: Flawed Systems and Needed Reforms. *Transnational Law and Contemporary Problems*. 18. 145-168

Looman, J. (2006). Comparison of Two Risk Assessment Instruments for Sexual Offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. 18 (2). 193-206

Mancini, C. N. *Sex Crime in America: Examining the Emergence and Effectiveness of Sex Offender Laws*. (2009). Electronic Theses, Treatises and Dissertations. Paper 2757

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*. Br. 7 (1971)

Melella, J. T., Travin, S., Cullen, K. (1989). Legal and Ethical Issues in the Use of Antiandrogens in Treating Sex Offenders. *Bulletin of American Academy of Psychiatry and Law*. 17 (3). 223-232

Miladinović-Stefanović, D. (2013). Posebne mere za sprečavanje dela protiv polne slobode prema maloletnicima. U Dimitrijević, P. (prir.), *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* (str. 377-393). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Moulier, V., Fonteille, V., Péligrini-Isaac, M., Cordier, B., Baron-Laforêt, S., Boriassé, E., Durand, E., Stoléru, S. (2012). A Pilot Study of the Effects of Gonadotropin-Releasing Hormone Agonist Therapy on Brain Activation Pattern in a Man With Pedophilia. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. 56 (1). 50-60

Patrick, S., Marsh, R. (2009). Recidivism among Child Sexual Abusers: Initial Results of a 13-year Longitudinal Random Sample. *Journal of Child Sexual Abuse*. 18 (2). 123-136

Petković, N., Đorđević, M., Balos, V. (2010). Analiza stavova javnosti u Srbiji prema fenomenu seksualne zloupotrebe dece. *Temida*. 4 (13). 61-82

Rainey, B., Harrison, K. (2008). Pharmacotherapy and Human Rights: Best of Friends and Unlikely Bedfellows. *Sexual Offender Treatment – Online Issues*. 2

Report to the Czech Government on the Visit to the Czech Republic Carried Out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or

Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 23 October 2009, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-22-inf-eng.pdf>

Response of the Czech Government to the Report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its Visit to the Czech Republic from 21 to 23 October 2009, Retrieved 15, March 2013 from <http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2010-23-inf-eng.pdf>

Republički zavod za statistiku. (2013). Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2012, Prijave, optuženja i osude. Bilten 576

Rosler, A., Witztum, E. (1998). Treatment of Men with Paraphilia with a Long-acting Analogue of Gonadotropin-releasing Hormone. *The New England Journal of Medicine*. 338 (7). 416-422

Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Typology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. *Sex Abuse*. 19 (2). 73-89

Schober, J. M., Kuhn, P. J., Kovacs, P. G., Earle, J. H., Byrne, P. M., Fries, R. A. (2005). Leuprolide Acetate Suppresses Pedophilic Urges and Arousability. *Archives of Sexual Behavior*. 3 (6). 691-705

Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. U Wright, R. G. (prir.), *Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions* (str. 291-338). New York: Springer

Scott, C. L., Holmberg, T. (2003). Castration of Sex Offenders: Prisoners' Rights Versus Public Safety. *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*. 31 (4). 502-509

Simson, T. (2007). "If Your Hand Causes You to Sin ...": Florida's Chemical Castration Statute Misses the Mark. *Florida State University Law Review*. 34 (4). 1221-1246

Soothil, K., Harman, J., Francis, B., Kirby, S. (2005). Identifying Future Repeat Danger from Sexual Offenders against Children: A Focus on Those Convicted and Those Strongly Suspected of Such Crime. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*. 16 (2). 225-247

Stojanović, Z. (2012). *Komentar Krivičnog zakonika, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: Službeni glasnik

Strickland, S. M. (2008). Female Sex Offenders: Exploring Issues of Personality, Trauma and Cognitive Distortions. *Journal of Interpersonal Violence*. 23 (4). 474-489

Terry, K. (2005). *Sexual Offenses and Offenders: Theory, Practice, and Policy*. Belmont, CA: Thomson Wadsworth Publishing

Tullio, E. M. (2010). Chemical Castration for Child Predators: Practical, Effective and Constitutional. *Chapman Law Review*. 13. 191-220

Zakon za izmenuvanje i dopolnuvanje na Krivičiot zakonik. *Služben vesnik na Republika Makedonija*. Br. 27 (2014)

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija. *Službeni glasnik RS*. Br. 85 (2005), 72 (2009) i 31 (2011)

Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima. *Službeni glasnik RS*. Br. 32 (2013)

Zakon o pravima pacijenata. *Službeni glasnik RS*. Br. 45 (2013)

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 9 (2003), 5 (2005), 7 (2005). *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12 (2010)

Univerzalna deklaracija o pravima čoveka

Ustav RS. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006)

Wakefield, H. (2006). The Villification of Sex Offenders: Do Law Targeting Sex Offenders Increase Recidivism and Sexual Violence. *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*. 1. 141-149

Weinberger, L. E., Sreenivasan, S., Garrick, T., Osran, H. (2005). The Impact of Surgical Castration on Sexually Recidivism Risk among Sexually Violent Predators. *Journal of the American Academy of Psychiatry and Law Online*. 33 (1). 16-36

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**CHEMICAL CASTRATION:
It is an Acceptable Solution for Preventing the
Commission of Sex Crimes against Minors?**

Summary

In addition to envisaging criminal offences which incriminate the different forms of sexual violence against minor and introducing stricter forms of punishment for sex offenders, the formal social reaction to sex crimes against minors often involves a series of measures aimed at monitoring the convicted offenders after they have served their sentences. These measures are basically aimed at reducing the risk of recidivism. One of these measures is a special pharmacological treatment, generally known as chemical castration, which is applied for the purpose of suppressing the offender's sexual urges and reducing sexual misconduct. In spite of being an appealing solution, chemical castration is acceptable only under specific conditions. Hence, this matter has to be regulated with exquisite caution in order to avoid the objections that this treatment constitutes a violation of the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment and punishment, as well as a violation of the right to respect for private life and the right to establish a family.

Keywords: sexual violence, minors, chemical castration.

Dr Nevena Petrušić,*

Redovna profesorka Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Dr Momčilo Grubač, Profesor emeritus

Pravni fakultet Univerziteta Union

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.72/.73

Rad primljen: 31.03.2014.

Rad prihvaćen: 30.04.2014.

UZAJAMNI ODNOS POSTUPKA PRED POVERENIKOM ZA ZAŠTITU RAVNOPRAVNOSTI I DRUGIH ANTIDISKRIMINACIONIH POSTUPAKA**

Apstrakt: Rad je posvećen razmatranju odnosa postupka pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i drugih antidiskriminacionih postupaka, u kojima se ostvaruje građanskopravna, kri-vičnopravna, prekršajnopravna i ustavnosudska zaštita od diskriminacije. U prvom delu rada sumarno su prikazani uloga i nadležnost Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, kao i sam postupak po prutužbama zbog diskriminacije koji ovaj organ sprovodi. Centralni deo rada posvećen je odnosu postupka pred Poverenikom i drugih antidiskriminacionih postupaka. Analizirani su pro-pisa koji pružaju, odnosno isključuju mogućnost da se povodom iste diskriminatorne stvari paralelno ili sukcesivno vode postupak pred Poverenikom i drugi antidiskriminacioni postupci. Odgovarajuća pažnja posvećena je i dejstvu koje u postupku pred Poverenikom proizvode pravnosnažne odluke koje su povodom istog diskriminatornog događaja donete u drugim postupcima.

Ključne reči: diskriminacija, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, antidiskriminacioni postupci.

* nevena.petrusic@gmail.com

** Koautorica Nevena Petrušić napisala je rad u okviru projekta br. 179046: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvodna razmatranja

Srbija je proteklih godina izgradila valjan pravni okvir za zaštitu od diskriminacije, poštujući međunarodne standarde i oslanjajući se na iskustva u uporednom pravu. Ustavni princip zabrane diskriminacije¹ operacionalizovan je opštim Zakonom o zabrani diskriminacije,² kao i posebnim antidiskriminacionim zakonima.³ Ispunjavajući svoju obavezu da svakome obezbedi delotvornu zaštitu od diskriminacije, koju je preuzela ratifikovanjem međunarodnih ugovora o ljudskim pravima⁴ država je uspostavila celovit i koherentan sistem pravne zaštite. Taj sistem čine različiti oblici građanskopravne, krivičnopravne, prekršajnopravne i ustavnosudske zaštite, a pravo na nediskriminaciju štiti i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti.

Građanskopravna zaštita od diskriminacije predstavlja oblik neposredne zaštite prava na nediskriminaciju. Pružanje te zaštite regulisano je⁵ tako što su supstancijalnim pravilima propisani građanski pravozaštitni zahtevi,⁶ dok je procesnim pravilima regulisan postupak u parnicama za zaštitu od

¹ Čl. 1. Ustava Republike Srbije (*Sl. glasnik RS*, br. 98/2006) – u daljem tekstu: Ustav.

² Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD), *Sl. glasnik RS*, br. 22/09. U regulisanju zaštite od diskriminacija zakonodavac je primenio univerzalni pristup: zabranjen je svaki vidi posredne i neposredne diskriminacije po bilo kom osnovu i u svim sferama društvenog života. O pojmu i elementima diskriminacije, šire: Pavlović, S. (2012: 136-141).

³ Grupi posebnih antidiskriminacionih zakona čine: Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina iz 2002. godine (*Sl. list SRJ*, br. 11/02, *Sl. list SCG*, br. 1/03 - Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 72/09 - dr. zakon), Zakonom o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 33/06, u daljem tekstu: ZSDOI) i Zakonom o ravnopravnosti polova iz 2009. godine, (*Sl. glasnik RS*, br. 104/09, u daljem tekstu: ZRP). Zabrana diskriminacije u pojedinim sektorima društvenih odnosa, kao što su rad, zapošljavanje, obrazovanje, informisanje i dr., propisana je i zakonima kojima su te oblasti zakonski uređene.

⁴ O međunarodnom pravnom okviru zaštite od diskriminacije, detaljno: Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 11-32; Etinski, Krstić, 2009: 5-22.

⁵ Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije, koji ima karakter posebnog parničnog postupka, regulisan je u VI odeljku ZZD, pod rubrumom «Sudska zaštita» (čl. 41-46. ZZD).

⁶ Odredbama ZZD propisano je nekoliko pravozaštitnih zahteva koji se mogu istaći u parnicama za zaštitu od diskriminacije. Šire, videti: (Vodinelić, 2012: 217-236); (Petrušić, N. 2010: 157-170).

diskriminacije. Prekršajnoppravna zaštita uređena je ZZD i drugim antidiskriminacionim propisima, kojima su inkriminirani kao prekršaji raznovrsni akti diskriminacije.⁷ Krivičnoppravna zaštita od diskriminacije uređena je Krivičnim zakonikom iz 2005. godine,⁸ koji propisuje tri krivična dela u vezi sa zabranom diskriminacije: povreda ravnopravnosti (čl. 128), povreda prava upotrebe jezika i pisma (čl. 129) i rasna i druga diskriminacija (član 387), kao i čitav niz krivičnih dela protiv ljudskih prava i sloboda, koja sadrže elemente diskriminacije.⁹ Deo sistema zaštite od diskriminacije jeste i zaštita koju pruža Poverenik za zaštitu ravnopravnosti postupajući po pritužbama zbog diskriminacije, a kad je reč o ustavnosudskoj zaštiti prava na nediskriminaciju, ona se ostvaruje putem kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i drugih opštih akata s aspekta zabrane diskriminacije i odlučivanjem po ustavnoj žalbi. Pravna zaštita od diskriminacije pruža se u raznovrsnim sudskim i drugim postupcima, koji se, uprkos velikim razlikama u pogledu cilja, predmeta i sadržine zaštite, mogu smatrati antidiskriminacionim postupcima jer, u krajnjem, služe suzbijanju diskriminacije.

U cilju obezbeđivanja delotvorne zaštite od diskriminacije, zakonski propisi omogućavaju da se povodom istog akta diskriminacije paralelno ili sukcesivno

⁷ Inkriminirani su kao prekršaji i određena propuštanja organa javne vlasti i odgovornih lica da sprovedu zakonom utvrđene posebne mere. Videti čl. 50-59. ZZD, čl. 53-55. ZRP i čl. čl. 50-60 ZSDOSI.

⁸ *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.

⁹ U ova dela spadaju povreda slobode izražavanja nacionalne ili etničke pripadnosti (član 130), povreda slobode ispovedanja vere i vršenja verskih obreda (čl. 131), povreda slobode govora i javnog istupanja (član 148) i dr. Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2009) izmenjen je član 387. koji zabranjuje rasnu i drugu diskriminaciju dodavanjem dva nova stava kojima su propisana krivična dela promocije i pozivanja na mržnju, nasilje i diskriminaciju, i javne pretnje za izvršenje krivičnih dela prema licu ili grupi lica na osnovu nekog njihovog ličnog svojstva. Sva ova krivična dela gone se po službenoj dužnosti. Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2012. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 121/2012) KZ je dopunjen pravilom da prilikom odmeravanja kazne sud kao posebnu otežavajuću okolnost ceni činjenicu da je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, osim ako je ova okolnost propisana kao obeležje krivičnog dela (čl. 54a KZ). Time je u naš pravni sistem uveden institut zločina iz mržnje, a to može biti svako krivično delo koje je motivisano mržnjom prema osobi zbog njene rase, boje kože, spola, polne orijentacije, jezika i drugih ličnih svojstava. Šire: Ćirić; 2011: 21-36.

sprovede više antidiskriminacionih postupaka. Ipak, u nekim situacijama pravnosnažno okončanje, odnosno tok jednog postupka isključuje mogućnost da se povodom istog diskriminatornog događaja sprovede drugi postupak. S druge strane, u postupcima u kojima se pruža zaštita pravu povređenom diskriminatornim aktom utvrđivanje diskriminacije javlja se kao prethodno pitanje, što problem odnosa antidiskriminacionih postupaka čini još kompleksnijim. U ovom radu pažnja je fokusirana na odnos postupka po pritužbama zbog diskriminacije koji se sprovodi pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti¹⁰ i drugih antidiskriminacionih postupaka. Nepo-sredni povod za ovu analizu jeste pravilo da Poverenik postupa po pritužbi zbog diskriminacije ukoliko postupak pred sudom po istoj stvari nije već pokrenut ili pravnosnažno okončan.¹¹ Ovo pravilo otvara niz spornih teorijskih i praktičnih pitanja, koja do sada nisu privukla veću pažnju naučne i stručne javnosti, pa postoji potreba da se ona razmotre i podstakne šira naučna rasprava o međusobnom odnosu antidiskriminacionih mehanizama.

2. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti – uloga i nadležnost

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti¹² je samostalan i nezavisan državni organ, ustanovljen ZZD,¹³ sa širokim krugom zakonskih ovlašćenja koja ga čine centralnom nacionalnom institucijom specijalizovanom za suzbijanje svih oblika i vidova diskriminacije.¹⁴ Poverenik je državni organ ombudsmanskog

¹⁰ U daljem tekstu: postupak pred Poverenikom.

¹¹ Čl. 36. st. 1. ZZD.

¹² Poverenik za zaštitu ravnopravnosti samo je jedna od nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava koje su tokom pravne tranzicije ustanovljene u domaćem pravnom sistemu. Iako su njihova uloga, zadaci, nadležnost, način izbora i finansiranja veoma različiti, u literaturi se za sva ova tela koristi zajednički naziv tzv. „četvrta grana vlasti“. (Orlović, 2010: 231-272).

¹³ Ustanovljavanje ovog organa izraz je opredeljanja države da poštuje preporuke međunarodnih institucija o osnivanju nezavisnih nacionalnih tela za suzbijanje diskriminacije, kakva je, na primer, Opšta preporuka br. 2. iz 1997. godine Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije Saveta Evrope (ECRI), kojom je članicama Saveta Evrope sugerisano da ustanove tela za borbu protiv rasizma i diskriminacije na državnom nivou. Videti: ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, Retrieved 24 May 2014 from http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

¹⁴ Prilikom pravnog profilisanja institucije Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, uzeti su u obzir raznovrsni konceptijski modeli tela za ravnopravnost (tzv. equality bodies), kao i

tipa (Petrušić, Krstić, Marinković, 2014: 213),¹⁵ ekskluzivno nadležan da štiti samo jedno ljudsko pravo – pravo na ravnopravnost.¹⁶ On je, u suštini, organ parlamenta jer mu pomaže da vrši parlamentarni nadzor u materiji zaštite ravnopravnosti, ali je i svojevrsni „organ javnosti“, odnosno civilnog društva, čiji je i sam deo. Poverenik nema ni naredbodavna ni represivna ovlašćenja (Petrušić et al. 2014: 231), niti odlučuje o pravima i obavezama pravnih subjekata, već svoju zakonsku ulogu ostvaruje izdavanjem preporuka, opomena, upozorenja, izveštajima, zakonodavnim inicijativama i dr.¹⁷ Pored zadataka na planu prevencije,¹⁸ Poverenik deluje i reaktivno, nakon izvršene

iskustva sličnih institucija u državama u regionu i EU. Usporedna istraživanja pokazuju da se status i nadležnost nezavisnih tela znatno razlikuju. U nekim državama ustanovljene su komisije, u nekima jedan ili više parlamentarnih poverenika, negde postoji poseban ombudsman za ravnopravnost, a negde je zamenik ombudsmana posebno zadužen za oblast zaštite od diskriminacije; neke države su ustanovile posebne parlamentarne odbore, a neke kvazi-sudska tela. Ni status tela za ravnopravnost nije isti: u nekim državama imaju status vladine agencije, a u nekima ih bira parlament. Bruxel, 2012: 54; Ammer, Crowley, Liegl, Holzleithner, Wladasch, Yesilkagit, Utrecht, Wiena, 2010: 342; Krusaa, 2011: 1-10; Brooks, Milatović, 2010: 1-36.

¹⁵ Ipak, iako se uloga Poverenika suštinski ne razlikuje od uloge Zaštitnika građana, koji je ombudsman opšteg tipa, pravna pozicija ova dva državna organa znatno se razlikuje. Dok su položaj i nadležnost Zaštitnika građana ustanovljeni samim Ustavom (čl. 138. Ustava Republike Srbije), položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti regulisan je ZZD, a teško je utvrditi u koju bi kategoriju organa javne vlasti mogao biti svrstan. Ovakvo stanje posledica konzistentnog pristupa u ustavnom definisanju nadzornih stručnih tela u domenu zaštite ljudskih prava, koji bi obezbedio da se logički objedine propisi koji regulišu njihovu poziciju u pravnom sistemu.

¹⁶ Poziciju Poverenika u pravnom sistemu obeležava sledeće: njegov status (samostalnost i nezavisnost - čl. 1. ZZD), način izbora (bira ga Narodna skupština - čl. 28. ZZD) i imunitet, koji je jednak imunitetu narodnih poslanika - čl. 31. st. 2. ZZD.

¹⁷ Ovlašćenja koja Poverenik ima široko su postavljena, u skladu sa međunarodnim standardima utvrđenim Principima koji se odnose na status nacionalnih institucija (tzv. Pariski principi) iz 1993. godine (dodatak Rezolucije br. 48/134) (OHCHR, 1997). Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), Retrieved 24 May 2014, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

¹⁸ Čl. 33. ZZD Poverenik je ovlašćen da upozorava javnost na najčešće, tipične i teške slučajeve diskriminacije, da prati sprovođenje zakona i drugih propisa, inicira donošenje ili izmenu propisa radi sprovođenja i unapređivanja zaštite od diskriminacije i daje mišljenje o odredbama nacрта zakona i drugih propisa koji se tiču zabrane diskriminacije, kao i da organima javne vlasti i drugim licima preporučuje mere za ostvarivanje ravnopravnosti (čl. 33 ZZD). Jedan deo nadležnosti Poverenika odnosi se na praćenje zaštite ravnopravnosti, o čemu Poverenik podnosi godišnji izveštaj Narodnoj skupštini o stanju u oblasti zaštite ravnopravnosti. Kada je to potrebno, Poverenik samoinicijativno ili na zahtev Narodne skupštine podnosi i poseban izveštaj, naročito u slučajevima učestale višestruke

diskriminacije. Radi ostvarivanja ovog cilja Poverenik je ovlašćen da sprovodi postupak po pritužbama zbog diskriminacije, pokreće parnice za zaštitu od diskriminacije,¹⁹ podnosi prekršajne prijave,²⁰ a kao državni organ, ovlašćen je na podnošenje krivičnih prijava,²¹ kao i na pokretanje postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti.²²

3. Postupanje Poverenika po pritužbama zbog diskriminacije

Poverenik je zakonom ovlašćen da sprovodi postupak po pritužbama zbog diskriminacije.²³ Ovaj postupak²⁴ je specifične prirode,²⁵ a njegov cilj je da Poverenik da stručno mišljenje o tome da li u konkretnom slučaju postupanje (činjenje ili propuštanje) na koje se u pritužbi ukazuje, predstavlja akt diskriminacije, te da izricanjem odgovarajućih preporuka predupredi dalje vršenje diskriminacije i omogući otklanjanje stanja i posledice diskriminacije (Petrušić et al. 2014: 236). U mišljenju Poverenik iznosi svoj decidirani stav o

diskriminacije, diskriminacije koja dolazi od organa javne vlasti i slučajevima teških oblika diskriminacije.

¹⁹ Čl. 35. t. 3. ZZD.

²⁰ Čl. 33. st. 4. ZZD.

²¹ Čl. 280. Zakonika o krivičnom postupku (Sl. glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013). propisano je da «Državni i drugi organi [...] prijavljuju krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, o kojima su obaveštena ili za njih saznaju na drugi način, pod uslovima predviđenim zakonom ili drugim propisom.

²² Čl. 168. st. 1. Ustava Republike Srbije.

²³ Na podnošenje pritužbe ovlašćeno je svako fizičko i pravno lice, organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava, kao i druga lica. Ukoliko postupak pokreću radi zaštite konkretnog lica, organizacije za zaštitu ljudskih prava i druga lica to mogu činiti samo u ime i uz saglasnost tog lica (čl. 35 ZZD).

²⁴ Postupak po pritužbama regulisan je ZZD (V odeljak, čl. 35-40), kao i Poslovníkom o radu, (Sl. glasnik RS, br. 34/11), kojim je Poverenik bliže uredio način svog rada i postupanja. Supsidijarni izvor postupka po pritužbama jeste Zakon o opštem upravnom postupku (Sl. list SRJ, br. 33/97 i 31/2001 i Sl. glasnik RS, br. 30/2010), čije se odredbe u ovom postupku shodno primenjuju.

²⁵ U literaturi nije šire eleborirana priroda postupka po pritužbama zbog diskriminacije. S obzirom da je član 40. stav 4. ZZD izričito propisano da se na postupak pred Poverenikom shodno primenjuju odredbe zakona kojima se uređuje opšti upravni postupak, jedan od mogućih odgovora jeste da ovaj postupak predstavlja poseban upravni postupak, bez obzira što ga ne sprovodi upravni organ, već samostalni i nezavisni državni organ. Drugi mogući odgovor jeste da se radi o specifičnom, *sui generis* postupku, koji nema karakter upravnog postupka, uprkos tome što se u njemu shodno primenjuju pravila opšteg upravnog postupka. Šire: Petrušić et al. 2014: 236-237.

tome da li je u konkretnom slučaju lice protiv koga je pritužba podneta izvršilo akt diskriminacije,²⁶ a ako je diskriminacija izvršena, izdaje jednu ili više obavezujućih preporuka o načinu otklanjanja povrede prava na nediskriminaciju.²⁷ Lice kome je preporuka upućena dužno je da postupi po preporuci u roku od 30 dana i da o tome obavesti Poverenika.²⁸ Budući da preporuke Poverenika nisu podobne za prinudno izvršenje, da bi se sprovodile, odredbama ZZD propisane su zakonske mere koje Poverenik izriče u slučaju nepostupanja po preporuci: opomena i obaveštavanje javnosti.²⁹ Ove mere su svojevrsan vid „moralne represije“ i sračunate su na to da utiču na svest lica koje je izvršilo diskriminaciju, kao i da druge potencijalne diskriminatore odvrate od diskriminatornog postupanja.³⁰

4. Odnos postupka pred Poverenikom i drugih antidiskriminacionih postupaka

Prema čl. 36. st. 1. ZZD, Poverenik može postupati po pritužbi ukoliko postupak pred sudom *po istoj stvari* nije već pokrenut ili pravnosnažno okončan.³¹ *Argumentum a contrario*, Poverenik ne može postupati po pritužbi ako je postupak pred sudom *po istoj stvari* već pokrenut ili pravnosnažno okončan. ZZD ne precizira koja je vrsta sudskog postupka u pitanju, što otvara pitanje dometa zabrane iz čl. 36. st. 1. ZZD, koje je u redovima koji slede bliže razmotreno.

²⁶ Prilikom zauzimanja stava o tome da li je u konkretnom slučaju izvršena diskriminacija Poverenik ima u vidu sve činjenice i okolnosti konkretnog slučaja, pri čemu u punoj meri primenjuje pravila o preraspodeli tereta dokazivanja propisana čl. 45. ZZD. O preraspodeli tereta dokazivanja, videti: Rodin, 2009: 107-109.

²⁷ Prilikom izdavanja preporuka, Poverenik treba da vodi računa o tome da preporuke budu određene i konkretne i da njihova sadržina bude takva da se njihovim sprovođenjem, imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, može na najbolji mogući način otkloniti stanje diskriminacije, sprečiti njeno dalje ispoljavanje i ukloniti ili ublažiti posledice diskriminacije.

²⁸ Čl. 39. st. 3. ZZD.

²⁹ Čl. 40. ZZD.

³⁰ O postupku pred Poverenikom: Petrušić, Beker, 2012: 68-75.

³¹ Istim članom ZZD propisano je da Poverenik ne postupa po pritužbi i kad je očigledno da nema povrede prava na koju podnosilac ukazuje, ako je u istoj stvari već postupao, a nisu ponuđeni novi dokazi, kao i onda kad utvrdi da je zbog proteka vremena od učinjene povrede prava nemoguće postići svrhu postupanja.

4.1. Postupak pred Poverenikom i parnica za zaštitu od diskriminacije

Postupak pred Poverenikom i parnica za zaštitu od diskriminacije predstavljaju dva posebna procesna metoda regulisana ZZD, koji se razlikuju prema cilju, sadržini i samom ishodu. Subjekti ovlašćeni da traže zaštitu od diskriminacije mogu da podnesu pritužbu Povereniku ili da tužbom pokrenu parnični postupak. Iako su međusobno različiti, kada dođe do konkurencije postupka pred Poverenikom i postupka u parnici za zaštitu od diskriminacije, prednost ima parnični postupak (čl. 36. st. 1. ZZD) Saglasno tome, ukoliko se ovlašćeno lice opredeli za parnicu, postoji smetnja za sprovođenje postupka po pritužbi, pa će, za slučaj da pritužba bude podneta, Poverenik obustaviti postupak. Na isti način Poverenik će postupiti i kada u toku postupka po pritužbi dođe do saznanja da je posle podnošenja pritužbe u istoj stvari pokrenuta parnica.

Ako je povodom određenog diskriminatornog događaja postupak u parnici pravnosnažno okončan, Poverenik ne može postupati po pritužbi jer ZZD to izričito zabranjuje (čl. 36. st. 1. ZZD). U vezi sa tim, treba imati u vidu da ovo pravilo važi samo ako je postupak pravnosnažno okončan meritornom presudom ili sudskim poravnanjem, koje je po svom dejstvu izjednačeno sa pravnosnažnom presudom.³² Ukoliko je povodom iste stvari parnični postupak pravnosnažno okončan usled odbacivanja ili povlačenja tužbe, nema smetnji da Poverenik postupa po pritužbi.

Okolnost da je povodom konkretnog diskriminatornog događaja sproveden postupak pred Poverenikom ne predstavlja smetnju za vođenje parnice za zaštitu od diskriminacije jer podošenjem pritužbe Povereniku lica ovlašćena na pokretanje parnice nisu konzumirala svoje pravo na sudsku pravnu zaštitu prava na nediskriminaciju. S druge strane, i sam Poverenik je ovlašćen da nakon davanja mišljenja i preporuke,³³ kao tužilac u funkcionalnom smislu,³⁴

³² Čl. 337. st. 3. ZPP.

³³ Kad Poverenik pokreće parnicu za zaštitu od diskriminacije, on sam odlučuje da li će to učiniti nakon što oceni da je pritužba uredna i dopuštena ili tek pošto sprovede postupak i da mišljenje i preporuku. Zakonodavac u tom pogledu ne postavlja ograničenja, ostavljajući time Povereniku širok „manevarski prostor“ za delovanje. Saglasno tome, postupak po pritužbi nema karakter prethodnog postupka u odnosu na parnicu koju Poverenik pokreće, kakvo se mišljenje sreće u delu stručne javnosti, niti je parnica sredstvo kojim se Poverenik

pokrene parnicu za zaštitu od diskriminacije, ako oceni da se radi o strateškom slučaju diskriminacije³⁵ koji treba da dobije sudski epilog.

Jedno od ključnih pitanja koje se postavlja u vezi sa primenom čl. 36. st. 1. ZZD tiče se kriterijuma za utvrđivanje identiteta pravne stvari. Saglasno opštim procesnim pravilima, identitet pravne stvari određuju dva elementa: objektivni identitet (identitet dela) i subjektivni identitet (identitet lica).³⁶

U pogledu identiteta dela (*eadem res*), ima se u vidu sam događaj (radnja ili propuštanje) koji je dao povoda podnošenju pritužbe, odnosno podizanju tužbe. Objektivni identitet postoji ako se radi o istom događaju, uprkos eventualnim razlikama u pogledu okolnosti datog događaja. Pri tome je irelevantna pravna kvalifikacija samog slučaja jer ona ne menja identitet dela. Kad je u pitanju presuđena stvar, potrebno je voditi računa o tome da presuda suda stiče pravnu snagu u pogledu predmeta o kome je odlučeno i u obimu u kome je odlučeno. Ono što presudom nije rešeno, može biti predmet postupka pred Poverenikom.

služi kako bi diskriminator bio „nateran” da postupi po preporuci Poverenika. (Petrušić, 2012: 74).

³⁴ Aktivna procesna legitimacija Poverenika u parnicama za zaštitu od diskriminacije manifestacija je stava zakonodavca da sprečavanje i suzbijanje diskriminacije predstavlja opšti (javni) interes društva, te da ovom nezavisnom organu treba omogućiti da pokreće parnicu za zaštitu od diskriminacije kako bi svojom procesnom aktivnošću izdejstvovao donošenje povoljnih sudskih presuda. Značaj ovih presuda ne ogleda se samo u tome što se njima pruža pravna zaštita diskriminiranim licima, već i u tome što one, snagom svoje pravnosnažnosti i autoriteta koji u pravnom poretku imaju, upućuju jasnu poruku javnosti da je diskriminacija zabranjeno protivpravno ponašanje koje se ne toleriše, već delotvorno sankcioniše.

³⁵ Koje će slučajeve diskriminacije izneti pred sud, odlučuje sam Poverenik, imajući u vidu činjenicu da cilj i smisao parnica koje pokreće prevazilazi značaj koji one imaju sa aspekta zaštite prava samih diskriminiranih lica. Reč je, naime, o tzv. strateškim parnicama koje Poverenik pokreće sa ciljem da svojom procesnom aktivnošću, kao tužilac u parnici, doprinese doslednoj primeni propisa i unapređenju pravne prakse, da dodatno ohrabri i podstakne žrtve diskriminacije na pokretanje antidiskriminacionih parnica, podrži vladavinu prava i doprinese unapređenju pristupa pravdi, da pravno edukuje i senzibilizuje javnost za problem diskriminacije i sl. Vođenje strateških parnica predstavlja deo zagovaračke strategije” Poverenika i jedan je od instrumenta za suzbijanja diskriminacije i promociju ravnopravnosti u društvenim odnosima. O strateškim parnicama, šire: Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

³⁶ Videti: Triva, Belajec, Dika, 2004: 642; Damaška, M. 1961: 43-55.

U vezi sa tim, postavlja se pitanje kako treba postupiti ako je pritužba podneta zbog akta diskriminacije kojim je licu povređeno, pored prava na nediskriminaciju, i neko drugo pravo, a radi zaštite tog prava vodi se ili je pravnosnažno okončan sudski postupak. Na primer, lice koje je diskriminisano tako što mu je, zbog nekog njegovog ličnog svojstva, nezakonito otkazan ugovor o radu, pokrenulo je radni spor protiv poslodavca, pozivajući se na kršenje prava na nediskriminaciju. Budući da je neposredni predmet ovog postupka zahtev za poništaj nezakonitog otkaza, utvrđivanje diskriminacije ima karakter prethodnog pitanja (Uzelac, 2009: 95).³⁷ Ako sud odluči da sam rešava ovo prethodno pitanje,³⁸ njegova odluka o prethodnom pitanju biće sadržana u obrazloženju presude i imaće dejstvo i značaj samo u parnici u kojoj je prethodno pitanje rešavano. Zbog toga u navedenom primeru tok postupka u radnom sporu, odnosno, pravnosnažna presuda kojom je radni spor rešen ne predstavljaju procesnu smetnju za postupanje po pritužbi zbog diskriminacije jer nije u pitanju „ista stvar”.³⁹

Identitet lica (eadem persona) postoji ako je pritužba podneta protiv onog lica koje u parničnom postupku ima, odnosno koje je imalo položaj tuženog. Nije, međutim, neophodno da su podnosilac pritužbe i tužilac u parnici ista lica. Identitet postoji i ako je, na primer, pritužbu podnela organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava, a tužbu u parničnom postupku lice koje je pretrpelo diskriminaciju.

³⁷ Pitanje postojanja ili nepostojanja diskriminacije nije samo činjenično pitanje, već i složeno pravno pitanje od koga zavisi odluka o glavnoj stvari, pa zato ima karakter prethodnog pitanja u smislu čl. 12. Zakona o parničnom postupku (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US i 74/2013 - odluka US) - u daljem tekstu ZPP). O prethodnom pitanju, videti: Poznić, Rakić Vodinelić, 2010: 276-279; Stanković, 2013: 421-422.

³⁸ Parnični sud može sam da reši prethodno pitanje ili da prekine postupak dok prethodno pitanje ne bude pravnosnažno rešeno (čl. 12. i čl. 223. ZPP).

³⁹ Iz istog razloga, u navedenom primeru tok postupka u radnom sporu, odnosno, pravnosnažna presuda kojom je radni spor rešen ne bi predstavljali procesnu smetnju za vođenje parnice za zaštitu od diskriminacije, u kojoj se pitanje diskriminacije javlja kao glavni predmet sudskog odlučivanja. To proizlazi iz odredaba čl. 294. tač. 3. i 4. ZPP, kojima je propisano da sud odbacuje tužbu ako utvrdi da o *istom zahtevu* teče parnica ili da je *stvar* pravnosnažno presuđena.

4.2. Postupak pred Poverenikom i kazneni postupci

Karakter antidiskriminacionog postupka imaju i kazneni postupci – krivični postupak i prekršajni postupak – kada se vode povodom onih krivičnih dela, odnosno prekršaja koji imaju elemente diskriminacije. U vezi sa time, postavlja se pitanje da li krivični, odnosno prekršajni postupak koji se prema licu vodi ili je pravnosnažno okonačan povodom određenog dela predstavlja procesnu smetnju za sprovođenje postupka po pritužbi koja je protiv njega podneta povodom istog dela.

Ne ulazeći dublje u analizu opštih teorijskih pitanja koja se javljaju povodom konkurencije različitih sudskih postupka, uključujući i konkurenciju kaznenih postupaka,⁴⁰ smatramo da se zabrana iz čl. 36. st. 1. ZZD ne odnosi na krivični i prekršajni postupak. Tok krivičnog postupka koji se protiv nekog lica vodi povodom određenog događaja nije prepreka da se prema istom licu povodom istog događaja paralelno vodi i postupak po pritužbi, niti je pravnosnažna presuda krivičnog suda, bez obzira da li je osuđujuća ili oslobađajuća, prepreka da se sprovede postupak po pritužbi. Isto važi i kad je u pitanju prekršajni postupak.

Na takav zaključak upućuju ciljno tumačenje odredbe čl. 36. st. 1. ZZD, kao i sama svrha, predmet i mogući ishodi postupka po pritužbama i kaznenih postupaka. Naime, i kada se sprovede povodom istog događaja, svrha i neposredni predmet postupka po pritužbi i krivičnog, odnosno prekršajnog postupka nisu isti. Za razliku od kaznenih postupaka, u kojima se izvršiocima krivičnih dela, odnosno prekršaja izriču zakonom propisane kazne, cilj postupka po pritužbama jeste da se otklani povreda prava na nediskriminaciju i spreči dalje diskriminatorno postupanje. S druge strane, primenjuje se i različito materijalno pravo jer se elementi koji čine pravni pojam pojedinih oblika diskriminacije definisanih ZZD razlikuju od zakonskog opisa krivičnih

⁴⁰ Pitanje konkurencije krivičnog i prekršajnog postupka je veoma kompleksno, posebno imajući u vidu da pojedini prekršaji i krivična dela sa elementima diskriminacije imaju slične opise. U vezi sa tim, problem konkurencije ovih postupaka dodatno čini kompleksnim i princip *ne bis in idem*, koji u interpretaciji Evropskog suda za ljudska prava podrazumeva zabranu krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo „delo“ ukoliko ono proizlazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su u biti iste. (Videti: *Sergey Zolotukhin v. Russia*, br. 14939/03, presuda od 10. februara 2009, par. 70-78; *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*, br. 32042/11, presuda od 14. januara 2014. par. 32-35). O tome, šire: Zupančić, 2011: 171-178.

dela i prekršaja sa elementom diskriminacije. Na primer, zakonski opis krivičnog dela *povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti* iz čl. 174. KZ⁴¹ ne poklapa se ni sa jednim oblikom diskriminacije propisanim ZZD, mada sadrži diskriminatorne elemente koji su najbliži elementima zakonske definicije pojma *uznemiravanje i ponižavajuće postupanje*.⁴²

Treba, takođe, uzeti u obzir i činjenicu da su standardi dokazivanja u krivičnom, odnosno prekršajnom postupku potpuno različiti u odnosu na standarde dokazivanja u postupku po pritužbama, posebno u svetlu pravila o preraspodeli tereta dokazivanja. Zbog toga je moguće da krivični sud pravosnažnom presudom oslobodi optuženog zbog nedostatka dokaza i primene pravila *in dubio pro reo*, a da u postupku po pritužbi koja je protiv njega podneta njegovo postupanje bude kvalifikovano kao diskriminatorno, s obzirom da u ovom postupku važi pravilo *in dubio pro discriminatione*.⁴³

Konačno, potrebno je imati u vidu i okolnost da tok, odnosno pravno-snažna presuda krivičnog suda povodom određenog dela sa elementom diskriminacije ne predstavljaju smetnju da se povodom istog dela tužbom traži građanskopravna zaštita od diskriminacije jer se u ovim postupcima tom događaju pristupa na različite načine, a o pravnim konsekvencama koje iz njega proizlaze odlučuje se na osnovu različitih pravila materijalnog prava. Ista logika treba da važi i kada je u pitanju podnošenje pritužbe zbog diskriminacije, posebno u svetlu činjenice da se preporukama koje Poverenik daje mogu, u načelu, ostvariti skoro svi vidovi zaštite propisani ZZD, izuzev naknade štete (čl. 43. ZZD).

⁴¹ Prema zakonskoj definiciji, ovo delo sastoji se javnom izlaganju poruzi lica ili grupe lica zbog njihove pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkog porekla ili zbog nekog drugog ličnog svojstva.

⁴² Uznemiravanje i ponižavajuće postupanje je poseban oblik diskriminacije koji se sastoji u uznemiravanju i ponižavajućem postupanju koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica ili grupe lica na osnovu njihovog ličnog svojstva, posebno ako se time stvara strah ili neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje (čl. 12. ZZD).

⁴³ Čl. 45. ZZD.

4.3. Postupak po pritužbi i upravni spor

Grupi sudskih postupaka pripada i upravni spor, pa se postavlja pitanje da li njegov tok, odnosno pravnosnažno okončanje predstavlja smetnju za sprovođenje postupka po pritužbi. Za davanje pravilnog odgovora na ovo pitanje potrebno je imati u vidu da upravni spor predstavlja spor o zakonitosti upravnog akta, odnosno opravdanosti ćutanja uprave (Tomić, 2009: 347), tako da se njegov predmet razlikuje od predmeta postupka pred Poverenikom, uprkos tome što mogu biti pokrenuti povodom istog diskriminatornog događaja. Na primer, lice može pokrenuti upravni spor pozivajući se na to da je upravnim aktom donetim po slobodnoj oceni stavljen u nejednak položaj zbog ličnog svojstva, te da ovaj akt nije donet u skladu sa ciljem u kojem je ovo ovlašćenje dato.⁴⁴ U ovom postupku, međutim, upravni sud ne može svojom odlukom utvrditi, snagom presuđene stvari, da je diskriminacija izvršena, već će ovo pitanje rešiti kao prethodno pitanje i o njemu se izjasniti u obrazloženju presude. Zbog toga tok upravnog spora, odnosno pravnosnažna presuda kojom je on okončan ne predstavlja procesnu smetnju za postupanje po pritužbi zbog diskriminacije jer nije u pitanju *ista pravna stvar*.

4.4. Odnos postupka pred Poverenikom i ustavnosudskih postupaka

Pravo na nediskriminaciju štiti i Ustavni sud, sprovođenjem postupka kontrole ustavnosti i zakonitosti zakona i podzakonskih akata i postupka po ustavnoj žalbi.

ZZD ne sadrži izričito pravilo o tome kako Poverenik treba da postupi ako utvrdi da je predmet pritužbe diskriminatorno pravilo sadržano u zakonu ili podzakonskom aktu povodom koga je pred Ustavnim sudom u toku ili je okončan postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti tog zakona, odnosno podzakonskog akta.⁴⁵ Nesumnjivo je da se postupak po pritužbi ne može sprovesti ako je njen neposredni predmet norma sadržana u zakonu ili podzakonskom aktu za koju je Ustavni sud utvrdio da je neustavna, odnosno nazakonita. U tom slučaju Poverenik je dužan da obustavi postupak, s obzirom da odluka Ustavnog suda ima karakter presuđene stvari i proizvodi pravne

⁴⁴ Čl. 24. Zakona o upravnim sporovima (*Sl. glasnik RS*, br. 111/2009).

⁴⁵ Čl. 167. Ustava.

posledice prema svima (čl. 171. Ustava). Teže je, međutim, odgovoriti na pitanje kako Poverenik treba da postupi ako je predmet pritužbe diskriminatorna norma sadržana u određenom zakonu ili podzakonskom aktu, a pred Ustavnim sudom je u toku postupak za ocenu ustavnosti, odnosno zakonitosti tog zakona, odnosno podzakonskog akta, u kojem se ispituje da li je ta norma suprotna propisima o zabrani diskriminacije.

Jedno od mogućih rešenja je da u tom slučaju Poverenik ne može postupati jer je tok postupka pred Ustavnim sudom smetnja za sprovođenje postupka po pritužbi. Drugo moguće rešenje je da u tom slučaju treba primeniti odredbu člana 63. Zakona o Ustavnom sudu,⁴⁶ kojim je regulisana dužnost suda da zastane sa postupkom i pokrene postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti ako se u toku sudskog postupka postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom. Smatramo da ima mesta analognoj primeni pravila iz čl. 63. Zakona o Ustavnom sudu, te da je Poverenik dužan, za slučaj da stekne saznanje da je zakon ili podzakonski akt na koji se pritužba odnosi već predmet postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti, da zastane sa postupkom po pritužbi do okončanja postupka pred Ustavnim sudom i da nakon toga nastavi postupak po pritužbi. Negativna posledica ovakvog postupanja ogleda se u tome što može biti prekoračen rok od 90 dana, u kojem je Poverenik dužan da sprovede postupak po pritužbi.⁴⁷ Ako je predmet pritužbe diskriminatorno pravilo sadržano u zakonu, odnosno podzakonskom aktu, a postupak pred Ustavnim sudom nije pokrenut, ne postoje smetnje da Poverenik sprovede postupak i dâ svoje mišljenje i preporuku jer ZZD ne ograničava Poverenika u mogućnosti da daje mišljenje i preporuke s obzirom na to ko je i kako diskriminaciju izvršio.⁴⁸

⁴⁶ Zakon o Ustavnom sudu (*Sl. glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011 i 18/2013 - odluka US).

⁴⁷ Čl. 39. st. 1. ZZD.

⁴⁸ Poverenik je do sada izdao veći broj mišljenja u kojima je izneo stav da su pravila sadržana u pojedinim uredbama i drugim podzakonskim aktima diskriminatorna i donosiocima uputio odgovarajuće preporuke. Videti: Zbornik mišljenja i preporuka Poverenika za zaštitu ravnopravnosti (2014), ur. Nevena Petrušić, Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%C5%A1ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%C5%A1titu-ravnopravnosti>.

ZZD izričito ne reguliše pitanje konkurencije postupka po ustavnoj žalbi i postupka po pritužbi, pa se postavlja pitanje kako treba postupiti u situaciji kada Poverenik u toku postupka sazna da je povodom iste povrede prava na nediskriminaciju podnosilac pritužbe podneo ustavnu žalbu. Mišljenja smo da se u tom slučaju po pritužbi ne može postupati. Na ovakav zaključak upućuje nekoliko činjenica.

Pre svega, uslov za ustavnu žalbu jeste prethodno sproveden parnični postupak, imajući u vidu da se ustavna žalba može izjaviti samo ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu.⁴⁹ Prema tome, s obzirom da je uslov za ustavnu žalbu prethodno sproveden parnični postupak, a okončani parnični postupak isključuje postupak pred Poverenikom, tok postupka po ustavnoj žalbi indirektno isključuje postupak pred Poverenikom.

S druge strane, na takav zaključak upućuje i jezičko tumačenje odredbe člana 36. stav 1. ZZD, budući da zakonodavac zabranu postupanja Poverenika vezuje za postupak pred sudom. Postupak po ustavnoj žalbi jeste sudski postupak, čiji je predmet spor o tome da li je određenim aktom, odnosno radnjom organa javne vlasti povređeno (ili uskraćeno) ustavom zajemčeno ljudsko, odnosno manjinsko pravo. Odluke Ustavnog suda kojima je ovaj spor rešen konačne su i imaju snagu *res iudicata*, a sam Ustavni sud javlja se kao najviša (nacionalna) sudska instanca u domenu zaštite ustavom zajemčenih prava i sloboda. U prilog zaključku da se po pritužbi ne može postupati ako se povodom povrede prava koja je predmet pritužbe pred Ustavnim sudom vodi postupak po ustavnoj žalbi proizlazi i iz potrebe da se onemogućí paralelno vođenje dva postupka povodom istog akta diskriminacije, što nameću i razlozi celishodnosti i racionalnosti, kao i potreba za pravnom sigurnošću. Njime se otklanja mogućnost zauzimanja divergentnih stavova o tome da li je konkretnim postupanjem, odnosno propuštanjem izvršena diskriminacija, što je u interesu pravne sigurnosti i očuvanja jedinstva pravnog poretka i poverenja građana u rad državnih organa.

Prilikom tumačenja odredbe čl. 36. st. 1. ZZD treba uzeti u obzir prirodu postupka po ustavnoj žalbi, dejstvo meritornih odluka koje se u ovom postupku donose, kao i negativne posledice koje bi mogle da nastanu ako bi se čl. 36. st 1.

⁴⁹ Čl. 170. Ustava.

ZZD usko tumačio, u smislu da se zabrana postupanja Poverenika odnosi samo na parnični postupak. Naime, ako bi se odredba člana 36. st. 1. ZZD tako tumačila, to bi, na primer, moglo da dovede do toga da nakon donošenja odluke Ustavnog suda po ustavnoj žalbi kojom je utvrđeno da nije povređeno pravo na nediskriminaciju, Poverenik sprovede postupak i zauzme drugačiji stav. Pri tome je potrebno imati u vidu da se opšteobaveznost odluke Ustavnog suda odnosi samo na sporove o ustavnosti (zakonitosti) pravnih propisa, jer su oni objektivne prirode, dok su sporovi po ustavnim žalbama subjektivni sporovi, pa je i dejstvo odluka kojima se ti postupci okončavaju *inter partes*, s obzirom da se tiču samo stranaka u postupku (Marinković, 2013: 296).

Konačno, od značaja je i činjenica da čl. 89. st. 1. Zakona o Ustavnom sudu ovlašćuje Ustavni sud da odlukom po ustavnoj žalbi poništiti pojedinačni akt, zabrani dalje vršenje radnje ili odredi preduzimanje drugih mera ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda, kao i da odredi način pravičnog zadovoljenja (Pajvančić, 2009: 219). Upravo ova ovlašćenja su, pored ostalog, i razlozi zbog kojih se ustavna žalba, prema jurisprudenciji ESLJP, smatra delotvornim pravnim lekom kada su u pitanju povrede ljudskih prava i sloboda.⁵⁰

Zbog svega navedenog, ukoliko u toku postupka po pritužbi Poverenik utvrdi da se povodom iste stvari vodi postupak po ustavnoj žalbi ili je on pravosnažno okončan, dužan je da obustavi postupak po pritužbi, bez obzira u kojoj se fazi on nalazi, i da o tome obavesti podnosioca pritužbe.

5. Zaključak

U cilju obezbeđivanja sveobuhvatne i delotvorne zaštite od diskriminacije, zakonski propisi omogućavaju da se povodom istog akta diskriminacije paralelno ili sukcesivno sprovede više antidiskriminacionih postupaka. Jedan od antidiskriminacionih postupaka jeste i postupak pred Poverenikom za zaštitu od diskriminacije, koji se vodi po pritužbama pravnih subjekata. Prema

⁵⁰ Videti Odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Vinčić i drugi protiv Srbije, br. 44698/06 stav 51, Retrieved 24, May 2007, from http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosu-na-rs/vincic-i-drugi-protiv-srbije-44698-06-i-dr./vincic_p_44698-06_sg.pdf

Zakonu o zabrani diskriminacije, Poverenik ne može da postupa po pritužbi ako je po istoj stvari u toku ili je pravnosnažno okončan sudski postupak. Budući da zakonon ne precizira o kom je sudskom postupku reč, postavlja se pitanje dometa ove zabrane. Analiza koja je u radu izvršena pokazala je da se ovo pravilo odnosi samo na postupak u parnici za zaštitu od diskriminacije, a ne i na krivični i prekršajni postupak, niti na upravni spor koji se povodom istog diskriminatornog događaja vode ili su pravnosnažno okončani. S druge strane, tok postupka za ocenu ustavnosti i zakonitosti zakona, odnosno podzakonskog akta povodom koga je Povereniku podneta pritužba predstavlja razlog za privremeno obustavljanje postupka pred Poverenikom. U konkurenciji postupka po ustavnoj žalbi i postupka pred Poverenikom prednost ima postupak po ustavnoj žalbi. Saglasno tome, Poverenik je dužan da obustavi postupak ako utvrdi da se povodom povrede prava na ravnopravnost koja je predmet pritužbe već vodi ili je meritorno okončan postupak po ustavnoj žalbi.

Literatura

- Ammer, M. Crowley, N. Liegl, B. Holzleithner, E. Wladasch, K. Yesilkagit, K. (2010). Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Vienna, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6454&langId=en
- Brooks, J. Milatović, S. (2010). *Izveštaj o razvoju kapaciteta i institucionalnom jačanju službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*. Beograd: UNDP
- Ćirić, J. (2011). Zločini iz mržnje: američko i balkansko iskustvo. *Temida*. 4 (14). 21-36
- Damaška, M. (1961). O pojmu istog dela za potrebe pravnosnažnosti. *Naša zakonitost*. 9-10. 109-120.
- Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2009). *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava
- Etinski, R. Krstić, I. (2009). *EU Law on the Elimination of Discrimination, Pogestei*. Belgrade: University of Belgrade

Equality Bodies and National Human Rights Institutions - Making the Link to Maximise Impact, (2012) Equinet, the European Network of Equality Bodies, Bruxelles, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from [http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human Rights Institutions](http://www.equineteurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human-Rights-Institutions)

Đorđević, Lj., Popović, A. (2009). (ur.) *Vladavina prava – odgovornost i kontrola vlasti, Zbornik referata i izlaganja*. Beograd: Fondacija Konrad Adenauer

Krusaa, N. M. *The role of equality bodies*. (2011). [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf

Marinković, T. (2013). *Dejstvo odluka ustavnih sudova*, (290-311) U Uloga i značaj Ustavnog suda u očuvanju vladavine prava 1963-2013, Bosa Nenadić (pr.). Ustavni sud, Beograd.

Orlović, S. (2010). Nezavisna tela, četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti. U V. Pavlović, Z. Stojiljković (pr.), *Savremena država: struktura i socijalne funkcije* (231-269). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Centar za demokratiju

Pajvančić, M. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*. Beograd: Fondacija Konrad Adenauer.

Pavlović, S. (2012). Pojam diskriminacije, U N. Petrušić (ur), *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije* (136-154). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija

Petrušić, N. (2010). Građanskopravna zaštita od diskriminacije na prostoru Zapadnog Balkana, materijalnopravni aspekt. U *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, sv. 2, (157-170). Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Petrušić, N. (2012). Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život*, Pravo i moral. 11(3). 905-922.

Petrušić, N. Beker, K. (2012). *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*. Beograd: Partneri za demokratske promene

Petrušić, N. Krstić, I. Marinković, T. (2014). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*. Beograd: Pravosudna akademija

Poznić, B. Rakić Vodinelić, V. (Savremena administracija). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija

Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

Preporuka br. 2 ECRI od 13. juna 1997. godine, (97)36, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/u3/vesti-att/srb-cbc-iv-2011-021-srb.pdf>.

Stanković, G. (2014). *Građansko procesno pravo, Prva sveska, Parnično procesno pravo*. Beograd: Megetrend univerzitet.

Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

Tomić, Z. (2009). *Opšte upravno pravo*. Beograd: Pravni fakultetu u Beogradu.

Triva, S. Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine

Uzelac, A. (2009). Postupak pred sudom. U Grgić, A. Potočnjak, Ž. Rodin, S. Selanec, G. Šimonović E. T., *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije* (ur. Tena Šimonović Einwalter) (93-105). Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske

Vodinelić, V. V. (2012). Građanskopravna zaštita od diskriminacije. U N. Petrušić (ur.) *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*. (219-240). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija

Zbornik mišljenja i preporuka Poverenika za zaštitu ravnopravnosti (2014), ur. Nevena Petrušić, Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%C5%A1ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%C5%A1titu-ravnopravnosti>

Zupančić, B. M. (2011). Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci. *Crimen*. (II) 2. 171-180

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Momčilo Grubač, LL.D.

Professor Emeritus,
Faculty of Law, Union University in Belgrade

**The Correlation between the Complaint Procedure before the
Commissioner for the Protection of Equality and other
Anti-discrimination Proceedings**

Summary

In the Republic of Serbia, the system of legal protection against discrimination includes various forms of protection within the normative framework of civil, criminal, misdemeanor and constitutional law, as well as the protection afforded by the Commissioner for the Protection of Equality as an autonomous and independent body specialized in combating discrimination. In order to ensure effective protection against discrimination, the Serbian legislation envisages the possibility of instituting a number of simultaneous or successive anti-discrimination proceedings pertaining to the same discrimination act.

In this paper, the author examines the correlation between the proceedings before the Commissioner and other anti-discrimination proceedings concerning the same discrimination incident which are either underway or have already been concluded. The author analyses the domain of application of the legal rule prohibiting the Commissioner to act upon a complaint if another proceeding on the same matter is either pending or has already been adjudicated in a court of law. The analysis shows that this rule applies only to anti-discrimination litigation proceedings but not to criminal and misdemeanor proceedings or administrative proceedings. If a discrimination complaint has been filed on the grounds of a discriminatory norm contained in some legislative or statutory act which is subject to judicial review for the assessment of its constitutionality and legality, the complaint procedure before the Commissioner is provisionally stayed until the completion of procedure

before the Constitutional Court. The constitutional complaint procedure takes precedence over the complaint procedure before the Commissioner.

Keywords: discrimination, Commissioner for the Protection of Equality, anti-discrimination proceedings.

Dr Saša Knežević,*

Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.137.3

Rad primljen: 30.03.2014.

Rad prihvaćen: 28.04.2014.

SUĐENJE U ODSUSTVU OKRIVLJENOG**

Apstrakt: Formiranje uverenja suda o odlučnim činjenicama gotovo je nezamislivo bez aktivne participacije stranaka u dokaznom postupku na glavnom pretresu. Prisustvom stranaka i ostalih procesnih subjekata na glavnom pretresu omogućava se neposredno saznavanje odlučnih činjenica kroz iskaze tih lica, ali i kroz neposredan uvid suda u materijalne izvore dokaza.

Utvrđivanje činjenične osnovice sudske odluke biće otežano, ako krivičnoprocesne stranke ne prisustvuju glavnom pretresu. Zakonikom o krivičnom postupku Srbije, predviđeni su instrumenti za obezbeđivanje prisustva stranaka u krivičnom postupku. Naročito je važno omogućiti prisustvo okrivljenog u centralnoj fazi krivičnog postupka. Međutim, ponekad postoje važni kriminalno-politički razlozi da se okrivljenom sudi i u odsustvu, iako se time odstupa od pojedinih važnih procesnih načela.

Ključne reči: neposrednost, odsustvo, okrivljeni, suđenje, malolet-nici; ponavljanje krivičnog postupka.

1. Uvod

Prisustvo okrivljenog, od kapitalne je važnosti za realizaciju načela neposrednosti, ali i drugih osnovnih procesnih načela. Iako iskaz okrivljenog prvenstveno služi kao sredstvo za ostvarivanje funkcije odbrane, zakonodavstva se ne odriču ovog, vrlo važnog izvora dokaza. S tim ciljem,

* knez@prafak.ni.ac.rs

** Članak predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

predviđa se širi dijapazon mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog na glavnom pretresu i u krivičnom postupku uopšte. Tim merama ograničava se lična sloboda okrivljenog radi nesmetanog funkcionisanja krivičnog pravosuđa.

Dokazni postupak na glavnom pretresu može biti lišen prisustva okrivljenog, u slučaju njegovog nedolaska na glavni pretres u skraćenom krivičnom postupku (nedošavši okrivljeni), kao i u slučaju bekstva, odnosno nedostupnosti okrivljenog državnim organima (odbegli okrivljeni), u redovnom i skraćenom postupku. U postupku prema maloletnicima, nije dopušteno suđenje u odsustvu.

2. Istorijat suđenja u odsustvu okrivljenog

Istorijski posmatrano, suđenje u odsustvu (kontumacijski postupak) razvilo se još u rimskom pravu. Nedolazak okrivljenog pred nadležni državni organ (komiciju), ishodio je, u ranim fazama rimskog prava, različitim pravnim konsekvencama. Ukoliko je okrivljeni sebi obezbedio azil, zavisno od procene komicije o umerenosti azila, postupak se mogao okončati kaznom *aque et ignis interdictio*, koja je povlačila i gubitak imovine. Nedolazak okrivljenog pred komiciju, rezultirao je kaznom, uz oduzimanje imovine, a ponekad i sankcionisanjem u vidu *aque et ignis interdictio*.

Rimsko pravo u doba Carstva, promovisalo je procesno načelo, po kojem se, po pravilu, nenaslušanom okrivljenom ne može suditi. Nedolazak pred sud, i pored naređenih mera procesne prinude, rezultirao je izdavanjem tri edikta, kojima je okrivljeni pozivan pred sud. Nepojavljivanje okrivljenog pred sudom, nakon trećeg edikta, za posledicu je imalo oduzimanje imovine. Okrivljeni je mogao, u roku od godine dana od poslednjeg edikta, da opravda svoj nedolazak, i tako, faktički, izdejstvuje novo suđenje. Protekom ovog roka, konfiskovano imanje se više nije moglo povratiti. Konfiskacija imovine okrivljenog de facto je bila mera odmazde zbog neposlušnosti, a ne kazna za izvršeno krivično delo. Suštinski posmatrano, imovina okrivljenog je oduzimana, a, pritom, krivična stvar nije ni raspravljena, a time ni presuđena (Marković, 1937: 547).

U ranom srednjovekovnom pravu, odbegli okrivljeni su stavljeni van zaštite zakona (*forbannitio*). Ova mera odmazde, zbog neposlušnosti prema vlastima,

sastojala se u stavljanju van zakonske zaštite ličnosti i imovine odbeglog okrivljenog, kao i u zabrani pružanja pomoći.

Kanonsko pravo onemogućavalo je stavljanje van pravne zaštite odbeglog okrivljenog, bez prethodnog raspravljanja njegove krivice. Protiv nedostupnog okrivljenog vođena je istraga, a potom se pristipalo suđenju. Iz kanonskog prava nastao, inkvizicioni sistem krivičnog postupka, napuštanjem torture, kao neminovnog pratioca dokaznog postupka, promovisao je mogućnost suđenja u odsustvu. Pritom, suđenje *in contumaciam* bilo je moguće isključivo za teža krivična dela. Smisao izrečene kazne koja nije mogla biti izvršena, ogledao se u promovisanju represije kao adekvatnog društvenog odgovara na protivpravno ponašanje.

Kontumacijski postupak predviđao se i francuskim *Code d' instruction criminelle* (1808). U zavisnosti od vrste krivičnog dela i nadležnosti suda, postojale su dve vrste postupaka. Nedolazak uredno pozvanog okrivljenog na glavni pretres, protiv koga se krivični postupak vodio zbog prestupa ili istupa, ishodio je suđenjem u odsustvu i donošenjem presude. Protiv donete presude, okrivljeni je imao pravo na podnošenje protesta (*opposition*) kojim se anuliralo samo postojanje donete presude. Isto tako, uloženi protest imao je dejstvo poziva za sledeći glavni pretres. Međutim, nedolaskom okrivljenog na novi glavni pretres, ranije doneta presuda se konvalidirala, i protiv nje nije postojala mogućnost ulaganja protesta.

Suđenje odsutnom okrivljenom, osumnjičenom za izvršenje zločina, detaljno je regulisano postrevolucionarnim francuskim zakonodavstvom. Okrivljeni se nalazio u stanju kontumacije, ukoliko se nije mogao dovesti pred sud, kao i ako se, u roku od deset dana po saopštavanju odluke o stavljanju pred sud, ne odazove na ročište, ili, pak, pobjegne. Posledice nedolaska na sud bile su gubitak građanskih prava i oduzimanje imovine, na osnovu odluka donetih u kontumacionom postupku. Rezultat suđenja u odsustvu, započetog po proteku roka od deset dana, mogao je biti osuda ili oslobađanje od optužbe. Sam kontumacijski postupak vodio se bez porotnika, kao i bez prisustva branioca okrivljenog. Realizacija načela neposrednosti suđenja dodatno je redukovana odvijanjem postupka na osnovu čitanja akata (*Ibid:548*).

Opšti nemački krivični postupak nemačke carevine (1877), promovisao je pravilo o nemogućnosti suđenja u odsustvu okrivljenog. Izuzetno, radi postizanja dvaju ciljeva, bilo je moguće kontumacijsko suđenje. Najpre, suđenje u odsustvu bilo je moguće radi održavanja pretresa i donošenja presude iz razloga celishodnosti, kao i s ciljem pribavljanja dokaza, ukoliko okrivljeni naknadno postane dostupan sudu, ili se sam kasnije javi. Vođenje kontumacijskog postupka iz razloga celishodnosti, bilo je moguće samo protiv izvršilaca najlakših krivičnih dela, za koja se mogla izreći novčana kazna, ili kratkotrajna kazna zatvora (u trajanju do šest nedelja). Postupak se, pritom, mogao voditi isključivo ako je okrivljeni izostao sa suđenja, ali ne i ukoliko je pobegao. Kontumacijski postupak, vođen s ciljem obezbeđenja dokaza, imao je karakter prethodnog postupka u odnosu na redovni krivični postupak koji se pokretao kada se okrivljeni pojavio pred sudom.

Suđenje u odsustvu okrivljenog izuzetno je bilo moguće i u novokonstituisanom zakonodavstvu Kneževine Srbije. Srpski Zakonik o krivičnom postupku, iz 1865. godine, izuzetno je dopuštao ovu mogućnost. Da bi sud, saglasno ovom zakonskom aktu, vodio krivični postupak u odsustvu okrivljenog, potrebno je rešavanje dvaju pitanja. Najpre, potrebno je da iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je učinjen zločin, i da, u konkretnom slučaju, krivično delo izaziva pažnju javnog mnjenja (čl. 314). Inače, glavni pretres protiv nedošavšeg okrivljenog odvijao se uz učešće branioca, a doneta presuda smatrala se konačnom. Protiv okrivljenog, koji je u bekstvu, ili je nedostižan sudu, presuda doneta u njegovom odsustvu imala je privremeni karakter. Ukoliko bi se okrivljeni, nakon donošenja presude, pojavio, presuda se automatski ukidala. To je proizlazilo iz uverenja tadašnjeg zakonodavca, da smisao kontumacijskog postupka nije definitivno presuđenje krivične stvari, već trenutno zadovoljenje interesa pravičnosti i zahteva javnog mnjenja (*Radulović, 1981:136*).

3. Suđenje u odsustvu okrivljenog u redovnom krivičnom postupku

U redovnom krivičnom postupku, izuzetno je dopušteno suđenje u odsustvu *odbeglog*, državnim organima nedostupnog okrivljenog. Suđenje u odsustvu *nedošavšeg* okrivljenog nije moguće. Naime, ako se uredno pozvani okrivljeni na glavnom pretresu ne pojavi niti opravda svoj izostanak, biće prinudno

doveden. Sud može okrivljenom, ako posumnja da on očigledno izbegava da dođe na glavni pretres, odrediti pritvor (čl. 211 st. 1. tač. 1. ZKP-a). Dakle, zakonodavac ima efikasne procesne mehanizme da nedošavšeg okrivljenog primora da prisustvuje glavnom pretresu.

Okrivljeni se smatra odbeglim, ukoliko je, iz faktičkih ili pravnih razloga, nedostupan državnim pravosudnim organima. Nemogućnost suđenja okrivljenom može biti posledica njegovog bekstva na teritoriju koja nije obuhvaćena jurisdikcionim područjem domaćih sudova. Pritom, mesto boravišta okrivljenog može biti nepoznato sudu, ali sud može i imati saznanja o adresi boravka okrivljenog, a da strana država odbije njegovo izručenje.

Suđenju u odustvu može se pristupiti tek pošto su se mere, usmerene na pronalaženje okrivljenog, pokazale neuspešnim. To podrazumeva da su preduzete sve aktivnosti na saznavanju boravišta okrivljenog, uključujući i angažman organa unutrašnjih poslova na prikupljanju obaveštenja od srodnika, poznanika i branioca okrivljenog. Asortiman sredstava, uperenih na pronalaženje okrivljenog, može se proširiti i izdavanjem poternice, kao i traženjem pomoći od inostranih policijskih organa. Za postojanje bekstva, kao zakonskog uslova za mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog, nije dovoljno da organu krivičnog postupka nije poznata adresa okrivljenog. Naime, adresa boravišta okrivljenog ne mora biti posledica izbegavanja krivičnog postupka, već nemara, čestog menjanja boravišta usled sezonskog rada, izbegavanja neugodnosti zbog neposedovanja odgovarajućih administrativnih dozvola (ličnih isprava, dozvola za rad, i slično). Bekstvo, u smislu postojanja uslova za kontumacijsko suđenje, ne postoji iako se zna da okrivljeni boravi u određenom mestu, ali se krije. Činjenica da se okrivljeni nalazi u bekstvu, mora biti proverena (*Vasiljević, Grubač, 2005:518*).

Odbijanje domaćeg državljanina da u inostranstvu primi poziv za glavni pretres, ili njegovo neodazivanje pozivu niti opravdavanje izostanka, ne podrazumeva da je on nedostižan državnim organima. Stoga, u ovom slučaju, ne bi bili ispunjeni uslovi za suđenje u odsustvu. U ovim situacijama, najpre bi trebalo zatražiti ekstradiciju okrivljenog, a tek po odbijanju ekstradicije ili nemogućnosti izručenja od umoljene države, stvorili bi se uslovi za suđenje u odsustvu (*Ibid, 519*).

Protiv odbeglog okrivljenog može se voditi postupak u odsustvu, ne samo faza glavnog pretresa, već ceo krivični postupak. Naime, rešenje o vođenju krivičnog postupka u odsustvu može se doneti i u prethodnom postupku. U tom slučaju, od momenta donošenja rešenja o suđenju u odsustvu okrivljeni dobija branioca, kome se dostavlja optužnica. Okrivljenom, kome se sudi u odsustvu, ne treba dostavljati optužnicu i presudu, ni kada je njegovo boravište u inostranstvu poznato sudu.¹ Inače, ukoliko se okrivljeni, u toku suđenja u odsustvu, pojavi na glavnom pretresu, nastupiće redovno suđenje u prisustvu okrivljenog. U toj situaciji, predsednik sudećeg veća ima obavezu da okrivljenog obavesti o dotadašnjem toku glavnog pretresa.

Bez obzira na to da li je okrivljeni u bekstvu ili je, pak, nedostižan, mogu postojati objektivni kriminalno-politički razlozi za suđenje u njegovom odsustvu. Najčešće se, u odsustvu, sudi izvršiocima najtežih krivičnih dela, organizovanog kriminaliteta, kao i prezumtivnim ratnim zločincima. Interes države, da procesuiru izvršioce ovih najtežih oblika kriminaliteta, ponekad, nadmašuje osnovne postulate pravičnog suđenja, iz kojih proizlazi obavezno prisustvo okrivljenog na suđenju. Osim toga, krivična osuda odbeglih izvršilaca krivičnih dela može imati i imovinske implikacije. Ona je osnov prihvatanja eventualnog imovinskopravnog zahteva oštećenog, a sam čin pokretanja krivičnog postupka može ishodovati i privremenim oduzimanjem imovine osumnjičenog, ili okrivljenog. Trajno oduzimanje imovinske koristi, proistekle iz krivičnog dela, nastaje kao posledica izricanja određene krivične sankcije okrivljenom (kazne, sudske opomene, vaspitne mere, i mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja), uključujući i onog okrivljenog, kome je suđeno u odsustvu. Stoga, postoji interes društva, da se utvrdi osnovanost optužbe protiv odbeglog okrivljenog.

Suđenje u odsustvu okrivljenog, može se održati jedino na inicijativu ovlašćenog tužioca. Da bi suđenje, u odsustvu okrivljenog, započelo, neophodno je da prvostepeni sud rešenjem prihvati inicijativu ovlašćenog tužioca, pri čemu žalba, na odbijanje inicijative, ne zadržava izvršenje rešenja (čl. 381. st. 3. ZKP-a). Kontumacijski postupak nastupa ukoliko sud prihvati argumentovanu inicijativu tužioca i donese rešenje o suđenju u odsustvu. Ako

¹ Odluke Okružnog suda u Beogradu, K 221/83 i VSS, Kž. 393/84

sud ne prihvati inicijativu tužioca za suđenje u odsustvu okrivljenog, tužilac može zatražiti prekid istrage. Međutim, ako nedostižnost okrivljenog nastupi nakon potvrđivanja optužnice, glavni pretres se ne zakazuje, odnosno odlaže se sve dok okrivljeni ne postane dostupan državnim organima (čl. 380. st. 1).

Eventualna inicijativa samog odbeglog okrivljenog, za suđenje u njegovom odsustvu, nema pravni značaj. Izostanak inicijative tužioca, u tom smeru, dovodi do odluke suda o odlaganju glavnog pretresa. Iako je logično da bilo koji titular funkcije optužbe ima pravo na iniciranje postupka suđenja u odsustvu okrivljenog, u sudskoj praksi postoje i slučajevi nepriznavanja ovog prava oštećenom kao supsidijarnom tužiocu! (Vuković, 2002: 274) U skladu sa redukovanjem mogućnosti nastupanja supsidijarne tužbe, saglasno novim zakonskim rešenjima, oštećeni može vršiti funkciju optužbe ako javni tužilac, po potvrđivanju optužnice, odustane od gonjenja odbeglog okrivljenog.

Suđenje u odsustvu okrivljenog moguće je i u slučaju udaljenja prvobitno prisutnog okrivljenog sa glavnog pretresa usled nedisciplinovanog ponašanja, ometanja rada suda ili narušavanja reda. Ovu meru sud može izreći, pošto prethodno okrivljenom izrekne opomenu ili novčanu kaznu (čl. 371. st. 2. ZKP). Udaljenje je, po pravilu, privremeno, a ako je okrivljeni već saslušan na glavnom pretresu, ono može trajati za sve vreme trajanja dokaznog postupka.

4. Međunarodnopravna i uporednopravna reglementacija suđenja u odsustvu okrivljenog

Međunarodnopravni dokumenti o zaštiti ljudskih prava afirmišu pravo okrivljenog na prisustvo postupku odlučivanja o osnovanosti optužbe protiv njega. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, jasno naglašava da okrivljeni ima pravo da prisustvuje raspravi i da se sam brani (čl. 14. st. 3d). Iz ove odredbe ne proizlazi mogućnost suđenja u odsustvu okrivljenog. Međutim, prema Generalnom komentaru Komiteta za ljudska prava (*Human Rights Committee*), u izuzetnim slučajevima, kada to zahtevaju „interesi pravde“, moguće je suđenje u odsustvu (*trial in absentia*).² U slučaju suđenja u odsustvu okrivljenog, potrebno je okrivljenog obavestiti o slučaju i preduzeti

² Komitet za zaštitu ljudskih prava je telo, ovlašćeno za praćenje poštovanja obaveza država, preuzetih potpisivanjem Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

sve mere da se on blagovremeno pojavi pred sudom, osposobljen i pripremljen za odbranu (*Klerks, 2008: 12*).

Pravo okrivljenog da prisustvuje suđenju, kao pretpostavka načela neposrednosti, propisano je i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 6. st. 3c). Međutim, iz prakse Evropskog suda za ljudska prava, proizlazi da Evropska konvencija ipak dopušta suđenje u odsustvu okrivljenog. Suđenje u odsustvu okrivljenog dozvoljava se samo u izuzetnim okolnostima, ukoliko su sudske vlasti postupile sa dužnom revnošću, ali nisu mogle obavestiti osobu o mestu i datumu suđenja.³ Suđenje u odsustvu može biti dozvoljeno u interesu sprovođenja pravde u slučaju bolesti.⁴ Osim toga, suđenje u odsustvu okrivljenog dopušteno je sve dok ono ne bude shvaćeno kao „odricanje od mogućnosti okrivljenog da bude prisutan na sudu“. Suđenje u odsustvu predstavlja samo mogućnost, i to pod uslovom da sudska vlast preduzme sve mere, da okrivljenog obavesti o postupku.

Kada okrivljeni postane dostupan sudu, potrebno je preduzeti mere za njegovo uključivanje u postupak (*Starigyn, Selth, 2005:170-188*). Iz odluke Evropskog suda, u slučaju Thomann protiv Švajcarske, proizlazi, da sud, koji je okrivljenom sudio u odsustvu, nije obavezan donetom odlukom. Obezbeđivanjem prisustva okrivljenog stvaraju se uslovi za ponovno razmatranje slučaja. Odstupanje od načela neposrednosti, i u vidu mogućnosti suđenja u odsustvu okrivljenog, zastupljeno je i u mnogim uporednopravnim sistemima. *Nemačko pravo*, načelno predviđa nemogućnost suđenja bez prisustva okrivljenog (*Starigyn et al., 2005:170-188*). Okrivljeni, pritom, ima obavezu da prisustvuje glavnoj raspravi. Ukoliko se okrivljeni ipak udalji sa rasprave, a nakon prekida joj ne pristupi, postupak se može okončati u odsustvu okrivljenog. Uslov je da je okrivljeni prethodno bio saslušan, a da njegovo dalje prisustvo nije neophodno (§ 231. StPO). Namerni ili skrivljeni izostanak okrivljenog s glavne rasprave za posledicu ima vođenje rasprave u odsustvu odbeglog okrivljenog, bez obzira na to što prethodno nije saslušan. Okrivljeni se naknadno može uključiti u odvijanje glavne rasprave, sve do početka objavljivanja presude. U toj situaciji, predočiće mu se najbitniji rezultati dotadašnjeg toka rasprave. Odluka o

³ *Colozza protiv Italije*, 1985

⁴ *Ensslin et alia protiv Nemačke* 14 DR 64

suđenju u odsustvu, donosi se zaključkom protiv kojeg je dozvoljena hitna žalba, koja ima suspenzivno dejstvo (§ 231 a. StPO). U jedinstvenom krivičnom postupku, protiv više saokrivljenih, pojedini okrivljeni mogu se udaljiti sa dela glavne rasprave (§ 231 c. StPO).

Glavna rasprava može se održati u odsustvu okrivljenog, i u slučaju da je okrivljeni uredno pozvan i upozoren na mogućnost suđenja u odsustvu, a ne očekuje se izricanje novčane kazne, u većem iznosu, ili ako postupak može biti okončan izricanjem sudske opomene, uslovne osude, zatim zabranom upravljanja motornim vozilom (ukoliko je okrivljeni u pozivu upozoren na ovu mogućnost), oduzimanjem imovinske koristi, ili oduzimanjem, uništavanjem, ili činjenjem neupotrebljivim sredstava za izvršenje krivičnog dela (§ 232. StPO). U slučaju, da se, u konkretnom krivičnom postupku, mogu izreći ove krivične sankcije, kao i kazna zatvora do šest meseci, okrivljeni može biti i oslobođen obaveze prisustvovanja na glavnoj raspravi. Pritom, on mora biti saslušan, od ovlašćenog ili zamoljenog sudije (§ 233).

Suđenje u odsustvu okrivljenog, dopušta i *francusko* pravo. Okrivljenom, kome se na teret stavlja izvršenje zločina kao najtežeg krivičnog dela, može se suditi u odsustvu. Kada okrivljeni postane dostupan sudu, stiču se uslovi za ponavljanje suđenja, započetog ili okončanog u njegovom odsustvu. *Englesko* pravo, isto tako, omogućava suđenja u odsustvu okrivljenog, za najteža krivična dela (*Ibid*). U pravu *SAD*-a, okrivljeni ima pravo na fizičko prisustvo u toku suđenja (*Marcus & Whitebread, 2008:161*). Međutim, on može, svojim ponašanjem, manifestovati nameru za odricanje od ovog prava. Odricanje od prava na fizičko prisustvo može biti ispoljeno svojevolumnim napuštanjem suđenja od okrivljenog. U tom slučaju, krivični postupak se nastavlja u odsustvu okrivljenog.⁵ To proizlazi i iz američkih Federalnih pravila krivičnog postupka (*Federal Rules of Criminal Procedure, n. 43*). Okrivljeni se ne može svojevolumno vratiti na suđenje, već može zahtevati da sud utvrdi da napuštanje rasprave ne predstavlja vid dobrovoljnog odricanja od prava na fizičko prisustvo, u toku suđenja. Suđenje se može odvijati u odsustvu okrivljenog, i ako on istrajava u neprimerenom ponašanju prema sudu, pa, stoga, bude udaljen sa sopstvenog suđenja. Okrivl-

⁵ Odluka u slučaju *Taylor v. United States, 414 U. S. 17 (1973)*.

jeni, pritom, može biti vraćen u sudnicu, ako se kasnije saglasi sa pravilima sudske diccipline (*Marcus et al., 2008:162*).

5. Suđenje u odsustvu u skraćenom postupku

Zakonske pretpostavke, za održavanje glavnog pretresa u skraćenom (sumarnom) postupku, omogućavaju odvijanje ove, centralne, faze postupka, i bez prisustva krivičnoprocesnih stranaka. Osim što se time odstupa od načela neposrednosti, onemogućava se i realizacija načela kontradiktornosti.

Glavni pretres u skraćenom postupku može se održati i u odsustvu nedošavšeg okrivljenog. Uslovi za održavanje glavnog pretresa, bez neposrednog saslušanja okrivljenog, jesu: a) da se optuženom sudi za krivično delo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine; b) da je okrivljeni uredno pozvan; v) da prisustvo okrivljenog nije nužno; g) da je okrivljeni, pre glavnog pretresa, bio saslušan (čl. 507. st. 2. ZKP-a). Prethodno saslušanje okrivljenog, pritom, može biti obavljeno prilikom vršenja pojedinih istražnih radnji, na ranije održanom glavnom pretresu, koji je odložen ili prekinut ili pred višim sudom, pre nego što se oglasio nenadležnim (*Grubač, 2009:498*).

Sudska praksa uglavnom respektuje zakonske odredbe o suđenju u odsustvu nedošavšeg okrivljenog. To se naročito odnosi na prethodno ispitivanje okrivljenog, kao uslova za odstupanje od načela neposrednosti, u dokaznom postupku (na glavnom pretresu u skraćenom postupku).⁶ Međutim, u sudskoj praksi može nastati problem zbog činjenice da zakonska odredba o suđenju u odsustvu okrivljenog nije izričito predvidela ovu mogućnost i za *odbeglog* okrivljenog. Problem se ogleda u činjenici da za suđenje, u odsustvu odbeglog okrivljenog, nije neophodno prethodno saslušanje (koje, uostalom, najčešće i ne bi moglo biti realizovano). Postavlja se pitanje, da li se zbog izostanka eksplicitne zakonske odredbe, ne može suditi u odsustvu okrivljenog, koji je nedostupan sudu, a tereti se za izvršenje krivičnog dela, za koje se vodi skraćeni postupak. Naime, uprkos činjenici da je okrivljeni optužen za izvršenje krivičnog dela, za koje se vodi skraćeni postupak, ne može se isključiti postojanje „naročito važnih razloga“ da mu se sudi u odsustvu. Osnov za suđenje odbeglom okrivljenom u skraćenom postupku predstavlja odredba

čl. 495. st. 1. Zakonika o krivičnom postupku Srbije, koja dopušta supsidijarnu primenu ostalih zakonskih odredaba (osim odredaba čl. 496-520. ZKP-a, koje regulišu odvijanje skraćenog postupka), uključujući i odredbu čl. 381. Zakonika o krivičnom postupku. Shodno tome, i okrivljenom, koji *nije prethodno saslušan*, može se, u skraćenom postupku, suditi u odsustvu, ako su ispunjeni zakonski uslovi iz čl. 381. st. 2. Zakonika o krivičnom postupku! Neophodno je, pritom, da postoje naročito važni razlozi za suđenje bez prisustva okrivljenog. Sudska praksa postupala je na ovaj način, pri čemu se mogućnost nastupanja zastarelosti krivičnog gonjenja, usled eventualnog izostanka suđenja u odsustvu okrivljenog, tretirala, kao naročito važan razlog, predviđen kao osnov za suđenje bez prisustva okrivljenog (čl. 381. st. 2. ZKP-a). Dakle, zbog opasnosti od nastupanja zastarelosti, može se, i u skraćenom postupku, suditi u odsustvu okrivljenog, iako on prethodno nije saslušan.⁷

6. Zabrana suđenja u odsustvu maloletnika

U postupku prema maloletnicima, zabranjeno je suđenje u njihovom odsustvu (čl. 48. st. 1. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica), čime je doslednije realizovano načelo neposrednosti. Prisustvo maloletnika na glavnom pretresu je obavezno, ali nije neophodno na sednici veća. Naime, ukoliko se postupak pred većem za maloletnike odvija u sednici veća, obavezno je prisustvo javnog tužioca, branioca maloletnika, i predstavnika organa starateljstva (čl. 73. st. 3. ZM-a). Pošto zakonodavac nije svrstao maloletnika u krug lica, čije je prisustvo na sednici veća neophodno, time je manifestovana ideja da prisustvo maloletnika sednici veća nije obavezno. Stoga, ako maloletnik ne prisustvuje sednici veća, neće postojati bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Pretpostavljeni *ratio legis* ovog zakonskog rešenja ogleda se u činjenici da je maloletnik, prethodno, prisustvovao pripremnom postupku, te se odluka može doneti bez njegovog prisustva. Sudija za maloletnike ima samo obavezu da maloletniku saopšti odluku, donetu na sednici veća (čl. 73. st. 4. ZM-a).

⁶ Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 34/91, i Odluka Saveznog suda, Kas. 13/95.

⁷ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz. 12/10, od 14. 04. 2010. godine, utvrđena na sednici Krivičnog odeljenja, 25. 06. 2010. godine, site: www.vk.sud.rs.

Svi subjekti krivičnog postupka prema maloletnicima, dužni su da, pri preduzimanju radnji kojima maloletnik prisustvuje (naročito pri njegovom saslušanju), postupaju obazrivo, vodeći računa o ličnosti maloletnika i zaštiti njegove privatnosti. To je neophodno kako se ne bi štetno uticalo na razvoj maloletnika (čl. 48. st. 2. ZM-a). Ova obaveza, učesnika u postupku prema maloletnicima, narušena je, primera radi, ako je sud, u prvostepenoj presudi, donetaj u redovnom krivičnom postupku, osim imena punoletnog okrivljenog, naveo i imena maloletnih saučesnika (*Perić, 2005:130*).

Zabrana suđenja u odsustvu, važi i za mlađa punoletna lica, a pod zakonom predviđenim uslovima (čl. 51. st. 3. ZM-a), i u jedinstvenom postupku za maloletnike i punoletna lica.

U *nemačkom* pravu, relativizovana je zabrana suđenja u odsustvu maloletnika. Odredbama § 50. JGG-a, poziva se na analognu primenu odredaba o suđenju u odsustvu punoletnih okrivljenih, ako za to postoje razlozi i saglasnost državnog tužioca. Propisuje se i mogućnost isključenja s glavne rasprave maloletnika, ali i rodbine, zakonskog zastupnika i vaspitača maloletnika (§ 50. JGG-a). Iz ovih zakonskih odredaba, ne može se zaključiti da li se s glavne rasprave istovremeno mogu udaljiti maloletnik i njegov zakonski zastupnik. Ukoliko bi to bio slučaj, odstupilo bi se od načelne obaveze prisustvovanja maloletnika na glavnoj raspravi, a time i od načela neposrednosti. Zabrana suđenja u odsustvu maloletnika, između ostalog, egzistira i u *hrvatskom* (čl. 48. st. 1. Zakona o sudovima za mladež) i *makedonskom* pravu (čl. 90. Zakona o maloletničkoj pravdi).

7. Ponavljanje krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog

Pravnosnažna sudska odluka, doneta bez prisustva okrivljenog, rezultat je dokaznog postupka, sprovedenog uz odsustvo realizacije pojedinih osnovnih procesnih principa (kontradiktornosti, usmenosti, neposrednosti). Posledica toga je nedovoljna valjanost činjenične konstrukcije presude, utemeljene na dokazima proisteklim iz angažmana ovlašćenog tužioca. Odsustvo participacije okrivljenog u dokaznom postupku, nužno ograničava validnost činjenične osnovice presude, donete u kontumacijskom postupku. Stoga, potrebno je predvideti adekvatan procesni mehanizam za preispitivanje činjenične i pravne

zasnovanosti pravnosnažne presude, proizašle iz suđenja u odsustvu okrivljenog. To zakonodavac čini predviđanjem mogućnosti ponavljanja krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog (osuđenog).

Osim ponavljanja krivičnog postupka motivisanog manjkavosti činjenične konstrukcije pravnosnažne presude, zakonodavac predviđa i mogućnost ponavljanja krivičnog postupka, okončanog u odsustvu osuđenog. Zakonski uslov za ovaj vid ponavljanja krivičnog postupka inicijativa je samog osuđenog ili njegov branioca u tom smeru, u roku od šest meseci, od dana nastupanja mogućnosti za suđenje u prisustvu okrivljenog (čl. 480. st. 1. ZKP-a).

Početak roka za nastupanje mogućnosti suđenja u prisustvu okrivljenog, prethodno osuđenog u odsustvu, poklapa se sa momentom lišenja slobode. U ostalim situacijama, kada se osuđeni dobrovoljno javi sudu, s inicijativom za ponavljanje krivičnog postupka, pitanje roka *de facto* je irelevantno. Neophodno je da osuđeni u punom opsegu postane dostupan sudu. Stoga, ponavljanje krivičnog postupka nije moguće, ako je okrivljeni zahtev za ponavljanje krivičnog postupka uputio iz inostranstva.⁸

Za ponavljanje krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog, nije neophodno da je doneta presuda postala pravnosnažna. Međutim, u sudskoj praksi bilo je slučajeva odbacivanja zahteva za ponavljanje krivičnog postupka usled preuranjenog zahteva, podnetog pre pravno-snažnosti presude donete u kontumacijskom postupku (*Vasiljević et al., 2005: 733*). Donošenje rešenja o ovom slučaju ponavljanja krivičnog, nije u funkcionalnoj nadležnosti suda pravnog leka. Ukoliko bi zahtev za ponavljanje bio podnet u postupku po žalbi, postupak bi trebalo obustaviti i vratiti predmet prvostepenom sudu koji će odlučiti o podnetom zahtevu. Logika nalaže, da bi, u ovoj situaciji, okrivljeni mogao sačekati okončanje postupka po žalbi, a potom inicirati ponavljanje krivičnog postupka.

Ukoliko ustanovi da je zahtev za ponavljanje osnovan, sud, koji je u prvom stepenu sudio u odsustvu okrivljenog, rešenjem dozvoljava ponavljanje krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog. Nakon pravnosnažnosti ovog rešenja, obustaviće se izvršenje kazne, ali se, na inicijativu javnog tužioca,

⁸ Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kv. 1175/78, od 26. 10. 1978. godine

može odrediti pritvor. Dozvoljavajući ponavljanje krivičnog postupka, sud je obavezan da okrivljenom dostavi optužnicu, kao okosnicu nastupajućeg suđenja. Međutim, sud može odlučiti i da se rešavanje krivične stvari vrati u fazu istrage, prekinute bekstvom okrivljenog. Sprovedena istraga, pritom, može rezultirati podizanjem optužnice, kojom će se inicirati novi glavni pretres, ali i obustavom krivičnog postupka u ovoj fazi. Obustavljena istraga u ponovljenom krivičnom postupku za posledicu ima ukidanje presude, donete u odsustvu okrivljenog.

Postavlja se pitanje, da li nastupanje apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja može onemogućiti ponavljanje krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog. Tokom vremena, stav sudske prakse i pravne doktrine po ovom pitanju bio je različit. U ranijem periodu, kada se krivični postupak mogao ponoviti i na štetu osuđenog, različit je bio i uticaj apsolutne zastarelosti na mogućnost ponavljanja krivičnog postupka, s obzirom na činjenicu u čijem se interesu podnosio zahtev za ponavljanje krivičnog postupka. Stoga se u ranije važećim zakonskim tekstovima izričito propisivalo da se zahtev za ponavljanje krivičnog postupka u korist osuđenog može podneti bez obzira na zastarelost krivičnog gonjenja. Pozitivno pravo predviđa mogućnost podnošenja zahteva za ponavljanje krivičnog postupka, i u slučaju da je nastupila zastarelost (čl. 471. st. 2. ZKP-a).

Činjenično utemeljenje stava sudske prakse da je za podnošenje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka, pravnosnažno okončanog u odsustvu okrivljenog, irelevantno nastupanje apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja, ogleda se u okolnosti da se u ovom postupku ne inicira novo krivično gonjenje. Ono je okončano pravnosnažnom presudom, donetom u odsustvu okrivljenog. Ponavljanje krivičnog postupka u momentu nastupanja dostupnosti okrivljenog (osuđenog), i to na njegovu inicijativu, predstavlja čin preispitivanja činjenične utemeljenosti pravnosnažne presude. Pošto je nesporno da je ovaj vid ponavljanja krivičnog postupka moguć isključivo u korist osuđenog (uključujući i raniji normativni okvir, koji je dozvoljavao ponavljanje i na štetu osuđenog), jasno je da bi eventualna apsolutna zastarelost krivičnog gonjenja bila irelevantna. Suprotan pristup sudske prakse, prema kome je propuštanje zakonodavca da izričito propiše da se zahtev za ponavljanje krivičnog postupka okončanog u odsustvu može podneti,

bez obzira na zastarelost, znači da nastupanje apsolutne zastarelosti gonjenja može onemogućiti ponavljanje kontumacionog postupka (*Stojanović 1985: 750-751*).

Ovaj stav lišen je logičkog utemeljenja. Naime, nemoguće je objasniti okolnost, da se nesporna, zakonom regulisana irelevantnost dejstva apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja na mogućnost podnošenja zahteva za ponavljanje krivičnog postupka (uslovno rečeno, na osnovni vid postupka iniciranog ovim vanrednim pravnim lekom), ne može analogno primenjivati i na mogućnost ponavljanja postupka okončanog u odsustvu okrivljenog. Pogotovo, stoga, što je ponavljanje kontumacijski vođenog postupka moguće, po prirodi stvari, isključivo u korist osuđenog. Inače, mogućnost ponavljanja krivičnog postupka isključivo u korist okrivljenog (osuđenog) predstavlja očiglednu procesnu koncesiju ove krivičnoprocesne stranke, koja spada u tzv. *favor defensionis*. (*Knežević, 2009:647-660*).

Prilikom izricanja nove presude, donete u krivičnom postupku ponovljenom u prisustvu okrivljenog, sud je vezan zabranom *reformatio in peius*. To znači, da se u odnosu na krivičnu sankciju i pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, sadržanim u presudi donetoj u odsustvu, ne može pogoršati pozicija okrivljenog (*Knežević, 2006:903*). Protiv novodonete presude moguće je izjavljivanje redovnih i vanrednih pravnih lekova, uključujući i podnošenje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka.

8. Zaključak

Postulati pravičnog suđenja mogu biti ograničeni predviđanjem izuzetne mogućnosti suđenja bez fizičkog prisustva okrivljenog. Kontumacijski postupak ima legitimitet i legalnost, sve dok ne anulira mogućnost naknadnog uključivanja okrivljenog u krivični postupak. Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava nalaže postojanje insitucionalnih mehanizama za ponovno razmatranje slučaja, kojim se može anulirati odluka doneta u odsustvu okrivljenog.

Zakonik o krivičnom postupku Srbije poštuje međunarodnopravne standare suđenja u odsustvu okrivljenog, predviđene međunarodnopravnom reglementacijom, iskristalisane praksom Evropskog suda za ljudska prava.

Potpunoj kompatibilnosti zakonske regulative doprinela bi eksplicitna norma o mogućnosti suđenja u odsustvu odbeglog okrivljenog i u skraćenom krivičnom postupku. Inače, adekvatan procesni mehanizam za preispitivanje činjenične i pravne utemeljenosti pravnosnažne presude, proizašle iz suđenja u odsustvu okrivljenog, zaokružio bi se jasnim zakonskim određenjem irelevantnosti zastarelosti gonjenja na mogućnost iniciranja ponavljanja krivičnog postupka, okončanog u odsustvu okrivljenog (osuđenog).

Literatura

Vasiljević, T., Grubač, M. (2005). Komentar Zakonika o krivičnom postupku, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Justinijan

Vuković, S. (2002). Komentar Zakonika o krivičnom postupku sa sudskom praksom, registrom pojmova i obrascima. Beograd: Poslovni biro Doo

Grubač, M. (2009). Krivično procesno pravo. Beograd: Službeni glasnik

Klerks, A. (2008). Tilburg University, LLM International and European Public Law Master Thesis, ANR 908200, site: www.icsforum.org/library, pristup 14. 02. 2014.

Knežević, S. (2006). Zabrana reformatio in peius u krivičnom postupku. Pravni život, tematski broj, Pravo i humana budućnost. br 10. str. 899-909

Knežević, S. (2009). „Preimućstva odbrane“ u postupcima preispitivanja pravosnažne presude. Pravni život, tematski broj, Pravo i vreme. br. 9. str. 647-661

Marcus, P., Whitebread C. (2008). Criminal Procedure, seventeenth edition. Chicago: Thomson West

Marković, B. (1937). Udžbenik sudskog krivičnog postupka. Beograd: Geca Kon

Perić, O. (2005). Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Beograd: Službeni glasnik

Radulović, D. (1981). O suđenju u odsustvu okrivljenog u krivičnom postupku. Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru. br 2-3. str. 131-148

Starigyn, S., Selth, J. (2005). Cambodia and the Right to Present: Trials in Absentia in the Draft Criminal Procedure Code. *Singapore Journal of Legal Studies*. J.L.S. 170. p. 170-188.

Stojanović, S. (1985). Ponavljanje krivičnog gonjenja osuđenom u odsustvu i apsolutna zastarelost krivičnog gonjenja. *Pravni život*. br. 6-7. str. 750-761.

Saša Knežević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Nš

TRIAL IN *ABSENTIA*

Summary

The active participation of parties and other procedural subjects in trial proceedings is essential for the exercise of the principle of immediacy. The presence of parties and other subjects in the presentation of evidence is essential in the process of fact-finding and deciding on the admissibility of evidence, either by hearing testimonies or examining the presented material evidence.

The international instruments on human rights' protection promote the right of the defendant to participate in the proceedings involving charges raised against him/her. Although the defendant's testimony is primarily used as a tool for the effective operation of the defense, legislations do not refute this highly important source of evidence. The defendant's presence in trial is highly important for the exercise of the immediacy principle and other basic procedural principles. The process of determining the factual grounds is further aggravated if the parties are not present in court proceedings. Consequently, legislations provide a wide range of measures to ensure the defendant's presence in criminal proceedings.

The Serbian Criminal Procedure Act provides the instruments for securing the presence of parties in criminal proceedings. It is particularly important to ensure the presence of the defendant in the central stage of the criminal

proceedings. Yet, there are sometimes significant criminal and political reasons for the defendant to be tried in *absentia*, which implies a divergence from some important procedural principles. The presentation of evidence and fact-finding may ensue even without the defendant's physical presence in the proceedings in case of the defendant's default (failure to appear) in summary proceedings and in case where the defendant is a fugitive from justice or unavailable to public authorities (either in summary or in regular trial proceedings). Trial *in absentia* is not allowed in trials involving minors.

Keywords: immediacy, trial in *absentia*, defendant, trial, minors, re-trial.

Dr Predrag Cvetković,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 330.322.16:347.74

Rad primljen 31.03.2014.
Rad prihvaćen: 29.04.2014.

UGOVORNI REŽIM JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA: SUI GENERIS KARAKTER KAO POSLEDICA HOLISTIČKOG PRISTUPA**

Apstrakt: Proces stvaranja opšte intelektualne platforme za javno-privatna partnerstva zasnovan je na holističkom (celovitom) pristupu. Holistički se pristup zasniva na razumevanju JPP-a kao dijaloga privatnog i javnog sektora u cilju stvaranja novog kvaliteta realizacije javnog interesa. Privatni i javni interes imaju se posmatrati ne partikularno, već u kontekstu dinamike JPP-a kao celine. Argumentacija za prihvatanje holističkog pristupa kao jedinstvene intelektualne platforme JPP-a leži u potrebi da rezultat implementacije projekta javno-privatnog partnerstva bude novi kvalitet ostvarivanja javnog interesa. Holistički pristup ogleda se i u ugovornom režimu javno-privatnog partnerstva. Ovi ugovori imaju sui generis karakter. Opisani karakter neposredno se ispoljava u relacionim ugovorima kao instrumentu uređivanja odnosa javnog i privatnog partnera. Kod ovih ugovora, strane iz razloga ekonomske neisplativosti ili faktičke nemogućnosti ne definišu ex ante potpuno željene rezultate ugovora. Fokus ovih ugovora je, pre svega, na ciljevima i razlozima njegovog zaključivanja i obezbeđenju prostora za razvijanje odnosa zasnovanog na poverenju i solidarnosti koji idu izvan granica originalnog sporazuma. Odredbama relacionih ugovora utvrđuju se zajednička očekivanja i ustanovljavaju mehanizmi koji će se koristiti da bi alocirali rizici,

* pepicvetkovic@gmail.com

** Rad je rezultat istraživanja na projektu: „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

troškovi i koristi ugovarača. U krajnjem, relacioni ugovori u funkciji JPP-a služe limitiranju oportunističkog ponašanja jedne i druge strane.

Ključne reči: *Javno-privatno partnerstvo, holistički pristup, sui generis karakter, relacioni ugovori.*

1. Uvodna razmatranja

Javno-privatno partnerstvo (e. *Public-Private Partnership*; dalje i: „JPP“) okvir je rešavanja tenzije između javnog i privatnog sektora, a u cilju podizanja kvaliteta ustanovljavanja, realizacije, zaštite i razvoja javnog interesa (Cvetković, P, Milenković-Kerković, T, 2011: 758-759). Opisanu tenziju generiše suprotnost njihovih bazičnih karakteristika. Javni sektor je svojom strukturom i načinom funkcionisanja usmeren ka zaštiti, ostvarivanju i razvijanju opšteg (javnog) interesa. Privatni sektor zasnovan je na privatnoj inicijativi usmerenoj ka ostvarivanju dobiti. Navedena razlika ključna je za razumevanje struktuiranja i realizacije javno-privatnog partnerstva. Transformacija odnosa javnog i privatnog interesa od suprotstavljenih ka paralelnim i konvergirajućim (uz odgovarajuće reflektovanje ove transformacije u pravnom okviru JPP-a oteotvorenom u ugovoru o javno-privatnom partnerstvu) ostvaruje se kroz: primenu holističkog pristupa kao metodološkog okvira analize JPP-a; sui generis ugovorima o javno-privatnom partnerstvu čije se karakteristike razlikuju od klasičnih ugovornih instrumenata.

2. „Holistički“ pristup kao metodološki okvir javno-privatnog partnerstva

Javno-privatnom partnerstvu kao fenomenu neupitnog ekonomskog, socijalnog, političkog i pravnog značaja na nacionalnom, regionalnom i univerzalnom planu, neophodan je širi metodološki okvir. Takav okvir potreban je za definisanje strukture i principa analize navedenog instituta. Opisani proces, za potrebe ovog rada uslovno nazvan „stvaranja opšte intelektualne platforme“ za javno-privatna partnerstva ima dva pravca.

Prvi pravac naziva se „policentričnim“ i počiva na premisi da JPP nije podoban za apstrahovanje kroz formu univerzalno primenljivih principa (nezavisno od vizure analize: pravne, socijalne, ekonomske, političke i slično). Noseći argument opisanog pristupa jeste da JPP ima različite emanacije: stoga se

jedino kroz praksu, in concreto, mogu definisati karakteristike svakog od pojava oblika javno-privatnog partnerstva. Ilustrativni primer opisanog pristupa jeste argumentacija Gudrig Veihe (*Weihe*, 2009: 15-16), koja na sledeći način objašnjava zbog čega nije moguća (čak je i suvišna) holistička (celovita) definicija javnoprivatnog partnerstva:

„(...) postoje različita razumevanja i korišćenje pojma JPP-a. Termin obuhvata, na primer, kratkoročne i dugoročne ugovorne aranžmane, zajedničke poduhvate i mrežne odnose između javnih i privatnih aktera, jednako kao i opšte mere kojima se ustanoljava javna politika u određenoj oblasti. Iz istog razloga niti je ostvarljivo niti je celishodno postojanje opšte i argumentovane definicije JPP-a koja bi obuhvatila različite varijacije odnosa javnog i privatnog partnera koje pojam javno-privatnog partnerstva danas obuhvata. Ekstenzivnost takve definicije obesmislila bi je, što pokušaje u tom smislu smešta izvan okvira logičnog (...)“.

Uz puno poštovanje za argumente kojima se obrazlaže prihvatanje policentrične koncepcije kao „opšte intelektualne platforme“ JPP-a, analiza u ovom radu zasnovana je na holističkom (celovitom) pristupu i tezi o prožimanju i konvergenciji javnog i privatnog interesa (pri čemu je prihvatanje holističkog pristupa JPP-u samo jedan je od vidova promene paradigme odnosa javnog i privatnog sektora kroz primenu javno-privatnog partnerstva.¹ Argumentacija usvajanja holističkog pristupa leži u sledećem: privatni i javni

¹ Ostale tri promene paradigme jesu: a) primena paradigme abduktivnog aklučivanja u donošenju odluka povodom JPP-a (abduktivno zaključivanje, za razliku od induktivno-deduktivnog metoda, zaključak donosi na osnovu „najboljeg objašnjenja“ odnosno na osnovu „principa zajedničkog uzroka“); b) značajan uticaj paradigme znanja (zasnovane na epistemološkom pristupu) koja funkcioniše paralelno sa (za ugovore sa javnim partnerom uobičajenom) paradigmom hijerarhijske ili ekonomske moći: naime, usklađivanje javnog i privatnog interesa interesa nije prvenstveno zasnovano na strukturi i intenzitetu pregovaračke „moći“ i pozicije javnog i privatnog aktera, već na specifičnim znanjima jedne i druge strane koja su međusobno komplementarna; v) promena paradigme interakcije javnog i privatnog partnera: umesto standardizovane interakcije bazirane na hijerarhijskom odnosu, odnos javnog i privatnog aktera pomera se u pravcu translativnog odnosa u smislu prenosa znanja opisana promena paradigme proizilazi iz prednosti paradigme znanja nad paradigmom hijerarhijske moći opisane pod b). Videti više u: Cvetković, P, 2014-1: 16-17.

interes imaju se posmatrati ne partikularno, već u kontekstu dinamike JPP-a kao celine. Opisana dinamika nije uslovljena samo interesima javnog i privatnog aktera. Ona je determinisana i interesima trećih lica (korisnika usluga), potom, širom političkom konstelacijom, ekonomsko-socijalnim okruženjem, (ne)postojanjem tradicije učešća privatnog sektora u realizaciji javnog interesa (izostanak tzv. „institucionalnog pamćenja“) i slično.

Suštinski, holistički se pristup zasniva na razumevanju JPP-a kao dijaloga privatnog i javnog sektora u cilju stvaranja novog kvaliteta realizacije javnog interesa. Dijalog može biti uspešan ukoliko:

- privatni sektor iskorači iz modela striktno ekonomskog razmišljanja zasnovanog na principu uvećanja profita;
- javni sektor uvaži činjenicu da ostvarivanje javnog interesa mora biti zasnovano, barem delom, i na ekonomskoj održivosti (uz strukturom, obimom i subjektima definisano uvažavanje socijalne komponente), s krajnjim ciljem podizanja kvaliteta ostvarivanja javnog interesa.

Na ovom mestu, u binarnu konstrukciju JPP-a uključuje se i „civilni“ („treći“) sektor. Uključivanje ovog sektora opravdano je činjenicom da uloga organizacija i tela koja mu pripadaju mogu imati važan korektivni značaj za realizaciju javnih ciljeva zbog kojih se JPP ustanovljava. ²

Holistički pristup, baziran na pretpostavci o dinamici i važnosti pitanja koja JPP koncept angažuje, uz značajne posledice (ekonomske, političke, socijalne) (ne)uspešne implementacije konkretnog projekta, osnov je za koordinaciju i galvanizaciju interesa aktera javno-privatnog partnerstva (Cvetković, P, 2014-2:3-4). ³

² Osnovni metodološki zaključci i zapažanja prisutni u radu, međutim, relevantni su kako za binarnu, tako i (mutatis mutandis) tripartitnu konstrukciju JPP-a.

³ Opisana tenzija između javnog i privatnog aktera JPP-a (prvog koji ima za cilj zaštitu javnog interesa, i drugog koji je usmeren ka ostvarivanju profita), prevazilazi se dvostepenom strukturom usaglašavanja konkurentnih interesa. Prvi stepen ovog usaglašavanja čini koordinacija javnog i privatnog partnera. Drugi stepen obuhvata konkretno i direktno usklađivanje navedenih interesa na način koji stvara novi kvalitet odnosa javnog i privatnog sektora (za ovu fazu koristi se naziv „galvanizacija“ interesa

Argumentacija za prihvatanje holističkog pristupa kao jedinstvene intelektualne platforme JPP-a leži u:

- novom kvalitetu („dodatoj vrednosti“) ostvarivanja javnog interesa kao rezultatu implementacije JPP projekta;
- hijerarhijskoj konstanti kao u krajnjem ishodištu JPPa.

2.1. Novi kvalitet ostvarivanja javnog interesa kao argument za holistički pristup

Holistički pristup omogućava da se međusobnom interakcijom ostvari novi kvalitet (dodata vrednost) javnog interesa. Tri su pojavna oblika ove dodate vrednosti: ekonomska, socijalna i politička.

Holistički pristup JPP-a najpre je baziran na „ekonomskoj dodatoj vrednosti“. Naime, kroz JPP, kao vid optimalnog upravljanje javnim resursom, štiti se ne samo javni, već i partikularni privatni interes. Šteta u korišćenju javnog resursa, u krajnjem, šteti svakom pojedincu. Takva situacija nastaje, na primer, ukoliko je javni partner, definišući uslove podobnosti privatnog partnera za učešće u postupku izbora najbolje ponude za realizaciju konkretnog javno-privatnog partnerstva, izostavio obavezu zainteresovanih učesnika da u slučaju da korišćena tehnologija postane prevaziđena (zastarela) tokom trajanja projekta, takvu tehnologiju zamene novom. Za javnog partnera ovo je „poznata nepoznanica“ (e. „known unknown“⁴ Cvetković, P, 2014-2: 6-7 *passim*). Javni partner, koji je prevideo ili potcenio rizik prevaziđenosti korišćene tehnologije, trpi ekonomski gubitak koji se mehanizmima budžetskog raspolaganja prevazuje na društvo u celini.

javnog i privatnog sektora). O koordinaciji i galvanizaciji javnog i privatnog interesa videti više u: Cvetković, 2014-2:1-14.

⁴ Engleski izraz „poznata nepoznanica“ (e. „known unknown“) preuzet je iz epistemološkog trojstva koje je formulisao nekadašnji ministar odbrane SAD, Donald Ramsfeld. Po njemu, postoje tri nivoa znanja: poznate činjenice (one za koje se zna); poznate nepoznanice (e. „known unknowns“), to jest to su činjenice za koje se zna da postoje, ali ne zna se njihova sadržina i značaj); nepoznate nepoznanice (e. „unknown unknowns“), odnosno činjenice za koje se i ne zna da postoje. U kontekstu ovog rada opisana tripartitna podela koristi se za opisivanje nivoa znanja javnog partnera o JPP projektu.

Drugi segment dodate vrednosti čini „socijalna dodata vrednost“. Javno-privatno partnerstvo, sprovedeno na zakonom predviđeni način doprinosi integritetu socijalnog poretka. To čini otklanjanjem ili smanjivanjem potencijala za korupciju (*Arrowsmith, S, 2011: 5.*). Integritet socijalnog poretka doprinosi realizaciji principa da JPP ima za cilj da obezbedi najvišu moguću vrednost za uložene socijalne resurse (infrastrukturu, prirodna bogatstva i slično): ukoliko je ovaj integritet ugrožen korupcijom, neće biti prihvaćena najpovoljnija ponuda (posmatrano kroz vizuru interesa javnog partnera, koj takav javni interes štiti i ostvaruje).⁵ Šteta koja nastaje zbog prihvatanja ponude koja nije ekonomski najpovoljnija jeste šteta društvu u celini. Stoga su transparentnost, nediskriminacija i očuvanje delovanja zakona konkurencije od ključnog značaja za uspešnu realizaciju javnog interesa kroz koncept JPP-a. Sa druge strane, opisani zahtevi ne bi trebalo da neutralizuju ili eliminišu spekulativni element JPP-a (element koji je u osnovi motiva privatnog aktera kao partnera u JPP-u). Princip „caveat emptor“ ne može da bude suspendovan u kontekstu javno-privatnog partnerstva. Norme kojima se štiti integritet socijalnog sistema (norme kojima se zabranjuje diskriminacija ili štite zakoni konkurencije) ne mogu da služe zaštiti očekivanja „vrline“ druge strane, već, pre svega, ostvarivanju prava, sankcionisanju obaveza i poštovanju odgovornosti uključenih strana (*Kohls/Christensen, 2002: 223-234*).⁶ U tom smislu, očekivanja od ugovornih strana da se ponašaju kooperativno i solidarno (pre

⁵ Više o konkurentnim ciljevima postupka javne nabavke *infra* u napomeni 10.

⁶ Katolički teolog Toma Akvinski ilustrovao je razliku između vrline i dužnosti na primeru dileme trgovca žitom. sledećim pitanjem: da li je trgovac žitom, potpuno svestan da u bliskoj budućnosti predstoji rast tražnje za žitom i, kao posledica, njegove više cene, treba da svojim prodavcima saopšti ovu informaciju, ili bi ima mogućnost da legitimno profitira iz njihovog neznanja te da na taj način ostvari ekonomsku dobit. Odgovor na ovo pitanje trebalo bi da pođe od pretpostavke da je contra legem nanositi štetu drugome. Ipak, ta dužnost ne obuhvata obavezu da se drugome pomogne savetom ili na drugi način koji vodi lišavanju kompetitivne prednosti. Pojedinac neće biti u obavezi da u analizi svojih poslovnih poteza uzme u obzir poslovne interese svih učesnika na tržištu. Takav je zahtev nemoguće ispuniti. *Mutatis mutandis*, opisana moralna dilema je prisutna danas u definisanju sadržine pravnog okvira JPP-a: kako „ubediti“ privatnog partnera (uprkos njegovom habitusu) da u obzir uzme ne samo njegove legitimne interese za profitom, već i (za JPP konstitutivne) javne interese. Videti: *Kohls/Christensen, 2002: 223-234*.

svega od privatnog partnera, čiji je vrednosni sistem usidren u oportunom pristupu) imaju svoje limite u načelima delovanja zakona konkurencije.

Treći segment dodate vrednosti jeste „politička” dodata vrednost. Politička dodata vrednost reflektuje se kroz:

- unapređenje kreiranja i sprovođenja politike realizacije i zaštite opšteg interesa;
- koordinaciju različitih politika (ekonomska, socijalna, obrazovna, naučno-istraživačka, zaštite životne sredine);
- legitimizaciju inovativne prakse u rešavanju pitanja od javnog interesa;
- mobilizaciju resursa javnog sektora u cilju promocije paradigme znanja (zasnovane na epistemološkom pristupu) nad paradigmom hijerarhijske ili ekonomske moći (izjednačavanje nivoa pregovaračke „moći” javnog sa privatnim partnerom razvijanjem sopstvene ekspertske baze javnih aktera, *Bovaird, Tony* 2004: 200).⁷

Iz gore navedenog može se zaključiti da u prvom segmentu dodate vrednosti (ekonomska dodata vrednost) dominira interes privatnog partnera, dok u druga dva (socijalna i politička dodata vrednost) preovlađuje interes javnog partnera. Opisani je zaključak samo uslovan: u svetlu konkretnih okolnosti, a uz primenu holističkog pristupa, različiti pojavní oblaci „dodate vrednosti” i instrumenti njihove realizacije prepliću se i međuzavisni su.⁸

Holistički pristup prihvaćen je i u pravnom sistemu Republike Srbije. Naime, Zakon o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama, predviđa da Predlog JPP projekta sadrži, između ostalog, (...) 2) poslovni plan, uključujući uslove JPP,

⁷ Videti *supra* napomenu 1.

⁸ Tako izostanak ekonomskog uspeha privatnog partnera ima za rezultat smanjenju socijalnu i političku dodatu vrednost; to smanjenje ne mora biti neposredno i promptno. Na primer, ukoliko privatni akter nije ostvario dobit iz JPP-a zbog neadekvatnog, nepravičnog i nesolidarnog odnosa javnog partnera, to se ne mora odraziti na konkretan projekat (javni partner može naći novog privatnog partnera). Opisani odnos, međutim, gotovo izvesno će uticati na percepciju javnog partnera (države) od strane šire (nacionalne i međunarodne) poslovne zajednice, do mere da u budućim JPP projektima privatni partner traži viši nivo osiguranja sopstvenog interesa. Takvo osiguranje ima svoju ekonomsku cenu koja se na kraju prevlađuje na građane.

procenu troškova i analizu dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva (e. „*value-for-money*“, u skladu sa Metodologijom koju je usvojila Komisija za JPP).⁹ Iz ove i drugih odredbi Zakona o JPP-u može se zaključiti da primena metodologije procene „vrednosti za novac“ uzima u obzir ne samo ekonomske parametre, već i kvalitet usluga, doprinos razvoju ljudskih resursa javnog sektora i kvalitetu „javnih politika“ *etc.*¹⁰ Ukoliko je rezultat primene opisane metodologije da je JPP inferioran u odnosu na druga dva metoda razvoja delatnosti od javnog interesa (kreditno zaduživanje i korišćenje unutrašnjih, sopstvenih „in-house“ resursa za opisanu svrhu), odluka o realizaciji JPP projekata trebalo bi da bude negativna.

2.2. Hijerarhijska konstanta

U prilog „holističkog“ pristupa govori i činjenica da je JPP u svom ishodištu ima za primarni interes realizaciju koristi za širu zajednicu (a ne realizaciju užih interesa). Naime, odgovorni javnopravni entiteti imaju obavezu da ustanove standarde za vršenje javnih službi i zaštitu javnog interesa, bez obzira na to da li se ovaj interes štiti od strane privatnog ili javnog sektora. Ova osobenost pružanja javnih usluga definiše se kao „hijerarhijska konstanta“ javnog sektora i relevantna je i za oblast javno-privatnog partnerstva. Jedinstveno ishodište, dakle, uslovljava i celoviti pristup JPP fenomenu. Sa druge strane, navedena

⁹ Videti čl. 27. st. 2. tač. 2. Zakona o JPP i koncesijama („Službeni glasnik RS“ br. 88/2011). Komisija za javno privatno partnerstvo, u skladu sa ovlašćenjima koja su joj data Zakonom o koncesijama i JPP, usvojila je dokument nazvan „Metodologija za analizu dobijene vrednosti u odnosu na uložena sredstva („*Value-for-Money*“) u javno-privatnom partnerstvu i koncesijama. Tekst metodologije dostupan je na sajtu Komisije za JPP: <http://www.ppp.gov.rs>.

¹⁰ Navedena širina kriterijuma za ocenu podobnosti ponude privatnog partnera za realizaciju JPP-a vidljiva je i u drugim odredbama Zakona o JPP i koncesijama. Tako je predloženo da „kriterijumi na kojima davalac koncesije zasniva izbor najpovoljnije ponude su: 1) u slučaju ekonomski najpovoljnije ponude sa stanovišta davaoca koncesije, kriterijumi vezani za predmet koncesije, kao što su: kvalitet, visina naknade, cena, tehničko rešenje, estetske, funkcionalne i ekološke osobine, cena pružene usluge prema krajnjim korisnicima, operativni troškovi, ekonomičnost, servisiranje nakon predaje i tehnička pomoć, datum isporuke i rokovi isporuke ili rokovi završetka radova ili 2) najviša ponuđena koncesiona naknada“ (čl. 39. st.1. Zakona). Videti u ovom smislu i član 85. Zakona o javnim nabavkama („Sl. glasnik RS“ br. 124/2012)..

hijerarhijska konstanta ne sme biti u funkciji ostvarivanja kriptomonopola javnih tela nad delatnostima od opšteg interesa: privatni sektor ima pravo na ostvarivanje svog interesa, na način koji je komplementaran i konvergentan javnom interesu (Ćirić, A, Cvetković, P, 2012: 618-627).¹¹

3. *Sui generis* karakter ugovora o javno-privatnom partnerstvu

Ugovori o JPP-u nazivaju se ugovorima *sui generis* (u literaturi se koristi i naziv „hibridni“ ugovori; Heldeweg, M. A: 2013). Time se označava njihova povezanost kako sa javnopravnim, tako i sa privatnopravnim kanonima i pravilima: naime, kroz javno-privatno partnerstvo prelamaju se radnje, činjenice i aspekti koji mogu imati javnopravnu (efikasna realizacija javnog interesa) ili privatnopravnu konotaciju (izvršenje ugovora na ekonomski opravdan način). Oba navedena pristupa imaju svoju refleksiju u ugovorima o javno-privatnom partnerstvu. Navedena karakteristika ugovora o JPP neposredna je potvrda

¹¹ Jedna od posledica hijerarhijske konstante, kao karakteristike JPP-a, značajna je uloga procedure javnih nabavki. Ova procedura načajno ograničava mogućnost izbora privatnog partnera utvrđivanjem određenih kriterijuma. Stoga, postupak javnih nabavki ima za posledicu ograničavanje dometa relacionih ugovora na kojima JPP počiva (više o relacionim ugovorima videti *supra* u tač. 3. 1). Naime, karakteristika ciljeva javnog tendera je da su često u suprotnosti jedan sa drugim. Da bi se ova tenzija odgovarajuće rešila, suštinski je važno da se identifikuju i razumenju preferirana hijerarhija između ciljeva javne nabavke: principa jednakosti; ekonomske efikasnosti; zaštite od korupcije. Tako, kada je najbolja ponuda koja je data kao odgovor na uslove javne nabavke pogrešna (na primer, zbog malog zakašnjenja u podnošenju, nedostatka potpisa, izostanka određenih traženih dokumenta zbog propusta), javni službenik mora da bira između dve opcije: a) da odbaci ponudu zbog nedostatka, ili da b) nedostatak zanemari i prihvati je. Gore navedena dilema reflektuje konflikt između dva cilja javnog tendera: da se podrži princip pravičnosti i jednakosti (koji se implementira kroz ispunjenje obaveze da se ponude tretiraju jednako - u gore navedenom slučaju opcija a), ili da se prednost da principu ekonomske efikasnosti (i time omogućujući ispunjenje obaveze države-javnog partnera da obezbedi efikasno korišćenje javnih fondova, čemu vodi gore navedena opcija b). Ukoliko se princip jednakosti smatra važnijim nego princip efikasnosti, bolja ponuda će se odbiti, čak i kada eefikasnost transakcije zbog toga trpi. Sa druge strane, ukoliko je princip efikasnosti važniji, preći će se preko nedostatka ili dozvoliti njegovo ispravljanje, čak i ukoliko kršenje prncipa jednakosti znači primenu različitih standarda na različite ponudioce. Razumevanje ciljeva mehanizma javnog tendera i njihov relativni značaj je stoga ključan za snalaženje odgovarajuće solucije za ovu zajedničku dilemu. Videti: Dekel, O, 2013:241-253)

opravdanosti holističkog (celovitog) pristupa kao intelektualne platforme za analizu javno-privatnog partnerstva. Jedino takav (a ne partikularni, policentrični pristup) može da obuhvati kompleks složenih socijalnih, tehničkih, ekonomskih i pravnih pitanja koja angažuje projekat JPP-a. Opisanim pristupu korespondira *sui generis* struktura ugovora koji je pravni okvir realizacije javnoprivatnog partnerstva.

Sui generis pravni dizajn ugovora o JPP-u ima za cilj da obezbedi, omogući ostvarivanje javnog interesa kroz realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva. Odnos javnog i privatnog interesa u svakom konkretnom slučaju jedinstven je, i po pravilu, u značajnoj meri (zbog karaktera projekta) nepredvidiv u ishodu. Mogućnost da JPP-a da kao pravna konstrukcija *sui generis* „uzme najbolje od oba sveta“ (zaštitu javnog interesa i solidarnost iz javnog sektora, odnosno preduzetničku logiku iz privatnog) ne ostvaruje bezuslovno. Verovatnoća realizacije opisane mogućnosti zavisi od toga da li pravila javnopravnog i privatnopravnog karaktera međusobno konvergiraju na način koji omogućava da okvir JPP-a funkcioniše efektivno (sa željenim rezultatom kreiranja dodate vrednosti) i legitimno (sa prihvatanjem njihove obaveznosti).

Sve gore navedeno uslovalo je određene odlike ugovornog režima javnoprivatnog partnerstva, što je predmet izlaganja koje sledi.

3.1. Ugovori o javno-privatnom partnerstvu kao relacioni ugovori

Ugovorni osnov javnoprivatnog partnerstva, u svetlu *sui generis* strukture odnosa javnog i privatnog partnera ima karakter relacionog ugovora (o pojmu relacionog ugovora videti više u: *Macneil, I*, 1978: 886-900).

Za razumevanje relacionih ugovora pogodan je metod negativnog definisanja: oni nisu identični sa klasičnim ugovornim mehanizmima. Klasični ugovori su dizajnirani za singularne transakcije između dve strane. Karakteriše ih načelna irelevantnost identiteta strana. Transakcija je ograničena vremenski (odvija se simultano), pri čemu se jedan tip transakcije odvija (ponavlja u svojim osnovnim karakteristikama) u većem broju između različitih učesnika na tržištu (tipičan primer je ugovor o prodaji). Klasični ugovori su kompletni pravni sporazumi u smislu da obe strane pregovaraju uz načelnu jednaku

dostupnost informacija važnih za struktuiranje ugovora (što nije uvek slučaj kod JPP-a). One su, stoga, u poziciji da *ex ante* definišu uslove transakcije. Karakteristike transakcije i obaveze svake strane elaborirane do mere da su posledice izvršenja ili neizvršenja predvidljive u momentu zaključenja: stoga je moguća *ex post* procena stepena ispunjenja tih obaveza (ili kršenja ugovora). Oko sadržine ovih posledica ne stvara se konflikt. Konflikt postoji jedino u pogledu pitanja ispunjenosti uslova za nastupanje posledica povrede ugovora (sankcije) u konkretnom slučaju. Evaluaciju te ispunjenosti vrše sudovi ili arbitraže. U krajnjem, postoji sigurnost strana da će ugovorom zasnovana prava biti zaštićena od strane nezavisnog trećeg subjekta. Takvu zaštitu i sprovođenje omogućavaju gore navedene karakteristike klasičnih ugovora.

U opisanu konstrukciju klasičnih trgovačkih ugovora ne uklapaju se dugoročni sporazumi koji realizuju u uslovima podložnim promeni (takvi su na primer ugovori o stranim investicijama). Relacioni ugovori se razlikuju od klasičnih ugovornih transakcija u sledećim karakteristikama.

Prvo, relacioni ugovori su nekompletni sporazumi. Radi se o sporazumima koji definišu transakcije kod kojih su strane uzajamno saglasne da je nemoguće ili ekonomski neefikasno (do mere da obesmišljava ugovor) ex ante ugovorno definisanje mogućih teškoća i okolnosti ugovora, odnosno njihovo ex post verifikovanje i definisanje (od strane arbitraže ili suda) u cilju kontrole ovih ugovora i njihovog sprovođenja. Relacioni ugovor je baziran na rezultatu koji strane (za razliku od klasičnih ugovora) ne mogu u potpunosti predvideti ex ante (nasuprot tome, kod klasičnih ugovora poput ugovora o prodaji, na primer, efekat prodaje je isporuka robe kupcu i plaćanje cene prodavcu). U tom smislu, kauza obavezivanja kod relacionih ugovora je relativno fleksibilna.¹² Stoga,

¹² Videti *supra* napomenu 4. Stepen „nepoznatih nepoznanica“ kod relacionih ugovora znatno je veći nego kod klasičnih ugovora. Relacioni ugovori traju duže, kompleksniji su i senzitivniji na različite promene okruženja u kome funkcionišu. Opisana situacija se može ilustrovati primerom projekta iz oblasti vodosnabdevanja. Javni partner zna šta hoće od ugovora (na primer kod vodosnabdevanja cilj je efikasnije snabdevanje, viši nivo kvaliteta vode uz održanje cena), ali ne zna sve parametre, metode i sredstva kojima bi te ciljeve ostvario (neretko, osim informacija, nema ni dovoljno znanja zbog nedovoljnog kapaciteta javnog partnera). Situacija je ednostavnija kod privatnog partnera, čiji je cilj lako merljiv i jasno definisan. Imajući u vidu opisanu karakteristiku „nekompletnosti“, ugovor o JPP iz

*relacioni ugovori ostavljaju prostor da strane svoje novo znanje o konkretnoj situaciji adaptiraju u okvir sopstvenog ugovornog odnosa.*¹³

Drugo, strane *relacionog sporazuma* ne definišu detaljne planove delovanja. Fokus je, pre svega, na ciljevima i razlozima ugovora, te načelima koja su široko primenjiva u slučaju okolnosti koje imaju karakter „nepoznatih nepoznanica“.¹⁴ Da bi se takve okolnosti prevazišle a ugovor opstao, strane iz ugovora razvijaju odnos koji generiše planiranje, poverenje i solidarnost koji idu daleko izvan granica originalnog sporazuma (*Bird, R, 2005:151*). Odredbama relacionih ugovora utvrđuju se zajednička očekivanja, uz ustanovljavanje mehanizma koji će se koristiti da bi se donela odluka ili alocirali, rizici, troškovi i koristi strana od realizacije ugovora.

oblasti vodoprivrede mora da bude dovoljno elastičan ili da sadrži mehanizme koji će omogućiti efikasne naknadne izmene.

¹³ Nivo znanja aktera nije zadati parametar. On se može kroz adekvatnu proceduru povećati, proaktivnim delovanjem aktera baziranim na svesti o ostvarivanju konvergentnih ciljeva. Primer ovog procesa je postupak konkurentskog dijaloga u izboru privatnog partnera. O postupku konkurentskog dijaloga videti više u Cvetković P: 2014-2: 4-8. Odnos kvalitet i obima znanja javnog i privatnog partnera kod JPP-a naziva se „asimetričnost“ informacija. U već korišćenom primeru vodosnabdevanja javni partner je u prednosti u odnosu na privatnog jer raspolaže znanjem o kvalitetu postojeće infrastrukture za vodosnabdevanje, njenoj rasprostranjenosti, dostupnosti i sl. Lokalne samouprave imaju sopstveno („privatno“) znanje o kvalitetu infrastrukture (pumpe, cevovodi, sistem merenja); ovo „znanje“ dobija na težini imajući u vidu da je ispitivanje kvaliteta strukture za vodosnabdevanje preveliki finansijski teret za privatnog partnera, ukoliko je uopšte i moguće (za razliku od, na primer, električnih centrala, cevovodi su uglavnom ispod zemlje, što otežava procenu). Privatni partner, za razliku od javnog, poseduje posebna znanja u pogledu načina finansiranja i tehnološkog aspekta projekta iz oblasti vodosnabdevanja. Javni partner, pak, ne zna za tehnološke mogućnosti privatnog partnera i strukturu njegovih troškova, niti nivo produktivnosti (što su sve znanja koja poseduje privatni partner). Dakle, obe strane imaju „prednost u informacijama“ u određenim segmentima; tačnije nivo informisanja u odnosu na pojedina pitanja je asimetričan. Asimetričnost se otklanja ukoliko između strana prevlada princip saradnje. Pri tome, ne treba biti u zabludi; u odnosu zasnovanom na usklađivanju suprotnih interesa (javni partner nastoji da obezbedi javnu uslugu optimalnog obima i kvaliteta, a privatni partner profit), strane će u međusobnim pregovorima čuvati sopstvene interese u pokušaju da za sebe izvuku najpovoljniji mogući rezultat. Više o asimetriji informacija u kontekstu javno-privatnog partnerstva videti u Cvetković P, 2013:241-255. Više o karakteristikama JPP-a u oblasti vodosnabdevanja videti u: Cvetković, P/Zdravković, U (2012).

Treće, postoje prazna polja u strukturi relacionih ugovora. Postojanje praznina rezultat je sledećeg pristupa ugovornih strana: umesto da koriste pristupe koji stoje na ekstremnim polovima ugovornih tehnika (ostavljanje tih prostora neregulisanim, sa jedne, odnosno rigidno definisanje, sa druge strane, koje je kao što je već rečeno nemoguće, odnosno finansijski zahtevno do mere da obesmišljava ugovor), strane relacionog sporazuma teže da ustanove efikasne procedure koje će obezbediti određenu fleksibilnost relacionih sporazuma (pregovaranje, zajedničke organe za praćenje sporazuma, utvrđivanje minimalnih i maksimalnih parametara za ocenu ispunjenosti ugovornih obaveza poput visine cene za proizvod ili uslugu koju isporučuje projekat javno-privatnog partnerstva).

Relacioni ugovori u funkciji JPP-a služe limitiranju oportunističkog ponašanja jedne i druge strane, razvoju njihove saradnje i razmeni informacija. Reč je o ugovorima koji su idiosinkratični-jedinstveni (za razliku od klasičnih ugovora koji mogu biti i tipski i formularni).¹⁵ Ugovori o javno-privatnom partnerstvu moraju uskladiti princip hijerarhije na koji se naslanja javni partner (visoki nivo administrativne kontrole i nepostojanje ekonomskog podsticaja) sa principom tržišnog poslovanja na kome počiva logika privatnog partnera. Za JPP je važno da se sistem podsticaja koji postoji u privatnom sektoru (kao elemenat koji nedostaje javnom sektoru) implementira u konretan ugovor o javno-privatnom partnerstvu: u ovoj implementaciji leži ključ za realizaciju ciljeva projekta javno-privatnog partnerstva u pitanju.

Literatura

Članci

Bird, R.C (2005) „Employment as a relational contact“. University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law, 8.

Cvetković, P (2014) „Javno-privatno partnerstvo kao okvir usklađivanja javnog i privatnog interesa: metodološka razmatranja“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj luci, br. 36-2014, str. 9-29 (naveden kao Cvetković P, 2014-1)

¹⁴ Videti *supra* napomene 4 i 12.

Cvetković, P (2014) „Harmonizacija javnog i privatnog interesa kroz javno-privatno partnerstvo: ogled o dvostepenoj strukturi“, Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu (u štampi), str. 1-14 (navedeno kao Cvetković P, 2014-2).

Cvetković P (2013) “Teorija igara kao analitički okvir javno-privatnog partnerstva“, Tematski zbornik radova, Pravni fakultet Niš, strana 241-255.

Cvetković, P/ Milenković-Kerković, T (2011) Javno-privatno partnerstvo: polazna razmatranja, Pravo i privreda. - Beograd : Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2011. - Br. 4-6 (2011), str. 758-770.

Cvetković, P/Zdravković, U (2012), Javno-privatno partnerstvo u pravnom sistemu Republike Srbije-polazna razmatranja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 63(2012), str. 147-168.

Kohls, J., Christensen, S. L (2002) „The Business Responsibility for Wealth Distribution in a Globalized Political Economy: Merging Moral Economics and Catholic Social Teaching. Journal of Business Ethics, 35(3), 2002, str. 223-234.

Macneil, I (1978) “Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law”. Northwestern University Law Review 72, 854–905.

Ćirić, A/ Cvetković, P (2012) „Javno-privatno partnerstvo između 'hijerarhijske konstante' i 'nove etike' društvenih odnosa“: Pravo i privreda. - Beograd : Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2012. - Br. 4-6 (2012), str. 618-627.

Ćirić, A (2010) „Međunarodno trgovinsko pravo: opšti deo“, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Elektronski izvori

Arrowsmith, S (2011), „Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules“, in Public Procurement Regulation: An Introduction, ed. S. Arrowsmith., str. 1-33, dostupno na:

¹⁵ O tipskim i formularnim ugovorima videti više u: Ćirić, A, 2010:83-85.

http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eu_publicprocurementlawintroduction.pdf, pristupljeno 11. Aprila 2012;

Bovaird, Tony (2004) "Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice", *International Review of Administrative Sciences*, Vol 70(2):199-215" dostupno na: Graduate Institute Geneva Home page, <http://graduateinstitute.ch>, pristupljeno 10. aprila 2012).

Dekel, O (2008) „The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts“, *Public Contract Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 2008, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182. Pristupljeno 20. septembra 2013.

Heldeweg, Michiel A (2013) "Hybrid regulation as a legal design challenge", 107-139, dostupno na . <http://doc.utwente.nl>, pristupljeno 7. januara 2014.

Weihe, G. (2009). *Public-Private Partnerships: Meaning and practice* (Doctoral dissertation, Copenhagen Business School Copenhagen Business School, Department of Business and Politics Department of Business and Politics), dostupno na <http://openarchive.cbs.dk/handle/10398/7734>, pristupljeno 1. juna 2012.

Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,
Faculty of Law, University of NIŠ

**Contractual Framework of Private-Public Partnership: The *sui generis*
Nature of PPP as a result of the Holistic Approach**

Summary

The holistic (comprehensive) approach to the methodological framework for the analysis of public-private partnership is essential presumption for the transformation of the public and private interests from the conflicting ones to the parallel and convergent ones. Private and public interests are to be

regarded not as the divided particulars but as the element of the dynamics of PPP as a whole. The holistic approach facilitates interaction which brings new “added values” in the exercise of the public interest by using the PPP construction: economic, social and political. This concept allows the PPP to “take the best of both worlds” (the protection of the public interest and solidarity from the public sector, and the entrepreneurial logic from the private sector). In light of the *sui generis* structure of mutual relations between the public and the private partner in the PPP framework, the contractual basis of public-private partnership has the character of relational contracts.

Relational contracts differ from traditional contracting mechanisms. The parties to traditional contracts have equal information at their disposal, which enables them to define *ex ante* the terms of the transaction insofar as the consequences of performance or non-performance are anticipated at the time of contract conclusion. On the other hand, relational contracts are incomplete agreements: the parties to relational contracts mutually agree that it is impossible or economically inefficient to define *ex ante* the possible difficulties and circumstances of the transaction at issue (which is possible in classical contracts). In this respect, in relational contracts the rationale for commitment is relatively flexible.

The public-private partnership agreement is a relational contract. Relational contracts within the PPP framework limit the opportunistic behaviour on both parties and promote the development of their co-operation and exchange of information. Relational contracts are idiosyncratic (unlike traditional contracts which may be standardized and embodied in a specific legal form). Public private partnerships agreements have to align the principle of hierarchy on which the public partner has based its activities (a high level of administrative control and the lack of economic incentives) with the principles of market economy underpinning the logic and the operation of the private partner.

Keywords: Public-Private Partnership, holistic approach, *sui generis* nature, relational contracts.

Dr Dragan Jovašević,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.211.6

Rad primljen: 01.02.2014.

Rad prihvaćen: 15.04.2014.

POLITIKA SUZBIJANJA KRIMINALITETA** **- osnovni pojmovi -**

Apstrakt: U savremenoj pravnoj, politikološkoj i bezbednosnoj literaturi na različite načine određuju se pojam i sadržina politike suzbijanja kriminaliteta kao naučne, ali i aplikativne discipline. U osnovi ovih različitih shvatanja nalaze se razlike u polaznim stanovištima zavisno od toga: 1) da li je to „samo“ naučna (akademska) disciplina, 2) da li je to praktična, svakodnevna aktivnost nadležnih državnih i drugih organa, 3) da li je to delatnost suprotstavljanja kriminalitetu kao skupu najopasnijih ljudskih ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju najznačajnija lična i društvena dobra i vrednosti, odnosno 4) da li je to delatnost suzbijanja svih oblika protivpravnih ponašanja (kriminaliteta, ali i drugih oblika delikvencije – privrednih prestupa i prekršaja). Upravo o ovim pitanjima govori ovaj rad.

Ključne reči: kriminalna politika, suzbijanje, krivično delo, prevencija, represija.

1. Pojam i karakteristike politike suzbijanja kriminaliteta

O pojmu i sadržini politike suzbijanja kriminaliteta u pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno i opšte prihvaćeno shvatanje. Iako politika suzbijanja kriminaliteta kao deo ukupne društvene (državne) politike ima istorijski dugu tradiciju, ona

* jovas@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat sprovedenog istraživanja na projektu broj 179046: „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

se relativno kasno, tek u 19. veku, izdvojila i oblikovala kao samostalna naučna i primenjena disciplina. Smatra se da je termin „kriminalna politika“ za određivanje organizovane društvene politike u cilju suzbijanja kriminaliteta prvi upotrebio 1804. godine Anselm Fojerfah u svom radu: „Versuch einer Kriminaljurisprudenzes Koran“. No, u literaturi se mogu pronaći i takva shvatanja da je ovaj termin ipak prvi upotrebio Henke 1800. godine (Milutinović, 1984: 127). O pojmu, sadržini i karakteristikama politike suzbijanja kriminaliteta jasno se razlikuju dva shvatanja: a) starija i b) novija shvatanja (Kokolj, Jovašević, 2011: 12-13).

Jednu od prvih definicija politike suzbijanja kriminaliteta kao naučne discipline dao je Anselm Fojerbah, jedan od glavnih teoretičara „klasične škole krivičnog prava“, 1847. godine. Fojerbah pod pojmom politike suzbijanja kriminaliteta govori o „državnoj mudrosti kaznenopravne zakonodavne delatnosti“, odnosno, o disciplini koja je dužna da predlaže izmene u zakonodavstvu i organizaciji krivičnog pravosuđa. Nešto drugačiju definiciju politike suzbijanja kriminaliteta dao je Franc fon List 1905. godine. Pod ovim pojmom on shvata „sistemske razrađene sadržaje naučnih istraživanja uzroka zločina i rezultata propisivanja i primene kazni u borbi protiv njega“. Najkraća je definicija koja potiče iz nemačke literature, a data je u prvoj polovini 20. veka. Prema ovom tumačenju politika suzbijanja kriminaliteta označava zajedništvo svih državnih mera u borbi protiv kriminala (Horvatić, 2003: 23).

I u novijoj pravnoj literaturi se na različite načine određuju pojam i sadržina politike suzbijanja kriminaliteta kao naučne, ali i aplikativne discipline. U osnovi ovih različitih shvatanja nalaze se drugačija polazna stanovišta, zavisno od toga da li se određuje kao: 1) „samo“ naučna (akademska) disciplina, 2) praktična, svakodnevna aktivnost nadležnih državnih i drugih organa, 3) delatnost suprot-stavljanja kriminalitetu kao skupu najopasnijih ljudskih ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju najznačajnija lična i društvena dobra i vrednosti, odnosno ili 4) delatnost suzbijanja svih oblika protivpravnih ponašanja (kriminaliteta, ali i drugih oblika delin-kvencije – privrednih prestupa i prekršaja). U nastavku ćemo izneti najznačajnija shvatanja o pojmu i karakteristikama politike suzbijanja kriminaliteta autora sa prostora bivše SFR Jugoslavije.

Najbrojnija su shvatanja koja politiku suzbijanja kriminaliteta smatraju kao naučnu disciplinu, bilo da je deo nauke krivičnog prava, deo opšte nauke o politici ili kao samostalna nauka, čemu se i mi priklanjamo.

Tako M. Radovanović određuje politiku suzbijanja kriminaliteta kao naučnu disciplinu koja omogućava celishodno korišćenje postojećih instrumenata u borbi protiv kriminaliteta. Istovremeno, to je nauka, koja na bazi utvrđenih saznanja i rezultata sprovedene analize predlaže mere za efikasnije suzbijanje kriminaliteta, primenjujući, pri tome, i učenja vanpravnih nauka (Radovanović, 1975: 31).

Ž. Horvatić pod ovom naučnom disciplinom shvata objedinjujuću interdisciplinarnu naučnu organizaciju i sistem delovanja državne zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, te vandržavnih institucija koje planiranim i smišljenim sistemom mera i postupaka deluju u suzbijanju delinkvencije, odnosno kriminaliteta. Ta se politika u naučnom osmišljavanju i izvršenju deli na: 1) preventivne i 2) represivne sadržaje. Represivni sadržaji su normirani krivičnim pravom. Zbog toga je krivično pravo centralni deo politike suzbijanja kriminaliteta. No, ipak je pogrešno stanovište koje, prema teoretičarima krivičnog prava, politiku suzbijanja kriminaliteta vidi samo kao deo krivičnog prava i koja deluje prvenstveno ante delictum (Horvatić, 2003: 23-24).

P. Novoselec kriminalnu politiku svrstava kao naučnu disciplinu u okviru „jezgra“ krivičnopravnih nauka. Moderna kriminalna politika nastoji da uravnoteži prevenciju i represiju kao osnovna sredstva kojima se krivično pravo služi u borbi protiv kriminaliteta. Pri tome, ovaj autor razlikuje: 1) kriminalnu politiku u užem smislu – to je naučna disciplina koja traži odgovor na pitanje kako treba usmeriti krivično pravo da bi se najbolje osigurala zaštita osnovnih društvenih vrednosti. Ona kritički ispituje postojeći sistem inkriminacija u krivičnom zakonu (zakoniku) i krivične sankcije i traži nove puteve kojima će se povećati efikasnost krivičnog prava, a da se istovremeno ne dovedu u pitanje osnovna ljudska prava. Ovako shvaćena kriminalna politika je u saglasnosti sa reformom pozitivnog krivičnog prava, dakle, krivičnim pravom kakvo ono treba da bude (de lege ferenda) i 2) kriminalnu politiku u širem smislu – koju naziva „socijalna profilaksa“. To je ukupnost državnih mera kojima se želi suzbiti devijantno ponašanje (smanjenje

nezaposlenosti, stambena izgradnja, osiguranje različitih oblika socijalne pomoći, suzbijanje alkoholizma i narkomanije, dobra organizacija policije i sl.). Ovako shvaćena kriminalna politika predstavlja praktičnu (aplikativnu) delatnost. Na taj način, ona se javlja samo kao deo opšte politike koja se sprovodi u društvu u određenom vremenskom periodu (Novoselec, 2004: 23-24).

B. Petrović i D. Jovašević određuju politiku suzbijanja kriminaliteta kao pravnu naučnu disciplinu koja prati primenu krivičnog prava i njegov uspeh u suzbijanju kriminaliteta, odnosno, prati primenu pojedinih sredstava i metoda u kaznoj politici i daje kritičku ocenu o korisnosti ili nekorisnosti tih sredstava i metoda u suzbijanju i sprečavanju različitih oblika i vidova kriminaliteta. Njen je zadatak, dakle, da na bazi ovakvog naučnog analiziranja i proučavanja daje sugestije i predloge za uvođenje novih sredstava i metoda, za primenu efikasnije kaznene politike putem reforme krivičnog prava ili za uvođenje novih organizacionih oblika društvene reakcije protiv kriminaliteta (Petrović, Jovašević, 2005: 98).

Na sličan način, pojam, karakteristike, funkciju i sadržinu kriminalne politike ili politike suzbijanja kažnjivih radnji određuju V. Grozdanić i M. Škorić. Prema ovim autorkama (Grozdanić, Škorić, 2009: 11), kriminalna politika je interdisciplinarna naučna disciplina koja planiranim i smišljenim sistemom mera deluje na zakonodavnu, sudsku i izvršnu vlast, kao i na izvandržavne institucije u cilju suzbijanja kriminaliteta. Da bi ova naučna disciplina ostvarila svoj cilj (svrhu), ona nužno mora da poznaje kriminalitet. Zavisno od načina suzbijanja kriminaliteta, kriminalna politika se deli na: 1) preventivnu kriminalnu politiku – koju čini skup mera, sredstava i postupaka (društvena akcija) koje se preduzimaju pre izvršenja krivičnog dela (ante delictum). To su mere kojima je cilj da se otklone ili umanje uzroci koji podsticajno deluju na učinioce krivičnih dela i 2) represivnu kriminalnu politiku - koju čini društvena akcija (kao skup različitih mera, sredstava i postupaka), koja se preduzima posle učinjenog krivičnog dela, kada je nečije pravno (lično ili društveno) dobro već povređeno ili ugroženo preduzetom radnjom izvršenja krivičnog dela (post delictum). Ova politika represije se sastoji u izricanju i izvršenju krivičnopravnih sankcija.

B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić pod kriminalnom politikom podrazumevaju naučno istraživanje svrsishodne preventivne i represivne delatnosti u suzbijanju pojava kriminalnog ponašanja. U njenom su instrumentarijumu posebno naglašene teleologijske i deontologijske komponente. Pri tome je posebno važan njen deo koji uključuje kaznenu politiku (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 20).

Z. Stojanović određuje politiku suzbijanja kriminaliteta kao naučnu disciplinu koja je, iako deo nauke krivičnog prava, danas sve samostalnija naučna disciplina koja se bavi izučavanjem svih oblika društvene reakcije na kriminalitet. Kao praktična delatnost, ona predstavlja racionalnu i organizovanu delatnost koja je usmerena na suzbijanje kriminaliteta. U okviru ovako shvaćene discipline, razlikuju se njena dva osnovna dela. To su: 1) kriminalna politika u užem smislu – koja se još naziva i krivičnopravna politika. Ona prati i proučava primenu krivičnog prava u suzbijanju kriminaliteta, kakva je primena krivičnih sankcija i drugih krivičnopravnih mera, kako krivično pravo odgovara postavljenim idealima, te kakva mu je budućnost i 2) kriminalna politika u širem smislu - koja se bavi primenom ne samo krivičnog prava, već i svim drugim sredstvima i merama koje su podobne za suzbijanje kriminaliteta (Stojanović, 2005: 68).

Drugu grupu shvatanja čine određenja politike suzbijanja kriminaliteta kao dvojake discipline: a) naučne, ali i b) aplikativne, praktične delatnosti državnih i društvenih organa u cilju suzbijanja svih vrsta i oblika kriminaliteta i drugih kažnjivih ponašanja.

Tako, Lj. Lazarević politiku suzbijanja kriminaliteta (ili kriminalnu politiku) shvata u dvostrukom značenju, i to kao: 1) društvenu delatnost koja je usmerena na ostvarivanje postavljenih ciljeva (što se još naziva i praktična dimenzija kriminalne politike) i 2) naučnu disciplinu koja istražuje, analizira i inicira mere društvenog reagovanja na kriminalna ponašanja. Uzeta u aplikativnom značenju, kriminalna politika tako obuhvata sistem svesno planiranih i koordiniranih društvenih delatnosti koje su usmerene na zaštitu društva od kriminaliteta. U ovom smislu shvaćena ona predstavlja sastavni deo opšte politike određenog društva (Lazarević, 1986: 25).

M. Milutinović, pod kriminalnom politikom (politikom suzbijanja kriminaliteta) shvata organizovano vođenje borbe protiv kriminaliteta u smislu njegovog sve uspješnijeg suzbijanja i sprečavanja, odnosno sve većeg potiskivanja iz društva sve do potpunog eliminisanja. To je, dakle, teorijsko-empirijska disciplina koja ima dve dimenzije. To su: 1) teorijska i 2) praktična dimenzija. Teorijska dimenzija kriminalne politike se odnosi na teorijsko koncipiranje kriminalne politike, kao koherentnog i razrađenog sistema reagovanja na društveno opasna ponašanja, koje se ostvaruje u skladu sa društvenom stvarnošću i na osnovu rezultata naučne misli u oblasti kriminologije, sociologije, socijalne patologije, krivičnog prava i drugih nauka i korišćenja postojećih iskustava na bazi njihovog vrednovanja. Praktična dimenzija kriminalne politike obuhvata osmišljavanje i sprovođenje u život društvenih akcija, metoda i mera – preventivnog ili represivnog karaktera – na osnovu izgrađene teorije o ciljevima kriminalne politike i mogućnosti koje pruža društvena stvarnost. To je, u stvari, sprovođenje u život krivičnih i profilaktičnih sredstava, odnosno, društveno preventivnih mera, kao i usmeravanje administracije krivičnog pravosuđa i drugih državnih i društvenih organa i tela u pravcu uspešnog sprovođenja u život metoda i mera praktične kriminalne politike (Milutinović, 1984: 135).

N. Mrvić Petrović pod kriminalnom politikom shvata nauku koja ima za cilj da predloži određene mere u okviru krivičnopravnih propisa, kao i da ukaže na ispitivanje određenih krivičnopravnih rešenja. Kako društvena akcija usmerena na sprečavanje kriminaliteta i drugih društveno neželjenih ponašanja može biti preduzeta i pre izvršenja krivičnog dela, ali i posle njega, tako i kriminalna politika može biti dvojako shvaćena, i to kao : 1) politika prevencije i 2) politika represije. Međutim, između ove dve politike nema oštre razlike, jer i primena represije prema učiniocu krivičnog dela treba da deluje preventivno prema svim drugim članovima društva – potencijalnim učiniocima krivičnih dela. Pored pojma kriminalna politika, N. Mrvić Petrović koristi i pojam „kaznena politika“ kao politiku kažnjavanja tj. izbora i odmeravanja kazne. Ona se, dakle, odnosi isključivo na politiku represije (Mrvić Petrović, 2005: 28).

U pravnoj teoriji postoje i shvatanja koja izjednačuju pojam „politike suzbijanja kriminaliteta“ i pojam „kriminalne politike u širem smislu“. Tako S.

Konstantinović Vilić, V. Nikolić Ristanović i M. Kostić određuju pod ovim terminima racionalnu i organizovanu delatnost koja je usmerena na suzbijanje kriminaliteta (Konstantinović Vilić, Nikolić Ristanović, Kostić, 2009: 42). Dakle, politika suzbijanja kriminaliteta obuhvata, pored krivičnog zakonodavstva i njegove primene (što čini kriminalnu politiku u užem smislu), i druga sredstva koja se u društvu koriste u suzbijanju kriminaliteta. Ona je, pre svega, praktična delatnost, jer je njen krajnji cilj što efikasnija zaštita određenih vrednosti i dobara u jednom društvu od društveno opasnih ponašanja. Istovremeno, politika suzbijanja kriminaliteta je i naučna disciplina, jer se bavi naučnim ispitivanjem, vrednovanjem i usavršavanjem krivičnog prava, ali i svih drugih sredstava za suzbijanje kriminaliteta (Jovašević, Kostić, 2012: 45).

B. Zlatarić politiku suzbijanja kriminaliteta definiše kao naučnu i praktičnu disciplinu koja obuhvata kritičko ispitivanje pozitivnopravnih propisa iz oblasti krivičnog prava i rezultata njegove primene radi pripremanja novog, budućeg i boljeg krivičnog prava, u skladu sa težnjama za opštim progresom (Zlatarić, 1970: 27).

Lj. Selinšek kriminalnu politiku, kao jednu od dopunskih (akcesornih) krivičnih nauka, određuje u dvojakom smislu i to kao: 1) kriminalnu politiku u širem smislu – koju određuje kao skup udruženih delatnosti koje su usmerene na ograničavanje, sprečavanje i suzbijanje kriminaliteta i 2) kriminalnu politiku u užem smislu – koju određuje kao naučnu disciplinu koja se bavi proučavanjem svih oblasti delovanja društvenih (u prvom redu državnih) organa (institucija) u suprotstavljanju kriminalitetu. Skup svih mera, odnosno sredstava za suzbijanje kriminaliteta, zapravo, su obuhvaćene pojmom „socijalne kontrole“. Socijalna kontrola, dakle, obuhvata pravna i vanpravna sredstva reakcije na kriminalitet, odnosno formalnu i neformalnu socijalnu kontrolu (Selinšek, 2007: 41).

M. Babić i I. Marković, u okviru nauka koje su krivičnom pravu srodne po predmetu izučavanja, ubrajaju i kriminalnu politiku „iako oni zaključuju da se ona još uvek nije etablirala kao naučna, već je još uvek i pretežnije shvaćena kao praktična delatnost“. Pod ovim se pojmom, u smislu praktične discipline, podrazumeva ukupnost svih društvenih aktivnosti koje su upravljene na suzbijanje kriminaliteta. Kao naučna disciplina, kriminalna politika predstavlja

kritično preispitivanje, vrednovanje i usavršavanje krivičnog prava, kao i drugih sredstava koja su usmerena na kontrolu i suzbijanje kriminaliteta, posebno onih koja se odnose na prevenciju kriminaliteta (Babić, Marković, 2008: 42).

Naše je mišljenje da politika suzbijanja kriminaliteta predstavlja pravnu naučnu disciplinu koja kritički prati i analizira primenu krivičnog prava (sistema krivičnih sankcija i drugih krivičnopravnih mera) i njegov uspeh u suzbijanju kriminaliteta. Dakle, to je nauka koja analizira primenu pojedinih sredstava i metoda u kaznenoj politici i daje kritičku ocenu o korisnosti ili nekorisnosti tih sredstava i metoda u suzbijanju i sprečavanju različitih oblika i vidova kriminaliteta. Njen je zadatak da na bazi ovakvog naučnog analiziranja i proučavanja daje predloge za korekciju postojećih i uvođenje novih sredstava i metoda, za primenu efikasnije kaznene politike putem reforme krivičnog prava ili za uvođenje novih organizovanih oblika društvene reakcije protiv kriminaliteta.

2. Politika suzbijanja kriminaliteta ili kriminalna politika

Za naučnu disciplinu (iz grupe pravnih krivičnih nauka), koja se bavi teorijskom i praktičnom analizom primene krivičnog prava (u prvom redu sistema krivičnih sankcija) i njegovog uspeha u suzbijanju kriminaliteta, često se koristi naziv „politika suzbijanja kriminaliteta“. Taj naziv koristi više autora kao što su npr. Ž. Horvatić, L. Cvitanović, Z. Šeparović. No, pored pojma „politika suzbijanja kriminaliteta“ ili „politika suzbijanja svih vrsta kažnjivih ponašanja“ u pravnoj literaturi se koristi i pojam „kriminalna politika“ (nem. Kriminalpolitik, eng. Crime policy, ital. Polica criminale, franc. Politique criminelle). Kod nas je ovaj pojam prvi upotrebio M. Čubinski (Čubinski, 1937: 56-58). Pored njega, ovaj pojam koriste i M. Radovanović, M. Milutinović, Lj. Lazarević, Lj. Radulović, B. Pavišić, V. Grozdanić, P. Veić, Lj. Selinšek, M. Babić, I. Marković, P. Novoselec, K. Roksin, Lj. Bavcon, H. Zipf. Oba pojma – politika suzbijanja kriminaliteta (ili politika suzbijanja kažnjivih radnji) i kriminalna politika – gotovo podjednako i paralelno koriste takođe brojni autori kao što su: B. Petrović, D. Jovašević, V. Grozdanić, M. Škorić, M. Babić, I. Marković, Z. Stojanović.

Tako N. Mrvić Petrović umesto pojma politika suzbijanja kriminaliteta koristi pojam „kriminalna politika“. I H. Sijarčić Čolić koristi isti termin za označavanje ove naučne discipline (Sket, Sijarčić Čolić, Langusch, 2001: 397). Prema iznetim shvatanjima, kriminalna politika, s obzirom na svoju pravnu prirodu, spada u „nauke o kriminalitetu“. No, pored pojma kriminalna politika, N. Mrvić Petrović razlikuje i pojam „kaznena politika“. Ovaj pojam, naime, označava politiku koja se bavi politikom kažnjavanja tj. izborom i odmeravanjem kazne učinocu konkretnog krivičnog dela. Ona se odnosi, dakle, isključivo na politiku represije organa krivičnog pravosuđa.

U pravnoj teoriji, takođe se mogu naći i shvatanja koja izjednačuju pojam „politika suzbijanja kriminaliteta“ i pojam „kriminalna politika u širem smislu“. Autori koji zastupaju ovo shvatanje određuju pod ovim terminima racionalnu i organizovanu delatnost koja je usmerena na suzbijanje kriminaliteta. Dakle, ovde se razlikuju dva pojma. To su: 1) kriminalna politika u užem smislu i 2) kriminalna politika u širem smislu. Tako kriminalna politika, u užem smislu, obuhvata primenu odredbi krivičnog zakonodavstva (krivičnih sankcija) prema učinocima krivičnih dela u suzbijanju kriminaliteta. Nasuprot njoj, kriminalna politika, u širem smislu, obuhvata, pored primene krivičnog zakonodavstva, i sva druga sredstva koja se u društvu koriste za suzbijanje kriminaliteta.

Bez obzira da li je shvaćena u užem ili u širem smislu, politika suzbijanja kriminaliteta je, pre svega, praktična delatnost, jer je njen krajnji cilj efikasnija zaštita određenih vrednosti i dobara u jednom društvu od društveno opasnih ponašanja. Istovremeno, politika suzbijanja kriminaliteta je i naučna disciplina, jer se bavi naučnim ispitivanjem, kritičkom analizom, vrednovanjem i usavršavanjem krivičnog prava i njegovih sredstava za sprečavanje i suzbijanje kriminaliteta.

Mišljenja smo da, iako je naziv kriminalna politika gotovo uobičajen u svakodnevnoj upotrebi, treba istaći da nije reč o politici „koja je toliko loša da je gotovo kriminalna“, već bi sadržini ove naučne discipline više odgovarao naziv „politika suzbijanja kriminaliteta“ ili „antikriminalna politika“. No, budući da se ovde ipak ne radi samo o organizovanom delovanju države-društva protiv kriminaliteta, već i protiv svih vrsta delinkventnog ponašanja, to bi

njenoj saržini i karakteristikama, odnosno cilju, više odgovarao naziv „anti-delin-kvencijska“ politika. To je, dakle, disciplina i delatnost koja se prema svojoj sadržini i ciljevima sastoji u politici suzbijanja svih kažnjivih ponašanja ili svih oblika delinkvencije.

3. Mesto politike suzbijanja kriminaliteta

U pogledu mesta, uloge i značaja politike suzbijanja kriminaliteta danas ne postoji jedinstveno i opšteprihvaćeno stanovište. Tako se razlikuju dva osnovna shvatanja. To su: 1) da je kriminalna politika samostalna naučna disciplina, što predstavlja još uvek usamljeno gledište i 2) da je kriminalna politika samo deo nauke krivičnog prava (ili krivičnopravne nauke) bilo da se ona svrstana u osnovne ili dopunske, pravne ili vanpravne nauke.

Zapravo, dugo vremena je bitisalo shvatanje da kriminalna politika (ili politika suzbijanja kriminaliteta) nema svoju samostalnost, već da predstavlja, uz krivičnopravnu dogmatiku, samo deo nauke krivičnog prava. Ovo shvatanje potiče od Franca fon Lista (iako u teoriji ima autora koji smatraju da ono potiče znatno ranije). Ovo shvatanje u predratnoj literaturi najdoslednije je zastupao M. Čubinski. Stoga se neretko u krivičnopravnoj književnosti ističe da kriminalna politika sve do nedavno nije uspela da se oslobodi „tutorstva krivičnopravne dogmatike i da se konstituiše kao samostalna disciplina“. Tek kasnije, politika suzbijanja kriminaliteta počinje da se shvata kao disciplina koja obuhvata kritičko ispitivanje pozitivnopravnih propisa iz oblasti krivičnog prava i rezultata njegove primene radi pripremanja novog, budućeg i boljeg krivičnog prava u skladu sa težnjama za opštim progresom (Milutinović, 1967: 177).

Krivično pravo je grana pravne nauke, ali i pozitivnopravna disciplina kojoj su kažnjiva ponašanja i svi sadržaji u vezi sa njima jedini ili glavni predmet posmatranja i proučavanja. U okviru krivičnopravnih nauka koje se, dakle, bave kažnjivim ponašanjima i sadržajima razlikuju se dve grupe nauka. To su: 1) nauke koje su potpuno i isključivo povezane sa kažnjivim ponašanjima: kriminologija, penologija, kriminalistika i politika suzbijanja kažnjivih ponašanja i 2) nauke koje su delimično povezane sa kažnjivim ponašanjima:

sudska medicina, sudska psihijatrija, sudska psihologija i sudska statistika kriminala i delinkvencije.

U pravne krivične nauke, pored penologije i nauke krivičnog (materijalnog i procesnog) prava, ubrajaju kriminalnu politiku i B. Petrović i D. Jovašević. Takođe, u pravne krivične nauke, kriminalnu politiku svrstava i M. Radovanović pored: nauke krivičnog prava, nauke krivično procesnog prava, penologije, uporednog krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava. P. Novoselec u okviru „jezgra“ krivičnopravnih nauka ubraja: krivičnopravnu dogmatiku (teoriju krivičnog prava), kriminalnu politiku, filozofiju krivičnog prava, istoriju krivičnog prava i uporedno krivično pravo. Na sličan način, položaj kriminalne politike određuju i B. Pavišić, V. Grozdanić i P. Veić. Naime, ovi autori smatraju da se kriminalitetom neposredno (direktno) ili posredno (indirektno), pored nauke krivičnog prava, bave i druge naučne discipline. U glavne kaznene nauke, prema ovim autorima, spadaju: kazneno (materijalno i procesno) pravo, kriminologija, kriminalna politika i penologija.

Lj. Selinšek kriminalnu (ili kako ona kaže „kriminalitetnu“) politiku sistematizuje u grupu dopunskih (akcesornih) krivičnih nauka. M. Babić i I. Marković, u okviru nauka koje su krivičnom pravu srodne po predmetu izučavanja, ubrajaju i kriminalnu politiku. Na sličan način postupa i Z. Stojanović. Naime, on smatra da u nauku krivičnog prava, kojoj je srodna po predmetu, ali ne i po metodu izučavanja spada i kriminalna politika uz nauku krivično procesnog prava. I V. Grozdanić i M. Škorić svrstavaju kriminalnu politiku u nauke krivičnog prava, i to u nepravne nauke, pored: kriminologije, penologije, kriminalistike i viktimologije.

No, pored ovih shvatanja, prema kojima politika suzbijanja kriminaliteta predstavlja deo pravne (krivičnopravne) nauke, ipak se neretko konstatuje da je ona i delo „socijalne politike“. Naime, socijalna politika se svodi na proučavanje mera socijalne zaštite, među kojima se po svom značaju, prirodi i dejstvu posebno izdvajaju mere za suzbijanje kriminaliteta i drugih oblika delinkventnog ponašanja. Uostalom, ovo shvatanje prihvataju i Ujedinjene nacije, kada na kongresima o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa delinkventima (prestupnicima), u okviru mera socijalne politike kao njen važan segment posmatraju preventivne mere za suzbijanje i sprečavanje

kriminaliteta. Naime, uzeta u svom aplikativnom značenju, kriminalna politika predstavlja deo opšte politike određenog društva, te je izložena svim uticajima postojećih društveno-ekonomskih i političkih odnosa. Preko nje se reflektuje vladajući politički sistem, odnosno njegova politika, zaključuje i Lj. Bavcon (Bavcon, 1978: 13-18).

Analizirajući navedena shvatanja i mi smo mišljenja da danas još uvek politika suzbijanja kriminaliteta nema svoju pravnu samostalnost (o čemu govori činjenica postojanja malog broja monografskih radova iz ove oblasti, gde je prvi rad M.Čubinskog objavljen tek 1937. godine, kao i njeno retko izučavanje kao posebne naučne discipline u okviru pravnih, kriminoloških, bezbednosnih, politikoloških i drugih obrazovnih ustanova). Dakle, ona se i dalje posmatra kao deo nauke krivičnog prava koji kritički prati, analizira i unapređuje sistem krivičnih sankcija sa ciljem sprečavanja i suzbijanja kriminaliteta, ali i drugih kažnjivih ponašanja.

4. Elementi politike suzbijanja kriminaliteta

Za naučnu disciplinu (iz grupe pravnih krivičnih nauka) koja se bavi teorijskom i praktičnom analizom primene krivičnog prava (u prvom redu sistema krivičnih sankcija) i njenom uspehu u suzbijanju kriminaliteta, često se koristi naziv „politika suzbijanja kriminaliteta“. Bez obzira na različita pojmovna određenja politike suzbijanja kriminaliteta (ili kriminalne politike kako se ona još naziva) i to kao naučne, odnosno praktične discipline, većina autora prihvata da se u okviru nje jasno razlikuju dva osnovna dela. To su: 1) sistem preventivnih mera (društvena prevencija ili profilaksa) i 2) sistem represivnih mera (krivične sankcije koje su propisane krivičnim zakonodavstvom određene države).

Tako Z. Stojanović, u okviru politike suzbijanja kriminaliteta (kao dela nauke krivičnog prava), razlikuje dva njena osnovna dela. To su: 1) kriminalna politika u užem smislu – koja se još naziva i krivičnopravna politika. Ona prati i proučava primenu krivičnog prava u borbi protiv kriminaliteta, kakva je primena krivičnih sankcija i drugih krivičnopravnih mera, kako krivično pravo odgovara postavljenim idealima i zadacima, odnosno ciljevima, te kakva mu je budućnost i 2) kriminalna politika u širem smislu – koja se bavi primenom ne

samo krivičnog prava, već i primenom svih drugih sredstava, postupaka i mera koje su podobne za suzbijanje kriminaliteta.

Slično i Ž. Horvatić, u okviru politike suzbijanja kriminaliteta, koja predstavlja objedinjujuću interdisciplinarnu naučnu organizaciju i sistem državne zakonodavne, izvršne i sudske vlasti sa ciljem suzbijanja delinkvencije, odnosno kriminaliteta, razlikuje dva njena osnovna dela. To su: 1) preventivni i 2) represivni sadržaji. Represivni sadržaji su normirani krivičnim pravom. Zbog toga je krivično pravo centralni deo politike suzbijanja kriminaliteta. No, ipak je pogrešno stanovište koje, prema teoretičarima krivičnog prava, politiku suzbijanja kriminaliteta vidi samo kao deo krivičnog prava i koja deluje prvenstveno ante delictum. Specijalna (posebna) i generalna (opšta) prevencija krivičnog prava i njegova kaznena politika imaju za cilj antidelinkvencijsko ponašanje, odnosno antikriminalno delovanje. To je istovremeno i zadatak krivičnog prava, ali i politike suzbijanja kriminaliteta.

V. Grozdanić i M. Škorić u okviru kriminalne politike koja se bavi različitim načinima, metodama, sredstvima i postupcima suzbijanja kriminaliteta, zavisno od načina njegovog suzbijanja, razlikuje dva konstitutivna dela. To su: 1) preventivna kriminalna politika. Nju čini skup mera, sredstava i postupaka (društvena akcija) koji se preduzimaju pre izvršenja krivičnog dela (ante delictum). To su mere kojima je cilj da se otklone ili umanje uzroci koji podsticajno deluju na učinioce krivičnih dela, i 2) represivna kriminalna politika. To je društvena akcija u smislu skupa različitih mera, sredstava i postupaka koji se preduzimaju posle učinjenog krivičnog dela, dakle, kada je nečije pravno (lično ili društveno) dobro već povređeno ili ugroženo preduzetom radnjom izvršenja krivičnog dela (post delictum). Ova politika represije se sastoji u izricanju i izvršenju krivičnopravnih sankcija i više odgovara sadržini pojmova: „politika krivičnog progona“ i „kaznena politika“.

I prema našem mišljenju, politika suzbijanja kriminaliteta sadrži dva osnovna, konstitutivna elementa: 1) preventivne elemente – koji su primarnog karaktera i obuhvataju sistem opštih i posebnih (specijalnih) mera i aktivnosti različitih društvenih subjekata upravljenih na eliminaciju ili umanjenje uzroka i uslova kriminalne delatnosti (državni organi; društvene, nevladine i verske organizacije; udruženja građana; škola; sredstva informisanja; organi socijalne

zaštite; porodica i dr. i 2) represivne elemente – koji su supsidijarnog značaja, ali zbog primene različitih krivičnih sankcija propisanih u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu imaju daleko važniju i vidljiviju ulogu u sprečavanju i suzbijanju različitih oblika i vidova kriminaliteta fizičkih (punoletnih i maloletnih) i pravnih lica.

5. Funkcija politike suzbijanja kriminaliteta

Osnovna funkcija (cilj ili svrha) politike suzbijanja kriminaliteta jeste obavljanje zaštitne funkcije, odnosno, obezbeđenje zaštite određenog društva i njegovih vrednosti od kriminaliteta. Njen je zadatak da obezbedi postojanje jednog društva, ali i da omogući njegov dalji razvoj. Ta se zaštita ostvaruje na dva načina: 1) propisivanjem preventivnih mera – mera socijalne zaštite i organa za njihovo preduzimanje i 2) propisivanjem represivnih mera – sistema krivičnih sankcija i uslova za njihovu primenu prema učiniocima krivičnih dela. Politika suzbijanja kriminaliteta kao bitan segment (deo) krivičnog prava određene države je instrument za zaštitu određenog društva i sistema njegovih zaštićenih vrednosti na određenom stepenu razvoja i kao takva ona je specifična jer poseduje niz karakteristika po kojima se razlikuje od politike suzbijanja kriminaliteta i krivičnog prava svake druge države.

Retka su krivična zakonodavstva koja izričito određuju zaštitnu funkciju, kao što je to u Krivičnom zakoniku Republike Srbije u članu 3. kada se navodi da je cilj (funkcija, svrha) krivičnog prava zaštita čoveka i drugih društvenih vrednosti (ne navodeći o kojim se vrednostima radi). Ovako određena funkcija predstavlja osnov za određivanje krivičnih dela, propisivanje i primenu krivičnih sankcija, i to samo u meri u kojoj je to nužno za suzbijanje tih dela. Dakle, politika suzbijanja kriminaliteta ima za cilj ostvarenje dvojake funkcije: 1) zaštita i obezbeđenje najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti od njihovog povređivanja ili ugrožavanja vršenjem krivičnih dela od strane pojedinaca ili grupa, odnosno očuvanje postojećih odnosa, što predstavlja statičku funkciju i 2) praćenje dinamike i razvoja društvenih odnosa i učešće u njihovom menjanju, unapređivanju i zaštiti, što predstavlja dinamičku funkciju krivičnog prava.

Zaštitna funkcija krivičnog prava uopšte, pa time i politike suzbijanja kriminaliteta nije sveobuhvatna, već je delimična ili parcijalna. Naime, krivično pravo ne štiti sva dobra i vrednosti u jednom društvu, već samo ona koja su najvažnija za pojedinca (kao čoveka i građanina) i društvo (kao zajednicu ljudi). Drugim rečima, štite se dobra i vrednosti bez kojih ne bi bilo moguće postojanje i razvoj čoveka i određenog društva. U pogledu ove zaštite razlikuju se dve vrste vrednosti: 1) društvene vrednosti i dobra do čijeg očuvanja je određenoj društvenoj zajednici (vladajućoj strukturi) naročito stalo i 2) društvene vrednosti i dobra, koja imaju univerzalni, opštecivilizacijski značaj, koja se štite u svim društvima i svim periodima razvoja, bez obzira na oblik društvene organizacije.

Ali, čak ni ovim dobrima i vrednostima krivično pravo ne pruža potpunu, već nepotpunu, parcijalnu zaštitu, tj. zaštitu koja ima fragmentarni karakter. Ono se ograničava na zaštitu ovih dobara i vrednosti samo od određenih napada, u vidu povrede i ugrožavanja koja su zakonom propisana kao krivična dela. Ovako određena zaštitna funkcija krivičnom pravu daje utilitaristički karakter. No, ona se pojavljuje i kao značajan instrument samoograničavanja države. Ovakva delimična, fragmentarna zaštita je ne samo opravdana, već i jedino moguća, jer bi sveobuhvatna i totalna zaštita dovela do negacije slobode i onemogućavanja njenog razvoja, kao i razvoja društva u celini, što bi značilo negaciju svrhe zaštite. Zaštita ovih društvenih vrednosti ne ostvaruje se samo putem krivičnog prava, već i putem drugih grana prava, tj. celim pravnim sistemom, pri čemu ova zaštita ima opštiji i primarni karakter za razliku od krivičnopravne zaštite koja ima specijalni, sekundarni, subsidijarni karakter.

Mehanizam krivičnopravne zaštite određenih društvenih vrednosti stupa u dejstvo tek kada se utvrdi da je mehanizam zaštite neke druge grane prava nedovoljan da obezbedi očuvanje tih dobara ili vrednosti. Iako se krivičnopravna zaštita društvenih vrednosti ostvaruje uglavnom kroz kaznu, kao najvažniju krivičnu sankciju, usled čega joj se daje represivni, retributivni karakter, ona se ne ostvaruje samo kroz retribuciju i odmazdu, već i kroz prevenciju (sprečavanje) vršenja krivičnih dela. Cilj krivičnog prava je da vaspitno utiče na ponašanje ljudi (kroz jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona), kako bi se oni uzdržali od kršenja propisa i vršenja krivičnih dela.

Funkcija krivičnog prava i politike suzbijanja kriminaliteta kod nas je zaštita najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti „zaštićenih“ krivičnim zakonodavstvom. Ova se zaštita ostvaruje na specifičan način. Naime, krivično pravo ne reguliše društvene odnose neposredno, tj. ono ne propisuje pravila ponašanja, već određuje sankcije za nepoštovanje postojećih društvenih, a pre svega pravnih pravila ponašanja. Drugim rečima, zaštita navedenih vrednosti ostvaruje se na taj način što se određuju ljudska ponašanja koja predstavljaju krivična dela i što se za takva ponašanja propisuju krivične sankcije prema njihovim učinocima u cilju suzbijanja kriminaliteta. Dakle, krivičnopravna i kriminalno-politička zaštita ostvaruje se post factum, u vreme kada je zaštićeno dobro već povređeno ili ugroženo. Zbog te činjenice, izgleda da zaštitna funkcija, koja se najčešće ostvaruje primenom kazne, ima čisto represivni karakter. Kroz kaznu se, pored represije, ostvaruje i prevencija, i to kako individualna, tako i generalna.

6. Zaključak

U savremenoj pravnoj, politikološkoj i bezbednosnoj literaturi se na različite načine određuju pojam i sadržina politike suzbijanja kriminaliteta kao naučne, ali i aplikativne discipline. U osnovi ovih različitih shvatanja nalaze se razlike u polaznim stanovištima zavisno od toga: 1) da li je to „samo“ naučna (akademska) disciplina, 2) da li je to praktična, svakodnevna aktivnost nadležnih državnih i drugih organa, 3) da li je to delatnost suprotstavljanja kriminalitetu kao skupu najopasnijih ljudskih ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju najznačajnija lična i društvena dobra i vrednosti, odnosno 4) da li je to delatnost suzbijanja svih oblika protivpravnih ponašanja (kriminaliteta, ali i drugih oblika delikvencije – privrednih prestupa i prekršaja).

Priklanjajući se shvatanjima većine autora i mi određujemo politiku suzbijanja kriminaliteta kao naučnu disciplinu koja omogućava celishodno korišćenje postojećih instrumenata u borbi protiv kriminaliteta. Istovremeno, to je nauka, koja na bazi utvrđenih saznanja i rezultata sprovedene analize predlaže mere za efikasnije sprečavanje i suzbijanje kriminaliteta primenjujući pri tome i učenja vanpravnih nauka. Stoga se politika suzbijanja kriminaliteta (ili kako se još naziva „kriminalna politika“) može shvatiti u dvostrukom značenju i to kao: 1) društvena delatnost koja je usmerena na ostvarivanje postavljenih ciljeva

(što se još naziva i praktična dimenzija kriminalne politike) i 2) naučna disciplina koja istražuje, analizira i inicira mere društvenog reagovanja na kriminalna ponašanja.

Uzeta u aplikativnom značenju, kriminalna politika tako obuhvata sistem svesno planiranih i koordiniranih društvenih delatnosti koje su usmerene na zaštitu društva od kriminaliteta. U ovom smislu shvaćena, ona predstavlja deo opšte politike određenog društva. Ali budući da je njeno osnovno sredstvo za ostvarenje postavljenih ciljeva primena krivičnopravnih sankcija i drugih mera, to se ona smatra i delom krivičnog prava. Kao i krivično pravo određene države, tako se i politika suzbijanja kriminaliteta, zasniva na određenim principima (rukovodnim načelima) kao što su: a) zakonitost i legitimnost krivičnopravne zaštite, b) jednakost građana pred zakonom, v) krivica, g) pravednost i d) humanost.

Literatura

- Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet.
- Bavcon, Lj. (1978). Kriminalna politika socijalističkog samoupravnog društva. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*. Beograd. 2-3. 13-18.
- Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Zlatarić, B. (1970). *Krivično pravo. Prvi svezak*. Zagreb: Informator.
- Jovašević, D., Kostić, M. (2012). *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta.
- Kokolj, M., Jovašević, D. (2011). *Krivično pravo Republike Srpske*. Bijeljina : Univerzitet Sinergija.
- Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print.
- Lazarević, Lj. (1986). Jugoslovenska kriminalna politika u oblasti represije. Zbornik radova. *Aktuelna pitanja kriminalne politike u Jugoslaviji*. Herceg Novi. 25.
- Milutinović, M. (1984). *Kriminalna politika*. Beograd: Savremena administracija.
- Milutinović, M. (1967). Pojava, razvoj i elementi savremene kriminalne

- politike. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. Beograd.2-3.177.
- Milutinović, M. (1986). Aktuelna situacija i tendencije kriminalne politike u Jugoslaviji“. Zbornik radova. *Aktuelna pitanja kriminalne politike u Jugoslaviji*. Herceg Novi. 5-22.
- Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd:Službeni glasnik.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb:Pravni fakultet.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Informator.
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazнено) pravo Bosne i Hercegovine. Opći dio*. Sarajevo:Pravni fakultet.
- Radovanović, M. (1975). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija.
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: Pravni fakultet.
- Sket, I., Sijarčić Čolić, H., . Langusch, E. (2001). Rječnik kriminologije i krivičnopravnih nauka. Sarajevo: OSCE.
- Stojanović, Z. (2005). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga.
- Horvatić, Ž. (2003). *Kazнено pravo. Opći dio*. Zagreb:Pravni fakultet.
- Čubinski, M. (1937). *Kriminalna politika*. Beograd: Geca Kon.

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CRIMINAL POLICY: Basic Concepts

Summary

In the contemporary literature on law, politicology and security, there have been various attempts in both scientific and applied disciplines to define the notion and content of the crime suppression policy. The differences underlying these diverse views are based on the different starting points, i.e. whether the criminal policy is perceived as: 1) a scientific (academic) discipline; b) a

practical daily activity of competent state authorities and other relevant bodies; 3) an activity of combating crime as a set of most dangerous human behaviors which imperil the most important personal assets and social values; and 4) an activity aimed at suppressing all types of illegal behavior (felonies, misdemeanors, delinquency, economic crimes, etc). Some authors view the policy of crime suppression as a scientific discipline which provides for the appropriate use of existing tools in combating crime. Concurrently, on the basis of defined body of knowledge and analysis, the science (including some sciences outside the field of law) suggests relevant measures for efficient suppression of crime. Another conception is based on the idea that criminal policy has a dual meaning, i.e. that it may be understood as: 1) a practical social activity aimed at accomplishing the envisaged goals (also known as a practical dimension of crime policy), and 2) a scientific discipline which explores, analyses and proposes measures of social reaction towards criminal behavior. In practice, criminal policy encompasses a system of purposeful, consciously planned and coordinated social activities aimed at preventing crime and protecting the society at large. When perceived in this way, criminal policy is the basic element of the general public policy in a specific society. Just like the criminal law of an individual state, criminal policy is based on specific principles (governing rules).

Keywords: criminal policy, crime suppression, criminal offence, prevention, repression

Dr Ljubica Nikolić*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

ORIGINALAN NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.763

Rad primljen: 21.03.2014.
Rad prihvaćen: 30.04.2014.

VREDNOVANJE OBIČNIH I POVLAŠĆENIH AKCIJA*

Apstrakt: Kupovina akcija predstavlja savremeni način investiranja. Oni koji su spremni da na ovaj način plasiraju svoj novac, suočeni su sa brojnim dilemama. Kapital namenjen kupovini akcija mogu usmeriti na domaće i inostrano tržište akcija, mogu kupovati više akcija jednog emitenta ili raspodeliti novac na kupovinu akcija različitih akcionarskih društava, isto tako, mogu formirati portfelj različitih hartija od vrednosti. Svoju odluku u vezi sa ovim mogućnostima investitori baziraju na proceni prinosa i rizika pojedinačnih berzanskih hartija. Šta određuje vrednost akcija? Koje pristupe obično koriste investitori zainteresovani za vrednovanje i selekciju akcija? To su neka od pitanja na koja ćemo pokušati da damo odgovor u ovom radu.

Ključne reči: akcije, prinosi, rizici, vrednovanje.

1. Uvod

Akcija je hartija od vrednosti koju izdaje akcionarsko društvo, koja predstavlja deo osnovnog kapitala društva. To je vlasnička hartija od vrednosti, kojom se povećava imovina akcionarskog društva. Lice koje uloži određena sredstva (novac, stvari ili prava) u akcionarsko društvo, postaje akcionar toga društva,

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

* Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije, br. projekta 179046.

dobija akcije i stiče određena prava u tom društvu, u zavisnosti od vrste akcija. U skladu sa domaćim zakonom, akcije koje izdaje akcionarsko društvo izdaju se u dematerijalizovanoj formi i glase na ime.¹ Akcija svome vlasniku obezbeđuje više prava. Osnovna imovinska prava su: pravo učešća u dobiti, odnosno pravo na dividendu; pravo učešća u imovini društva u slučaju njegovog prestanka; pravo raspolaganja akcijom; kao i pravo preče kupovine nove emisije akcija istog društva. Od neimovinskih prava pominjemo: pravo učešća u radu skupštine akcionara, pravo odlučivanja na skupštini i pravo dobijanja poslovnih informacija o radu društva.

Prema redosledu izdavanja akcije mogu biti: *osnivačke* (akcije prve emisije) i *nove akcije* (akcije sledećih emisija). Akcionarsko društvo može obezbediti povećanje kapitala emitovanjem i plasmanom novih akcija. Pored *običnih (redovnih) akcija*, koje daju pravo na učešće u upravljanju društvom i pravo na dividendu bez posebnih pogodnosti u pogledu naplate, postoje i *prioritetne (povlašćenje) akcije*, koje imaju neke karakteristike i akcija i obveznica. One se smatraju manje rizičnim hartijama u odnosu na obične akcije, jer njihovi vlasnici imaju prvenstvo u naplati dividende po unapred utvrđenoj stopi. Prioritetne akcije rizičnije su od obveznica jer njihovi vlasnici mogu da naplate dividende tek nakon što vlasnici obveznica dobiju svoju ugovorenu kamatu.

2. Vrednovanje prinosa i rizika

2.1. Stopa prinosa

Kupovinom akcija ljudi se odriču sadašnje potrošnje u nameri da ostvare veću buduću potrošnju. Oni očekuju dividende i prodaju akcija po višoj ceni. S tim u vezi, javlja se dilema kako uložiti slobodan novac i obezbediti veću potrošnju. Kada bi životni vek bio poznat, svako bi mogao raspodeliti svoje bogatstvo tako da maksimalno zadovolji sadašnju i buduću potrošnju. Utvrdili bi prinos od investicija i vremenski raspored tih prinosa, kao i budući dohodak iz neinvesticijskih izvora. Kako je budućnost neizvesna, nemoguće je precizno isplanirati potrošnju za ceo život. Neizvesnost se javlja i u vezi sa budućim prinosima od investicija i vremenskim rasporedom tih prinosa. Zato se ističe zahtev da

¹ Čl. 248. Zakona o privrednim društvima, *Sl. Glasnik RS*, 36/11 i 99/11.

očekivani prinos bude dovoljno velik da tu nesigurnost nadoknadi (Siegel, 2008: 23). Jednogodišnje držanje akcije obezbeđuje vlasniku dividendu i eventualno povećanje tržišne cene, odnosno kapitalnu dobit. Stopa prinosa za jedan period može se prikazati kao:

$$r = \frac{\text{Dividende} + (\text{Buduća cena} - \text{Početna cena})}{\text{Početna cena}}$$

Iznos u zagradi može biti dobit ili gubitak na kapitalu u toku perioda držanja.² Opšta formula za određivanje tržišne cene akcija može se izraziti na sledeći

način:
$$P_0 = \sum_{t=1}^2 \frac{Dt}{(1+r)^t} + \frac{P_2}{(1+r)^2}$$

Gde je: P_0 tržišna cena akcije u vremenu 0 , Dt očekivana dividenda na kraju perioda t , Σ oznaka za sumu diskontovanih dividendi na kraju perioda 1 i 2 i P_2 očekivana buduća vrednost na kraju drugog perioda.

U praksi se može desiti kupovina akcija u koje se ima veliko poverenje sa namerom da se drže večno, generacijama. U tom slučaju, očekivani prinos bi se sastojao od novčanih dividendi i, verovatno, likvidacijske dividende. Očekivanu stopu prinosa u tom slučaju određujemo uz pomoć sledećeg obrasca:

$$P_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{Dt}{(1+r)^t}$$

U ovom slučaju, uzimamo u obzir sve moguće isplate budućih dividendi.³

² Pretpostavimo da je akcija kupljena za 50 dinara. Očekuje se isplata dividende na kraju godine u isnosu od 4 dinara i da će cena akcije nakon isplate dividende biti 60 dinara. U ovom slučaju, očekivana stopa prinosa bila bi:

$$r = \frac{4din + (60din - 50din)}{50din} = 0,28 \text{ ili } 28\%$$

³ Radi lakšeg razumevanja, radićemo sa prinosima koji se ostvaruju u kraćim vremen-skim periodima.

2.2. Dividende kao osnova vrednovanja

Vlasnici akcija, pored dividendi, očekuju da će, u slučaju potrebe, prodati akciju po višoj ceni od one koju su za nju platili. Naravno, pod pretpostavkom da u to vreme postoje investitori koji su spremni da kupe tu akciju. Kupci, sa svoje strane, procenjuju očekivane buduće dividende i buduću cenu po kojoj bi eventualno prodali akciju budućim potencijalnim investitorima. Ukupni novčani prinos akcionara čini suma koju im plaća akcionarsko društvo u vidu redovnih dividendi, likvidacijskih dividendi ili otkupa akcije. Dividende su, dakle, osnova za vrednovanje akcija. One se grubo shvataju kao bilo koja novčana isplata akcionarima.

Postavlja se, međutim, pitanje kako akcije pojedinih akcionarskih društava, koja uopšte ne isplaćuju dividende, imaju prilično visoke vrednosti? To je zbog toga što investitori očekuju da će u budućnosti prodati akciju po višoj ceni od one koju su za nju platili. Prihod od dividende oni kompenzuju budućom cenom akcije. Akcionarsko društvo se odlučuje da ne isplaćuje dividende, već ih reinvestira u slučaju kada očekuje buduće povećanje profita. Kako su novčane dividende osnovni prinos vlasnika akcija, one se uzimaju kao osnova za procenu vrednosti akcija. Zato je stopa prinosa na akciju diskontna stopa koja izjednačava sadašnju vrednost niza budućih očekivanih dividendi sa sadašnjom cenom akcije. Za izračunavanje stope prinosa na akcije koriste se različiti modeli diskontovanja dividendi.

2.3. Prinosi na akcije

Prinosi na obične akcije mogu se podeliti na: dividende i kapitalnu dobit ili gubitak. Mnogi investitori obične akcije smatraju sredstvom za ostvarivanje velike dobiti, mada priličan broj njih na kraju ostvari kapitalni gubitak. Upravo ovaj deo ukupnog prinosa na akcije je ono što privlači investitore. Ipak, dividende predstavljaju značajan deo ukupnog prinosa na akcije. Neke akcije, kao što su akcije javnih službi, kupuju se, pre svega, zbog njihovog prihoda od dividendi. *Trenutni prihod* na akciju je aktuelna godišnja dividenda podeljena sa trenutnom tržišnom cenom. *Procenjeni prihod* na akciju je procenjena dividenda, koja će biti ostvarena u nekom periodu, podeljena sa trenutnom tržišnom cenom.

Pojam ukupni prinos (TR) obuhvata obe komponente prinosa na akciju i on predstavlja sve ono što vlasnik akcije dobija ili će dobiti. Obrazac za izračunavanje ukupnog prinosa na običnu ili povlašćenu akciju izgleda ovako:

$$TR_{CS} = \frac{Dt + PC}{P_B}$$

Gde je: TR - ukupan prinos na akciju, Dt - dividenda dobijena u vremenu t , PC - promena u ceni tokom posmatranog perioda, P_B - početna ili kupovna cena.

Ukupan prinos je pogodna mera za prinos na akcije. Lako se koristi kao mera prinosa koji je ostvaren, recimo, u prošloj godini, od jedne akcije, portfelja ili na ukupnom tržištu. Takođe je koristan pri proceni budućih prinosa na hartije od vrednosti. U tu svrhu, investitor mora da proceni buduću cenu akcije kako bi izračunao vrednost PC , što nije nimalo jednostavno. Takva jedna procena zahteva upotrebu distribucija verovatnoće i očekivanih vrednosti.

2.4. Rizik na akcije

Akcije su rizične hartije od vrednosti. Stalno prisutna nesigurnost u predviđanju budućih kretanja u privredi i na berzi akcija, povlači rizik od ulaganja kapitala. Stopa prinosa na akcije je neizvesna jer su i budućí profiti akcionarskog društva neizvesni. Pored toga, tržišta se nalaze pod uticajem različitih vanekonomskih faktora, što stvara još veći stepen nesigurnosti pri investiranju kapitala. Jednostavno rečeno, investiranje u akcije povezano je sa brojim rizicima.

Tržišni rizik deo je ukupnog rizika na hartije od vrednosti koji zavisi od fluktuacija na ukupnom tržištu. To znači da se deo kretanja cene neke pojedinačne hartije ili portfelja može pripisati promenama na tržištu. Stepén uticaja varira u odnosu na različite berzanske hartije. Taj uticaj je veći za neke hartije od vrednosti u odnosu na druge. Tržišni rizik je najvažniji rizik koji utiče na kretanje cena akcija. Na tržištu često dolazi do naglih kretanja, bilo u vidu uspona ili padova, što se nužno odražava i na cene akcija. Cene većine akcija imaju tendenciju da se zajedno kreću. Ukoliko se pojavi drastičan pad na tržištu, većina akcija biće pod negativnim uticajem te promene, ako se javi snažan rast, to će na većinu akcija imati pozitivan uticaj.

Poslovni rizik odnosi se na verovatnoću da će neka kompanija imati gubitak ili profit manji od očekivanog, u određenom periodu, zbog nepovoljnih okolnosti u određenoj oblasti. Ovaj rizik može se javiti usled nekih spoljnih faktora kao što su: trgovinska ograničenja; opšta svetska recesija; sukob sa stranom zemljom, koja čini veliki deo tržišta za proizvode date kompanije. Isto tako, poslovni rizik proističe iz slabe efikasnosti, lošeg planiranja, nelegalne aktivnosti zaposlenih i slično.

Finansijski rizik odnosi se na korišćenje zajmova za finansiranje aktivnosti preduzeća. Ovakvo finansiranje utiče na zarade po akciji, uvećavajući moguću dobit ali i gubitak. Zbog rizika od neizmirenja obaveza, koji je povezan sa korišćenjem zajmova, povećava se varijabilnost prinosa tog preduzeća.

Industrijski rizik se odnosi na mogućnost da će sva preduzeća u nekoj industrijskoj grani biti pod negativnim uticajem nekog opšteg faktora, koji ne utiče na preduzeća van te grane ili utiče u mnogo manjoj meri.

U suštini, rizik na akcije možemo podeliti u dve grupe: 1) jednu opštu komponentu, koja predstavlja onaj deo varijabilnosti u ukupnom prinosu na akciju koji je direktno povezan sa opštim kretanjima na tržištu i 2) specifičnu komponentu, koja je vezana za konkretnog emitenta akcije. Ove dve komponente se u inversticionoj analizi nazivaju sistematski i nesistematski rizik (Jones, 1994: 118).

Nesistematski (netržišni) rizik je rizik koji je jedinstven za svaku hartiju od vrednosti. On je u vezi sa poslovnim i finansijskim rizikom emitentata akcija. Odogovarajućom konstrukcijom portfelja, investitor može eliminisati netržišni deo ukupnog rizika. Koliko je hartija od vrednosti potrebno da bi se eliminisao veći deo ili ukupan nesistematski rizik? U jednoj poznatoj studiji Evans i Arčer su otkrili da je ukupni rizik portfelja od 15 hartija približno isti sa rizikom tržišnog portfelja (Evans, Archer, 1968: 761-767). Korisnost od dodatne diverzifikacije naglo opada posle 15 ili 16 hartija od vrednosti.

Sistematski (tržišni) rizik odnosi se na varijabilnost u prinosima na neku berzansku hartiju, koja se direktno vezuje za ukupna kretanja na tržištu ili u privredi jedne zemlje. On utiče na sve hartije jer obuhvata tržišni rizik, rizik kamatnih stopa i rizik inflacije. Ovaj rizik se ne može izbeći. Ako tržište akcija naglo opada, većina akcija će gubiti na vrednosti, ali ako tržište doživi snažan

rast, većina akcija će dobiti na vrednosti. Ovakva kretanja se javljaju nezavisno od toga šta pojedini investitor čini. Kao mera sistematskog rizika koristi se beta koeficijent.

Beta koeficijent je mera relativnog sistematskog rizik, on meri nestabilnost akcije dovodeći u vezu kretanja cene akcije sa kretanjima na tržištu kao celini. Ukupno tržište ima betu 1,0 a investitor može da klasifikuje određenu akciju, u odnosu na tržište, kao agresivnu ($\beta > 1,0$) ili defanzivnu ($\beta < 1,0$). Beta vrednost se obično procenjuje na osnovu podataka iz prošlosti, kao promena vrednosti ukupnog prinosa za pojedinačnu hartiju od vrednosti u odnosu na ukupan prinos za neki tržišni indeks. Procena beta vrednosti je podložna greškama. Većina izračunatih beta vrednosti su ex post vrednosti. Ono što je potrebno za investiciono odlučivanje su ex ante beta vrednosti, koje mere očekivanu promenljivost. Uobičajena je praksa mnogih investitora da jednostavno izračunaju ovaj koeficijent za neku hartiju i pretpostave da će u budućnosti ostati konstantan. Takva pretpostavka je rizična. Jedan od načina za procenu beta koeficijenta je korišćenje beta vrednosti iz prošlosti, ali uz subjektivno prilagođavanje za očekivane promene. Beta vrednosti za portfelj često su stabilne tokom vremena, ali su za pojedinačne hartije vrlo nestabilne. Zato je korisno posedovanje portfelja berzanskih hartija, umesto samo jedne ili nekoliko hartija od vrednosti (Nikolić, 2008: 218).

3. Vrednovanje akcija

Dva osnovna pristupa za vrednovanje običnih akcija jesu: pristup sadašnje vrednosti (metod kapitalizacije dohotka) i pristup P/E koeficijenta (umnožavanje zarada). Analiza sadašnje vrednosti za akcije znači da se budući prilivi novca, koji će biti ostvareni na akcije, diskontuju unazad do sadašnjosti po odgovarajućoj diskontnoj stopi (stopa prinosa koju traži investitor). Pored ovog, u analizi akcija često se koristi pristup P/E koeficijenta, po kome vrednost akcija zavisi od umnožavanja njenih budućih zarada. U stvari, investitori određuju vrednost ili cenu akcije odlukom koliko dinara su spremni da daju za svaki dinar procenjenih zarada.

3.1. Pristup sadašnje vrednosti

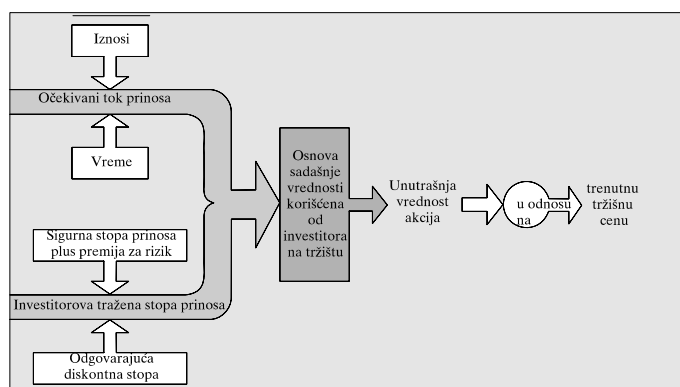
Klasični metod izračunavanja unutrašnje vrednosti akcije podrazumeva korišćenje pristupa sadašnje vrednosti, odnosno metod kapitalizacije dohotka. Vrednost bilo koje hartije od vrednosti može se proceniti određivanjem sadašnje vrednosti, koja podrazumeva kapitalizaciju (diskontovanje) dohotka. To znači da je trenutna vrednost neke hartije jednaka diskontnoj (sadašnjoj) vrednosti budućih priliva novca koje investitor očekuje od efekta. Prikazano obrascem to izgleda ovako:

$$\text{Vrednost hartije od vrednosti} = \sum_{t=1}^n \frac{\text{prilivi novca}}{(1+k)^t}$$

gde je k odgovarajuća diskontna stopa ili tražena stopa prinosa.

Da bi koristio ovakav model, investitor mora da: 1) proceni diskontnu stopu ili odgovarajuću traženu stopu prinosa, 2) proceni iznos i vreme budućih priliva novca i 3) upotrebi ove dve komponente u modelu sadašnje vrednosti za procenu vrednosti efekta, koja se zatim upoređuje sa trenutnom tržišnom cenom te hartije. Na narednoj, slici 1, prikazan je postupak određivanja sadašnje vrednosti koji se koristi u fundamentalnoj analizi, sa isticanjem faktora koji utiču na vrednost akcija (Jones, 1994: 271).

Slika 1 Vrednovanje akcija pristupom sadašnje vrednosti



Tražena stopa prinosa na akcije. Investitor koji razmatra kupovinu akcija mora oceniti rizik koji one nose, i za taj dati rizik, minimalnu očekivanu stopu

prinosa koju investitor zahteva, kako bi bio podstaknut da ih kupi. Ovaj minimalni očekivani prinos ili tražena stopa prinosa jeste oportunitetni trošak. Tražena stopa prinosa, stopa kapitalizacije i diskontna stopa jesu termini međusobno zamenljivi u analizi vrednosti. U praksi se javlja problem preciznog određivanja ove veličine. Zbog složenosti problema, pretpostavićemo da nam je stopa kapitalizacije poznata, o njoj ćemo nešto kasnije, i koncentrisaćemo se na druge faktore u vezi sa vrednovanjem.

Očekivani priliv novca od akcija je druga komponenta koja ulazi u okvir sadašnje vrednosti. Vrednost akcija je sadašnja vrednost svih novčanih priliva koji će pristići vlasniku od emitenta. Priliv novca od akcija čine dividende, jer je to jedina isplata novca koju akcionarsko društvo vrši akcionarima. Po pravilu, preduzeća ne isplaćuju celokupnu svoju zaradu akcionarima. Akcionarsko društvo može doneti odluku da sve zarade budu isplaćene kao dividende ili da zadrži zarade, reinvestira ih, i time poveća buduće zarade i dividende. Akcionari mogu da planiraju prodaju svojih akcija, što će im omogućiti priliv novca od prodaje. Kao što ćemo videti nešto kasnije, iako investitori u akcije prilive novca smatraju kombinacijom dividendi i buduće cene po kojoj se akcija može prodati, prilivi novca jednaki su svim dividendama koje će se dobiti od akcije. Zarade se, takođe, mogu koristiti kao očekivani prilivi novca. Dividende se isplaćuju iz zarada, iz čega proističe njihov značaj pri vrednovanju akcija. Drugi pristup u investicionoj analizi koristi upravo zarade i P/E odnos za određivanje vrednosti akcija.

3.1.1. Model diskontovanja dividendi

U ovom modelu, dividende, kao jedino novčano primanje koje akcionar direktno dobija od društva, uzimaju se kao osnova vrednovanja akcija (Jones, 2013: 264). U prethodnom obrascu, element priliva novca zamenićemo dividendama koje se očekuju u svakom od budućih perioda. Investitor koji koristi ovaj pristup vrednovanja, pažljivo treba da prouči buduće izglede preduzeća i proceni moguće dividende. Pored toga, on ocenjuje odgovarajuću traženu stopu prinosa na osnovu predviđenog rizika za dividende i moguće alternative investiranja. Na kraju, on do sadašnjeg trenutka diskontuje celokupni niz procenjenih budućih dividendi. Model diskontovanja dividendi (*DDM*) može se prikazati uz pomoć sledećeg obrasca:

$$P_{CS} = \frac{D_1}{(1+k_{CS})} + \frac{D_2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_3}{(1+k_{CS})^3} + \dots + \frac{D_{\infty}}{(1+k_{CS})^{\infty}}$$
$$= \sum_{t=1}^{\infty} \frac{D_t}{(1+k)^t}$$

Gde je: P_{CS} - sadašnja vrednost akcije na osnovu procena budućih dividendi i diskontne stope; D_1, D_2, \dots - dividende koje se očekuju za svaki od budućih perioda; K_{CS} - diskontna stopa primenljiva na investiciju sa ovim stepenom rizika.

U vezi sa prethodnim obrascem, nameću se dva problema: 1) investitori moraju da vrednuju dividende koje mogu da dobijaju u nedogled, s obzirom na to da obične akcije nemaju rok dospeća; 2) ne postoji tačno utvrđen broj dividendi, pod uslovom da se one uopšte i isplaćuju. Isto tako, obično se očekuje rast dividendi, što otežava pojednostavljenje obrasca.

Prvi problem, u vezi sa neograničenim brojem perioda i dividendi, može se rešiti kada rešimo drugi problem i odredimo očekivano nizanje dividendi. U praksi, ovaj problem nije toliko komplikovan, kako se čini na prvi pogled. Za visoke diskontne stope, kao što su 12%, 14% ili 16%, dividende dobijene za 50 ili 60 godina u budućnosti vrlo malo vrede danas. Na primer, sadašnja vrednost 1 dinara koji će biti primljen za 50 godina je 0,0009 dinara, ako je diskontna stopa 15%.

Rešenje drugog problema zahteva iznošenje nekih pretpostavki u vezi sa očekivanom stopom rasta dividendi tokom vremena. Investitor procenjuje ili postavlja model budućeg nizanja dividendi ili procenjene cene za neko buduće vreme ili i jedno i drugo. Da bi to učinio, on mora da klasifikuje svaku akciju koja se vrednuje u jednu od 3 kategorije, na osnovu očekivane stope rasta dividendi. Dakle, model diskontovanja dividendi bazira se na procenjenim očekivanim dividendama, koje se određuju na osnovu njihovih očekivanih stopa rasta. Stopa rasta dividendi može se predstaviti pomoću 3 alternativne verzije. Pri tom, dividendu koja se trenutno dobija na neku akciju i koja je poznata, označili smo sa D_0 . Investitori moraju da procene buduće dividende, počev od D_1 koja se očekuje za sledeći period. Modeli stope rasta dividendi su:

1. Fiksna novčana dividenda jednaka je trenutnoj dividendi D_0 i ona će biti isplaćivana svake godine od sada do beskonačnosti. Ovo se obično naziva modelom stope nultog rasta:

$$\underline{D_0 \quad D_0 \quad D_0 \quad D_0 \quad + \dots + D_0 \quad \dots}$$
 niz dividendi

0 1 2 3 + ... + ∞ vremenski period

2. Dividenda koja raste po konstantnoj stopi g , počevši od D_0 . Ovo se obično naziva verzijom normalnog ili konstantnog rasta modela diskontovanja dividendi:

$$\underline{D_0 \quad D_0(1+g)^1 \quad D_0(1+g)^2 \quad D_0(1+g)^3 + \dots + D_0(1+g)^\infty}$$
 niz dividendi

0 1 2 3 + ... + ∞ vremenski period

3. Dividenda koja raste po varirajućim stopama, na primer g_1 za prve 4 godine i g_2 na dalje. Ovo se može nazvati verzijom višestrukog rasta:

$$\underline{D_0 \quad D_1 = D_0(1+g_1) \quad D_2 = D_1(1+g_1) \quad D_3 = D_2(1+g_1) \quad D_4 = D_3(1+g_1) \quad D_5 = D_4(1+g_2) \quad + \dots +}$$

0 1 2 3 4 5 + ... +

$$\underline{D_\infty = D_{\infty-1}(1+g_2)}$$
 niz dividendi

∞ vremenski period

Model nultog rasta odnosi se na fiksne novčane dividende kod većitih akcija bez roka dospeća. Model bez rasta dividendi možemo prikazati obrascem:

$$P_0 = \frac{D_0}{k_{CS}}$$

gde je: D_0 konstantna novčana dividenda koja se očekuje za sve buduće periode a K_{CS} oportunitetni trošak ili tražena stopa prinosa za konkretnu akciju.

Na isti način, vrši se vrednovanje povlašćenih akcija, kod kojih dividenda ostaje nepromenjena tokom vremena. Obična akcija bez rasta dividendi smatra se većitom i lako se vrednuje kada se odredi vrednost K_{CS} .

Model konstantnog rasta odnosi se na uvećanje početne dividende tokom vremena (Blake, 2000:198). Očigledno je da, što je veća stopa rasta ili je duži

vremenski period, to je veći budući iznos. Model konstantnog ili normalnog rasta u vezi je sa očekivanjem da dividende rastu vremenom po nekoj konstantnoj stopi. Ovaj model može se prikazati obrascem:

$$P_0 = \frac{D_0(1+g)}{(1+k_{CS})} + \frac{D_0(1+g)^2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_0(1+g)^3}{(1+k_{CS})^3} + \dots + \frac{D_0(1+g)^\infty}{(1+k_{CS})^\infty}$$

gde je: D_0 trenutna dividenda koja se isplaćuje i koja raste po konstantnoj stopi g a K_{CS} je adekvatna diskontna stopa.

Prethodni obrazac može se pojednostaviti na sledeći način:

$$P_0 = \frac{D_1}{k-g}$$

gde je D_1 dividenda koja se očekuje na kraju prve godine.

Ova formula upotrebljava se kad god se proceni da će stopa rasta budućih dividendi biti konstantna. U praksi se vrlo često koristi zbog svoje jednostavnosti i zato što predstavlja najbolji opis stvarnog ponašanja velikog broja akcionarskih društava i, u mnogim slučajevima, tržišta kao celine.⁴

D_1 je dividenda u sledećem periodu. Ako je D_0 poznata, D_1 se može uvek odrediti kao $D_1=D_0(1+g)$, gdje je g očekivana stopa rasta dividendi. D_2 se, takođe, može odrediti kao $D_2=D_0(1+g)^2$ ili $D_2=D_1(1+g)$. Kako je u normalnim uslovima tražena stopa prinosa k veća od stope rasta dividendi g , sadašnja vrednost svake buduće dividende opada.

Procenjena cena akcije je zbir sadašnjih vrednosti budućih dividendi, što se može izračunati upotrebom prethodnog obrasca. Iako taj obrazac nema obeležje beskonačnosti, on se odnosi na sve dividende od početnog perioda do

⁴ Pretpostavimo da preduzeće A trenutno plaća 1 dinar dividende po akciji a investitori očekuju rast dividendi po stopi od 7% godišnje za neki budući period. Za investiranje na postojećem nivou rizika, investitori traže prinos od 15% godišnje. Procenjena cena akcije ovog preduzeća je:

$$P_0 = \frac{D_1}{k-g} = \frac{1din(1,07)}{0,15-0,07} = 13,38din$$

beskonačnosti. Ovaj model, takođe, implicira da se za cenu akcije procenjuje rast po istoj stopi kao i za dividende, a to je vrednost g . To znači da će stopa rasta cene, plus stopa rasta dividendi, biti jednaka traženoj stopi prinosa k .⁵ Korišćeni obrazac pokazuje faktore koji utiču na cenu akcija, pod pretpostavkom da se model konstantnog rasta može primeniti kao pristup vrednovanja. Ako tržište snizi traženu stopu prinosa na akcije, cena će porasti, ako su ostale veličine nepromenjene. Ukoliko investitori smatraju da će očekivani rast dividendi biti viši, kao rezultat nekog povoljnog dešavanja po društvo, cena će takođe rasti. Naravno, moguće su i suprotne situacije, porast diskontnih stopa ili smanjenje očekivane stope rasta dividendi dovešće do pada cena.

Sadašnja vrednost izračunata uz pomoć prethodnog obrasca vrlo je osetljiva na procene koje investitor koristi. Relativno male varijacije kod ulaznih veličina mogu promeniti procenjenu cenu za velike procentualne iznose.⁶ Ove razlike

⁵ Potvrdićemo ovu konstataciju na primeru. Pogledajmo ponovo naš primer za preduzeće A. Procenjena cena akcije ovog preduzeća danas iznosi 13,38 din, a na kraju prvog perioda biće:

$$P_1 = \frac{(1,07)(1,07)din}{0,15 - 0,07} = 14,31din$$

Ova procenjena cena na kraju prvog perioda je za 7% viša od današnje procenjene cene ili:

$$\text{Promena cene} = \frac{\text{krajnja cena} - \text{pocetna cena}}{\text{pocetna cena}} = \frac{14,31din - 13,38din}{13,38din} = 7\%$$

⁶ Pogledajmo to na primeru. Za preduzeće A iz prethodnog primera uzimamo sledeće podatke:

1. Diskontna stopa k je sada 16% umesto ranijih 15%, dok su ostale veličine nepromenjene.

$$P = \frac{1din(1,07)}{0,16 - 0,07} = 11,89din$$

U ovom primeru, rast k za 1% dovodi do sniženja cene za 11,14%, sa 13,38 din na 11,89 din.

2. Pretpostavimo da je stopa rasta g 6% umesto 7%, uz ostale nepromenjene veličine.

$$P = \frac{1din(1,06)}{0,15 - 0,06} = 11,77din$$

objašnjavaju stalno variranje cena akcija na tržištu. Čak i da svi investitori koriste model konstantnog rasta dividendi, za vrednovanje pojedinačne akcije, procene će biti različite iz sledećih razloga: 1) Svaki investitor ima sopstvene tražene stope prinosa, što za rezultat ima relativno širok opseg vrednosti k . 2) Svaki investitor ima svoju procenu očekivane stope rasta dividendi. Mada je ovaj opseg relativno uzan, i male razlike u proceni g mogu dovesti do značajnih razlika u ceni. Da zaključimo, u određenom trenutku, neki investitori spremni su da kupuju, drugi žele da prodaju akcije, u zavisnosti od njihovih procena izgleda koje ima neka akcija.

Model višestrukog rasta. Mnoga akcionarska društva rastu brzo po visokim stopama tokom niza godina, a zatim se taj rast usporava do neke "prosečne" stope. Druga društva ne isplaćuju dividende određeni broj godina, obično tokom perioda ranog razvoja. Model konstantnog rasta nije u stanju da predstavi ovakve situacije. U tu svrhu, može se koristiti model višestrukog rasta. Višestruki rast se definiše kao situacija u kojoj se očekivani budući rast dividendi može prikazati korišćenjem dve ili više stopa rasta. Mada je moguć različit broj stopa rasta, većina akcija može se prikazati pomoću dve ili tri stope (Blake, 2000: 201).

Dobro poznat model višestrukog rasta jeste **model sa dva perioda**. Ovaj model pretpostavlja rast po ubrzanoj stopi izvesno vreme (obično dve do 10 godina), nakon čega sledi stabilna dugoročna stopa rasta koja se održava (stopa konstantnog rasta). Izraženo u obliku obrasca to izgleda ovako:

$$P_0 = \sum_{t=1}^n \frac{D_0(1+g_1)^t}{(1+k)^t} + \frac{D_n(1+g_c)}{k-g} \cdot \frac{1}{(1+k)^n}$$

U ovom slučaju, pad stope g za 1% doveo je do smanjenja cene za 12%, sa 13,38 din na 11,77 din.

3. Diskontna stopa je povećana na 16% a stopa rasta dividendi je pala na 4%.

$$P = \frac{1 \text{ din}(1,04)}{0,16 - 0,04} = 8,67 \text{ din}$$

U ovom primeru, cena je pala sa 13,38 din na 8,67 din, promena od čak 35%.

gde je: P_o - sadašnja vrednost akcije, D_o - trenutna dividenda, g_1 - supernormalna (ili subnormalna) stopa rasta dividendi, g_c - stopa konstantnog rasta dividendi, k - tražena stopa prinosa, n - broj perioda super-normalnog (ili subnormalnog) rasta i D_n - dividenda na kraju perioda abnormalnog rasta.

Prvi izraz na desnoj strani obrasca definiše nizanje dividendi za n perioda, koje rastu po visokoj (ili niskoj) stopi g_1 , diskontovane po traženoj stopi prinosa k . Ovaj izraz predstavlja period supernormalnog (nadnormalnog) ili subnormalnog (ispod normalnog) rasta, za vreme koga se očekuje da dividende rastu po nepromenjenoj stopi. Drugi izraz na desnoj strani je verzija konstantnog rasta, koji se odnosi na očekivne dividende u narednom periodu $n+1$, podeljene razlikom između k i g . Dividenda u periodu $n+1$ jednaka je dividendi za period n uvećanoj za novu stopu rasta g_c . Vrednost akcije na početku perioda $n+1$ mora se diskontovati do vremenskog perioda nula, množenjem sa odgovarajućim diskontnim faktorom. Drugi izraz sa desne strane obrasca predstavlja P_n ili očekivanu cenu akcije izvedenu modelom konstantnog rasta na kraju perioda n . Očekivanu cenu akcije na kraju perioda n , odnosno na početku perioda $n+1$, možemo odrediti pomoću sledeće formule:

$$P_n = \frac{D_n + 1}{k - g_c}$$

Ovako određena očekivana cena akcije P_n mora se diskontovati do sadašnjosti. Kada ovoj vrednosti dodamo vrednost diskontovanih dividendi iz prvog izraza, dobijamo sadašnju vrednost akcije P_o .⁷

⁷ Pogledajmo na primeru, vrednovanje kompanije *A* primenom stope višestrukog rasta. U našem primeru, trenutna dividenda je 1 din i očekuje se da raste po višoj stopi g_1 od 12% godišnje, tokom 5 godina. Na kraju tog perioda očekuje se nova stopa rasta g_c u iznosu od 6% godišnje, koja će ostati konstantna. Tražena stopa prinosa je 10%.

Prvi korak u procesu vrednovanja čini određivanje novčane dividende za svaku godinu iznad normalnog rasta. To se ostvaruje uvećavanjem početne dividende od 1 din po stopi od 12%, za svaku od 5 godina, na sledeći način:

$$\begin{aligned} D_o &= 1 \text{ din} \\ D_1 &= 1 (1,12) = 1,12 \text{ din} \\ D_2 &= 1 (1,12)^2 = 1,25 \text{ din} \\ D_3 &= 1 (1,12)^3 = 1,40 \text{ din} \\ D_4 &= 1 (1,12)^4 = 1,57 \text{ din} \end{aligned}$$

3.1.2. Dividende i kapitalna dobit

Korišćenje modela diskontovanja dividendi stvara kod investitora izvesnu zabrinutost, jer on sadrži samo beskonačne nizove dividendi. Mnogi investitori žele da računaju i na kapitalnu dobit. Dividende mogu obezbediti solidne prihode, ali kupovina po niskoj ceni i prodaja po visokoj pruža mogućnost za dobrom zaradom. Kako se cena može uključiti u proces vrednovanja akcija i da li to treba činiti?

Očekivana cena u budućnosti ugrađena je u model diskontovanja dividendi, mada na prvi pogled nije vidljiva. Da bismo to uvideli, postavimo pitanje: Po kojoj ceni možete da očekujete prodaju akcije, koju ste kupili, a planirate da je zadržite tri godine? Cena koju ćete dobiti za 3 godine od danas odražava očekivanja kupca u vezi sa dividendama od tog trenutka nadalje. Procenjena cena akcije danas iznosi:

$$D_5 = 1 (1,12)^5 = 1,76 \text{ din}$$

Ovako određen niz dividendi tokom perioda iznad normalnog rasta, moramo diskontovati do sadašnjosti, pomoću tražene stope prinosa od 10%. Dakle:

$$1,12 / (1,10) = 1,02 \text{ din}$$

$$1,25 / (1,10)^2 = 1,03 \text{ din}$$

$$1,40 / (1,10)^3 = 1,05 \text{ din}$$

$$1,57 / (1,10)^4 = 1,07 \text{ din}$$

$$1,76 / (1,10)^5 = \underline{1,09 \text{ din}}$$

$$5,26 \text{ din}$$

Sabiranjem diskontovanih dividendi dobijamo sadašnju vrednost akcije za prvih 5 godina, što iznosi 5,26 din. Za procenu vrednosti od šeste godine nadalje koristi se model konstantnog rasta:

$$P_n = \frac{D_n + 1}{(k - g_c)} = \frac{D_6}{(k - g_c)} = \frac{D_5(1,06)}{(k - g_c)} = \frac{1,76(1,06)}{0,10 - 0,06} = 46,64 \text{ din}$$

Ovu očekivanu cenu akcije na početku šeste godine u iznosu od 46,64 din, moramo diskontovati do sadašnjosti, koristeći faktor sadašnje vrednosti za 5 godina i stopu prinosa od 10%:

$$P_n \text{ diskontovano do danas} = 46,64 \text{ din} / (1 + 0,10)^5 = 28,97 \text{ din}$$

Poslednji korak je sabiranje dve sadašnje vrednosti:

$$5,26 \text{ din} = \text{sadašnja vrednost dividendi prvih 5 godina}$$

28,97 din = sadašnja vrednost cene na kraju pete godine, koja predstavlja diskontovanu vrednost dividendi od šeste godine do ∞ .

34,23 din = P_0 , sadašnja vrednost akcije sa višestrukom stopom rasta.

$$P_0 = \frac{D_1}{(1+k_{CS})} + \frac{D_2}{(1+k_{CS})^2} + \frac{D_3}{(1+k_{CS})^3} + \frac{P_3}{(1+k_{CS})^3}$$

P_3 je procenjena cena akcije na kraju treće godine i ona je jednaka diskontovanoj vrednosti svih budućih dividendi od četvrte godine do beskonačnosti, odnosno:

$$P_3 = \frac{D_4}{(1+k_{CS})} + \frac{D_5}{(1+k_{CS})^2} + \dots + \frac{D_\infty}{(1+k_{CS})^\infty}$$

Povezivanjem poslednje dve jednačine, dobijamo ponovo obrazac za osnovni model diskontovanja dividendi. Dakle, rezultat je isti bilo da investitor diskontuje samo niz dividendi ili kombinaciju dividendi i cene. S obzirom na to da je cena akcije, u bilo kom trenutku u budućnosti, funkcija dividendi koje će biti dobijene nakon tog vremena, cena akcije se na najbolji način može sagledati kao diskontovana vrednost svih budućih dividendi.

3.1.3. Unutrašnja vrednost akcije

Unutrašnja vrednost akcije u stvari je njena sadašnja vrednost, koja se dobija pomoću modela diskontovanja dividendi. Uobičajeno je da investitori i analitičari određuju odnos između unutrašnje vrednosti (IV) neke berzanske hartije i njene trenutne tržišne cene (CMP). Tačnije:

Ako je $IV > CMP$, hartija je potcenjena i trebalo bi je kupiti ili je zadržati ako je već u vlasništvu.

Ako je $IV < CMP$, hartija je precenjena i trebalo bi je izbegavati, odnosno prodati.

Ako je $IV = CMP$, to znači da je hartija uravnotežena i dobro vrednovana.

Unutrašnja vrednost neke berzanske hartije je ona vrednost koja postoji kada je hartija od vrednosti korektno vrednovana, to je njena "prava" vrednost zasnovana na kapitalizaciji dohotka. Problem sa unutrašnjom vrednošću je u tome što je ona izvedena iz sadašnje vrednosti, koja se oslanja na procenu nesigurne buduće dobiti i upotrebu varirajućih diskontnih stopa od različitih investitora. Zbog toga, jedna ista hartija može imati mnogo unutrašnjih vrednosti, u zavisnosti od toga ko i koliko njih sprovodi vrednovanje. Upravo

zato su neku hartiju od vrednosti, na određeni dan, neki investitori spremni da kupe, a neki da prodaju (Millard, 1993: 31). I pored ovih razlika, modeli vrednovanja nisu beskorisni. Pojedinačni investitori ne mogu da donose odluke bez adekvatnih procena vrednosti efekata. Da li će cena neke akcije na berzi za nekog biti atraktivna, zavisice od njegove tražene stope prinosa, procene budućeg nizanja prinosa od te akcije i nekih drugih faktora. Hartije od vrednosti treba birati na osnovu koncepta portfelja, odnosno, kako se one međusobno slažu kao celina.⁸

Na kraju, ne smemo izgubiti iz vida da investicione odluke uvek podrazumevaju i sposobnost da se stvari vide unapred. Procene se izvode na osnovu dostupnih informacija ali u uslovima neizvesnosti. Čak se i najbolje procene ne moraju ostvariti. Nesigurnost će uvek biti dominantna karakteristika uslova u kojima se donose investicione odluke.

3.2. Pristup P/E koeficijenta

Alternativni metod vrednovanja akcija, koji često koriste analitičari, jeste pristup P/E koeficijenta (odnos cena i zarada) ili pristup *umnožavanja zarada*. U stvari, analitičari češće koriste ovaj metod od metoda diskontovanja dividendi (DDM). Na prvi pogled, model P/E koeficijenta lakši je za upotrebu, međutim, ta jednostavnost može dovesti do toga da investitori zanemare procenu neizvesne budućnosti. Model P/E nije čvrsto zasnovan na ekonomskoj teoriji kao DDM.

Izveštaji o P/E koeficijentu objavljuju se svakodnevno u izvorima, kao što je "The Wall Street Journal" (Mishkin, Eakins, 2005: 260). On predstavlja

⁸ Primer: Ako je cena akcije firme Y trenutno 55 din po akciji, da li je to dobra prilika za kupovinu? Odgovor je: Može ali i ne mora biti. Recimo, Vi tražite 18% prinosa da biste tu investiciju ostvarili, to je Vaš oportunitetni trošak. Pret-postavimo, takođe, da je trenutna dividenda 6,25 din i da se očekuje rast po stopi od 6% godišnje. Na osnovu ovih veličina, korišćenjem modela diskontovanja dividendi, unutrašnja vrednost (opravdana cena) za ovu akciju procenjuje se na približno 52 din po akciji. Na osnovu principa unutrašnje vrednosti, Y firma je precenjena i ne bi trebalo kupovati njene akcije, ako je trenutna tržišna cena viša od 52 din po akciji. Cena od 52 din omogućava Vam da zaradite svoju traženu stopu prinosa od 18%. Ako platite nižu cenu, možete zaraditi više od tražene stope prinosa. Drugi investitori sa drugačijim mišljenjem o vrednosti k i g mogu biti na granici ekonomičnosti pri vrednovanju ove akcije.

vrednost izračunatu deljenjem trenutne tržišne cene akcije sa poslednjih 12 mesečnih zarada. Ovaj koeficijent pokazuje investitorima cenu koju treba platiti za svaki dinar zarade. Dakle, P/E koeficijent ne pruža osnovu za vrednovanje akcija već samo pokazuje odnos postojećih vrednosti:

$$P_o = \text{trenutna tržišna cena} = E_o \times P_o/E_o$$

E_o predstavlja zarade koje se koriste za izračunavanje ovog koeficijenta. Na primer, mogu se koristiti 12 poslednjih mesečnih zarada.

Da bismo sproveli model multiplikacije zarada i procenili vrednost akcije danas, moramo odrediti vrednost na desnoj strani prethodnog obrasca. Obično se u okviru ovog pristupa koriste procenjene zarade za sledećih 12 meseci. Time osnovni obrazac dobija izgled:

$$P_o = \text{procenjene zarade} \times \text{opravdani P/E koeficijent}$$

Na primer, akcija sa procenjenom zaradom od 3 dinara po akciji za narednih 12 meseci prodaće se za 45 dinara, ukoliko su investitori spremni da plate 15 puta očekivane zarade. Ova će se cena promeniti, kako se menjaju procene zarada ili opravdani P/E koeficijent.

P/E koeficijent može se izvesti iz modela diskontovanja dividendi, koji čini osnovu vrednovanja običnih akcija. Ovaj proces ćemo ilustrovati samo za slučaj konstantnog rasta. Krenućemo od obrasca za procenu cene akcije u modelu konstantnog rasta. Oznaku P_E upotrebićemo za predstavljanje procenjene cene.

$$P_E = \frac{D_1}{k - g}$$

Kada obe strane prethodne jednačine podelimo sa očekivanim zaradama E_1 , dobijamo:

$$P_E / E_1 = \frac{D_1 / E_1}{k - g}$$

Prethodni obrazac ukazuje na faktore koji utiču na procenjeni P/E koeficijent: 1) Koeficijent isplate dividendi, D/E; 2) Tražena stopa prinosa; 3) Očekivana stopa rasta dividendi.

Mogu postojati sledeći odnosi, ukoliko su ostali uslovi nepromenjeni:

1. Što je veći koeficijent isplate dividendi, to je veći P/E koeficijent.
2. Što je veća očekivana stopa rasta g , to je veći P/E koeficijent.
3. Što je veća tražena stopa prinosa k , to je niži P/E koeficijent.

Moramo, međutim, imati na umu izraz “ako ostali uslovi ostanu nepromenjeni”, kako se to često ne događa i prethodni odnosi se ne podrazumevaju. Sasvim je očigledno da, ako bi firma mogla da poveća svoj P/E koeficijent, a time i svoju tržišnu cenu, jednostavnim povećanjem koeficijenta isplate dividendi, ona bi to i učinila da nema drugih posledica. Jedna takva akcija bi, po svemu sudeći, smanjila buduće izgleda za rast firme, snižavajući stopu g poništava se porast u isplatama dividendi. Slično tome, pokušaj povećanja g , preduzimanjem posebno rizičnih investicionih projekata, dovelo bi do toga da investitori zahtevaju više tražene stope prinosa, povećavajući vrednost k . Time bi se poništio pozitivan efekat povećavanja vrednosti g . Promenljive veličine g i k imaju najveći uticaj na određivanje P/E koeficijenta. Njihove male promene mogu imati veliki uticaj na ovaj koeficijent.

Mnogi investitori smatraju da P/E koeficijent treba da bude viši kod firmi kod kojih se očekuje rapidni rast zarada. Međutim, nije lako odrediti porast tog koeficijenta. Samo tržište ocenjuje stepen rizika koji postoji kod očekivanog budućeg rasta zarada. Ako viša stopa rasta nosi visok nivo rizika, to se mora odraziti na P/E koeficijent. Pored toga, visoka stopa rasta može se pripisati različitim faktorima, od kojih su neki poželjniji od drugih. Na primer, rapidan rast prodaje, usled velike potražnje proizvoda neke firme, bolji je faktor rasta u odnosu na povoljnu poresku situaciju koja se može promeniti.

4. Vrednovanje povlašćenih akcija

Povlašćene akcije su hartije od vrednosti sa fiksnim dohotkom, mada spadaju u red akcija. One imaju neke karakteristike hartija od vrednosti sa fiksnim dohotkom (obveznica) ali i karakteristike običnih akcija. Povlašćene akcije nemaju rok dospeća i stalno donose naznačenu dividendu. Iako se smatraju večnim, mnoge emisije povlašćenih akcija se amortizuju, što omogućava povlačenje emisije, obično tokom dugogodišnjeg perioda. Mnoge povlašćene akcije mogu biti opozvane od emitenata, što takođe potencijalno ograničava

njihov rok važnosti. Na kraju, veliki broj povlašćenih akcija mogu se konvertovati u obične akcije.

Dividende na ovaj tip akcija fiksno su određene po emitovanju i ne menjaju se. One su izražene u godišnjim novčanim iznosima ili u procentima od nominalne vrednosti. Nosilac emisije može obustaviti isplatu povlašćenih dividendi, ako su zarade nedovoljne. Isplata povlašćenih dividendi vrši se pre isplate dividendi na obične akcije. Investitori smatraju povlašćene akcije manje rizičnim od običnih akcija, jer je dividenda određena i isplaćuje se pre onih na obične akcije. One se, međutim, smatraju rizičnijim od obveznica, jer vlasnici obveznica imaju prioritet u naplati, u slučaju likvidacije. Zato bi investitori trebalo da traže više stope prinosa na povlašćene akcije nego na obveznice istog emitenta, ali nižu stopu u odnosu na onu za obične akcije. Ovi odnosi mogu biti poremećeni postojecom poreskom politikom.

Vrednost neke večite akcije može se izračunati na sledeći način:

$$V_p = \frac{C}{(1+k_p)} + \frac{C}{(1+k_p)^2} + \dots$$
$$V_p = \frac{C}{k_p}$$

gde je: V_p - sadašnja procenjena vrednost povlašćene akcije, C - konstantni godišnji priliv novca, k_p - tražena stopa prinosa.

Za vrednovanje povlašćene akcije, kao večite akcije, umesto vrednosti C , iz prethodnog obrasca, korišćićemo povlašćenu dividendu D , a k_p ćemo zameniti odgovarajućim traženim prinosom k_{ps} , time dobijamo nešto izmenjeni obrazac:

$$V_{ps} = \frac{D}{k_{ps}}$$

Povlašćenu akciju lako je vrednovati jer su prilivi novca poznati i zauvek fiksirani. Za većitu akciju nije potrebno izračunavati sadašnju vrednost, što umnogome pojednostavljuje proces vrednovanja. Ako su nam dve vrednosti u poslednjem obrascu poznate, lako možemo odrediti treću. Na osnovu trenutne tržišne cene možemo izračunati prinos na sledeći način:

$$k_{ps} = \frac{D}{P_{ps}}$$

Sa porastom tražene stope prinosa cena povlašćene akcije opada. Pošto je brojilac fiksna vrednost, vrednost (cena) povlašćene akcije menja se sa promenom tražene stope prinosa. Ove stope prinosa, koje traže investitori, variraju protekom vremena u zavisnosti od toga kako se kamatne stope i drugi faktori menjaju.

5. Zaključak

Osnovni pristupi za vrednovanje običnih akcija jesu: Pristup sadašnje vrednosti (metod kapitalizacije dohotka) i pristup P/E koeficijenta (umnožavanje zarada). Analiza sadašnje vrednosti za akcije znači da se budući prilivi novca, koji će biti ostvareni od akcije, diskontuju unazad do sadašnjosti, po odgovarajućoj diskontnoj stopi (stopa prinosa koju traži investitor). Pored ovog, u analizi akcija često se koristi pristup P/E koeficijenta, po kome vrednost akcija zavisi od umnožavanja njenih budućih zarada. U stvari, investitori određuju vrednost ili cenu akcije odlukom koliko dinara su spremni da daju za svaki dinar procenjenih zarada.

Izračunata sadašnja vrednost bazira se na procenama koje investitor koristi. Relativno male varijacije kod ulaznih veličina, mogu promeniti procenju cenu akcije u velikom iznosu. Ove razlike objašnjavaju stalno variranje cena akcija na tržištu. Čak i da svi investitori koriste isti model rasta dividendi za vrednovanje pojedinačne akcije, procene će biti različite s obzirom na to da svaki investitor ima sopstvene tražene stope prinosa, kao i svoju procenu očekivane stope rasta dividendi. Male razlike u proceni ulaznih veličina mogu dovesti do značajnih razlika u ceni. Da zaključimo, u određenom trenutku, neki investitori su spremni da kupuju, drugi žele da prodaju akcije, u zavisnosti od njihovih procena pojedinačnih akcija. To doprinosi stalnoj aktivnosti tržišta akcija.

Alternativni metod za vrednovanje akcija, koji često koriste analitičari, jeste pristup P/E koeficijenta (odnos cena i zarada). U stvari, analitičari češće koriste ovaj metod od metoda diskontovanja dividendi (DDM). Na prvi pogled, model P/E koeficijenta lakši je za upotrebu, međutim, ta njegova jednostavnost

može dovesti do toga da investitori zanemare procenu neizvesne budućnosti. Model P/E nije čvrsto zasnovan na ekonomskoj teoriji kao DDM.

Umesto posmatranja ovih modela kao isključivih alternativa, bolje ih je koristiti kao dopunu jedan drugom. Oba pristupa su korisna i zajedno mogu omogućiti investitorima bolje izgleda za vrednovanje akcija.

Literatura

- Blake, D. (2000). *Financial Market Analysis*. Chichester, John Wiley & Sons, Ltd
- Evans, I., Archer, S. (1968). Diversification and the Reduction of Dispersion: An Empirical Analysis. *The Journal of Finance*. 23. 761-767.
- Jones, C.P. (2013). *Investments: Analysis and Management*. New York, John Wiley & Sons. Inc.
- Jones, C.P. (1994). *Investments: Analysis and Management*. New York, John Wiley & Sons. Inc.
- Millard, B.J. (1993). *Stocks and Shares*. Chichester, John Wiley & Sons Ltd.
- Mishkin, F.S., Eakins, S.G. (2005). *Financijska tržišta + institucije*. Zagreb: Mate.
- Nikolić, Lj. (2008). *Berzansko pravo i poslovanje*. Niš: Five&Co.
- Siegel, J.J. (2008). *Stocks for the Long Run*. New York, The McGraw-Hill Companies.

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

Valuation of Common and Preferred Stocks

Summary

Buying stocks is a modern way of investing. The investors may place the available capital on the domestic and foreign stock market, they may buy more stocks of a single issuer or distribute money to purchase stocks of various public (stock-exchange) companies, and they may form a portfolio of various securities. The investors' decisions on these options are based on their estimate on returns and risks underlying individual security instruments (securities). The two basic approaches to valuation of common stocks are: the Present Value Approach (method of valuating the capitalization of income) and the P/E Ratio Approach (the method of valuating the multiple of per-share earnings). Instead of viewing these methods as competing alternatives, they should better be viewed as mutually complementary methods. Both methods are equally useful and their concurrent use may provide better grounds for the analysts' valuation of stocks.

Keywords: stocks, returns, risks, valuation.

Dr Mileva Anđelković,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.225.2

Rad primljen: 25.03.2014.
Rad prihvaćen: 25.04.2014.

FISKALNI SAVETI KAO MEHANIZAM USPOSTAVLJANJA FISKALNE DISCIPLINE**

Apstrakt: Rad se bavi analizom uloge fiskalnih saveta u podsticanju fiskalne discipline u aktuelnoj ekonomskoj krizi. U prvom delu rada objašnjavaju se razlozi koji opredeljuju sve veći broj država da uvede ovakve institucije. U drugom delu rada, daje se kraći pregled organizacije i nadležnosti fiskalnih saveta. Ove institucije poseban značaj imaju za novo ekonomsko upravljanje u okviru EU. Iz ne tako dugog iskustva primene fiskalnih saveta, ipak se uočava određena dobra praksa u njihovom funkcionisanju. To je dalo povoda stručnjacima u okviru OECD da formulišu određene principe koji bi pomogli državama koje nameravaju da uvedu ili su u fazi uvođenja fiskalnih saveta. Fiskalni savet Srbije suočava se sa problemima nepoštovanja fiskalnih pravila što će se nepovoljno odraziti na stanje u javnim finansijama. U poslednjem delu rada ukazuje se na određene teškoće u odnosima ovih institucija sa fiskalnim vlastima koje su se ispoljile u praksi nekih država.

Ključne reči: fiskalni saveti, fiskalna pravila, konsolidacija javnih finansija.

* mevi@prafak.ni.ac.rs

** Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

1. Uvod

Atraktivnost fiskalnih saveta, kao budžetskih inovacija, sve više zaokuplja pažnju savremenih ekonomskih teoretičara, ali i šire naučne i stručne javnosti, posebno u zemljama sa razvijenom demokratskom tradicijom. Otklanjanje teškoća aktuelne ekonomske krize zahteva dublje strukturne promene koje na kratak rok niti je lako niti je jednostavno sprovesti. Zato se u znatnom broju država pristupa institucionalnim reformama sa očekivanjima bržeg prevazilaženja lošeg stanja u javnim finansijama. Postavljanje fiskalnih pravila, promene u budžetskoj proceduri kao i uvođenje fiskalnih saveta (tamo gde nisu postojali i funkcionisali) usmereni su na konsolidaciju odnosa u javnoj potrošnji.

Potpuno samostalnih fiskalnih institucija, po uzoru na nezavisne komitete za monetarnu politiku u okviru centralnih banaka, za sada nema. To bi, nesumnjivo, u postojećoj političkoj konstelaciji odnosa predstavljalo radikalno rešenje (Wyplosz, 2005:79). U tradicionalnom smislu, time bi se ozbiljno narušio suverenitet parlamenta da odlučuje o budžetu.¹ Zato se pribegava uspostavljanju mehanizma „ograničene diskrecije“ nad fiskalnom politikom. U predstavničkoj demokratiji jedina pouzdana opcija jeste da se omogući biračima da političare učine odgovornim za primenu pouzdane fiskalne politike. U tome im mogu pomoći nezavisni fiskalni saveti kroz poboljšanje kvaliteta javne rasprave o fiskalnoj politici. Oni omogućavaju smanjenje asimetričnosti informacija vezanih za vođenje fiskalne politike što se do sada pokazalo kao plodno tlo za sklonost ka fiskalnom deficitu. U tom smislu, u teoriji se smatra da samo dobro informisani birači mogu sankcionisati neodgovorne političare na sledećim izborima (Debrun, Takahashi, 2011:45). Postojeći fiskalni saveti formalno nemaju moć da odlučuju o vođenju fiskalne politike i uglavnom imaju savetodavnu ulogu. Oni mogu da predlažu, opominju, upozoravaju, ali vlada i parlament su suvereni u odlučivanju da li će postupati po njihovim preporukama ili će ih ignorisati. Takvo postupanje može imati

¹ Zašto bi političari pristali na prenošenje fiskalne vlasti na neizabrane predstavnike? Da li je to u interesu šire javnosti, zbog trenda fiskalne transparentnosti, koja ionako ne razume složen svet javnih finansija i dostupno joj je samo ono što se zvanično objavi o vođenju fiskalne politike? Ili se javno mnjenje postepeno priprema za prihvatanje nezavisnih fiskalnih institucija koje bi određivale ciljeve i pravce vođenja fiskalne politike.

političku cenu u jačanju odgovornosti fiskalnih vlasti ili u opadanju njihovog autoriteta. Uvođenje fiskalnih saveta ima poseban značaj u okviru EU usvajanjem pravila za novo ekonomsko upravljanje i jačanje fiskalne odgovornosti država članica. Interesantno je pitanje da li fiskalni saveti mogu doprineti jačanju uloge nacionalnih parlamenata u ovim zemljama? Sagledavanje trenda uvođenja ili osnaživanja postojećih fiskalnih saveta, posmatrano ne samo sa ekonomskog nego i sa pravno-političkog stanovišta, treba da nam pruži odgovore na dva ključna pitanja. Prvo, u kojoj su meri fiskalni saveti efikasni mehanizmi ostvarenja budžetske ravnoteže i stabilizovanja finansijskih tokova? Drugo, da li delovanje ovih institucija može ojačati tradicionalno pravo parlamenta da odlučuje o budžetskoj politici i da učini fiskalno odgovornijom izvršnu vlast?

2. Razlozi (motivi) za uvođenje fiskalnih saveta

Fiskalni saveti postaju predmet intenzivnijeg proučavanja, posebno ekonomskih teoretičara, sa pojavom ekonomske (fiskalne) krize i proisteklih posledica u vidu nagomilanih budžetskih deficita i naraslog javnog duga u većini savremenih država. Originalna ideja o fiskalnim savetima koja potiče iz sredine devedesetih godina dvadesetog veka imala je u vidu stvaranje politički nezavisnog učesnika u nacionalnom budžetskom procesu, koji bi rešio problem sklonosti ka deficitu svojstvenom savremenim demokratijama (Hagen, 2010:32). Ozbiljnost navedenih problema nameće njihovo odgovorno i blagovremeno rešavanje sa ciljem relativno brzog stabilizovanja stanja u javnim finansijama. Zbog toga ne čude predlozi nekih teoretičara o uspostavljanju nezavisnih fiskalnih institucija, po ugledu na monetarne savete u nezavisnim centralnim bankama.² To bi, nesumnjivo, predstavljalo radikalni zahvat u fiskalno ovlašćenja zakonodavne vlasti sa neizvesnošću u pogledu ostvarenja željenog cilja, odnosno, konsolidacije javnih finansija i dugoročne održivosti fiskalne politike. Međutim, rešavanje krize javnih finansija mora se postaviti u širi okvir preduzimanja skupa

² Tokom 80-tih godina XX veka upornost visoke inflacije podstakla je intelektualnu raspravu o važnosti davanja operativne nezavisnosti centralnoj banci od strane izabranih političara u vođenju politike stabilnosti cena. Krajem 90-tih godina dvadesetog veka mnoge centralne banke su dobile punu kontrolu nad monetarnom politikom u kontekstu izričitog mandata da obezbeđuju nisku i stabilnu inflaciju.

ekonomsko-političkih mera kao i redefinisanja odnosa zakonodavne i izvršne vlasti. Pravno-politički aspekt uspostavljanja ovakvih javnih institucija treba da rasvetli njihove prednosti i nedostatke u kontekstu širine prenetih fiskalnih ovlašćenja i funkcionalno-operativne nezavisnosti u odnosu na parlament i vladu.

Savremeni institucionalni okvir za vođenje optimalne (fleksibilne) fiskalne politike čine promene u budžetskoj proceduri, srednjoročni makroekonomski okvir, fiskalna pravila, fiskalni saveti i fiskalna transparentnost. U literaturi se izražava uverenje da jačanje fiskalne odgovornosti vlade posebno mogu podržati aktivnosti nezavisnih fiskalnih institucija kroz nadgledanje i procenu fiskalnih kretanja (Cottarelli, 2009:12). Institucionalizacija fiskalnih saveta postaje aktuelna tokom ekonomske krize budući da sve veći broj država, uz fiskalna pravila, uvodi posebna tela sa osnovnim ciljem očuvanja fiskalne discipline. Fiskalna pravila se nisu pokazala efikasnim mehanizmom za sprečavanje krize javnih finansija tako da su skoro svuda bila prekršena. Kao posledica toga, sve više se javljaju razmišljanja o korisnosti fiskalnih saveta kao garanta efikasnijeg izvršavanja ovih pravila (Price, 2010:32).³ Problemi u vezi sa primenom fiskalnih pravila uvedenih pre ili tokom procesa fiskalne konsolidacije (njihova rigidnost, prikrivanje slabe fiskalne pozicije putem kreativnog računovodstva) uticali su na neke države da se opredele za stvaranje fiskalnih agencija sa zadatkom da nadgledaju i procenjuju fiskalnu situaciju. Njihova slabija uspešnost u poboljšanju dugovne održivosti verovatno se nalazi u činjenici da one nemaju diskreciona ovlašćenja u vođenju fiskalne politike. S obzirom da političari uvek imaju konačnu reč, sklonost ka deficitu može postojati čak i kada u državi deluju fiskalne agencije (saveti) (Kamalodin, 2011:11).

Sve više u akademskim krugovima ali i političkoj javnosti, jača uverenje da bi nezavisne fiskalne institucije mogle da doprinesu rešavanju gorućih problema nagomilanih budžetskih deficita i javnog duga u velikom broju zemalja sveta. Širenje fiskalne neravnoteže podstaklo je neke autore da predlože ugradnju globalnog pravila o kočnici za dugove u ustave ekonomski razvijenih zemalja

³ Ako fiskalni saveti treba da proveravaju primenu prihvaćenih fiskalnih pravila a nemaju mehanizme za sprečavanje njihovog nepoštovanja, postavlja se pitanje prave svrhe insistiranja na širem uvođenju ovakvih institucija, posebno u okviru EU.

koje imaju visoke nivoe javnog duga, čiju bi primenu nadgledalo nezavisno, transnacionalno nadzorno telo koje bi moglo da bude locirano u okviru ESM (Evropskog Stabilizacionog Mehanizma) i MMF (Dolls, Peichl, Zimmermann, 2011:4). Podržavanje procesa fiskalne konsolidacije kroz uspostavljanje narušene fiskalne discipline postaje važan zadatak nezavisnih fiskalnih saveta kao fiskalnih „posmatrača“ objektivnosti i transparentnosti budžetskog procesa i održivosti budžetske politike (Posner, Blöndal, 2011:16). U literaturi se najčešće navode tri argumenta za uvođenje fiskalnih saveta (Eichengreen, Feldman, Lillman, Hagen, Wyplosz, 2011:29-30). Prvo, poboljšanje transparentnosti i predvidivosti javnih finansija, jačanje dugoročne orijentacije fiskalne politike i prevazilaženje distributivnih konflikata. Drugo, donošenje odluka o fiskalnoj politici ne vodeći dovoljno računa o intertemporalnim budžetskim ograničenjima. Treće, na fiskalne savete se gleda kao na instrumente za postizanje koordinacije u odlukama različitih učesnika u budžetskom procesu.

Drugi autori ističu da depolitiziranjem različitih aspekata fiskalne politike fiskalni saveti mogu bolje da informišu birače o aktuelnom stanju javnih finansija i da povećaju političke troškove fiskalne nediscipline (Hagemann, 2010:5). Najšire posmatrano, fiskalni saveti mogu pomoći da se ograniči politički uticaj na tehničke aspekte formulisanja fiskalne politike. Smatra se da bi u nekim slučajevima ovim institucijama mogla da se dodeli ključna uloga u nadgledanju fiskalnog učinka u okviru dogovorenog srednjoročnog okvira, uključujući i poštovanje fiskalnih pravila. Fiskalni saveti, koji su ovlašćeni da se bave pozitivnom ekonomskom analizom, imaju indirektnu ali potencijalno efektivnu ulogu u ograničavanju politički motivisane sklonosti ka deficitu, poboljšanjem fiskalne transparentnosti i ukazivanjem na stvarne troškove fiskalnih odluka. U slučaju normativne uloge, predviđanjima i sugestijama, fiskalni saveti mogu pomoći zadobijanju javne podrške vladine fiskalne politike. Nužni preduslovi za efikasnost delovanja ovih institucija, u suštini, zavise od širine saglasnosti o fiskalnim ciljevima i spremnosti vlade da potpuno uključi fiskalni savet u proces donošenja fiskalnih odluka (Hagemann, 2010:11).

U literaturi se iznose mišljenja o potencijalu fiskalnih saveta da podrže fiskalnu konsolidaciju kroz njihovo delovanje na fiskalni učinak i pružanjem širih uvida

u zahtevu ovog procesa, no što je to slučaj sa primenom samih fiskalnih pravila. U većini država, posle uvođenja numeričkih fiskalnih pravila, aktivirani su fiskalni saveti tamo gde su postojali. Ovaj trend je u skladu sa saznanjima da fiskalni saveti mogu doprineti otklanjanju teškoća u primeni fiskalnih pravila. Ukoliko ove institucije imaju dovoljno kredibiliteta, mogle bi da nadgledaju primenu složenijih fiskalnih pravila, uključujući pravila formulisana u strukturalnim izrazima ili onim sa mehanizmom automatske korekcije grešaka. Pored toga, dodatna privlačnost vezana za korišćenje fiskalnih pravila bila bi da fiskalni savet pomaže političarima u odlučivanju kada je kršenje pravila opravdano ekonomskim uslovima, što bi činilo mogućim otpočinjanje procesa fiskalne konsolidacije (Sutherland, Hoeller, Merola, 2012:27-28).

3. Organizacija i nadležnost fiskalnih saveta

Osnovni problem u vezi sa ustanovljavanjem fiskalnih saveta tiče se njihove organizacije i delokruga rada. Jedan od autora koji se više bavio ovim pitanjem navodi tri varijante ovih tela mada ne isključuje druge modele (Wyplosz, 2008:183-185). Meki fiskalni savet ima samo savetodavnu ulogu čije se preporuke javno objavljuju i može svoju efektivnost dokazati u javnoj debati (Belgija, Danska, Čile, Holandija, Švedska). Čvrsti fiskalni savet ima ovlašćenja donošenja odluka o budžetskoj ravnoteži svake godine i one su obavezne za parlament i vladu. Veoma mek fiskalni savet podrazumeva ekspertsku procenu koja se u vidu *inputa* uključuje u budžetski proces (nemački Savet akademskih eksperata, Fiskalni savet u Japanu i Kongresni budžetski ured u SAD).

U Izveštaju MMF (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:10), u kome su prezentovani rezultati istraživanja funkcionisanja fiskalnih saveta zaključno sa januarom 2013. godine, navode se njihova tri institucionalna modela. *Samostalne institucije* su najbliže modelu predloženom u literaturi. One nemaju organske veze sa kreatorima politike izvan procedure postavljanja mehanizama odgovornosti i često su predviđene Zakonom o fiskalnoj odgovornosti, koji sadrži izričite garancije njihove nezavisnosti. *Fiskalni saveti, formalno, pod izvršnom ili zakonodavnom vlašću*, variraju od pravno odvojenih tela sa dobro definisanom nadležnošću i strogim garancijama nezavisnosti do tela koja su integralni deo parlamenta (često poznati kao parlamentarni budžetski odbori) ili ministarstva. Ovi drugi svoju operativnu nezavisnost

duguju pogodnostima vezanim za apolitičnu ulogu u budžetskom procesu i javnoj debati. *Fiskalni saveti povezani sa drugim nezavisnim institucijama* mogu se naći u centralnim bankama, revizorskim institucijama i nezavisnim statističkim agencijama. Ovakav model omogućava fiskalnim savetima sticanje neposredne koristi od nezavisnosti njihovih domaćina i od ekonomije obima, ali zahteva jasne procedure kako bi se izbegla konfuzija u pogledu razgraničenja njihovih funkcija.

Jedan od teoretičara, koji se posebno zalaže za postojanje nezavisnih fiskalnih institucija (Debrun, 2011:3), ističe da u literaturi ne postoji saglasnost o zadacima koji bi trebalo da budu dodeljeni fiskalnim savetima, koju institucionalnu formu bi trebalo da imaju kao i da li bi trebalo da budu dopuna ili umesto toga zamena za fiskalni okvir zasnovan na pravilima. Ono što se uočava kao zajednička pojava jeste da većina fiskalnih saveta funkcioniše uz fiskalna pravila. Fiskalni saveti mogu dopunjavati fiskalna pravila najmanje na dva načina. Prvo, oni mogu pratiti da li se fiskalna pravila primenjuju i ako dođe do njihovog kršenja obavestiti o tome javnost. Drugo, u složenim ekonomskim okolnostima, ove institucije mogu savetovati vladu da odstupi od ovih pravila ili kako da ih poboljša.

U literaturi (Calmfors, 2011:13-15) prevladuje shvatanje da bi fiskalni saveti mogli da imaju neposredan disciplinirajući efekat u meri u kojoj sklonost ka deficitu zavisi od nedovoljnog razumevanja dugoročnih posledica fiskalne politike i među političarima i biračima ili kada političari deluju u sopstvenom interesu. Povećavanjem fiskalne transparentnosti fiskalni savet bi mogao da učini vladu odgovornijom i tako da oteža političarima da slede sopstvene interese. To bi moglo da se učini objektivnim procenama fiskalnog sistema ukazivanjem na pokušaje kreativnog računovodstva, nezavisnim analizama makroekonomskog razvoja, što bi osujetilo nastojanja političara da biračkom telu predstave prednosti definisane politike samo na kratak rok kroz povećanje društvenog proizvoda i zaposlenosti. Na osnovu postojeće prakse i različitih predloga, zadaci fiskalnih saveta bili bi sledeći: obezbeđenje objektivnih makroekonomskih predviđanja na kojima se može bazirati vladin predlog budžeta; procena troškova različitih vladinih inicijativa; *ex ante* procena verovatnoće da će fiskalna politika postići postavljene srednjoročne ciljeve; *ex post* procena da li je fiskalna politika postigla svoje ciljeve; analiza

dugoročne održivosti fiskalne politike; normativne preporuke o finansijskoj politici.⁴

Glavna funkcija fiskalnih saveta jeste analiza i procena tehničke ispravnosti predloga budžetskog akta ili bilo kog drugog zakonskog predloga u fiskalnoj sferi, uključujući njihovu usaglašenost sa fiskalnim pravilima, pre zakonskog usvajanja. Njihovo bliže naznačenje ogleda se u vršenju realnih procena troškova i makro-ekonomskih posledica budžetskih zakona tokom kratkoročnog i srednjoročnog perioda do dugoročne perspektive. U suštini, glavni razlog njihovog postojanja jeste podržavanje budžetske discipline i transparentnosti u javnim finansijama tokom političkog procesa odlučivanja, što dalje pomaže snaženje kredibiliteta vlade (Kopits, 2011:2).

Prilikom ustanovljavanja fiskalnog saveta trebalo bi razmotriti nekoliko aspekata: nezavisnost, sastav i uticaj (Calmfors, 2011:19-23). Fiskalni savet bi trebalo da ima jasna ovlašćenja bez mešanja vlade u njegove aktivnosti. U najvećoj meri, tome doprinosi dugoročno finansiranje bez mogućnosti smanjenja sredstava u slučaju politički nepopularnih zaključaka. Na političku nezavisnost veliki uticaj ima lociranost fiskalnog saveta u okviru vlade ili u okviru parlamenta. Članovi fiskalnog saveta mogli bi da se biraju iz najmanje četiri grupe lica: akademski istraživači, eksperti javnih finansija iz različitih delova državne administracije, analitičari u finansijskom sektoru i bivši političari. Jasno preciziranje ovlašćenja fiskalnog „posmatrača“ jeste bitno za njegov uticaj. Dugoročno posmatrano, uticaj fiskalnog saveta je određen kvalitetom njegovog rada. U kratkom roku, stav vlade prema fiskalnom savetu je veoma značajan. Iz svega navedenog, može se zaključiti da je delovanje fiskalnog saveta više indirektno kroz javnu debatu pripremanjem javnih izveštaja. Interesantno je da skoro polovina fiskalnih saveta, uvedenih posle 2005. godine, održava redovne formalne konsultacije sa vladom ili rasprave u parlamentu, što im omogućava direktniji pristup donosiocima ekonomskih (fiskalnih) odluka.

⁴ U literaturi se nailazi na klasifikaciju zadataka fiskalnih saveta u vidu osnovnih funkcija, međufunkcija i naprednih funkcija. Vid. više o tome: Santiso, C., Varea, M. (2013). Strengthening the Capacities of Parliaments in the Budget Process. IDB. Policy Brief No. IDB-PB-194:9

Po prirodi posla, efektivnost fiskalnih saveta nije neposredno merljiva. U odsustvu pojedinačnog indikatora učinka, analiza koja je vršena u okviru MMF zasniiva se na obuhvatnoj korelaciji između postojanja fiskalnog saveta i tri indikatora koji bi bili povezani sa njegovom efektivnošću: fiskalni učinak, medijski uticaj i kvalitet budžetskih predviđanja (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:26). Fiskalni saveti bi mogli doprineti poboljšanju fiskalnog učinka kroz dva glavna načina. Prvo sredstvo jeste ograničavanje političkog uticaja na formulisanje i vođenje fiskalne politike. Informisanjem javnosti o stvarnom stanju javnih finansija, fiskalni saveti bi mogli povećati političke troškove fiskalne nediscipline i podstaći vođenje odgovorne fiskalne politike. Drugi, direktniji način njihovog uticaja, jeste kroz tehnički doprinos budžetskom procesu i vođenju fiskalne politike (izrdom ili procenom makroekonomskih predviđanja kao i nadgledanjem primene fiskalnih pravila ili procenom uslova za aktiviranje izlaznih klauzula) (The Functions and Impact of Fiscal Councils, 2013:51).

4. Značaj fiskalnih saveta za jačanje budžetske uloge parlamenta

Parlamenti su danas mnogo aktivniji u budžetskoj materiji nastojeći da povrate svoju tradicionalnu poziciju u procesu odlučivanja o trošenju budžetskih sredstava. Kako bi učinili vladu fiskalno odgovornijom, njima je potrebna pomoć u razumevanju složenih budžetskih pitanja i procedura. Adekvatno učešće parlamenata u budžetskom procesu zahteva pouzdane i objektivne informacije radi konstruktivnog učestvovanja u formulisanju budžeta. Nezavisne budžetske jedinice mogu obezbediti takve informacije zakonodavnim telima što ih stavlja u ravnopravniji položaj sa izvršnom vlašću, kada se odlučuje o vođenju fiskalne (budžetske) politike (Anderson, 2009:3).

U savremenoj literaturi se smatra da parlamenti mogu poboljšati svoj uticaj sa budžetskim ovlašćenjima kojima već raspolažu, ukoliko ojačaju njihove tehničke i institucionalne kapacitete. Kreiranje parlamentarnih budžetskih odbora unutar parlamenata predstavlja institucionalnu inovaciju koja omogućava zakonodavcu da se angažuje u budžetskom procesu na objektivniji, efektivniji i odgovorniji način (Santiso, Varea, 2013:2). Uloga fiskalnih saveta usmerena je na osnaženje legitimnosti budžetskog procesa kroz ograničavanje vladinih pokušaja da različitim kreativnim operacijama odstupi od utvrđenih

fiskalnih pravila, što će bolje garantovati i transparentnost i demokratsku kontrolu odluka o javnim računima (Magarò, 2013:70). Na taj način, mogu se opovrgnuti prigovori protivnika parlamentarne nadzorne funkcije u budžetskoj i finansijskoj materiji da parlamenti obično nemaju dovoljno informacija ili tehničkog kapaciteta kako bi imali aktivniju ulogu u budžetskom procesu.

5. Odnosi fiskalnog saveta i parlamenta u novim evropskim fiskalnim okvirima upravljanja

Međunarodna finansijska kriza koja se brzo transformisala u suverenu krizu duga u evrozoni, naterala je ove države da preduzmu dublje strukturne reforme kako bi smanjile budžetske deficite i osnažile svoje ekonomije. Mehanizmi utvrđeni Paktom o stabilnosti i rastu pokazali su se neefikasnim u obezbeđivanju fiskalne discipline. Radi ublažavanja posledica krize stvara se novi institucionalni okvir koji treba da omogući odgovorno upravljanje javnim finansijama. Krajem 2011. godine usvaja se paket zakonodavnih mera pod nazivom „paket 6“ (*Six Pack*) koji obuhvata pet novih uredbi i jednu direktivu⁵. Prema usvojenoj Direktivi, pored ostalih pravila u pogledu budžetskih okvira, predviđaju se institucionalni aranžmani kojima se obezbeđuje nezavisna budžetska kontrola i jačaju elementi transparentnosti u budžetskom procesu. Radi efikasnije primene onoga što je ustanovljeno ovom budžetskom Direktivom (Lampreave, 2013:595), Komisija je usvojila zajedničke principe s obzirom na glavne zahteve koje bi nacionalni fiskalni saveti trebalo da zadovolje.⁶ Princip 7 zahteva nezavisnost ili funkcionalnu autonomiju ovih institucija. Očekuje se da deluju kao „čuvari“ transparentnosti i kredibiliteta korektivnih mehanizama u skladu sa nacionalnim fiskalnim pravilima i aktiviranjem izlaznih klauzula. Dotična država članica biće obavezna da postupi u skladu sa preporukama ovog tela ili da javno objasni zašto nije prihvatila njegove savete.

⁵ Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States, *Official Journal of the European Union*, L 306/41

⁶ European Commission, *Common principles on national fiscal correction mechanisms*, COM (2012) 342, 20 June 2012.

Stupanjem na snagu novog zakonodavnog paketa želi se da se osnaži Pakt o stabilnosti i rastu, odnosno pojača dejstvo fiskalnih pravila. Imajući u vidu činjenicu da se radi o sekundarnom zakonodavstvu Evropske unije, Evropski savet je marta 2012. godine usvojio Sporazum o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u ekonomskoj i monetarnoj uniji, čiji centralni deo čini Fiskalni sporazum (stupio je na snagu 1.1.2013. godine kao međudržavni ugovor).⁷ Fiskalni sporazum predviđa uvođenje „zlatnog pravila“ budžetske ravnoteže kako bi se osigurala fiskalna disciplina država članica kao i uspostavljanje fiskalnih institucija na nacionalnom nivou, odgovornih za nadgledanje postupanja u skladu sa dogovorenim fiskalnim okvirima. Prepoznavajući domašaj i potencijalne posledice efekata preliivanja ekonomske i budžetske situacije unutar evrozone, maja 2013. godine stupio je na snagu „paket 2“ (*Two pack*). Nove dve uredbe predviđaju, između ostalog, da u zemljama evrozone makroekonomske projekcije na kojima se baziraju nacrti budžeta, pripremaju ili bar potvrđuju nezavisne institucije (The importance and effectiveness of national fiscal frameworks in the EU, 2013:81). Uredba Saveta EU 473/2013 nudi formalnu definiciju „nezavisnog fiskalnog saveta“ kao „tela kome je data funkcionalna autonomija u odnosu na fiskalne vlasti države članice zaduženog za praćenje primene nacionalnih fiskalnih pravila“.⁸ Evropsko zakonodavstvo, u suštini, pokušava da zaštiti nezavisnost fiskalnih saveta od fiskalnih vlasti ali istovremeno zahteva od država članica da uvedu najpogodnija sredstva kako bi ove institucije učinili odgovornim parlamentima.⁹ Njihove funkcije su potencijalno komplementarne u budžetskoj i finansijskoj kontroli jer fiskalni saveti imaju analitičku i savetodavnu aktivnost dok parlamenti vrše politički nadzor (Griglio, Lupa, 2012:363-364). Na taj način, zahvaljujući vezi sa fiskalnim savetom, pozicija parlamenta prema izvršnoj vlasti biće pojačana u kontroli budžetske i fiskalne materije na nacionalnom nivou u okviru Evropskog semestra i u okviru procedura za nadzor ispunjavanja srednjoročnih budžetskih ciljeva (Fasone, Griglio, 2013:301).

⁷ Ugradnja Fiskalnog sporazuma u nacionalne zakone trebalo je da se završi do kraja 2013. godine što će proveravati Evropski sud pravde.

⁸ Council Regulation (EU) No 473/2013 of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the member states in the euro area, OJ L 140/11, 27 May 2013.

Nemačka i Finska su podnele memorandum kojim predlažu osnivanje nove komisije za nadgledanje rada zvaničnog Brisela koja bi obuhvatala nacionalne fiskalne savete država članica, jer smatraju da Evropska komisija koristi „donekle proizvoljni arbitražni pristup“ u procenivanju sprovođenja novih budžetskih pravila od strane pojedinih država. Ova najnovija inicijativa pokazuje da je stvaranje fiskalne unije u sadašnjim kriznim uslovima veoma težak zadatak za evropske političare.

6. Principi OECD-a o fiskalnim savetima

Imajući u vidu povećanje broja fiskalnih saveta i potrebu za njihovim efikasnijim funkcionisanjem, u međunarodnoj praksi se čine pokušaji utvrđivanja dobre prakse i definisanja principa njihovog funkcionisanja u vidu preporuka, kako bi se prevazišle teškoće uočene u dosadašnjem delovanju. Iskustvo zemalja sa dužom tradicijom postojanja fiskalnih saveta pokazuje da čak i kad se ne slažu uvek sa njegovim procenama, ove institucije se smatraju važnim partnerima ministrima finansija i parlamentarnim budžetskim komitetima u unapređenju odgovorne fiskalne politike. Mogu se identifikovati sledeće dobre prakse koje su kritične za efektivnu nezavisnost fiskalnih institucija (Kopits, 2011:17-19).

Prvo, institucija mora odgovarati domaćim uslovima u svakom pogledu, naime, domaćem pravnom okviru i političkoj kulturi. Ne bi trebalo da bude preuzeta iz inostranstva ili ustanovljena pod pritiskom regionalnih ili međunarodnih vlasti. Bitno je da bude zasnovana na širokom političkom konsenzusu.

Drugo, institucija mora biti nezavisna, apolitična, tehnički kompetentna i odgovorna parlamentu.

Treće, fiskalna institucija može vršiti stvarni nadzor nad fiskalnom politikom obavljanjem svojih zadataka uz podršku kvalifikovanog tehničkog osoblja i sa neograničenim pristupom pravovremenim informacijama koje pruža vlada.

⁹ To podrazumeva da su države članice slobodne u izboru institucionalnih aranžmana nezavisnih fiskalnih tela.

Četvrto, nadležnost institucije trebalo bi da se sastoji u proceni fiskalnog stanja¹⁰ i održivosti javnog duga, uključujući nadzor nad poštovanjem fiskalnih pravila, kroz blagovremene procene budžetskih efekata svih zakonskih predloga.

Peto, novoosnovani fiskalni savet mora otpočeti sa radom što pre.

Šesto, institucija mora da razvije efektivne komunikacione kanale veoma rano, posebno sa medijima.

U okviru OECD-a, zahvaljujući angažovanju stručnjaka iz parlamentarnih budžetskih odbora i nezavisnih fiskalnih institucija, formulisani su određeni principi koji odražavaju ključne vrednosti u funkcionisanju i poštovanju ovih institucija. U postavljanju principa pošlo se od dosta široke definicije koja je prilagođena različitoj praksi u okviru OECD. Kao nezavisna fiskalna institucija smatra se *javno finansirano nezavisno telo, pod zakonskom vlašću vlade ili parlamenta koje obezbeđuje nepristrasne preglede i analize, i u nekim slučajevima daje savete, o fiskalnoj politici i učinku*. Predložena 23 principa (OECD Principles for Independent Fiscal Institutions, 2013:5-8) grupisana su u 9 široka naslova: 1. prilagodljivost lokalnim potrebama što će uticati na izbor uloge i sastava nezavisne fiskalne institucije; 2. nezavisnost i odsustvo političkog uticaja; 3. jasno određena nadležnost u propisima više pravne snage sa preciziranjem uloge u budžetskom procesu; 4. sredstva moraju biti dovoljna za obavljanje delatnosti; 5. predviđanje mehanizama koji uspostavljaju odgovornost prema zakonodavnom telu a posebno odnos sa parlamentarnim budžetskim komitetom; 6. blagovremeni pristup svim relevantnim informacijama, uključujući metodologiju i pretpostavke na kojima se zasnivaju fiskalni predlozi i budžet; 7. puna transparentnost u njihovom radu pruža najveću zaštitu nezavisnosti ovih institucija objavljivanjem izveštaja i analiza; 8. razvijanje efektivnih komunikacionih kanala, posebno sa medijima, civilnim društvom i drugim zainteresovanim subjektima; 9. eksterna procena.

¹⁰ Prevod termina *fiscal stance* u smislu očekivanih i željenih uticaja na buduća ekonomska kretanja zbog oporezivanja i državnog trošenja.

7. Fiskalni savet Srbije

Izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu oktobra 2010. godine u Srbiji je ustanovljen Fiskalni savet i uvedena su fiskalna pravila, kao deo finansijskog aranžmana sa MMF. Fiskalni savet je nezavisni državni organ koji je za obavljanje poslova iz svoje nadležnosti odgovoran Narodnoj skupštini. Kao nezavisno stručno telo formiran je da bi se nadziralo sprovođenje fiskalnih pravila, unapredila kultura fiskalne odgovornosti i da bi se uticalo na formiranje javnog mnjenja u vezi sa fiskalnom politikom (Vranješ, 2011:447). Fiskalni savet je počeo da funkcioniše aprila 2011. godine. Sastoji se od tri člana, koja na predlog predsednika Republike, ministra finansija i guvernera Narodne banke Srbije, bira Narodna skupština. Članovi fiskalnog saveta moraju posedovati visoka stručna znanja, ne mogu obavljati druge javne funkcije i ne mogu biti članovi političkih stranaka niti se u svom radu mogu voditi političkim uverenjima. Mandat članova saveta traje šest godina i za svoj rad su odgovorni Narodnoj skupštini.

Fiskalni savet obavlja sledeće *funkcije*:¹¹ (1) proverava makroekonomske i fiskalne pretpostavke korišćene za izradu Fiskalne strategije; (2) daje nezavisnu i kredibilnu ocenu mera ekonomske politike koje predlaže Vlada u cilju ostvarivanja kvantitativnih fiskalnih ciljeva koje je Vlada postavila; (3) procenjuje osnovne fiskalne rizike kao i kolika je verovatnoća da će Vlada ispuniti svoje fiskalne ciljeve u budućnosti; (4) procenjuje u kojoj meri je Vlada u prošlosti poštovala pravila koja je utvrdila; (5) procenjuje da li ima osnova za aktiviranje bilo koje odredbe za izuzetne okolnosti i kolika je verovatnoća da će Vladin plan prilagođavanja omogućiti povratak poštovanju fiskalnih pravila; (6) proverava adekvatnost ekonomskih klasifikacija, uključujući pravilnu klasifikaciju kapitalnih izdataka, kako bi se obezbedilo ispravno merenje kvantitativnih fiskalnih ciljeva. Fiskalni savet obavlja i sledeće *zadatke*: (1) priprema mišljenje o nacrtu Fiskalne strategije; (2) priprema i dostavlja Narodnoj skupštini analizu: a) revidirane Fiskalne strategije za odgovarajuću fiskalnu godinu; b) predloga zakona o budžetu Srbije, koji podrazumeva i predlog rebalansa, kao i analizu amandmana koji su podneti u toku

¹¹ Čl. 92e Zakona o budžetskom sistemu, *Sl. glasnik RS*, 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13i 63/13

skupštinske rasprave; (3) priprema i podnosi Narodnoj skupštini analizu predloga zakona o završnom računu budžeta Srbije i konsolidovanog bilansa opšteg nivoa države; (4) priprema i dostavlja Narodnoj skupštini procene o fiskalnim uticajima predloga drugih zakona, kao i amandmana koji su podneti u toku skupštinske rasprave.

Fiskalni savet može u bilo kom trenutku, na svoju inicijativu ili na zahtev, dati savet Vladi o pitanjima koja se odnose na fiskalnu politiku i upravljanje javnim finansijama. Sve analize, izveštaji, preporuke i saveti koje pripremi Fiskalni savet biće javno dostupni u roku od pet radnih dana od njihovog dostavljanja ministru, Vladi ili Narodnoj skupštini. Ovi dokumenti su dostupni i javnosti putem internet stranice Fiskalnog saveta a po potrebi se mogu objavljivati u „Sl. glasniku RS“. Fiskalni savet ima ovlašćenja da zahteva od nadležnih subjekata da mu se dostave podaci i informacije potrebni za njegov rad. Tokom svog kratkog perioda postojanja Fiskalni savet je upozoravao i savetovao Vladu kako bi se mogli prevazići problemi u finansijskom sistemu koje izvršna vlast uglavnom nije blagovremeno uvažavala.¹² Pretpostavljamo da će u budućnosti Fiskalni savet imati veću ulogu budući da se zakonom¹³ predviđa da će od 2015. godine ova institucija određivati numeričku vrednost koeficijenata a i b kao i potencijalnu stopu rasta BDP i ona će važiti u periodu koji ne može biti kraći od tri godine.

8. Problemi ispoljeni u radu fiskalnih saveta

U toku primene fiskalnih saveta ispoljile su se određene teškoće odnosno, izazovi (Kopits, 2011:5). Prvo, u početnom periodu ove institucije se suočavaju sa dokazivanjem nepristrasnosti i tehničke kompetentnosti (osposobljenosti). Drugo, vlada može reagovati na kritičke procene smanjenjem ili pretnjom da će smanjiti opredeljena sredstva fiskalnom savetu. Treće, vlada može biti mnogo manje spremna da učini dostupnim podatke ovoj instituciji.

¹² Vlada jeste prihvatila predlog Fiskalnog saveta da se 2014. godine uvede privremeno tzv. „solidarni porez“ u cilju smanjenja fiskalnog deficita što *de facto* umanjuje neto zarade zaposlenim licima u javnom sektoru, čime se iznova vrši poresko diskriminisanje u našem društvu.

Ono što je zajedničko za delovanje fiskalnih saveta u procesima fiskalne konsolidacije jeste da argumentovano ukazuju na to da li je fiskalna politika takva da stvarno obezbeđuje održivost željenog nivoa javnog duga i visine fiskalnog deficita. Sukobi između vlasti i fiskalnih saveta mogu da se jave po tri osnova što je poznato iz prakse većine država, a već su se ispoljili i u kratkoj istoriji srpskog fiskalnog saveta (Gligorov, 2013:46). Prvo se može reći da je savet nestručan jer ili pogrešno tumači fiskalne propise i politiku ili greši u analizi tekućih kretanja u budžetskim prihodima ili rashodima. Druga uobičajena primedba je da fiskalni savet predlaže štednju kako se ne bi prekršila pravila ili kako rast javnog duga ne bi težio da postane neodrživ. To se dešava u situacijama kada je znatno premašen planirani nivo ovih fiskalnih indikatora i kada fiskalni savet nema drugog saveta osim da je potrebno smanjiti potrošnju kako bi se zaduživanje države barem usporilo. O recesionim posledicama takve politike moraće da brine aktuelna ili neka druga vlada. Fiskalnom savetu se može prigovoriti da je politizovan zbog predlaganja oštrijih mera štednje kao posledica uobičajenog političkog ciklusa. Teškoće mogu nastati kada se fiskalna politika i politička strategija i načini komunikacije sledeće vlade razlikuju od one koja je kreirala fiskalni savet. Karakterističan je slučaj Mađarske u kojoj je posle političkih promena 2010. godine vlada promenila zakon i praktično obesmisllila postojanje fiskalnog saveta a njegov prvi predsednik (Džordž Kopic) je dao ostavku. Kanadsko i mađarsko iskustvo pokazuje da fiskalni savet, formalno odgovoran parlamentu, nije nužno zaštićen od političkog pritiska (Chote, 2013:10).

9. Zaključak

Fiskalni saveti, kao budžetska inovacija, mogu da imaju značajnu ulogu u rešavanju problema savremenih javnih finansija. Od njihovog uvođenja i funkcionisanja očekuje se da doprinesu vođenju odgovorne fiskalne politike i poboljšanju finansijske discipline a sve sa ciljem konsolidacije stanja u domenu javne potrošnje. Primena fiskalnih pravila u znatnom broju država praćena je kreiranjem fiskalnih saveta tako da se njima obavezuju fiskalne vlasti na

¹³ Vid. čl. 27e Zakona o budžetskom sistemu. Koeficijenti a (pokazuje brzinu prilagođavanja deficita ciljnom nivou) i b (koeficijent prilagođavanja deficita stanju u privredi) se koriste u formuli za određivanje fiskalnog deficita.

pridrđavanje prihvaćenih „samoograničenja“ u vođenju fiskalne (budžetske) politike. Savremena ekonomska kriza uticala je na brže sprovođenje institucionalnih promena u budžetskoj sferi sa ciljem racionalizacije javnog sektora i redefinisanja odnosa u javnoj potrošnji. Smanjenje nagomilanog budžetskog deficita i akumuliranog javnog duga, ne samo evropskih nego i drugih država, pre i tokom aktuelne krize, nalazi se u fokusu razmatranja i opravdanja uvođenja posebnih institucija kako bi pomogle efikasnijem rešavanju ovih problema. Neki teoretičari posebno naglašavaju potrebu stvaranja nezavisnih fiskalnih institucija, po uzoru na nezavisne centralne banke, koje bi bile zadužene za samostalno vođenje odgovorne fiskalne politike. Takvi predlozi nisu naišli na odziv ni u jednoj državi. U budžetskoj praksi javljaju se posebne institucije u okviru zakonodavne ili izvršne vlasti najčešće pod nazivom „fiskalni saveti“ ili „parlamentarni budžetski odbori“. Njihova ovlašćenja uglavnom su savetodavne prirode, naime, ukazivanje na poželjan pravac vođenja optimalne fiskalne politike kako bi se osujetilo ostvarivanje kratkoročnih interesa političara. Njihov rad je više okrenut informisanju javnosti o problemima (ne)održivosti makroekonomskog (fiskalnog) stanja u državi. S tim u vezi, bitno je sadejstvo sa prihvaćenim fiskalnim pravilima čije poštovanje treba da omogući kratkoročnu fleksibilnost fiskalne politike što, dugoročno posmatrano, ne bi ugrozilo fiskalnu sposobnost države.

Literatura

Anderson, B. (2009). *The Changing Role of Parliament in the Budget Process*. OECD Journal of Budgeting. Vol 1. 2-10

Calmfors, L. (2011). *The Role of Independent Fiscal Policy Institutions*. CESifo Working paper. No. 3367. 4-31

Chote, R. (2013). *Britain's fiscal watchdog: a view from the kennel*. Institute and Faculty of Actuaries Spring lecture. London. 9 May. 2-23

Cottarelli, C. (2009). *Fiscal Rules-Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*. IMF. December 16 www.imf.org/external/np/pp/eng/121609.pdf

Council Regulation (EU) No 473/2013 of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the

correction of excessive deficit of the member states in the euro area, OJ L 140/11, 27 May 2013

Debrun, X. (2011). *Democratic Accountability, Deficit Bias and Independent Fiscal Agencies*. IMF Working Paper. 11/173

Debrun, X., Takahashi, K. (2011). *Independent Fiscal Council in Continental Europe: Old Wine in New Bottles?* CESifo DICE report. 3/2011. 44-49

Dolls, M., Peichl, A., Zimmermann, K. (2011). *A Challenge for the G20: Globally Stipulated Debt Brakes and Transnational Independent Fiscal Supervisory Councils*. IZA DD No. 6160. November. 1-12

Eichengreen, B., Feldman, R., Liebman, J., Hagen, J., Wyplosz, C. (2011). *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. Public Debt: Nuts, Bolts and Worries. ICBM. September. 15-31

The Functions and Impact of Fiscal Councils. (2013). IMF. July 16

Fasone, C., Griglio, E. (2013). *Can fiscal councils enhance the role of national parliaments in the European Union? A comparative analysis*. The Euro Crisis and the State of European Democracy. European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. 264-306

Gligorov, V. (2013). *Fiskalni sirenski zov*. Političke perspektive. 2/13. 43-48

Griglio, E., Lupa, N. (2012). *Parliamentary Democracy and Eurozone Crisis*. Law and Economics Yearly Review. Vol.1. Part 2. 314-375

Hagen, J. (2010). *The Sustainability of Public Finances and Fiscal Policy Coordination in the EMU*. CASE Network Studies & Analysis. No. 412. 1-52

Hagemann, R. (2010). *Improving Fiscal Performance Through Fiscal Councils*. OECD Economic Department Working papers. No. 829. OECD Publishing. doi.10.1787/5km33sqsq9v-en. 1-25

The importance and effectiveness of national fiscal frameworks in the EU. (2013). ECB Monthly Bulletin. February

Kamalodin, S. (2011). *Do we need a new sheriff in town? A case for technocrat taking over fiscal policy*. Rabobank. Economic Research Department. November. 3-20

Kopits, G. (2011). *Independent Fiscal Institutions: Developing Good Practices*. OECD Journal of Budgeting. 11/3. 33-52

- Lampreave, P. (2013). *The New Regulatory Framework in the European Union and the Role of the Independent Fiscal Authority*. Bulletin for International Taxation. November. 592-599
- Magarò, P. (2013). *Independent Fiscal Institutions: A Comparative Analysis*. Transylvanian Review of Administrative Sciences. No. 39E. 66-90
- OECD Principles for Independent Fiscal Institutions* (2013). February. OECD Network of Parliamentary Budget Officials and Independent Fiscal Institutions. Retrieved 15. 1.2014. from www.oecd.org/gov/budgett/pbo
- Posner, P. Blöndal, J. (2012). *Democracies and Deficits: Prospects for Fiscal Responsibility in Democratic Nations*. Governance. An International Journal of Policy, Administration and Institutions. Vol. 25. No. 1. January. 11-34
- Price, R. (2010). *The Political Economy of Fiscal Consolidation*. OECD Economic Department Working Papers. No. 776. OECD Publishing. doi:10.1787/5kmddq798IIIs-en
- Santiso, C., Varea, M. (2013). *Strengthening the Capacities of Parliaments in the Budget Process*. IDB Policy Brief. 194. 1-16
- Sutherland, D., Hoeller, P., Merolo, R. (2012). *Fiscal Consolidation: How much, how fast and by what means?* OECD Economic Policy Papers. No. 01. 5-30
- Vranješ, M. (2011). *Finansijsko pravo: fiskalni sistem u Srbiji*. Beograd. Zavod za udžbenike
- Zakon o budžetskom sistemu. *Službeni glasnik RS*. Br. 54/09...63/13
- Wyplosz, C. (2008). *Fiscal policy councils: unlovable or just unloved?* Swedish Economic Policy Review 15. 173-192
- Wyplosz, C. (2005). *Fiscal policy: institutions versus rules*. National Institute Economic Review. No. 191. January. 70-83

Mileva Andelković, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Fiscal Councils as a Mechanism for Establishing Fiscal Discipline

Summary

Under the impact of the global economic crisis, the contemporary budget systems have been subject to extensive reforms. There is a growing number of scholars advocating the establishment of fully independent fiscal institutions which would be in charge of administering a sustainable fiscal policy. The bodies available in hitherto practice are fiscal councils, parliament committees on budgetary control or fiscal “watchdogs”. The institutionalization of fiscal councils should provide for improving the quality of the public debate on fiscal policy and make the governments more fiscally accountable. The existing fiscal councils generally have an advisory role and they are expected to contribute to strengthening the role of national parliaments in scrutinizing the national budget. In fact, the establishment of fiscal councils ensues only after introducing the fiscal rules which serve as statutory limitations on the activities of the executive branch in the budget-related matters.

The current economic crisis has substantially hindered the efficient application of these fiscal restrictions. Some states see the solution in establishing independent fiscal institutions which would control the compliance with these rules. As one of the participants in the budgetary process, fiscal councils are in a position to provide better information to the voters on the current state of affairs in public finances and (thus) increase the political costs of the government’s fiscal unaccountability. In practice, there are several models for the organization of fiscal councils which primarily focus on *ex ante* or *ex post* review and assessment concerning whether the relevant institutions have observed the fiscal rules and accomplished the fiscal goals. Considering that their role is to eliminate the asymmetry of information in relations between the legislative and executive branch of government, fiscal councils should contribute to reinforcing the legitimacy of the budgetary process and strengthening the fiscal discipline. In the new European fiscal governance

framework, these institutions become particularly important in the context of mending the consequences of the current economic crisis. In their hitherto activities, fiscal councils have encountered some difficulties: their competences have been challenged, their assessment and recommendations have been disregarded, and their financial resources (aimed at promoting their activities) have been significantly restricted. Relying on this analysis, we may conclude that the independence and responsibility of fiscal councils largely depends on the government's resolve to be fully accountable in administering a sustainable fiscal policy.

Keywords: fiscal councils, fiscal rules, consolidation of public finances

Dr Srdjan Golubović,*
Full professor, Faculty of Law,
University of Niš

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 336.221(4-672EU)

UDK: 339.924:061.1EU

Rad primljen: 14.03.2014.

Rad prihvaćen: 08.04.2014.

FISCAL ASPECTS OF THE EUROPEAN MONETARY INTEGRATION**

Abstract: *Along with the introduction of the euro as a single currency, importance of respecting the fiscal aspects which determine longevity of the monetary arrangement is recognized. For this reason, although underdeveloped, the EU fiscal system provides mechanisms to ensure fiscal discipline among member states. In addition to the fulfillment of the convergence criteria which is a precondition for joining the monetary union, they include no bailout clause and monetary financing prohibition. Sovereign debt that escalated in 2010 showed all the imperfections of these arrangements and pointed to the need for introduction of new and more effective fiscal rules. With fiscal system of the European Union as a starting point, the paper analyzes instruments defined by the fiscal system of the Union, which purpose is to ensure fiscal discipline of the European Monetary Union member states. Last part of the paper analyze new fiscal rules introduced as a response to the debt crisis in the eurozone.*

Keywords: *European Monetary Union, fiscal system, Stability and Growth Pact, Fiscal compact.*

* golub@prafak.ni.ac.rs

** This paper is the result of the research project "Balancing the law in Serbia with the law in European Union", funded by the Faculty of Law, University of Nis, for the period 2013 – 2018.

1. Introduction

Creation of the European Monetary Union and the introduction of euro in 1999 as a single currency are certainly the greatest achievement of the European integration. Monetary sovereignty was transferred to the supranational level, meaning that the responsibility for conducting monetary policy of the European Union was transferred to the Eurosystem, which consists of the European Central Bank (ECB) and the national central banks of member countries of the monetary union. Creation of the monetary union, however, has not been accompanied by the fiscal unification. The global financial and economic crisis has fully exposed all the flaws of existing institutional solutions. Contrary to expectations, member states have failed to maintain fiscal discipline and EU institutions failed to ensure compliance with established rules.

This paper discusses the fiscal aspects of creating monetary union of the EU member states. In this regard, we first analyze elements of the EU fiscal system and then point to the key instruments and mechanisms which should ensure fiscal discipline among member states. Finally, in the last part of the paper we consider rules of the new fiscal agreement, which was accepted by the member states in response to the debt crisis that has engulfed the European Monetary Union.

2. Fiscal system of the European Union

Creation of the European Economic and Monetary Union has not been accompanied by fiscal unification. This approach has been conditioned by the principles of subsidiarity, which according to Art. 5 (3) The Treaty on European Union (TEU) implies that “in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action can not be sufficiently achieved by the member states, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.”¹ Applicability of the principle of subsidiarity when it comes to conducting economic, and hence fiscal policy, was the subject of wider debate in economic

¹ Treaty on European Union, Official Journal of the European Union, (O.J.), C 326/1, 2012.

theory (Inman, Rubinfeld, 1994: 159). Of all the offered answers the most acceptable seems to be one that links the application of this principle with the answer to question of whether decentralized economic policies generate significant spillover effects. If the answer is yes, than the next question relevant for the question of whether priority should be given to national or supranational approach refers to whether the market mechanism i.e. coordination mechanism is suitable to overcome these effects. Only if the answer is negative, it makes sense to continue consideration of a centralized approach to this segment of economic policy. Finally, the third question, before accepting a centralized approach, concerns the way decisions are made and the effectiveness of centralized decisions. Supranational approach is acceptable only if it results in more effective economic policy. From an economic point of view, application of the principle of subsidiarity is conditioned by the answers to these three key questions. Extensive approach, i.e. that primary responsibility for the conduct of economic policy still belongs to the member states, came to the fore in the legislation of the European Union (EU), which tells us that when designing the institutional framework of monetary union prevailed principle that the management structure should be set up so that it is able to internalize all external effects at the level of member states.

The formation of a monetary union without centralized economic management (i.e. fiscal union) inevitably means higher direct and indirect spillover effects of economic policies of the member states, which put the need for their harmonization to the fore, particularly in the fiscal area. According to numerous studies, spillovers effects are largest especially in the case of fiscal policy (Eijffinger, Haan, 1999: 81-82). This means that fiscal difficulties of a member states of the European Monetary Union (EMU), in the conditions of integration of financial markets can easily spill over to the financial sector of all other member states, which could easily destabilize the whole euro area.

The risk of spillover of economic disorder to other member states that have sound public finances is all the greater because the European Monetary Union includes countries that do not meet the conditions of an optimal currency

area.² Beginning of the EMU was marked by the optimism that after nominal adjustment the process of real adjustment will follow among the member states. With the unification of the legal systems of the EU countries (particularly legislation regulating financial sector), differences that represents potential source of asymmetric disturbances would diminish. This is supported by the standpoint of representatives of optimal currency area theory that monetary union is a much more efficient way to organize a system of insurance against asymmetric shocks in relation to the uncertainty that brings the system of national currencies (Grauwe, 2004:105). This under the condition that institutional framework of monetary union secure full mobility of labor and freedom of movement of capital, and thereby mitigate the effects in a country hit by asymmetric disturbance.

The conduct of the single monetary policy and its effectiveness primarily depends on the support of fiscal policy. Establishment and maintenance of price stability is directly conditioned by the state of public finances. The ideal solution for the monetary union is to transfer responsibility for the conduct of monetary and fiscal policy to a supranational body. Due to political and constitutional limitations EU has adopted a specific form of fiscal federalism. These specificities are related to: 1) the allocation of fiscal jurisdiction between member states and the EU as a supranational community, 2) the EU budget, 3) public expenditure and public revenue policy and, consequently, 4) uniqueness of fiscal policies in achieving allocation, redistributive and stabilization targets (Šimović, 2005:150).

Taking these limitations into account, it is understandable why the EU fiscal system is characterized by underdeveloped structure. The structure of the fiscal system of the EU consists of three segments, with the EU budget as the only instrument for the implementation of fiscal policy at the supranational level. Other segments of the EU fiscal system include a set of rules and arrangements through which member states harmonize and coordinate fiscal policy (Grgić, Bilas, Šimović, 2006:13). The second segment of the EU fiscal

² In order to form optimal currency area, for the states involved in the monetary union it is necessary to fulfill criteria in terms of the mobility of labor and other factors of production, price and wage flexibility, liberalization, equalization of the rate of inflation and fiscal integration.

system refers to the harmonization of tax systems (Dimitrijevic, 2009:286). Although competence of the regulation of tax system belongs to member states, their sovereignty in this area is limited since EU with its legislation can affect the solutions contained in the fiscal system. Finally, the third segment is the introduction of supranational rules to ensure fiscal discipline among member states. Until the outbreak of the crisis in the eurozone, the main instrument with the purpose to prevent the occurrence of excessive deficit was the Stability and Growth Pact (SGP)³. This document specifies the excessive deficit procedure (Article 126. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)).⁴

As it was conceived, the fiscal system of the EU does not provide space for EU institutions to respond with fiscal transfers in the case of asymmetric disturbances and thus make the necessary adjustments in conditions where mobility of production factors and flexibility of wages are absent. It is entirely left to the member states which, if they are affected by the recession, can only rely on national fiscal policy. Elements of the EU fiscal system, fiscal rules and the rule prohibiting the takeover of debts, primarily have in focus the fiscal discipline of the member states, which is treated as an instrument for achieving the main objective of monetary union - price stability.

3. Fiscal discipline in the EU

Weaknesses arising from the fact that EMU does not meet the criteria of an optimal currency area, EU legislation has sought to overcome by setting clear criteria of convergence, each EU member state must fulfill if it wants to join the monetary union. Nominal convergence criteria includes five quantitative indicators related to: convergence of price or the rate of inflation, fiscal convergence, fulfillment of requirements in terms of the amount of budget

³ Pact entered into force in 1999. Stability and Growth Pact consist of: Resolution of the European Council on the SGP; Council Regulation on the strengthening of the surveillance and coordination of economic policies, however. 1466/97, Council Regulation on speeding up and clarifying the implementation of excessive deficit procedure, No. 1467/97, Official Journal L 209, 02/08/1997.

⁴ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) „Official Journal of the European Union, (O.J.), C 326/1, 2012.

deficit and public debt, convergence of the exchange rate and interest rates.⁵ By defining the convergence criteria and introducing fiscal constraints over-expansionary fiscal policies of member states is prevented and negative spillover effects restrained, which could easily jeopardize the establishment of price stability as the primary objective of EMU member states economic policies.

Until the outbreak of the crisis in the eurozone, EU legislation anticipated two key elements that should stimulate member states to respect fiscal discipline: 1) *no bailout clause* and 2) monetary financing prohibition, that is, prohibition on the purchase of debt instruments of the member states, i.e. EU institutions.

A key anchorage of fiscal discipline in EMU are provisions of the TFEU, which were otherwise included in the *Maastricht Treaty*, containing a clause that prohibits the takeover of debts of member states by the Union. According to Article 125. of TFEU "The Union shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of any member state, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project. A member state shall not be liable for or assume the commitments of central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of another member state, without prejudice to mutual financial guarantees for the joint execution of a specific project.

Prohibition on takeover of debts is directly related to the prohibition of monetary financing (financing deficit with the loans of central bank), contained in the last two Articles of the TFEU, which are also applied directly. First, there are provisions of Art. 123 which provides for the prohibition of lending by the ECB and the national central banks to member states and EU institutions.

⁵ Out of the eleven countries for which the Commission expected to join the EMU (Germany, France, Spain, Netherlands, Belgium, Luxembourg, Portugal, Finland, Austria and Ireland, during 1997 only Finland fulfilled all conditions, France and Luksemburg, joined by Ireland and Portugal in 1998. Other countries did not meet at least one criterion in 1997 and 1998. Convergence criteria were also relevant for the states that have later become members of EMU (in 2001 Greece, 2007 Slovenia, 2008 Cyprus and Malta, 2009 Slovakia, 2011 Estonia and in 2014 Latvia).

Mentioned article prohibits takeover of debt instruments by the monetary authorities of the EU institutions and member states. Secondly, Article 124. of the TFEU introduces another ban that strengthens fiscal discipline, related to the prohibition of privileged access to financial institutions, regardless of whether they are bodies of the Union or member states. Above provisions are oriented towards stimulating budgetary discipline predicted in Article 126 (1), i.e. avoidance of excessive government deficit.

Above provisions are a key part of the Budget Code of European Union, which states that each member state is responsible for its public finances (Louis, 2010: 978). Neither the Union nor the member states can not be responsible for the liabilities of others member states. Assuming that only mature economies can become members of the monetary union and that the necessary adjustment efforts should be undertaken by each of the countries, TFEU preclude granting direct financial support to individual states should they suffer stress owing to membership in the monetary union (Stark, 2013:544). Thus, with the introduction of this clause in the primary law of the Union, financial markets are warned that each member state is left on its own when it comes to its public finances and that there are no implicit guarantees on the part of the Community or the member states (Smits, 1997:77-78). Therefore, the state can finance deficit by issuing bonds in the financial market, but under the conditions that correspond to its creditworthiness. If state with low creditworthiness, that is state which is behaving financially irresponsible, appear on the financial market it will result in a higher risk premium. The purpose of these provisions is that market assesses financial health of the state.

Introduction of the clause that prohibits the takeover of debts and deficit monetization prohibition mean that EU law has recognized the importance of fiscal discipline. However, this does not exclude the possibility to avoid these limitations. This primarily relates to the principle of solidarity provided for in Article 122. of TFEU, which provides the possibility of financial assistance from the Union if a member state run into difficulties caused by events that are

beyond its control.⁶ There is also the possibility of indirect financial assistance. Rescue action (bail out) may occur in the secondary market, that is *ex post*, when central bank buys government bonds or *ex ante*, when central bank keeps interest rates low, trying to reduce the cost of interest payments. However, the crucial question is whether commitment to the preservation of price stability will be strong enough to withstand political pressure to support countries that confront the excessive burden of debt. In the past period it has been shown that some states are ready to enjoy all the benefits of monetary integration, but not ready to take responsibilities that are essential for the functioning of the monetary union (Feldstein, 2013:106). In particular, it means that many eurozone member countries, even in the period of prosperity, did not manage to maintain a sound fiscal position in accordance with the rules of the EU fiscal framework. The result of this behavior is rapidly increasing levels of indebtedness in states with excessive consumption, especially in Greece, Ireland, Italy and Spain. Regardless of the increased risk for creditors, global financial markets did not react by increasing interest rates for the countries with growing indebtedness. Buyers of bonds issued by these states, ignoring the prohibition on the takeover of debts, started from the assumption that bonds issued by individual member states of the eurozone are equally secure as bonds of any other member state with significantly lower level of debt. Due to this perception of the financial market participants, interest rates on Greek and Italian bonds were slightly higher than the interest rate paid on the safest, German bonds. Before monetary unification, high budget deficits would lead to a higher interest rate or exchange rate depreciation. These changes in the market represented an alarm for the states to reduce their debts. With the creation of a monetary union such signals in the market were eliminated with the consequent trend of growth of public and

⁶ Article 122 states: Without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy. Where a Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, the Council, on a proposal from the Commission, may grant, under certain conditions, Union financial assistance to the Member State concerned. The President of the Council shall inform the European Parliament of the decision taken.

private debts. Collapse of the U.S. financial markets in 2008 caused a serious global recession, which spilled over to other European countries, exacerbating their fiscal position. When markets finally recognized the risks associated with states with high indebtedness at the beginning of 2010, the interest rate on the bonds of these states began to grow vertiginously. Given the fact that most of the invested funds came from European banks, decline in the value of bonds affected the deterioration of their position. Confronted with the crisis, which also calls into question the survival of the eurozone, institutions of the Union have defined a program whose basis represents the reversal of negative trends in the financial market, primarily with the intervention of the European Central Bank, debt restructuring and support for heavily indebted countries and amending the legal framework in a way that will ensure fiscal discipline of the member states.

From the very beginning of the crisis, European Central Bank has reacted decisively and quickly using standard and non-standard monetary policy measures. The first response to disturbances in the market was based on the assessment of medium-term risk compromising price stability in the euro area.⁷ At the same time, ECB opted for the non-standard monetary policy measures, in an effort to encourage the inflow of capital into the banks, and to ensure the transmission of lower interest rates for households and businesses. The main non-standard measure in this context is to ensure bank liquidity at a fixed, low interest rate with the use of appropriate collateral. Also, ECB is engaged in the purchase of government bonds in an effort to curb the growth of interest rates on government bonds of some countries. The use of standard and non-standard measures by ECB brought expected results and relieved instability in the financial market.

⁷ The interest rate was reduced by 325 basis points between October 2008 and May 2009 and was not changed until the April 2011. In the same period, the main refinancing rate was 1%, while the *Euro overnight index average* (*EONIA* - overnight index average is calculated as a weighted average of all overnight lending transactions in the interbank market) declined sharply, reaching a level of 0.3%.

4. Fiscal rules in the European Union

Key institutional deficiency, reflected in the lack of conditions for conducting a supranational fiscal policy, fully exposed by the global economic and financial crisis, EMU creators strive to overcome by improving existing and introducing new fiscal rules. Fiscal framework defined by TFEU and the Stability and Growth Pact (restrictions on the budget deficit and the public debt) is changed and amended to the new rules (Andjelkovic, 2013:187). Strengthening the existing fiscal framework of the European Monetary Union was achieved with the entry into force of a package of legislative measures (legislative changes) on December 2011. These new measures, known as the six-pack, include five new Regulations and one Directive. The most significant changes introduced by this package include:

a) Strengthening of the preventive measures. Amendments to SGP reinforce the obligation of member states to avoid excessive budget deficit (threshold is 3% of GDP) and public debt growth above the threshold of 60% of GDP. Strengthening of the preventive measures involves effective budget control and better coordination of economic policies of the member states, in accordance with the Art. 121 of Treaty, with a aim to recognize the problem of excessive budget deficit in the early stage. Key changes in preventive measures of Stability and Growth Pact are related to greater transparency, obligation to set up medium-term budgetary objective (MBO), which must be evaluated on the basis of an overall assessment with the structural balance as a reference, including the analysis of expenditure net of discretionary revenue measures.⁸ Certainly the most significant changes in the area of preventive measures are related to increase of the effectiveness of preventive measures. Failure to comply with the agreed principles by the specific member state leads to the recommendation of the EU Council on the necessity to implement appropriate corrective actions. Failure to comply with the recommendations entails appropriate consequences. If the state is a member of EMU, failure to take action leads, according to Art. 4 Regulations no. 1173/2011, to Council

⁸ Deviation from the medium-term budgetary objective or adjustment path towards it is possible only in exceptional circumstances and only under the condition that it does not jeopardize medium-term fiscal balance.

decision which asserts that such action is lacking.⁹ Within 20 days from the adoption of such decision Commission suggests Council to bring a decision to introduce financial sanctions against a particular country. Financial sanction is reflected in interest-bearing deposit amounting to 0.2% of its GDP in the previous year.

b) Strengthening of the corrective arm. Corrective mechanism is automatically activated in the event of observed significant deviations from the MTO or the adjustment path towards it. In addition to the rule relating to budget deficit, Pact amendments introduce another criterion, which refers to the amount of public debt. The reduction of the public debt, according to the Council Regulation no. 1177/2011, shall be treated as one of the criteria for assessing the state of public finances.¹⁰ Member states of the euro area with the public debt that exceeds the reference value (60% of GDP) are required to reduce the amount by which their debt exceeds the referent value at least by 1/20 years in the next three years. If they do not, excessive deficit procedure would be applied against them. EU Council, acting in accordance with the Art.126. of the Treaty on the Functioning of the EU, decides on whether an excessive deficit exists in the state that has already been deposited interest bearing deposit or in the state where Council, on the basis of recommendation of the Commission, established a serious violation of the obligations in terms of the budget deficit, the Commission shall, within 20 days of the decision, recommend the adoption of the decision which demands from the member state to place interest-free deposits. If, nevertheless, action aimed at eliminating excessive deficit is absent, which is asserted by the Council decision, the Commission shall, within 20 days, recommend to convert the non-interest bearing deposit into a monetary penalty.

Amendments of the Stability and Growth Pact include also the introduction of the early warning system of macroeconomic imbalances, taking into account internal (indebtedness of public and private sector, developments in the

⁹ Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area, *Official Journal of the European Union*, L 306/1.

financial markets, unemployment rates and the like) and external indicators (as the current account balance, net investment position of the country, real exchange rate, price movements, etc) follow the trends in modern theory of public finance (Andjelkovic, 2009: 115). If it is concluded that a country is facing serious imbalance, Commission will prepare a detailed report on macroeconomic developments. Such report is prepared also in the case when there is a risk of the occurrence of unexpected disturbances that require detailed analysis. On the basis of detailed analysis, if Commission considers that the member state is facing an imbalance, it notifies the European Parliament, the Council and the Eurogroup. The Council, on the base of a proposal of Commission, gives recommendations to member state on the main directions of economic policy. Finally, six-pack introduces periodic surveillance over the economic policies and the state of public finances.¹¹

In an effort to overcome the consequences of the current crisis of eurozone and create an institutional framework that will prevent their occurrence in the future, institutions of the EU accepted the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (TSCG) in 2012. Its central part is the Fiscal Compact, which aims to foster fiscal discipline, notably in the euro area, building on and enhancing the reinforced SGP. Its key elements include: 1) balanced budget rule including an automatic correction mechanism and strengthening of the excessive deficit procedure, 2) The obligation of contracting parties to ensure obedience to fiscal rule at the national level, 3) Supra-national control of member states budget through strict application of the excessive deficit procedure, including the application of sanctions and control by the European Court of Justice.

1) The biggest novelty is the introduction of “golden rule” to ensure fiscal discipline among member states. Under this rule, budget of the member states should be balanced or in surplus. Unlike the revised SGP, which determined

¹⁰ Council Regulation (EU) No 1177/2011 of 8 November 2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure, *Official Journal of the European Union*, L 306/33

¹¹ Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, *Official Journal of the European Union*, L 306/12.

the obligation of member states to avoid excessive deficits, the new fiscal treaty set stricter rules since it requires a balanced budget or budget surplus. Exceptionally, adopted budget rule allows the possibility of a structural budget deficit that can not exceed 0.5% of GDP for the states where the proportion of debt to GDP exceeds 60%, or 1% for the countries with the share of debt below the reference value. The new fiscal treaty has largely taken solutions provided in the SGP. Golden budget rule is applied together with the remaining three fiscal rules, with the rules related to the amount of debt and the budget deficit already accepted by the Maastricht Treaty, and the rule of reducing public debt by 1/20 a year taken from the Regulation 1177/2011, that amended Stability and Growth Pact.

2) The application of fiscal rules at the national level. Contracting parties are obliged, at the latest one year after the entry into force of this Treaty, to incorporate balanced budget rule into the national legislation and strengthen its obedience through provisions of binding force and permanent character, preferably constitutional, or otherwise guaranteed to be fully respected and adhered to throughout the national budgetary processes. According to Article 3. of TSCG, contracting parties are obliged to take the necessary measures in order to ensure convergence to the appropriate medium-term objective. Proposition of the time frame to achieve convergence is determined by the Commission, assessing for each country the risk of sustainability. Of course, realization of these goals presuppose the existence of economic stability. To ensure adequate flexibility Fiscal Compact provides an output clause. Article 3. (3) provides a temporary exception from the rule of a balanced budget if unexpected circumstances occur, defined by the agreement as extrinsic event outside control of the signatory states.¹² In addition, each state is required to define the corrective mechanism that is automatically activated in the event of significant deviations from the implementation of the medium-term objective.¹³ If member states do not incorporate balanced budget rule and

¹² By defining exceptional circumstances as events that are extrinsic and acting outside state control, the Agreement provided that they have a significant impact on the financial position, that is they can cause serious economic consequences.

¹³ Each Member State at national level defines corrective mechanism based on the principles laid down by the Commission, particularly in relation to the nature, scope and time frame of the implementation of corrective actions.

correction mechanism into their national law, Art. 8 of TSCM, fiscal agreement provides for the possibility that member states, on the basis of the report of Commission or on its own initiative, take action before the European Court of Justice, whose decision obliges affected country to take necessary measures to comply with judgment within a specified period.

3) Supranational control of the member states budget through the strict application of the excessive deficit procedure, including the application of sanctions and control by the European Court of Justice. The most significant changes when it comes to supranational control refers to the excessive deficit procedure. State subjected to an excessive deficit procedure shall put in place a budgetary and economic partnership program, including a detailed description of the structural reforms which must be put in place and implemented to ensure an effective and durable correction of its excessive deficit. The content and format of such programs shall be defined in European Union law (article 5 TSCG). The program shall be submitted to the Commission and the Council for approval and monitoring of its implementation within the framework of multilateral surveillance provided by the SGP.

Another important novelty concerns the introduction of a quasi-automatic sanctions for states that do not meet criteria in terms of the amount of deficit. Imposition of sanctions is facilitated by introducing categories of reverse majority voting. Treaty on the Functioning of the EU (Article 126. (13)) required a qualified majority for the adoption of sanctions against a particular state, while the fiscal agreement require qualified majority for the decisions to not apply sanctions. Certainly the biggest novelty is the judicial review of compliance with the provisions of a fiscal agreement. By adopting fiscal agreement, EU Court of Justice receives a significant role in monitoring the implementing the fiscal rules. According to Art. 8 of TSCG, signatory states shall, on the basis of the Commission report or independently of this report, present the case before the Court of Justice upon estimates that signatory state has failed to fulfill obligation to include rule on budgetary balance in national legislation in accordance with Art. 3 (2) TSCG.

The Court's decision is mandatory for the parties involved, which are obliged to take appropriate measures to enforce the decision of the Court at a certain

time frame. If the signatory state, on the basis of self-assessment or the assessment of the Commission, considers that another member state has not taken necessary measures for the fulfillment of the Court decision, it may bring the case before the European Court of Justice and demand the introduction of financial sanctions on the basis of criteria established by the Commission, in accordance with the Article 260 of the Treaty.¹⁴ If the Court confirms that member state has not acted in accordance with its decision, it may be ordered to pay a lump sum or penalty in accordance with the circumstances, with the imposed sanction that can not exceed 0.1% of GDP. If sanction is imposed on the eurozone state, monetary amount has to be paid to the European Stability Mechanism; in other cases payments are made to the general budget of the European Union.

5. Conclusions

Debt crisis has exposed all the flaws of the European Union fiscal system. The fiscal system of the EU is not only underdeveloped but also mechanisms aimed at preserving the fiscal discipline of member states proved totally ineffective. Faced with the crisis, which calls into question the survival of the eurozone, EU institutions have defined a program whose basis is the reversal of the negative trends in the financial markets, primarily through the intervention of the European Central Bank, debt restructuring and support for heavily indebted countries and amending the legal framework in order to strengthen fiscal discipline of member states. Fiscal treaty not only introduces new fiscal rules in the EMU, but also imposes certain restrictions to national fiscal policies. Agreement brings following elements into the fiscal framework: budgetary „golden rule“, whose application is expected to establish fiscal discipline in the eurozone; application of the “golden rule” on a national level through debt brakes and supranational control of member states budget through strict application of the excessive deficit procedure, including application of sanctions and control by the European Court of Justice.

¹⁴ Article 260 (2) states: If the Court finds that there is an infringement it may impose a lump sum or penalty payment on the Member State concerned not exceeding the amount specified by the Commission. The payment obligation shall take effect on the date set by the Court in its judgment.

In the following period, eurozone will face two serious challenges. The first, otherwise inherent to all debt-ridden countries, refers to the consolidation of public finances and restoring economic growth. Another challenge relates to the strengthening of the institutional basis of monetary union, which would create the conditions for avoiding problems in the functioning of the monetary union, which were evident during debt crisis. Former experience tells us that in a monetary union it is not possible to simultaneously achieve fiscal sovereignty of member states, *no bail clause* and independence of the monetary authorities. Persistence in application of former solution means that in the future monetary union would be forced to sacrifice *no bail clause*, or monetary policy independence.

Of course, the takeover of debts can not proceed indefinitely, nor is it possible that monetary policy which is subordinated to fiscal policy ensure price stability. Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union limited fiscal autonomy of the member states. Should new fiscal rules prove effective it would mean achievement of the objectives in terms of fiscal discipline in a monetary union. Of course, it should be noted that institutional arrangements EMU is based on are not definitive. Starting from the experience of monetary unions in the past, it seems that the survival of the eurozone in the future depends on the willingness of member states to take steps towards establishing a fiscal union and stronger political union.

References

- Andelković, M. (2013). Uloga i značaj fiskalnih pravila u stabilizaciji javnih finansija. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 65 (LI). 181- 199
- Andelković, M. (2009). Usavršavanje metoda budžetiranja – put ka racionalizaciji javne potrošnje. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 53. 103-123
- Dimitrijević, M. (2009). Harmonizacija poreza u Evropskoj uniji – očekivanja i rezultati, *Pravo i privreda* 5-8 (XLVI). 284-295
- Eijffinger C. W. S., Haan De J. (1999). *European Monetary and Fiscal Policy*. London: Oxford University Press

Feldstein, M. (2012). The Failure of the Euro: The Little Currency That Couldn't. *Foreign Affairs* Jan/Feb. 105-116

Grauwe de P. *Економија монетарне уније*, Сремски Карловци; Нови Сад: Издавачка књижевница Зорана Стојановића

Grgić, M., Bilas, V., Šimović, H. (2006). Financijska liberalizacija, monetarna i fiskalna politika Europske unije. Ekonomski fakultet u Zagrebu: *Seriya članaka u nastajanju* 14. 1-22

Inman P. R., Rubinfeld, L.D. (1994). The EMU and Fiscal Policy in the New European Community: An Issue for Economic Federalism“, *International Review of Law and Economics*. 2 (14). 147-161

Louis, J. V. (2010). The No-bailout Clause and Rescue Packages. *Common Market Law Review* 4 (47). 971- 986

Smits, R.(1997). *The European Central Bank: Institutional aspects*, Hague: Kluwer Law International

Stark, J. (2013). Lessons from the European Crisis. *Cato Journal* 3 (33), 541-562

Šimović, H. (2005). Fiskalni federalizam u Europskoj uniji: odnosi fiskalne nadležnosti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2 (55). 449-479

Dr Srđan Golubović, redovni profesor
Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

FISKALNI ASPEKTI EVROPSKE MONETARNE INTEGRACIJE

Rezime

Povoljna ekonomska klima tokom prve decenije funkcionisanja evrozona prikrila je strukturne slabosti evropske monetarne unije, ali i nesavršenost

usvojenih institucionalnih rešenja, pre svega onih koji se odnose na fiskalnu disciplinu. One postaju vidljive sa izbijanjem ekonomske krize i nesposobnošću pojedinih zemalja članica monetarne unije da se izbore sa naraslim državnim dugom. Pokazalo se da su države sa slabim makroekonomskim performansama spremne da uživaju sve prednosti monetarne integracije, ali ne i da preuzmu odgovornost koja je ključna za funkcionisanje monetarne unije. Konkretno, to znači da pojedine zemlje članice evrozone, čak i u periodu prosperiteta, nisu bile u stanju da očuvaju zdravu fiskalnu poziciju u skladu sa pravilima evropskih fiskalnih okvira. U takvim uslovima, kupci obveznica, koje su emitovale ove države, polazili su od pretpostavke, ignorišući zabranu preuzimanja duga, da su obveznice emitovane od strane pojedinih država članica evrozone podjednako sigurne kao i obveznice bilo koje druge države članice, sa mnogo nižim nivoom zaduženosti. Time su ujedno potkopana i dva ključna instrumena koja treba da nadomeste izostanak fiskalnog ujedinjenja, a koja se odnose na zabranu preuzimanja dugova (*no bailout clause*) i zabranu finansiranja deficita država članica zaduživanjem kod centralne banke (*monetary financing prohibition*). Rezultat fiskalne nediscipline države je primena tzv. nestandardnih mera monetarne politike od strane Evropske centralne banke i uvođenje novih ograničenja Sporazumom o stabilnosti, koordinaciji i upravljanju u Ekonomskoj i monetarnoj uniji. Poseban značaj u okviru ovog Sporazuma daje se fiskalnim aspektima monetarne unije uvođenjem pravila o uravnoteženom budžetu i obavezivanjem država članica da ova ograničenja unesu u nacionalno zakonodavstvo, uz mogućnost sankcionisanja država koja ih narušavaju.

Ključne reči: Evropska monetarna unija, fiskalni sistem, Pakt o stabilnosti i rastu i Fiskalni sporazum.

Dr Nebojša Ranđelović,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Dr Predrag Jelenković,**
Rukovodilac projekta Agencije za privatizaciju
Republike Srbije

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 342.53:328.124

Rad primljen: 12.03.2014.

Rad prihvaćen: 22.04.2014.

PRAVNA REGULATIVA, ISTORIJSKI I POLITIČKI ASPEKTI LOBIRANJA – SRBIJA I DRŽAVE U OKRUŽENJU***

Apstrakt: Pojam koji etimološki znači „predvorje“, postao je osnova za politički, pravni, istorijski, sociološki fenomen koji nosi naziv lobiranje. Cilj rada je da kroz analizu pojma i izazova, regulative i iskustava, i stanja po ovom pitanju u okruženju Srbije i samoj Srbiji da sliku istorijske osnove, sadašnjeg stanja i perspektive lobiranja. Kao način sprečavanja koruptivnih procesa kroz zakonsku regulativu korišćenja spajanja i razmene uticaja, ovaj fenomen ima dugu tradiciju u zapadnim zemljama, sa svim izazovima manipulacije zakonskim mogućnostima. U radu se ukazuje i na lice i na naličja zakonske regulative lobiranja. Na kraju, daje se slika stanja u zemljama na prostoru bivše Jugoslavije, kao i na proces i napore za zakonsko regulisanje ove materije u Srbiji.

Ključne reči: lobiranje, lobisti, zakonodavstvo, Srbija.

1. Pojam i izazovi

U eri informatike, neslučenih mogućnosti komunikacije, unutar nečega što nosi naziv *informatičko društvo* i čije tokove treba da kanališe savremena država,

* necer@prafak.ni.ac.rs

** jelenko224@yahoo.com

*** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

među ekonomskim tokovima koje uslovljavaju globalne tendencije, pojam *lobiranje* je toliko odomaćen i koristi se u svakodnevnom govoru. Lobiranje se često koristi kao sinonim za pojmove i sintagme koji ponekad imaju suprotna značenja, ali sjedinjeni i ciljno tumačeni, čine logičku celinu. Kada se ovaj pojam stavi u pravne i političke okvire, onda lobiranje postaje sinonim za čitav niz postupaka i metoda kojima se u savremenom društvu definišu, usaglašavaju i ostvaruju interesi u širokom spektru političkih, državnih i ekonomskih odnosa. Lobiranje postaje generički pojam i za istomenu profesiju, ali i za novu naučnu disciplinu, koja postaje neizbežni segment lepeze savremenih društvenih nauka.

Šta je, u stvari, lobiranje? Etimološki, ovaj pojam vodi poreklo od engleske reči *lobby*, što znači predvorje, hol. Istorijski, rađanje ovog pojma može se staviti u vreme američkog predsednika Granta, kada je predvorje Kongresa postalo mesto razmene mišljenja predstavnika raznih interesnih grupa sa članovima Kongresa u cilju usaglašavanja interesa, pre odlučivanja u samom Kongresu i njihovog ostvarivanja u toku samog odlučivanja (Vilkoks, Kameron, Olt, Ejđži, 2006: 362). Lobiranje je, dakle, ostvarivanje uticaja u fazi donošenja odluka i tiče se odnosa prema zakonodavnim i izvršnim organima (Kaščelan, Krsmanović, 2012: 12). Lobiranje podrazumeva širok spektar svih aktivnosti koje imaju za cilj da se vrši uticaj na javne organe u procesima političkog odlučivanja (Kaščelan, 2006: 105). To je metod uticaja na zakonodavnu i izvršnu vlast; specifičan vid simetrične komunikacije koji se ostrvaruje između lobista i donosioca odluka (Kaščelan, 2006: 105). Ili, ako se sve navedene definicije uzmu u obzir, lobiranjem se smatra organizovano delovanje pojedinaca i interesnih grupa kojim se utičena odluke predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti, čiji je cilj da se promovišu i zaštite određeni legitimni interesi (opšti ili posebni) koje ti pojedinci i grupe zastupaju ili predstavljaju (Golubović, 2009: 113).

Lobiranje je u savremenom društvu neizbežan deo funkcionisanja političkih i ekonomskih sistema. Način njegovog postojanja, dejstva i pravnog regulisanja, po mnogim autorima, označava i nivo demokratičnosti nekog društva. Stepem demokratičnosti nekog političkog sistema može se direktno meriti otvorenošću političkih institucija i procesa političkog odlučivanja prema različitim interesima i njihovoj mogućnosti da pod što ravnopravnijim uslovima uđu u političku igru (Pavlović, 1993: 430). To navodi i na korak dalje, na

zaključak da lobiranje može biti i graničnik između demokratskih i totalitarnih režima.

Širokim analitičkim pristupom može se polemisati i o naličjima lobiranja. Ako se takva polemika stavi u kontekst filozofije Nikola Makiavelija, naličja lobiranja mogu se izroditi u antipod koristi koje ono donosi savremenom društvu. U savetima Vladaocu, Makijaveli stavlja načelo prava u odnos potčinjenosti prema interesima (Makijaveli, 2002: 24). Po mnogima, ni savremena država nije daleko odmakla od ovog pravila. Polazeći od ovakvih gledišta, otvaraju se pitanja koja iskaču iz ustaljenih etičkih okvira. Može se postaviti pitanje gde je granica između lobiranja i korupcije. Gde je granica između lobiranja i neetičkih pritisaka? Do kojih granica se može ići u usklađivanju i ostvarivanju interesa? Kakve su mogućnosti zloupotrebe zakonskih okvira unutar granica država i opšteprihvaćenih pravila na međunarodnom nivou? Na ova pitanja mogu se davati filozofski, sociološki, logički i drugi odgovori. Mogu se posmatrati i kroz prizmu političkih, ali i makro i mikroekonomskih interesa, uz prisustvo ili odsustvo pragmatizma, koji često pomera granicu između dopuštenog i nedopuštenog.

Čini se da je dobra zakonska regulativa i njeno striktno poštovanje jedini način da se, koliko je to moguće, dileme i opasnosti koje nameću postavljena pitanja, izbegnu.

2. Regulativa i iskustva

Kao polazna tačka za pravno regulisanje uglavnom se ima u vidu postojanje neformalnog (posrednog) i formalnog (neposrednog) lobiranja. Pod neformalnim lobiranjem podrazumevaju se tzv. građanske inicijative i različiti oblici učešća pojedinaca i interesnih grupa (Jelenković, Jelenković, 2012: 274) u javnom životu sa ciljem da se formiranjem mišljenja javnosti utiče na odluke predstavnika vlasti (Golubović, 2009: 13). Neformalno lobiranje¹ nije predmet posebne regulative, već je inkorporirano u skup osnovnih ljudskih prava (sloboda govora, pravo na udruživanje, javno okupljanje, pravo na peticiju vlastima itd).² Formalno lobiranje podrazumeva angažovanje profesionalnih

¹ Za neformalno lobiranje koristi se još i naziv javno zagovaranje (public advocacy).

² Po odluci Vrhovnog suda SAD kao neustavna je proglašena inicijativa Kongresa da se pravno uredi i ograniči neformalno lobiranje sa obrazloženjem da je ta inicijativa u

lobista i lobističkih organizacija i ono podleže zakonskom regulisanju. Razvijena društva i države kao njihovi reprezentanti imaju veliki interes da u ovoj oblasti pravna regulativa bude detaljna i efikasna, zbog svih antipoda realnosti lobiranja kao procesa i kao fakta. Pri tome se uzimaju u obzir svi aspekti postojanja i načina organizovanja interesnih grupa, kao i puteva za njihovo realizovanje kroz proces lobiranja.³

Po nekim klasifikacijama, u pravnom regulisanju lobiranja prepoznatljivi su regulativni i deregulativni pristup (Kaščelan et al., 2012: 18). Zemlje prepoznatljive po prvom pristupu su Sjedinjene američke države i Kanada. U SAD, zemlji sa najdužom lobističkom tradicijom, prvi pokušaj dobrog uređivanja oblasti lobiranja napravljen je Zakonom o lobiranju iz 1928. godine. Zakoni koji su zatim donošeni u SAD, uglavnom su sadržali odredbe o definisanju lobiranja, utvrđivanju subjekata lobiranja, načinu registracije lobističkih kancelarija, izveštajima o lobističkim aktivnostima, ekonomskim aspektima funkcionisanja lobističkih kancelarija, načinu prekida rada lobista, odnosu sa ostalim zakonskim propisima, odgovornosti lobista i kaznenim odredbama. Poslenji zakon SAD iz ove oblasti, Zakon o poštenom vođstvu i otvorenoj vladi iz 2007. godine, shodno navedinim principima, sadrži odredbe o mogućnosti zaposlenja bivših zvaničnika administracije, o podnošenju izveštaja, o sukobu interesa, o zloupotrebi javnog poverenja, o javnosti zakonodavnog procesa i odgovornosti članova Senata, o ograničenju korišćenja sredstava u kampanjama i o pojašnjenju odredbi i namernom falsifikovanju ili nepodnošenju izveštaja registrovanih lobista.⁴

Sličan pristup imala je i Kanada u kojoj je na snazi Zakon o registraciji lobista iz 1989. godine, sa izmenama i dopunama, od kojih su poslednje donete 2008. godine.⁵ Dopune ovog zakona bile su pretežno usmerene prema sprečavanju zloupotreba, kontroli i javnosti lobiranja.

Deregulativni pristup svojstven je zemljama Evropske unije, s tim što se samo

suprotnosti sa Prvim amandmanom kojim se garantuju sloboda govora i javnog okupljanja i pravo na peticiju organima vlasti. United States v. Rumely 345 U.S. 41 (1953).

³ U demokratskim društvima postoje dva osnovna modela delovanja interesnih grupa: pluralistički (predstavnik SAD), gde postoje labave i dobrovoljno povezane interesne grupe, često konkurentske, gde država ima neutralnu ulogu i nekorporativni model (Nemačka), gde država kanalše delovanje intersnih grupa (sindikati, verska, poslovna udruženja).

⁴ Honest Leadership and Open Governmaent Act of 2007.

⁵ Lobbying Act of Canada, 2008.

regulisanje lobiranja može posmatrati na nivou pojedinih država članica i na nivou same Unije. Razlozi za to su: stepen delegiranja nadležnosti država na Uniju i specifičan način odlučivanja na različitim nivoima. Neke zemlje su lobističke aktivnosti regulisale vladinim uredbama i skupštinskim pravilnicima (Danska, Francuska, Nemačka, Irska, Velika Britanija). Manji brojezemalja (koje nisu osnivači Unije ili su sa skorijim datumom prijema u članstvo) ovu oblast su regulisale zakonima (Poljska, Mađarska, Litvanija, Slovenija). Države koje su zakonima regulisale ovu oblast uglavnom imaju i registre lobista. Zanimljivo je, međutim, da pojedine države, koje nemaju zakonsku regulativu lobiranja imaju registre (Francuska i Švajcarska koja nije članica EU, Narodna skupština Republike Srbije, 2011).

Pomenuta iskustva i način zakonskog regulisanja imaju utemeljenje i u nivou percepcije korupcije.⁶ Takav pristup predstavlja i jedan od odgovora na prethodno postavljena pitanja, koja mogu predstavljati sliku naličja svih aspekata lobiranja. Prema ovom pristupu, postoje tri modela regulisanja delatnosti lobista: sistem niskog nivoa regulisanja, gde je nivo indeksa percepcije korupcije od 1 do 29, sistem srednjeg nivoa regulisanja, gde je nivo indeksa pecepcije korupcije od 30 do 59, i sistem visokog nivoa regulisanja, gde je nivo percepcije korupcije od 60 i više.⁷

3. Okruženje Srbije – države nastale nakon raspada bivše Jugoslavije

Države nastale nakon raspada bivše Jugoslavije pojavi, fenomenu i regulisanju lobiranja pristupile su na različite načine. Iako je Slovenija prva postala član Evropske unije, a sada taj status ima i Hrvatska, opšta karakteristika svih ovih država je tranzicija, sa svim svojim problemima i anomalijama. Ove zemlje su svoju samostalnost ostvarile kroz ratove, čije posledice i danas opterećuju njihove unutrašnje i spoljne odnose. Isprepletani problemi politike i ekonomije na svim poljima izgradnje država, političkih sistema i obnavljanja nacionalnih ekonomija, donosili su, između ostalog, i zakonske promašaje, koji su vodili

⁶ Model je dat prema istraživanju prof. Raja Čarija, direktora Instituta za centralnoevropske studije u Dablinu. B. Kaščelan, D. Krsmanović, Ekonomsko i političko lobiranje, Beograd 2012.

⁷ Postoji i disproporcija između indeksa percepcije korupcije i načina regulisanja lobiranja, kao npr. u SAD i njihovim federalnim državama.

reformama reformi. Težnja da se zakonodavstvo ujednači sa evropskim standardima, dovela je često do donošenja neprimjenjivih zakona. Ovi zakoni su zadovoljavali standarde, ali su bili u disproporciji sa društvenim i ekonomskim odnosima. Oblast lobiranja je u nekim državama regulisana zakonom, u nekim državama za to postoji dobra volja. Kratko vreme primene donetih zakona još uvek ne daje dovoljno parametara za ocenu njihove efikasnosti.

Zanimljivo je da je oblast lobiranja prva od postjugoslovenskih država zakonom regulisala Makedonija.⁸ Može se reći i da je to bio pionirski poduhvat, ako se uzme njegova disproporcija sa nagomilanim ekonomskim i političkim problemima koje ova država ima još od osamostaljenja. Ona je donela Zakon o lobiranju 2008. godine, uz poštovanje svih potrebnih standarda i prethodno sprovedenu javnu diskusiju. Kroz javnu diskusiju je definisano niz pitanja, a primetno se izdvojilo pitanje: „Da li definisane aktivnosti, koje će se smatrati lobiranjem, neće otežati slobodni pristup i učešće građana i građanskih organizacija u zakono-davnom i administrativnom procesu odlučivanja?“⁹ Problem koji nameće ovo pitanje biće prepoznatljiv i u ostalim postjugoslovenskim državama.

Makedonski Zakon o lobiranju uređuje načela lobiranja, uslove za sticanje zvanja lobiste, registraciju, vođenje Registra lobista, prava i obaveze lobista, aktivnosti koje se ne smatraju lobiranjem i nadzorne mere. Zakon je već 2011. godine pretrpeo izmene i dopune, shodno odluci Ustavnog suda Makedonije o proglašenju neustavnim pojedinih odredbi ovog zakona. Odluka Ustavnog suda ticala se baš onih problema koji su označeni pomenutim pitanjem iz javne diskusije o ovom zakonu (uslovi koje moraju da ispune fizička lica za obavljanje delatnosti lobiste i aktivnosti koje se ne smatraju lobiranjem). Inicijativu za ocenu ustavnosti podnelo je nekoliko nevladinih organizacija i udruženja građana (Narodna skupština Republike Srbije, 2011).

Slovenija oblast lobiranja nije regulisala posebnim zakonom o lobiranju, već je to učinjeno Zakonom o integritetu i sprečavanju korupcije iz 2011. godine.¹⁰ Ova država je prva od država nastalih na tlu bivše Jugoslavije postala članica EU. U taj proces je ušla sa boljim životnim standardom građana od ostalih

⁸ Zakonot za lobiranje, Sl. Vesnik na Republika Makedonija, 106/2008

⁹ Analiza na predlog Zakonot za lobiranje, Skopje 25. 3. 2008.

¹⁰ Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije, Uradni list RS, št. 69/2011.

postjugoslovenskih država i relativno dobro zaokruženim političkim i ekonomskim sistemom. Međutim, i pored toga, suočena je prvenstveno sa ekonomskom, a potom i političkom krizom. Slika navednog jeste i primena Zakona o integritetu i sprečavanju korupcije. Ovaj zakon je i pored kratkog vremena primene pretrpeo više izmena i dopuna.

Iste godine je donet i Zakon o lobiranju u Crnoj Gori, s tim što je njegova primena počela od 1. januara 2012. godine.¹¹ Nije menjan ni dopunjavan, a svako ocenjivanje njegove primenljivosti je nezahvalno, jer njegova prava primena, praktično, nije ni zaživela.

Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Srbija nemaju zakonsku regulativu u oblasti lobiranja.

4. Lobiranje u Srbiji – današnjica i perspektive

Stanje problema lobiranja i njegovih perspektiva u Srbiji otvara niz pitanja, sličnih onim sa kojima su se susretale države u okruženju, ali i specifičnih za stanje društva i regulative unutar zemlje. Na pitanje da li ustavni okviri pružaju adekvatne mogućnosti za regulisanje ove oblasti, odgovor je pozitivan. Sam Ustav omogućava neposrednu primenu prava koja su od posebnog značaja za lobiranje: slobodu govora i mišljenja, slobodu javnog okupljanja i udruživanja i pravo građana na peticiju državnim organima. Prema čl. 18. Ustava Republike Srbije jemče se i, kao takva neposredno primenjuju, ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima.¹² Prema čl. 56. Ustava, svako ima pravo da, sam ili zajedeno sa drugima, upućuje peticije i druge predloge državnim organima, organizacijama kojima su poverena javna ovlašćenja, organima autonomne pokrajine i organima lokalne samouprave i da od njih dobije odgovor kada ga traži.¹³ U garantovanju ovih prava Ustav Republike Srbije je eksplicitan. U stavu 3 člana 18. Ustava stoji: „Odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo

¹¹ Zakon o lobiranju, Sl. list Crne Gore, br. 54/11 od 17.11.2011.

¹² Ustav Republike Srbije, RS br. 37, Beograd 2006.

¹³ Isto

sprovedenje¹⁴. Mogućnosti za neposrednu primenu ovih prava, ali i za primenjiv uticaj javnosti na zakonodavni proces pruža i Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije. Ovom Poslovníkom je regulisana i institucija javnog slušanja.¹⁵ Zaštita pomenutih prava garantovana je i pratećom zakonskom regulativom i nadležnostima posebnih državnih organa (Ombudsman, Zaštitnik ravnopravnosti itd).

Postavlja se, međutim, pitanje da li je to dovoljno da se lobiranje primi kao normalni segment političkog života i sastavni deo zakonodavnog procesa. Zaštićena prava uz nedostatak posebnog zakonodavstva u oblasti lobiranja mogu pomeriti granice korisnosti i zloupotreba, o kojima je prethodno bilo reči. Politički odnosi u Srbiji i sam sistem izbora i vlasništva nad poslaničkim mandatima, ostavljaju nedorečenosti i mogućnosti za zloupotrebu. Ustav daje mogućnost poveravanja mandata političkim partijama (čl. 102. Ustava), ali je na osnovu odluke Ustavnog suda, vlasništvo nad poslaničkim mandatom dato isključivo narodnim poslanicima, čime je praktično derogiran čl. 102. samog Ustava.¹⁶ Na drugoj strani, u Skupštini nema neformalnih poslaničkih koalicija, pa nema ni mogućnosti da se poslanici različite partijske pripadnosti okupe oko jednog predloga koji zagovaraju pojedine interesene grupe ili su u skladu sa interesima pojedinih regiona.

Sve navedene odlike društvene i političke stvarnosti u Srbiji jesu i odlika postojanja neformalnog lobiranja. Ali, to nameće i pitanje gde prestaje građanska inicijativa i njeno ostvarivanje kroz proces neformalnog lobiranja i gde počinje koruptivna praksa sa svim štetnim posledicama po društvo i pojedinca. Jedan od puteva za kanalsanje pomenutih pojava i njihovo svođenje na minimum, jeste uspostavljanje mogućnosti za uvođenje formalnog lobiranja i adekvatna zakonska regulativa.

Formalno lobiranje u Srbiji nije regulisano. Postojeći propisi (npr. o zabrani konflikta interesa) nisu adekvatni da bi se u ovoj oblasti mogao primeniti deregulativni pristup, poput pojedinih primera u Evropskoj uniji. Dosadašnja praksa

¹⁴ Isto

¹⁵ Poslovník Narodne skupštine Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br 52/2010, čl. 83. i 84.

¹⁶ Utemeljenje za ovakvu odluku Ustavni sud je našao u standardima prihvaćenim u EU, na osnovu važećih međunarodnih konvencija, sa idejom da se onemogući stvaranje „partijske države“, ali je ovakva odluka omogućila odlazak u drugu krajnost i pojavu „trgovine mandatima“ i mogućnost promene skupštinske većine, što u društvima sa tranzicionim problemima može da pospeši zloupotrebe i mogućnosti za korupciju.

u ovoj oblasti, naročito u zakonodavnom procesu, očigledno odslikava potrebe društva, njegove mogućnosti, ali i opasnosti i pogubno dejstvo nepostojanja adekvatne zakonske regulative. Samo društvo je reagovalo shodno svojim potrebama. Pojam lobiranja i njegovi neformalni pojavni oblici postali su svakodnevnica. Društvo lobista Srbije postoji od 2009. godine. Na problem i moguća rešenja ukazivao je i nevladinsektor, a takođe i međunarodne organizacije.¹⁷ Slične inicijative čule su se i u Narodnoj skupštini, u kojoj je 2011. godine, na zahtev pojedinih poslanika, ali i skupštinskih tela, izvršeno istraživanje o stanju u okruženju ali i o stanju u svetu, sa komparativnim pregledom zakonskog okvira za lobiranje (Narodna skupština Republike Srbije, 2011). Tu su, međutim, državni organi zastali sa realizovanjem datih inicijativa. Čini se da je problem koji je lociran i otvoren, ponovo gurnut u stranu i da je konačno zakonsko regulisanje odloženo za neka druga vremena.

Stiče se utisak da je za regulisanje oblasti lobiranja u Srbiji nedovoljno doneti samo jedan zakon, već da je potrebno rešavanju problema upodobiti i postojeće zakonodavstvo, ali i stvoriti društvenu atmosferu, koja će omogućiti da i formalno lobiranje zaživi sa svojim pozitivnim atributima. To je jedini način da se anomalije neformalnih procesa spreče i preduprede.

Literatura

Vilkoks, D, Kameron, G, Olt, F, Ejdzhi, V. (2006). *Odnosi s javnošću: strategije i taktike*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta, Beograd.

Golubović, D. (2009). *Zagovaranje i lobiranje u parlamentu i organima izvršne vlasti: uporedna iskustva i preporuke za Srbiju*, UNDP Beograd.

Kaščelan, B, Krsmanović, D. (2012). *Ekonomsko i političko lobiranje*, Zavod za udžbenike, Beograd.

Kaščelan, B. (2006). Pravni okviri lobiranja, *Pravni život* 11 (06). 105-116.

¹⁷ Iste godine kada je osnovano Društvo lobista Srbije, na inicijativu i pod pokroviteljstvom UNDP i Evropske unije urađena je studija koja je dala uporedna iskustva i preporuke za Srbiju (dr Dr Dragan Golubović, *Zagovaranje i lobiranje u parlamentu i organima izvršne vlasti*, Beograd 2009).

Jelenković, P, Jelenković, Lj. (2012). *Odnosi s javnošću u oblasti zaštite životne sredine*, Čigoja štampa, Beograd.

Narodna skupština Republike Srbije, (2011). *Istraživanje Biblioteke narodne skupštine Republike Srbije za potrebe rada narodnih poslanika i Službe Narodne skupštine*, Z-27/11.

Pavlović, V. (1993). *Enciklopedija političke kulture – Vlast*, Savemena administracija, Beograd.

Stojanović, R. (1998). *Spoljna politika Evropske unije*, Dosije, Beograd.

Pravni izvori

Analiza na predlog Zakonot za lobiranje, Skopje 25. 3. 2008.

Zakonot za lobiranje, Sl. Vesnik na Republika Makedonija, 106/2008.

Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije, Uradni list RS, št. 69/2011.

Zakon o lobiranju, Sl. list Crne Gore", br. 54/11 od 17.11.2011.

Poslovník Narodne skupštine Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br 52, Beograd 2010.

Lobbying Act of Canada, 2008.

United States v. Rumely 345 U.S. 41 (1953).

US Gov. Honest Leadership and Open Governmaent Act of 2007,

Ustav Republike Srbije, RS br. 37, Beograd 2006.

Nebojša Randelović, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Predrag Jelenković, Ph.D.

Official Manager of the Privatization Agency,
Republic of Serbia

**Legal, Historical and Political Aspects of Lobbying in Serbia and the
Neighbouring Countries**

Summary

Lobbying is a legitimate and necessary political instrument in a democratic society. Politics is no longer a process which can be directed (in hierarchical structure) only by politicians elected to sit in Parliament or in Government. Nowadays, politics has largely become reliant on political counseling and external consultants (lobbyists) in different areas of social life (economy, science, etc.). In many developed democracies, lobbying has been institutionalized through the adoption of relevant legislation. In transition countries, in order to lay grounds for the prospective action, it would be necessary (first of all) to prepare the society for the process of introducing the concept of lobbying into the legislative framework. In that context, this initial stage may include devising a straightforward and well-prepared public relations strategy which would justify its introduction and most transparently provide for its institutionalization.

Keywords: lobbying, lobbyists, legislation, Serbia.

Dr Dejan Janićijević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.925

Rad primljen: 31.03.2014.

Rad prihvaćen: 09.04.2014.

SADRŽINA ARBITRAŽNOG SPORAZUMA – FAKULTATIVNI ELEMENTI KAO SREDSTVO ISPOLJAVANJA UGOVORNE SLOBODE**

Apstrakt: Sa razvojem međunarodnog pravnog prometa i arbitražne regulative i prakse, koji se odlikuju porastom kompleksnosti transakcija, nastaje i potreba za ustanovljavanjem mehanizama za rešavanje sporova koji iz njih proizlaze primerenih njihovim specifičnim svojstvima. Dosadašnja praksa zaključivanja arbitražnih sporazuma u vidu standardnih, jednostavnih klauzula, dovedena je u pitanje sve većom složenosti međunarodne trgovine i rastućom sofisticiranošću transakcija. Savremeni arbitražni sporazum trebalo bi zato, ne samo da učini jasnom nameru strana da određeni spor poveri arbitražnom sudu na rešavanje, već i da arbitražni postupak u što većoj meri prilagodi sadržini odnosa između strana i sporu koji je iz njega nastao ili može nastati.

Ključne reči: arbitražna, arbitražni sporazum, arbitražna klauzula, fakultativni elementi arbitražnog sporazuma.

* djanicijevic@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

1. Uvodna razmatranja (šta arbitražni sporazum mora da sadrži)

Lista obaveznih elemenata sadržine arbitražnog sporazuma veoma je kratka i svodi se na identifikaciju spora (ili pravnog odnosa iz kojeg spor može nastati) koji će se rešavati u arbitraži i označenje lica (arbitara) koja će odlučivati o zahtevima stranaka. „I najgore sastavljen arbitražni ugovor treba da ima dve stvari: opis spora i indikaciju ko će biti arbitar“ (Gold-štajn, Triva, 1987: 96)

Pored ovih obaveznih sastojaka, arbitražni sporazum može sadržati i druge elemente kojima se regulišu određena fakultativna pitanja. Kada je propušteno da se u arbitražnom sporazumu ova pitanja reše, moguće ih je rešiti na dva načina, zavisno od toga o kojoj se vrsti arbitražnog suda radi. Ako je u pitanju arbitražni sud *ad hoc*, fakultativna pitanja rešavaće se primenom supletornih normi merodavnog nacionalnog arbitražnog procesnog prava, a ako se rešavanje spora poverava institucionalnom arbitražnom sudu, posegnuće se za autonomnim pravilima arbitražne institucije.

Dakle, prvi obavezni element sadržine arbitražnog sporazuma je označenje arbitražnog spora, odnosno, pravnog odnosa iz kojeg je spor nastao ili može nastati, koji moraju biti određeni i u subjektivnoj i u objektivnoj komponenti. Spor može poticati iz svih pravnih odnosa koji mogu generisati sporove koji se po zakonu smatraju arbitrabilnim.

Identifikacija spora relevantna je samo kada je reč o arbitražnom ugovoru, budući da u momentu ugovaranja arbitražne klauzule, koji se podudara sa vremenom sklapanja glavnog ugovora, spora još uvek nema. Zato je, kada se radi o kompromisnoj klauzuli, potrebno precizirati pravni odnos iz kojeg mogu nastati sporovi koji će se rešavati u arbitraži.¹ To je najčešće onaj pravni odnos koji je nastao zaključenjem glavnog ugovora u koji je arbitražna klauzula fizički inkorporisana, a može biti i odnos koji proističe iz ugovora koji upućuje na arbitražnu klauzulu sadržanu u opštim uslovima za zaključenje pravnog posla. Iako pravila nekih institucija predviđaju mogućnost da arbitražna

¹ Naš Zakon o arbitraži govori o „sporu iz određenog pravnog odnosa ili budućem sporu“, a slične formulacije sadrže i međunarodni izvori, što govori u prilog tvrdnji da spor koji se rešava u arbitraži mora poticati iz pravnog odnosa koji je u arbitražnoj klauzuli individualizovan.

klauzula obuhvati sporove koji nastaju i iz većeg broja pravnih odnosa određenih subjekata,² univerzalna je tekovina arbitražnog prava da nije dopušteno ugovarati arbitražno rešavanje svih sporova koji bi u budućnosti mogli nastati u svim poslovnim odnosima između strana. Isto tako, arbitražna klauzula ne može se odnositi na sve sporove iz međusobnog pravnog prometa članova poslovnih asocijacija, iako se može reći da je u tom slučaju pravni odnos odrediv, odnosno, generički određen (Gold-štajn, Triva, 1987: 141).

Nužnost preciziranja spora koji će se rešavati u arbitraži, odnosno, pravnog odnosa iz kojeg spor može nastati, predstavlja sredstvo ostvarenja pravopolitičkog cilja onemogućavanja prenošenja nadležnosti za rešavanje sporova sa državnih na privatne arbitražne sudove na uopšten način i na nepreciznim osnovama.³

Drugi nužni element arbitražnog sporazuma jeste označenje lica koja će biti nosioci funkcije presuđenja u arbitražnom postupku. Obaveznost ovog elementa razvojem arbitraže sve se više dovodi u pitanje, budući da se, sa jedne strane, smatra dovoljnim predvideti i samo instituciju pri kojoj će se arbitražni sud formirati, a sa druge strane, punovažnim se smatraju i oni sporazumi čija je sadržina ograničena isključivo na preciziranje spora (ili pravnog odnosa). U takvim situacijama, strankama je omogućeno da se naknadno saglase u pogledu arbitražnog suda, ili da se za rešavanje ovog pitanja obrate nekom specijalizovanom telu,⁴ koje ih može uputiti na određenu instituciju ili pozvati da same, u određenom roku, izvrše imenovanje arbitara. Iste mogućnosti stranama su na raspolaganju i kada su one ugovorile rešavanje spora pred institucionalnim arbitražnim sudom, ali nisu precizirale sastav ovog organa (Perović, 1997: 129).⁵ U situacijama kada arbitražnim sporazumom nije određen tip arbitražnog suda koji će spor rešiti, treba

² Pravilnik Stalnog izbranog suda pri Privrednoj komori Srbije, na primer.

³ Ibid, str. 122.

⁴ Odredbom čl. IV Evropske konvencije predviđeno je da se strane u sporu mogu obratiti predsedniku nadležne trgovinske komore ili specijalnom komitetu određenom na način opisan u odredbi čl. IV st. 3 ove konvencije.

⁵ Predviđanjem ove mogućnosti i blagonaklonom praksom državnih sudova, u stvari se ispoljava stav kojim se favorizuje održavanje na snazi arbitražnog sporazuma, u čemu se ide dotle da se nedostaci u pogledu njegove sadržine zanemaruju ako je iz sadržine moguće zaključiti da su stranke imale nameru da se spor reši u arbitraži.

pretpostaviti da su strane u sporu imale u vidu povremeni arbitražni sud (Stanković, Starović, Keča, Petrušić, 2002: 123).

U daljem tekstu biće predstavljene mogućnosti strana arbitražnog sporazuma da ugovornim regulisanjem pojedinih pitanja, kao što su opredeljivanje za vid arbitraže koji će biti primenjen na rešavanje njihovog spora, omogućavanje učešća većeg broja subjekata sa položajem stranke u arbitražnom postupku, izbor i svojstva arbitara, kao i opredeljenje za merodavno pravo, arbitražni postupak u što većoj meri učine primerenim potrebama rešavanja konkretnog spora.

2. Opšte napomene o fakultativnim elementima arbitražnog sporazuma

Pored obaveznih elemenata, arbitražni sporazum može sadržavati i veliki broj fakultativnih sastojaka, pri čemu do izražaja dolazi ugovorna sloboda stranaka, koja je omeđena okvirima koje postavljaju imperativni propisi i pravila arbitražnih institucija. Čak i u slučaju postojanja ugovornih odredaba koje su protivne imperativnim propisima, u mnogim državama politika očuvanja arbitražnog sporazuma dovešće do toga da će se smatrati da problematične odredbe nisu ni ugovorene (Schwab, Wagner, Baumbach, Bosch, 1990: 49).⁶ Ako bi, pak, nekom odredbom arbitražnog sporazuma bila povređena institucionalna arbitražna pravila, arbitražna institucija mogla bi odbiti nadležnost za rešavanje spora.⁷

Lista fakultativnih pitanja koja se mogu naći u arbitražnom sporazumu praktično je neograničena. Iako se formalnopravno, u ovom smislu, ne pravi razlika između arbitražne klauzule i arbitražnog ugovora, u praksi, iz razumljivih razloga, redakcija arbitražnog ugovora (kompromisa) mnogo je iscrpnija u odnosu na arbitražni klauzulu. Popis neobaveznih elemenata arbitražnog sporazuma, između ostalog, može uključiti ograničenje važenja

⁶ U nemačkom pravu arbitražni sporazum bio bi ništav samo ako se ustanovi da ga strane bez sporne odredbe ne bi zaključile. U našem pravu primenjuje se odredba čl. 105. ZOO. prema kojoj je arbitražni sporazum ništav samo ako se ustanovi da je sporna odredba uslov i odlučujuća pobuda zbog koje je zaključen.

⁷ Prema odredbi čl. 17. Pravilnika STA, arbitražni sud može isključiti svoju nadležnost ako arbitražni sporazum sadrži odredbe koje nisu u skladu sa nadležnostima arbitražnog suda i

arbitražnog sporazuma uslovom ili rokom, određivanje sastava arbitražnog suda, detaljna pravila o sprovođenju postupka, odlučivanju i sadržini arbitražne presude, kao i njenom pobijanju, kao i odredbe o izboru merodavnog materijalnog prava, pravu trećih lica na intervenciju, uslovima dopuštenosti spajanja arbitražnih postupaka i ovlašćenju arbitražnog suda da odlučuje kao *amiable compositeur* ili *ex aequo et bono*.⁸

Pitanje sadržine konkretnog arbitražnog sporazuma od velikog je praktičnog značaja s obzirom na uticaj koji njegove odredbe mogu imati na prava i interese stranaka arbitražnog postupka.

Sa razvojem međunarodnog pravnog prometa i arbitražne regulative i prakse, koji se odlikuju porastom kompleksnosti transakcija i potrebom za ustanovljavanjem mehanizama za rešavanje sporova koji iz njih proizlaze primerenih njihovim specifičnim svojstvima, sve je evidentnija potreba ozbiljnijeg teorijskog i praktičnog sagledavanja pitanja sadržine arbitražnog sporazuma. Dosadašnja praksa zaključivanja arbitražnih sporazuma u vidu standardnih, jednostavnih klauzula, koje se, uglavnom, svode na formulaciju „svaki spor koji nastane iz ugovora biće poveren arbitražnom sudu prema pravilima određene arbitražne institucije“ dovedena je u pitanje sve većom složenošću međunarodne trgovine i rastućom sofisticiranošću transakcija. Savremeni arbitražni sporazum trebalo bi zato, ne samo da učini jasnom nameru strana da određeni spor povere arbitražnom sudu na rešavanje, već i

načelima arbitražnog postupka, odnosno, ako su zahtevi i postupanje obe stranke u toku postupka takvi da onemogućavaju normalno odvijanje arbitražnog postupka.

⁸ Odredbom čl. 47. Zakona o izmenama i dopunama ZPP (Sl. List SFRJ, 27/90), u ZPP je unesen čl. 479a, kojim se arbitražnom sudu daje ovlašćenje da, na osnovu izričite saglasnosti stranaka, odlučuje po pravičnosti. Do tada je ova mogućnost bila raspoloživa samo u međunarodnim arbitražama na osnovu odredaba ratifikovane Evropske konvencije i tada važećeg Pravilnika STA. Danas, Zakon o arbitraži RS izričito predviđa da arbitražni sud može da donese odluku na osnovu pravde i pravičnosti, i to samo ako su se stranke o tome izričito sporazumele (čl. 49). U međunarodnim okvirima, odlučivanje po pravičnosti predviđeno je odredbom čl. VII st. 2. Evropske konvencije, čl. 23. Arbitražnih pravila UNCITRAL-a i čl. 28. Model zakona UNCITRAL-a, koji pored izričitosti volje stranaka zahtevaju i da odlučivanje po pravičnosti bude dopušteno po odredbama nadležnog prava.

da arbitražni postupak u što većoj meri prilagodi sadržini odnosa između strana i sporu koji je iz njega nastao ili može nastati.⁹

3. Konsolidacija, intervencija i subjektivna kumulacija

S obzirom na porast broja poslovnih aranžmana koji obuhvataju veći broj učesnika, kao posledicu u uslozljavanju savremenog pravnog saobraćaja, i sporovi u kojima učestvuje više od dva subjekta sve se češće javljaju – naročito na međunarodnom planu. Učešće većeg broja subjekata u ugovornom odnosu, povodom kojeg je nastao spor, u značajnoj meri uslozjava situaciju u pogledu poveravanja takvog spora arbitražnom sudu na rešavanje.

Sadržajni i transakciji primereniji arbitražni sporazum, naročito kada se radi o aranžmanu koji obuhvata više od dva subjekta, trebalo bi da pokrije i čitav niz problematičnih pitanja kao što su: opredeljenje za *ad hoc* ili institucionalnu arbitražu, mesto arbitraže, broj i kvalifikacije arbitara, selektivna ili mešovita aplikacija institucionalnih arbitražnih pravila, pravila o izvođenju dokaza u arbitražnom postupku, forma i sadržina arbitražne odluke, merodavno pravo za arbitražni sporazum, spor i postupak, standardi sudske kontrole arbitražne odluke i sl.

Najznačajniji procesni instituti kroz čije se učešće više od dva subjekata sa položajem stranke u arbitražnom postupku može realizovati su: spajanje arbitražnih postupaka, subjektivna kumulacija (pandan suparničarstvu u parničnom postupku) i intervencija (mešanje). Prema preovlađujućem stavu arbitražne teorije i prakse, s obzirom na predominantan značaj principa konsesualizma, dopuštenost ovih instituta u arbitražnom postupku mora biti utemeljena arbitražnim sporazumom („Prinudna konsolidacija nanosi

⁹ Navedeni stav može se ilustrovati upotrebom termina spor u američkom pravu. Naime, ranije je bilo dovoljno u arbitražnom sporazumu navesti da se arbitražnom sudu poveravaju „...svi sporovi o pravima koji nastaju između strana...“ Međutim, počev od odluke Vrhovnog suda kojom je usvojeno gledište da Federalni arbitražni zakon SAD ne sadrži ograničenja u pogledu prava koja stranama pripadaju po samom zakonu, navedena formulacija može se odnositi i na ona prava koja strama pripadaju po ugovoru, kao i na prava koja im pripadaju po zakonu. Zato je u arbitražnom sporazumu sada, ukoliko je namera strana da samo ugovorne sporove rešavaju u arbitraži, neophodno izričito isključiti mogućnost arbitražnog rešavanja ove druge vrste sporova – videti predmet *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. (1985).

nepravdu onim licima koja odbijaju da ugovorno pristanu na višestranačku arbitražu“ – Schaeffer, 1988/1989: 498).

Dakle, kada su u pitanju pravo trećih lica na intervenciju, odnosno, dopuštenost subjektivne kumulacije ili spajanja arbitražnih postupaka, većina teoretičara arbitražnog prava smatra da tu, zapravo i ne postoji nikakav problem. Oslanjajući se na ugovornu konstrukciju arbitraže, oni smatraju da, ukoliko se stanke arbitražnog postupka nisu saglasile na subjektivnu kumulaciju, spajanje postupaka, ili intervenciju, ni državni ni arbitražni sudovi ne mogu imati ovlašćenje da ih svojom odlukom naredi. Prema njihovom argumentima, narediti spajanje postupaka ili omogućiti pridruživanje ili intervenciju bez saglasnosti inicijalnih stranaka arbitražnog postupka i lica koja će eventualno uzeti učešće u njemu, značilo bi zanemarivanje sporazuma stranaka i dovođenje u pitanje čitave konstrukcije mehanizma za rešavanje spora o kojem su stranke postigle sporazum (Red-fern, Hunter, 1991: 186; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494). To znači da, s obzirom da su ovlašćenja arbitražnog suda ustanovljena i ograničena arbitražnim sporazumom, arbitar nema pravo da naredi primenu instituta kojima se omogućava da se veći broj sporova reši u jednom postupku ukoliko se strane tih sporova eksplicitno ili implicitno sa tim nisu saglasile.¹⁰

Saglasnost na arbitražno rešavanje sporova nastalih iz višestranih ili kompleksnih ugovornih odnosa veoma se teško postiže (Dika, 1991: 111).¹¹ Teškoće su, komparativno posmatrano, veće kada se radi o složenim nego kada su u pitanju multilateralni odnosi, budući da se relacije između učesnika u prvom slučaju regulišu većim brojem odvojenih ugovora.

¹⁰ Ovaj argument ne onemogućava državnim sudovima, čija ovlašćenja nisu ograničena sporazumom stranaka, da naredi pridruživanje ili intervenciju trećih lica.

¹¹ U teoriji arbitražnog prava insistira se na razlikovanju multilateralnih i složenih (kompleksnih) pravnih odnosa, pri čemu se u prvu grupu ubrajaju konzorcijumi, *joint ventures*, višestrani sporazum o industrijskoj kooperaciji i sl, dok druga grupa obuhvata one odnose koji su međusobno povezani, ali ne i višestrani. Ovakvoj podeli može se zameriti da u sistem kompleksnog odnosa mogu ući i dvostrani i višestrani ugovori, kao i to da je i kompleksan odnos, integralno posmatrano, višestran, bez obzira što može da ga čini veći broj dvostranih odnosa (na primer, ugovori između naručioca radova i izvođača i između izvođača i podizvođača).

Kako je arbitraža dobrovoljni mehanizam za rešavanje sporova, a arbitražni sporazum instrument prenošenja jurisdikcionih ovlašćenja sa državnih na arbitražne sudove, smatra se da sva ovlašćenja arbitara potiču isključivo iz arbitražnog sporazuma (Higgins, 1991: 1542; Motomura, 1988: 38; Stipanovich, 1987: 476 – 477). Arbitar koji se suoči sa zahtevom za spajanje postupaka, ili sa problemom pridruživanja ili intervencije trećeg lica u arbitraži, pozvaće se, najpre, na odredbe arbitražnog sporazuma koje se odnose na treća lica, odnosno spajanje postupaka, ukoliko ih uopšte ima. Ovde postoje tri mogućnosti: a) da arbitražni sporazum izričito predviđa spajanje postupaka, intervenciju ili pridruživanje trećih lica u arbitražnom postupku, b) da ih arbitražni sporazum izričito isključuje i c) da arbitražni sporazum ne predviđa ništa ili je nejasan u pogledu ovih instituta (Rau, Sherman, 1995: 110 – 118).

Prva situacija, iako veoma retka, najlakša je za rešavanje – ako su stranke svojim sporazumom normirale subjektivnu kumulaciju u ma kojoj stranačkoj ulozi, ili su predvidele mogućnost konsolidacije postupaka, ili su omogućile trećim licima da intervišu pod određenim uslovima, sudovi treba samo da efektuiraju takve odredbe u sporazumu stranaka, pa dopuštenost ovih instituta ne predstavlja nikakav problem (Rau, Sherman, 1995: 110 – 111).

Druga i treća situacija, razumljivo, stvaraju mnogo veće probleme.

Kada su arbitražnim sporazumom spajanje postupaka, intervencija i subjektivna kumulacija izričito isključeni, nesumnjivo je da principi poštovanja arbitražnog sporazuma i stranačke autonomije volje nameću arbitrima i državnim sudovima dužnost da ne povrede ove eksplicitne zabrane. Međutim, iako je gotovo nemoguće opravdati zanemarivanje takve odredbe arbitražnog sporazuma, zakoni nekih država, kao što je, na primer, država Masačusec u SAD, predviđaju takvu mogućnost pod određenim uslovima (Rau, Sherman, 1995: 111).¹² Izričita formulacija arbitražnog sporazuma, kojom se navedeni instituti isključuju, mogla bi i u nekim drugim jurisdikcijama biti ignorisana

¹² *Massachusetts General Laws Anually*, poglavlje 251, odeljak 2A (West 1988).

pozivanjem na princip efikasnosti, kao i na poštovanje javnog poretka ili principa pravičnosti (Rau, Sherman, 1995: 111 – 112).¹³

Ubedljivo su najčešće situacije kada je arbitražni sporazum nem u pogledu spajanja arbitražnih postupaka, subjektivne kumulacije ili intervencije trećih lica (Rau, Sherman, 1995: 112 – 113).¹⁴ Iako se arbitri, u cilju rešavanja problema koji nastaju u ovakvim okolnostima, najčešće oslanjaju na sam arbitražni sporazum i pravila o njegovom tumačenju, primena ovih pravila, budući da su ona često nejasna ili kontradiktorna, najčešće ne predstavlja pravi put ustanovljavanja prave volje ugovornih strana (Rau, Sherman, 1995: 112 – 118). U međunarodnoj arbitražnoj teoriji i praksi trenutno je najzastupljeniji stav da se, u odsustvu izričite odredbe, smatra da strane arbitražnog sporazuma svojim ćutanjem izražavaju negativan stav u pogledu spajanja postupaka, intervencije i pridruživanja (Redfern, Hunter, 1991: 186 – 187; Rau, Sherman, 1995: 111 – 118; Stipanovich, 1987: 494) i da je za obezbeđenje dopuštenosti ovih instituta u arbitražnom postupku potrebno naknadno postići eksplicitnu saglasnost volja svih potencijalnih subjekata arbitražnog postupka. Ipak, postoje mnoga doktrinarna mišljenja prema kojima ima pravno i logički prihvatljivih argumenata za ublažavanje ovako isključivog negativnog pristupa.

4. Institucionalna ili *ad hoc* arbitraža

Učesnicima međunarodnog prometa, koji jurisdikcionu investituru za rešenje svog spora žele da povere arbitražnom sudu, na raspolaganju stoje dve opcije: institucionalna i *ad hoc* arbitraža. *Ad hoc* arbitraža se u međunarodnoj praksi najčešće sprovodi prema UNCITRAL-ovim pravilima o arbitraži, koja predviđaju da strane arbitražnog spora, uz učestvovanje u postupku u svojstvu stranaka, mogu istovremeno samostalno ustanovljavati dopunska pravila arbitražnog postupka i participirati u upravljanju njime. Ova mogućnost nameće veliki teret strankama – nužnost ostvarivanja saradnje u uslovima

¹³ Autori primećuju da su mnogi sudovi američkih federalnih jedinica usvojili ovakav pristup, iako se isto ne može reći i za federalne sudove SAD.

¹⁴ Razlog ovome često je nemogućnost anticipiranja ko sve mogu biti potencijalno zainteresovana lica.

postojanja nesaglasnosti i suprotstavljenih pozicija, koji, po prirodi stvari, otežavaju bilo kakvu komunikaciju između njih.

Iz tog se razloga, u uslovima međunarodnog poslovanja, institucionalna arbitraža, koju odlikuju izgrađena praksa arbitražnih institucija i postojanje definisanih administrativnih okvira za sprovođenje postupka i pratećih aktivnosti, čini se kao mnogo logičniji izbor, koji se realizuje arbitražnim sporazumom.

Neki autori smatraju da sve prednosti institucionalnih arbitraža ipak ne opravdavaju znatno veće troškove koje one izazivaju, kao i da se nedostaci *ad hoc* arbitraža sve više otklanjaju (Paunović, 1997: 58). Isto tako, arbitražna odluka, koja se donese pod okriljem renomirane arbitražne institucije, imaće veću izglednost priznanja zahvaljujući reputaciji institucije. Zbog toga je, prema nekim autorima, u međunarodnoj arbitražnoj areni, istinski problematično ne pitanje opredeljenja između *ad hoc* arbitraže i institucionalne arbitraže, već pitanje izbora arbitražne institucije kojoj će se poveriti rešavanje međunarodnog trgovinskog spora (Carbonneau, 2003: 1207).

Ključni kriterijumi u pogledu izbora arbitražne institucije u međunarodnoj arbitraži najčešće se odnose na dostupnost arbitražnog foruma, troškove postupka i kvalitet institucionalnih usluga. S obzirom na konstantno uvećanje broja institucija koje se, između ostalog, bave i pružanjem usluga arbitražnog rešavanja sporova, mogućnosti izbora za poslovne subjekte postaju sve veće. Pored tradicionalnih nosilaca delatnosti pružanja pravne zaštite na međunarodnom arbitražnom planu, kao što su Međunarodna trgovinska komora, Londonski sud međunarodne arbitraže, Američka arbitražna asocijacija i dr, učesnici međunarodnog prometa imaju mogućnost opredeljenja i za čitav niz novih – opštih ili specijalizovanih institucija. Tako, na primer, Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova, Interamerička komisija za arbitražu, Svetska organizacija za intelektualnu svojinu, kao i mnoge druge institucije, svojim korisnicima nude usluge alternativnog rešavanja sporova.

Troškovi arbitražnog postupka mogu biti značajan faktor opredeljivanja za jednu ili drugu arbitražnu instituciju. Stoga bi analiza troškova i koristi

(*cost-benefit*) trebalo da bude jedan od nužnih koraka prilikom opredeljivanja za određenu arbitražnu instituciju. Praksa pokazuje da je arbitraža koju administrira Međunarodna trgovinska komora najskuplji vid arbitraže.¹⁵ Međunarodna trgovinska komora, sa svoje strane, snažno se protivi svojoj karakterizaciji kao najskuplje arbitražne institucije, ističući da ukupna suma plaćena prilikom inicijacije arbitražnog postupka pred organima ove institucije iznosi manje od sume koju bi stranke platile ako bi se naknada određivala prema broju sati angažovanja institucije u slučaju dugotrajnih arbitraža.

Možda najvažniji kriterijum koji treba imati u vidu prilikom izbora između različitih arbitražnih institucija predstavljaju njihova arbitražna pravila, koja treba dobro proučiti u cilju ustanovljavanja koja od njih više odgovaraju potrebama stranaka (Kerr, Smit, 2002: 41).

Kada je reč o multilateralnim sporovima, iako su višestrani i kompleksni ugovori već postali uobičajena praksa savremenog međunarodnog pravnog prometa, oni i dalje predstavljaju problematično doktrinarno i praktično pitanje. U kontekstu arbitražnog rešavanja sporova koji iz ovakvih ugovora mogu nastati, rešenje za mnoga sporna pitanja prevashodno se traži u što detaljnijoj redakciji arbitražnog sporazuma, kojom se nastoje predvideti sve moguće problematične situacije. Tako i Vodič o višestranačkoj arbitraži prema pravilima Arbitražnog suda MTK¹⁶ preporučuje da „kada učesnici u projektu žele unapred da predvide da će svaki spor koji nastane između svih, ili samo nekih od njih, biti rešen od strane jednog arbitražnog tribunala u jedinstvenom arbitražnom postupku, one to treba i da predvide u sporazumu.“ Ipak, praksa pokazuje da se ni najiscrpnijom arbitražnom klauzulom ne mogu obuhvatiti svi potencijalni problemi. Tome svedoči i slučaj *Euro-Disney*¹⁷ u kome je arbitražna klauzula bila sastavljena na četiri strane kucanog teksta, pa su se ipak pojavila pitanja koja njome nisu bila obuhvaćena.

¹⁵ Jula 2003. godine Međunarodna trgovinska komora revidirala je svoja pravila o administrativnim troškovima i naknadama za arbitre. Prema novim pravilima i troškovi i naknade uvećani su u odnosu na prethodni period.

¹⁶ *ICC Guide on Multiparty Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*, ICC Publication, br. 404, 1982. godina.

¹⁷ Odluka Vrhovnog administrativnog suda Francuske donesena je 6. marta 1986. godine – Ass, Rev. Arb, 1992. godina, str. 397.

U situacijama kada arbitražnim sporazumom neko pitanje nije normirano doći će do primene arbitražnih pravila određene institucije.

Strankama institucionalne arbitraže najčešće na raspolaganju stoji mogućnost ugovorne modifikacije institucionalnih arbitražnih pravila. Međutim, iako je nesporno da se pravila nekih institucija mogu modifikovati, prilagođavati potrebama rešavanja konkretnog spora i kombinovati radi uspostavljanja najprihvatljivijeg pravnog okvira za sprovođenje arbitražnog postupka, preterane izmene institucionalnih pravila mogu dovesti do mnogobrojnih administrativnih poteškoća. Zato je možda najjednostavnije i najpraktičnije rešenje za stranke da se pouzdaju u profesionalizam arbitražnih institucija i arbitara i da veruju da će oni biti u stanju da arbitražni postupak prilagode potrebama rešavanja konkretnog spora, ukoliko za tim nastane potreba.

5. Izbor i profesionalna odgovornost arbitara

Selekcija arbitara predstavlja možda najproblematičniji aspekt arbitraže, koji je svojstven i arbitražnom sporazumu, budući da se ovim instrumentom, između ostalog, može predvideti i sastav arbitražnog suda i način imenovanja njegovih članova (Bishop, Reed, 1998: 14; Carter, 1994: 5). Izbor pravog arbitra od ključnog je značaja za efikasnost arbitraže i kvalitet odluke kojom će ona rezultirati.

Arbitražnim sporazumom mogu se ustanoviti mnoga pravila koja se odnose na arbitražni sud i arbitre, kao što su ona o sastavu arbitražnog suda, proceduri imenovanja arbitara, načinu izbora predsednika arbitražnog veća, iznosu naknada za rad arbitara, njihovim neophodnim kvalifikacijama i sl.¹⁸

Pored toga, stranke se mogu saglasiti i u pogledu minimalnih kvalifikacija svih potencijalnih arbitara. U sporazumu o međunarodnoj arbitraži, one se mogu sporazumeti da svaki arbitar, bez obzira na to ko je ovlašćen da ga imenuje (stranke, arbitražna institucija ili državni sud), treba da poznaje određeni jezik ili da ima odgovarajuća znanja iz nekog određenog nacionalnog procesnog prava. Arbitražna institucija će u ovim slučajevima potvrditi imenovanje samo

¹⁸ Našim Zakonom o arbitraži imenovanje arbitara regulisano je odredbom čl. 17.

onih arbitara koji zadovoljavaju minimum postavljenih standarda. Svrha ovakvih odredaba je unapređenje funkcionalnosti arbitražnog postupka.

U kontekstu višestranačkih arbitraža, pitanje imenovanja arbitara ima naročito veliki značaj, i predstavlja možda najozbiljniji problem arbitražnog rešavanja višestranih, odnosno kompleksnih sporova u kojima učestvuje veći broj lica. Kako je ravnopravnost stranaka arbitražnog postupka u pogledu imenovanja arbitara jedan od ključnih principa arbitražne procedure, veoma je teško konstruisati mehanizam kojim bi se obezbedilo da veći broj lica ravnopravno participira u određivanju nosilaca funkcije presuđenja, ali i da sama procedura imenovanja zadrži svojstva funkcionalnosti i efikasnosti. Problem se eksponencijalno usložnjava mogućnošću da treća lica učešće u postupku uzmu naknadno – nakon što je postupak između inicijalnih stranaka već započet, a arbitražni sud konstituisan. Isto tako, u ovim okvirima nameće se i pitanje da li je moguće spajanje arbitražnih postupaka pokrenutih pred različitim arbitražnim sudovima, i kakav će biti sastav arbitražnog suda koji će odlučivati u jedinstvenom postupku.

Odgovori na ova, kao i na mnoga druga pitanja vezana za imenovanje arbitara, samo u idealnom slučaju mogu se naći u arbitražnom sporazumu. Ipak, kako u praksi to najčešće nije slučaj, pitanja vezana za imenovanje arbitara i konstituisanje arbitražnog suda u višestranačkim arbitražama zahtevaju detaljniju analizu.

Strane arbitražnog sporazuma imaju mogućnost ugovaranja odredaba koje se odnose na profesionalnu odgovornost arbitara (Bristow, 2000: 15; Guzman, 2000: 1279). Ovakve ugovorne odredbe, međutim, gotovo da su besmislene u mnogim pravnim sistemima, budući da se arbitri, kao i sudije državnih sudova, prema imperativnim propisima, smatraju imunim od optužbi koje se odnose na profesionalnost u obavljanju funkcije suđenja (Lew, 1990: 128). U drugim državama, pak, iako se arbitri mogu pozivati na odgovornost, ova mogućnost je ograničena isključivo na profesionalne zloupotrebe i u praksi se pretežno odnosi na nemar prilikom obavljanja funkcije. Pokušaji da se ove zakonske ili precedentne odredbe modifikuju i uvedu drugačiji standardi profesionalne odgovornosti arbitara samim arbitražnim sporazumom, verovatno bi rezultirali nemogućnošću pronalaženja ličnosti koja bi preuzela funkciju

arbitra, pošto je vrlo malo verovatno da bi se potencijalni arbitri odrekli svog imuniteta od profesionalne odgovornosti (Redfern, 1997: 120 – 121).

Nepostojanje profesionalne odgovornosti arbitara, ipak, nastavlja da frustrira i ugrožava interese stranaka arbitražnog postupka. Nedelotvornost ugovornih barijera, u sticaju sa nepostojanjem stroge sudske kontrole, arbitra čine praktično svemogućim, a stranke potpuno zavisnim od njegove percepcije prava, pravde, pravičnosti i profesionalnih dužnosti. „Izabravši arbitražu svoju sudbinu ste predali arbitrima... ovo pravilo vremenom mora da postane anahronizam.“ (Mitrović, 1996: 26). Mogućnost izbora praktično se svodi na to da stranka ili veruje arbitru i nada se najboljem, ili da mu postavi određena ograničenja čije bi prekoračenje, u najboljem slučaju, moglo dovesti do vraćanja dela naknade pod određenim okolnostima.

6. Merodavno pravo

Pitanje merodavnog prava veoma je bitno rešiti arbitražnim sporazumom, i to prevashodno u cilju otklanjanja opasnosti od nejasnoća i nedoumica do kojih bi u suprotnom moglo doći.¹⁹ Odredbama o izboru prava potrebno je predvideti pravo po čijim će se odredbama tumačiti arbitražni sporazum, kao i merodavno materijalno i procesno pravo. Arbitražnim sporazumom moguće je definisati i domen primene arbitražnih pravila institucije pod čijim će se okriljem voditi arbitražni postupak. Pitanja izbora prava od posebnog su značaja za međunarodnu arbitražu, gde je problem nepostojanja jednoznačne određenosti pravnog režima, kojem će se arbitri povinovati prilikom rešavanja sporova, naročito izražen. Ugovorne strane međunarodne transakcije trebalo bi da izbor merodavnog prava učine prilikom zaključenja glavnog ugovora – u okviru arbitražne klauzule, budući da je u pogledu ovih pitanja naročito teško postići saglasnost nakon nastanka spora.

Postoje sistemi u kojima zakonske odredbe derogiraju ma kakav sporazum kojim se stranke opredeljuju za primenu određenog prava (Cordero, 1999: 23). Sa druge strane, na međunarodnom arbitražnopravnom planu kreirani su brojni akti i sistemi normi nacionalno-neutralnog karaktera koje učesnici međunarodnog trgovinskog prometa mogu optirati kao pravo merodavno za

rešavanje sporova. Takva svojstva imaju, na primer, *lex mercatoria* (Gaillard: 2001: 59 – 61), Konvencija Ujedinjenih Nacija o međunarodnoj prodaji robe,²⁰ UNIDROIT principi ili sistem pravila UNCITRAL-a.

Pitanje izbora merodavnog prava u arbitražnom postupku sa većim brojem učesnika sa položajem stranke dodatno se usložnjava samom činjenicom da saglasnost treba postići između većeg broja lica, koja, kao svoj neposredni interes, mogu videti primenu različitih sistema pravila, kao i mogućnošću naknadnog pridruživanja, odnosno, intervencije trećih lica koja će steći položaj stranke i učestvovati u postupku koji će se voditi po pravilima na čiju primenu ona nisu prethodno pristala.

7. Zaključak

Pitanje sadržine konkretnog arbitražnog sporazuma od velikog je praktičnog značaja s obzirom na uticaj koji odredbe ovog instrumenta mogu imati na prava i interese stranaka arbitražnog postupka.

Sa razvojem međunarodnog pravnog prometa i arbitražne regulative i prakse, koje, između ostalog, odlikuje i rastuća kompleksnost transakcija, koju prati potreba za ustanovljavanjem mehanizama za rešavanje sporova koji iz njih proizlaze primerenih njihovim specifičnim svojstvima, sve je evidentnija potreba ozbiljnijeg teorijskog i praktičnog sagledavanja pitanja sadržine arbitražnog sporazuma. Dosadašnja praksa zaključivanja arbitražnih sporazuma u vidu standardnih, jednostavnih klauzula, koje se, uglavnom, svode na formulaciju „svaki spor koji nastane iz ugovora biće poveren arbitražnom sudu prema pravilima određene arbitražne institucije“ dovedena je u pitanje sve većom složenošću međunarodne trgovine i rastućom sofisticiranošću transakcija. Savremeni arbi-tražni sporazum trebalo bi zato, ne samo da učini jasnom nameru strana da određeni spor povere arbitražnom sudu na rešavanje, već i da arbitražni postupak u što većoj meri prilagodi sadržini odnosa između strana i sporu koji je iz njega nastao ili može nastati.

¹⁹ Odredba čl. 50. Zakona o arbitraži RS reguliše izbor merodavnog prava.

²⁰ Konvencija donesena 11. 4. 1980. godine, U.N. Doc. A/Conf. 97/18.

Literatura

- Goldštajn, A, Triva, S, (1987), *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb
- Perović, J. (1997), *Punovažnost ugovora o arbitraži*, Međunarodna privredna arbitraža – stanje i perspektive, Beograd
- Stan-ko-vić, G, Sta-ro-vić, B, Ke-ča, R. i Pe-tru-šić, N, (2002), *Ar-bi-tra-žno pro-ce-sno pra-vo*, Niš
- Schwab, K, Wagner, G, Baumbach, A, Bosch, W. (1990)– *Schiedsgerichtsbarkeit*
- Schaeffer, E. (1988/1989), *Compulsory Consolidation of Commercial Arbitration Disputes*, Saint Louis Univ. L. J, br. 33
- Red-fern, A, Hun-ter, M. (1991), *Law and Prac-ti-ce of In-ter-na-ti-o-nal Com-mer-cial Ar-bi-tra-tion*
- Rau, A, Sher-man, E. (1995), *Tra-di-tion and In-no-va-tion in In-ter-na-ti-o-nal Ar-bi-tra-tion Proce-du-re*, Tex. Int'l L.J. br. 30
- Stipanovich, T. (1987), *Arbitration and Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions*, Iowa L. Rev, br. 72
- Dika, M. (1991), *Višestranačka trgovačka arbitraža – suparničarstvo i miješanje trećih osoba*, Arbitraža i poduzetništvo, Zagreb
- Hig-gins, C. (1991), *Interim Measures in Transnational Maritime Arbitration*, Tul. L. Rev, br. 65
- Motomu-ra, H. (1988), *Arbitration and Collateral Estoppel: Using Preclusion to Shape Procedural Choices*, Tul. L. Rev, br. 63
- Paunović, M. (1997), *Ad hoc arbitraža kao sredstvo rešavanja međunarodnih privrednih sporova u savremenim uslovima*, Međunarodna privredna arbitraža – stanje i perspektive, Beograd
- Carbonneau, T. (2003), *The Excercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, Vand. J. Transnat'l L, br. 36
- Craig, L, Park, W, Paulsson, J. (1999), *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1999. godina
- Kerr, J, Smit, H. (2002), *Comparison of International Arbitration Rules*

Bishop, D, Reed, L. (1998), *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, Arb. Int'l, br. 14

Carter, J. (1994), *The Selection of Arbitrators*, Am. Rev. Int'l Arb., br. 5

Bristow, D. (2000), *The Gathering Storm of Mediator and Arbitrator Liability*, Disp. Res. J, br. 55

Guzman, T. (2000), *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules*, Duke L. J., br. 49

Lew, J. (1990), *The Immunity of Arbitrators*, 1990. godina

Redfern, A. (1997), *The Status of Arbitrators – duties and responsibilities*, Međunarodna privredna arbitraža – stanje i perspektive, Beograd

Mitrović, D. (1996), *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Beograd

Cordero, G. (1999), *International Commercial Arbitration: Party Autonomy and Mandatory Rules*

Gaillard, E. (2001), *Transnational Law: A Legal System or Method of Decision Making?*, Arb. Int'l, br. 17

Dejan Janićijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**The Content of Arbitration Agreement:
Facultative Elements as an Instrument for
Exercising Contractual Freedom**

Summary

The content of an arbitration agreement is of great practical importance, given the effect its provisions may have on the rights and interests of the parties in the arbitration proceedings. Beside the mandatory elements, an arbitration agreement may include numerous facultative provisions, where parties

express their contractual freedom, limited only by the imperative law and institutional arbitration rules. Even in cases when contractual provisions are contrary to the imperative law, in many states, the policy of maintaining arbitration agreement would result in ignoring the problematic provisions. The list of facultative elements of an arbitration agreement is practically limitless; among other elements, it may include: time limitations on the validity of an arbitration agreement; determinations referring to the composition of the arbitration tribunal; detailed rules pertaining to the procedure, decision-making processes and content of the arbitration award as well as its annulment; provisions on the choice of law; the right of third parties to intervene; joinder, consolidation and the authority of arbitration tribunal to decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono*.

The development of international commerce as well as arbitration legislature and practice, featuring transactions of ever-increasing complexity, have brought about the need to establish dispute resolution mechanisms modulated according to their specific characteristics. The customary practice of concluding arbitration agreements in the form of standardized and simple clauses is being challenged by the growing complexity of international trade. Therefore, not only should a modern arbitration agreement clearly demonstrate the parties' intent to submit a dispute to arbitration but it should also conform the arbitration procedure (as much as possible) to the content of the parties' relationship and the dispute that has emerged or may arise thereof.

Keywords: arbitration, arbitration agreement, arbitration clause, facultative elements

Dr Suzana Medar,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 340.112

Rad primljen: 31.03.2014.

Rad prihvaćen: 05.05.2014.

OPSEG LOGIKE U TUMAČENJU PRAVA**

Apstrakt: U opštoj hermeneutici se, neretko, pravna hermeneutika, odnosno tumačenje prava, uzima za oglednu. Sa druge strane, pravna hermeneutika je plodno „tle“ za prenošenje i dalji razvoj opštih filozofskih „strujanja“. To se vidi na proučavanju jezika u pravu i pravne logike. Tradicionalnoj, odnosno formalnoj logici tumačenje, pravo „duguje“ osnovne zakone, odnosno aksiome mišljenja, koji dovode do istinitog saznanja. Šezdesetih godina 20. veka oživljava stara, dijalektička logika koja izvodi zaključke na osnovu samo verovatnih premisa. To je bio dovoljan „impuls“ za nastanak nove teorije o argumentaciji, kao problemskom mišljenju i topike, koja se bavi „opštim mestima“, odnosno izvorima ili temeljima iz kojih se dobijaju argumenti. Najznačajniji predstavnici argumentativne, odnosno topičke misli u pravu su Haim Perelman i Teodor Fiveg. Kod niza pravnih autora, klasični metodi tumačenja zamenjuju se daleko brojnijim argumentima, čime se proširuje prostor za stvaralačku ulogu tumača. Argumentacija i topika uglavnom odolevaju savremenim prigovorima sa pozicija sistematskog, odnosno aksiomatsko-deduktivnog mišljenja ili shvatanjem da topika ima svoje mesto u pravnom rasuđivanju i pored sistematskog karaktera prava ili, čak, proglašavanjem argumentacije i topike univerzalnim rešenjem za sve pravna pitanja pa i Gordijev čvor između prirodnog i pozitivnog prava.

Ključne reči: Hermeneutika, tumačenje prava, jezik prava, formalna logika, retorika, argumentacija, dijalektička logika, topika.

* medars@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, br.01-1523/24-2013, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013-2018. godine.

1. Tumačenje prava kao deo opšte hermeneutike

Sve humanističke nauke zasnivaju se na tumačenju tekstova. Upravo metodološki dualizam između prirodnih zakona, koji su deskriptivni, i društvenih pravila, koja su normativna, dovodi do odvajanja prirodnih i društvenih nauka. Za prve je karakterističan metod objašnjenja, za druge, metod razumevanja, koji se sastoji u tumačenju smisla. Za Diltaja je hermeneutika postala specifičan metod razumevajućih duhovnih nauka, koje je on oštro odvojio od deduktivno-nomoloških, objašnjavalačkih, prirodnih nauka. „Čovečanstvo bi, shvaćeno u opažanju i saznavanju, za nas bilo samo fizička činjenica, i kao takvo bilo bi pristupačno samo prirodno-naučnom saznanju. Kao predmet duhovnih nauka javlja se ono samo ukoliko se ljudska stanja doživljavaju, ukoliko ona dolaze do izražaja u životnim ispoljavanjima, i ukoliko se ovi izrazi razumevaju“ (Diltaj, 1980: 127).

U trijadnoj hermeneutičkoj fenomenologiji „Hegela hermeneutike“, Emilija Betija, posebno mesto zauzima normativno tumačenje, koje pokriva oblast jurističkog i teološkog. Za razliku od kontemplativnog usmerenja istorijske interpretacije, tumačenje pravnika i teologa ima usmeravajući, odnosno normativni zadatak. „Da primena prava iziskuje tumačenje zakona, usmereno prema sadašnjosti i današnjem društvu, to nužno proizlazi iz određenja svrhe prava kao poretka zajedničkog života jedne ljudske zajednice“ (Beti, 1988: 111-112). Betijevo delo je primer visokog vrednovanja pravne interpretacije u okviru opšte hermeneutika. Pravna hermeneutika je nesumnjivo sastavni deo opšte hermeneutike u kojoj je oduvek imala veliki značaj. „Zaista, nema nikakve sumnje da je pravna hermeneutika nerazdvojan sastavni deo celokupne hermeneutike, da je u ovoj oduvek igrala krupnu ulogu, da su njeni koreni duboki i da sežu do antičkih dubina evropske duhovnosti“ (Basta, 1990: 88). Za Betija je, pak, karakteristično da začetke svojih opštih hermeneutičkih kanona nalazi upravo na području prava, i to civilnog prava. Tako je on, posezanjem za istorijskom podlogom hermeneutičkih kanona, pokazao vrednost pravnog hermeneutičkog iskustva za nastanak i uobličavanje opšte teorije tumačenja.

Na složenost tumačenja uopšte, ukazuju davnašnji pokušaji gde se „hermeneutički problem ovako raščlanjivao: Razlikujemo *subtilitas intelligendi*, razumevanje, i *subtilitas explicandi*, tumačenje, a u doba pijetizma je ovome dodat i treći član: *subtilitas applicandi*, primjena“ (Gadamer, 1978: 341). Tumačenje prava je, takođe, jedno od najsloženijih i najsuptilnijih pitanja opšte pravne teorije i filozofije prava, čija važnost proizlazi iz toga što se u njemu ostvaruje međuzavisnost između pravne teorije i pozitivnopravnih disciplina, s jedne strane, kao i između njih i praktične primene prava, s druge strane. Praktični značaj tumačenja prava je u tome što ono finalizuje pozitivnopravnu regulativu čineći je spremnom za neposrednu primenu. Po Viskoviću, „tumačenje djeluje u svim fazama primjene pravne norme – od prepoznavanja pravno relevantnog odnosa, preko izbora pravne norme i utvrđivanja činjenica i normativnih kvalifikacija, do obrazloženja nove normativne radnje“ (Visković, 1989: 145).¹

2. Sredstva tumačenja prava

Tumačenje prava kao delatnost utvrđivanja pravog, odnosno istinitog značenja pravne norme, može se deliti po različitim kriterijumima. Među njima su predmet tumačenja, motivi i ishodi tumačenja i s njima povezani tvorci tumačenja odnosno interpretatori, suština i cilj tumačenja i u teoriji najviše zastupljen kriterijum sredstava tumačenja prava.

¹ Problem tumačenja se ne postavlja samo u oblasti primene prava. On se upravo javlja ranije, pri samom donošenju pravnih normi. Uzmimo za primer norme, odnosno pravila zakona. Već prilikom njihovog izglasavanja u zakonodavnom telu „izbija“ određeni smisao. On se iznalazi kroz borbu mišljenja u jednom višestranačkom zakonodavnom telu i materijalizuje putem pisma. Znaci tog pisma su već tu ispunjeni određenim značenjskim sadržajem i upravo to treba da nas rukovodi pri kasnijoj primeni prava. Čini se da tumač mora, pa i nezavisno od relacije subjektivno-objektivno u tumačenju, da „gravitira“ tom utisnutom smislu, da ga shvati kao Aristotelovu entelehiju, dakle nešto čemu se teži. Neka nam metaforu potkrepi i Radbruch, po kome svako ljudsko delo može da se shvati samo iz sopstvene ideje, pa tako „pravnonaučno razumevanje...posebno znači: usvojiti pravo kao ostvarenje pojma prava, tj. kao datost čiji je smisao da ostvari ideju prava, tj. kao pokušaj ostvarenje ideje prava“ (Radbruch, 1980:150). Postoje, pri tome, tri vida ideje prava: pravda, svrsishodnost i pravna sigurnost.

Moguća je i šira kvalifikacija tumačenja prava: „Svako tumačenje koje prevazilazi konstatovanje propisa i njegovog doslovnog teksta (ili konstatovanje običaja), dakle svako

U domaćoj pravnoj teoriji postoji visoki stepen saglasnosti u pogledu sredstava tumačenja prava. Zato im Vračar, u okviru svoje sistematske metodologije, diferencirane po stepenu opštosti i prihvatljivosti na metodološke osnove, methodske postupke i methodske instrumente, daje svojstvo ovih poslednjih: „Znanja o *metodskim instrumentima* su nekako najviše tehničkog karaktera, pa zato svuda, više ili manje, dobijaju isti izgled i način upotrebe...Zato, recimo, sredstva tumačenja pravnih propisa svuda se podjednako tretiraju“ (Vračar, 2000: 233). U sredstva tumačenja se uobičajeno ubrajaju: jezik, logika, sistem, istorija, i najzad, cilj norme. U postupku tumačenja, najpre se upotrebljava jezik kao sredstvo tumačenja, odnosno vrši se jezičko tumačenje. Jezik je nesumnjivo osnovno sredstvo tumačenja, dok su ostala u izvesnom smislu sporedna jer služe samo ispravljanju jezičkog smisla. Ostala četiri sredstva se mogu podeliti u dve grupe. Prvu grupu čini u osnovi logika, bilo kao logika u užem smislu ili kao logika sistema prava, te se tako dobijaju logičko i sistematsko tumačenje. Ova sredstva se mogu svrstati u unutrašnja, jer se sastoje samo od elemenata prava samog. „Druga dva sredstva su spoljašnja, jer se svode na sociološka ispitivanja i sastoje se u utvrđivanju društvenih okolnosti svih vrsta koje su uticale na donošenje norme, odnosno na njen cilj. Tako se dobijaju druga dva tumačenja: istorijsko i ciljno“ (Lukić, Košutić, 2008: 272). Pre nego što se pozabavimo logičkim tumačenjem, reći ćemo ponešto i o jeziku kao sredstvu tumačenja. Ova privilegovanost proizlazi barem iz dva razloga: jedan je pomenuta primarnost jezika u odnosu na ostala sredstva interpretacije, a drugi, srodnost jezičko-analitičkog pravca pravne teorije sa istraživanjem logike u pravu i pravne argumentacije.

„Jezik prava“ čini jedan značenjski sistem u koji ulaze „svi opštevažeći znaci i semantička, sintaktička i pragmatika pravila njihove upotrebe², kojima se vodi

istinsko tumačenje, više je nego puka primena prava, ono je nalaženje prava“ (Kaufman, 1998: 161).

² Radi se o semiotici „kao nauci koja se bavi svim znakovnim sistemima i ima tri područja: sintaktiku, semantiku i pragmatiku“ (Šijak, 2001: 213).

„Sintaksa, dakle, treba da znači: povezanost znakova s drugim znakovima, semantika: povezanost znakova s predmetima čije se označavanje ustvrđuje, i pragmatika: situacijska povezanost u kojoj učesnici svagda koriste znakove. Može se konstatovati da u praksi mišljenja koja nam je danas uobičajena sintaktičko-semantički aspekt većinom uživa prednost. Sintaksa se shvata pomoću semantike, dok pragmatika fungira samo kao sredstvo za nevolju da bi se recimo ispravile preostale nesuglasice“ (Fiveg, 1987: 130).

pravna komunikacija“ (Visković, 1989: 24, 45). Lukić deli jezičko tumačenje prema glavnim elementima jezika na leksičko (rečničko), gramatičko, sintaksičko i interpukcijsko tumačenje. Jezik prava je podsistem opšteg jezika ali i „jedan *specijalni i tehnički sociolekt*, koji se po mnogim osobinama razlikuje od standardnog općeg jezika i od drugih jezičkih podistema“ (Visković, 1989: 26). Jezik prava, kao jezik autoritativne kontrole društvenog ponašanja, s pretnjom državne sile protiv prekršoca, je „formaliziran jer je *jezik vlasti i izvanjske prisile*, kojim se nameću uvjeti opstanka konfliktnih društvenih grupa“ (Visković, 1989: 103). Usled toga se u pravnoj oblasti javljaju pokušaji stvaranja bar izvesnih elemenata veštačkog pravnog jezika, odnosno posebnih termina za označavanje najvažnijih pravnih pojava.

Filozofija druge polovine 19. veka i 20. veka „stoji u znaku obrata: od filozofije svijesti, povijesti, svrhovitosti, metoda itd. ona se sve više okreće pitanjima jezika“ (Babić, Kramarić, 1987: 317). Radi se o tzv. analitičkoj filozofiji gde se analiza shvata kao „čista“ delatnost sa jezikom i u tom smislu, kao antiteza tradicionalnoj, metafizičkoj filozofiji.

Ovaj opšte-filozofski impuls neočekivano se kasno i slabo³ reflektuje u pravnoj teoriji i filozofije, naime tek od sredine 20. veka. U posleratnoj Evropi najpre se javlja italijanska normativno-analitička teorija prava. U njoj prednjači Norberto Bobio, čiji esej *Pravna nauka i analiza jezika* „postavlja osnove logičko-pozitivističkog i kasnijeg analitičkog smjera talijanske teorije prava, a ujedno je jedan od najranijih programa za ispitivanje *prava kao jezika* u suvremenoj svjetskoj pravnoj literaturi“ (Visković, B, 1988: 8). Sledeće središte ispitivanja jezika prava je skandinavska „realistička teorija prava“, koju je začeo A. Hegerstrom, a nastavili K.Oliverkrona i A. Ros, prepoznatljiva po kritici „meta-fizičkog“ u jeziku pravne nauke i formalističkog shvatanja pravne norme. I najzad, središte koje gravitira Oksfordu, u kome je najznačajniji predstavnik Herbert Hant i njegove „istančane analize pravnih pojmova i ...opći

³ „Filozofija našeg stoljeća je pretežno analitička, a naročito filozofija jezika, što se ne može reći za pravnu teoriju...Analitička filozofija u XX. stoljeću bitno je pridonijela evoluciji etike, ali ne i pravne teorije. U toj svezi treba naročito naglasiti postanak jedne posebne grane ove discipline – analitičke etike (metaetike)“ (Opalek, 1987: 353-354)

pokušaj sinteze suvremene normativne teorije prava i engleskog empirizma“ (Visković, 1989 : 12-13).⁴

2.1. Logika kao sredstvo tumačenja prava

Logika se pojmovno određuje kao „nauka o formama pravilnog i istinitog mišljenja“ (Petronijević, 1990: 9). Pravna logika je nauka o istinitom pravnom mišljenju. „U *mišljenju* pravnom i opštem razlikuju se njegova *forma* (oblik, način, „*kako* mišljenja“ i njegova *sadržina* (materija /“*šta* mišljenja“/)“ (Živanović, 1959: 705). „Osnovne logičke forme mišljenja su pojam, sud i zaključak, kao i njihovi posebni oblici“ (Šešić, 1962: 64).⁵ Logika čiji su predmeti forme mišljenja zove se formalnom logikom. U logičke pretpostavke opšte teorije prava spadaju i logički zakoni mišljenja odn. principi istinitog saznanja.⁶ U jednom, širem smislu, deo logike je i Metodologija, odnosno Pravna metodologija jer se „*načini* ispunjavanja mišljenja (u njegovim formama) raznolikom sadržinom pravnih i drugih nauka zovu *metodima*“ (Živanović, 1959: 706). Otuda u shvatanje da je „najkorisnija, u skladu sa stvarnoću i najbliža istini formalno-metodološka logika“ (Popović, 2002: 83).

Postoje i druga određenja formalne logike. Po jednom, „formalna logika je disciplina koja spoznaje prinudna pravila o tome koji su (formalno) valjani i nevaljani oblici mišljenja“ (Visković, 2004: 20). Po drugom, donekle pejorativnom, budući da je njena suština čisto formalna, logika „ne tvrdi sama ništa sadržinsko, nego samo pokazuje šta iz tog dosledno logički proizilazi...Logika se može upotrebiti samo kao kontrola istinitosti iskaza, a ne i

⁴ Dve su osnovne pretpostavke „Hartove strategije izgradnje prihvatljive koncepcije analize pravnih pojmova i iskaza: prvo, da su pravni pojmovi i iskazi *sui generis* i, drugo, da je moguće dati netrivialno objašnjenje svakog pravnog pojma i pravnog iskaza“ (Matulović, 1986: 54).

⁵ Najkraće rečeno, „pojam je misao o jednom predmetu ili o jednoj odredbi predmeta...Sud je zamisao odnosa između predmeta ili između nekih njihovih osobina, odredaba ili odnosa...Zaključak je izvođenje novog suda iz jednog ili više sudova“.

⁶ „Istina je jedna od osnovnih ljudskih vrednosti. Pojam istine obuhvata u stvari dva različita vrednosna atributa: *istinski* i *istinit*. Prvi imaju u vidu etičari, estetičari, političari, pravnici, itd. kad govore o istinski moralnom, umetničkom, progresivnom ili pravednom ljudskom delu. Tu je reč o istini kao načinu *ljudskog bivstvovanja*. Drugi imaju u vidu logičari i epistemolozi kad govore o istinitom iskazu ili sudu. Ovde je reč o istini kao *znanju*“ (Marković, 1994: 141-142).

za stvaranje novih iskaza“ (Lukić, 1992: 34). Analitička ili formalna logika ja „upućivanje i poučavanje kako da razlikujemo ispravne od neispravnih, tačne od netačnih zaključaka, koji se izvode iz premisa čija valjanost odnosno istinitost nije sporna...Pri tom, ispravnost zaključivanja ne zavisi od predmeta koji se proučava, već isključivo od postupka odnosno forme samog rasuđivanja. Zato se i saznanje o ovoj vrsti mišljenja i zaključivanja nazivaju formalnom logikom“ (Vasić, Čavoški, 1996: 200).

Bez obzira na različito vrednovanje logike u pravu, nema pravnog pisca koji ne priznaje veliki značaj logike u tumačenju prava. Pravo se kao misaoni sistem izražava logički. Otuda primena logičkih zakona na pravnu normu koja je logička kategorija. Logika je jedan od društvenih kodova ili važećih sistema značenja. Naime, normativno-pravni kod „uključuje i pravila logike, ili kao neizmijenjene opće metode indukcije i dedukcije, definicije, klasifikacije itd., ili (podvukla S.M.) kao rekonstruisane metode pravničke logike i argumentacije“ (Visković, A, 1988: 1008). Logičko tumačenje je dvojako: njime se, ili proverava značenje dobijeno drugim tumačenjima, naročito jezičkim, ili izvlače nova značenja, koja se ne mogu dobiti upotrebom ostalih sredstava tumačenja.

2.1.1. Logički zakoni mišljenja u tumačenju prava

Logičko tumačenje se vrši pomoću osnovnih zakona, odnosno principa ili aksioma mišljenja. Njih ima tri, odnosno četiri, zavisno od autora do autora. To su: zakon istovetnosti ili identiteta, zakon (ne)protivurečnosti, zakon isključenja trećeg i zakon dovoljnog razloga. Zakon istovetnosti, odnosno identiteta (principum identitatis) znači da je svaki pojam identičan sa sobom ili da je svaka stvar ravna sebi.⁷ „Uzima se da su istovetni pojmovi oni koji su istog obima i istog sadržaja i da jedan znači ponavljanje drugog“ (Vukadinović, 2007: 182). „U zakonodavstvu, isti pojam ostaje u svim zakonskim sudovima (uopšte u t.zv. *normativnim* sudovima) *istovetan* sa samim sobom“ (Živanović, 1959: 766). U pravnim naukama, ovaj princip se javlja kao naučni pravni princip identiteta, što je posebno značajno jer se u nauci često za isti pojam

⁷ Iz ovog određenja se vidi da se zakon identiteta može odrediti kao logički princip i kao ontološki princip: „U logičkom smislu, zakon identiteta se shvata kao zakon mišljenja koji se odnosi na *zamišljene* objekte. U ontološkom pak smislu, zakon identiteta se shvata kao zakon mišljenja koji se odnosi na *stvarne* objekte“ (Popović, 2002: 115).

upotrebljavaju različite reči. Što se pravne dogmatike, odnosno tumačenja prava tiče, relevantan je realni identitet o kome se može govoriti „samo u pogledu *konkretnog* pravnog (i moralnog) sveta, npr. ukoliko su u pitanju konkretna izvršenja krivičnih dela, npr. krađe ili kog moralnog delikta” (Živanović, 1959, 766).

Zakon protivurečnosti (Principium contradictionis) je samo negativno formulisanje principa identiteta, po formuli A nije – ne A. Na njemu se, dakle zasnivaju negativni sudovi.⁸ Logički značaj protivurečnosti je od ogromnog značaja za pravo uopšte⁹, a posebno za tumačenje prava. Moguće je da pojedina pravna norma sadrži protivurečne pojmove, odnosno pojmove koji se međusobno ograničavaju ili isključuju, što tu normu čini besmislenom. Ova tzv. unutrašnja protivurečnost, koja se javlja „unutar normi istog akta ili samo unutar jedne norme“ (Vukadinović, 2007: 182) retko se javlja, a rešava se tako što se uzima da protivurečna norma i ne postoji, što znači da postoji pravna praznina. Češća je tzv. spoljna protivurečnost između normi dva ili više pravnih akata, koja se rešava ukidanjem odgovarajuće pravne norme na osnovu pravne snage i vremenskog redosleda u donošenju protivurečnih normi.

Zakon isključenja trećeg (principium exclusi tertii sive medii) govori nam da između dva pojma koji se isključuju nema trećeg pojma. Ovaj zakon je dopuna zakona protivurečnosti. Naime, prema zakonu protivurečnosti, tvrdi se da je od dva kontradiktorna suda jedan lažan. „A preme zakonu isključenja trećeg, tvrdi se da je onaj drugi sud istinit (jer je treći isključen). Ovakav zaključak se izvodi pošto se afirmacija i negacija isključuju, a ne postoji nešto treće između njih” (Popović, 2002: 119) „Iz stava isključenja trećeg izlazi, da je *negacija negacije* (scil. dvostruka negacija) *afirmacija* (duplex negatio affirmat)” (Živanović, 1959: 764). Zakon isključenja trećeg važi u tumačenju prava. Tako,

⁸ „Zakon protivurečnosti se odnosi kako na pojmove, tako i na sudove. Ako se stav: A nije non A odnosi na pojmove, stav: A ne može biti i ne biti b odnosi se na sudove (A je b, A nije b)...Tako, na primer, sudovi: ova presuda je zakonita (A je b) i (ta ista) presuda je nezakonita (A nije b), ne mogu biti u isto vreme istiniti“ (Popović, 2002: 118).

⁹ Od mogućih protivurečnosti u pravnoj nauci i u opštoj teoriji prava treba istaći posebno pravne konstrukcije i tzv. fikcije. Fikcije, kao posebnu vrstu protivurečnosti sa stvarnošću, treba izbegavati kako u zakonodavstvu i uopšte pravno-stvaralačkoj funkciji, tako i u pravnim naukama.

npr. „pravo na zaključenje braka između dva lica suprotnog pola, dakle ako dva lica suprotnog pola zaključuju brak, pravni akt može biti samo zakonit ili nezakonit” (Vukadinović, 2007: 183).

Prethodna tri zakona mišljenja predstavljaju negativne formalne kriterijume istine. Tek zakon dovoljnog razloga (*principium rationi sufficientis*) daje pozitivan formalni kriterijum istine. „Jedan logički sud da bi bio istinit ne samo da ne sme biti protivurečan (negativni kriterijum), već mora biti *obrazložen* (pozitivni kriterijum)” (Popović 2002: 120). Samo obrazložen sud je važeći sud. „On će, pak, biti obrazložen, ako je postavljen kao posledica *odgovarajućeg* mu *razloga*, tj razloga *dovoljnog*, da opravda njegovu *istinitost*” (Živanović, 1959: 764). Logički odnos razloga i posledice treba razlikovati od odnosa uzroka i posledice, odnosno kauzalnog suda u kome se tvrdi da subjekt proizvodi pojavu iskazanu u predikatu. Princip dovoljnog razloga veoma je značajan za tumačenje prava, posebno kao prilog ciljnom tumačenju. Naime, „tumačenje je iznalaženje smisla ili, kako se preciznije kaže, razloga zakona. Princip *razloga* je princip tumačenja zakona, a to nije ništa drugo do logički princip *dovoljnog razloga*” (Živanović, 1959: 767).

3. Argumentacija u tumačenju prava

Logičko tumačenje, u širem smislu, obuhvata primenu posebnih kvazilogičkih načela, koja nemaju logičku strogost pravne logike, ali su obično opšteprihvaćena. Ona se najčešće koriste u slučajevima postojanja pravnih praznina. Tu se ubrajaju načelo analogije, odnosno argument sličnosti (a *simili ad simile*), argument, odnosno razlog suprotnosti (*argumentum a contrario*), i argument tim pre (*argumentum a fortiori*), čije su dve podvrste zaključivanje od manjeg ka većem (*argumentum a minori ad maius*) i zaključivanje od većeg ka manjem (*argumentum a maiori ad minus*). Ova četvoročlana lista argumenata ne može se ni porediti sa savremenim listama koje broje i preko pedeset argumentativnih toposa. Objašnjenje ovog disbalansa zahteva šire objašnjenje.

Šezdesetih godina 20. veka, uporedo sa dominantnom jezičko-analitičkom teorijom, javljaju se mnogobrojna istraživanja logike u pravu i pravne argumentacije. U najznačajnija imena ovog pravca ubrajaju se, nesumnjivo,

Hajm Perelman, koji izlaže svoju „konceptiju pravne logike kao nove retorike“ (Hasanbegović, 1988: 11)¹⁰ i Teodor Fiveg, koji smatra da „je modus mišljenja isti kod pravnika i retora“ i da se „interpretativno mišljenje mora kretati u stilu topike“ (Fiveg, 1987: 73, 103).

Pristup argumentaciji uopšte, i posebno u pravu, pretpostavlja suočavanje sa nizom „prethodnih“ pitanja, kao što su ono o pojmu retorike, pojmu same argumentacije i argumenata, odnosu sa retorikom, odnosu retorike i formalne logike, pojmu izvora argumenata, odnosno toposa itd.

Retorika, kao disciplina o „praktičnom delovanju“ uveravanja govorom, posebno u sferi politike i filozofije, potiče još iz antičke Grčke, od sofista¹¹ i Aristotela. Ona se sastoji od veštine argumentacije, odnosno umeća mišljenja i veštine govorništva, odnosno, umeća izražavanja. „Retorika je, prema tome, umna djelatnost ukoliko se u njoj metodički obrazlažu odgovori na neke probleme, a ujedno i estetička djelatnost ukoliko je oratorika“ (Visković, 2004: 11).¹² Dakle, argumentacija (obrazlaganje) je deo šire retoričke delatnosti. Argumentacija je „sredstvo utjecanja na ljudsko mišljenje i ponašanje na taj način da se daju „najbolji“ odgovori na pitanja što se postavljaju u spornim situacijama. Ona je uvek odgovor na neki problem - zbog čega se kaže da je problemsko mišljenje“ (Visković, 2004: 8).

Teorija argumentacije je povezana sa starom, takođe u antičkoj Grčkoj nastaloj, metodom dijalektike, kao rasprave o nekom spornom predmetu u obliku dijaloškog niza pitanja i odgovora pro i contra. Aristotel nije samo tvorac logike, već i tvorac dijalektike. Međutim, „moderna ili formalna logika posvetila je svu pažnju njegovom učenju o analitičkim dokazima, ostavljajući potpuno po strani učenje o dijalektičkim dokazima“ (Bošković, 1983: XII). Dok formalnologički silogizam¹³ izvodi nužan zaključak iz istinitih premisa,

¹⁰ I dalje: „Pravna logika je ovde shvaćena kao sudijska retorika, tj. kao teorija sredstava ubeđivanja u sudskoj raspravi usmerenoj na izbor premisa za zaključivanje, koje sudiju vode odluci, ili pomoću kojih on odluku opravdava“.

¹¹ „Ali, ako se poreklo logike nalazi u retoričkoj nastavi sofista, onda je naučna logika prvobitno pre svega advokatska logika; jer retorika je veština dokazivanja i pobijanja u dijalogu, pre svega u govoru na sudu“ (Radbruch, 1980: 146).

¹² Oratorstvo i elokvencija su elementi govorničke veštine.

¹³ „Jednostavan posredan zaključak ili silogizam je posredan deduktivan zaključak iz tačno dvije premise“ (Petrović, 1979: 79). Lukić smatra da je bez pravnog silogizma nemoguća

dijalektičkim silogizmom se izvodi zaključak iz premisa koje su samo verovatne. „Dijalektički je onaj silogizam koji zaključuje na osnovu verovatnih premisa...Verovatna su mišljenja ona koja su primljena od svih ljudi, ili od većine, ili od mudraca, a između ovih ili od svih, ili od većine, ili od najpoznatijih i najslavnijih”. (Aristotel, 1970: 371-372)

Međutim, opšti odnos retorike i formalne logike na može se zasnivati samo na osnovu obrazlaganja različitosti njihovih silogizama. Nesporno je da se i u retoričkoj argumentaciji upotrebljavaju pravila formalne logike, pre svega, načelo neprotivrečnosti, formalnologička pravila definisanja i klasifikacije pojmova, deduktivno i induktivno zaključivanje. „Retoričko zaključivanje primjenjuje prinudna logička pravila o formi sudova i zaključivanja, ali ono je uvijek i mišljenje vođeno vrijednosnim stavovima i odlukama” (Visković, 2004: 21-22). Zbog toga i Fiveg primećuje da je „logika, kao i svugde, i na našem području, naravno, sasvim neophodna...no u odlučujućem joj trenutku uvek iznova pripada drugo mesto. Prvo mesto tada ima ars inveniendi, onako kako je Ciceron mislio kad je rekao da topika prethodi logici.” (Fiveg, 1987: 107)

Najzad, šta je topika i šta su toposi? Toposi su neposredno vezani za argumente, odnosno sudove kojim govornik utemeljuje opravdanost svog stava i pobija opravdanost drugačijih stavova u spornom pitanju. Jedan od najvažnijih zadataka teorije argumentacije jeste pronalaženje „tipičnih izvora ili temelja iz kojih se dobivaju argumenti - ono što se još od Aristotela naziva toposi ili mjesta argumentacije (grč. topoi, lat. loci, sedes argumentorum)” (Visković, 2004: 52).¹⁴ Razlika između toposa i argumenata je u stepenu njihove apstraktnosti i ustaljenosti. Toposi se karakterišu visokom apstraktnošću i izražajnoj sažetosti. Toposi su „već poznati uvidi i principi koji

primena opšte pravne norme. Naime, pravni silogizam je zaključak da se na konkretan slučaj koji je predviđen u pretpostavci, bilo dispozicije, bilo sankcije odnosno opšte norme ova ima primeniti. „U ovom zaključku viši sud (praemissa major) je sama norma, niži sud (praemissa minor) je sud o postojanju činjenica predviđenih u normi, a zaključak je da se norma ima primeniti na odnosan slučaj” (Lukić, 1995: 241).

Silogizam, kao osnovno sredstvo formalne ili analitičke logike „sam po sebi...ne može da razjasni i odgovori na pitanje da li je sudija dobro protumačio značenje pojedinih izraza u premisama” (Vasić, Čavoški, 1996: 201).

¹⁴ „Topoi su za Aristotela višestranu upotrebljive, svuda prihvatljive tačke gledišta koje se mogu upotrebiti i Za i Protiv onoga što je mnenju shodno i koje mogu voditi ka onome što je istinito” (Fiveg, 1987: 30).

bi mogli biti relevantni za rješavanje nekog aktuelnog problema. Topički argument je argument „iz ladice”, argument koji ima već svoje „mjesto” (Zippelius, 1987: 403). U silogističkom zaključivanju „velika premisa u argumentovanju može se izjednačiti sa onim što se u topici i retorici naziva mestom, toposom u širem smislu. Osnovno što je karakteriše jeste opštost i verovatnost odnosa koji izražava” (Hasanbegović, 1988: 54). Topika je deo retorike koja se bavi teorijskim objašnjenjem toposa i njihovim popisivanjem, kao i pronalaženjem novih toposa i argumenata. Po Perelmanu se „značaj posebnih pravnih toposa, tj. pravne topike sastoji u tome što oni pružaju razloge koji omogućavaju da se odbace nepravična i nerazumna rešenja u onoj meri u kojoj ta rešenja zanemaruju razmatranja do kojih se može doći ovim toposima i koja se uklapaju u neku obuhvatnu viziju prava kao *ars aequi et boni*” (Hasanbegović, 1996: 371)“. Posebno je značajno zapažanje da „Perelman pokušava da zasnuje jednu teoriju praktične argumentacije, ali ne sa namerom da njome zameni formalnu logiku nego da je dopuni” (Tadić, 1996: 141). Formalizovan, aksiomatski sistem karakterističan je po strogosti svoje strukture, i logičar ili matematičar ponaša se u pogledu njega „kao zakonodavac, koji je...ograničen u izboru svojih sredstava obavezom da izgradi jedan jednoznačan i strog sistem, čiji sastavni elementi i radnje ne mogu da izazovi ni raspravu ni neslaganje” (Perelman, 1983: 17-18). Međutim, logika sudskog rasuđivanja nije samo analitička, već i dijalektička. „S obzirom da ono treba da obezbedi dobro funkcionisanje političkih i društvenih institucija...svrha prava nije samo pravna sigurnost koja sadrži predvidljivost prava i obaveza svakog pojedinca, nije samo pravda shvaćena kao jednak postupak u situacijama suštinski sličnim, nego i pravično delovanje, pošto se pravičnost sada shvata kao podudarnost sa težnjama sredine” (Perelman, 1983: 119-120). Aktivna uloga sudije pokazuje se naročito u slučajevima postojanja antinomija i praznina u pravu. Sudija je i tada obavezan da sudi i obrazloži svoju odluku. „Pravna logika moraće da da sudiji intelektualno oruđe za obrazloženje njegove odluke, kad je formalna logika nesposobna da mu pomogne” (Perelman, 1983: 129).

Najznačajniji savremeni obnovitelj topičke misli, Fivieg u svojoj pregnantnoj raspravi od stotina strana, „Topika i jurisprudencija”, daje nekoliko komplementarnih određenja topike i toposa. „Topika je tehnika problemskog

mišljenja koju je razvila retorika...i koja se, do u pojedinosti, jednoznačno razlikuje od nekog deduktivno-sistematskog sklopa“ (Fiveg, 1987: 18). Fiveg razlikuje formalnu i sadržinsku topiku, ali tu distinkciju na izvodi sasvim jasno. O sadržinskoj topici uvek govori u vezi sa pravom, odnosno sa upotrebom pravnih, dakle, posebnih toposa.¹⁵ Najvažnija tačka topike je u tome što se ona orijentiše na problem pod kojim autor podrazumeva „svako pitanje koje po svojoj prilici dopušta više od jednog odgovora“ (Fiveg, 1987: 41). Fiveg, dalje, topiku određuje kao „prologičku meditaciju“ koja tek mora da pokaže kako se nalaze premise različite od logičke refleksije, odnosno logičke obrade prikupljene misaone građe. Posebno je interesantno autorovo shvatanje topike kao stila mišljenja, koji dakle ne dospeva do metoda „ako se metodom naziva samo onaj postupak koji se može ispitati strogo logički...koji stvara jednoznačan kontekst obrazlaganja, dakle deduktivan sistem“ (Fiveg, 1987: 91). Topose, polazeći od njihove funkcije, Fiveg shvata kao „mogućnosti orijentisanja i niti-vodilje“ problemskog mišljenja. Zavisno od karaktera toposa, odnosno od toga da li se oni uzimaju manje više proizvoljno, slučajno i neekscipitno ili u jednom uvek spremnom repertoaru gledišta odnosno topoi-katalogu, Fiveg razlikuje topiku prvog i drugog stepena. Iako se nerado dira u ono što je jednom utvrđeno, toposi i toposi-katalozi zahtevaju pokretljivost i sposobnost proširivanja i smanjivanja. Ovde „topičko mišljenje pomaže samo sebi, i to u formi interpretacije. Kod ove je onda reč da se dokuče nove mogućnosti sporazumevanja, a da se ne naruše stare“ (Fiveg, 1987: 52). Utoliko je „interpretacija (tumačenje, egzegeza, hermeneutika)...deo topike i izvanredno je pogodna za pomenute modifikacije“ (Fiveg, 1987: 52).

Tako, od Aristotela do Perelmana nastaju različiti pokušaji klasifikacije toposa. Karakter toposa u današnjoj teoriji imaju i brojna vrednosna načela, pravni standardi i izreke. Mnogi pravni toposi nisu samo pojmovi pravne prakse i pravne nauke, već i sadržaj pravnih normi, što ne vodi gubljenju svojstva argumenata, već samo transformaciji od formalno neobaveznih u formalno obavezne argumente.

¹⁵ „Tako npr. imena zaključaka argumentum a simili, e contrario, a maiore ad minus itd., koji opravdano važe kao specijalni argumenti pravne logike, potiču iz topike“ (Fiveg 1987: 50).

Primeru radi, samo ćemo nabrojati argumente tumačenja prava koje daje Tarelo. Đovani Tarelo, pripadnik italijanske „torinske”, odnosno analitičke teorije prava, svoju usmerenost na pravnu argumentaciju ispoljava u svojoj listi toposa, odnosno „interpretativnih argumenata” (Tarelo, 1990: 240), kako ih on naziva. Vežanost za obrazlaganje primene i tumačenja, pre svega, opštih normi pri stvaranju konkretnih normi, opredelilo je naš izbor Tarelove liste argumenata iz bogatog mnoštva takvih, više ili manje sličnih, listi. Tarelo je, pri tome, usmeren na „sheme obrazlaganja i argumentiranja koje se stvarno primjenjuju i koje su uistinu predmet društvenog očekivanja u okvirima svake pravne kulture i svake pravne organizacije” (Tarelo, 1990: 240). Evo, dakle, popisa argumenata koji se po autoru upotrebljavaju“ kao kriteriji...vrednovanja i usmjeravanja odluka i prijedloga o pridavanju značenja normativnim tekstovima: 1. Argument a contrario 2. Argument a simili ad simile 3. Argument a fortiori 4. Argument potpunosti pravnog reguliranja 5. Argument koherentnosti pravnog reguliranja 6. Psihološki argument 7. Historijski argument 8. Apagogički argument 9. Teleološki argument 10. Argument ekonomije 11. Autoritativni argument 12. Sistematski argument 13. Naturalistički argument 14. Argument pravičnosti 15. Argument koji polazi od općih principa” (Tarelo, 1990: 242).

4. Zaključak

Opseg logike u tumačenju prava razmatrali smo u sporu (ili sprezi?) tradicionalne formalne logike i nove, argumentativne teorije interpretacije. Iz domena one prve, najznačajniji su i, čini se, nesporni logički zakoni pravnog mišljenja i silogističko zaključivanje kao posredno pravno zaključivanje. Ukoliko bi u polje Logike primili i Metodologiju prava, stvorili bi mesto i za niz „posebnih metoda saznanja: analize-sineze, generalizacije-apstrakcije, indukcije i dedukcije, definicije i klasifikacije, dokazivanja i opovrgavanja“ (Šešić, 1962: 319). Ovi se metodi na neki način podrazumevaju u svakom, bilo teorijskom, bilo praktičnom bavljenju prava, pa i u pravnom tumačenju.

Najznačajnije žarište kritike topičkog pristupa pravu dolazi iz nemačke pravne literature i zasniva se na opoziciji topičkog i sistematskog mišljenja, pledirajući za značaj ovog drugog. Upravo, u novovekovnoj, kontinentalnoevropskoj misli, topika biva potisnuta sistematskim aksiomatsko-deduktivnim pristupom.

„Moderna nauka se opredelila za istinitije a siromašnije sudove, žrtvujući manje istinite ali bogatije“ (Tadić, 1996: 143). Postavlja se, logično, pitanje koje su mogućnosti i značaj obnove topike u pravnom rasuđivanju i posebno tumačenju prava. I sami obnovitelji topičke misli bili su svesni njenog suprotstavljanja sistematskom pristupu pravu. Međutim, vidljivo je kod njih i uvažavanje tog pristupa ili, barem, sameravanje sa njim. To je uočljivo u „Perelmanovom stavu da topisi imaju u argumentaciji ulogu koja je analogna ulozi aksioma u nekom formalnom sistemu“ (Hasanbegović, 1996: 372). Fivegova razmatranja stalno konvergiraju odnosu topike i sistema u pravu, s obrazloženjem da „ako jednom postoje topoi-katalozi...za određena specijalna područja, onda oni za epohu koja sistematski misli pružaju dovoljan podsticaj da ih preoblikuje u deduktivan sistem“ (Fiveg, 1987: 54). Međutim, jurisprudencija koja „u nepreglednom mnoštvu situacija uvek traži ono što je svagda pravedno...ima mnogo više interesa za nesistematizovano mnoštvo tačaka gledišta. Na početku...pravnog sistema topika se uopšte ne može odstraniti, te...se ona isto tako opet mora pojaviti kod neizbežnog propisa o tumačenju za pravni kalkil“ (Fiveg, 1987: 127,101).

Sa stanovišta sistematskog mišljenja, topika se ili potpuno nipo-daštava ili joj se priznaje ograničeno područje primene na slučajeve u kojima sudija, u nemogućnosti da primeni postojeća pravila, poseže za vlastitim pravednim ili pravičnim nahođenjem. Ima, međutim i shvatanja po kojima „su „sistem“ i „topika“...vrlo daleko od toga da suštinski budu suprotstavljeni kao što se sada uzima kao gotova činjenica“ (Stoljar, 1987: 411). Toposi se shvataju kao potpora sistemu posebno kad se radi o primeni običaja u Case-law. Ova pravnička tehnika ide od pojedinačnog ka opštem i prosto zahteva problemsko, topičko rasuđivanje. Drugačija je stvar u evropsko-kontinentalnom, zakonodavnom pravu koje ide deduktivnim putem, od opšteg ka posebnom izvodeći pojedinačni slučaj iz opšte zakonske norme. Ono time poseduje veći sistematski potencijal, ali za slučaj pravnih praznina i antinomija u zakonu, ostaje korisno topičko mišljenje.

Interesantno je shvatanje mogućeg savremenog značenje topike koje razvija Jasminka Hasanbegović. Potencijano područje topike ona nalazi u materiji ljudskih prava i to iz dva razloga. Prvi je nepostojanje hijerarhije među ljudskim pravima i time nemogućnosti da se ona postave aksiomatsko-sistematski.

Drugi razlog što ljudska prava upućuju na neophodnost topičke obrade je geneza ovih prava iz političkih i pravnih načela, pri čemu je taj proces "značio u izvesnom smislu „desistematizaciju“. „Aksiomi“ pravnog sistema postajali su sama ljudska prava" (Hasanbegović, 1996: 479). Međutim, taj njihov „aksiomatski“, najviši rang u pravnom sistemu, jer su ona iznad ustava i zakona, nije rešio pitanje hijerarhije među njima i u tom smislu ostaje validna teza da je u ovoj materiji topička obrada neophodna.

Kao temu za dalje promišljanje završićemo primerima glorifikacije argumentativnog i topičkog rasuđivanja u pravu. Prvi nam daje Stoljar: „Bez topičke tehnike pravo ne bi bilo ništa drugo do kaotični skup mišljenja: ne bismo imali ni pravne pojmove niti pravne principe ili maksime" (Stoljar, 1987: 411). Drugi potiče od Zipelijusa: „Što više, moglo bi se reći, općenito gledano, da cjelokupni pravni poredak ima sa stanovišta pravnika karakter topičkog kataloga" (Zippelius, 1987: 403). Najzad, Kaufman, sa svojih shvatanjem da hermeneutika kao nalaženje prava znači „ispravno argumentovanje u otvorenom sistemu“, te „odlučujući instrument pravnog metoda nije supsumcija, nego retorika i argument" (Kaufman, 1998: 159). On, čak, obema, i pravnoj hermeneutici i teoriji argumentacije, a isto važi i za pravnu topiku i retoriku, pridaje dalekosežan značaj „trećeg puta" s onu stranu večitog spora prirodno pravo - pozitivizam, koji je u savremenoj pravnoj filozofiji i teoriji dospelo u ćorskak.

Literatura

- Aristotel. (1970). *Organon*. Beograd: Kultura
- Babić, D., Kramarić, Z. (1987). Uz temu broja; Suvremena filozofija prava. *Pravni vjesnik* 3 (3-4) 317-320
- Basta, N. D. (1990). Hermeneutika i pravo, Razmatranje o pravnoj hermeneutici i hermeneutičkoj jurisprudenciji. *Gledišta* 3-4/1990. 88-101
- Beti, E. (1988). *Hermeneutika kao opšta metoda društvenih nauka*. Novi Sad: Književna zajednica Novog Sada
- Bošković, D. (1983). *Obnova praktične filozofije u Perelmanovoj novoj retorici*. Uvod u Perelman: Pravo moral i filozofija
- Vasić, R., Čavoški, K. (1996). *Uvod u pravo II*. Beograd: Draganić

- Visković, N. (1988 A). Tumačenje u pravu. *Pravni život*. 7-8/88, 999-1016
- Visković, N. (1988 B). *Norberto Bobbio* kao teoretičar prava. Uvod u Norberto Bobbio, Eseji iz teorije prava. Split: Logos
- Visković, N. (1989). *Jezik prava*. Zagreb: ITRO „Naprijed“
- Visković, N. (2004). *Argumentacija i pravo*. Beograd: Dosije
- Vračar, S. (2000). *Preispitivanje pravne metodologije, Nagoveštaji državno-pravnog integralizma*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Vukadinović, G. (2007). *Teorija države i prava II*. Novi Sad: Futura publikacija
- Diltaj, V. (1980). *Zasnivanje duhovnih nauka*. Beograd: Prosveta
- Gadamer, H. G. (1978). *Istina i metoda, Osnovi filozofske hermeneutike*. Sarajevo: IP „Veselin Masleša“
- Živanović, T. (1959). *Sistem sintetičke pravne filozofije*. 1. Sintetička filozofija prava 2. Sintetička filozofija pravnih nauka. Beograd: Naučno delo
- Kaufman, A. (1998). *Pravo i razumevanje prava. Osnovni problemi hermeneutičke filozofije prava*. Beograd-Valjevo: Gutenbergova galaksija, Valjevska štamparija
- Lukić, D. R. (1992). *Sistem filozofije prava. I Filozofija II Filozofija prava*. Beograd: Savremena administracija
- Lukić, D. R. (1995). *Metodologija prava*. Beograd: Beogradski izdavački grafički zavod
- Lukić, R. D., Košutić, B. P. (2008). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Marković, M. (1994). *Filozofski osnovi nauke*. Beograd: BIGZ, GENES-S ŠTAMPA, PROSVETA, SKZ
- Matulović, M. (1986). *Jezik, pravo i moral*. Rijeka: Izdavački centar Rijeka
- Opalek, K. (1987). Filozofija jezika i jurisprudencija. Prevedeno prema Kazimierz Opalek. Sprachphilosophie Jurisprudenz. Rechtstheorie (Beiheft 1). 1979. 156-163 (Preveo Dragan Cepelić). *Pravni vjesnik*. 3 (3-4)/1987. 353-356
- Perelman, H. (1983). *Pravo moral i filozofija*. Beograd: Nolit
- Petrović, G. (1979). *Logika*. Zagreb: Školska knjiga

- Petronijević, B. (1990). *Osnovi logike. Formalna logika i opšta metodologija*. Beograd: KUIZ Beletra
- Popović, M. (2002). *Opšta teorija prava. Knjiga I:Uvod u teoriju prava (Ontognoseologičke pretpostavke)*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu. Pravni fakultet
- Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Beograd: Nolit
- Stoljar, S. (1987). Sistem i topos. Prevedeno prema Samuel Stoljar. System and Topoi. *Rechtstheorie*. 12 (1981). 385-393 (Preveo Dragan Babić). *Pravni vjesnik*. 3 (3-4)/1987. 411-414
- Struck, G. (1987). Katalog toposa. Prevedeno prema Gerhard Struck, *Topische Jurisprudenz*. Frankfurt am Main. 1971. 20-34 (Preveo Antun Jeger). *Pravni vjesnik*.3(3-4)/1987. 405-410
- Tadić, Lj. (1996). *Filozofija prava*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva
- Tarelo, Đ. (1990). Argumentacija tumačenja i sheme obrazlaganja u pridavanju značenja normativnim tekstovima, *Zbornik za teoriju prava IV/1990*. 239-279
- Fiveg, T. (1987). *Topika i jurisprudencija. Prilog fundamentalnom istraživanju pravnih nauka*. Beograd: Nolit
- Hasanbegović, J. (1988). *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*. Beograd: Istraživačko Izdavački Centar SSO Srbije
- Hasanbegović, J. (1996). *Topika i pravo. Značaj obnove misli o topici za određenje prirode i osobenosti pravnog rasuđivanja*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu
- Zippelius, R. (1987). Topičko mišljenje. Prevedeno prema Reinhold Zippelius. *Das Wesen des Recht*. 3 izdanje. München 1973. str. 172-176 (Preveo Dragan Babić). *Pravni vjesnik* 3(3-4) 1987. 403-404
- Šešić, B. (1962). *Logika i naučna metodologija*. Beograd: Naučna knjiga
- Šijak, Z. (2001). *Leksikoni. Književnost*. Požega: Epoha

Suzana Medar, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Latitude of Logic in Legal Hermeneutics

Summary

Legal hermeneutics (the interpretation of law) has always taken a highly significant place in general hermeneutics. The interpretation of laws involves an intricate task of determining the real meaning or rationale of legal norms. Considering the complexity of this goal, the most frequent classification of legal hermeneutics is based on the interpretation instruments. In traditional theory, the most widely recognized instruments for the interpretation of legal norms are language, logic, legal system, history and purpose of a legal norm.

Under the influence of general analytic philosophy, the particular interest in language as the basic instrument for the interpretation of law may be found in mid-20th century. The interest in the language of law is closely related to the study of legal logic and legal argumentation. In theory, there is no dispute about the logical interpretation in a narrow sense which is based on drawing true conclusions by applying the basic rule of formal reasoning. Yet, it has given a head start to argumentation as “a problem-based reasoning skill” which provides answers to the questions raised in contentious cases. Argumentation is closely associated with the dialectic method of reasoning (which has been widely recognized since the Ancient Greece), where conclusions are based on probable premises. One of the most significant goals of the argumentation theory is to locate the sources or common grounds for developing arguments; these basic argumentative patterns are generally known as “*topoi*” or “*loci, sedes argumentorum*”.

On the other hand, “*topica*” is part of rhetoric art dealing with the theoretical explanation of the basic argumentative patterns (*topoi*) and how they are structured, including the location of new *topoi* and arguments. The most significant proponents of the topical reasoning are Chaïm Perelman and Theodor Viehweg. Perelman relates topical reasoning to judicial reasoning and considers that specific legal *topoi* may lead to the perception of law as *ars aequi*

et boni. According to Viehweg, “*topica*” is a technique of problem-based reasoning which is fully different from the deductive-systematic reasoning. Interpretation or construing meaning is part of “*topica*” which enables flexibility of practical argumentation by expanding and reducing the catalogue of “*topoi*”. In legal hermeneutics, the new quality of argumentation and topical reasoning stems from the fact that the classical methods of interpretation are substituted by a far more extensive number of arguments (Giovanni Tarello recognizes 15 legal *topoi* and Gerhard Struck as many as 64 legal *topoi*). It ultimately points out to the creative role of the interpreter’s rhetoric research and decision-making processes.

Key words: hermeneutics, interpretation of law, language of law, formal logic, rhetoric, argumentation, dialectic logic, *topica* (topical reasoning).

Dr Marija Ignjatović,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.9(37)

Rad primljen: 07.03.2014.

Rad prihvaćen: 01.04.2014.

EVOLUTIVNI RAZVOJ GRAĐANSKOG SUDSKOG POSTUPKA U RIMSKOM PRAVU**

Apstrakt: Autor je, polazeći od analize legisakcionog postupka, koji se prvi razvio u okviru rimske civilne procedure, pa sve do poslednjeg ekstraordinarnog postupka, konstatovao da je poslednji postupak u pružanju pravne zaštite odigrao krucijalnu ulogu u nastanku i definisanju savremenog građanskog sudskog postupka. Posebna pažnja je posvećena pojmovnom određivanju sva tri pojavna oblika rimske civilne procedure i njihovih osnovnih karakteristika. Na osnovu sveukupne analize, autor je došao do zaključka da je od značaja za savremeno pravo poslednja faza u razvoju rimskog građanskog sudskog postupka, pa je iz tog razloga, ovom postupku i posvećena posebna pažnja u samom radu. Poseban predmet analize su i procesualna sredstva koja su korišćena u cilju ostvarivanja pravne zaštite na sudu. Na taj način, autor je još jednom ukazao na činjenicu da su koreni i osnovna procesualna sredstva, kojima se ostvaruje sudska zaštita subjektivnih prava, svoje duboke korene imali još u rimskom pravu.

Ključne reči: rimski građanski sudski postupak, legisakcioni, formularni, ekstraordinarni, procesualna pravna sredstva.

* marija@prafak.ni.ac.rs

** Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046, Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

1. Uvod

Sudski postupak u rimskom pravu je posebno značajan, jer se rimsko pravo tokom svog postojanja razvijalo kroz pravnu praksu i sudski postupak (Mojović, 2008:11). Za rimsko pravo je poseban značaj imao sudski postupak i rimsko shvatanje o tužbi (*actio*), koja je centralni pojam rimskog prava i postupka. U rimskom pravu nije, kao u savremenom pravu, postojala podjela na materijalno i procesno pravo, te su instituti ovih savremenih grana prava bili isprepletani. Izvori rimskog prava pokazuju da se postojanje nekog prava i njegova zaštita zasnivala na tome da li u pravnim normama postoji predviđeno pravno sredstvo kojim se omogućava i obezbeđuje zaštita određenog pravom priznatog interesa. *Actio* je, po shvatanju rimskih pravnika, bilo pravo da se od suda zahteva ono što tužiocu pripada u konkretnom slučaju po pravnim pravilima.

Rimski građanski postupak, na početku svog nastanka, karakterišu određene osobine zajedničke svim narodima na istom stepenu kulturnog razvoja. Suđenje je veoma dugo zadržalo privatni, nedržavni karakter.

Prvobitnu zaštitu svojih prava pojedinac je morao sam da obezbedi, putem samozaštite, što je u najvećem broju slučajeva dovodilo do niza privatnih ratova (Stanković, 1996:9). Nastojeći da spreči privatne ratove, koji su se vodili za ostvarenje prava pojedinaca, i obezbedi unutrašnji mir, država je preduzimala mere za formiranje organizovane pravne zaštite.

Rimska država je relativno kasno počela da zabranjuje samopomoć radi ostvarivanja prava. Taj vid zaštite prava narušavao je ugled i autoritet države i organizovana pravna zaštita je započela uvođenjem posebnih organa za rešavanje sporova među pojedincima. Ti organi su najpre bili lica u koja su strane u sporu imale poverenje i birale ga da im reši spor. Pošto se to lice upoznalo sa sporom u pitanju, ono je izricalo odluku o tome kako spor treba da bude rešen. Pošto su strane u sporu odbijale da sprovedu odluku ili je izabrano lice odbijalo da reši spor, država je otpočela da preuzima na sebe, da uređuje pravila postupka za pružanje pravne zaštite. Ona su se, u početku, sastojala u određenim formalnostima, da bi vremenom država potpuno preuzela pružanje pravne zaštite u svoje ruke tako što je određivala ograde koji je pružaju i uređivala pravila postupanja. I pored toga što je država počela da vrši sudsku

vlast, ona je i dalje tolerisala mogućnost da spor bude rešen na osnovu neformalnog sporazuma strana u sporu (*compromisum*) i bez učešća države. Strane u sporu su stipulirale da im neki pojedinac reši spor i ugovarale kaznu za slučaj da se dobrovoljno ne izvrši odluka koju bi on doneo. Potom su strane u sporu, sa izabranim pojedincem, zaključivale poseban sporazum (*pactum*) koji se zvao *receptum arbitri* kojim se izabrani pojedinac obavezivao da će rešiti spor u pitanju.

2. Legisakcioni postupak

U razvoju rimskog građanskog postupka uočavaju se tri pojavna oblika: legisakcioni, formularni i ekstraordinarni postupak.

Legisakcioni postupak, (Ignjatović, 2003:275-285) koji je bio karakterističan za period nastanka Rima, odlikovao je strogi formalizam, dužnost organa da se drže propisane forme, samopomoć, arbitraža, podela postupka na dva dela: *in iure* i *apud iudicem*, usmenost i jednostavnost u suđenju, nepostojanje pravnih lekova i personalana egzekucija.

Prvi deo postupka je bio *in iure* i on se vodio pred pretorom koji je imao zadatak i ovlašćenje da organizuje suđenje i rešavanje spora. Njegov zadatak je bio da dopusti ili da odbije rešavanje spora i da dopusti da spor reši izabrani sudija.

U drugoj fazi postupka - *apud iudicem*, pojedinac koji je bio sudija, kao privatno lice, rešavao je spor. Pred njim su se izvodili dokazi i on je odlučivao.

U legisakcionom postupku tužilac je imao inicijativu od početka do kraja postupka, jer su njegovi interesi bili povređeni.

Suđenje je počinjalo tek ako su obe stranke bile prisutne jer je u postupku važio princip *audiatur et altera pars* – neka se čuje i druga strana.

Pozivanje stranaka na sud (*in ius vocatio*) bilo je različito organizovano u svakom obliku rimske civilne procedure. Pošto je uloga države u prvom periodu bila minimalna, to je i njena aktivnost u pogledu pozivanja stranaka da dođu pred sud bila nedovoljno izražena. Tužilac je bio dužan da sâm lično pozove tuženog pred sud, tako da je on imao ulogu organa pozivanja. Pozivanje je imalo usmenu formu. Obično se to činilo tako što je tužilac dolazio pred kuću

tuženog i, uz glasno izgovaranje svečanih reči, tako da ga čuju komšije, pozivao je tuženog da dođe na sud. Na ovaj način, ostvarivao se princip javnosti, a s druge strane, tužilac je imao svedoke, kao dokaz, da je lično pozvao tuženog. „Onaj ko hoće sa drugim da se parniči, mora da ga pozove na sud, a ako ovaj ne dođe, podleže kazni iz pretorovog edikta“ (Stanojević, 1982:319). U slučaju da tuženi odbije da dođe na sud, pošto se ovo odbijanje konstatuje u prisustvu svedoka, tuženi je gubio parnicu (*indefensus*). Iste posledice su pogadale odsutno lice u legisakcionom postupku (Malenica, 1999:354). Ako tužilac nije bio u mogućnosti da pronađe tuženog i da ga pozove pred sud, postupak se uopšte nije mogao pokrenuti. U tom slučaju, tužilac je imao pravo da zahteva obezbeđenje svog potraživanja predajom imovine nesolventnog dužnika. Starim i bolesnim osobama tužilac je morao da obezbedi kola za prevoz (Stanojević, 2001:164). U slučaju da nije bio spreman da to odmah učini, morao je da odredi jedno lice (*vindex*), kao jemca, koji bi garantovao za tuženog da će se određenog dana pojaviti pred magistratom.

Po prijemu poziva za suđenje, tuženi je bio dužan da odmah pristupi nadležnom organu.

Po pravilu, postupak je vođen i okončavan istog dana. To pokazuje da je pravna zaštita pružana u skladu sa principom hitnosti i da nije bilo odugovlačenja u suđenju. U slučaju da se postupak nije mogao okončati istog dana, tuženi, za koga sud nije bio siguran da će se ponovo pojaviti, bio je dužan da položi kauciju (*vadimonium*). Polaganjem kaucije tuženi je garantovao da će se određenog dana pojaviti na raspravu pred sudom. Ukoliko tuženi ne bi položio kauciju, tužilac je imao pravo da ga drži u kućnom pritvoru do dana kada se nastavljao postupak da bi obezbedio njegovo prisustvo na suđenju (Blagojević, 1960:12).

Stranke su bile dužne da same predlažu dokaze o onome što su tvrdile i same su izvodile sve dokaze koje su smatrale relevantim. One su lično ispitivale svedoke u pogledu okolnosti koje su bile sporne i u pogledu kojih se nisu slagale. Ako bi tužilac uspeo u postupku, on je sam ili uz pomoć rođaka morao da se stara da se sudska presuda izvrši. Samopomoć je bila bitno obeležje postupka izvršenja sudskih odluka, jer rimska država nije raspolagala

instrumentima prinude kojima bi mogla da prinudnim putem sprovede sudsku odluku.

Najstariji rimski građanski sudski postupak, poznat kao legisakcioni postupak, dobio je naziv po legisacijama, koje su bile stroge i formalističke tužbe zasnovane na zakonu. One su bile karakteristične za staro pravo. Legisakcije su mogle da budu deklarativne, ukoliko su imale za cilj utvrđivanje da li neko pravo postoji ili ne, i egzekutorne, ukoliko su imale za cilj izvršenje nekog prava čije postojanje je bilo utvrđeno u nekoj odluci. Postojalo je nekoliko vrsta legisacija: *legisactio sacramento*, *legisactio per iudicis postulationem*, *legisactio per conditionem*, *legisactio per manus iniunctionem*, *legisactio per pignoris capionem* i postupak *per sponsionem*.

Legisactio sacramento bio je postupak koji je postojao još pre donošenja Zakona XII tablica. Dobio je ime po opkladi od 50 ili 500 asa, koje su obe stranke polagale prilikom litiskontestacije. Pobjednik u postupku dobijao je svoj novac nazad dok je ostale pare zadržavala država kao neku vrstu takse. Postupak je imao dve varijante: *legisactio sacramento in personam* o kome nema mnogo podataka, i *legisactio sacramento in rem* gde su stranke donosile pred magistrata sporni predmet i svaka je ponaosob tvrdila da je njoj pripadala ta stvar (*vindicatio* i *contravindicatio*).

Legisactio per iudicis postulationem bio je postupak koji se primenjivao za zaštitu obaveza proisteklih iz stipulacije, i drugih verbalnih kontrakata kao i za vođenje radnih sporova. Postupak je mnogo bio jednostavniji od prethodnog, jer je sudija bio imenovan odmah po zahtevu tužioca.

Legisactio per conditionem bio je postupak koji se vodio povodom spornih potraživanja koja su se odnosila na određenu sumu novca ili na određene stvari. Postupak je bio sličan prethodno navedenim postupcima a sudija se imenovao po isteku roka od 30 dana.

Legisactio per manus iniunctionem bio je najstariji institut rimskog izvršnog postupka, opisan još u Zakonu XII tablica. Služio je kao sredstvo za izvršenje presude i naplatu novčanih potraživanja i to izvršenjem na samoj ličnosti dužnika. Predstavljao je, znači, vid personalne egzekucije. Personalna egzekucija, kako smo to već naglasili, pored samopomoći, bila je druga značajna karakteristika legisakcionog postupka. U slučaju da dužnik nije

mogao da plati dug, ona je dovodila do ropstva i do smrti dužnika. Pošto nije bilo posebnih pravila izvršne procedure, postupak sprovođenja izvršenja bio je sličan parničnom i pokretao se specifičnom tužbom *legis actio per manus iniectio*. Sprovodio se na sledeći način: pošto bi presuda bila doneta i pošto je protekao rok od 30 dana i tuženi – dužnik nije dobrovoljno u tom roku ispunio obavezu, tužilac – poverilac je lično privodio dužnika pred magistrata. Tužilac je u prisustvu magistrata stavljao ruku na dužnika i izgovarao bi svečanu formulu:

„*Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X mila, quod non soluisti, ob aem rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inition* – Budući da si osuđen (ili kažnjen) da mi platiš deset hiljada sestercija, a kako nisi platio, stavljam ruku na tebe zbog dosuđenih deset hiljada sestercija“ (Blagojević, 1960:16).

Na ovakvu tužbu tuženi nije imao pravo ništa da odgovori ni da se brani. Magistrat je odmah dopuštao tužiocu da dužnika odvede kući i da ga stavi u okove. Ako dug ne bi bio plaćen ni tokom tih 60 dana kućnog pritvora, poverilac je imao pravo da dužnika proda kao roba ili da ga ubije.

Legisactio per pignoris capionem bila je vansudska procedura koja je služila za namirenje poveričevog potraživanja. Postupak se sastojao u tome što je crkveni organ ili javni službenik uzimao u zalogu određenu stvar dužnika sve dok ovaj ne bi platio dug. Ovaj postupak je bio primenjivan u strogo uskim okvirima i služio je za izvršenje onih tražbina koje su imale sakralni ili javni karakter. Pojedinaac se nije mogao služiti ovim postupkom, osim u slučajevima delegacije od strane javne vlasti. Dakle, postupak *legisactio per pignoris capionem* upotrebljavan je kada su bili u pitanju određeni sporovi na osnovu običaja, a u nekim slučajevima i na osnovu zakona. Mogućnost zaštite svojih prava, putem ovog postupka, na osnovu običaja imali su vojnici protiv lica koja su im dugovala *aes militariae* (vojnu platu), *aes questare* (kupovnu cenu za konja) i *aes hordearium* (naknadu za ishranu konja). Zakon XII tablica je propisivao ovo pravo i za prodavca žrtvenih životinja, kojima nije bila isplaćena cena; zakupcima životinja za isplatu zakupnine koju su namenili hramovima kao i poreznicima za naplatu poreskih dugovanja (Stanojević, 1982:256). Iako neki rimski pravници ističu da se ovaj postupak ne može

uvrstiti u legisakcije, jer je reč o vansudskom postupku, ipak prevladava mišljenje da je ovde reč o legisakciji, jer se preduzimala putem svečanih reči i rituala – oduzimanje stvari. Njen značaj se ne može osporiti. Ona je, sa jedne strane, predstavljala dokaz o početku širenja realne egzekucije jer se izvršenje nije sprovodilo prema ličnosti dužnika, već prema njegovoj imovini, dok je, sa druge strane, predstavljala širenje sistema izvršnog prava (Ignjatović, 2004:300-315).

Postupak *per sponsionem* se javio sa ciljem da se odstrani plaćanje kod stvarnopravnih sporova. Tužilac koji je želeo da podnese vindikacionu tužbu, da bi izbegao plaćanje po sakramentu, pozivao je tuženog na uslovnu stipulaciju. Tuženi je prihvatio ovu stipulaciju budući da je za njega ona značila prestanak opasnosti da izgubi sacramentum.

Legisakcioni postupak je važio u Rimu skoro više od pet vekova. Međutim, njegova stroga formalnost i tajanstvenost, sva rizičnost vođenja, skupoća i komplikovanost, nemogućnost da na jedan vremenu i uslovima odgovarajući način pruži pravnu zaštitu promenjenim i povećanim privrednim odnosima i razvijenom društvenom životu, učinila je da je legisakcioni postupak vremenom postao „nesavršen“, pa je samim tim, postao i kočnica daljeg društvenog i pravnog razvoja. Veliki formalizam legisakcionog postupka, u periodu kada se krajem republike razvio pravni saobraćaj i kada je bio uveden čitav niz pravnih poslova *bona fidei*, nametao je potrebu preduzimanja određenih mera u cilju njegovog ublažavanja. Ova potreba se posebno osetila u oblasti izvršne procedure, s obzirom na surovost personalne egzekucije, kao jedinog oblika izvršenja. Iako su neki koraci, u tom smislu, preduzeti još u toku važenja legisakcionog postupka, oni nisu dali posebne rezultate. Mnogi nedostaci legisakcionog postupka još su bili prisutni.

3. Formularni postupak

Do radikalnih reformi došlo je sa donošenjem *Lex Aebutia* i *leges Iuliae* između 150 i 17. pre n.e. Odredbama ovih zakona regulisan je bio novi građanski sudski postupak – formularni. Međutim, uvođenje novog postupka nije izvršeno odjednom, već postepeno.

Na skoro 100 godina pre donošenja *leges Iuliae* (Berger, 1991:553), kojom je za zvanični postupak proglašen formularni postupak, donet je bio *Lex Aebutia* (Berger, 1991:547), koji je govorio o dopuštenosti upotrebe formularnog postupka. Po mišljenju čuvenog pravnika Žirara (Blagojević, 1960:25), verovatno da je u ovom prelaznom periodu strankama pripadalo pravo samostalnog izbora da li će u konkretnom slučaju biti upotrebljen legisakcioni ili formularni postupak. Upravo doneti zakoni u oblasti izvršne procedure pružali su mogućnost strankama da koriste neformalnu tužbu (*actio iudicati*) koja je bila usmerena na izvršenje bilo putem personalne ili realne egzekucije. Procenu dopuštenosti, dejstva i posledice nove neformalne tužbe vršili su državni organi. Što se tiče vršenja samih prinudnih radnji u cilju izvršenja, one su i dalje pripadale poveriocu, kao i u legisakcionom postupku. Međutim, ono što bitno razlikuje izvršenje u formularnom postupku, bilo je to što poverilac više nije mogao da proda dužnika ili da ga ubije u cilju namirenja svog potraživanja. Umesto toga, on je mogao da zadrži dužnika u svom kućnom pritvoru, sve dok on svojim radom ne otplati dug. Predmet izvršenja je bila ličnost, ali ne njena sloboda, već rad te osobe. Ovo još uvek nije značilo realnu egzekuciju u pravom značenju, ali je sasvim sigurno značilo njen začetak. Tek je kasnije, zalaganjem pretora, bilo uvedeno izvršenje na imovini dužnika.

Formularni postupak bio je redovni postupak na osnovu pisanih formula. Postupak je i dalje zadržavao upotrebu samopomoći i podelu postupka u dve faze: *in iure* i *apud iudicem*. Razlika u odnosu na prethodni postupak ogledala se u tome što su verbalne izjave, ovim postupkom, bile zamenjen pisanim izjavama. Formula (pisana izjava) morala je da sadrži određene delove (*partes*): imenovanje sudije bio je prvi i najvažniji deo, zatim tužiočev zahtev (*intentio*) u kome je tužilac tvrdio da ima neko pravo ili da mu optuženi nešto duguje i poslednji deo formule bio je pravni osnov (*demonstratio*), tj. da bi tužilac mogao da dobije parnicu, on je morao da bude zasnovan na nekom priznatom pravnom osnovu. Formula je mogla da sadrži i dodatke (*adiectiones*).

Praescriptio je bilo ograničenje kojim je stranka štitila svoja prava koja nisu bila sporna; exceptio ili prigovor je bilo procesno sredstvo za zaštitu tuženog. U pogledu izvršenja, i dalje je postojala personalna egzekucija tj, izvršenje na ličnosti dužnika. Iako je i dalje u sebi sadržao neke od elemenata legisakcionog

postupka, formularni postupak (kao redovni postupak) je od svih načina rešavanja sporova najviše uticao na opšte osobine i kvalitete rimskog prava.

Formularni postupak, koji je uveden u drugom veku pre nove ere, korišćen je paralelno sa legisakcionim postupkom i nije se bitno razlikovao od njega.

Osnovne karakteristike formularnog postupka bile su: manji formalizam, sloboda državnih organa da sastavljaju formule u cilju pružanja pravne zaštite, povećana pismenost, samopomoć, arbitraža, podela postupka na dva dela.

Formularni postupak se odvijao u dve faze. Faza *in iure* odvijala se pred pretorom koji je otvarao slučaj i dozvoljavao da se pokrene rešavanje spora, dok se faza *apud iudicem* odvijala pred sudijom sa ciljem da se spor reši i donese presuda.

Suđenje je bilo javno. Publika je bučno pratila tok postupka. Pored onih koji su bili zainteresovani za rešenje spora ili za parničare, bilo je i naručene publike koja se ponašala navijački.

Novine u formularnom postupku bile su u tome što je pretor uvodio nova pravna sredstva, što je sastavljao pisanu formulu, što je prestao fizički način dovođenja tuženog pred sud, što je uvedeno novčano kažnjavanje zbog izostanka tuženog, što se postepeno javljalo pisano pozivanje na suđenje.

Pretor je proveravao da li strane u sporu mogu da budu stranke u postupku (da budu tužilac i tuženi) i, postavljanjem pitanja, proveravao kakav stav ima tuženi u odnosu na spor tj. da li se brani od tužbe ili ne ili se uzdržava od učešća u postupku.

Ukoliko je tuženi priznao ono što je tužilac od njega tražio, postupak se obustavljao i magistrat je konstatovao priznanje koje je imalo dejstvo pravnosnažne sudske odluke. Kad se tuženi nije izjasnio da će se braniti i uzdržavao od izjašnjenja (nije uzvrćao zakletvu ili nije polagao kauciju), postupak se nije mogao voditi jer nije bilo saglasnosti obe stranke i postupak se okončavao. Da bi se zaštitili interesi tužioca, rimsko pravo je predviđalo izvršenje po naređenju magistrata zavisno od konkretnih okolnosti predajom stvari u državinu, na imovini ili alternativno na ličnosti ili na imovini. Ako se tuženi branio, on se upuštao u parnicu i postupak bi se nastavljao pred

sudijom. Magistrat je sastavljao formulu koja je predstavljala pisano uputstvo o tome kako treba rešiti spor.

Formula se sastojala iz nekoliko delova: 1) imenovanje sudije (npr. „Neka sudija bude Ticije“) i označavanje stranaka čiji se spor rešava; 2) opis spora u kome je izloženo ono što tužilac želi; 3) pravni osnov za rešavanje spora; 4) nalog sudiji da na određeni način reši spor (da usvoji ono što tužilac traži ili da odbije njegovo traženje). Pored obaveznih delova, formula je mogla da sadrži i neke neobavezne delove.

Ukoliko se tuženi branio i isticao prigovore, pretor je u formulu mogao da uključi i ekscepcije tuženog (*exemptio*).

U drugoj fazi postupka, pred sudijom se sprovodio dokazni postupak da bi se utvrdila istinitost važnih činjenica. Stranke su izvodile dokaze i kao dokazna sredstva korišćeni su: svedoci, saslušanje samih stranaka, priznanje, izjave pod zakletvom, isprave, uviđaj, *corpora delikti*, izjave koje su dali robovi pod torturom. Dokazi su izvođeni neposredno pred sudijom, u njegovom prisustvu. Strankama su mogli da pomažu oratori koji su se bavili advokatskim poslom. Sudije su slobodno cenile izvedene dokaze. Najjači argumenti su se zasnivali na utvrđenim činjenicama. Pošto je sproveo postupak, sudija je donosio odluku.

U oblasti izvršnog postupka, gde je personalna egzekucija i dalje bila jedini vid izvršenja, javila se potreba za reformama. Ova potreba se osetila još u okviru samog legisakcionog postupka, gde su činjeni pokušaji, naročito u oblasti izvršnog postupka, da se popravi položaj dužnika, time što bi predmet personalne egzekucije bio rad dužnika, a ne njegova ličnost. Time je bilo uskraćeno pravo poveriocu da dužnika ubije ili proda. Međutim, svi ovi pokušaji da se učine reforme i poboljša položaj dužnika nisu bili dovoljni. Otuda se aktivnošću pretora u periodu važenja formularnog postupka uvodi neformalna tužba *actio iudicati*, koja je bila usmerena na izvršenje bilo putem personalne ili realne egzekucije.

4. Ekstraordinarni postupak

Pored legisakcionog i formularnog postupka, kao redovne postupke, u rimskom pravu je postojao i vanredni postupak (*cognitio extra ordinem*). Okolnosti pod kojima se razvio ekstraordinarni postupak (društvene prilike,

privredne krize, uticaj hrišćanstva, feudalizacija), uticale su na promene u dotadašnjem načinu suđenja. Nastao je novi sudski aparat sa promenjenim postupkom, i to najpre kao fakultativan, a od početka dominata kao obavezan način rešavanja sporova.

Vanredni postupak se primenjivao na uređenje sporova koji nisu mogli da se rešavaju unutar redovnih postupaka. U trećem veku je opao značaj formularnom postupku, pa je tako ovaj vanredni postupak prerastao ne samo u redovni već i u jedini način za rešavanje sporova. Kao i svaki sudski postupak i ovaj je bio u potpunosti posledica državne organizacije u celini. Zbog toga se za ovaj postupak vrlo često koristi i naziv kognicioni postupak (na osnovu utvrđivanja činjenica koje je isključivo u rukama državnih organa).

Ovaj postupak je doneo mnoge novine koje su postale temelj savremenog građanskog sudskog postupka. To su bili: jedinstvena organizacija sudova, višestepenost u suđenju, uvođenje žalbe kao redovnog pravnog leka itd. Sve ove promene uticale su i na promenu postupka u oblasti izvršnog prava. Izvršenje presude u ovom postupku u mnogome je slično današnjem izvršenju. Kao organ izvršenja javljao se isključivo činovnik, bilo da je to pretor ili neko drugo lice. Kada su bili stvoreni uslovi za sprovođenje izvršenja, prinudne radnje su preduzimali državni organi, a ne poverioci lično, kako je to bio slučaj u prethodna dva postupka. Izvršenje se po pravilu, sprovodilo na imovini dužnika, tzv. realna egzekucija (Ignjatović, 2004:306) (Stanković, 2001:9).

Ekstraordinarni postupak, koji je uveden je u trećem veku nove ere, temeljio se na potpuno različitim principima u odnosu na prethodna dva postupka pravne zaštite.

Dok su prva dva postupka bile varijante „privatnog“ načina suđenja, u kojima je država u najvećem delu postupka ostajala po strani (pozivanje na sud, donošenje presude, izvršenje presude), dotle je, u ekstraordinarnom postupku sve bilo u rukama države. Ona je uređivala i propisivala i organizaciona i funkcionalna proceduralna pravila. Na to ukazuju i sledeće karakteristike ovog postupka: postupak se više nije delio na dve faze, pa samim tim, nije bilo mesta arbitraži; samopomoć je bila svedena na najmanju moguću meru; uvodi se metod legalnih dokaza koji zamenjuju postojeći metod slobodne ocene; uvodi se pravo na žalbu; dozvoljeno je bilo zastupanje stranaka za razliku od

prethodna dva postupka gde parničari nisu mogli biti zastupani u postupku pred sudom; uvode se pravila o stvarnoj i mesnoj nadležnosti. Sve to ukazuje da se sa uvođenjem ekstraordinarnog postupka prestalo sa tradicijom „privatnog“ suđenja i da je država preuzela glavnu ulogu u suđenju, počevši od pozivanja stranaka na sud pa do donošenja presude i njenog izvršenja (Stanojević, 2001:173).

Za razliku od prethodna dva postupka, koji su pretežno „privatnog“ karaktera, ekstraordinarni postupak je bio utemeljen na sasvim drugačijim principima. Pošto je država organizovala postupak pružanja pravne zaštite, to se odrazilo i na sam tok postupka, kao i na pozivanje na sud.

Umesto ranije dužnosti tužioca da lično pozove tuženog na sud, sada tužilac, pošto najpre utvrdi kom nadležnom sudu treba da se obrati, podiže tužbu, obično u pisanom obliku. Tužilac je podnosio svoju tužbu sudu tako što je predavao sudskom službeniku ili bi je usmeno diktirao na zapisnik kod suda i predlagao da sud dostavi tužbu tuženom da bi se on pojavio pred sudom.

Kad je tužba bila podignuta, sud je pozivao tuženog (*litis denuntiatio*), pošto je država organizovala pružanje pravne zaštite. Pozivanje je bilo tako organizovano da je tužilac dobijao od sudskog organa posebno ovlašćenje ili je sam sudski organ pozivao tuženog na sud. Na taj način, pozivanje na sud u rimskom građanskom postupku prelazi u potpunosti u ruke države, odnosno sudske vlasti, čime su postavljeni temelji savremenog načina pozivanja na sud.

Ako se tuženi ne bi odazvao na poziv suda, donosila se presuda i bez njegovog prisustva s tim što nije uvek bilo presuđeno na štetu izostalog tuženog. Ako se tužilac ne bi pojavio pred sudom, gubio je parnicu s tim što je imao mogućnost da još jednom pokrene istu parnicu. Ukoliko bi tuženi izbegavao da dođe pred sud, sud je odlučivao u njegovoj odsutnosti tako što je donosio presudu zbog izostanka ili kontumacionu presudu. Stranke i njihovi advokati bili su dužni da polože kaucije kojima su garantovali dolazak pred sud.

Postupak pred sudom je tekao po određenom redu. Prvo su govorili tužilac i njegov advokat i saopštili sudu činjenice koje se odnose na spor i kojima se objašnjava i potvrđuje odluka koju tužilac zahteva, a potom bi tuženi i njegov advokat izneli svoje protivljenje. Od tog trenutka je počinjala da teče parnica (litiskontestacija). Potom su stranke bile dužne da polože zakletvu da će se

savesno parničiti i da neće šikanirati suprotnu stranku. Ta dužnost se odnosila i na advokate. U nastavku postupka, stranke su naizmenično u svojim govorima iznosile svoje stavove u pogledu sporne stvari.

Sud je, na osnovu posebne odluke, sprovodio dokazni postupak. On je mogao da usvoji ili da odbije dokazne predloge. Saslušavanje i ispitivanje svedoka, pored samih parničara, vršio je i sud, što pokazuje da nije imao pasivnu ulogu u postupku. Sudija je mogao da postavlja pitanja i da izvodi dokaze i o onome o čemu stranke nisu želele da raspravljaju pred sudom, a to pokazuje da je sud postupao i po službenoj dužnosti tj. da je imao oficijelna ovlašćenja.

Dokazna sredstva su bila: izjave stranaka pod zakletvom, svedoci, isprave, uviđaj, veštačenje, zakletva povodom određenih pitanja. Za sud su od značaja bile i indicije. U pogledu ocene dokaza, više nije važio princip slobodne ocene dokaza. Sudija je bio državni službenik i bio je vezan za uputstva koja je pravo predviđalo o tome kako treba oceniti pojedini dokaz. Pravna pravila su rangirala dokaze i njihovu vrednost tako da su isprave imale jaču dokaznu snagu od svedoka. Sudija je bio dužan da proveriti da li su stranke podnele određene dokaze kojima je pravni poredak poklonio veru i presuđivao je zavisno od toga. Njegovo uverenje o istinitosti nije imalo značaj, jer su pravna pravila predviđala vrednost svakog dokaznog sredstva. Za ovaj period rimskog postupka bila je karakteristična tzv. legalna (formalna) ocena dokaza. Sud je donosio presudu na osnovu važećeg prava koje je morao da poznaje. Presuda je imala pisani oblik i javno je saopštavana strankama.

Nezadovoljna stranka je imala pravo žalbe (*appellatio*). Žalba se izjavljivala usmeno, odmah po saopštenju presude ili pisano, u određenom roku. Žalba je odlagala izvršenje (imala je suspenzivno dejstvo), sve dok se ne odluči po žalbi. O žalbi je odlučivao sud višeg stepena. Viši sud je otvarao raspravu po žalbi i donosio odluku. I protiv te odluke mogla je da bude izjavljena žalba višem sudu, tako da je važio princip trostepenog odlučivanja.

I u pogledu izvršenja presude u ekstraordinarnom postuku došlo je do promena koje su ga učinile bližim savremenom načinu izvršenja. Kao organ izvršenja javljao se isključivo činovnik, a izvršenje je po pravilu za objekat imalo imovinu dužnika (realna egzekucija). Kažemo, po pravilu, jer je samopomoć i dalje postojala ali u zakonom predviđenim okvirima.

Period razvoja građanskog sudskog postupka, i posebno izvršnog postupka kao njegovog dela, u ovom periodu rimske istorije, može se okarakterisati kao delatnost rimske države, koja se odvijala u konstantnim naporima da u potpunosti u svoje ruke preuzme postupak za pružanje pravne zaštite, minimizirajući na taj način ulogu samopomoći u rimskom izvršnom postupku (Ignjatović, 2004:287-309).

5. Pravna sredstva za zaštitu subjektivnih prava

Osnovno sredstvo kojim se ostvarivala pravna zaštita u okviru sudskog postupka bila je tužba (*actio*). Sve tužbe delile su se na civilne (*actiones civiles*) i honorarne (*actiones honorariae*). Civilne tužbe su nastale običajem, zakonom ili interpretacijom. Honorarne su bile deo zakonodavne aktivnosti magistrata.

Actiones in rem bile su tužbe kojim se štitilo neko apsolutno pravo. To su bile tužbe iz domena statusnog, stvarnog i naslednog prava.

Actiones in personam su bile tužbe koje su služile za zaštitu relativnih (obligacionih) prava.

Actiones stricti iuris bila je tužba koja je zahtevala striktno poštovanje formule. Tužilac je lako mogao izgubiti spor zbog formalnosti. Da bi pospešili pravdu, pravnici su uveli *actiones bonae fidei*, tužbu putem koje je tužilac tražio sve što mu je tuženi dugovao po osnovu dobre vere (*bona fides*).

Actiones poenales su bile penalne (kaznene) tužbe. One su bile utvrđivane po sledećim pravilima: 1) kazna je uvek imovinska i pripada tužiocu; 2) kazna se određuje prema težini dela; 3) ukoliko ima više izvršilaca dela, svaki duguje pun iznos kazne; 4) pater familias je mogao da plati kaznu ili je mogao da preda izvršioca delikta; 5) penalne tužbe su bile nenasledive; 6) naplata kazne nije gasila pravo na druge tužbe.

Pored *actio*, kao osnovnog i redovnog pravnog sredstva za zaštitu subjektivnih prava, rimsko pravo poznavalo je i vanredna sredstva kao što su: *exceptio*, *stipulationes*, *interdictum*, *restitutio in integrum*. Vanredna pravna sredstva za zaštitu subjektivnih prava bile su intervencije pravosudnih organa koje su služile za dopunu, poboljšanje i odstranjivanje nedostataka građanskog

postupka ili redovnih pravnih sredstava koja su bila predviđena za zaštitu subjektivnih prava u konkretnim slučajevima.

Exceptio je bio prigovor kojim je optuženi mogao da zahteva da sudija uzme u obzir i one činjenice koje nisu bile navedene. Od brojnih prigovora, najvažniji je bio prigovor *exceptio doli* – prigovor kojim je stranka tvrdila da je žrtva prevare.

Stipulationes je bio ugovor obligacionog prava koji je zbog svoje jednostavnosti i apstraktnosti vrlo rano dobio značajnu ulogu u rešavanju sporova. U nekim pravima pretor je pribegavao prirodnim stipulacijama (*missiones in possessionem*) kao sredstvom protiv neposlušnih stranaka.

Interdictum je bila zabrana ili naredba koja se je primenjivala da bi se uticalo na ponašanje nekog lica. Interdikt je izdavao magistrat (pretor). U zavisnosti od toga da li je glasio na jedno ili oba lica, mogao je biti jednostrani ili dvostrani.

Restitutio in integrum bilo je sredstvo kojim je pretor poništavao dejstvo nekih pravnih činjenica i vraćao na pređašnje stanje, pod uslovom da su te činjenice dovodile do nepravinih posledica, pa čak i kad su bile u skladu sa *ius civile*.

I *stipulationes* i *interdictum* i *institutio in integrum* bila su pretorska sredstva koja je on koristio u redovnom sudskom postupku i uz pomoć kojih je sam istraživao stvari i donosio odluke.

6. Zaključak

Sudski postupak u rimskom pravu je posebno značajan, jer se rimsko pravo tokom svog postojanja razvijalo kroz pravnu praksu i sudski postupak. Za rimsko pravo je poseban značaj imao sudski postupak i rimsko shvatanje o tužbi (*actio*), koja je centralni pojam rimskog prava i postupka. U rimskom pravu nije, kao u savremenom pravu, postojala podjela na materijalno i procesno pravo, te su instituti ovih savremenih grana prava bili isprepletani. Izvori rimskog prava pokazuju da se postojanje nekog prava i njegova zaštita zasnivala na tome da li u pravnim normama postoji predviđeno pravno sredstvo kojim se omogućava i obezbeđuje zaštita određenog pravom priznatog interesa. *Actio* je, po shvatanju rimskih pravnika, bilo pravo da se od

suda zahteva ono što tužiocu pripada u konkretnom slučaju po pravnim pravilima. Prvobitnu zaštitu svojih prava pojedinac je morao sam da obezbedi, putem samozaštite, što je u najvećem broju slučajeva dovelo do niza privatnih ratova. Nastojeći da spreči privatne ratove, koji su se vodili za ostvarenje prava pojedinaca, i obezbedi unutrašnji mir, država je preduzimala mere za formiranje organizovane pravne zaštite.

Rimski građanski postupak, na početku svog nastanka, karakterišu određene osobine zajedničke svim narodima na istom stepenu kulturnog razvoja. Međutim, vremenom evoluirajući kroz legisakcioni i formularni postupak, rimski građanski postupak razvio je novi vid organizovane sudske zaštite kroz ekstraordinarni postupak. Ovaj postupak je od značaja za savremeni sudski postupak, jer predstavlja njegovu preteču, s obzirom na činjenicu da je u ekstraordinarnom postupku sve bilo u rukama države. Ona je uređivala i propisivala i organizaciona i funkcionalna proceduralna pravila čime je napravljen temelj savremenom načinu suđenja i savremenoj organizaciji sudstva.

Literatura

Adolf, B. (1991). *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia: American Philosophical society

Blagojević, B. (1960). *Građanski postupak u rimskom pravu*. Beograd: Naučna knjiga

Ignjatović, M. (2004). Izvršenje presude u rimskom građanskom postupku. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 44. 287-311

Ignjatović, M. (2003). In ius vocatio – pozivanje na sud. *Pravni život, Tematski broj, Pravo i demokratska kultura*. 4(12). 275-285

Malenica, A. (1999). *Rimsko pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet

Mojović, N. (2008). *Sudski postupak u rimskom pravu*. Banja Luka: Besjeda

Stanković, G. (1996). *Građansko procesno pravo*. Niš: Studentski kulturni centar

Stanković, G. (2001). Novo izvršno procesno pravo. Niš: Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo

Stanojević, O. (1982). Gajeve Institucije (prevod), (IV, 183). Beograd: Nolit

Stanojević, O. (2001). Rimsko pravo. Beograd: Dosije

Marija Ignjatović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Evolutionary Development of Civil Procedure in Roman Law

Summary

In this article, the author analyzes the entire course of civil procedure in Roman law, starting from the *legis actio* proceeding to the last *extra ordinem* proceeding. Relying on this analysis, the author points out that the last *extra ordinem* proceeding played a crucial role in the development and regulation of the contemporary civil procedure. In the course of its development, the Roman civil procedure had three distinct forms: *legis actio* proceeding, formulary proceeding and *extra ordinem* proceeding. In this paper, the author elaborates on all three forms of Roman civil proceedings and highlights their basic features. On the basis of the overall analysis, the author concludes that the last phase in the Roman civil procedure (the *extra ordinem* proceeding) is important for the subsequent developments in the contemporary law. In particular, the author analyzes the procedural instruments used in providing relevant judicial protection of individual rights. In that context, the author underscores the fact that the origin of the contemporary civil procedure and the fundamental procedural instruments for safeguarding individual rights are deeply rooted in Roman law.

Keywords: Roman civil proceedings, *legis actio* proceeding, formulary proceeding, *extra ordinem* proceeding, procedural instruments

Dr Aleksandar Mojašević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.925:330

Rad primljen: 27.02.2014.

Rad prihvaćen: 25.03.2014.

EKONOMSKA ANALIZA POJEDINIH REŠENJA IZ NACRTA ZAKONA O POSREDOVANJU U REŠAVANJU SPOROVA**

Apstrakt: U ovom radu autor analizira pojedina nova rešenja iz Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova iz 2013. godine, za koja je tokom javne rasprave isticano da će doprineti povećanju efikasnosti rada sudova, pre svega, u vidu rasterećenja od prekobrojnih predmeta i sniženju troškova sudskog postupka. Akcenat se stavlja na tri pitanja: način sprovođenja postupka medijacije, izvršnost sporazuma zaključenog u postupku medijacije i troškovi medijacije. Cilj je ustanoviti da li su, i u kojoj meri, predviđanja o pozitivnim efektima budućeg Zakona, baziranog na spomenutom Nacrtu, utemeljena. Radi ostvarenja tog cilja, u radu se izlažu nalazi ekonomske teorije o spomenutim pitanjima, kao i rezultati empirijske studije o efikasnosti medijacije sprovedene u Odeljenju centra za medijaciju Osnovnog suda u Nišu. Bazični nalaz u pogledu efekata budućeg Zakona jeste da se ne može očekivati značajno poboljšanje efikasnosti postupka medijacije, samim tim, i parničnog postupka, uprkos činjenici da Nacrt sadrži pojedina inovativna rešenja u odnosu na rešenja iz važećeg Zakona o posredovanju – medijaciji.

Ključne reči: Nacrt, Zakon, medijacija, efikasnost, sporazum, troškovi.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

1. Uvod

U Republici Srbiji, od 2005. godine na snazi je *Zakon o posredovanju – medijaciji* (u daljem tekstu: *Zakon*).¹ Samo nekoliko godina primene ovog Zakona bilo je dovoljno da se jasno uvidi da isti nije dao očekivane rezultate, u vidu rasterećenja sudova od prekobrojnih predmeta i sniženja troškova parničnog postupka. Prema javno dostupnim podacima,² od početka primene medijacije u Srbiji, tek nešto više od *3.500 predmeta* okončano je sporazumom u ovom postupku. Iz tog razloga, Ministarstvo pravde i državne uprave pristupilo je izradi novog Zakona koji bi na drugačiji način regulisao ovaj ADR metod. Atmosfera u kojoj je to činjeno obilovala je suprotstavljenim idejama i stavovima u pogledu koncipiranja novog Zakona, sa krajnjim ishodom u vidu (*druge*) *radne verzije Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova* iz 2013. godine (u daljem tekstu: *Nacrt zakona*).³ Budući da konačnu verziju Predloga zakona, Vlada RS tek treba da usvoji, i da isti treba da prođe skupštinsku raspravu, cilj ovog rada ogleda se u (kritičkom) preispitivanju pojedinih odredbi *Nacrta zakona*, na osnovu nalaza ekonomske teorije. Konkretnije rečeno, u fokusu pažnje je sledeće pitanje: *da li će Zakon, ako bude usvojen na osnovu rešenja iz Nacrta zakona, doprineti poboljšanju efikasnosti rada sudova, tj. rasterećenju sudova od prekobrojnih predmeta i sniženju troškova parničnog postupka*.⁴ Na neki način, nastojimo da anticipiramo efekte pojedinih odredbi *Nacrta zakona* na efikasnost medijacije, samim tim, i efikasnost parničnog postupka, oslanjajući se prvenstveno na rezultate teorijskog i empirijskog istraživanja sprovedenog tokom 2011. i 2012. godine u vezi s ovom temom (Mojašević, 2014). S obzirom na predviđanje pozitivnih efekata primene budućeg Zakona od strane pojedinih članova Radne grupe tokom javne rasprave 2013. godine,⁵ našli smo za shodno da uporedimo ta predviđanja sa zaključcima iz spomenutog istraživanja. U tom svetlu, biće

¹ Zakon o posredovanju – medijaciji, *Sl. glasnik RS*, 18/05.

² Videti: <http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>, pristup: 13.1.2014.

³ Nacrt zakona sa obrazloženjem dostupan: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

⁴ U ovom radu, fokusiramo se na *efikasnost parničnog postupka*, svesni činjenice da je medijacija moguća i u drugim vrstama sudskih postupaka.

⁵ Videti: <http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>, pristup: 20.1.2014.

obrađena sledeća pitanja: obaveznost (dobrovoljnost) medijacije, izvršnost sporazuma sklopljenog u medijaciji i troškovi postupka medijacije.

2. Kontroverze u pripremi Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova

U našoj zemlji, počev od 2010. godine do danas, aktuelna je javna debata oko usvajanja novog Zakona koji bi regulisao medijaciju. Na početku debate izdvojile su se dve (suprotstavljene) strane sa svojim predlozima u pogledu suštine Zakona. Jednu stranu predstavljao je Centar za medijaciju, a drugu, stručni tim Radne grupe Ministarstva pravde RS. Ne navodeći sve pojedinosti suprotstavljenih ideja dveju strana,⁶ napomenimo to da je Radna grupa zastupala stav o *upućivanju na medijaciju od strane suda*, dok se Centar zalagao za *mandatornu medijaciju u imovinskim sporovima*. Centar je tvrdio da bi mandatorna medijacija trebalo da doprinese sledećem: povećanju broja medijacija; smanjenju priliva novih predmeta u sudove; ažurnijem rešavanju već procesuiranih predmeta; uštedi direktnih troškova sudova i troškova učesnika u sporu, kao i troškova u državnom budžetu u situaciji kada je država učesnik spora. Zatim, Centar je isticao da praksa zemalja EU, kao i praksa u našoj zemlji, nije potvrdila da je upućivanje na medijaciju dalo značajne efekte. Konačno, Centar je zastupao stav da bi sporazum zaključen u postupku medijacije trebalo da ima *snagu izvršne isprave*, jer bi to doprinelo povećanju broja medijacija. S druge strane, Radna grupa zastupala je stav da bi sporazum trebalo da ima snagu *vansudskog poravnanja*.

Septembra 2012. godine, *Rešenjem Ministra pravde i državne uprave RS*,⁷ formirana je nova *Radna grupa*, sa zadatkom da, pored rada na izmeni i dopuni drugih zakona, izradi i radni tekst novog Zakona koji bi regulisao medijaciju. Potom, naredne, 2013. godine, novim *Rešenjem Ministra pravde i državne*

⁶ Analiza koja sledi bazirana je na dva nezvanična dokumenta do kojih je autor došao u Odeljenju centra za medijaciju Osnovnog suda u Nišu: *Obrazloženje Predloga Zakona o medijaciji Centra za medijaciju* i *Predlozi Zakona o medijaciji – poređenje*.

⁷ Rešenje Ministarstva pravde i državne uprave RS o obrazovanju radne grupe za izradu radnog teksta Zakona o medijaciji, br. 119-00-9/2012-08 od 11.9.2012.

uprave RS,⁸ biva prekomponovana prethodna Radna grupa, sa (istim) zadatkom da pripremi tekst radne verzije Zakona koji bi regulisao ovaj ADR metod.⁹ Ova radna grupa izradila je (drugu) radnu verziju Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova, i istu uputila na javnu raspravu, koja je okončana krajem 2013. godine.

Budući da je važeći Zakon na snazi od 2005. godine, i da je nakon pet godina od njegove primene pokrenuta javna debata koja je trajala bezmalo četiri godine, i to sa veoma disonantnim tonovima u pogledu suštine samog Zakona, mišljenja smo da je naslov ovog poglavlja u potpunosti opravdan.

3. Obavezna medijacija

3.1. Kako ekonomska teorija gleda na pitanje obavezne medijacije?

U ekonomskoj teoriji (Brown, Ayres, 1994) pitanje obavezne medijacije povezuje se sa dva dobro poznata problema: *problemom moralnog hazarda* i *problemom negativne (neprirodne) selekcije*.¹⁰ Inače, problem moralnog hazarda podrazumeva rizičnije i neopreznije ponašanje jedne ugovorne strane koje nastaje usled nemogućnosti kontrole ili skupog nadzora druge ugovorne strane. Šire posmatrano, moralni hazard javlja se uvek kada privredni subjekat ne snosi negativne posledice (troškove) svojih odluka (Begović, Labus, Jovanović, 2008: 381-383). Koncept moralnog hazarda nalazi svoju primenu i u odnosima onih subjekata koji *pregovaranjem*, i to činjenjem uzajamnih ustupaka, mogu ostvariti neku zajedničku korist. U takvoj situaciji, kada moralni hazard ometa ili, u krajnjoj instanci, onemogućuje dve strane da ostvare zajedničku korist, uvođenje *medijatora*, kao trećeg neutralnog lica, pokazuje se

⁸ Rešenje Ministarstva pravde i državne uprave RS o obrazovanju radne grupe za pripremu teksta radne verzije Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, br. 119-01-00132/2013-01 od 10.6.2013.

⁹ Interesantno je to da stav 1. *Rešenja Ministra* glasi: „Obrazuje se Radna grupa za pripremu teksta radne verzije Zakona o posredovanju – mirenju (*medijaciji*) [podvukao A.M.]“. Trebalo je voditi računa da ovaj pojedinačni pravni akt bude tako koncipiran da ne dovodi do terminoloških zabuna, budući da se termini *medijacija*, *mirenje* i *posredovanje* koriste kao sinonimi. Tim pre, ova primedba dolazi do izražaja ako se pogleda *Obrazloženje Nacrta zakona* u kojem se ovaj pravni akt sreće pod nazivom *Zakon o posredovanju u rešavanju sporova* (očita je nepodudarnost naziva Zakona u dva različita akta koji prate tekst Radne verzije nacrta zakona: u Rešenju i Obrazloženju).

kao racionalan izbor.¹¹ U teoriji (Myerson, 1986: 323-358) se spominju posebne tehnike, poput *tehnike bacanja novčića*, kojima medijator pomaže pregovaračima da ostvare za njih povoljan ishod. Time medijator, u stvari, poboljšava koordinaciju između pregovarača, čineći povoljan ishod više verovatnim. Uzimajući to u obzir, racionalni pregovarači bivaju podstaknuti da *dobrovoljno* optiraju ovaj ADR metod, te bi zaključak ekonomske teorije glasio: *moralni hazard u ugovornim odnosima ne predstavlja razlog koji bi opravdao uvođenje obavezne medijacije* (Brown, Ayres, 1994: 385).

Kada je reč o *odnosu mandatorne medijacije i negativne selekcije*, situacija je drugačija. Napomenimo da se problem negativne selekcije ispoljava u različitim ugovornim odnosima. Recimo, na tržištu osiguranja, budući da su osiguranici bolje obavješteni o nastupajućim rizicima, osiguravajuće društvo ne može da razdvoji visoko rizične od nisko rizičnih grupa osiguranika. Zbog toga su osiguravajuća društva primorana da odrede cenu po *prosečnoj verovatnoći nastupanja rizičnog događaja*. U tom slučaju, bolje prolaze visoko rizični osiguranici nego nisko rizični osiguranici, jer plaćaju premiju za rizik, koja je niža od njihovog stvarnog rizika. Logična posledica takvog načina određivanja cene premije osiguranja jeste da polise osiguranja više kupuju visoko rizični osiguranici. Takva pojava na tržištu osiguranja naziva se *negativna selekcija osiguranika* (Labus, 2006: 394-397).

Bazični problem zbog koga nastaje negativna selekcija ogleda se u tome što jedna ugovorna strana *krije* informacije o nekim svojim karakteristikama od druge ugovorne strane ili ih, pak, *lažno predstavlja* pre zaključenja nekog ugovora. Rečnikom ekonomske teorije (Cooter, Ulen, 2004: 279-280), jedna strana poseduje neku *privatnu informaciju* koju nastoji da iskoristi na uštrb druge strane (jer je ona ne zna), što je podstiče da se ponaša *strategijski*. Takvo strategijsko ponašanje može biti prepreka efikasnom okončanju pregovora radi zaključenja nekog ugovora, ili pregovora radi okončanja nekog spora. U ovom drugom slučaju, u teoriji pregovaranja (Fisher, Ury, 2003: 49-54) navodi se situacija kada jedna strana krije od druge strane informaciju o *vrednosti*

¹⁰ U nastavku teksta, korišćemo termin *negativna selekcija*.

¹¹ Naglašavamo da medijator ne može da ublaži problem moralnog hazarda jedne ugovorne strane, već samo *moralni hazard dve ili više ugovornih strana, u situaciji kada postoji potreba za koordinacijom ugovornih obaveza*.

svoje najbolje alternative pregovaračkom sporazumu – skr. BATNA (eng. *Best Alternative to a Negotiated Agreement*).¹² Recimo, najbolja alternativa pregovaračkom sporazumu jedne strane u pregovorima može biti *odlazak na suđenje*, te od očekivane vrednosti sudske presude upravo zavisi ponašanje te strane, a time i sam ishod pregovora. To implicira da kooperativno rešenje igre nije unapred zagantovano, usled čega bi strane trebalo da pristupe određenoj vrsti, bilo indirektno bilo direktno komunikacije, u smislu razmene privatnih informacija. Indirektna komunikacija podrazumeva učešće *medijatora* koji bi trebalo da spreči nastanak negativne selekcije, koja se ogleda u tome da *određeni pregovarači, odustajanjem od pregovora, neće zaključiti sporazum* (iako korist od razmene realno može da postoji), *ili da će sebe nepotrebno iscrpljivati u dugačkim pregovorima* (čak i ako korist od razmene realno ne postoji). Prema tome, lanac dešavanja u ovakvoj igri pregovaranja jeste sledeći: privatne informacije → strategijsko ponašanje → negativna selekcija → neefikasno rešenje spora. U teoriji (Brown, Ayres, 1994: 335) se navode posebne tehnike medijatora za sprečavanje ovakvog sleda događaja, poput *uvećanja troškova strategijskog ponašanja podsticanjem da se pregovori prekinu ako nema koristi od razmene*. Pri tom, medijacija može biti efikasan metod rešenja spora ako i samo ako pregovarači još uvek nisu spoznali svoje rezervacione cene (BATNE), jer od momenta spoznaje istih može otpočeti strategijska borba sa već opisanim (negativnim) ishodom. U prilog tome, u jednoj studiji (Myerson, Satterthwaite, 1983) dokazano je da igra sa medijacijom, u kojoj strane još uvek nisu spoznale rezervacione cene, generiše viši nivo očekivane društvene koristi u odnosu na bilo koju igru u kojoj strane znaju svoje rezervacione cene. No, budući da pregovarači neće samostalno pristupiti *pregovorima oko načina rešenja spora* sve dok ne spoznaju svoje rezervacione cene (BATNE), postavlja se pitanje kako ostvariti ovaj društveno poželjan ishod. Jedna od mogućnosti jeste *obavezivanje strana da pokušaju da spor reše ovim ADR metodom*. Prema tome, zaključak ekonomske teorije glasi: *budući da me-*

¹² Vrednost BATNE jedne strane u pregovorima može preneti veću količinu informacija drugoj strani od, recimo, *rezervacione cene*. Inače, rezervaciona cena označava maksimalnu cenu po kojoj je kupac spreman da kupi određeno dobro ili uslugu, odnosno minimalnu cenu po kojoj je prodavac spreman da proda određeno dobro ili uslugu. Ovaj (ekonomski) pojam rezervacione cene koristi se i u igri pregovaranja, kao linija ispod odnosno iznad koje

dijator može ublažiti problem negativne selekcije, i delimično otkloniti društvenu neefikasnost pregovaranja, obavezati strane da idu na medijaciju ima ekonomskog opravdanja (Brown, Ayres, 1994: 385-386).

3.2. Razlozi za i protiv obavezne medijacije sa osvrtom na praksu pojedinih zemalja

U prilog obaveznoj medijaciji, u teoriji (Cornes, 2007: 12-19) se navodi: medijacija, generalno gledano, ima visoku stopu uspešnosti; pokušaj uvođenja obavezne medijacije ne može da škodi; uspeh medijacije ne dovodi se u pitanje čak i u slučajevima kada sudija *naređuje* strankama da idu na medijaciju. Zatim, određena istraživanja u Australiji (Mack, 2003) pokazuju da je učestalost sklapanja poravnjanja u sudski obaveznoj medijaciji približno ista kao i učestalost sklapanja poravnjanja u dobrovoljnoj medijaciji. Time se pružaju određeni dokazi da obavezivanje strana da idu na medijaciju ne smanjuje frekvenciju sklopljenih poravnjanja. Dalje, u teoriji (Hardy, 2008: 5-8) postoje i ovakvi argumenti: mnoge stranke nepotrebno troše resurse u sudskom postupku, koji se na kraju okonča poravnanjem; uvođenje obavezne medijacije može doprineti afirmaciji onih odlika medijacije zbog kojih je stekla popularnost: brzina rešavanja sporova, neformalnost postupka, ekonomičnost; medijacija ima prednost nad sudskim postupkom zbog smanjenja tenzije i straha među strankama, itd.

Jedan od osnovnih argumenta (Hardy, 2008: 8) *protiv* obavezne medijacije jeste da postoje slučajevi koji, jednostavno, nisu podobni za medijaciju (slučajevi nasilja). Zatim, ne manje važan argument (Knežević, Pavić, 2009: 234) ogleda se u tome da uvođenje obavezne medijacije može potkopati temeljni princip na kojem je izgrađena ova pravna ustanova – *princip dobrovoljnosti*. Dalje, ističe se (Hardy, 2008: 9) da stvaranje sistema baziranog na dominaciji medijacije nad redovnim sudskim postupkom, može ugroziti *principe pravde* na kojima počiva taj postupak: transparentnost, odgovornost i javnost. Dodajmo i opštepoznate argumente: uvođenje obavezne medijacije u pravni sistem jedne zemlje generiše *dodatne troškove*; kada medijacija ne urodi

pregovarači neće učiniti ustupak drugoj strani u pregovorima oko podele *kooperativnog viška*, koji predstavlja raspon između ove dve granične ili rezervacione cene.

plodom dolazi do *nepotrebnog rasipanja resursa*;¹³ da u postupku medijacije može doći do *zloupotrebe moći jedne strane*, naročito ako medijaciju vodi neiskusni ili nedovoljno obučeni medijator.

Kada je reč o praksi pojedinih zemalja, pri federalnim sudovima velikog broja američkih država postoje *medijacije pripojene sudu* (eng. *court-annexed mediation*). Recimo, 1995. godine, u državi Florida preko 75.000 predmeta okončano je sudskom medijacijom (Milutinović, 2006: 11-12, fusnota 5). Zatim, u nekim državama Australije, sudije imaju pravo da, bez saglasnosti stranaka, upute predmet na medijaciju (Mack, 2003: 74-75). Potom, u sudskoj praksi pojedinih država, poput Engleske i Velsa,¹⁴ dešavalo se da sudija *naredi* strankama da idu na postupak medijacije (Corney, 2007: 13). Za ove države može se reći da su ostale privržene dobrovoljnoj medijaciji, ali uz mogućnost da sudija alocira parnične troškove na teret one strane koja je u sudskom postupku odbila medijaciju iz *nerazumnih razloga*.¹⁵ Konačno, Italija je zemlja koja je uvela obaveznu medijaciju, uprkos otporima advokatskog lobija (Mork, 2013).

Kada je reč o našoj zemlji, važeći Zakon¹⁶ dao je prioritet konceptu *upućivanja na medijaciju od strane suda*. U našoj teoriji (Knežević, Pavić, 2009: 240), postoji tumačenje da ovaj koncept podrazumeva *sudski obaveznu medijaciju*, jer u prvostepenom postupku, za razliku od postupka po žalbi,¹⁷ po uputu suda stranke *moraju* ići na postupak medijacije.¹⁸ Pri tom, nije isključena mogućnost da se pravila postupka medijacije predviđena Zakonom primene i na postupak medijacije *koji je pokrenut i bez uputa suda ili drugog organa, pre*

¹³ Kao da do nepotrebnog rasipanja resursa ne dolazi u skupim i dugotrajnim parnicama!

¹⁴ Videti, na primer, sudski slučaj *Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd* [1999].

¹⁵ Videti, recimo, sudski slučaj *Dunnett v Railtrack Plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002].

¹⁶ Čl. 12. Zakona o posredovanju – medijaciji.

¹⁷ U postupku po žalbi potrebna je *saglasnost stranaka* za odlazak na medijaciju. Videti: čl.

14. Zakona o posredovanju – medijaciji.

¹⁸ No, intervju koji je obavljen sa koordinatorom Odeljenja centra za medijaciju u Nišu, u okviru empirijske studije (videti sledeće podglavlje), pokazao je da su sudije uglavnom poštovale volju stranaka prilikom upućivanja na medijaciju („Tek ako stranke hoće, sudija ih upućuje na medijaciju“). Očita je diskrepanca između teorijskog tumačenja ove važne odredbe Zakona koja reflektuje suštinu koncepta medijacije i tumačenja i primene iste u praksi od strane sudija, bar kada je reč o Osnovnom sudu u Nišu.

*ili posle pokretanja postupka za rešavanje spornog odnosa.*¹⁹ U svakom slučaju, *važeci koncept medijacije u našoj zemlji jeste koncept dobrovoljne medijacije.* Načelo dobrovoljnosti jeste jedno od osnovnih načela postupka medijacije, budući da se medijacija može sprovesti samo na osnovu izričite saglasnosti strana.²⁰ I sudska praksa potvrđuje primenu ovog načela.

4. Empirijska studija o efikasnosti medijacije u našoj zemlji

Krajem 2011. i početkom 2012. godine, u Parničnom odeljenju i Odeljenju centra za medijaciju Osnovnog suda u Nišu, sprovedeno je eksplorativno istraživanje, kvalitativnog i kvantitativnog tipa, orijentisano na ispitivanje *efikasnosti medijacije* (Mojašević, 2014). Cilj istraživanja ogledao se u utvrđivanju faktora (ne)efikasnosti našeg sistema rešavanja građanskopravnih sporova medijacijom, odnosno, ustanovljavanju stvarnog doprinosa medijacije minimizaciji parničnih i sudskih troškova, rasterećenju sudova od prekobrojnih predmeta i drugih faktora. Ne ulazeći na ovom mestu u sve pojedinosti ovog istraživanja, fokusiraćemo se na ona pitanja koja su u uvodu rada izdvojena kao bitna.

Prvo, kada je reč o *obaveznoj medijaciji*, istaknuto je da ušteda troškova može predstavljati snažan podsticaj strankama da se poravnaju što je moguće pre u postupku, bilo neposredno bilo posredno (preko medijatora). No, parnice koje su obrađene u ovoj studiji ukazuju na to da nekada prođe puno vremena pre nego što stranke uopšte pristupe medijaciji. Identifikovani su brojni razlozi kasnijeg odlaska stranaka na medijaciju, počev od njihove neinformisanosti o ovom postupku, do psiholoških barijera. S tim u vezi, zaključeno je da ako bi one imale *zakonsku obavezu da pokušaju da reše spor medijacijom*, i to pre pokretanja postupka, smanjila bi se mogućnost dugog trajanja parničnog postupka i održavanja velikog broja ročišta. Možda ne bi sve stranke rešile spor u ovoj fazi, ali bi prosečno gledano, ogromna većina njih to učinila.

Drugo, polazna teza da bi sporazum zaključen u postupku medijacije, koji bi imao *izvršnu snagu*, generisao veći broj medijacija, ali i veći indeks uspešnosti medijacije, potvrđena je ovim istraživanjem. Naime, prema mišljenju skoro

¹⁹ Čl. 1. st. 2. Zakona o posredovanju – medijaciji.

²⁰ Čl. 3. Zakona o posredovanju – medijaciji.

svih ispitanih sudija i ogromne većine advokata, sporazum u medijaciji sa izvršnom snagom podstakao bi stranke da idu na medijaciju, a veća frekvencija odlazaka na medijaciju znači i veći broj uspešnih medijacija. Zaključeno je da bi zakonsko normiranje sporazuma koji bi imao izvršnu snagu trebalo da ima pozitivan efekat u pravcu otklanjanja, ili ublažavanja, prema mišljenju većine sudija, bazičnog nedostatka našeg sistema rešavanja sporova medijacijom – *malog broja medijacija koji ne dovodi do rasterećenja sudova od prekobrojnih predmeta.*

Treće, ustanovljeno je da ne postoji statistički značajno povećanje broja medijacija u Odeljenju centra za medijaciju u Nišu, od 2006. godine do 2012. godine, praćeno po godinama. Jedan od ključnih faktora malog broja medijacija, između ostalog, jeste i *visina takse za pokretanje postupka medijacije.* Naime, minimalni iznos takse za pokretanje postupka medijacije iznosio je, a i dalje iznosi, *115 evra.*²¹ U sporovima male vrednosti, to nije zanemarljiv iznos i predstavlja faktor odvratanja stranaka od postupka medijacije.

Generalni zaključak ove studije, kada je reč o zakonskom normiranju medijacije u Srbiji, glasi: *ukoliko bi na gorenavedenim rešenjima bila bazirana buduća (pravna) reforma sistema rešavanja sporova medijacijom u Srbiji, efikasnost ove pravne ustanove došla bi do izražaja u pravom smislu te reči.*

5. Osvrt na pojedina nova rešenja iz Nacrta zakona iz 2013.

Valjalo bi istaći da je sam naziv Zakona – *Zakon o posredovanju u rešavanju sporova*, u osnovi, pogrešan. Prema našem mišljenju, *Zakon o medijaciji* je podesniji naziv od Zakona o posredovanju u rešavanju sporova, posebno ako se uzme u obzir to da postoje različiti vidovi posredovanja u rešavanju sporova. Recimo, mirenje je oblik posredovanja koji se razlikuje od medijacije, uprkos brojnim sličnostima. Konsekventno, i pojam *medijator* je adekvatniji od pojma *posrednik*, koji se koristi u Nacrtu zakona.

Drugo, u Nacrtu zakona predviđeno je da se *postupak posredovanja sprovodi dobrovoljno, na osnovu izričite saglasnosti strana, osim u spornim odnosima u*

²¹ Tarifa o naknadama u postupku medijacije, <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>

kojima je posebnim zakonom pokretanje postupka posredovanja predviđeno kao uslov za vođenje sudskog ili drugog postupka.²² Ovaj član nedvosmisleno ukazuje na to da je (krovnim) Zakonom ostavljena mogućnost da posebnim zakonima bude propisana obaveza strana da pokušaju da spor reše u postupku medijacije, pre pokretanja sudskog postupka ili postupka pred drugim organom. No, ostaje otvoreno pitanje o kojim postupcima se konkretno radi?²³ S druge strane, u važećem Zakonu²⁴ stoji da se *postupak posredovanja sprovodi na osnovu izričite saglasnosti strana*, bez ostavljanja mogućnosti propisivanja nekog vida zakonski obavezne medijacije. Jasno je da rešenje iz Nacrta zakona iz 2013. godine, u pogledu načina sprovođenja postupka medijacije, a koji reflektuje i samu suštinu koncepta medijacije, *predstavlja određenu novinu u odnosu na postojeće rešenje*.

Treće, za razliku od važećeg Zakona²⁵ koji predviđa da sporazum u medijaciji ima snagu *vansudskog poravnanja* i da može imati snagu sudskog poravnanja, ako ga na zapisnik uzme sudija nakon ocene da je saglasan sa javnim poretkom, Nacrt zakona²⁶ propisuje da sporazum o rešavanju spora putem posredovanja može imati *snagu izvršne isprave*, ako su (kumulativno) ispunjeni sledeći uslovi: *sporazum ima za predmet ispunjenje obaveze na činidbu; sporazum sadrži izjavu dužnika kojom prihvata isti kao izvršni naslov; i ako su potpisi strana i posrednika na sporazumu overeni od strane suda ili javnog beležnika*. Zatim se dodaje *da se neće dozvoliti prinudno izvršenje sporazuma o rešavanju spora putem posredovanja ako zaključenje ovog sporazuma nije dozvoljeno, ako je sporazum suprotan javnom poretku, ako sporazum nije podoban za izvršenje ili je predmet izvršenja nemoguć*.²⁷ Ovakvo rešenje Radna grupa opravdava pozivanjem na odgovarajući član Direktive Evropskog

²² Čl. 6. Nacrta zakona.

²³ U Obrazloženju Nacrta zakona navodi se samo *da kada to opravdavaju specifičnosti određene vrste pravnih odnosa moguće je posebnim propisom predvideti primenu posredovanja kao uslova za pokretanje sudskog postupka*. Pri tom, predstavnici Radne grupe navode da su *takva rešenja, kao izuzetak od principa doborovoljnosti, poznata u uporednom pravu*. Nigde odgovora na pitanje u kojim postupcima može biti predviđena obavezna medijacija.

²⁴ Čl. 3. Zakona o posredovanju – medijaciji.

²⁵ Čl. 16. st. 4. i 6. Zakona o posredovanju – medijaciji.

²⁶ Čl. 24. st. 1. Nacrta zakona.

²⁷ Čl. 24. st. 2. Nacrta zakona.

parlamenta i Saveta EU²⁸ i, pri tom, tumači isti na sledeći način: „[...] državama [se] nalaže da omoguće jednostavne procedure u cilju obezbeđenja izvršnosti sporazuma postignutih u postupku posredovanja“.²⁹ Takođe, izvršnost sporazuma u medijaciji Radna grupa upoređuje sa izvršnošću *založne izjave*,³⁰ navodeći da ista može biti lakše zloupotrebljena u odnosu na sporazum, ali joj se ipak daje snaga izvršne isprave.³¹ Očit je zaokret u Nacrtu zakona u odnosu na rešenje iz važećeg Zakona, u pravcu davanja izvršne snage sporazumu u medijaciji, kada je reč o sporovima koji za predmet imaju ispunjenje obaveze na činidbu i pod drugim gorenavedenih uslovima.³²

Konačno, kada je reč o troškovima, novinu u Nacrtu zakona³³ predstavlja to da se *strane oslobađaju plaćanja sudskih, odnosno administrativnih taksi u slučaju postizanja sporazuma nakon pokrenutog sudskog ili drugog postupka, do zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu*. Očito je da ovakvim rešenjem strane bivaju podstaknute da, nakon pokrenutog sudskog postupka, biraju medijaciju kao metod rešenja spora. Novina je i da se visina nagrade za rad i visina naknade troškova posrednika određuje prema Tarifi koju donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa, ako se strane drugačije ne sporazumeju.³⁴ Prema važećem Zakonu, Tarifu propisuje Centar za medijaciju, a ne nadležno ministarstvo.³⁵ S tim u vezi, otvorena je i mogućnost da se

²⁸ Čl. 6. st. 1. Direktive 2008/52/ES.

²⁹ Videti: Obrazloženje Nacrta zakona.

³⁰ Videti: čl. 15. Zakona o hipoteci, *Sl. glasnik RS*, 115/05.

³¹ Videti: Obrazloženje Nacrta zakona.

³² Interesantno je to da je u čl. 25. *Nacrta zakona od 5.8.2013. godine (prva verzija)* bilo predviđeno da *sporazum (automatski) ima snagu izvršne isprave nakon overe potpisa strana i posrednika na sporazumu od strane sudije ili javnog beležnika*. Ovaj član, ali i brojni drugi, izazvali su podozrenje pojedinih članova Radne grupe, zbog čega su upućene brojne kritike (videti: *Komentar članova Radne grupe povodom Radne verzije Zakona o posredovanju o rešavanju sporova od 5.8.2013.*). Sve u svemu, možemo pretpostaviti da su upravo ove kritike uticale na izmenu člana koji se tiče izvršnosti sporazuma u medijaciji u *drugoj verziji Nacrta zakona*.

³³ Čl. 28. Nacrta zakona.

³⁴ Čl. 26. st. 3. Nacrta zakona.

³⁵ Kritika je upućena i ovom članu Nacrta. Naime, postavljeno je pitanje opravdanosti propisivanja tarife od strane ministarstva u situaciji kada se medijacija sprovodi van suda, recimo, u privrednoj ili lekarskoj komori. S tim u vezi, predloženo je da tarifu propisuje organizacija ili ustanova koja sprovodi postupak medijacije, a ne ministar nadležan za poslove pravosuđa. Prema našem mišljenju, ovaj predlog se čini opravdanim.

posebnim zakonom propišu uslovi koji su potrebni za *oslobađanje strana od plaćanja troškova postupka medijacije*.³⁶ Ovakvo rešenje Radna grupa opravdava pozivanjem na odgovarajući član Direktive Saveta EU o pravnoj pomoći, u kojem stoji da pravna pomoć treba da bude proširena i na *vansudske postupke*, pod određenim uslovima.³⁷

6. Zaključak

Ekonomska analiza Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova iz 2013. godine pokazala je da predložena rešenja u pogledu obaveznosti medijacije, izvršnosti sporazuma u medijaciji i troškova postupka medijacije, predstavljaju određenu novinu u odnosu na važeća rešenja iz Zakona o posredovanju – medijaciji. Očito je to da se tragalo za novim rešenjima iz prostog razloga što medijacija, kao pravna ustanova, nije zaživela u našoj zemlji. Tačnije rečeno, efikasnost ove pravne ustanove, koja je trebalo da se ispolji u sniženju troškova sudskog postupka i smanjenju prekobrojnih predmeta, nije došla do izražaja. Kao što je u uvodu rečeno, pojedini predstavnici Radne grupe sa optimizmom očekuju da će predložena, ali i druga rešenja, ako budu usvojena, doprineti povećanju efikasnosti medijacije, samim tim, i efikasnosti sudskog postupka. Da li je ovakav ishod verovatan, bar kada je reč o *parničnom postupku*? U odgovoru na ovo pitanje, krenimo redom.

Prvo, u osnovi, zadržavanje postojećeg koncepta dobrovoljne medijacije znači da se ne može očekivati značajno povećanje frekvencije postupaka medijacije, samim tim, ni povećanje indeksa uspešnosti medijacije. Rečeno je da glavni nedostatak sistema rešavanja sporova medijacijom u našoj zemlji predstavlja *veoma nizak broj pokrenutih postupaka medijacije*. Budući da, na osnovu predloženog rešenja, strane nemaju obavezu da učestvuju u ovom postupku, s tim da je ostavljena mogućnost da se posebnim zakonima propiše takva obaveza, *ali bez navođenja o kojim postupcima se konkretno radi*, jasno je da se po ovom osnovu ne može očekivati značajno povećanje učestalosti postupaka medijacije. Doduše, ostaje da se vidi na koje će to slučajeve da se odnosi zakonski obavezna medijacija, čije je uvođenje ovim Nacrtom samo

³⁶ Čl. 26. st. 4. Nacrta zakona.

³⁷ Videti: čl. 10. Direktive 2002/8/EC.

nagovešteno, pod uslovom da se isti pretoči u zakonski akt, naravno. U svakom slučaju, povećanje broja medijacija moguće je na druge načine, poput onih koji su u spomenutoj studiji izdvojeni kao bitni: poboljšanje informisanosti stranaka i drugih učesnika u postupku o pojmu i značaju medijacije; popularizacija ADR metoda sredstvima masovne komunikacije; edukacija građana o alternativnim načinima rešavanja sporova, itd. Sve ovo zahteva značajan napor i izdatke nadležnog ministarstva, ali i drugih institucija i pojedinaca koji su zainteresovani da medijacija zaživi u Srbiji, poput sudija, profesora i advokata. Bez određenog napora u tom pravcu, a u odsustvu zakonske obaveze da pokušaju da spor reše medijacijom, ne može se očekivati da će strane, prema sopstvenom nahođenju, biti podstaknute da odlaze na postupak medijacije. Naposletku, dodajmo da ako nešto može da doprinese popularizaciji medijacije, kao i povećanju svesti građana o značaju ovog ADR metoda, onda je to, svakako, *obavezna medijacija*. Pri tom, valja istaći da teorija i praksa poznaju *različite vidove obaveznosti učestvovanja u ovom postupku*. U teoriji (Quek, 2010: 488-490) se govori o određenom *kontinuumu obaveznosti učestvovanja u medijaciji*, u kojem jedino medijacija koja podrazumeva obavezno upućivanje predmeta na medijaciju *bez ikakvih izuzetaka i sa odgovarajućom sankcijom za nepoštovanje ove obaveze*, predstavlja oksimoron! U drugim slučajevima, ona može biti i te kako opravdana, ali prevashodno kao *privremeno celishodno rešenje* koje doprinosi gorenavedenim ciljevima (popularizaciji i povećanju broja postupaka medijacije).

Drugo, kada je reč o izvršnosti sporazuma u medijaciji, očito je da predloženo rešenje, ako bude usvojeno, može uticati na povećanje frekvencije postupaka medijacije, bar kada je reč o sporovima koji za predmet imaju ispunjenje obaveze na činidbu. Prema važećem Zakonu, sporazum u medijaciji, sa snagom vansudskog poravnanja, mora se pretočiti u sudsko poravnanje, uzimanjem na zapisnik od strane sudije. U tu svrhu, potrebno je pokrenuti poseban vanparnični postupak. Sledi da je prepušteno strankama da se same staraju o izvršnosti zaključenog sporazuma. Bojazan da to nije najbolje rešenje iskazana je u teoriji (Knežević, Pavić, 2009: 239), a potkrepljuje se karakteristikama naše pravne kulture. S druge strane, spomenuta studija pokazala je da

sporazum kao izvršna isprava otklanja neizvesnost i rizik neizvršenja istog,³⁸ kao i da podstiče stranke da idu na medijaciju, što svakako može doprineti sniženju ukupnih troškova parničnog postupka. Gledano iz tog ugla, sporazum sa izvršnom snagom može imati opravdanja, uprkos brojnim kontraargumentima. Štaviše, može se reći da aktuelna debata nije oko toga da li sporazum treba da ima izvršni naslov, već oko *načina* kako sporazum učiniti izvršnim. Pitanje je samo kako razraditi najefikasniji mehanizam da sporazum dobije snagu izvršne isprave. Ovaj koji je predložen u Nacrtu čini nam se jednostavnijim u odnosu na postojeći.

Treće, rešenje kojim se strane oslobađaju sudskih, odnosno admini-strativnih taksi, ako do ročišta za glavnu raspravu sklope sporazum, predstavlja dobro rešenje, jer ih usmerava u pravcu mirnog rešenja spora. S tim u vezi, ostaje da se vidi kako će biti koncipirana Tarifa o nagradama i naknadama u postupku posredovanja, pri čemu bi posebno trebalo voditi računa da visina takse za pokretanje postupka medijacije kod *sporova male vrednosti* ne bude demotivišuća za strane u pogledu izbora medijacije.

Jasno je da puno faktora utiču na to da li će strane izabrati medijaciju, nakon pokrenutog sudskog postupka, kao i na to da li će medijacija biti priznata i prepoznata kao efikasna pravna ustanova u jednom pravnom sistemu. Pri tom, očekivati da će *samo* izborom zakonskih rešenja medijacija zaživeti u jednoj zemlji predstavlja naivno stanovište. Shodno tome, potrebno je učiniti puno na društvenom, a ne samo na pravnom (zakonodavnom) planu, radi afirmacije medijacije i drugih ADR metoda. Takođe, plan implementacije medijacije unutar jednog pravnog sistema podrazumeva kvalitetnu tehničku, stručnu, administrativnu i drugu podršku, tačnije rečeno, podrazumeva jedan *organizovan sistem* koji mora biti brižljivo unapred koncipiran. Istraživanje koje je sprovedeno ukazuje na brojne propuste na tom planu.

Polazeći upravo od ovih argumenata, mišljenja smo da nema mesta preteranom optimizmu, naročito ne unapred najavljenom, u pogledu

³⁸ Strane mogu da *promene mišljenje* od momenta sklapanja sporazuma do trenutka dobijanja izvršnosti, jer nekada prođe puno vremena. Takođe, sama procedura podrazumeva dodatno angažovanje sudije koji sporazum uzima na zapisnik, i dodatno angažovanje stranaka, jer moraju ići na vanparnični postupak i platiti taksu za pokretanje istog, koja dođuše nije visoka.

značajnijeg unapređenja efikasnosti medijacije, konsekventno, i parničnog postupka, bar ne u skorije vreme. Optimizam se može bazirati jedino na pokušaju izgradnje *održivog sistema medijacije*, za koji su potrebna dobra zakonska rešenja podložna stalnom proveravanju i, po potrebi, inoviranju, kao i na *permanentnoj* edukaciji i informisanju stručne i opšte javnosti, što iziskuje *konstantan* napor odgovornih pojedinaca.

Literatura

Begović, B., Labus, M., Jovanović, A. (2008). *Ekonomija za pravnike*. Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Brown, J. G., Ayres, I. (1994). Economic Rationales for Mediation. *Virginia Law Review*. 80 (2). 323-402

Cooter, R., Ulen, T. (2004). *Law and Economics*. Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal: Pearson Addison-Wesley

Cornes, D. (2007). Commercial Mediation: the Impact of the Courts. *Reprinted from (2007) 73 Arbitration* 12-19. London: Sweet & Maxwell Limited. [Electronic version]. Retrieved 28, January 2014, from http://www.mediatewithcornes.co.uk/CIArb%20Article%202007_1.pdf

Direktiva 2002/8/ ES Saveta od 27. januara 2003. godine za poboljšanje pristupa pravdi u prekograničnim sporovima uspostavljanjem minimuma zajedničkih pravila o besplatnoj pravnoj pomoći za takve sporove

Direktiva 2008/52/ES Evropskog parlamenta i Saveta EU od 21. maja 2008. godine o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima

Dunnett v Railtrack Plc [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 W.L.R. 2434

Fisher, R., Ury, W. (2003). *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. Second Edition by Fisher, Ury and Patton, Random House Business Book. [Electronic version]. Retrieved 27, January 2014, from <http://6thfloor.pp.fi/fgv/gettingtoyes.pdf>

Hardy, W. (2008). Mandatory Mediation. [Electronic version]. Retrieved 1, February 2014, from <http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>

Kinstreet Ltd v Balmargo Corporation Ltd [1999] ADR.L.R. 07/23

Knežević, G., Pavić, V. (2009). *Arbitraža i ADR*. Beograd: Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Komentar članova Radne grupe povodom Radne verzije Zakona o posredovanju o rešavanju sporova od 5.8.2013. Dostupan na: <http://www.partners-serbia.org/wp-content/uploads/2013/09/Komentar-%C4%8Dlanova-RG-na-radnu-verziju-Zak-o-Medijaciji-od-05-8-2013.pdf>

Labus, M. (2006). *Osnovi ekonomije*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Mack, K. (2003). *Court Referral to ADR: Criteria and Research*. NADRAC and Australian Institute of Judicial Administration

Milutinović Lj. (2006). *Medijacija u Srbiji*. Beograd: International Finance Corporation

Mojašević, A. (2014). *Ekonomska analiza medijacije: teorijsko-empirijska studija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu

Morek, R. (2013). Mandatory Mediation in Italy – Reloaded. [Electronic version]. Retrieved 4, February 2014, from <http://kluwermmediationblog.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>

Myerson, R. B. (1986). Multistage Games with Communication. *Econometrica*. 54 (2). 323-358

Myerson, R. B., Satterthwaite, M. A. (1983). Efficient Mechanisms for Bilateral Trading. *Journal of Economic Theory*. 29 (2). 265-281

Obrazloženje (druge verzije) Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova iz 2013. godine. Dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Obrazloženje Predloga zakona o medijaciji Centra za medijaciju i Predlozi zakona o medijaciji – poređenje (nezvanični dokumenti)

Quek, D. (2010). Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*. 11. 479-509

Radna verzija Nacrta zakona o posredovanju u rešavanju sporova iz 2013. godine. Dostupna na: <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>

Rešenje Ministarstva pravde i državne uprave RS o obrazovanju radne grupe za izradu radnog teksta Zakona o medijaciji. Broj: 119-00-9/2012-08 od 11.9.2012. godine, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Radna%20grupa%20za%20izradu%20nacrt%20izmena%20i%20dopuna%20VPZ.pdf>

Rešenje Ministarstva pravde i državne uprave RS o obrazovanju radne grupe za pripremu teksta radne verzije Zakona o posredovanju u rešavanju sporova. Broj: 119-01-00132/2013-01 od 10.6.2013. godine, <http://www.mpravde.gov.rs/files/Resenje%20posredovanje%20radna%20grupa.pdf>

Tarifa o naknadama u postupku medijacije, <http://www.medijacija.rs/cenovnik.html>

Zakon o posredovanju – medijaciji. *Sl. glasnik RS*. Br. 18 (2005)

Zakon o hipoteci. *Sl. glasnik RS*. Br. 115 (2005)

<http://www.webtv.rs/play/60407/javna-rasprava-o-radnoj-verziji-zakona-o-posredovanju-i-resavanju-sporova>

<http://novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:460347-Gasi-se-Centar-za-medijaciju>

Aleksandar Mojašević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Economic Analysis of Certain Legal Solutions in the Draft Mediation Act

Summary

The Mediation Act has been applied in the Republic of Serbia since 2005. In the past period, the application of this Act has pointed out to a number of drawbacks and deficiencies in the system of resolving disputes through

mediation. The dominant features of the current mediation system are some inadequate legal solutions, poor organization and insufficient preparation of the courts to internalize mediation, failure to provide relevant information about mediation to litigants and other participants in the judicial process, insufficient judicial training and education of lawyers and parties on mediation and other ADR methods, etc. Considering that the primary purpose of mediation is to diminish the litigation caseload and reduce the costs of court proceedings, the basic goal of introducing mediation into the Serbian legal system has not been accomplished.

In order to improve the mediation system, the Serbian authorities launched a public debate in 2010 on designing a new legislative act which would eliminate the shortcomings of previous act and improve the efficiency of mediation. After nearly four years, the extensive debate and confrontation of different mediation concepts led to adopting a new Draft Mediation Act in 2013. As compared to the applicable 2005 Mediation Act, the Draft Mediation Act contains some innovations, such as the enforceability of a mediation agreement under specific conditions and the opportunity of introducing mandatory mediation in some cases.

In this paper, the author analyzes the above issues on the basis of findings of economic theory and the results of the empirical study on the efficiency of mediation in Serbia in civil matters. In this context, the author argues that the achievement of the above objectives (to reduce the caseload and legal costs) calls for establishing a sustainable mediation system. In addition to instituting good legal solutions (such as mandatory mediation), the system should be supported by joint efforts and financial resources of responsible institutions and individuals. In a nutshell, mediation may come to life only if the legislative efforts are accompanied by a large-scale social action aimed at promoting this form of dispute resolution.

Keywords: Draft Mediation Act, mediation, efficiency, mediation agreement, costs.

Dr Darko Golić,*
Pravni fakultet za privredu i pravosuđe,
Privredna akademija Novi Sad

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 352

Rad primljen: 14.03.2014.
Rad prihvaćen: 04.04.2014.

MEĐUOPŠTINSKE ZAJEDNICE KAO POLUREGIONALNE (KVAZI)VLASTI**

Apstrakt: U ovom radu su prikazani oblici integrisane međuo-pštinske saradnje u pojedinim evropskim zemljama koji imaju određena obeležja regionalnog nivoa vlasti. Na osnovu analize različitih pojava oblika, prikazana su zajednička obeležja navedenih zajednica, s posebnim osvrtom na njihov funkcionalni aspekt. Imajući u vidu da se potrebe za regionalnim planiranjem, koordinacijom lokalnih politika i vršenjem službi regionalnog karaktera ostvaruju putem različitih institucionalnih rešenja, ukazali smo na mogućnost da se, bez zadiranja u postojeće osnove teritorijalne organizacije, obezbedi odgovarajući institucionalni i decentralizovani oblik njihovog ostvarivanja. Iako se entiteti koji nastaju putem ovakvih oblika međuo-pštinske saradnje ne mogu označiti teritorijalno-političkim, odnosno institucionalnim regionima, oni to jesu u funkcionalnom smislu.

Ključne reči: međuo-pštinska saradnja, regionalizacija, lokalna samouprava.

1. Uvod

Međuo-pštinska saradnja putem koje nastaju zajednički organi, službe ili udruženja može se označiti integrisanom saradnjom. Najčvršći oblik saradnje, koji po svojim obeležjima umnogome podseća na poseban nivo lokalne

* g.darko83@gmail.com

** Rad je nastao u okviru istraživanja prilikom izrade doktorske disertacije odbranjene na Pravnom fakultetu u Nišu, 15.11.2013. godine.

samouprave, odnosno, na viši nivo vlasti, čije funkcije prevazilaze druge oblike međuopštinske saradnje – predstavlja tzv. poluregionalne (kvazi)vlasti. Iako se može podvesti pod formu stalnih organizacija kao integrisanog oblika saradnje, putem njega se ostvaruju funkcije koje su znatno šireg, regionalnog karaktera, te znatno većeg značaja u funkcionisanju lokalnog sistema upravljanja u odnosu na forme putem kojih se integrisano vrše pojedine lokalne javne službe. Kao takav, poseduje i određeni politički značaj, te iziskuje posebnu pravnu regulaciju. Dakle, organizaciono, on predstavlja oblik stalnih međuopštinskih organizacija koje integrišu određene lokalne poslove, a funkcionalno ima određenih dodirnih tačaka sa forumsko-mrežnim organizacijama, čija se osnovna uloga sastoji u koordinaciji lokalnih politika. Kombinacija ta dva obeležja prethodno navedenih oblika - karakter stalne organizacije sa funkcijom planiranja i koordinacije - čine ga specifičnim oblikom, koji se približava drugim formama teritorijalne organizacije vlasti, kao što su regioni ili viši stepen lokalne samouprave, rezultat je međuopštinske saradnje, a ne teritorijalne reorganizacije. Međuopštinske zajednice mogu predstavljati alternativu uvođenju novog nivoa vlasti u državama koje ga ne poznaju i čije bi uvođenje zahtevalo korenite i politički osetljive promene u vertikalnoj organizaciji vlasti, kakva je i Srbija.

2. Uslovljenost regionalnog međuopštinskog povezivanja

Osnovni razlozi nastanka integrisanih oblika međuopštinske saradnje jesu potreba za vršenjem javnih službi u pogledu kojih postoje ograničeni resursi lokalnih samouprava, kao i potreba za povezivanjem u onim sredinama gde postoje čvršće prirodne, ekonomske ili društvene veze, ili međuzavisnost između opštinskih jedinica.¹ Intenzitet potreba određuje i stepen i opseg

¹ Ilić (2001: 130–131) navodi probleme do kojih dolazi u slučajevima spajanja većeg broja naselja koja predstavljaju posebne opštine u jednu aglomeraciju koju ne prati promena teritorijalne organizacije. Svaka opština predstavlja celinu za sebe koja ne stoji ni u kakvom posebnom odnosu sa ostalim opštinama u aglomeraciji. Periodični sastanci gradonačelnika i drugi forumi ne rezultiraju donošenjem pravno obavezujućih akata. Posebne organizacije iziskuju i veće troškove. Položaj opština koje se nalaze u centru aglomeracije je teži jer su njihove obaveze u pogledu određenih službi (škole, bolnice, pozorišta, biblioteke, komunalne službe) koje koriste stanovnicima cele aglomeracije mnogo veće. Pored toga, u centralnim delovima većina stanovništva ostvaruje zaradu, koju troši i na koju plaća porez uglavnom u perifernim delovima koji su stambenog karaktera i sl.

integracije. Popović daje određenje usmerenog prostora kao jednog od kriterijuma regionalizacije, koji u ovom kontekstu posmatramo kao jedan od osnovnih faktora povezivanja. „Glavni regionalni grad vrši razmenu sa selom i manjim gradovima satelitima koji mu gravitiraju. Na taj način se obrazuje region oko glavnog regionalnog grada. Pošto se zasniva na pojmu odnosa i veza i razmene, polarizovani region nema jedinstven karakter. On se naprotiv definiše kao heterogeni prostor, čije su različite strane komplementarne i stupaju u odnos između sebe, a posebno sa dominirajućim polovima, sa kojima se vrši razmena u većoj meri nego sa susednim regionom. To je, konačno, mesto za razmenu dobara i službi, čiji je unutrašnji intenzitet viši u svakom pogledu u odnosu na spoljašnji intenzitet“ (Popović, 1983: 15).

Imajući u vidu da je ekonomski aspekt, koji se sastoji u potrebi da se putem zajedničkog planiranja i koordinacije ostvari brži, harmoničniji i kontinuiran razvoj više međusobno povezanih jedinica, nešto izraženiji kod ovog oblika saradnje, dolazi se do istog onog kriterijuma koji uslovljava nastanak regiona kao posebnih autonomnih ili samoupravnih teritorijalnih zajednica (Đurđev, 2003: 33), što ovom obliku daje i poseban karakter. Postoje i slučajevi gde se, zarad uspostave skladnijeg upravnog aparata, odnosno obezbeđenja određene preglednosti, kontrole i odgovornosti, sa višeg nivoa uspostavljaju funkcionalne teritorijalne celine bazirane na određenim kriterijumima, u okviru kojih dolazi do međuopštinskog povezivanja (primer Holandije, Francuske, Belgije, Finske, Švedske).

Decentralizacija je jedan od osnovnih faktora koji uzrokuje potrebu za integrisanom saradnjom. Lokalne samouprave, koje su snabdevene većim nadležnostima, nisu uvek sposobne da svoje poslove obavljaju na ujednačen način, odnosno priroda tih poslova zahteva širi teritorijalni ili populacioni osnov. Po pravilu, poluregionalne zajednice nastaju u onim sistemima gde lokalna samouprava raspolaže većim nivoom nadležnosti. Centralizovana lokalna samouprava lišena je mogućnosti da putem međusobnog povezivanja stvara zajednice koje bi imale neka regionalna obeležja u funkcionalnom smislu. Takođe, u uslovima naglašene oskudice javnih sredstava i izražene potrebe za smanjenjem javne potrošnje, jedinice lokalne samouprave su prinuđene da se prilagode ekonomskim principima vršenja određenih poslova, te kao jedno od sredstava tog prilagođavanja vrše integraciju koja, barem u pogledu smanjenih

troškova, može da predstavlja ekonomski opravdano postupanje. U uslovima kada svaki ekonomski subjekt vrši ekonomsko i funkcionalno prilagođavanje novim ekonomskim zahtevima, takva potreba se javlja i kod lokalne samouprave. „Javne usluge traže jedinstveno obavljanje na većoj teritoriji da bi se isplatile. Otuda potreba za partnerskim i funkcionalnim integracijama lokalnih zajednica kroz gradove, okruge, regione i funkcionalne distrikte u cilju ostvarenja zajedničkih potreba koje samostalno ne bi mogle da realizuju. Koriste se lokalne komparativne prednosti, povezuju nedovoljno razvijeni krajevi i aktiviraju neiskorišćeni ljudski resursi u produktivni ciklus kroz međuregionalnu i međuopštinsku mobilizaciju“ (Dimitrijević, 2005: 91).

Istorijski posmatrano, povezivanje ljudskih zajednica u šire celine na određenom prostoru koji uslovno možemo označiti regionalnim, starije je od samog državnog organizovanja. Takve regionalne zajednice predstavljale su prve oblike šireg povezivanja ljudskih zajednica (Đurđev, 2003: 33). Iako su potrebe koje su uslovljavale povezivanje primarnih zajednica – koje je prethodilo državnom organizovanju – prisutne i danas, shodno uslovima postojećeg društveno-ekonomskog razvoja, dobrovoljno povezivanje u zajednice snabdevene nadležnostima za regionalno planiranje ili vršenje poslova šireg opsega od postojećih jedinica lokalne samouprave danas predstavlja izuzetak u odnosu na institucionalizaciju nekog višeg nivoa.² Regionalne međuopštinske zajednice pre predstavljaju dodatak postojećem višestepenom uređenju, gde ono pokazuje izvesne slabosti (Holandija, Francuska, Belgija, Švedska) ili oblik njegove delimične zamene u uslovima jednostepene samouprave (Finska).³ Decentralizovano vršenje javnih poslova u mnogim slučajevima zahteva prilagođavanje teritorijalne organizacije novim nadležnostima. Uspostavljanje novog teritorijalno-političkog nivoa predstavlja jedno od najosetljivijih pitanja u skoro svakoj državi. Teško je identifikovati države u kojima su radikalno izvedene teritorijalne reforme. Naprotiv, analizom različitih teritorijalnih reformi u evropskim državama u dvadesetom veku, može se ustanoviti da je

² Pusić navodi dva strukturalna odgovora na pitanje veličine lokalnih jedinica: stepenovanje i povezivanje. Moderna tendencija je prema manjem broju stupnjeva jer takve „samouprave nad samoupravama“ često znaju razviti centralističke tendencije, koje guše autonomiju osnovnih jedinica. Kao osnovne prednosti povezivanja navodi veću elastičnost i prilagodljivost (Pusić, Ivanišević, Pavić i Ramljak, 1988: 280).

³ O oblicima integracije lokalnih samouprava više u: Ivanišević (2009: 669–719).

svaka od njih vršena postepeno, sa određenom strategijom, merenjem efekata, uvažavanjem lokalnih specifičnosti, poštovanjem tradicija, ekonomskom logikom, većim ili manjim demokratskim pristupom, te skoro bez izuzetka sa ograničenim efektima po postojeću teritorijalnu osnovu.⁴ Iz ovog slučaja, skoro po pravilu možemo isključiti promene do kojih je dolazilo putem određenih revolucionarnih zahvata u kontekstu krupnih društveno-ekonomskih i političkih promena. Ma koliko teorijski bilo opravdavano, ekonomski isplativo, demokratski legitimisano, uvođenje novih nivoa najčešće je otežano usled straha od nastanka separatističkih tendencija, povećanja administrativnog aparata i javne potrošnje, oskudnih resursa ili pak „pražnjenja“ sadržaja lokalne autonomnosti. Čak i tamo gde bi se uvođenjem posebnog nivoa stvorila potrebna osnova za dodatnu decentralizaciju, to nije išlo na uštrb lokalne autonomije, ili se pak vodilo računa da to bude u određenom izbalansiranom obliku (primer Francuske ili Holandije).

Urbanizacija posebno uslovljava potrebu za stvaranjem međuopštinskih zajednica koje bi preuzele nadležnosti planiranja, koordinacije i vršenja službi od zajedničkog interesa. Naime, dinamičnost urbanizacije od sredine dvadesetog veka naovamo, pospešena naglim razvojem industrije, saobraćaja, trgovine, uslužnih delatnosti, ovaj proces čine sve više stihijskim, uprkos naporima da se on svede u realne, nacionalno ili regionalno prihvatljive okvire. Veliki gradski centri stiču i veliku gravitacionu snagu, ne samo u pogledu okolnih seoskih područja, nego i u okviru čitavih teritorijalnih celina, koje se geografski mogu označiti regionima. Koncentracija stanovništva na relativno malim područjima uzrokuje pojavu novih zahteva i potreba. Gradski centri postaju zainteresovaniji za jačanje okolnih područja kao snabdevačkih punktova, odnosno mesta za dislokaciju svojih infrastrukturnih ili industrijskih objekata i postrojenja, a okolna područja nužno usmerena ka gradskim centrima u kojima ostvaruju sve veći broj svojih potreba (obrazovnih, kulturnih, zdravstvenih, potreba za zapošljavanjem, snabdevanjem).⁵ Takođe,

⁴ Primer Holandije, Belgije, Danske, Norveške, Finske, Italije, Španije, Portugalije, Nemačke, Francuske, Austrije itd. Jedan od izuzetaka predstavlja primer Švedske gde su postojale radikalnije promene u teritorijalnoj organizaciji (broj opština je smanjen sa 2.500 u 1952. godini na 278, dok je mapa okruga ostala ista kakva je postojala još u sedamnaestom veku). (Komšić, 2007: 132)

⁵ Više o tome u: Ilić (2001: 104–106 i 129–137).

u tzv. satelitskim naseljima odvojeno je mesto stanovanja od mesta rada, mesto u kojem se ostvaruje zarada nije i mesto u kojem se troši njen pretežni deo, odnosno mesto gde se plaća porez, nepostojanje koordinacije i planiranja može da stvori saobraćajne, komunikacione, ekološke, komunalne probleme, mogućnost diferencirane fiskalne politike lokalnih vlasti stvara konkurenciju i može da proizvede konflikt među zavisnim zajednicama itd. Pored ekonomskih, socijalnih i političkih posledica koje ovaj proces može da ima, on otvara i pitanje pravnog položaja takvih sredina, što može da rezultira, u najopštijem, pravnom integracijom centra i periferije u jednu unitarnu jedinicu ili jedinicu višeg stepena, uvođenjem politipske lokalne samouprave, sa posebnim položajem gradskih jedinica, formiranjem posebnih upravnih organa...⁶ Ipak, postoje i slučajevi gde ne postoje posebne jedinice koje bi obuhvatale i gradski centar i područja koja mu gravitiraju. Uostalom, čak i uslovima čestih promena teritorijalne osnove, proces urbanizacije nije moguće u potpunosti kontrolisati. Jedan deo područja kojeg spajaju bliske veze sa gradskim centrom uvek bi ostao izvan nove integrisane jedinice. U tom slučaju, međuopštinske organizacije putem kojih bi se integrisalo vršenje određenih poslova predstavljaju nužno rešenje, što potvrđuje praksa u svim zajednicama koje karakterišu napred opisana svojstva.⁷ Osnovna polja integracije uglavnom su urbanističko, prostorno, razvojno, stambeno planiranje, službe od zajedničkog interesa (gradski saobraćaj, snabdevanje vodom, kanalizacioni sistemi, srednje obrazovanje, sekundarna zdravstvena zaštita, određena polja socijalne zaštite, koordinacija fiskalne politike - politike poreskih stopa, politike cena javnih dobara itd). Ovakve integracije zahtevaju kompleksan organizacioni aparat, sa određenom političkom legitimacijom, profesionalni kadar i znatna finansijska sredstva. One nekad mogu voditi i ka nastanku glomaznih upravnih aparata u velikim gradskim sredinama, odnosno ka disproporciji između takvih sredina i okoline, naročito u slučajevima gde su teritorijalno-političke zajednice u kojima se nalaze male, stoga nije omogućeno njihovo formiranje.⁸

⁶ Više o tome u: Jovičić (2006: 66 i dalje).

⁷ Primer pojedinih aglomeracija u Nemačkoj, Belgiji, Holandiji, Francuskoj, Španiji.

⁸ Metropolska zajednica Bilbao najveća je urbana oblast Baskije, sa više od milion stanovnika i sa preko 30 opština. Najveći je grad Bilbao sa oko 380.000 st. Bez obzira na

Čvrsto integrisana međuopštinska saradnja koja podrazumeva zajedničke organe, funkcije i sredstva, uključujući i regionalno planiranje pospešena je uslovima pristupa finansijskim sredstvima koja se realizuju u okviru regionalne politike EU. Ona je način da se podigne kvalitet javnih usluga na nivo standarda EU. Uticaj ovog faktora vidljiv je u međuopštinskom povezivanju u Nemačkoj, Holandiji, Portugaliji, Finskoj, ali i u zemljama koje su prošle proces tranzicije. Evropska strukturalna politika sve više ohrabruje međuopštinsku saradnju pod principom partnerstva koji implicira i saradnju između subnacionalnih vlasti i privatnih činilaca u implementaciji regionalne razvojne politike.

3. Komparativni pregled regionalnih međuopštinskih zajednica

Poluregionalne zajednice postoje u nekoliko evropskih država. Iako u svakoj od njih one poseduju i posebna obeležja, postoji nekoliko aspekata koji su im zajednički, a na osnovu kojih se mogu izvući zaključci o karakteru ovog oblika međuopštinske integracije. Poluregionalne zajednice predstavljaju javnopravne subjekte. Slično kao i kod drugih zajedničkih organizacija, one predstavljaju integrisane mehanizme putem kojih se vrše određeni poslovi iz opštinskog izvornog ili poverenog delokruga. Pored vršenja mnoštva zajedničkih javnih službi, ovi oblici poseduju i strateške funkcije, uključujući i javna ovlašćenja. To su uglavnom funkcije planiranja (prostorno, urbanističko, razvojno planiranje u nadležnosti lokalne samouprave) i koordinacije lokalnih politika. S obzirom na to da predstavljaju javnopravne kolektivitete, zakon koji ih ustanovljava kao moguće oblike udruživanja skoro uvek određuje listu obaveznih nadležnosti. Pored obaveznih, opštine uvek imaju mogućnost da ovoj zajednici povere i dodatne nadležnosti. Takođe, organizacioni aspekt zajednice je uglavnom okvirno uređen, uz mogućnost prilagođavanja potrebama opština. Organizacioni aspekt može da uključuje nabranje organa, okvirno određenje uloge, oblike participacije, obezbeđenje političkog

zajedničke ekonomske, socijalne i ekološke izazove, Bilbao nedostaje gradski nivo vlasti. Populacija Metropolitan Bilbao predstavlja glavni udeo autonomne zajednice (50%) i provincije Bisaj (85%), pa bi snažna metropolska administracija lišila ove dve vlasti stvarne snage i uticaja. Postojeća saradnja se ostvaruje putem klasičnih javnopravnih formi koje objedinjuju čitav niz lokalnih službi (Font, Gutiérrez Suárez i Parrado-Díez, 1999: 19-21).

legitimiteta. Integrirani mehanizmi podrazumevaju posebne organe, u kojima participiraju uključene opštine i eventualno drugi subjekti. Po pravilu organi uključuju jedno kolektivno telo - savet u kojem participiraju opštinski predstavnici. U pogledu odlučivanja tog tela ne postoje klasična rešenja, uglavnom su prisutni različiti oblici usaglašavanja, većinskog ili kvalifikovanog odlučivanja, potreba za opštinskim potvrđivanjem određenih akata itd. Takođe, postoje i određeni organi koji izvršavaju odluke saveta i rukovode radom zajednice, koje savet bira i koji mu odgovaraju za svoj rad. Češće su inokosnog karaktera, mada su mogući i drugačiji slučajevi. Pored toga, za obavljanje poslova koji su povereni ovim zajednicama osnivaju se službe, organizacione jedinice, angažuje se osoblje, uspostavlja sistem unutrašnje organizacije i internih akata.

Teritorijalni entiteti javnog prava, nastali putem međuopštinske saradnje u Francuskoj po prvi put su ustanovljeni zakonima usvojenim 1968. i dopunjenim 1992. godine, a reformisani su 1999. godine. Devedeset tri posto od ukupno 36.682 francuske opštine pripada *Communauté* (87,3% od ukupnog stanovništva) (UNDP, 2009: 16). Postoje tri vrste ovih zajednica: 1. *Communautés de communes* (CC): ruralne opštine i mali gradovi (bez zakonskog ograničenja veličine); 2. *Communautés d'agglomération*: veći gradovi (ukupno više od 50.000 stanovnika, sa gradovima od najmanje 15.000 stanovnika). Obavezne nadležnosti jesu: planiranje korišćenja zemljišta, ekonomski razvoj, stambena politika, urbanizam i sprečavanje kriminala. Oni takođe moraju imati najmanje tri opcione nadležnosti od predviđenih pet (npr. javna čistoća, auto-putevi, sportski i kulturni objekti itd.); 3. *Communautés urbaines* (CU): Metropolske oblasti (sa više od 500.000 stanovnika). Nadležnosti su: sve obavezne nadležnosti (CA), kao i one dodatne ili opcione.⁹ Svaka međuopštinska organizacija u ovoj državi ima veće čiji su članovi izabrani od strane opštinskih veća i izvršnog biroa koji se sastoji od predsednika i određenog broja članova, koje bira predstavničko veće. Jedna od osnovnih funkcija veća predstavnika jeste donošenje budžeta. *Communautés* imaju fiskalnu autonomnost, odnosno svoje poreske oblike, s tim što je to kod

⁹ Međuopštinske organizacije u Francuskoj ne mogu preuzeti dodatne funkcije bez prethodnog dogovora opština. S druge strane, nakon što je prenesena funkcija iz opštine na međuopštinsku organizaciju, opština više nema pravo da je vrši.

CC opcionog karaktera. U pogledu problema demokratskog legitimiteta međuopštinskih zajednica koje poseduju i određenu fiskalnu autonomnost, još od 1968. godine postoje zahtevi da se za zajednice uvedu direktni izbori. Ovo pitanje je ušlo i u zakonodavnu proceduru 2003. godine, a zahtevi za neposrednim izborima postoje i danas.

Finska, kao visoko decentralizovana država, u kojoj lokalna samouprava poseduje široke nadležnosti, podeljena je na 19 regiona, plus autonomna pokrajina Aland, oko 85 podregija koje konstituišu lokalne vlasti i 430 opština. Velike nadležnosti lokalne samouprave, razlike u veličini i broju stanovnika, te izrazito slaba pozicija srednjeg nivoa vlasti usloveli su razvoj međuopštinske saradnje koja se u integrisanom obliku, sa posebnim pravnim subjektivitetom javila još 1930. godine (Koprić, 2009: 665). Najvažnija regionalna institucija je regionalni savet koji je nadležan za regionalno planiranje i ekonomski razvoj.¹⁰ Regionalni saveti nemaju fiskalni suverenitet niti regulatornu funkciju. Njihov značaj počiva na važnoj ulozi u regionalnoj politici EU. U Finskoj postoje još dva udruženja zasnovana na međuopštinskoj saradnji. To su 17 regionalnih distrikta koji se staraju o invalidima, a postoji i 20 regionalnih bolničkih okruga, koji su nadležni za obezbeđenje posebnih zdravstvenih usluga. Podregionalne zajednice funkcionišu na temelju opštinske kooperacije koja postaje sve češća i raznovrsnija, ali i fleksibilnija. Nadležnosti ovih zajednica sadrže planiranje upotrebe zemljišta, politiku ekonomskog razvoja, komunikacioni sistem, zaštitu životne sredine i sl. Za oblast Helsinkija postoji poseban zakon o međuopštinskoj saradnji, u formi posebne regionalne zajednice (Hulst i Van Montfort, 2007: 40–43).

U Švedskoj postoje različite, zakonski uređene forme međuopštinske saradnje, kao što su zajednički sporazumi, zajednički odbori i udruženja koji mogu da obuhvataju oba nivoa lokalne samouprave, opštine i okruge. Ulazak u EU, pristup fondovima i nedostaci resursa podstakli su zahteve za regionalizacijom i povezivanjem lokalnih samouprava, koje neretko prevazilazi državne granice. Tako nastaju regionalne mreže čija je funkcija koordinacija aktivnosti i zajedničko planiranje. Pojedina okružna veća se povezuju i stvaraju zajedničke organe, koji ostvaruju regionalnu funkciju (Montin i Amna, 2002: 103). Takođe,

¹⁰ Članovi regionalnih saveta se biraju od strane članova opštinskih predstavničkih tela.

u Švedskoj se zagovaraju i pristupi kojima bi se šira regionalizacija sprovela putem stvaranja međuopštinskih zajednica kojima bi se poverile pojedine funkcije odeljenja državne vlasti u okruzima i funkcije postojećih okružnih veća, ili alternativno prenošenje nadležnosti državnih odeljenja na okružna veća čiji bi se broj potencijalno smanjio. Ipak, takav pristup bi zahtevao korenite promene upravnog sistema.

Jedan od primera regionalnih međuopštinskih zajednica jesu urbane zajednice u Holandiji. U ovoj državi su uspostavljena dva institucionalna oblika saradnje kao odgovor na potrebu za regionalnim planiranjem i koordinacijom lokalnih politika.¹¹ U urbanim aglomeracijama to se obezbeđuje putem čvrstih korporacija koje uživaju regulatorna i operativna ovlašćenja i značajna finansijska sredstva. Na inicijativu Vlade, 1995. godine, opštine u sedam urbanih oblasti uspostavile su zajedničke organe. Stalan karakter dobile su sa Dodatnim zakonom zajedničkih odredbi iz 2005. godine. Osnivanje metropolskog zajedničkog organa predstavlja dobrovoljnu odluku opština. Međutim, ukoliko opštine odluče da prihvate poseban režim za metropolske vlasti, to podrazumeva niz dodatnih nadležnosti. Osnovna motivacija opština da pristupe ovim zajednicama je finansijske prirode. Integracija uključuje raspodelu finansijskih sredstava koja su im stavljena na raspolaganje.¹² Osim toga, nijedan oblik nadzora se ne odnosi na efektivnost međuopštinske saradnje. Urbane zajednice su partneri viših nivoa u velikim infrastrukturnim projektima.¹³

¹¹ Prvi oblik su manje ili više slabo formalizovane mreže na različitim teritorijalnim celinama. Mreže se odlikuju niskim stepenom formalizacije, odsustvom centralnih organa i donošenjem odluka na osnovu konsenzusa.

¹² Osnovne nadležnosti urbanih zajednica jesu: donošenje regionalnog prostornog plana, regionalnog stambenog programa, regionalnog plana za zaštitu životne sredine, regionalnog plana za saobraćaj, regionalne strategije privrednog razvoja, regionalnog plana za zaštitu dece i omladine, regionalnog plana za obrazovanje odraslih, davanje koncesija i subvencija za javni prevoz i razvoj novih gradilišta. Hulst i Van Montfort, 2007, str. 160.

¹³ Iako predstavljaju čvrsto integrisanu, zakonski uređenu, sadržajnu i finansijski podsticanu saradnju, učinak metropolskih vlasti nije u potpunosti ostvario očekivanja, što je posledica njihove „institucionalne dvosmislenosti“. S jedne strane, vlasti su snabdevene nizom javnih ovlašćenja i resursa koji im omogućavaju da efikasno koordiniraju lokalne politike. S druge strane, njihovi odbori, kao najvažniji organi, sastoje se isključivo od predstavnika iz lokalnih veća. Njima nedostaje demokratski legitimitet da nametnu svoje odluke opštinama i uglavnom svoju ulogu ostvaruju kao politički posrednici koji pokušavaju

U Nemačkoj, takođe, postoje oblici međuopštinske saradnje koji imaju određena obeležja regionalnih vlasti. Uvođenje regionalnog nivoa, uprkos izraženoj potrebi u nekim pokrajinama, nije omogućeno iz razloga što su te pokrajine sebe smatrale predstavnikom regionalnih interesa. Ipak, u Donjoj Saksoniji postoji sedam međuopštinskih organizacija koje imaju funkcionalna obeležja regiona, sa nadležnostima u oblasti planiranja u čitavom nizu oblasti i vršenja službi regionalnog karaktera. Regionalna udruženja opština postoje u ograničenom smislu i u pet drugih pokrajina i pokrivaju uglavnom šire područje od administrativnih okruga. Izraz su tradicionalne solidarnosti, a obavljaju funkcije u oblasti kulture, zdravstva, socijalne zaštite. Primer takvog udruženja jeste udruženje Palatinat u pokrajini Rajna-Palatinat. U 12 pokrajina postoji oko 113 regiona za planiranje, čija se nadležnost sastoji u sastavljanju regionalnih planova (Komšić, 2007: 134). Takođe, u metropolskim područjima, kao što su područja oko Berlina, Hamburga, Minhena, Štutgarta i Hanovera, postoje multifunkcionalne asocijacije lokalnih jedinica koje se negde protežu i preko granica pokrajina.¹⁴ Osnovne slabosti udruženja koja imaju obeležja regionalnog nivoa u Nemačkoj jesu ta što se ne uklapaju u ustanovljene političko-administrativne strukture, a opterećene su i određenim političkim nesuglasicama na lokalnim i pokrajinskim nivoima.

4. Međuopštinske zajednice kao oblik regionalizacije

U svim navedenim slučajevima, uz uvažavanje njihovih specifičnosti proisteklih iz posebnog istorijskog, političkog, administrativnog, teritorijalnog ekonomskog ambijenta, možemo konstatovati da se radi o stalnim organizacijama koje poseduju funkcije od regionalnog značaja. Iako su one neretko rezultat pravno obavezujuće saradnje, uloga opština u njihovom konstituisanju i upravljanju kvalitativno je drugačija u odnosu na više nivoe

da obezbede konsenzus među uključenim opštinama (Hulst i Van Montfort, 2007: 160 i dalje).

¹⁴ Asocijacija grada Štutgarta je smatrana za najnapredniji model razvoja. Preuzela je funkcije regionalnog planiranja prostora, saobraćaja, odlaganja otpada i koordiniranja regionalnog ekonomskog razvoja, kao i turističkog marketinga. Sastoji se od grada Štutgarta i pet susednih okruga. Jedna od njegovih posebnih karakteristika je da se regionalna skupština sastoji od direktno izabраниh članova. Region Štuttgart ipak nije strukturiran kao nezavisan nivo i zbog toga zavisi od članova.

teritorijalne organizacije. Stepen autonomnosti uključenih lokalnih samouprava u uspostavljanju i funkcionisanju ovih zajednica je različit. Presudno je određen okolnostima koje opredeljuju međuopštinsku saradnju unutar jednog pravnog sistema. Njegova naglašena javnopravna priroda ukazuje na osobenost pojava oblika, ne samo među različitim državama nego i u okviru iste države (primer Francuske, Finske, Nemačke).

Za razliku od organizacionog, u pogledu funkcionalnog aspekta, koji ovaj oblik čini posebnom vrstom međuopštinske saradnje, ima više zajedničkih karakteristika među pojedinim oblicima ispoljavanja u različitim državama. U najopštijem, poluregionalne zajednice uvek poseduju sopstvene nadležnosti, kao i resurse za njihovo ostvarivanje. Nadležnosti ovih organizacija podrazumevaju zajedničko planiranje u čitavom nizu oblasti. Sličnosti u funkcijama regionalnih međuopštinskih zajednica proizlaze iz sličnosti faktora koji uslovljavaju njihov nastanak. Imajući u vidu da neke od najznačajnijih poluregionalnih organizacija postoje u urbanim sredinama (metropolske zajednice u sedam urbanih aglomeracija u Holandiji, metropolsko veće Helsinkija, urbane zajednice u Donjoj Saksoniji, urbane i aglomeracijske zajednice u Francuskoj) koje predstavljaju usmeren prostor sa jakim prirodnim, ekonomskim, društvenim i pravnim vezama,¹⁵ ali ne i jedinstvenu administrativnu jedinicu, potreba za zajedničkim planiranjem, koordinacijom i organizovanjem službi od šireg interesa predstavlja osnovno polje saradnje i integracije. Potreba za saradnjom u sličnim oblastima, ali iz posebnih razloga, postoji i u ruralnim sredinama, tako da se ove zajednice javljaju i tamo gde se snažno oseća odsustvo značajnijeg urbanog centra koji bi imao gravitacionu ulogu. Potrebe za obezbeđenjem koordinisanog razvoja, za funkcionisanjem većih službi, izgradnjom zahtevne infrastrukture, te za unapređenjem konkurentskog položaja u privlačenju investicija, a posebno u kontekstu pristupa strukturnim fondovima EU, dovodi do čvrstih integracija (primer ruralnih i manjih gradskih opština u Francuskoj, retko naseljenih oblasti u

¹⁵ Popović (1983: 14–15) smatra da regionalne zajednice predstavljaju okvir kolektivnog života, odnosno poslednji nivo na kome se strukturiraju i koordiniraju različite snage koje intervenišu u privrednoj i društvenoj aktivnosti, a pre nacionalnog (višeg) nivoa. Regionalna zajednica se pojavljuje kao prostorna projekcija sredine, neophodne za povoljan razvoj ljudskih grupa.

Finskoj i Švedskoj). Poluregionalne organizacije se, u funkcionalnom smislu, prvenstveno odlikuju posedovanjem normativnih nadležnosti. Navedeni primeri pokazuju da u svakom slučaju, u manjoj ili većoj meri, ove zajednice vrše funkciju planiranja i koordinacije. Radi se o prostornom, urbanističkom, stambenom, društveno-ekonomskom planiranju, a regulatorne nadležnosti se tiču i životne sredine, saobraćaja, zdravstva, socijalne zaštite, civilne zaštite itd. Ipak, nivo nadležnosti lokalne samouprave presudno određuje da li će međuopštinske zajednice imati regionalni karakter. U Holandiji, Finskoj i Švedskoj ta nadležnost je široka u meri koja omogućava da zajednice koje formiraju u okviru javnog prava i bez dodatnih, poverenih nadležnosti, mogu da sadrže i više no što u pojedinim državama poseduju neposredno viši nivoi od osnovne lokalne samouprave. Funkcije poluregionalnih zajednica obuhvataju i vršenje upravne delatnosti. Ono što poluregionalne zajednice u svim analiziranim slučajevima odlikuje i čini specifičnim i drugačijim u odnosu na druge oblike javnopravnih udruženja jeste njihova multifunkcionalnost.¹⁶ Skoro po pravilu, pored funkcije planiranja i koordinacije u različitim oblastima, ove zajednice upravljaju i različitim službama, te vrše određene administrativne poslove.

Stalna organizacija, sistem organa, multifunkcionalnost, regulatorna i druga javna ovlašćenja (koja mogu da uključuju i sopstvene poreze), teritorijalni opseg, čine ih veoma sličnim regionalnim zajednicama. Ukoliko pođemo od stava da se pod regionalizacijom podrazumeva mnoštvo pojava oblika, čije su zajedničke tačke nekad i suviše retke, te da se ona u najopštijem može klasifikovati na tri tipa: 1) regionalizaciju bez stvaranja regionalnog nivoa; 2) regionalnu decentralizaciju; 3) političku regionalizaciju (Komšić, 2007: 130), onda u oblicima međuopštinskog povezivanja koje poseduje odgovarajuće organizacione i, još važnije, funkcionalne karakteristike možemo prepoznati oblik regionalizacije, u prvom pomenutom tipu.

¹⁶ U svrhu ilustracije, Deklaracija o regionalizmu u Evropi u dodatku člana 3 navodi da su to: regionalna privredna politika, regionalno planiranje, izgradnja i stambena politika, telekomunikacije i saobraćajne infrastrukture, energija i zaštita životne sredine, poljoprivreda i ribarstvo, obrazovanje na svim nivoima, univerziteti i istraživački rad, kultura i mediji, javno zdravlje, turizam, slobodno vreme i sport, policija i javni poredak. Iz navedenog se može uočiti da poluregionalne zajednice u analiziranim primerima obuhvataju većinu ovih pitanja.

Ipak, utemeljenost ovakvih zajednica međuopštinskim sporazumom, a ne ustavom ili zakonom, kao aktima sa snagom utemeljenja drugih vlasti, jedno je od osnovnih obeležja koja ih čine osobenim. I pored zakonske institucionalizacije, uvođenje u pravni poredak ovih zajednica vrši se putem međuopštinskog sporazuma. Ma koliko da lokalna samouprava bila snabdevena nadležnostima koje prenosi na ove zajednice, odno-sno koliko ovlašćenja da bilo povereno od strane države (što u anali-ziranim primerima ovaj oblik saradnje približava posebnom nivou organizacije vlasti), njihovo utemeljenje se, i pored određenog formalnog kriterijuma, zasniva na sporazumu pojedinih lokalnih samouprava čije je pravo „ustanovljavanja“ znatno uže. Zavisno od zakonskih rešenja koja ograničavaju ili nameću njihov teritorijalni opseg, postoji i mogućnost da pojedine opštine ne budu obuhvaćene, odnosno da se ove zajednice formiraju samo na delu teritorije države čije ih zakonodavstvo poznaje, ili da neke od njih budu i suviše malog teritorijalnog opsega. Stoga, prikladniji termin za ove zajednice jeste da su one poluregionalne.

Određeni međunarodni dokumenti, za koje se naglašava da predstavljaju kodifikaciju dobrih praksi i uobličenje mogućih zajedničkih imenitelja teritorijalnih zajednica koje bi se mogle smatrati regionalnim, insistiraju na formalnom kriterijumu. Deklaracija o regionalizmu u Evropi, koju je usvojila Skupština evropskih regiona 1996. godine navodi: „Region je priznat u nacionalnom ustavu ili zakonu kojim se garantuje njegova autonomija, identitet, ovlašćenja i organizaciona struktura.“¹⁷ Ovaj dokument insistira i na punom demokratskom legitimitetu regiona, predviđajući direktne izbore predstavničkog tela.¹⁸ Slično je i sa Evropskom poveljom o regionalnoj samoupravi, koju je usvojio Kongres lokalnih i regionalnih vlasti,¹⁹ kao i sa nešto fleksibilnijom Helsinškom deklaracijom o regionalnoj samoupravi.²⁰

¹⁷ Deklaracija o regionalizmu u Evropi, 1996, čl. 1, tačka 2.

¹⁸ Ibidem, čl. 2, tačka 2 i 3.

¹⁹ Evropska povelja o regionalnoj samoupravi, 1997, čl. 2: „1. Princip regionalne samouprave u najvećoj mogućoj meri priznaje se u ustavu. 2. Delokrug rada regionalne samouprave određuju isključivo ustav, statuti regiona, nacionalni ili međunarodni zakon.“

²⁰ Helsinška deklaracija o regionalnoj samoupravi navodi da, „tamo gde ona postoji, regionalna samouprava je deo demokratske uprave i na taj način regionalne vlasti, nakon što su uspostavljene, moraju da zadovolje minimalne standarde demokratskog uređenja, kao i da dobiju zakonske nadležnosti i mogućnost, u ustavnom i zakonskom okviru, da

Iako se naglašava da principi utvrđeni navedenim dokumentima pružaju dovoljan okvir za prilagođavanje prilikama u različitim državama, relativno opsežna regulativa ne daje suviše prostora za prilagođavanje suštinskih zahteva, a oni su uglavnom bazirani po uzoru na institucionalni regionalizam u Španiji i Italiji. Ne ulazeći u analizu pomenutih dokumenata, možemo naglasiti da javni poslovi koji zahtevaju „regionalna“ rešenja postoje bez obzira da li, i u kojem obliku postoji nivo vlasti između opština i same države kojoj bi bili povereni. Alternativa centralizovanom vršenju tih poslova sastoji se u njihovom poveravanju u nadležnost nekom regionalnom nivou. U uslovima nepostojanja istorijskog individualiteta ili drugih jasnih i dovoljno određenih geografskih, ekonomskih i društvenih kriterijuma po kojima bi se sproveda regionalizacija, odnosno uveo viši stepen samouprave na širem području, umesto političke arbitrarnosti koja često predstavlja jedini kriterijum teritorijalne reorganizacije, mogućnost pojedinačnih lokalnih samouprava da prepoznaju svoje interese i njihovu komplementarnost sa drugim jedinicama, te da ih putem zakonski specifikovanih formi i uz određena teritorijalna ograničenja i podršku državnog nivoa sprovedu putem stvaranja sadržajnih funkcionalnih zajednica, može da predstavlja jedno od rešenja regionalizacije. Uostalom, načini ostvarivanja regionalnih potreba (pojavnici oblici regionalizacije) jesu u toj meri međusobno različiti da bi se svako uobličavanje te prakse moglo smatrati samo orijentirano u izboru nacionalno i, s obzirom na značaj lokalne samouprave, lokalno prihvatljivom obliku institucionalizacije regiona. Svakako da pitanje vršenja javnih poslova, naročito kada oni podrazumevaju normativne akte ili fiskalnu autonomnost, podrazumeva i demokratski legitimitet. Ipak, u današnje vreme, usled velike diferencijacije upravne delatnosti,²¹ nisu retki slučajevi poveravanja niza javnih ovlašćenja različitim službama, regulatornim telima i drugim oblicima funkcionalne decentralizacije koji uživaju značajan stepen samostalnosti, a ne poseduju demokratski legitimitet. Ipak, ovo pitanje nije jednoznačnog karaktera, te kao takvo zaslužuje i posebno razmatranje. Međutim, nedostatak demokratskog legitimiteta ovih zajednica u suštini ih čini hibridnim. Postojali su brojni

uređuju i vode deo javnih poslova u njihovoj nadležnosti, u interesu svojih građana, a u skladu sa principom supsidijarnosti.“

²¹ Više o tome u: Pusić (1989: 40).

zahtevi u svim zemljama gde ove zajednice postoje, nekad čak i u zakonodavnoj proceduri, da se uvedu neposredni izbori za organe ovih zajednica. Ipak, takva vrsta legitimiteta bi u suštini stvorila nove oblike lokalne (regionalne) samouprave,²² što bi ozbiljno moglo da ugrozi autonomiju lokalnih samouprava koje čine ovakve zajednice i koje su dužne da čuvaju njihove interese, što se uglavnom obezbeđuje putem delegiranja. Posedovanje javnih (posebno regulatornih) ovlašćenja bez demokratskog legitimiteta, uz prethodno navedene karakteristike, ovaj oblik integrisane saradnje čini poluregionalnim kvazivlastima.

5. Završna razmatranja

Pored svih okolnosti koje uopšte uslovljavaju međuopštinsku saradnju, za njen najintegrisaniji oblik moglo bi se navesti i da se odlikuje većim stepenom međuzavisnosti na određenom prostoru. Odsustvo srednjeg nivoa vlasti, odnosno, višeg stepena lokalne samouprave (Finska), njegova slaba uloga, neadekvatne granice sa stanovišta potrebe za regionalnim planiranjem, koordinacijom i funkcionisanjem određenih službi (primer Holandije, Francuske, Švedske, pojedinih pokrajina u Nemačkoj) – ili pristup fondovima EU ili državnim grantovima – uslovljavaju nastanak poluregionalnih zajednica (Vučetić, 2009: 417–418). Takođe, širina nadležnosti lokalne samouprave oblikuje proces njihovog udruživanja. Poluregionalnim zajednicama su uvek povereni i neki poslovi sa višeg nivoa, odnosno, propisana zakonska mogućnost ili obaveza opštinama da poverene nadležnosti koncentrišu.

Primeri država u kojima postoje stalne međuopštinske organizacije sa sopstvenim nadležnostima, u pogledu kojih podsećaju na regionalne vlasti, ukazuju na orijentaciju očuvanja lokalne autonomije tamo gde se kao neophodno pojavilo pitanje prilagođavanja teritorijalne osnove novim nadležnostima, tj. teritorijalna konsolidacija. U ovim slučajevima, ona se ne

²² Marković (2008: 403) navodi: „Teritorijalna decentralizacija u širem smislu je narodna samouprava, koja, u zavisnosti od veličine teritorije na kojoj se konstituiše, može biti lokalna samouprava (u lokalnim zajednicama) i regionalna teritorijalna autonomija (u širim zajednicama, regionima). Tu nema nikakvog prenošenja državnih poslova, nego samoupravnog obavljanja lokalnih i regionalnih poslova, kao svojih poslova (originernih, neprenesenih).“

ostvaruje nametanjem s centralnog nivoa, već putem međuopštinskog povezivanja, u većoj ili manjoj meri podsticanog, usmeravanog ili ograničenog određenim zakonskim intervencijama, kao što su obavezne međuopštinske nadležnosti, regulacija mogućih organizacionih oblika, zahtevanjem određene demokratske legitimacije i sistem finansijskih podsticaja.

Rečju, potreba za ovako čvrstim oblicima povezivanja, koje neminovno dovodi do određenog stepena koncentracije i smanjenja lokalne autonomnosti posmatrano sa stanovišta uključenih opština, rezultat je državne intervencije ili podsticanja koja u određenim obeležjima imaju i elemente prinudnog objedinjavanja, ali i nastojanja samih lokalnih samouprava da izbegnu nametanje teritorijalne reorganizacije koja bi rezultirala objedinjavanjem i gubitkom posebnog subjektiviteta, odnosno, uvođenja novog nivoa koji bi nužno zahvatao deo lokalne autonomije, sa razlikom da opštine koje bi bile obuhvaćene ne bi ostvarivale kontrolu, participaciju, uticaj koji imaju u pogledu međuopštinskih organizacija.

Imajući u vidu postojanje asimetrične decentralizacije, jednostепенost lokalne samouprave, kao i neujednačenost kapaciteta i razvoja njenih jedinica u Srbiji, mogla bi se razmotriti neka od rešenja međuopštinske saradnje kao sredstva za obezbeđenje regionalnih potreba u državama koje karakterišu slična rešenja, odnosno problemi, bez zadiranja u ustavni koncept decentralizacije ili uvođenja novih nivoa vlasti, što je do sada uglavnom predlagano.²³ Uostalom, organizacionu osnovu za takva rešenja možemo naći u proširenju uloge i organizacije postojećih saveta upravnih okruga i međuopštinskih razvojnih agencija, te u proširenju uloge međuopštinskog dogovaranja u politici ravnomernog regionalnog razvoja, komunalnim delatnostima, vodosnabdevanju, upravljanju otpadom, poljoprivredi, turizmu i socijalnoj zaštiti.

Literatura

Vučetić, D. (2009). Međuopštinska saradnja kao vid teritorijalne reforme. *Pravni život*, 58 (11). 411-424

²³ O nastanku, razvoju i sadržini ideja o regionalizaciji u Srbiji više u: Lončar (2009: 333-344).

- Dimitrijević, P. (2005). Menadžment lokalne samouprave. *Pravni život*, 54 (10). 89–109
- Đurđev, A. (2003). *Lokalna samouprava*, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu
- Ilić, M. (2001). *Grad u lokalnoj samoupravi*, Niš: Balkanski centar za izučavanje lokalne samouprave
- Ivanišević, S. (2009). Stupnjevanje lokalnih samoupravnih jedinica. *Hrvatska javna uprava*, 9 (3). 669–722
- Jovičić, M. (2006). *Lokalna samouprava (Izabrani spisi M. Jovičića – knj.2)*, Beograd: Službeni glasnik; Pravni fakultet
- Komšić, J. (2007). *Principi evropskog regionalizma*, Novi Sad: Asocijacija multietničkih gradova jugoistočne Evrope – PHILIA
- Koprić, I. (2009). Lokalna samouprava i lokalni službenički sustavi u Austriji i Finskoj. *Hrvatska javna uprava*, 9 (3). 661–668
- Lončar, Z. (2009). Nastanak i razvoj ideje o regionalizaciji Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 43 (2). 333–344
- Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; Službeni glasnik
- Montin, S., Amna, E. (2002). Zakon o lokalnoj samoupravi i reforme lokalne samouprave u Švedskoj. U M. Damjanović (Ur.), *Uporedna iskustva lokalnih samouprava* (str. 89–111). Beograd: MAGNA AGENDA
- Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shaffner, K., Mozur, M. (2006). *Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners*, Bratislava: UNDP
- Popović, S. (1983). *Regionalizacija u svetu i kod nas – pravni aspekt*, Beograd: Republički zavod za javnu upravu
- Pusić, E. (1989). *Nauka o upravi I*, Zagreb: Narodne novine
- Pusić, E., Ivanišević, S., Pavić, Ž., Ramljak, M. (1988). *Upravni sistemi*, Zagreb: Narodne novine

Font, J., Gutiérrez Suárez, R., Parrado-Díez, S. (1999). *Intergovernmental Partnerships at Lokal Level in Spain: Mancomunidades and Consortia in a comparative Perspective*, Paris: OECD

Hulst, R. Van Montfort, A. (eds.) (2007). *Inter-Municipal cooperation in Europe*, Dordrecht: Springe

Darko Golić, Ph.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University of Business Academy, Novi Sad

Inter-municipal Communities as Semi-regional (Quasi) Governments

Summary

In this paper, the author discusses specific forms of integrated inter-municipal cooperation in some European countries which have certain characteristics of regional governments. Relying on the analysis of different forms of this inter-municipal cooperation, the author elaborates on some common features underlying these communities, with specific reference to their functional aspects. Bearing in mind that the imminent needs for regional planning, coordination of local policies and operation of regional offices are exercised through different institutional solutions, we point out that it is possible to provide an appropriate institutional and decentralized framework for accomplishing these goals even without changing the existing territorial organization system. Although the entities that are created through these specific forms of inter-municipal cooperation cannot be designated as territorial-political units in institutional terms, this is what they are from a functional point of view.

Keywords: inter-municipal cooperation, regionalization, local self-government

II SUDSKA PRAKSA

Andelija Tasić*

Asistent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

KOMENTAR SUDSKE ODLUKE

UDK: 347.426.4:342.726-056.26

UDK: 347.91/95:342.726-056.26

Rad primljen: 31.03.2014

Rad prihvaćen: 30.04.2014.

**NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE U
ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA –
KOMENTAR SUDSKE ODLUKE****

Apstrakt: U radu su analizirane odluke prvostepenog, drugostepenog i revizijskog suda donete u parničnom postupku koji je sproveden po tužbi zbog diskriminacije na osnovu invaliditeta. Otvoreno je pitanje parametara po kojima sudovi odlučuju o postojanju osnova za dosuđivanje naknade nematerijalne štete, kao i kriterijuma po kojima se visina te naknade određuje. Osnovna hipoteza rada jeste da, naspram prava sudije na slobodno sudijsko uverenje, stoji pravo stranke na jasno i argumentovano obrazloženje donete odluke. Ukazano je na ulogu suda u suzbijanju diskriminacije u društvenim odnosima.

Ključne reči: antidiskriminaciono pravo, nematerijalna šteta, osobe sa invaliditetom.

Uvodne napomene

Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije predstavlja relativno nov poseban parnični postupak čija su pravila propisana trima posebnim zakonima.¹ Iako je prošlo više od decenije od donošenja prvog

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013 – 2018. godine.

¹ Sve posebne parnične postupke možemo podeliti u tri kategorije: one čija su pravila sadržana u Zakonu o parničnom postupku, one koji su regulisani posebnim zakonom i

antidiskriminacionog zakona², a osam³, odnosno pet od donošenja narednih⁴, sudska praksa u ovoj oblasti više je nego skromna. Iz tog razloga, svaka doneta sudska odluka predstavlja značajan doprinos razvoju antidiskriminacionog prava.

Odgovornost na sudovima koji donose prve odluke u postupcima u parnicama za zaštitu od diskriminacije je velika. Sa jedne strane, upravo prve presude su smernica i model drugim sudijama prilikom odlučivanja, a, sa druge strane, način na koji sud presuđuje, kao i satisfakcija koja se oštećenom pruža, mogu da deluju stimulišuće ili obeshrabrujuće na diskriminirana lica prilikom donošenja odluke o pokretanju parničnog postupka. Imajući to u vidu, sud mora brižljivo da razmotri okolnosti svakog konkretnog slučaja, kao i individualni i društveni značaj učinjene povrede prava na nediskriminaciju.

Iako smatram da gotovo svaka presuda u parnicama za zaštitu od diskriminacije zavređuje pažnju naučne i stručne javnosti, opredelila sam se za odluku donetu prema odredbama ZDI, koja ilustruje mogućnost diskriminisanog lica da ostvari pravo na naknadu nematerijalne štete, kao i na način na koji se visina te štete određuje.

Pre nego što budu iznete okolnosti konkretnog slučaja, pažnju treba skrenuti na par pojedinosti, kako iz sfere antidiskriminacionog, tako i iz sfere obligacionog prava.

U vreme podizanja tužbe, 2008. godine, na snazi je bio samo ZDI. Ova činjenica je od značaja, budući da se na postupke u parnicama za zaštitu od diskriminacije osoba sa invaliditetom, osim pravila tog posebnog zakona i opštih pravila Zakona o parničnom postupku⁵, od donošenja ZZD, primenjuju i

posebne postupke pred državnim sudovima povodom postupka pred nedržavnim sudovima (Stanković, 2010: 70).

² Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, „Sl. glasnik SRJ“, br. 11/2002, „Sl. list SCG“, br. 1/2003-Ustavna povelja, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2009 – dr. zakon i 97/2013-odluka US.

³ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, „Sl. glasnik RS“, br. 33/2006, u daljem tekstu i ZDI.

⁴ Zakon o zabrani diskriminacije, „Sl. glasnik RS“, br. 22/2009, u daljem tekstu i ZZD i Zakon o ravnopravnosti polova, „Sl. glasnik RS“ br. 104/2009, u daljem tekstu i ZRP.

⁵ Zakon o parničnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US i 74/2013 – odluka US, u daljem tekstu i ZPP.

procesne odredbe ovog zakona (čl. 26. st. 3. ZZD). Iz tog razloga, odredba o preraspodeli tereta dokazivanja (čl. 45. ZZD), koja je najznačajnija u oblasti antidiskriminacionog prava, nije bila na snazi u vreme podizanja tužbe. Još dve odredbe, sada tipične za domaće, ali i uporedno antidiskriminaciono zakonodavstvo, nisu propisane ZDI tako da se nisu primenjivale u parničnom predmetu koji je predmet analize. Prva je odredba sadržana u čl. 43. kojom su propisani vidovi građanskopravne zaštite koja se može ostvariti u antidiskriminacionim parnicama.⁶ Druga odredba, koje nema u ZDI, jeste ona kojom se proklamuje načelo hitnosti u antidiskriminacionim parnicama, koje se vode prema pravilima ovog zakona. Ako se ima u vidu i činjenica da je ovaj zakon donet mnogo pre poslednjeg Zakona o parničnom postupku, koji je institutom vremenskog okvira parnice⁷ pokušao da zaleči „rak ranu“ domaćeg pravosuđa, neefikasnost, ne iznenađuje podatak da je prvostepeni postupak trajao od aprila 2008. do maja 2010. godine, drugostepeni do septembra 2010. godine, da bi svi pravni lekovi iz sistema pravnih lekova parničnog procesnog prava bili iscrpljeni izjavljivanjem revizije i donošenjem odluke po reviziji decembra 2010. godine. Dok na dužinu trajanja postupka po žalbi i reviziji, imajući u vidu domaće standarde, ne može da se stavi nikakva zamerka, period od dve godine za donošenje prvostepene presude čini se ipak predug. Ipak, „suđenje u razumnom roku“, element prava na pravično suđenje, predstavlja standard koji zavisi od nekoliko parametara: složenosti pravne stvari, odnosa (ponašanja) vlasti, važnosti predmeta za podnosioca predstavke/rizika kome je izložen podnosilac predstavke i odnosa (ponašanja) podnosioca predstavke (Petrušić, 2005: 213).

Kako je u konkretnoj pravnoj stvari koja je predmet analize tužbom tražena naknada nematerijalne štete, valja podsetiti na svrhu koju ovaj zahtev ima.

⁶ Tako, prema čl. 43. ZDI tužbom se može tražiti: zabrana izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije; izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatoranskog postupanja; utvrđenje da je tuženi prema tužiocu diskriminatoranski postupao i naknada materijalne i nematerijalne štete. Za razliku od čl. 43. st. 1. t. 5. ZZD, ZDI nije predvideo mogućnost isticanja publicističkog zahteva. To je zahtev za objavljivanje pravosnažne presude o trošku tuženog, najčešće u glasilu sa nacionalnom pokrivenošću. Ovaj zahtev ima akcesorni, nesamostalni karakter, budući da služi kao dopuna uz glavni, deklarativni ili kondemnatorni zahtev. (O tome, šire: Petrušić: 2010, 169; Vodinelic: 2012, 222).

⁷ Čl. 10. st. 2. ZPP.

Svrha naknade nematerijalne štete jeste, pre svega, satisfakcija oštećenog. Za razliku od naknade materijalne štete koja za cilj ima vraćanje u stanje pre učinjene povrede, kod naknade nematerijalne štete takav vid reparacije uglavnom nije moguć. Naknada nematerijalne štete služi zadovoljenju potreba putem kojih će na neki način biti omogućeno ponovno uspostavljanje psihičke ravnoteže i bar delimično vraćanje osećaja sreće i zadovoljstva oštećenom. Njena svrha je pribavljanje neke priyatnosti, radosti ili nekog duhovnog, čulnog ili intelektualnog zadovoljstva koje će pomoći oštećenom da lakše prebrodi krizu u koju je nastankom štete zapao (Mijačić, 1992: 29). Zakon o obligacionim odnosima⁸ u čl. 200. reguliše način odlučivanja o naknadi nematerijalne štete, na taj način što naglašava da sud, prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, kao i o visini njene naknade, treba da vodi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, ali i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom. Teorija ukazuje da su nadoknade bile i ostale preterano niske (Radišić, 2008: 281), a praksa, da je potrebno postojanje uzročno-posledične veze između događaja kojim je šteta izazvana i nastanka nematerijalne štete, kao i uverenje suda da je u konkretnom slučaju pravično dosuditi oštećenom licu novčanu satisfakciju.⁹

U kontekstu antidiskriminacionog prava, ukazuje se da, imajući u vidu da diskriminacija često prestavlja i povredu prava na ljudsko dostojanstvo, pravo na naknadu nematerijalne štete bi se u tom pogledu moglo redovno osloniti i na opštu odredbu ZOO, koja predviđa da oštećeni ima pravo na naknadu štete prouzrokovanu povredom njegovog prava ličnosti, prava na dostojanstvo, čast, ugled ili povredom drugog prava ličnosti. (Vodinelić, 2012:231).¹⁰

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, «Sl. list SCG», br. 31/93 i «Sl. list SCG», br. 1/2003 – Ustavna povelja“, u daljem tekstu i ZOO.

⁹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Gž .3015/13 od 29.08.2013. godine kojom je preinačena presuda Osnovnog suda u Novom Sadu posl. br. P. 4541/2011 od 27.02.2012. godine.

¹⁰ Navodi se još da je najrasprostranjeniji obrazac za dijagnostifikovanje povrede ljudskog dostojanstva tzv. objekt-formula: ljudsko dostojanstvo je povređeno onda kada se ljudska jedinka degradira na objekt, puko sredstvo, zamenjivu veličinu, kada se tako tretira da se dovodi u pitanje čovekov kvalitet subjekta (Vodinelić, 1989:724).

Naposletku, treba skrenuti pažnju i na čl. 232. ZPP prema kome, ako se utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete, na novčani iznos ili na zamenljivu, a visina iznosa, odnosno količina stvari, ne može da se utvrdi ili bi mogla da se utvrdi samo sa nesrazmernim teškoćama, sud će visinu novčanog iznosa, odnosno, količinu zamenljivih stvari da odredi po slobodnoj oceni. Teorijska razmatranja idu u pravcu toga da predmet odmeravanja slobodnom ocenom može biti samo visina iznosa, a ova se odredba naročito primenjuje na sporove o naknadi vanugovorne štete (Poznić, 2009: 587). Međutim, ova zakonska odredba ne može se tumačiti na način da se njome sud oslobađa dužnosti da svoju odluku obrazloži, što je i odlukama domaćih sudova potvrđeno: „I kad odlučuje o visini naknade štete, po slobodnoj oceni, sud je dužan da utvrdi i da iznese sve okolnosti koje su od uticaja na određivanje visine naknade“¹¹.

Okolnosti slučaja:

Tužilje A.A, slepa 77-ogodišnja osoba i B.B, njena ćerka, pratilja osobe sa invaliditetom, krenule su međugradskim autobusom na put. A.A. je posedovala odgovarajuću legitimaciju kojom se potvrđuje da je osoba sa invaliditetom i da ima pravo na povlašćenu kartu umanjenu za 75% od njenog punog iznosa, a njena ćerka svojstvo pratioca osobe sa invaliditetom koja ima pravo na besplatnu kartu. Iako su to naglasile vozaču autobusa, on je odbio da im izda povlašćene karte. Uz to, došlo je do rasprave u kojoj je vozač tužilji A.A. rekao: „Šta ćeš ti stara da se švercuješ, sram te bilo“ i insistirao da obe napuste autobus ukoliko ne žele da kupe kartu po punoj ceni jer će, u protivnom, pozvati policiju. Sa njegovim stavom složili su se i drugi putnici u autobusu, koji su tražili da tužilje plate punu cenu karte ili da izađu iz autobusa da bi on najzad krenuo. Kako su imale utisak da ceo autobus smatra da su one osobe koje žele da se „švercuju“, tužilje su ipak kupile kartu po punoj ceni.

Po povratku sa puta, tužilje su podigle tužbu u kojoj se javljaju kao obični suparničari, a protiv autoprevoznika koji je odbio da im izda povlašćene karte. Tužba je podignuta pred sudom posebne mesne nadležnosti, prema mestu prebivališta tužilje, osobe sa invaliditetom, a u skladu sa čl. 41. ZDI. Tužilje su u tužbi istakle sledeći tužbeni zahtev:

¹¹ Odluka Saveznog suda, Gsz. 34/81, navedeno prema Petrušić, Simonović, 2011: 494.

zahtev za naknadu materijalne štete u iznosu od 975 dinara za tužilju A.A. i 1300 dinara za naknadu materijalne štete tužilji B.B.

zahtev za naknadu nematerijalne štete u iznosu od po 120 000 dinara na ime pretrpljenog duševnog bola na ime povrede časti i ugleda i zahtev za naknadu parničnih troškova.

U toku postupka izvedeni su dokazi saslušanjem stranaka i svedoka, kao i uvidom u odgovarajuće isprave. Od svedoka, saslušani su vozač autobusa i suprug drugotužilje koji nije prisustvovao događaju. Tužilje su imale punomoćnika. Tuženi nije osporio tužbeni zahtev u delu koji se odnosi na naknadu materijalne štete.

Nakon što je sproveo zakonom propisan postupak, sud je doneo sledeću presudu (*citat*):

Obavezuje se¹² tuženi da na ime materijalne štete tužilji A.A. isplati iznos od 975,00 dinara, a na tužilji B.B. iznos od 1300,00 dinara, sve sa zakonskom zakonskom kamatom od 29.03.2008. godine.

Odbija se kao neosnovan tužbeni zahtev tužilja da se obaveže tuženi da na ime nematerijalne štete – pretrpljenog duševnog bola zbog povrede časti i ugleda isplati iznos od po 120 000,00 dinara sa zakonskom zateznom kamatom.

Obavezuje se tuženi da tužiljama solidarno naknadi parnične troškove u iznosu od 15 800,00 dinara, u roku od osam dana.

Kako je fokus rada na naknadi nematerijalne štete, u radu ću se posebno osvrnuti na obrazloženje presude u delu koji se na naknadu nematerijalne štete i odnosi. Sud podseća na čl. 155. Zakona o obligacionim odnosima kojim se nematerijalna štete definiše kao nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha, kao i na čl. 200. st. 1. prema kome se za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti, kao i za strah, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i

¹² Izrazu „obavezuje se“ stavljaju se izvesne terminološke zamerke, pa se kao adekvatniji predlažu termini „nalaže se“ ili „dužan je“. Argument u prilog ovoj tvrdnji jeste taj da se kondemnatornom presudom ne stvaraju novi pravni odnosi. Iz termina „obavezuje se“ proizašlo bi da takva obaveza tuženog nije ranije postojala, već da je sud stvara svojom presudom (Triva, Dika, 2004: 584).

njihovo trajanje to opravdavaju, dosuđuje pravična novčana nadoknada nezavisno od naknade materijalne štete kao i u njenom odsustvu. Ukazuje se i na već navedeni čl. 200. st. 2. ZOO.

Obrazlažući svoju odluku o odbijanju zahteva za naknadu nematerijalne štete, sud konstatuje da „u konkretnom slučaju, izvedenim dokazima nije utvrđeno da su tužilje kritičnom prilikom pretrpele duševne bolove onog intenziteta i trajanja koje bi opravdalo dosuđivanje naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda“. Sud još podseća na definiciju pojmova „čast“ i „ugled“, a kao posebno značajnu navodi činjenicu da je autobus bio pun „tužiljama nepoznatih putnika“ i da se reakcija putnika, u smislu obraćanja tužiljama da izađu ili plate kartu, ne može okarakterisati kao omalovažavanje, te da celokupna situacija rasprave sa vozačem, iako je proizvela nesumnjivo osećaj nelagodnosti kod tužilja, nije ishodovala dugotrajnim i intenzivnijim duševnim bolovima niti poremećenom psihičkom ravnotežom“.

U obrazloženju presude se ni jednom jedinom rečju ne pominje Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, a posebno njegovi članovi 27, 28. i 29. koji se tiču diskriminacije u vezi sa prevozom.

Nekoliko zaključaka može se izvesti iz obrazloženja prvostepene odluke. Najpre, sud nije naveo nijedan parametar po kome je procenio da duševni bolovi nisu „onog intenziteta i trajanja koje bi opravdalo dosuđivanje naknade nematerijalne štete“. Sud, dakle, nije sporio nastanak duševnih bolova, ali jeste doveo u pitanje jačinu njihovog intenziteta. Međutim, čak se ni u segmentu postojanja duševnih bolova ne vidi na koji način je odlučeno da su ih tužilje pretrpele, što bi moglo da bude od značaja za tuženu stranu. Ne postoji nijedan jasan, merljiv i opipljiv kriterijum na osnovu koga je sud procenio kog su intenziteta bolovi, niti je ukazao na koji način se duševni bolovi gradiraju. Da li naš zakon poznaje gradaciju nelagoda ili neprijatnost pa da se može pretpostaviti da je sudija tako rangirao osećanja tužilje? Da li zakon pominje „poremećenu psihičku ravnotežu“? Da li je za postojanje diskriminacije zaista važno da li je ona učinjena pred nepoznatim ili poznatim putnicima? Da li je nejednako postupanje manje nejednako ili više isto ako ljude pred kojima je ona učinjena možda više nikada nećemo sresti, iako su tužilje zapravo na put krenule iz mesta svog prebivališta? Da li bi sud mogao da napravi gradaciju

spram toga da je u autobusu bio jedan, tri ili pet poznanika tužilje? Ne sporim da sudija, po slobodnom sudijskom uverenju, može da oceni postojanje osnova i visine štete kada za to postoji dovoljno elemenata. Međutim, naspram ovog njegovog prava, stoji pravo stranke da joj se jasno i precizno obrazloži odluka. Jedan od razloga za izjavljivanje žalbe jeste i bitna povreda odredaba parničnog postupka. U čl. 374. st. 2. t. 12. ZPP, između ostalog, stoji da bitna povreda odredaba parničnog postupka uvek postoji ako presuda nema uopšte razloga ili u njoj nisu navedeni razlozi o bitnim činjenicama ili su ti razlozi nejasni ili protivrečni.¹³

Na prvostepenu odluku žalbu su uložile tužilje, u delu koji se odnosi na naknadu nematerijalne štete i naknadu troškova, i tuženi u delu koji se odnosi na naknadu parničnih troškova. Drugostepeni sud je, bez održavanja usmene rasprave, preinačio prvostepenu presudu na taj način što je tužiljama dosudio iznos od po 20 000 dinara na ime naknade nematerijalne štete, te umanjio iznos naknade parničnih troškova sa 15 800 na 15 182 dinara. Našao je da je prvostepeni sud potpuno i pravilno utvrdio činjenično stanje, ali da je materijalno pravo pogrešno primenjeno. Kako je drugostepeni sud ocenio, „tužilje su se našle u vrlo neprijatnoj situaciji i trpele duševne bolove zbog povrede časti i ugleda jer su u pitanju starije osobe koje su želele da iskoriste svoje pravo na povlašćenu vožnju i pritom naišle na takvu reakciju vozača da su ih svi putnici u autobusu gledali kao osobe koje hoće da se švercuju i pri tom su im govorili „ili platite kartu ili izađite napolje“. Čini se da je jedini parametar koji je sudu bio od značaja prilikom ocene da li postoji osnov za naknadu nematerijalne štete, zapravo, starost tužilja. Sud nijednom jedinom rečju nije obrazložio zbog čega se zahtev tužilja usvaja u delu od po 20 000, dakle u 1/6 traženog iznosa, a odbija u ostalom delu zahteva. Ako se pođe od pretpostavke da jedna karta košta 1 300 dinara (što se može zaključiti iz dela tužbenog zahteva koji se odnosi na naknadu materijalne štete), a da autobus ima 50 mesta, zarada autoprevoznika od karata na liniji kojom su putovale tužilje u jednom pravcu jeste 65 000. Dakle, od prodatih povratnih karata na toj relaciji autoprevoznik može da zaradi za jedan dan 130 000, što je više od

¹³ U literaturi se opravdano ukazuje na problem da sudije nekritički pristupaju sopstevnom znanju i da neretko, i u nedostatku kvalifikacija, izbegavaju da utvrđivanje činjenica prepuste stručnom licu (Triva, Dika, 2004: 183).

pojedinačnog zahteva tužilja. Iako materijalno stanje tuženog nije kriterijum prema kome se određuje visina naknade štete, ova ilustracija treba da pokaže koliko je zapravo niska dosuđena suma tužiljama.

Osnovni prigovor koji se može uputiti sudu, kao i kod presude prvostepenog suda, jeste nepostojanje jasnih kriterijuma za ocenu visine nematerijalne štete, a imajući u vidu i čl. 232. ZPP.

Pravično zadovoljenje oštećenoj stranci propisano je i čl. 41. Evropske konvencije¹⁴. Iako se visina naknade u praksi Evropskog suda za ljudska prava može smanjiti na osnovu teorije korektivne pravde, koja insistira na odnosu tužioca i tuženog ili teorije distributivne pravde koja se odnosi na doprinos tužioca situaciji u kojoj je do štete došlo, ovde se nijedna od njih ne može primeniti (Büyüksagis, 2009:2).

Tužilje su, imajući u vidu čl. 44. ZDI, blagovremeno izjavile reviziju na drugostepenu odluku. Vrhovni kasacioni sud delimično je usvojio reviziju tužilja i dosudio naknadu nematerijalne štete u iznosu od po 100 000 dinara po osnovu pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda. Iako na prvi pogled iz izreke presude ne proizlazi takav zaključak, iz uvida u obrazloženje odluke vidi se da je tužiljama naposljetku usvojen ceo tužbeni zahtev u delu koji se odnosi na naknadu nematerijalne štete.¹⁵ „Vrhovni kasacioni sud primenom čl. 200. ZOO i 224. ZPP¹⁶ ocenjuje da tužiljama pripada pravična novčana nadoknada od po 100 000 dinara. Kako je drugostepeni sud pri odmeravanju visine štete pogrešno primenio materijalno pravo, Vrhovni

¹⁴ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna slobode i prava koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi Protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, „Sl. list SCG“ – međunarodni ugovori, br. 9/2003, (European Convention on Human Rights (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)).

¹⁵ Kako mi nisu bili dostupni apsolutno svi spisi predmeta, iz revizijske odluke može se zaključiti da se delimično usvajanje zahteva po raviziji zapravo odnosi na naknadu parničnih troškova.

kasacioni sud je *obavezao*¹⁷ tuženu na isplatu od po *još* (prim. A.T) 100 000 dinara svakoj od tužilja.“ Naglašeno je da se revizija tužiljâ u ostalom delu odbija kao neosnovana. Odluka o naknadi parničnih troškova takođe je preinačena.

Prilikom obrazlaganja odluke, tek se Vrhovni kasacioni sud pozvao na odredbe Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. U obrazloženju se podseća na čl. 3. ZDI koji daje definije ključnih pojmova, čl. 6. st. 5. ZDI koji se tiče pozivanja i navođenja na diskriminaciju i pomaganja u diskriminatorskom postupanju (iako je radnja vozača sama po sebi akt diskriminacije, a ne navođenje drugog na diskriminatorsko postupanje), čl. 9. st. 1. ZDI koji se odnosi na izazivanje i podsticanje neravnopravnosti ili netrpeljivosti prema osobama sa invaliditetom kao i čl. 29. ZDI, kojim se kao posebno težak oblik diskriminacije po osnovu invalidnosti, izdvaja uznemiravanje, vređanje i omalovažavanje putnika sa invaliditetom u toku putovanja od strane posade prevoznog sredstva, zbog njegove invalidnosti. Upućuje se, takođe, na čl. 21. st. 3. Ustava Republike Srbije¹⁸ koji se odnosi na zabranu diskriminacije po različitim osnovima.

Zaključne napomene

Iz odluka osnovnog, višeg i Vrhovnog kasacionog suda može se izvući nekoliko zaključaka.

Prvi zaključak, koji se iz dispozitiva, a posebno obrazloženja presuda, može izvesti jeste da su sudije slabo upućene u postojanje i sadržinu Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. Sem Vrhovnog kasacionog suda, nijedan od nižih sudova se u svojoj odluci nije ni osvrnuo na postojanje antidiskriminacionog zakona, kao ni ustavnih odredbi o zabrani diskriminacije. U društvima poput srpskog, gde je otpor prema manjinskim grupama veliki, a svest građana o zaštiti od diskriminacije na niskom nivou, upravo pravosudni organi treba svojim delovanjem da pokažu da suzbijanje diskriminacije ne zavisi od odluke pojedinca, već predstavlja dužnost, jasno definisanu

¹⁶ Sadašnji član 232. ZPP.

¹⁷ Isto kao fusnota 9.

¹⁸ Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006.

postojećim normativnim okvirom. Dok god sudovi budu ignorisali postojanje antidiskriminacionog zakonodavstva, ne može se ostvariti vaspitni značaj pravosudnog aparata.

Sem toga, prepoznaje se bojazan, ako ne i otpor sudova prilikom dosuđivanja naknade nematerijalne štete. Zaboravlja se osnovna namena ovog vida zaštite od diskriminacije, a to je satisfakcija oštećenog lica. Uz to, dosuđivanjem adekvatne novčane nadoknade (o čemu bi javnost bila obaveštena) postiže se i generalna prevencija budućih akata diskriminacije.

Sveobuhvatnija i temeljnija obuka sudija u sferi antidiskriminacionog prava, koja ne bi obuhvatila samo regionalne centre već i manja mesta i sudske jedinice, svakako bi doprinela razumevanju suštine antidiskriminacionog prava, čemu bi, takođe, moglo da posluži i periodično objavljivanje presuda iz ove oblasti radi njene popularizacije i ujednačavanja sudske prakse.

Literatura

Büyüksagis E. The calculation of damages according to article 41 of the European Convention on Human Rights. (2009). Retrieved: 22, March 2014 from

<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=The%20calculation%20of%20damages%20according%20to%20article%2041%20of%20the%20European%20Convention%20on%20Human%20Rights&kimlik=796475330&url=makaleler/ebuyuksagis-2.htm>

Vodinelic V. (1989). Pravo na ljudsko dostojanstvo. Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. (supplement broju 5-6, 1989). 713 – 744

Vodinelic V. (2012). Sadržina građanskopravne zaštite od diskriminacije. U N. Petrušić (Ur.), Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije (218-238). Beograd: Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija

Mijačić M. (1992). Oblici naknade štete. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. XXXII – XXXIII. 21-29

Petrušić N. (2005). Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti prava na rešavanje građanskopravne stvari u razumnom roku. U: Z. Radivojević (Ur.), Evropski sistem zaštite ljudskih prava: iskustva i novi izazovi (199-211). Niš: Pravni fakultet: Centar za publikacije

Petrušić N. (2010). Građanskopravna zaštita od diskriminacije na prostoru Zapadnog Balkana. U: M. Petrović (Ur.), Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava: tematski zbornik radova (157-170). Niš: Pravni fakultet: Centar za publikacije

Petrušić N., Simonović D. (2011). Komentar Zakona o parničnom postupku. Beograd: Službeni glasnik

Poznić B. (2009). Komentar Zakona o parničnom postupku (prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama). Beograd: Službeni glasnik

Stanković G. (2010). Građansko proceno pravo – parnično procesno pravo (prva sveska). Niš: Centar za publikacije

Triva S, Dika M. (2004). Građansko parnično procesno pravo. Zagreb: Narodne novine

Anđelija Tasić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**Non-pecuniary Damages in Anti-discrimination Disputes:
*A Commentary on a Judicial Decision***

Summary

The litigation proceeding in anti-discrimination disputes is a relatively new kind of special civil proceedings whose rules are prescribed in three separate legislative acts. The scarce case law in this area shows that the discriminated persons and other entities authorized to initiate anti-discrimination lawsuits are insufficiently informed about the content of these proceedings and/or insufficiently motivated to initiate such proceedings; on the other hand, the small number of cases points that courts are still reluctant and insufficiently prepared to tackle diverse discrimination issues, which would certainly be a strong and much needed impetus for providing relevant judicial protection against discrimination in civil law. This problem is particularly prominent in anti-discrimination disputes which involve claims for damages.

In this paper, the author analyzes the course of an anti-discrimination lawsuit (initiated on the grounds of disability) and the respective decisions rendered by the first instance court, the second instance court and the Supreme Court of Serbia. The analysis yields a conclusion that courts are rather reluctant, apprehensive and even defiant when it comes to awarding non-pecuniary damages. They seem to disregard the fact that the primary purpose of this type of legal protection against discrimination is to provide just satisfaction to the injured party. In that context, it appears to be necessary to institute relevant judicial training in the field of anti-discrimination law, which would include not only the judges in large regional judicial centers but also those in smaller towns and in local judicial units. It would certainly contribute to a better understanding of the substance of anti-discrimination law, which could be further promoted by a periodic publication of judgments in this area. Ultimately, it would contribute to the popularization of anti-discrimination law and the consolidation of judicial practice (case law).

Key words: anti-discrimination law, non-pecuniary damages, disabled persons.

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Milica Vučković,*
Asistent Pravnog fakulteta, Univerziteta u Nišu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK
UDK: 347.65/.68:347.626](497.11)

Rad primljen: 02.02.2014.
Rad prihvaćen: 22.04.2014.

NASLEDNOPRAVNI POLOŽAJ SUPRUŽNIKA U SAVREMENOM SRPSKOM PRAVU**

Apstrakt: Autor se bavi analizom naslednopravnog položaja supružnika u savremenom srpskom pravu. Pravni značaj braka prošao je kroz niz kvalitativnih promena u istorijskom razvoju, prateći razvoj i promene porodice i promene u pogledu (ne)ravnopravnosti žene i muškarca. Naslednopravni položaj supružnika u savremenom srpskom pravu karakteriše uzajamnost nasleđivanja i potpuna ravnopravnost žene i muškarca, nasleđivanje u svojinu, uz mogućnost konstituisanja plodouživanja na celoj ili alikvotnom delu zaostavštine u određenim slučajevima i pozivanje na nasleđe nadživelog supružnika zajedno sa srodnicima ostavioca. Supružnik je naslednik prvog naslednog reda, u konkurenciji sa ostaviočevim potomcima. Ako preminuli ne ostavi iza sebe potomstvo, supružnik prelazi u drugi nasledni red, gde nasleđuje sa ostaviočevim roditeljima i njihovim potomstvom. Zakon o nasleđivanju Republike Srbije predviđa i određene mogućnosti promene konkretnog naslednopravnog položaja supružnika.

Ključne reči: pravo nasleđa nadživelog supružnika, doživotno plodouživanje, doživotna renta.

* milica@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, br. ugovora 179046.

1. Uvod

Iz mnoštva činjenica koje su, kroz istoriju prava bile od značaja za raspodelu zaostavštine jednog lica po pravilima zakonskog nasleđivanja, u savremenom pravu izdvojile su se dve: srodstvo sa ostaviocem i bračna veza sa ostaviocem. Srodstvo je nekada smatrano „svetom“ i svakako je večita veza lica čijim venama teku određene količine zajedničke krvi. Danas je značaj srodstva donekle relativizovan, ali je ova činjenica još uvek „stub nosač“ konstrukcije zakonskog nasleđivanja. Bračna veza sa ostaviocem prošla je svoj evolutivni put, od potpunog nepriznavanja njenog pravnog značaja, preko priznavanja prava nasleđa nadživelog supružnika u ograničenom obimu, do potpunog priznanja, kao pravno relevantne činjenice za intestatsku raspodelu zaostavštine.

Predmet ovog rada je naslednopravni položaj supružnika u savremenom srpskom pravu. U istraživanju smo se fokusirali isključivo na važeća rešenja zakonskog nasleđivanja. Izbor našeg predmeta istraživanja inspirisan je upravo okolnošću da brak, kao potencijalno trajna veza žene i muškarca, predstavlja osnov supružnikovog prava nasleđa, i njegovom specifičnošću, kao naslednopravno relevantne činjenice, koja se ogleda u raskidivosti veze ostavioca i naslednika. Na drugoj strani, dostojna je pažnje i činjenica da bračna veza ima ogroman značaj u životu pojedinca, u gotovo svim njegovim aspektima. Intenzitet bliskosti supružnika i stalna međusobna upućenost, sve ono što čini supružanski suživot, čini da ovaj oblik veze u modernom društvu po svom značaju daleko premašuje značaj srodstva.

2. Bračna veza kao jedna od pravno relevantnih činjenica u oblasti zakonskog nasleđivanja

Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca.¹ Predstavlja univerzalnu formu zadovoljavanja različitih ljudskih potreba muškaraca i žena i kruna je jednog od bazičnih odnosa u istoriji ljudskog roda. Dugo vremena je smatran jedinim legitimnim osnovom porodice. Moderno doba je donelo brojne promene ljudskom društvu, tako da danas brak nije isključivi vid sjedinjavanja dvaju lica različitog pola, a u mnogim državama, nije namenjen ni

¹ Čl. 3. st. 1. Porodičnog zakona, *Sl. Glasnik RS*, 18/2005, 72/2011.

samo licima različitog pola. Pojavljuju se različite vrste porodice, zasnovane na različitim oblicima zajedništva dvaju lica (Draškić, 2005: 51-53). Kada je reč o zajedništvu dvaju lica različitog pola, najzastupljeniji „konkurent“ braku jeste vanbračna zajednica. U pravima mnogih zemalja, vanbračna zajednica je pravno izjednačena sa brakom.² Međutim, brak, kao zakonom uređena zajednica muškarca i žene, i dalje ostaje dominantna pravno relevantna činjenica u sferi zakonskog nasleđivanja.

Pravni značaj braka prošao je kroz niz kvalitativnih promena u isto-rijskom razvoju, prateći razvoj i promene porodice i promene u pogledu (ne)ravnopravnosti žene i muškarca. Činjenica koja je dominantno prisutna u svim pravnoistorijskim napisima jeste izrazita obespravljenost žene. Ona, gotovo kroz ceo stari i srednji vek, nema nikakva ili ima minimalna prava u odnosu na muževljevu zaostavštinu. Prividan reciprocitet je postojao utoliko što ni muž nije imao nikakva nasledna prava u odnosu na ženinu zaostavštinu, s obzirom da žena, zbog materijalne zavisnosti od muškaraca, bilo oca, bilo muža, zaostavštinu nije ni mogla imati (Marković, 1978: 98-99; Blagojević, 1983: 87; Đorđević, 1988:13; Stojanović, 2011: 85-86). U patrijarhalnom porodičnom miljeu, žena je imala tačno određenu ulogu. „Unutar tradicionalnog, patrijarhalnog obrasca, žena je vrednovana kao radna i reproduktivna snaga, podređena ocu, mužu, svekru, ali i drugim muškim članovima porodice. Ona je imala posebnu simboličnu vrednost za muškarca. Bila je njegova svojina i njegov obraz, i kao takva bila je najčešće žrtva fizičkog i seksualnog nasilja“ (Popović, Timotijević, Ristović, 2011: 294). Više objekt očevih ili muževljevih prava, nego subjekt, ona je, pre svega, predstavljala „instrument“ produženja loze, rađanjem i podizanjem muških potomaka.

U novom veku, sa promenama u ekonomskoj sferi, nastaju promene u načinu života i shvatanju značaja bračne veze i porodice. Dolazi do razbijanja velikih porodičnih zajednica (kao što su porodične zadruge) i koncentrisanja

² Vanbračna zajednica heteroseksualnih i istopolnih partnera danas predstavlja pravno relevantnu činjenicu za zakonsko nasleđivanje u pravima većeg broja zemalja. Tako je zajednica lica istog pola relevantna za nasledno pravo u pravima Nemačke, Švajcarske, Danske, Švedske, Finske, Engleske, Mađarske i Češke. Heteroseksualnoj vanbračnoj zajednici priznat je naslednopravni značaj u Hrvatskoj i Crnoj Gori, dok su prava Holandije, Belgije i Slovenije dala naslednopravni značaj i istopolnim i heteroseksualnim vanbračnim zajednicama.

porodičnog života na nuklearnu porodicu, tako da bračna veza dobija značajniju ulogu u životu pojedinca (Marković, 1978: 88-89; Draškić, 2005: 51-53). Sve to dovodi i do poboljšanja naslednopravnog položaja supružnika. U najvećem broju prava evropsko-kontinentalnog tipa, činjenica braka ima jednak naslednopravni značaj kao i činjenica krvnog, odnosno, adoptivnog srodstva. Supružnici se međusobno nasleđuju u svojinu. Nasleđuju zajedno sa srodnici, nekada ih i isključuju iz nasleđa. Važi pravilo da što je dalji stepen srodstva, povoljniji je naslednopravni položaj supružnika (Vidić, 2010: 408-409).

3. Supružnik kao naslednik prvog i drugog zakonskog naslednog reda

Po Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije, supružnik je naslednik³ prvog naslednog reda, u konkurenciji sa svim potomcima ostavioca.⁴ Kada preminuli ne ostavi iza sebe potomstvo, supružnik prelazi u drugi nasledni red, gde nasleđuje sa ostaviočevim roditeljima i njihovim potomstvom. Ostale srodnike iz prave ushodne linije i pobočne srodnike, osim potomaka ostaviočevih roditelja, nadživeli supružnik isključuje iz nasleđa. Supružnik stiče nasledstvo u svojinu. Supružnik je nužni naslednik.

3.1. Naslednopravni položaj supružnika u prvom zakonskom naslednom redu

Kakav će biti konkretan naslednopravni položaj supružnika u prvom zakonskom naslednom redu, zavisi od toga koliko je potomaka pozvano na nasleđe i koji stepen srodstva je u pitanju (Vidić, 2011: 122-125). Sa decom ostavioca supružnik deli zaostavštinu na jednake delove, dok ostali ostaviočevi potomci nasleđuju po pravu predavljanja.

³ On mora ispuniti sve uslove koji se odnose na naslednike uopšte (da je nadživeo ostavioca, da je sposoban za nasleđivanje, dostojan da nasledi i pozvan na nasleđe) i dodatne uslove koji se tiču braka sa ostaviocem, kao osnova njegovog naslednog prava. On mora biti u pravno važećem braku u vreme delacije, i to ne samo formalnopravno već i efektivno, u smislu da je između njih postojala stvarna bračna životna zajednica.

⁴ Čl. 9. st. 1. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

Na naslednopravni položaj supružnika u prvom naslednom redu, pored broja potomaka i stepena njihovog srodstva sa ostaviocem, od uticaja može biti i činjenica da on nije roditelj ostaviočevoj deci, svoj ili nekoj od dece. U ovakvim slučajevima, nasledni deo supružnika može biti smanjen, u korist ostaviočevih potomaka, pod sledećim uslovima: da među potomcima ima dece kojoj nadživeli supružnik nije roditelj,⁵ da je imovina nadživelog supružnika veća od one koja bi mu pripala podelom zaostavštine na jednake delove, i ako sud, pošto razmotri sve okolnosti, nađe da bi to smanjenje bilo opravdano.⁶

Smanjenje naslednog dela supružnika ide u korist svih prvostepenih potomaka ostavioca, dakle i onih koji su zajednička deca ostavioca i nadživelog supružnika (Stojanović, 1998/99: 139). U teoriji se ukazuje na okolnost da ostala ostaviočeva deca (deca iz braka sa nadživelim supružnikom) imaju samo mogućnost da se koriste ovim institutom, ne i da izdejtstvuju njegovu primenu, bez obzira na svoje imovno stanje, koje u konkretnom slučaju, može biti znatno lošije od imovnog stanja dece kojoj nadživeli supružnik nije roditelj. S druge strane, može se dogoditi da upravo deca iz braka sa ostaviocem budu boljeg imovnog stanja od nadživelog supružnika, i da, nezavisno od te činjenice, budu automatski obuhvaćena povećanjem (Vidić, 2011: 141). Smatramo da bi sud trebalo da, ceneći imovinske prilike svih prvostepenih potomaka, ima diskreciono ovlašćenje da odluči da se nekim prvostepenim potomcima ne poveća nasledni deo, ako bi to predstavljalo nepravdu za nadživelog supružnika, nezavisno od toga što ima uslova za primenu ovog instituta.

Pri odlučivanju o opravdanosti smanjenja ključnu ulogu imaju imovinske i lične prilike potomaka i nadživelog supružnika.⁷ „Preživeli bračni drug, bez

⁵ Ovo pravilo je inspirisano prvenstveno okolnošću, koju život potvrđuje pre kao pravilo, nego što ističe kao izuzetak, da će nadživeli supružnik veću brigu i staranje pružiti svojoj deci iz braka sa ostaviocem, nego ostaviočevoj deci iz prethodnog braka, odnosno vanbračnoj deci ili usvojeniku iz usvojenja zasnovanog pre sklapanja braka. Zbog toga, zakonodavac, kao prvi uslov smanjenja naslednog dela supružnika u prvom naslednom redu, postavlja činjenicu, da među naslednicima postoji barem jedno ostaviočevo dete kome nadživeli supružnik nije roditelj.

⁶ Čl. 9. st. 3. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

⁷ Primenom pravila o smanjenju naslednog dela supružnika u prvom naslednom redu treba uravnotežiti interese i potrebe nadživelog supružnika i ostaviočeve dece kojima nadživeli supružnik nije roditelj. Ova ravnoteža se postiže kroz svestranu ocenu suda svih okolnosti konkretnog slučaja. Zakonodavac je, prepuštajući sudu da ceni opravdanost smanjenja

obzira na to što ima imovinu veću od dela koji bi dobio podelom zaostavštine na jednake delove, može doći u nepovoljan imovinski položaj, ako podelom zaostavštine ostaviočeva deca dobijaju dvostruko veći deo od preživelog bračnog druga. Na primer: preživeli bračni drug ima kuću čija je vrednost veća od dela zaostavštine koji bi dobio podelom na jednake delove, ali je nesposoban za privređivanje i nema druge imovine; nasuprot tome, ostaviočeva deca iz prethodnog braka su sposobna za privređivanje, zaposleni su i imaju imovinu veću od imovine preživelog bračnog druga. Bilo bi neopravdano povećanje naslednog dela ostaviočeve dece, jer bi takvom podelom bili ugroženi interesi preživelog bračnog druga“ (Đorđević, 1988: 56-57). Od velikog uticaja su i uzrast i sposobnost za privređivanje potomaka, kao i godine starosti, zdravstveno stanje i sposobnost za privređivanje nadživelog supružnika, vrednost zaostavštine, trajanje bračne zajednice, lični odnosi ostavioca i potomaka, te potomaka i nadživelog supružnika (Blagojević, 1983:148; Đorđević, 1988: 56; Antić, 2003: 141; Svorcan, 1999: 57; Stojanović, 2011: 121; Vidić, 2011: 137).

U pravnoj teoriji je bilo sporno da li sud po službenoj dužnosti vodi računa o ispunjenosti ovih uslova ili samo na zahtev prvostepenih potomaka ostavioca kojima nadživeli supružnik nije roditelj, s obzirom da u tom pogledu zakon ne daje ni jasno pravilo ni nagoveštaj za tumačenje (Stojanović, 2011: 122-123; Vidić, 2011: 138). Smatramo da sud o primeni ovog instituta odlučuje na zahtev punoletne dece ostavioca, dok, ako su u pitanju maloletnici i punoletna deca kojima je oduzeta poslovna sposobnost, treba da o povećanju njihovih naslednih delova vodi računa po službenoj dužnosti, imajući u vidu dužnost suda da se stara o zaštiti prava i interesa ovih lica (Vidić, 2011: 138-139).

3.2. Naslednopravni položaj supružnika u drugom zakonskom naslednom redu

U drugom naslednom redu nadživeli supružnik deli zaostavštinu sa roditeljima ostavioca i njihovim potomstvom (rođenom braćom i sestrama ostavioca,

stvorio uslove da se spreči da „najveće pravo bude najveća nepravda“ (summum ius summa iniuria).

rođenim bratancima i sestričinama itd.). Supružniku u toj podeli pripada fiksni deo od jedne polovine vrednosti celokupne zaostavštine.⁸

3.2.1. Povećanje naslednog dela supružnika u drugom zakonskom naslednom redu

Zakonodavac, uviđajući životnu realnost i potencijalnu mogućnost da nadživeli supružnik, i pored sticanja polovine vrednosti zaostavštine u svojini, može ostati nedovoljno materijalno obezbeđen,⁹ pre-dviđa mogućnost poboljšanja nasleđopravnog položaja supružnika u drugom zakonskom naslednom redu.

Zakonom o nasleđivanju Republike Srbije predviđeno je da supružnik koji nema nužnih sredstava za život, može zahtevati sticanje doživotnog plodouživanja na celoj ili delu zaostavštine koju su stekli ostali naslednici,¹⁰ ali i da može zahtevati u svojini celokupnu zaostavštinu, ukoliko je njena vrednost tako mala, da bi njenom podelom sa ostalim naslednicima supružnik zapao u oskudicu.¹¹ Zakonodavac je postavio i kriterijume koje sud naročito ceni pri odlučivanju: dužina trajanja zajednice života ostavioca i nadživelog supružnika, imovno stanje i sposobnost za privređivanje supružnika i ostalih naslednika, i vrednost zaostavštine.¹²

Ovo zakonsko rešenje predstavlja kvalitativni napredak u odnosu na rešenje iz Zakona o nasleđivanju SR Srbije iz 1974. godine¹³ po kome je uvećani nasledni deo nadživelim supružniku pripadao u svojini, s obzirom da u većoj meri uvažava potrebu za uravnoteženjem imovinskih interesa svih naslednika (Svorcan, 1999: 63; Vidić, 2011: 148).

Okolnost koju sud naročito ceni, kao ispunjenost prethodnog uslova, jeste nemanje nužnih sredstava za život, na strani nadživelog supružnika. Pri oceni

⁸ Čl. 12. st. 1. i 2. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

⁹ Može se dogoditi, npr. da supružnik nije imao svoje posebne imovine, da nije sposoban za privređivanje i nema izgleda da se ta situacija promeni, a da ono što je dobio izdvajanjem svog doprinosa iz bračne tekovine, kao i ono što mu pripada deobom zaostavštine u drugom naslednom redu, ne bude dovoljno za zadovoljenje minimuma njegovih egzistencijalnih potreba.

¹⁰ Čl. 23. st. 1. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

¹¹ Čl. 23. st. 2. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

¹² Čl. 23. st. 3. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

¹³ Čl. 23. Zakona o nasleđivanju, *Službeni glasnik SRS*, 52/74.

ispunjenosti ovih uslova uzimaju se u obzir vrednosti posebne imovine supružnika, imovine koju je dobio deobom bračne tekovine i vrednost dela zaostavštine koji mu pripada pri njenoj redovnoj podeli. Pored postojećeg imovinskog stanja, sud treba da uzme u obzir i realno ostvarivu mogućnost supružnika da u budućnosti poboljša svoj materijalni položaj (Blagojević, 1983: 157).

Ukoliko nađe da ima mesta povećanju naslednog dela supružnika, sud će doneti odluku o usvajanju njegovog zahteva za povećanje naslednog dela, sticanjem doživotnog plodouživanja na zaostavštini, kojom određuje obim tog prava, kao i to na teret kojih naslednika će biti konstituisano doživotno uživanje. Prilikom ocene imovinskog stanja i sposobnosti za privređivanje nadživelog supružnika i ostalih naslednika drugog naslednog reda, sud može naći da bi povećanje naslednog dela supružnika na teret naslednih delova svih ostalih naslednika, neke od njih teško materijalno pogodilo. Zbog toga, kroz individualizaciju primene pravne norme, sud vodi računa o potrebnoj meri pravičnosti u raspodeli zaostavštine. Tako, sud može odlučiti da se plodouživanje u korist nadživelog supružnika konstituiše na naslednim delovima pojedinih naslednika, dok će nasledni delovi naslednika koji i sami nemaju nužnih sredstava za život ili su nesposobni za privređivanje, ili oboje, biti „pošteđeni“. S druge strane, ako upoređivanjem imovnog stanja i sposobnosti za privređivanje supružnika i ostalih naslednika i ocenom drugih relevantnih okolnosti, sud dođe do zaključka da je to opravdano, narediće konstituisanje plodouživanja u korist nadživelog supružnika na celoj preostaloj polovini zaostavštine.

Ako je vrednost zaostavštine toliko mala, da njenom podelom, čak i pored sticanja povećanog dela na plodouživanje, ne bi mogle biti zadovoljene minimalne egzistencijalne potrebe nadživelog supružnika, sud će mu dosuditi celu zaostavštinu u svojinu. Na taj način, supružnik isključuje iz nasleđa sve naslednike drugog naslednog reda.

O povećanju naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu sud ne vodi računa po službenoj dužnosti, već isključivo na zahtev supružnika. Nadživeli supružnik može postaviti zahtev za povećanje u prekluzivnom roku od godinu dana od smrti ostavioca. Povećani nasledni deo supružnik stiže u trenutku

delacije (Vidić, 2011: 156). Dilema je da li sticanjem plodouživanja na alikvotnom delu zaostavštine, supružnik stiče dvostruku poziciju u odnosu na zaostavštinu, da li se svojstvu univerzalnog sukcesora pridružuje svojstvo singularnog sukcesora. U delu pravne teorije zauzeto je stanovište da sticanje plodouživanja na alikvotnom delu zaostavštine predstavlja singularnu sukcesiju, tako da obim njegove odgovornosti za ostaviočeve dugove ostaje neizmenjen, s obzirom da za iste odgovara samo do vrednosti stečenog u svojinu (Antić, Balinovac, 1996: 190; Đorđević, 1997: 159; Vidić, 2011: 162). Za razrešenje ove dileme se ne možemo obratiti odredbama Zakona o nasleđivanju, a problem dodatno usložnjava okolnost da pravo plodouživanja u srpskom pravu nije ni uređeno. U pravnoj teoriji postoji shvatanje da bi, ne ulazeći u pitanje vrste sukcesije, u ovom slučaju trebalo predvideti odgovornost plodouživaoca za ostaviočeve dugove do granice vrednosti prihoda od plodouživanja, umanjene za sredstva potrebna za obezbeđenje minimuma egzistencijalnih potreba plodouživaoca (Stojanović, 2005: 676-677; Stojanović, Krstić, 2008: 224). Konstituisanjem prava plodouživanja nastaje između vlasnika i plodouživaoca pravni odnos ispunjen mnoštvom prava i obaveza subjekata tog odnosa (Lazić, 2000: 56 i dalje). Jedna od obaveza plodouživaoca jeste snošenje tereta i troškova povodom stvari. Plodouživalac je dužan da snosi sva javna opterećenja stvari od momenta konstituisanja plodouživanja, a privatnopravne terete samo kada su nastali pre konstituisanja plodouživanja. Na terenu naslednog prava, govorimo o specifičnom slučaju konstituisanja plodouživanja u drugom naslednom redu, iz razloga alimentacionog karaktera (nemanje nužnih sredstava za život). Zbog toga se pridružujemo pomenutom zalaganju da se odgovornost plodouživaoca alikvotnog dela zaostavštine u ovom slučaju reguliše tako da on odgovara za ostaviočeve dugove i dugove otvorenog nasleđa do vrednosti prihoda od plodouživanja, umanjene za sredstva potrebna za obezbeđenje minimuma egzistencije.

Pravo plodouživanja se često naziva „malom svojinom“ zbog toga što svom titularu omogućava sveobuhvatnu upotrebu stvari i ubiranje njenih plodova, bez prava zahvatanja u supstancu stvari. S druge strane, titular „gole svojine“ ostaje, dok plodouživanje traje, lišen onih blagodeti koje čoveku daje najpotpunija pravna vlast na stvari. Zakonodavac zbog toga dopušta konverziju

plodouživanja u doživotnu rentu.¹⁴ Zakonom nije predviđena mogućnost da se ovo preinačenje postigne sudskom odlukom, na zahtev naslednika na čiji je teret konstituisano plodouživanje, već se konverzija vrši isključivo sporazumom supružnika i ostalih naslednika. Smatramo da bi predviđanje i te mogućnosti bilo pravično, kada se ima u vidu to da supružnik može, bez opravdanih razloga, odbiti zaključenje predloženog sporazuma o konverziji plodouživanja u doživotnu rentu. Zakonom, takođe, nije predviđena ni obaveza pružanja odgovarajućeg obezbeđenja potraživanja rente od strane dužnika doživotne rente – ostalih naslednika, što u velikoj meri doprinosi nesigurnosti pravnog položaja supružnika.

3.2.2. Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu

Zakonom o nasleđivanju Republike Srbije predviđena je i mogućnost smanjenja naslednog dela nadživelog supružnika na zahtev ostalih naslednika drugog naslednog reda, pod uslovom da nasleđena dobra čine više od polovine posebne imovine ostavioca i da zajednica života ostavioca i nadživelog supružnika nije trajala duže vreme.¹⁵ Nasleđena dobra su sve one stvari i prava koje je ostavilac besteretno pribavio, od svojih srodnika u pravoj i pobočnoj liniji, uključujući i potomke, koji nisu istovremeno i potomci nadživelog supružnika (Antić et al., 1996: 170-171; Đorđević, 1997: 160; Svorcan, 1999: 103; Antić, 2003: 146-147; Đurđević, 2001: 153-155; Vidić, 2011: 168-169). Takođe, smatra se da nasleđenim dobrima treba smatrati još i plodove i druge prihode od nasleđenih dobara i naknade dobijene za nasleđena dobra, po različitim osnovama (Đurđević, 2001: 154). Odnos vrednosti nasleđenih dobara i preostale vrednosti posebne imovine ostavioca i trajanje zajednice života između njega i nadživelog supružnika ujedno su i jedine dve okolnosti koje sud ceni, prilikom odlučivanja o zahtevu za smanjenje naslednog dela supružnika.¹⁶

Ovo pravilo je inspirisano potrebom zaštite bračne tekovine za slučaj sklapanja brakova iz računa, kao i nastojanjem da se dobra starine očuvaju unutar one

¹⁴ Čl. 25. st. 1. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

¹⁵ Čl. 26. st. 1. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

¹⁶ Čl. 26. st. 2. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

loze iz koje su i dospela u ostaviočevu zaostavštinu (Antić et al., 1996: 172-174, Svorcan, 1999: 102).

Naslednici (ili naslednik) koji postavljaju ovaj zahtev¹⁷ moraju dokazati da zajednica života nadživelog supružnika i ostavioca nije trajala duže vreme. Pri tome je sudu prepušteno diskreciono odlučivanje u popunjavanju sadržine ovog pravnog standarda. U teoriji se smatra da se ovo rešenje može nepovoljno odraziti na naslednopravnu poziciju nadživelog supružnika, zbog različitih mogućnosti individualizacije u primeni, i da bi bilo celishodno da se zakonom precizira vremenska granica za ocenu da li je zajednica života trajala kraće (Vidić, 2011: 171). Krivica nadživelog supružnika za prestanak zajednice života supružnika ne postavlja se kao uslov za smanjenje naslednog dela nadživelog supružnika (Vidić, 2011: 170). Prestanak zajednice života krivicom nadživelog supružnika je razlog za gubitak prava nasleđa supružnika, te ovaj zahtev ne bi ni mogao biti postavljen kao uslov za smanjenje. Osim toga, zakonodavac, u čl. 26. ne govori o tome da zajednica života u trenutku smrti ostavioca nije postojala, već samo da ona nije trajala duže vreme. Moguće je da je brak zaključen neki kraći vremenski period pre smrti ostavioca i da je bio praćen zajednicom života koja je bila prekinuta smrću jednog od supružnika. Tu treba imati u vidu i prestanak braka usled smrti nesrećnim slučajem ili smrću prouzrokovanom iznenadnom bolešću. Moguće je da ovakva smrt zadesi i mladog čoveka i da tako „mladi“ brakovi budu „sasečeni“ u samom nastanku. Stoga smatramo da je neophodno pomenutom uslovu dodati i kriterijum odnosa godina starosti supružnika.

Nadživeli supružnik ima pravo da, sve dok se ne reši o zahtevu ostalih naslednika za smanjenje njegovog naslednog dela, izabere, umesto nasleđa u svojinu, doživotno uživanje na polovini zaostavštine.¹⁸ Izjava o izboru

¹⁷ Smanjenje naslednog dela nadživelog supružnika do jedne četvrtine mogu zahtevati naslednici drugog naslednog reda, koji su u konkretnom slučaju pozvani da naslede i koji pripadaju onoj lozi iz koje su nasleđena dobra ušla u ostaviočevu zaostavštinu. Iako ovaj smisao zakonske odredbe nije eksplicitno iskazan, smatra se da je takvo tumačenje jedino u skladu sa suštinom pomenutog pravila, a to je sprečavanje sticanja dobara starine jedne porodice od strane članova druge porodice, odnosno očuvanje dobara starine u porodici iz koje su potekla.

¹⁸ Čl. 28. st. 1. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

doživotnog uživanja se proteže i na novopronađenu imovinu.¹⁹ Po svojoj pravnoj prirodi, ova izjava je jedna vrsta nasledničke izjave, koja u sebi obuhvata izjavu o odricanju od prava nasleđa u svojini i izjavu o prihvatanju dela nasledstva na doživotno uživanje (Antić, 2003: 193). U delu pravne teorije smatra se da izborom doživotnog uživanja supružniku prestaje svojstvo univerzalnog sukcesora i da postaje singularni sukcesor (Antić, 2003: 193). Napred je već bilo reči o postojanju zakonske praznine u pogledu određivanja vrste sukcesije u slučajevima sticanja plodouživanja na alikvotnom delu zaostavštine i odgovornosti plodouživaoca za dugove ostavioca. Dodali bismo samo to, da smatramo da, u ovom slučaju, treba drugačije rešiti problem odgovornosti za ostaviočeve dugove u odnosu na situaciju povećanja naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu. Kako nije u pitanju razlog alimentacione prirode (nemanje nužnih sredstava za život), trebalo bi da plodouživalac odgovara za ostaviočeve dugove u punom obimu, do vrednosti stečenog, bez obzira na to kako je regulisano pitanje vrste sukcesije. Čak i kada bi se prihvatilo rešenje o singularnoj sukcesiji, trebalo bi imati u vidu da se plodouživanje, ne bez razloga, naziva, „malom svojinom“. Supružnik i ostali naslednici se mogu sporazumeti o preinačenju doživotnog uživanja u doživotnu rentu,²⁰ ali ne postoji mogućnost ukidanja plodouživanja, odnosno rente, s obzirom da bi u tom slučaju, za razliku od povećanja naslednog dela supružnika u istom naslednom redu, nadživeli supružnik izgubio svako pravo prema zaostavštini (Antić et al.,1996: 193).

Nasledni deo supružnika može biti smanjen u drugom naslednom redu i na zahtev roditelja ostavioca koji nemaju nužnih sredstava za život, uz primenu istih pravila koja vrede za slučaj kada supružnik koji nema nužnih sredstava za život, zahteva povećanje svog naslednog dela na teret naslednog dela ostaviočevih roditelja.

4. Zaključna razmatranja

Naslednopravni položaj supružnika u savremenom srpskom pravu karakteriše uzajamnost nasleđivanja i potpuna ravnopravnost žene i muškarca,

¹⁹ Čl. 29. st. 3. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

²⁰ Čl. 30. Zakona o nasleđivanju, *Sl. glasnik RS*, 46/95, 101/2003.

nasleđivanje u svojini (uz mogućnost konstituisanja plodouživanja na delu ili celoj zaostavštini u određenim slučajevima) i pozivanje na nasleđe nadživelog supružnika zajedno sa srodnicima ostavioca. Njegov konkretan naslednopravni položaj zavisi od blizine srodstva ostavioca i određenog srodnika. Kada su u pitanju ostaviočevi potomci i roditelji, odnos srodstva i bračne veze je koordinirajući, a kada na nasleđe konkurišu ostali preci i većina pobočnih srodnika, taj odnos je, po pravilu, isključujući, u korist bračne veze. To je pokazatelj u kojoj meri je poboljšan naslednopravni položaj supružnika, u odnosu na primer, na periode kada je supružnik mogao nasleđivati tek posle svih ostaviočevih srodnika, bez obzira na stepen srodstva.

Kada je reč o mogućnosti smanjenja naslednog dela nadživelog supružnika u prvom zakonskom naslednom redu, srpski zakonodavac je učinio dobar potez predvidevši da je konačna odluka na sudu. Smatramo da je na ovaj način moguće sprečiti nepravičnost u primeni pravne norme, što nije slučaj onda kada sudija mora da primeni precizno određeno zakonsko pravilo. Ono što je nedostatak pomenutog rešenja o smanjenju naslednog dela supružnika jeste da to smanjenje ide u korist svih prvostepenih potomaka ostavioca. Smatramo da bi trebalo omogućiti selektivnost u primeni ovih pravila, da sud odlučuje i o tome da li će se povećati nasledni deo svih ili samo nekih potomaka, prema njihovim ličnim i imovinskim prilikama. Takođe, smatramo da sud o primeni ovog instituta treba da odlučuje na zahtev punoletne dece ostavioca, a po službenoj dužnosti, ako su u pitanju maloletnici ili punoletna lica lišena poslovne sposobnosti. Pri uvođenju pravila o promenama veličine naslednih delova u prvom naslednom redu pošlo se od pretpostavke da je nadživeli supružnik dovoljno materijalno obezbeđen, a da između njega i ostaviočeve dece nema prirodne bliskosti, koja, opet u pretpostavci, postoji između roditelja i dece. Pri tome je sudu ostavljena konačna reč u prilagođavanju pravne norme realnom životu. Mi se pitamo, kada već sud ima poslednju reč, zbog čega zakonodavac nije predvideo, na sličan način, i mogućnost povećanja naslednog dela supružnika u prvom naslednom redu. Na drugoj strani, ostala deca ostavioca neopravdano su zanemarena, samo zbog toga što su zajednička deca ostavioca i nadživelog supružnika, iako u konkretnom slučaju mogu imati veću potrebu za povećanjem naslednog dela. Oni se mogu samo koristiti povećanjem. U pravnoj teoriji je već, čini nam se, sasvim opravdano, ukazano

na potrebu da se omogući i nadživlom supružniku i svim potomcima ostavioca, da zahtevaju povećanje svojih naslednih delova, pod određenim uslovima.

Pravilo o povećanju naslednog dela nadživelog supružnika inspirisano je okolnošću, koja često biva u životu, da smrću jednog lica najteže biva pogođen njegov supružnik, naročito ako su u pitanju starija lica, i da pravičnost i zdrav razum zahtevaju da supružnik ima povoljniji naslednopravni položaj u odnosu na krvne srodnike ostavioca daljeg stepena srodstva. Istovremeno, ono omogućava uravnoteženje interesa svih naslednika koji nasleđuju u drugom naslednom redu.

Kada je reč o smanjenju naslednog dela nadživelog supružnika u drugom naslednom redu, smatramo da kriterijum trajanja zajednice života ne bi trebalo da bude presudan pri odlučivanju da li ima mesta smanjenju naslednog dela supružnika. Ovaj kriterijum je postavljen da bi se stalo na put zaključivanju brakova iz računa. Međutim, treba imati u vidu i mogućnost da brak uopšte nije zaključen iz računa, već da je postojala stvarna bračna zajednica, koja je bila prekinuta smrću u nesrećnom slučaju ili smrću prouzrokovanom iznenadnom bolešću. Takav vid prestanka može pogoditi i „mlade“ brakove – brakove između mladih ljudi koji su odlučili da krenu putem stvaranja porodice, koji su „sasečeni“ u samom korenu. Savim je opravdano da se primeni poseban režim za dobra starine, takve stvari koje su sticane generacijama i prenosile se sa kolena na koleno, i taj kriterijum, porekla dobara bi, po nama, bio sasvim dovoljan u ovom slučaju. Ako se već držimo kriterijuma trajanja zajednice života, trebalo bi mu dodati i kriterijum razlike u godinama između nadživelog supružnika i ostavioca. Ako se utvrdi da razlika u godinama nije toliko velika, da bi se pojavila sumnja u zaključenje braka iz računa, trebalo bi utvrditi zdravstveno stanje ostavioca za određeni vremenski period pre smrti, kao i savesnost nadživelog supružnika u pogledu te činjenice.

Kada nadživeli supružnik postane plodouživalac alikvotnog dela zaostavštine, postavlja se pitanje njegove odgovornosti za ostaviočeve dugove. U pravnoj teoriji se predlaže rešenje o odgovornosti za ostaviočeve dugove do vrednosti prihoda od plodouživanja, umanjene za iznos neophodan za obezbeđenje minimuma egzistencijalnih potreba. Smatramo da to rešenje treba primeniti

samo u slučaju povećanja naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu, jer tu figurira razlog alimentacionog karaktera – nemanje nužnih sredstava za život. U slučaju smanjenja naslednog dela supružnika, kada više od polovine vrednosti posebne imovine ostavioca čine dobra starine, smatramo da treba da postoji puna odgovornost plodouživaoca za ostaviočeve dugove.

U oba slučaja sticanja plodouživanja na alikvotnom delu zaostavštine na strani nadživelog supružnika, zakonom je predviđena mogućnost preinačenja prava plodouživanja u doživotnu rentu. Zakonodavac nije predvideo mogućnost konverzije odlukom suda, na zahtev ostalih naslednika, u slučaju kada nadživeli supružnik, bez opravdanih razloga, odbije sporazumnu konverziju. Smatramo da bi predviđanje mogućnosti sudske konverzije, u takvom slučaju, bilo pravično, kao i predviđanje obaveze dužnika rente da pruži odgovarajuće obezbeđenje tog potraživanja.

Literatura

Antić, O. (2003). *Nasledno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Antić, O., Balinovac, Z. (1996). *Komentar Zakona o nasleđivanju*. Beograd: Nomos

Blagojević, B. (1983). *Nasledno pravo u Jugoslaviji*. Beograd: Savremena administracija

Vidić, J. (2010). *Naslednopravne posledice odnosa srodstva, bračne i vanbračne veze*, diss. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Draškić, M. (2005). *Porodično pravo i pravo deteta*. Beograd: Čigoja štampa

Đorđević, V. (1997). *Nasledno pravo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Đorđević, V. (1988). *Nasleđivanje bračnih drugova*. Beograd: Stručna knjiga

Đurđević, D. B. (2001). Smanjenje naslednog dela supružnika u drugom naslednom redu do jedne četvrtine. *Pravni život*. 10. 151-172

Lazić, M. (2000). *Lične službenosti*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Marković, S. (1978). *Nasledno pravo u Jugoslaviji*. Beograd: Savremena administracija

Popović, M., Timotijević, M., Ristović, M. (2011). *Istorija privatnog života u Srba*. Beograd: Clio

Svorcan, S. (1999). *Nasledna prava bračnog i vanbračnog partnera*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Stojanović, N. (2011). *Nasledno pravo*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Stojanović, N., Krstić, N. (2008). Neka zapažanja o zakonskom i nužnom nasleđivanju u Republici Srbiji de lege lata i de lege ferenda. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu: Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*. 215-231

Stojanović, N. (2005). Naslednopravna singularna sukcesija na osnovu zakona. *Pravni život*. 10. 665-682

Stojanović, N. (1998-1999). Krvni srodnici ostavioca kao naslednici prvog zakonskog naslednog reda. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 55-66

Porodični zakon. *Službeni glasnik RS*. Br. 18 (2005), br. 72 (2011)

Zakon o nasleđivanju. *Službeni glasnik RS*. Br. 46 (1995), br. 101 (2003)

Zakon o nasleđivanju. *Službeni glasnik SRS*. Br. 52 (1974)

Milica Vučković, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Hereditary Position of a Spouse in Serbian Legislation

Summary

Under the Serbian Inheritance Act (1995), the surviving spouse is an heir of the first and the second line of succession. The specific hereditary position of a surviving spouse in the first line of succession may be influenced by a fact that he/she is not the biological parent to the children of the deceased (either all the children or some of them). Under certain conditions, the hereditary share of the surviving spouse may be reduced in favour of the decedent's children. The surviving spouse without necessary existential means may file a claim seeking usufruct for life (life interest) on the entire succession estate or on the

part of hereditary property inherited by the other heirs of the second line of succession.

This legal provision is a qualitative development in comparison to the provision contained in the 1974 Inheritance Act of the Socialist Republic of Serbia, which envisaged that the enlarged hereditary share passed into the ownership of the surviving spouse. The provision in the 1995 Inheritance Act takes into account the need for balancing the property interests of all heirs. This Act also allows the conversion of usufruct into life annuity but it does not envisage the possibility of conversion by a court decision.

Moreover, the debtor of life annuity is not obliged to provide appropriate security for the payment of annuity. There is also a possibility of reducing the hereditary share of the surviving spouse upon a request of other heirs of the second line of succession. Instead of acquiring ownership, the surviving spouse may also opt for acquiring a usufruct for life on half of the hereditary estate. The surviving spouse may enjoy this right until the court decides on the other heirs' request on reducing his/her hereditary share. The hereditary share of the surviving spouse falling into the second line of succession may also be limited upon the request of the deceased's parents who do not have the necessary existential means of livelihood.

Keywords: intestate succession, surviving spouse, usufruct for life, life annuity.

Sanda Ćorac,*

Saradnik u nastavi Pravnog fakulteta, Univerzitet u
Kragujevcu

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

UDK: 347.61/.64-053.2:347.921

Rad primljen: 03.03.2014.

Rad prihvaćen: 25.04.2014.

PRAVO DETETA NA IZRAŽAVANJE MIŠLJENJA U SUDSKOM POSTUPKU

Apstrakt: Pravo na participaciju jedna je od najznačajnijih novina koje je uveo Porodični zakon i predstavlja veliki korak ka usvajanju svesti o detetu kao licu koje aktivno učestvuje u ostvarivanju svojih prava. Dete koje je sposobno da formira svoje mišljenje, ima pravo na slobodno izražavanje svog mišljenja u sudskim postupcima koji ga se tiču. Sud je dužan da dozvoli detetu da neposredno izrazi svoje mišljenje i da mišljenju deteta posveti dužnu pažnju.

U radu se navedeno pravo deteta posmatra u okviru parničnog postupka. Iznete su uočene nedorečenosti i dileme koje su vezane za garanciju ovog prava i za njegovu realizaciju. Prikazana je sudska praksa domaćih sudova sa ciljem uvida u kom se obimu i na koji način pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja priznaje i stvarno realizuje.

Ključne reči: Konvencija o pravima deteta, Porodični zakon, pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja, sudski parnični postupak.

1. Uvod

Ključno polazište savremenog prava, po pitanju prava deteta, jeste da je dete autonomni pravni subjekat i samostalni titular ljudskih prava i sloboda, prilagođenih njegovim razvojnim potrebama, čime se obezbeđuje zadovoljavajući stepen slobode ličnosti i samoodređenja deteta (Petrušić, 2013: 163). Svako dete ima pravo na slobodno izražavanje mišljenja i pravo da

* s.corac@jura.kg.ac.rs

se njegovom mišljenju posveti dužna pažnja. Pravo deteta na izražavanje mišljenja deo je jednog opštijeg prava deteta – prava na participaciju, koje u suštini afirmiše dete kao osobu koja je ravnopravna i kompetentna da izražava svoje stavove u svim pitanjima koja se na nju odnose, ali i obavezuje odrasle da dete saslušaju, te da stavovima deteta pridaju dužnu pažnju u skladu sa njegovim godinama i zrelošću (Draškić, 2011: 284).

Imajući u vidu značaj ovog prava, rad ima za cilj da se utvrde karakteristike i specifičnosti primene prava deteta na izražavanje mišljenja u Republici Srbiji. Kako bismo ostvarili navedeni cilj, definisali smo da je predmet rada analiza normativnog okvira prava deteta na izražavanje mišljenja i realizacija navedenog prava u sudskom parničnom postupku.

2. Pravo deteta na izražavanje mišljenja u okviru Konvencije o pravima deteta i u okviru Porodičnog zakona

Konvencija o pravima deteta (u daljem tekstu KPD),¹ vodeći je međunarodni instrumenat u zaštiti dečijih prava. Ovim jedinstvenim međunarodnim ugovorom univerzalno je prihvaćena definicija deteta kao ljudskog bića ispod 18 godina, osim ukoliko se prema nacionalnom zakonu punoletstvo ne stiče ranije. KPD se može okarakterisati kao inovativna, s obzirom da uspostavlja neka nova i izazovna prava, među kojima je i pravo deteta da izrazi svoje mišljenje (Vučković Šahović, 2011: 8). Ovo pravo deo je prava na participaciju i predstavlja jednu od osnovnih vrednosti KPD.

Kategorija participacije je širi pojam, koji, pored prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja, sadrži u sebi i pravo na obaveštavanje radi formiranja mišljenja i pravo deteta da njegovo mišljenje bude uzeto u obzir. Pravo na participaciju uzdignuto je na nivo osnovnog principa KPD koje treba da bude primenjeno prilikom tumačenja i primene svih drugih prava.² Participacija

¹ *Convention on the Rights of the Child* usvojena je 20.11.1989., a stupila na snagu 02.09.1990. godine. Srbija je Konvenciju ratifikovala Zakonom o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 15/90.

² Osnovna prava, propisana KPD, poznata kao „prava četiri P“, obzirom na početno slovo ovih prava na engleskom jeziku: *participation* – učešće dece u odlukama koje utiču na njihovu sudbinu; *protection* – zaštita dece od diskriminacije i svih oblika zapostavljanja i

podrazumeva potrebnu razmenu informacija i dijalog između dece i odraslih koji je zasnovan na uzajamnom poštovanju i zahteva potpuno razmatranje iskazanih dečijih stavova (Lansdown, 2011). Ipak, participaciju ne treba shvatiti kao neograničenu detetovu slobodu, već samo polazište za aktivno uključivanje dece u ostvarivanju garantovanih prava.

Pravo deteta na izražavanje mišljenja propisano je u čl. 12 KPD. Države potpisnice KPD dužne su da obezbede detetu, koje je sposobno da formira sopstveno mišljenje, pravo slobodnog izražavanja tog mišljenja o svim pitanjima koja se tiču deteta, s tim što mišljenju deteta treba posvetiti dužnu pažnju u skladu sa godinama života i zrelošću deteta. U tu svrhu, detetu se posebno daje prilika da bude saslušano u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se odnose na njega, bilo neposredno ili preko zastupnika ili odgovarajućeg organa, na način koji je u skladu sa proceduralnim pravilima nacionalnog zakona.

Uvažavanje prava na mišljenje deteta nije više stvar ničije dobre volje, već odredba međunarodnog prava koja je inspirisala i našeg zakonodavca (Ponjavić, 2014: 267). U Srbiji je navedeno pravo deteta normirano Porodičnim zakonom, koji je regulativom izdvojio samo izvestan broj prava iz KPD, a ovakav pristup opravdan je mogućnošću direktne primene iste, kao i time da su brojna dečija prava predmet regulative drugih posebnih domaćih propisa (Palačković, 2006: 23).

Porodični zakon propisuje da dete koje je sposobno da formira svoje mišljenje ima pravo slobodnog izražavanja tog mišljenja i da ovo pravo može da koristi u postupku u kome se odlučuje o njegovim pravima.³

3. Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u sudskom postupku

Prava deteta u postupku za pružanje pravne zaštite pred sudom štite se direktno ili indirektno, što je posledica same prirode porodičnog pravnog odnosa u pitanju i okolnosti da se radi o detetu kao specifičnom subjektu tog značajnog društvenog i pravnog odnosa (Stanković, 2012: 31). Naime, postoji

eksploatacije; *prevention* – prevencija od štete nanete deci; *provision* – obezbeđenje pomoći za njihove osnovne potrebe (Van Bueren, 1998: 15).

³ Čl. 65. Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/05.

razlika u procesnom položaju deteta u zavisnosti od toga da je ono stranka u postupku ili nije.

U prvom slučaju, dete može biti tužilac ili tuženi u svim postupcima u kojima je aktivno ili pasivno legitimisano da bude stranka u sporu i ima sva prava i obaveze koje idu uz tu procesnu ulogu (Stanković, 2012: 31). U takvom sudskom postupku, pre donošenja bilo kakve odluke, treba da bude obezbeđeno njegovo odgovarajuće učešće, primereno uzrastu i razvojnim sposobnostima deteta. Učešće, između ostalog, podrazumeva mogućnost da iznese svoje mišljenje i da to mišljenje bude saslušano, a u cilju zaštite njegovih prava i interesa i ostvarivanja dobrobiti za dete.

U drugom slučaju, u nekim konfliktnim situacijama, dete nema položaj stranke u parnici, iako se direktno ili indirektno radi o ostvarivanju i zaštiti njegovih prava u sudskom postupku.⁴ Specifičan je tada procesni položaj deteta i oslabljena je njegova pozicija u postupku sudske zaštite, s obzirom da dete nema mogućnost da utiče na tok postupka. Ipak, mišljenja smo da zakon detetu priznaje pravo na participaciju i u situaciji kada nema položaj stranke u postupku. Upravo je to smisao čl. 65. st. 3. Porodičnog zakona koji propisuje da se mišljenju deteta mora posvetiti dužna pažnja u svim postupcima koji ga se tiču, u kojima se odlučuje o njegovim pravima, u skladu sa godinama života i zrelošću deteta. Da li će se ovim pravom koristiti ili ne, zavisi isključivo od volje deteta, a sud je dužan da mu vršenje ovog prava omogući, ukoliko je u njegovom najboljem interesu (Delibašić, 2006: 28).⁵

Detetu koje je sposobno da formira mišljenje obezbeđeno je pravo da ga u sudskom postupku izrazi, s tim što se mišljenje čeni u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta.

⁴ U ovakvoj situaciji, u parnici koja je zasnovana na dvostranačkoj konstrukciji, procesna pozicija deteta je „zamagljena“ jer je dete samo „pritajena“, „prikrivena“ stranka (Petrušić, 2007: 5). Dakle, dete je u mnogim postupcima svedeno na „objekt“ postupanja iako sud odlučuje upravo o njegovim pravima (Stanković, 1997: 113).

⁵ *Iz obrazloženja:* Iz pribavljenog izveštaja Centra za socijalni rad ne može se zaključiti da je sa decom obavljen razgovor u cilju omogućavanja da izraze svoje mišljenje sa kojim roditeljem bi želeli da žive, već se u tom izveštaju govori o pozitivnoj motivaciji oba roditelja da se staraju o deci. Vrhovni sud je ukinuo nižestepene presude i predmet vratio na ponovni postupak. Sud ne sme da se pre svega rukovodi pozitivnom motivacijom roditelja da se staraju o deci, već je dužan da utvrdi i pribavi mišljenje deteta koje je u mogućnosti da mišljenje da, pa da u skladu sa njegovim najboljim interesom, donese odgovarajuću odluku. (*Rešenje Vrhovnog suda Srbije u Beogradu, Rev. 2393/07 od 12.09.2007. godine.*)

Zakonom propisani uzrast od 10 godina uslov je za neposredno izražavanje mišljenja u sudskom postupku.⁶ Sud ima sistemsku obavezu da dete sasluša ako ima više od deset godina (Ponjavić, 2012: 42). Pojavljivanje deteta pred sudom može biti na njegov/njen zahtev ili po nalogu suda. Zahtev deteta može biti usmen ili pismen, odnosno nije vezan za neku posebnu formu, a može biti podnet u bilo kojoj fazi postupka i u tom slučaju dete nije stranka u postupku, niti njegovo pojavljivanje može biti uzeto kao svedočenje ili iskaz veštaka (Ponjavić, 2014: 268). Tako je njegova pozicija u tom slučaju originalna, stvorena u zakonu samo za njega (Ponjavić, 2014: 268). Ukoliko dete nije neposredno izrazilo mišljenje, zakon propisuje mogućnost da to učini posredstvom drugih lica. To su pre svega roditelji koji tradicionalno zastupaju dečije interese, ali i kolizijski staratelj i privremeni zastupnik kada su postavljeni detetu.

Konvencija pravo na slobodno izražavanje mišljenja ne limitira uzrastom deteta, već sposobnošću deteta da formira mišljenje, koja zavisi od njegovih individualnih razvojnih sposobnosti, dok su odredbe Porodičnog zakona u neskladu sa konvencijskim principima u tom pogledu (Petrušić, 2006: 111). Porodičnim zakonom propisana je donja starosna granica od 10 godina, da dete svoje pravo na izražavanje mišljenja može da koristi u postupku u kome se odlučuje o njegovim pravima. Zakonska je pretpostavka da dete koje je navršilo 10. godinu života ima odgovarajuću zrelost da može da formira i iznese svoje mišljenje. Postavlja se pitanje da li je opravdano da prilikom utvrđivanja mišljenja deteta sud bude isključiv i da prizna pravo samo detetu koje je navršilo 10 godina. Starost sama po sebi ne pokazuje nivo dečijeg razumevanja, jer i vrlo mala deca mogu da pokažu visok nivo zrelosti (Lansdown, 2011).⁷

⁶ Osim instrukcija, zakonodavac je propustio da propiše upućujuća pravila u pogledu tehnika koje sud ili organ uprave treba da primeni prilikom utvrđivanja mišljenja deteta i to onda kada dete neposredno izražava mišljenje pred tim organima. Nedorečenost zakonodavca u pogledu preciziranja tehnika kojima sud ili organ uprave u tom slučaju treba da se rukovodi ukazuje na složenost stvarnog funkcionisanja, odnosno ostvarivanja prava deteta na mišljenje u praksi, prevashodno zbog potrebe posebne obazrivosti prema eventualnim štetnim posledicama na psihološko zdravlje deteta (Jović, 2008: 73).

⁷ Naime, već veoma mlado životno doba, praktično ono u kome se mogu iskazati želje i potrebe od strane deteta, pravo prihvata kao relevantno i upućuje sud ili drugi nadležni

Sudovi imaju, s obzirom na pravo participacije, višestruku ulogu. Bez obzira na uzrast deteta, starije ili mlađe od 10 godina, najpre se procenjuje da li je dete sposobno da formira mišljenje, a zatim i da takvo mišljenje izrazi. Smatramo da i kada je dete mlađe od uzrasta propisanog zakonom, za sud participacija deteta nije izbor, već obaveza.⁸ Sa druge strane, u situacijama kada je reč o detetu koje je dostiglo uzrast koji je propisan zakonom, dakle, navršenih 10 godina života, pretpostavlja se da je dostiglo tu neophodnu zrelost i da je u skladu sa tim sposobno da mišljenje formira i izrazi. Ipak, u pitanju je pretpostavka, pa kao što dete mlađe od 10 *može* da formira i izrazi mišljenje, ono koje je starije od 10 godina *ne mora* nužno da ima tu sposobnost. Iz tog razloga, sud će, pre nego što utvrdi mišljenje deteta, po službenoj dužnosti, na pouzdan način, da ispita sposobnost deteta da formira svoje mišljenje.⁹

Dete koje je navršilo 10. godinu života može samo, odnosno, preko drugog lica ili ustanove da se obrati sudu i zatraži pomoć u ostvarivanju prava na slobodno

organ koji odlučuje o pravima deteta da utvrdi i njegovo mišljenje. Stoga je praktično najteže odrediti uzrast za sticanje ove sposobnosti (Palačković, 2002: 706).

⁸ Ovakav stav potvrđuje i sudska praksa. *Iz obrazloženja*: Osnovano se revizijom ukazuje na propuste suda u vezi sa donošenjem odluke o saslušanju deteta. U ovoj pravnoj stvari Centar za socijalni rad se izričito izjasnio da maloletno dete stranaka može da se uključi u sudski postupak i da ne postoji opasnost od poremećaja njegove emocionalne i intelektualne ravnoteže. Stoga se razlozi nižestepenih odluka za odbijanje pribavljanja mišljenja deteta stranaka samo zbog starosti – jer je mlađe od deset godina, ne mogu prihvatiti. Istovremeno, nedostaje obrazloženje suda u vezi sa izraženim mišljenjem deteta datog pred Centrom za socijalni rad (*Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 123/07 od 19.04.2007. godine*). Komentar: Propust nižestepenih sudova da utvrde mišljenje deteta nije naišao na odobrenje suda najviše instance. Vrhovni kasacioni sud smatra da se osnovano revizijom ukazuje na propuste suda u vezi sa donošenjem odluke o saslušanju deteta. Iako je dete dalo mišljenje pred nadležnim Centrom za socijalni rad, iako se Centar za socijalni rad izjasnio da maloletno dete stranaka može da se uključi u sudski postupak, nižestepeni sudovi nisu postupili u skladu sa zakonom i uzeli u obzir mišljenje deteta, zato što je mlađe od 10 godina. Ovakav stav nižestepenih sudova nema utemeljenje u Porodičnom zakonu.

⁹ *Iz obrazloženja*: Kako maloletni M. ima više od 10 godina, prvostepeni sud će u smislu člana 65. Porodičnog zakona saznati i mišljenje tog deteta vezano za odluku o njegovim pravima. I tu se ukazuje prvostepenom sudu da sud mišljenje deteta respektuje tek ukoliko prethodno utvrdi da je dete sposobno da formira svoje mišljenje, što je bez konsultacije sa organom starateljstva ili specijalizovanom ustanovom ili odgovarajućim stručnjakom nemoguće ispitati, a mišljenje se utvrđuje na način i na mestu, odnosno u uslovima, koji su u skladu sa životnom dobi i zrelošću deteta (*Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž.2. 14/2006 od 6.9.2006. godine*).

izražavanje mišljenja.¹⁰ Međutim, to je još jedan problem koji se u praksi pojavljuje, jer se postavlja pitanje koje je to lice ili ustanova kome se dete može obratiti za pomoć i zaštitu u ovom slučaju. Sa druge strane, nije sporno samo lice ili ustanova kome se dete obraća, već i način na koji se obraća. U pravnoj teoriji je iznet stav da je nejasna odredba Porodičnog zakona koja propisuje da dete zahtev za pomoć u ostvarivanju prava na slobodno izražavanje mišljenja upućuje sudu ili organu uprave, jer otvara pitanje načina na koji se dete obraća, odnosno navodi se, da ukoliko se radi o tužbi, trebalo je to izričito i navesti (Ponjavić, 2011: 236).

Mišljenje deteta sud utvrđuje u saradnji sa školskim psihologom, odnosno organom starateljstva, porodičnim savetovalištem ili drugom ustanovom specijalizovanom za posredovanje u porodičnim odnosima, a u prisustvu lica koje dete samo izabere. Postavlja se pitanje kako će, na čiji predlog i uz čiju pomoć dete izabrati lice koje će mu pružiti pomoć i podršku u postupku u kome treba da formira i iznese svoje mišljenje (Petrušić, 2006: 115).

3.1. Pravo deteta na izražavanje mišljenja u vezi sa zastupanjem u sudskom postupku

Kada je mišljenje deteta povodom određenog pitanja slično mišljenju odrasle osobe koja se o njemu stara, onda problem uglavnom ne postoji, ali je svakako drugačija situacija u kojoj se mišljenje deteta razlikuje od mišljenja te osobe (Vučković-Šahović, 2000: 108). Porodični zakon predviđa odredbu za situaciju da dete i roditelj (staratelj), kao njegov zakonski zastupnik, imaju suprotne interese. U slučaju postojanja konfliktnih interesa, dete zastupa kolizijski staratelj. Postavljanje kolizijskog staratelja dete može zatražiti od organa starateljstva, ukoliko je navršilo 10. godinu života i sposobno je za rasuđivanje i to samo, odnosno, preko nekog drugog lica ili ustanove. Takođe, dete u ovom uzrastu može samo, odnosno preko drugog lica ili ustanove, zatražiti od suda da mu postavi privremenog zastupnika, zbog postojanja suprotnih interesa između njega i njegovog zakonskog zastupnika.

U postupku zastupanja deteta, i kolizijski staratelj i privremeni zastupnik imaju dužnosti prema detetu, koje su obavezni da poštuju. Dužnosti kolizijskog

¹⁰ Čl. 65. st. 5. Porodičnog zakona.

staratelja, odnosno privremenog zastupnika propisane u čl. 267. Porodičnog zakona limitirane su potrebnom poštovanja najboljeg interesa deteta.¹¹

Ako kolizijski staratelj ili privremeni zastupnik utvrdi da u sporu za zaštitu prava deteta on zastupa dete koje je sposobno da formira svoje sopstveno mišljenje, onda ima obavezu da pomogne detetu u formiranju mišljenja. Pomoć se, pre svega, odnosi na dužnost da se stara da dete blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna, da detetu pruži objašnjenja koja se tiču mogućih posledica akata koje preduzima, kao i da sudu prenese mišljenje deteta, ako dete nije neposredno izrazilo mišljenje pred sudom, a sve uz uslov da nije u suprotnosti sa najboljim interesom deteta.

Drugim rečima, osnovni preduslov da dete formira mišljenje je informisanost i upoznavanje sa mogućim posledicama iskazanog mišljenja. Da bi dete sa uspehom moglo da ostvari ovo pravo, neophodno je da ima slobodu da traži, prima i daje informacije i ideje svih vrsta i bez ikakvog ograničavanja (Draškić, 2011: 285). Dete ima pravo na informisanje o svim aspektima pravnog problema sa kojim se suočava i na utvrđivanje njegove prave želje i mišljenja o toj pravnoj stvari. Sa druge strane, priznato mu je pravo da slobodno izražava svoje mišljenje, što znači da dete ne bi smelo da trpi nikakav pritisak ili uticaj koji bi mogao da ga spreči ili možda natera da iznosi mišljenje protiv svoje volje (Draškić, 2011: 285). Ipak, dete je po prirodi stvari podložno uticaju, ali ovakva njegova priroda je, takođe, jedan od glavnih razloga da se detetu pruži posebna zaštita (Ponjavić, 2012: 36).

3.2. Pravo deteta na izražavanje mišljenja u kontekstu njegovog/njenog najboljeg interesa

U svim slučajevima koji se tiču dece, prilikom donošenja i sprovođenja odluka vezanih za dete, najvažniji princip je „najbolji interes deteta“ (*best interest of the child*), odnosno dobrobit deteta (*welfare of the child*). Ovaj princip, sadržan

¹¹ Isto je propisano i za dužnost suda. Sud je u obavezi da se stara da dete blagovremeno dobije sva obaveštenja koja su mu potrebna, da dozvoli detetu da neposredno izrazi svoje mišljenje i da mišljenju deteta posveti dužnu pažnju u skladu sa godinama i zrelošću deteta, da mišljenje deteta utvrdi na način i na mestu koje je u skladu sa njegovim godinama i zrelošću, osim ako bi to očigledno bilo u suprotnosti sa najboljim interesom deteta (čl. 266. st. 3).

u čl. 3. st. 1. KPD, odavno je prihvaćen u pravima mnogih država. On nema univerzalno prihvatljiv sadržaj i varira od jedne do druge zemlje. Ipak, može se odrediti kao standard najmanje štetne alternative, koji stoji na raspolaganju (Kovaček Stanić, 1994: 52).

Izražavanje mišljenja deteta prilika je da se dete čuje pre nego što odrasli donesu konačnu odluku, ceneći njegov najbolji interes u skladu sa njegovim uzrastom i zrelošću (Ponjavić, 2012: 37). Međutim, zakonodavac nije predvideo čime će se sud ili zastupnici deteta u postupku rukovoditi prilikom procene najboljeg interesa deteta. Nisu predviđeni ni instrumenti kojima će dete da se zaštiti, u slučaju da oni donesu pogrešan zaključak da je dete nesposobno da formira mišljenje.¹²

¹² *Iz obrazloženja:* Iako su materijalne mogućnosti tuženog kao oca trenutno bolje, ovaj sud nalazi da je prvostepeni sud pravilno našao da je u najboljem interesu dece da samostalno vršenje roditeljskog prava nad njima trenutno obavlja majka, imajući u vidu da su deca u uzrastu srednje dečije dobi, da od rođenja majka najviše o njima vodi brigu, da su oba roditelja kompetentna, ali da je majka racionalnija u uviđanju i zadovoljavanju svih potreba dece, dok otac jeste emotivno vezan za njih, ali je u svom odnosu prema deci, odnosno u uviđanju i zadovoljavanju njihovih potreba manje racionalan, te imajući u vidu i izjavljenu volju dece, koja su relativno mala da bi mogla da formiraju svoje mišljenje kome bi sud morao da pokloni pažnju i ovaj sud nalazi da je trenutno u najboljem interesu maloletne dece parničnih stranaka da roditeljsko prava nad njima samostalno vrši majka, bez obzira na materijalne uslove, koji se moraju ceniti, ali ne mogu biti od odlučujućeg faktora. Najbolji interes maloletne dece, prilikom donošenja odluke u postupku koji se vodi radi zaštite njihovih prava, ne mora se uvek nužno poklapati sa njihovom voljom, ukoliko se, svakako, radi o deci koja su sposobna da formiraju svoje mišljenje, pa u tom smislu, pored činjenice što deca parničnih stranaka u konkretnom slučaju, po oceni ovog suda, nisu u uzrastu kada mogu da formiraju svoje mišljenje, iako su pred Centrom za socijalni rad izjavila da je njihova volja da žive sa ocem, u konkretnom slučaju takva njihova volja se ne poklapa sa njihovim najboljim interesom, te je pravilno prvostepeni sud doneo odluku da će samostalno vršenje roditeljskog prava nad maloletnom decom parničnih stranaka vršiti majka (*Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 476/12 od 24.07.2012. godine*).

Komentar: U ovoj odluci, nižestepeni sud je pogrešno ocenio da su deca mala da bi mogla da formiraju svoje mišljenje, iako se radi o deci školskog uzrasta. Isti stav je zauzeo i sud više instance. Smatramo da je iznet stav apelacionog suda po ovom pitanju kontradiktoran. Sa jedne strane, najpre ocenjuje da deca *nisu u uzrastu kada mogu da formiraju svoje mišljenje*, a zatim i pored takve svoje ocene ističe da izjavljeno mišljenje nije u skladu sa dečijim najboljim interesom. Dalje, u ovoj odluci se navodi da su „deca pred Centrom za socijalni rad bila isključivo stidljiva i sa njima je teško uspostavljena komunikacija. Na pitanje sa kim bi volela da žive izjavili su da je to otac, prvenstveno zbog babe i dede i stare škole, ali na pitanje koga više vole od roditelja, izjavili su da vole oboje“. Ovakav pristup i direktna pitanja upućena deci smatramo potencijalno negativnim. Ova i slična pitanja

Postavlja se pitanje, kako se ceni mišljenje deteta u sudskim postupcima i da li se *a priori* uzimaju dečije želje prilikom donošenja ovako važnih odluka. Sud je u obavezi da uzme u obzir izraženo mišljenje deteta. Takođe, u obavezi je da mišljenje pažljivo vrednuje u postupku i posveti mu dužnu pažnju imajući u vidu godine i zrelost deteta. Pravo na izražavanje mišljenja ne treba shvatiti ako apsolutno pravo, u smislu da će dete uvek i sa istim intenzitetom iznositi mišljenje i da će to mišljenje biti uvek uvaženo (Novaković, 2012: 197). Navedeno pravo Konvencijom nije propisano kao neograničeno, već je prepušteno nacionalnim zakonodavstvima da predvide ta ograničenja, a jedno od takvih je i životna dob i zrelost deteta, odnosno, njegova sposobnost za rasuđivanje. Primera radi, naše zakonodavstvo određuje granicu životnog doba od 10 godina, koja je, kako se ističe u pravnoj teoriji, dosta nisko postavljena. Međutim, činjenica da će dete i njegovo mišljenje biti saslušano, ne znači i da će automatski biti prihvaćeno ili odlučujuće prilikom donošenja odluke. Zadatak suda je dovođenje stava deteta u interakciju sa svim drugim faktorima utvrđivanja najboljeg interesa (Palačković, 2013: 272). Otkrivanje i ostvarenje najboljeg interesa deteta krajnji je cilj ukupnih aktivnosti, pa i aktivnosti suda, što uslovljava stav o izvesnoj podređenosti svih delatnosti pojedinaca i organa ovom principu (Palačković, 2006: 539). Tako, sud neće prihvatiti formirano mišljenje deteta, ako to nije u njegovom najboljem interesu, pa će se ovim principom rukovoditi tokom celog sudskog postupka i u donošenju odluke.¹³

Takođe, sud nema procesnu dužnost da obrazlože na osnovu kojih činjenica je zaključio da slobodno izraženo mišljenje deteta nije u skladu sa njegovim

(prilikom opservacije dece za potrebe postupka) ne treba postavljati jer mogu da dovedu do konflikta lojalnosti, stavljanja deteta u poziciju da se opredeli za jednog od roditelja i izazivanja krivice kod dece.

¹³ Videti presudu *Vrhovnog suda Srbije, Rev. 930/09 od 16.04.2009. godine*, u kom slučaju sud nije prihvatio mišljenje deteta uzrasta od 9 godina, koje je izjavilo želju da oca ne vidi, smatrajući da to nije u njegovom najboljem interesu. Videti i presudu *Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1368/08 od 28.05.2008. godine*, gde je utvrđeno da detetove želje nisu u skladu sa njegovim potrebama, niti je to u njegovom najboljem interesu. U tom smislu je i presuda *Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 317/11 od 24.05.2011. godine*. Za drugačiji stav suda, videti presudu *Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1048/08 od 23.04.2008. godine*, gde je sud zaključio da se maloletno dete nalazi u uzrastu kada je važna uloga oca kao uzora za identifikaciju, pa kako su oba roditelja sposobna da obavljaju roditeljsku funkciju, mišljenje deteta i njegova izražena volja da bude sa ocem jeste u njegovom najboljem interesu, zbog čega je tužbeni zahtev majke odbijen.

najboljim interesom. Možda je u tekst Porodičnog zakona trebalo uneti pravilo kojim bi sudu bilo izričito naloženo da u obrazloženju konačne odluke navede razloge zbog kojih mišljenje deteta nije uvaženo, jer bi se takvim pravilom obezbedila procesna garancija da mišljenje deteta dobije adekvatan tretman i značaj u postupku, tj. da bude brižljivo razmotreno i vrednovano i ostvari odgovarajući uticaj na sadržinu same sudske odluke (Petrušić, 2006: 115).

Dužnost da iznesu okolnosti koje su imali u vidu prilikom zauzimanja stava da izraženo mišljenja deteta nije u njegovom najboljem interesu, nemaju ni kolizijski staratelj, ni privremeni zastupnik. Dete, pri tom, ne raspolaže nijednim procesnim sredstvom koje može upotrebiti protiv ovakve diskrecione odluke koja ne podleže nikakvoj kontroli (Petrušić, 2006: 113).

4. Domen primene prava deteta na izražavanje mišljenja u sudskom postupku

Oblast primene prava deteta na izražavanje mišljenja prilično je fluidna (Ponjavić, 2014: 267). Navedeno pravo odnosi se i treba da bude primenjeno na sva pitanja koja su od interesa ili važnosti za dete, odnosno na pitanja koja na neki način mogu da utiču na njegov/njen život. Primeri učešća u postupcima pred sudom su različiti. Tako, u postupku za razvod braka, dete može da izrazi svoj stav u vezi sa donošenjem odluke o vršenju roditeljskog prava. U ovim slučajevima ostvarivanje prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja predstavlja u stvari izjavljenu želju deteta sa kojim roditeljem želi da živi. Participacija deteta ne znači da se ono direktno pita o tome, već se postavljaju pitanja koja su dovoljno dobri indikatori za ono što se želi utvrditi, posmatraju se i procenjuju odnosi između roditelja i dece, istražuje se koji roditelj ima ulogu primarnog roditelja, najbolji interes dece i sl.¹⁴

¹⁴ *Iz obrazloženja:* Prema nalazu i mišljenju stručne službe za posredovanje u porodičnim odnosima, Gradskog centra za socijalni rad, Odeljenje __, koje je dato po obavljenom intervjuu sa supružnicima, mal. decom i pribavljenom mišljenju pedagoga osnovne škole koju pohađa mal. kći stranaka u najboljem interesu mal. dece je da se povere ocu. Otac je izuzetno privržen deci, a vreme je pokazalo da je njegova motivacija za brigom o deci suštinske prirode i da se ispoljava kroz neposrednu brigu i angažovanje. U postupku pred stručnom službom za posredovanje u porodičnim odnosima oba deteta su se izjasnila da im otac pruža veći osećaj sigurnosti i da će ukoliko ostanu da žive sa njim zadržati isti kvalitet života što je bitno za njihovu stabilnost i dalji razvoj. Deca su emocionalno vezana za oba

Analogno tome, slično se rezonuje o pravu deteta da slobodno izrazi mišljenje i u postupku izmene odluke o vršenju roditeljskog prava.¹⁵ Pri tom, mišljenje deteta o tome kojem roditelju želi da bude povereno na staranje mora se uzeti u obzir, ali nije jedina činjenica od značaja za donošenje odluke o poveravanju maloletnog deteta jednom od roditelja.¹⁶ Takođe, pravni položaj roditelja imaju i usvojitelji, što znači da imaju sva prava i dužnosti iz sadržine roditeljskih prava. Sa druge strane, mogu biti ograničeni u vršenju roditeljskih prava ili pak lišeni roditeljskih prava prema usvojeniku, pod uslovima i na način propisan Porodičnim zakonom. Shodno tome, s obzirom da ovakva odluka tangira i dete, neophodno je i u tim postupcima saslušati mišljenje deteta.¹⁷

Deca i roditelji (uključujući svakako i vanbračnu i usvojenu decu) imaju pravo da održavaju lične odnose. U postupku koji se vodi o pravu deteta na održavanje ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi, mišljenje deteta i njegov stav o tom pitanju su izuzetno značajni.¹⁸ Održavanje ličnih odnosa

roditelja, ali i međusobno i upućena su jedno na drugo. Kod dece je izražena želja da nastave da žive zajedno. Prema mišljenju stručne službe otac ima jasno definisanu buduću organizaciju realizacije života dece, za razliku od majke koja ne manifestuje za decu očekivanu angažovanost, što decu upravo više i upućuje na oca (*Presuda Apelecionog suda u Beogradu, Gž2 562/10 od 08.09.2010. godine*). Videti i presudu *Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 348/12 od 04.06.2012. godine*.

¹⁵ *Iz obrazloženja*: Prema utvrđenom činjeničnom stanju, između roditelja postoji otvoreno neprijateljstvo i izrazito konfliktan odnos koji je nepovoljan za razvoj dece. Deca su dobri đaci, aktivni u školi i vannastavnim aktivnostima. Maloletni sin je više puta testiran i iskazao jasnu želju da želi da živi sa ocem. Prema predlogu Centra za socijalni rad, stekli su se uslovi za izmenu odluke o vršenju roditeljskog prava, tako da otac vrši roditeljsko pravo prema maloletnom sinu, a majka prema maloletnoj ćerki samostalno. Prema odluci prvostepenog suda, stekli su se uslovi iz čl. 77. st. 5. Porodičnog zakona, da tužilac samostalno vrši roditeljsko pravo prema oboje maloletne dece. Po oceni drugostepenog suda, prvostepeni sud je pogrešno primenio materijalno pravo i to odredbu čl. 266. i čl. 65. Porodičnog zakona. U konkretnom slučaju, sa obzirom na uzrast maloletne dece, sud je bio dužan da im omogući da izraze svoje mišljenje, u smislu citiranih zakonskih propisa i da prilikom odlučivanja ima u vidu mišljenje deteta (*Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 1558/10 od 14.03.2010. godine*).

¹⁶ Videti presudu *Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3258/08 od 10.12.2008. godine*.

¹⁷ Videti presudu *Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2. 797/2011 od 22.12.2011. godine*.

¹⁸ *Iz obrazloženja*: Iz iskaza mal. A.P. koja je saslušana bez prisustva roditelja, prvostepeni sud je zaključio da je njena želja da se viđa sa majkom u N.S. ili u R. u prisustvu oca, iz straha da će je majka ponovo odvesti u V. gde joj nije bilo lepo za vreme boravka kada ju je majka odvela bez da je o tome prethodno obavestila oca. Iz iskaza mal. A.P. prvostepeni sud je

između deteta i roditelja može se posmatrati, pre svega, kao pravo deteta, ali je istovremeno i pravo i dužnost roditelja. Međutim, odredbom čl. 61. st. 5. Porodičnog zakona, znatno je širi krug lica kojima se priznaje pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom, s obzirom da se i srođnicima i drugim licima priznaje ovo pravo, ukoliko dete za njih vezuje posebna bliskost.¹⁹ Tu se ne misli samo na krvne srođnike (babu, dedu, prababu, pradedu, sestru, brata, polusestru, polubrata, ujaka, tetku, strica), već i na druge osobe koje su imale ili imaju važnu ulogu u životu deteta, kao što je recimo hranitelj ili pastorak/pastorka sa očuhom/maćehom. Zaštitna i psihološko-emotivna funkcija ostvaruje se u punoj meri kroz održavanje ličnih odnosa deteta sa srođnicima, dok se proširenjem prava i na lica koja ne moraju biti srođnici vodi računa o emocionalnim potrebama deteta (Nikolić, 2007: 546). Prilikom odlučivanja o zahtevu srođnika da održavaju lične odnose sa maloletnim detetom od značaja je da li stvarno postoje bliske lične veze srođnika sa maloletnim detetom, te da li bi održavanje ličnih odnosa sa srođnicima bilo u najboljem interesu deteta, što je u svakom slučaju činjenično pitanje. Opet, od značaja je izraženo „informisano” mišljenje deteta u tom postupku.²⁰

utvrdio da se i do sada vidala sa majkom u kući R. u delu u kojem žive baba i deda sa majčine strane, a da je tata boravio u drugom delu kuće. Navedenim modelom održavanja ličnih kontakata tužene i mal. deteta poštovana je želja mal. deteta, jer je prvostepeni sud, shodno odredbi čl. 65. st. 4. Porodičnog zakona, uzeo u obzir mišljenje maloletnog deteta dato u postupku (*Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž.7066/06 od 27.12.2006. godine*). Videti i *Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3384/2006 od 27.6.2006. godine*.

¹⁹ Videti presudu *Apelacionog suda u Beogradu, Gž2 1078/12 od 31.10.2012. godine*.

²⁰ *Iz obrazloženja*: Prvostepena presuda je isključivo zasnovana na mišljenju organa starateljstva. Nije uopšte sporno da se u ovakvoj vrsti spora mora uvažiti mišljenje stručnih ustanova, a organ starateljstva svakako spada u takve ustanove. Organ starateljstva u svom izveštaju od 28.12.2009. godine detaljno analizira socijalno-ekonomske i porodične prilike u kojima živi mal. A., na koji način je sa njom uspostavljen kontakt, te se na bazi toga zaključuje da je mal. A. formirala svoje mišljenje vezano za viđanje sa babom i dedom po ocu i da ga slobodno izražava, a da u ovom momentu ona nije spremna da takve odnose sa njima održava. Iz pomenutog izveštaja organa starateljstva se ne može utvrditi kakva su to obaveštenja, a vezana za ostvarivanje najboljeg interesa mal. deteta u odnosu na konkretno pitanje, detetu prezentirana od strane stručnjaka organa starateljstva, a na osnovu kojih je dete formiralo svoje mišljenje, odnosno nije jasno na koji način je mal. A. formirala svoje mišljenje u datoj situaciji. Majka mal. deteta je u parnici isticala strahove koji postoje kod deteta od eventualne mogućnosti oduzimanja deteta od strane oca, određene psihološke probleme koje je dete imalo povodom toga, zbog čega je i lečeno. Stoji činjenica da organ starateljstva nije obavio nikakav razgovor sa ovde tužiocima, pa ni sa tog aspekta detetu

Ipak, prethodno navedeni postupci, u kojima dete ima pravo da izrazi svoje mišljenje, ne iscrpljuju listu mogućih. U skladu sa tim, mišljenje treba saslušati i u postupku zaštite prava deteta, u postupku u sporu za zaštitu od nasilja u porodici, u sporu za izdržavanje, za poništenje usvojenja, u sporu o materinstvu i očinstvu, kao i svim onim postupcima čiji krajnji ishod tangira i dete.

5. Zaključak

Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja spada u red tzv. participativnih prava deteta. Navedeno pravo je procesno operacionalizovano Porodičnim zakonom. Njegova realizacija u sudskom postupku podrazumeva pravo da dete dobije sve relevantne informacije na način i u skladu sa njegovim uzrastom, da bude informisano o mogućim posledicama postupanja koje mogu da proizađu iz njegovog iskazanog mišljenja, pravo da dete bude konsultovano i da izrazi mišljenje u postupku i pravo da mu se predoče posledice svih odluka koje se donose u postupku.

Sud ima diskreciono pravo da ocenjuje da li je dete sposobno da formira mišljenje, a zakonodavac nije predvideo nikakve principe kojima treba da se rukovodi u ovoj proceni. Dete, u stvari, ne uživa potpunu zaštitu garantovanog prava. Razlog je što nije predviđeno sredstvo ili instrument koji bi dete moglo da upotrebi za slučaj da bude pogrešno ocenjeno i zaključeno da dete nije sposobno da formira mišljenje. Sa druge strane, stoji problem uvažavanja iskazanog mišljenja, s obzirom da je Porodičnim zakonom regulisano i zaštićeno samo pravo na izražavanje mišljenja deteta, ali ne i pravo na uvažavanje istog, što može da dovede do toga da dete bude neosnovano lišeno ovog prava. Sud nema obavezu da obrazloži zašto mišljenje deteta nije uzeto u obzir, odnosno nije u skladu sa njegovim najboljim interesom.

Dete mišljenje može izraziti neposredno ili posredstvom drugih lica. Ako dete nije neposredno izrazilo mišljenje, onda dužnost da sudu prenesu mišljenje deteta imaju kolizijski staratelj odnosno, privremeni zastupnik deteta, ali u

nisu data potrebna obaveštenja (*Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, GŽZ 225/11 od 23.05.2011. godine*). Videti i presudu *Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2401/2010 od 28.4.2010. godine*.

zakonu nigde nisu navedeni kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje kada će dete neposredno izraziti mišljenje, a kada će to učiniti preko kolizijskog staratelja, odnosno, privremenog zastupnika.

Konvencija pravo na slobodno izražavanje mišljenja ne limitira uzrastom deteta, već sposobnošću deteta da formira mišljenje. Imajući u vidu značaj ovog fundamentalnog prava deteta na slobodno izražavanje mišljenja, može se reći da je zakonodavac u izvesnoj meri odstupio od konvencijskih standarda. Odredbe Porodičnog zakona kojima je zakonodavac regulisao ovo pravo i njegovi dometi suženi su zbog postavljenih zakonskih ograničenja, pa su standardi domaćeg prava niži od onih koji su ustanovljeni Konvencijom o pravima deteta. Zato i ostaje utisak da ovo izuzetno važno pravo deteta nije adekvatno normativno konkretizovano i da se zbog toga, u izvesnoj meri, u praksi ima problema u njegovom ostvarivanju.

Literatura

Van Bueren, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers

Vučković Šahović, N. (ur.) (2011). *Prava deteta u međunarodnim dokumentima*, Beograd: Zaštitnik građana, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti,
http://www.ombudsman.rs/attachments/2145_PDFPrava_detet_u_medjunardnim_dokumentimaF.pdf

Vučković Šahović, N. (2000). *Prava deteta i međunarodno pravo*. Beograd: Jugoslovenski centar za prava deteta

Draškić, M. (2011). *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Delibašić, Z. (2006). *Prava deteta u sporu za zaštitu prava deteta i u sporu za vršenje odnosno lišenje roditeljskog prava*. Bilten Okružnog suda u Beogradu. 74. 20-30

Jović, O. (2008). *Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja*. Bilten Okružnog suda u Beogradu. 78. 71-84

Kovaček Stanić, G. (1994). *Pravni izraz roditeljstva*. Novi Sad: Pravni fakultet

Lansdown, G. (2011). Every child's right to be heard, A resource guide on the UN Committee on the rights of the child general comment no.12, London, www.unicef.org/adolescence/files/Every_Childs_Right_to_be_Heard.pdf

Nikolić, M. (2007). Legitimacija srodnika u sporu za uređenje ličnih odnosa sa detetom. Bilten sudske prakse - Vrhovni sud Srbije. 3. 532-545

Novaković, U. (2012). Pravo deteta na izražavanje mišljenja, u: G. Marković (ur.), Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog (str. 183-199). Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

Palačković, D. (2013). Najbolji interes deteta – „Izjava težnje“ ili dužnost?. U B. Vlašković (ur.). Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije (str. 263-279). Kragujevac: Pravni fakultet

Palačković, D. (2006). Konvencija o pravima deteta i Porodični zakon. U G. Stanković, (ur.), Novine u porodičnom zakonodavstvu (str. 23-38). Niš: Pravni fakultet

Palačković, D. (2006). Postupak u sporu za zaštitu prava deteta. U Z. Ponjavić (ur.), Novo porodično zakonodavstvo (str. 531-548), Kragujevac: Pravni fakultet

Palačković, D. (2002). Značaj volje maloletnika u kontekstu prava na samoodređenje. Pravni život. 9. 693-710

Petrušić, N. (2013). Austrijski model pomoći i podrške detetu u postupku za uređivanje roditeljskog staranja i ličnog kontakta. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 65. 161-181

Petrušić, N. (2007). Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja-materijalnopravni i procesni aspekt. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije. 3. 512-531

Petrušić, N. (2006). Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije. U G. Stanković, (ur.), Novine u porodičnom zakonodavstvu (str. 99-118). Niš: Pravni fakultet

Ponjavić, Z. (2014). Porodično pravo. Kragujevac: Službeni glasnik

Ponjavić, Z. (2012). Utvrđivanje mišljenje deteta u parnicama za razvod braka u kontekstu najboljeg interesa deteta. U G. Marković (ur.), Načela i vrijednosti pravnog sistema-norma i praksa (str. 30-52). Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

Stanković, G. (2012). Dete kao stranka u parničnom postupku. U G. Marković (ur.), Prava djeteta i ravnopravnost polova–između normativnog i stvarnog (str.29-46). Istočno Sarajevo: Pravni fakultet

Stanković, G. (1997). Procesni položaj deteta u parničnom postupku. U N. Vučković Šahović (ur.), Prava deteta u svetu i Jugoslaviji (str. 111-116). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava

Propisi

Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta. Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori. Br.15 (1990)

Porodični zakon, Službeni glasnik RS. Br. 18 (2005)

Sudska praksa

Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3384/2006 od 27.06.2006. godine

Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž2. 14/2006 od 06.09.2006. godine

Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž.7066/06 od 27.12.2006. godine

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 123/07 od 19.04.2007. godine

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2393/07 od 12.09.2007. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1048/08 od 23.04.2008. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1368/08 od 28.05.2008. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3258/08 od 10.12.2008. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 930/09 od 16.04.2009. godine

Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 1558/10 od 14.03.2010. godine

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2401/2010 od 28.04.2010. godine

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž2 562/10 od 08.09.2010. godine

Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž2 225/11 od 23.05.2011. godine

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 317/11 od 24.05.2011. godine

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 797/2011 od 22.12.2011. godine

Presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 348/12 od 04.06.2012. godine

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2 476/12 od 24.07.2012. godine

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž2 1078/12 od 31.10.2012. godine

Sanda Ćorac, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Kragujevac

The Right of the Child to Express Opinion in Judicial Proceedings

Summary

The Convention on the Rights of the Child falls into the group the basic international instruments that define the corpus of universal human rights. This Convention may be described as innovative because it has established a set of new rights, including the right of the child to express his/her opinion.

One of the most significant innovations introduced by the Family Act of the Republic of Serbia (2005) is the right to participation, which is a major step forward in raising awareness about the child as a person who is entitled to actively participate in exercising his/her rights. A child who is capable of forming his/her opinions is entitled to express those opinions in judicial proceedings concerning the child. The court shall allow the child to express his/her opinion and his/her views shall be taken into account.

In this paper, the author observes this right within the scope of civil proceedings. First, the author points out to some inconsistencies and dilemmas pertaining to this guaranteed right and its exercise. Further on, the author focuses on the judicial practice (case law) of national courts in order to illustrate how and to what extent the right of the child to express his/her opinion is actually recognized and fully implemented.

The application of the child's right to express his/her opinion is pretty fluid and this right applies to all cases and matters involving children. The most important principle in all cases concerning children is "the best interests of the child" or "the child's welfare", both in the course of administering child-related matters and in the process of making and implementing decisions concerning the child. The fact that the child's opinion is to be heard in the decision-making processes does not automatically imply that it will be accepted as crucial. In judicial proceedings, the expressed opinion of the child must be assessed precisely in the accordance with the child's best interests.

Considering the importance of the fundamental right of the child to be heard, the Serbian legislator has not significantly departed from the standards envisaged in the Convention. The scope of this right, which is regulated in the Family Act (2005), has been slightly narrowed in comparison to the Convention provisions primarily due to the legal restrictions and standards in domestic law.

Keywords: Convention on the Rights of the Child, Serbian Family Act (2005), the right of the child to freedom of expression, judicial proceedings.

Ivan Ilić*
Asistent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Nišu

STRUČNI ČLANAK

UDK: 343.988-053.2/6:343.211.3

Rad primljen: 27.03.2014.
Rad prihvaćen: 30.04.2014.

PROCESNA ZAŠTITA MALOLETNIH ŽRTAVA ZLOSTAVLJANJA I ZANEMARIVANJA**

Apstrakt: Rad predstavlja analizu zakonskog okvira procesne zaštite maloletnih oštećenih, sa posebnim osvrtom na žrtve zlostavljanja i zanemarivanja. Osim zakonske, predstavljena je podzakonska regulativa, usvojena s ciljem uspostavljanja posebnih standarda i višeg nivoa zaštite maloletnih žrtava zlostavljanja i zanemarivanja. Nacionalna regulativa posmatra se iz diskursa dostignutih međunarodnih standarda zaštite svedoka i oštećenih, dok je u zaključnom delu rada data analiza stanja u praktičnoj primeni legislativnog okvira procesne zaštite maloletnih žrtava.

Ključne reči: zaštita svedoka, sekundarna viktimizacija.

1. Uvodna razmatranja

Nasilje prema deci sa pravom se označava kao najteži vid nasilja u porodici, kao i nasilja uopšte (Kostić, Konstantinović Vilić 2012: 131). Takav zaključak proizlazi, prvenstveno zbog uzrasta, te psihičkog i fizičkog razvoja dece, što ih čini inferiornim u odnosu na odrasle, a takođe i zbog krvne i emocionalne povezanosti između dece i roditelja. Pozitivan trend evolucije društvene reakcije na nasilje prema deci ogleda se u težnji da se nasilje otkrije, prekine zlostavljanje a počinioci sankcionišu. Osnovni međunarodnopravni dokument

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“, koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013 – 2018. godine.

u oblasti zaštite prava dece, Konvencija o pravima deteta¹, nasilje prema deci definiše kao povredu jednog od osnovnih prava na zaštitu od fizičkog i psihičkog nasilja, povređivanja i zlostavljanja, zanemarivanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije i seksualnog zlostavljanja (član 19. Konvencije).

Konkretno mere zaštite deteta predviđene su u Konvenciji Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, 1/2010), koju je Srbija ratifikovala 2010. godine. U članu 31. Konvencije, propisane su opšte mere za zaštitu žrtava i svedoka u svim fazama krivičnog postupka, kao i pre otpočinjanja krivičnog postupka. Predviđeno je obavezno obaveštavanje žrtava o njihovim pravima u postupku i službama za pružanje pomoći. To dalje implicira ustanovljavanje takvih službi. Posebno se apostrofira pravo na obaveštavanje žrtava o privremenom ili trajnom puštanju na slobodu okrivljenog. Naglašena je potreba da se čuje glas žrtava, te da one budu saslušane, u svojstvu svedoka. Potrebno je obezbediti zaštitu identiteta, lika, odnosno privatnosti žrtava uopšte, sprečavanjem obelodanjivanja informacija o žrtvi. Konvencija zaštitu lične bezbednosti širi i na članove porodice žrtve. Posebno je važno osigurati izbegavanje kontakta između okrivljenog i žrtve, u policiji i na sudu. Od ovoga Konvencija dopušta izuzetak, kada je moguć kontakt, ako je to u najboljem interesu deteta ili je takav kontakt neophodan radi istrage. U primeni ovog izuzetka treba ići maksimalno restriktivno, imajući u vidu da je propisan putem pravnog standarda, pod koji bi se, u praksi moglo štošta podvesti, što bi za epilog imalo sekundarnu viktimizaciju deteta.

U stavu 2. člana 31. Konvencije, propisano je pravo žrtava na pristup informacijama o toku postupka. Predviđeno je, takođe, pravo na besplatnu pravnu pomoć (član 31. stav 3. Konvencije) i pravo na imenovanje posebnog zastupnika žrtve, u situaciji kada roditelji ne mogu zastupati dete, usled sukoba interesa (član 31. stav 4. Konvencije). Prema odredbama Konvencije, postoji mogućnost da različite fondacije, udruženja, grupe i nevladine organizacije pružaju pomoć i podršku žrtvama, tokom postupka (član 31. stav 5.

¹ „Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori“, br. 15/90 i „Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori“, br. 4/96 i 2/97.

Konvencije). Najzad, propisano je da se informacije žrtvama pružaju na maternjem jeziku, na način, prilagođen uzrastu i stepenu razvoja žrtava.

Tokom razvoja nauke krivičnog procesnog prava uočena je posebna potreba za zaštitom pasivnog krivičnog subjekta, naročito maloletnih lica (Kostić, 2009:161-182, Konstantinović Vilić, Kostić, 2007:87-102.). U tom smislu, najpre je potrebno razgraničiti pojam oštećenog, od pojma žrtve. Prema procesnom zakonu, oštećeni je lice, čije je lično ili imovinsko pravo povređeno ili ugroženo izvršenjem krivičnog dela (član 2. ZKP). Zakonik o krivičnom postupku Srbije („Sl. glasnik RS“, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013), dakle, ne operiše pojmom žrtve, već samo pojmom oštećeni. U tom svojstvu, najčešće se pojavljuje pasivni subjekat krivičnog dela, ali oštećeni u postupku može biti i član porodice, kod primera radi krivičnog dela ubistva. Stoga se, sasvim opravdano, smatra da je oštećeni pojam širi od pojma žrtve (Škulić, 2009:105).

Osnovni razlog odvajanja mera zaštite oštećenih maloletnih svedoka u krivičnom postupku jeste potreba za sprečavanjem sekundarne viktimizacije. Ona predstavlja eskalaciju posledica, nastalih primarnom viktimizacijom, odnosno izvršenjem krivičnog dela, usled neadekvatne reakcije organa vođenja krivičnog postupka, porodice i socijalne sredine, uopšte (Kostić, i dr. 2012:450). Sekundarna viktimizacija, zapravo, predstavlja neadekvatan odgovor društva, nerazumevanjem potreba žrtve, nepoverenjem, ispoljavanjem sumnje u istinitost navoda, indiferentnošću ili čak nametanjem žrtvi osećaja krivice za sopstvenu viktimiziranost (Jovanović, Galonja, 2001:76). Ishodište neadekvatne reakcije društva na izvršeno krivično delo može biti tercijarna viktimizacija, što predstavlja trajnu stigmatizaciju žrtve u sopstvenoj sredini. Sledeća karika u nizu je opasnost od reviktimizacije, jer kod žrtava bez zaštite raste potencijalna izloženost ponovnom izvršenju krivičnog dela nad njima.

2. Zakonski okvir zaštite maloletnih oštećenih

Budući da su viktimogene predispozicije usled uzrasta i psihofizičkog razvoja, naročito izražene kod dece i maloletnika, apsolutno je opravdano širenje opsega zaštitnih mera na ovu kategoriju posebno osetljivih svedoka. Mere

procesne zaštite maloletnih svedoka-oštećenih propisane su u trećem delu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica („Sl. glasnik RS“, 85/2005, u daljem tekstu ZOM), pod nazivom „posebne odredbe o zaštiti maloletnih lica kao oštećenih u krivičnom postupku“. Odredbama ovog zakona ustanovljena je posebna forma postupka (Đurđić, 2011:3), s ciljem da se primenom niza zaštitnih mera spreči sekundarna viktimizacija oštećenih maloletnih lica. Jedna od osnovnih odlika ove procesne forme predstavlja specijalizacija njegovih učesnika. Posedovanje posebnih znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnih lica zahteva se od predsednika sudećeg veća, javnog tužioca, istražnog sudije, pripadnika policije i punomoćnika oštećenog maloletnog lica, postavljenog po službenoj dužnosti. Nije jasno iz kog razloga su od obaveze specijalizacije izuzete sudije članovi veća.

Reč je o postupku, koji se pokreće po službenoj dužnosti protiv punoletnih učinilaca zakonom taksativno nabrojanih krivičnih dela (primera radi: teško ubistvo, teška telesna povreda, silovanje, obljuba sa detetom, vanbračna zajednica sa maloletnikom, nedavanje izdržavanja i dr.), kada je oštećeni maloletno lice. Zakonodavac, doduše, ne precizira da li je reč o maloletnom licu u vreme izvršenja krivičnog dela ili u vreme vođenja postupka. No, sistematskim tumačenjem izvlačimo zaključak da je reč o drugoj soluciji (Knežević, 2010:325). Ostavljena je, međutim, mogućnost da javni tužilac inicira pokretanje ove procesne forme i za druga krivična dela, kada oceni da je to potrebno radi posebne zaštite ličnosti maloletnih oštećenih (član 150. stav 2. ZOM). Iako je težnja bila da se sistemom enumeracije pobroje sva krivična dela, kod kojih je maloletno lice oštećeni, bilo bi dobro jednom opštom formulacijom predvideti vođenje ovog postupka, za sva krivična dela učinjena „na štetu maloletnih lica“, pošto se iz odredaba Krivičnog zakonika na jednostavan način da identifikovati koja su to dela. Na taj način se izbegava situacija da neka krivična dela ostanu izvan opsega, kao što je to slučaj sa npr. krivičnim delom iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185b. KZ). Ovo krivično delo uvedeno je prilikom noveliranja KZ 2009. godine i nije obuhvaćeno odredbama ZOM, jer je taj zakon donet 2005. godine i, u međuvremenu, nije menjan ni dopunjavan. S

druge strane, na taj način sprečilo bi se nedopustivo široko polje diskrecione ocene dato javnom tužiocu, na koja će maloletna oštećena lica primeniti posebne mere zaštite.

U postupku u kome sa pojavljuje oštećeno maloletno lice, zahteva se posebno obazrivo postupanje, uz vođenje računa o njegovom uzrastu, osobinama ličnosti, nivou obrazovanja i ličnim prilikama (član 152. stav 1. ZOM). Cilj postojanja ove odredbe je sprečavanje mogućih štetnih posledica po ličnost i razvoj maloletnog lica. Obavezom obazrivog postupanja obuhvaćeni su istražni sudija, članovi veća i javni tužilac.

Višestruko ispitivanje može izazvati posebno teške i ozbiljne psihičke posledice po maloletne oštećene. Osim toga, pod uticajem autoriteta i usled straha, kasnije dati iskazi mogu biti kvalitativno drugačiji, neretko prožeti maštom i fantazijama deteta. Naročito je potreba za eliminisanjem višekratnog ispitivanja izražena kod dece žrtava seksualnih delikata, usled potrebe da potisnu traumu.

Ograničenje broja saslušanja maloletnih oštećenih predviđeno je u članu 152. ZOM. Naime, maloletna lica, oštećena izvršenjem krivičnog dela mogu se u postupku saslušati najviše dva puta. Zakonodavac, međutim, dopušta i veći broj saslušanja, ako je to potrebno usled ostvarenja svrhe krivičnog postupka. U slučaju saslušanja više od dva puta, sudija je obavezan da posebno obrati pažnju na zaštitu ličnosti maloletnog lica. Navedena odredba ne štiti maloletne oštećene na adekvatan način. Velike šanse za sekundarnu viktimizaciju postoje i sa dva saslušanja u postupku. Primenom kaučuk pojma „ostvarenja svrhe vođenja postupka“, otvorena je mogućnost da se oštećeni saslušavaju po 5 - 6 puta², što je u praksi najčešći slučaj. Time se nanosi nenadoknativa šteta maloletnim licima, koji gube poverenje u sudski mehanizam zaštite njihovih prava, a stres, koji doživljavaju svaki put kada se pojavljuju u sudu, postaje multiplikovan. Mala je korist od obaveze za sudiju da posebno vodi računa o zaštiti maloletnog oštećenog, kada su već samim dolaskom pred sud nastupile negativne posledice. Iste efekte po psihofizičko stanje maloletnih lica proizvodi

² U praksi su zabeleženi slučajevi višestrukog saslušanja maloletnih žrtava trgovine ljudima. Videti u: Položaj žrtava trgovine ljudima u sudskom postupku – analiza pravosudne

sudska svakodnevnica u Srbiji, sa velikim brojem odloženih ročišta. Svaki dolazak na odloženo ročište prouzrokuje stres, bez obzira da li će dete iskazivati ili ne.

Imajući u vidu posebnu osetljivost maloletnih oštećenih, kao i specifičnost psihičkih reakcija, koje mogu nastati tokom saslušanja, pored obavezne specijalizacije organa vođenja postupka, predviđeno je prisustvo stručnih lica. Tako je u članu 151. stav 1. ZOM propisano da se saslušanje maloletnih lica, oštećenih izvršenjem krivičnog dela obavlja uz pomoć psihologa, pedagoga ili drugog stručnog lica. Ovo, inače dobro rešenje, u smislu zaštite maloletnih lica, nedovoljno je razrađeno i precizirano. Postavlja se pitanje, na koji način će se odrediti stručna kvalifikacija, budući da su pobrojana različita zanimanja. S druge strane, nejasno je kakva je njihova uloga, prilikom ispitivanja. Da li oni neposredno razgovaraju sa maloletnim oštećenim, ili samo razjašnjavaju pitanja, prilagođavajući ih uzrastu i stepenu razvoja.

Ideje o omekšavanju zakonske regulative, u smeru relativizacije prisustva stručnih lica ispitivanju maloletnih oštećenih, iznad 14 godina, izražene u radnoj grupi za izmenu ZOM, apsolutno su neprihvatljive (Knežević, 2010:326). Noveliranje ZOM treba da ide u suprotnom smeru, jačanjem obaveze za prisustvom stručnih lica i njihovom aktivnijom ulogom, prilikom davanja iskaza, naravno pod budnim okom sudije.

Procesni položaj stručnih lica jasnije je određen u odredbi ZOM, kojom je dopuštena mogućnost da se saslušanje maloletnog oštećenog obavi putem faktičkog odstupanja od načela neposrednosti. Prema članu 152. stav 3. ZOM, maloletno lice može se saslušati putem interne televizije. U tom slučaju, maloletno lice se nalazi u posebnoj prostoriji, zajedno sa stručnim licem (psihologom, pedagogom, socijalnim radnikom ili nekim drugim licem). Stranke i drugi učesnici postupka mogu postavljati pitanja maloletnom oštećenom samo preko sudije ili stručnog lica. Ova, inače veoma korisna mera zaštite posebno osetljivih svedoka, o čijim je benefitima bilo reči, primenjuje se na osnovu diskrecione ocene sudije. Sudija će narediti primenu ove mere ako oceni da je to potrebno, s obzirom na obeležja krivičnog dela i svojstva ličnosti

prakse za 2012. godinu (dostupno na: <http://www.astra.org.rs/wp-content/uploads/2011/11/PravnaAnalizaASTRA.pdf>, pristup: 13.06.2013. godine).

maloletnog lica. Dilema je, na koji će način sudija ceniti potrebu, s obzirom na svojstva ličnosti. Da li to podrazumeva prethodno psihološko veštačenje? Ako je to bila intencija zakonodavca, treba imati u vidu da se na taj način nužno produžava trajanje postupka. No, veći je problem što za primenu ove mere nema tehničkih mogućnosti u većini sudova u Srbiji, pa je zakonska mogućnost samo mrtvo slovo na papiru.

Radi zaštite maloletnih oštećenih, u krivičnom postupku predviđen je i jedan formalni izuzetak od načela neposrednosti. Prema članu 152. stav 4. ZOM, maloletni oštećeni, koji se u postupku pojavljuju u svojstvu svedoka, mogu se saslušati u svom stanu. Pored toga, oni se mogu saslušati i u drugoj prostoriji, odnosno u ustanovi koja je specijalizovana za saslušanje svedoka. Iako je sama zamisao svakako *in favorem* zaštite maloletnih svedoka, zakonska odredba, izaziva određene nedoumice. Najpre je dubiozno, ko prisustvuje saslušanju, osim sudije. Da li je neophodno, odnosno dozvoljeno prisustvo stručnog lica? Zatim je upitno o kojoj „drugoj prostoriji“ je reč, pošto očito to nije druga prostorija u sudu, van sudnice. Zakonom nije precizirano ni koje su ustanove stručno osposobljene za ispitivanje svedoka, što podrazumeva odgovarajuću potporu podzakonskih akata. To bi, svakako, mogao biti Centar za socijalni rad, ali i druge ustanove, u kojima su zaposlena stručna lica, pa čak i prethodno sertifikovane nevladine organizacije. Najzad, zbunjujuće deluje zakonom dopuštena mogućnost primene mera iz stava 3. člana 153. ZOM. Kako je u prethodnom odeljku rečeno, ova odredba odnosi se na saslušanje maloletnih oštećenih putem interne televizije. Da li to znači da maloletno lice može biti ispitivano putem video linka iz svog stana, što bi značilo samo faktičko odstupanje od principa neposrednosti. Druga mogućnost je, da se tokom ispitivanja u stanu maloletnog lica napravi video zapis, koji bi se reprodukovao na glavnom pretresu, što je i dozvoljeno odredbom stava 5. člana 153. ZOM. To je logičnija opcija, mada je stav 5. nasavršen u pogledu zapovesti da se obavezno čita zapisnik na glavnom pretresu (odnosno emituje snimak), kada se maloletni oštećeni sasluša u drugoj prostoriji u sudu, odnosno, u svom stanu. U drugom slučaju nema dvojbe, ali je nejasno zašto bi se čitao zapisnik o ispitivanju, kada je već emitovan putem interne televizije. Stranke su, dakle, imale mogućnost da prate tok ispitivanja, čak i da postavljaju pitanja svedoku. Iz svega navedenog, proizlazi da je primena dve zaštitne mere (saslušanje

putem interne televizije i saslušanje u svom stanu) nedovoljno razgraničena, što otežava praktičnu primenu.

Već pominjana zakonska odredba iz člana 152. stav 5. ZOM, prema kojoj se zapisnik o iskazu maloletnog oštećenog u pripremnom postupku obavezno čita na glavnom pretresu, takođe poseduje manjkavosti. Ova *ius cogens* norma odnosi se na 3 situacije. Sasvim opravdano, zakonodavac predviđa njenu primenu na slučajeve kada se maloletno lice sasluša putem upotrebe tehničkih sredstava za audio – vizuelnu reprodukciju i kada se sasluša u svom stanu i drugoj prostoriji, van sudnice. Na taj način se štiti potencijalna opasnost da se sasluša na glavnom pretresu, u prisustvu okrivljenog. Zakonodavac, međutim, širi pri-menu ove odredbe i na situaciju kada je maloletno lice saslušano u pripremnom postupku, na klasičan način. Time se u potpunosti derogira princip neposrednosti, i kao pravilo uvodi njemu suprotni princip posrednosti, što nije svojstveno savremenom krivičnom postupku. Čini se da je nepotrebno obavezivati sud na čitanje zapisnika o ranije datom iskazu, pre glavnog pretresa, već takvom postupanje vezati za situacije, kada su primenjene druge mere odstupanja od načela neposrednosti, o kojima je bilo reči (Knežević, 2010:328).

Jedna od često primenjenih procesnih radnji u praksi, u postupku u kome učestvuje maloletni oštećeni može izazvati ozbiljne psihičke posledice. Reč je o suočenju. Stoga se u lepezi mera zaštite ove kategorije svedoka često nailazi na zabranu suočenja maloletnog oštećenog sa okrivljenim i drugim svedocima. Takav je slučaj sa ZOM. U članu 153. prohibitivnom normom eliminisana je mogućnost primene suočenja između okrivljenog i maloletnog svedoka, koji je usled prirode, posledica ili drugih okolnosti izvršenog krivičnog dela posebno osetljiv, ili ako se usled toga nalazi u osobito teškom psihičkom stanju. Iz stilizacije ove odredbe ZOM, moglo bi se zaključiti da su zabranom suočenja obuhvaćeni posebno osetljivi maloletni svedoci uopšte, nazavisno od toga, da li su istovremeno i oštećeni. Maloletno lice, koje je bilo očevidac nekog krivičnog dela, može biti u posebno osetljivom stanju usled pretrpljenog stresa, bez obzira da li je time neko njegovo dobro povređeno ili ugroženo. No, kako se odredbe iz ZOM odnose samo na maloletne oštećene, smatramo da nema osnova za primenu ove odredbe na maloletne svedoke, koji nisu oštećeni.

Druga manjkavost zakonskog određenja zabrane suočenja sastoji se u tome što ne obuhvata i mogućnost suočenja između maloletnih oštećenih i ostalih svedoka. Izvođenje ove radnje imalo bi konsekvence gotovo jednake kao suočenje sa okrivljenim. Smatramo da bi se u zabrani suočenja moglo otići korak dalje, na taj način što bi se bezuslovno eliminisala mogućnost suočenja bilo kog maloletnog oštećenog sa okrivljenim i svedocima.

U toku krivičnog postupka, ponekad je potrebno rešiti spornu činjenicu o identitetu nekog lica. S tim ciljem, pristupa se prepoznavanju lica radi utvrđivanja identiteta okrivljenog, žrtve ili nestalog lica. (Stevanović, Đurđić, 2006:295) Izvođenje ove kriminalističko – taktičke radnje sastoji se iz dva segmenta. Najpre se od svedoka zahteva da opiše lice čiji je identitet nepoznat, a zatim se pristupa prepoznavanju, tako što se svedoku pokazuje grupa lica. Kako bi omogućavanje da okrivljeni vidi svedoka koji vrši prepoznavanje, predstavljalo potencijalnu opasnost po integritet svedoka, za potrebe ove radnje se upotrebljava jednostrano propustljivo ogledalo. Na taj način, lica u grupi, koja su objekat opservacije, ne mogu da vide svedoka koji prepoznavanje vrši. Osiguranje konspirativnosti u primeni ove procesne radnje posebno dobija na značaju, kada se u ulozi svedoka koji vrši prepoznavanje nađe maloletni oštećeni. Tu potrebu prepoznao je naš zakonodavac, te je posebno normirao u ZOM. Propisana je apsolutna obaveza da se pri izvođenju ove radnje u potpunosti onemogući da okrivljeni vidi maloletnog oštećenog (član 155. ZOM). Takođe je sud u obavezi da u izvođenju radnje prepoznavanja lica od strane maloletnog oštećenog postupa posebno obazrivo.

Punomoćnik je procesni subjekt čija je uloga zastupanje interesa oštećenog u postupku. U redovnom krivičnom postupku, punomoćnika može imati oštećeni koji poseduje procesnu sposobnost, kao i zakonski zastupnik procesno nesposobnog oštećenog. Pravni osnov za sticanje svojstva punomoćnika je ugovor o punomoćstvu, koji može biti sačinjen u pisanoj formi, ili usmeno na zapisnik pred sudom. Punomoćnik može biti poslovno sposobno, punoletno lice, bez obzira da li poseduje pravničko obrazovanje. Uloga punomoćnika je preduzimanje radnji u postupku, u ime i za račun oštećenog, u okviru datog punomoćja. Prema tome, u redovnom postupku je nastupanje punomoćnika fakultativno. S druge strane, u postupku sa učešćem maloletnog oštećenog,

punomoćnik je obavezni subjekt. Prema slovu ZOM, maloletno lice, oštećeno izvršenjem krivičnog dela, mora imati punomoćnika od prvog saslušanja okrivljenog (član 154. stav 1. ZOM). Da je reč o obaveznom zastupanju govori odredba iz narednog stava, prema kojoj će se maloletnom oštećenom, koji nema punomoćnika, on biti postavljen, iz reda advokata, koji poseduju posebna znanja iz oblasti zaštite maloletnih lica. Troškovi zastupanja padaju na teret budžeta.

Naš zakonodavac se, dakle, opredelio za obavezno zastupanje maloletnih oštećenih, slično postavljanju branioca po službenoj dužnosti, u slučajevima obavezne odbrane. Svakako da prisustvo punomoćnika omogućava delotvorniju zaštitu maloletnog oštećenog. Stoga je bolje predvideti obavezno prisustvo punomoćnika od početka postupka, nego od prvog saslušanja okrivljenog. Zakonska odredba može biti dodatno precizirana, tako da se maloletni oštećeni pouči o pravu da izabere punomoćnika, odnosno da zakonski zastupnik procesno nesposobnog punomoćnika može odrediti punomoćnika.

Postupak prema maloletnicima se odlikuje naglašenom efikasnošću. Jedan od najvažnijih razloga za isticanje načela hitnosti je potreba za što bržom reakcijom i intervencijom, usmerenom prema ličnosti maloletnog delinkventa, kako bi se izvršila korekcija u ponašanju, u toku odrastanja i formiranja zrele ličnosti. Zakonodavac najčešće prepoznaje ovu potrebu, podupirući je deklarativnom periodičnom obavezom obaveštavanja predsednika suda o toku postupka prema maloletniku. Načelo hitnosti ima svoj zakonski izraz u članu 56. ZOM. Njime su obavezani učesnici postupka, odnosno organi vođenja postupka, ali i drugi organi i ustanove, da postupaju sa najvećom hitnošću, kako bi se postupak što pre okončao. Prema ZOM, postupak prema maloletniku u kome je oštećeno maloletno lice je hitan (član 157.). Zakonodavac se odlučio da ovo načelo posebno istakne u delu zakona koji sadrži odredbe o postupku u kome figurira maloletni oštećeni. Razlog je potreba za efikasnom i promptnom zaštitom maloletnih oštećenih, posebno žrtava seksualnih delikata, ali i nasilja u porodici i drugih teških krivičnih dela. No, iako postoji deklarativna obaveza hitnog vođenja i okončanja postupka, trajanje istog zavisiće od brojnih drugih odredaba zakona, posebno od strogih rokova za izvođenje procesnih radnji i zaštitnih odredaba od mogućnosti izigravanja obaveza aktera postupka.

Najzad, trajanje postupka zavisi od dosledne primene zakonskih normi, što je davnašnja rak-rana našeg pravosuđa.

3. Podzakonska regulativa zaštite žrtava zlostavljanja i zanemarivanja

Iz razloga navedenih u uvodnom delu rada, prepoznata je potreba da se u krivičnom postupku, u kome participira dete, žrtva zlostavljanja i zanemarivanja, omogući viši nivo zaštite maloletnog lica, od onog koji pruža zakonski okvir, ustanovljen ZOM. S tim ciljem je, najpre usvojen Nacionalni plan akcije za decu, od strane Vlade Republike Srbije, 2004. godine. Njime je predviđeno donošenje Opšteg protokola za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja (u daljem tekstu: Opšti protokol), koji je usvojen 2005. godine.³ zacrtani cilj donošenja Opšteg protokola je uspostavljanje međusektorske saradnje za zaštitu dece od zlostavljanja, zanemarivanja, iskorišćavanja i nasilja. To treba da rezultira smanjenjem tamne brojke svih oblika zloupotreba i zanemarivanja dece. Opštim protokolom je predviđeno učešće zdravstvenih, obrazovnih i ustanova socijalne zaštite, te policije i pravosuđa u zaštiti dece od zlostavljanja i zanemarivanja. Uloga koordinatora poverena je Centrima za socijalni rad.

Nakon prijavljivanja slučajeva potencijalnog zlostavljanja ili zanemarivanja deteta javnom tužiocu⁴, ili organu starateljstva, na šta su obavezane zdravstvene, obrazovne, dečje, ustanove socijalne zaštite i drugi državni organi, kao i svi građani, vrši se trijaža, nakon čega se, kao jedan od ishoda, mogu preduzeti mere neodložne intervencije za zaštitu deteta. Te mere se preduzimaju nakon zajedničkog razmatranja strategije zaštite od strane Centra za socijalni rad, policije i drugih službi. Kada postoji sumnja da je izvršeno krivično delo, potrebno je hitno obavestiti javno tužilaštvo i policiju, i dalje korake, sa ciljem zaštite deteta, preduzimati koordinirano.

³ Zaključak Vlade 05 broj: 5196/2005 od 25. 08. 2005. godine. <http://www.minrzs.gov.rs/doc/porodica/zlostavljanje/Opsti%20protokol%20zlostavljanje%20i%20zanemarivanje%20deca.pdf>, pristup: 27.08.2013. godine.

⁴ Javnom tužiocu se slučajevi zlostavljanja i zanemarivanja prijavljuju u slučaju kada su dovedeni u opasnost život i zdravlje deteta, odnosno kada je reč o krivičnom delu, za koje se goni po službenoj dužnosti. Reč je, zapravo, o opštoj obavezi prijavljivanja krivičnih dela, shodno članu 223. stav 1. ZKP.

Na čelu tima nalazi se voditelj procene, koji treba da proceni stepen rizika od primene nasilja nad detetom. Voditelj slučaja donosi odluku da postoji potreba za primenom mera zaštite deteta od zlostavljanja i zanemarivanja, ako je dete pretrpelo fizičke i mentalne povrede, ili postoji opasnost da dođe do takvog ishoda. Tada se zakazuje konsultativni sastanak, na kome prisustvuju predstavnici Centra, policije i drugih relevantnih organa. Konsultativni sastanak se zakazuje i kada je potrebno pribaviti dokaze za sudski postupak, a istovremeno postoji potreba za zaštitom deteta od potencijalnih trauma, koje mogu nastati usled sekundarne viktimizacije zbog višestrukog ispitivanja. Nakon toga, kada se utvrdi postojanje potrebe za primenom mera zaštite, voditelj slučaja može sazvati konferenciju slučaja, čiji ishod je usvajanje plana za zaštitu deteta, imenovanje odgovornih lica, za sprovođenje plana i utvrđivanje datuma sastanka za evaluaciju i reviziju.

Prema tome, Opštim protokolom je uspostavljen sistem zaštite dece od zlostavljanja i zanemarivanja, sa koordinativnom ulogom Centra za socijalni rad. Zaštita se pruža što hitnije, od otkrivanja slučaja, dakle, sa aspekta toka krivičnog postupka, to će biti period pre formalnog otvaranja postupka, odnosno tokom prekrivičnog postupka. U tome se ogleda osnovni benefit postojanja ovakvog propisa, kojim je omogućeno pružanje zaštite, u vremenskom periodu kada još nije moguće primeniti mere procesne zaštite maloletnih oštećenih.

Nacionalnim planom akcije za decu predviđeno je usvajanje posebnih protokola, kojima će se bliže regulisati posebni postupci zaštite dece – žrtava u pojedinim oblastima (zdravstvo, obrazovanje, pravosuđe) i od strane različitih službi (policija). Imajući u vidu da je policija prva instanca reakcije, po saznanju za slučajeve zlostavljanja i zanemarivanja, od velikog značaja je usvajanje Posebnog protokola o postupanju policijskih službenika u zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja⁵ iz 2006. godine. Njime su regulisano postupanje policiskih službenika prema maloletnim licima, kao učiniocima, svedocima i oštećenima, u prekršajnom i krivičnom postupku. Ustanovljene su obavezujuće smernice za pripadnike policije u postupanju sa

⁵ http://www.unicef.org/serbia/Posebni_protokol_-_MUP%281%29.pdf, pristup: 27.08.2013. godine.

maloletnim licima, žrtvama zlostavljanja i zanemarivanja. Prema maloletnom oštećenom postupaju ovlašćena službena lica, koja poseduju posebna znanja iz oblasti zaštite maloletnih lica.

U odeljku V Posebnog protokola regulisano je postupanje u slučaju sumnje da je izvršeno krivično delo ili prekršaj sa elementima zlostavljanja i zanemarivanja. U situaciji kada se prikupljanje obaveštenja od maloletnog oštećenog obavlja u službenim prostorijama, potrebno je obezbediti prisustvo roditelja, usvojioca, odnosno, staraoca. Alternativno, potrebno je prisustvo stručnog lica iz organa starateljstva, kada su roditelj, usvojilac ili staralac nedostupni, ili se proceni da su interesi maloletnog oštećenog i roditelja protivrečni. Tercijarno, ukoliko nije moguće obezbediti prisustvo stručnog lica, prikupljanju obaveštenja može prisusvovati odgovorno lice iz ustanove za smeštaj maloletnika, psiholog, pedagog ili dežurni vaspitač škole, koju pohađa maloletno lice. Svakako da je prisustvo ovih lica korisno za maloletnog oštećenog, budući da je reč o bliskim osobama, od poverenja, što konsekvntno dovodi do opuštanja i povećanja nivoa samopouzdanja deteta, jer te osobe ono vidi kao svojevrsnu potporu.

Kada se nakon prukupljanja obaveštenja ustanove osnovi sumnje o izvršenju krivičnog dela sa elementima zlostavljanja i zanemarivanja, potrebno je javnom tužiocu podneti krivičnu prijavu. Potrebno je, takođe, uputiti maloletnog oštećenog na lekarski pregled, kako bi se konstatovale povrede i uzela izjava od lekara, što čini dokaznu osnovu i potporu za odlučivanje o pokretanju postupka. Službenici policije treba da staraoca maloletnog oštećenog informišu o službama pružanja pomoći i podrške. To je od značaja, jer je za prevazilaženje preživljenih trauma i reintegraciju žrtava neophodno što pre započeti sa programom. O svim prikupljenim obaveštenjima obaveštava se javni tužilac, da bi se, u koordinaciji preduzele dalje mere i koraci.

Posebним protokolom uređeno je postupanje policijskih službenika na mestu izvršenja krivičnog dela, prilikom vršenja uviđaja i prilikom saslušanja svedoka, po ovlašćenju javnog tužioca (član 258. stav 1. i 2. ZKP). Odredbe Posebnog protokola svakako doprinose povećanju nivoa zaštite maloletnog oštećenog, ali ih treba dodatno obogatiti još nekim međunarodnim

standardima postupanja, kao što su obavljanje razgovora u prilagođenoj prostoriji, nenošenje službene uniforme prilikom obavljanja razgovora, fizičko razdvajanje maloletnog oštećenog od osumnjičenog, sačinjavanje video zapisa, itd.

S ciljem uspostavljanja efikasne međusektorske saradnje u sprečavanju i suzbijanju zlostavljanja i zanemarivanja dece, donet je Posebni protokol o postupanju pravosudnih organa u zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja.⁶ U njemu su definisane procedure postupanja pravosudnih organa sa maloletnim licima, žrtvama zlostavljanja i zanemarivanja. Naglašena je potreba saradnje sa drugim državnim organima radi unapređenja zaštite dece žrtava. Za nosioce pravosudnih funkcija Protokol predviđa početnu obuku, redovnu obuku, provere znanja i druge modalitete stručnog usavršavanja, pod okriljem Pravosudnog centra za obuku i stručno usavršavanje.

Deo drugi Posebnog protokola posvećen je zaštiti maloletnih lica od zlostavljanja i zanemarivanja u krivičnom postupku. Po podnetoj krivičnoj prijavi, ili kada je javni tužilac na drugi način došao do osnova sumnje da je izvršeno krivično delo na štetu maloletnog lica, potrebno je posebno obratiti pažnju na slučajeve zlostavljanja i zanemarivanja. Neophodno je, takođe, sagledati stepen rizika i potrebe maloletnog lica. Protokol podseća na relevantne odredbe ZOM o zaštiti maloletnog oštećenog. Sud i tužilaštvo su obavezani da stvore uslove za učešće maloletnog lica u krivičnom postupku. U tom smislu, potrebno je hitno sprovođenje mera fizičke, psihičke i socijalne zaštite. Maloletno lice treba zaštititi od medijske zloupotrebe. Potrebno je na primeren način informisati maloletno lice o razlozima ispitivanja, saopštiti mu prava i obaveze i značaj njegovog učešća u postupku. Afirmisanje iskazivanja i ohrabrivanje da izrazi sopstveno mišljenje, u atmosferi poverenja i lične bezbednosti su, takođe, značajni za maloletno lice.

Protokol podseća na princip obazrivog postupanja, a zatim podvlači potrebu saslušanja maloletnog lica u prisustvu roditelja, usvojioca ili staraoca i drugih subjekata, kada je u pitanju posebno osetljivi svedok. Propisana je obaveza

⁶ http://www.unicef.org/serbia/Posebni_protokol_-_pravosudje.pdf, pristup: 27.08.2013. godine.

zastupnika maloletnog lica da postupa u najboljem interesu maloletnog lica. Protokol preporučuje saslušanje maloletnog lica, mlađeg od 14 godina u posebnoj prostoriji, odnosno u prirodnom ambijentu.

U odeljku V(2) podvučena je obaveza za javnog tužioca da, prilikom postupanja, ima u vidu potrebu sprečavanja sekundarne viktimizacije maloletnog oštećenog, kao i potrebu oporavka i reintegracije. Protokolom se ohrabruje korišćenje u parničnom postupku dokaza, pribavljenih u krivičnom postupku, sa ciljem efikasnosti. Na toj liniji je preporuka, da sudsko veće u građanskom postupku traži saglasnost stranaka za odstupanje od načela neposrednosti, kada je u pitanju iskaz maloletnog oštećenog, te da se pročita iskaz, koji je dalo u krivičnom postupku. Protokol zahteva od javnog tužilaštva, policije i organa starateljstva koordiniranu saradnju i timski rad, radi adekvatne zaštite interesa maloletnog oštećenog u krivičnom postupku.

Donošenjem Opšteg i Posebnih protokola, izvršena je konkretizacija zakonskih odredbi iz ZOM o zaštiti maloletnih oštećenih, u krivičnom postupku. Na taj način su detaljnije regulisani zadaci pojedinih državnih organa. Drugi važan doprinos je potenciranje saradnje svih aktera na zaštiti dece od zlostavljanja i zanemarivanja. Stvaranje koherentnog sistema zaštite doprinosi efikasnosti i delotvornosti propisanih mera, sa učešćem različitih državnih organa, iz više oblasti. Davanjem uloge koordinatora Centru za socijalni rad smatramo opravdanim, ali je potrebno sprovoditi evaluaciju i kontrolu implementacije predviđenih mera zaštite, kao i učiniti sistem održivim, dinamičnim i korektivnim. Upravo na planu primene propisa ima dosta prostora za napredak, te na tome treba insistirati putem seminara, dodatne obuke državnih organa, javnim zagovaranjem putem medija i putem drugih dostupnih mehanizama.

4. Zaključak

Maloletna lica, u svojstvu svedoka i oštećenih u krivičnom postupku, zbog posebne osetljivosti, zahtevaju pojačanu pažnju organa vođenja postupka. Ta je potreba posebno izražena kod dece, žrtava krivičnih dela, sa ciljem sprečavanja sekundarne viktimizacije. Pozitivnopravni legislativni okvir pruža solidnu osnovu za zaštitu maloletnih lica. Zaštitni mehanizam maloletnih

oštećenih, prema odredbama ZOM i sektorskim protokolima, u najvećoj meri je usaglašen sa međunarodnim standardima zaštite dece žrtava. Dalji koraci mogli bi biti ka proširenju opsega zaštite na sva krivična dela. Takođe, dostignute standarde zaštite maloletnih oštećenih treba proširiti na sve maloletne svedoke, i regulisati ih u istom propisu. Problem se, međutim, javlja u primeni dostupnih mera zaštite. Naime, istraživanje koje je sprovedla kancelarija Zaštitnika građana,⁷ pokazalo je da se u praksi sudova mehanizmi zaštite maloletnih oštećenih nedovoljno koriste. Reč je, konkretno, o svedočenju iz tzv. „skrin sobe“, putem tehničkih sredstava za prenos i beleženje slike i zvuka. Malobrojni su sudovi koji poseduju opremu za ovaj modalitet svedočenja. Utvrđeno je da je „skrin soba“ opremljena u samo pet gradova u Srbiji, pri Centrima za socijalni rad, a ni one nisu sve u funkciji. S druge strane, u onim sudovima koji poseduju ovu mogućnost, mogućnost svedočenja iz posebne prostorije retko je ili uopšte nije korišćena. Poražavajuće deluje podatak, da su samo tri suda u Srbiji do sada koristila mogućnost svedočenja iz „skrin sobe“. U nekim gradovima sudovi nisu ni bili informisani da su ove prostorije opremljene, što govori o lošoj komunikaciji sa organom starateljstva. U istraživanju primena mera zaštite maloletnih svedoka na području Niša, došli smo do informacija da postoji mogućnost svedočenja iz posebne prostorije, ali se retko primenjuje. U jednom slučaju, u kome je nedavno korišćena ova mogućnost, došlo je do kvara tehnike, pa je saslušanje prenošeno u sudnici samo audio putem. Ni primena drugih propisanih mera nije u potpunosti zaživela u praksi. To se naročito odnosi na broj ispitivanja maloletnog lica. Primećeno je da organi vođenja postupka ne preduzimaju mere, s ciljem sprečavanja kontakta između okrivljenog i maloletnog lica.

Ratifikovani međunarodni dokumenti zahtevaju da se obezbedi sigurnost dece od zastrašivanja, odmazde i sekundarne viktimizacije. U postupanju sa maloletnim oštećenima treba se rukovoditi njihovim najboljim interesom. Sudovi imaju na raspolaganju čitavu lepezu mera kojima se mogu ostvariti navedeni zahtevi. Potrebno je iskoristiti raspoložive resurse, a u onim sudovima, u kojima nije moguća primena nekih mera, učiniti inicijativu da se tehničke mogućnosti poboljšaju. Od velikog značaja za zaštitu dece bila bi bolja

⁷ http://www.pravadeteta.com/attachments/506_14-2681-11-%20misljenje%20final.doc, pristup: 3.9.2013. godine).

komunikacija i koordinacija između sudova, tužilaštava i centara za socijalni rad. Nekorišćenjem raspoloživih resursa nepovoljno se utiče na rast i razvoj dece. Smisao i osnovni cilj propisanih mera zaštite nije da izazovu novu traumatizaciju, već su usmerene ka rehabilitaciji i reintegraciji psihofizičkog zdravlja maloletnih lica. Zbog toga je neophodno vršiti periodičnu edukaciju organa vođenja postupka, te svojevrsnu kontrolu i evaluaciju primenjenih mera zaštite. Samo na taj način, u budućnosti će se, na adekvatan način, zaštititi dobrobit maloletnih lica, koja su subjekti krivičnog postupka sa svojstvom svedoka, a naročito ako su žrtve zlostavljanja i zanemarivanja.

Literatura

Đurđić, V. (2011), *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Niš;

Jovanović, S., Galonja, A. (2001), *Zaštita žrtava trgovine ljudima u krivičnom i prekršajnom postupku*, Beograd;

Konstantinović- Vilić, S., Kostić, M. (2007), Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije primenjene prema maloletnicima u sukobu sa zakonom, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 50, str. 87-102.

Kostić, M. (2009), Viktimologija - savremeni naučni pogled na kriminalitet i njegovu žrtvu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 53, str. 161-182.

Knežević, S. (2010), *Maloletničko krivično pravo – materijalno, procesno i izvršno*, Niš;

Kostić, M., Konstantinović – Vilić S. (2012), *Viktimologija*, Niš;

Stevanović, Č., Đurđić, V. (2006), *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš;

Škulić, M. (2011), *Maloletničko krivično pravo*, Beograd;

Ivan Ilić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Procedural Protection of Juvenile Victims of Negligence and Abuse

Summary

Violence against children is often designated as the worst form of domestic violence, and violence in general. Such a conclusion is a result of multiple factors: children's age and vulnerability, the distinctive features in their physical and mental development which makes them inferior to adults, the kinship (blood relations) and emotional bonds between parents and children, etc. The positive trend in the evolution of the social response to violence against children is reflected in the effort to discover and prevent the abuse, to punish the offenders and to protect the child/victim from secondary victimization during the criminal proceedings.

In the Republic of Serbia, the procedural measures governing the protection of juvenile victims/witnesses are set out in Part III of the Juvenile Justice Act (Act on the Juvenile Offenders and Criminal Law Protection of Minors). However, it was soon evident that there was a need to provide a better legislative framework than the one envisaged in this Act, particularly in terms of ensuring a better protection of minors in the course of criminal proceedings involving children who are victims of abuse and neglect. For this purpose, in 2004, the legislator adopted the National Action Plan on Children in Adversity. This document envisaged the adoption of the General Protocol on the protection of children from abuse and negligence, as well as the adoption of subject-specific protocols which would further regulate the specific procedures for the protection of children-victims in particular social circumstances (health, education, justice) by different social institutions (police, social services).

In this paper, the author analyses the legal framework governing the procedural protection of juvenile victims in the course of criminal proceedings. In addition, the author also explores the statutory provisions (by-laws) adopted in order to establish specific standards and ensure a higher level of protection of juvenile victims against abuse and neglect. In the final part of this paper, the author

analyzes the issues pertaining to the practical implementation of the envisaged legislative framework on the procedural protection of juvenile victims. The author concludes that the envisaged measures are insufficiently applied in practice. For this reason, the judicial authorities should be further encouraged to use them more frequently and more efficiently in the course of criminal proceedings.

Keywords: victim/witness protection, secondary victimization.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija, priložiti i na engleskom jeziku.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Pišu se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Pišu se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodjenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navodjenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Journal of the Law Faculty, University of Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <i>Guidelines for Authors</i> .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i>) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book, (single author)	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду	(Келзен, 2010: 56)
Book, (a number of authors)	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права	First in-text citation: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) A subsequent in-text citation: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Nolte, K. (2007). <i>Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga</i> . U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Article in a journal	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution as an author	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)	(Републички завод за статистику, 2011)
Legal acts and regulations	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62 (2004)	Footnote: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002, <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15. November. 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24. May. 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp