
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 67 | ГОДИНА LIII | 2014

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

Nº 67 | YEAR LIII | 2014

НИШ, 2014.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2014.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Чланови Редакционог одбора из земље

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

Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија
Проф. др Иванова Светлана Анатольевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Јурьевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатури и нотаријата Руске федерације

Секретар Редакционог одбора: доц. др Душица Миладиновић-Стефановић

Преводи: Гордана Игњатовић

Лектура: Александра Гојковић

Технички уредник: Ненад Милошевић

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2014

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Miroslav Lazić, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Editorial Board Members (Faculty of Law):

Prof. dr Dragan Ćorbić
Prof. dr Mirko Živković
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Saša Knežević
Prof. dr Srđan Golubović
Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Aleksandra Gojković

Desktop publishing: Nenad Milošević

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

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

САДРЖАЈ

Уводна реч.....9

І ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ

ДИСКРИМИНАЦИЈА И РОДНА РАВНОПРАВНОСТ

Isabel MARCUS

Reframing Domestic Violence as Torture or Terrorism..... 13

Маријана ПАЈВАНЧИЋ,

Невена ПЕТРУШИЋ

Значај институционалних механизма за
остваривање родне равноправности 25

Наталија ЖУНИЋ

Discrimination against Women and
the Human Rights of Women..... 45

Драган СТОЈАНОВИЋ

Покретање нормативне контроле права
у европском моделу уставног правосуђа..... 59

Милева АНЂЕЛКОВИЋ

Законита неприхватљива пореска евазија –
проблеми дефинисања и спречавања 79

Миомира КОСТИЋ

Старији осуђеници 99

Драгица ЖИВОЈИНОВИЋ

Способност за давање информисаног пристања
на учешће у медицинском истраживању..... 117

Зоран РАДИВОЈЕВИЋ

Одступања од редовног поступка одлучивања о
претходном питању пред Судом правде Европске уније ... 139

Драган ЈОВАШЕВИЋ

Саучесништво у савременом кривичном праву 157

Ирена ПЕЈИЋ

Fundamental Values in New Democracies: The Principle
of Representation in the Serbian Constitution..... 169

Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ	
Иновирање процеса управљања пореском сагласношћу ...	185
Горан ОБРАДОВИЋ,	
Слободанка КОВАЧЕВИЋ ПЕРИЋ	
Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа	199
Небојша РАИЧЕВИЋ	
Предлози за будуће регулисање хуманитарне интервенције.....	221
Славиша КОВАЧЕВИЋ	
Транзициони постулат и емпиријско искуство Србије	239

II ПРИКАЗИ

Славиша КОВАЧЕВИЋ	
Бојан Ковачевић. СКРИВЕНИ ФЕДЕРАЛИЗАМ: Федералистичко искуство у процесима европских интеграција. Албатрос Плус. Београд. 2013.....	257
Александар МОЈАШЕВИЋ	
Александра Јовановић. ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА. Правни факултет Универзитета у Београду. Издавачки центар. Београд. 2008.....	261
Михајло ЦВЕТКОВИЋ	
Међународна научна конференција „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“	267

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Ивана РАКИЋ	
Прописи европске уније о контроли концентрација као извор права у Републици Србији	273
Милош ПРИЦА	
О појму и правном карактеру одрживог развоја: да ли постоји еколошко право?	291
Драгана ВУЈОВИЋ	
Право реалног дуга према нацрту Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије	319
Јелена ШУПУТ	
Државна ревизорска институција и превенција криминалитета белог оковратника у јавном сектору	331
Списак рецензената	347
Упутство за ауторе.....	351

CONTENTS

Editor's Introductory Note.....10

I ARTICLES

IN FOCUS

DISCRIMINATION AND GENDER EQUALITY

Isabel MARCUS,
Reframing Domestic Violence as Torture or Terrorism..... 13

Marijana PAJVANČIĆ,
Nevena PETRUŠIĆ
The Importance of Institutional Mechanisms
for Exercising Gender Equality 25

Natalija ŽUNIĆ
Discrimination against Women and
the Human Rights of Women..... 45

Dragan STOJANOVIĆ
Initiating the Judicial Review in
the European Model of Constitutional Justice..... 59

Mileva ANĐELKOVIĆ
Tax avoidance: Definition and Prevention Issues 79

Miomira KOSTIĆ
Elder Inmates 99

Dragica ŽIVOJINOVIĆ
Capacity to give Informed Consent
to participate in Medical Research 117

Zoran RADIVOJEVIĆ
Exceptions from the Regular Preliminary Ruling Procedure
before the Court of Justice of the European Union..... 139

Dragan JOVAŠEVIĆ
Complicity in the Contemporary Criminal Law..... 157

Irena PEJIĆ
Fundamental values in new Democracies: The principle
of Representation in the Serbian Constitution.....169

Marina DIMITRIJEVIĆ Innovating the Tax Compliance Management Process	185
Goran OBRADOVIĆ, Slobodanka KOVAČEVIĆ PERIĆ Non-pecuniary Damages for Wrongful Dismissal.....	199
Nebojša RAIČEVIĆ Proposals for regulating future humanitarian interventions ..	221
Slaviša KOVAČEVIĆ The Transition Postulate and the Serbian Experience	239

II REVIEW

Slaviša KOVAČEVIĆ Bojan Kovačević. HIDDEN FEDERALISM: Federal experiences in the European Integration Process. Albatros Plus. Belgrade. 2013.....	257
Aleksandar MOJAŠEVIĆ Aleksandra Jovanović. THE THEORETICAL FRAMEWORK OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. The Faculty of Law. University of Belgrade. 2008	261
Mihajlo CVETKOVIĆ INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE „Harmonizing the Serbian Legislation with the EU Law“	267

III PHD STUDENTS' PAPERS

Ivana RAKIĆ European Union Merger Control Rules as a Source of Law In The Republic Of Serbia.....	273
Miloš PRICA On the Concept and Legal Nature of Sustainable Development: Does “environmental law“ exist?	291
Dragana VUJOVIĆ Real charge according to the current Serbian Draft Law on Property Rights and Other Real Rights.....	319
Jelena ŠUPUT The Role of the State Audit Institution in Prevention of White-Collar Crime in the Public Sector	331
List of reviewers	347
Guidelines for Authors.....	354

Уводна реч

Поштовани читаоци,

С обзиром на велики број приспелих радова у току године, Редакција часописа донела је одлуку о промени динамике излажења часописа, која је регистрована у репозиторијуму Народне библиотеке Србије као три свеске годишње. У другој свесци текуће године (бр. 67), која се налази пред вама, публиковани су радови приспели у раније најављеним роковима, док ће трећа свеска (бр. 68) бити тематског карактера и њено објављивање очекујемо до краја 2014. године.

Такође, желимо да обавестимо научну јавност да је приређена Библиографија радова објављених у нашем часопису од његовог оснивања. Библиографија је доступна читаоцима у електронском облику на интернет страници Правног факултета, а ускоро очекујемо и њено штампано издање. На основу полувековне традиције, надамо се да ће Библиографија Зборника радова Правног факултета у Нишу допринети не само научној репутацији и цитираности часописа, већ и постављању доброг темеља развоју правне науке у националним и ширим академским круговима.

У Нишу, новембар, 2014.

*Проф. др Ирена Пејић,
главни и одговорни уредник*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

The Collection of Papers of the Law Faculty in Niš has been registered in the repository of the National Library of Serbia for the publication of three volumes per year. However, given the large number of scientific papers submitted for publication in the current year, the Editorial Board has decided to change the publication dynamics. Thus, this second volume (No. 67) comprises scientific papers received in formerly announced submission terms. The third volume (No. 68) is a thematic publication, which will be published by the end of 2014.

On this occasion, we also wish to inform the academic public that we have compiled the Bibliographic Reference including all scientific papers which have been published in our Law Faculty journal since its first publication in 1962. The Bibliographic Reference is accessible in electronic format at the website of the Law Faculty in Nis. The printed edition of this bulletin will be made available to the readership shortly. Bearing in mind the long standing publishing tradition, we hope that this Bibliographic Reference of all papers published in Law Faculty journal will contribute not only to the professional reputation and citation impact factor of this law journal but that it will also be the cornerstone for a further development of legal science in the national and regional academic and scientific community.

Niš, November, 2014.

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ

**ДИСКРИМИНАЦИЈА И РОДНА
РАВНОПРАВНОСТ**

Isabel Marcus, PhD.*
Professor School of Law,
The State University of New York at Buffalo, USA

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.55

Рад примљен: 24.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

REFRAMING DOMESTIC VIOLENCE AS TORTURE OR TERRORISM**

Abstract: *This paper focuses on the analysis of the phenomenon of domestic violence and the distinctive features for which it may be recognized as a specific form of torture and/or terrorism at home. The author provides an overview of the scientific debate among feminist authors on this conception which has given rise to an innovative approach to understanding the concept of domestic violence. Underscoring the substantive similarity of domestic violence with the acts of torture and/or terrorism, the author urges for state action arguing that domestic violence as a form of gender-based violence should be approached by applying the same logic and strategies which are employed in response to traditional torture and terrorism.*

Key words: *domestic violence, torture, terrorism.*

1. Introduction

Sometime in 1992, my dear, now deceased friend, women's rights lawyer, and law professor colleague, Rhonda Copelon, and I had an extended conversation in which we agreed that, as we were committed to recognizing the sex/gender-specific aspects of domestic violence and its deep connection to women's worldwide inequality, we also were thinking about the merits and legal advantages of broadly reframing the rapidly developing women's rights issue of intimate partner/domestic violence to elicit its commonalities with other well-defined forms of violence - more specifically, torture or terrorism. Rhonda argued for the use of the category of 'torture' and its near relative of 'cruel, inhuman and

* isabelmarcus@yahoo.com

** The topic of this article is based on the paper I. Marcus "Reframing "Domestic Violence": Terrorism in Home" published in: M. Fineman, B. MyKitiuk (eds.), *The Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse*, Routledge, 1994. pp. 11-36.

degrading' treatment (Copelon, 1994). I found arguments for exploring the category of 'terrorism' (Marcus, 1994). The conversation was a thought-provoking one; it ranged from the content of existing human rights norms to legal procedural considerations that might follow from such a reframing. We concluded by agreeing that we needed to pursue the implications of our respective positions.

At the time, in some countries and in international human rights fora, feminist activists and advocates had made some headway in developing the category of gender-based violence—violence against women because they are women as an unequivocal human rights violation. That violence included rape in all settings from conflict zones to the marital bed, honor killing, and domestic/intimate partner systemic violence (likely to occur in the home, a culturally identified the 'safe' and 'appropriate' place for women). These activists noted that the number of victims of gender-based violence exceeds those of war and of brutal dictatorships. (Copelon, 1994: 292). In 1992, the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women published its General Recommendation No. 19, on violence against women.¹ In 1993, at the Second World Conference on Human Rights held in Vienna, women's advocacy groups succeeded in placing violence against women on the agenda. The Vienna Declaration and Program of Action, generated by the conference, stressed the importance of working towards the elimination of violence against women in public and private life.²

As academics and activists, Rhonda and I in our respective teaching and NGO work relied on feminist analyses of domestic violence which rest on premises that "the vulnerability of women as a group to the violence is caused by a combination of (1) traditional news about male and female roles and hegemony which may make it difficult for authorities to oppose violence in a relationship...; (2) the private nature of systemic intimate violence...; (3) the concomitant escalation of extreme violence upon separation; (4) economic difficulties restraining women's freedom; and (5) the acquiescence of the victim's community to the violence." (Meyersfeld, 2010: 124).

We independently had come to the conclusion that a reframing would enhance feminist efforts to relocate the legal issue of domestic violence, which hitherto had been identified as occurring in the private sphere of home and family—a posture that protected perpetrators from state intervention and legitimate the partial or total impunity they enjoyed (Copelon, 1994: 297). Since one of the most important state justifications for inaction was the prevailing culture, which persistently trivialized the violence as the chastisement or disciplining

1 74 UN Doc.HR/GEN/1 (1992).

2 Vienna Declaration and Program of Action, Section II B, para 38, UNDOC.A/Conf 157/24, 12, July 1993.

of women (Copelon, 1994: 296), we believed that such a reframing could help to transcend these deeply-rooted cultural protections accorded to perpetrators and assist in the world wide campaign for the transcultural and transnational indictment of domestic violence. Reframing, we believed, could move beyond prevailing many of the simplistically reductionist explanations for the violence to an analysis of the political and cultural context of gender-based power and control in order to generate state action (Marcus, 1994: 34).

In effect, our suggestions of connecting domestic violence to torture or terrorism were not deflections or diversions from the goal of expanding the women's rights canon, but rather directed at a fuller understanding of domestic violence as a social and individual choice to do harm.³ We recognized that even though both torture and terrorism are unique in their egregiousness, our purpose was to educate about commonalities as well as sex specific aspects" (Copelon, 1994: 299). Our concern was whether privately inflicted gender violence would be treated unequivocally as a human rights violation and as one giving rise to *enforceable* as opposed to precatory⁴ state responsibility. (Copelon, 1994: 294-295).

Like other feminist legal theorists, we understood that even as domestic violence occurs worldwide in different settings and cultures, and is affected by race/ethnicity, class, sexual orientation, disability, and immigrant or refugee status, such violence has universal properties. First, that the violence is connected to 'harmful' masculinity (Anderson, 2008) - social and cultural patterns of conduct and practice associated with gender. Second, that it violates women's dignity, and bodily and psychological integrity. Third, that it often involves intentional conduct. Fourth, that it is practiced with impunity because perpetrators are rarely punished and, in so many cases, there are few, if any, remedies for the suffering inflicted upon the woman survivor/victim. Fifth, that women abused by their spouses/partners are likely to be silent about domestic violence - a testament to the power of patriarchal⁵ culture associated with shaming, stereotyping and stigmatizing those who publicly disclose the violence. Sixth, that women's relationships to society and the state are widely mediated through men and

3 Acts of systemic intimate violence include: punching; shouting; battering; biting; burning; hacking; electrocution; starvation; mutilation; sleep deprivation; forced sexual touching; forced sexual activities with third parties; poisoning; exposure; property destruction; murder, withholding medical care; threats of harm; threats to remove children; threatening to use a lethal weapon; persistent shouting; unrelenting accusations of infidelity; controlling day to day activities; isolation; and threats of suicide. (Meyersfeld, 2010: 115).

4 Precatory is defined as requesting, recommending or expressing a desire for action but usually in a non-binding way. Garner, B. (ed) Black's Law Dictionary, 9th ed. 2009.

5 In ideology and practices, patriarchy, the world-wide dominant governing sex/gender regime, addresses issues of control over the infliction of violence and, when warranted, redress for violence deemed illegal or illegitimate in law or cultural practice.

patriarchy constitutes men as a parallel state in many women's lives (Copelon, 1994: 299). Seventh, that the worldwide incidence and frequency of domestic violence are 'dark numbers'.⁶ (Marcus, n.d.).

In 1994, Rhonda Copelon wrote a signature article "Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture". My essay "Reframing "Domestic Violence": Terrorism in the Home" was published in the same year in a volume discussing the public nature of private violence.

In 2014, twenty years after Rhonda and I had written our respective articles, I decided to revisit them. Fully aware that in the interval between our conversation and the present, an enormous amount of scholarly and activist work at domestic, regional and international levels has enriched our understanding of domestic violence (or intimate partner violence) I asked myself several questions. What can be learned by revisiting these two articles, written in a different period when domestic violence, though integrated into the women's rights canon as women's right to be free from gender-based violence as well as other violence, was still a contested subject in the broad international human rights canon? Were our efforts ultimately mere symbolic gestures generated by the frustration of hearing domestic violence normalized, naturalized, mocked, disregarded, dismissed, or ignored in popular discourse as well as in legal system proceedings?

2. Discussion of the Literature

2.1. Domestic Violence, Torture, and Terrorism

Strategically, Copelon's reframing of domestic violence as torture or cruel, inhuman or degrading treatment had the advantage of recognition under an international human rights legal umbrella — the making of the International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment⁷ made torture "non-derogable".⁸ In addition, torture has as an extensive historical pedigree replete with admittedly chilling details of various inventive practices in different societies. Although the drafters of the international UN Convention Against Torture and the Inter-American Torture Convention⁹ did not have gender-based violence in mind, they did expand the concept of state involvement in torture beyond active complicity to include passive involvement in privately inflicted torture including individual violence (Copelon, 1994: 297).

6 In the socialist countries of Eastern Europe, phenomena known to exist but unrecorded or undocumented were called dark numbers.

7 The International Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

8 Not respectable or abrogatable by later law to limit the utility and force of a provision.

9 Inter-American Convention to Prevent & Punish Torture OAS/Serv. L/V/I.4rev (2000).

Both forms of state involvement, Copelon argues, are “broad enough to embrace the failure of government to redress domestic violence (Copelon, 1994: 355). In her analysis, domestic violence as torture encompasses a broader range of cases than servitude which is outlawed under international law. Conversely, domestic violence of lesser severity clearly qualifies as cruel inhuman and degrading treatment which, in human rights law, encompasses less severe forms of (official) violence (Copelon, 1994: 298). The distinction between torture and domestic violence does not lie in the severity of the experience or the tendency to differentiate physical and mental brutality. It flows from the different degrees to which society recognizes both physical and psychological brutality and suffering in the two (private and public) contexts complicated by gender (Copelon, 1994: 324-325). Her primary goals are to challenge the assumption that intimate partner violence is a less severe and terrible form of violence than that perpetuated by the state (Copelon, 1994: 352) and to trigger a range of state responsibilities. She seeks to determine whether torture and domestic violence are “equivalently heinous” (Copelon, 1994: 308).

She recognizes that understanding the battery and sexual abuse of women by their intimate partners—perhaps the most common and dangerous form of gender-based violence—as torture, thereby giving rise to obligatory international and national responsibilities, is a ‘hard case’ from the conventional human rights lens. But, it is an *obvious* one from women’s experience (Copelon, 1994: 295). Consequently, she embarks on a well-developed comparative analysis examining the methods, goals, context, and effects of torture and of domestic violence. She is mindful of the caveat that just as torture is affected by differences in political, social, economic, and gendered contexts, so, too, in domestic violence women are marked by differences (racial or ethnic, class, culture and sexuality) (Copelon, 1994: 299).

Torture involves intentional infliction of pain against the will of the victim (Copelon, 1994: 315). It, thereby, ascribes culpability to the aggressor (Copelon, 1994: 325) - either the state through its agents or non-state actors using torture in conflict situations. In her review of international legal standards concerning torture, she notes that individual malice is not necessary and loss of control is not exculpatory (Copelon, 1994: 328). The use of torture is an abuse of power and an offense against human dignity (Copelon, 1994: 320) regardless of whether the contention is that its purpose is to elicit information (Copelon, 1994: 331-333), to punish, (Copelon, 1994: 333-337), to intimidate (Copelon, 1994: 337-339), for any reason based on discrimination of any kind (Copelon, 1994: 339-340), or to obliterate the personality or diminish capacities (Copelon, 1994: 341). So, too, is domestic violence an abuse of power for a profoundly similar variety of reasons. In both instances, these purposes violate human rights norms. Therefore, she

concludes, the application of Convention Against Torture to domestic violence is appropriate and warranted.¹⁰

Fourteen years after Copelon published her article, the second thematic report¹¹ of the Special Rapporteur on Torture to the UN Human Rights Council has authoritatively categorized domestic violence as a form of torture. It confirms that the purpose element requirement is always fulfilled in gender-specific violence against women which is inherently discriminatory¹² and that the continuum of harm is a process.

In "Reframing Domestic Violence: Terrorism in the Home," my analysis develops the commonalities between domestic violence and terrorism. Terrorism, like torture, also is widely condemned in the international human rights canon. But, it is not the subject of a treaty instrument.¹³ It encompasses collectively oriented strategies and practices of coercive violence on targeted populations to generate high levels of public anxiety. Copelon refers to family traditions of punishing disobedience and disciplining by loss of liberty (both integral components of the rationale for domestic violence) as a *culture of terror* (Copelon, 1994: 293). In later domestic violence literature, domestic violence is characterized as 'terroristic control' to underscore the scope of the control tactics used by the perpetrators of the violence. (Johnson, 1995: 285-86).

I argue that terrorism relies on three fundamental tactics to terrorize individuals (and populations) and, thereby, enhance perpetrators' credibility: unannounced and seemingly random, but, actually, calculated attacks of violence; psychological as well as physical warfare aimed at silencing protests and minimizing retaliatory responses from the targets of violence; and the creation of an atmosphere of intimidation in which there may be no truly safe place to which the targets

10 Copelon also considers arguments for domestic violence as an independent human rights violation given its historic invisibility trivialization, particular character and effects (360) and for law gender-based violence as *jus cogens* which embraces values of supreme, overriding and fundamental importance to the international community thereby taking precedence over treaties to the contrary, and being non-derogable (p. 365-367).

11 UNHRC Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Manfred Novick: Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights Including the right to Development (15 January 2008) UNDOC A/HRC/7/3.

12 Special Rapporteur on Torture, 2008 Report, para 68.

13 The U.N. has produced a number of General Assembly resolutions on terrorism Including UN Global Counter Terrorism Strategy UNGAOR 65th Session, Agenda Item 150, UN Document A/Res/65/297 8 September 2010 and Measures to Eliminate International Terrorism UNGAOR 65th Session Agenda Item 107, UN Document A/Res/65/34 6 December 2010 'with particular alacrity and consistency since the 9/11 terrorist attacks.

can escape - thereby making it difficult to judge when and whether targeted individuals are safe or at risk. Personal identity and human connection are deeply compromised; they are replaced by a widespread sense of insecurity, passivity, and defeatism (Marcus, 1994: 31-32).

That said, not all persons, who become targets of terrorism, respond in similar ways or even in a consistent manner over time. Nor are conventional general categories of class, race, or ethnicity accurate predictors of individual responses to the violence. Moreover, characterizing the targets of terrorism as either only victims or only resisters risks overstructuring or overdefining them. Some targets may respond with acts directed against the perpetrators of the violence; other targets may consider their very survival as a challenge to the terrorism; yet others may succumb to understandable feelings of defeat and denial (Marcus, 1994: 32).

I contend that there are striking parallels and similarities between terrorism as a strategy used to destabilize a community or society consisting both of women and men, and domestic violence abuse perpetrated against women. Violence against women in intimate partnership relationships is designed to exercise and maintain domination and control, to enhance or reinforce advantages, and to defend or maintain privileges. As targets of domestic violence, many women live in a world punctuated by violent, traumatic and/or catastrophic events, some of which are predictable and others unpredictable—tailored by the perpetrator to the domestic intimate context. These events include threats and humiliation, stalking, surveillance, coercion, and physical or psychological violence. Whether that violence is identified as the imposition of discipline, as a strategy of family governance, or as an act of the assertion of masculinity, women can be kept in their culturally and socially designated ‘place’ as well as threatened with or actually lose their social attachments. For many victim/survivors the perpetrator often appears to be omnipotent and omniscient.

“Just as persons caught in situations of politically inspired terrorism display a range of responses to the fear and tragedy it generates, so too, women whose experience in intimate partnering situations is marked by violence demonstrate a variety of behaviors and coping mechanisms for their situation.” (Marcus, 1994:33). That said, the reaction to such traumatic or catastrophic events experienced by many targeted women is more than fear for their immediate safety or the safety of their children. The trauma of the violence governs, guides, or influences their actions and decisions. In such situations, survival becomes a form of resistance to domestic violence terrorism (Marcus, 1994: 32-33).

Unlike targets of politically inspired terrorism or torture, however, women, who are targeted in domestic violent relationships, often do not elicit sympathy or

respect for the oppression they face. All too often, there is a conceptual shift to a focus on the nature and extent of their “provoking” the violence and abuse. This shift is of crucial significance. It disconnects the violence from the social, cultural, economic, and political context of sex-gender domination and subordination. Instead, abused women become the incarnation of prevailing gender stereotypes, such as “nagging bitch,” a woman with a “bad attitude,” or a castrating female” (Marcus, 1994: 33).

3. Analysis

If one accepts the arguments in the previous section of this paper that domestic violence appears to share similar properties with torture and/or terrorism, the next step is to assess the utility of these broader human rights categorizations for the major actors involved with the violence - victim/survivors, perpetrators, and the state. Here similarities and differences among torture, terrorism, and domestic violence are relevant and important.

Insofar as the victim/survivor is concerned, both torture and terrorism are useful categories in providing heightened public recognition not only to the levels and extent of physical pain and suffering, but also to psychological suffering and damage as well as other forms of coercion. Arguably, given the condemnation of both torture and terrorism as reprehensible forms of violence, recognition of their similarities and connections to domestic violence may assist in capturing public attention to domestic violence in its broader political context. Such recognition may enable us to pay closer attention to victim’s voices and stories.

That said, for the victim/survivor there are differences between torture/terrorism and domestic violence. Though torture and terrorism can be imposed on both sexes, in ‘traditional’ torture situations, men are much more likely to be the targets and, thus, the preponderance of victim/survivors. In domestic violence situations, however, an overwhelmingly disproportionate number of women are the victim/survivors.¹⁴

In domestic violence situations, the perpetrator seeks to establish his dominance not only by terrorizing the victim but also by shaming her and degrading her in the eyes of others, so that she will be stigmatized and scorned should the crime be disclosed. (Herman, 2005: 200-201). Whereas, victims need social acknowledgement and support, in legal proceedings, should they seek redress, they endure a public challenge to their credibility. (Herman, 2005, 202).

14 See Council of European Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, Istanbul, 11v. 2011 Art. 2.1 Scope of the Convention.

In addition, unlike domestic violence situations, where gender-inflected provocation is often attributed to the victim/survivor as a culturally accepted mitigating circumstance or explanation, torture and terrorism do not generate such excuses (Copelon, 1994: 361).

Insofar as understanding the status and actions of perpetrators of domestic violence is concerned, both torture and terrorism are useful categories. In both, men are overwhelmingly the perpetrators of the violence. The perpetrators' acts of violence reveal the deliberate intent to control and coerce the victim(s) to conform in designated ways, to set an example, and to send a warning of the risks individuals run by failing to meet perpetrators' desires, requirements, and demands. Likewise, the ample domestic violence literature discusses strategies of control and coercion indicative of perpetrators' intent. In addition, in traditional torture and terrorism, perpetrators are not deterred by existing laws and legal systems. Given the contemporary extent and frequency of domestic violence, the same logic may apply to domestic violence perpetrators in many states, even those with laws on the books ostensibly punishing the violence. (WHO, 2002).

Insofar as the role of the state in responding to domestic violence is concerned, torture or terrorism can be useful categories as well. Until now, however, they are not well integrated into political/legal discourse. Whereas torture and terrorism are highly politicized categories encompassing perpetrators' accountability for their actions and consequences, until recent times, domestic violence has been a depoliticized category enabling custom to prevail and avoiding purposive gender-based dynamics of domination and subordination (Copelon, 1994: 328-29). Unlike torture and terrorism, widely perceived as fundamental violations of individual and communities, gender-based domestic violence still is widely excused, thereby feeding men's sense of entitlement, and the victim's sense of culpability. (Copelon, 1994: 362). There is, however, growing recognition of the need for state action¹⁵ to protect victim/survivors and punish perpetrators by criminalizing domestic violence, providing civil remedies such as orders of protection and other safety measures, and acting with due diligence to effectively implement the law so that victim/survivors can begin to trust the state. (Marcus, 1994: 32-34).

Torture or terrorism by state agents can be stopped; torture or terrorism by non-state perpetrators can be eliminated through negotiations or more drastic militarized state action. Neither of these strategies work for domestic violence which is based on deeply rooted sex/gender inequalities.

15 In *Opuz v. Turkey* (app.no.33401/02 (ECHR9 June 2009), the European Court of Human Rights in Strasbourg recognized this that state obligations to protect victims of domestic violence from torture, inhuman and degrading treatment under Article 3.

4. Summary

Both reframings of domestic violence, as torture or terrorism, jolt our consciousness and, hopefully, our conscience. They uncover the deep affinities of domestic violence with categories of violence that are universally condemned as human rights violations because they deny human dignity and integrity. They shock us into recognition of the extent to which domestic violence cannot be narrowly cabined or diminished or controlled by reliance on formal equality. They help us understand that domestic violence is a form of substantive gendered inequality - a societal distribution, at both individual and structural levels, of who does and is allowed to do what to whom. Domestic violence violates the rights of women who, like men, are entitled to integrity, security and dignity. It constitutes discrimination against women by maintaining both the individual woman and women as a class in an inferior and subordinated position within their respective societies.

Consideration of domestic violence under the rubric of torture or terrorism is not designed to raise the threshold of what constitutes domestic violence. Nor does it entail the disregard for diminution of its consequences. Nor does it undermine recognition of survivor/victim's agency and resistance. Rather it provides greater space for the silenced voices of significant numbers of women by acknowledging their painful, shocking, lived experiences (WHO, 2002) and eliminating the normalization of their pain and trauma. It helps in the worldwide campaign to change the nature of the specific behavior from acceptable to unlawful (Meyerfeld, 2010: 267).

References

- Anderson, K., (2008) *Violence Against Women: State Responsibilities in International Human Rights Law to Address Harmful Masculinities*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 26/2, 173-197.
- Copelon R., (1994) *Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture*, Columbia Human Rights Law Review 25: 291.
- Herman, J., (2005) *Justice from the Victim's Perspective*, Violence Against Women Journal, 571-601.
- Johnson, M., (2005) *Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Forms of Violence Against Women*, 57 Journal of Marriage and the Family 57, 2, 283-94.
- Marcus, I, *Reframing Domestic Violence: Terrorism in the Home* in M. Fineman and R. Mykitiuk (eds), (1994) *The Public Nature of Private Violence: The Discovery of Domestic Abuse*, Routledge, 11-35.

Marcus, I., *Dark Numbers: Domestic Violence in Hungary, Poland, Romania, and Russia* (unpublished manuscript on file with the author).

Meyersfeld, B., (2010) *Domestic Violence and International Law*, Oxford: Hart.

Stark, E., (2007) *Coercive Control, How Men Entrap Women in Personal Life*, Oxford: Oxford University Press.

WHO, (2002) *World Report on Violence and Health*, WHO: Geneva.

Др Изабел Маркус,
Професор Правног факултета
Државни универзитет државе Њујорк, Бафало, САД

Редефинисање концепта насиља у породици као акта тортуре или тероризма у породици

Сажетак

Нови дискурс у схватању насиља у породици, које се одређује као акт тортуре или тероризма у породици, представља атак на нашу свест и има за циљ да је пробуди. Ова нова одређења разоткривају дубоку подударност насиља у породици са категоријама насиља које су предмет опште осуде, јер представљају повреду људских права и негацију људског достојанства и интегритета. На крајње алармантан начин она нас приморавају да схватимо до које мере насиље у породици не сме бити уско или олако схваћено, укалупљено или ограничено ослањањем на формалну једнакост полова. Ова нова схватања нам помажу да препознамо да је насиље у породици облик фактичке родне *неједнакости* која, како на индивидуалном тако и на структуралном нивоу, представља образац социјалне дистрибуције родних улога: шта је коме дозвољено или шта ко може да чини другоме. Насиље у породици представља повреду права жена које, као и мушкарци, имају право на поштовање личног интегритета, сигурности и достојанства. Насиље у породици представља и дискриминацију жена, под којом се подразумева инфериоран и подређен положај сваке жене понаособ и свих жена, као социјалне категорије у одређеном друштву.

Успостављање новог оквира за редефинисање насиља у породици као акта тортуре или тероризма у породици није усмерено ка подизању нивоа онога што чини насиље у породици. Нови оквир нипошто не представља обезвређивање последица насиља у породици, нити има за циљ да на било који начин оспори социјално препознавање патње и отпора преживелог/

жртве. Он првенствено обезбеђује више простора да се чују ућуткани гласови великог броја жена које су биле изложене оваквим видовима насиља у породици, али представља и прилику да друштво спозна болна и застрашујућа искустава која су те жене преживеле (Светска здравствена организација, 2002) и спречи “тривијализацију” њихове патње, као и даљу трауматизацију. У светским размерама, нови оквир може да представља почетак заједничке акције која би довела до промене одређених облика понашања, који би од социјално прихватљивих постали неприхватљиви и незаконити.

Кључне речи: насиље у породици, тортура, тероризам.

Др Маријана Пајванчић,*
Редовни професор Факултета за европске
правно-политичке студије, Нови Сад
Др Невена Петрушић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу**

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 305:340.13](497.1)

Рад примљен: 30.09.2014.
Рад прихваћен: 01.12.2014.

ЗНАЧАЈ ИНСТИТУЦИОНАЛНИХ МЕХАНИЗАМА ЗА ОСТВАРИВАЊЕ РОДНЕ РАВНОПРАВНОСТИ***

Апстракт: У раду су анализиран институционални механизми родне равноправности, образовани у оквиру државне структуре, чија се надлежност односи на родну равноправност. Циљ рада је да се критички сагледа и оцени актуелни институционални оквир родне равноправности у Србији на националном нивоу, с аспекта његове функционалности и делотворности у интегрисању родне перспективе у све законе и политике. На основу резултата анализе, понуђени су предлози за нормативну доградњу и унапређивање институционалног оквира.

Кључне речи: родна равноправности, институционални механизми, родна перспектива, заштита од родне дискриминације.

* marijana.pajvancic@gmail.com

* nevena.petrusic@gmail.com

** Коауторски допринос Невене Петрушић резултат је рада на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

*** Рад је настао на темељу претходног истраживања ауторки и делимично објављених резултата истраживања институционалних механизма за остваривање родне равноправности на националном и међународном плану, на шта се ауторке позивају у списку понуђене литературе.

1. Уводне напомене

У савременим демократским друштвима равноправност мушкараца и жена, која подразумева равноправну заступљеност, моћ и учешће оба пола у свим сферама друштвеног живота,¹ представља основно право и кључну моралну и правну вредност. Да би било остварено, ово право мора бити не само законски признато, већ и ефективно примењено у свим аспектима живота: политичком, економском, друштвеном и културном (*The European Charter for Equality of Women and Men in Local Life*, 2006).

Искуство је показало да остваривање родне равноправности² захтева интегрисање родне перспективе (енгл. *Gender Mainstreaming*) у све политике, на свим нивоима и у свим фазама одлучивања (Европска комисија, 1996).³ Најважнији инструмент овог процеса јесте процена утицаја који сваки закон, политика и програм производе у односу на жене и мушкарце (енгл. *Gender Impact Assessment*), а његов крајњи циљ је успостављање родне равноправности, која подразумева једнака права и једнаке могућности за жене и мушкарце (United Nations Economic and Social Council, 1997).

Упоредноправна искуства потврђују да је за политику родне равноправности од кључног значаја ваљан интитуционални и правни

1 EG-S-MS: Završni izvještaj o aktivnostima grupe specijalista za mainstreaming, 2004. Savet Evrope, Generalna direkcija za ljudska prava Saveta, Strazbur.

2 С обзиром да друштвена улога мушкараца и жена није условљена њиховим биолошким разликама, користи се израз «родна равноправност», а не «равноправност полова», чиме се указује на равноправни положај, третман и могућности мушкараца и жена у друштву, а да се притом уваже биолошке разлике које међу њима, свакако, постоје. Вит. (Јарић, Радовић, 2011: 151); (Докмановић, 2014: 2).

3 Концепт *Gender Meinstreaming* је нови приступ у остваривању родне равноправности, који је заменио деценијама примењиван приступ усмерен на жене. До заокрета је дошло на Четвртој светској конференцији жена, која је под окриљем УН одржана 1995. године у Пекингу, и на којој је усвојена Пекиншка декларација и Платформа за акцију. Опредељење за *Gender Meinstreaming* приступ, који представља темељни оквир за унапређивање родне равноправности, проистекло је из става да напоре усмерене на унапређење родне равноправности не би требало ограничити само на примену закона, мера и политика, већ да родни аспект у њих мора бити суштински уткан од почетка, још у процесу њиховог обликовања. На нивоу Европске уније концепт *Gender Mainstreaming* први пут је definisan 1996. године, у документу *Evropske komisije Incorporating Equal Opportunities For Women And Men Into All Community Policies And Activities COM (96) 67 final*. Retrieved 24 August 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0067&from=EN>. О концепту *Gender Meinstreaming*, за који Марина Благојевић Хусон користи израз „уродњавање“ видети шире: Благојевић, 2002:43; Tisheva, 2012: 26-27. Видети и: *Gender Mainstreaming: Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices*, Expert Group Final Report, (EG-S-MS), Council of Europe, EG (99) 3, Strasbourg, February 1999.

оквир.⁴ Његови најважнији елементи су *институције* образоване у оквиру државне структуре, чије се надлежности односе на родну равноправност, *инструменти* који служе креирању, остваривању и заштити нормативно гарантоване родне равноправности, као и *стратегије* које дефинишу правце деловања, приоритете и обавезе органа јавне власти у области родне равноправности.⁵

Преглед активности које су се после промена 2000. године одвијале у Србији показује да је процес изградње правног и институционалног оквира текао споро, уз много препрека, лутања и несналажења.

Законски оквир родне равноправности и заштите од дискриминације, успостављен је 2009. године усвајањем два кључна закона: Закона о забрани дискриминације⁶ и Закона о равноправности полова⁷ и чије

4 Преглед институционалних механизма у државама Европске уније видети у: Effectiveness of Institutional Mechanisms for the Advancement of Gender Equality Review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the EU Member States, Retrieved 24 August 2014 from http://eige.europa.eu/sites/default/files/MH0213481ENC_0.pdf.

5 У домаћој правој терминологији још увек нису сасвим уједначени термини којима се означавају појмови релевантни за област родне равноправности, иако за тим постоји потреба, што је често последица проблема у превођењу међународних докумената. У овом раду се термин „*институционални механизам родне равноправности*“ користи као генерички појам и означава сваку организациону форму која делује у области равноправности полова, у оквиру државне, регионалне или локалне власти. Термином „*нормативни инструменти*“ означавају се међународни и национални правни извори који дефинишу нормативни оквир родне равноправности и његову примену, док се термин „*стратегије*“ користи као заједнички назив за прописе којима се креира политика деловања у области родне равноправности на националном, регионалном и локалном нивоу.

6 *Сл. гласник РС*, бр. 22/09 – у даљем тексту ЗЗД. Приликом доношења овог закона испоставило се да и извршна и законодавна власт зазиру од тога да се супротставе снажним конзервативним тенденцијама у друштву и моћним факторима који их заступају. Нацрт овога либералног закона био је привремено повучен из процедуре због противљења Српске православне цркве (СПЦ), којој су се у тој ствари придружиле и друге „традиционалне“ цркве. Оцењено је да отпор према овом нацрту био у првом реду изазван одредбама које су особе другачије сексуалне оријентације штитиле више него до сада (Вид. Извештај о стању људских права за 2009. годину, Београдски центар за људска права, Retrieved 27 August 2014 from <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/ljudska-prava-u-srbiji-2009.pdf>).

7 *Сл. гласник РС*, бр. 104/09 – у даљем тексту ЗРП. Од израде првог нацрта до усвајања закона протекле су пуне четири године. Први нацрт припремљен је 2005. године и јавно је публикован у књизи *Ка закону о равноправности полова*, који је 2006. објавио Покрајински завод за равноправност полова. Током 2006. године о њему је вођена широка јавна дебата, као и кампања у прилог његовом усвајању (видети *Зборник јавно заговарање доношења Закона о равноправности полова – Усусрет Закону о равноправности*

су доношење пратили снажни отпори. Усвајањем ЗРП по први пут је посебним законом операционализовано право на равноправност жена и мушкараца, као једно од основних људских права и основних вредности демократског друштва, које је гарантовано основним одредбама Устава Републике Србије (Рајванчић, Петрушић, Јаšаревић, 2010: 5).⁸ ЗЗД заокружено је национално антидискриминационо законодавство и успостављен је целовит и кохерентан систем заштите од дискриминације (Петрушић, 2012: 905-922).⁹

Када је реч о структури институционалних механизма, она се перманентно мењала, што је резултат непостојања дугорочног плана и јасне визије о њиховом развоју, њиховог значаја и улоге коју имају у остваривању и заштити права на равноправност. У успостављању институционалних механизма лидерску улогу имала је АП Војводина, која је први механизми за постизање родне равноправности основала 2002. године (Пајванчић, 2006: 9-25; Шијачки, 2005: 3).

Тешкоће су пратиле и усвајање стратешких докумената. Прва Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности, 2009–2015¹⁰ усвојена је тек 2009. године. Њоме је предвиђено интегрисање родно осетљиве политике у целокупну институционалну сферу, као и предузимање посебних мера за превезилажење негативних разлика и родно осетљивих дефицита у свим сферама јавног

полова – европска будућност Србије, Центар модерних вештина, Београд, 2006). У парламентарну процедуру упућен је 2006. године, али је у неколико наврата повлачен, па поново враћан у процедуру, иако је означаван као закон од приоритетне важности. Обично је то било у оквиру неке од изборних кампања, уз чврсто обећање да је то један од приоритетних закона на парламентарној агенди, као и да се веома брзо након избора очекује његово усвајање. Последњи пут учињено је то маја 2008. године, само неколико дана пре одржавања избора. На регионалној конференцији (децембар 2008. године у Београду) поновљена су обећања о приоритету и значају усвајања Закона о равноправности полова из маја 2008. године. Закон је усвојен децембра 2009. године (Шире: Рајванчић, 2012: 79 – 135).

⁸ *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 – у даљем тексту: Устав. У чл. 15. Устава прописано је да држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности. Уставом је, поред начелног гарантовања равноправности жена и мушкараца, прописана обавеза државе да води политику једнаких могућности како би се начелна гаранција равноправног статуса жена и мушкараца могла и ефективно остварити. (Шире: Пајванчић, 2009:24-25). О родно сензитивним одредбама Устава, видети: Пајванчић, 2007: 25-57; Пајванчић, 2008: 31-41.

⁹ Право на недискриминацију гарантовано је чл. 21. Устава, а право на судску заштиту у случајевима повреде и ускраћивања људских (и мањинских) права гарантовано је чл. 22. Устава.

¹⁰ *Сл. гласник РС*, бр. 15/2009.

и приватног живота. Акциони план за спровођење стратегије донет је тек 2010. године, с тим што су финансијска средства за његово спровођење утврђена само за 2010. годину. У међувремену, на националном нивоу донето је и неколико посебних стратегија, као што су Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима из 2011,¹¹ Национални акциони план за примену Резолуције 1325 СБ УН у Србији из 2010¹² и др. Низ општих и секторских стратешких докумената донето је на регионалном и локалном нивоу.¹³

Овај рад посвећен је *институцијама*, једном од три базична стуба родне равноправности, на којима почива изградња демократског друштва заснованог на људским правима и праведном односу полова. Циљ рада је да се критички сагледа и оцени актуелни институционални оквир родне равноправности у Србији и да се понуде предлози за његову доградњу и унапређивање. У средишту пажње је неколико кључних питања: Да ли у правном систему постоје институционални механизми неопходни за ангажман на остваривању родне равноправности? Да ли су регулисани свеобухватно и реалистично? Да ли су јасно системски позиционирани и инкорпорирани у целину уставних институција као њихов организациони и функционални део? Да ли су дефинисане јасне, формализоване и унапред прописане процедуре њиховог учешћа у креирању, усвајању и примени прописа и политика?

2. Институционални механизми

Институционални аранжмани на подручју родне равноправности укључују институције које делују у оквиру легислативе, институције које делују у оквиру егзекутиве, као и институције које делују на подручју заштите родне равноправности.¹⁴ Због ограничења у погледу обима рада, анализа

11 *Сл. гласник РС*, бр. 027/2011.

12 *Сл. гласник РС*, бр. 102/2010. Резолуција 1325 Савета безбедности Уједињених нација под називом „Жене, мир и безбедност“ усвојена је 31. октобра 2000. године. У њој су наглашене последице крвавих конфликта на жене и девојке, као и важност улоге жена у изградњи мира и у постконфликтном опоравку земље. То је једна од најважнијих резолуција УН у области мира и безбедносне политике, која је суштински посвећена поштовању људских права жена (Стојковић: 2011: 35-49).

13 Видети: Извештај о положају жена и стању родне равноправности у Републици Србији - за период 2008.-2012. година, Управо за родну равноправност, Београд, 2013, Retrieved 24 August 2014 from http://www.gendernet.rs/files/dokumenta/Izvestaji_Uprave/IZVESTAJ_o_rr_2008-2012.pdf

14 После промена 2000. било је потребно створити претпоставке за формирање тела за равноправност полова у институцијама, јер оне нису постојале. Активности на овом

је ограничена на институционалне механизме на државном нивоу, иако су за остваривање родне равноправности веома значајни институционални механизми на покрајинском и локалном нивоу.¹⁵

2.1. Институције које делују у оквиру легислативе

У оквиру легислативних тела постоје институције чија надлежност укључује и родну равноправност. У парламентарној пракси у Србији институционални аранжмани су се временом мењали.

Прво стално радно тело за равноправност полова Народне скупштине Републике Србије установљено је 2003. године¹⁶, у оквиру њеног V сазива.¹⁷ Реч је о Одбору за равноправност полова. И у каснијим сазивима Народна скупштина је имала ово тело, које је надлежно да разматра предлоге закона и других прописа са аспекта равноправности полова, прати вођење политике, извршавање закона и других прописа који се односе на равноправност полова. Активности овог радног тела, које су се на почетку сводиле на разматрање и пружање подршке законима из сфере рада,

плану започеле су 2001. Иницијатива је изнета на Конференцији *Перспективе жена у новом политичком контексту*, 22. VI 2001. Предлоге и образложење припремила је проф. др М. Пајванчић. Полазећи од међународних докумената и потребе за формирањем ових институција истакнут је захтев за успостављање механизма за родну једнакост у скупштинама, извршној власти и за увођење инструмената за заштиту женских људских права. Шире: Пајванчић, М., Равноправност полова у политичком животу, Retrieved 24 August 2014 from <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2011/2414banja-luka-primjena-zakona-o-ravnopravnosti-polova/554-materijal-mpajvancic-iv/file>. Видети и: Babović, Vuković, Subotički, Prohaska, Janković, Rodna ravnopravnost na lokalnom nivou, priručnik, Retrieved 24 August 2014 from <http://www.secons.net/admin/app/webroot/files/publications/Rodnaravnopravnostnalokalnomnivou-priru%C4%8Dnik.pdf>

¹⁵ Формирање ових институција је важно за примену закона и политика родне равноправности, јер се највећи број права, програма и мера непосредно остварује на локалном нивоу. Поред тога, у оквиру надлежности локалних заједница, локалне институције родне равноправности имају могућност да развијају различите локалне политике, да креирају и спроводе локалне мере за подстицање равноправности. На овим полазиштима заснована је Европска Повеља о равноправности жена и мушкараца на локалном нивоу, Европска повеља о родној равноправности на локалном нивоу (The European Charter for Equality of Women and Men in Local Life) коју је усвојио Савет европских општина и реиона 2006. године. О томе, видети: Пајванчић, 2012: 1-2; Babović et al. Retrieved 24 August 2014 from <http://www.secons.net/admin/app/webroot/files/publications/Rodnaravnopravnostnalokalnomnivou-priru%C4%8Dnik.pdf>. Видети и: *Mehanizmi za rodnu ravnopravnost na lokalnom nivou* (2010), Beograd, OESC.

¹⁶ Члан 68 Г Пословника Народне скупштине Републике Србије, Сл. гласник РС бр. 57/2003.

¹⁷ У овом сазиву Народна скупштина је радила од 22. јануара 2001. године до 27. јануара 2004. године.

запошљавања и социјалне политике, постепено су обогаћиване. Тако је Одбор за равноправност полова формиран 2008. године у оквиру VIII сазива Народне скупштина Републике Србије,¹⁸ на својим седницама¹⁹ разматрао предлоге закона из сфере рада и запошљавања, а на дневном реду био је и Предлог закона о равноправности полова.²⁰ Одржано је неколико тематских седница, посвећених питањима сиромаштва и незапослености жена, насиља над женама, женском предузетништву, положају жена на селу, Ромкиња и др. На седницама Одбора представљени су примери добре праксе у увођењу принципа родне равноправности у јавне политике, планове и буџете, Закључци CEDAW Комитета и Обједињени II и III периодични извештај и др. Занимљиво је да је на дневном реду одбора био и Предлог закона о буџету Републике Србије за 2010. годину, али само Раздео који се односи на Министарство рада и социјалне политике, а не и буџет у целини, нити је он сагледаван са родног аспекта.²¹ Одбор је разматрао и редовне годишње извештаје Заштитника грађана, али само у делу који се односи на родну равноправност и заштиту права особа са инвалидитетом. У току свог мандата Одбор није предложио ни један амандман на предлоге закона.

Изменама Пословника Народне скупштине из 2012. године²² област родне равноправности постала је део надлежности Одбора за људска и мањинска

18 У овом сазиву Народна скупштина је радила у периоду 11. јун 2008. године – 31. мај 2012. године.

19 Планом активности Одбора за равноправност полова, предвиђено је да ће се Одбор посебно бавити следећим темама: „образовање и стручно усавршавање жена, специфични проблеми жена у области здравствене заштите, положај жена на тржишту рада, насиље над женама, проституција и трговина људима, усклађивање породичног и професионалног живота без дискриминације по било ком основу, законски прописи који се односе на заштиту мајки на породилском боловању и самохраних мајки, одговорност и учешће мушкараца у спровођењу равноправности полова, као и спровођење мера и активности ако су дискримисана права мушкараца“. Извор: сајт Народне скупштине Retrieved 24 August 2014 from <http://www.parlament.gov.rs>.

20 Предлогом овог закона усвојена је четврта верзија Нацрта закона о равноправности полова. Одбор је подржао усвајање овог закона, без конкретних предлога за његове евентуалне измене и допуне. Извор: сајт Народне скупштине Retrieved 24 August 2014 from <http://www.parlament.gov.rs>

21 Из кратких записника са седница Одбора може се сазнати да се је Одбор у два наврата расправљао и осудио непримерено понашање два народна посланика према народним посланицама: Томислава Николића према Гордани Поп-Лазичић и Велимира Илића према Јелени Триван. Извор: сајт Народне скупштине Retrieved 24 August 2014 from http://www.parlament.gov.rs/Peta_sednica_Odbora_za_ravnopravnost_polova_3518.941.html

22 Пословник о раду Народне скупштине Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 20/2012 –пречишћени текст.

права и равноправност полова.²³ Чл. 52. Пословника прописано је да овај Одбор, поред осталог, разматра предлоге закона и других општинских аката „са становишта унапређивања и постизања равноправности (родне једнакости) полова, сагледава стање вођења политике, извршавање закона и других општинских аката од стране Владе и других органа и функционера одговорних Народној скупштини, са становишта поштовања равноправности полова”. Одбор је формирао пет посебних радних група, међу којима и “Радну групу за равноправност полова”.²⁴ Према јавно доступним подацима о раду Одбора, поједине седнице одржане су у форми округлих столова, у циљу обележавања појединих међународних датума и акција, као што је акција Месец дана ромско-женског активизма. Рад Одбора обележио је и релативно велики број јавних слушања. Од укупно пет јавних слушања, два су била посвећена темама везаним за родну равноправност: јавно слушање на тему „Борба против насиља у породици“, којим је обележен Међународни дан борбе против насиља над женама, и јавно слушање на тему „Национална имплементација препорука CEDAW комитета Уједињених нација и САНВИО Конвенције Савета Европе (Истанбулска конвенција)“.²⁵

Одбор је разматрао годишње извештаје независних тела и својим закључцима подржао њихове препоруке. Разматрано је неколико закона који се односе на људска и мањинска права, укључујући и права детета, али на дневном реду нису били закони из других области који захтевају родну анализу, нити је Одбор подносио амандмане на предлоге закона које је разматрао.

Пракса Одбора за родну равноправност, као и Одбора за људска и мањинска права и равноправност полова, показала је да је њихов положај у законодавном процесу непотпуно нормативно уређен. То се огледа у начелном дефинисању надлежности, која не одражава мултисекторску природу области коју покрива ово радно тело. Садржина рада овог радног тела особена је у поређењу са другим радним телима чија је надлежност везана за једну област и стога јасно дефинисана. Парламентарној пракси препуштено је да, са више или мање успеха, операционализује начелна правила, па је активност одбора осцилирала између рестриктивно

23 Одбор има 17 чланова (чл. 52. Пословника о раду Народне скупштине). У IX сазиву Народне скупштине (31. мај 2012. године – 16. април 2014) године Одбор је одржао 21 седницу, а у последњем X сазиву до сада је одржао 11 седница.

24 Видети: Извештај о раду одбора Народне скупштине и запослених у сектору за законодавство службе Народне скупштине, Retrieved 27 August 2014 from <http://www.parlament.rs/upload/archive/files/lat/pdf/izvestaji/2014/izvestaj%20o%20radu%20odbora%209.%20saziv%20Lat.pdf>.

25 Ibid.

схваћеног садржаја надлежности, која је везивана само за прописе који се најнепосредније односе на родну равноправност, са једне стране, и широко схваћене надлежности која је везивана за родни аспект сваког прописа, са друге стране. Последице су оскудан садржај активности радног тела, што је пракси чешће, или предимензионирана активност коју није у стању да успешно обавља.

De lege ferenda, управо би између ових крајности требало дефинисати садржај надлежности, уважавајући мултисекторску природу родне равноправност навођењем области²⁶ значајних за родну равноправност. У тим случајевима одбор би имао статус матичног одбора, а закони који се односе на ове области обавезно би се упућивали одбору на разматрање. Надлежности би, поред тога, требало да остану отворене за могућност разматрања и закона који нису из области примарне надлежности уколико чланови радног тела процене да је закон значајан за родну равноправност. Одбор би тада поступао као заинтересовани одбор, а закони би се упућивали на разматрање када одбор то затражи.

Од фебруара 2013. године у Народној скупштини делује и Женска парламентарна група, као неформални облик заједничког деловања народних посланица из свих парламентарних група.²⁷ Једноипогодишња пракса Женске парламентарне мреже на питањима родне равноправности показује да недостају унутарпарламентарне процедуре које омогућују консултовање парламентарки о питањима значајним за родну равноправност. Због тога је потребно да процедуре буду употпуњене флексибилним модалитетима консултовања.

26 Критеријуми за дефинисање ових области дати су у Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW) и опционим протоколима који је прате. Конвенција је усвојена 18. децембра у Њујорку, на седници Генералне скупштина УН. СФРЈ је ратификовала Конвенцију *Законом о ратификацији конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена*, Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 11/81.

27 Женска парламентарна мрежа основана је 14. фебруара 2013. године, на иницијативу невладине организације Београдски фонд за политичку изузетност. Мрежу чине 82 посланице Народне Скупштине Републике Србије, које у њој добровољно делују. Програмски циљеви мреже јесу надзор над применом прописа у области здравља и образовања жена, борбе против насиља над женама и економског оснаживања жена, а једна од њених првих активности јесте рад на измени прописа Кривичног законика о застаревању кривичног дела сексуалног злостављања над малолетницама. Прва национална конференција Женске парламентарне мреже одржана је 1. 11. 2013. године.

2.2. Институције које делују у оквиру егzekутиве

У оквиру егzekутиве на државном нивоу институционални аранжмани на подручју родне равноправности укључују Савет за родну равноправност, као саветодавно владино тело, као и различите институционалне и организационе облике деловања у оквиру министарства.

Први Савет за равноправност полова, као саветодавно владино тело састављено од представника министарстава и експерата, формиран је 2004. године,²⁸ са релативно широким пољем деловања,²⁹ али са веома скоромним капацитетима. Ипак, Савет за равноправност полова, који је 2009. године прерастао у Савет за родну равноправност, био је носилац активности на изради Националног акционог плана за побољшање положаја жена и родну равноправност, што је допринело његовој видљивости у јавности.

Три године касније, 2007. године, у оквиру Министарства рада и социјалне политике формиран је Сектор за родну равноправност,³⁰ а 2008. године Законом и министарствима³¹ у саставу овог министарства образована је Управа за родну равноправност. Поред надлежности преузетих од Сектора за родну равноправност, Управа за родну равноправност обавља следеће послове: стручне послове и послове државне управе који се односе на анализу стања и предлагање мера у области унапређења родне равноправности, израда и спровођење националних стратешких докумената за побољшање положаја жена и унапређење родне равноправности; израда нацрта закона и других прописа у овој области, пружање подршку Савету за

28 Одлука о образовању Савета за равноправност полова, *Сл. гласник РС*, бр. 13/03, 83/04, 3/05.

29 Надлежност Савета обухватала је: предлагање мера и међуресурска сарадња у области равноправности полова; разматрање усклађености закона са међународним конвенцијама о правима жена и иницијативе за отклањање несклада; праћење примене закона и међународних докумената против дискриминације по полу и предлагање мера за њихово спровођење; праћење стања у области равноправности полова, предлагање и предузимање мера и оцењивање ефеката мера за постизање равноправности полова; давање иницијатива за програм родно осетљиве статистике; праћење заступљености жена на изборним и именованим положајима; праћење и анализирање критеријума селекције у при избору и именовању на јавне функције; иницирање отклањања препрека у изборима и именовањима припадника мање заступљеног пола; едукација запослених у државним органима у циљу промовисања равноправности полова; иницирање програма и предлагање мера за оспособљавање жена за учешће у политичком животу и друга питања значајна за равноправности полова.

30 Сектор за родну равноправност формиран је јула 2007. године (*Сл. гласник РС*, бр. 43/2007).

31 *Сл. гласник РС*, бр. 65/2008.

равноправност полова, промовисање родне равноправности и политике једнаких могућности, као и праћење спровођење препорука Комитета УН о елиминацији дискриминације жена.

Анализа прописа којима су регулисана овлашћења институција за родну равноправност у оквиру егzekутиве, показује да је садржај њихове надлежности различит, нарочито с обзиром на квалитет и обим компетенција, да се разликују по саставу и начину избора чланова, као и по позицији у оквиру организације егzekутиве. Суштински проблеми концентришу се на правну позицију ових институција и круг њихових овлашћења. Евидентно је да њихова надлежност није била јасно профилисана у погледу садржаја и обима, па се поставља питање да ли су ове институције располагале пуним капацитетом овлашћења везаних за креирање политика, прописа и мера и њихово предлагање или су ова овлашћења била ограничена. Чињеница је да у круг њихове надлежности не спадају овлашћења везана за припрему и предлагање прописа којима се уређују односи, као и прописа за извршење закона и спровођење политика. Изостало је и овлашћење за регулисање инструмената контроле и надзора над извршењем закона, прописа, мера и политика. С друге стране, у околностима када у оквиру егzekутиве делује више институција родне равноправности, непрецизност у регулисању њихових компетенција може бити извор позитивног или негативног сукоба надлежности, што се може негативно одразити на њихов рад.

Савет за родну равноправност деловао је све до избора нове Владе 2014. године, која ово тело није конституисала. Ступањем на снагу Закона о министарствима из 2014. године,³² укинута је и Управа за родну равноправност, под изговором да није проритет, с обзиром на економску ситуацију у земљи, али уз обећање да ће бити пронађен ефикаснији институционални механизам који ће се бавити овим питањима.³³ Августа 2014. године основана је организациона јединица за родну равноправност у оквиру Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, која је на знатно нижем нивоу овлашћења него што је био случај са ранијом Управом.

Овакав однос власти према институционалним механизмима у домену егzekутиве супротан је препорукама које је Србији упутио Комитет за елиминацију дискриминације жена (CEDAW), у Закључним запажањима о комбинованом Другом и трећем периодичном извештају Републике

32 *Сл. гласник РС*, бр. 44/2114.

33 На седници Народне скупштине, приликом разматрања новог Закона о министарствима, посланичка група Демократске стране поднела је амандман којим је тражено да се спречи укидање Управе за родну равноправност, али амандман није усвојен.

Србије у јулу 2013. године.³⁴ Комитет је изразио жаљење што институције и тела за унапређење положаја жена немају довољно људских ресурса нити адекватна средства и овлашћења да утичу на државну политику и одлучивање. Истовремено, Комитет је препоручио Републици Србији да додатно ојача националне механизме, обезбеђивањем адекватних људске, техничких и финансијских ресурса и повећавањем њихове видљивости и ефикасности.

Уследила је брза реакција организација цивилног друштва, које су Влади Србије упутиле захтев да у најкраћем року конституише Савет за родну равноправност Владе Републике Србије, како би ово тело могло да настави рад и у мандату нове Владе, да приступи оснивању Канцеларије за родну равноправност, која би пружала подршку раду Савета, као и да усвоји измене и допуне Закона о равноправности полова.³⁵ Повереница за заштиту равноправности, користећи своја законска овлашћења, упутила је препоруку Влади Србије, у којој је указала на потребу установљавања националног институционалног механизма за родну равноправност, чије би деловање унапредило спровођење политике родне равноправности у Републици Србији.³⁶

Очекује се да надлежни органи успоставе делотворну структуру институционалних механизма у оквиру егzekутиве, посебно имајући у виду да су на основу одлуке Европског Савета у децембру 2013. године започели приступни преговори ЕУ са Србијом,³⁷ а да је родна равноправност саставни део неколико преговарачихи поглавља.

За успостављања нове структуре институционалних механизма важно је имати у виду позитивне и негативне стране до сада важећих

34 CEDAW/C/SRB/2-3. Српски превод закључних запажања Retrieved 27 August 2014 http://zenskiprostor.org/images/vesti2013/PDF/CEDAW_ZakljucnA_zapaanja_srp.pdf.

35 Видети иницијативу Академије женског лидерства „Ка одрживим и ефикасним решењима за остваривање политике родне равноправности у Републици Србији“, (2014), Retrieved 24 September 2014 <http://www.cmv.org.rs/saopstenja/inicijativa-za-osnivanje-novog-tela-za-ravnopravnost-polova-pri-vladi-rs/>

36 Препорука за предузимање мера председнику Владе Републике Србије, бр. 021-02-229/2014-02 од 8. 9. 2014. Retrieved 27 September 2014 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/preporuke-mera-organima-javne-vlasti/preporuka-mera-za-ostvarivanje-ravnopravnosti-predsedniku-vlade-republike-srbije>.

37 Одлуком Европског савета од 28. јуна 2013. године о почетку приступних преговора са Републиком Србијом и одржавањем прве Међувладине конференције о приступању Србије ЕУ, отворено је ново поглавље у односима Републике Србије и Европске уније. Преглед активности у процесу европских интеграција доступан на сајту Канцеларије за европске интеграције: <http://www.seio.gov.rs>.

законских решења. Пракса је показала да позиција институција родне равноправности у оквиру егzekутиве, њихов однос према другим институцијама које делују у оквиру егzekутиве, као и однос према законодавном телу није јасно профилисана. Јасно профилисање њихове позиције захтева недвосмислен одговор на неколико питања: да ли ове институције непосредно креирају прописе, дефинишу политике и подносе влади предлоге закона (непосредна комуникација са владом) или то могу учинити само индиректно, преко министарства у оквиру кога делују; да ли имају институционалне и процедуралне могућности да непосредно комуницирају са министарствима у припреми и предлагању прописа, политика и мера што је, с обзиром на интердисциплинарни карактер родне равноправности посебно важно, или такве могућности не постоје?

Отклањање уочених слабости налагало би да се законом регулише положај институција родне равноправности у оквиру егzekутиве на начин који омогућује директну комуникацију са владом, да се прецизирају и уреде њихове надлежности, посебно квалитет и обим надлежности (саветодавне надлежности или право учешћа у одлучивања), као и надлежности везане за извршење и контролу извршења закона и политика. То би допринело да се сузи простор за сукоб надлежности.

2.3. Институције у систему заштите људских права

У оквиру система заштите људских и мањинских права, надлежност у домену остваривања и заштите родне равноправности имају Заштитник грађана Републике Србије и Повереник за заштиту равноправности. Правну заштиту у случајевима повреде права на равноправност пружају судови, а у процесуирању кривичних дела са елементима дискриминације учествују јавно тужилаштво и полиција.

Заштитник грађана је инокосни државни орган, установљен Законом о заштитнику грађана,³⁸ који штити и унапређује права грађана кроз контролу законитости рада органа и организација које обављају јавна овлашћења. Његов положај је битно ојачан Уставом Републике Србије из 2006. године, када је Заштитник грађана постао уставна категорија. Родна равноправност је једна од посебних области рада ове институције, а један од четири заменика Заштитника грађана задужен је за област права детета и родну равноправност. Ради повећања делотворности рада у овој области 2012. године, Заштитник грађана образовао је Савет за родну равноправност, као стално експертско саветодавно тело.

38 Видети чл. 1. Закона о заштитнику грађана (*Сл. гласник РС*, бр. 79/2005 и 54/2007).

Кључни инструмент деловања Заштитник грађана у области родне равноправности јесу препоруке органима јавне власти за предузимање мера у циљу унапређивање њиховог рада.³⁹ Иако је број притужби због кршења права у области родне равноправности током времена перманентно повећаван, он је и даље релативно мали у односу на укупан број притужби.⁴⁰ Једна од текућих активности Заштитника грађана је и рад на припреми предлога за новелирање Закона о равноправности полова.

Повереник за заштиту равноправности је самосталан, независан и специјализовани државни орган,⁴¹ установљен ЗЗД,⁴² са широким кругом законских овлашћења која га чине централном националном институцијом за сузбијање свих облика и видова дискриминације. Повереник је конципиран као инокосни државни орган омбудсманског типа (Петрушић, Крстић, Маринковић, 2014: 213) и ексклузивно је надлежан за заштиту права на недискриминацију. Као и Заштитник грађана,⁴³ и Повереник је

39 Тако су, на пример, по препоруци Заштитника грађана Министарство унутрашњих послова и Министарство рада, запошљавања и социјалне политике донели посебне секторске протоколе о поступању у случајевима насиља над женама у породици и партнерским односима. Видети: Мишљење са препорукама Заштитника грађана 13 – 4174 / 12 од 11. децембра 2012. године, Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rodnaravnopravnost.rs/attachments/022_Microsoft%20Word%20-%20Miš%20%20sa%20preporukama-z%20saglasnost%20za%20potpis.pdf

40 Према подацима из Редовног годишњег извештаја за 2013. годину, током 2013. године поднето је 147 притужби које се тичу кршења права из области родне равноправности, што чини тек 2.92% одукупно 5.042 притужбе. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

41 Повереник за заштиту равноправности само је једна од независних институција за заштиту људских права која су током правне транзиције установљена у домаћем правном систему. Иако су њихова улога, задаци, надлежност, начин избора и финансирања веома различити, у литератури се за сва ова тела користи заједнички назив тзв. «четврта грана власти». (Orlović, 2010).

42 Установљавање овог органа израз је опредељања државе да поштује препоруке међународних институција о оснивању независних националних тела за сузбијање дискриминације, каква је, на пример, Општа препорука бр. 2. из 1997. године Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције Савета Европе. Видети: ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, Retrieved 24 August 2014, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp, Осим тога, и у неколико директива ЕУ садржане су одредбе о оснивању независних тела за равноправност (tzv. *equality bodies*). Шире: Petrušić, 2014: 17).

43 Правна позиција Повереника за заштиту равноправности разликује се од позиције Заштитника грађана. Док су положај и надлежност Заштитника грађана установљени самим Уставом (чл. 138. Устава Републике Србије), положај Повереника за заштиту

орган парламента јер му помаже да врши парламентарни надзор у материји заштите равноправности, али је и својеврсни „орган јавности“, односно цивилног друштва, чији је и сам део. Повереник нема ни наредбодавна ни репресивна овлашћења, нити одлучује о правима и обавезама правних субјеката, (Петрушић et Al. 2014: 231), већ своју законску улогу остварује поступањем по притужбама због дискриминације, покретањем парница, давањем препорука за предузимање мера, законодавним иницијативама и др.⁴⁴

Анализа годишњих извештаја Повереника показује да је међу притужбама због дискриминације релативно мали број притужби које се односе на полну/родну дискриминацију,⁴⁵ иако је она у пракси раширена. Када су у питању стратешке парнице на чије је покретање овај орган овлашћен, од укупно 13 парница, три се односе на дискриминацију на основу пола/рода. Најважнији инструмент којим Повереник остварује своју мисију у домену родне равноправности јесу препоруке органима јавне власти за предузимање одговарајућих мера у циљу отклањања узрока структуралне и институционалне родне дискриминације.

2.4. Правосудни органи

У заштити права на равноправност по основу пола/рода, примарну улогу имају правосудни органи – судови и јавно тужилаштво, јер се ово право штити кроз различите облике грађанскоправне, кривичноправне и прекршајноправне заштите (Петрушић, Грубач, 2014: 70). Искуство показује да је судска заштита права на равноправност полова недовољно ефикасна, чему доприносе препреке у приступу правди, дугогодишње тешкоће у функционисању правосудног апарата, али и недовољно познавање феномена родне (не)равноправности, њених узрока и последица, као и разумевање сложених правних концепата и стандарда установљених међународним и домаћим прописима. Због тога је за унапређивање ефикасности судске

равноправности регулисан је 33Д, а тешко је утврдити у коју би категорију органа јавне власти могао бити сврстан. То говори о одсуству конзистентног приступа у уставном дефинисању надзорних стручних тела у домену заштите људских права, који би обезбедио да се логички обједине прописи који регулишу њихову позицију у правном систему (Петрушић, Грубач, 2014: 69).

44 Чл. 33. 33Д.

45 Од укупно 2048 притужби, тек 8,7% односи се на дискриминацију на основу пола/рода. Видети: Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, Retrieved 29 September 2014 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/rs/%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%D0%B8/%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%D0%B8>.

заштите у области родне равноправности неопходно, поред спровођење реформских мера, и повећање нивоа знања и компетенција носилаца правосудних функција у домену антидискриминационог права.

3. Закључне напомене

Налази који су изнети у вези са појединим питањима везаним за структуру и функционисање институционалних механизма родне равноправности показују да је кључни проблем ефективна примени закона, политика и мера, као и практично функционисање институција родне равноправности. Због тога је будућу активност потребно усмерити на неколико главних праваца деловања.

Прво, неопходно је јасно позиционирање институција родне равноправности (положај, састав, надлежности, одговорност и однос према другим органима који суделују у процесу одлучивања) у структурама у којима су оне образоване, посебно јасно дефинисање компетенција. Од посебне важности је елиминисати позитиван сукоб надлежности и установити правила која умањују изгледе за негативан сукоб надлежности. Један од кључних услова за делотворно деловање у домену заштите и унапређивања равноправности подизање и оснаживање институција које делују на подручју заштите људских права. Када је реч о раду правосудних органа, поред превазилажења препрека који отежавају приступ правди и ефикасност рада правосудних органа, неопходно је креирати и реализовати адекватне програме обуке, како би носиоци правосудних функција разумели сложене концепте и елементе дискриминације и правилно тумачили и примењивали законске прописе.

Да би нормативне и друге мере и активности дале добре резултате, неопходно је обезбедити и очувати интерсекторски приступ родној равноправности и створити системске претпоставке и процедуре које омогућавају максимално координисан и усклађен рад свих надлежних државних органа.

Литература

Babović, M. Vuković, O. Subotički, I. Prohaska, J. Janković, G. Rodna ravnopravnost na lokalnom nivou, priručnik, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from <http://www.secons.net/admin/app/webroot/files/publications/Rodnaravnopravnostnalokalnomnivou-priru%C4%8Dnik.pdf>

Blagojević, M. (2002) *Žene i muškarci u Srbiji 1990-2000, Urođnjavanje cene hosa", (22-38), Srbija krajem milenijuma, razaranje društva, promene i svakodnevni*

život, Beograd, ISIFF.

Gender Mainstreaming: Conceptual Framework, Methodology and Presentation of Good Practices, Expert Group Final Report, (EG-S-MS), Council of Europe, EG (99) 3, Strasbourg, February 1999.

Dokmanović, M., Rodna ravnopravnost i princip uvođenja rodne ravnopravnosti u javne politike, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014, from <http://www.uns.ac.rs/sr/centri/rodneStudije/20140207clanakMD.pdf>

ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014, from http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp,

Effectiveness of Institutional Mechanisms for the Advancement of Gender Equality Review of the implementation of the Beijing Platform for Action in the EU Member States, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from http://eige.europa.eu/sites/default/files/MH0213481ENC_0.pdf.

Incorporating Equal Opportunities For Women And Men Into All Community Policies And Activities COM (96) 67 final. [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0067&from=EN>.

Извештај о стању људских права за 2009. годину, Београдски центар за људска права, [Electronic version]. Retrieved 27 August 2014 from <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-/uploads/2013/04/ljudska-prava-u-srbiji-2009.pdf>.

Извештај о раду одбора Народне скупштине и запослених у сектору за законодавство службе Народне скупштине, [Electronic version]. Retrieved 27 August 2014 from <http://www.parlament.rs/upload/archive/files/lat/pdf/izvestaji/2014/izvestaj%20o%20radu%20odbora%209.%20saziv%20Lat.pdf>.

Јавно заговарање доношења Закона о равноправности полова – У сусрет Закону о равноправности полова – европска будућност Србије (2006), Центар модерних вештина, Београд.

Jarić, V. i Radović, N. (2011), *Rečnik rodne ravnopravnosti*, Uprava za rodnu ravnopravnost Ministarstva rada i socijalne politike Republike Srbije.

Ка одрживим и ефикасним решењима за остваривање политике родне равноправности у Републици Србији, Akademina ženskog liderstva, (2014), [Electronic version]. Retrieved 24 September 2014 <http://www.cmv.org.rs/saopstenja/inicijativa-za-osnivanje-novog-tela-za-ravnopravnost-polova-pri-vladi-rs>

Mehanizmi za rodnu ravnopravnost na lokalnom nivou (2010), OESC, Beograd.

Мишљење са препорукама Заштитника грађана 13 – 4174 / 12 од 11. децембра 2012. године, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rodnarodnopravnost.rs/attachments/022_Microsoft%20Word%20-%20Miš%20%20sa%20preporukama-z%20saglasnost%20za%20potpis.pdf

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 (2012) Analiza procesa usvajanja zakona iz oblasti rodne ravnopravnosti, u: *Političke stranke i zakonodavna aktivnost Narodne skupštine Republike Srbije*, (79 – 135), Beograd, Fakultet Političkih nauka, UNDP.

Pajvančić, M. Ravnopravnost polova u političkom životu, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from <http://www.rs.cesst.gov.ba/index.php/seminari-2011/2414banja-luka-primjena-zakona-o-ravnopravnosti-polova/554-materijal-mpajvancic-iv/file>.

Pajvančić, M. (2007), *Ustav i ravnopravnost polova*, uvodni referat na međunarodnoj konferenciji *Ustav i rodna ravnopravnost*, (25-57), Zbornik *Ustav i rodna ravnopravnost*, Podgorica, Kancelarija za ravnopravnost polova Vlade Crne Gore, UNIFEM.

Pajvančić, M. (2008), *Constitutional Warranties for Gender Equality - Case Studies of Serbia and Montenegro* (31-41), Zbornik *Women in Politics - stocktaking in South Eastern Europe*, CEE Network for Gender Issues, Budapest, Ljubljana, Tallinn.

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

Pajvančić, M., Petrušić, N., Jašarević, S. (2010) *Komentar zakona o ravnopravnosti polova*, Centar modernih veština, Beograd.

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

Petrušić, N. (2012) *Poverenik za zaštitu ravnopravnosti - uloga, nadležnost i postupanje*, (298-317) u: Nevena Petrušić, (ur.), *Sudska građansko-pravna zaštita od diskriminacije*, Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija.

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014) *Коментар Закона о забрани дискриминације*. Београд: Правосудна академија

Петрушић, Н, Грубач Н. (2014) Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, Правни факултет, бр. 66, 69-88.

Препорука за предузимање мера председнику Владе Републике Србије, бр. 021-02-229/2014-02 од 8. 9. 2014. [Electronic version]. Retrieved 27 September 2014 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/preporuke-mera-organima-javne-vlasti/preporuka-mera-za-ostvarivanje-ravnopravnosti-predsedniku-vlade-republike-srbije>

Редован годишњи извештај Заштитника грађана за 2013. годину. [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину, [Electronic version]. Retrieved 29 September 2014 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/rs/%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%D0%B8/%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%D0%B8>.

Стојковић Биљана (2011) Увођење родне перспективе у реформу сектора безбедности Републике Србије, *Безбедност*, Београд, вол. 53, бр. 3, стр. 35-49

Tisheva, G. (2012) Gender Equality in the European Union (10-34), in: *Legal perspectives of gender equality in South East Europe*, SEELS, Скопје.

Џијаčki, Z. Mehanizmi za rodnu ravnopravnost i njihova uloga, [Electronic version]. Retrieved 29 September 2014 from http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/mehanizam_za_rodnu_ravnopravnost.pdf.

Marijana Pajvančić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of European Legal and
Political Studies, Novi Sad

Nevena Petrušić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Importance of Institutional Mechanisms for Exersing Gender Equality

Summary

In the contemporary democratic societies, equality between men and women is one of the fundamental human rights as well as the key moral and legal value. In order to be exercised, this right must be legally recognized and efficiently exercised in all aspects of human life: political, economic, social and cultural. Experience has shown that an effective exercise of gender equality calls for integrating the gender perspective into all public policies, at all levels and in all decision-making processes. The necessary prerequisite is a proper institutional and legal framework.

The institutional framework in the field of gender equality includes institutions operating within the legislative and the executive branch, as well as those involved in the protection of gender equality. The jurisdiction of the institutional mechanism within the legislative branch is defined in general terms and it does not reflect the multi-sectoral nature of activities covered by this operative body. The Gender Equality Council and the Gender Equality Agency, which were operative until the year 2014, differed in their composition and membership selection method, and they had different positions in the structure of executive authorities; the content and scope of their jurisdiction was not clearly defined, nor were they vested with sufficient and relevant powers. For that reason, it is essential to establish a new structure of institutional mechanisms within the executive branch as soon as possible. In that course, it should be ascertained that these institutions have direct communication with the government, and their competences have to be regulated adequately and precisely. In order to ensure that the normative and other measures and activities produce good results, it is necessary to provide and sustain an inter-sectoral approach to gender equality and create systemic presumptions and adequate procedures which will provide for utmost coordination and cooperation of all relevant state authorities. In addition, it is crucial to improve the capacity of independent bodies, to ascertain effective access to justice and to ensure a suitable quality and efficiency in the work of the judiciary.

Key words: Gender Equality, Gender Prospective, Institutional Mechanism, Gender Discrimination Protection.

DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AND THE HUMAN RIGHTS OF WOMEN**

Abstract: *This paper investigates the concept of the human rights of women and its connection with the phenomenon and the instances of discrimination against women. Discrimination against women, its social visibility and the fight against it, within the idea of the rights and the equality of women, are a source of many theoretical debates. Academic discussions and a powerful influence of the women's movement have brought about the establishment and the exercise of the human rights of women at different levels of the public and the private spheres of society, as a substantial part of the universal regime of human rights.*

Key words: *gender, discrimination against women, women's rights, human rights.*

1. Introductory remarks

On a map of social processes and relations, we can clearly distinguish those social spaces where discrimination against women occurs, where women are regarded as a social group which has different social positions in many aspects of life. When Richard Rorty speaks about the culture of human rights, he states some general attitudes towards women as paradigmatic examples of excluding certain groups of people from the community: "Men tend to say that women always remain children: that is why it is meaningless to spend money on their education, and their access to the government should be prevented. When it comes to women, there are simpler ways to exclude them from the real human

* natalija@prafak.ni.ac.rs

** This paper, in a somewhat altered form, has also been published in: Konstantinović, Vilić, S. Kostić, M. ed. *Pravna klinika za zaštitu prava žena. Priručnik za rad studentkinja/studenata.* (2011). The Faculty of Law of the University of Niš and the Women's Research Centre for Education and Communication in Niš.

community: for example, by using the word “man” as a synonym for a “human being”. As the feminists have pointed out, such usage reinforces the gratitude of an average man for the fact that he was not born a woman, as well as his fear of the worst degradation – feminisation” (Rorty, 1995-1996: 45). The historical nature of women’s rights and the status of women in the modern society show the way in which the context of the rights of women is a determined phenomenon of discrimination against women. Therefore, the discussion about the conceptualisation of the notion of women’s rights should be focused on the very notion of discrimination against women and the ways in which it manifests, as well as, on the mechanisms of maintaining the system of discrimination against women. The recognition of the entire context of discrimination against women also opens up an essential question about the overcoming of discrimination as an important political question.

Studies and analyses of stratification have shown, according to A. Giddens, that, for many years, no “attention has been paid to the question of gender – the studies have been written as if women did not exist, or as if they were not important or interesting when it comes to the analyses of divisions of power, wealth and prestige. However, gender is, by itself, one of the most illustrative examples of stratification. There is no society in which men, at least in some aspects of social life, do not have more wealth, a higher status and a larger influence than women” (Giddens, 1989: 239). That is, among other things, a social fact which has made the analysis of discrimination against women the vertical of socio-feminist debates within the research of the position of women (See in detail: Walsh, 1997).

2. Discrimination and gender

Discrimination against women is defined as the “unfavourable treatment of women in the public sphere which results in their unfavourable position within the distribution of all important social resources (material wealth, power and status)” (Blagojević, 2000: 478), and it is based on the “logic” of the patriarchal/traditional system of social power. Within the researches of this social phenomenon, M. Blagojević points out that discrimination and misogyny (Blagojević, 2002: 23-24)¹, as well as the exploitation of women and the violence against women, are a part of the problem of the patriarchal/traditional social framework.

1 Misogyny is hate towards women. “In a wider sense, it refers to unreasonable hate and/or fear, which are usually accompanied by a feeling of hostility and repulsion. Misogyny is present in institutional and everyday activities, in public discourses, and in private intimate relations. Its characteristics are that it is almost omnipresent (ubiquitous), institutionalised, most often ritualised, and, at the same time, ideologised, serving as an excuse for the exclusion, hierarchisation and exploitation of women. In that sense, misogyny is, at the same time, an ideology, a practice, a discourse and a cultural institution, but also, a relation between

Namely, the relations between men and women, and their real position within society, as well as the degree of expression of discrimination against women, are significantly determined by the attitudes and values about men and women, which are shared by a wider social community. Within the researches and the literature regarding the question of women, the social phenomenon known as the “gender paradox” shows that “when traits or behaviours which are connected to a woman are evaluated as negative or less valuable - then, the gender is relevant, that is, when a trait or a behaviour which is connected to a woman is evaluated as positive or valuable - then, the gender is irrelevant” (Rosener, 1997: 296). This gender-based “value consensus” in a certain society is a collection of many factors which determine the degree of egalitarianism of that society. Those are the societies which are defined, to a certain extent, by the traditional culture, where the economic development is on a lower stage, where the church expounds public views, where there is a lack of civic tradition and the tradition of political protest and where the feminist movement does not have tradition and is not accepted by the wider public.

A great number of researches, concerning the discrimination of women, which have been conducted by M. Blagojević, show us the fact, as she states, that not only discrimination can be empirically proved, but that we can also empirically determine the existence of a systematic inhibition which affects women as members of a marginal group, and which is important for its explanation.² The systematic inhibition is a social construct and it is understood as a “collection of social mechanisms which affect the quantitative reduction and the qualitative degradation of the activities of women and their entire social position. The systematic inhibition, which has to be overcome by women in their process of climbing up the ladder of social hierarchy, is manifested in five areas: 1. the area of work; 2. the area of socialisation and education; 3. the area of occupation; 4. the area of creativity, and 5. the area of the family” (Blagojević, 1991: 483–484). In order to overcome the limitations imposed by the system in these specified areas, women are, therefore, forced to have both a greater number of and more

people. In its core, it is essentialist, because it is applied to “all women”, and femininity is biologically defined” (Blagojević, 2002: 23-24).

General prevalence and social acceptance of misogyny go hand in hand with the social domination of men and the inequality of social opportunities for men and women.

2 Women, as a social group, are characterised by their belonging to a marginal group. That shows their less favourable position in relation to men; therefore, from that position, women are in some way denied the access to all fundamental social resources (cultural, economic and political). As a “marginalised majority” they are “granted” the position of marginalised people, which is obtained by women as well as other marginalised groups (children, old people, invalids, Roma, black people and others) because of their other, different from the dominant group and the dominant culture, biological and/or cultural habitus.

emphasised promotional mechanisms³ than men, who are, in a social sense, the dominant group.

Namely, women are prevented to have equal participation as men in the labour market, that is, in the distribution of occupations and positions which secure wealth and reputation, and where a significantly greater concentration of social power can be found. Researches show that discrimination against and segregation of women in the workplace have a direct influence on the earnings of women and on the amount of power they exercise. This is manifested in two ways, and those are: a) *horizontal discrimination* – the segregation of women within the private sphere is based on the construction of social roles and stereotypes which structure the gender-based division of labour. In this way, occupations are separated based on the gender which traditionally plays such roles: for instance, teaching, nursing, housekeeping - for women; mechanics, medicine, engineering - for men; b) *vertical discrimination* – the respect of men and the placement of women into the position of subordination and submission, as well as not valuing their prescribed duties (Facio, Sandova, Morgan, 2005: 115).

The problem of discrimination also becomes socially visible when the chances for the social success of women (and their representation rate) start to diminish as we go towards the positions which are fewer and more sought after. Bourdieu states that the rate of current and potential feminisation is undoubtedly the best indicator of the positions and values of different occupations (Bourdieu, 2001: 126). The cultural gender-based pattern presupposes that the positions of power and social prestige are reserved for men. Of course, there are exceptions, and some women also occupy prestigious positions, but gender balance is a sporadic occurrence, even at the level of the European area. Women make up more than half of the population and electorate in the European Union (EU), yet they continue to be underrepresented in all economic and political decision-making bodies at all levels. The average representation of women in national parliaments is 24% and in national governments 23%. The number of women presidents of Europe's largest companies has fallen from 4% to 3% since 2004. For the European Women's Lobby (EWL) and its members, this underrepresentation of women constitutes a serious democratic deficit, which undermines the legitimacy of the contemporary democratic ideal (European Women's Lobby, Report. 2013).

3 Subjective (qualification, competitive personality traits and the rest) and objective (family "background", support from others, origin and the rest) elements of the promotion of women always have to be more intensive and more persuasive than with men, when they are both in the "race" for the same position on a hierarchical ladder. Marina Blagojević states that several researches of hers have confirmed the connection between the sex/gender and the strength of the promotional mechanisms, that is, more precisely, between the sex/gender and the strength of discrimination (Blagojević, 1991: 484).

Therefore, among other things, the dogma about the inferiority of women self-renews and becomes grounded in the circumstances when the social control of discrimination against women enters the system of institutional application and protection of women's rights. Discrimination, as a structural concept, refers to systematic denials to certain social groups. Its causes lie in customs and standards which are not questioned, in prejudices which are supported by the institutionalised rules and in all other consequences of obeying such rules. In other words, "discriminatory discourse is a part of our many everyday experiences" (Young, 1999: 40).

Therefore, in a structural sense, discrimination refers to deep injustice which is suffered by some groups, often as a consequence of unconscious stereotypes, prejudices and reactions in ordinary communication, media and cultural stereotypes and market-based mechanisms, that is, everything that is part of the process of everyday life.⁴ We cannot eliminate structural discrimination just by creating new laws or just by changing the political context; the essence is in the multidimensional reproduction of structural discrimination in the most important economic, political and cultural institutions. "The opposition to structural discrimination demands a process of questioning basic cultural values and fundamental principles of social organisation" (Pincus, 2000: 31-35). On a historical level, the areas of social life within which it is possible to indicate discrimination against women have had, it would appear, completely different dimensions regarding its content, intensity and social visibility. Based on the wider structures of inequality, it could be said that discrimination against women is exercised at different places and under different circumstances within society, which clearly indicates that there are double standards regarding the rights of people – men and women.

It is a social fact that, in the labour market, women are "always paid less than men, even when everything else is the same, that they obtain less significant positions even though they have the same academic degrees, and, particularly, that they are proportionally more affected by unemployment and more often placed in part-time positions – which, among other things, consequentially leads to an almost certain exclusion from the power games and career perspectives"

4 I. M. Young, in her experimental essay "Five Faces of Oppression," emphasised the existence of: a) exploitation, b) marginalisation, c) powerlessness, d) cultural imperialism and e) violence, as five clear forms of discrimination of social groups and individuals within them. In this way, racism, sexism, ageism, and/or homophobia, with their clear dynamics, affect social groups such as women, old people, racial and ethnic groups, religious groups, handicapped, groups of different sexual orientation, and other. According to her researches, women as a group are exposed to gender-based exploitation, powerlessness, cultural imperialism and violence (Young, 1990: 40).

(Bourdieu, 2001: 127). The phenomenon named “glass ceiling”⁵ is only a finite sum of economic and social inequalities of women. This solid and invisible barrier is defined by Laurie Morgan as those cases in which “women start their career from the same entry position as men, but, in time, they either have a slower progress in comparison to men, or they continue to progress at the same rate until, at some moment, their progress is stopped» (Morgan, 1998: 126). In fact, even though they make up 40% of the global labour force, women occupy just around 20% of management positions, and, as the hierarchical level of positions increases, this percentage decreases to 1% for the top management positions. In essence, discrimination is marked by the existence of two poles where it is clearly shown that the first refers to politics, which is characterised by the partial absence of women and that the other - the family is characterised by the pronounced presence of women. A necessary consequence of this absence/presence of women is the fact that the area of politics is most often articulated as the “male sphere”, while the area of the family is unambiguously represented as the “female sphere”. “There is no doubt that these are unique correlates, that is, that the presence of women within one area increases their absence in the other, and vice versa” (Blagojević, 1991: 492). The permeability of the system at the higher levels of social hierarchy is extremely limited for women, and this is particularly visible in those areas which hold the centres of power – in politics.

Pierre Bourdieu states that the structural relations of the gender-based government and the social correlation between them become visible, and that “women who have obtained very high positions (personnel, head of a ministry, etc.) have to “pay”, so to speak, for that professional success with their lower ‘success’ within the family relations (by divorce, late marriage, celibacy, difficulties or failures of their children, etc.) and within the market of symbolic goods, or on the contrary, that success within the household is often partial or complete compensation for giving up on the professional success (especially through the acceptance of ‘advantages’ which are so easily ascribed to women only because they place them outside the ‘rat race’: for the half or ‘four fifths’ of their working hours)” (Bourdieu, 2001: 146).

5 The term “*glass ceiling*” has been widely used in literature since 1987, and its first usage was in 1970 in the USA. It identifies those occurrences which are characterised by the impossibility of women to make progress to the highest leading positions within the business hierarchy. The metaphor “*glass walls*” describes the occupational separation of women, which serves as a barrier and as a means to concentrate women within a certain type of occupation or activity, or to limit women to a certain occupation or activity. Significant empirical research of these phenomena in the field of public policies and the representation of women can be found in: Reid, Kerr, Miller, 2003: 23. The same phenomenon is discussed by Pierre Bourdieu in the previously mentioned book “*Masculine Domination*”.

3. Gender, discrimination and the law

It is certain that there is no society which treats women as good as men. The sociability of discrimination against women (Badinter, 1986: 207) indicates the systematic deprivation of women in public life, as well as the transfer of discrimination onto the structural and institutional levels of society. As we have already mentioned, the matrix of discrimination against women is the constant reproduction of discrimination in the fundamental cultural, economic and political institutions of a society. Discrimination is, therefore, an essential characteristic of the social position of a woman, whether observed on an individual or on a group level (Blagojević, 1991: 489). In fact, it is wrong to expect that, nowadays, we can mark and clearly recognise discrimination. "It is not one-dimensional, simple, and easily noticeable. On the contrary, the mechanisms, by which it operates, are more and more subtle" (Blagojević, 1991: 493).

Men and women consummate and exercise their rights in different and unequal ways, which also indicates their different social position, which is caused by the presence of discrimination – which is their coexisting, exemplary characteristic. When the question of gender became the focus of legal researches, through the analysis of the discourse of the human rights of women, it became clear that it is important to explain the problem which existed in the exercise of human rights of a group of people (the social group of men and the social group of women), connected by the same status.⁶ The discussion about the concept of the human rights of women, its origin and the reasons of its existence, should, perhaps, start from a known social fact that a woman has always been "only a mediator of the law, and not its beneficiary" (Beauvoir, 1982: 101). What does this social fact state, and what meaning does it have for the explanation of the creation of "women's rights"? How is this process of "obtaining" women's rights described and defined in the history and theory of human rights, and what are the social consequences of this process for the overall emancipation of people? Have the

6 In her analysis of the concept of a social group, Iris Young states that discrimination refers to a structural phenomenon which makes a social group weak and passive. Namely, in the very society, people are distinguished according to social groups such as men and women, age groups, racial and ethnic groups, religious groups, etc. However, "social groups of this kind are not only a simple collection of people; they are based on the intertwined identities of the people which they describe and which belong to them. They are a special kind of collectivity, with specific reactions which are based on the way they understand themselves and the way others understand them. A social group is made of individuals who are different from at least another social group in their cultural standards and lifestyles. The members of the group have special affinity towards each other due to similar experiences or lifestyles, which makes them more connected among themselves than with those who do not identify themselves with the group. Groups are an expression of social relations; a group exists only in relation to at least another group" (Young, 2002: 41).

reasons of social and/or theoretical provenance been the cause of “conflicts” and misunderstandings between the theory of human rights and the concept of the human rights of women? Being that the analysis of the discourse of women’s rights is in focus, we must not, after all, lose sight of the fact that the theory of law “is not and cannot be only a question of conceptualisation. Concepts do not exist in a timeless void, but they are an integral part of social life, and they cannot be treated as abstractions separated from the concrete forms of social relations” (Pateman, 1998: 104).

Human rights are established as the rights which are connected with the very conditionality of human beings (Levinas, 1995-1996: 30) and their right to freedom. People as individuals can demand, and they do demand, those rights on the basis of their existence as human beings, and the community is the one which makes legal guarantees in their behalf, due to ethical reasons. The elevation of “those rights to the level of fundamental principles of legislature and social order” (Levinas, 1995-1996: 30) represents, in a civilisational sense, the key moment in the history of the ideas of the Western cultural circle, and, also, one (of several) universally acknowledged moral vision of the humanity (Bunch, 1995-1996: 175). Therefore, human rights do not originate from the positive legal order of the state, but they belong to the moral structure of humans and to individuals as autonomous, free, equal and rational human beings. According to Richard Rorty, “the phenomenon of human rights is ‘a worldwide fact,’ and the general consent on the idea of human rights and its expansion calls for a new age, ‘the age of rights’, in which, as it seems, human rights have an opportunity to become universal, to become ‘the general law of the people’ (Rorty, 1995-1996: 46).

In its study of human rights, the theory of sociology⁷ is analytically directed towards the connections between an individual and the society, with the idea to explain the way in which human rights represent an individual and collective desire for human freedom. In the historical and political sense, the freedom and the equality of citizens are the essence of human rights, and, due to this fact,

7 Among other things, due to the manner and the consequences of the implementation of human rights and the human rights of women into our cultural context, it is useful to see the difference which exists between sociology and the mainstream within the study of human rights. This difference is, in fact, a product of tension which exists within philosophical debates around the ideas of universalism and relativism. Of course, the outcome of and the solution to the relativist-universalist debate will not be “useful” if it remains on the level of abstract considerations. It has to go towards a renewed understanding of culture as a process where attention is focused onto empirical specifics – in what way human rights and the local culture can dialectically affect each other, and how their specific position can produce new hybrid and accidental cultural consequences. (See the section on human rights in: Turner, 2006: 521.)

at a certain historical and social moment, the accent have had to be put on the theoretical and institutional development of the concept of the human rights of women. The most remarkable achievement of the 1990s was, perhaps, the introduction of the question of sexual and reproductive health and right, violence against women, and unequal balance of power in gender-based relations, into the centre of global and national debates about human rights and human development (*Gender Equality – Striving for Justice in an Unequal World*, 2005: 1).

4. Gender perspective: the human rights of women

Within the question of whether the state is responsible for providing women with the freedom to exercise human rights (civic, political, economic, social and cultural rights), there has been a “hidden” seed of the debate, which has grown within the circles of the theorists of law who have insisted on the fact that there is no legal space for special rights of women beyond the concept of human rights which are universally projected. In a social sense, regardless of the theoretical debates and disputes, the insistence on the protection of women’s rights has proved itself as inevitability and as a reaction to the systematic and historical nature of inequality between men and women. Most feminist female theorists emphasise two remarks which refer to the notion of human rights: the abstract character of the very notion of right, and the individualism upon which this notion is grounded. Therefore, if we would review the feminist criticism of human rights, we could state that human rights are actually the rights of men, and the state is using them as the means of controlling sexuality (Salecl, 1996: 17).

However, perhaps we could ask the question in this way: what kind of concept of universality is offered “within the society where certain groups are privileged, while others are subordinated, where it is insisted upon the fact that, as citizens, people have to replace their own inclinations and experiences with general attitudes – this only helps the further establishment of privileges, because, in this way, the attitudes and interests of the privileged will become dominant in such a unified public sphere, by marginalising and silencing the attitudes and interests of other groups” (Young, 2004: 419). Or, if going further – why are women “defined as subjects outside social relations, instead of considering in what way the women as women are constituted, precisely through structures (for example, legal structure, the structure of kinship, and alike)” (Mohanty, 2005: 186)? Frances Olsen, for example, states that the discourse of rights cannot resolve social conflicts, that is, that it can only be used to reform them into a certain abstract and finite form – the discourse of rights cannot be successfully separated from politics, morality and other human activities, because right is an integral part of the network of social life (Olsen, 1995: 474 – 487). Also, as

we would like to add, since the rise of liberal thought, and, perhaps, even since Plato and Aristotle, our thought has been structured around opposites: rational/irrational; active/passive, idea/feeling; sense/emotion; culture/nature; power/sensibility; objective/subjective; abstract/contextual, and principal/personal. Each side of this binary system has its normative and descriptive elements which are ascribed to men and women. In the context of defining and classifying human and women's rights, from different theoretical and social perspectives, dual models occur as the basis of the formation of the identities of men and women (Olsen, 1995: 474).

Certainly, most feminist theorists of law think that human rights, as well as the law, reflect a male stance which is determined by objectivity, distance and abstraction, or, as formulated by Catharine MacKinnon: "Abstract rights will authorise the male experience of the world because the state, in part through law, institutionalises male power. If male power is systemic, it is the regime" (MacKinnon, 1995: 93). Therefore, this would be the field which opens up the possibility of a different perception of the social relations between women and men and their place within the discourse and the practice of rights. The revision of a definitional framework for the category of human rights is the way to discover social reasons and legal principles for the establishment of the rights of women. Taking into consideration the presented findings, we can discuss several conceptual, essential reasons for the introduction of a category of the human rights of women into the corpus of universal human rights and the "obtainment" of a legitimate space within the international law. Those are, primarily, different culturally-shaped gender roles; in other words, the ideology of gender roles; then, the view that discrimination against women is structural; as well as, the social fact which indicates that the forms and consequences of discrimination are extremely gender-based and different in relation to women. Also, the existing legal norms regarding human rights do not express female needs and female experiences; the existence of various social records which show the way in which men and women exercise their rights to an extent which is available to each of them, that is, to a different extent; and, finally, the listed reasons show that there are visible indicators of interdependence between the structural and the institutional discriminations against women.

The advancement of human rights in contemporary democracies is a widely accepted aim, which, by itself, gives a focused and useful framework for searching the ways in which to remove all kinds of discriminations, as well as gender-based discrimination. "The problem to which we should turn is how to regard the universality of human rights in relation to the differences and antagonisms which intersect society. One of such differences is the gender difference" (Salecl, 1996: 23). In this sense, the process of the conceptualisation of the rights of women

requires that specific experiences of women have to be added to “traditional approaches to human rights in order to make women more visible and in order to transform the notion and the practice of human rights into our culture in such a way as to take into consideration the lives of women more properly” (Bunch, 1995-1996: 174).

5. Concluding remarks

Violations of gender-based rights have been significantly neglected and, today, this area of research represents the greatest challenge within the field of human rights. That is why it is useful to further revise the concept of human rights through the process of defining the rights of women as human rights, taking into consideration the “leitmotif” that most women are exposed to different kinds of threats and restrictions of rights. Namely, there is a significant number of social barriers (cultural, economic, political, legal, etc.) which lead to: the feminisation of poverty or to the information that women are poorer than men; that women are more exposed to sexual and physical abuse than men; that women are paid less than men; that women are more dedicated to the care, nurture and tendance of children, more than men; that they sacrifice their professional career for the sake of the family more than men; that, in comparison to their male colleagues, they have fewer opportunities and not enough public and private support in using their abilities within the scientific, academic or other professional careers; that women are, more than men, exposed to and burdened with the imposed stereotypes about their own female roles, (the only) acceptable female behaviour and femininity, and the rest.

The approach to the rights of women is still under the influence of the traditional perception of the entire society – what is right for women and what is not. »It is greatly wrong that women have been neglected in their search for freedom, equality, and for those, all too precisely named ‘the rights of men’« (Phillips, 2001: 12). Unfortunately, a paradigmatic attitude towards women’s rights is that, as the constancy in the perception of women’s rights within legal theory and practice, human rights are still regarded as more important than the rights of women.⁸ It is certain that the curriculum of human rights has to move outside its male-defined norms, in order to make a global response to discrimination against women. This implies the questioning of patriarchal prejudices and the

⁸ Within the United Nations, the *Human Rights Council* (previously, the Commission on Human Rights) is better in hearing and investigating the related cases than the *Commission on the Status of Women*. It has more staff, larger budget and better mechanisms for the implementation of its findings. Therefore, there is a significant difference in view of what can be done if a certain case is considered a violation of women’s rights and not a violation of human rights. (See in detail: Bunch, 1996: 178).

acknowledgement of the rights of women as human rights.⁹ However, from the view of “public values”, rationality and democratic development, it is also important to ask the question – whether an increase in social reflexivity, within the context of the general course of the modernisation of society, as a condition in which we have to constantly question the situations in our life, will change the social position of women and force the state to institutionally control discrimination against women in all segments of the society.

References

- Badinter, E. (1986). *Jedno je drugo*. Sarajevo: Svjetlost
- Baines, B., Rubio-Marin, R. ed. (2005). *The Gender of Constitutional Jurisprudence*. New York: Cambridge University Press
- Banč, Š. (1995-1996). Prava žena kao ljudska prava: prilog re-viziji ljudskih prava. U: Politike ljudskih prava. *Beogradski krug*. 3-4/1-2. 173-184
- Blagojević, M. (1991). *Žene izvan kruga*. Beograd: Institut za sociološka istraživanja Filozofskog fakulteta u Beogradu
- Blagojević, M. (2000). Diskriminacija: neplaćeno, potplaćeno i potcenjeno. U: Blagojević, M. (pr.) *Mapiranje mizoginije u Srbiji: diskursi i prakse*. (475-482). Beograd: Asocijacija za žensku inicijativu
- Blagojević, M. (2002). Mizoginija: Kontekstualna i/ili univerzalna. U: Polni stereotipi. *Nova srpska politička misao*. Posebno izdanje. 21-38
- Burdije, P. (2001). *Vladavina muškaraca*. Podgorica: CID
- Bovoar, S. (1982). *Drugi pol I-II*. Beograd: BIGZ
- Giddens, A. (1989). *Sociology*. Cambridge: Polity Press
- Gender Equality – Striving for Justice in an Unequal World*. (2005). United Nations Research Institute for Social Development
- Levinas, E. (1995-1996). Ljudska prava i dobra volja. U: Politike ljudskih prava. *Beogradski krug*. 3-4/1-2. 30-32
- MacKinnon, C. (1995). Feminism, Marxism, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. In Olsen E. F. (ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*. (90 - 104), New York: New York University Press
- Mohanti, Č. (2005). Pod pogledom zapada: feminističko učenje i kolonijalni diskursi. *Treći program*. 161-191

⁹ Among other things, it is necessary to insist on the term ‘the human rights of women’ within the academic circles, and public and political institutions; therefore, our opinion is that the human rights of women are a legal category, and, in order to protect those rights, this terminology also has to be introduced into legally binding documents.

Morgan, L. A. (1998). Glass ceiling effect or cohort effect? A longitudinal study of the gender earnings gap for engineers, 1982 to 1989. *American Sociological Review*. 479-493

European Women Lobby. Report. Winter, 2013. Dostupno na: <http://www.womenlobby.org/publications/reports/?lang=en>

Facio, A. Sandova, R. Morgan. M., (2005). Gender Equality and International Human Rights in Costa Rican Constitutional Jurisprudence. In Baines, B., Rubio-Marin, R. (ed.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*. (105-120). New York: Cambridge University Press

Olsen, F. E. (1995). Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective. In Olsen, E. F. (ed.), *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*. (474 – 487). New York: New York University Press

Olsen, E. F. Ed. (1995). *Feminist Legal Theory I: Foundations and Outlooks*. New York: New York University Press

Pateman, C. (1998). *Ženski nered*. Zagreb: Ženska infoteka

Pincus, F. L. (2000). Discrimination Comes in Many Forms: Individual, Institutional and Structural. In Adams, M., Blumenfeld, W., Castaneda, R. (ed.), *Readings for Diversity and Social Justice*. (31-35). New York: Routledge

Phillips, A. (2001). *Rađanje Demokracije*. Zagreb: Ženska infoteka

Rosener, J. B. (1997). Leadership and the Paradox of Gender. In Walsh, R. M. (ed.), *Women, Man and Gender – Ongoing Debates*. (294-297). New Haven: Yale University Press

Rorti, R. (1995-1996). Ljudska prava, racionalnost i sentimentalnost. U: Politike ljudskih prava. *Beogradski krug*. 3-4/1-2. 29-49

Rols, Dž. (1995-1996). Zakon naroda. U: Politike ljudskih prava. *Beogradski krug*. 3-4/1-2. 9-29

Salecl, R. (1996). Žene kao simptom prava. *Ženske Studije*. 4. 17-43

Turner, B. S. (ed.). (2006). *The Cambridge Dictionary of Sociology*. Cambridge University Press

Walsh, R. M. (ed.). (1997). *Women, Man and Gender – Ongoing Debates*. New Haven: Yale University Press

Young, M. I. (1990). Five Faces of Oppression. In *Justice and politics of difference*. (39-63). Princeton, New York: Princeton University Press.

Young, M. I. (2004). Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. In Phillips, A. (ed.), *Feminism and Politics*. (401-429). New York: Oxford University Press

Мр Наталија Жунџ
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

Дискриминација жена и људска права жена

Резиме

У раду смо анализирали како и на који начин су повезани концепт људских права жена и феномен и инстанце дискриминације жена. „Мапирање дискриминације жена“ у различитим просторима друштва учинило је видљивим оквире у којима се одвија дискриминација жена, као социјалне групе која има различит друштвени положај у многим аспектима живота друштвене заједнице. Историјска природа женских права и статус жена у модерном друштву показују како је контекст женских права детерминисан феноменом дискриминације жена. Дакле, разговор о концептуализацији појма женских права фокусирали смо, како на сам појам дискриминације жена и начине њеног испољавања, тако и на механизме одржавања система дискриминације жена. Препознавање укупног контекста дискриминације жена отвара и суштинско питање превазилажења дискриминације као важног политичког питања. Дискриминација жена, њена друштвена видљивост и борба против ње која се одвијала унутар идеје о правима и равноправности жена, извор су многих теоријских дебата. Академске расправе и снажан утицај женског покрета довели су до заснивања и остваривања људских права жена на различитим нивоима јавне и приватне сфере друштва, као недељивог дела универзалног режима људских права. Кршења права која су повезана са родом била су значајно занемаривана и утолико сматрамо да је целисходна даља ре-визија концепта људских права, кроз процес дефинисања права жена као људских права, имајући у виду „лајтмотив чињеницу“ да је већина жена изложена различитим врстама угрожавања и онемогућавања права.

Кључне речи: род, дискриминација жена, људска права жена, људска права.

Др Драган Стојановић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.565.2

Рад примљен: 02.09.2014.

Рад прихваћен: 07.10.2014.

ПОКРЕТАЊЕ НОРМАТИВНЕ КОНТРОЛЕ ПРАВА У ЕВРОПСКОМ МОДЕЛУ УСТАВНОГ ПРАВОСУЂА**

Апстракт: У раду је анализиран проблем покретања *a posteriori* нормативне контроле права у европском моделу уставног правосуђа коме дају печат немачки и аустријски уставни суд. Истражени су начин и ефекти покретања како апстрактне нормативне контроле права тако и покретање уставног поступка од стране ординарног, редовног правосуђа. Због начина покретања, ова последња има карактер конкретне (инцидентне) нормативне контроле. Посебна пажња посвећена је *ex offio* поретању поступка, када уставни суд сам покреће поступак ради решавања прејудуционог питања. Овлашћени субјекти и обележја покретања уставног поступка у Републици Србији, са посебним указивањем на одступања од стандарда европског модела уставног правосуђа, изложена су како са нормативно-теоријског тако тако и са практичног становишта, на основу новије праксе Уставног суда Србије од доношења Устава од 2006. године.

Кључне речи: Уставни суд, апстрактна контрола, инцидентна контрола, покретање поступка, поступак *ex offio*.

1. Полазно становиште

Покретање поступка пред уставним судом принципијелно зависи од природе уставног спора: да ли је уставни спор претежно објективне или претежно субјективне природе? Тако се у поступку нормативне контроле питање овлашћених предлагача битно другачије поставља, него у случају поступања са уставним жалбама или уставним тужбама. Док апстрактна контрола уставности генералних норми има за главни циљ објективну

* stojand@prafak.ni.ac.rs

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

заштиту устава, дотле је одлучивање о уставним жалбама примарно усмерено на заштиту субјективне, конкретне индивидуалне правне позиције, која свој основ налази у „специфичном“ уставном праву, фундаменталним правним позицијама појединца које уживају посебну уставну заштиту. У првом случају круг овлашћених предлагача, државни органи и органи аутономних или самоуправних јединица, може се одредити шире или уже, зависно од тога да ли се жели свеобухватнија и чешћа или ограничена и спорадична контрола подуставног права. При томе, када судови, као део независне уставне гране власти, покрећу уставносудски поступак, увек се ради о тзв. инцидентној контроли норми. Код уставне жалбе, међутим, покретач поступка може бити само лице, физичко или правно, чије је уставом гарантовано право наводно повређено појединачним актом или радњом државе или другог јавноправног колективитета.

2. Покретање апстрактне нормативне контроле

Уставносудска нормативна контрола може се остваривати као апстрактна контрола, која је независна од конкретног спора, конкретне примене нормативног акта, или као конкретна (инцидентна) контрола, која се спроводи поводом неког конкретног спора који би требало редовно правосуђе да реши. Док је у првом случају уставност нормативног акта главно и једино питање уставносудске контроле, нормативни акт се оцењује *in abstracto*, дотле је у случају инцидентне контроле уставност нормативног акта претходно, прејудицијно или акцесорно питање од чијег решавања ће зависити начин решавања конкретног спора. Због тога се право на покретање инцидентне (конкретне) нормативне контроле додељује било свим судовима било највишим судским инстанцама у земљи.

Круг могућих покретача апстрактне контроле зависи, пре свега, од тога да ли је реч о децентрализованом (дифузној) или централизованом (концентрисаном) контроли, потом од тога када се контрола врши, да ли се ради о контроли *a priori* или претходној (превентивној) или о контроли *a posteriori*, односно накнадној контроли. Прва је изузетак, друга је правило уставног правосуђа.

За покретање апстрактне контроле норми важно је и питање облика државног уређења; да ли се ради о федерацији или унитарној држави? Да би се одржало важење федералног начела по коме „савезно право крши право федералних јединица“, нормативној контроли у федералној држави подлежу како нормативни акти федерације, тако и нормативни акти федералних јединица. Због тога се као покретачи поступка апстрактне нормативне контроле појављују не само федерални политички органи,

савезни парламент и савезна влада, него и органи федералних јединица. Органи федерације начелно покрећу поступак против нормативних аката федералних јединица, а органи федералних јединица против нормативних аката савезне државе.

Када је реч о унитарној држави, од значаја може да буде њен степен децентрализације. Могуће је да апстрактну контролу, поред органа државе, иницирају органи територијалних јединица, на пример, аутономне заједнице, покрајине, региони и сл. При томе, различите су могућности покретања нормативне контроле у државама са „обичном“ децентрализацијом од држава са регионалном или покрајинском аутономијом, независно од тога да ли је та аутономија симетрична, као што је то случај у Италији и Шпанији, или је асиметрична, као у Републици Србији.

Могуће је да и сам уставни суд *ex officio*, по службеној дужности, покрене поступак апстрактне нормативне контроле, ако је решавање овог уставног спора претходно питање за решавање другог уставног спора из надлежности уставног суда.

2.1. Упоредно покретање апстрактне контроле норми

Европски модел уставног правосуђа је заправо аустријско-немачки модел уставног судовања који је у својим најважнијим елементима преузет, уз извесне модификације, у већини европских држава. Аустрија, држава која је прва установила посебан уставни суд, пример је „слабе“ федерације која се у теорији, због минималне примене федералног начела, сматра примером „унитарне федерације“. Ипак, Уставном суду је првенствено била намењена функција чувара федералног државног уређења. За аустријски, централизовани модел уставног судства у коме постоји само један, Савезни уставни суд, карактеристично је постепено ширење круга овлашћених покретача поступка апстрактне нормативне контроле. Овај процес је на крају довео до увођења ограничених могућности и за појединца на непосредно покретање поступка контроле уставности закона.

Према изворној редакцији Устава Аустрије, предлог за оцену уставности нормативних аката (закона, уредби и државних уговора) могли су да поставе једино политички државни органи, савезна и земаљска влада, али не и судови. Новелом Устава од 1929. године право на покретање поступка добили су највиши судови, Врховни суд и Управни суд, под условом да се питање уставности, као прејудиционо, поставило у току решавања спора пред тим судовима. Осталим судовима ово право није било признато. Штавише, изричита уставна норма предвиђала је да контрола ваљаности правилно проглашених закона није у надлежности редовних

судова. Уставни суд је могао *ex offio*, по службеној дужности, да покрене поступак оцене уставности закона, ако се такво питање постављало у споровима које је решавао као суд прве и последње инстанце. С друге стране, спорове о законитости, како савезних тако и земаљских прописа, могли су да покрену било савезна било земаљска влада, али и сви судови који у поступку њихове примене изразе сумњу у њихову сагласност са законом. Уставни суд је могао да у случају оцене законитости подзаконских аката покрене поступак *ex offio*, под истим условом као у случају официјелног испитивања уставности закона.

Доношењем уставног закона од 1975. године у Аустрији су проширене могућности за покретање поступка нормативне контроле. Правом уставног ранга утврђена је следећа листа могућих покретача поступка нормативне контроле:

а) Врховни суд, као и сваки суд који одлучује у другој инстанци (чл.89 ст. 2 В-VG¹), Управни суд (чл.135 ст.4 В-VG), независни управни сенати у земљама (чл. 129а ст. 3 В-VG) и независни савезни сенат за азил (чл.129ц ст.6 В-VG) имају овлашћење на оспоравање закона који би требало да примене, уколико имају сумњу у њихову уставност. Под истим претпоставкама Уставни суд по службеној дужности може да спроведе поступак испитивања уставности закона (чл.140 ст.1 В-VG). При томе, без обзира што је реч о конкретној контроли „није релевантно да ли противуставност има дејства у конкретном случају“ (Walter, Mayer, 2000: 476).

б) Савезна влада је овлашћена на оспоравање сваког земаљског закона, независно од постојања или непостојања конкретног повода или спорног случаја (чл.140 ст.1 В-VG).

ц) Свака земаљска влада је позвана на оспоравање сваког (још важећег) савезног закона (чл.140 ст.1 В-VG).

д) Трећина чланова једног од парламентарних домова, Националног или Савезног већа, може због противуставности да оспорава савезне законе (чл.140 ст.1 В-VG).

е) Трећина чланова земаљског парламента може да оспорава земаљски закон, ако земаљски устав ово одређује (чл.140 ст.1 В-VG).

ф) Свако лице може да оспорава закон због његове противуставности, када тврди да је због те противуставности непосредно повређено у својим правима, уз услов да је овај закон произвео дејства према овом лицу без доношења судске одлуке или без доношења решења (чл.140 ст.1 В-VG)

1 В-VG (Bundesverfassungsgesetz) – Савезни уставни закон (Устав Аустрије)

У овом случају, дакле, појединац је овлашћен на покретање нормативне контроле једино ако је непосредно погођен у својој правно заштићеној сфери, без претходног доношења појединачног акта.

У Немачкој апстрактну нормативну контролу могу такође да покрену различити политички државни субјекти, независно од конкретне примене нормативног акта чија се оцена уставности захтева. Овлашћени су савезна и земаљска влада или трећина чланова Бундестага (чл.93 ст.1 т.2 GG²). Овлашћени предлог је, дакле, резервисан за поједине уставне органе савеза или земаља. Допустивост предлога везана је за образлагање интереса да се изврши оцена уставности (чл.76 BVerGG³), јер се „уставни суд не бави практично неважним, само теоријски сумњивим питањима“ (Maunz, Zippelius, 1994: 259). Апстрактном нормативном контролом обухваћено је савезно или земаљско право било ког степена. Поступак апстрактне нормативне контроле може да буде обједињен са поступком решавања органског или федералног спора (чл.93 ст.1 т.1 или 3 GG), ако предлагач нормативне контроле тврди да су оспореним законом повређена његова права или његова уставна надлежност. У овом случају оцена уставности се врши као претходно питање. Уставносудско испитивање норме закона може да се покрене и уставном жалбом. На предлог је овлашћен свако ко тврди да је законом непосредно повређено једно његово основно право или одређена, појединачно наведена уставна права, која су изједначена са основним правима (чл.93 ст.1 т.4а GG). Уставна жалба против закона, слична аустријском индивидуалном предлогу на нормативну контролу, може се поднети у року од године дана по ступању закона на снагу.

У односу на аустријски модел, сужене су могућности за покретање апстрактне нормативне контроле пред Уставним судом Италије. Како у овој држави, поред државних закона, постоји покрајинско (провинцијско) законодавство, право на покретање поступка припада како државним, тако и покрајинским политичким органима. Када је реч о обласним законима, влада Републике може да их врати покрајинском већу на поновно одлучивање, уколико процени да прекорачују овлашћења покрајина или да су супротни националним интересима или интересима других покрајина. Ако покрајина поново усвоји спорни закон, влада Републике може да покрене питање његове уставности пред Уставним судом или питање његове целисходности пред националним парламентом. С друге стране, питање уставности државних закона може да покрене председник покрајинског већа, уколико се законом или одлуком са снагом закона задире у надлежност покрајине утврђене уставом или уставним законом. Исто

2 GG (Grundgesetz) - Основни закон (Устав Немачке).

3 BVerGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) – Закон о Савезном уставном суду (Немачке)..

решење важи ако покрајина оспорава уставност закона друге покрајине. Иначе, не постоји никаква могућност да Уставни суд *ex offio* покрене поступак за испитивање било државних било покрајинских закона.

У Шпанији се тужба због противуставности, односно предлог да се изврши накнадна нормативна контрола може поднети Уставном суду у року од три месеца од дана официјелног објављивања нормативног акта у службеном гласилу. Како је реч о регионалној држави, на тужбу су овлашћени не само државни органи, него и органи аутономних заједница. Круг овлашћених предлагача је следећи: председник Владе, Бранилац народа (омбудсман), најмање 50 посланика или 50 сенатора Генералног кортеса, председници колегијалних извршних органа аутономних заједница и скупштине ових заједница.⁴

2.2. Покретање поступка пред Уставним судом Србије

Устав Србије и надаље прави разлику између предлога овлашћеног предлагача и иницијативе за покретање поступка апстрактне нормативне контроле. На подношење предлога Уставом су овлашћени сви државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и најмање 25 народних посланика, дакле, парламентарна мањина. Иницијативу за покретање поступка може дати свако (домаће) правно или физичко лице, независно од тога да ли је непосредно погођено применом општег акта чију уставност оспорава. Трећи начин покретања нормативне контроле је особеност модела уставног судовања у Србији. Наиме, сам Уставни суд може самостално, *ex officio*, да покрене поступак нормативне контроле, независно од случаја прејудицијалности.

Субјекти овлашћени на покретање поступка пред Уставним судом имају статус учесника поступка. Овај положај је процесно далеко слабији него што је то случај са положајем странке у парничном поступку и уопште са статусом једне стране у било коме ординарном судском поступку. Акционе могућности учесника поступка пред Уставним судом су знатно скромније, једва да иду даље од покретања поступка, једноставно зато што је поступак нормативне контроле превасходно објективни спор, а не спор који примарно циља на заштиту субјективног права. Апстрактни спор обично покрећу државни органи код којих се појавила сумња у уставност неке опште норме. Током поступка „господари“ Уставни суд који није везан диспозицијама учесника поступка у односу на предмет уставног спора. Примарни предмет спора је утврђивање односа норми *in abstracto*, сагласност или несагласност законских и других општих норми

4 В. члан 162 Устава Шпаније

са уставним нормама. Заштита субјективних права је секундарна, односно само посредна. То је и главни разлог слабијег процесног положаја учесника, односно покретача поступка нормативне контроле.

2.2.1. Иницијатива недржавних субјеката

Иницијативу за оцену уставности и законитости нормативних аката може дати свако правно или физичко лице, али она има карактер готово правно необавезујуће представке, независно од тога што се и од ње, као и од предлога, захтева да испуни одређене формалне захтеве. Уставни суд „суверено“ одлучује да ли ће покренути поступак, доношењем решења којим се иницијатива прихвата. Грађани, ипак, немају право на *actio popularis*, тј. на непосредно покретање уставносудског поступка, независно од тога што се од иницијатора не захтева да докаже да је оспореним актом повређено његово право или правни интерес. Поступак нормативне контроле сматра се покренутим било самим подношењем предлога било доношењем решења Уставног суда о покретању поступка. Према ставу Уставног суда, иницијативу за покретање поступка нормативне контроле могу поднети само домаћа физичка и правна лица, дакле, не и страни држављани или страна правна лица.⁵

У теорији се често наилази на мишљење да је иницијатива за покретање поступка „превазиђени институт“ (Вучић, 2010: 160), имајући у виду, пре свега, могућности које грађанима стоје на располагању подношењем уставне жалбе. Наиме, у поступку одлучивања о уставним жалбама захтев се може заснивати, *inter alia*, на тврдњи да је закон, који је био основ за доношење појединачног акта оспореног уставном жалбом, супротан Уставу. У овом случају, Уставни суд може официјелно да покрене поступак за оцену уставности закона, као претходно, тј. прејудицијелно питање. Тада се уставна жалба „паркира“, односно прекида се поступање по њој до коначне одлуке Суда о уставности закона. Може се приметити да ова процесна могућност наликује аустријском индивидуалном предлогу или немачкој уставној жалби изјављеној непосредно против закона. Разлика је, међутим, што је у једном случају она резултат саме праксе Уставног суда Србије, а у другом експлицитна уставна или законска категорија.

Кад Уставни суд Србије оцени да има основа за покретање поступка поводом иницијативе, поступак покреће решењем. Изузетно, Уставни суд може мериторно да одлучи поводом иницијативе без доношења посебног решења о покретању поступка, ако у односу на одредбе оспореног нормативног

⁵ В. ставове Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби, који су усвојени на седници Уставног суда 30. октобра 2008, односно 2. априла 2009. године, у: *Ставови Уставног суда* (пречишћени текст), Београд 2010.

аката већ има заузет став или кад је у току претходног поступка правно стање потпуно утврђено и прикупљена правна грађа пружају поуздан основ за одлучивање. У пракси је ова „скраћена“ процедура постала правило, које не може да буде примењено једино ако је предмет нормативне контроле закон или статут аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.⁶ Кад Уставни суд нађе да је иницијатива неприхватљива, јер изнетим разлозима оспоравања није поткрепљена тврдња да има основа за покретање поступка за оцену уставности или законитости, иницијативу ће решењем одбацити.⁷ То значи да разлози који су наведени у иницијативи, као и њихово уставноправно образложење, нису довољни да би Уставни суд покренуо поступак. С друге стране, кад Уставни суд након спроведеног поступка оцени да захтев за утврђивање неуставности или незаконитости из иницијативе поводом које је покренут поступак, није основан, донеће одлуку о његовом одбијању.⁸ У овом случају Уставни суд је својим решењем, „олако“ прихватајући иницијативу, донео решење о покретању поступка, али је након његовог спровођења „одустао“ од утврђивања несагласности са Уставом или законом. Иначе, убедљиво највећи број поступака нормативне контроле, преко 90 процената, покренут је поводом иницијативе.

2.2.2. Предлог државних органа

Круг овлашћених предлагача за покретање поступка нормативне контроле Уставом је и надаље прилично широко одређен. Поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и десетина састава Народне скупштине, тј. најмање 25 народних посланика.⁹ Поступак се сматра покренутим даном подношења уредног предлога Уставном суду.¹⁰

У односу на Устав од 1990. године сада је круг овлашћених предлагача у значајној мери сужен, али чини се још увек не довољно. Поступак нормативне контроле, додуше, предлогом више не могу да покрену недржавни субјекти, организације којима су поверена јавна овлашћења, предузећа и установе, политичке странке, синдикати, удружења грађана и друга правна лица. Према ранијем уставном решењу, наведени субјекти су могли да покрену поступак нормативне контроле кад оцене да су им права и интереси непосредно повређени актом чија се уставност и за-

6 В. члан 53 став 1 и 2 Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр.109/07, 99/11).Пречишћени текст закона у бази података ИНКОД..

7 В. члан 53 став 2 Закона о Уставном суду

8 В. члан 53 став 4 Закона о Уставном суду (пречишћени текст)

9 члан 168 став 1 Устава Републике Србије.

10 члан 52 Закона о Уставном суду (пречишћени текст).

конитост оспорава.¹¹ Остаје, међутим, спорно да ли управо сви државни органи, односно органи територијалне аутономије и локалне самоуправе, укључујући судове и јавна тужилаштва, доиста располажу генералним овлашћењем за покретање поступка, дакле, против свих нормативних акта који уопште подлежу нормативној контроли.

За разлику од других уставних решења која прецизно одређују листу државних органа овлашћених на покретање уставносудског поступка, као и нормативних аката против којих то могу да учине, изгледало би да сви овлашћени предлагачи располажу општим овлашћењем на покретање поступка пред Уставним судом. Са становишта логике и циља покретања нормативне контроле, овај закључак се, међутим, не би могао у свему прихватити. Закључак у овом смислу посебно би био споран, када су у питању органи територијалне аутономије и локалне самоуправе који би, ако би се одговарајућа уставна норма посматрала изоловано,¹² требало да располажу генералним овлашћењем у односу на све нормативне акте који подлежу уставносудској контроли. Међутим, ако се у овом контексту имају у виду и одредбе Устава којима се уређује посебна заштита покрајинске аутономије и локалне самоуправе,¹³ могло би се закључити да органи аутономије и локалне самоуправе заправо располажу само специјалним овлашћењем на покретање уставносудског поступка. Тиме би ово овлашћење *in toto* било у функцији заштите уставних позиција ових територијалних јединица. Пред Уставним судом оне могу побијати нормативне акте Републике Србије, односно опште акте других јединица локалне самоуправе, односно аутономне покрајине, једино под условом да ови акти повређују „право на покрајинску аутономију“, односно „право на локалну самоуправу“ (Марковић, 2008: 555). У пракси Уставног суда, међутим, ово рестриктивно становиште није прихваћено, тако да се јединицама локалне самоуправе, као и аутономној покрајини, признаје генерално овлашћење на покретање поступка нормативне контроле.

Када је реч о државним органима, не би се могла безусловно прихватити ни тврдња да сви државни органи располажу генералним овлашћењем на покретање поступка уставне контроле. Полазећи од њихове опште уставне позиције, условљене функционалном поделом уставноправних

11 члан 128 став 2 Устава Републике Србије 1990.

12 Члан 168 став 1 Устава Републике Србије.

13 В. члан 182 став 2 и члан 193 став 2 Устава Републике Србије. Иначе, Законом о локалној самоуправи (члан 98 став 11) специјално овлашћење на побијање одлука и општих аката јединица локалне самоуправе додељено је још и Савету за међунационалне односе. Услов је да ово тело сматра да су њима повређена права припадника српског народа или националних мањина које су у њему представљени.

овлашћења, где се неки државни органи испољавају као самостални и независни у сваком погледу, док су други самостални једино у организационом или функционалном смислу, имајући даље у виду узајамне односе државних органа, надзорна овлашћења једних према другима, учешће у поступку доношења нормативних аката и др., показује се у уставној стварности да су „стварне“ могућности за вођење уставног спора у неким ситуацијама *de facto* ограничене, ако не и потпуно искључене. Ово се најбоље може показати на примеру контроле уставности закона. Није прихватљиво ни у правном ни у политичком смислу да државни органи који су учествовали у доношењу закона касније оспоравају његову уставност. Нема никаквог смисла тврдити да Народна скупштина може да покрене поступак за оцену уставности закона, када може једноставно да приступи промени закона или да утврди престанак његовог важења, односно када то може учинити једна десетина њеног састава. Слична констатација може да важи и за Владу, која има не само фактички монопол у предлагању закона, него и носи политичку одговорност пред Народном скупштином за решења која јој предлаже. С друге стране, ни председник Републике нема легитимитет на побијање уставности закона, када већ има уставно овлашћење да изгласани закон, уз писмено образложење, врати Народној скупштини на поновно одлучивање. Једино ако Народна скупштина поново изгласа закон, председник Републике је легитиман да покрене поступак пред Уставним судом, без обзира што је претходно донео указ о његовом проглашењу.¹⁴ Што се тиче судова, по нашем мишљењу природи и уставном положају судова не одговара генерално овлашћење на покретање поступка апстрактне оцене уставности закона и других прописа. Судске одлуке заснивају се на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона.¹⁵ Везаност судова за закон била би доведена у питање, ако би судови неограничено били овлашћени да *in abstracto* оспоравају уставност закона. Њима једино припада право да покрећу инцидентну нормативну контролу.

Како се органи аутономије и локалне самоуправе у пракси више користе специјалним овлашћењем, преостаје да генералним овлашћењем на побијање уставности закона, осим парламентарне мањине, располажу независне државне институције, надзорна и регулаторна тела, као што су Заштитник грађана, Државна ревизорска институција, Народна банка, Високи савет судства, Јавно тужилаштво, који су уставни државни органи, као и Повереник за информисање, Повереник за заштиту равноправности,

14 Председник Републике је до сада предлогом захтевао једино оцену формалне уставности Закона о раду.

15 В. члан.145 став 2 Устава Републике Србије.

Агенција за борбу против корупције и други органи или тела конституисана законом. У пракси, међутим, државни органи, па и независна надзорна и регулаторна тела, једва да се користе уставним овлашћењем на покретање нормативне контроле. Њихов допринос у покретању механизма за заштиту устава може се сматрати занемарљивим.

2.2.3. Покретање поступка *ex offio*

Поступак за оцену уставности или законитости Уставни суд може да покрене самостално, на основу одлуке коју доноси двотрећинском већином гласова свих судија.¹⁶ Посматрано из начелно правних разлога, покретање поступка *ex offio* веома је спорно. У строго правном смислу, не би се могло прихватити овлашћење Уставног суда да самостално покреће поступак нормативне контроле, не само зато што се тиме прејудицира његова коначна одлука, већи и зато што се официјелно покретање поступка противи правном начелу да нема судовања без тужбе, *nemo iudex sine actore*, односно правилу да нико не може бити судија у својој ствари *nemo iudex in re suo*.. Због тога је „службено“ покретање поступка веома редак изузетак који се, додуше, може наћи у упоредном уставном праву, али је ограничено само на случајеве када се нормативна контрола јавља као претходно питање за решавање неког другог уставног спора.

У теорији се углавном не прихвата деловање уставног суда *suo sponte*, дакле, овлашћење органа који врши нормативну контролу да самостално покреће поступак контроле и тиме самостално одређује њен предмет. Када уставни суд сам покреће поступак испитивања норми, онда је готово извесно да ће његовом одлуком бити констатована несагласност са Уставом. Зашто би се, иначе, суд одлучио на покретање поступка? У сваком случају „прејудицирана“ одлука уставног суда, која се доноси већином гласова, а не двотрећинском већином, веома је близу границе политичког одлучивања коју Уставни суд никако не би смео да прелази. Официјелно покретање поступка носи са собом ризик велике концентрације моћи у поседу Уставног суда који је у позицији да „бира“ законе које ће подвргнути уставној контроли. Тиме се свакако премашује његова улога „негативног законодавца“, једноставно долази се на терен политичког процењивања. У својој досадашњој пракси Уставни суд је с разлогом био веома уздржљив у коришћењу овог официјелног овлашћења, па и када га је примењивао најчешће је то био случај са оценом уставности и законитости подзаконских аката. Једини озбиљнији изузетак је *ex offio* испитивање уставности Закона о Уставном суду, када је Уставни суд закључио да је изменама овог закона суштински доведена у питање његова уставна улога у непосредној заштити људских и мањинских права и слобода.¹⁷

16 В. члан 50 став 2 Закона о Уставном суду.

17 В. Одлука Уставног суда Србије IУз – 97/2012.

Самостално покретање поступка нормативне контроле није једини случај примене официјелног начела у уставносудском поступку. Када поступа по предлогу или иницијативи, Уставни суд није ограничен захтевом, тако да испитивање може да прошири и на одредбе нормативног акта које захтевом предлагача или иницијатора нису оспорене, али се, према становишту Уставног суда, те одредбе налазе у блиској систематској вези са оспореним нормама, чинећи са њима нераскидиву правну целину. Штавише, кад овлашћени предлагач или иницијатор одустане од предлога, односно иницијативе, Уставни суд може да настави поступак за оцену уставности или законитости, ако за то нађе основа.¹⁸ У пракси, Уставни суд се често користи овим процесним могућностима којима се, заправо, постиже готово исти правни ефекат као у случају покретања поступка *ex officio*. За Уставни суд иницијатива може да буде само згодан повод да се контроли уставности подвргне нормативни акт *in totum*, у свему. Проблеми могу настати, међутим, када Уставни суд прошири испитивање на норму, које са аспекта систематске везе или јединственог циља, нису у блиском, непосредном односу са оспореним нормама или, *vice versa*, када пропусти да својом одлуком обухвати све аспекте нормативног регулисања који сви заједно чине један нормативни комплекс.¹⁹

3. Покретање поступка конкретне нормативне контроле

За разлику од апстрактне, инцидентна контрола норми покреће се једино на захтев судова. У Немачкој се они називају „судијски предлози“. У овом случају уставност, односно важење једне опште норму је за редовни суд прејудиционо питање. Услови који се захтевају за инцидентно активирање уставносудског испитивања норми могу бити различити, тако да овим правом могу да располажу сви судови или само суд највише инстанце. У сваком случају, инцидентно уставносудско испитивање уставности закона искључује могућност да редовно правосуђе самостално процењује да ли је закон чија примена долази у обзир сагласан уставу или не.

За разлику од апстрактне или принципалне контроле норми, као конкретна или инцидентна контролом означава се уставносудско испитивање норми

18 В.чл. 54. Закона о Уставном суду.

19 Тако је у одлуци IУз-42/2008 („Службени гласник РС“, број 28/2011.) Уставни суд проширио испитивање и на одредбе Закона о избору народних посланика које нису у никаквој међусобној систематској вези, (начин додељивања појединачног мандата), али је, с друге стране, у одлуци IУз – 52/2008, („Службени гласник РС“, број 34/2010) пропустио да прошири испитивање комплементарних норми Закона о локалним изборима, тако да није „касирао“ одредбе закона којима се уређује поступак „замене“ одборника којима је мандат престао.

које иницирају редовни, стручни судови, поводом конкретних спорова о којима треба да одлучују. Супротна њој, апстрактна контрола нити се покреће од стране редовних судови нити је уведена због конкретних процесних повода. Код конкретне контроле се ради о томе да учесници једног другог правног спора или правног односа, тзв. *полазног случаја*, захтевају и чекају одлуку уставног суда о важности или неважности једне генералне норме. Од уставног суда предлогом се не тражи одлучивање о конкретном случају као таквом, него одлучивање о „правном питању“, дакле, о важењу или неважењу једне законске норме. У оквирима јединственог судског поступка, конкретна нормативна контрола је један међупоступак који се налази у самосталној и искључивој надлежности уставног суда. Ово разликовање указује на то да је сагласност једне норме са највише рангираним правом у једном случају претходно, а у другом главно питање. Заједничко за оба поступка је да служе очувању хијерархије норми, супериорности уставне норме, дакле, објективној уставној стварности, а не (примарно) индивидуалној и субјективној правној заштити. При томе, у средишту конкретне нормативне контроле налази се парламентарни законодавац. Штавише, у већини држава законодавац је једини нормотворац који је подвргнут овом поступку. У апстрактном поступку, међутим, испитује се свака норма законодавне и извршне власти и њен однос према највишем праву. Смисао конкретне контроле је спречавање да се судија уздигне изнад воље и ауторитета законодавца, ако би могао сам да оцењује уставност закона. Конкретна контрола служи дошењу одлука у редовном судском поступку у којем се појавио „инцидент“, али испуњава и допунске функције. Тиме што се опште обавезним разрешењем спорних уставноправних питања спречавају дивергентне одлуке судови, успоставља се правна сигурност и одржава јединственост правног поретка. Смисао овог поступка је, дакле, да се конкретни случај разреши на једној потпуно сигурној правној основи, да се очува јединственост уставне интерпретације. Задатак уставног суда, ограничен начелом супсидијарности, своди се овде на накнадно испитивање и одбацивање норме чија је примена долазила у обзир.

3.1. Покретања инцидентне контроле упоредно

У уставном правосуђу Немачке прва претпоставка за призивање Уставног суда је да редовни суд пред којим се води поступак сматра да је закон, чија је примена могућа, противуставан. Суд мора да буде убеђен у противуставност законске норме. Није довољна само правна сумња у уставност закона. На предлог су искључиво овлашћени судови, не и странке у поступку (судијски предлози). Друга претпоставка је да, при одлучивању

о конкретном правном спору, закон који се сматра противуставним мора да има одлучујућу, пресудну улогу за решавање спора, тако да предлог у овом смислу мора да се покаже неопходним. Важност уставног одлучивања постоји само ако би се при декларисаној неважности норми могло одлучити другачије. Прости проблеми који се јављају у тумачењу норми нису довољан разлог за подношење предлога Уставном суду. Треће, правне норми које подлежу испитивању морају да буду постконституционалног карактера, да су ступиле на снагу после Бонског устава. Ако се ради о нормама које су донете пре Основног закона, сваки суд одлучује самостално о њиховој уставности, јер преконституционално право не угрожава ауторитет законодавне власти. Према томе, предмет конкретне нормативне контроле могу да буду само закони у формалном смислу који су донети после ступања на снагу Основног закона.²⁰

У немачком моделу нормативне контроле *a posteriori* претежу предлози судова, док су поступци апстрактне контроле веома ретки. Ово не изненађује, јер се предлози судова сматрају као њихова дужност, док за апстрактну нормативну контролу предлог представља правно овлашћење, које се може, али не мора користити. Право подношења предлога за апстрактном контролом њихови носиоци ипак користе, посебно ако долазе од опозиције. Парламентарна мањина се сматра најпозванијом на оспоравање закона *in abstracto*, јер је његова уставност, најчешће из начелних разлога, оспоравала још у законодавном поступку.

До 1975. године у Аустрији једино су Управни (*Verwaltungsgerichtshof*) и Врховни суд (*Oberster Gerichtshof*) били овлашћени на покретање инцидентне нормативне контроле у случају када је одлучивање о уставности савезног или земаљског закона неопходно за решавање конкретног спора (управног, грађанског, кривичног) пред тим судовима. Остали судови нису имали право да покрену уставног поступак, јер је Устав Аустрије предвиђао да контрола ваљаности правилно проглашених закона није у надлежности судова. Уставном новелом од 1975. године Управни и Врховни суд су добили могућност да покрећу апстрактну нормативну контролу, дакле, независно од конкретног спора. Поступак инцидентне контроле од тада могу да покрену сви судови који су другостепено надлежни у правној ствари у

20 Члан 100 став 1 Основног закона гласи: (1) Уколико одређени суд сматра да је закон на основу којег треба да се донесе одлука противуставан, поступак ће прекинути док се не прибави одлука Савезног уставног суда, а када се ради о повреди земаљског устава, док се не прибави одлука суда надлежног за одлучивање о земаљским уставним споровима. Ово се односи и на случајеве повреде овог Основног закона земаљским правом или неусклађености земаљског закона са неким савезним законом.

вези с којом је настао конкретни спор о уставности закона. Овлашћени на предлог су како сва тела пресуђења тако и судија појединац у једном суду.²¹

Претпоставка за испитивање законске норме по предлогу суда је њена *прејудицијалност*, што значи да суд при решавању правног питања обавезно треба да примени дотичну норму. Важно је, такође, која дејства на решавање конкретне ствари могу да имају резултати испитивање норме, да ли су за једну странку она позитивна или негативна. Прејудицијалност, како наводи *Тео Елингер*, најпре оцењује сам редовни суд. При оцењивању да ли је за одлуку суда једна норма прејудицијелна, Уставни суд није овлашћен да редовни суд обавезе на одређено тумачење, и да тиме индиректно донесе судску одлуку. Због тога недостатак прејудицијалности постоји само онда ако норма чије се испитивање захтева очигледно не долази у обзир као претпоставка судске одлуке, чак и ако се уставно конформно протумачи (Öhlinger, 1999: 424).

У Италији поступак испитивања уставности закона и нормативних аката са законском снагом, уредби, може покренути редовни суд који је надлежан за њихову примену у конкретном случају, како по сопственој иницијативи, тако и на захтев странке или јавног тужиоца. За разлику од аустријског модела, где првода степени судови не могу да иницирају конкретну нормативну контролу, овде сваки суд може да покрене поступак пред Уставним судом. У поређењу, пак, са немачким системом контроле, где суд мора заузме становиште о противуставности закона, редовни суд у Италији прекида поступак и прослеђује Уставном суду на одлучивање само захтев да се изврши контрола уставности норме коју сматра меродавном за решавање спорног правног односа. Међутим, ако је захтев потекао од странке у спору, која је истакла приговор неуставности закона, *exsertio contra constitutionem*), суд може такав захтев да одбије, ако нађе да је „очигледно неоснован“. Од 90-тих година „стално се повећава број одлука Уставног суда у вези са инцидентном контролом“ (Faller, 97).

Шпански судови су обавезни на испитивање уставности правних норми које имају ранг законске норме. У случају да неки суд сматра да је законска норма, која је применљива у датом случају, супротна уставу, а од њене пуноважности зависи његова одлука, обавезно се питање уставности закона износи пред Уставни суд. Судови су, дакле, обавезни да у случају сумње у уставност законске норме захтевају одлуку Уставног суда. Предлог којим се захтева оцена уставности закона редовни суд мора да постави

21 Уставни суд Аустрије је својом одлуком (VfSlg. 3992/1961) огласио противуставним регулација која су право на оспоравање закона резервисала само за пленуме Управног и Врховног суда.

по окончању усмене расправе, али пре доношења одлуке у конкретном случају. Суд је у потпуности везан правним становиштем садржаним у одлуци Уставног суда Тиме је шпанско уставно право изабрало средњи пут између немачког и италијанског решења. Док у Немачкој судови морају бити убеђени у неуставност законске норме, дотле у Италији задовољава аргументација процесног учесника, осим ако је „очигледно неоснована“.

3.2. Инцидентна контрола пред Уставним судом Србије

Судови су, према одредбама члана 142 став 2 Устава, самостални и независни и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора. У члану 1 Закона о уређењу судова судови су одређени као самостални и независни државни органи који штите права и слободе грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост.

Као посебна државна функција, судска власт се манифестује као ауторитативно одлучивање у правним споровима појединаца, према правним начелима и општим правилима која су установиле уставна и законодавна власт. Судска функција обухвата и ауторитативно одлучивање о томе да ли се у једном појединачном случају треба изрећи казна која је предвиђена на основу закона. Сажето, судска функција би се могла описати као ауторитативна примена генералних правних правила на конкретна чињенична стања у којима учествују појединци, још сажетије као функција изрицања права.

Судови су обавезни да строго поштују захтеве права; они треба да гарантују, као институције неутралне и независне како у стварном тако и персоналном погледу, да ће поступати једино у складу са правом. Пошто је судској власти иманентно решавање спорова, природно је да се у спору између супротстављених странака постави питање ваљаности права чија примена је могућа, односно питање уставности и законитости нормативног акта. Устав предвиђа да поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, али таксативно не наводи те државне органе, тако да нити посебно помиње судове нити диференцира апстрактну од конкретне контроле уставности. Међутим, поред тога што преузима уставну одредбу о покретању поступка за (апстрактну) оцену уставности и законитости, Закон о уставном суду одредбама члана 63 изричито предвиђа право судова на покретање инцидентне контроле уставности. Ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, опште

прихваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, суд ће, ако оцени основаним такво питање, застати са поступком и покренути поступак за оцену уставности или законитости тог акта пред Уставним судом.

Покретање поступка инцидентне контроле у Србији разликује се од других сличних модела најпре тиме што је инцидентна контрола могућа не само против закона, него и других нормативних аката. То значи да судови не могу да оцењују не само уставност закона, него ни законитост општих аката, односно њихову сагласност са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Тиме је искључено право суда на примену института *exceptio illegalis*, тј. самостално одлучивање о незаконитости општих аката. Изгледа да је овим ширењем предмета инцидентне контроле заправо промашен њен смисао - заштита законодавца од судова. За сваки нормативни акт судови морају да покрену уставносудски поступак, уколико сматрају да је супротан Уставу, међународном уговору или закону. Друго, може се приметити да није довољно прецизан законски услов за покретање инцидентне контроле, тј. „ако се у поступку пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом...“. Извесно је да питање сагласности нормативног акта са Уставом и законом може да постави странка у поступку пред судом, али суд самостално одлучује да ли ће прекинути поступак и поднети предлог Уставном суду. Овај услов даље треба тумачити као обавезно постојање прејудицијалности, што значи да нормативни акт мора бити доиста меродаван, нужен за решавање конкретног спора. Поред тога, када је реч о односу суда према нормативном акту, суд не мора бити убеђен у његову неуставност, односно незаконитост. Довољно је да има озбиљну сумњу у његову супротност Уставу или закону.

У пракси Уставног суда Србије супротно пракси европских уставних судова, инцидентна контрола нормативних аката нема готово никакву примену. Свега у једном случају је један основни суд предлогом покренуо инцидентну нормативну контролу²² (Ненадић, 2013: 90). Она је потпуно неразвијен, неделотворан институт уставне нормативне контроле. Судови опште и посебних надлежности избегавају њено покретање, можда и зато што би судијски предлог којим би се захтевала инцидентна контрола морао да буде подржан примереном уставноправном аргументацијом. То је свакако оптерећење за редовни суд који се налази ионако под пресијом суђења у разумном року. Од конституисања новог састава крајем 2007. године, Уставни суд Србије још увек није добио ниједан предлог којим

22 У питању је био подзаконски акт (Тарифа за накнаду трошкова адвоката) у предмету IVo-790/12.

би судови иницирали поступак конкретне контроле уставности. Неки предлози које су судови својевремено поднели против Уставног закона за спровођење Устава, Закона о Високом савету судства, Закона о судијама и Закона о јавном тужилаштву, оспоравајући уставност општег избора судија и заменика јавних тужилаца, пре се могу урачунати апстрактној, него конкретној контроли уставности. Можда би се ствари поправиле ако би се поступак инцидентне контроле прогласио хитним, тако да се на одлуку Уставног суда не би претерано дуго чекало.

4. Закључак

Нормативна контрола права је језгро надлежности европског уставног правосуђа које је претежно обликовано према аустријско- немачком моделу уставног судовања. У њему је од посебног значаја проблем начина иницирања уставне контроле права. Зависно од тога који субјект је покреће, та контрола може бити апстрактна и конкретна или инцидентна. Први облик уставне контроле начелно покрећу политички државни и регионални органи, укључујући парламентарну мањину, док је други искључиво инициран од стране редовног правосуђа у форми судијских предлога. Тенденција је да се и појединац, под извесним условима, може појавити као покретач контроле уставности закона, док се поступак *ex offio* начелно спроводи једино ради решавања прејудисионог питања.

Уставно правосуђе Србије познаје како апстрактну тако и инцидентну нормативну контролу права. Прва је делотворно примењена у пракси деловања Уставног суда Србије, друга је мање- више само теоријска могућност. Особености покретања *a posteriori* контроле, којима се одступа од стандарда европског модела уставног правосуђа, огледају се у доминацији иницијативе грађана, као главних покретача апстрактног уставносудског поступка, као и прешироко постављеном *ex offio* поступку.

Литература

Вучић, О., Петров, В., Симовић, Д, (2010), *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд.

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*. 12. изд., Београд.

Ненадић, Б. (2013). *О неким аспектима односа уставних и редовних судова*, Зборник радова: *Улога и значај уставних судова у очувању владавине права*, Београд.

Maunz, T., Zippelius, R. (1994). *Deutsches Staatsrecht*. 29. Aufl. München.

Öhlinger, T. (1999). *Verfassungsrecht*, 4. Aufl., Wien.

Faller, V. (1986). Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa, *EuGRZ* (Europagrundrecht Zeitschrift).

Walter, R., Mayer, H. (2000) *Bundesverfassungsrecht*, 9. Aufl., Wien.

Dragan Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Initiating the Judicial Review in the European Model of Constitutional Justice

Summary

Judicial review is the core competence of the constitutional judicature in Europe, which is largely shaped by the Austrian and German models of constitutional justice. In that context, the issue of initiating the constitutional review of legislation is extremely important. Depending on the subject who is authorized to initiate this proceeding, the constitutional review may be twofold: the abstract control and the incidental control. The former type of constitutional review is generally initiated by political bodies of authority at the national level and regional authorities, as well as the parliamentary minority. On the other hand, the latter type of constitutional review is exclusively initiated by regular courts in the form of judicial motions. In principle, there is a tendency to enable an individual to initiate the process of constitutional review (subject to specific requirements), whereas the *ex officio* proceeding is typically instituted only for the purpose of resolving a preliminary issue.

The constitutional judicature in Serbia recognizes both the abstract and the incidental normative control. The former is effectively implemented in the practice of the Constitutional Court of Serbia; the latter is largely regarded as a theoretical possibility. The specific characteristics underlying the process of initiating *a posteriori* judicial review imply a significant departure from the standard embodied in the European model of constitutional justice. These characteristics are reflected in the prevalence of abstract constitutional review proceedings which are initiated by citizens as well as in the *ex officio* proceeding which has been laid down too broadly.

Key words: Constitutional Court, abstract normative control, incidental normative control, initiating proceedings, *ex officio* procedure.

Др Милева Анђелковић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.228.34

Рад примљен: 29.09.2014.

Рад прихваћен: 13.10.2014.

ЗАКОНИТА НЕПРИХВАТЉИВА ПОРЕСКА ЕВАЗИЈА – ПРОБЛЕМИ ДЕФИНИСАЊА И СПРЕЧАВАЊА**

Апстракт: У чланку се анализирају проблеми дефинисања и спречавања законите неприхватљиве пореске евазије. Аутор, најпре, указује на тешкоће у разграничењу законите неприхватљиве од законите прихватљиве пореске евазије. Линија разграничења је врло флуидна и подложна различитим проценама. Законита неприхватљива пореска евазија, којој нарочито прибегавају моћне мултинационалне компаније и веома богати појединци, у великој мери угрожава финансијске интересе савремених држава. Таква понашања су у супротности и са одређеним пореским начелима, што оправдава државну интервенцију, у смислу спречавања неприхватљивих трансакција пореских обвезника. Њих искључиво карактерише усмереност на остваривање пореских погодности (врло често неосновано), умањење или избегавање пореских обавеза, занемарујући притом пословни (економски) циљ предузетих активности. Уколико се обвезници позивају на формалну законитост, порески органи и судови могу оспорити таква понашања указујући на неостваривање циљева пореских закона и њихову моралну неоправданост. У чланку се даље објашњавају антибузивне мере које примењују државе како *сottoп law* тако и *civil law* правних система. На крају се указује на одређене проблеме у примени ових правила.

Кључне речи: законита неприхватљива пореска евазија, агресивно пореско планирање, антибузивно законодавство.

* mevi@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Проблем избегавања плаћања пореза, стар колико и само опорезивање, данас поприма специфичну тежину под утицајем ширења пословања ван националних граница и коришћења погодности савремених информационо-комуникационих технологија. За разлику од незаконите пореске евазије, која представља изузетно штетно друштвено понашање и која је подвргнута санкционисању, постоје различита понашања пореских обвезника где они формално не долазе у сукоб са важећим пореским правилима, али државе губе знатне износе пореских прихода. Зато законодавци морају да дефинишу границу између законитог и незаконитог пореског понашања како би обвезници знали пореске последице својих активности. На први поглед ситуација је јасна. Граница је легалност, односно нелегалност понашања. Међутим, ту и настаје проблем. У зависности од владајућих политичких и моралних вредности у датом друштву, оно што је до јуче било допуштено већ сутра може постати недопуштено понашање у пореском смислу.

Имајући у виду сврху постојања пореске регулативе, ниједној држави није у интересу да толерише активности обвезника које ће за последицу имати умањење или избегавање пореске обавезе, супротно вољи законодавца преточеној у позитивне пореске прописе.

Незаконита пореска евазија испољена кроз различите модалитете пореских кривичних дела подлеже углавном строгим санкцијама будући да је несумњив основ супротстављања.¹ Али где пронаћи основ супротстављања понашањима обвезника где се они само формално, односно фиктивно придржавају пореских правила, изврћу или осујећују њихов смисао? Правно-политички основи за неприхватање одређених видова законите пореске евазије могу се наћи у неким од основних правних начела савремених (демократских) држава. То је, пре свега, опште начело забране злоупотребе права, начело савесности и поштења и начело једнакости пред (пореским) законом. Спречавање законите неприхватљиве пореске евазије има и моралну димензију која се повезује са нарушавањем принципа правичности опорезивања. Данас скоро све државе признају да избегавање пореза представља озбиљну претњу интегритету пореских система у демократским друштвима (Barker, 2009: 229).

Овај феномен се може посматрати како са становишта државе тако и са становишта обвезника. Појачано интересовање савремених фискалних органа за разумевање и спречавање законите неприхватљиве пореске евазије

1 Мора се ипак признати да је на суду понекад тешко доказати да је порески обвезник свесно и намерно покушао да избегне плаћање пореза.

вероватно се поклапа са кризом јавних финансија последњих неколико деценија и прикривеним покушајима координације националних пореских система. С друге стране, порески обвезници (углавном моћне мултинационалне компаније и веома богати појединци) вешто вођење пословања, које доноси значајне пореске уштеде, најчешће не доживљавају као нешто неприхватљиво и недопустиво са друштвеног становишта. Корпоративни порески обвезници су постали покретљивији и све више бележе профит на нижим пореским основама. Индивидуални богатији покретљивији порески обвезници почињу да се понашају као „слепи путници“ на рачун мање покретљивијих пореских обвезника (Ришар, 2008: 144).

2. Разграничење различитих модалитета понашања обвезника у оквиру законите пореске евазије

Појмови законита и незаконита пореска евазија се често користе непрецизно како у националним законодавствима тако и у међународној регулативи. Стога је расправа о значењу ових концепата правовремена из више разлога (Baker, 2000: 2). Најпре, порески обвезници у свим земљама имају право да знају своју порескоправну позицију у смислу допуштености или недопуштености одређених пореских понашања. Други разлог се тиче међународних иницијатива за спречавање различитих видова финансијских превара, што захтева јасно разумевање и дефинисање појма пореска утаја. Трећи разлог јесте неусаглашеност термина ових феномена на међународном плану, што отежава усвајање адекватних мера у циљу њиховог спречавања.

Под законитим избегавањем пореза подразумева се свако понашање обвезника које је у складу са пореским прописима, а усмерено је на избегавање, односно неплаћање пореза. Међутим, таква дефиниција није потпуна јер не одражава усаглашеност пореских понашања са циљем пореске норме. Један од основних демократских принципа јесте слобода избора где ће се живети, радити, пословати, под условом да то није у супротности са позитивним прописима. Свим физичким и правним лицима је допуштено тзв. пореско планирање, што значи да нико није обавезан да плати више пореза него што је на то дужан по закону. Ипак, постоји линија разграничења чијим преласком правне конструкције пореског обвезника, са циљем избегавања пореске обавезе, постају толико вештачке и намештене да прелазе границу која одваја прихватљиво умањење пореске обавезе од законите неприхватљиве пореске евазије (Prebble, 2005: 266).

Линија разграничења између законите и незаконите пореске евазије јасно указује на *свесно и намерно* умањење или избегавање измирења пореских обавеза. У јавности се незаконита евазија сматра недоличном, непоштеном и кажњивом. Законита пореска евазија, с друге стране, схвата се као знак велике оштроумности, проницљивости и вештине (Deane, 1984: 1). У литератури се наилази на тврдњу да економска разлика између законите и незаконите пореске евазије скоро да не постоји док се признају правне и моралне разлике. Ситуација је потпуно другачија када је потребно са становишта државе одредити границу између прихватљивих и неприхватљивих понашања пореских обвезника у оквиру законите пореске евазије. Због саме неодређености овог концепта, а ради правне сигурности обвезника, неопходно је правити разликовање између легитимног пореског планирања или минимизирања пореза (*tax planning, tax minimization*) од нелегитимне законите пореске евазије (*tax avoidance, aggressive tax planning*). У једном случају (*IRC v. Willoughby, 1997*) разматраном пред Горњим домом у В. Британији дато је објашњење разлике између ова два концепта. Обележје неприхватљиве законите пореске евазије јесте могућност обвезника да смањи пореску обавезу без излагања економским последицама, које је парламент имао у виду за све оне који се квалификују за одређено смањење пореске способности. С друге стране, пореско минимизирање омогућава обвезнику коришћење погодности порески атрактивне опције коју му допушта пореско законодавство и стварно сноси економске последице у складу са намером законодавца.

Постоји широко прихваћено становиште савремених законодаваца да сви облици умањења пореске способности обвезника неће бити уважени од стране пореских органа уколико је обвезник искључиво тежио или имао једини мотив да предузетом трансакцијом неоправдано оствари пореску погодност или неплаћање пореза. И законодавци и судови понекада признају да је тешко повући прецизну границу између прихватљиве и неприхватљиве законите пореске евазије. Уколико се ови органи држе слова закона, односно дословног тумачења пореских закона, нека понашања пореских обвезника се не би могла спречавати јер се трансакције заснивају на правно дефинисаним категоријама. Због тога се мора „гледати кроз“ употребљене законске изразе како би се открила воља законодавца. Смисао, односно циљ пореских закона јесте убирање пореских прихода и остварење правичне расподеле пореског терета. Стога је јасан закључак да уколико се обвезник креће унутар граница пореског закона, а употребљеним пореским конструкцијама покушава да смањи пореску способност на ниво који законодавац није имао у виду, такво понашање није у складу са сврхом и духом закона. У суштини, ради се о злоупотреби примене пореских норми.

Нелегитимно минимизирање пореске обавезе има следеће карактеристике:

- употребљене правне конструкције немају пословни или економски циљ као њихову примарну сврху (постоји елемент артифицијелности),
- често се искоришћавају рупе у закону или законска решења користе за сврхе које законодавац није имао у виду,
- савети добијени уз накнаду од стране пореског саветника чувају се као тајна, што представља један од услова из уговора закљученог између пореског саветника и клијента (пореског обвезника) (Tax Evasion and Avoidance, 1980: 7).

Проблеми везани за што јасније прецизирање допуштеног од недопуштеног пореског понашања са становишта државе посебно су изражени код опорезивања корпоративних пореских обвезника. Ови субјекти често користе активности чија се законитост не може доводити у сумњу, као што је инвестирање у порески привилеговане муниципалне обвезнице или коришћење убрзане амортизације. Циљ је да се не плати више пореза него што се од њих формално захтева по важећим прописима, а вероватно и у духу закона. За разлику од таквог неагресивног избегавања пореза, све чешће се у литератури помиње „агресивно“ пореско планирање. То је планирање које укључује позицију која је одржива, али има нежељене и неочекиване пореске последице. Порески органи су увек суочени са ризиком да порески закон може бити злоупотребљен како би се постигли резултати супротно намерама законодавца. Такво стање је погоршано често дугим периодима између креирања и примене абוזивних шема и времена њиховог откривања од стране пореских органа и предузимања адекватних мера за њихово спречавање (Анђелковић, 2010: 545).

У савременој пореској литератури још увек се расправља о обухватности концепта „агресивног“ пореског планирања. Ради се отумачењима пореских закона из перспективе обвезника на најповољнији начин. С друге стране, задатак судова је да протумаче пореске законе тако да њихова мишљења одражавају праву вољу законодавца која и треба да буде реализована у сваком конкретном пореском случају. Најекстремнији вид пореске агресивности представља *tax shelter*, односно коришћење артифицијелних пореских олакшица. У том смислу се користе посебна правна средства, празнине у пореским прописима, пословање у пореским оазама и др., тако да често овим трансакцијама недостаје пословна сврха. Легалност оваквих активности може бити оспорена од стране пореских органа јер су на граници са незаконитим понашањима, па су стога и неприхватљива имајући у виду циљеве пореских закона. Тешкоће у вези одређивања нијанси у понашањима пореских обвезника, код којих нису прекршени

порески прописи, утичу на заузимање неодговарајућег приступа њиховом спречавању. Таква неодређеност, на пример, у пореском систему САД ствара дилему и неизвесност код пореских саветника и њихових клијената да одреде да ли поједина пореска стратегија представља дозвољену пореску услугу или забрањени производ коришћења злоупотребе пореских погодности (Terando, Kurtenbach, 2009: 118).

3. Савремени приступи у спречавању феномена законите неприхватљиве пореске евазије

Ради регулисања и решавања питања у вези са законитом неприхватљивом пореском евазијом примењује се различит развој теорије и праксе с обзиром на то да ли се ради о државама прецедентног права или државама континенталног правног система.² У првој групи земаља углавном се примењују судски обликоване доктрине засноване на тумачењима пореске регулативе. Решења се крећу од коришћења доктрине да је суштина важнија од форме (енг. *substance over form doctrine*), ослањају на тзв. економску интерпретацију, примени грађанскоправног концепта ништавости симулованих правних послова до позивања на општи стандард забране злоупотребе права (изигравања закона – *fraus legis*).

Друга група земаља углавном се ослања на општа законодавна правила (енг. *general anti-avoidance rules, GAARs*) која омогућавају пореским властима опорезивање пословне активности, не према законском облику, него према економској суштини. У државама у којима постоји строга подела власти сматра се да суд не сме да замењује законодавца и уколико порески закон пропусти да опорезује неке ситуације, настале правне празнине суд не може попуњавати позивајући се на општи правни стандард забране злоупотребе права. Ови правни системи више су усмерени на примену законских мера уведених да би се добили општи прописи³ који ће се примењивати у ситуацијама када порески обвезници структурирају своје трансакције у посебне правне форме да би остварили какву пореску погодност коју законодавац није имао у виду.

Положај општег правила у пореском праву треба сагледавати са становишта воље законодавца а то је правично опорезивање. Трансакције које су обухваћене општим правилом су оне које су у складу са законом,

2 Овакво разликовање данас није тако јасно зато што има примера *civil law* држава у којима се утицај судских доктрина у домену спречавања избегавања пореза појачао као и *common law* држава које су увеле опште анти-аузивно законодавство.

3 У суштини, општа анти-абузивна правила се заснивају на уградњи принципа забране злоупотребе права „позајмљеног“ из домена приватног права.

али на начин који законодавац није желео допустити. У том смислу и треба разумети ово правило као средство за попуњавање рупа у пореским прописима. Оправдање за његову примену произлази из духа пореских закона и целокупног правног поретка да треба поступати у складу са начелом савесности и поверења, па у складу с тим и поштено пријављивати трансакције, односно приходе. Већина правних система садржи и специфичне антиабузивне мере које се примењују на специфичне ситуације, једноставним ускраћивањем појединих пореских погодности под одређеним околностима. Најчешће су то правила која се односе на утањену капитализацију, трансферне цене, контролисану инострану корпорацију и др. Постоји мишљење да специфична антиабузивна правила могу бити корисна, али да њихова широка примена чини порески систем сложенијим и више фокусираним на детаље него на принцип (Zimmer, 2002: 64). С друге стране, има аутора који сматрају да су нека специфична антиабузивна правила потпуно ефикасна у пружању веће сигурности обвезницима него општа правила без јасно дефинисаних пореских ситуација на која ће се примењивати (Thuronyi, 2003: 197). Имајући у виду чињеницу да специфична правила не могу спречити креативније форме избегавања пореза, општа правила би се примењивала као њихова допуна.

Законодавне промене, у великом броју земаља, усмерене на увођење општих правила ради спречавања различитих форми законитог избегавања пореза праћене су и интензивним напорима на ширењу међународне пореске сарадње. Узајамна правна помоћ у пореским стварима све више задобија мултилатерални карактер, пре свега, размена пореских информација на захтев или аутоматски. Такве активности омогућавају пореским администрацијама да буду боље оспособљене како би брже идентификовале агресивне шеме избегавања плаћања пореза, које нису у складу ни са словом ни са духом пореских закона (Owens, 2012: 517).

Ефикасност мера спречавања агресивног пореског планирања зависи од способности пореских администрација да благовремено утврде такве аранжмане предузете од стране пореских обвезника и њихових саветника (Larin, Duong, Jacques, 2008: 158). Искуство у појединим државама показује да традиционалне пореске контроле саме по себи често нису довољне да обезбеде ову врсту информација. Из тог разлога се уводи обавеза за пореске обвезнике и њихове саветнике да на време пријављују податке о предузетим трансакцијама како се касније не би изложили законским санкцијама. Овакву меру увеле су Канада, Португалија, Велика Британија и САД (Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure, 2011: 6).

Решавање проблема изазваних међународним избегавањем плаћања пореза постаје данас политички приоритет у деловању Г20 и ОЕЦД. Фебруара 2013. године ОЕЦД је објавио Извештај под називом *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*. Циљ овог документа је да осигура да међународна и национална пореска правила не омогућавају или не охрабрују мултинационалне компаније да смањују укупне порезе вештачким измештањем профита у земље са нижим пореским оптерећењима. ОЕЦД је објавио јула 2013. године *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* са предвиђањем конкретних активности у појединим областима опорезивања ради његове реализације наведеног извештаја. Једна од њих тиче се и обезбеђења ефективности антибузивних правила. Проблеми са консолидацијом јавних финансија приморали су велики број држава да споразумно прихватају међународна пореска правила ради очувања националних пореских основица, уз пружање сигурности легитимним прекограничним трансакцијама. Најновији документ (*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Report, 2014 Deliverables*) управо објављен на сајту ОЕЦД садржи први низ препорука о мерама које треба предузети у оквиру одређених активности.

На крају овог дела рада следи кратка напомена да српско пореско право познаје специфична антибузивна правила која се тичу трансферних цена и утањене капитализације. У Закону о пореском поступку и пореској администрацији члан 9. прописује начело фактицитета које се састоји из три правила⁴: 1) пореске чињенице се утврђују према економској суштини; 2) ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао; 3) ако су на прописима супротан начин остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза. Начело по коме се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини релевантно је у ситуацијама које нису експлицитно уређене пореским законима. Дилема која се јавља у другим правним системима у погледу односа између специфичних правила и општег антибузивног у нашем пореском праву не постоји. Овако дефинисана одредба чл. 9. указује да је у питању опште начело пореског поступка, а не опште антибузивно правило. Српски законодавац није изричито предвидео услове за примену начела фактицитета и правна сигурност би налагала да се они пропишу како би се спречиле могућности за његово прешироко коришћење од стране пореских органа. Из тог разлога примена и тумачење начела фактицитета могу бити и на штету, али и на корист обвезника (Костић, 2011: 80).

⁴ Члан 9. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Сл. гласник РС*, 80/02, ...93/12, 47/13, 108/13, 68/14.

3.1. Спречавање законите неприхватљиве пореске евазије у праву САД и Велике Британије

Судови у САД више од педесет година су тумачили и примењивали пореско право уз помоћ различитих *common law* доктрина, као што су: предност суштине над формом, постојање пословне сврхе, привидне трансакције, економска суштина. Све оне су дуго коришћене ради спречавања злоупотребе права у домену опорезивања, али њихова примена је ипак остала спорна (Bankman, 2000: 5).

Доктрина пословне сврхе објашњава да, када трансакција нема другу стварну пословну сврху осим пореске уштеде, трансакција неће бити допуштена у пореском смислу. Доктрина да је суштина важнија од форме значи да ће независно од облика трансакције економска садржина одређивати њен порески третман. *Step transaction* доктрина подразумева да ће се опорезивање сложених трансакција вршити позивањем на почетне и завршне моменте радије него да се захвата сваки међукорак током одвијања трансакције.

Током 2010. године извршена је кодификација доктрине о предности економског приступа у сузбијању различитих шема пореског планирања и минимизирања пореских обавеза. То је учињено на нешто неуобичајен начин предвиђањем одређених пореских одредаба у *The Health Care and Education Reconciliation Act* (Public Law No. 111–152) које су уграђене у амерички Закон о служби унутрашњих прихода (Robertson, Quinn, Carr, 2010: 2).

Примена напред наведених доктрина од стране судова изузетно је захтевна и тражи постизање равнотеже различитих законских одредаба, циљева и интереса. Ради елиминисања несигурности њихове примене на пореске активности обвезника и могућих ризика које подразумева активан приступ пореске администрације и судова у тумачењу злоупотребе права, сматрало се да је боље увести опште антиабузивно правило (Ковачевић, Гаџо, 2013: 661).

Судови у Великој Британији примењују правило формулисано у случају *Ramsay* када тумаче пореске законе. Ова судски створена доктрина омогућава судовима да користе циљно тумачење у наметању воље законодавца за разлику од раније коришћеног дословног тумачења. Пореско законодавство Велике Британије обилује и бројним специфичним правилима против злоупотребе права. Године 2004. уведена су правила под називом *DOTAS (Disclosure of Tax Avoidance Scheme)*, која обавезују пореске саветнике да пореску администрацију обавештавају о новим шемама

избегавања плаћања пореза. *DOTAS* режим има два циља. Примарно, намера је била да се обезбеди да пореска администрација постане свесна потенцијалних артифицијелних шема што је могуће раније. Поред тога, желело се да то буде средство одвраћања од претераних (необичних) пореских злоупотреба.⁵ Из више разлога, британске пореске власти су одлучиле да уведу опште антиабузивно правило које се примењује од 17. јула 2013. године. Предвиђено је да оно има нешто ужу примену, у односу на *GAAR* у другим јурисдикцијама, у погледу спречавања посебно агресивних форми пореског планирања (Freedman, 2014: 167).

Ново опште антиабузивно правило има за циљ да спречи порески мотивисане трансакције где је „добијање пореске погодности главна сврха или једна од главних сврха предузетих активности“. *GAAR* није усмерен да обухвати уобичајене пословне аранжмане уколико се они не сматрају артифицијелним. Оно ће се примењивати само када правац акције предузете од стране обвезника указује на остваривање повољног пореског резултата који законодавац није предвидео у време доношења релевантног закона и, оно што је кључно, где такав правац активности не може разумно бити сматран разумним (Tiley, 2014: 30–31). То значи да за примену *GAAR* треба да буду задовољени сви услови које захтева тзв. тест „двоструке разумности“. Ове околности обухватају проверу испуњености следећих услова: да ли су стварни резултати активности у складу са принципима и политиком уграђеним у пореска правила; да ли постоје измишљене или абнормалне фазе; да ли постоји намера да се искористе празнине у пореским законима. Британска пореска администрација треба да консултује новоформирано саветодавно тело које даје мишљење о разумном вођењу послова обвезника. Суд приликом одлучивања може да узме у обзир мишљење овог тела као и друге материјале који су од значаја за правилно утврђивање праве природе предузете трансакције. Време ће показати праве ефекте овог новог додатног законодавног „оруђа“ усмереног на спречавање специфичних аранжмана који се сматрају абвузивним избегавањем пореза.

3.2. Приступу законитој неприхватљивој пореској евазији у француском и немачком праву

У француском праву опште антиабузивно правило, предвиђено чл. 64. Закона о пореском поступку, овлашћује пореску администрацију да занемари или не призна било коју правну трансакцију за коју се сматра

5 House of Lords, Select Committee on Economic Affairs, 1st report of Session 2013–14, *Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* Retrieved 13.9.2014, from <http://www.publications.parliament.uk/pa/.../48.pdf>, p. 17.

да је абузивна у пореском смислу. Примена принципа забране злоупотребе права не спречава обвезника да изабере најповољнији правни пут за своју трансакцију. У суштини, да би се утврдило постојање злоупотребе права, потребно је доказати да правна форма трансакције не одговара њеном садржају.

Абузивност трансакција се процењује на основу два критеријума: (1) да је трансакција симулирана (злоупотреба права помоћу симулације) и (2) да трансакција није симулирана, али да није у складу са духом закона и искључиво је мотивисана избегавањем или умањењем пореских обавеза које би иначе обвезник морао да плати да се није определио за ову трансакцију (злоупотреба права помоћу *fraus legis*).

Трансакција ће се сматрати злоупотребом права помоћу *fraus legis* уколико је обвезник ушао у трансакцију само из пореских разлога као и да је користио законску одредбу на начин који је супротан циљевима и духу закона. Другим речима, ради процене постојања злоупотребе права неопходно је погледати како намеру обвезника тако и намеру законодавца. Француска пореска администрација мора да докаже да је једина сврха трансакције била избегавање или умањење пореза (нпр. неће постојати злоупотреба права ако обвезник има ваљано непореско оправдање). У погледу намере законодавца потребно је идентификовати циљеве и дух пореских закона. У принципу, терет доказивања о испуњености услова за постојање абузивних трансакција лежи на пореској администрацији. Уколико се она позива на опште антиабузивно правило, обвезник или сама администрација могу се обратити Саветодавном одбору за спречавање злоупотребе права, који ће размотрити дати порески случај. Уколико овај независни орган одлучи у корист обвезника, терет доказивања је и даље на пореској администрацији. Међутим, уколико је одлука у корист француске пореске администрације, обвезник ће морати да докаже да услови за постојање злоупотребе права нису испуњени. Оцена овог органа није обавезујућа, али у пракси суд тежи да прати његово мишљење.

У немачко пореско законодавство уграђено је неколико антиабузивних одредаба. У чл. 41. Федералног закона о пореској процедури прописано је да ће се опорезовати и они правни послови који су ништави с аспекта приватног права, уколико се реализовала економска суштина трансакције. Даље се у овом члану наводи да ће се фиктивне трансакције занемарити у пореске сврхе и да ће се опорезовању подврћи дисимуловани правни посао, односно онај који странке стварно желе.

Шире опште антиабузивно правило садржано је у чл. 42. наведеног закона које прописује да се порез не може избећи злоупотребом правних

конструкција. Када се установи злоупотреба правне конструкције, порески захтев ће се заснивати на правној форми трансакције која одговара фактичкој ситуацији. То значи да порески обвезници не могу уређивати своје послове тако да манипулишу или изврну економску суштину трансакције. Члан 42. закона не означава ближе шта чини садржину могуће злоупотребе правних конструкција. Немачки савезни порески суд је истакао неколико критеријума који би требало да буду испуњени како би се применило опште антиабузивно правило. Прво, да би се квалификовала као могућа злоупотреба правне конструкције, обвезникова изабрана трансакција мора бити неадекватна (артифицијелна). Тест неадекватности треба да покаже да ли би разумно треће лице, под истим околностима и са истим пословним циљем, поступило како је то учинио порески обвезник. Уколико би објективно треће лице поступило другачије, сматра се да је трансакција неадекватна. Међутим, чињеница да правна конструкција омогућава пореску уштеду не чини је самим тим неодговарајућом, јер то може бити намера законодавца која омогућава легално пореско планирање. Ако обвезник има на располагању више одговарајућих правних путева да би остварио исти пословни циљ, члан 42. закона се неће применити. Други критеријум се тиче економске неоправданости одабране трансакције а трећи критеријум означава усмереност трансакције углавном на избегавање пореза. У случају да немачка пореска администрација успе да докаже постојање наведена три захтева, од обвезника ће се тражити да покаже јасне комерцијалне (непореске) разлоге за изабрану структуру трансакције (то је последњи услов). Уколико обвезник не може да разјасни јасне комерцијалне (непореске) разлоге трансакције, она ће бити занемарена у пореске сврхе и сматраће се замењеном одговарајућом правном структуром.

3.3. Тежња ка хармонизацији националних антиабузивних правила у оквиру ЕУ

Независно од чињенице што све земље чланице ЕУ доносе национална правила о спречавању абузивног понашања пореских обвезника, уочавају се напори на нивоу ЕУ у погледу стварања заједничких антиабузивних одредаба под утицајем праксе Европског суда правде. Својим одлукама о неусаглашености појединих националних специфичних антиабузивних правила са основним слободама гарантованим Уговором о Европској зајединици, ЕУ *de facto* уводи хармонизацију у овој области (Almendral, 2005: 569). Како би осујетиле такав процес, верује се да ће државе више користити опште антиабузивно пореско законодавство. Међутим, ради отклањања поремећаја у прекограничним трансакцијама због разлика у националним

правилима о пореским злоупотребама, постоје предлози да се формулишу заједничка општа правила о сузбијању агресивног пореског планирања на нивоу ЕУ. О томе се говори у различитим документима Европске комисије (*Commission's Recommendation on Aggressive Tax Planning IP/12/1325*), што ће омогућити државама чланицама да игноришу артифицијелне аранжмане коришћене ради избегавања пореза и обезбедити опорезивање на основу реалне економске вредности.

Случај *Cadbury Schweppes* (Case C-196/04) представља камен темељац на коме се заснива концепт злоупотребе права у области непосредних пореза (Jiménez, 2012: 270). Под абузивном праксом сматрају се потпуно артифицијелни аранжмани који не одражавају економску реалност и који имају за једини циљ избегавање пореза. Овај концепт је формулисан на основу мишљења Општег правобраниоца суда. По његовом схватању, постојање мотива за смањење пореза исувише је објективан критеријум за артифицијелност изабраног аранжмана. Зато је он формулисао негативну дефиницију „потпуно артифицијелног аранжмана“, предлажући три објективна критеријума за аранжмане који нису сасвим артифицијелни, што је Европски суд правде и прихватио (Prebble, Prebble, 2008: 163). Први критеријум је да филијала мора бити стварно основана у другој држави чланици и да мора имати средства и капацитет за пружање услуга које имају за резултат смањење пореског терета. Друго, услуге које пружа филијала морају бити стварне. Трећи критеријум захтева да услуге филијале морају имати одређену економску вредност са становишта матичне компаније. Ако услуге филијале немају економску вредност, плаћања матичне компаније за њих не могу се сматрати накнадом и плаћања су привидна (*sham*). Сва три критеријума морају бити испуњена, иначе аранжман је потпуно артифицијелан.

Очигледно је да оваква пракса Европског суда правде води ограничавању држава чланица у обликовању својих националних антиабузивних правила. Правила не могу бити конципирана сувише широко јер су ограничена дефиницијом постављеном од стране суда.

4. Тешкоће у примени антиабузивних правила

Проблеми који се јављају у погледу примене општег антиабузивног законодавства тичу се њиховог адекватног тумачења, као и односа са начелом законитости. Ради утврђивања злоупотребе пореских закона, односно индиректног кршења пореских обавеза битно је изабрати најефикасније тумачење општих правила за спречавање законитог избегавања пореза. Ако се опште правило примењује на сличан начин

као одредба против злоупотребе права у другим правним областима, најважније питање је да ли је одређена трансакција у складу са намером законодавца. Или други приступ, који подразумева тумачење општих правила на посебан начин, када је важније то да ли је трансакција неуобичајена с обзиром на њену економску садржину и да ли је мотив пореског обвезника законито избегавање пореске обавезе. Нејасноће у вези са овим тумачењем не осигуравају највећу могућу ефикасност антибузивног правила (Prebble, 2005: 276–277). Данас се може запазити генерални тренд да судови у развијеним државама одступају од дословног тумачења пореских закона у корист циљног тумачења, што води укидању максиме *in dubio contra fiscum*.

Сукоб општих антибузивних правила са начелом законитости произлази из захтева за правном сигурношћу пореских обвезника да ће њихове законите пословне трансакције бити сматране таквима и од стране пореских органа и судова. То им, ипак, не даје за право да коришћењем законских могућности конструишу пословне трансакције с искључивом намером да плате мање пореза. Правна сигурност подразумева и да порески обвезници имају право да унапред знају шта је допуштено, а шта није са становишта извршавања пореских обавеза. Међутим, поставља се питање да ли обвезник може да се позива на ово право ако злоупотребљава своју пореску позицију, односно ако његово понашање има за последицу нежељени губитак пореских прихода државе. Сматрамо да држава није обавезна да такве несавесне пореске обвезнике обавештава о законима које ће применити како би отклонила уочене недостатке и празнине у позитивним пореским прописима.

Непрецизност дефинисања трансакција које су обухваћене општим правилом произлази из тешкоћа пажљивог разликовања законите неприхватљиве пореске евазије од прихватљивог пореског минимизирања. Законодавци не могу унапред да предвиде све ситуације у којима би се примењивала општа правила, у супротном, били би у могућности да уведу специфична правила како би осујетили оваква настојања. Маштовитост пореских обвезника је неисцрпна тако да креатори пореске политике не могу предвидети какве ће све пословне „шеме“ они смислити. У литератури неки аутори оспоравају примену општих антибузивних правила због кршења начела законитости, али истовремено их и оправдавају, јер законита неприхватљива пореска евазија подрива два кључна пореска захтева за хоризонталном правичношћу и ефикасношћу опорезивања (Prebble, Prebble, 2010: 38–39). Оправдање за увођење општег антибузивног правила се може наћи и у чињеници да неки порески обвезници, за разлику од криминалаца, користе формалну природу пореског права претварајући се

да се држе слова закона, а у суштини осујећују остварење циљева пореске политике (Prebble, Prebble, 2010: 45).

Усвајање и примена антиабузивних правила треба да осигурају поштовање начела једнакости и правичности опорезивања, с једне стране, и начела ефикасности, с друге стране. Сазнања до којих је дошла теорија оптималног опорезивања указују да између њих постоји *trade-off* који је тешко помирити у пракси. Напуштајући сферу теоријских разматрања, савременим законодавцима је битније да формулишу антиевазивну политику која би омогућила доследније функционисање пореских система, што подразумева спречавање нежељених губитака пореских прихода.

5. Закључак

Агресивност понашања пореских обвезника све је израженија у савременим економским токовима под утицајем глобализације светске трговине и пружања финансијских услуга, развоја информационо-комуникационих технологија, наглог ширења електронског пословања и искоришћавања разлика између националних пореских система. Таква понашања често излазе ван оквира пореских закона и залазе у „сиву зону“ која се граничи са незаконитом пореском евазијом. За разлику од прихватљивог пореског планирања (пореског минимизирања) развијене државе окупљене у оквиру ОЕЦД почињу интензивније да се баве феноменом законите неприхватљиве пореске евазије. То су такве активности (трансакције) обвезника које карактерише артифицијелни карактер, непостојање пословне сврхе, коришћење празнина у пореским прописима, закључивање симулованих и дисимулованих послова, креирање хибридних структура и др. Формално не кршећи пореске законе, неки мање савесни или вешти обвезници, успевају на такве начине да остваре знатне пореске уштеде. Тиме они наносе штету фискалним интересима резидентних држава, али и повређују права лојалних пореских обвезника. Правни основ супротстављања таквим злоупотребама пореских обвезника, односно абузивном понашању почива на нарушавању начела правичности и ефикасности опорезивања.

Данас се повећава број држава које поред специфичних антиабузивних правила уводе у пореске системе и опште антиабузивно законодавство. Углавном се земље *common law* система ослањају на судски креиране доктрине, од којих је *substance over form* најзначајнија. Земље које припадају кругу *civil law* система имају законом формулисана општа антиабузивна правила чији је циљ да осујете абузивна понашања пореских обвезника и да попуне правне празнине у пореским законима. На нивоу ЕУ уобличава се

антибузивна пракса доношењем пресуда Европског суда правде (концепт неприхватања потпуно артифицијелне конструкције) која обавезује државе чланице да национална антибузивна правила ускладе са правилима ЕУ. Тиме се прикривено и на индиректан начин тежи ка уједначавању националних правила о опорезивању компанија на европском тржишту. Спречавање агресивног пореског планирања од стране мултинационалних компанија постаје глобални пореско-политички приоритет, што потврђује ангажовање ОЕЦД и Г20 на усвајању документа *BEPS* од чије примене се очекује да се осујети ерозија пореских основица и премештање добити у државе са ниским пореским оптерећењем и повећају приходи резидентних држава.

У вези са применом општег антибузивног законодавства појавило се питање његовог тумачења (више теоријске природе) – да ли га тумачити као и правило о забрани злоупотребе права у другим правним областима, или га тумачити на посебан начин у пореском праву? Неки аутори доводе у питање однос овог општег правила са начелом законитости. На то се може одговорити противпитањем: да ли такви несавесни порески обвезници (моћне мултинационалне компаније и веома богати појединци), који тумаче пореске законе онако како то њима највише одговара, могу уопште очекивати правну сигурност од резидентних држава, када они својим понашањима крше нека основна пореска начела и угрожавају саме основе националних пореских система. Мора се признати да одговор није тако једноставан. Уз вероватну оправданост наведених аргумената не могу се са сигурношћу сагледати крајњи ефекти употребе антибузивних правила. Да ли ће ове мере оснажити националне пореске системе или ће створити услове за прикривену хармонизацију процеса опорезивања на глобалном плану, остаје да се види. Имајући у виду све већи број држава (влада) које се саглашавају са аутоматском разменом информација као глобалним пореским стандардом, чему погодује невероватно брз развитак информационо-комуникационих технологија за пренос различитих врста података, чини се да је друга могућност извеснија.

Литература

Almendral, V. R. (2005). Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules? *INTERTAX*. 33 (12). 560–581

Анђелковић, М. (2010). Порескоправна одговорност привредних субјеката. *Право и привреда*. 7–9. 543–552

Baker, P. (2000). Tax Avoidance, Tax Evasion&Tax Mitigation. (Electronic version). Retrieved 1, September 2014, from <http://www.taxbar.com/documents/Tax.Avoidance.Tax.MitigationPhilip.Baker.pdf>. 1-14

Bankman, J. (2000). The Economic Substance Doctrine. *Southern California Law Review*. 74 (5). 5–30. Retrieved 14. June 2014, from <http://www.bcf.usc.edu/~usclrev/pdf/074102.pdf>

Barker, W. B. (2009). The Ideology of Tax Avoidance. *Loyola University Chicago Law Journal*. 40. 229–251

Deane, K. D. (1984). Law, Morality and Tax Evasion. *Anglo-American Law Review*. 13 (1). 1–15

House of Lords, Select Committee on Economic Affairs, 1st Report of Session 2013–24, *Tackling corporate tax avoidance in a global economy: is a new approach needed?* Retrieved 13.9.2014, from <http://www.publications.parliament.uk/pa/.../48.pdf>

Freedman, J. (2014). Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance. *Asia-Pacific Tax Bulletin*. May/June. 167–173

Jiménez, A. M. (2012). Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law. *Bulletin for international taxation*. April/May. 270–291

Ковачевић, Н. Ж., Гаџо, С. (2013). Институт законског порезног јамства након новеле Опћег порезног закона 2012.:“пробој правне особности“ трговачких друштава у случају злоупотребе права. *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*. 34 (2). 635–670. Retrieved 15, June 2014, from <http://hrcak.srce.hr/119380>

Костић, С. (2011). Начело фактицитета у светлу примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији у српском пореском праву. *Право и привреда*. 10–12. 75–93

Larin, G. N., Duong, R., Jacques, M. (2008). Policy Forum: Responses to Aggressive Tax Planning-A Study Framework. *Canadian Tax Journal*. 56 (1). 143–159

OECD. (2011). *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD Publishing. 1–20

Owens, J. (2012). Tax Administrators, Taxpayers and Their Advisors: Can the Dynamics of the Relationship Be Changed? *Bulletin for International Taxation*. September. 516–518

Ришар, Ж. Ф. (2008). *Тачно у подне: двадесет глобалних проблема, двадесет година да буду решени*. Београд: Clio

Prebble, R., Prebble, J. (2010). Does the Use of general Anti-avoidance Rules to Combat Tax Avoidance Breach Principles of the Rule of Law? A Comparative Study. *Saint Louis University Law Journal*. 55 (21). 21–45. Retrieved 1. June 2014. from <http://slu.edu/.../law/Law%20Journal.../Prebble.and.Prebble>

Prebble, Z., Prebble, J. (2008). Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law. *Bulletin for International Taxation*. April. 151–170

Prebble, R. (2005). Treba li Hrvatska opće pravilo za sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze? *Financijska teorija i praksa*. 29 (3). 265–282

Robertson, J.F., Quinn, T., Carr, R. (2010). Codification of the Economic Substance Doctrine. *Journal of Business Administration Online*. 9 (2). 1–6. Retrieved 14. June 2014. from <http://www.atu.edu/business/jbao/Fall%202010/ACTEB...>

Tax Evasion and Avoidance, A Report by the OECD Committee on Fiscal Affairs. (1980). OECD

Terando, D. W, Kurtenbach, M. J. (2009). The Impact of the Law Uncertainty on the Development of the Sarbanes-Oxley Auditor Independence Rules with Regard to Tax Shelters. *Research in Accounting Regulation*. (21)

Thuronyi, V. (2003). *Comparative Tax Law*. Hague, London, New York: Kluwer Law International

Tiley, J. (2014). Managing Tax Avoidance: Recent UK experience-Annual Lecture Melbourne 2007, with Comments by Ann O'Connell (in blue). *eJournal of Tax Research*. 12 (1). 6-31. Retrieved 14. September, 2014, from <http://www.asb.unsw.edu.au/research/.../ejournaloftaxre>

Закон о пореском поступку и пореској администрацији. *Службени гласник РС*. Бр. 80 (2002), ...93 (2012), 47 (2013), 108 (2013), 68 (2014)

Zimmer, F. General Report, Form and Substance in Tax Law. *Cahier de droit fiscal international*. LXXXVII. IFA. Oslo Congress. 19/64

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

TAX AVOIDANCE: Definition and Prevention Issues

Summary

The problem of resolving issues pertaining to tax avoidance, and particularly its aggressive forms, has been the focal point of discussion among tax scholars which is increasingly gaining attention of politicians alike. As opposed to tax evasion (which is illegal), the phenomenon of tax avoidance calls for careful consideration of state fiscal interests and a highly precise demarcation of the thin line between the acceptable and unacceptable conduct. In many contemporary states, tax avoidance (which implies a formal behaviour of tax payers within the limits of tax legislation but contrary to the tax regulation objectives) is declared to be illegitimate. State authorities do not want to tolerate such activity, which results in tax payers' reduction or avoidance of tax liabilities. We should also bear in mind that all tax payers have the tax planning option at their disposal, by means of which they make sure that they do not pay more tax than they are legally obliged to. However, in case they skilfully use the tax regulation flaws and loopholes for the sole purpose of tax evasion, and/or resort to misrepresentation and deceptive constructs, they are considered to be exceeding the limits of acceptable tax behaviour.

In comparison to the specific anti-abuse measures which have been built into some national tax legislations, there is a growing number of states that introduce the general anti-abuse legislations, which is based on judicial doctrines or statutory legislation. Yet, there is a notable difference among the envisaged anti-abuse measures depending on whether the national legislation is based on the the Anglo-American or European-Continental legal system. The efficiency of applying these general anti-abuse rules in taxation largely rests on their interpretation as well as on their relationship with the principle of legality.

Key words: tax avoidance, aggressive tax planning, anti-abuse legislation.

СТАРИЈИ ОСУЂЕНИЦИ

Апстракт: У криминолошкој литератури се износи јасан став да је криминалитет старијих у непосредној вези с њиховим ступањем у нови период живота. Код старијих делинквената могуће је уочити образац у развоју делинквентне активности, структуру криминалитета, полну заступљеност делинквентних лица, претходно кажњавање, друштвени статус остарелих делинквената. Криминолошка истраживања старијих била су најчешће у домену испитивања страха од криминалитета, њихове виктимизације у оквиру породице, док је њихова делинквенција много ређе била предмет изучавања. Изучавање делинквенције старијих најчешће је било у значењу потреба и тешкоћа с којима је суочена затворска популација у трећем добу, када су изречене дугогодишње затворске казне, а правила условног отпуста остају строга, или када се критикује мањак посебних социјално прилагођених пенитенцијарних установа за остареле осуђенике. Ниво криминалитета опада с повећањем година старости. За разлику од константног пораста удела старог становништва у односу на млађе становништво у развијеним земљама света, удео осуђеничке популације, међу особама од 55 година живота и старијих, у односу на млађе осуђенике, ипак је знатно мањи. Наиме, различита питања која се односе на „старе особе иза решетака“ постала су, временом, предмет интересовања, криминолога и пенолога, државне администрације, и међународних организација које се залажу за примену људских права. Утамничени мушкарци и жене уобичајено пате од физичких и психичких потешкоћа које карактеришу особе на слободи, али бар десетак година старије. Насиље, анксиозност, стрес у затворским условима, одвојеност од породице и пријатеља, као и спознаја могућности да ће сав или скоро сав остатак живота провести иза решетака, све заједно могу довести до убрзаног процеса старења код осуђених лица.

Кључне речи: старост, старији осуђеници, делинквенција старијих, третман старијих.

* kosticm@prafak.ni.ac.rs

1. Појам и границе старости

Изналажење реалне могућности за непрекидно трајање живота није ништа мање кобно од смрти, осим у предањима и веровањима, где натприродна бића своју бесмртност поткрепљују бројним преимућствима (Костић, 1997: 89). Пошто сенесценција почиње од рођења, парадоксално је да процес старења и старост као животно доба буду табу теме. „Сваки човек жели дуго да живи“, па самим тим „бити стар“ не треба да представља било какво посебно спорно питање. Али „нико не жели да остари“, па се старост међу становништвом већине држава света све више посматра као „социјални проблем“.¹

Током развоја људског друштва људски век није увек трајао исто, већ се напротив продужавао, па се тренутак када неко улази у старачко доба одређивао по различитим критеријумима (број година, радна способност, физички изглед). Betty Friedan, у свом делу *Fountain of Age*, наводи да је само 8% Американаца преко 65 година старости прихватило термин “стар”, да тиме опише себе. Скоро половина испитаника определила се за термине: “сениор грађанин”, “зрео Американац”, или “пензионисана особа”, као прихватљиве за опис свог статуса (Friedan, 2006).

У савременој медицинској литератури заступљено је мишљење да термине “старе особе” и “сениор грађани” треба дефинисати узимајући у обзир пре функционални статус, него хронолошке године, мада се из административних разлога старост особе изражава годинама (65 или 75 година). Такође, прави се подела ове групе на две подгрупе: “млађе-старије особе” (65–74 године) и на “стар-старије особе” (преко 85 година старости) (Krupp, 1988: 4).

Продужење трајања људског века значило је стално повећавање броја старих особа у односу на укупну популацију једне земље. У 20. веку, у односу на претходна раздобља, остварена је револуција у трајању људског живота. Просечно очекивано трајање људског века порасло је за 20 година до 1950. године, па је просечна старост тада достигла 66 година живота. Очекује се продужење трајања људског века за још 10 година до 2050. године. Овај демографски тријумф и брзи пораст популације у првој половини 21. века указује да ће број особа преко 60 година старости нарасти од око 600 ми-

1 “...промена која би водила ка корисном, активном и развојно оријентисаном погледу на старење може да произиђе из сопствених поступака старих људи, кроз саму снагу њиховог растућег броја, па самим тим и утицаја. Колективна свест о томе шта старење значи, у смислу концепта друштвеног изједначавања, може временом постати користан чинилац у промени става”. „International Plan of Action on Ageing“, 1/пара. 32, цит. у: *Social Gerontology*: „Old Age Across Cultures and Time“.

URL: <http://www.trinity.edu/~mkearl/gercul.html>, приступ: 13.10.2008.

лиона у 2000. години на скоро 2.000 милиона у 2050. години. Процењено је да ће се пропорционална заступљеност особа, које су одређене као старе/остареле, глобално повећати од 10% у 1998. години на 15% у 2025. години.

Пораст броја старих становника биће највећи и најбржи у развијеним земљама света, и то у четвороструком износу за следећих 50 година. Тај ће пораст у најмањој мери бити забележен у земљама Африке (Madrid International Plan, 2002). Нешто прецизнији подаци указују на то да је педесетих година 20. века у САД живело 12.4 милиона мушкараца и жена старијих од 64 године, што је чинило 8,1% од укупног броја становника. До 2004. године број старијих се утростручио, и порастао је на 36 милиона становника САД. Прогноза је да ће до средине 2030. године у САД живети преко 70 милиона старијих, што ће износити 25% од укупно пројектованог обима америчке популације тада (Eglit, 2004: 1).

У многим модерним индустријским друштвима досегнути старост као да подразумева припадање субординираној групи људи. Старији су често лимитирани у свом учешћу у друштвеном, економском и политичком животу, што онемогућава њихов довољни утицај у различитим сферама друштвеног живота, иако по броју они нису мањинска група. Већина улога у социјалној структури савремених друштава не припада старим особама, и за њих обитава само неколицина регуларних, санкцијом заштићених могућности за пуно учешће у друштвеном животу. Развија се један стални субкултурни однос између тежњи старих особа да им припадну одређене улоге у друштву, и тежњи млађег дела становништва да им те улоге не додели. Зато се положај старих људи може да пореди са положајем адолесцената. Наиме, њихове тешкоће да се прилагоде друштвеним захтевима су сличне. И међу једнима и међу другима често постоји осећање бескорисности, као и спознаја да њихове жеље скоро нико не спознаје. Садашњост је битна за радно способно становништво – стари људи из садашње перспективе немају будућност, а млади тек треба да ступе на њено тло.

У том смислу, живот старих особа често добија маргиналан карактер, као битисање људи који се налазе на рубу друштвеног живота. Утицај њихових свакодневних активности на токове друштвеног живота не може се, ни легалистичким оквиром, нити пак неким опште прихваћеним моралним нормама, дефинисати као доминантан у процесу доношења одлука, које би мењале стварност (Костић, Ђорђевић, 2004: 3).

2. Делинквенција старијих

Међутим, услед опадање физичке снаге и слабљења општег здравља, долази и до промена у социјалном положају старих особа у односу на

онај који су имали као млађе особе. Старењем се губи иницијатива, опада радна способност и пре одласка у пензију (под условом да су уопште били запослени), старе особе бивају аутоматски искључене из низа активности које су судбоносне за њихову даљу егзистенцију.

У криминолошкој литератури се износи јасан став да је криминалитет старијих у непосредној вези с њиховим ступањем у нови период живота. Слично томе како неке младе особе, услед тешкоћа на које наилазе у првим фазама социјализације (детинство, младост) отпочињу своју делинквентну активност, тако и недостатност трећег доба живота, односно трећег периода социјализације, може утицати на појаву делинквенције код остарелих. Слично, или чак подударно као код младих, или млађих извршилаца кривичних дела, и код старијих делинквената могуће је уочити образац у развоју делинквентне активности, структуру криминалитета, полну заступљеност делинквентних лица, претходно кажњавање, као и друштвени статус остарелих делинквената (Hardtke, 1991).

И поред тога, остареле особе/стара лица дуго нису била предмет посебног криминолошког изучавања,² у поређењу са темама расне или родне припадности, или сексуалне опредељености, које се доводе у однос криминогенезе, или виктимогенезе њиховог бивствовања. У криминолошкој књижевности отуда се истиче да је занимање за старије било најчешће у домену испитивања страха од криминалитета, или њихове виктимизације у оквиру породице, а да је њихова делинквенција много ређе била предмет изучавања. Опет, изучавање делинквенције старијих најчешће је било у значењу потреба и тешкоћа с којима је суочена затворска популација у трећем добу, када су изречене дугогодишње затворске казне, а правила условног отпуста остају строга, или када се критикује мањак посебних социјално прилагођених пенитенцијарних установа за остареле осуђенике. Такође, чак и када криминолози искажу интересовање за остареле учиниоце кривичних дела, њихова пажња усмерена је на старије као сексуалне делинквенте, док су друге категорије старијих извршилаца кривичних дела занемарене (Oxford, 2007: 160).

2 У криминолошкој теорији постоје три групе схватања које се односе на питање старости. По првој, најраспрострањенијој у криминологији, појам „старост“ се користи као дескриптивна категорија. Друго, суштаствено, аналитичко одређење, потиче из теорије социјалне геронтологије, док је треће одређење везано за виктимолошки приступ старењу и старим особама. Видети: Rachel Pain, „Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse“, British Society of Criminology, *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume 2*. <http://www.britisoccrim.org/volume2/006.pdf>, приступ: 25.11.2008.

Према статистичким показатељима у САД, млађе особе се много учесталије јављају као извршиоци кривичних дела, у односу на пунолетне и оне старије. С друге стране, у областима САД у којима је сконцентрисанији живот већег броја старијих лица у односу на млађе, попут државе Флориде, њихова делинквенција уочава се као статистички значајна. На Флориди, проценат старијих лица која врше кривична дела расте брже од процента одраслих или млађих особа које почине неку делинквентну активност. Између 1980. и 1998. године, стопа сексуалних делинквената с Флориде у узрасту од 60 година и старијих порасла је за 171%, док су разбојништва порасла за 168%, а тешке телесне повреде за 13%. Отуда изјава одговорног лица у Центру за обуку полиције на Флориди да полицајци „на своје огромно изненађење налазе себе како стављају лисице некоме ко је старији од 65 година (...), и да покушавају да их упозоре да то што су старији не значи и да су невини“. Ипак, на нивоу САД ниво криминалитета старијих није тако значајан. Током 2000. године, особе узраста од 65 година и старије учествовале су у укупном броју хапшења у САД са 0,6%, а међу кривичним делима доминирале су крађе, попут џепарења, праћене тешким телесним повредама (Titus Reid, 2003: 41).

Међутим, анализом наведених података о дистрибуцији криминалитета на нивоу САД, учешће старијих у укупном криминалитету је веома ниско. Према подацима из Uniform Crime Reports, укупан број хапшења у САД, у 2012. години био је 9.446.660, или 100%. Од тога, број хапшења старијих лица, за поједина кривична дела, или групе кривичних дела, био је заступљен на следећи начин: од 60 до 64 године – 118.772 хапшења или 1,3%, а преко 65 година – 81.758 хапшења или 0,9%. Дистрибуција криминалитета, према облицима испољених криминалних понашања, у извештају је представљена на следећи начин: убиство и умишљајно убиство: од 60 до 64 године 100, преко 65 година 93; силовање: од 60 до 64 године 200, преко 65 година 167; разбојништво: од 60 до 64 године 250, преко 65 година 108; тешке телесне повреде: од 60 до 64 године 4.059, преко 65 година 3.223; провалне крађе: од 60 до 64 године 1.011, преко 65 година 607; крађе: од 60 до 64 године 10.482, преко 65 година 7.757; крађе моторних возила: од 60 до 64 године 225, преко 65 година 118; паљевине: од 60 до 64 године 114, преко 65 година 73; други облици делинквентног понашања: од 60 до 64 године 10.631, преко 65 година 8.752; фалсификовања: од 60 до 64 године 428, преко 65 година 239; преваре: од 60 до 64 године 1.755, преко 65 година 1.323; проневере: од 60 до 64 године 141, преко 65 година 78; трговина украденом робом: од 60 до 64 године 430, преко 65 година 211; вандализам: од 60 до 64 године 1.177, преко 65 година 976; неовлашћено ношење оружја: од 60 до 64 године 1.094, преко 65 година 953; сексуална

делинквенција: од 60 до 64 године 481, преко 65 година 371; злоупотреба опојних дрога: од 60 до 64 године 1.340, преко 65 година 1.622; коцкање: од 60 до 64 године 8.604, преко 65 година 3.651; насиље у породици: од 60 до 64 године 167, преко 65 година 156; вожња у пијаном стању: од 60 до 64 године 733, преко 65 година 510; злоупотреба алкохола: од 60 до 64 године 21.462, преко 65 година 15.403; пијанство: од 60 до 64 године 3.409, преко 65 година 1.851; преступи: од 60 до 64 године 8.497, преко 65 година 4.326; скитничење: од 60 до 64 године 5.290, преко 65 година 3.625. Посебно су издвојени случајеви хапшења лица од 60 до 64 године за криминалитет насиља 4.609 или 1,1%, а за имовински криминалитет 11.832 или 0,9%, и лица преко 65 година за криминалитет насиља 3.591 или 0,9%, а за имовински криминалитет 8.555 или 0,7%, у односу на укупан број хапшења (Uniform Crime Reports, 2012).

У приказаној анализи дистрибуције криминалитета по врсти кривичног дела и узрасту учинилаца, интересантно је да код свих облика испољених криминалних, односно делинквентних активности број хапшења старијих од 65 година опада у односу на старосну групу од 60 до 64 године. Изузетак је једино код злоупотреба опојних дрога, где је број хапшења порастао у узрасној групи од 65 година и старији.

Општи закључак је да ниво криминалитета опада с повећањем година старости. Овај феномен био је криминолошки објашњаван с различитих аспеката. Криминолози који су имали за предмет свог интересовања развитак криминалних каријера појединаца сматрају да нормални процеси биолошког и социопсихолошког сазревања смањују криминалну активност, а да старост омогућава људима да много исправније процењују вероватноћу успешности криминалног понашања. Многи делинквенти немају финансијске добитке током дугог периода времена, нити успевају да успешно избегну хапшење, осуду, нити упућивање у установе. Но, без обзира на различите објективне и субјективне околности, чини се да се „привлачност криминалитета битно смањује како криминалци постају старији“ (Titus Reid, 2003: 41).

У домаћој криминолошкој литератури, у деловима који се баве питањима криминалне феноменологије, дистрибуција криминалитета према старости заокупља пажњу писаца у оној мери која се односи на стално растући обим малолетничке делинквенције, односно њено опадање, у односу на појаву сасвим нових облика криминалне активности међу младима. С друге стране, ово питање, ипак, налази своје место у литератури из области правне медицине, тачније судске психопатологије. Тако, Јевтић разматра питања форензичког значаја старосних душевних ненормалности, односно

кривичну одговорност учинилаца у случају старосних психотичних стања. С обзиром на то да атеросклеротични душевни поремећаји и сенилна деменција доводе у питање подобност за урачунљивост, а самим тим и способност за расуђивање, деликтна понашања таквих особа, као изречене увреде, клевете, кривоклетства, ипак се отежано доказују због обичајног уважавања година, или поштовања према старијима. Јевтић код таквих особа посебно наглашава „интересовања за сва материјална питања“, затим тврдоглавост, педантерију, властољубље. Могуће је и младалачко еуфорично расположење, посебан начин облачења и понашања, који их често чини жртвама злоупотреба. Међутим, оно што их карактерише јесу и сексуални деликти, као „егзибиционизам или блудне радње и напаствовање девојчица, па и дечака“ (Јевтић, 1959: 351).

У криминолошкој литератури, поготову оној из англосаксонског говорног подручја, јасно се износе тврђења да је делинквенција старијих ипак постала предмет интересовања у криминологији, али тек од седамдесетих година прошлога века, када је и запажен енормни пораст броја ових становника у САД. Најраније студије из ове области предсказивале су да ће се у будућности старији све више упуштати у вршење кривичних дела, и да ће се тиме створити још један растући социјални проблем. Ове тврдње су поново разматране од стране криминолога осамдесетих година прошлог века, када је и доведена у питање валидност ове тврдње. Резултати обимних студија у САД су садржали исту тврдњу да криминалитет старијих никако не сме да буде окарактерисан као „геријатријски криминални талас“. Такође, закључено је да се повећава обим одређених облика криминалних понашања од стране старијих, с једне стране, док се, с друге стране, смањује обим неких других облика њихових делинквентних активности. Утврђено је да се повећава удео имовинског криминалитета, а да се смањује обим злочина без жртве, као што су: коцкање, опијање на јавном месту, скитничење и прекршаји против јавног реда и мира (Flynn, 2000: 47–48).

Интересантно је да чак ни у САД, све до 2000. године, када су Max Rothman, Burton D. Dunlop и Pamela Entzel уредили монографију *Elders, Crime, and the Criminal Justice System*, није објављена ниједна опсежна студија која би се, искључиво или у највећој мери, бавила питањима учешћа, односно полагаја старијих у америчком кривичноправном систему.

3. Пенитенцијарни третман старијих

Доба живота остарелих, у свим својим ендогеним и егзогеним импликацијама, чини, на први поглед, виктимогеничним само њихово бивствовање. Представа о томе чак замагљује и њихову јасно видљиву позицију активних

актера кривичног догађаја – дакле, у својству откривених извршилаца кривичних дела, односно у логичном следу догађаја, као осуђених лица.

За разлику од константног пораста удела старог становништва у односу на млађе становништво у развијеним земљама света, удео осуђеничке популације међу особама од 55 година живота и старијих, у односу на млађе осуђенике, ипак је знатно мањи. Наиме, према неким статистичким показатељима, током 1991. године, удео особа старости од 55 година и старијих међу извршиоцима кривичних дела у САД био је 2,9%, у односу на укупан број извршилаца кривична дела. Током 1988. године, око 604.000 особа било је упућено у федералне и државне затворе на извршење казне затвора у САД. Од тог броја, око 20.000 били су старости од 55 година и старији. То значи да су тада око 3,3% затвореничке популације чиниле особе од 55 година и старије, док је истовремено та старосна група бројала око 21,4% укупне популације Американаца. Али, како је наглашено, због убрзаног пораста тог сегмента опште популације у САД (од 55 година и старији) сасвим је рационално да се очекује пораст удела остарелих особа и међу осуђеничком популацијом (Elderly Persons in Prison).

Ова очекивања, из визуре данашњице, нашла су своју потврду. Наиме, различита питања која се односе на „старе особе иза решетака“ постала су, временом, предмет интересовања, не само криминолога и пенолога, или државне администрације, већ и међународних организација које се залажу за примену људских права. Нека њихова истраживања, за разлику од опште увреженог мишљења, полазе од претпоставке да нема разлике између старијих и млађих осуђеника, и да су осуђеници од седамдесет и пет година старости, активнији, независнији и здравији од оних много млађег узраста. Међутим, услед биолошког старења организма, код њих се много чешће јављају хроничне болести и стална погоршања здравља. Стога, у казнено-поправном систему САД развиле су се посебне хронолошке старосне групе осуђеника, које служе да затворској администрацији укажу на физичке и менталне промене и стања здравља, које карактеришу процес старења организма. Због тога, у многим савезним државама САД та доња граница у класификовању затворске популације износи педесет година, а горња седамдесет, док се у социјалном окружењу, на слободи, особе узраста од 50 до 55 година не могу сматрати остарелима. Утамничени мушкарци и жене уобичајено пате од физичких и психичких потешкоћа које карактеришу особе на слободи, али бар десетак година старије. Насиље, анксиозност, стрес у затворским условима, одвојеност од породице и пријатеља, као и спознаја могућности да ће сав или скоро сав остатак живота провести иза решетака, све заједно могу довести до убрзаног процеса старења код осуђених лица.

У САД се примећује чак драматичан пораст броја осуђених лица изнад 65 година старости. У 2007. години њих је било 16.200, а у 2010. години већ 26.200, или за 63% више. Током тог истог периода, укупан број осуђених лица био је повећан за 0,7%. У периоду 1995–2010. године, био је примећен видљив пораст броја осуђених старијих, с тим што су у статистикама издвојене особе од 55 година и старије, и оне до 55 година. Током 1995. године, у САД затворска популација је бројала 1.085.369 осуђеника, од тога 32.600 старијих од 55 година, а у 2010. години 1.543.206 осуђеника, а од тога 124.400 старијих од 55 година. Број осуђених лица старијих од 55 година растао је много брже од раста укупне затворске популације, за 282%, у односу на 42,1% повећања затворске популације уопште (Human Rights Watch: Old Prisons, 2012).

Као узрок за повећање удела старијих међу затворском популацијом у САД, у литератури се наводе: дужевременске казне затвора; доживотне казне затвора; повећање удела старијих извршилаца међу ухапшенима; недостатак легалних услова за ранији отпуст (Human Rights Watch: Why the Aging Prison Population, 2012).

Затворске зграде, правила и обичаји у неформалном систему стварају се тако да су прилагођени потребама и стилу живљења млађих осуђеника. Рад на удаљеним местима, степениште или стајање у реду приликом прозивке некада представљају немогуће услове боравка за старије осуђенике. Инконтиненција и деменција код старијих стварају нове потешкоће, али и неопходност другачијег прилагођавања затворског особља у поступању са старијим осуђеницима, па стога „затворско особље које ради са старијима зна да нема смисла викати на осуђеника који не разуме шта му се говори“ (Human Rights Watch: Conditions of Confinement, 2012).

Резултати научних студија указују да се јасно издвајају три категорије старијих осуђеника. Прву групу чине они који су осуђени на дуге временске казне затвора које су им изречене још у младости, за примарни насилни злочин који су извршили, и који су остарили у затвору. Они се, најчешће, добро прилагођавају условима живота у затвору, и често служе за узор другима. Међутим, дугачки период институционализације, мањак социјалних веза и ограниченост у радном искуству утичу да се ова група суочава с највећим тешкоћама у социјалној реинтеграцији по отпусту.

Другу групу чине делинквенти из навике, који су током целог свог живота између неслободе, односно повратници. Они се рационално прилагођавају животу у затвору, често пате од хроничних здравствених проблема, укључујући и историју злоупотребе опојних дрога. Друштвене везе су им лимитиране, а прошлост радног искуства спорадична.

Трећу групу чине они који су били осуђени због тешких облика криминалитета у каснијем периоду живота. Најтеже се прилагођавају условима живота у затвору и најчешће су у ситуацији да буду виктимизирани од стране других осуђеника. Највећи број њих су сексуални делинквенти.

За све три групе осуђених лица треба обезбедити различите програме који ће задовољити њихове потребе. Појединачно, сваки од осуђеника има различите здравствене потешкоће, неки облик зависности, или физичку или психичку неспособност, према чему се морају одредити различити програми поступања, којима ће се задовољити појединачни субјективни и објективни интереси осуђених лица (UNODC, 2009: 126).

Различити приступи у истраживањима старијих осуђеника баве се и различитим питањима, као: лични профили осуђеника; социјално-психолошке последице затворског окружења; једнакост у односима осуђеника и статусна хијерархија; учешће у основним социјалним институцијама; конформизам у затворским правилима, као и условни отпуст. Свакако да томе треба придодати и питања увођења специјализованих програма и поступака, као и олакшица за старије осуђенике (Goetting, 1983).

Међународне организације, као Уједињене нације, баве се посебним потребама и изазовима боравака старијих осуђеника у затворима. Ту се, пре свега, изучавају: приступ правди; вршење процена; смештај; здравствена нега; породичне везе; затворски програми; припреме за отпуст и постпенална подршка; ранији условни отпуст; мултипликованост њихових потреба. Изучавају се међународни стандарди везани за кажњавање и затварање старијих делинквената, као и одговори на потребе њиховог боравака у установама (казнена политика; ванинституционалне кривичне санкције; формални систем) (UNODC, 2009: 123).

4. Закључна разматрања

Код старијих осуђеника уочава се низ сличних потреба које морају да задовоље у личном и друштвеном животу на слободи, и свих последица које из тога проистичу (здравствена нега и трошкови лечења, на пример),³

³ Тешкоће које се јављају упућивањем остарелих осуђеника на извршење затворских казни могу се, уопштено посматрано, сврстати у две категорије. Једна обухвата здравствена и социјална питања која непосредно погађају остареле осуђенике, док друга обухвата финансијске тешкоће у односу на оптерећење здравствених фондова за лечење и заштиту остарелих осуђеника, као и административне тешкоће у односу на бригу и заштиту остарелих осуђеника. Видети: „Elderly Felons: A Research Proposal“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html>, приступ: 17.12.2009.

па се предлаже низ мера које би, најпре, ублажиле тешкоће у периоду њиховог утамничења у поправним домовима и затворима (на пример, трошкови за државу, одсуство породице која би се о томе старала и сл.), као и у припремама за отпуст. Тако, могуће је указати на неке алтернативне корективне мере за остареле осуђенике. Захтев који мора бити задовољен и у овом случају односи се на добробит и друштва и остарелих осуђеника. Зато је потребно спојити, уједначити и испољавати извесне ставове у кривичном правосуђу, попут: смањивања броја институционалних мера; повећања обима олакшица условног отпуста за њих; закључивање приватних уговора у вези с посебним олакшицама за остареле осуђенике који треба да буду условно отпуштени из безбедносних разлога; као и установљавање болничких одељења у заводима за остареле осуђенике који су на самрти.⁴

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије⁵ не регулише посебним одредбама положај старих осуђеника. У оквиру општих одредби о забрани дискриминације, забрањује се стављање у неравноправан положај лица према коме се извршава кривична санкција, због расе, боје коже, пола, језика, вере, политичког и другог уверења, националног или социјалног порекла, имовног стања, образовања, друштвеног положаја или другог личног својства (члан 7). У члану 24. став 4. предвиђено је да завод мора располагати посебном просторијом за издвајање оболелих осуђених, у зависности од природе обољења.⁶

Законописац још у једној одредби експлиците помиње године живота осуђеника, и то када регулише права осуђеног лица, односно слободно време осуђеног. Наиме, у чл. 80 је предвиђено да осуђени има право да изван затворених просторија на свежем ваздуху, у слободно време, проведе најмање два часа дневно. Осуђени, коме године и телесне способности то дозвољавају, има право у слободно време на организовану физичку активност, укључујући и право да заједно с другим осуђеницима користи спортске терене и опрему.

Узраст осуђених лица у Закону о извршењу кривичних санкција се предвиђа као посебан критеријум у одредбама о смештају осуђеника. Приликом регулисања смештаја, предвиђено је да се разврставање

4 „Alternative Corrections Policies for Elderly Felons“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1687838.html>, приступ: 17.12.2009.

5 Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014

6 Оболевање од тешке, неизлечиве болести, што наравно не мора бити увек повезано са остарелошћу осуђеника, може бити наведена као околност која се узима као оправдана за давање помиловања код нас. (Миладиновић, 2006:145)

осуђеног у просторије за заједнички боравак и спаваонице спроводи уз брижљиву оцену свих околности и података евидентираних у пријемном одељењу, посебно имајући у виду узраст, личне особине и склоности, као и друга својства од којих зависи позитиван међусобни утицај и непостојање опасности од међусобног физичког и психичког угрожавања. Осуђени с инвалидитетом има право на смештај примерен врсти и степену његових посебних потреба (чл. 77).

У нашој земљи донет је Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом.⁷ На основу ове Конвенције, до трансфера може доћи само под одређеним условима, међу којима је и онај који се односи на старост осуђеног лица. Тако је у чл. 3 прописано да када због година старости, менталног или физичког стања једна од држава сматра неопходним, осуђено лице или његов представник морају дати сагласност за трансфер.

У средствима јавног информисања налази се податак да је за Србију карактеристичан превелики број осуђених лица у заводима, у односу на предвиђене капацитете, чак највећи од свих 47 земаља чланица Савета Европе. Статистички подаци за 2012. годину показују да је у Србији на 100 прописаних места у заводима смештено 160 затвореника. После Србије следи Италија са 140 затвореника на 100 места, затим Кипар са 140, Мађарска са 139 и Белгија са 132 затвореника на 100 места (Српски затвори пребукирани, 2014).

Процењено је да је током 2008. године у српским затворима било преко 150 осуђеника старости преко 70 година (Српска православна црква, 2008). Прецизне статистичке показатеље износи Управа за извршење заводских санкција. Наиме, према Годишњем извештају о раду Управе за 2009. годину, од укупног броја примљених лица, 9.023, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50 до 60 година – 789; од 60 до 70 година 245; и, од 70 година и више – 66. Процентуално, они су чинили 0,12% од укупно примељене осуђеничке популације (Управа за извршење кривичних санкција, 2009). Тај број унеколико је био мањи у 2010. години, али процентуално идентичан. Од укупног броја примљених лица, 7.660, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50 до 60 година – 692; од 60 до 70 година 224; и, од 70 година и више – 40 (Управа за извршење кривичних санкција, 2010: 71). У 2011. години, као и у 2010. години, скоро истоветан број старијих лица

⁷ Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом. „Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори, број 4/01.
http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf приступ: 9.2.2010.

био је примљен у заводе. Од укупног броја примљених лица, 7.925, узраст осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50 до 60 година – 687; од 60 до 70 година 199; и, од 70 година и више – 50 (Управа за извршење кривичних санкција, 2011: 113), или, процентуално 0,11%.

Осим промене терминологије од 2011. године, када Управа отпочиње да статистички евидентира лица по старости, а не више по узрасту, у 2012. години начињен је још један помак. Наиме, структуралним показатељима евидентираних по старости примљених осуђених, сада се додаје и разврставање по полу, код свих старосних категорија. Тако је у 2012. години било примљено 7.962 мушкарца и 318 жена, укупно посматрано. Од тога, узраст и пол осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50 до 60 година – 750, и то 703 мушкарца и 47 жена; од 60 до 70 година 260, и то 247 мушкараца и 13 жена; и, од 70 година и више – 54, и то 52 мушкарца и 2 жене (Управа за извршење кривичних санкција, 2012: 95). У 2013. години било је примљено 7.074 мушкарца и 295 жена, укупно посматрано. Од тога, узраст и пол осуђених старијих лица примљених у тој години био је следећи: лица од 50 до 60 година – 766, и то 725 мушкарца и 41 жена; од 60 до 70 година 242, и то 229 мушкараца и 13 жена; и, од 70 година и више – 44, и то 41 мушкарац и 3 жене (Управа за извршење кривичних санкција, 2013: 112).

У посматраном периоду могуће је уочити скоро непромењен број, односно проценат заступљености, старијих осуђеника у укупној затворској популацији у Србији. Тај број можда не изгледа као растући, као у неким развијеним земљама света, али, опет, представља невидљиви део слике осуђеничке популације у Србији. Оно што је слично условима живота на слободи, да су старији маргинализовани у односу на радно способно становништво, одражава се, попут рефлексije, и у затворским условима. Не постоје законске, нити било какве друге препреке, да се део научног сазнања наставника и сарадника правних факултета, на којима се изучавају криминологија, пенологија и виктимологија, примени у пракси, ради побољшања ефикасности примене криминалнополитичких мера, као ретрибутивних и превентивних процеса и поступака у борби против криминалитета (Јовашевић, Костић, 2012).

Примери добре праксе, преузети из упоредноправне литературе, могу послужити као узор за стварање сопствених програма. *Пројекат за старије осуђенике* је назив програма основаног 1989. године у САД. Овај програм је предвиђен као вид спречавања појаве превеликог броја осуђених лица у затворима, и намењен је старијим осуђеницима и онима

који су у неповољнијем положају (болесни, странци). Од установљења, на програму је учествовало више од 500 осуђених лица и тврди се да је утицао на истраживање легислативне реформе на нивоу савезне државе, као и појединих држава (Abner, 2006: 11).

Институт за кривично правосуђе САД је још 2001. године установио да је петнаест од четрдесет и четири државе и територија појединих држава обезбедило надгледане рекреативне програме посебно осмишљене за старије и остареле осуђенике. Друге државе увеле су образовне програме за побољшање здравља и о питањима старења као део превентивних заштитних програма, уопште. У Охају развијени су програми за осуђенике старије од педесет година који се односе на њихове физичке, психичке и социјалне потребе. Осмишљене су рекреативне вежбе, основно образовање за одрасле, као и одговарајуће друштвене игре (бинго, организоване шетње). Друге државе, попут Пенсилваније, на пример, обезбеђују медицинске едукативне програме, којима нуде едукацију о здравој исхрани и о смањењу телесне тежине. Приметна је и распрострањеност покрета који се залаже за обезбеђење посебних смештајних капацитета за старије осуђенике, од којих се у неким примењује потребна здравствена нега (Abner, 2006:10).

Питање малог броја старијих и остарелих осуђеника код нас не сме да буде разлог за непоступање, односно опредељење према овој појави. Стицање праксе студената права, медицине, психологије, физичке културе може да буде само део интересовања у образовном систему државе за бољу едукацију будућих стручњака. Развијање емпатије према потребама других, у условима јасно примењене ретрибутивне правде, као и мењање свести грађана о предностима ресторативног приступа, неће умањити остварење принципа легалитета. Објективност државног приступа је довољна само на нивоу буџетских уштеда, али уз обезбеђење законских норми и адекватног политичког приступа решавању питања превеликог броја осуђених лица у затворима, као и оних осуђеника који имају посебне физичке, психичке и социјалне потребе (старији, оболели, странци).

Литература

Abner, C. (2006). *Graying Prisons – States Face Challenges of an Aging Inmate Population*. Retrieved 5, September 2014, from: <http://www.csg.org/knowledgecenter/docs/sn0611GrayingPrisons.pdf>

„Alternative Corrections Policies for Elderly Felons“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1687838.html>, приступ: 17.12.2009.

Eglit, H. (2004). *Age and Ageism in the American Legal System*. The University Prss of Florida.

„Elderly Persons in Prison“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1699988.html>, приступ: 17.12.2009. У: Костић, М. (2010). *Виктимитет старих људи*. Ниш: Правни факултет. (59).

„Elderly Felons: A Research Proposal“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html>, приступ: 17.12.2009. У: Костић, М. (2010). *Виктимитет старих људи*. Ниш: Правни факултет. (59).

Flynn, E. (2000). Elders as Perpetrators. In: *Elders, Crime, and the Criminal Justice System*. (Ed. by Max Rothman, Burton D. Dunlop, Pamela Entzel). Retrieved 5, September 2014, from <http://books.google.rs/books?id=6mGG7eyFmjQC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=Flynn,+Elders>

Friedan, B. (2006) *The Fountain of Age*. U: *Social Gerontology: "Social Psychology of Aging"*, <http://www.trinity.edu/cmkearl/gersopsy.html>, приступ: 13.10.2008.

Goetting, A. (1983). The Elderly in Prison: Issues and Perspectives. *Jouranal of Research in Crime and Delinquency*. 20: 291-309. Retrieved 5, September 2014, from <http://jrc.sagepub.com/content/20/2/291.abstract>

Hardtke, F. (1991). Criminal acts by the elderly. A phenomenologic presentation with discussion of criminologic and gerontologic explanatory approaches, *Arch Kriminol*. 1991 Jul-Aug;188(1-2):1-19. Retrieved 23, August 2014, from http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed?term=Hardtke%20F%5BAuthor%5D&cauthor=true&cauthor_uid=1953243

Human Rights Watch. *Old Behind Bars: Older Prisoners*. (2012). Retrieved 5, September 2014, from <http://www.hrw.org/node/104747/section/>

Human Rights Watch: *Old Behind Bars: Why the Aging Prison Population*. (2012). Retrieved 8, September 2014, from <http://www.hrw.org/ru/node/104747/section/6>

Human Rights Watch: *Conditions of Confinement*. (2012). Retrieved 9, September 2014, from <http://www.hrw.org/ru/node/104747/section/7>

Jevtić, D. (1959) *Sudska psihopatologija*. Beograd, Zagreb: Medicinska knjiga.

Јовашевић, Д., Костић, М. (2012). *Политика сузбијања криминалитета*. Ниш: Центар за публикације.

Костић, М. (2010). *Виктимитет старих људи*. Ниш: Правни факултет.

Костић, М., Ђорђевић, Р., (2004). Виктимизација старих особа као припадника посебне маргиналне групе. Београд: *Темид*. (7). 3–11.

Костић, М. (1997). Старост као доба живота и ризик виктимизације. Београд: *Социјална мисао*. (Април-јуни, 02). 89–98.

Krupp, A.M. (1988). *Интерна медицина*. Београд: Савремена администрација.

Madrid International Plan on Action on Ageing 2002, 12 April 2002

www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html, *нпсчмун*: 30.11.2007.

Миладиновић, Д. (2006). Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије. *Зборник Правног факултета у Нишу*. (XLVI). 133–150.

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2009). *Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину*. Приступ: 10.9.2014. Са: <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%202009.pdf>

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2010). *Извештај о раду управе за 2010. годину*. Приступ: 10.9.2014. Са: [Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%202010\[1\].zip](http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%202010.zip) - ZIP archive, unpacked size 3.247.025 bytes

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2011). *Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2011. годину*. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_2011_%20UIKS.pdf

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2012). *Извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2012. годину*. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/UKKS_izvestaj_2012.pdf

Министарство правде Републике Србије. Управа за извршење кривичних санкција. (2013). *Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2013. годину*. Приступ: 10.9.2014. Са: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_izvestaj_UIKS-a_za_2013.pdf

The Oxford Handbook of Criminology, (2007) (ed. by: Mike Maguire, Rod Morgan, and Robert nReiner). Oxford Univerzity Press.

Rachel Pain, „Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse“, British Society of Criminology, *The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume 2*.

Српски затвори пребукирани. (2014). Уторак 29. април 2014, приступ: 12.9.2014. са: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/1586252/Srpski+zatvori+prebukirani.html>

Српска православна црква. (2008) „Српски затвори пребукирани“.

http://www.spc.rs/sr/srpski_zatvori_prebukirani, приступ: 9.2.2010. У: Костић, М. (2010). *Виктимитет старих људи*. (стр. 58-61). Ниш: Правни факултет.

Social Gerontology: „Old Age Across Cultures and Time“, „International Plan of Action on Ageing“, 1/para. 32, <http://www.trinity.edu/~mkearl/gercul.html>, приступ: 13.10.2008.

Titus Reid, S. (2003) *Crime and Criminology*, New York: McGrawHill.

Uniform Crime Reports, Crime in the United States 2012. Retrieved 23, August 2014, from <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2012/crime-in-the-u.s.-2012/tables/38tabledatadecoverviewpdf>

UNODC: *Handbook on Prisoners with special needs*. (2009). New York: United Nations. Retrieved 10, Septembert 2014, from http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2014.

Закон о потврђивању Конвенције о трансферу осуђених лица са Додатним протоколом, „Службени лист СРЈ“ - Међународни уговори, број 4/01,

<http://www.britisoccrim.org/volume2/006.pdf>, приступ: 25.11.2008. У: Костић, М. (2010). *Виктимитет старих људи*. Ниш: Правни факултет. (стр. 15).

http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf приступ: 12.9.2014.

Miomira Kostić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Elder Inmates

Summary

The criminological literature underscores that criminal offences committed by senior citizens are directly related to their age and entering a new stage of life. In elder offenders, we may observe a distinctive pattern in the development of their criminal activities, the structure of crime, gender-specific criminal offences, their previous criminal records and their social status. The former criminological studies on the elderly population have most frequently focused on examining the senior citizens' fear of crime and their victimization within the family; the studies on criminal offences committed by the elderly seem to be rather scarce. The prior research into the criminal activity of elder offenders has largely addressed the needs and difficulties encountered by elderly inmates, particularly in case they were sentenced to long-term imprisonment and subject to strict parole rules. Some researchers have also extended criticism on the lack of special correctional facilities specifically designed for elder inmates.

In general, crime rate drops with aging. In developed countries, there is a constant increase of elder population as opposed to the marked decrease of younger population. Yet, the percentage of convicted offenders among the persons over the age of 55 is still significantly lesser as compared to the percentage of younger convicts. Namely, different issues pertaining to "elder people behind bars" have eventually become the subject matter of interest of criminologists and penologists, public administration authorities and international organizations advocating the observance of human rights. The incarcerated men and women face many physical and psychological problems which are generally encountered by all people at large but usually at a later age, when they are at least 10 years older than the inmates. Violence, anxiety and distress caused by the immediate prison environment, separation from their friends and families, and the awareness that they are most likely to spend the rest or most of their lives in prison may altogether accelerate the aging process in elderly inmates.

Key words: aging, elder inmates, elder delinquency, treatment of elderly offenders.

СПОСОБНОСТ ЗА ДАВАЊЕ ИНФОРМИСАНОГ ПРИСТАНАКА НА УЧЕШЋЕ У МЕДИЦИНСКОМ ИСТРАЖИВАЊУ**

Апстракт: Пристанак на учешће у медицинском истраживању, сходно актуелној регулативи, може дати само оно лице које је за то способно. Како се ова способност ближе не појашњава, предмет ауторовог интересовања у овом раду је утврђивање шта се под овом способношћу подразумева и која лица је начелно поседују. Одговор на постављена питања аутор, између осталог, тражи анализом и поређењем решења садржаних у међународној и појединим националним регулативама медицинских истраживања на људима.

У првом делу рада, на основу поређења способности за пристанак и пословне способности, аутор закључује да између њих има извесних разлика и да се способност за пристанак изједначава са способношћу за расуђивање. У другом делу рада он налази да су разлози правне сигурности наметнули потребу да се поседовање способности за пристанак ипак веже за одређени узраст – што је прихваћено у националним решењима, било утврђивањем да су то оне године потребне за пунолетство или је то нижи узраст. У завршном делу рада закључује да фиксирање способности за пристанак за одређене године старости води следећем: лица испод тих година сматрају се неспособним за пристанак чак и ако су способна за расуђивање, док за лица изнад утврђеног узраста важи претпоставка да су способна за пристанак, осим ако су физички или ментално неспособна да га дају – што у циљу процене постојања способности за расуђивање испитаника утврђује истраживач у поступку узимања информисаног пристанка.

Кључне речи: медицинско право, медицинска истраживања, способност за давање информисаног пристанка, пословна способност.

* dzivojinovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу XXI век – век услуга и Услужног права, бр. 179012, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. Увод

Један од квалитета које пристанак испитаника за учешће у медицинском истраживању мора испуњавати је да потиче од особе која је *способна да пристанак да*. Преостали су: да има одлике информисаног, да је дат слободно и у за то предвиђеној форми (Živojinović, Planojević, Banović, 2014: 588). Давањем пристанка, свако за то способно лице врши право на аутономију, право самоодређења у односу на тело (Mallardi, 2005: 313) и тиме дозвољава захват у свој телесни и психички интегритет за рачун развоја науке и друштва. Како би лична птава испитаника била адекватно заштићена, важно је утврдити шта се под овом способношћу подразумева – што је први циљ овог рада.

Одређивање на шта се ова способност односи, као и њено разграничење од *неспособности за давање пристанка*, веома је важно и за заштиту права и субјективитета лица која ту способност не поседују. Наиме, особе које нису способне за давање информисаног пристанка, такође могу учествовати у медицинском истраживању у улози испитаника. Њих, начелно, чине деца и пунолетне особе које су физички или ментално неспособне за давање пристанка. Потребу за њиховим обухватањем истраживањима намећу *медицински разлози*, јер је прибављање сазнања релевантног за задовољење њихових специфичних здравствених потреба немогуће без њиховог учешћа. Правнички посматрано, њихово укључивање у истраживања је изводљиво уколико пристанак уместо њих, дају њихови законски заступници; што је безрезервно прихваћено у међународној и националним регулативама ове материје. Међутим, како је сврха извођења медицинских истраживања на људима *остварење колективних циљева*¹ (Katz, 1993: 15); испољавање хуманости у туђе име – ситуацију коју имамо када пристанак уместо за то неспособног лица даје његов законски заступник, отвара могућност њихове злоупотребе. Да би се то спречило, у актима којима се уређује ова материја предвиђено је да је за њихово обухватање истраживањима потребно испуњење одређеног броја *додатних услова*.² Ти услови, утврђени поред оних који важе за остале испитанике, имају карактер мера њихове *специјалне заштите*. У овом смислу, важно је утврђивање када способност за давање пристанка постоји, јер уколико је нема, извођење истраживања мора бити уподобљено захтевима који произилазе из обавезе испуњења предвиђених додатних услова.

1 Циљ извођења медицинских истраживања је стицање генерализованог знања које ће допринети развоју медицине и друштва.

2 Видети тачке 28, 29. и 30. Декларације из Хелсинкија из 2013, чл. 4. и 5. Директиве 2001/20/ЕС, Смернице 13, 14. и 15. Међународног етичког водича за биомедицинска истраживања на људима, чл. 64–67. Закона о лековима и медицинским средствима *Сл. гласник РС*, 30/2010 и 107/2012.

Приликом утврђивања на шта се ова способност односи и која лица је поседују – што је други циљ овог рада, за предмет анализе смо одабрали решења садржана у међународној регулативи медицинских истраживања на људима. Разлог томе је њен велики значај. Она представља узор за доношење националних прописа у овој области, а висок степен њихове усаглашености, предуслов је несметаног извођења истраживања у већем броју држава. Предмет нашег интересовања су и решења усвојена у појединим правима, превасходно као пример каква становишта се у вези са наведеним питањима заузимају у савременим законодавствима.

2. Способност за давање информисаног пристанка у регулативи медицинских истраживања на људима

Декларацијом из Хелсинкија из 2013. године³ (у даљем тексту: ДИХ), најзначајнијим међународним актом у коме су садржани етички принципи за извођење медицинских истраживања на људима, прописује се да пристанак испитаника мора потицати од субјекта способног да га да. Међутим, приликом утврђивања овог квалитета пристанка њом се не одређује шта се под овом способношћу подразумева, нити утврђује о каквој од више врста способности које чине *правни статус* неког лица, се у овом случају ради. С тим у вези, у њој се истиче да „учешће појединаца способних да дају информисани пристанак, као субјеката медицинских истраживања, мора бити добровољно“.⁴

Повезивање добровољности учешћа у истраживању и способности субјекта да вољу за учешћем изрази на начин да она произведе жељено правно дејство је на месту, јер и добровољност и способност за давање пристанка укључују присуство правно релевантне воље. Ово је евидентно и сагледавањем етимолошког смисла речи „добровољност“ – наиме, у корену ове речи у српском, али и у енглеском језику („*voluntary*“) је управо воља (лат. *voluntas*). Међутим, на основу поменуте одредбе ДИХ, као што се може видети, не даје се прецизан одговор на питање када се та способност стиче, односно која лица су способна да самостално дају пуноважан пристанак на учешће у истраживању.

ДИХ није једини међународни акт из ове области којим се могућност давања пуноважног информисаног пристанка везује за *способност неког лица да такав пристанак да*. Да је она и УНЕСКО-вом Универзалном декларацијом о биоетици и људским правима постављена као услов валидног пристанка,

³ World Medical Association, *Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*, Fortaleza, Brazil, October 2013.

⁴ Тачка 25. ДИХ

произилази из: 1) утврђеног захтева за поштовањем аутономије сваког појединца; и 2) прописивања да специјалне мере заштите права и интереса морају бити предузете код особа које „нису способне да испоље своју аутономију“.⁵ Израз „способност за пристанак“, односно „капацитет за пристанак“, користи се такође у Конвенцији Савета Европе за заштиту права човека и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине;⁶ у Међународном етичком водичу за биомедицинска истраживања на људима (у даљем тексту: Водич);⁷ Директиви 2001/20/ЕС⁸ итд. Ни у једном од побројаних докумената ближе се не одређује на шта се ова способност односи.

По угледу на међународну регулативу, у бројним националним прописима којима се уређује ова проблематика, изразом „способност за пристанак“ означава се способност неког лица да самостално да пристанак за учешће у истраживању. Примера ради, у српском Закону о лековима и медицинским средствима, приликом дефинисања израза информисани пристанак испитаника поред осталог се истиче да је то изјава „коју даје лице које је способно да да сагласност, или ако лице није способно да да сагласност, коју је дао његов законски заступник...“⁹ Ни овим законом се не појашњава шта се под њом подразумева. Из изнетог је јасно да право на аутономију и право на самоодређење сваког човека, чије поштовање и заштита су императив у контексту извођења медицинских истраживања, намећу потребу утврђивања о којој врсти способности се овде ради.

5 Члан 5. Универзалне декларације о биоетици и људским правима. General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO). *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 2005.

6 Члан 5, 6, 16, и 17. Конвенције за заштиту права човека и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине. Council of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regards to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Ovijedo 1997.

7 У овом међународном акту се приликом дефинисања информисаног пристанка истиче да је то „одлука о учешћу у истраживању, донета од стране компетентног појединца“ – Коментар Смернице 4 Водича. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), *International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects*. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2002.

8 Тачке (3) и (4) из Преамбуле Директиве. The European Parliament and the Council of the European Union, Directive 2001/20EC of the European Parliament and of the Council, *Official Journal of the European Communities*, L121/34, 01.05.2001.

9 Члан 2. тачка 23. Закона о лековима и медицинским средствима, *Сл. гласник РС*, 30/2010 и 107/2012.

3. Способност за давање информисаног пристанка и пословна способност

Под способношћу за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању никако се не може подразумевати *правна способност*, коју човек стиче рођењем (Живојиновић, 2009: 7). Правна способност се односи на способност неког лица да буде носилац права и обавеза (Станковић, 1996: 51), а не да својим изјавама воље производи правна дејства, па је оваква констатација неспорна. Способност физичког лица да својом изјавом воље пуноважно произведе одређене правне последице, па тако и да пуноважан пристанак на учешће у медицинском истраживању, карактеристична је за поседовање пословне способности. У овом смислу, могао би се извести закључак да се способност за давање информисаног пристанка односи на постојање *пословне способности* потенцијалног испитаника.

Констатација да је способно за давање пристанка оно лице које поседује пословну способност, може се узети за логичну, јер је захтев за пословном способношћу неког лица за ступање у било коју врсту правних послова уобичајен. Осим тога, пословна способност је способност *највећег квалитета* коју може поседовати лице које учествује у правном саобраћају, па она у себи свакако укључује способност за давање пристанка. Пошто пристанак на учешће у медицинском истраживању у правном смислу речи представља изјаву воље (Мујовић Зорнић, 2011: 285), он се може сматрати пуноважним ако потиче од лица које може формирати правно релевантну вољу, тј. од пословно способног лица.

Пословна способност се по правилу стиче пунолетством¹⁰ и у себи подразумева одређени ментални капацитет који се код нас назива способност за расуђивање. У циљу потврде напред изнетог закључка, поставља се питање: за које услове се у међународној регулативи везује стицање способности за давање пристанка? За оне који су предвиђени за стицање пословне способности – што би значило да се способност за пристанак и пословна способност подударују, или се пак присуство способности за пристанак процењује према другачијим критеријумима у односу на оне који се траже за постојање пословне способности?

10 У различитим државама пунолетство подразумева различите године старости – најчешће 18, 21 или 25 година, са тенденцијом снижавања ове границе.

3.1. Узраст као услов стицања способности за пристанак

У актима новијег датума, какви су ДИХ из 2013. године и УНЕСКО-ва Универзална декларација о биоетици и људским правима из 2005. године, прави се разлика између услова учешћа у медицинским истраживањима субјеката који су способни за пристанак и оних који то нису. Њима се не прецизира са којим *узрастом* се способност за пристанак стиче, нити се године старости испитаника постављају као линија разграничења способности од неспособности за пристанак. Такође, лица неспособна за давање пристанка ближе се не одређују изразима „малолетници“ или „пословно неспособна лица“, на основу чега би се могло закључити да је пунолетство ипак оно за шта се ова способност везује.

За разлику од овога, у раније усвојеним међународним актима, какав је Водич, *деца* се убрајају у категорију субјеката неспособних за давање пристанка (Смерница 14). Како се према Конвенцији УН о правима детета дететом сматра „свако људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније“;¹¹ могло би се узети да се Водичем пунолетство поставља као тачка раздвајања способности од неспособности за пристанак.

До истог закључка долазимо анализом одредаба Директиве 2001/20/ЕС које су посвећене овом питању. Сходно Директиви, прву категорију лица неспособних за самостални пристанак чине *малолетници* (чл. 4), а они су по правилу – изузев еманципованих малолетника, пословно неспособни. Другу чине „*онеспособљене одрасле особе* које нису у стању да дају пуноважан информисани пристанак“ (чл. 5), што, имајући у виду околност да уместо њих пристанак дају њихови законски заступници, могу бити само пунолетна лица која су потпуно или делимично лишена пословне способности. Идентично произилази и из Смерница добре клиничке праксе из 1996. године.¹²

Као што се може видети у једном делу међународне регулативе узраст којим се стиче пунолетство узима се као фактор разграничења способности од неспособности за пристанак, док у другом то није случај. Могао би се чак извести закључак да оваква оријентација постоји у ДИХ и УНЕСКО-вој Универзалној декларацији о биоетици и људским правима, јер се непомињање узраста може тумачити као уважавање разлика које

11 Члан 1. Конвенције о правима детета. United Nations General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 1989.

12 Тачка 4.8.12. Смерница добре клиничке праксе. International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use, Guideline for Good Clinical Practice. ICH Topic E 6 (R1) London UK, 1997.

у појединим државама постоје у вези са годинама старости потребним за стицање пословне способности физичких лица.

Међутим, коначну констатацију у овом правцу онемогућава увид у терминологију која је у ранијим верзијама ДИХ коришћена приликом утврђивања која лица су способна а која нису, за информисани пристанак. Наиме, закључно са верзијом ДИХ из 2000. године, лицима неспособним за давање пристанка сматрана су: „пословно неспособна лица, лица физички или ментално неспособна за давање пристанка и пословно неспособни малолетници“ (одељак В тачка 24. ДИХ из 2000). Дакле, ни у овим верзијама ДИХ (не)способност за пристанак није била фиксирана за одређени узраст, тј. пунолетство, али је била везана за правни статус неког лица, односно за пословну (не)способност. На овај начин су се и тада уважавале разлике које су у вези са годинама стицања пунолетства постојале у појединим законодавствима, али се могла изнети констатација да су се начелно способним за пристанак сматрале особе које су пословно способне. У њеним доцнијим верзијама, оној из 2008. и актуелној, из 2013. године, како смо видели, то није случај. Поменути измене њеног текста рекли бисмо пре наговештавају да је у последњој деценији – деценији и по, дошло до извесног одвајања способности за давање пристанка од пословне способности. Да ли је то тако проверићемо сагледавањем какав ментални капацитет је потребан за њено постојање.

3.2. Ментални капацитет као услов стицања способности за пристанак

Као што је већ истакнуто, пословна способност неког лица подразумева одговарајући ментални капацитет који се у праву назива способност за расуђивање. У грађанскоправној теорији постоји више дефиниција ове способности. Једни је одређују као фактичку способност старања о својим интересима – способност за расуђивање у пословним односима (Водинелић, 2012: 355); други као свест и представу о својим радњама и њиховим последицама (Стојановић, Антић, 2004: 143); трећи као „способност појединца да исправно схвати друштвено-економске односе у којима учествује, те да на основу сазнања о њима предузме правне радње којима ће остварити одређене жељене правне последице“ (Ачански, 1988: 164). Из наведеног произилази да способност за расуђивање подразумева два елемента: разумевање одређених чињеница и способност њиховог одмеравања у процесу одлучивања. У вези са темом о којој расправљамо, намеће се питање: какав ментални капацитет је потребан за поседовање способности за пристанак?

Одговор на њега можемо добити анализом услова који су постављени за испуњење *обавезе информисања* испитаника пре давања пристанка.¹³ Оно што је заједничко за целокупну међународну регулативу ове материје је да се испитаник може сматрати информисаним ако су кумулативно испуњена два услова, од којих је један објективног, а други субјективног карактера. Објективни услов је испуњен ако су испитанику саопштене све информације,¹⁴ неопходне за сагледавање ситуације у којој ће се наћи, а самим тим и за доношење одлуке о пристанку. Субјективни услов, који сматрамо суштинским за испуњење *обавезе информисања*, али и давање валидног пристанка, јесте да је испитаник прослеђене информације *разумео*.¹⁵

На основу постављеног захтева за разумевање пружених информација (Pandiya, 2010: 98), може се закључити да је за постојање способности за пристанак неопходно да потенцијални испитаник покаже да *разуме* све релевантне информације које су му поводом учешћа у истраживању саопштене,¹⁶ и да у потпуности схвата последице своје одлуке да учествује или не учествује у њему.¹⁷ Иако се у контексту извођења медицинских

13 Тачка 26. ДИХ, Коментар Смернице 4. Водича, чл. 3. тачка 2. (б) Директиве 2001/20/ЕС, тачке 4.8.6. и 4.8.7. Смерница добре клиничке праксе итд.

14 У погледу утврђивања предмета и обима *обавезе информисања* између међународних аката постоје разлике. Видети: тачку 26. ДИХ, тачку 4.8.10 Смерница добре клиничке праксе, Смерницу 5 Водича.

15 У пракси извођења медицинских истраживања на људима континуирано се улажу напори да се побољша разумевање пружених информација од стране испитаника, јер од тога зависи пуноважност пристанка. Констатовано је да важан чинилац ка постизању овог циља представља употреба речи и израза који су разумљиви и медицински неуком субјекту. Поједине студије су показале да примена неких метода у циљу побољшања разумевања пружених информација, какве су њихово мултимедијално приказивања или проширење формулара за писмени пристанак испитаника, није дала очекиване резултате. С друге стране, као најефикаснији у побољшању разумевања информација показали су се проширена дискусија на релацији истраживач – потенцијални испитаник и примена „тест методе“, односно тражења повратних информација од испитаника у циљу провере да ли их је *разумео*. (Flory, Emanuel, 2004: 1599).

16 Кључне информације које представљају предмет информисања односе се на следеће: шта је циљ конкретного истраживања и шта је то што медицинско истраживање разликује од медицинске праксе; какав је однос између предвидивих ризика и очекиваних користи по испитаника или науку и друштво; да испитаник има право да учешће у истраживању одбије или од њега касније одустане без икаквих негативних последица; које су алтернативне медицинске интервенције испитанику доступне и какве су њихове главне користи и недостаци итд.

17 На сличан начин способност за пристанак је дефинисана у канадској регулативи извођења истраживања на људима. Видети, Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada, and Social Sciences and

истраживања на људима тражи разумевање другачијих чињеница у односу на оне чије разумевање је потребно при склапању уговора у пословним односима, очигледно је да се под способношћу за пристанак, као и под пословном способношћу, подразумева *способност за расуђивање*. Обе ове способности укључују присуство идентичних елемента: разумевања одређених чињеница и способност њиховог рационалног одмеравања у поступку одлучивања.

По чему се онда ове две способности разликују?

Разлика између ове две способности огледа се у томе што се способност за пристанак *изједначава* са способношћу за расуђивање. Она се посматра као једно *фактичко стање*, које је *субјективно* детерминисано (Поњавић, 2013: 97). Као таква, способност за расуђивање може бити различита од човека до човека, а зависи од узраста, интелигенције, достигнутог нивоа образовања, друштвене средине, зрелости и сл. особе која се налази у улози потенцијалног испитаника. Способност за расуђивање једног лица такође не мора показивати исти квалитет током времена – може се повећавати или, као последица болести, опадати. Она може зависити од врсте и тежине одлуке са којом се особа суочава поводом учешћа у истраживању; од сложености информација које јој се тим поводом прослеђују. Ова способност се, дакле, не посматра као нешто апсолутно, једном за свагда присутно, већ *релативно*, као способност која мора бити *предмет процене* у сваком конкретном случају узимања информисаног пристанка за учешће у медицинском истраживању.

До оваквог закључка долазимо анализом одредаба међународних аката којима се регулише способност за пристанак одраслих тј. пунолетних лица, код којих се способност за расуђивање подразумева. Једна од њих је Смерница 15. Водича у којој се утврђују додатни услови учешћа у истраживањима појединаца који због „менталних или поремећаја у понашању нису способни за давање адекватног информисаног пристанка“. У Коментару Смернице 15. Водича којим се она ближе појашњава, истиче се да је већина лица са менталним сметњама или поремећајима у понашању способна за пристанак, па да се у том смислу текст ове смернице односи на онај мањи број њих који то нису; или су, „због погоршања свог стања, *привремено* неспособни за пристанак“. На основу овога произилази да се према Водичу способност за пристанак посматра као *стање* које подразумева постојање способности за расуђивање испитаника *у тренутку давања информисаног пристанка*. То значи да, упркос околности што неко

Humanities Research Council of Canada, Tri-Council Policy Statement, *Ethical Conduct for Research Involving Humans*, 2010, стр. 40–41.

лице формално поседује пословну способност (пунолетно је а пословна способност му одлуком надлежног органа није одузета), оно не мора бити способно за пристанак. Одредба са идентичним значењем садржана је у чл. 5. Директиве 2001/20/ЕС. У ДИХ се, како смо напред видели, способност за пристанак не везује за пунолетство, ни за пословну способност, али се посебном одредбом регулише учешће у истраживању појединаца који су физички или ментално неспособни за давање пристанка, наводећи као пример таквих испитаника особе у несвесном стању (тачка 30. ДИХ). Како у несвесно стање може запасти свако лице, евидентно је да се питање њиховог евентуалног пристанка на учешће у медицинском истраживању везује за њихову фактичку (не)способност за расуђивање, а не за пословну (не)способност.

На потребу за оваквим схватањем способности за пристанак указивало се годинама уназад у стручној литератури, а то се и даље чини. У бројним радовима се истиче да пуноважност пристанка пунолетних особа у извесним случајевима може бити доведена у питање (Wendler, Prasad, 2001: 516) и наглашава присуство етичке и правне обавезе истраживача да прихвате само онај пристанак који има све одлике пуноважног – што се из угла заштите права испитаника може оценити као позитивно. Указује се на чињеницу да одрасли, нарочито они у познијим годинама живота, могу имати различит когнитивни статус (Jason, Karlawish, 2003: 1389). Он се може кретати у распону од нормалне способности за расуђивање до оних који такву способност немају, какве су особе оболеле од Алцхајмерове болести (Duron et al., 2013: 386). Наводи се да различити ментални поремећаји, какви су сенилна деменција или шизофренија, али и бројне болести, стања, какво је, на пример, депресија (Elliott, 1997: 114) или физичке и емотивне трауме (бол, страх, анксиозност и сл.), могу утицати на способност за расуђивање и одлучивање, па тако и на постојање способности за валидан пристанак. Даље се подсећа да се свака ментално здрава одрасла особа може наћи у стању умањене способности за расуђивање као последице деловања анестезије, недовољног сна, конзумирања дрога и алкохола и слично, услед чега њена способност разумевања прослеђених информација и схватања њиховог значаја и озбиљности може одступати од уобичајене (National Bioethics Advisory Commission, 1999).¹⁸ Скреће се пажња на чињеницу да способност за расуђивање код одраслих особа може зависити од сложености одлуке са чијим доношењем се појединац суочава, од

18 National Bioethics Advisory Commission, *Research Involving Persons with Mental Disorders That May Affect Decisionmaking Capacity*, Retrieved 09, January 2014, from <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/nbac/capacity/volumeii.pdf>.

околности под којима је доноси и слично. То значи да нека особа у једном случају може бити способна за давање пристанка, а у другом не.

Процену постојања способности за расуђивање, сходно актуелним међународним актима, врше истраживачи који су лично задужени за прибављање информисаног пристанка.¹⁹ Позитивна страна овакве нормативе је што се релативитет способности за расуђивање и њена субјективна детерминисаност максимално уважавају. Истраживач који у поступку информисаног пристанка утврди да испитаник није способен за расуђивање, не сме прихватити његов пристанак. У случају да његово учешће одговара научно постављеним укључујућим критеријумима, дужан је да затражи пристанак од његовог законског заступника. Овакво решење, међутим, има и своје лоше стране. Наиме, сваки истраживач не мора бити довољно стручан за процену постојања способности за расуђивање, а услед његове субјективне заинтересованости за извођење истраживања, та процена може бити доведена у питање. Због оваквог стања ствари, процена способности за расуђивање се од мере заштите права на аутономију може претворити у њену супротност, па појединци могу бити злоупотребљени за рачун развоја науке и друштва.

Да би се избегла ова опасност, у појединим актима и етичким упутствима за извођење медицинских истраживања на људима националног карактера предлаже се усвајање одређених мера и процедура помоћу којих ће истраживачи, у циљу добијања валидног пристанка, утврђивати/процењивати способност за пристанак у сваком конкретном случају када оцене да она може бити спорна. Примера ради, предлаже се да у поступак прибављања информисаног пристанка буде укључен *стручни посматрач* који би, у циљу објективности, био независтан од истраживачког тима и институције у којој се истраживање изводи, или независни *пацијентов адвокат*, који би присуствовао како утврђивању способности за пристанак потенцијалног испитаника чија способност за расуђивање је доведена у питање, тако и био ангажован око пружања помоћи и надгледања поступка доношења одлуке о давању пристанка за његово учешће у истраживању од стране његовог законског заступника (National Bioethics Advisory Commission, 1999).²⁰ Ове мере сматрамо двоструко корисним: 1) оне омогућавају да учешћу сваког лица у истраживању претходи валидан пристанак, било да је дат од испитаника лично или од стране његовог законског

19 Тачка 26. ДИХ, Смерница 6. Водича, тачке 4.8.1. до 4.8.15. Смерница добре клиничке праксе, чл. 3. тачка 2. (б) и (д) Директиве 2001/20/ЕС.

20 National Bioethics Advisory Commission, Research Involving Persons with Mental Disorders That May Affect Decisionmaking Capacity, Retrieved 09, January 2014, from <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/nbac/capacity/volumeii.pdf>.

заступника; и 2) њима се чува кредибилитет истраживача предупређењем њихове евентуалне одговорности због укључивања у истраживање лица без пуноважног пристанка. Зато би требало размислити о широј примени ових или сличних мера у националне прописе.

Сагледавање способности за пристанак као способности за расуђивање у складу је са новијим учењем о правима личности, које полази од основних поставки природноправне школе према којем су сви људи једнаки у својим правима и достојанству, али одлази и корак даље: доноси концепт према коме је сваки човек посебан, другачији, са својим индивидуалним особинама и способностима (Радоловић, 2009:188) – што би се могло оценити као позитивно. Међутим, коначан суд о одрживости и вредности становишта о изједначавању способности за пристанак са способношћу за расуђивање, може се дати тек након анализе како његова стриктна примена утиче на правну сигурност. Наиме, пошто се формално постојање пословне способности не сматра довољним за пуноважан информисани пристанак ако није у *тренутку* његовог узимања праћено способношћу за расуђивање, поставља се питање да ли је дозвољена обрнута ситуација – да ли се може сматрати да је способно за пристанак лице које је у тренутку узимања пристанка способно за расуђивање иако није пословно способно? Ово је посебно значајно за малолетна лица без пословне способности, јер, уколико је одговор потврдан, њихово учешће у истраживању би било могуће на основу њиховог самосталног пристанка (Палачковић, 2002: 701).

4. Способност за пристанак малолетних лица

Стриктна примена схватања способности за пристанак као способности за расуђивање нарочито је дискутабилна у вези са учешћем малолетника у медицинским истраживањима. Она би значила да се малолетник, *без обзира на узраст*, са својих 13, 14 или 15 година, у зависности од зрелости, интелигенције и сл., уколико се процени да поседује способност за расуђивање, може сматрати способним за пристанак (Roth-Cline, Nelson, 2013: 293). Истина, деца се *начелно*²¹ сматрају неспособним за пристанак зато што су неспособна за расуђивање; али, сходно овом виђењу, то не

21 Та, начелна, неспособност малолетника за пристанак подржана је у међународној, али и националним регулативама медицинских истраживања на људима, тако што су деца уврштена у категорију рањивих испитаника за чије учешће су утврђене специјалне мере заштите. Како су малолетници због своје незрелости и недовољног животног искуства лако подложни утицајима, а евентуалне негативне последице примене експерименталне интервенције се могу драстичније одразити на здравље особе у развоју него на здравље одраслог човека, њихову специјалну заштиту сматрамо не само оправданом него и неопходном. Видети, тачке 19, 20, 28 и 29. ДИХ, Смерницу 13.

искључује могућност да извештајан број њих, нарочито старијег узраста, ту способност поседује, па да могу дати пристанак у своје име.

Овако широко поимању способности за пристанак успротивили су се припадници правничке професије са образложењем да оно може *угрозити правну сигурност*. У циљу њеног обезбеђења, они, и у контексту пристанка на учешће у медицинском истраживању, предлажу повезивање способност за расуђивање са одређеним *узростом* потенцијалних испитаника; што је, како смо видели, и учињено у појединим међународним актима. У праву ово решење није неубичајено и ново. На овом месту подсетили бисмо на околност да у правном животу способност за расуђивање понекад може бити релевантна и независна од пословне способности.²²

У националним прописима из области медицинских истраживања на људима пут правне сигурности је управо онај који је одабран код регулација питања способности за давање пристанка на учешће у медицинском истраживању. Узрост који собом носи *претпоставку* о постојању одређеног нивоа способности за расуђивање, узет је за фактор присуства способности за пристанак. Овакво опредељење не само да доприноси општој правној сигурности већ укључује у себе и заштиту појединачних интереса, и то: пре свега испитаника – од могуће злоупотребе, и истраживача – од претеране одговорности. Њиме се штите интереси и припадника осталих категорија субјеката медицинских истраживања, односно оних који су одговорни за покретање, планирање, финансирање или одобравање и контролу извођења истраживања – какви су спонзори истраживања и етички одбори. Међутим, у вези са потребним узростом савремена законодавства се разликују – што не представља сметњу имајући у виду садржину међународне регулативе.

У једном броју држава заузето је становиште да је за валидан информисани пристанак потребан нижи ниво способности за расуђивање од оног који подразумева постојање пословне способности (Радишић, 2004: 76). Примера ради, ово опредељење прихваћено је у Великој Британији и Велсу. Тамошњим Законом о менталној способности се под особом неспособном да *донесе одлуку у своје име* (што укључује и пристанак на медицинску

и 14. Водича, члан 4. Директиве 2001/20/ЕС, тачку 1.61. Смерница добре клиничке праксе, као и чл. 64. Закона о лековима и медицинским средствима РС.

22 Примера ради, у српском праву, пословно неспособан малолетник способан за расуђивање може бити деликтно одговоран (чл. 160. Закона о облигационим односима). Према чл. 46. Породичног закона, очинство може да призна мушкарац који је навршио 16 година живота и који је способан за расуђивање. Према чл. 79. Закона о наслеђивању, завештање може сачинити лице које је навршило 15 година живота и способно је за расуђивање.

меру и пристанак на учешће у медицинском истраживању) сматра она која не поседује способност: да разуме информације које су релевантне за доношење одлуке; да их упамти; да примљене информације употреби и одмери у процесу доношења одлуке; и да своју одлуку пренесе речима, коришћењем знаковног језика или на било који други начин.²³ Сходно овом закону, неспособним за доношење одлуке у своје име сматрају се лица испод 16 година,²⁴ док се као пословно неспособна лица третирају она који нису навршила 18 година живота.

Овакав став није, међутим, прихваћен у свим националним законодавствима. У српском праву се, рецимо, прави разлика између способности за пристанак на предложену *медицинску меру* коју, сходно Закону о правима пацијената, самостално може дати дете које је навршило 15 година живота, ако је способно за расуђивање.²⁵ Према Закону о лековима и медицинским средствима пристанак на учешће у *клиничком испитивању лекова* не може самостално дати лице испод 18 година живота.²⁶ Иако пристанак у оба случаја представља диспонирање правима личности, мишљења смо да је за овакво становиште нашег законодавца била пресудна *различита сврха* примене медицинске мере и учешћа у медицинском истраживању, па са тим у вези, потреба да се у овом другом случају њихова заштита од злоупотребе појача. Наиме, примена медицинске мере искључиво је намењена медицинској добробити пацијента, а учешће у медицинском истраживању за првенствени циљ има унапређење медицине. У истраживањима терапијског карактера лична здравствена добробит испитаника се креће у оквирима очекиване користи, до које може, али и не мора доћи, док је потпуно искључена у истраживањима нетерапијског карактера.

Примени патерналистичког приступа код утврђивања узраста малолетника потребног за њихов самостални пристанак на учешће у медицинском истраживању сигурно су допринеле и друге околности, као што су: њихова незрелост и недовољно животно искуство, што их чини лако подложним утицајима и увећава могућност њихове злоупотребе; недовршен психофизички развој, услед чега се ризици скопчани са применом експерименталне интервенције могу драстичније одразити на њихово здравље, него на здравље одраслог човека итд., што овај приступ чини оправданим.

23 Part 1 — Persons who lack capacity, 3 - Inability to make decisions (1). Mental Capacity Act 2005 (c. 9) UK, Retrieved 22., April 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9>

24 Part 1 — Persons who lack capacity, 2 - People who lack capacity, Mental Capacity Act 2005 (c. 9) UK. Retrieved 22., April 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9>

25 Члан 19 ст. 4 Закона о правима пацијената, *Сл. гласник РС*, 45/2013.

26 Члан 63 и 64. Закона о лековима и медицинским средствима, *Сл. гласник РС*, 30/2010 и 107/2012.

Међутим, поред оваквог опредељења српског законодавца, које се може тумачити као ограничење права малолетника у вршењу једног строго личног права на телесни интегритет, способност за расуђивање пословно неспособних малолетника ни у Србији није потпуно ирелевантна у разматраном контексту. По узору на међународну регулативу, у складу са њиховм зрелошћу и способношћу, њихова сагласност и жеље су битни (Planojević, Živojinović, 2013: 658) у ситуацијама када пристанак у њихово име даје законски заступник.²⁷ На овај начин је нађена равнотежа између права детета да врши своје право самоодређења у односу на тело и права и дужности његових родитеља (старатеља) да се старају о његовом животу и здрављу.

Утврђивање година са чијим навршавањем се претпоставља да неко лице поседује способност за пристанак производи следеће поселедице: 1) Лица испод утврђеног узраста не могу се сматрати способним за *самосталан* пристанак, независно од тога да ли су способна за расуђивање или не. Пристанак за њихово учешће у истраживању мора се прибавити од њиховог законског заступника; 2) Лица изнад утврђеног узраста сматрају се способним за информисани пристанак, осим ако су физички или ментално неспособна да га дају, што у сваком поједином случају проверава истраживач.

5. Способност за пристанак пунолетних лица

Како се способност за пристанак изједначава са способношћу за расуђивање, поставља се питање које претпоставке истраживачи морају следити приликом утврђивања способности за пристанак пунолетних лица?

Имајући у виду да и пунолетство и пословна способност подразумевају способност за расуђивање, сматрамо да се приликом утврђивања способности за пристанак ових лица мора поћи од претпоставке да је она правило, а неспособност изузетак. Познато је такође да бројна права познају могућност стицања пословне способности и раније, пре пунолетства, путем тзв. *јавне еманципације*, ако она одређеном лицу буде призната одлуком надлежног органа. Еманципована лица су дакле, упркос свом непунолетству, потпуно изједначена са пунолетним и пословно способним особама. Како се претпоставља да ова лица поседују способност за расуђивање, то она могу дати пуноважан пристанак на учешће у медицинском истраживању. Из овог разлога смо мишљења да изразом „појединци способни за давање информисаног пристанка“ треба

27 Члан 64, ст. 2, т. 1 и чл. 66, ст. 2, т. 1 Закона о лековима и медицинским средствима и тачка 4.8.12. Смерница добре клиничке праксе.

обухватити и еманципована лица, иако то у међународним актима којима се уређује ова проблематика, не стоји. Овим актима се такође не утврђује у ком узрасту и из којих разлога нека лица могу бити еманципована, што сматрамо разумљивим, јер то и није предмет њихове регулативе. У одговору на ова питања имају се применити законска решења држава у којима се истраживања изводе.

Овде се дакле ради о претпоставкама, али, уколико се у поступку информисања и давања пристанка ових лица утврди да нису способна за расуђивање у напред изложеном контексту, пристанак се мора затражити од њиховог законског заступника.²⁸

За утврђивање способности за пристанак пунолетних лица важно је размотрити и случајеве када је тим лицима потпуно или делимично одузета пословна способност. Наиме, пунолетно лице може бити лишено пословне способности ако постане неспособно за расуђивање или уколико својим поступцима угрожава своја права и интересе, или права и интересе других лица.²⁹ До овог по правилу долази услед душевне болести, душевне заосталости, сметњи у психофизичком развоју, злоупотребе алкохола или опојних средстава, старачке изнемоглости и слично. Степен лишења пословне способности (потпуно или делимично) зависи од тога у којој мери је испољена неспособност за расуђивање. У том смислу, уколико је пунолетно лице *потпуно лишено пословне способности* због одсуства способности за расуђивање, из разлога правне сигурности она се не могу сматрати способним за давање пуноважног пристанка на учешће у истраживању.

Правна сигурност и спречавања могуће злоупотребе испитаника у медицинским истраживањима, налажу да се пуноважним не може сматрати пристанак који је лице потпуно лишено пословне способности дало у тзв. светлим тренуцима (*lucida intervalla*) душевне болести – све док му таква способност одлуком надлежног органа не буде враћена.

Посебан опрез заслужују случајеви када је пунолетно лице *делимично лишено пословне способности*, јер ниво способности за расуђивање које оно поседује може, али и не мора бити „довољан“ за пуноважан пристанак на учешће у истраживању. Како ова лица имају положај старијих малолетника, важно питање је да ли је у конкретној држави способност за пристанак везана за пунолетство или је дозвољено да малолетници одређеног

28 Питањем ко су законски заступници пословно способних лица у контексту узимања пристанка на учешће у медицинском истраживању се овога пута не можемо бавити јер излази изван оквира рада.

29 Видети чл. 146 и чл. 147 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/2005

узраста, уз поседовање способности за расуђивање, самостално дају пристанак на учешће у истраживању. У првом случају, ова лица се не могу сматрати способним за пристанак, а у другом – та способност може бити предмет процене од стране истраживача. Ово последње значи да лице коме је у законом утврђеном поступку пословна способност ограничена, због чега не може без одобрења свог старатеља располагати својом имовином или ступати у правне послове из којих за њега настају неке обавезе, ипак може бити способно да донесе разумну одлуку о учешћу у истраживању, ако је способно за расуђивање.

Истраживачи који су задужени за узимање информисаног пристанка морају бити свесни околности да ова питања у свим законодавствима не морају бити уређена на идентичан начин. Они зато морају познавати све важеће правне норме којима се у држави у којој се истраживање изводи регулишу питања правног статуса физичких лица, па и питање пристанка испитаника на учешће у медицинском истраживању.

6. Закључак

Сагледавање способности за пристанак као способности за расуђивање у складу је са учењем о правима личности и значи уважавање својстава, индивидуалности и способности сваког човека понаособ. Како одлука неког лица да приступи медицинском истраживању представља акт вршења права на самоодређење, за овакво виђење способности за пристанак, рекло би се, постоји ваљано оправдање. Ипак, овакав индивидуалистички приступ њеном одређивању крије у себи извесне опасности. Способност за расуђивање представља фактичко стање, које је релативно и субјективно одређено, због чега постоји потреба за њеном проценом у сваком конкретном случају прибављања информисаног пристанка. Сходно актуелној регулативи, овај задатак је поверен истраживачима који су лично заинтересовани за извођење истраживања, па њихова погрешна или необјективна процена, може водити повреди права испитаника и њиховој злоупотреби у контексту извођења медицинских истраживања на људима.

Равнотежа између потребе за уважавањем личних права испитаника и осигурања њихове адекватне заштите, у националним решењима је пронађена повезивањем способности за пристанак са одређеним узрастом. То значи да извесне године старости носе претпоставку о постојању потребног нивоа способности за расуђивање који би могао водити пуноважном пристанку, али и да је она упркос томе предмет процене. Увођењем извесних мера и процедура у поступак узимања информисаног пристанка којим би се обезбедила стручност и објективност при процени

испитаникове способности за расуђивање, заштита испитаника би била појачана, па предлажемо да, тамо где недостају, буду прописане.

Фиксирање способности за пристанак за одређени узраст испитаника собом носи следеће последице: лица испод утврђеног узраста сматрају се неспособним за самостални пристанак, па га уместо њих дају њихови законски заступници; лица изнад утврђеног узраста сматрају се способним за пристанак, осим ако су физички или ментално неспособна да га дају, што се треба проценити у сваком појединачном случају.

Као позитивну страну актуелне нормативе истакли бисмо и то што се уважавању испитаниковог права на самоодређење даје одговарајући значај, чак и случају када су неспособни за информисани пристанак. Он се огледа у томе што се, поред пристанка законског заступника, поштују и њихова сагласност и жеље, под условом да су способни да формирају своје мишљење поводом учешћа у истраживању.

Литература

Ачански, Т. (1988). Ступњевитост пословне способности појединаца. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1–3. 163–178.

Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada, and Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, Tri-Council Policy Statement. (2010). *Ethical Conduct for Research Involving Humans*

Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). (2002). *International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects*. Geneva, Switzerland: World Health Organization

Council of Europe. (1997). *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regards to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*. Ovijedo

Duron, E., Boulay, M., Vidal, JS., El Bchiri, J., Fraisse, ML., Rigaud, AS., Hugonot-Diener, L. (2013). Capacity to Consent to Biomedical Research's Evaluation Among Older Cognitively Impaired Patient. *The Journal of Nutrition, Health and Aging*. 17 (4): 385–389.

Elliott, C. (1997). Caring about risks. Are severely depressed patients competent to consent to research? *Archives for general Psychiatry*. 54 (2): 113–116.

Flory J., Emanuel E. (2004). Interventions to improve research participants' understanding in informed consent for research. *The Journal of the American Medical Association*. 292(13): 1593–1601.

General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO). (2005). *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*

International Conference on Harmonization of technical requirements for registration of pharmaceuticals for human use (1997). *Guideline for Good Clinical Practice*. ICH Topic E 6 (R1) London UK.

Jason, H. T., Karlawish, M. D. (2003) Research involving cognitively impaired adults, *The New England Journal of Medicine*, 348 (14): 1389–1392.

Katz, J. (1993). Human experimentation and human rights. *Saint Louis University Law Journal*. 38 (7). 7–54.

Mallardi, V. (2005). The origin of informed consent. *Acta Otorhinolaryngologica Italica*. 25 (5): 312–327.

Mental Capacity Act, United Kingdom, 2005. Retrieved 22., April 2014, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9>

Мујовић Зорнић, Х. (2011). Пристанак на медицинску интервенцију као изјава воље у праву, У. С. Петрич (Прир.), *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, (стр. 283–291). Неум, БиХ

National Bioethic Advisory Commission, *Research Involving Persons with Mental Disorders That May Affect Decisionmaking Capacity*, Retrieved 09, January 2014, from <http://bioethics.georgetown.edu/nbac/capacity/Informed.htm>

Палачковић, Д. (2002). Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење, *Правни живот*, 9. 693–710.

Pandiya, A. (2010). Readability and Comprehensibility of Informed Consent for Clinical Trials. *Perspect Clin Res*. 1(3): 98–100.

Planojević, N., Živojinović, D. (2013). Clinical Research Involving Minors in International and Serbian Regulations, *Iranian Journal of Public Health*. 42 (7): 652–664.

Породични закон. *Сл. гласник РС*. бр.18 (2005)

Поњавић, З. (2013). Пристанак детета на медицинску меру, Између аутономије и патернализма. *Правни живот*. 564 (10): 91–106.

Радишић, Ј. (2004). *Медицинско право*, Београд: Факултет за пословно право и Номос

Радоловић, А. (2009). Природна пословна неспособност као разлог неваљаности правног посла, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, 30 (1): 187–220.

Roth-Cline M., Nelson R. M. (2013). Parental Permission and child Assent in research on children. *Yale Journal of Biology and Medicine*. 86: 291–301.

Станковић, О., Водинелић, В. (1996). *Увод у грађанско право*, Београд: Номос

Стојановић, Д., Антић, О. (2004). *Увод у грађанско право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

The European Parliament and the Council of the European Union, Directive 2001/20EC of the European Parliament and of the Council. (2001). *Official Journal of the European Communities*, L21/34, 01.05.2001.

United Nations General Assembly. (1989). *Convention on the Rights of the Child*

Wendler D., Prasad K. (2001). Core Safeguards for Clinical Research with Adults who are Unable to Consent. *Medicine and Public*. 135: 514–523.

World Medical Association. (1964-2013). *Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects*. Helsinki, Finland

Водинелић, В. (2012). *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд: Правни факултет Унион и Службени гласник
Закон о лековима и медицинским средствима, *Службени гласник РС*. бр. 30 (2010) и 107 (2012)

Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*. бр. 45 (2013)

Живојиновић, Д. (2009). *Правни положај нерођеног детета*, Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Živojinović, D., Planojević, N., Banović, B. (2014). Terms of clinical research consent's validity. *Vojnosanitetski pregled*. 71(6): 588–595.

Dragica Živojinović, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac

Capacity to give Informed Consent to participate in Medical Research

Summary

According to the existing regulation, the consent to participate in medical research can be given only by a person who has the capacity to provide it. As this capacity is not explained in further detail, the author of this paper is interested in determining what it includes and which persons generally have this capacity. The answer to these questions is pursued through a comparative analysis of the legal solutions contained in international regulations as well as in some national regulations on medical research involving human subjects.

In the first part of this paper, the author compares the capacity to give informed consent and the contractual capacity. On the basis of this comparative analysis, the author concludes that there are certain differences between the two as the capacity to give informed consent is generally equaled with the capacity to exercise reasonable judgment. In the second part of this paper, the author asserts that the reasons of legal certainty have imposed the need to associate the capacity to give informed consent with a certain age, which has been accepted in national legislations (by prescribing either the age of maturity or a younger age). In the final part of this paper, the author concludes that linking this capacity to a certain age leads to the following circumstances: the persons under the prescribed age are considered incapable of giving informed consent even though they are capable of exercising reasonable judgment; the persons above the prescribed age are assumed to be capable of giving consent, unless they are physically or mentally incapacitated, which is determined which is determined in the process of obtaining an informed consent for medical research when the researcher accesses the person's capacity to exercise reasonable judgment.

Key words: medical law, medical research, capacity to give informed consent, contractual capacity, legal age

Др Зоран Радивојевић*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Рад примљен: 29.09.2014.

Рад прихваћен: 21.10.2014.

ОДСТУПАЊА ОД РЕДОВНОГ ПОСТУПКА ОДЛУЧИВАЊА О ПРЕТХОДНОМ ПИТАЊУ ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Апстракт: Суд правде Европске уније је већ годинама преоптерећен захтевима за одлучивање о претходном питању, што га онемогућава да ефикасније и брже одговара на питања упућена од националних судова држава чланица. Како би се поступак пред Судом учинио бржим и делотворнијим, постојећа процесна правила су до сада више пута мењана и допуњавана. Важећи пословник Суда дозвољава неколико одступања од редовног поступка одлучивања о претходном питању. Прво од њих је поједностављени поступак у коме Суд без одржавања усмене расправе и писаног мишљења општег правобраниоца доноси одлуку у форми образложеног решења. Друга могућност је да Суд примени убрзани поступак у коме се даје апсолутни приоритет датом предмету у односу на све остале случајеве. Последње одступање представља хитан поступак, везан искључиво за област слободе, безбедности и правде, који се састоји у изостављању појединих стадијума редовног поступка одлучивања о претходном питању.

Кључне речи: Европска унија, Суд правде, пословник, претходно питање, редовни поступак, поједностављени поступак, убрзани поступак, хитан поступак.

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Оснивачки уговори не уређују ближе сам поступак прибављања одлуке о претходном питању на захтев националних судова држава чланица. Процесна правила о том поступку садржана су у Статуту¹ и Пословнику² Суда правде.

Редован или уобичајен поступак одлучивања о претходном питању обухвата писмену и усмену фазу. Писмени поступак покреће се захтевом за доношење одлуке о претходном поступку који подноси национални суд. По пријему захтева, секретар Суда шаље га одговарајућим службама ради превођења на званичне језике Уније, а затим захтев у оригиналу са преводом доставља свим овлашћеним учесницима у поступку. Поред странака у главном поступку пред националним судом, као учеснице се увек могу појавити све државе чланице ЕУ и Комисије, а остале институције Уније само уколико се тражи тумачење или оцена ваљаности аката које су оне донеле.

У року од два месеца ови субјекти могу упутити Суду своје писмене примедбе, које се такође преводе, али само на језик поступка (службени језик националног суда који је поднео захтев) и језик на коме ће се водити расправа. Њима је остављен рок од три недеље током кога могу поднети захтев да усмено одговоре на расправи. Међутим, право да се обрате Суду на усменој расправи имају чак и они субјекти који нису поднели писмене примедбе.

На основу добијених примедба судија известилац саставља извештај који се разматра на пленарном заседању Суда. Претходно се извештај судије известиоца доставља субјектима који учествују у поступку. Након тога следи усмени део поступка у коме сви који су поднели примедбе, као и други заинтересовани учесници, имају право да изнесу своје ставове. Са своје стране, општи правобранилац подноси Суду мишљење и предлаже решење. Суд доноси пресуду тајним већањем по уобичајеном поступку. Пресуда се јавно саопштава и доставља националном суду, државама чланицама и заинтересованим органима Уније.

Наведене карактеристике редовног поступка прибављања одлуке о претходном питању могу са процесног становишта допринети његовом продужавању и довести до преоптерећености Суда. Пре свега, укључење широког круга субјеката у поступак захтева значајан квантум времена,

1 Чл. 23 и 23а (даље: Статут), *Consolidated version, Off. Journal EU*, L 228/2012

2 Чл. 93–114 (даље: Пословник), *Off. Journal EU*, L 265//2012; последња измена: *Off. Journal EU*, L 173/2013

што несумњиво доприноси дужем трајању овог поступка (Кнежевић Predić, 2009: 57). Притом треба имати у виду да је овај поступак само стадијум или међуфаза у поступку који се води пред националним судом, па његово предуго трајање доприноси одуговлачењу главног поступка који се за то време привремено обуставља.

С друге стране, постављање лингвистичких захтева у погледу превођења свих докумената на службене језике држава чланица ЕУ, такође, делује у правцу повећања временског размака између датума подношења захтева за одлуку о претходном поступку и дана изрицања пресуде. Уз то, Суд правде је већ годинама преоптерећен предлозима који се односе на одлучивање о претходном питању, будући да ови поступци у последње време представљају више од три четвртине предмета пред овим органима (Annual Report, 2013: 90). Све ово онемогућава Суд правде да ефикасније и брже одговара на претходна питања која му национални судови упуте (Petrašević, 2011: 106).

Како би се скратио овај поступак, Пословник Суда је до сада више пута мењан и допуњаван. Важеће процесно право ЕУ дозвољава неколико одступања од редовног поступка одлучивања о претходном питању у циљу његовог скраћивања. Прво од њих је тзв. поједностављени поступак (*simplified procedure; procédure simplifiée*) у коме Суд без одржавања усмене расправе и писаног мишљења општег правобраниоца доноси одлуку у форми образложеног решења. Друга могућност је да Суд примени убрзани поступак (*expedited or accelerated procedure, procédure accélérée*) у коме се даје апсолутни приоритет датом предмету у односу на све остале случајеве. Последње одступање представља хитан поступак (*urgent procedure; procédure d'urgence*), везан искључиво за област слободе, безбедности и правде, који се састоји у изостављању појединих стадијума редовног поступка одлучивања о претходном питању.

2. Поједностављени поступак

Поједностављени поступак одлучивања о претходном питању први пут је уведен у процесно право ЕУ изменом Пословника Суда из 2000. године³, да би садашњу физиономију добио после најновијих измена овог акта из 2012. године. Према важећем пословнику Суд може донети одлуку у поједностављеном поступку: а) ако је питање постављено у претходном поступку истоветно са питањем о коме је Суд већ одлучивао; б) ако се одговор на такво питање може јасно извести из постојеће судске праксе; и в) ако одговор не оставља места никаквој разумној сумњи⁴.

3 Чл.104, став 3

4 Чл. 99

Наведени основи за примену поједностављеног поступка створени су кроз судску праксу и то поводом случајева у којима национални суд против чије одлуке по унутрашњем праву не постоји правни лек није био у обавези да упути претходно питање Суду правде. Њихово порекло везује се за две доктрине које је Суд том приликом користио. Прва је доктрина разјашњеног акта (*acte éclairé*), по којој се у погледу претходних питања на која је Суд правде већ одговорио национални судови могу ослонити на претходну праксу, те нису у обавези да их поново упућују на решавање. Тако је већ почетком 60-тих година Суд правде констатовао да ауторитет већ прибављеног тумачења отклањања обавезу обраћања уколико је питање које покреће у материјалном смислу идентично питању које је предмет овог поступка⁵. У каснијој пракси Суд правде је заузео либералнији став и ублажио захтев да питања морају бити материјално идентична. Довољно је да је Суд већ одлучивао о истом правном питању независно од природе поступка у којима је одлука донета, чак и ако питања о којима је реч нису строго идентична.

С друге стране, Суд правде заузео је став да национални суд последње инстанце нема обавезу обраћања у случају да је правилна примена права Уније толико очигледна да не оставља места никаквој разумној сумњи у погледу начина на који би требало одговорити на постављено питање⁶. Овакво становиште Суда представља специфични вид примене доктрине јасног акта (*acte claire*), која се заснива на идеји да довољно јасну одредбу није потребно тумачити (*in claris non fit interpretatio*), већ само применити. Приликом оцене да ли се ради о одсуству разумне сумње потребно је имати у виду особеност права Уније и проблеме које покреће његово тумачење, а посебно могућност различите примене одредаба од стране различитих судова држава чланица (Radivojević, Knežević Predić, 2008: 183–184).

Када нађе да има разлога за примену поједностављеног поступка, Суд правде не одржава усмену расправу нити прибавља писмено мишљење општег правобраниоца. Уместо пресуде тада се доноси образложено решење у коме Суд упућује на своју ранију пресуду или праксу из којих се може извести одговор на питање. Изменом пословника из 2012. године укинута је различито поступање Суда у зависности од разлога за примену поједностављеног поступка. Према новом решењу, ако постоји било који од ових разлога, Суд може да, у сваком тренутку, на основу предлога судије известиоца и пошто саслуша општег правобраниоца, донесе одлуку у облику образложеног решења. Изостављањем претходног обавештавања

5 *Joined Cases 28 to 30/62 Da Costa en Schaake NV and Others v. Nederlandse Belastingadministratie* (1963)

6 *Case 283/81 CILFIT Srl and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della Sanità* (1982)

националног суда који је упутио питање, као и обавезе пријема и разматрања писаних примедба потенцијалних учесника у поступку, Суд је сада још више растерећен, а трајање поједностављеног поступка сведено на најмању могућу меру. Од његовог увођења у процесно право ЕУ до 2013. године Суд је у двадесет и шест случајева одлучио у форми образложеног решења (Annual Report, 2012: 11).

3. Убрзани поступак

Као други изузетак редовне процедуре прибављања одлуке о претходном питању убрзани поступак установљен је изменом Пословника Суда из 2000. године. У важећем процесном праву ЕУ овај поступак регулисан је чл. 23 Статута и посебним, другим поглављем у оквиру Главе III Пословника измењеног 2012. године. Поред тога, Суд је почетком ове године саставио препоруке за националне судове које садрже посебне одредбе о условима примене и спровођењу убрзаног поступка (Recommendations, 2014: 1–6).

Према ранијем Пословнику⁷ убрзани поступак могао се применити само уколико то захтева национални суд који поступа у главној ствари и уколико околности на које он указује потврђују да је одговор на постављена питања изузетно хитан. Међутим, измењени Пословник⁸ дозвољава да изузетно и без захтева националног суда председник Суда по службеној дужности, пошто саслуша судију известиоца и општег правобраниоца, донесе одлуку о примени убрзаног поступка. Сагласно новом решењу Суд може одобрити примену овог поступка увек када природа предмета захтева поступање у кратким роковима, а не као раније у случајевима изузетне хитности.

Убрзани поступак обухвата све уобичајене стадијуме одлучивања о претходном питању. Од редовног тока процедуре прибављања одлуке о претходном поступку разликује се само по краћем трајању појединих процесних фаза и давању одређеном предмету у свакој од тих фаза апсолутне предности у односу на све остале случајеве. Другим речима, убрзање поступка постиже се скраћивањем рокова у појединим стадијумима редовног поступка, али без њиховог прескакања или изостављања (Petrašević, 2011: 108).

Уколико одобри примену убрзаног поступка, председник Суда одмах заказује датум усмене расправе. Председник може затражити да поднесци и писмене примедбе овлашћених учесника у поступку буду ограничена само на суштинска правна питања која су постављена у захтеву за одлуку о

7 Чл.104а

8 Чл.105, став 2

претходном питању⁹. Пре усмене расправе поднесци и писмене примедбе се достављају свим учесницима који су овлашћени да их поднесу¹⁰. У убрзаном поступку општи правобранилац не подноси формално писмено мишљење, већ усмено иступа на расправи. Пошто саслуша општег правобраниоца, Суд доноси одлуку о претходном питању¹¹.

Да би се убрзао ток поступка, процесна правила предвиђају коришћење савремених техничких средстава у комуникацији између Суда правде, националних судова и других овлашћених учесника у поступку. Сматра се да су процесни акти поднети Суду упућивањем секретаријату факсом или другим техничким средством комуникације једног примерка потписаног изворника и пратећих доказа и докумената са њиховим пописом. Изворник акта и наведене доказе и документе треба доставити секретаријату без одлагања. Све доставе и саопштења могу се извршити упућивањем примерка документа телефаксом или другим техничким средством комуникације којима располажу Суд и адресат. Међутим, изворници докумената морају се доставити секретаријату Суда у најкраћем року редовном поштом.¹²

Будући да убрзани поступак намеће битна ограничења свим овлашћеним учесницима, а посебно државама чланицама које су позване да поднесу своје писане или усмене примедбе у роковима знатно краћим од уобичајених у редовном поступку, његова примена ограничена је само на посебне околности које могу оправдати потребу да се Суд врло брзо изјасни о постављеним питањима. У досадашњем раду Суд је доста рестриктивно тумачио могућност одлучивања о претходном питању у убрзаном поступку. Тако је од 2000. до 2009. године његова примена затражена у 48 случајева, а одобрена само у три предмета. Године 2010. Суд је одбио седам захтева за убрзани поступак, а прихватио у четири предмета, што је више од броја који је одобрио у претходних девет година. Међутим, у току наредне три године (2011–2013) примена убрзаног поступка затражена је у 28 предмета, а одобрена у свега три (Annual Report, 2013: 103).

Из овакве судске праксе могле би се издвојити одређене типичне околности на основу којих је Суд одбијао захтеве за убрзани поступак одлучивања о претходном поступку. Међу разлоге који нису представљали довољно оправдање за примену овог поступка Суд је најпре уврстио економске интересе страна у поступку и њихове евентуалне или потенцијалне

9 Став 3

10 Став 4

11 Став 5

12 Чл. 106

губитке¹³. Дужина трајања кривичног поступка, такође, сама по себи није прихваћена као основ за примену овог поступка. Тако је, рецимо, у случају *Kita* Суд оценио да околност што притворено лице очекује доношење одлуке о томе у којој ће земљи издржавати казну не задовољава услов изузетне хитности, будући да таква одлука нема никакав утицај на трајање његовог притвора¹⁴.

Надаље, број предмета који су у току пред националним судовима, а чије решавање зависи од доношења одлуке о претходном питању, Суд није сматрао одлучујућим за примену убрзаног поступка. Ни већи број странака у поступку пред националним судом на које може утицати исход поступка одлучивања о претходном питању није прихваћен као околност која оправдава његову примену. Исто тако, став је Суда да убрзани поступак не може да буде алтернатива привременој мери коју треба да донесе национални суд (Broberg, Fenger, 2009: 388). Чак ни питање оцене ваљаности неког правног акта институције Уније не мора нужно да представља разлог који оправдава примену убрзаног поступка (Petrašević, 2011:109).

Кад су у питању околности на основу којих су прихваћени захтеви за спровођење убрзаног поступка, судска пракса је много скромнија. До сада је Суд одобравао примену убрзаног поступка углавном због заштите јавног здравља, у циљу заштите права на поштовање породичног живота или ради предузимања рестриктивних мера за сузбијање тероризма. Овоме треба додати случајеве везане за веома кратке рокове у погледу поступања које су морали да поштују национални судови, а код којих су заинтересована лица била лишена слободе.

Убрзани поступак Суд је први пут применио у случају *Jippes* поводом захтева националног суда за оцену ваљаности мере Уније о забрани вакцине против заразних болести. Том приликом Суд је као одлучујућу околност узео у обзир брзину којом се болест шири и велики број животиња које ће бити подвргнуте еутаназији¹⁵.

У случају *Metock* претходно питање односило се на право држављана трећих држава који су браку са грађанима ЕУ на слободно кретање. Национални суд је свој захтев за примену убрзаног поступка образложио тиме да

13 Case C-344/04 *The Quin on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v Department for Transport* (2006)

14 Case C-264/10 *Kita* (2010)

15 Case C-189/01 *H.Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging Bescherming van Dieren and Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren v Minister van Landbouw Natuurbeheer en Visserij* (2001)

великом броју ових лица која се налазе у притвору прети протеривање у матичне земље, те да су они чекајући одговор Суда лишени свог људског права на вођење нормалног породичног живота. Прихватајући тај захтев, Суд је нашао да право на породични живот из чл. 8 Европске конвенције о људским правима представља једно од основних људских права заштићених у правном поретку Уније¹⁶. Сличан став Суд је заузео у случају *Purrucker*, оценивши да од брзине доношења његове одлуке посредно зависи правни положај близанаца одвојених већ три године због развода родитеља¹⁷.

С друге стране, у случају кривичног поступка против окривљених Е и F претходно питање тичало се мере превентивног притвора предузете на основу регулативе коју је донео Савет у циљу борбе против тероризма. Национални суд је затражио примену убрзаног поступка позивајући се на одредбу чл. 267 Уговора о функционисању ЕУ. Тај захтев Суд је прихватио уз образложење да је за национални суд од суштинског значаја да у најкраћем року добије одговоре на постављена питања¹⁸.

Кад је реч о кратким роковима које мора да испоштује национални суд, у спојеним предметима *Melki and Abdeli* Суд је узео у обзир не само чињеницу да су заинтересована лица задржавањем у притвору лишена слободе, већ и да суд који му се обратио (француски Касациони суд) има по домаћем праву рок од само три месеца да покрене поступак приоритетног питања уставности пред надлежним органом (Уставни савет). Одобравајући примену убрзаног поступка, Суд је нашао да је у овом случају услов хитности испуњен, јер националном суду у том року треба дати одговоре на питања које је упутио¹⁹.

4. Хитан поступак

Хитан поступак, као најзначајније и највеће одступање од редовне процедуре одлучивања о претходном питању, установљен је одлуком Савета из 2007. године (Council Decision, 2008: 79/ЕС), а почео је да се примењује од 1. марта 2008. године. Његовом увођењу у процесно право Европске уније претходила је широка дебата о реформи поступка прибављања одлуке о претходним питањима из области слободе, безбедности и правде. Расправу о томе иницирао је Европски савет још

16 *Case C-127/08 Blaise Baheten Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform* (2008)

17 *Case C- 296/10 Purrucker* (2010)

18 *Case C-550/09 Criminal proceedings against E and F* (2010)

19 *Joined Cases C-188/10 and C-189/10 Proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli* (2010)

на састанку одржаном новембра 2004. године позивајући Комисију да му, пошто обави консултације са Судом, достави предлоге измена које ће омогућити да се ефикасније и брже него што је то случај у убрзаном поступку одговара на питања упућена од националних судова (Кнежевић Predić, 2009: 60). У склопу дебате о увођењу хитног поступка Суд правде је са своје стране предложио два могућа модела. За оба модела заједничко је да се образује посебно веће састављено од пет судија које би одлучивало о допуштености и спровођењу хитног поступка (Discussion Paper, 2006: 6).

Према првом моделу хитни поступак био би двостепен. Првостепени поступак је обавезан и трајао би релативно кратко, што се постиже смањивањем фаза и броја актера који су у њих укључени. Другостепени поступак је факултативан и био би инициран само у случају жалбе на првостепену одлуку. Тај поступак наликовао би редовном поступку прибављања одлуке о претходном питању.

Према другом моделу који је предложио Суд хитан поступак одвијао би се само у једном степену без могућности жалбе. Поступак се покреће захтевом из кога се преводe само питања која су у њему садржана, а не и сва пропратна документација. Сви заинтересовани субјекти имали би могућност да поднесу писане поднеске и да учествују у усменој фази поступка. Суду би требало оставити право да изостави писмену фазу поступка и да директно пређе на усмени део поступка. Општи правобранилац, такође, не би подносио формално писмено мишљење, већ би иступао на затвореној седници.

Из ових предлога није тешко закључити да први модел обећава драматично скраћивање времена да се прибави одговор на постављено питање. У исто време, јасно је да првостепени поступак не допушта свим заинтересованим субјектима да узму учешће у расправи која претходи одлуци Суда. То им омогућава тек другостепени, жалбени поступак. Други модел, пак, гарантује њихово пуно учешће, што нужно продужава време потребно да се прибави одлука о претходном питању (Кнежевић Predić, 2009: 64). Суочен са овим предностима и манама понуђених модела Савет је оценио да треба разрадити још нека спорна питања како би се потребна брзина поступка ускладила са процесним правима свих заинтересованих учесника, посебно држава чланица за које је други модел ипак био прихватљивији (Lazowski, 2009: 224).

У међувремену Суд је припремио нови јединствени предлог на основу кога је Савет својом одлуком из 2007. године унео нови чл. 23а у Статут Суда. Овом одредбом отворена је могућност да се Пословником Суда уведе хитан поступак одлучивања о претходном питању у домену слободе, безбедности

и правде²⁰. У данас важећем процесном праву ЕУ хитан поступак регулисан је посебним трећим поглављем у оквиру Главе III Пословника измењеног 2012. године. Од значаја је и нови став 4 чл. 267 Уговора о функционисању ЕУ који предвиђа да Суд правде одлучује у најкраћем могућем року ако се предмет који је у току пред националним судом државе чланице односи на лице у притвору. Поред тога, препоруке које је Суд саставио за националне судове садрже посебне одредбе о условима примене и спровођењу хитног поступка (Recommendations, 2014: 5–6).

Хитан поступак спроводи се на основу образложеног захтева националног суда који је упутио претходно питање. Изузетно, када национални суд пропусти да упути такав захтев, Суд може по службеној дужности одлучити да спроведе хитан поступак ако природа или околности предмета то захтевају. У овом случају председник Суда је овлашћен да предложи примену хитног поступка ако се на први поглед чини да је такав поступак потребан²¹. За спровођење хитног поступка надлежно је једно од судских већа од пет судија које је за ту сврху одређено на период од једне године. Надлежно веће има пуну слободу приликом одлучивања о спровођењу хитног поступка. Уколико донесе одлуку да се не примени хитан поступак, поступак о захтеву за претходно питање се наставља по редовној процедури²².

Како би се Суду омогућило да што пре одлучи треба ли спровести хитан поступак, захтев упућен од стране националног суда мора да садржи прецизан опис правног и чињеничног стања на коме се заснива потреба за хитним поступањем. Уколико је могуће, национални суд у свом захтеву назначује у сажетом облику предлог одговора на постављено питање²³. Захтев за спровођење хитног поступка мора бити изложен на недвосмислен начин и у облику који омогућава секретаријату Суда да одмах утврди да тај захтев тражи посебно поступање. Тај захтев секретар Суда одмах доставља странкама из главног поступка, држави чланици чији је суд упутио захтев, Комисији и институцији која је донела акт чија су ваљаност или тумачење спорни.

У одлуци о примени хитног поступка одређује се рок у коме наведени субјекти могу поднети своје поднеске и писмене примедбе. Одлуком о примени хитног поступка могу се ближе одредити правна питања на која се поднесци или писмене примедбе морају односити, а може се ограничити

20 Чл.1046 Пословника

21 Чл.107, став 1

22 Чл.108

23 Чл.107, став 2

њихова максимална дужина. Захтев за хитан поступак, као и сама одлука о његовом спровођењу, прослеђује се и другим заинтересованим субјектима који нису овлашћени да учествују у писменој фази поступка²⁴.

Да би се максимално убрзао поступак, комуникација између националних судова и Суда, као и осталих учесника у поступку одвија се електронском поштом или путем телефакса. Поступак се сматра покренутим када Суд прими на овај начин потписани примерак одлуке о упућивању претходног питања са захтевом за спровођење хитног поступка. Међутим, изворници ових аката морају се доставити секретаријату Суда редовном поштом у најкраћем року²⁵.

У случајевима изузетне хитности веће може одлучити да се изостави писмену фазу поступка²⁶. Уколико се одлучи да не буде писмене фазе, Суд ће морати да одржи проширену усмени расправу која може трајати дуже него што је то уобичајено у редовном поступку. Међутим, до сада Веће није ниједном одлучило да у хитном поступку изостави писмену фазу. После одржане расправе веће одређено за хитан поступак доноси одлуку пошто саслуша мишљење општег правобраниоца²⁷.

У досадашњој пракси Суд је доста често прихватио захтеве за примену хитног поступка. Тако је од 2008. до 2013. године његова примена затражена у укупно 36 случајева, а одобрена у тачно 50%, тј. у 18 предмета. Само у току прве године примене Суд је прихватио и одбио по три захтева за хитан поступак, да би наредне године од три поднета захтева одобрио примену хитног поступка у два предмета. У току следеће три године (2010–2012) хитан поступак затражен је у 21 предмету, а одобрен у једанаест случајева (Report, 2012: 4). Међутим, током 2013. године број одбијених захтева је први пут био већи од оних које је Суд прихватио, будући да је хитан поступак затражен у пет случајева, а одобрен само у два предмета (Annual Report, 2013: 103).

Из овакве судске праксе могли би се издвојити неки типични разлози због којих је Суд одбијао захтеве за хитан поступак одлучивања о претходном питању. Међу њима на првом месту налази се околност да конкретан предмет *ratione materiae* или *ratione temporis* не улази у подручје примене хитног поступка. Тако, рецимо, у случају Pontini Суд није прихватио захтев за хитан поступак уз образложење да тај предмет не спада у поље примене

24 Чл.109

25 Чл.106 и 114

26 Чл.111

27 Чл.112

овог поступка, пошто се радило о тумачењу одредаба које се односе на заједничку пољопривредну политику²⁸. У случају *Kozlowski* Суд је, пак, одбио да примени хитан поступак из разлога што је захтев поднет неколико недеља пре него што је ступио на снагу измењени Пословник, мада је одлучио да претходно питање реши у убрзаном поступку²⁹. Међутим, у случају *Wolzenburg* Суд није прихватио захтев за примену хитног поступка упркос томе што је предмет спадао у област слободе, безбедности и правде зато што се хапшење догодило 18 месеци пре подношења захтева, а у тренутку његовог подношења лице више није било у притвору³⁰.

Јуриспруденција Суда правде је прилично устаљена кад су у питању околности на основу којих су прихваћени захтеви за спровођење хитног поступка. Иако није могуће дати прецизну и исцрпну листу случајева у којима се хитан поступак може применити, препоруке Суда упућене националним судовима и досадашња пракса садрже доста јасне смернице у том правцу. Пре свега, сматра се да спровођење овог поступка треба одобрити само у околностима када је апсолутно неопходно да се Суд врло брзо изјасни о питањима које је поставио национални суд. До сада је Суд прихватао захтеве за примену хитног поступка у брачним стварима које се тичу надлежности и признања и извршења пресуде, те у споровима који су везани за вршење родитељског права, односно старатељства родитеља. Овоме треба додати случајеве у којима се лице о чијим је правима реч налази у притвору, а одговор на претходно питање је нужан за оцену правног положаја тог лица, као и ситуације када одређивање надлежности суда која произилази на основу права Европске уније зависи од одговора на претходно питање (*Recommendations*, 2014: 5).

Хитан поступак Суд је први пут применио у случају *Rinau* поводом враћања детета родитељу коме је судском одлуком поверено на старање. Том приликом Суд је као главни критеријум прихватио потребу да делује хитно у случају када је дете лишено могућности да контактира са једним од родитеља³¹.

У случају *Detiček* прихваћено је образложење националног суда да је примена хитног поступка потребна зато што је свако даље одлагање супротно интересу детета, а могло би проуроковати непорављиву штету по односе детета и родитеља са којим не живи³². Сличан став у погледу

28 Case C-375/08 *Luigi Pontini and Others* (2010)

29 Case C-66/08 Proceeding concerning the execution of European warrant issued against Szymon Kozlowski (2008)

30 Case C-123/08 PPU *Dominic Wolzenburg* (2009)

31 Case C-195/08 PPU *Inga Rinau* (2008)

32 Case C-403/09 PPU *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia* (2009)

одобравања примене хитног поступка Суд је касније заузео у случајевима Povse³³, McB³⁴, Aguirre Zarraga³⁵ и Mercredi³⁶, оценивши да је хитно поступање потребно увек када постоји опасност од непоправљивог погоршања односа између родитеља и детета, нарочито ако је у питању враћање детета које је лишено контакта са једним родитељем или поновно окупљање породице.

Кад су у питању случајеви у којима су се лица налазила у притвору, Суд је у предмету Santesteban Goicoechea одобрио примену хитног поступка позивајући се на Конвенцију о изручењу између држава чланица ЕУ од 1996. године³⁷. Исти став у погледу спровођења хитног поступка Суд је заузео у предмету Leymann и Pustarov³⁸ уз образложење да је циљ Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење јачање области слободе, безбедности и правде засноване на узајамном признавању и правосудној сарадњи. С друге стране, у случајевима Kadzoev³⁹ и El Dridi Hassen⁴⁰ Суд је одобрио хитан поступак јер је оцена правне ситуације лица у притвору зависила од тумачења Директиве о заједничким стандардима и поступку у државама чланицама ЕУ за враћање илегалних емиграната из трећих држава.

5. Закључне напомене

Одступања од редовног поступка прибављања одлуке о претходном питању део су настојања да се скрати и убрза ова врста деловања Суда правде ЕУ. Наиме, предуго трајање редовног поступка претходног одлучивања и преоптерећеност Суда предметима ове врсте озбиљно су угрозили европски стандард у погледу дужине поступка, као и право сваког појединца на ефикасну судску заштиту у разумном року.

Анализе извршене у овом раду потврђују да су резултати постигнути на плану скраћивања трајања поступка углавном позитивни. Тако статистички подаци показују да је просечно време потребно за одлуку у убрзаном поступку око четири и по месеца. Ово свакако представља значајан напредак у односу на дужину трајања редовног поступка која износи између шеснаест и седамнаест месеци. Упркос томе, даља

33 Case C-211/10 PPU *Doris Povse v Mauro Alpego* (2010)

34 Case C-400/10 PPU *McB v L.E.* (2010)

35 Case C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz* (2010)

36 Case C-497/10 PPU *Barbara Mercredi v Richard Chaffe* (2010)

37 Case C-296/08 PPU *Santesteban Goicoechea* (2008)

38 Case C-388/08 PPU *Leymann and Pustovarov* (2008)

39 Case C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* (2009)

40 Case C-61/11 PPU *El Dridi Hassen* (2011)

скраћивања у убрзаном поступку тешко се могу остварити с обзиром на то да он има исте процесне стадијуме као и редовни поступак.

С друге стране, почетни резултати остварени применом хитног поступка још више охрабрују. Према статистичким показатељима, просечно трајање овог поступка износи 66 дана или нешто више од два месеца. Притом време потребно за одлуку у хитном поступку ниједном није било дуже од три месеца, што је опет краће и ефикасније у поређењу са просечним трајањем убрзаног поступка од четири и по месеца. Значајни успеси постигнути су и на плану изостављања, али и убрзања појединих стадијума хитног поступка. Тако је Суду за одлучивање о поднетим захтевима за примену хитног поступка у просеку било потребно осам дана. Просечно трајање писмене процедуре и време између подношења писмених примедаба и отварања усмене расправе износило је око шеснаест дана, док су општи правобраниоци достављали своја мишљења у року нешто дужем од три дана од завршетка расправе.

Лисабонски уговор проширио је могућност за примену хитног поступка на све случајеве пред националним судовима у којима се лице налазе у притвору. Ова новина вероватно ће допринети даљем убрзању поступка претходног одлучивања пред Судом правде, али уз једно значајно ограничење. Наиме, хитан поступак може се спровести само за случајеве који спадају у област слободе, безбедности и правде. Изван овог подручја, чак и кад се ради о притворским предметима, преостаје као једина могућност примена убрзаног поступка, код кога се већа ефикасност и краће трајање процедуре прибављања одлуке о претходном питању може остварити само на штету осталих предмета који су пред Судом.

Литература

Annual report (2013). Court of Justice of the European Union. Приступљено 3. септембра 2014. са <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001enc.pdf>

Blumann, C., Dubois, L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris: Lexis Nexis Litec.

Broberg, M., Fenger, N. (2009). *Preliminary References to European Court of Justice*, Oxford: Oxford Univeristy Press

Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. *Official Journal of the European Union* C 326 (26 October 2012)

Case 189/01 H.Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging Besherming van Dieren and Afdelinf Assen en omstreken van de Nederlandse

Verenging tot Bescherming van Dieren v Minister van Landbouw Natuurbeheer en Visserij (2001) ECR I-5689

Case C-344/04 *The Quin on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Assotiation v Department for Transport* (2006) ECR I-403

Case C-66/08 Proceeding concerning the execution of European warrant issued against Szymon Kozlowski (2008) ECR I-6041

Case C-123/08 PPU *Dominic Wolzenburg* (2009) ECR I-9621

Case C-127/08 *Blaise Baheten Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform* (2008) ECR I-6241

Case C-195/08 PPU *Rinau* (2008) ECR I-5271

Case C-296/08 PPU *Santesteban Goicoechea* (2008) ECR I-6307

Case C-375/08 *Luigi Pontini and Others* (2010) ECR I-5767

Case C-388/08 PPU *Leymann and Pustovarov* (2008) ECR I-8993

Case C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* (2009) ECR I-11184

Case C-403/09 PPU *Detiček* (2009) ECR I-12193

Case C-550/09 *Criminal proceedings against E and F* (2010) ECR I-6213

Joined Cases C-188/10 and C-189/10 *Proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli* (2010) ECR I-5667

Case C-211/10 PPU *Doris Povse v Mauro Alpego* (2010) ECR I-6673

Case C-264/10 *Kita* (2010). It was removed from the register as a result of the referring court's withdrawal of the reference

Case C-296/10 *Purrucker* (2010) ECR I-11163

Case C-400/10 PPU *McB v L.E.* (2010) ECR I-8965

Case C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz* (2010) ECR I-14247

Case C-497/10 PPU *Barbara Mercredi v Richard Chaffe* (2010) ECR I-14309

Case C-61/11 PPU *El Dridi Hassen* (2011) ECR I-3015

Consolidated version of the Statute of the Court of Justice of the European Union. *Official Journal of the European Union*. L 228 (23 August 2012)

Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice, *Official Journal of the European Union*. L 265 (29 September 2012)

Council Decision of 20 December 2007 amending the Protocol on the Statute of the Court of Justice, 2008/79/EC, Euratom (2007)

Discussion Paper on the treatment of questions referred for preliminary ruling concerning the area of freedom, security and justice. 2006 (13272/06)

Isaac, G., Blanquet, M. (2012). *Droit général de l'Union européenne*, Paris: Sirey.

- Knežević-Predić, V. (2009). Uticaj pridruživanja na razvoj i funkcionisanje pravosudnog sistema Evropske unije, U: Samardžić, S., *Srbija u procesu pridruživanja Evropskoj uniji*, (43–67). Beograd: Službeni glasnik
- Lazowski, A. (2009). Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA area, In: Braum, S., Weyembergh, A., *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles
- Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., Bray, R. (2006). *Procedural Law of the European Union*, London: Swet & Maxwell.
- Misita, N., (2009). *Evropska unija: institucije*, Sarajevo: Revicon
- Petrašević, T. (2011). Ubrzani i hitni prethodni postupak pred Europskim sudom, U: Čapeta, T., Goldner Lang, I., Perišin, T., Rodin, S., *Prethodni postupak u pravu Evropske unije-suradnja nacionalnih sudova s Europskim sudom*, (str.103–125). Zagreb: Narodne novine.
- Petrašević, T. (2010). Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde, *Hrvatska javna uprava*, 10 (2). 427–463.
- Radivojević, Z., Knežević-Predić, V. (2008). *Institucije Evropske unije*, Niš: Sven. Raport on the use of the preliminary ruling procedure by the Court of Justice in accordance with the statement annexed to its decision of 20 December 2007 (*Official Journal of the European Union* L 24/2008), Luxembourg (319 January 2008)
- Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, *Official Journal of the European Union*, C 30 (1 February 2014)
- Schermers, H.G., Waelbroeck, D.F. (2001). *Judicial Protection in the European Union*, The Hague/ London/New York: Kluwer Law International.

Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Exceptions from the Regular Preliminary Ruling Procedure before the Court of Justice of the European Union

Summary

For years, the Court of Justice of the European Union has been overloaded with requests for preliminary rulings, given that these proceedings make up more than three-quarters of the Court caseload. Such circumstances constitute a significant constraint to the operation of the Court, which is unable to quickly and effectively respond to the preliminary questions which are referred to this Court by the national courts of Member States. In addition, the duration of the

regular preliminary ruling proceedings jeopardizes the European standards not only in terms of the lengthy procedure but also in terms of observing the right of each individual to effective judicial protection within a reasonable time.

In order to make the proceedings faster and more effective, the procedural rules have been repeatedly amended and supplemented. The applicable Rules of Procedure of the Court stipulate some exceptions from the regular preliminary ruling procedure. The first one is the so-called *simplified procedure*, where the Court renders a final decision in the form of a reasoned order, without scheduling an oral hearing and obtaining the written opinion of the Advocate-General. The Court may also decide to institute the *expedited procedure*, by means of which the case at issue is given absolute priority over other cases. The last exception is the *urgent procedure*, which is applicable only in the area of freedom, security and justice; it implies the omission of certain stages of the regular preliminary ruling procedure.

The analyses presented in this paper show that the results achieved in terms of reducing the length of the regular preliminary ruling procedure are generally positive. Thus, the average time required for rendering a decision in the expedited procedure is approximately four and a half months, which is certainly a significant improvement as compared to the length of the regular procedure which takes sixteen to seventeen months. The initial results accomplished by instituting the urgent procedure are even more encouraging, as the average duration of this procedure is approximately two months. The time required for deliberation in an urgent procedure has never exceeded three months, which makes this procedure faster and more efficient than the expedited procedure.

Keywords: European Union, Court of Justice, Rules of Procedure, preliminary ruling, regular procedure, simplified procedure, expedited procedure, urgent procedure

Др Драган Јовашевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK:343.237

Рад примљен: 19.06.2014.

Рад прихваћен: 26.09.2014.

САУЧЕСНИШТВО У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ**

Апстракт: У извршењу кривичног дела може да учествује једно или више лица. У овом другом случају постоји саучесништво. Саучесништво није само посебан облик учешћа више лица у остварењу кривичноправне последице, већ представља и посебан облик криминалитета – колективни криминалитет. Зависно од предузете делатности и начина учешћа у остварењу кривичног дела, разликује се више облика саучесништва. Управо о појму, карактеристикама, садржини, врстама и специфичностима саучесништва у савременом кривичном законодавству говори и овај рад.

Кључне речи: кривично дело, више лица, саучесништво, умишљај, одговорност, казна.

1. Уводна разматрања

Саучесништво (*concursum plurium ad delictum*) као облик колективног извршења кривичног дела представља један од најсложенијих института општег дела кривичног права (Симовић Хибер, 1996: 573–581). Но, то није само кривичноправни, већ је и криминалистички, криминолошки, криминалнополитички, али истовремено и филозофски и социолошки проблем о коме је доста писано у домаћој и иностраној литератури. Сав овај научни и стручни рад имао је двојако одређени циљ : 1) да утврди, проучи и објасни сва питања везана за појам, елементе, облике, карактеристике и правну природу саучесништва и 2) да изгради једну целовиту, општеприхваћену концепцију о саучесништву (Камбовски, 2001: 47–53) која би представљала основу за утврђивање кривичне одговорности (кривице) саучесника и њихово кажњавање (Јовановић, 1974: 75).

* jovas@prafak.ni.ac.rs

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

У проузроковању кривичноправно релевантне последице у смислу промене или стања у спољном свету предузимањем радње чињења или нечињења може да учествује једно или више лица (Јовашевић, 2012: 198-201). Када у извршењу кривичног дела учествује само једно лице – извршилац, тада постоји јединствено кривично дело (солитарни криминалитет). А када у извршењу кривичног дела учествује два или више лица, тада постоји саучесништво (колективни криминалитет). Лица која својим делатностима, са једном или са више радњи, у исто или различито време, на истом или различитим местима остварују кривично дело, називају се саучесници (Јовашевић, 2002: 78–82). Дакле, саучесништво је облик учешћа, партиципације више лица у остварењу последице кривичног дела или то је стицај више лица у истом кривичном делу. Сва ова лица дају свој допринос извршењу кривичног дела, допринос који се, заправо, састоји у саузроковању последице. То је стицај више лица у остварењу једног кривичног дела (Стојановић, 2000: 226).

Саучесништво представља не само посебан облик извршења кривичног дела, већ и посебан облик криминалитета – колективни криминалитет који је знатно опаснији од солитарног (појединачног) криминалитета. Колективни криминалитет представља, заправо, кумулацију криминалне енергије, односно злочиначке воље због свесне и вољне здружености више лица у остваривању кривичног дела. У теорији кривичног права је неспорно да дело извршено од стране више лица мења карактер друштвене опасности извршене радње будући да саучесништво продубљује тежину кривичног дела при одређеним условима. Према истом схватању саучесништво није противправно само по себи, већ се одређује противправношћу главне радње којом се остварује кривично дело.

2. Појам и елементи саучесништва

2.1. Појам саучесништва у правној теорији

У правној теорији постоје слична појмовна одређена саучесништва. Тако је саучесништво вољно учешће у радњи извршења кривичног дела започетог или завршеног под стране другог лица или је то пак заједничко чињење и споразумно скривљено суделовање више лица у извршењу једног кажњивог дела, тако да свако од тих лица предузме радњу кривичног дела или неку другу радњу у оквиру и у време извршења кривичног дела (Frank, 1953: 179). Под саучесништвом се подразумева учешће више лица у извршењу кривичног дела (Selinšek, 2007: 205–207) или се ту подразумевају случајеви заједничког остварења кривичног дела од стране два или више лица уз истовремено постојање свести о заједничком деловању (Бабић, Марковић, 2008: 325).

Саучесништво је суделовање већег броја лица у вршењу кривичног дела, што представља посебно опасан облик криминалитета, односно темељну претпоставку организованог криминалитета (Grozđanić, Škorić, Marti-nović, 2013: 183). Саучесништво може да постоји када више лица (нужно или добровољно) у различитим улогама учествују у извршењу једног кривичног дела (Мрвић Петровић, 2005: 116).

Институт саучесништва се заснива на рестриктивном схватању појма извршилаштва. Према овом схватању, извршилац је лице које предузима радњу извршења, делатност која је законом одређена као елеменат бића кривичног дела. Поред рестриктивног, постоји и екстензивно схватање појма извршилаштва према коме је јединствени извршилац лице које предузима било коју радњу којом доприноси остварењу кривичног дела. То значи да екстензивно схватање извршилаштва, заправо, негира саучесништво јер не разликује извршиоца и саучесника будући да сви они заједно, удружено својим делатностима доприносе укупном резултату кривичног дела (Срзентић, Стајић, Лазаревић, 1978: 269).

За постојање саучесништва је, поред учешћа два или више лица, потребно да постоје два елемента, услова, споне или тачке везивања. То су : 1) објективни и 2) субјективни елементи (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 87).

Објективни елемент (услов) значи да сваки саучесник предузима било коју делатност којом на било који начин, у било којој мери доприноси остварењу последице кривичног дела. Делатности које предузимају саучесници могу бити исте или различите, могу бити предузете истовремено или сукцесивно (у фазама), на истом или на различитим местима, али морају да воде истом резултату – проузроковању последице кривичног дела. Најчешће се ове делатности састоје у чињењу, активној радњи. Само изузетно нечињењем се може остварити саучеснички допринос у извршењу кривичног дела (*crimena silenti*). С. Франк сматра да је заједничко чињење саучесника могуће и нечињењем. Нечињење је у том случају последица заједничке одлуке претпоставивши да је постојала дужност на заједничко чињење (Frank, 1955: 181). Последица кривичног дела мора бити резултат заједничке делатности свих саучесника, што значи да између остварене последице кривичног дела и предузетих радњи сваког саучесника постоји узрочна веза.

Субјективни елеменат (услов) значи да код саучесника постоји свест о заједничкој делатности усмереној на извршење кривичног дела. То значи да саучесници знају један за другог, као и да знају извршиоца кривичног дела при чему се не морају лично познавати. Битно је да сваки саучесник зна да поред њега у остварењу последице кривичног дела учествују и друга

одређена лица, те и да је из тог круга и извршилац кривичног дела. Тек у случају постојања више лица који својим радњама доприносе остварењу последице кривичног дела уз субјективни и објективни елемент (везу) постоји саучесништво у кривичном праву.

Саучесништво је институт општег дела кривичног права факултативног карактера. То значи да у процесу остварења кривичног дела може, али не мора обавезно да учествује више лица. Изузетак од овог правила постоји у случају нужног саизвршилаштва где кривичног дела уопште нема, ако законом одређену радњу извршења нису предузела најмање два или више лица. Подстрекавање и помагање представљају саучесништво у ужем смислу, док саучесништво у ширем смислу обухвата: саизвршилаштво, подстрекавање и помагање. Најчешће се уз извршилаштво јавља само један, а изузетно више облика саучесништва.

Све ове врсте саучесништва могу, али не морају да постоје приликом извршења сваког кривичног дела. Најчешће се уз извршилаштво појављује само једно, а изузетно више облика саучесништва. Но, у сваком случају саучесништво је акцесорне природе, што значи да зависи од извршеног или покушаног кривичног дела. Наиме, за одговорност саучесника се према широко прихваћеној акцесорној, зависној или монистичкој теорији захтева да је извршилац извршио кривично дело у потпуности или делимично (када постоји покушај), односно да је предузео делатност која улази у криминалну зону (Марјановић, 1998: 240–241).

Но, то никако не значи да саучесници одговарају за радњу, односно за дело извршиоца. Оно је само нужан услов, нужна претпоставка за постојање саучесништва. То је само последица чињенице да се не може учествовати у нечему што не постоји, у нечему што још није остварено (Стојановић, 2000: 228). Наиме, може се чак рећи да та акцесорност, односно зависност и произилази из саме суштине, појма и природе саучесништва. Без извршиоца нема ни подстрекавања, нити помагања. Саучесништво као облик заједничког учешћа више лица са извршиоцем у извршењу кривичног дела је могуће само док дело није довршено, односно док последица није наступила. Тако код трајног кривичног дела саучесник може да предузме радњу само док траје противправно стање које је изазвано радњом кривичног дела. Код сложеног кривичног дела саучесништво је могуће само док није остварено биће другог кривичног дела које улази у ову конструкцију на бази привидног реалног стицаја. Код кривичних дела дотицаја, саучесник не може да одговара за претходно кривично дело у коме је био подстрекач или помагач и за дело које се са њим налази у дотицају будући да одговара само за претходно дело.

Будући да се саучесништво може јавити у више облика, то је потребно одредити њихов међусобни однос у вези са стицајем. Тако су могући идеални и реални стицај подстрекавања и помагања ако једно лице са једном (идеални стицај) или са више радњи (реални стицај) ствара одлуку за извршење више кривичних дела (подстрекавање) или ако помаже у извршењу више кривичних дела (помагање). Такође је могућ и стицај различитих облика саучесништва ако се на различите начине учествује у извршењу више кривичних дела. Ако се пак ради о продуженом кривичном делу са различитим облицима учествовања у појединим делима, онда се узима у обзир најтежи облик саучесништва за правну квалификацију дела. Међутим, не може да постоји стицај између појединих облика саучесништва у извршењу истог кривичног дела, већ се одговорност саучесника утврђује према најтежем облику учешћа у оствареном делу. Тако саизвршилаштво апсорбује подстрекавање и помагање, а подстрекавање апсорбује помагање.

2.2. Појам саучесништва у упоредном кривичном законодавству

За разлику од кривичних закона у Босни и Херцеговини, Црној Гори, Хрватској, Словенији, Македонији и Србији, који изричито не дефинишу појам саучесништва, већ описују поједине његове облике и услове кривичне одговорности и кажњивости саучесника, у упоредном кривичном праву поједини савремени закони(ци) дају појам овог института.

Кривични законик Аустрије у чл. 12. одређује да кривично дело може извршити не само непосредни извршилац, већ и свако ко другог наведе да га изврши или који допринесе његовом извршењу (Foregger, Serini, 1989: 20–21).

Кривични законик Немачке у чл. 25. ст. 2. саучесништво дефинише као учешће више лица који заједнички учине кривично дело¹.

Кривични законик Шпаније у чл. 29. дефинише појам саучесника. Тако се као саучесници сматрају лица која учествују у извршењу кривичног дела, као и лица која предузимају делатности које претходе извршењу кривичног дела и на тај начин учествују у остварењу кривичног дела (Кузњецова, Решетников, 1998: 20).

Кривични законик Финске у петом поглављу под називом: „Саучесништво“ у одељку 1. дефинише саучесништво као случај када два или више лица учине кривично дело заједно, па се тада сваки од њих кажњава као окривљени (Кривокапић, 2005: 220).

1 StGB, Strafgesetzbuch, 50. Auflage, Munchen, Beck-Texte im dtv, 2012. p. 19.

Чл. 32. Кривичног законика Руске Федерације одређује саучесништво као умишљајно заједничко учешће два или више лица у извршењу кривичног дела (Рарога, 2008: 197–199).

Кривични законик Естоније у чл. 17. саучесништво дефинише као умишљајно заједничко учешће два или више лица у извршењу кривичног дела (Запевалов, Манцев, 2001: 56).

На сличан начин у чл. 26. појам саучесништва одређује и Кривични законик Украјине. Према овом законском решењу саучесништво је умишљајно заједничко учешће неколико лица у извршењу кривичног дела (Коржанскиј, 1997: 22–23).

Према чл. 20. Кривичног законика Летоније, саучесништво представља умишљајно чињење или нечињење одређеног лица, које нема својство непосредног извршиоца, већ саучесника, који је заједно са другим лицем (саизвршиоцем) учествовао у извршењу преступне радње (Lukashov, Sarkisov, 2001: 59–60).

Члан 65. Кривичног законика Јапана под саучеснишвом сматра ако лице заједно са другим учествује у кривичном делу чија структура зависи од личног положаја учиниоца (Коробеев, 2002: 60–62).

Кривични законик НР Кине у чл. 25. одређује да саучесништво постоји када два или више лица удружено врше кривично дело (Pagle, 1998: 17).

3. Облици саучесништва

Учешће више лица у остварењу кривичног дела може бити реализовано различитим делатностима, у различитом обиму и на различите начине (Томић, 2002: 85–98). Зависно од врсте, природе и карактера предузете делатности, разликује се више облика саучесништва. То су, најчешће, као у Републици Србији:

- 1) саизвршилаштво,
- 2) подстрекавање и
- 3) помагање.

Но, поједина савремена кривична законодавства на другачији начин разликују облике саучесништва.

Саизвршилаштво (члан 33. Кривичног законика Републике Србије – КЗ)² постоји када више лица учествовањем у радњи извршења са умишљајем

² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

или из нехата заједнички изврше кривично дело или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела. Ово је једини облик саучесништва који се може извршити са умишљајем или са нехатом.

Подстрекавање (члан 34. КЗ) постоји у случају умишљајног навођења, подстрекавања другог лица на извршење кривичног дела. Оно се састоји у психолошким делатностима утицања на вољу другог лица које се манифестује у стварању нове или учвршћивању постојеће, али недовољно чврсте и колебљиве одлуке код другог лица (подстрекнутог или извршиоца) да предузме делатност којом ће извршити кривично дело.

Најблажи облик саучесништва је помагање (члан 35. КЗ). Оно постоји у случају умишљајног помагања другом лицу у извршењу кривичног дела. То је делатност којом се доприноси другом лицу да уопште изврши кривично дело или да га изврши брже, лакше и једноставније или да после извршеног кривичног дела оно остане неоткривено, а кривица његовог учиниоца недоказана. Оно се састоји у стварању услова и претпоставки другом лицу (помогнутом или извршиоцу) да предузме радњу извршења кривичног дела. Радња помагања није узрок, већ је само услов наступеле последице.

Ново кривично законодавство Републике Србије више не предвиђа организовање злочиначког удружења као облик саучесништва. Оно је раније (у време важења кривичног законодавства СФР Југославије) постојало у случају организовања више лица у неки облик злочиначког удружења ради извршења кривичних дела обухваћених злочиначким (криминалним) планом.

Но, у посебном делу Кривични законик, као квалификаторну околност за коју прописује строжије кажњавање код појединих кривичних дела, прописује извршење кривичног дела од стране групе или организоване криминалне групе. У смислу чл. 112. ст. 22. КЗ групу чине најмање три лица која су повезана ради трајног или повремениог вршења кривичних дела, која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру. Према истој законској одредби, али у ст. 35. Кривични законик одређује и појам организоване криминалне групе. То је група од три или више лица која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи (Симић, Трешњев, 2010: 95).

У правној теорији су познате и друге деобе саучесништва. Тако се могу уочити следећи облици саучесништва (Petrović, Јовашевић, 2005: 251-253):

1) према времену предузимања радње разликује се: а) саучесништво које претходи радњама извршиоца (*concursum antecedens*), б) саучесништво у тренутку извршења кривичног дела (*concursum concomitans*) и в) саучесништво после извршења кривичног дела (*concursum subsequens*),

2) према врсти предузете радње чињења или нечињења, саучесништво може да буде: а) активно – које се предузима радњом чињења, позитивном, активном делатношћу (*concursum positivum*) и б) негативно – које се предузима радњом нечињења, пропуштања, негативном, пасивном делатношћу (*concursum negativum*),

3) према могућности остварења, саучесништво може бити: а) факултативно (*concursum facultativum*) и б) обавезно (*concursum necessarium*) и

4) према карактеру и степену субјективне везе између саучесника, саучесништво може да буде: а) обично саучесништво, б) саучесништво по претходном споразуму и в) саучесништво своје врсте (*sui generis*).

4. Одговорност и кажњивост саучесника

Одговорност и кажњивост саучесника за остварено кривично дело се заснива на истим принципима и правилима на којима се заснива и одговорност и кажњивост извршиоца. То значи да је претпоставка одговорности саучесника да је своју делатност предузео скривљено (са виошћу): 1) да је урачунљив, 2) да је радњу предузео са умишљајем (а код саизвршилаштва и са нехатом) и 3) да је био свестан или био дужан и могао бити свестан да је дело чијем извршењу доприноси забрањено.

Одговорност саучесника за остварено кривично дело је личне природе. То значи да саучесник одговара самостално и лично, односно његова одговорност се не изводи, не зависи од одговорности извршиоца кривичног дела, нити од одговорности осталих саучесника. Одговорност саучесника је везана само за предузимање радње извршења од стране извршиоца кривичног дела и проузроковану последицу, али она није везана за његову одговорност, као ни за одговорност осталих саучесника. Основи који искључују кривицу извршиоца (услед неурачунљивости, неодољиве силе, стварне или правне заблуде), не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача или помагача код кога кривица постоји (чл. 36. ст. 2. КЗ).

Саизвршилац је одговоран за извршено кривично дело у границама свога умишљаја или нехата, а подстрекач и помагач у границама свога умишљаја. То је горња граница њихове одговорности изнад које они не могу да одговарају. Значи да је саучесник одговоран за последицу коју је проузроковао извршилац само ако је она била обухваћена његовим

умишљајем и то у оном облику у коме ју је он сам и предвидео. Уколико извршилац оствари теже кривично дело исте врсте од онога које је претходно било обухваћено умишљајем саучесника (квантитативни ексцес), за њега саучесник не одговара, већ за оно лакше дело које је по његовом умишљају требало да буде остварено.

Ако је пак извршилац извршио лакше кривично дело од оног на које се подстрекавање или помагање односи, а које би било њиме обухваћено (негативни квантитативни ексцес), тада се саучесници кажњавају за кривично дело које је стварно и учињено, осим у случају ако би се подстрекач строже казнио за случај неуспелог подстрекавања (чл. 37. КЗ). Но, могуће је да извршилац изврши кривично дело које уопште није било обухваћено умишљајем подстрекача или помагача (квалитативни ексцес), у ком случају и нема одговорности саучесника.

Доња граница одговорности саучесника је сходно акцесорној теорији обим и интензитет извршеног кривичног дела од стране извршиоца. Наиме, ако извршилац проузрокује лакше кривично дело од оног које је било обухваћено умишљајем саучесника, саучесник тада одговара за дело које је извршилац непосредно остварио, а не и за дело које је било обухваћено његовим умишљајем (Foregger, Serini, 1989: 56). Ако је кривично дело остало у покушају, тада се подстрекач и помагач кажњавају само за покушај кривичног дела, осим у случају неуспелог подстрекавања.

Лични односи, својства и околности услед којих закон дозвољава ослобођење од казне или које утичу на одмеравање казне, могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код којег такви односи, својства и околности постоје (чл. 36. ст. 3. КЗ). У случају, пак, да су лични односи, својства и околности битно обележје кривичног дела, тада они не морају да постоје на страни подстрекача или помагача, већ је довољно да постоје на страни извршиоца. Подстрекачу и помагачу који нема такво лично својство суд може ублажити у закону прописану казну.

5. Закључак

Саучесништво представља важан институт општег дела кривичног права. Тим пре што на овај начин више лица удружују своју криминалну енергију у циљу остварења забрањене кривичноправно релевантне последице. То значи да у проузроковању кривичноправно релевантне последице у смислу промене или стања у спољном свету предузимањем радње чињења или нечињења може да учествује једно или више лица. Када у извршењу кривичног дела учествује само једно лице – извршилац, тада

постоји јединствено кривично дело (солитарни криминалитет). А када у извршењу кривичног дела учествују два или више лица, тада постоји саучесништво (колективни криминалитет).

Лица која својим делатностима, са једном или са више радњи, у исто или различито време, на истом или различитим местима остварују кривично дело, називају се саучесници. То значи да је саучесништво облик учешћа, партиципације више лица у остварењу последице кривичног дела или то је стицај више лица у истом кривичном делу. Сва ова лица дају свој допринос извршењу кривичног дела, допринос који се заправо састоји у саузроковању последице. То је стицај више лица у остварењу једног кривичног дела.

Но, поред тога, саучесништво представља не само посебан облик извршења кривичног дела, већ и посебан облик криминалитета – колективни или организовани криминалитет који је знатно опаснији од солитарног (појединачног) криминалитета. Овај криминалитет представља, заправо, кумулацију криминалне енергије, односно злочиначке воље због свесне и вољне здружености више лица у остваривању кривичног дела. Логично је да кривично дело извршено од стране више лица мења карактер друштвене опасности извршене радње будући да саучесништво продубљује тежину кривичног дела при одређеним условима.

У правној теорији, али и у упоредном кривичном законодавству, на различите начине се одређују појам и облици саучесништва, као и начин, границе и основи кривичне одговорности и кажњавања саучесника. При томе је од значаја да се ради о свесно и вољно предузетој саучесничкој радњи (умишљај) којом се у било којој мери, на било који начин доприноси остварењу последице кривичног дела, било као узрок (саизвршилаштво и подстрекавање) или као услов (помагање).

Литература

Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право. Општи дио*. Бања Лука: Правни факултет

Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet

Запевалов, В. В., Манцев, Н. И. (2001). *Уголовный кодекс Эстонской республики*. Санкт Петербург: Юридический центр Пресс

Јовановић, Љ. (1974). Погледи и схватања о саучесништву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 13. 73-87

- Јовашевић, Д. (2002). *Коментар Кривичног закона СР Југославије*. Београд: Службени гласник
- Јовашевић, Д. (2012). *Кривично право. Општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Камбовски, В. (2001). *Учество на повеке лица во казненото дело*. Скопје: Правни факултет
- Коробеев, А. И. (2002). *Уголовный кодекс Японии*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс
- Коржанскиј, М. И. (1997). *Криминални Кодекс Украјини. Официјне видання*. Киев: Парламентске издавништво
- Кривични законик. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 85 (2005), 88 (2005), 107 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) и 104 (2013)
- Кривокапић, Б. (2005). *Увод у право Финске*. Београд: Институт за упоредно право
- Кузњецова, Н. Ф., Решетников, Ф. М., (1998). *Уголовниј кодекс Испании*. Москва: Зерцало
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod
- Lukashov, A. I., Sarkisov, E. A. (2001). *The Latvian Penal Code*. Saint Petersburg: Yuridichesky Center Press
- Марјановик, Г. (1998). *Македонско кривично право. Општ дел*. Скопље: Просветно дел
- Мрвић Петровић, Н. (2005). *Кривично право*. Београд: Службени гласник
- Paglee, C. H. (1998). *Chinese Criminal Law*. Beijing: Oficial Press
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazнено) право Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Pravni fakultet
- Рарога, А. И. (2008). *Уголовное право России. Обшјаја част*. Москва: ЕКСМО
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: Založba GV
- Симић, И., Трешњев, А. (2010). *Кривични законик Републике Србије са краћим коментаром*. Београд: Инг-про
- Симовић Хибер, И. (1996). Оглед о саучесништву. *Архив за правне и друштвене науке*. Београд. 1-3. 573-581
- Срзентић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ. (1978). *Кривично право СФРЈ. Општи део*. Београд: Савремена администрација
- StGB. (2012). *Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. Munchen: Beck

Стојановић, З. (2000). *Кривично право. Општи део*. Београд: Службени гласник

Foregger, E., Serini, E., (1989). *Strafgesetzbuch*. Wien: Manz

Frank, S. (1953). *Teorija kaznenog prava. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet

Frank, S. (1955). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Complicity in the Contemporary Criminal Law

Summary

A criminal offence may be committed by a single person or it may include the participation of a number of people. In the latter case, it gives rise to criminal complicity. Criminal complicity implies that there is a number of persons who are either physically or mentally, directly or indirectly involved in the criminal activity, either in the same or in different locations. All the persons who take part in the joint action are called accomplices, whose collaboration is a significant factor in the commission of crime. However, complicity is not just a specific criminal offence including a number of persons whose collaboration has produced some consequences punishable under criminal law; it is also a special form of crime - collective crime, which is much more dangerous than individual crime. Depending on the kind of criminal activity as well as the mode of participation and collaboration in the activity, there are ample types of complicity. In this paper, the author analyzes the concept, characteristics, contents, types and specific features of the criminal act of complicity in the contemporary criminal law.

Key words: *criminal offence, multiple participants, complicity, intent, criminal liability, punishment.*

**FUNDAMENTAL VALUES IN NEW DEMOCRACIES:
THE PRINCIPLE OF REPRESENTATION IN
THE SERBIAN CONSTITUTION*****

Abstract: *In this paper, the author analyzes the process of establishing a system of fundamental values in the rule of law in the context of constitutional discontinuity by exploring the concept of representative mandate as a basic constitutional principle in new democracies. The first part contains general considerations on the relationship between the constituent power and the fundamental values, as well as the (non)legal factors which should provide both for the establishment of constitutional rules and their interpretation for the purpose of upholding the fundamental values. The subject matter of analysis in the second part are citizens' value judgments on the representative mandate, which point out to the evolutive pattern underlying this principle both in the developed and in the developing democracies. Taking into account a discrepancy between the existing and the proclaimed constitutional system in Serbia, the third part of the paper contains a proposal for instituting a set of prospective constitutional measures to support citizens' value judgments on the representative mandate.*

Key words: *Constitutional Democracy, Principle of Representation, Serbian Constitution.*

* irena@prafak.ni.ac.rs

* This paper is accepted and published on the official site of the IX World Congress of Constitutional Law: "Constitutional Challenges: Global and Local". Norway, Oslo. June. 2014. <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws10/w10-pejic.pdf>

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој РС у пројектном циклусу 2011-2014.

1. Introduction

The adoption of any new constitution is based on the assumption that it rests on the principle of legitimacy, which is two-fold: first, the legitimacy of the formal process of adopting the constitution and, second, the legitimacy of establishing a general normative framework for a prospective development of a system of fundamental values. The constitution establishes “a morally superior set of values, rights and principles”, which are the guiding principles of social and political life (Pasquino, 1998, p. 45). Hence, the constitutional and the value system may not be observed in isolation because they are largely interrelated and complementary. Nor may the circumstances in which the constituent power creates a framework of a fundamental value system be observed without taking into account a range of diverse (non)legal factors which contribute to shaping the constitutional principles and their interpretative evolution.

Being the cornerstone of constitutional democracy, the constitutional principle of representation is one of the fundamental values which deserve special consideration. Given the fact that this principle and the entire system based on the separation of powers are necessarily subject to change even in traditional (developed) democracies, the confusion and disorientation encountered by new democracies (such as Serbia) in the process of shaping citizens' value judgments is by far more substantial. The Serbian scholars have been caught in the trap of trying to “defend” the liberal principle of free parliamentary mandate, which made citizens suspicious and distrustful towards the entire value system proclaimed under the Serbian constitution.

2. The Constituent Power and the System of Fundamental Values

Being interpreted by the constitutional judiciary and perceived in the constitutional theory as a presumption of the legal order, constitution articulates some fundamental values which reflect the attitude of the constitution founding framers towards the system of fundamental values. Although the constituent power should be ideologically neutral in performing its constitutional function, it may not be value-neutral. In the opinion of K. Hesse (Hesse, 1982: 4), the conception of “values” (*Wertordnung*) gives rise to ample questions, such as: what the constitution norms as a value, why and to what extent the constitution builds the “system”, how the constitutional change can be justified and how extensive the change may be, particularly in terms of the established “value system”?

Traditional democracies constantly pose these questions and reassess the answers to these questions. However, the multifaceted problem is additionally complicated in the circumstances when one system of values is substituted by another. Questions keep piling up in the event of constitutional discontinuity,

when there is no possibility to provide for a “peaceful” transformation of value standards which are commonly associated with continuing interpretation of constitutional principles. The written constitution is not subject to constitutional change only through constitutional revision; the change also implies an evolution in understanding and interpretation of the basic constitutional principles.¹ The interpretative evolution involves the need to upgrade the basic constitutional principles, thus providing for a more rational communication of fundamental values embodied in the constitutional and political culture.

In new democracies, the constitutional theory and jurisprudence have encountered a new dilemma: which value standards should the constituent power be governed by when drafting a new constitution, and what are the boundaries of interpretation of constitutional principles in case of constitutional discontinuity?²

The Serbian constitutional theory is still probing for answers to these questions, which are also pertinent to many other Eastern European countries. At the end of the 20th century, the constitutional transformation of Serbia ensued on multiple scales after breaking away from the socialist system of government, which featured a specific horizontal and vertical organizational structure of the state. Despite the attempts of the constitution framers to ensure the constitutional continuity by adopting the new democratic constitutions (1990. and 1992.), it was evident that the value system had to be rebuilt from scratch. Nowadays, after several constitutional and political changes, the Serbian governing authorities seem to have lost their bearings in the search of the basic value standards.³

On the basis of the historical and comparative experience, a possible solution may be to reconsider the two obvious alternatives. The first option implies that the constitutional system shall return to the roots of liberal constitutionality; this model had been the predominant model of constitutional design in Serbia from the early 19th century. Another option would be to skip the phase of constitutional

1 G. Burdeau points out that the evolution of a written constitution may be significant in terms of generating the conditions in which the constitution is applied and interpreted. (Burdeau, Hamon, Troper, 1995: 51)

2 The term “discontinuity” is used here to denote not only the disruption with the previous legal order but also with the established value system. In that context, we consider that the countries which traditionally develop the model of democratic constitutionality endeavor to ensure the continuity of both the legal and the value system.

3 Ten years after the adoption of the democratic constitutions, Lidija B.Fleiner explained it as follows: “The first ten years of transformation have convincingly demonstrated that – due to the historical context within which the democratic transition is taking place in Central and Eastern Europe – a liberal constitutional and democratic design for itself does not necessarily create a democratic polity properly taken, which functions under the rule of law.” (Fleiner, 2001: 33)

liberalism and directly employ the rules of the developed constitutional welfare state. Resting on the separation of powers and guaranteed human rights, the latter option implies that the constitutional model shall guarantee new values, such as: multiculturalism, democratic potential of minorities in the political system, strengthening the constitutional unity through diversity of political options, and promoting civic awareness considering that there is a lack of perception (and frequently express disapproval) that the national identity may be regarded as the constitutional identity.

The experiences of countries with much longer democratic tradition confirm that the dilemma encountered by developing democracies is nothing new. Thus, towards the end of the 20th century, the British constitutional authorities had a dilemma about the values underlying a potential revision of the British constitution, particularly concerning the “suitability of the constitution to the political realities of post-industrialist, multi-racial, multi-party and relatively egalitarian society”, which Britain had developed into⁴. In the opinion of Bruce Ackerman, neither the French nor the British had ever had much faith in the power of the written constitution to “constrain the democratic politics”. In similar terms, Ackerman asserts that the contemporary American theory and practice have moved in the direction of “emphatic provincialism” (Ackerman, 1997: 772).

There is no dispute about the key hypothesis that the genesis of a constitutional order is not bound by formerly-enacted rules, and that the constituent power (*pouvoir constituant*) as the constituting power is not legally bound either. However, this hypothesis may be considered in relation to other non-legal factors, such as the constitutional culture and a developed value system; although they do not have a direct impact on generating a formal legal pattern and selection of a constitutional model, these factors still significantly shape the modalities of their application, particularly in transforming the constitutional principles into laws.⁵

This aspect of understanding the constituent power rests on the dual conception of the constitution, which is perceived in the formal sense and in the material sense. It was long ago that the constitutional theory determined that the concept of “constitution” does not imply only a specific form “enveloping” the *materia constitutionis*. The French theorist L. Duguit pointed out that a formal constitution may be misleading because “the facts are stronger than the constitution”.

4 There are opinions that “the new stress on participant attitudes and behavior collides with values anciently embedded in the political system”. (Turpin, 2002: 5)

5 The actual impact of “the constitutional culture” may be reflected in the emergence of a fundamental principle or a basic rule which is generated through constant recurrence and on the basis of a general consensus; consequently, the constituent power may change such a rule (custom or convention) only through constitutional revision. (Maunz, Zippelius, 1994: 37)

Similarly, American jurists emphasized that the “law in books” is not necessarily the same as the “law in action”. In addition to the formal (written) sources, a constitution in material sense presumes the existence of some informal (unwritten) sources, which ensure permanence and stability to the constitution and which are developed in a specific “value-driven environment”. The German constitutionalists T.Maunz and R.Zippelius pointed out that an on-going process of creating the constitution over a period of time results in creating a “mature” or “fully-grown” constitution.⁶ We consider that this phase may be understood in the broadest sense as a creation of a “mature” constitutional and value system. The constitutional culture plays a significant role in that context because the feelings and opinions of the general public support the constitutional principles to a much greater extent than legal norms including specific content and sanctions, frequently used as a threat (Turpin, 2002: 5). In the contemporary constitutional theory, many authors point out that constitutional culture is one of the essential elements of constitutionalism (along with justice and power).⁷ Thus, constitutional culture is identified with Ch. Montesquieu’s conception of “*the spirit of the laws*” and A.Tocqueville’s conception of “*habits of the heart*”.

In the process of establishing a new value system, the constituent power cannot accomplish its legitimacy at once. The citizens’ trust may be earned only through a persistent effort of the constituting power to develop a system of fundamental values. In other words, legitimacy rests on the confidence which the constituting power enjoys at the moment when citizens’ value judgments have not been developed yet; therefore, it may be more accurate to designate a value system as a legitimate goal which the constituent power pursues in the course of creating the constitution as the supreme general legal act. For this reason, the debate on the adoption of the first/new constitution has to extend to assessing the impact of non-legal factors on the constituent power, which is not bound by any previous laws. In that context, it may be essential to address the following question: what is the correlation between the formal constitution and the value system; in particular, can a value judgment be taken from another legal system and established under the same pattern just as the formal mechanisms governing the operation of the rule of law?

6 The terms “mature” or “fully-grown” constitution (“*gewachsenen*“ *Verfassung*) points out to its permanent value and prospects (Maunz, Zippelius, 1994: 30). On the other hand, the British constitutional literature contains an expression “historical constitution”, which also points out to its permanent value which remained “stuck” in the past (Turpin, 2002: 5) due to specific circumstances. What these two concepts of constitution have in common is the content which includes not only formal (written) rules enacted by competent authorities but also the unwritten rules articulated through constitutional customs and conventions.

7 There are opinions that a good constitution should be a “coherent whole” including three key elements: culture, power and justice, which are traditionally “at war” but tend to be “in accord”. (Lutz, 2006: 18)

In an attempt to provide arguments for a potential response, we must take into account that similarities generally outnumber the differences among the new constitutions created in Europe and worldwide in the last decades of the 20th, which was not the case in the early developmental phases of constitutional history. Whereas the first written constitutions were original works developed on the grounds of specific origin or particular circumstances in which the constitutional states had developed, contemporary constitutions include almost identical constitutional solutions on the separation of powers, human rights and economic (neo)liberalism. However, the world-wide expansion of democratic constitutionality does not necessarily entail an equivalent and sufficient development of the fundamental value system which is to uphold the rule of law. This trend of “looking up to others” or replicating the constitutional models of other states has become almost universal in the contemporary constitutional context. Constitutional history bears evidence that this trend was also common at the time when the newly-established states (former colonies) adopted their first post-colonial constitutions, often replicating the constitutional documents of the former metropolises⁸. The consequences of replicating the constitutional solutions of another state are two-fold: on the one hand, the lack of originality and a maladjustment to political and social environment yield negative effect contrary to those that a constitution is supposed to produce; on the positive side, the attainments of the democratic constitutionality have (thus) been extended to newly-established systems which tend to develop the value system by engaging in an on-going interpretation of constitutional rules.

3. Value Judgments about the Representative Mandate

In order to evaluate the achievements of a value system, we may examine the basic postulates of the rule of law: the principle of the separation of powers and the guaranteed human rights. These two complementary fields of *materiae constitutionis* may demonstrate the scope of misconceptions that the constitutional and political actors may develop about the “values” of constitutional democracy, which may eventually impede the “defense” of citizens’ value judgments. The rule of law may be designated as the cornerstone of contemporary constitutional democracy. One of the basic functions of the constitution is to declare the fundamental constitutional principles, which justify the provisions contained in other constitutional norms and allow for the interpretation of the constitution (Burdeau, Hamon, Troper, 1995, p. 52). The countries of underdeveloped democratic tradition failed to accomplish this principal goal in the earliest stage of constitutional development (i.e. at the time of introducing the principle of popular sovereignty in the parliamentary representation system).

8 The process of “globalization of constitutionalism” (Go, 2003: 72) is most prominent in the development of the post-colonial constitutions in the second half the 20th century.

Being one of the pillars in the doctrine of parliamentary democracy, the constitutional principle of free parliamentary mandate was put to a serious test in newly developed constitutional systems. Originally conceived within the framework of the liberal constitutionality, this principle was subject to significant transformation in the circumstances of the 20th century multi-party system. As the number of participants in the representative system increased and the rules of the political game changed, it could have been assumed that the free parliamentary mandate would experience a transformation in the constitutional state. However, the evolutive pattern took a different turn under the threat of another (socialist) ideology which developed in the mid-20th century, giving impetus to establishing the imperative mandate. Thus, the (liberal) principle, which was a value standard of representative democracy, was strengthened on the basis of ideological discrepancy with another type of (socialist) constitutionality, even though the evolution of this principle clearly indicated the need to adjust this liberal principle to the contemporary circumstances (first in Western democracies where it was originally created) so that it could serve as a model in newly established constitutional democracies (Köchler, 1995).

Towards the end of the 20th century, the divide in the tissue of constitutional reality of the new democracies was so wide open that it was necessary to dispense with the former socialist model and accept a completely new system of values. The prominent feature of socialism was the imperative mandate, which rested on the party monism and state-imposed restrictions on human rights (particularly the freedom of thought, opinion and expression). In the new wave of democratic constitutionality, the Serbian authorities enthusiastically proclaimed the ideas of representative democracy resting on the original liberal principles. Thus, the Serbian constitutional theory and judicature tried to “defend” the ideal of free parliamentary mandate whereas the citizens were not (fully) aware of the importance of individual freedoms and postulates of the representative democracy. The model was supported in the European professional circles and embodied in the Opinion on the Constitution of the Republic of Serbia issued by the Venice Commission (European Commission for Democracy through Law, Opinion No. 405/2006). Yet, the authorities seem to have failed to acknowledge the fact that there are several schools of thought in democratic theory proposing different way of determining the content of representation. Thus, the neo-Rousseauian school of thought insists on the *Jean-JacquesRousseau's* postulates governing the mutual relations between the constituents and elected representatives, including the radical idea on a delegated mandate (where an MP is regarded as a delegate). A completely opposite standpoint is proposed by another theory which is based on *EdmundBurke's* concept of free parliamentary mandate. Although substantially conservative in its origin, the neo-Burkean theory starts

from the assumption that the representatives are a kind of “guardians” whose mandates are vested in them by the voters. The third school of thought is the liberal theory of representative democracy which endeavors to reconcile “the capacity of the elite and mass participation” (Krouse, 1982: 524).

The authorities were caught in a trap because their insistence on the values of a liberal principle was in contradiction with the Serbian constitutional practice and political experience. The concept of “winning freedom” was misinterpreted by the elected representatives (MPs) who perceived it as an opportunity for trading off their mandates in the Serbian National Assembly; on the other hand, the citizens thought that the MPs’ “freedom” should be restricted and the free mandate should be “returned” to the political parties which could freely dispose of the mandates. The free parliamentary mandate was generally perceived as a source of abuse (at voters’ expense). The citizens did not perceive the mandate as an embodiment of their popular sovereignty in a democratic state but as an “alienated asset” belonging to political parties, which should be allowed to dispose of the mandate in compliance with the Constitution 2006. (Art. 102).⁹ Thus, instead of protecting the constitutional principle and building the value system upon it, Serbia has faced other problems because some other fundamental principles (such as the principle of popular sovereignty and the principle of political pluralism) have also lost their constitutional credibility. There was a reversal of hypotheses: while the constitutional theorist tried to “defend” the value judgment on the free mandate as a principle which is closely related to the popular sovereignty, politicians raised the issue of free mandate ownership (i.e. who owns the mandate: the MP or the political party). Meanwhile, being unaware that the representative mandate originally belongs to them, the citizens believed that the best solution would be to introduce the imperative mandate, which links the elected representative to the party rather than to the voters.

The Serbian constitutional theory seems to have ended up in a blind alley because a vast majority of authors stood in defence of the free parliamentary mandate¹⁰. It was a result of the need to weigh the options and establish a more rational solution for the stabilization of the constitutional and political democracy: should the state introduce clear legal sanctions governing the party discipline (which

9 The Constitution of Serbia (Art. 102.2) states: “Under the terms stipulated by the Law, a deputy shall be free to irrevocably put his/her term of office at the disposal of the political party upon whose proposal he/she has been elected a deputy.”

10 It was one of the rare occasions in the analysis of the new Serbian Constitution of 2006 where most of the domestic authors agreed with the opinion of the Venice Commission experts. The Serbian scholars warned about such a danger in numerous papers published after the year 2000. (Stojanović, 2003; Pajvančić, 2003; Jovanović, 2005; Marković, 2006; Goati, 2007; Pejić, 2000/2001; Pejić, 2007; Nenadić, 2008.)

would reaffirm the political reality), or should the state insist on the fundamental values underlying the democratic constitutionality and return the MP's mandate into the general framework of popular sovereignty? It would be unacceptable to allow the political parties to have the parliamentary mandates at their free and full disposal because there is a danger that political parties would assume all the power for themselves by taking over the role of the electoral body and appropriating the citizens' sovereignty. The constitutional principle of popular sovereignty imposes immanent restrictions on political representation; namely, even though the political parties have a predominant role in the electoral process and physically "occupy" the parliament, their role is limited by popular sovereignty in the rule of law system.

4. Constitutional Measures Upholding the Fundamental Principles

In order to clarify the roots of the problem, we shall return to the previously postulated dilemma: how to interpret the basic constitutional principles without compromising their original contents but respectfully taking into account the changes in the evolution of the value system? The concept of the separation of powers was originally created as a "static construction" in the specific historical circumstances when the concept of absolute monarchy was abandoned but the constitutional monarchy was still undeveloped. The "political dynamism" of the 20th century was the reason for blending the functions of the legislative and the executive power, all of which called for a new interpretation of the "old" principle (Loewenstein, 1938: 567). While the power of political parties was on the rise, the power of the elected representative body in parliament was in decline. Today, political parties do not exercise their constitutional role only in the electoral process but also by exerting constant pressure on the operation and behavior of elected parliamentary representatives. Political representation has obtained a secondary function: internal representation within the party structure, which is reflected in the composition and operation of parliamentary groups as well as in the position of elected representatives. As opposed to the liberal perception of elected MPs as "spokespersons" of the people, the present-day conception is based on developing strong and permanent bonds between the political party and (its) parliamentary representatives.

In spite of being challenged and even whole-heartedly defied in constitutional theory, the party discipline of the elected MPs has become a reality (even though it does not enjoy any legal protection). The parliamentary practice has yielded a new "profile" of MPs who are *in toto* politically dependent on their party because they largely express their attitudes, opinions and positions *in camera*, within an enclosed, unitary and unanimous political group in parliament. Today, the

parliamentary mechanism is set in motion by parliamentary groups, whose activities are crucial for the operation of the representative body because they determine the dynamics of decision-making processes. The parliamentary groups discuss the political agenda and formulate the basic political goals, which are further negotiated and decided in parliamentary sessions. Any prior legal decision brought in a political center is prejudicial to the parliamentary decision-making processes because the parliament is constitutionally obliged to decide on the matter. Hence, instead of being an individual activity of elected MPs, the parliamentary activity is increasingly turning into a collective activity. Members of parliament have to adjust their demeanor to the role of the specific political group in the parliamentary process, for which reason their individual potentials and their immanent right to take action often put on hold (Gicquel, 1997: 691).

The content of the mandate and its legal nature are necessarily associated with the idea of accountability in representative democracy. In that context, we need to address the following question: whether and to what extent are the MPs accountable to their constituents? Being part of the general framework of the principle of free parliamentary mandate, the relations between the voters and their elected representatives indicate that MPs are not directly accountable to the voters because their relationship is not officially institutionalized in the form of a recall. On the other hand, the principle of representation necessarily entails a contact between the voters and the elected MPs, which is not contradictory to the traditional standpoint on the free parliamentary mandate developed by E. Burke and J. S. Mill. Thus, the party discipline has become a reality and “(t)he praise of party control is mostly based on the legislative functions of parliament” (Beyme, 2000: 71). Since the promulgation of the free parliamentary mandate, legal responsibility of parliamentary representatives is almost extinct in many parliamentary systems. The free parliamentary mandate ensures the continuity of the MPs function and excludes the possibility of MPs recall. On the other hand, non-legal responsibility of parliamentary representatives may be expressed through the concept of “accountability” to the voters. The “accountability” test may be performed either periodically (in elections) or constantly (in the process of adopting legislative acts when the government policy receives a majority support in parliament). Therefore, the concept of accountability of constitutional authorities may be said to have its roots in the mechanism of parliamentary elections, when the voters choose the political majority which will constitute and support the elected government during its term of office.

In order to provide for the development of the system of representative democracy as a fundamental value of the constitutional order, it is necessary to regulate a set of “constitutional measures” which would ensure the accountability of the elected representatives. To that effect, it is essential to strengthen the

position of the electorate as a constitutional body *per se*. This opinion is based on the assumption that the basic rules of representation (such as the rule on direct and free elections) should be implemented in a state where “the citizenship right establishes a link between popular sovereignty (as the cornerstone of democratic institutions) and political choice” (Maslet, 1989: 14).

The first measure, which is likely to be the most contested one, would be to introduce the concept of compulsory voting, i.e. the obligation to vote. Considering the motive for introducing such a radical measure in the field of electoral rights, we consider that the compulsory voting will contribute to strengthening the legitimacy and restore confidence in constitutional institutions. The exercise of the right to vote in elections is the most significant act in shaping and confirming the citizens’ political will in the representative democracy; citizens’ participation in elections is the most explicit way of providing for their participation in decision-making processes. The election process establishes and verifies the legitimacy of the governing power, and endorses the government’s prospective action and administration. On the other hand, the freedom of choice presumes and justifies the concept of civil allegiance, which may be reinforced by introducing the rule on compulsory voting.

The concept of compulsory voting has been challenged in terms of “limiting” the freedom of choice. Being fully aware of the justified criticism, we consider that introducing a rule on compulsory voting may contribute to increasing the citizens’ active participation in elections and raise their awareness about the accountability of elected officials. If the voters were obliged to take their share of responsibility by voting in elections, their expectations from the elected representative might be higher. Accordingly, the idea of free parliamentary mandate would fulfill its value-driven mission, which is to ensure that the MPs take into account not only the standpoints of their political parties but also (if not more) the opinions of their constituents.

Another “measure” would be the change of the electoral system by introducing a mixed model combining the majority election system and the proportional representation system, and increasing the electoral census for coalition lists. Considering that the electoral system is the foundation of representative democracy which concurrently ensures the legitimacy of the governing power, the “choice” of electoral system is one of the important factors in creating a legal and political environment for exercising the constitutional principles in the rule of law. In the course of “selecting” the election system, it is important to take into account the historical, social and particularly political circumstance underlying the development of the system. Conversely, constitutional authorities must consider the effects of particular election models because they significantly affect

the organization and operation of the constitutionally established system of government. There is general consensus that the majority election system leads to establishing a unified, stable and coherent government, whereas the proportional election system results in creating heterogeneous coalition governments which (on the other hand) meet the subtle requirements that ensure both political and social representation to different minority groups (Norris, 1997: 310). Taking into consideration the advantages of these election systems, we consider that a combination of these two models would provide for a more substantial protection of citizens' sovereignty and their right to vote.

The prohibition of recomposing the parliamentary assembly during one legislature may be regarded as a special "measure" although it might fall within the scope of parliamentary rules aimed at regulating the internal structure and organization of parliament. The status of the so-called independent representatives should be regulated in more detail as it happens that these MPs hold their mandates until the legislature's term of office expires but they may not join any other parliamentary group because the parliamentary groups had been constituted much earlier, in the first session of the new parliamentary assembly. It follows that the composition of a parliamentary group may not be subsequently expanded. Concurrently, the status of individual (independent) parliamentarians elected in majority elections should be reinforced and they should be empowered by assuring their equal participation in all stages of the parliamentary process.

Finally, it may be necessary to establish a new legal framework which would facilitate a direct contact between the voters and their elected representatives through electoral bodies in the local territorial units whose primary task would be to enable direct communication between the voters and (their) MPs. It would reinforce the idea of balanced territorial representation in the national parliament and make the elected MPs directly accountable to their voters. This measure would be particularly prominent in the combined electoral system, where the MPs elected under the majority election system are expected to truly represent the specific interests of the constituents in their electoral unit. Thus, in addition to periodic confidence checks (through elections), elected representatives would be able to keep in touch with the voters; it would ultimately enhance their activity in raising parliamentary questions and launching legislative initiatives.

All the above instruments may be described as a set of constitutional measures aimed at "defending" the system of fundamental values in the constitutional state. These measures may reinforce the (almost extinct) idea embodied in the liberal constitutionality concerning the accountability of all holders of constitu-

tional power, including the elected members of parliament. The entire concept stems from the idea that, under the principle *parsprototo*, the constitutional instruments have to activate the potentials of the electoral body and the elected representatives alike; ultimately, there is less leeway for manipulative actions of different intermediaries in the electoral process.

5. Conclusion

The contemporary trends in constitutional design show that the constitution as the supreme legal act is no longer an original country-specific legal document because the constitutional principles are taken over from the constitutions of other states. However, the specific model of replicating the fundamental constitutional principles from other constitutions generates another problem in the process of creating the system of fundamental values. Nowadays, all constitutional documents include constitutional guarantees on the rule of law but the constitutional document does not presume that the citizens will have equally well-developed value judgments on the constitutionally guaranteed rights/freedoms and their significance. It is evident, for example, in the principle of representation and representative mandate, which has raised some doubt among citizens in the new constitutional order of the Republic of Serbia, particularly regarding the following issue: who is the actual holder of power, i.e. who is the holder of sovereignty in the constitutional state?

The adoption of the first or a new constitution presumes constituent power which is not subject to any state-imposed restrictions; yet, we may not disregard the impact of other non-legal factors which considerably affect the understanding, interpretation and implementation of constitutional principles. Although there is general consensus among the legal scholars, professionals and the constitutional judiciary in terms of “defending” the model of free parliamentary mandate, it may not prevent the politicians from trading off their mandates and depriving citizens of their basic human liberties: the freedom of thought, opinion and expression. We consider that this issue has to be approached in a comprehensive manner; the concept of MPs’ parliamentary mandate must be observed in light of the parliamentary representation system where all the holders of constitutional powers will take responsibility for their actions, including the electoral body in the capacity of the “original” constitutional authority.

Given the fact that the election process establishes and confirms the legitimacy of the governing power, elections justify civil allegiance, which may be expressed through compulsory voting. The institutionalization of the compulsory voting may be beneficial because citizens would be obliged to assume more responsibility for the choices they make in the election process, which may ultimately

raise their awareness about the MPs role and their expectations from the elected representatives. Accordingly, the content of the free parliamentary mandate would justify its value-driven mission: to ensure that the elected MPs take into account not only the standpoints of their political parties but also (if not more) the opinions of their constituents.

References

- Ackerman, B. (1997). The Rise of World Constitutionalism. *Faculty Scholarship Series*. Paper 129. 771-797. Retrieved from: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129.
- Beyme, K.v. (2000). *Parliamentary Democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*. London: MacMillan Press.
- Burdeau, G., Hamon, F., Troper, M. (1995). *Manuel Droit Constitutionnel*. Paris: LGDJ.
- Gicquel, J. (1997). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien
- Goati, V. (2007). Parlamentarizam i partijski sistem Srbije. U V. Pavlović S. Orlović (ur.). *Dileme i izazovi parlamentarizma*. (str. 129-140). Beograd: Fakultet političkih nauka. Konrad Adenauer Stiftung.
- European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the constitution of Serbia*, adopted by the Commission at its 70th plenary session, 17-18 March 2007 (Opinion No 405/2006).
- Fleiner, L.B. (2001). Relevance of Western Legal Expertise to Rule of Law in Countries in Transition. In: *Legal Framing of the Democratic Control of Armed Forces and the Security Sector: Norms and Reality/ies*. (Ed. B. Veljanovska). Belgrade. 32-41.
- Go, J. (2003). A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony 1945–2000. *International Sociology*. 18 (71). 71-95.
- Jovanović, M. (2005). Slobodni mandat – ustavnopravni fosil?. *Srpska politička misao*. 14(1-2). 53-78.
- Јовичић, М. (1977). *О уставу*. Београд: Институт за упоредно право.
- Köchler, H. (1995). A Theoretical Examination of the Dichotomy between Democratic Constitutions and Political Reality. Paper presented at the Colloquium *New Paths of Democracy*. University Center of Luxembourg. Retrieved from: www.politicaltheory.info/2004/february.html.
- Komberg, A. (1966). Perception and Constituency Influence on Legislative Behavior. *The Western Political Quarterly*. 19(2). 285-292.

Krouse, R.W. (1982). Two Concepts of Democratic Representation: James and John S.Mill. *The Journal of Politics*. 44(2). 509-537.

Loewenstein, K. (1938). The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law. *The University of Chicago Law Review*. 5(4).

Lutz, D.S. (2006). *Principles of Constitutional Design*. Cambridge University Press.

Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. *Анали Правног факултета у Београду*. LIV(2). 5-46.

Masclat, J.C. (1989). *Droit électoral*. Paris: Presses Universitaires de France.

Maunz, T., Zippelius, P. (1994). *Deutsches Staatsrecht*. München: C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung.

Ненадић, Б. (2008). О парламентарном мандату: пример Републике Србије. *Анали Правног факултета у Београду*. LVI(1). 5-25.

Norris, P. (1997). Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems. *International Political Science Review*. 18(3). 297-312.

Пајванчић, М. (2003). Устав је погажен. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. Бр. 3. 98-106.

Pasquino, P. (1998). Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy. *Ratio Juris* 11. 1998(1). 38-50.

Пејић, И. (2000/2001). Правне последице фракцијске дисциплине у парламентарном процесу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. XL-XLI. 106-119.

Пејић, И. (2007). Парламентарни мандат у Уставу Србије. *Избор из судске праксе*, Бр. 3. 5-11.

Rahat, G. (2007). Candidate Selection: The Choice before Choice. *Journal of Democracy*. 18(1). 157-170.

Стојановић, Д. (2003). О уставности одредаба чл. 88 ст. 1 тач. 1 и 9 Закона о избору народних посланика. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. Бр. 3, 91-97.

Turpin, C. (2002). *British Government and the Constitution*. Butterworths, Lexis Nexis.

Hesse, K. (1982). *Grundzuges des Vefassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Müller.

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

Основне вредности у новим демократијама: Принцип репрезентације у Уставу Србије

Резиме

У раду је учињен покушај да се расветли однос између фундаменталних вредности у уставној држави и уставних принципа о представништву и представничком мандату. У првом делу начелно се разматрају услови у којима уставотворна власт формира вредносни систем, уважавајући (ван)правне чиниоце који доприносе уобличавању и интерпретативној еволуцији уставних принципа. Доношењем првог устава ствара се правни образац у коме се развијају темељне вредности новог поретка. па се стога ова два поља, уставни и вредносни, не могу посматрати одвојено јер су комплементарна и међусобно условљена. Основни принципи, којима се гарантује владавина права, садржани су у готово свим уставним документима на крају двадесетог века, али то не значи да грађани имају једнако изграђен вредносни суд о њима и о њиховом значају. То се може видети на примеру начела о представничком мандату који је, више него други уставни принципи у тзв. новим демократијама, произвео сумњу код грађана о томе ко је стварни носилац суверености у уставној држави.

Успостављању хармоније између прокламованих принципа и темељних вредности могу допринети одређене уставне мере. Концепт парламентарног мандата треба посматрати кроз оптику представничког система у коме одговорност носе сви носиоци власти, укључујући и бирачко тело са својством „изворног“ уставног органа. С обзиром да се путем избора установљава и оправдава легитимна власт, избори оправдавају грађанску послушност која може бити оснажена правилом о обавезности гласања. Уколико своје право гласа врше као јавну функцију, грађани би били суочени са одговорношћу за вршење избора, а то би могло имати за последицу да њихова очекивања према изабраним представницима буду већа. На овај начин, могла би се оснажити готово угасла идеја либералне уставности о одговорности свих носилаца власти, укључујући и национални парламент кроз његову примарну обавезу „полагања рачуна“ бирачима. Овде разматрани концепт полази од тога да се уставним инструментима морају у потпуности активирати потенцијали како изабраних представника, тако и бирачког тела, што би оставило мање простора за манипулативно деловање посредника у изборном процесу и у изабраном представништву.

Кључне речи: принцип репрезентације, парламентарни мандат, уставна демократија, Устав Србије.

Др Марина Димитријевић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 336.225

Рад примљен: 30.09.2014.

Рад прихваћен: 17.10.2014.

ИНОВИРАЊЕ ПРОЦЕСА УПРАВЉАЊА ПОРЕСКОМ САГЛАСНОШЋУ**

Апстракт: Аутор у раду обрађује актуелне промене у процесу управљања пореском сагласношћу у савременим државама. Основна сврха тих промена је достизање адекватног нивоа повиновања обвезника пореским законима (пореске сагласности). То је изузетно сложен задатак са којим се суочавају државе, посебно у време економске кризе. У почетном делу рада обрађен је теоријски приступ феномену испуњавања пореских обавеза. Наставак рада доноси излагање о моделу кооперативне пореске сагласности, дизајнираном као „одговор“ савремене пореске власти на бројне модалитете пореске несагласности. Посебна пажња у раду посвећена је активностима које представљају примену модела кооперативне пореске сагласности у стварности и, уједно, иновирање процеса управљања пореском сагласношћу. Реч је о оријентацији према обвезницима као корисницима пореских услуга, управљању ризицима у сфери пореске сагласности и континуираном праћењу остварених резултата у поступању пореских органа.

Кључне речи: порески закони, порески обвезници, пореска сагласност, управљање пореском сагласношћу.

1. Увод

Људско друштво се налази у континуираном развоју. Промене се дешавају у сфери економије, политике, права, технологије, културе. Изражена економска међузависност и све већи значај међународног повезивања држава, у оквиру Европске уније и светске заједнице, свој „траг“ оставља

* marina@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој РС у пројектном циклусу 2011-2014.

и у области опорезивања. Од пореске администрације сваке државе се очекује благовремено прилагођавање новонасталим условима будући да они фундаментално одређују успешност примене пореског система.

Остваривање добровољне пореске сагласности је императивни циљ савременог опорезивања. Имајући у виду чињеницу да је пореска несагласност идентификована као један од највећих проблема са којим се, у данашње време, сусреће пореска власт, у многим земљама света се променама правне, институционално-организационе и информационо-технолошке природе, тежи остварити реформисање пореске структуре и модернизација администрирања порезима. Значајне новине се уводе и у процес управљања пореском сагласношћу обвезника, што је изузетно важно с обзиром на то да актуелну друштвену стварност карактеришу економска нестабилност и специфичне политичке околности.

2. Комплексност теоријског приступа феномену испуњавања пореских обавеза

Пореска сагласност (tax compliance) се може дефинисати као степен (ниво) испуњавања (прихватања) пореских обавеза од стране обвезника пореза. У многим земљама феномен пореске сагласности се посматра преко три основне обавезе пореских обвезника: обавезе да поднесу благовремено пореску пријаву (filing compliance), обавезе да приказују тачно податке на основу којих се утврђује пореска обавеза кад год се то од њих захтева (reporting compliance), обавезе да плаћају порезе у прописаним роковима (payment compliance). У принципу сагласност у испуњавању пореских обавеза се дели на две кључне категорије: административну сагласност, која се огледа у подношењу пореске пријаве и благовременом плаћању пореза, и техничку сагласност у смислу да подаци о порескоправној способности у пословној евиденцији обвезника буду веродостојни и да се пореска обавеза обрачунава у складу са законом (OECD, 2001: 3).

Понашање обвезника у погледу испуњавања пореских обавеза се формира под утицајем бројних чинилаца. У основи пореска сагласност обвезника свој „извор“ налази у односу подржавања и бриге државе (пореске власти) за грађане као пореске обвезнике, адекватном задовољавању њихових животних интереса и приоритетних потреба. Општи захтев, који се поставља пред пореску политику и пореску легислативу, односи се на пуно уважавање општеприхваћених начела опорезивања – начела правичности, општости, равномерности, економске ефикасности, одређености, јефтиноће убирања и угодности плаћања пореза, издашности и еластичности (Morgan, 2004: 12–13). Тзв. одговарајућа пореска регулатива, настала из потребе

да се промени општи стил писања пореских закона (контролно-командни стил замени стилем који је јасан, разумљив и утиче на просвећивање и убеђивање обвезника да се повинују порезима) адекватно моделира пореско понашање (Job, Stout, Smith, 2007: 88). Концепт одговарајуће пореске регулативе, наиме, карактеришу три елемента: употреба плуралитета регулативних техника и појединих стилова који су тактички одабрани да најбоље одговоре постојећим околностима и регулисању мотива обвезника; захтев за приступом који охрабрује добровољну пореску сагласност; примена демократских принципа и вредности у регулисаном (пореском) подручју (Wenzel, 2007: 32).

Пореско законодавство, које уважава економске прилике у једном друштву, као и недвосмислено одређени циљеви у сфери финансирања јавног сектора, добра су основа за конципирање и примену пореског система који порески обвезници неће пуно оспоравати. Наведено је и претпоставка стварања повољног амбијента за успостављање квалитетних односа пореске власти и обвезника пореза.

Потпуније истраживање проблематике пореске сагласности незаобилазно подразумева анализу и других чинилаца повиновања обвезника порезима. Полазећи од категоризације различитих узрока пореске несагласности, издвојиле су се три основне теорије са усмерењем на економска, психолошка и социолошка објашњења различитих модалитета неприхватања пореских обавеза (Анђелковић, Јовашевић, 2006: 93).

Традиционално порески обвезници се повинују порезима због страха од откривања непоштовања пореских закона и кажњавања (McKerchar, 2001: 226; Job et al., 2007: 87; Waller, 2007: 68). Реч је о примени тзв. концепта застрашивања пореских обвезника. Економски теоретичари заступају гледиште да обвезник о активностима непоштовања пореских прописа одлучује рационално процењујући очекиване користи и трошкове (штету) од таквих активности.

Концепт застрашивања пореских обвезника има две компоненте. С једне стране овај концепт је потврда да ће непоштени порески обвезници бити кажњени јер не испуњавају своје пореске обавезе. Постојање, с друге стране, нижих казни за пореске прекршаје и виших казни за пореску утају и друга пореска кривична дела, правилно обликује спремност обвезника да се повинују порезима. Предуслов доброг функционисања концепта застрашивања је повећање учесталости пореских контрола и фактичка примењивост прописаних казни у случајевима нелојалности пореских обвезника држави. Прописивање екстремно високих казни које би плаћао само мали део пореских обвезника који не поштују пореске прописе, неће

значајно утицати на побољшање пореске дисциплине (Димитријевић, 2005: 771).

Психолошке теорије, настале у циљу објашњења повиновања обвезника порезима, акценат стављају на личност пореских обвезника. У том смислу системи вредности обвезника, њихови ставови и морал, представљају основу за доношење пореских одлука и детерминишу пореска понашања. Вредносна оријентација пореских обвезника суштински одређује пореску сагласност. Порески обвезници теже различитим циљевима, доносе одлуке које утичу на друге обвезнике, њихово сопствено благостање се мења у односу на благостање других пореских обвезника. Обвезници пореза са вишим нивоом вредносне оријентације фокусирају се, у већој мери, на благостање других пореских обвезника. Повезано са вредносном оријентацијом уочљив је читав спектар понашања пореских обвезника: понашање екстремних алтруиста који желе најбоље другима; агресивно понашање које има за циљ лоше другима; кооперативно понашање тежи најбољем за себе и друге; такмичарско понашање, где се тежи да оно што је боље буде недоступно другима; понашање индивидуалаца, који желе најбоље за себе без обзира да ли је то доступно другима (Trivedi, Shehata, Lynn, 2003: 178). Побољшање пореске сагласности се може очекивати уколико се вредносна оријентација мења од такмичарске ка оријентацији индивидуалаца, односно од кооперативне ка оријентацији алтруисте (Trivedi, et al., 2003: 187).

Ставови пореских обвезника су својеврсни одговори обвезника на порески систем и његову примену. Порески менталитет, осећање пореске нервозе (тензије) и порески морал су елементи психичког живота обвезника који, збирно посматрано, формирају пореске ставове обвезника. Позитивни ставови пореског обвезника према плаћању пореза и пореској администрацији значајно повећавају пореску сагласност (McKerchar, 2001: 234).

Порески морал обвезника се може разумети у оквиру временских и просторних граница одређене средине и то као резултат деловања субјективних и објективних фактора. У субјективне факторе се убрајају порески менталитет обвезника, свест о припадности одређеној друштвеној заједници, потреба извршења грађанских обавеза, образовна структура пореских обвезника. Објективни фактори су везани за висину пореског терета, облике пореза у пореској структури, технику опорезивања, стручност и ефикасност пореских органа, намену убраних пореских прихода, доследно примењивање пореских казни. Чињеница да се порези разрезају правично и да свако плаћа свој терет финансирања јавне потрошње позитивно утиче на порески морал а тиме и на пореску сагласност

обвезника (Анђелковић, 2011: 481–482; Waller, 2007: 68–69). Значај који се придаје утицају пореског морала на повиновање обвезника порезима условио је формирање и развој појма психолошког пореског уговора. Ради се о новом теоријском концепту који порески морал објашњава као сложени однос обвезника и државе, успостављен правичним поступањем и узајамним поверењем страна овог односа (Feld, Frey, 2007: 103).

Иако је одлука обвезника о повиновању пореским обавезама првенствено условљена унутрашњим доживљавањем пореског терета, не треба занемарити ни утицај који на одлуку обвезника остварују друштвена средина и конкретне економске и политичке прилике. Ово мишљење посебно заступају социолошке теорије и, истовремено, наглашавају важност постојања друштвене норме уредног поштовања пореске регулативе (тзв. ефекат угледања у пореском понашању). Опорезивање, да би било прихваћено, мора да одражава основне вредности барем минимума пореске популације која подржава владину политику (Вејакović, 2009: 793). Уколико јавни расходи одговарају обезбеђеним јавним добрима у једном друштву то ће се позитивно одразити на јачање осећаја заједништва и солидарности, укупан друштвени капитал и очување друштва. Супротно, примена пореских закона који представљају поштравање опорезивања, уколико није праћена строгом контролом трошења убраних пореских прихода, може представљати реалан ризик за садашњу и будућу реализацију пореских потраживања државе. Уз то, може допринети паду угледа који, у популацији пореских обвезника, поседује пореска власт.

3. Модел кооперативне пореске сагласности

Модел кооперативне пореске сагласности је настао као „одговор“ на питање шта би требало променити у односу пореске власти према пореским обвезницима како би се порези успешније примењивали. У том смислу у савременим пореским системима је, већим делом, превладало схватање да подстицање позитивног става обвезника према плаћању пореза заслужује посебну пажњу. Пореској администрацији је припала значајна улога у том домену и она се, превасходно, огледала у предузимању низа активности у правцу популаризације пореза и избегавања неразумевања и сукоба на релацији порески органи – порески обвезници. Порески обвезници треба да имају поверење у порески систем и поступање пореских органа, јер опорезивање може добро да функционише само уколико су обвезници пореза спремни на кооперативно понашање (сарадњу).

Примена модела кооперативне пореске сагласности је сложен приступ у раду пореских органа. Он носи собом велике ризике по наплату пореских

прихода, уколико се неадекватно употреби у спровођењу свих битних пореских процеса. Општи захтев је да се остваре позитивни резултати у погледу смањивања укупних трошкова опорезивања и побољшања добровољног плаћања пореза, уз истовремено повећање укупне правичности и ефикасности пореског система и смањивање ризика од пореске евазије и корупције (Анђелковић, 2012: 938). Другим речима, нови приступ у обављању пореских послова и подстицање кооперативне пореске сагласности захтева пажљиву анализу понашања различитих категорија обвезника и израду адекватне стратегије побољшања измирења пореских обавеза. То је дугорочан процес који започиње јачањем организације и управљања пореском администрацијом, применом чврстог система наплате пореских прихода и изградњом капацитета за кључне пореске функције. Често је потребна и реформа законодавног оквира, као и правосуђа, како би се осигурала адекватна примена пореских овлашћења, режима санкција и благовремено решавали порески спорови (Russell, 2010: 1).

Повезано са преласком на модел кооперативне пореске сагласности, у теорији се истичу следеће активности које је неопходно предузети: оријентација према обвезницима као корисницима пореских услуга; управљање пореским ризицима; квалитетна пореска легислатива; одговарајућа мрежа међународних споразума; бројне консултације са кључним учесницима опорезивања; примена информационе технологије у раду (Vazquez-Caro, Bird, 2011: 14–17). У наставку рада посебна пажња биће усмерена на анализу активности које представљају најбоље представнике примене модела кооперативне пореске сагласности: оријентацију према обвезницима као корисницима пореских услуга (клијентски приступ према обвезницима); управљање ризицима у сфери пореске сагласности и континуирано праћење остварених резултата у поступању пореских органа. Наведене активности представљају иновирање процеса управљања пореском сагласношћу и праћене су применом савремене информационе технологије у раду пореских органа.

3.1. Оријентација према обвезницима као корисницима пореских услуга

Оријентација према пореским обвезницима као корисницима пореских услуга (клијентима) представља основу модела кооперативне пореске сагласности. И у развијеним земљама и у земљама у транзицији, формирање и модернизација служби за пружање пореских услуга обвезницима је један од напреднијих начина побољшања успешности рада пореских органа (Höglе, Hassel, Olsson, Sabbe, Ott, 2000: 40). Усмереност према

пореским обвезницима и пружање пореских услуга битна је одредница менаџерског приступа управљања укупним квалитетом пореских послова, који значајно утиче на организацијску културу пореских органа. Филозофија овог приступа је усмерена на очекивања која обвезници као корисници пореских услуга имају, спречавање потенцијалних проблема, изградњу привржености најбољој пракси пореског поступања. Услужна оријентација пореских органа према пореским обвезницима почетни је корак у изградњи пореске администрације која је спремна да сарађује са пореским обвезницима и, по потреби, врши улогу њиховог саветодавца. Следствено томе, *customer relationship management* (CRM) примењен у модерним пореским администрацијама идентификује чиниоце утицаја на пореске обвезнике, унапређује филозофију оријентације према пореском обвезнику, развија постепено процесе који су у служби потреба пореског обвезника, обезбеђује адекватне пореске услуге и помоћ пореским обвезницима, обезбеђује ажурно поступање по приговорима и жалбама пореских обвезника. (OECD, 2007: 18).

Осавремењивање односа пореских органа и пореских обвезника подразумева и извесне промене у понашању самих пореских обвезника, који ће постепено, због промене „климе“ у којој се успостављају порескоправни односи, кориговати своје ставове према пореским органима. За то ће, неспорно, бити потребна и значајна улагања у едукацију пореских обвезника, јачање њихове пореске културе и пореске свести. Само тако обвезници могу бити стварни учесници у пореском животу, имати утицај на промене пореске легислативе и бити адекватни контролори поступања носилаца пореских овлашћења.

Примена клијентског приступа према пореским обвезницима, пре свега, значи: обезбеђење услуга пореским обвезницима (у временском и просторном смислу); развој различитих информативних програма за пореске обвезнике; спровођење пореских поступака на што једноставнији начин; развој метода за испитивање задовољства пореских обвезника услугама пореских органа; побољшање квалитета опремљености пословних просторија намењених за контакте са пореским обвезницима; развој програма обуке пореских службеника у области односа са пореским обвезницима. У примени оваквог приступа, порески органи се руководе фундаменталним принципом да ће порески обвезници, који су третирани са поштовањем и правично, обезбеђени потребним пореским информацијама, саветима и другим пореским услугама, бити спремнији да се добровољно повинују пореским обавезама. На изванредан начин, захваљујући пореским услугама, врши се демистификација пореске сфере што је у савременим условима преко потребно. Активно се промовише и идеја тзв. моделирања

пореских услуга, како би се изашло у сусрет очекивањима различитих група пореских обвезника и захтевима трошковне ефикасности. Уз то, врши се и одабир одговарајућих канала (средстава) за пружање различитих врста пореских услуга. У пракси развијених држава често се прави разлика између традиционалних средстава (штампани порески обрасци и пореске публикације, непосредни контакти пореских службеника и пореских обвезника) и електронских средстава пружања пореских услуга (веб-сајтови, електронско подношење пореских пријава и пореске евиденције, електронска комуникација путем имејла, електронско плаћање пореза) (OECD, 2007: 27). Примена савремене информационе технологије у раду пореских органа омогућава постојање различитих видова „електронских контаката“ субјеката порескоправног односа, поред нужног постојања њихових традиционалних непосредних контаката у просторијама пореских органа и на терену, у пословним просторијама пореских обвезника.

3.2. Управљање ризицима у сфери пореске сагласности

Савременим државама је потребна модерна и демократска пореска администрација која ће, на најбољи могући начин, одговорити захтевима које јавни интерес поставља у области опорезивања. Сходно томе, поступање пореских органа се мора континирано мењати како би било успешно (ефикасно, економично и ефективно), на једној страни, односно доследно поштовало цивилизацијска достигнућа у примени пореза, демократске захтеве и правду, на другој страни (Högl et al., 2000: 32). Исти базични проблеми са којима су се суочиле владе и пореске администрације многих земаља (пораст обима пореских послова, комплексност пореске регулативе, ставови пореских обвезника, значајан степен пореске несагласности и сл.) истакли су, као приоритетно, питање побољшања успешности примене пореза (Högl et al., 2000: 35).

Управљање ризицима у сфери повиновања обвезника пореским обавезама (пореске сагласности) сегмент је модернизације пореског управног поступања, који значајно треба да унапреди одређене процесе у раду пореских органа и да резултира вишим нивоом добровољне пореске сагласности. Другим речима, ради се о структурираном и системском процесу праћења повиновања обвезника порезима, као и одлучивања шта је суштинско за развој пореске сагласности и како се треба односити према испољеним ризицима у овом домену (OECD, 2008: 8). Конкретније, у циљу утврђивања ризика у сфери пореске сагласности првенствено се полази од процене нивоа испуњавања пореских обавеза у прописаном року. Најпре, порески обвезници треба да буду регистровани и да подносе пореске пријаве. С тим повезано, важно је идентификовати лица која игноришу

или избегавају обавезу регистрације. У наставку следи утврђивање врста и обима ризика на бази укрштања података из пореских пријава и пореске документације и података о плаћању пореза у различитим пореским периодима, као и установљавање стратегије утицаја на понашање пореских обвезника (Хрустић, 2006: 255). Садржај стратешких мера треба да буде усмерен у правцу подстицања и награђивања савесних пореских обвезника и кажњавања и едуковања несавесних пореских обвезника.

Управљање ризицима у сфери повиновања обвезника обавља се на два нивоа: стратешком и оперативном нивоу (ОЕСД, 2004: 16). На стратешком нивоу ово управљање се фокусира на идентификовање особених облика понашања пореских обвезника који су праћени неплаћањем значајнијих износа пореза. На оперативном нивоу порески органи идентификују ризике у неплаћању пореза током обављања свакодневних пореских активности. Категоризација пореских обвезника са сличним пореским понашањем у одређене групе знатно помаже идентификацији пореских ризика и праћењу поштовања пореских обавеза (ОЕСД, 2004: 41). Уважавање посебних прилика и потреба пореских обвезника и тешкоћа у којима се они могу наћи, треба да омогући формулисање адекватних мера утицаја на пореско понашање.

Испољени ризици у сфери пореске сагласности и евалуација управљања овим ризицима свакако јесу добар показатељ општег „здравља“ пореског система, утицаја које су предузете мере (у виду стратегије) оствариле на пореску сагласност обвезника, као и одговорности пореске власти.

Економска криза, неопходно је указати, представља посебан ризик у домену извршавања пореских обавеза. Уобичајено је да порески органи у таквим околностима развијају стратегију наплате пореза са циљем контролисања раста неплаћања пореских обавеза и помоћи пореским обвезницима како би они могли да се изборе са кризом. У време кризе опада ниво добровољне пореске сагласности што се, према међународним искуствима, може побољшати применом четири група мера: већа помоћ пореским обвезницима; наплата пореза код високоризичних пореских обвезника; увођење законских промена које ће побољшати наплату пореза и побољшање комуникација са пореском популацијом (Brondolo, 2009: 8).

3.3. Континуирано праћење остварених резултата у поступању пореских органа

Примена идеја „новог јавног управљања“ у раду пореских органа подразумева другачији приступ обављању послова опорезивања. Савремене реформе јавне администрације, а тиме и реформе пореске администрације,

предузимају се у правцу потпуног остварења следећих циљева: успостављање коректних односа пореских органа и пореских обвезника; увођење транспарентних и тачних пореских процедура; постојање легитимног пореског управног поступања; остваривање успешности пореског управног поступања (Лилић, 2003: 40).

Питање успешности пореских органа заузима важно место у пореским реформама. Општи став је да су „добри“ порески органи они који се покажу као „успешни“. У контексту пореске сагласности, рад успешних пореских органа резултира завидним нивоом добровољног повиновања обвезника порезима.

У савременим пореским системима се посебно инсистира на повећању економичности, ефикасности и ефективности рада пореских органа као општим показатељима успешности. Сходно томе, користи се тзв. приступ три Е, тј. оцена ефикасности и економичности деловања пореских органа (наплата планираних пореских прихода уз што ниже трошкове), као и оцена њихове ефективности (висок ниво добровољне пореске сагласности). Овакво праћење остварених резултата представља део ширег процеса стратешког и оперативног планирања пореске власти и има велику важност за домен одговорности и транспарентности деловања пореских органа (Crandall, 2010: 1).

Изузетно је битно појам ефикасности разликовати од појма ефикасности и економичности поступања пореских органа. Порески органи могу бити ефикасни и економични у смислу ниских трошкова наплате планираних пореза док, истовремено, могу бити неефективни, јер немају капацитет да у знатној мери обезбеде добровољно плаћање пореза (Silvani 1992: 274).

Ради достизања бољих резултата све земље одвајају значајна средства за широку примену информационе технологије у раду њихових пореских органа (модернизација) сматрајући је кључном подршком потребних промена. Модернизација је у функцији стварања јефтених, не бројних и успешних пореских органа. При томе јефтине не значе мање скупи већ сведени у оквиру реалних економских могућности, термин не бројни не значи малобројни ни неважни већ упућује на чињеницу да се квалитет не јемчи бројношћу, а термин успешни акценат ставља на ефикасност, економичност и ефективност рада пореских органа (Димитријевић, 2008: 728).

Остварени резултати рада пореских органа могу бити праћени и преко низа појединачних показатеља: процента наплаћених пореских прихода у односу на планиране; учешћа административних трошкова у наплаћеним порезима, трошкова наплате пореза по пореском обвезнику; броја

извршених пореских контрола, обрађених пореских пријава и откривених пореских деликата; износа наплате откривених утајених пореских прихода; квалитета односа пореских обвезника и пореске администрације; односа броја пореских обвезника или обрађених пореских пријава и броја оспорених пореских одлука; утврђених грешака пореских органа кроз плаћене камате пореским обвезницима, резултате и трајање жалбених пореских поступака и др. (Димитријевић, 2008: 728).

Праћење набројаних показатеља резултата рада пореских органа (општинских и појединачних) могуће је захваљујући системском приступу овој проблематици, који постоји у развијеним земљама (*performance management*). Реч је о непрекидном циклусу анализе рада пореских органа и процене потреба и очекивања пореских обвезника. Крајњи циљ коме се тежи је што потпунија реализација пореског система и циљева пореске политике.

4. Закључак

Квалитет једног система опорезивања је несумњиво одређен чињеницом да ли је и у којој мери порески систем прихваћен од стране пореских обвезника. Спремност обвезника да се повинују пореским обавезама (пореска сагласност) је круцијална тема савременог опорезивања, те се стално проналазе начини да се она подстакне како би достигла друштвено прихватљиви ниво.

Истраживања различитих модалитета понашања пореских обвезника (теоријска и емпиријска) имају непроцењив значај за исправно управљање пореском сагласношћу. Креатори пореске политике не смеју да занемарују опсег испољене пореске несагласности будући да она одређује фактичке ефекте важећег пореског система и предузетих пореско-политичких мера.

Иновирање процеса управљања пореском сагласношћу добија на својој актуелности у многим земљама света. Оно треба да буде континуирано јер омогућава пореској власти успешно суочавање са (не увек предвидивим) изазовима савременог доба. Ти изазови, понекад, суштински утичу на реализацију пореских потраживања државе и могу да угрозе њене фундаменталне циљеве у области финансирања јавне потрошње. Промовисање активности и мера које су у функцији стварања позитивног става пореске популације према извршавању пореских обавеза, и у таквим околностима остаје перманентни задатак пореске власти и друштва у целини.

Литература

Анђелковић, М. (2012). Утицај пореског морала на поштовање пореских прописа. *Правни живот*. 10(LXI). 931–943.

Анђелковић, М. (2011). Моделирање понашања пореских обвезника у савременој литератури. У З. Исаиловић (ур.), *Правни систем и друштвена криза*. Прва свеска. (стр. 475–490). Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Анђелковић, М., Јовашевић, Д. (2006). *Избегавање плаћања пореза – фискални и кривично правни аспект*. Ниш: Правни факултет – Центар за публикације

Bejaković, P. (2009). Tax Evasion, state capability and trust in transition countries: The case of Croatia. *Društvena istraživanja Zagreb*. 18 (4–5). 787–805.

Brondolo, J. (2009). Collecting Taxes During an Economic Crisis: Challenges and Policy Options. *IMF Staff Position Note, SPN/09/17*. 1–37.

Vazquez-Caro, J., Bird, M. R. (2011). Benchmarking Tax Administrations in Developing Countries: A Systemic Approach, ISP. *Working Paper*. 11-04, 1–29.

Димитријевић, М. (2008). Пореска администрација у светлу неких европских захтева. *Правни живот*. 11(LVII). 725–737.

Димитријевић, М. (2005). Неки аспекти развоја односа пореске власти и пореских обвезника на почетку 21. века. *Правни живот*. 10(LIV). 769–779.

Job, J., Stout, A., Smith, R. (2007). Culture Change in Three Taxation Administrations: From Command-and-Control to Responsive Regulation. *Law & Policy*, 29(1), 84–101.

Лилић, С. (2003). Државна управа – инструмент власти или јавна служба. У М. Дамјановић (ур.), *Упоредна искуства државних управа* (стр. 37–67). Београд: Магна агенда

Morgan, L. M. (2004), The Department of Revenue Perspective. *Marquette Law Review*. 88:11. 11–17.

McKerchar, M. (2001). Why do taxpayers comply? Past lessons and future directions in developing a model of compliance behaviour. У М. Walpole & C. Evans (Prir.), *Tax Administration in the 21st Century* (стр. 225–243). Sydney: Prospect Media Pty Ltd

OECD. Centre for Tax Policy and Administration. Forum on Tax Administration: Compliance Sub-group. Monitoring taxpayers` compliance: A practical guide based on revenue body experience. *Final report*. (2008)

OECD. Centre for Tax Policy and Administration. Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development. *Guidance Note*. (2007)

OECD. Centre for Tax Policy and Administration. Managing and Improving Tax Compliance. *Guidance Note*. (2004)

OECD. Centre for Tax Policy and Administration. Compliance Measurement. *Tax guidance series*. (2001)

Russell, B. (2010). Revenue Administration: Developing a Taxpayer Compliance Program. *IMF Technical Note and Manuals*. 10/17.

Silvani, A. C. (1992). Improving Tax Compliance. U: R. M. Bird and M. Casanegra de Jantscher (Prir.), *Improving Tax Administration In Developing Countries* (str. 274–305). Washington: International Monetary Fund

Trivedi, U. V., Shehata, M., Lynn, S. (2003). Impact of Personal and Situational Factors on Taxpayer Compliance: An Experimental Analysis. *Journal of Business Ethics*. 47. 175–197.

Feld, P. L., Frey, S. B. (2007). Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation. *Law & Policy*. 1(29). 102–120.

Hógye, M., Hassel V. H., Olsson, G., Sabbe, F., Ott, K. (2000). Modern Tax Administration. U M. Hógye (Prir.), *Local and Regional Tax Administration in Transition Countries* (str. 21–47) Budapest: Local Government and Public Service Reform Initiative. Open Society Institute

Хрустић, Х. (2006). *Јавне финансије*. Нови Сад: Факултет за услужни бизнис

Crandall, W. (2010). Revenue Administration: Performance Measurement in Tax Administration. *IMF Technical Note and Manuals*. 10/11.

Waller, V. (2007). The Challenge of Institutional Integrity in Responsive Regulation: Field Inspections by the Australian Taxation Office. *Law & Policy*. 1(29). 67–83.

Wenzel, M. (2007). The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics. *Law & Policy*. 1(29). 31–50.

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

Innovating the Tax Compliance Management Process

Summary

The taxpayers' observance of tax legislation (tax compliance) is important for every tax authority. This issue is particularly relevant in the contemporary circumstances when the application of tax laws occurs within a complex and ever-changing environment. Despite the differences underlying national tax policies, tax legislations, tax administration and tax moral, the primary goal of taxation remains the same: taxes should be collected in accordance with the law in order to provide for building and preserving the taxpayers' confidence in the tax system and its effective administration. Consequently, the activities of tax authorities in tax procedure should promote a high degree of voluntary tax compliance and lead to minimizing the occurrence of various forms of non-compliance.

There is a wide range of diverse factors underlying tax compliance. The understanding of these factors enables tax authorities to establish the particular reasons for non-compliance and to devise specific activities and measures which will be an incentive for taxpayers to revert to tax compliance. These goals may be accomplished through the process of tax compliance management. Tax compliance management is a structured and systematic process of monitoring the taxpayers' compliance, which also includes decisions on the essential elements for the development of tax compliance and the treatment of identified tax compliance risks. The innovations in this process are aimed at: establishing the adequate balance and framework for the evaluation of activities and measures concerning tax law and tax procedures; improving information transparency and taxpayers' education; establishing tax control; and instituting adequate legal proceedings in response to non-compliance. These activities are expected to contribute to a more successful application of tax laws in the future.

Keywords: tax legislation, taxpayers, tax compliance, tax compliance management.

Др Горан Обрадовић*,
Ванедовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Слободанка Ковачевић Перић,
Доцент Правног факултета
Универзитет у Приштини (са прив. седиштем
у Косовској Митровици)

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 331.108.644.7:347.515.2

Рад примљен: 11.06.2014.

Рад прихваћен: 10.10.2014.

НОВЧАНА НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗБОГ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА**

Апстракт: Незаконити отказ и његове последице једно су од најзначајнијих питања науке радног права. Овај проблем предмет је пажње теоретичара и практичара још од саме појаве државног интервенционизма у овој области и постојања законског оквира за отказ радног односа од стране послодавца. Правне последице незаконитог отказа могу бити: утврђујућа пресуда да је отказ незаконит, враћање на рад, накнада штете у виду изгубљене зараде и других примања и уплата припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање. Аутори се у раду баве накнадом нематеријалне (неимовинске) штете због незаконитог отказа, као питањем које изазива полемике у нашој правној теорији и пракси. Не залажући се за право на накнаду нематеријалне штете у свим случајевима незаконитог отказа, аутори сматрају да постоје случајеви када се потпуна репарација не може постићи само неновчаним методама, већ је потребно прибећи и овом виду накнаде.

Кључне речи: радни однос, незаконити отказ, штета.

*goran@prafak.ni.ac.rs

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

1. Увод

Код сваке расправе о правним последицама незаконитог отказа, укључујући и питање новчане накнаде нематеријалне штете, право на рад чини незаобилазно полазиште. Оно је, као једно од најстаријих начела радног права, предмет теоријских расправа још од средине XIX века, да би, у првој половини XX века, почела његова већа афирмација.¹ Право на рад могуће је позитивно и негативно одредити. Негативне одреднице права на рад огледају се у забрани принудног рада и ропства. У позитивном смислу, њега карактерише више обележја. Једно од њих је и сталност и стабилност запослења (Јовановић, 2012: 127-133). За разлику од права на рад, које представља широко и апстрактно право, сигурност запослења се најчешће користи да би се описала контрола над окончањем радног односа на иницијативу послодавца (Herple, 1998: 279). Осим тога, у теорији радног права има и мишљења да постоји разлика између сигурности запослења и стабилности запослења. Другим речима, стабилан посао не мора нужно да представља и добар посао (P. Auer, S. Cazes, 2003:8).

Запослени је послодавцу подређен на два начина: правно и економски. Подређеност послодавцу (*субординација*) једна је од основних карактеристика радноправног односа. Без ње нема ни радноправног односа. Концепт економске субординације заснива се на разликовању (економски) јаче и слабије стране радног односа, где јача страна располаже капиталом и средствима за рад, организује обављање одређене активности, ангажује једно или више лица за извршавање послова и убире економску корист од њиховог рада. Положај слабије, с друге стране, одређује његова потреба да обезбеди средства за издржавање на основу рада за послодавца (Ковачевић, 2013:95).

Правна подређеност значи да у радном односу послодавац има право да прописује унутрашњи ред, тј. радну дисциплину као правила о понашању радника на раду или у вези са радом, а запослени их се морају придржавати. У супротном, послодавац има право да их кажњава (Јовановић, 2013:46). Дисциплинска власт послодавца, међутим, има своја интерна и екстерна ограничења. Интерна ограничења садржана су у договорном регулисању правног садржаја радног односа (колективни уговори о раду, индивидуални уговори о раду), као и у праву запослених на партиципацију. За екстерна ограничења дисциплинске власти послодавца постоје две групе разлога. Прво, у вршењу дисциплинске власти послодавац тангира

¹ Прву уставну прокламацију право на радо доживело је у Вајмарском уставу, 1919. године. Касније, признато је уставима бројних држава, као и, између осталог, Општом декларацијом о правима човека из 1948. године и Европском социјалном повељом из 1961. године.

шире, опште друштвене интересе. Друго, постоји извесна сличност између дисциплинске и кривичне одговорности, јер се овим начинима жели сузбити асоцијално, недопуштено понашање, због чега кажњавање радника мора бити прожето осећајем правде и етичности, што провоцира и заинтересованост државе за ту власт (Јовановић, 2013: 48). Непристрасна контрола дисциплинске власти се у праву већине европских држава обезбеђује као својеврсна противтежа једностраном покретању и вођењу дисциплинског поступка од стране послодавца, с обзиром да судови могу да пониште одлуку о дисциплинској одговорности због битне повреде правила дисциплинског поступка или повреде одредаба материјалног права (Ковачевић, 2013: 375).

2. Незаконити отказ и његове правне последице

У теорији радног права у оптицају је више дефиниција отказа. Од појаве интервенционистичког законодавства о раду у првој половини XIX века, па надаље, под утицајем свеопштег развоја и друштвеног напретка, најпре у судској пракси, а потом и у законодавству, долази до реакције против либералног индивидуализма и апсолутистичких правних концепција кроз теорију о злоупотреби права, која налази домен примене и у материји раскидања уговора о раду закљученог на неодређено време. Дотад јединствени појам отказа диференцира се на: а) незаконит и б) неоправдан (абизивни) отказ (Паравина, 1996:180). „Незаконити отказ“ било је лакше дефинисати и њиме се сматрао сваки отказ дат противно изричитим законским одредбама (у односу на заштићене случајеве, прописаног поступка, надлежних органа, отказних рокова и сл). Дефинисати „неоправдани“, односно „абизивни отказ“ било је много теже, и око тог питања дуго су се колебале и теорија и судска пракса. Данас се поузданим ослоном за прецизирање појма „оправдан“, односно „неоправдан“ отказ сматра Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, из 1982. године (Паравина, 1996:180).² Оправданост отказа, у духу Конвенције, условљена

2 „Сл. лист СФРЈ“, 4/84. Неоправданим разлозима, по Конвенцији, нарочито се сматрају: а) чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван радног времена, или уз сагласност послодавца, за време трајања радног времена; б) чињеница што је тражио да иступа као представник радника, или због бившег или садашњег иступања у том својству; в) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа и обраћања надлежним административним органима власти; г) раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национално или социјално порекло; д) изостанак са посла за време породичног одсуства, због болести или због повреде. Радни однос неће престати из разлога везаних за рад или понашање запосленог пре него што му

је постојањем ваљаног разлога везаног за: а) способности или понашање радника или б) за оперативне потребе предузећа, установе или службе.

Пажњу радног права, одавно, посебно заокупља питање престанка радног односа и, нарочито, заштита од незаконитог отказа. Погледи на ову проблематику су различити, наравно, у зависности да ли се ради о запосленима или о послодавцима. С једне стране, запослени заштиту од незаконитог отказа посматрају као одлучујућу гаранцију за стабилност запослења (Bronstein, 2009: 69). С друге стране, присталице неолиберализма, нарочито из пословних кругова, сматрају да уз растуће трошкове рада, заштита од отказа намеће ограничења способности предузећа да брзо реагују на тржишне промене и технолошке изазове ограничавајући, на тај начин, њихову продуктивност и конкурентност (Bronstein, 2009: 69). Такође, по неолибералним гледиштима, заштита од отказа посматра се више као баријера запошљавању, него што је помоћ у очувању постојећег посла (Supiot, 2005:50). Оваква гледишта, у суштини, представљају одраз општих трендова насталих 1980-тих и 1990-тих година у индустријским земљама, а који су се одликовали дерегулацијом (или, правилније, тржишном а не државном регулацијом) (Hepple, 1998:279). Индикатори тих трендова били су различити, почев од укидања претходне сагласности од стране јавних власти у случају вишка запослених (Француска), увођења веће флексибилности код уговора о раду на одређено време (Белгија, Немачка, Шведска, Шпанија, Италија), па до заштите од незаконитог отказа (Велика Британија, Немачка) (Hepple, 1998:279).

Правне последице незаконитог отказа нису идентичне у свим земљама. Ипак, за неке од њих (као што је накнада штете, враћање на рад и сл), може се рећи да имају универзалан карактер. Тако, примера ради, у праву Велике Британије, уколико суд утврди да је отказ незаконит, може наложити један од три облика његове исправке: враћање у пређашње стање, поновно ангажовање и доделу (новчане) компензације (R. W. Painter, K. Puttick, A. Holmes, 2004: 310).

Путем законодавства или судске праксе, данас је установљено да није довољно да отказ буде дат из ваљаног разлога, већ је потребно и да тај разлог буде довољно озбиљан да оправда отказ. Примера ради, у Француској се то изражава као „*прави и озбиљан разлог*“, а у Великој Британији као „*довољан разлог*“ (Hepple, 1998:298). У Италији, лице које сматра да је добило незаконит отказ, има право да исти побија у року од 60 дана. Уколико се утврди да је отказ незаконит, могуће је или успостављањен

се омогући да се брани од изнетих навода. У случају да сматра да је отказ незаконит, раднику се мора дати право да се обрати неком непристрасном телу, као што је суд, арбитража и сл.

пређашњег стања (радног односа) или плаћање посебне накнаде (Треу, 2007:109). У француском праву прави се разлика између нерегуларног отказа који је последица непридржавања прописаног поступка и отказа без оправданог разлога, што се огледа и у различитим последицама (М. Despax, J. Rajot, J.P. Laborde, 2011: 163).

Незаконити отказ у домаћем праву, тј. у општем режиму радних односа уређеним Законом о раду³, такође повлачи различите правне последице. Пре свега, неопходно је напоменути да је са последњим изменама Закона о раду (јула 2014), измењен и наслов изнад одговарајућег члана (191). Наиме, уместо „незаконити отказ“, наслов сада гласи „правне последице незаконитог престанка радног односа“. Оне су: а) враћање на рад; б) накнада штете и в) уплата припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Осим наслова, учињене су и друге, значајније измене. Пре свега, у вези враћања на рад услед незаконитог отказа. Ранија формулација: „Ако суд донесе правноснажну пресуду којом је утврђено да је запосленом *незаконито престао радни однос*, суд ће одлучити да се запослени врати на рад, ако запослени то захтева“, сада гласи: „Ако суд у току поступка утврди да је запосленом *престао радни однос без правног основа*“, одлучиће да се запослени врати на рад...“. Има мишљења да се овде не ради само о језичкој промени, те да је наредба о враћању на рад замењена одлуком о захтеву за враћање на рад. Другим речима, то значи да поништај решења о отказу уговора о раду не води безусловно одлуци о враћању на рад (Живковић, 2014; 159). Треба напоменути да промена у терминологији, избацавање из употребе израза *незаконит престанак радног односа*, и његова замена *престанком радног односа без правног основа*, у директној је вези са још једном новином у члану 191. Закона о раду, и то у његовој тачки 7. Наиме, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог. Ово решење већ је изазвало критику стручне јавности јер, не само да је на штету запосленог, већ и додатно привилегује послодавце тако што их сам закон ослобађа од одговорности за кршење одредаба закона који се тичу поступка престанка радног односа (Ђукић, 2014:73). Ова новина ће, несумњиво утицати и на измену судске праксе, која је до сада била јединствена у ставу да кршење одредбе о упозорењу или застарелости давања отказа увек води закључку о незаконитости отказа и поништају решења (Ђукић, 2014, 74).

3 „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005; 61/2005; 54/2009 и 32/2013 и 74/2014.

Са оваквим ставом у потпуности се слажемо. Напуштањем класичног концепта незаконитог отказа (отказ који је дат супротно изричитим законским одредбама-укључујући ту и поступак), положај слабије стране у радном односу је додатно (и неоправдано) отежан а послодавцу је отворен широк пут за (скоро некажњено) незаконито отпуштање.

Наредна последица незаконитог отказа јесте накнада штете. Она се утврђује у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе, у складу са законом. Са последњим изменама, од овог износа изузети су накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца. Добро је што је, на овај начин прецизирано шта све садржи основна зарада, и што је уважен став судске праксе да запосленом не припада право на исхрану у току рада. Међутим, противно досадашњој судској пракси, у изгубљену зараду не спада и регрес за годишњи одмор (Ђукић, 2014: 72). Од износа штете која се досуђује услед незаконитог престанка радног односа, одбија се износ прихода који је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа, што је у складу са принципом интегралне накнаде штете. Осим тога, оштећени је, у складу са начелом савесности и поштења, дужан да предузме оно што је у његовој моћи да смањи износ штете. У конкретном случају, то се чини тражењем алтернативног одговарајућег посла. То, наравно, не значи да се од тог лица захтева да прихвати посао са знатно нижим примањима или на позицији која је знатно инфериорнија од оне коју је имао пре отказа (Deakin, Moris, 2005:405).

По питању враћања на рад и накнаде штете, одређена решења из Закона дала су могућност за различита тумачења, нарочито после измена и допуна извршених јула 2005. године. Законом о изменама и допунама Закона о раду⁴ предвиђено је да, ако суд донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, суд ће одлучити да се он врати на рад, ако то захтева, а поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати и накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту или уговору о раду и уплати доприносе за обавезно социјално осигурање.⁵ Међутим, од поменутх измена и допуна, право на реинтеграцију запосленог (враћање на рад услед незаконитог отказа) је

4 „Службени гласник РС“ бр. 61/2005.

5 Чл. 191, ст. 1 и 2 Закона. Са изменама учињеним 2014. године, у накнаду штете у виду изгубљене зараде не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца.

релативизовано, тако да се послодавац може успротивити враћању на рад незаконито отпуштеног запосленог. С друге стране, и само лице које сматра да је незаконито отпуштено може уместо враћања на рад захтевати да му се исплати „накнада штете“.⁶ Проблем у примени ове норме настао је услед погрешне формулације чл. 191. Закона о раду. Наиме, новчани износ који је послодавац дужан да плати због противљења враћању незаконито отпуштеног лица на рад, до 36 зарада (или коју само то лице тражи, тј. до 18 зарада) и накнада штете у виду изгубљене зараде и других примања не искључују једно друго, већ се кумулирају.

На овај начин, произилази да је поменутом одредбом износ накнаде штете коју суд може досудити ограничен на највише 18, односно на највише 36 зарада које би запослени оствари да ради. Самим тим, произилази да је наведено ограничење износа који се може досудити као накнада штете запосленом у потпуној супротности не само са раније важећим одредбама Закона о раду, већ и са одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима⁷ (Чолић, 2005:300). У складу са њим⁸, суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. То се, међутим, не постиже усвојеним концептом Закона о раду. Додатну неповољност донеле су измене чл. 191 из 2014. године, на начин да се умањење накнаде штете у виду изгубљене зараде због незаконитог отказа (што је неспорно), проширује и на накнаду којима се исплаћује уместо враћања на рад (до 18, тј. до 36 зарада). Осим тога, приликом одлучивања о износу тих накнада суд ће, по најновијим изменама, водити рачуна, између осталог, и о времену проведеном у радном односу само код послодавца од кога је уследио незаконити отказ, а не о укупном времену у радном односу, као до тада. Ова решења, не само да су још једна у низу неповољних по запослене, већ указују и на очигледно неразумевање проблематике од стране њихових аутора.

6 Овакво решење је доста уобичајено у упоредном праву, нарочито у праву европских земаља. Прибегава му се из разлога што, услед отказа, односи између запосленог и послодавца често буду у тој мери поремећени да се више не може очекивати плодна сарадња. Из тог разлога сматра се да је много боља сатисфакција за незаконито отпуштено лице давање одређеног новчаног износа, уместо неплодног враћања на рад. Проблем је, у нашем праву, настао услед погрешне формулације чл. 191. Закона о раду. Наиме, новчани износ који је послодавац дужан да плати због противљења враћању незаконито отпуштеног лица на рад, до 36 зарада (или коју само то лице тражи, тј. до 18 зарада) и накнада штете у виду изгубљене зараде и других примања не би смели једно друго да искључују, већ су то права која припадају кумулативно.

7 Чл. 154, 155, 189, 190 и др.

8 Чл. 190.

3. Незаконити отказ и право на нематеријалну штету

3.1. Уопште о новчаној накнади нематеријалне штете

Начелно, у праву је прихваћено схватање да је праведније ако штету сноси онај који ју је проузроковао, иако није крив, него да је сноси онај кога штета погађа, иако нити је крив нити је на било који начин допринео да штета настане. Осим тога, друга тенденција која се јавља у развоју модерног права о накнади штете је да вршиоци пословања и делатности одговарају за поступке својих људи (Благојевић, Круљ, 1983:477).

Главни циљ накнаде штете састоји се у отклањању штетних последица. Сматра се да се тај циљ, у извесном смислу, може постићи и код неких нематеријалних штета. Ипак, неспорно је да се навећи број нематеријалних штета не може поправити путем натуралне реституције. Стога, долази у обзир једино новчано давање ради задовољења (*сатисфакција*) оштећеног, а не као цена прикраћеног добра. Досуђивањем одређене новчане суме омогућује се оштећеном да прибави себи неко задовољство, неку животну радост као утеху, чиме се код њега успоставља психичка и емоционална равнотежа (Радишић, 1988:281).

У теорији постоје различите дефиниције нематеријалне штете. Примера ради, под њом треба подразумевати „*сваку штету која не погађа појединца у његовој имовини или телу*“. Даље, подела штете на материјалну и моралну (нематеријалну) одговара подели права на имовинска и неимовинска, у смислу да је материјална штета повреда имовинских, а морална штета повреда неимовинских права. Постоји и подела саме неимовинске штете на ону која је проузрокована повредом тзв. *друштвене стране* моралне имовине и оне која је проузрокована повредом тзв. *афекционе стране моралне имовине*. Друштвену страну сачињавали би част, углед, уважење једног лица, а афекциону страну легитимне афекције које у себи осећамо за лица која су нам блиска.⁹ Неимовинска штета постоји увек кад новчана репарација није у стању да буде адекватна штети, да буде објективно процењена (Станковић, 1998: 24). По питању основаности досуђивања новчане накнаде за неимовинску штету постоје две супротне теорије: негативна и позитивна. Негативну теорију (по којој не треба досуђивати новчану накнаду неимовинске штете) усвајали су и наши судови у првим годинама после Другог светског рата, све до доношења *Нацрта закона о накнади штете*. Позитивна теорија, како јој и име каже, иде у прилог досуђивања новчане накнаде неимовинске штете (Станковић, 1998: 43).

9 Више о назначајнијим схватањима о накнади неимовинске штете видети у: Станковић, 1998.

Основно питање код досуђивања накнаде је зашто то чинити, тј. због чега досуђивати накнаду неимовинске штете. Одговор на ово питање је, по поборницима ове теорије, истовремено и одговор на основно питање читаве теорије новчане накнаде неимовинске штете, на питање о правној природи накнаде и основаности њеног досуђивања. Разлог досуђивању накнаде лежи у томе да се жртви омогући да себи прибави извесну пријатност, радост, уживање, неко задовољство у најширем смислу речи и да се на тај начин у њен психички живот унесе позитиван и активан елемент насупрот болу који је претрпела, односно трпи (Станковић, 1998:43).¹⁰

Наш Закон о облигационим односима¹¹, као и у највећем броју правних система европских земаља, могућност новчане накнаде нематеријалне штете признаје само у ограниченој мери, односно у одређеним случајевима (Радишић, 1988: 282). Закон допушта следеће облике нематеријалне штете: а) претрпљени физички болови; б) претрпљени душевни болови (због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица) и в) страх.¹² Постојање неког од ових облика нематеријалне штете не значи, само по себи, да ће оштећеном и припасти новчана накнада. Она је условљена околностима случаја, нарочито јачином болова и страха и њиховим трајањем. Уколико околности случаја то оправдавају, суд ће досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству. Суд је обавезан да води рачуна, приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете и њеној висини, о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, као и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.¹³

Закон о раду Републике Србије такође садржи норме о одговорности за штету. Тако¹⁴, „ако запослени претрпи повреду или штету на раду или у вези

10 Потребно је, на овом месту, још навести и то да осим негативне и позитивне теорије, постоји и група теорија којима је заједничко да допуштају новчану накнаду неимовинске штете, али само у одређеним случајевима. То су: 1) теорија по којој се новчано може накнађивати само неимовинска штета проузрокована кривичним делом; 2) теорија по којој се новчано може накнађивати само неимовинска штета која је праћена имовинском штетом; 3) теорија по којој се новчано може накнађивати само неимовинска штета која је настала повредом тзв. друштвене стране моралне имовине и 4) теорија по којој се не може тражити новчана накнада неимовинске штете на подручју уговорне одговорности. За више о томе видети горе наведено дело.

11 „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93.

12 Чл. 200, ст. 1 Закона о облигационим односима.

13 Чл. 200, ст. 2 Закона о облигационим односима.

14 Чл.164.

са радом, послодавац је дужан да му надокнади штету, у складу са законом и општим актом.“ Штета може бити и материјална и нематеријална, па је разумљиво, само по себи, да законодавац под накнадом штете подразумева и право на накнаду нематеријалне штете (Кадриу, 1997:615).

3.2. Облици неимовинске штете

3.2.1. Физички болови

За непријатне субјективне осећаје који настају услед штетних дражи на специфичне нервне завршетке у медицини се користи термин *бол*, а термин *физички* део је правног одређења, у циљу диференцирања од душевних болова (Ћирић, 2013: 35).

3.2.2. Душевни болови

Називају се још и *психичке патње* и означавају емоционалне поремећаје који настају услед директног повређивања или посредно, повредом или смрћу блиског лица (Ћирић, 213: 37). Душевни болови, сходно нашем Закону о облигационим односима, могу настати због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности и смрти блиског лица.¹⁵ Кумулативни услов који поставља Закон о облигационим односима јесте да постоји трпљење душевних болова због сваког тог разлога. Другим речима, оштећени неће остварити право на новчану накнаду самим тим што је доживео умањење животне активности, наруженост, повреду части и угледа и сл, већ само ако су ти облици повреде афекције проузроковали и душевни бол (Шемић, 1995: 517).

3.2.3. Страх

Страх спада у обичне главне физиолошке афекте (уз гнев, радост и жалост). Изазивају га осећања постојећих или предстојећих опасности по (физички или психички) интегритет (Јевтић, 1966:38-39). С обзиром да је страх емоционално стање слично стању због болова, при оцењивању страха треба се позабавити и његовим узроцима (Благојевић, Круљ, 1983:522).

3.3. Утицај кривице штетника на право на новчану накнаду нематеријалне штете

Када се ради о накнади неимовинске штете уопште, претходно је потребно разјаснити питање да ли њу треба одмерити према штети, независно од кривице. У неимовинској штети коју неко трпи, сматра се, постоје

15 Чл. 200 ЗОО

две компоненте. Једна би се, условно, могла назвати објективном и то је она неимовинска штета коју жртва трпи независно од степена кривице штетника и одузрока штете. Паралелно са њом, постоји и друга-субјективна компонента (Станковић, 1998: 52). Основна разлика између новчане накнаде неимовинске штете и новчане казне лежи у различитости њихових функција. Стога, околности о којима се води рачуна у оба случаја јесу степен кривице штетника и његове имовинске прилике. Код одмеравања казне кривица је један од основних критеријума, док код одмеравања новчане накнаде неимовинске штете ситуација није истоветна (Станковић, 1998, 57-58). Иначе, када се говори о основу одговорности за штету, теорија о тзв. *виној узрочности*, у грађанском праву трпи доста критика. Пре свега, њој се замерашто неосновано повезује кривицу и узрочност. Наиме, комбинација кривице и узрочности као начин одмеравања мере одговорности као метод пореклом је из кривичног права, где је имала успеха, с обзиром да се кривична одговорност појављује искључиво као субјективна. У значајном делу законодавства из области грађанског права предвиђање последице, односно хтење или нехтење, нема значаја у утврђивању мере одговорности. У грађанској деликтној одговорности је, према томе, у центру пажње узрочност, а не кривица (Салма, 1997: 536). И правила домаћег права о посебној заштити оштећеника налажу одговорност за штету која непосредно настаје из радње штетника. Та заштита остварује се успостављањем права на потпуну накнаду штете, чак и када она није проузрокована намерно (Салма, 1997: 537). Ово је од посебне важности код накнаде штете услед незаконитог отказа (или престанка функције неизбором - о чему ће у наставку бити више речи).

Свакако, кривица штетника није без утицаја на оштећениково право на накнаду и она има утицаја на величину претрпљене штете. Кривица, међутим, није нужан основ одговорности за неимовинску штету, као што то није ни за имовинску (Станковић, 1998:94).

3.4. Облици неимовинске штете услед незаконитог отказа

Од, у нашем законодавству, признатих облика неимовинске штете, у случају незаконитог отказа, по нашем мишљењу, постоје два основа за накнаду неимовинске штете: због претрпљених душевних болова због повреде части и угледа и повреде права личности и због претрпљеног страха. Осим тога, на раду или у вези са радом могуће је да запослени претрпи различите видове неимовинске штете због повреде његове физичке личности: физичку бол, психичку бол услед унакажености, страх. (Милошевић, 1963:13).

С обзиром да повреда права личности може да проузрокује нематеријалну штету повређеном, то лице има право да поднесе тужбу суду са различитим захтевима да се нематеријална штета надокнади. То се може постићи објављивањем осуђујуће пресуде, исправљањем радње којом је изазвана нематеријална штета, повлачењем изјаве којом је штета нанета, извињењем или предузимањем друге радње, укључујући и новчану накнаду нематеријалне штете (Алишани, 2007:883). Има мишљења да неимовинска штета услед незаконитог отказа може представљати како онај страх или душевни бол који оштећено лице трпи у садашњости, или непосредно после настанка штетног догађаја, тако и страх и бол који ће убудуће настати, а у узрочној је вези са штетним догађајем, а то је доношење противзаконитог акта о престанку радног односа (Кадриу, 1997: 617).

Душевни болови услед незаконитог престанка радног односа огледају се у боловима који су претрпљени због повреде части и угледа и повреде права личности. Они могу да доведу до поремећаја психичке равнотеже код оштећеног, и то без обзира да ли је већ присутна или не нека од психијатријских дијагноза. Другим речима, претрпљени или будући душевни болови не представљају само менталне поремећаје, већ и различита и бројна „нормална“ негативна осећања које је штетно дејство проузроковало. Тако је могуће да и уобичајена жалост, забринутост, постиђеност, нарушено достојанство и сл. буду могући основ за новчану сатисфакцију (Ћирић, 2013:38). Лице коме је незаконито престао радни однос, по природи ствари, може бити изложено душевним боловима услед повреде части и угледа и повреде права личности. Осим субјективног осећаја повређености, потребно је узети у обзир и став средине у којој то лице живи (родбина, пријатељи, суседи). У зависности од тога шта је наведено као разлог за отказ (проневера, пијанство на радном месту, разна недолична понашања и сл) и осталих околност случаја, и реакција средине може бити различита, од подозрења и прекора, па све до непосредне осуде и омаловажавања и избегавања. Наравно, то не значи да ће то бити тако увек када је у питању незаконит престанак радног односа, али као могућност постоји. На суду је да утврђује основаност тужбеног захтева за накнаду неимовинске штете због незаконитог отказа.

Страх је код престанка радног односа, редовна појава (Кадриу, 1997:618). Лице коме је радни однос (незаконито) престао налази се у стању страха, како за свој опстанак, тако и за опстанак породице чије издржавање може бити угрожено губитком средстава. Сатисфакција за претрпљени страх може се одредити само ако је он *интензиван* и *трајан*. Страх се јавља као примарни и секундарни. Примарни је непријатно мучно осећање које постоји непосредно пре, за време и кратко време након егзистенцијално

опасних ситуација, а дели се на лак, средњи, јак и веома јак. Секундарни је касније емоционално стање, након проласка егзистенцијалне опасности и најчешће постоји код тежих повреда, неопходности дужег лечења и рехабилитације (Ђирић, 2013:36-37). У случају престанка радног односа, мишљења смо да се превасходно ради о примарном страху. Постојање секундарног страха не треба искључивати, с обзиром на могућност да је незаконити отказ довео до тежих поремећаја који захтевају дужег лечење. Што се тиче јачине страха, о чему мишљење даје вештак судско-медицинске струке, сматрамо да у обзир треба узети и могућност налажења новог посла. У условима високе незапослености, каква постоји у нашој земљи, страх због губитка посла свакако не може бити слабог интензитета.

И наша судска пракса је временом мењала став по питању новчане накнаде неимовинске штете услед претрпљеног страха. Према ранијој пракси, за овај вид душевног поремећаја равнотеже, новчана накнада неимовинске штете досуђивала се само у случају када је проузроковани страх нарочито интензиван, а поремећај њиме изазван трајније је природе. Садашња судска пракса прихвата досуђивање новчане накнаде и за страх који је био интензиван и дужег трајања, а ако је интензиван страх кратко трајао накнада се може досудити ако је услед страха у дужем временском периоду нарушена психичка равнотежа оштећеног.¹⁶

4. Посебно о разрешеним судијама и тужиоцима

У вези са новчаном накнадом неимовинске штете услед незаконитог престанка радног односа пред нашим судовима су се, у последњих пар година, појавили и случајеви судија¹⁷ који нису изабрани на сталну судијску функцију, у складу са Законом о судијама.¹⁸ Њима је дужност престала закључно са 31. децембром 2009. године, а на основу одлуке

16 Види правни став са саветовања судија грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија представника грађанских одељења републичких врховних судова одржаном 18. и 19. Јуна 1968, као и став са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда одржаног 15. и 16. Октобра 1986. Ово последње, у облику закључка, гласи: Кад је оштећени због повреде права личности (угледа, части, слободе и других права личности) трпео душевне болове суд му поред санкција из чл. 199. Закона о облигационим односима, може досудити и правичну накнаду када због околности случаја само на тај начин може дати оштећеном пуну сатисфакцију у складу са циљем коме накнада нематеријалне штете служи.“ Наведено према: Шемић, 1995:525.

17 Исто важи и за јавне тужиоце и заменике јавних тужилаца, с тим што је овде одлуке доносило Државно веће тужилаца.

18 „Сл. гласник РС“, бр. 116/08, 58/09 и 104/09

Високог савета судства од 16. децембра 2009. године.¹⁹ С обзиром да је, у међувремену, измењен састав Високог савета судства, исти је, у поступку преиспитивања одлука првог састава Високог савета судства, донео одлуке којима се приговори одбијају и потврђују одлуке првог састава Високог савета судства. Одлучујући по жалбама неизабраних судија, Уставни суд Србије усвојио је жалбе и утврдио да у поступку одлучивања о приговорима подносилаца жалби није оборена претпоставка да подносиоци испуњавају услове за избор на сталну судијску функцију.²⁰ У складу с тим, Уставни суд је поништио све одлуке Високог савета судства донете у поступку по приговорима и наложио Високом савету судства да изабере подносиоце жалби за судије у суд који је преузео надлежност или део надлежности суда у коме су обављали судијску дужност. Једно од питања које је овакав исход отворио јесте и одговорности државе за штету која је на овај начин проузрокована. Иначе, одговорност државе (и других правних лица) за штету коју проузрокују њени органи и службена лица веома је сложено и спада у гранична питања управног и грађанског деликтног права (Петровић, 2011: 86).

Традиционално, може се рећи, наша се судска пракса паказује врло уздржано у погледу досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете. Образложење за то налази се у чињеници да се, на пример, повреде части и угледа релативно често догађају у животу, те би широко досуђивање новчане накнаде од стране судова ишло на руку да се подижу неосноване тужбе, само из лукративних мотива (Станковић, 1998:147). Ипак, судска пракса, у основи, стоји на становишту да оштећени, под одређеним условима, има право и на новчану накнаду нематеријалне штете, без обзира на постојање и накнаду материјалне штете.

Међутим, по питању незаконитог престанка радног односа судска пракса се колеба, и то стање траје још из времена СФРЈ и показује доста осцилација.²¹ Тако, у једној пресуди из 1993. године, Врховни суд Србије заузео је став у корист досуђивања накнаде нематеријалне штете услед незаконитог отказа. У пресуди се каже: „Ако је одлука којом је повређено право из радног односа код радника изазвала озбиљнији поремећај психичке и емоционалне равнотеже, а нарочито ако је тај поремећај продукт шикане,

19 „Сл. гласник РС“, бр. 106/09

20 Види одлуке Уставног суда Србије VIIIУ-102/2010, VIIIУ-189/2010, VIIIУ-413/2012.... VIIIУ-961/2012. Више о томе на: Уставни суд Републике Србије, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/

21 У једној пресуди Врховног суда Хрватске из 1979. године, признаје се право на новчану накнаду нематеријалне штете раднику. Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев.-988/79 од 26.12.1979. Наведено према: Благојевић, Круљ, 1983: 754.

онда радник, у начелу, може остварити право на накнаду нематеријалне штете, без обзира што му је накнада материјалне штете већ досуђена.²² У другој једној пресуди, неколико година касније, Врховни суд мења став. У пресуди се истиче: „Правилно је другостепени суд преиначио одлуку првостепеног суда и одбио тужбени захтев тужиоца као неоснован. Наиме, правична накнада за претрпљене душевне болове припада само у случајевима прописаним чл. 200 ЗОУ, и то за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа и части, слободе или права личности и смрти блиског лица. Тужиоцу не припада право на новчану накнаду за претрпљене психичке болове услед незаконитог удаљења с посла јер је његова сатисфакција у томе што је правноснажном судском одлуком враћен на посао. С тим у вези, тужилац има право на накнаду материјалне штете због изгубљене зараде која је тужиоцу, како се види из списка предмета, исплаћена као стварна штета на име разлике у личном дохотку за период удаљења из предузећа.“²³

Општински суд у Нишу је, пресудом из 2009. године, усвојио тужбени захтев тужиоца и обавезао туженог послодавца да му исплати накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова због повреде угледа и повреде части (посебно за сваки вид), а због незаконитог удаљења са рада и вођења дисциплинског поступка који је резултирао отказом уговора о раду. Против одлуке о престанку радног односа тужилац је повео радни спор, који је окончан поништајем спорне одлуке и враћањем тужиоца на рад. Против тужиоца вођен је и кривични поступак, који је обустављен одустанком послодавца, као субсидијарног тужиоца. У пресуди се наводи: „...У конкретном случају, утврђено је постојање душевних болова на страни тужиоца... Суд је утврдио из самог исказа сведока, а на основу слободног судијског уверења, да је тужилац у спорном периоду трпео душевне болове средњег интензитета. Такође, тужилац је доказао да су поступци који су вођени против њега вођени злонамерно и шиканозно, а све то произилази и из других писмених доказа који су у потпуној сагласности и потврђују наводе тужиоца, па је суд на основу наведених доказа утврдио да је туженик у конкретном случају поступао на незаконит, неправилан и шиканозни начин, а све у циљу повреде угледа, части и права личности тужиоца.“²⁴

22 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4514/92 од 11.1. 1993. године.

23 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 4765/99 од 27. 10. 1999. године.

24 Пресуда Општинског суда у Нишу, П1. Бр. 3248/08, од 12.3.2009. године. У цитираном делу, пресуда је потврђена (са преиначењем досуђених новчаних износа) пресудом Округног суда у Нишу Гж. 1. бр. 1046/09, од 14. 12. 2009. године.

Поступајући по тужби разрешене судије за накнаду нематеријалне штете, а због претрпљеног душевног бола због повреде части и угледа, права личности и претрпљених физичких болова, Основни суд у Нишу је, својом пресудом од 11.12. 2013. године, усвојио тужбени захтев. У пресуди се наводи: „По оцени суда, одлуком Високог савета судства којом тужиља није изабрана за судију суда за који је конкурисала, тужиљи је нанета штета, тим пре што је наведена одлука поништена одлуком Високог савета судства, уз образложење да је иста незаконита и да као таква мора бити уклоњена из правног промета, као и с обзиром на чињеницу да је, поступајући по налогу Уставног суда РС, Високи савет судства донео одлуку којом је тужиљу изабрао за судију... Како овај суд закључује, оваквом одлуком тужиљи је нанета нематеријална штета у виду повреде њеног угледа и части, због чега је она трпела душевне болове. Овакав закључак суда поткрепљују и чланци објављени у новинама... Како је код тужиље, услед овакве одлуке и каснијих поступака надлежних органа и појединаца представника државне власти, дошло до озбиљнијег поремећаја психичке и емотивне равнотеже, имајући у виду да је иста обављала дужност судије, те као такав представља личност високих моралних стандарда, тиме је њен захтев за накнаду нематеријалне штете оправдан.“²⁵ Међутим, Апелациони суд у Нишу је ову пресуду укинуо и предмет вратио првостепеном суду на поновно одлучивање. У образложењу одлуке Апелационог суда наводи се: “Сама чињеница да тужиља није изабрана на судијску функцију, односно да јој је дотадашња функција престала, а да је таква одлука касније поништена, не води нужно закључку да тужиља има право на накнаду нематеријалне штете. Високи савет судства донео је одлуку у вршењу службе, а не у циљу остваривања намере омаловажавања... Нема израза који су одступили од уобичајеног изражавања, односно оних који су били злонамерно употребљени... На крају, објављивањем одлуке о поништају одлуке о неизбору и избор тужиље за судију, остварена је природна реституција али је и јавности учињено доступним сазнање да су одлуке о неизбору биле правно погрешне и чињенично без основа. Тако је остварен и одговарајући вид сатисфакције и рехабилитација.“²⁶

У циљу уједначавања праксе у предметима за накнаду штете разрешених судија и тужилаца, 17. маја 2013. године одржана је заједничка седница грађанских одељења сва четири Апелациона суда у Републици Србији. На седници је усвојено „коначно правно схватање“.²⁷ Том приликом, заузети

25 Пресуда Основног суда у Нишу, П1.бр. 1931/13, од 11.12.2013. године.

26 Пресуда Апелационог суда у Нишу, 1П.бр. 5802/12, од 04.3.2013. године. Овај поступак, до тренутка предаје овог рада у штампу, није окончан.

27 Правно схватање је објављено у Билтену Апелационог суда у Београду, бр. 5/2013.

су ставови и по питању накнаде материјалне и нематеријалне штете. На овом месту, пажњу ћемо посветити само делу који се односи на право на накнаду нематеријалне штете разрешених судија и тужилаца. По овом схватању, иако је неспорно „да се у одлукама о приговору, појединим од неизабраних судија, ставља на терет да су нестручни, неспособни или недостојни за вршење судијске функције и да ти по карактеру и вредности судови нису потврђени у поступку контроле тих појединачних правних аката због погрешне употребе критеријума и одсуства „једнакости оружја“, ипак је заузет став да, по правилу, нема повреде части и угледа у мери која би оправдавала накнаду штете само због чињенице доношења назначених одлука. Два се разлога наводе за то. Прво, да су назначени искази употребљени у одлукама донетим од стране надлежних органа у процедури избора и односе се на примену критеријума. Због тога, наводи се даље, када нема чињеничног основа за изведене ставове, нити за закључао о злоупотреби права, не може се извести разумно прихватљив став да су ти судови у функцији омаловажавања другог. Други разлог који се наводи јесте да таква одлука, по правилу, није могла да доведе ни до мањег поштовања неизабраног судије у друштву, јер и ако је њен садржај изашао изван оквира процедуре с обзиром на јавност судијске функције и објављивање одлука у средствима информисања, он је добио у одређеном виду позитивну рехабилитацију (поништавањем тих одлука и објављивањем одлука истог органа о поништавању). Истини за вољу, наведено схватање садржи и једну оgradu, изражену на следећи начин: „...поштујући правило о индивидуалитету овог вида настанка штете у сваком конкретном случају треба узети у обзир околности и на основу њих вредновати да ли је у конкретном случају дошло до повреде части и угледа.“ Дакле, иако се не искључује у потпуности право разрешених судија и тужилаца на накнаду нематеријалне штете (тачније, оставља се веома мала могућност), апелациони судови, начелно, сматрају да за такву накнаду нема места.

Слободни смо да се, уважавајући све наведене аргументе, не сложимо са овим мишљењем. Пре свега, а полазећи од општих принципа о одговорности за штету, сматрамо да је ирелевантно да ли су изнети судови били у функцији омаловажавања другог и да је реч о погрешном закључку органа и учењеној грешци у процедури. Примера ради (као што смо горе већ навели) и неосновано лишење слободе може да буде последица грешке у процедури, али то не искључује право на накнаду нематеријалне штете. Нарочито се не можемо сложити са констатацијом да такве одлуке нису могле да доведу до „мањег поштовања неизабраног судије у друштву“, те да је поништајем и објављивањем тих одлука „добијена позитивна

реhabилитација“. Сматрамо да овакво схватање не уважава животну реаланост и друштвене односе. Разрешење са дужности (као и отказ), по природи ствари, код околине доводе до утиска да је то лице до тога довело својим скривљеним понашањем, а да су разрешење (или отказ) нормална последица откривања од стране надлежних. О поштовању процедуре јавност, осим, можда, стручне, не води рачуна. Ово нарочито треба имати у виду ако је од разрешења (или отказа), па до званичне потврде да је то резултат грешке протекло доста времена (година, или више). Самим тим, душевни болови и страх трајали су дуже и неминовно је, по нашем мишљењу, да се у том периоду трпи нематеријална штета у виду душевних болова због повреде части и угледа. Наравно, то треба процењивати од случаја до случаја.

Осим тога, наведено правно схватање не разматра други облик нематеријалне штете који може настати услед незаконитог отказа/разрешења, а то је страх. Као и код незаконитог отказа, тако и код разрешења може се јавити страх због угрожености егзистенције услед губитка прихода. Мислимо да није од великог утицаја чињеница да су разрешене судије и тужиоци, док се није одлучило о њиховом разрешењу, примали новчану накнаду, с обзиром да је осећај страха везан за неизвесност око коначног исхода поступка.

5. Закључна разматрања

Неспорно је, у нашој правној теорији и пракси, да незаконити престанак радног односа, у одређеним случајевима, може да проузрокује душевне болове због повреде части и угледа, као и да изазове страх. Посебно је питање да ли тако изазвани душевни болови и страх дају право оштећеном на новчану накнаду нематеријалне штете или не. Односно, да ли само поништавање одлуке о престанку радног односа и враћање на рад (или избор у звање судије) довољна сатисфакција, тако да није оправдано досуђивати и новчану накнаду. Такође, поставља се и питање утицаја кривице послодавца, тј. органа или тела које је донело незакониту одлуку на право на накнаду нематеријалне штете.

Мишљења смо да у случају незаконитог отказа (неизбора, разрешења) постоје случајеви када нематеријална репарација није довољна да поправи стање изазвано оштећујућом радњом, већ да је оправдано досуђивање и новчане накнаде неимовинске штете. То, наравно, не значи да ово право судови треба да досуђују у свим случајевима незаконитог отказа, већ само тамо где је, према околностима случаја, то оправдано. Другим речима, право на новчану накнаду нематеријалне штете не треба

унапред искључити, већ је треба признавати онда када то околности случаја оправдавају. Такође, и висина накнаде мора бити у зависности од околности случаја. Уосталом, право на новчану накнаду нематеријалне штете у нашем праву признаје се и лицима неосновано лишеним слободе или неосновано осуђеним (Шкулић, 2010:119). Погрешно би, стога, било *a priori* искључивати право на новчану накнаду нематеријалне штете у овим случајевима. Сматрамо, такође, да кривица штетника, с обзиром на горе изложено, не може бити пресудан аргумент за одлучивање. Ово нарочито када се ради о одговорности државе, с обзиром да по нашим прописима правно лице одговара за штету који његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.²⁸

Литература

Алишани, А. (2007), Нематеријална штета и њена накнада због повреде права личности, *Правни живот*, 11/2007, 881-899.

Auer, P., Cazes, S. (2003), *Employment stability in an age of flexibility*, International Labour Office, Geneva, 2003.

Благојевић, Круљ (1983). Б. Благојевић, В. Круљ (ур), Коментар Закона о облигационим односима, Савремена администрација, Београд.

Bronstein, (2009), A. Bronstein, *International and Comparative Labour Law-Current challenges*, International Labour Organization, Palgrave MacMillan, Geneva, 2009.

Deakin, S, Morris, S.G, (2005), *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

Despax, M., Rajot, J., J.P. Laborde, (2011), *Labour Law in France*, Wolters Kluwer.

Живковић, Б. (2014), Неке новеле Закона о раду, Билтен Врховног касационог суда Републике Србије, бр. 4/2014.

Ђукић, Л, (2014), Дисциплински отказни разлози према Закону о изменама и допунама Закона о раду, Билтен Врховног касационог суда Републике Србије, бр. 4/2014.

Јевтић, Д. (1966), *Судска психопатологија*, Медицинска књига, Београд-Загреб.

Јовановић, П. (2013), Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа, *Радно и социјално право*, XVII (1/2013), 35-56.

28 Чл. 172. Закона о облигационим односима.

Кадриу, О. (1997), Престанак радног односа и право на нематеријалну штету, *Правни живот*, 10/1997, 611-627.

Ковачевић, Љ. (2013), Правна субординација у радном односу и њене границе, *Правни факултет Универзитета у Београду*.

Милошевић, Љ. (1963) Накнада неимовинске штете из радних односа, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4, 444-450.

Паравина, Д. Р. (1996), Злоупотреба права у области радних односа, *Злоупотреба права*, Зборник радова, *Правни факултет у Нишу*, 1996, 176-184.

Painter. W. R, K. Puttick, A. Holmes (2004), *Employment Rights*, Pluto Press, London.

Петровић, М. (2011), Одговорност државе за штету проузроковану допуштеним радњама и правним актима њених службеника и органа, посебно законима, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LVII.

Радишић, Ј. (1988) *Облигационо право*, Савремена администрација, Београд.

Салма, Ј. (1997), Узрочност-као детерминанта субјектата и обима одговорности за штету, *Правни живот*, 10/1997, 529-544.

Станковић, О. (1998) *Накнада штете*, Номос, Београд.

Supiot, A. (2005), *Beyond Employment-Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, New York, 2005.

Treu, T. (2007), *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International.

Чолић, Б. (2005), Поступци заштите права запослених пред судовима и другим органима, *Радно и социјално право IX (1-6/2005)*, 285-314.

Ћирић, З. (2013), *Судска психијатрија*, *Правни факултет у Нишу*.

Hepple, B. (1998), *Flexibility and Security of Employment*, у: Blanpain, R., Engels, C., (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998.

Шемић, М. (1995), О нематеријалној штети, *Правни живот*, 10/1995, 511-534.

Шкулић, М. (2010), Поступак за накнаду штете неосновано осуђеним лицима, *Правни живот*, 7-8/2010, 95-120.

Goran Obradović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Slobodanka Kovačević Perić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law in Priština

(with a temporary seat in Kosovska Mitrovica)

Non-pecuniary Damages for Wrongful Dismissal

Summary

One of the consequences of wrongful dismissal is the damage sustained by the unlawfully dismissed person. It may occur in two forms: as material damage and as non- non-material damage. In the event of a wrongful termination of employment, material damage is reflected in loss of earnings and other income that could have been received if there had been no wrongful dismissal, as well as in failure to pay contributions for mandatory social insurance. The compensation for material damage (pecuniary damages) for wrongful termination of employment is not a matter of controversy in Serbian theory and practice.

Besides material damage, wrongful dismissal may also cause non-material damage. In the spirit of Serbian law, it may be reflected in sustained mental pain (for the violation of dignity and reputation, and/or violation of one's personality rights) and sustained fear. The right to claim compensation for non-material damage (non-pecuniary damages) is a subject matter of debate particularly in legal practice. The major issue of dispute in wrongful dismissal cases is the question whether it is necessary to award non-pecuniary damages for sustained mental pain or distress (in addition to pecuniary damages), or whether the rendered court decision (establishing that the dismissal has been wrongful and that the employee shall return to work) is a sufficient satisfaction. Inter alia, the same question has been posed in respect of the cases involving the unlawfully dismissed judges and prosecutors. The authors advocate the standpoint that a wrongful act cannot be fully remedied in all cases only by awarding declaratory relief and returning the employee to work. Hence, non-pecuniary damages should be awarded as compensation for non-material damage caused by wrongful termination or dismissal whenever it is justified by the circumstances of the case.

Key words: employment, wrongful termination, damages.

Др Небојша Раичевић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 341.233

Рад примљен: 05.10.2014.

Рад прихваћен: 20.10.2014.

ПРЕДЛОЗИ ЗА БУДУЋЕ РЕГУЛИСАЊЕ ХУМАНИТАРНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ**

Апстракт: Хуманитарну интервенцију треба додатно регулисати како би се разјасниле одређене правне недоумице и отклониле тешкоће у њеној примени у пракси. То будуће регулисање хуманитарне интервенције може се извршити на један од три начина: усвајањем посебног међународног уговора, уношењем амандмана у текст Повеље УН или фактичком ревизијом Повеље УН. У овом моменту фактичка ревизија Повеље је најприхватљивији начин за будуће регулисање хуманитарне интервенције. Када су у питању супстанцијална правила, пажња мора бити фокусирана на одлучивање о хуманитарној интервенцији и услове и критеријуме за њено одобравање и спровођење. Савет безбедности УН и даље мора задржати право одлучивања о одобравању хуманитарне интервенције, с тим што се треба створити и једно независно експертско тело које ће му пружати потребну помоћ. Установљење услова и критеријума за предузимање хуманитарне интервенције треба да ојача њен легитимитет и спречи евентуалне злоупотребе те установе.

Кључне речи: хуманитарна интервенција, Организација уједињених нација, Савет безбедности, ревизија Повеље УН, људска права, употреба оружане силе.

* raicko@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој РС у пројектном циклусу 2011-2014.

1. Увод

Хуманитарна интервенција представља један вид употребе силе у међународним односима. Она се може дефинисати као *употреба оружане силе од стране државе (држава) или међународне организације против неке државе без њене сагласности, ради спречавања или заустављања озбиљног и масовног кршења људских права којем су изложени грађани државе против које се интервенише.*

С обзиром на то да ли за хуманитарну интервенцију постоји одобрење Организације уједињених нација или не, можемо разликовати унилатералну (једнострану) и одобрену хуманитарну интервенцију. Унилатерална хуманитарна интервенција је интервенција ради заштите људских права која се предузима без одобрења Савета безбедности (евентуално Генералне скупштине) ОУН-а.¹ Насупрот унилатералној хуманитарној интервенцији, свака она интервенција за коју постоји одобрење релевантних органа ОУН-а, било да је спроведена од стране саме ОУН, других међународних организација или држава, сматра се одобреном хуманитарном интервенцијом.²

Пошто се код унилатералне хуманитарне интервенције оружана сила примењује без одобрења Савета безбедности, она представља акт противан важећем међународном праву. Услед тога, такву интервенцију треба елиминисати са међународне сцене, а у случају озбиљног и масовног кршења људских права прибегавати само одобреној хуманитарној интервенцији. Легалност одобрене хуманитарне интервенције начелно се не доводи у питање. Уколико у некој држави постоји кршење људских права које угрожава међународни мир и безбедност, нема сметњи да Савет безбедности на основу чл. 39 и 42 Повеље УН одобри употребу војне силе ради отклањања таквог стања (Раичевић, 2008: 45–62).

Иако се и према вежећем међународном праву (*de lege lata*) не може оспорити легалност одобрене хуманитарне интервенције, ту установу би требало додатно регулисати, како би се разјасниле одређене правне недоумице и отклониле тешкоће у њеној примени. У овом раду управо су дати предлози како би требало уредити хуманитарну интервенцију *de lege*

1 Након Другог светског рата предузет је већи број унилатералних хуманитарних интервенција, и то: Индије у Источном Пакистану (1971), Вијетнама у Камбоџи (1978), Танзаније у Уганди (1979), коалиционих снага у Ираку (1991/92) и НАТО-а у СР Југославији (1999).

2 На основу одобрења Савета безбедности УН спроведене су интервенције ради заштите људских права у следећим државама: Сомалији (1992–1994), Босни и Херцеговини (1992–1995), Руанди (1994) и Либији (2011).

ferenda. Треба нагласити да се у раду разматра једино будуће регулисање одобрене хуманитарне интервенције, а не и унилатералне хуманитарне интервенције. Мишљења смо да ту интервенцију не треба регулисати, већ је потпуно елиминисати из међународних односа. Унилатерална употреба силе, сасвим оправдано, стављена је Повељом УН ван права (осим у случају самоодбране) и замењена колективним системом безбедности, те је стога не треба поново враћати на светску сцену, макар то било и у форми хуманитарне интервенције.

У првом делу рада анализирају се поступци који могу бити примењени за будуће регулисање хуманитарне интервенције. Конкретно, разматрају се следеће процедуре: усвајање посебног међународног уговора који ће регулисати хуманитарну интервенцију, уношење нових правила о хуманитарној интервенцији у текст Повеље УН и фактичка ревизија Повеље УН.

У другом делу рада пажња је усмерена на могућа супстанцијална решења за будуће регулисање хуманитарне интервенције. Најпре се разматра на који начин унапредити поступак одлучивања о одобравању хуманитарне интервенције јер је досадашња пракса показала да је Савет безбедности, због немогућности постизања консензуса сталних чланица, више пута остао пасиван и у ситуацијама када је постојало очигледно кршење људских права. Након тога предлажу се и одређени услови и критеријуми за одобравање и спровођење хуманитарне интервенције, у циљу отклањања неуједначеног поступања Савета безбедности и умањења могућности злоупотребе хуманитарне интервенције.

2. Форма регулисања

У основи, будуће регулисање хуманитарне интервенције може се остварити на један од три начина. Први могући начин регулисања подразумева закључење посебног међународног уговора посвећеног хуманитарној интервенцији. Други пут регулисања хуманитарне интервенције јесте формална измена Повеље УН, док је трећи фактичка ревизија Повеље.

2.1. Закључење посебног међународног уговора

Будуће регулисање хуманитарне интервенције могуће је извршити закључењем посебног међународног уговора. Уколико државе буду вољне да прецизирају када и на који начин ОУН треба да одобри хуманитарну интервенцију и одреде начин њеног спровођења, оне могу отпочети преговоре за закључење уговора који би регулисао ту проблематику.

Најбоље је да закључење једног таквог уговора буде спроведено под окриљем ОУН.

Правно гледано, закључење међународног уговора о регулисању хуманитарне интервенције не би било у супротности са Повељом УН, под условом да будућа решења тог уговора буду у оквирима Повеље УН. Имајући у виду чл. 103 Повеље,³ нови уговор не би могао садржати одредбе које би противречиле конститутивном акту ОУН. Дакле, решења садржана у будућем уговору могла би само прецизирати поједине одредбе Повеље УН, без њиховог мењања. Због тога би овај начин, за разлику од остала два (формална или фактичка ревизија Повеље УН), имао ограничен домаћај. Овакав начин регулисања отворио би и проблем положаја држава чланица ОУН-а које не ратификују међународни уговор о хуманитарној интервенцији. Због свега тога, ова опција будућег регулисања хуманитарне интервенције је најмање пожељна.

2.2. Формална измена Повеље УН

Други могући начин за регулисање хуманитарне интервенције јесте формална измена Повеље УН. Применом тог начина текст Повеље би био измењен уношењем додатних правила о хуманитарној интервенцији.

Повеља УН, као и већина међународних уговора, прописује начин своје формалне измене, и то у глави XVIII (чл. 108 и 109). У зависности од обима и значаја измена, Повеља предвиђа два поступка. У чл. 108 прописана је процедура за мање важне измене Повеље, тзв. амандмански поступак. Иницијативу за такву измену може дати било која држава чланица најмање 60 дана пре заседања Генералне скупштине. Према овом члану, измене и допуне Повеље ступају на снагу „кад буду изгласане од стране две трећине чланова Генералне скупштине и ратификоване сагласно њиховим уставним поступцима од стране две трећине чланова Уједињених нација, укључујући ту и све сталне чланове Савета безбедности“.

Чл. 109 регулише поступак којим се врше битне измене Повеље, те је он стога и сложенији од амандманског поступка. Сложеност ове процедуре огледа се у посебној иницијативној процедури за измену Повеље. За разлику од амандманског поступка где је довољна иницијатива и само једне државе, у овом случају потребан је пристанак најмање девет чланова Савета безбедности⁴ и две трећине чланова Генералне скупштине. Уколико

3 Чл. 103 Повеље УН гласи: „У случају сукоба између обавеза чланица Уједињених нација по овој Повељи и њихових обавеза по неком другом међународном споразуму, превагу ће имати њихове обавезе по овој Повељи“.

4 Чланом 109 предвиђено је да то могу бити било којих девет чланова Савета безбедности, па самим тим сталне чланице у овој фази немају право вета.

се у оба ова органа постигне поменута већина, онда се одржава генерална конференција УН на којој се одлучује о измени Повеље. Услови за ступање измена Повеље на снагу исти су као и код амандманског поступка.

Може се видети да код оба ова поступка свака стална чланица Савета безбедности одбијањем ратификације изгласаних измена може онемогућавати њихово ступање на снагу, макар те измене ратификовале све остале чланице УН. На тај начин сталне чланице имају неку врсту *de facto* вета, што им омогућава да спрече било какву измену Повеље. Поступак измене додатно отежава и начин одређивања већине код гласања о том питању. За разлику од чл. 18 Повеље који прописује да се одлуке о важним питањима у Генералној скупштини доносе двотрећинском већином присутних држава чланица (релативна већина), чл. 108 и 109 захтева да за измену Повеље гласа две трећине од укупног броја држава чланица (апсолутна већина).

Постоји више поборника овог начина будућег регулисања хуманитарне интервенције. Један од њих је Независна међународна комисија за Косово. Она сматра да је унилатерална хуманитарна интервенција нелегална али легитимна, и предлаже трофазну процедуру како би се тај несклад између легалитета и легитимитета отклонио. Први корак би био предлагање оквирних принципа за утврђивање услова који треба да буду испуњени да би хуманитарна интервенција била одобрена, други, формално усвајање тог оквира од стране Генералне скупштине у форми Декларације о праву и дужности на хуманитарну интервенцију, и последњи, измена Повеље у циљу инкорпорисања тих новина (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 187).⁵ И Ајуб (*Ayoub*) се залаже за ревизију Повеље као начин будућег регулисања хуманитарне интервенције (*Ayoub*, 2002: 95–96), а Карташкин (*Kartashkin*) чак предлаже да се приликом будуће ревизије Повеље УН у овај уговор унесе посебна глава о људским правима како би се установила што ефикаснија заштита људских права од стране органа УН, мислећи ту пре свега на заштиту коју ће пружати Савет безбедности (*Kartashkin*, 1991: 209).

Инкорпорисање одредби о хуманитарној интервенцији у Повељу УН неће бити остварено ни брзо, ни једноставно. С обзиром на то да ће таква измена директно погодити широк круг држава, не треба очекивати лако постизање двотрећинске већине, конкретно данас, убедити 129 од 193 државе да гласају за ту измену и да је потом ратификују. Мале државе, плашећи се еродирања свог суверенитета, противе се хуманитарној интервенцији, па и оној коју би одобравала ОУН. Неке од мањих држава у

⁵ Независна међународна комисија за Косово има још једну алтернативу, о којој ће касније бити речи.

хуманитарној интервенцији виде „тројанског коња“ којег велике силе могу злоупотребити и спровести оружану акцију онда када имају политички или економски интерес за такву интервенцију. Можда је још већи проблем придобити подршку свих пет сталних чланица Савета безбедности за такву измену. Њима свакако више одговара постојеће стање које им даје велику моћ дискреционог поступања. Свако даље прецизирање услова за предузимање хуманитарне интервенције и њихово евентуално упрощавање њима не би одговарало. Како Независна међународна комисија за Косово истиче, неке велике државе имају уздржан став према „померању хуманитарне интервенције из домена *ad hoc* дипломатије, због страха да ће појавом хуманитарне катастрофе, настати и обавеза интервенисања ради спречавања или ублажавања кризе“. Њима више одговара постојеће стање јер те државе не желе да прихвате дужност хуманитарне интервенције, осим онда и тамо где њима то одговара (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 191).

2.3. Фактичка ревизија Повеље УН

Поред уношења формалних амандмана у Повељу, постоји још један пут за ближе регулисање хуманитарне интервенције. У питању је фактичка ревизија, где се сам текст Повеље не мења, већ се екстензивним тумачењем њеним појединим одредбама даје другачије значење које путем резолуције добија карактер аутентичности (Јанковић, Радивојевић, 2014: 182).

По узору на Резолуцију уједињени за мир, неки предлажу доношење резолуције уједињени против геноцида, односно злочина против човечности која би Генералној скупштини УН дала овлашћење да у случају масовног кршења људских права донесе одлуку о интервенцији (Wheeler, 2001: 564, Clarke, 2001: 8).

Независна међународна комисија за Косово, као мање пожељну алтернативу формалној измени Повеље, предлаже да Генерална скупштина усвоји Декларацију о праву и дужности на хуманитарну интервенцију која би помогла Савету безбедности да на бази ње изгради нови приступ хуманитарној интервенцији. Како Комисија истиче, то би била „мекша“ опција у регулисању хуманитарне интервенције (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 190, 197).

Фенвик (*Fenwick*) предлаже усвајање резолуције, било од стране Генералне скупштине УН или Савета безбедности, којом би се ближе регулисала поједина питања везана за хуманитарну интервенцију (Fenwick, 1973: 340–374). Такође, Панел за претње, изазове и промене (UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004: para. 208) и Марфи (*Murphy*) сма-

трају да се резолуцијом Савета безбедности или Генералне скупштине могу предвидети одређени принципи који ће бити од значаја приликом одлучивања о хуманитарној интервенцији (Murphy, 1996: 322).

Неки пак предлажу још неформалније начине који ће довести до измена Повеље неопходних за будуће регулисање хуманитарне интервенције. Тако, Хенкин (*Henkin*) сматра да интервенција НАТО-а у СР Југославији може подстаћи измену међународног права у погледу развоја „форме колективне интервенције“ изван домаћаја права вета у Савету безбедности. Таква измена може бити постигнута и без формалне ревизије Повеље (коју је тешко остварити) и то путем „центлменског споразума“ између сталних чланова Савета безбедности или њиховим разборитим самоограничавањем и уздржавањем (Henkin, 1999: 828, Franck, 2006: 609).

3. Супстанцијална правила

Најважнија питања која у вези са хуманитарном интервенцијом треба уредити јесу органи и начин одлучивања о одобравању хуманитарне интервенције, као и услови и критеријуми за њено предузимање и спровођење.

3.1. Одлучивање о одобравању хуманитарне интервенције

Кад је у питању одлучивање о одобравању хуманитарне интервенције, предлажу се два решења. Према првом, то одлучивање и даље треба да остане искључиво у рукама постојећих органа ОУН-а, док се по другом решењу предлаже установљење нових органа који би имали значајну улогу у том одлучивању.

Пристилице првог решења су бројније. Они сматрају да Савет безбедности и даље треба да одобрава хуманитарне интервенције, али предлажу значајне новине које ће допринети унапређењу поступка одлучивања. Том приликом неки предлози су апстрактне природе, док други нуде врло конкретна решења.

Независна међународна комисија за Косово предлаже измену ширег контекста Повеље како би се заштити људских права у ОУН-у дао већи значај, а самим тим створиле и претпоставке за лакше одлучивање у Савету безбедности у случају озбиљног и масовног кршења људских права. Комисија, најпре, предлаже да се у чл. 1, ст. 1 унесе и референца о поштовању људских права, тако да први циљ УН буде „очување међународног мира и безбедности и поштовање људских права ...“. У члану 24 који говори о задацима и овлашћењима Савета безбедности, у ст. 1, предложено је

додавање израза „и поштовање основних људских права“ тако да чл. 24(1) гласи: „Да би осигурали брзо и успешно поступање Уједињених нација, њихове чланице поверавају Савету безбедности примарну одговорност за одржање међународног мира и безбедности и поштовање људских права, и сагласни су да Савет безбедности при вршењу својих дужности на основу ове одговорности поступа у њихово име“. На крају, предложена је и измена чл. 39 у којем, такође, треба уметнути референцу о поштовању људских права, тако да тај члан гласи: „Савет безбедности утврђује да ли постоји било која претња миру, нарушавање мира, акт агресије или озбиљно кршење људских права и даје препоруке или одлучује какве ће се мере предузети, у складу са члановима 41 и 42, да би се сачували или поново успоставили међународни мир и безбедност и поштовање људских права“.

Овако формулисане одредбе дале би Савету безбедности могућност да се директно позове на кршење људских права као разлог за одобравање привремених и принудних мера. Тиме би овај орган изгубио потребу да приликом одлучивања о хуманитарној интервенцији растеже реалност и сваки пут се позива на „претњу међународном миру“. Истовремено, при постојању оваквих правила Савет безбедности би много теже могао остати по страни и не чинити ништа у случају озбиљних кршења људских права (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 196–197).

За разлику од ових предлога који се односе на шири контекст одлучивања, неки нуде и конкретна решења која Савету безбедности треба да олакшају одобравање хуманитарне интервенције.

Бивши француски министар иностраних послова је истакао да би стални чланови Савета безбедности требали да се обавезу да неће користити своје право вета ради спречавања интервенција које представљају одговор на хуманитарне кризе.⁶ Штромсет (*Stromseth*) предлаже да Француска учини једнострану декларацију у том погледу, што би извршило значајан политички притисак на остале сталне чланове да се макар уздрже од употребе вета код будућег одлучивања о ситуацијама у којима постоји масовно кршење људских права (Stromseth, 2003: 265). Сличан предлог даје и Међународна комисија за интервенцију и сувереност држава, која сматра да пет сталних чланова Савета безбедности треба да створе „кодекс понашања“ о употреби вета код одлучивања о интервенцији ради заштите људских права. Тим кодексом, стални чланови треба да се обавезу да у питањима која не погађају њихове виталне националне интересе неће користити вето уколико би оно спречило усвајање одлуке за коју постоји потребна већина. То би, заправо, представљало њихово „конструктивно

6 Интервју са француским министром спољних послова Ибером Ведрином (*Hubert Védrine*), јул 2001; наведено према (Stromseth, 2003: 265).

уздржавање“ (International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001: 51).⁷

Уколико Савет безбедности и даље остане тело које ће имати крајњу одговорност за одлучивање о хуманитарним интервенцијама, Хархоф (*Harhoff*) сматра да треба побољшати његову способност деловања. У том циљу, он предлаже предузимање једне од следећих мера (алтернативно): а) захтевање најмање два негативна гласа сталних чланица Савета безбедности како би се спречило усвајање одлуке о предузимању хуманитарне интервенције; б) изношење на дневни ред „негативне“ резолуције у којој се истиче да не постоји кризна ситуација која захтева међународну принудну акцију; в) захтевање од сталних чланица да изнесу детаљне разлоге због којих су употребили вето на одлуку о хуманитарној интервенцији; г) ограничавање права вета само на случајеве у којима је хуманитарна интервенција предложена против сталног члана Савета безбедности. Поред овога, он предлаже и употребу специјалних известилаца и анкетних комисија у циљу раног упозорења, како би Савет безбедности на време био упознат са ситуацијама које могу довести до озбиљног кршења људских права (*Harhoff*, 2001: 109-110).⁸

Занимљив предлог изнео је бивши амбасадор Шпаније при УН, сматрајући да би у случају неслагања једног сталног члана са одобравањем хуманитарне интервенције преостала четири стална члана (тј. 4/5-ска већина) могла прогласити ништавим вето тог сталног члана. Потом би Савет безбедности узео то питање у „друго разматрање“, при чему би доношење одлуке било спречено једино уколико два стална члана употребе вето (*Arias*, 2000: 1026).⁹

7 Комисија учача значајан политички проблем који настаје услед недоследности великих држава у свом понашању и поштовању Повеље УН. Државе које инсистирају на очувању сталног чланства у Савету безбедности, и тиме задржавању права вета, у тешком су положају када захтевају могућност да делују изван оквира УН, због тога што је Савет паралисан употребом вета друге сталне чланице. Другим речима, онај ко инсистира на поштовању постојећих правила игре, захтева одбацавање сваког исхода када је меч одигран по тим истим правилима; (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001: 51). И Хенкин сматра да хуманитарна интервенција треба да буде изван домаћаја права вета у Савету безбедности; (*Henkin*, 1999: 828).

8 Међутим, има и оних који сматају да је Савет безбедности данас довољно репрезентативно тело и да нема разлога да његов састав буде мењан. Тако Лилић (*Lillich*) истиче да су се државе чланице приликом ратификације Повеље сложиле са композицијом Савета безбедности. Поред тога, иако 15 чланица Савета безбедности представљало само 8% од тадашњих 185 држава чланица УН, њихово становништво чини око две милијарде људи, што апроксимативно представља 38% светске популације; (*Lillich*, 1994: 15).

9 Шпански амбасадор наводи да постоји неколико присталица оваквог предлога, међу којима је и бивши генерални секретар УН, Кофи Анан.

Има и оних који се залажу да Савет безбедности задржи примарну надлежност за одлучивање о предузимању хуманитарних интервенција, али предлажу да у случају његове блокаде то овлашћење пређе на Генералну скупштину, а у хитним ситуацијама на Генералног секретара УН (Kirwan, 2013: 59–61).

За случај да се не створи нови орган (Хуманитарни савет) који би одлучивао о предузимању хуманитарне интервенције и Савет безбедности настави да буде форум који одлучује о хуманитарној интервенцији, Ајуб предлаже да његово чланство буде проширено и географски правичније расподељено. Поред тога, он сматра да приликом одлучивања о хуманитарној интервенцији, сталне чланице се морају одрећи права вета (Ауооб, 2001: 228–229). Слично томе, и Галант (*Gallant*) предлаже проширење састава Савета безбедности које би земљама у развоју дало већи утицај у светским збивањима. И он сматра да озбиљно треба размотрити ограничавање права вета, јер вето представља основни разлог неспособности УН да доследно спроводе међународно право и стандарде људских права (Gallant, 1992: 914–918).

Пристилице другог решења сматрају да постојећа структура органа УН не може обезбедити правовремено и непристрасно доношење одлуке о предузимању хуманитарне интервенције. Због тога предлажу установљење неких нових органа који би преузели значајан део одговорности приликом одлучивања о том питању. При томе, неки заговарају установљење посебног независног тела које би само указивало на потребу одобравања хуманитарне интервенције, док би коначну одлуку о томе и даље доносио Савет безбедности. Други пак сматрају да одлучивање о хуманитарној интервенцији треба изместити из Савета безбедности и пренети га на посебно специјализовано тело.

Као пример за прву иницијативу можемо навести предлог да се формира независна хуманитарна комисија која би имала задатак да прати потенцијалне хуманитарне катастрофе и да посредством генералног секретара УН на њих скрене пажњу Савету безбедности. Иако таква иницијатива неће гарантовати предузимање хуманитарне интервенције, Савет безбедности, а нарочито његови стални чланови, наћи ће се у неприлици и тешкоћама ако остану равнодушни према масовном кршењу људских права. У ситуацији када их на предузимање хуманитарне интервенције позива независно хуманитарно тело, они ће макар морати да јавно изнесу оправдање свог уздржавања (Weiss, Chopra, 1995: 107). Овде се може сврстати и предлог за стварање посебне агенције УН са задатком да испита да ли постоји кршење људских права које оправдава предузимање хуманитарне интервенције и

о томе извести Савет безбедности и Генералну скупштину УН. Извештај о постојању таквих кршења права у некој држави довео би до снажаног притисака јавног мњења и Генералне скупштине на Савет безбедности да одобри хуманитарну интервенцију (O'Donnell, 2014: 586–587).

Друга иницијатива је радикалнија јер њени протагонисти предлажу стварање посебних тела која би у домену хуманитарне интервенције преузела надлежност Савета безбедности. Још 1972. године Међународна комисија правника је предложила Комисији УН за људска права да пронађе тело које ће бити способно да одржи хитне седнице ради поступања у ситуацијама када постоји самовољно уништавање људских живота у масовним размерама или блиска претња да ће се то десити (International Commission of Jurists, 1972: 86). Међутим, пошто је та иницијатива дата у периоду хладног рата и у време када многе државе заштиту људских права нису сматрале приоритетним питањем, она није привукла већу пажњу у УН. Почетком XXI века та идеја је нашла своје присталице у доктрини међународног права, с тим што је она сада и конкретизирана. Ајуб сматра да због својих општих слабости, механизам предвиђен главом VII Повеље није добар за одлучивање о хуманитарној интервенцији. Одлука о предузимању интервенције мора бити изузета из надлежности Савета безбедности и пренета на новостворени орган – Хуманитарни савет у који ће улазити шири круг држава са адекватном заступљеношћу свих региона. Хуманитарни савет треба бити састављен од најмање 50 држава, што представља отприлике $\frac{1}{4}$ укупног чланства УН. Одлука о предузимању хуманитарне интервенције мора бити донета најмање $\frac{3}{4}$ -ском већином укупног броја чланова тог новог органа, без могућности улагања вета од било које државе. На тај начин одлучивање о предузимању хуманитарне интервенције биће пренето на један шири и репрезентативнији орган, што ће одлучи обезбедити већи легитимитет и кредибилитет (Ayoub, 2002: 95–96).¹⁰

Приликом предлагања мера за унапређење одлучивања о предузимању хуманитарне интервенције треба се држати реалности и понудити решења која могу бити усвојена. Тешко је очекивати да ће се сталне чланице Савета безбедности одрећи права да одлучују о хуманитарној

¹⁰ Међутим, постоје противљења идеји стварања новог органа попут Хуманитарног савета. Чимни (Chimni) се слаже да је могућност селективности и злоупотребе овлашћења Савета безбедности реална, али да решење не треба тражити у формирању Хуманитарног савета, већ у већој демократизацији и транспарентности функционисања Савета безбедности. Демократизација овог органа обезбедиће да његове одлуке одражавају шири консензус у међународној заједници. Поред тога, због сложености процедуре за измену Повеље УН, Чимни претпоставља да ће установљење Хуманитарног савета бити тешко оствариво (Chimni, 2002: 105, 111).

интервенцији, препуштајући то овлашћење неком другом телу. Због тога треба установити неко независно тело које би својим ауторитетом утицало на Савет безбедности приликом одлучивања о одобравању хуманитарне интервенције. Наравно, није искључено да неки предлози који данас нису реална опција, у будућности буду прихваћени.

Имајући у виду напред речено, будућом ревизијом Повеље УН требало би створити Хуманитарни савет УН састављен од врских стручњака за људска права са високим моралним квалитетима. Чланове тог тела, чији би састав био довољно репрезентативан, бирала би Генерална скупштина, а његов задатак био би да квалификованом већином утврде да ли у некој земљи постоји озбиљно и масовно кршење људских права и о томе обавести Савет безбедности. Крајњу одлуку о предузимању хуманитарне интервенције и даље би задржао Савет безбедности јер би свака интервенција без његове сагласности била тешко спроводива и представљала би велику опасност по глобални мир. Уколико не би одобрио хуманитарну интервенцију онда када је Хуманитарни савет неку ситуацију оквалификовао као озбиљно и масовно кршење људских права, Савет безбедности би морао образложити такав свој поступак. Према овом концепту, Савет безбедности би имао право да одобри хуманитарну интервенцију и онда када Хуманитарни савет у некој ситуацији није оценио да постоји озбиљно и масовно кршење људских права. На овај начин, овлашћења Савета безбедности из главе VII Повеље уопште не би била окрњена, а поступак одлучивања био би квалитативно унапређен.

3.2. Услови и критеријуми за предузимање и спровођење хуманитарне интервенције

Установљење услова и критеријума за предузимање и спровођење хуманитарне интервенције треба да допринесе јачању легитимности те интервенције и спречи њене евентуалне злоупотребе. У званичним документима и литератури наилази се на различите предлоге услова и критеријума везаних за хуманитарну интервенцију.

Панел за претње, изазове и промене истиче да Савет безбедности приликом одобравања и спровођења хуманитарне интервенције мора имати у виду следеће чиниоце: а) озбиљност претње међународном миру и безбедности; б) примарни циљ интервенције мора бити заустављање те претње; в) војна акција мора бити употребљена као последње средство; г) употребљена сила мора бити пропорционална постојећој претњи; и д) избалансираност последица, тј. да последице акције не буду теже од последица неделовања (UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004: para. 207).

Хенкин наводи да треба прецизирати која то кршења људских права оправдавају предузимање хуманитарне интервенције, као и да пре предузимања хуманитарне интервенције треба исцрпити сва средства која не укључују употребу силе. Приликом спровођења хуманитарне интервенције мора се водити рачуна да она има минимални утицај на територијални интегритет и политичку независност државе у којој се интервенише, уз потпуно поштовање принципа нужности и пропорционалности (Henkin, 1993: 402). Марфи понавља неке од напред наведених критеријума, али додаје и два нова, и то: а) снаге које су интервенисале морају се повући што је пре могуће након остварења циља интервенције, а ако је нужно њихово дуже присуство онда те снаге морају бити под командом и контролом УН; и б) интервенција може утицати на владајућу структуру државе само ако је то неопходно ради обезбеђивања трајног мира (Murphy, 1996: 322–323). Треба додати да неки интернационалисти инсистирају да хуманитарна интервенција буде спроведена од стране оружаних снага под командом Савета безбедности, јер би препуштање команде држави (групи држава) нарушило легитимитет хуманитарне интервенције (Payandeh, 2012: 398–400).

Приликом будућег регулисања хуманитарне интервенције свакако треба установити одређене услове и критеријуме јер ће то олакшати деловање Хуманитарног савета и Савета безбедности УН. Неки од тих критеријума би истовремено били гарант да територијални интегритет и политичка независност држава неће бити непотребно нарушени.

Према нашем мишљењу, будући акт којим ће се ближе регулисати хуманитарна интервенција мора садржати следеће услове и критеријуме: (а) хуманитарна интервенција се може предузети само у случају озбиљног и масовног кршења људских права; (б) интервенција се може предузети само ако влада није у могућности или није вољна да спречи кршење људских права на својој територији; (в) интервенција мора бити употребљена као последње средство, тј. претходно морају бити исцрпљени сви дипломатски напори усмерени на заустављање кршења људских права; (г) увек када је то могуће, снаге које предузимају интервенцију треба да буду под командом УН; (д) употребљена сила мора бити пропорционална постојећој претњи; (ђ) приликом интервенције морају се стриктно поштовати правила међународног хуманитарног права; (е) интервенцијом се не сме угрозити територијални интегритет државе против које се интервенише, тј. њене државне границе не смеју бити мењане; (ж) интервенција не сме утицати на политичку независност државе променом владајуће структуре, осим установљења војних или цивилних мисија УН, када је то неопходно ради обезбеђивања будућег поштовања људских права; и (з) након остварења

циља интервенције, снаге које су интервенисале морају се повући што је пре могуће.

4. Закључак

Одобрена хуманитарна интервенција има правно утемељење у важећем међународном праву, што није случај са унилатералном хуманитарном интервенцијом. Унилатерална употреба силе стављена је Повељом УН ван права (осим у случају самоодбране) и замењена колективним системом безбедности, те је не треба поново враћати на светску сцену, макар то било и у форми хуманитарне интервенције. Зато у будућности треба правно уредити само хуманитарну интервенцију која се спроводи по одобрењу Савета безбедности УН, а унилатералну хуманитарну интервенцију третирати као кршење међународног права.

Свакако да је најбољи начин за будуће уређење хуманитарне интервенције формална измена Повеље УН. Међутим, пошто је тај поступак сложен и захтева пристанак свих пет сталних чланица Савета безбедности, хуманитарна интервенција би, за почетак, могла бити регулисана неформалним путем, тзв. фактичком ревизијом Повеље. Та ревизија Повеље могла би се извршити усвајањем посебне резолуције у Генералној скупштини УН којом би механизам из главе VII Повеље био конкретизован и прилагођен потребама хуманитарне интервенције.

Том резолуцијом треба регулисати већи број питања. Најпре, Савету безбедности треба експлицитно признати овлашћење да у случају озбиљног и масовног кршења људских права одобри хуманитарну интервенцију (та норма би имала само декларативни карактер). Поред тога, треба створити и једно независно експертско тело (на пример, Хуманитарни савет УН) чији би задатак био да квалификованом већином утврђује када у некој земљи постоји озбиљно и масовно кршење људских права и о томе обавештава Савет безбедности. Крајњу одлуку о предузимању хуманитарне интервенције и даље мора задржати Савет безбедности, јер би свако друго решење било опасно. Интервенција предузета без одобрења тог органа могла би имати погубније последице од оних које би настале уколико би интервенција изостала. Оцена непристрасног експертског тела да у некој држави постоји озбиљно и масовно кршење људских права представљала би неку врсту притиска на Савет безбедности да у тој ситуацији одобри хуманитарну интервенцију. Уколико не би тако поступио, Савет безбедности би макар морао образложити своје уздржавање. На крају, поменута резолуција Генералне скупштине би требало да садржи услове и критеријуме за предузимање хуманитарне интервенције који би

допринели јачању њене легитимности и спречавању евентуалних злоупотреба.

Литература

- Arias, I. (2000). Humanitarian Intervention: Could the Security Council Kill the United Nations?. *Fordham International Law Journal*. 4(XXIII). 1005–1027.
- Ayoob, M. (2001). Humanitarian Intervention and International Society. *Global Governance*. 3(VII). 225–230.
- Ayoob, M. (2002). Humanitarian Intervention and State Sovereignty. *International Journal of Human Rights* 1(VI). pp. 95–96.
- Chimni, B.S. (2002). A New Humanitarian Council for Humanitarian Intervention?. *International Journal of Human Rights* 1(VI). 103–112.
- Clarke, J.N. (2001). A Pragmatic Approach to Humanitarian Intervention. *Journal of Humanitarian Assistance*. <http://sites.tufts.edu/jha/files/2011/04/a072.pdf>, 15. 08. 2014.
- Fenwick, D.T, (1973). A Proposed Resolutions Providing for the Authorization of Intervention by the United Nations, a Regional Organization, or a Group of States in a State Committing Gross Violations of Human Rights. *Virginia Journal of International Law*. 3(XIII). 340–374.
- Franck, T.M. (2006). Collective Security and UN Reform: Between the Necessary and Possible. *Chicago Journal of International Law*. 2(VI). 598–611).
- Gallant, J.A. (1992). Humanitarian Intervention and Security Council Resolution 688: A Reappraisal in Light of a Changing World Order. *The American University Journal of International Law and Policy*. 4(VII). 881–920.
- Harhoff, F. (2001). Unauthorised Humanitarian Interventions - Armed Violence in the Name of Humanity?. *Nordic Journal of International Law*. 1-2(LXX). 65–119.
- Henkin, L. (1994). Humanitarian Intervention. in: L. Henkin and J.L. Hargrove (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century* (383-403). Washington: American Society of International Law.
- Henkin, L. (1999). Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention”. *American Journal of International Law*. 4(XCIII). 824–828.
- Independent International Commission on Kosovo, (2000). *The Kosovo Report - Conflict, International Response and Lessons Learned*. Oxford: Oxford University Press.
- International Commission of Jurists, (1972). *The Events in East Pakistan 1971*, Geneva: International Commission of Jurists.

International Commission on Intervention and State Sovereignty, (2001). *The Responsibility to Protect (Report)*. Ottawa: International Development Research Centre.

Јанковић, Б., Радивојевић, З. (2014). *Међународно јавно право*, Ниш: Пунта.

Kartashkin, V. (1991). Human Rights and Humanitarian Intervention. in: L. F. Damrosch and D.J. Scheffer (eds.), *Law and Force in the New International Order* (pp. 202–211). San Francisco-Oxford: Westview Press.

Kirwan, S. (2013). The Challenge of Humanitarian Intervention: Towards A Consistent Doctrine of Responsibility To Protect in International Law?. *Trinity College Law Review*. 1(XVI). 37–66.

Lillich, R.B. (1994). The Role of the UN Security Council in Protecting Human Rights in Crisis Situations: UN Humanitarian Intervention in the Post-Cold War World, *Tulane Journal of International Law & Comparative Law*. 1(III). 1–17.

Murphy, S.D. (1996). *Humanitarian Intervention: the United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

O'Donnell, Ch. (2014). The development of the responsibility to protect: an examination of the debate over the legality of humanitarian intervention. *Duke Journal of Comparative & International Law*. 3(XXIV). 557–588.

Payandeh, M. (2012). The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya. *Virginia Journal of International Law*. 2(LII). 355–403.

Раичевић, Н. (2008). Кршење људских права као претња међународном миру и безбедности. у: З. Радивојевић (ур.), *Уставне и међународноправне гаранције људских права* (стр. 45–62): Ниш: Правни факултет.

Stromseth, J. (2003). Rethinking Humanitarian Intervention: The Case for Incremental Change. in: J.L. Holzgrefe and R.O. Keohane (eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas* (pp. 232–273). Cambridge; Cambridge University Press.

UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change: *A More Secure World - Our Shared Responsibility*, 1 December 2004, www.un.org/secureworld/report3.pdf.

Weiss, T.G., Chopra, J. (1995). Sovereignty under Siege: From Intervention to Humanitarian Space. in: G. Lyons and M. Mastanduno (eds). *Beyond Westphalia: State Sovereignty and International Intervention* (pp. 87–114). Baltimore-London: The Johns Hopkins University Press.

Wheeler, N.J. (2001). Legitimizing Humanitarian Intervention: Principles and Procedures. *Melbourne Journal of International Law*. 2(II). 550–567.

Nebojša Raičević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PROPOSALS FOR REGULATING FUTURE HUMANITARIAN INTERVENTIONS

Summary

Although the legality of approved humanitarian intervention is undisputable in the positive international law, this legal institute should be further regulated in order to remove certain legal ambiguity and difficulties in its application. The future regulation of humanitarian intervention may be carried out in one of the three ways: by adopting a special international treaty, by entering amendments in the UN Charter, or by embarking on the factual revision of the UN Charter. Due to the limiting effects of Article 103 of the UN Charter as well as the problematic status of UN member states which would not ratify the international agreements on humanitarian intervention, the regulation of future humanitarian intervention seems to be the least likely option. Formal revision of the UN Charter is not a viable option either because, thus far, the major world powers have been against introducing any substantial changes to this treaty. For this reason, the factual revision of the UN Charter is currently the most appropriate way of regulating future humanitarian interventions. When it comes to substantive rules governing humanitarian intervention, it is necessary to focus on the problem of humanitarian intervention decision-making as well as on the conditions and criteria for the approval and carrying out a humanitarian intervention. The UN Security Council must retain the right to decide on approving such an intervention but it is also necessary to establish an independent expert body whose task would be to determine the presence of serious and mass violations of human rights in a specific country and notify the Security Council about such occurrences. The specification of conditions and criteria for undertaking a humanitarian intervention should strengthen its legitimacy and prevent unreasonable disruption of states' territorial integrity and political independence.

Key words: humanitarian intervention, United Nations Organization, Security Council, revision of the UN Charter, human rights, use of armed force

Др Славиша Ковачевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНА КРИТИКА

UDK: 321.7:316.422](497.11)

Рад примљен: 07.10.2014.

Рад прихваћен: 10.10.2014.

ТРАНЗИЦИОНИ ПОСТУЛАТ И ЕМПИРИЈСКО ИСКУСТВО СРБИЈЕ**

Апстракт: Рад се бави преиспитивањем транзиционог постулата у односу на емпиријско искуство транзиционих друштава, посебно Србије. Аутор суочава хипотетички оквир транзиционих промена и стварне резултате транзиције анализирајући транзиционе стратегије и достигнути степен консолидације демократије. У раду се посебна пажња посвећује контекстуалним оквирима транзиције и улози партија у изборном процесу и остваривању власти.

Кључне речи: транзиција, промене, партије и избори, демократија, изазови транзиције, Србија.

1. Увод

Израз транзиција је „помодни“ израз који је у дневно- политички и научни језик ушао са великим таласима демократизације у 20. веку, а његова фреквентнија употреба уочава се у *четврто*м таласу демократизације који се означава као посткомунистичка транзиција. Појам транзиције произилази из модела транзиционе теорије који је пласиран као израз кризе и урушавања комунистичких режима (Schmitter, 1986: 36–43). Класична политичка наука и правна теорија, уместо израза транзиција, радије су користиле изразе политичка промена, реформа, односно револуција. Иначе, и сама општа одредница транзиције као времена између онога што је било и онога што треба да буде, период од једног типа друштвено-политичког система до другог, прилично је неодређена и временски и садржински. Посткомунистичка транзиција се одређује као прелазно-развојни процес између ранијег социјалистичко-комунистичког, монистичког

*slavisa@prafak.ni.ac.rs

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

и опредељеног либерално-плуралистичког система парламентарне демократије, периоду коме треба да се успоставе предуслови, претпоставке, услови, околности и стандарди који су саобразни новоизабраном типу политичке формације. Савремена компаративна политикологија, „земље у транзицији“ означава као посебан тип политичког система, без обзира што се не ради о јединственој типолошкој мапи.

Ако би требало прећи на ниже нивое апстракције, онда је могуће разврстати неколико посебних значења појма посткомунистичке транзиције. У политичком смислу транзиција подразумева прелаз из једнопартијско-монократског, социјал-комунистичког у вишепартијски систем, парламентарне демократије. У идеолошком смислу, посткомунистичка транзиција подразумева прелаз од марксистичко-догматског, моно-идеолошког ка либерално-плуралистичком односно идеолошки плуралистичком политичком моделу. Економско значење транзиције означава промену економске структуре друштва, прелаз од административно-планске и државно управљане економије ка либералном моделу слободног тржишта. Економско-својинска трансформација односи се на превазилажење друштвене односно бирократске својине и прелаз на приватну својину. Приватизација подржављених привредних субјеката је доминантан транзициони процес. *Културни* аспект посткомунистичке транзиције означава стварање новог типа политичке културе који је саображен са новоопредељеним типом политичког система. Свака нова политичка формација подразумева и ново схватање и практиковање политике, нови систем вредности, ставова и норми понашања. Ниједан од наведених аспеката или страна транзиционог процеса не би био могућ без одговарајућег нормативно-правног оквира односно уставно-правног озакоњења нових друштвених и политичких односа. Израз који је најчешће у употреби је хармонизација правног система као израз за правну транзицију.

За разлику од земаља јужне Европе и Латинске Америке, код којих је било потребно спровести само политичку транзицију, земље бившег социјалистичког система суочиле су се са далеко обухватнијом променом која је захватала промену укупне друштвене структуре, све релевантне сфере друштва – не само политичку и правну већ посебно и економске и културне сфере друштва. Имајући у виду свеобухватност циља, један део транзитологије лансирао је тезу о тзв. дилеми истовремености (Elster, 1990: 310–313) промена у различитим секторима друштва. Дилема се изражава, с једне стране, у фактичкој немогућности истовремене промене различитих подсистема друштва а, с друге стране, нужности да се такве сферне промене догоде.

Имајући у виду стил, начин и специфичан пут сваке транзиционе земље, искристалисали су се синтагматски конструкти као што су „мирна револуција“, „плишана револуција“, „наранџаста револуција“, „револуција лала“. Ови конструкти у ствари означавају отклон у односу на класично схватање насилног карактера револуције, јер тако именоване транзиционе револуције нису биле насилне изузев оружаног свргавања румунског диктатора. Мирна револуција у Источној Европи преко форме „округлог стола“ представљала је договор старих и нових политичких елита око смене власти и успостављања новог режима.

На емпиријској равни, транзициони процес личи на приближавање емпиријско-историјски верификованом моделу и пракси либерално-демократских, западноевропских и англоамеричких политичких система. Имајући у виду доминацију међународно-политичког фактора и доминантног уплива великих сила у транзиционе процесе, често се говори о „позападњачењу“ или „вестернизацији“ односно „европеизацији“. Ова реал-политичка и емпиријска раван указује да је појам транзиције један оперативни појам који се логички изводи из општег појма глобализације или мондијализације.

Потрошен је дуг временски период а резултати још нису видљиви. После скоро три деценије транзиционог искуства, видљиви су резултати: урушен социјал-комунистички систем а није изграђен нови; руниране, неизграђене и нестабилне институције; нереализовани изборни програми и неостварена изборна обећања; транзициона депресија, страх и несигурност као последица раскорака између очекивања и постигнућа; сумњива а неуспела приватизација; материјално-економска неразвијеност и низак стандард грађана; политичке елите које своју легитимацију власти црпе више из наклоности великих сила а мање на основу стварних резултата владања и сагласности бирачког тела. Напуштање ранијег нормативно-вредносног система отворио је вредносни вакуум, конфузију, безличност, без јасних оријентира политичког деловања. Ранији, стари, наслеђен, базично усвојен образац мишљења, веровања и вредновања још увек истрајава у мутираном облику а новоопредељени још увек се није установио и учврстио у политичкој и грађанској свести људи.

2. Транзиција у демократију

Транзитологија полази од пет хипотеза транзиционих промена: (1) свака држава која се удаљава од диктаторске власти напредује ка демократији; (2) транзициони процес има тачно утврђене, унилинеарне фазе; (3) одлучујући значај у транзиционом поступку имају избори којима се афирмише

одговорност изабране власти; (4) одлучујући услов за успех транзиције није економија, традиционално наслеђе, већ одлука политичке елите да направи искорак ка демократији и супростави се антидемократским снагама старог режима; (5) транзиција према демократији почива на постојању функционалне државе и њених институције (Tomas Carothers, 2004).

Наведени хипотетички оквир створио је синдром тзв. етапне промене система према демократији као фазе либерализације, демократизације и консолидације (Linc, and Stepan 1996: 17–19). *Либерализација* се карактерише попуштањем режима, ублажавањем репресије и отварањем простора за улазак нових политичких снага на политичку сцену, дисидената, док се цензура говора и медија смањује. Трајање либералне етапе у многоме је зависило од отворености старих режимских елита за компромис и радикализма нових политичких елита. У том смислу, разликују се четири групе политичких актера: старорежимска тврда линија, старорежимска мека линија, новонастали демократски радикали и демократски реформисти-умерењаци (Linc and Stefan, 1996: 69). *Увођење демократских институција* одвијало се на два начина: мирним или насилним путем. Овај други начин се још назива и „руптура“ као неубичајен и несигуран пут у демократију. Увођење демократских институција мирним путем често се означава синтагмама „договорна транзиција“, што је у неким земљама омогућило представницима старог режима да изнуде уступке како би нашли своје место и улогу у новом режиму. *Консолидација* демократије завршена је онда када више не постоји могућност повратка на старо, када се установи базични консензус о правилима демократског поретка који се примењује и у кога људи верују. Као најбитнији унутрашњи фактори који утичу на процес консолидације Хантингтон наводи претходно ауторитарно искуство сваке земље, карактер претходног система, начин политичког преврата, садржина стратегијских одлука које доносе елите, а као најбитније спољашње факторе наводи укљученост у међународне савезе и демократска стабилност суседних држава (Huntington, 1991: 89).

Консолидација се не окочава кад се релевантни политички актери базично оријентишу на централне политичке институције као једини легитимни модел деловања, односно кад не делују ван легитимних институција. Према Хантингтону без образаца коресподентне политичке културе нема консолидације демократије. Демократска консолидација је окончана „кад народ схвати да је демократија решење проблема тираније, а не нужно нешто друго“ (Huntington, 1991: 263). Процес учења и стицања нове политичке културе траје знатно дуже од прилагођавања политичких елита. Уопштавајући искуство Немачке и Јапана после другог светског рата, Хантингтон сматра да је консолидација завршена кад ефекти

политичке социјализације обезбеде демократско вођство и базичну већину становништва. Линц и Степан сматрају да су најважније унутарсистемске димензије демократске консолидације: понашање елита, институционална структура и ставови становништва, посебно наглашавајући „јаку већину“ становништва која прихвата демократске институције и процедуре као најбољи политички поредак без алтернатива (Linc and Stepan, 1996: 449).

Меркел диференцира четири фазе демократске транзиције: прва је институционална консолидација парламента, владе, судства и изборног система, друга је представничка консолидација странака, савеза и група у представљању интереса, трећа је конативна консолидација као минимизирање моћи богатих, војске, тајних група и популистичких вођа и њиховог ванинституционалног деловања и четврта фаза је вишедеценијска консолидација грађанске политичке културе чији је позитиван исход изванредан тек генерацијском сменом (Merkel, 1996: 40).

Наведене поступне фазе укупно означавају или је требало да значе прелаз из комунизма у демократију, из командне у тржишну економију, од владавине самовоље у владавину права и закона, а посебно реконституцију политичке заједнице и друштва и њихову подобност и усклађеност са демократијом.

На основу транзиционог искуства, а то није кратак период за свођење биланса транзиције, учинци транзиције доводе у питање хипотетички оквир транзиционе парадигме. Демократија се не уводи тако лако и у кратком периоду. Од свих транзиционих земаља Пољска, Мађарска, Чешка, Естонија и Словенија само су прешле најдужи пут али још увек нису функционалне демократије. На другом крају су Грузија, Белорусија, Туркменистан, Узбекистан, балканске земље, које су прешле најкраћи пут.

Дијамонд говори о тзв. „зони сумрака“ у многим транзиционим земљама које имају само тзв. „изборну демократију“ али опстају без легитимитета и институционализације демократског поретка (Dajmond, 1999: 22–34). Сиву зону транзиције карактерише нефункционална држава, персонализоване институције, ниско поверење јавности у политичке институције, слабо представљање интереса грађана.

Транзициони учинак свео се на на полудемократски учинак, о чему говоре језички склопови изборна демократија, фасадна демократија, виртуелна демократија, псеудодемократија, делимична демократија, неолиберална демократија, слаба или фасадна демократија, изборна демократија, рудиментарна демократија. (Cooler and Levinsky, 1997: 438), односно дефектна демократија (Меркел, 2009: 21). Сваки термин говори да су

оне стале негде унутар претпостављеног редоследа демократизације и консолидације.

3. Преиспитивање транзиционе хипотезе

Процес транзиције изводи се из једне линеарне и механички предестиниране концепције друштвених промена: транзиција има своје фазе, свој ток и претпостављена позитивна исходишта. Имајући у виду транзициону поставку, а после тродеценијског искуства, могу се утврдити неке правилности које се односе на размеђа транзиционог постулата и емпиријског искуства, посебно у случају Србије у којој многе научне поставке нису верификоване.

Прво, ове фазе се више односе на догађајне процесе а мање обухватају суштинске промене у коренима друштва, више имају приписану симболичну ноту, а мање реално значење. Замена формалних структура није довољна без базичних промена.

Друго, ове фазе претпостављају релативно кратке временске секвенце, што није коресподентно са природом друштвених проблема. Трајање сваке фазе није предвидиво, а и процеси либерализације, демократизације и консолидације тешко се могу одвојити јер у многим случајевима то су конвергентни а често иреверзибилни процеси. Различите стартне позиције условљавају и темпо политичких промена. И тамо где има довољно формалних елемената демократије, као што су политичке слободе и избори, демократија је доста неукорењена и несигурна, политичке елите се доживљавају као корумпиране или криминализоване, неефикасне, тешко сменљиве, грамзиве, које свој властодржачки механизам одржавају уз помоћ менторских мрежа великих промотера демократије и крупног капитала и манипулисањем јавног интереса.

Треће, претпоставка о фазама не прати различитост транзиционих земаља. На равни политичких субјеката нису све земље имале исту констелацију старих и новонасталих политичких снага и исти критички отклон према „старом режиму“ и перцепцији развоја. На равни наслеђа старог режима, нису све земље имале једнаку тежину наслеђених отворених питања и снагу отпора променама. На равни државне и друштвене структуре, државе са различитом сложености, неке су биле унитарне једнонационалне а друге вишенационалне федералне конгломерације. Да не наводимо да су једне имале демократско либералну традицију, а друге доминантну ауторитарну и патерлистичку традицију.

Четврто, транзициона парадигма заснована на узорној пракси западног историјског искуства није сасвим сагледала специфичности друштва која треба да се мења. Теоријско уопштавање једног, дакле западног модела друштва и импостирање таквог модела на другачију природу посткомунистичких земаља, створило је хеуристичке лимите. Теоријски лимит се изражава као превиђање различитости у историјском, политичком, економском и културном погледу. Транзитористи су пошли од развоја западних друштва која су имала другачију, у основи градуалистичку историју развоја и тако теоријски уопштавајућу праксу пројектовали су на сиромашна и неразвијена друштва која су имала другачији пут развоја.

Пето, недовољно уобличена емпиријска равна посткомунистичког процеса онемогућила је реална научна уопштавања. Стога су ове теорије више прескриптивно-нормативистичке конструкције а мање емпиријски засноване генерализације. Наиме, теорија у овом случају настаје у тренутку наговештаја кризе или првих стварних индикатора кризе или слома. Подсетимо, наука је била прилично затечена колапсом комунистичких режима, а да не говоримо о томе да није било научних предвиђања о њиховом крају. После изненадног пада Берлинског зида, пројектован је једнозначан модел транзиције без уважавања контекстуалних и специфичних историјских околности.

Шесто, поставке транзитологије некако су се поклопиле са доминантном дипломатском стратегијом западних сила, па се чини да је она прилично политичко-идеолошки конструисана и да има функционалну важност за креаторе и идеолошке промотере демократије на Истоку. Теза о крају идеологија коју је поставио Фукојама као тијумф либерализма и постулирани модел транзиционе теорије имају функционалистичко идеолошко исходиште. Крај биполаризма довео је до планетарне реструктурирације светске политике и економије, прерасподеле светског богатства, претензије за тоталну контролу оскудних материјалних ресурса, слабљење националних идентитета у корист глобалних интеграција. Доминантно под утицајем доктрине „одумирања државе“, транзиционе земље се поново суочавају, сада не са захтевом тоталитарног комунистичког интернационализма већ неолибералног капиталистичког глобализма.

Седмо, фактори или услови успешне транзиције евидентно су неуједначени. Нису све транзиционе земље ишле истим путем, неке су више а неке мање заостајале у појединим фазама, што је свакако зависило од природе претходног политичког режима, њихове истрајности да задржи „status

quo“ и од специфичности сваке или групе транзиционих земаља. Са друге стране, неке земље су стварале нову националну државу а неке су се суочиле са питањем одржавања или обнављања државности. Распад бивше СФРЈ није само значио стварање нових држава већ и питање територијалног интегритета Србије и екстерно подржане сецесија Косова. Фактор окрњене државности није се односио само на унутрашњу дезинтеграцију већ и на неизграђеност и нефункционалност институција после стварања или обнове државности.

Осмо, почетно елиминисање тезе о „условима демократије“ довело је до евидентне кризе поменуте парадигме, јер различити структурални услови као што су економија и култура очигледно имају одлучујући значај за обликовање транзиционог исхода. Сиромаштво и недостатак одговарајуће грађанско-демократске политичке културе су главни индикатори стања закаснеле транзиције у демократију.

Одговор на основно питање – наиме, да ли је посткомунистичка транзиција само механичка рецепција односно неуспела копија западног модела политичког система или је то процес коме значајни печат даје природа традиције, диспозиција наслеђених навика и менталитета, специфичност раније политичке културе – јесте кључ за преиспитивање идеологизоване транзиционе теорије. Између емпиријског теоријског узора и историјско-политичког поља транзиционих земаља недостају предуслови, околности и чиниоци који су смештени у културни подсистем друштва.

4. Партије као актери изборног процеса у Србији

Политичка и друштвена либерализација означила је напуштање једно-партијског, моноидеолошког система и увођење вишепартијског система у условима идеолошких и политичких конфузија, конфликтног распада друге Југославије, оживљавања етничке и јачања националистичке оријентације и економске кризе. Наслеђена политичка култура и неуротичан одговор на кризу утицали су да се политичке партије стварају стихично без јасне интересне и идеолошке профилираности у политичкој заједници. Кормило новонастајућих политичких партија опонентних режиму преузеле су до јуче дисидентске политичке елите наметнувши не само политичко-идеолошки програм већ и начин и стил декомпозиције старог режима. Опозициона стратегија демобилизације маса била је искључиво усмерена на критику и обарање режима, производњу незадовољства старим режимом, без јасних пројекција трансформације и преуређења државе и друштва.

Делотворност изборног процеса у Србији најбоље је видљива у постизборном политичком пољу формирања и функционисања коалиционих влада. Процес формирања парламентарне већине увек је био одсудан, драматичан, обавијен велом тајних преговора, без видљиво артикулисаног интереса друштва са доминантним упливом спољног фактора, „тајкунског лобија“ и других тајних котерија моћи. Тегобно формирана парламентарна већина не само што је идеолошки инконгруентна него је и нефункционална. Све досадашње транзиционе коалиционе владе биле су нека врста „коалиције коалиција“. Оваква врста коалиције по природи је коалиција разнородних појединаца, неуједначена идеолошки и програмски, са различитим упориштима моћи у друштву. Коалиција коалиција је нефункционална и неделотворна, са јаким „вето актерима“, идеолошки и интересно разнородних, дифузних и хетерогених. Унутаркоалициони односи су засновани на међусобном толерисању неодговорности јер ако би један коалициони актер поставио питање одговорности онда би коалиција дошла у кризу. А привидна стабилност коалиционе владе је резултат краткорочне интересне равнотеже контрадикторних актера. Такве владе се тешко и дуго формирају али и веома неочекивано распадају.

Транзициона поставка да су избори важна компонента увођења више-страначких избора показала се дакле као недовољна. Карактеристика свих избора који су спроведени у Србији јесте да су се они сводили на формални карактер. Избори без стварних резултата. На основу тога може се постулирати тзв. синдром стерилног изборног циклзма: питања и проблеми који су се налазили на изборног агенди свих досадашњих вишестраначких избора остали су до данас исти и нерешени или само отворени за решавање. Исти лидери односно тип лидерства, исти проблеми али без стварних резултата и поука.

Изразити персонализовани карактер политике у Србији означава немоћ институција и изразито снижен репрезентативни капацитет политичких партија. Понашање свих политичких партија је типски модално, од маргиналних до најмоћнијих, оне су персонализоване и приватизоване политичке организације које не опстају на основу учинка већ по снази личне амбиције и субјективном идентификацијом њених присталица. Криза репрезентативне функције српских политичких партија изражава се као непостојање осећаја за интересе и потребе грађана, немогућности да се они изразе, обликују политичке алтернативе и формулишу оствариве јавне политике. Проблем политичке односно партијске одговорности је посебно питање. Упркос изборним резултатима не постоји унутрашња сменљивост партијских лидера заснована на објективним показатељима. Без обзира на изборни неуспех или лоше резултате владања, исти људи остају на партијском кормилу и политичкој сцени.

Изборна одлука бирачког тела представља невољно опредељење између „неуспешне власти“ и „неубедљиве опозиције“.¹ Поларизовани плурализам консеквентно производи конфузије, разапетост и контрадикторан избор. На крају мандатног периода, а на почетку изборног процеса, увек стоји неуспешна власт и опозиција која није кредибилна, убедљива, обећавајућа, изгледна, програмски обједињена. Што се тиче лидерског односно кадровског капацитета изборног процеса, имамо истрошене, несменљиве ауторитарне промотере политичких програма чија одговорност није праћена силаском са политичке сцене. Изборни процес је претежно демагошки. Изборна обећања нису реалистичка јер не представљају резултат објективног сагледавања владавинског капацитета. Истина је да између изборних обећања и изборних постигнућа увек постоји разлика, али у случају Србије, која није усамљена транзициона земља, постоји велики раскорак. Од првих полудемократских до последњих избора 2014. године, програми политичких странака и изборне понуде представљају прави „изборни каталог обећања“ са лошим или веома скромним учинцима.

Апстрактно формализована правила игре без претпостављене садржине изазивају негативне и антидемократске ефекте. Овде долазимо до саме суштине демократије. Ако су изборна компетитивна правила игре испуњена наслеђеним садржајима и легатом раније стечене политичке културе онда је политички живот антилибералан и антидемократски. Дакле, уколико не постоји конгруенција између правила изборног процеса и доминатног друштвеног, односно политичког менталитета, онда најбољи исход може бити „дефектна демократија“. Овде нам је од нарочитог значаја динстинкција између квантитативне демократије као „владавине броја“ и квалитативне демократије која означава садржинску вредност већинске политичке воље. Квантитативно схваћена демократија подразумева статистички збир политички непунолетних људи који не поседују довољну грађанску компетенцију и одговорност и који не познају рационалне критеријуме промоције и избора носилаца јавних функција. На овај начин схваћена, демократска процедура протеже различите антидемократске садржаје и популистичке аспирације, а масовно, просветитељски неосвешћено некритичко друштво подупире демагошки и популистички стил политичких квазиелита. Електоријално лимитирана демократија на формалне изборе претворила се у „вечно враћање истога“ у којем политички неписмено изборно тело учвршћује власт неодговорне и нефункционалне елите. Ако одлука већине може бити погрешна, што

1 Види: Стојиљковић, З. (2011), *Србија у лавиринтима транзиције*, Службени гласник, Београд. Не само у овој студији већ и у изборним анализама, аутор се систематично и проблемски бави транзиционим процесом у Србији.

је пракса политичке историје показала, онда је крајње индикативно да се изборне грешке понављају из једног у наредне изборне циклусе, што је доминантно стање транзиционих друштава „демагошке демократије“.

С друге стране, проблематичан је уставни аспект демократије. Конституционална политичка и правна култура претпоставља лимитираност политичке воље у двоструком смислу: у првом, правно лимитирање политичке воље а у другом, на лимитирање политичке воље већине у односу на индивидуална или мањинска права. Проблематизујући уставну демократију у Србији, видљиво је да је пут од владавине самовоље до владавине права дуг и тежак, а то је неопходна претпоставка правне транзиције која треба створи уређено друштво.

Толико позната Токвилова формула „тираније већине“ над индивидуалним и групним правима (политичким и етничким мањинама) је индикативна. Наиме, граница већински легитимисане власти учестало прелази у сверу индивидуалних и групних права, а интереси и потребе супкултурних ентитета често нису интересно и институционално изражени. Став да је већина увек у праву је резултат популистичке и органске природе политичке и уставне културе која је вековна константа усађена у свест генерација. Друго, али подједнако важно, односи се на преиспитивање већинске воље која је устоличила неделотворну власт.

Ако синтетизујемо квантитативно и мајоритарно обележје демократије онда долазимо до закључка да је транзиционо практикована демократија робусна мешавина броја и масе, изборне механике и стихијске ирационалне динамике у политици.

5. Суочавање са транзиционим изазовима

Иначе, земље које су предмет ове анализе, а посебно Србија и њени балкански суседи, скоро један век се налазе у процесу неких промена. Увек се радило о „промени без стварних промена“, о „реформи реформе“, о неком прелазу, раније из „капитализма у комунизам“, а после тога „у демократију“. Иза „конструисаних промена“ није следила примена, оживотворење, већ само обриси и бледе копије. Ниједан пројекат политичких промена није имао значајнију валоризацију, а проблем примене и делотворности никада није изведен доследно. У том смислу можемо констатовати наслеђену традицију половичног пута промена и она се изражава у у томе да су сви политички и друштвени процеси били недоследни и недовршени. Пролазност (транзиторност) без устаљености, променљивост без стабилности – то су процеси који стварају несигурност и неизвесност. Са друге стране, искуство са два транзициона процеса створило је једно

стихијно и поларизовано друштво контрадикторних и искључујућих оријентација и вредности, а „дивљи плурализам“ различитих експресија промена није садржавао доминантну оријентацију сагласну одређеним одлукама.

Синдром половичног пута и блокиране промене пренео се и на транзициони период показујући отпоре а тиме и стагнације и појаву „закасног друштва“ „закасне нације“, „закасне транзиције“. И петоктобарски преврат догодио се са закашњењем условљен распадом државе, грађанским ратом, сецесионистичким косовским покретом. Оваквим околностима треба додати и изразити неуспех свих транзиционих влада у консолидацији демократије, стабилизацији друштва, економском развоју и подизању животног стандарда.

Са оваквим искуством у „реформама“ наметнуле су се две доминантне транзиционе стратегије промена: стратегија „шок терапије“ и градуалистичка стратегија.

Прва, „шок терапије“ представља радикалну, брзу демонтажу старог режима и моћи властодржачке номенклатуре са почетном претпоставком да је могућ радикалан и експерименталан преображај друштва у релативно кратком периоду који ће аутоматски довести до стабилизације режима нових демократских институција. Овај модел промена претпоставља спремност друштва и одрицања. Заговорници градуализма сматрају да ће шок терапија пре довести до рестаурације односно тзв. бумеранга транзиције па због тога промене морају бити осмишљене, постепене и дозиране.

У политици је битно време – тренутак кад нешто треба учинити, предузети, урадити, а тај „тренутак“ зависи од околности, добре процене, кад грађани схвате образложене неопходне политике, кад то постане релативно трајна диспозитивна оријентација, кад се обезбеди политичка подршка. Народна пословица каже „Гвожђе се кује док је вруће“. На делу је једна инверзна перцепција промена: преокупација непроменљивим и неопозивим, а суочавање са оним што је могуће мењати одгођено је за неко друго време. Ауторитарна носталгија и неуротична сентименталност изражавају се као субјективне иреалне реинтерпретације неопозиве и неповратне ближе или даље прошлости. У међувремену, криза се продубљивала, задружење државе расте, приливи и очекиване благодети умањивали – трошкови неуспешне транзиције увећавали. Из фазе тиховања и игнорисања прелази се у фазу суочавања са истином која је праћена неуротичном паником и афективном конфузијом.

Одлагање тренутка суочавања створило је проблем који је признала актуелна влада Србије која се налази између две ватре: између нужности радикалних помака и ризика да изгуби стрпљење и толеранцију бирачког тела. Иначе, евидентна је досадашња одговорност и владе и друштва: друштво је подржавало неуспешне и неодговорне елите јер није било спремно да се мења, а са друге стране, владе су одлагале суочавање са истином и преузимање озбиљних мера због популистичких претњи бирачког тела и губитка моћи и власти.

Уместо на почетку транзиционог процеса, Србија се суочава са неодложном потребом радикалних резова. Метафорично речено, неопходан је пролаз „долином суза“, водом која је дубока, хладна, немирна, али пливање не траје дуго. Србија је ишла другим „путем промена“: заобишла је хировиту воду, дуго лагано ходајући по плићаку и тако прилично одложила тренутак суочавања.

После дескриптивних метафора које ипак имају објашњавајућу значењску конотацију, треба рећи да претпостављене транзиционе стратегије не треба користити једнострано и ван друштвеног контекста већ дивергентно, комплементарно и контекстуално саобразно значају и дубини подсистема и сфера које треба трансформисати.

Основна претпоставка за применљивост било ког начина промене је стратешка политичка одлука и стратегијски политички план развоја око кога постоји општа сагласност политичких актера укључујући и народ. Успех транзиције подразумева не само промене институција већ и промена опште и политичке културе друштва што се по природи ствари не обезбеђује у кратком временском периоду. Промена политичке културе појединаца и група није једногенерацијска, већ вишегенерацијски процес постепеног, спонтаног стицања вредности и норми политичког друштва.

Институционалне промене и промене политичке културе треба да иду упоредо, синхронно на тај начин да, с једне стране, институционалне одлуке треба да прате свест, спремност друштва да се мења и базичну подршку и поверење бирачког тела, а са друге стране, и истовремено позитивну политичку подршку и рационално веровање у могућност институција да изразе интерес друштва и претворе га у делотворну политику.

Успешан транзициони процес подразумева рационално и реално сагледавање искуства, отварање „прозора могућности“ и елиминисање излишних деструктивних дисхармонија које успоравају развој и уназађују друштво. Сваки појединац мора да научи демократско понашање, да реципира позитивну традицију, да рационално вреднује рад политичких институција према критеријумима правичности и ефикасности, да

схвати да функционисање институција не зависи од неког апстрактног и далеког разлога већ од врсте и квалитета акционог потенцијала грађана, политичких субјеката и отворене јавне комуникације којима се осваја простор сталне контроле власти и институција система.

Не само народносне представе и властодржачки погледи већ и добар део интелектуалних посленика нису схватили или нису разумели саму природу промена а тиме и политичких промена. Пошли су од тога да су промене могуће у кратком периоду, од погрешне антрополошке претпоставке о једноставној механичкој промени човека за кратко време, превидели су традиционалне наносе који су дубоко укореењени у свести и менталитету и који јако отежавају нове политичке спознаје и изградњу новог обрасца друштвеног и политичког понашања. Такав конструктивистички еспериментализам није могао имати далекосежне позитивне исходе. Транзиција друштва и политике претпоставља, пре свега, личну транзицију појединца, а без промена у дубинама структуре друштва, нема ни промена у политици и институцијама одлучивања...

Витални нагон прилагођавања не подразумева само механичку копију једног модела друштва и једног модела политичког система. Већ наведени културни диверзитет у свету, постојање културних планетарних зона, плурализам култура и традиција у свету, не може се изразити и предметити у једнотипском моделу политичког система и институција. Унификација политике у светскоглобалним границама ризикује модернизовану политичку тиранију и механичку конструкцију институционалних модела односа.

Све транзиционе земље су показале когнитивну хромост у перцепцији западног модела демократије, прихватајући га без узимања у обзир контекстуалних прилика и без критичког осврта на негативне стране које су се показале у земљама-оригиналима. И тамо демократија има своје добре и лоше стране чега нису били свесни транзициони актери.

6. Закључак

Транзиционе трајекторије посткомунистичких друштава добрим делом оспоравају парадигму посткомунистичких промена а другачији друштвено-историјски контекст није сводив на једнострану унилатералну механицистичку теорију друштвеног развоја. Земље поскомунистичког света нису јединствена и хомогена типолошка категорија па су стога и стартне позиције различите и неједнаке. Друштвена и политичка култура, економска неразвијеност, наслеђе бивших режима и неједнак међународни положај представљају одреднице које отежавају предестинирану

конструкцију консолидације либералне деморатије западног типа. Размеђе транзиционог постулата и искуствених странпутица Србије је очигледно и посебно се изражава у недораслости субјеката и носилаца тог процеса, како политичких елита тако и друштва, да се суоче са објективним друштвеним изазовима, да постигну генералну и општу сагласност око циља, темпа, начина и приоритета промена. Прилагођавање новонасталим унутрашњим и спољним околностима иде веома споро и претпоставља промену начина мишљења, вредновања и понашања. Промена институционално-формалног оквира претпоставља нови културни модел односа, нови и другачији когнитивни, друштвени, вредносни и ментални образац живота. Иако Србија прилично касни у том правцу, никад није касно за нови почетак.

Литература

Carothers, T. (2004). Kraj tranzicione paradigme. U Sekelj, L. i Teokarević, J. (Prir.): Tranzicija deceniju posle: pouke i perspektive, Beograd: Institut za evropske studije. 17–32.

Coollier and Levinsky, (1997). Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research". Word Politics, No 49.

Dajmond, L. (1999), Developing Democracy – Toward Consolidation, Johns Hopkins Univ. Press, Baltimore.

Elster, J. (1990). The Necessity and Impossibility of Simultaneous Economic and Political Reform. Philosophy of social Choice. Varšava.

Huntington S. (1991). The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century. Oklahoma.

Linc, J. Stepan, A. (1996). Problems of emocratic Transition and Consolidation. Baltimore and London: J Hopkins Univ. Pres.

Merkel, W. (2009), Systemransformation: Theorien and Analysen VS - Verlag fur Sozialwissenschaften, Wiesbaden.

Schmiter, Ph, (1986). Transitions from Authoritarian Rule: Tentitive Conclusions About Uncertain democracies. J. Hopkins Univ. Pres. Baltimore.

Stojiljković, Z. (2011), Srbija u lavirintima tranzicije, Službeni glasnik, Beograd.

Slaviša Kovačević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Transition Postulate and the Serbian Experience

Summary

Transition trajectories of post-communist societies substantially challenge the paradigm of post-communist changes given that the different socio-historical context may not be reduced to a unilateral mechanistic theory of social development.

Post-communist countries are not a uniform and typologically homogeneous category, which is prominent in their different and uneven starting positions. Social and political culture, economic underdevelopment, the legacy of former regimes and their unequal international standing are the determinants that aggravate the pre-ordained construction for the consolidation of the western-type liberal democracy. The discrepancy between the transition postulates and Serbia's empirical sideways clearly and specifically reflected in the inadequacy of all subjects and power-holders in this process, including the political elites and the society as a whole, to face the objective social challenges and reach a general consensus on the overall objective, dynamics, mode and priorities in the projected reforms. The process of adjusting to the new internal and external circumstances proceeds at a very slow pace as it presumes a change in the mindset, value system and conduct. The change in the formal/institutional framework calls for a new model of cultural relations and a different cognitive, social and value-driven pattern of behaviour. Even though Serbia is lagging behind in that course, it is never too late for a fresh start.

Key words: transition, political parties, elections, democracy, transition challenges, Serbia.

II ПРИКАЗИ

Др Славиша Ковачевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 29.09.2014.
Рад прихваћен: 11.10.2014.

Бојан Ковачевић, *СКРИВЕНИ ФЕДЕРАЛИЗАМ: Федералистичко искуство у процесима европских интеграција*
Албатрос Плус, Београд, 2013.

Студија др Бојана Ковачевића „Скривени федерализам: Федералистичко искуство у процесима европских интеграција“ настала је у тренутку када се политичке науке и теорија државе и права налазе у кризи без озбиљних теоријских и емпиријских резултата, варирајући већ постојеће концепте и појмове на нивоу прегледног или парафразирајућег. Становита криза се изражава у типичној догматизацији већ реципираних научних и теоријских оквира без озбиљних ауторско-хеуристичких искорака. Нова стварност тражи и нову науку. Савремени процеси од локалних до глобалних оквира више не личе на нама научене моделе државе и политике. Идеје, теорије, принципи, вредности и пракса који су започети идејама Француске револуције, устоличени вествалским образцем светског поретка, а уобличени у друштвеним и политичким структурама, све мање одговарају карактеру данашњег друштва, државе, политике и права.

Студија „Скривени федерализам“ др Бојана Ковачевића, представља значајну, репрезентативну, објективну, колико теоријску, толико и емпиријску студију која отклања многе контроверзе и недоумице око природе и карактера Европске уније. Она има неколико значајних карактеристика по којима се сврстава у незаобилазно и значајно штиво из области политикологије и права. Прво, ова студија показује ауторово познавање класичне и модерне политичке теорије и њихову логичку и садржинску реинтерпретацију у анализи савремених федералистичких процеса. Друго, аутор презентује проблематику успешно користећи различите теоријске, концептуалне и институционалне традиције у истраживану разностраних сложених процеса европске интеграције. Треће, аутор не приступа овој проблематици херметички и догматски, већ критички, преиспитујући, не само постојеће теоријске концепте који се неизбежно нуде, већ и реалне интегративне процесе који по свом карактеру и обиму превазилазе већ

* slavisa@prafak.ni.ac.rs

практиковане емпиријске облике. Четврто, полазећи од тога да је Европска унија „недовршена заједница“, „заједница у настајању“, заједница која се налази у развојном процесу емпиријског уобличавања, аутор је показао веома респектабилну квоту креативности и иновативности, али не на штету научне објективности. Пето, ова студија покрива колико формалну толико и неформалну страну предмета истраживања, колико манифестне институционалне процесе толико и „закулисне“ ванституционалне процесе, колико формалну толико и фактичку моћ. Шесто, аутор се упушта у једно веома сложено истраживачко поље, преиспитујући основне концепте слободе, једнакости, демократије и легитимности у односу на федералистичку организацију политичког живота. Оперативна и функционалистичка форма федерализма често редукује основне концепте слободе, једнакости и аутономије а права федерална мера слободе и демократије увек је не само теоријски већ и искуствени изазов.

Студија „Скривени федерализам“ је научно-теоријски утемељена, предметно диференцирана, методолошки структурирана и представља кохерентну целину.

Први део студије, „Федерализам и модерна држава – савезници и супарници“, суочава федерализам са појмовима слободе, демократије, нације, легитимитета. Пре свега, аутор федерализам поставља као средство ограничавања суверености и проширења сфере слободе и федерализам као начин превазилажења антиномије слободе и поретка. У односу на демократију, федерализам се поставља са становишта две традиције: прва је Медисонова традиција конституционална и модела ограничавања и равнотеже моћи и власти, а друга традиција полази од Алтузијуса и његовог концепта федерације као „заједнице заједница“, једног представничког модела организованог изражавања интереса друштва.

Федерализам има значајну функцију у процесу стварања нације, па стога аутор суочава федералистички принцип са три обрасца стварања нација: грађанско-политички, етничко-културни и трећи, мешовити грађанско-етнички са значајним комунитарним обележјима, који може послужити као основа европског федералног пројекта. Суодношење федерализма и легитимитета је тест колико за оправдање процеса федерализације толико и за оправдање „одумируће националне државе“.

Други део студије, „Покушај изградње европске федерације у одсуству Европљана“, бави се обележјима федерализма у систему управљања ЕУ а посебно конституционализацијом европских уговора, вертикалној подели власти и управљачком структуром.

Легитимитет федералистичких процеса преиспитује се са два становишта. Прво становиште иде линијом оспоравања демократског легитимитета и демократске утемељености њених институција, дакле „непостојања европског демоса“. Наиме, концепт репрезентоване народне суверености изражен кроз изборну вољу Европљана је најзначајнији дефицит Европске уније. Друга аргументација оспоравања легитимитета односи се на елитарно-биروقратски модел политичког инжењеринга ЕУ и наглашавање функционално-оперативних чинилаца интеграције. Недостатак европског грађанина (Ступар, 2006) аутор даље проблематизује констатујући да правни статус још увек лежи у оквиру националног држављанског статуса. Научни изазов је одговор на питање „како поново створити политички активне грађане, учеснике у јавној сфери, а не пуке конзументе индивидуалних права, у време када демократски потенцијали националних држава све више бледе а структурне претпоставке изражавања демократске воље на европском нивоу безнадежно изостају?“ (стр. 307).

У поглављу „Скривени федерализам и криза“ аутор синтетизује главну осу постављеног проблема природе ЕУ са становишта дискурса федерализма и становишта дискурса кризе. Студија се завршава дубљим увидима кризе легитимитета ЕУ, федерализма без демократије и интегративним, односно дезинтегративним изазовима.

Студија „Скривени федерализам“ др Бојана Ковачевића има несумњив научни, друштвени, политички и педагошко-дидактички значај. Научни значај монографије у новој, свеобухватној, синтетичкој, објективној студији преиспитивања појмовних и политичких контроверзи ЕУ, са евидентним хеуристичким исходиштима. Она попуњава празан простор науке. Студија такође отвара простор за даља научна истраживања из ове области. Друштвено-политички значај је немерљив јер допуњује и проширује „когнитивну хромост“ интегративних корака Србије ка ЕУ. Културолошки и психолошки допринос студије указује на потребу стварања рационалне политичке културе, превазилажење евроеуфоричности и евроскептичности и наговештава еврореалистички и критички приступ (Вујачић, 2013).

Педагошко-дидактички значај је готово онипотентан јер, не само што обогаћује скромни фонд литературе о овој материји, већ даје могућност да се стекну потребна и довољна, основна, стручна и академска знања о политичкој и правној природи ЕУ. Стога, ниједан студијски програм о Европској унији не може заобићи студију овакве врсте јер она има колико монографски толико и уџбенички квалитет.

Намера овог приказа није да детаљно представи целу студију и сервира основне налазе које она продукује, већ да укаже на њен квалитет, да заинтересује и мотивише читаоце, односно студенте да упознају основна, крарактеристична, битна и суштинска обележја и процесе једне „заједнице у настајању“. Имајући у виду политфилозофска полазишта, теоријско-методолошко утемељење, епистемолошке и гносеолошке домете, референтни језички оквир, а посебно њене резултате и плодове, сматрам да је студија др Бојана Ковачевића „Скривени федерализам“ једна од најзначајнијих друштвено-научних студија наше научне баштине, значајан и крупан искорак у нашој политикологији и представља незаобилазну литературу за студије Европске уније.

Др Александар Мојашевић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 19.09.2014.
Рад прихваћен: 20.10.2014.

Александра Јовановић,
ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ПРАВА,
Правни факултет Универзитета у Београду,
Издавачки центар, Београд, 2008.

Књига *Теоријске основе економске анализе права* ауторке Александре Јовановић бави се разграничењем различитих школа или праваца у оквиру научне дисциплине *Економска анализа права (скр. ЕАП) или Право и економија*, њихових методолошких основа и претпоставки анализе. Ова књига нуди систематизован преглед теоријских концепата најзначајних школа економске анализе права: *чикашке школе економске анализе права, неоинституционалне школе економске анализе права* (и у оквиру ње: *економије својинских права, економије трансакционих трошкова и теорије уговорних односа*), *теорије јавног избора, аустријске економске школе и институционалне школе економске анализе права*. Може се рећи да ова, али и друге књиге и прилози, сврставају ауторку у ред малобројних али, свакако, значајних српских аутора који примењују економску анализу у проучавању појединих правних института, или праву блиских феномена, попут: криминала или корупције (Борис Беговић), својине (Љубомир Маџар), приватизације (Бошко Мијатовић) и других.

После књиге из 1998. године, *Увод у економску анализу права*, која је имала претензију да упозна нашу стручну и ширу јавност са основним постулатима ЕАП, тада свакако недовољно познатом дисциплином у Србији, и то из угла једног теоријског правца (економије својинских права) у оквиру једне школе ЕАП (неоинституционалне економије), могло се очекивати да ће ауторка у наставку свог интелектуалног и стручног рада истраживање усмерити и на друге школе ЕАП. Притом је, временски гледано, књига *Теоријске основе економске анализе права* дошла у правом тренутку, након 14 година од публикавања прве, уводне студије, узимајући у обзир чињеницу да је наша јавност имала довољно времена да се упозна са основним принципима и идејама ЕАП. Осим тога, ова књига даје снажан допринос утемељењу и даљем развоју научне дисциплине ЕАП у Србији, али и предмета ЕАП на

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

правним факултетима у нашој земљи. С тим у вези потребно је истаћи да је ЕАП чврсто утемељена научна и наставна дисциплина у САД, и да је стекла не аутономно већ доминантно место у америчкој правној теорији. С друге стране, у Србији, земљи континенталне правне традиције, ова дисциплина се још увек пробија и тражи своје место, упркос бројним отпорима, који долазе, пре свега, због недовољног познавања ове материје или бојазни од потенцијалног угрожавања традиционалних правних схватања и статуса правних предмета који се на њима базирају. Полазећи од тога, ова књига нуди сваком објективном и добронамерном читаоцу, пре свега правничког образовања, објашњење основних идеја и концепата главних школа ЕАП. Такође, она пружа и најопштија сазнања о томе шта проучава ЕАП, којом се методологијом служи, у чему се разликује у односу на традиционалне правне дисциплине, који је њен најподеснији назив, зашто је ова дисциплина значајна за образовање правника и економиста итд. Читањем ове књиге све евентуалне предрасуде, које имају свој извор у непознавању или недовољном познавању ЕАП, нестају или бивају значајно модификоване.

Важно је истаћи да је сужавањем избора на *пет* горенаведених најзначајнијих и најпознатијих школа ЕАП, чије је идеје и постулате представила и упоредила, ауторка олакшала читаоцима упознавање са основним идејама и принципима ове, иначе, веома *хетерогене* научне дисциплине. Можда ће нека нова књига бити наставак ове књиге у смислу детаљнијег представљања и других школа/праваца ЕАП, попут: *критичких правних студија* (енг. *Critical Legal Studies*), *школе правних реформиста/њу хејвен школе* (енг. *New Haven School*) или *бихевиоралног права и економије* (енг. *Behavioral Law and Economics*), од којих ова последња, првенствено због бројних, веома значајних и, надасве, интересантних резултата емпиријских истраживања, свакако то заслужује. Додајмо и то да је избор ове теме оригиналан *eo ipso*, будући да се на српском језику не може наћи књига сличне тематике. У том смислу, преузимајући на себе терет пионирског подухвата, који, свакако, носи додатну одговорност, ауторка је поставила, и то веома успешно, *концептуални оквир* за најважније школе ЕАП.

У погледу садржаја књига *Теоријске основе економске анализе права* подељена је у пет повезаних тематских целина. Након првог и уводног дела, под називом „Теоријске основе економске анализе права“, у којем се експлицитно наводи сврха ове књиге – представљање доприноса најважнијих, првенствено тржишно оријентисаних школа ЕАП развоју саме дисциплине, и објашњења да је књига намењена широкој читалачкој публици (правницима, економистима, политиколозима и припадницима других професија, било да се баве теоријским било практичним радом), у другом делу („Инструменти економске анализе права“), ауторка излаже

основне инструменте (појмове и принципе) којима се ЕАП служи у анализи бројних правних института. Детаљно објашњење основних инструмената ЕАП олакшава читаоцима, пре свега правничког образовања, разумевање одређених економских појмова и концепата. Трећи део, под називом „Економија и право у економској анализи права“, обрађује питање повезаности двеју дисциплина (права и економије), као и питање односа базичних принципа на којима почивају – правичности и ефикасности.

Срж ове књиге чини четврти део, који носи назив „Економска анализа права: школе и правци“, у којем се обрађују сличности и разлике између различитих школа ЕАП. У овом делу извршена је подела различитих школа ЕАП према *предмету анализе* и према *методолошком приступу*. Први критеријум је последица историјског развоја дисциплине, будући да указује на то како се ширио обухват правних области којима се бавила ЕАП, почев од грана права које, својом природом и садржином, повезују право и економију (попут антимонополског права или пореског права), преко грана права, које једним својим делом регулишу тржишне односе (попут облигационог права – својине, уговора и накнаде штете), до оних грана права које за предмет немају регулисање тржишних односа (грађанско и грађанско-процесно право, кривично и кривично-процесно право итд). Ауторка посебно издваја економију својинских права и чикашку школу ЕАП с обзиром на њихов допринос популаризацији и ширењу предмета ове дисциплине чак и на оне правне области за које је донедавно било незамисливо да се проучавају са економског аспекта.

Други критеријум поделе школа ЕАП (*методолошки приступ*) представља основу на којој су у овој књизи представљене различите школе ЕАП: оне које су тржишно оријентисане и оне које подржавају државну интервенцију. Узимајући у обзир доминантно апологетски став наше стручне и опште јавности о активној улози државе у привреди, ауторка је *храбро* приступила обради теоријских праваца ЕАП који се претежно базирају на идеји слободног тржишта и критици државног интервенционизма. Кажемо *претежно*, јер између самих школа које припадају корпусу тржишно оријентисаних школа ЕАП постоје, некад и непремостиве, методолошке разлике (рецимо, између чикашке школе и аустријске школе).

У књизи је прво представљена *чикашка школа ЕАП*, која се назива и *империјалистичком школом* због својих доприноса на тржишту идеја, а који су је учинили најутицајнијом школом у економској науци, али и унутар саме дисциплине ЕАП. Читалац се може упознати с тим да је ефикасност основни *credo* чикашке школе; затим, да поједини представници ове школе, на челу са Познером (Posner), наглашавају судијски активизам, промовишући тезу о ефикасности *common law*-а; да постоје различита

схватања у оквиру ове школе, на пример, у погледу улоге државе у економији итд. С тим у вези, посебна вредност ове књиге произилази из *објективности* ауторке у представљању одређених идеја, а која се најбоље види приликом систематичног приказа *критика* које се упућују чикашкој школи, самим тим и дисциплини ЕАП. Те критике, према мишљењу ауторке, долазе из два извора: један је оличен у *међусобном сукобу идеја* појединих представника ЕАП око бројних питања (рецимо, између Познера и Епштајна (Epstein) око судијског активизма), а други налази окосницу у интелектуалном промишљању оних аутора (ван ове дисциплине) који ЕАП виде као *редукционистички приступ праву* који занемарује правду као унутрашњу вредност права.

Не мање важна јесте и *неоинституционална школа ЕАП* (енг. *Neo-Institutional Economics*), која се издваја због својих објашњења везе између институција (схваћених као *правила игре*) – посебно институције својине, и економског избора. Ова школа је направила искорак у односу на неокласичну економију јер је у анализу укључила и *институције* које преко подстицаја и трансакционих трошкова утичу на економско понашање и тиме неокласичне економске моделе приближила реалном свету. Стиче се утисак да је ауторка са лакоћом обрадила тему повезаности и разлика двеју горенаведених школа, с обзиром на њено продубљено познавање неоинституционалне економије, што се кроз бројне објављене књиге (рецимо, *Партиципативна економија: утицај типа својине на понашање (ефикасност) предузећа* из 1993. године), научне радове (на пример, *Legal rules, Governance Structures and Financial Systems* из 2002. године), или стручне извештаје о резултатима правних и институционалних реформи у Србији (нпр. *Transition Report for Serbia and Montenegro* – у коауторству са В. Вукотићем или *Извештај о транзицији у Србији*) јасно може видети.

У овом делу, читалац се може упознати са фундаменталним поставкама ове школе (методолошки индивидуализам, неперфектност информација, избора појединаца и самих институција, Коузова теорема итд), као и са различитим правцима у оквиру ове школе (економија својинских права, економија трансакционих трошкова, економска теорија уговора и приступ друштвених норми у најширем смислу).

Теорија јавног избора (енг. *Public Choice Theory*) са својим оригиналним објашњењима понашања политичара, бирократе, законодавца или регулатора, као *homo economicus-a* који тежи максимизацији сопственог, а не јавног интереса, свакако заслужује посебно место у оваквој књизи. Најважније идеје и концепти, попут концепта *рентносног понашања*, али и различити правци у оквиру ове школе (један *чикашки*, а други *вирџинијски*), објашњени су на један сажет начин.

Вредност ове књиге је и у томе што се читалац може упознати са веома изнијансираним разликама између различитих школа ЕАП, рецимо, између *чикашке школе* и *аустријске школе* (енг. *Austrian School of Economics*), која је представљена као најдоследнија школа у одбрани тржишта и чије аналитичке претпоставке и метод анализе изазивају сталне расправе са другим економским школама и школама ЕАП. Методолошки индивидуализам, методолошки субјективизам, особено схватање и истицање важности тржишног процеса и ценовног механизма (који пре води у неравнотежу), наглашавање улоге информација, неизвесности и несавршеног знања и друго, представљају дистинктивне карактеристике аустријске економске школе. Ауторка је представила најважније идеје ове школе, које су очито у колизији са владајућом економском парадигмом, те се често могу наћи само на маргинама стандардне (економске и друге) литературе.

У представљању школа ЕАП књига није ограничена само на тржишно оријентисане већ је приказана и једна школа која својим идејама (пре свега идејом да је држава институција која ствара и примењује право без којег нема тржишта) брише разлику између тржишта и државе – *институционална економија* (енг. *Institutional Economics*). Успешно је постављена линија раздвајања између институционалне економије и ЕАП, будући да ова прва полази *од институција (правних и других) у објашњењу економског понашања*, док се ЕАП креће *од економског понашања и инструмената анализе изведених из таквог понашања ка објашњењу права*.

У последњем делу књиге („Прилог проучавању развоја економске анализе права у Србији“) ауторка сумира развој ЕАП у Србији од Другог светског рата до данас и износи преовлађујуће оптимистичне оцене у погледу развоја ове дисциплине у будућности.

Може се закључити да је монографија *Теоријске основе економске анализе права* ауторке Александре Јовановић на домаћем тржишту идеја на један јасан и систематизован начин понудила преглед најважнијих школа ЕАП, и тиме поставила концептуални оквир за даља истраживања у овој области. Књига је добро организована и писана неконвенционалним стилем који може бити разумљив широкој читалачкој публици. Она може бити од користи првенствено млађим истраживачима правне, економске или друге струке, који желе да се упознају са овом интересантном облашћу и, потом, на бази усвојене методологије појединих школа ЕАП, наставе своја теоријска и емпиријска истраживања, али и правницима који нису имали прилике да се током редовних студија упознају са савременим тенденцијама које прожимају правну науку.

Михајло Цветковић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРИКАЗ

Рад примљен: 14.10.2014.

Рад прихваћен: 21.10.2014.

МЕЂУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА
„УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ“

Правни факултет Универзитета у Нишу, у склопу обележавања 54. годишњице рада факултета, 16. маја 2014. године организовао је Међународну научну конференцију на тему „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“.

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

За учешће на конференцији пријавило се 66 аутора са 53 реферата. Нарочита пажња посвећена је учесницима са стране (26) који су лично или рефератом представили: IRZ (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), Уставни суд Босне и Херцеговине, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св.Кирил и Методиј“ у Скопљу, Правни факултет Универзитета у Београду, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Одсек за координацију процеса стабилизације и придруживања Дирекције за европске интеграције Савјета министара БиХ у Сарајеву, Факултет за безбједност и заштиту Универзитета у Бањој Луци, Правни факултет у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици) и Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Поздравни говор учесницима конференције одржао је декан, проф. др Мирослав Лазић, након чега су уследила пленарна излагања dr. Stefana Pürner-a (IRZ)²: „Дугачак и кривудава пут српског права (назад) према

* mihajlo@prafak.ni.ac.rs

2 Deutsche Stiftung für internationalrechtliche Zusammenarbeit

Европи“ и проф. др Војислава Ђурђића: „Нови кривични поступак Србије – нови разлози за усклађивање са европским правним стандардима“. Рад на конференцији настављен је у пет одвојених, симултаних сесија, а учесници су својим присуством увеличали и свечану академију поводом Дана Факултета (18. мај).

Јавноправној сесији су присуствовали бројни аутори који су својим излагањима и радовима дотакли разноврсне теме. Учесници су анализирали значај Уставног суда као *sui generis* власти, као и питање уставности овлашћења Уставног суда да својим позитивним и негативним одлукама преузме улогу законодавца. Аутори су отворили питање реформе Устава у делу који се тиче правосуђа, а нарочито је истакнут проблем правног уређења Правосудне академије. Гости су се бавили и питањем социјалног дијалога, као и потребом усклађивања националног радног права са европским тенденцијама. У вези са родном равноправношћу, расправљано је о политичкој заступљености жена у РС и околним земљама.

Разноврсним темама бавила се и грађанскоправна сесија. Укључујући излагање о самим идејним основама приватног права ЕУ, реферати су обухватили разубђене теме: заштита права личности, права потрошача у РС, буђење свести о значају еколошког права, регулисање клиничког испитивања у РС и ЕУ. Проф. др Невена Петрушић, уредница сесије, истакла је значај колективне правне заштите. Аутори су указали на проблем нејединственог дефинисања брака и породице, као и на различита гледишта око појма нерегистроване заједнице у РС и европском државама, што утиче на наследноправни и породичноправни режим.

Кривичноправној сесији присуствовали су бројни учесници, који су излагали значајне теме из ове области. Посебна је пажња посвећена Кривичном законнику Србије, где је уочен инфериоран положај окривљеног у односу на тужиоца у истражном поступку, али и у главном поступку, те је оцењено да нови Кривични законик захтева усаглашавање са правом ЕУ више него што је то био случај са старим. Било је речи и о малолетним починиоцима кривичних дела, односно о увођењу алтернативних и неформалних мера где би се применом васпитних налога утицало, пре свега, на правилан развој малолетника. Сагледана је злоупотреба дрога и пратеће последице (вршење кривичних дела, урачунљивост), као и адекватно изрицање санкција у овом случају. Запажена су била излагања о утицају глобализације на криминалитет, увођењу приватних затвора у пенитенцијарни систем РС, као и о заштити малолетника од сексуалног искоришћавања.

Учесници трговинскоправне сесије су на критички начин сагледали усклађеност националних решења са правом ЕУ и истакли да је хармонизација међу кључним задацима које држава – кандидат, мора да испуни. Од посебног значаја је и мултидисциплинарни приступ у одабиру и образлагању тема попут: Лисабонског споразума, билатералних споразума о третману и заштити страних инвестиција, одбрани од преузимања привредних друштава, предностима и манама тзв. отровних пилула, организованог туристичког путовања по Закону о заштити потрошача, дигиталне форензике и новом облику „дигиталног“ криминалитета, где се као проблем јавља неадекватност националних прописа који нису прилагођени савременим, високотехнолошким кривичним делима. У оквиру подсесије за правноекономске науке представљени су радови о: заштити права на поверљивост и тајност при међународној размени пореских података, хармонизацији пореских правила о непосредном опорезивању, пореској конкуренцији услед лоше пореске сарадње и јавном дугу.

На међународноправној сесији аутори су се бавили праксом Суда правде ЕУ, нарочито особеностима правних лекова пред овим судом, дејству одлуке о претходном питању на националне судове, као и утицају Протокола 16 на проширење саветодавне надлежности Суда. Рефератима је наглашен значај хармонизације јавних политика у самој фази преговора. Дискутантанти су поменули правна начела ЕУ, која, иако секундарни извор права, имају и непосредно дејство. Сесија је окупила стручњаке из две области: међународног јавног и међународног приватног права.

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

Одржавање конференције финансијски је помогло Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС. Учесници са Правног факултета у Нишу изнели су резултате истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“.

III РАДОВИ СТУДЕНАТА
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

ПРОПИСИ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О КОНТРОЛИ КОНЦЕНТРАЦИЈА КАО ИЗВОР ПРАВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: У раду се анализирају правни основи за примену правила ЕУ о контроли концентрација у поступцима контроле концентрација у Републици Србији. Аутор објашњава под којим условима Комисија за заштиту конкуренције и судови могу да примењују правила ЕУ о контроли концентрација, и указује на то да ови органи нису обавезни да директно примењују право ЕУ. Према чл. 72. Споразума о стабилизацији и придруживању, Комисија за заштиту конкуренције и судови обавезни су да правилно примењују и спроводе унутрашња правила о контроли концентрација која су резултат усклађивања са правом ЕУ, што значи да је важно да се ова правила правилно тумаче, тј. да се тумаче у складу са правом ЕУ.

Кључне речи: контрола концентрација, право конкуренције, примена права ЕУ, хармонизација, Споразум о стабилизацији и придруживању, Србија, право ЕУ.

1. Увод

У складу са политичким опредељењем Републике Србије да постане чланица Европске уније, усвајање правних тековина ЕУ (*acquis communautaire*) намеће се као разумљиво и оправдано уколико се спровођењем хармонизованих прописа могу остварити циљеви који одговарају циљевима приступања Републике Србије ЕУ. Отуда се усклађивање права Републике Србије са правом ЕУ поставља као један од услова за приступање ЕУ, па и Споразум о стабилизацији и придруживању у чл. 72. утврђује обавезу усклађивања

* ivanaracic12@gmail.com

законодавства Републике Србије са законодавством ЕУ.¹ Поред тога, Споразум о стабилизацији и придруживању утврђује и обавезу правилне и делотворне примене и спровођења тако усклађеног права, што значи да се поступак хармонизације домаћег права са правом ЕУ не ограничава само на доношење усаглашених прописа, већ обухвата и потпуну и доследну примену и тумачење ових прописа. Због тога се оваква хармонизација у литератури означава као функционална или суштинска хармонизација (Вукадиновић, 2009: 14).

У области права конкуренције, Србија је наставила процес приближавања правном систему ЕУ доношењем Закона о заштити конкуренције из 2009. године и усвајањем Закона о изменама и допунама овог закона из 2013. године, будући да је заштита конкуренције законом уређена по угледу на право конкуренције ЕУ.² У погледу контроле концентрација, у Закону о заштити конкуренције такође су прихваћена решења ЕУ, тако да је контрола концентрација у Републици Србији регулисана у складу са Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године, којом су на нивоу ЕУ регулисане оне концентрације које могу да угрозе конкуренцију на јединственом тржишту ЕУ или на његовом битном делу.³ Поред Закона о заштити конкуренције, који представља основни извор права, у поступцима контроле концентрација примењују се и други закони и подзаконски акти.

Међутим, наведеним прописима нису обухваћена одређена питања која би се по угледу на правила ЕУ могла ближе уредити посебним правилима (нпр. појам концентрација и појам контроле, нарочито заједничко улагање које подлеже контроли; дефинисање и утврђивање годишњих прихода учесника у концентрацији и повезаних лица на тржишту; врсте концентрација; ефекти (хоризонталних и нехоризонталних) концентрација; критеријуми за оцену (хоризонталних и нехоризонталних) концентрација (нпр. анализа тржишне структуре и Херфиндал-Хиршманов индекс, супротстављена моћ купаца, улазак на тржиште), аргументи за одбрану концентрација; условно одобрење концентрација).

Имајући у виду недостатак оваквих правила, могу се поставити питања да ли се прописи ЕУ о контроли концентрација могу применити као извор материјалног права у Републици Србији на основу којих Комисија за заштиту конкуренције може доносити своје одлуке о дозвољености

1 Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 83/2008.

2 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, 51/2009, 95/2013.

3 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004.

концентрације и, ако могу, на који начин и на које предмете их Комисија за заштиту конкуренције може применити? Посебно се могу поставити питања да ли се право ЕУ може користити приликом тумачења прописа Републике Србије и попуњавања правних празнина и да ли пракса органа ЕУ може у том случају бити смерница у проналажењу одговора на бројна питања која се буду постављала пред Комисијом за заштиту конкуренције и пред домаћим судовима? Ова питања посебно су важна због закључења и ступања на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању, будући да Споразум у одређеној мери омогућава примену права ЕУ у Србији.

Истраживање у овом раду отуда има за циљ да укаже на начин на који се прописи ЕУ могу примењивати у поступцима контроле концентрација, што у недостатку одговарајућих правила у Србији може бити значајно и за учеснике на тржишту и за Комисију за заштиту конкуренције и судове. Контрола концентрација је релативно нов правни институт у праву Републике Србије, па се у пракси могу јавити бројни проблеми и тешкоће у раду Комисије за заштиту конкуренције и судова, тако да се могућност примене права ЕУ чини корисна, јер се бројни примери из праксе и правна решења могу пронаћи у праву ЕУ и могу се искористити у домаћем праву. Сврха рада је да допринесе бољем разумевању одредаба Споразума о стабилизацији и придруживању, јер потребно је имати у виду могућност да се учесници на тржишту приликом заштите својих права позову на примену права ЕУ или да покушају да оспоре његову примену, као и чињеницу да је због приступања ЕУ Србија на одређени начин већ интегрисана у јединствено тржиште ЕУ.

2. Извори права у Републици Србији

У праву Републике Србије контрола концентрација је установљена 2005. године усвајањем Закона о заштити конкуренције, чиме је остварен одређени напредак у заштити конкуренције.⁴ Ипак, Закон из 2005. године имао је бројне недостатке, па је 2009. године усвојен нови закон, којим су отклоњене одређене мањкавости претходног система контроле концентрација и који пружа добру основу за заштиту конкуренције на тржишту. Повећани су финансијски прагови за пријављивање концентрација, чиме се олакшава повезивање учесника на тржишту и рад Комисије за заштиту конкуренције, а Комисији су дата значајна истражна овлашћења и овлашћења за кажњавање учесника и спровођење мера деконцентрације.⁵

4 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, 79/2005.

5 Више о критичким и историјским освртима на прописе који су се примењивали у Републици Србији и разлозима за доношење Закона о заштити конкуренције из 2009. године вид. Бесаровић, 2006: 113 и даље; Јовановић, Марковић-Бајаловић, 2005: 13 и

Поред Закона о заштити конкуренције, као извори права примењују се и други прописи који регулишу контролу концентрација, а који се могу груписати. Једна група извора су извори компанијског права који обухватају нпр. Закон о привредним друштвима и Закон о преузимању акционарских друштава, којима се уређују питања у вези са облицима концентрација, повезаним учесницима на тржишту, обавезом пријаве концентрације и др.⁶ Друга група извора се односи на посебне законе који се, поред Закона о заштити конкуренције, примењују у појединим секторима које регулишу, а посебним одредбама уређују конкуренцију, односно повезивање учесника у тим секторима.⁷ Трећа група извора се односи на прописе који се примењују у управном поступку и у управним споровима, па Комисија за заштиту конкуренције, у поступку контроле, примењује одредбе Закона о општем управном поступку, а судови у поступку контроле решења Комисије примењују Закон о управним споровима, чијих правила мора да се придржава и Комисија.⁸

Последња група прописа се односи на подзаконске акте који детаљније уређују одређена питања у поступку контроле и омогућавају примену Закона о заштити конкуренције. То су Уредба о садржини и начину подношења пријаве концентрације (*Сл. гл. РС*, 89/2009), која уређује садржину и начин подношења пријаве концентрације; Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта (*Сл. гл. РС*, 89/2009), којом се ближе прописују критеријуми за утврђивање релевантног тржишта; и Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, којом се ближе прописују критеријуми за одређивање висине новчане казне и услови за одређивање наведених мера (*Сл. гл. РС*, 50/2010). Комисија је донела и посебне смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала.

даље; Марковић-Бајаловић, 2009: 456 и даље; Вукадиновић, 2009: 65 и даље; Беговић, Павић, 2009: 70 и даље; Vasiljević, Popović, 2012: 141 и даље.

6 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011, 99/2011; Закон о преузимању акционарских друштава, *Сл. гласник РС*, 46/2006, 107/2009, 99/2011.

7 То су нпр. следећи закони: Закон о банкама, *Сл. гласник РС*, 107/2005, 91/2010; Закон о осигурању, *Сл. гласник РС*, 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013; Закон о инвестиционим фондовима, *Сл. гласник РС*, 46/2006, 51/2009, 31/2011; Закон о радиодифузији, *Сл. гласник РС*, 42/2002, 97/2004, 76/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006, 41/2009.

8 Закон о општем управном поступку, *Сл. лист СРЈ*, 33/1997, 31/2001, *Сл. гласник РС*, 30/2010; Закон о управним споровима, *Сл. гласник РС*, 111/2009.

3. Извори права у ЕУ

Правила о заштити конкуренције представљају важан део права ЕУ и једну од најстаријих правних тековина ЕУ, будући да је политика заштите конкуренције утврђена Римским уговором, у чл. 85. и 86, који регулишу рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја.⁹ Римски уговор није садржао одредбе о контроли концентрација, тако да је област права конкуренције ЕУ проширена тек 1989. године, када је усвојена прва Уредба ЕУ о концентрацијама. Иако је у право ЕУ уведена релативно касно, контрола концентрација се данас сматра тзв. трећим стубом политике заштите конкуренције у ЕУ.

Док нису била усвојена правила о контроли концентрације, Европска комисија и Суд правде су широким тумачењем покушавали да на концентрације учесника на тржишту примене одредбе Римског уговора које регулишу рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја. Ипак, наведена тумачења Суда правде нису била увек подобна за контролу концентрација, јер је примена чл. 85. и 86. имала веома ограничено дејство и није била довољна да се обезбеди заштита конкуренције. То је био један од најважнијих разлога за усвајање Уредбе из 1989. године, иако су на усвајање Уредбе утицали и други чиниоци. Уредбу из 1989. године заменила је нова уредба из 2004. године, која је усвојена у оквиру реформе права конкуренције ЕУ.

Поред Уредбе ЕУ о концентрацијама из 2004. године, веома важан извор права јесте и Уредба Европске комисије бр. 802/2004 о примени Уредбе 139/2004 о контроли концентрација, која ближе уређује бројна питања предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама.¹⁰ Уредба садржи и анексе који детаљно уређују садржину пријаве концентрације, скраћене пријаве концентрације, захтева учесника у концентрацији за упућивање

9 Уговором из Амстердама (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, *O.J.*, С. 340/1997) извршена је пренумерација чланова Римског уговора, тако да су чланови 85. и 86. постали чл. 81. и 82. Уговора о оснивању Европске заједнице (The Treaty establishing the European Economic Community). Наредна пренумерација извршена је Лисабонским уговором (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *O.J.*, С. 306/2007), па су чл. 81. и 82. постали чл. 101. и 102. Уговора о функционисању ЕУ (Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J.*, С. 83/2010 – consolidated version).

10 Commission Regulation No 802/2004 of 7 april 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, L. 133/2004, as amended by Commission Regulation (EC) No 1792/2006 of 23 October 2006 (*O.J.*, L. 362/2006), Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 (*O.J.*, L. 279/2008), Commission Implementing Regulation (EU) No 1269/2013 of 5 December 2013 (*O.J.*, L. 336/2013).

концентрације и предлога корективних мера у случају условног одобрења концентрације.

Решења предвиђена Уредбом ЕУ о концентрацијама ближе су уређена и обавештењима Комисије, од којих се најзначајнијим сматра Обавештење Европске комисије о надлежностима,¹¹ које је заменило низ појединачних обавештења која су до тада важила. Поред овог обавештења, значајна су нпр. и следећа обавештења: Обавештење Европске комисије о поједностављеном поступку у погледу одређених концентрација према Уредби 139/2004,¹² Обавештење Комисије о корективним мерама у складу са Уредбом 139/2004 и Уредбом 802/2004¹³ и Обавештење Европске комисије о релевантном тржишту.¹⁴

Приликом испитивања концентрација, Комисија примењује и смернице које самостално доноси, али које нису правно обавезујуће. Ипак, смернице су веома битне за оцену концентрације и за примену правила о контроли концентрација, будући да се у њима огледа повратни утицај праксе Европске комисије и судова ЕУ на утврђивање критеријума за оцену концентрација и на доношење прописа о контроли концентрација. Реч је о Смерницама за оцену хоризонталних концентрација и Смерницама за оцену нехоризонталних концентрација.¹⁵

4. Примена Споразума о стабилизацији и придруживању

Да би се анализирали услови за примену права ЕУ у Републици Србији, потребно је претходно указати на место Споразума о стабилизацији и придруживању у правном систему Републике Србије. Пошто се Споразум о стабилизацији и придруживању мора посматрати као врста потврђеног међународног уговора, његово место се утврђује у складу са одредбама Устава Републике Србије.

11 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, C. 95/2008.

12 Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, C. 366/2013.

13 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, *O.J.*, C. 267/2008.

14 Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, *O.J.*, C. 372/1997.

15 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, C. 31/2004); Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (*O.J.*, C. 265/2008).

Према Уставу, општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, а потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом.¹⁶ Закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом и не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.¹⁷ У хијерархији правних прописа у Републици Србији, потврђени међународни уговори, према томе, налазе се испод Устава, али изнад закона, а њихова непосредна примена значи признавање међународног уговора као дела унутрашњег правног поретка. Потврђени међународни уговори, дакле, имају примат над унутрашњим („домаћим“) прописима, а сви надлежни органи морају да поштују такву хијерархију.

То значи да и Споразум о стабилизацији и придруживању чини саставни део правног поретка Србије, непосредно се примењује и мора бити у сагласности са Уставом, тако да он има мању правну снагу од Устава. Ипак, Споразум о стабилизацији и придруживању има већу правну снагу од осталих унутрашњих прописа (закона и подзаконских аката), што значи да сви унутрашњи прописи морају бити у сагласности са Споразумом, као и са Уставом. Уставом је на овај начин призната бланко непосредна примена Споразума о стабилизацији и придруживању, као и његових одредаба које могу да омогуће примену права ЕУ у Републици Србији (Вукадиновић, 2010: 26–32).

5. Примена правила ЕУ о концентрацијама у Републици Србији

Споразум о стабилизацији и придруживању предвиђа да ће се свако поступање супротно правилима о заштити конкуренције оцењивати на

16 Чл. 16, ст. 2. Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

17 Чл. 194, ст. 3. и 5. Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006. У чл. 194, ст. 4. понавља се да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије, али се истовремено утврђује да потврђени међународни уговори „не смеју бити у супротности“ са Уставом. Није јасно због чега се у овој одредби користи синтагма „не смеју бити у супротности“, будући да се она разликује од синтагме „морају бити у сагласности“, која се раније употребљава, па би оваква недоследност могла утицати на различита тумачења Устава. Постоји мишљење да је реч о редакцијском пропусту, јер се синтагма „не смеју бити у супротности“ користила у Уставу СФРЈ из 1974. године, у којем је имала посебно значење, другачије од синтагме „морају бити у сагласности“ (Марковић, 2006: 37). Друго мишљење указује на то да је могуће да се свесно прави разлика између обавезе да пропис „буде у складу“ са Уставом и обавезе да пропис „не сме бити супротан“ Уставу, у зависности од тога да ли овлашћени органи оцењују да ли је између наведених прописа постоји „сагласност“ или оцењују да међу њима нема „супротности“ (Пајванчић, 2009: 253–254).

основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ, нарочито из чланова Уговора о функционисању ЕУ који регулишу рестриктивне споразуме, злоупотребу доминантног положаја и државну помоћ, и из инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ.

Оваква обавеза је регулисана чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању, који предвиђа да:

„1. Следеће није у складу са правилним функционисањем Споразума у мери у којој може утицати на трговину између Заједнице и Србије: (I) споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и усаглашена пракса између предузећа, чији је циљ или учинак спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције; (II) злоупотреба доминантног положаја од стране једног или више предузећа на територијама Заједнице или Србије, у целини или на њиховом значајном делу; (III) свака државна помоћ која нарушава или прети да наруши конкуренцију давањем предности одређеним предузећима или одређеним производима.

2. Свако поступање супротно овом члану оцењиваће се на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у Заједници, нарочито из чл. 81, 82, 86. и 87. Уговора о ЕЗ и инструмената тумачења које су усвојиле институције Заједнице [...]“

На основу наведеног члана може се рећи да су Комисија за заштиту конкуренције и судови овлашћени, али и обавезни да приликом утврђивања повреде конкуренције примењују критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ и инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ, али само ако је реч о понашањима учесника на тржишту која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ. То значи да домаћи органи имају обавезу да примењују не само правила Републике Србије, него и право конкуренције ЕУ на начин на који се оно примењује у ЕУ, тј. да на одговарајући начин примењују критеријуме који произлазе из правилне примене права конкуренције ЕУ на она понашања која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ.

Међутим, овакво тумачење обавезе примене права конкуренције ЕУ не значи да нпр. Комисија за заштиту конкуренције може (или да мора) директно да примењује прописе ЕУ, већ подразумева само обавезу Комисије да прописе Републике Србије (који би требало да буду усклађени са прописима ЕУ) тумачи на основу критеријума који проистичу из примене правила конкуренције који се примењују у ЕУ. Члан 73. Споразума о стабилизацији и придруживању не представља основ за директну примену прописа ЕУ у Републици Србији, већ само указује на то како се

могу тумачити и примењивати прописи Републике Србије на понашања учесника на тржишту која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ. Закон о заштити конкуренције такође не предвиђа директну примену правила ЕУ у случајевима који могу утицати на трговину између Србије и ЕУ, па се може закључити да право ЕУ није примарни извор права и да није обавезујуће за Комисију за заштиту конкуренције, јер Комисија примењује право Републике Србије, док право конкуренције ЕУ „узима у обзир“, односно о њему „води рачуна“. У поступцима заштите конкуренције Комисија стога може, у случају правних празнина или нејасноћа приликом тумачења домаћих прописа, или када су одређена питања различито регулисана у праву Србије и у праву ЕУ, користити критеријуме који произлазе из примене правила ЕУ (укључујући одлуке Европске комисије и судова ЕУ) искључиво као помоћно средство тумачења.

Споразум о стабилизацији и придруживању, дакле, изричито утврђује само међународну обавезу да се приликом тумачења правила о заштити конкуренције Републике Србије користе критеријуми ЕУ, тј. обавезу Комисије за заштиту конкуренције и домаћих судова да правила о заштити конкуренције тумаче „у духу права ЕУ“, а не обавезу да се право конкуренције ЕУ унесе у правни поредак Републике Србије (Станивуковић, 2012: 218) или да се право ЕУ *telle-quelle* примењује на понашања учесника на тржишту која утичу на трговину између Републике Србије и ЕУ (Беговић, Павић, 2010: 342). О (директној) примени прописа ЕУ могло би се говорити само у појединим поступцима заштите конкуренције у којима се могу *de facto* применити они правни прописи ЕУ који садрже критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције у ЕУ и инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ, а на које упућује Споразум о стабилизацији и придруживању (Вукадиновић, 2010: 33).¹⁸

Овакав начин примене права конкуренције ЕУ потврђен је нпр. у Републици Хрватској, одлукама Уставног суда Републике Хрватске из 2008. и 2011. године,¹⁹ а исти ставови се износе и у академским радовима (Rodin, 2003: 612–613; Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1283–1286). Уставни суд Хрватске сматра да „[...] у случајевима у којима се испитује је ли тржишно натјецање нарушено, хрватска тијела која се баве заштитом тржишног натјецања, овлаштена су и обвезатна примјењивати критерије који произлазе из примјене правила о тржишном натјецању Еуропских заједница и из инструмената за тумачење које су усвојиле институције Еуропских заједница. На тај начин ССП и Привремени споразум обвезују

¹⁸ Више о примени права конкуренције ЕУ пред судовима у Републици Србији вид. Станивуковић, 2011: 49. и даље.

¹⁹ Одлука Уставног суда У-III-1410/2007; Одлука Уставног суда У-III-4082/2010.

хрватска тијела за заштиту тржишног натјецања да рјешавајући одређене случајеве, примјењују не само хрватско право тржишног натјецања, него и да воде рачуна о одговарајућем праву Еуропских заједница [...] [К] ритерији, стандарди и инструменти тумачења Еуропских заједница не примјењују [се] као примарни извор права, него само као помоћно средство за тумачење [...] Када примјењује тако усклађено законодавство, обвеза је државних тијела Републике Хрватске да то чине на начин како је то случај у Еуропским заједницама, дакле по смислу и духу прописа на темељу којих је усклађивање обављено [...]”²⁰

Слична тумачења су постојала и у другим земљама чланицама ЕУ пре њиховог учлањења, у којима су се највиши судови изјашњавали поводом тзв. клаузула о хармонизацији које су се налазиле у споразумима о придруживању ових земаља ЕУ и поводом директне примене права ЕУ. У Мађарској се изјаснио Уставни суд и изнео став да управни органи у Мађарској не смеју директно да примењују критеријуме који произлазе из примене правила из чл. 85. и 86. Римског уговора, а на које упућује Европски споразум, али да Мађарско тело за заштиту конкуренције мора „узети у обзир“ наведене критеријуме приликом тумачења мађарског Закона о заштити конкуренције (Volkai, 1999: 12). У Чешкој су Високи суд и Уставни суд заузели став да тумачење чешког права у складу са правом ЕУ не представља погрешну примену права и да надлежно тело за заштиту конкуренције може да користи право ЕУ као извор тумачења усклађеног чешког права (Zemánek, 2007: 419; Kühn, 2005: 566–568). Пољски Врховни суд је такође нагласио овакве ставове и указао на то да право ЕУ нема правну снагу у Пољској, али да су управни органи и судови дужни да унутрашње прописе усклађено тумаче, тј. да га тумаче на такав начин да се обезбеди највећи могући степен усклађености чешког права са правом ЕУ (Kühn, 2005: 566). У Словачкој су судови различито анализирали ово питање, а у почетку су чак одбијали и могућност да се право ЕУ користи приликом тумачења унутрашњих прописа (Вукадиновић, 2014: 14–15; Kühn, 2005: 568–569).

Оно што, међутим, може представљати проблем у поступцима *контроле концентрација* јесте то што чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању спомиње само рестриктивне споразуме, злоупотребу доминантног положаја и државну помоћ (и то само ако постоји утицај на трговину између Србије и ЕУ), а не говори о контроли концентрација. Зато је потребно одговорити на питање да ли се право ЕУ може применити на концентрације и, ако може, који би био основ за његову примену, пошто Споразум о стабилизацији и придруживању не спомиње концентрације?

20 Одлука Уставног суда U-III-1410/2007, т. 6–7.

Јасно је да се примена чл. 73. Споразума о стабилизацији и придруживању не односи на концентрације, па се чини да би тумачење по којем би се његова примена проширила и на концентрације било погрешно. Због тога би правилно тумачење овог члана требало да значи да прописи ЕУ о концентрацијама не могу да се директно примене и да нису обавезујуће помоћно средство тумачења. Према чл. 73, Комисија за заштиту конкуренције и судови нису дакле *обавезни* да у поступцима контроле концентрација користе критеријуме који произлазе из примене правила ЕУ о концентрацијама приликом тумачења домаћих прописа, односно у случају правних празнина. Остаје да се види да ли Комисија ипак *може*, односно да ли сме као помоћно средство за тумачење да примењује критеријуме који проистичу из примене правила о концентрацијама који се примењују у ЕУ.

Ако се има у виду обавеза усклађивања законодавства Републике Србије са законодавством ЕУ, коју Споразум о стабилизацији и придруживању утврђује у чл. 72, онда се у складу са том обавезом може посматрати и могућност да Комисија примењује правила ЕУ у поступцима контроле концентрација.²¹ Пошто Споразум о стабилизацији и придруживању, поред обавезе усклађивања права конкуренције Србије са правом ЕУ, предвиђа и обавезу правилне и делотворне примене и спровођења усклађеног права, то би онда могло да значи да и усклађено право треба примењивати и тумачити у складу са правом ЕУ.²² Потребно је зато одредити шта се подразумева под „правилном применом“ усклађених прописа како би се утврдила садржина ове обавезе.

Пошто се обавеза правилне примене односи на управне и судске органе (укључујући Комисију за заштиту конкуренције) и на њихову дужност да непосредно примењују усклађене прописе, у академским радовима се изражава мишљење да ову обавезу треба схватити и као обавезу усклађеног тумачења прописа. Да би се остварили циљеви утврђени Споразумом о стабилизацији и придруживању, правилна примена захтева посебно тумачење прописа ЕУ и Републике Србије, јер примени унутрашњих прописа претходи њихово тумачење на посебан начин како би се обезбедио

21 Чл. 72, ст. 1. Споразума о стабилизацији и придруживању гласи: „Стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене. Србија ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Србија ће обезбедити да ће важеће и будуће законодавство бити правилно примењено и спроведено.“

22 Овакво тумачење нпр. постоји у вези са тумачењем прописа о контроли концентрација Републике Хрватске (Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1287).

највећи могући степен усклађености са правом ЕУ (Станивуковић, 2012: 216–217; Вукадиновић, 2014: 3).

Ова мишљења се могу прихватити, јер након усвајања усклађених прописа прописи би требало да буду правилно и примењени, тј. требало би да буду примењени онако како се примењују у ЕУ, што значи да се морају тумачити „по смислу и у духу права ЕУ“. То би значило постепено прихватање праксе органа ЕУ као средства тумачења унутрашњих прописа, због чега се може рећи да су тумачење и примена прописа део свеобухватног поступка усклађивања права Републике Србије са правом ЕУ. На овај начин се морају примењивати и правила о контроли концентрација, пошто се и она усклађују са правом ЕУ, па би их требало тумачити у складу са правилима ЕУ. Овакво тумачење би, међутим, било могуће под условом да се ради о попуњавању правних празнина које није у супротности са изричитим решењима Закона о заштити конкуренције и које одговара духу права Републике Србије.

Имајући у виду непостојање одређених правила о контроли концентрација у Србији, обавеза усклађеног тумачења може бити корисна за Комисију за заштиту конкуренције и судове у Србији, будући да се том приликом могу користити прописи ЕУ о контроли концентрација, као и европска пракса, односно одлуке Европске комисије, Суда правде (некада Европског суда правде) и Општег суда (некада Првостепеног суда) које пружају одговоре на бројна могућа питања у пракси. Комисија за заштиту конкуренције овакву могућност већ користи, што се види из њених појединих одлука у којима је приликом оцене концентрација користила критеријуме који постоје у праву ЕУ. Нпр. приликом оцене концентрације у случају *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines*, Комисија је разматрала примену аргумента друштва у финансијским тешкоћама на који су се учесници у концентрацији позвали, и том приликом се руководила праксом која постоји у ЕУ и придржавала услова који су утврђени у Смерницама ЕУ за оцену хоризонталних концентрација, иако у својој одлуци то није изричито навела.²³

Међутим, примена усклађених прописа на наведени начин може створити одређене недоумице и тешкоће у пракси, будући да органи који примењују прописе (посебно судови) не могу увек знати да ли су одређене одредбе у унутрашњем праву резултат усаглашавања са правом ЕУ, одакле воде порекло. Поред тога, такве одредбе је потребно тумачити „у духу права ЕУ“, па се поставља питање како ће се знати које је тумачење тих

23 Случај *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines AG* [2009]. Више о европској пракси у примени аргумента друштва у тешкоћама вид. Ракић, 2011: 289–313; Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1267–1271.

прописа „правилно“ (Станивуковић, 2012: 217). Како би се умањили ризик од неуједначеног тумачења у пракси и правна несигурност, чини се да би због тога било веома корисно да Комисија за заштиту конкуренције ипак донесе посебна упутства или смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције којима би детаљно уредила бројна питања у вези са концентрацијама, а у које би се могла унети решења ЕУ.²⁴ Тиме би се значајно допринело правној сигурности, будући да би били утврђени јасни критеријуми за оцену концентрација и примену Закона, односно за поступање Комисије приликом спровођења Закона.

Израда посебних смерница и упутстава, посебно у области контроле концентрација, оправдано се сматра важном препоруком за унапређење политике заштите конкуренције у земљи (Ристић, Мијушковић, 2012: 75–76), јер се на тај начин умањује регулаторни ризик – ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела (Беговић, Павић, 2009: 74). Непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке интерпретативне могућности, што утиче на стварање, односно увећавање регулаторног ризика, па би у том погледу овај ризик требало што више умањити доношењем посебних смерница или упутстава.

6. Закључак

Прописи ЕУ о контроли концентрација могу се користити у Републици Србији уколико се њиховим тумачењем обезбеђује „делотворна и правилна примена“ оних правила Републике Србије која су резултат усклађивања унутрашњег права са правом ЕУ, у складу са Споразумом о стабилизацији и придруживању. Приликом одлучивања о дозвољености концентрације, Комисија за заштиту конкуренције и судови не могу директно да примењују правила ЕУ о концентрацијама, али могу да их користе као извор тумачења постојећих и будућих прописа Републике Србије која се усклађују са правом ЕУ. Тиме се истовремено испуњава међународна обавеза Републике Србије да обезбеди усклађивање унутрашњих прописа са правом ЕУ и делотворну и правилну примену тако усклађених прописа.

Ипак, у оквиру процеса приступања Србије ЕУ, усклађивање прописа о контроли концентрација и њихово усклађено тумачење првенствено треба посматрати у циљу побољшања заштите конкуренције на тржишту, а не

²⁴ Једна од надлежности Комисије за заштиту конкуренције јесте да доноси упутства и смернице за спровођење Закона о заштити конкуренције (Чл. 21, ст. 1, т. 5. Закона о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, 51/2009, 95/2013).

само као део свеобухватне хармонизације домаћег права са правом ЕУ и као услов за учлањење у ЕУ. Заштита конкуренције је један од најважнијих услова за развој тржишне привреде у земљи, тако да усклађивање са правом ЕУ треба да унапреди ову заштиту, а не да буде формално испуњавање одређене обавезе или последица „наметања“ одређене политике заштите конкуренције. То значи да је битно да се могућност усклађеног тумачења искористи за унапређење заштите конкуренције на тржишту, јер је то један од начина да се успостави ефикасно тржиште које ће омогућити остваривање економске ефикасности и увећање друштвеног благостања.

Литература

Беговић, Б., Павић, В. (2009). Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције. *Анали Правног факултета у Београду*. 2 (LVII). 70–88

Беговић, Б., Павић, В. (2010). Јасна и непосредна опасност II: час анатомије. *Анали Правног факултета у Београду*. 2 (LVIII). 337–354

Бесаровић, В. (2006). Право конкуренције Републике Србије у новим законским оквирима. У М. Васиљевић (Ур.), *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића* (стр. 112–124). Београд: Правни факултет/Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе

Butorac Malnar, V., Pecotić Kaufman, J. (2011). Ocjena koncentracija poduzetnika prema kriteriju opadajućeg poslovanja u doba recesije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 4(61). 1253–1294

Vasiljević, M., Popović, D. (2012). Competition Law Enforcement in Serbia: Six Years of Staggering Along. *European Business Organization Law Review*. 1 (XIII). 141–158

Volkai, J. (1999). The Application of the Europe Agreement and European Law in Hungary: the Judgment of an Activist Constitutional Court on Activist Notions. *Harvard Jean Monnet Working Paper*. 8. 1–40

Вукадиновић, Р. (2014). *О обавези домаћих судова и управних органа да тумаче и примењују право ЕУ*. 15. Зимска школа европског права. <http://www.pravoeu.org/zimska-skola-ep/xv-zsep.html>, приступ 4.6.2014.

Вукадиновић, Р. Д. (2010). Уставни оквир хармонизације домаћих прописа и нека питања директне примене Споразума о стабилизацији и придруживању. У Д. Димитријевић и Б. Миљуш (Прир.), *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске Уније* (стр. 21–36).

Београд: Институт за међународну политику и привреду/Ханс Зајдел Фондација

Вукадиновић, Р. Д. (2009). Употреба и злоупотреба хармонизације домаћег права са правом ЕУ. У Н. Стојановић и С. Голубовић (Ур.), *Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе*. Свеска 1. (стр. 1–19). Ниш: Правни факултет у Нишу, Центар за публикације

Вукадиновић, Р. Д. (2009). Some Critical Remarks Concerning the Act on the Protection of Competition of the Republic of Serbia. *Ревија за европско право*. 1–3 (XI). 65–90

Закон о заштити конкуренције. *Службени гласник РС*. Бр. 51 (2009), 95 (2013)

Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 83 (2008)

Zemánek, J. (2007). The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law. *European Constitutional Law Review*. 3(III). 418–435

Јовановић, Н., Марковић-Бајаловић, Д. (2005). Осврт на Закон о заштити конкуренције. *Право и привреда*. 9–12. 13–47

Kokkoris, I. (2006). Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers?. *European Competition Law Review*. 9. 494–509

Kühn, Z. (2005). The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions. *German Law Journal*. 3 (VI). 563–582

Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. *Анали Правног факултета у Београду*. 2 (LIV). 5–46

Марковић-Бајаловић, Д. (2009). У сусрет новом Закону о заштити конкуренције. У Н. Стојановић и С. Голубовић (Ур.), *Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе*. Свеска 2. (стр. 455–481). Ниш: Правни факултет у Нишу, Центар за публикације

Одлука Уставног суда Републике Хрватске У-III-1410/2007, од 13. фебруара 2008. *Narodne novine*. Бр. 25 (2008)

Одлука Уставног суда Републике Хрватске У-III-4082/2010, од 17. фебруара 2011. *Narodne novine*. Бр. 28 (2011)

Пајванчић, М. (2009). *Коментар Устава Републике Србије*. Београд: Фондација Конрад Аденауер

Ракић, И. (2011). Пракса Европске комисије и Суда правде у примени аргумента друштва у финансијским тешкоћама у поступку контроле концентрација. *Страни правни живот*. 1. 289–314

Ристић, Б., Мијушковић, В. (2012). Препоруке за унапређење политике заштите конкуренције у Србији на основу досадашњих искустава и упоредне анализе више земаља. *Квартални мониторинг*. 31. 66–81

Rodin, S. (2003). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 3–4. 591–613

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006)

Случај *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines AG*, 6/0-02-114/09, одлука Комисије за заштиту конкуренције од 17. јула 2009. године

Станивуковић, М. (2012). Право Европске уније и судови у Србији. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 203–221

Станивуковић, М. (2011). Примена одредаба Споразума о стабилизацији и придруживању. *Ревизија за европско право*. 1 (XIII). 49–64

Ivana Rakić, LL.M
Research Assistant
Institute of Comparative Law, Belgrade

European Union Merger Control Rules as a Source of Law in The Republic of Serbia

Summary

In this article the author deals with legal grounds for application of European Union merger control rules in merger control proceedings in Republic of Serbia. The author explains the conditions for possible application of EU merger control rules by Commission for Protection of Competition and courts, and points out that enforcement authorities in Serbia do not have a duty to directly apply EU law. According to the Article 72 of the Stabilization and Association Agreement, they are obliged to properly implement and enforce domestic merger control rules resulting from harmonization with the EU law, which means that it is important to properly interpret such rules, i.e. to interpret them in accordance with the EU law.

Key words: merger control, control of concentrations, competition law, application of EU law, harmonization, Agreement on Association and Stabilization, Serbia, EU law

Милош Прица*, мастер
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНА КРИТИКА

UDK: 502/504:34

Рад примљен: 01.10.2014.

Рад прихваћен: 20.10.2014.

О ПОЈМУ И ПРАВНОМ КАРАКТЕРУ ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА: ДА ЛИ ПОСТОЈИ ЕКОЛОШКО ПРАВО?*

*„Тајна дипломатија јавних властодржаца
је безазлена игра у поређењу с јавном
дипломатијом коју воде тајни
властодршци и њихови агенти.“*

Карл Шмит

Апстракт: Будући да се садржајна и терминолошка вишезначност идеје одрживог развоја распростиру од оквира једне засебно посматране друштвене делатности до највише замисливе укупности која се човечанством назива, у првоме делу чланка излажу се појам, опсег и легитимитет идеје одрживог развоја. Затим се анализују међународноправна легислатива и јудикатура о заштити животне средине, на темељу чега ће начело одрживог развоја бити сагледано на тремеђи еколошке политике, права и идеологије. Наше је мишљење да идеја одрживог развоја на међународном плану није задобила ранг и домашај правног начела, нити је успостављен систем еколошког права у нормативном смислу. С друге стране, чињеница да начело одрживог развоја у унутардржавном праву није укоренењено у јудикатури нити у правној свести, навела нас је да утврдимо његово својство чисто декларативног – више идеолошког, него правног – начела. С тим у вези, у чланку се излажу појам и класификација правних начела, као и неопходне претпоставке за обликовање регулативног правног

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

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

Рад је саопштен на научном скупу „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније“, који је одржан 16. маја 2014. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

карактера начела одрживог развоја. Осим тога, критички је сагледано схватање посленика правне науке о еколошком праву као грани правног система. Овај чланак представља први део наше расправе о одрживом развоју. Расправу о одрживом развоју наставићемо објављивањем другог чланка, под називом: „О циљевима и збиљској утемељености одрживог развоја на почетку 21. века“.

Кључне речи: *одрживи развој, човечанство, еколошко право, еколошка политика, правна начела, идеологија, грана правног система, елита крупног финансијског капитала, умеће владања, солидарна правда.*

1. Постављање проблема

Начело одрживог развоја саздано је у троуглу економске, социјалне и еколошке политике, као резултат настојања да се у процесу развоја човечанства оствари склад између економије и екологије, ради остваривања међугенерациске солидарности. Из предоченог проиходи основно, и за потребе овога рада одређујуће, поимање одрживог развоја као прогреса (благостања) заснованог на дугорочно здравој животној средини и усмереног једнако ка потребама садашњих и будућих генерација. Широку познатост идеја одрживог развоја стекла је као руководеће начело политике заштите животне средине, у следству настојања да се обузда махнито разарање природних ресурса, настало као последица тежње за остваривањем економског богатства.

Међутим, по свом опсегу идеја одрживог развоја итекако надилази границе еколошке политике и еколошког права, у тој мери да постоје извесна ужа и шира поимања у односу на предочено основно значење одрживог развоја. Заправо, садржајна и терминолошка вишезначност идеје одрживог развоја распростраиу се од оквира једне засебно посматране друштвене делатности до највише замисливе укупности која се човечанством назива. Имајући то у виду, кад год се истакне претензија ка дугорочно организованом и сврховитом људском делању, одрживи развој се појављује као стандард жељне сразмере између телеологије, ресурса и технике.

У складу са тим, уже значење идеје одрживог развоја пристаје засебно посматраним друштвеним делатностима, у којима „одрживост“ битише као отелотворење властитог дуготрајног функционисања. Тако се данас говори о одрживом саобраћају, одрживом туризму, одрживом систему бесплатне правне помоћи итд. Спрам поменутих делатности ваља имати у виду коришћење извесних сличних израза. Примерице,

у правној књижевности се уобичајно израз „одрживо управљање“, као економско-управни стандард својствен, како привредним субјектима (нпр. предузећима), тако и различитим територијално-политичким заједницама (нпр. локалној самоуправи). Саобразно томе, могли бисмо рећи да се у дотичним случајевима одрживи развој јавља као највиша тачка стратегијског економско-управног управљања. Одавде се види да се одрживи развој може сагледавати независно од екологије, као појам чисто економске политике и економске науке.¹ Дакако, сасвим је оправдано и разматрање одрживог развоја у чисто еколошкој равни, и то у виду „одрживог коришћења“ постојећих природних ресурса, неvezано са њиховим евентуалним привредним искоришћавањем (нпр. одрживо коришћење воде, одрживо коришћење енергије, одрживо коришћење рибљег фонда и сл.).²

С друге стране, шире значење идеје одрживог развоја очитује се у садејству његове економске, еколошке и социјалне димензије, следствено чему основно значење одрживог развоја може водити чак до појма глобалне међународне политике у свом тоталитету. Важно је установити да се социјални супстрат одрживог развоја не може ограничити само на обуздавање неконтролисаног трошења природних ресурса, у циљу заштите интереса будућих поколења. Баш напротив, у сагледавању одрживог развоја – његовог легитимитета – треба поћи од најугроженијих вредности у животу садашњих генерација (искорењивања глади и беде, социјалне сигурности, социјалне правде, милосрђа), да би се уопште могло поставити питање међугенерациске солидарности.

Веома је важно имати у виду да је легитимитет одрживог развоја детерминисан вредносном утемељеношћу људског делања, а превасходно етичком заснованошћу технике владања, како у равни државне власти, тако и спрам глобалног међународног политичког поретка. Следствено

1 Ваља имати у виду и постојећа микроекономска разматрања у којима на неки начин пребива синтагма „одрживи развој“ (нпр. одржива производња, одрживи транспорт, одржива продаја итд.).

2 Правна књижевност бележи да је генеза еколошке димензије начела одрживог развоја представљала пут од почетног залагања за одржањем само квантитативног нивоа природних ресурса, преко касније истакнуте потребе за очувањем квантитативног нивоа природних ресурса, да би се на крају обухват проширио залагањем за заштиту и створених вредности. У језичкоме смислу, то је био пут од начела одржања до начела одрживог развоја (Палачковић, 1998: 266). Осим тога, данас се говори и о развоју самих природних ресурса, под којим се, поред очувања квантитативног и квалитативног нивоа постојећих природних ресурса, подразумева откривање и стварање нових ресурса као резултат развоја природних и техничких наука. О генези и развоју теорије одрживог развоја видети (Благојевић, Маринић, 2009: 23-30).

томе, у трагању за узроцима постојеће свеколике кризе ваља поћи од етике, то јест од чињенице да тренутни плуралистичко-секуларизовани процес глобализације исказује крајњу нетрпељивост према Богу и хришћанском моралу. Штавише, за цели мисаони ток наше расправе кључном ће се показати мисао о моралном и духовном суноврату човечанства, као одређујућем разлогу за буктање глобалне кризе данашњице.³ Разлог томе је материјалистичко-потрошачка идеологија елите крупног финансијског капитала, из које се рађа и расте антагонизам човека према себи, природи и људима. Отуда произлазе постојећи горући проблеми човечанства (сиромаштво, неконтролисано ширење нуклеарног оружја, угрожавање животне средине и др.), са трендом самоуништења који се засигурно не може одагнати без установљавања државе, друштва и међународног поретка који су моралног лика, израженог у идеји општег добра.

Но успостављање таквог поретка, чак и да је збиља могуће, само по себи није гаранција да би се могао променити разарачки однос човека према природи, као што није реално очекивати да ће материјалистичко-потрошачко стремљење човека ео ipso ишчезнути. У датим околностима није утемељено ни очекивање да би однос човека према себи и своје окружењу могла преобратити спознаја о могућим последицама сопственог деструктивног делања. Све у свему, од човека 21. века тешко да се може очекивати да буде покретач сопственог моралног и духовног преображаја, а остаје да се види у којој мери талас духовне и моралне обнове човечанства може подићи природа сама.⁴

3 Докле је „имати“ израз материјалног, дотле је „бити“ израз духовног. Циљ првог је новац, а у средишту потоњег је личност. Идеологија глобализма иде за тим да убеди човека да је материјалистичко стремљење важније (животније) у односу на духовно човеково уздизање (усавршавање у врлини). Притом, суштина је у томе да обликовање материјалистичко-потрошачког људског друштва представља неопходан услов за ефикасну оплодњу крупног капитала. С телеолошке тачке гледишта, Велимировић вели: „Техником се мења однос човека према природи, а никако према човеку и према Богу. Ко друкчије мисли тај цени ствари више него личности а прашину више него дух. Језива трагедија нашег времена састоји се у рату између људи и Бога. Бог хоће да уздигне личности људи над немуштим стварима, док људи хоће да утопе и своју и Божију личност уствари изједначе са стварима. Многи спиритуални и морални малишани праве од модерне технике идола коме се они клањају, и позивају све народе да томе идолу принесе жртве, што несрећни народи присиљено чине! Те колике жртве, те колику крв! Ко је глув а не чује како етика гласније од топова виче нашем поколољењу: Не тим путем, људи? Тај пут води у Земљу Недођију.“ (Велимировић, 2011: 39).

4 „Знам да је страшно оно што ћу рећи – ја тај и такав потрес видим, парадоксално наизглед, и у једном нуклеарном рату. Јер се нуклеарни рат једини од свих неће ослонити на људе, он ће покренути и природу. У томе рату учествоваће и природа. Промениће се клима, разбеснети воде и земље, умрети део атмосфере, и можда, мада касније, биолошки `полудети` преостала флора и фауна. Свет ће бити друкчији, па

Околност да идеја одрживог развоја у међународном праву егзистира више од четрдесет година, са пратећим незанемарљивим обимом еколошке правно-књижевне грађе, већ наоко би водила очекивању да ће човечанство у трећи миленијум ући са развијеном еколошком свешћу и етаблираним правним гаранцијама здраве животне средине. Како онда објаснити да су на почетку 21. века еколошки проблеми у тој мери нарасли да су човечанству обзнањене драматично неповољне процене о даљем опстанку и развоју? До овог сложеног и суштинског питања правна наука готово да не досеже, напослетку не и због слепог придржавања правног позитивизма. Али трагање за истином правну науку обавезује да разлучи право од политике, то тим пре што се спрам заштите животне средине преплићу идеологија, политика и право. Због свега тога, спознаја правног карактера идеје одрживог развоја није остварива без увиђања и разумевања разлике између еколошке политике и еколошког права.

Упркос великом мноштву правно-књижевне грађе о заштити животне средине, врло су ретки радови о правном карактеру идеје одрживог развоја, особито у контексту односа између еколошке политике и права. Уз то, у правну књижевност је продрло схватање о еколошком праву као грани правног система, у следству којег је идеји одрживог развоја по сили те чињенице признат карактер правног начела, што је по себи доказ дубоке кризе правне мисли, заробљене простим нормно-функционалним датостима разматраних појмова.

Имајући све то у виду, ваља сагледати важећу грађу међународног и унутардржавног права о заштити животне средине како би се видело да ли је начело одрживог развоја задобило ранг и домашај правног начела (основ постанка права), што ће уједно бити и одговор на питање о постојању еколошког права у нормативном и појмовном смислу. Сем тога, разматрање процеса институционализације идеје одрживог развоја на међународном плану навешће нас да установимо постојање „правне идеологије“ – као технике владања тајних властодржаца – под којом подразумевамо

ће и преостатак човека морати друкчији бити. Можда ће тек на рушевинама своје грандиозне погрешке наћи пут кога је затрпао својим лаким и наopakим избором. Можда ће променити нешто у природи, морати да промени своју разарачку функцију. Можда ће други почетак (или ко зна који) бити бољи. Најзад, ваља постоји и за наше постојање и неки бољи развој од самоуништења.“ (Марковић; 2013: 13). Додајмо овде да је ипак извесније да ће се човечанство у текућем миленијуму суочити са перфидним биолошким ратом израженим у облику синтетичких вештачких вируса, што би могло изазвати разорне демографске последице. Осим тога, ваља имати у виду и то да научно-технолошка постигнућа већ данас омогућавају извесно усмеравање кретања природно-климатских процеса, па остаје да се види шта ће човечанству у том погледу донети долазеће деценије 21. века.

прокламовање одређених човечанству допадљивих циљева у форми аката без јасне нормативне садржине и без делотворних правних учинака.

Разматрање о појму и правном карактеру одрживог развоја представља први део наше расправе о одрживом развоју. Како сагледавање одрживог развоја не би остало недовршено и без правог значења, расправу о одрживом развоју заокружићемо објављивањем чланка, под називом: „О циљевима и збиљској утемељености одрживог развоја на почетку 21. века“, у коме ћемо изложити еколошку, економску и социјалну димензију одрживог развоја наспрам система неолибералног глобализацијског капитализма (империјализма), са посебним освртом на технику владања тајних властодржаца.

2. Одрживи развој у међународноправној легислативи и међународноправној јудикатури

Дефиниције одрживог развоја у изворима међународноправне легислативе исцрпно су приказане у српској правној књижевности (Палачковић, 1998: 264-277; Дудаш, 2013: 377-390; Тубић, 2013: 391-411; Вучић, 2013: 359-372). Но и да није тако, ми овде не бисмо наводили све постојеће дефиниције одрживог развоја, већ само њихове типичне карактеристике. Разлог томе није толико у нашој везаности обимом расправе, колико је у чињеници да су све дотичне дефиниције одрживог развоја правно ништа не казујуће.

Садржина начела одрживог развоја континуирано се допуњавала и мењала. Развој идеје одрживог развоја на међународном плану представља пут од „првобитног значења у смислу потребе за очувањем квантитативног нивоа природних ресурса, уз допуну начелом унапређења, да би начело у питању добило савремено значење преко појма одрживи развој“ (Палачковић, 1998: 269). Уопште узев, настанак одрживог развоја као начела политике заштите животне средине временски кореспондира са напрасним придавањем глобалног међународног публицитета потреби заштите животне средине, до чега је дошло почетком 70-их година 20. века. Већ на Конференцији Уједињених Нација о човековој средини из 1972. године у Штокхолму, одрживи развој се *implicite* заговара. У тада усвојеној Декларацији положен је камен темељац за изградњу правне конструкције идеје одрживог развоја: „Заштита и унапређење човекове околине је битно питање које погађа добробит свих људи и економски развој у читавом свету, то је жеља свих људи на свету и дужност сваке владе. Природни ресурси, вода, ваздух, земља, флора и фауна морају, пажљивим планирањем, бити заштићени ради добробити садашњих и будућих генерација.“ (Лилић, Дреновак, 2010: 86.).

Може се слободно рећи да је одрживи развој као идеја своје пуно међународно признање доживео на Конференцији Уједињених Нација о животној средини и развоју одржаној 1992. године у Рио де Жанеиру.⁵ У том смислу, Рио декларација за своје полазиште узима следећу прокламацију: „У циљу да се постигне одрживи развој заштита животне средине ће чинити интегрални део процеса развоја и не може бити разматрана изоловано од њега“. (Тубић, 2013: 394).

Ипак, највећи утицај на токове мисли посленика правне науке у погледу дефинисања одрживог развоја извршио је Извештај Светске комисије за животну средину и развој⁶, који је широку познатост стекао управо захваљујући дефиницији одрживог развоја. У поменутом Извештају одрживи развој је дефинисан искључиво на основу циљне компоненте, као „развој који обезбеђује да се задовоље потребе садашњости, без угрожавања могућности будућих генерација да задовоље своје потребе“. Предочено поимање одрживог развоја утицаће да се доцније расправе о појму одрживог развоја највећма усресреде на питање међугенерациске солидарности.

Важи правило да дефиниције одрживог развоја у документима Уједињених нација обухватају само поједине аспекте животне средине (климатске промене, биодиверзитет, прекогранични отпад и сл.) и све оне, без изузетка, имају општи прокламативни карактер, без иоле нормативних састојака. При томе, нити у једном акту међународног права није дато мерило на основу којег би се поједине делатности могле квалификовати као облици развоја којим се угрожава међугенерациска солидарност, односно није одређен критеријум за утврђивање несразмере између економије и екологије. Штавише, у документима Уједињених нација уопште нису дефинисани конкретни циљеви нити мере за остваривање одрживог развоја.⁷ Уз то,

5 Конференција Уједињених нација о заштити животне средине и развоју, одржана јуна 1992. године у Рио де Жанеиру највећи је међународни скуп у области животне средине. Њеном раду присуствовало је око 10000 званичних представника из 172 земље, од 178 тадашњих чланица Уједињених нација (Лилић, Дреновак, 2010: 87-94).

6 Извештај је обнародован 1987. године под називом „Наша заједничка будућност“.

7 О дефиницијама одрживог развоја у документима Уједињених нација видети код: Вучић, 2013: 361-368; Тубић, 2013: 395. Пажње је заслужна дефиниција одрживог развоја из Декларације о принципима међународног права који се односе на одрживи развој, усвојене у Њу Делхију 2002. године, од стране Удружења за међународно право: „Циљ одрживог развоја је свеобухватан и интегрисан приступ економским, друштвеним и политичким процесима, који има за циљ одрживо коришћење Земљиних природних ресурса и заштиту животне средине од које зависи живот природе и човека, као и друштвени и економски развој, и који настоји да оствари право сваког човека на одговарајући животни стандард на основу његовог активног, слободног и смисленог

одржив развој није укорееен у међународноправној јудикатури, ни као непосредни правни основ нити као део правног схватања које заузимају судске или квазисудске институције.⁸ Чињеницом да одрживи развој није укорееен ни у правној свести одриче се могућност његовог етаблирања у облику неписане норме, а одсуство правне свести искључује било какву могућност да субјекти права своје властите односе углаве саобразно правилима која немају обавезујући карактер. Све у свему, због непостојања нормативне садржине и услед неутемељености у јудикатури и правној свести, није тешко закључити да одрживи развој није досегао својство начела међународног права.

Поврх свега тога, акти Уједињених нација о животној средини највећма немају правно-техничку структуру; речју, не само да не садрже правила обавезујућег карактера, већ не садрже правила уопште, чак ни у форми препорука. С друге стране, значај конвенција у којима се изрично предвиђају обавезе држава умањује се путем ублажавајућих формулација у самоме тексту (нпр. „у мери у којој је то могуће“) или се пак обавезујући карактер релативише тиме што изостаје акт ратификације од стране државе великог геополитичког утицаја.⁹ Имајући све ово у виду, постојећа међународноправна регулатива о еколошком праву није ништа друго до орица у песку.

С тачке гледишта поретка Европске уније, ваља обратити пажњу на телеологију и правни карактер одрживог развоја.

До институционализације идеје одрживог развоја у поретку Европске уније доћи ће тек са Уговором из Амстердама, који одрживи развој прокламује циљем Европске уније, али не приступа његовом дефинисању. Сва

учешћа у развоју и правичној расподели користи које из тог развоја следе, имајући у виду и интересе и потребе будућих генерација. (Вучић, 2013: 363).

8 Не може бити говора о томе да је један појам (начело) укорееен у јудикатури, уколико се само помиње у расправи која се одвија пред одговарајућим судом.

9 Право огледало легислативе Уједињених нација о животној средини представља Кјото протокол, који је потписан 1997. године, уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о климатским променама, са циљем смањивања тзв. антропогене емисије гасова који изазивају ефекат стаклене баште. Да би ступио на снагу било је потребно да га ратификује најмање 55 држава и да државе које су га ратификовале чине најмање 55% загађивача, што се догодило тек 2005. године. Протокол у питању предвидео је обавезу држава на редукацију емисије угљен-диоксида за 5.2% до 2012. у односу на ниво емисије из 1990. године. Сједињене Америчке Државе нису ратификовале Протокол, а не мали број држава и поред ратификације нису поступиле саобразно предвиђеној обавези редукације емисије гасова. На концу, како су обавезе из Протокола биле орочене закључно са 2012. годином, у међувремену није усвојен акт којим би се уредило питање редукације антропогене емисије гасова (види о томе: Лилић, Дреновак, 2010: 94-97).

доцнија регулатива Европске уније наспрам одрживог развоја значила је и искорак напред, али и корак уназад. Пада у очи чињеница да Лисабонска стратегија не убраја одрживи развој међ циљеве Европске уније, као и то да се њоме визија развоја Европске уније највећма види као економски прогрес.¹⁰ Европски савет ће годину дана касније на заседању у Гетеборгу усвојити Стратегију, у којој ће заштиту животне средине и одрживи развој прогласити циљем Европске уније, али без јасног одређења садржине и значења одрживог развоја. Јако је знаковито то да ће касније предузети кораци у правцу институционализације одрживог развоја, с једне стране, значити корак напред у правцу утврђивања јасније садржине одрживог развоја, али ће се зато, с друге стране, у том прецизирању садржине и циљева одрживог развоја уочити враћање уназад, недвосмисленим потврђивањем превасходства економске над еколошком димензијом одрживог развоја.

Прокламације одрживог развоја у актима Европске уније имају синтетички карактер,¹¹ а садржина одрживог развоја, при томе, није утврђена у примарним и секундарним изворима Европске уније (Дудаш, 2013: 377). Следствено томе, одрживи развој се појављује као део садржине политичких аката Европске уније, а њихова основна сврха није у опредељивању непосредних правних учинака, већ заправо у одређивању оквира политичког делања. У том смислу пажње је заслужна Стратегија одрживог развоја из 2006. године, имајући у виду да се њоме прописују циљеви одрживог развоја. То су: заштита животне средине, друштвена једнакост и кохезија, економско благостање и међународни ангажман Европске уније (Дудаш, 2013: 381). Осим тога, у тексту поменуте Стратегије предочавају

10 У Лисабонској стратегији, усвојеној на Европском савету одржаном у Лисабону 2000. године, као циљ Европске уније утврђено је да у периоду од наредних десет година постане најконкурентнија и најдинамичнија привреда света заснована на знању, која је способна да оствари одрживи економски раст с највећом стопом запослености, као и снажну економску и социјалну кохезију.

11 У важећем Уговору о Европској унији се каже да одрживи развој почива на уравнотеженом економском расту и стабилности цена, високо конкурентној социјалној тржишној привреди, чији је циљ пуна запосленост и друштвени напредак, као и висок ниво заштите и побољшања квалитета животне средине. (Дудаш, 2013: 378). Уз то, у важећем Уговору о функционисању Европске уније прописано је да политика заштите животне средине Европске уније доприноси очувању, заштити и побољшању квалитета животне средине, заштити здравља људи, обазривом и рационалном коришћењу природних ресурса, као и решавању регионалних или глобалних проблема животне средине, а нарочито подстицању мера у борби против климатских промена (Дудаш, 2013: 379).

се 10 основних начела¹² и 7 изазова,¹³ који пред Европском унијом стоје као огледало њене садашњости и будућности. Све ово несумњиво потврђује подизање пажње и значаја у правцу заштите животне средине – поглавито у смислу квалитета непосредног окружења у коме се одвија свакодневни живот људи, али то по себи није гаранција у корист еколошке димензије одрживог развоја, а тек никако његовог правног карактера. С тим у вези, знаковито је поменути да је Европски савет 2003. године објавио четрнаест индикатора одрживог развоја, међ којима се само један директно односи на животну средину; реч је о антропогеној емисији гасова (Дудаш, 2013: 383).

Када се питање сагледава с чисто правне тачке гледишта, белодано је да одрживи развој у правном поретку Европске уније није досегао ниво правног начела. У правној књижевности је истакнуто да се начела заштите животне средине у поретку Европске уније деле на начела која одређују циљеве заштите животне средине (тзв. начела политике животне средине) и начела која изражавају непосредну (правну) операционализацију дефинисаних циљева (тзв. начела спровођења заштите животне средине).¹⁴ Но, пратећи смисао истакнуте поделе не би ваљало закључити да начело одрживог развоја у правногичком смислу не може имати карактер правног начела, јер као што ћемо доцније изложити, укореењеност у јудикатури правно начело може остварити и када нема својство непосредног правног основа за решавање правних ствари.

Овде је особито важно имати у виду да иза правних начела, као извора права у правном поретку Европске уније, стоји постојана и снажна традиција судског правног стваралаштва, изнедрена у јудикатури Суда правде Европске уније; јудикатура која је у питању није само оцена или потврда правног карактера прописаних начела, већ не ретко она

12 То су: унапређење и заштита основних људских права, међугенерацјска солидарност, отворено и демократско друштво, учешће грађана у одлучивању, учешће привредних субјеката и друштвених партнера у поспешивању социјалног дијалога, кохерентност политике и управљања, интегрисаност политика, употреба највише доступног знања, начело предострожности и начело „загађивач плаћа“. (Дудаш, 2013: 381-382).

13 То су: климатске промене и чисти извори енергије, одрживи транспорт, одржива потрошња и производња, очување и управљање природним ресурсима, јавно здравље, друштвена инклузија, демографски изазови и миграције, глобално сиромаштво и изазови одрживог развоја. в. Саопштење бр. 10917/06, стр. 4-5. (Дудаш, 2013: 382).

14 У ред првопоменутих спадају начело одрживог развоја и начело високог степена заштите животне средине, док у групу другопоменутих начела спадају: начело супсидијарности, начело пропорционалности, начело интегрисаности, начело предострожности, начело превентивног деловања, начело отклањања еколошке штете на извору њеног настанка и начело „загађивач плаћа“ (Дудаш, 2013: 377).

представља врело правних начела.¹⁵ Имајући то у виду, оцена о правном карактеру идеје одрживог развоја у поретку Европске уније превасходно је детерминисано њеном укорењеношћу у пракси Суда правде, следствено чему је непорециво да одрживи развој није стекао својство правног начела у правном поретку Европске уније. Напослетку, чини нам се да се збиљски правни карактер начела одрживог развоја тешко може остварити без успостављања прецизног хијерархијског система прокламованих циљева развоја Европске уније, имајући у виду да су нужни случајеви њиховог чеоног супротстављања.¹⁶

Поврх свега тога, додајмо да су се у правној књижевности супротставила гледишта у погледу тога да ли је Европски парламент надлежан да пред Судом правде Европске уније подигне тужбу за поништај правних аката Европске комисије, саобразно чл. 114. Уговора о функционисању Европске уније којим се налаже Европској комисији да у својој нормативној делатности узима у обзир захтев високог степена заштите животне средине. Одговор на постављено питање у сваком случају премаша оквира наше расправе, али поменуто питање је тренутно и без практичног значаја, имајући у виду да нити једном није било предмет расправе пред Судом правде Европске уније.

3. О правним начелима уопште и правном карактеру одрживог развоја напосе.¹⁷

Упркос томе што су правна начела имала запажену улогу у стварању и развоју правних поредака романско-германско-словенске правне

15 Правно стваралаштво Суда правде у погледу правних начела остварује се на неколико начина. Прво, Суд правде Европске уније проналази и формулише правна начела анализом оснивачког уговора, као и интерпретацијом постојећих извора права Европске уније. Друго, до правних начела Суд правде долази применом телеолошког тумачења – тумачењем циља и духа оснивачког уговора, особито у случају када постоји „ћутање оснивачког уговора“ (Радивојевић, 2012: 421-423). На концу, основ и надахнуће за формулисање правног начела Суд правде може пронаћи у унутардржавном праву или у међународном праву, када је посреди прихватање и формулисање заједничких и међусобом сагласних правноцивизацијских тековина.

16 С тим у вези Тубић вели: „Најчешћи, а може се рећи и стални полигон сукоба представља инхерентна супротност између циља успостављања и унапређења унутрашњег тржишта, што подразумева потребу што лакшег и бржег пуштања у промет производа, с једне, и начела предострожности, према којем произвођач је дужан да испита могуће штетне ефекте производа на животну средину пре његовог пуштања у промет.“ (Дудаш, 2013: 379-380).

17 Заокружена и исцрпна еспликација правних начела због свог обима биће предмет наше посебне расправе. Овде дајемо скицу њиховог појма и структуре, што је услов

породице, општа теорија права им углавном не признаје самосталну правну егзистенцију. Чак и када им посленици правне науке придају својство именоване категорије система права, њихово постојање се неодвојиво везује за правне норме, тако да се правним начелима у следству казаног признаје само изведени апстрактно-нормативни карактер (види, на пример, Лукић, 1995: 222-223).

Такво поимање противречи правној повести и правној логици. Већ летимичан увид у правну повест романско-германско-словенске правне породице је довољан да се закључи да је не мали број правних начела недвосмислено формулисан у јудикатури, и то не ретко без изричног упоришта у важећим правним нормама.¹⁸ У даном случају, судско уобличавање правних начела представљало је саображавање „духа времена“ и „духа правног система“ са „природом ствари“. Ваља имати у виду и то да дотично формулисање правних начела судови нису изводили из важећих норми, већ из морала, народног духа или природноправног, односно правнофилософских учења.¹⁹ Друго, о нормативном карактеру правних начела основано је говорити само утолико што правна начела поседују својство непосредног правног основа за стварање и примену права, што само по себи не може значити да су правна начела изведена из правних норми, нити то да су правна начела апстрактне норме састављене од норми мањег степена општости. У складу са тим, тврдња да су правна начела најопштије норме које у себи садрже норме мањег степена општости је у тој мери недоказива да се слободно може прогласити апстракцијом која досеже до нивоа фикције. Дакако, не може се спорити да се правна начела појављују и као појмови изведени из правних норми, али до тога

за разумевање правног карактера идеје одрживог развоја.

18 Индикативно је у том погледу поменути случај постанка начела објективне одговорности у француском праву, јер су француски судови, поступајући на основу Француског грађанског законика, а имајући у виду новонастале промене у друштву, заузели правно схватање да је поред субјективне одговорности (одговорност на основу кривице) неопходно установити одговорност за проузроковану штету независно од кривице (објективна одговорност), упркос томе што је Француски грађански законик (чл.1382) стајао чврсто на становишту о субјективној одговорности (Петровић, Прица, 2013: 34-35). Речју, користећи гипкост језичких формулација, француски судови су у Француском грађанском законнику нашли правни основ, али би, при томе, било сасвим погрешно рећи да су француски судови начело објективне одговорности за штету извели из норми Француског грађанског законика. Заправо, у датом случају поступање француских судова представљало је саображавање правде и правичности са „духом времена“. Пракса француских судова била је врело и начело забране злоупотребе права.

19 Ваља у том погледу поменути правна начела која су установили немачки судови: начело савесности и поштења, начело жртве, начело сразмерности, за које се ниуком случају не може казати да представљају појмове изведене из важећих норми.

првенствено долази правнологодичким закључивањем којем прибегава правна наука у поступку обликовања правног система.

Особито је важно имати у виду да је фундаментално правнологодичко својство правних начела њихов циљни карактер, те се, уопште узев, може рећи да правна начела дефинишу циљеве (телеологију) у систему права, при чему правна начела (оба)везују и правне норме и понашања уређена или неуређена правним нормама (законске празнине), саобразно домаћају који имају у систему права. Одавде даље произлази да су „правне норме гласоноше правних начела“, следствено чему правасходство правног начела над правном нормом уистину јесте „предност циља правног акта над његовим словом“. Осим тога, за разлику од односа између примарне правне норме (норме о понашању) и секундарне правне норме (норме о норми или норме о санкцији) у којем се питање превасходства директно не поставља, може се догодити да правна норма и правно начело наспрам појединачне правне ситуације стоје у односу међусобног сукобљавања, што је потврда да правна начела немају ни другостепени нормативни карактер. Поврх свега тога, у оцењивању хијерархијског ранга правних норми и правних начела ваља бити опрезан, имајући у виду да је хијерархија правних норми и правних начела у систему права превасходно опредељена правном снагом правних аката чије су садржине део, следствено чему та с правне снаге прелази и на једну и на другу страну.²⁰

20 Изношење оцене о хијерархији правних начела и правних норми не може бити дато једнообразно за све правне породице, нити за сва унутардржавна права у оквиру исте правне породице. Па ипак, ваља признати да постоје општа правна начела која имају снагу Устава, што саобразно начелу правне хијерархије везује руке законодавцу. Бребан тако наводи случајеве из праксе Државног савета (Врховног управног суда Француске) и Уставног савета у којима су истакнути општи правни принципи са снагом Устава (Бребан, 2002: 189). При томе, веома је сложено питање евентуалне супротстављености императивне правне норме и правног начела када за обоје важи да су прописани правним актом истог хијерархијског ранга. Чини нам се да би и у даном случају правно превасходство ваљало признати правном начелу, управо имајући у виду истакнуто циљно правнологодичко својство правног начела, у следу којег би превасходство правног начела над правном нормом заправо значило предност циља правног акта над његовим словом. Знаковито је у том погледу позвати се опет на француски Државни савет, коме је својствено да поступајући противу изреке законодавца установљава примат правног начела у односу на правну норму. Илустрације ради, Државни савет је заузео став да у случају прекорачења (злоупотребе) овлашћења постоји право на жалбу чак и ако је жалба законом искључена (Бребан, 2002: 196). Додајмо да се јача правна снага правног начела у односу на правну норму уопште не доводи у питање када је реч о односу између правног начела општег и правне норме посебног закона.

С друге стране, однос правних начела у случају укрштања, више него строгој хијерархији, подлеже режиму равнотеже и међусобног „помирења“. Примерице, установљавање

Упечатљиво о засебном правном идентитету говори телеологија правних начела, која се наспрам позитивног права рачва у неколико праваца. Прво, захваљујући сопственом реалном карактеру, правна начела су најупечатљивији израз правне аксиологије у систему права, и то у двојаким смислу: 1) као друго име за априорне људске и друштвене вредности²¹ – полазиште уставотворца – које треба да послуже као брана против произвољности и арбитрарности у институционализацији правног поретка, и 2) као тачка у којој се позитивно право укршта са природним правом, што би требало да омогући да позитивно право буде правично право, а да природно право постане право које важи. Друго, правна начела имају градивну правнотехничку функцију, саобразно којој обезбеђују целовитост система права, повезујући мноштво његових елемената у складну и заокружену целину. Напоследку, правна начела јесу извор права – основ стварања и примене права.²²

управног спора (судске контроле законитости управних аката) предузето је у име начела законитости и заштите субјективних права, што на први поглед представља одступање од начела поделе власти (суд контролише рад управе). Међутим, не би било исправно закључити да управни спор представља одступање од начела поделе власти, имајући у виду да смисао начела поделе власти није у потпуној одвојености, већ је у сарадњи и равнотежи функција државне власти. Равнотежа у питању у управном спору успоставља се тиме што суд оцењује законитост управног акта, али не и његову целисходност. Истодобно, побијање рушљивих правних аката је орочено роком, чијим протеком у име правне сигурности и заштите стечених права долази до оснажења (конвалидације) правног акта. У предоченом случају не би било основано закључити да су правна сигурност и заштита стечених права са јачом правном снагом у односу на законитост, јер се у ствари тежи њиховој разумној равнотежи. Насупрот томе, могућност побијања законитости управног акта по себи није гажење начела правне сигурности и стечених права. Али, гажење правне сигурности и стечених права уследиће уколико законодавац нормирајући ванредна правна средства у управном поступку предвиди велики број тих средстава, и у оквиру њих установи мноштво могућих разлога за побијање правноснажних управних аката, што несумњиво узрокује угрожавање начела правноснажности, правне сигурности и стечених права. Такав случај данас постоји у важећем праву Србије.

21 По Митровићу реч је о правди, правичности, слободи, људском достојанству, толеранцији, сигурности, једнакости, реду, миру (Митровић, 2012: 503-512). Додајмо солидарност, истину и опште добро.

22 У правној књижевности је забележено схватање посленика правне науке о „еколошком праву“ као грани правног система (види, на пример, Николић, 2011: 299-301.). Иза таквог поимања очито стоји нормативистичко становиште да је право исто што и норма. Заправо, норма је само основ настанка права, а под правом се подразумева тоталитет правних односа и правних института. Имајући то у виду, неопходан услов за постојање гране праве јесте укореењеност у судству, следствено чему **не може бити говора о „еколошком праву“ као грани правног система.** У томе што се заштита животне средине остварује у различитим „традиционалним“ режимима у систему

Гледано из угла унутардржавног права, постоји неколико класификација, и у следству тога више типова правних начела (принципа). Најпре, саобразно општости и домаћају ваља споменути најопштија правно-политичка начела која уобличавају „поглед на свет“ правне државе. То су: владавина права, парламентарна представничка демократија, подела власти, тржишна привреда, непосредна примена уставом зајемчених људских права и слобода, те одвојеност државног и религијског права. Затим следе општа правна начела, „зрачећа“ за систем права у тоталитету. У ред таквих начела, примерице, спадају: уставност и законитост, правна једнакост, правна сигурност, правда и правичност. Напоследку, постоје посебна правна начела, чији опсег не премаша границе једне гране или области права. Знаковито је у том погледу поменути начело савесности и поштења у грађанском праву, *in dubio pro geo* (у случају сумње у корист окривљеног) у кривичном праву, те начело сразмерности у управном праву.

Важи правило да су правна начела прописана, али у систему права могу егзистирати и неписана (јудикатурна) правна начела. Примена прописаних правних начела се у појединачним правним ситуацијама појављује као вид дедуктивног правничког резонувања и у свему прати ранг и хијерархију правних аката којима су прописана. Сасвим обрнуто, неписана правна начела установљавају судови када индуктивном методом повезују „дух правног система“ са „природом ствари“. Ваља имати у виду да генезу не малог броја у правној свести данас укорењених правних начела управо одликује преображај од неписаног у прописани облик – из јудикатуре у законодавство (нпр. забрана злоупотребе права).

права, посленици правне науке у питању виде као „синтетички карактер“ „еколошког права“ као гране правног система. Ми, напротив, то узимамо као доказ да правни односи поводом заштите животне средине нису засебни, „аутентични“ (еколошкоправни односи), већ да представљају посебне облике правних односа (грађанскоправног, кривичноправног, управноправног односа) у оквиру „традиционалних“ грана правног система. То исто важи и за правне институте у поступцима заштите животне средине, који у ствари представљају правни пут својствен режимима „традиционалних“ грана правног система. Овде ваља имати у виду да обликовање правног система, као резултат правнонаучне спознаје система права, подлеже постојаним законитостима, без обзира на промене у правним односима изазваним економским и научно-технолошким развојем. Илустрације ради, нико не може спорити да је развој информационих технологија произвео учинке у свим областима права, следствено чему је дошло до настанка „права информационих технологија“ („правне информатике“) као научне и наставне дисциплине, али би било крајње неприхватљиво закључити да постоји „право информационих технологија“ као грана правног система. Истодобно, то што је „еколошко право“ доживело замашан научни и наставни развој, само по себи не значи да је „еколошко право“ задобило својство гране правног система.

Руководећи се разликом између система права (важећег права) и правног система (апстрактне правне науке), може се говорити о позитивно-правним и правно-научним правним начелима. Разлика је већ на око јасна, али осим тога што позитивноправна начела неминовно добивају своје правнонаучно лице, ваља имати у виду да стварање правно научног система може водити издвајању правнонаучних начела која немају видљив отисак у важећем праву (нпр. начела о функционисању јавних служби у науци управног права). Но, гледано из угла правне књижевности стиче се утисак да посленици позитивноправних дисциплина готово не увиђају разлику између система права и правног система.

У зависности од значаја који имају за правни поредак и у правном поретку, ваља разликовати градивно-организациона, регулативна и декларативна правна начела. Градивно-организационим називамо она правно-техничка начела која обезбеђују постојање и функционисање система права (начело хијерархије, надлежности и сл.). Кључ деобе правних начела на регулативна и декларативна је њихова укореењеност у правном поретку – у јудикатури и правној пракси уопште. Правна начела су регулативна када чине непосредни правни основ за решавање појединачних правних ствари, или, у другом случају, као постојани елемент и надахнуће јуриспруденције – у оквиру правних схватања која заузимају судови и други државни органи када решавају појединачне правне ствари. Регулативна правна начела, дакле, креирају живот правног поретка, обликујући правне односе и градећи правну свест.²³ Насупрот предоченом, за правно начело кажемо

23 Иако регулативни карактер правног начела у чистом облику постоји само када оно представља непосредни правни основ за решавање појединачне правне ствари, није претерано признати регулативни карактер и правном начелу које се у одлукама судава и других државних органа појављује кроз њихова правна схватања која заузимају приликом решавања правних ствари. Оцена о томе даје се у односу на сваки правни поредак понаособ. Јер, као што постоје правни поретци са снажном традицијом судског и управно-судског правног стваралаштва, тако постоје и правни поретци у којима судско правно стваралаштво готово не постоји. У следству казаног, разлика између првих и потоњих правних поредака види се и у погледу правних схватања; док правно схватање у судским или управно-судским одлукама првопоменутих правних поредака постоји као правило, дотле су у правним поретцима без традиције судског и управно-судског стваралаштва врло ретко појављују одлуке са правним схватањима судава или других надлежних државних органа. Одавде се може видети да, и када немају чисто регулативни карактер, у правним поретцима са постојаном политичком и правном културом и развијеном правном свешћу, правна начела итекако могу утицати на обликовање правних односа и развијање правне свести. Индикативно је у том погледу поменути однос *ratio decidendi* и *obiter dicta* у структури судског прецедента у енглеском праву (Петровић, Прица, 2013, 110-111). Уосталом, начело владавине права готово да не може имати чисто регулативни карактер, али упркос томе видимо колико снажно начело владавине права утиче на правну свест и на токове мисли и

да је декларативно, када упркос томе што је прописано одговарајућим правним актом, оно не поседује збиљску утемељеност у процесу стварања и примене права. Уз то, ако прописано начело у важећем праву не поседује јасну и заокружену нормативну садржину – имајући тако само прокламативни карактер – онда таквоме начелу пристаје више идеолошки, него правни карактер, што је управо одлика начела одрживог развоја у правним поретцима постојећих европских држава.

Разлог за то што начело одрживог развоја на међународном плану и у унутардржавном праву није прописано са јасном нормативном садржином – без чега се не може замислити његова збиљска правна утемељеност – поједини посленици правне науке виде у томе што начело одрживог развоја, поред еколошких елемената садржи и економске и социјалне, па уклањање економских и социјалних елемената протагонисти дотичног гледишта сматрају неопходним условом за утврђивање регулативног правног карактера начела одрживог развоја (види у: Дудаш, 2013: 378). Ми, баш напротив, језгро начела одрживог развоја видимо у прожимању његове еколошке, економске и социјалне компоненте, особито што сматрамо да је услов за успостављање збиљског (регулативног) правног карактера начела одрживог развоја прописивање примата његове еколошке и социјалне компоненте у односу на његову економску компоненту. У односу на заштиту животне средине минимум истакнутог примата подразумевао би забрану сваке људске делатности којом се необновљиво троше природни ресурси, јер без тога начело одрживог развоја, како на међународном плану, тако и у унутардржавном праву, правно не може премашити ниво прокламације без јасног правног значења.²⁴ Да је примат еколошке димензије одрживог развоја данас збиља неопходан, белодано произлази из чињенице

схватања правних научника и правних практичара. Напошетку, колико је правна свест важан чинилац система права показују примери из англоамеричке и исламске правне породице. Примерице, структуру Енглеског Устава поред осталог сачињавају и уставне конвенције, иако не уживају санкцију пред судовима (Петров, 2007:187-215). С друге стране, чињеница да се шеријатско право код већине исламских држава примењује само у погледу личних и породичних односа бледи пред чињеницом укорењености шеријатског права у правној свести дотичних народа и држава, следствено чему исламско право доминантно утиче на „поглед на свет“ у области права у поменутиим државама (види, на пример, Јевтић, 1989: 511-521).

24 Праву слику о томе даје нам правни поредак Европске уније, у коме напореда егзистирају циљ успостављања и унапређења унутрашњег тржишта, што подразумева потребу што лакшег и бржег пуштања у промет производа, и начело предострожности, према којем је произвођач дужан да испита могуће штетне ефекте производа на животну средину пре његовог пуштања у промет. Премда предочени циљеви формално-правно не стоје у односу надређености и подређености, однос снага *de facto* увек претегне на страну економског разлога.

постојања и развоја људских делатности за које није тешко закључити да грубо и трајно нарушавају животну средину.²⁵ Уз то, прихватањем догме о сталном економском расту, сва бојазан у вези са угрожавањем природних ресурса махом се везује за начело међугенерациске солидарности, што је, по нашем мишљењу, далеко од суштине проблема.²⁶ Заправо, као што ће се доцније видети, не само да стални економски раст данас не постоји, већ се под окриљем догме о сталном економском расту уистину одвија потпуно материјално и морално посрнуће човечанства, следствено чему утврђивање телеологије одрживог развоја у правцу обезбеђивања међугенерациске солидарности није ништа до усмеравање пажње на погрешну страну. На крају крајева, без успостављања поменутог примата, еколошко право у систему права ниуком случају не може бити делотворно.

Да сада видимо где је разлика између еколошке политике и еколошког права. У сржи еколошке политике стоје прецизирани циљеви и премисе заштите животне средине, које јасно стављају у изглед начин и правце одвијања људског делања, као и мере чијим предузимањем би се дотични циљеви остварили. С друге стране, еколошко право је назив за систем права састављен од правних начела, правних аката и правних норми, управљених на уређивање правних односа и правних путева поводом заштите животне средине. У складу са тим, када систем еколошког права није успостављен, а циљеви и премисе заштите животне средине нису јасно дефинисани, не може се говорити о постојању ни еколошког права, нити еколошке политике. При томе, јаз између големог публицитета посвећеног потреби заштите животне средине и готово непостојећег правног инструментаријума о заштити животне средине – што је одлика постојећег међународног права – очевидни је доказ утицаја идеологије на право. Утицај идеологије у даном случају је у тој мери знаковит што лоша правна техника – акти у питању услед властитог прокламативног карактера никако не могу бити управљени на стварање било каквих правних учинака – овде се испољава као израз глобалне међународне политике, која стоји под контролом елите крупног финансијског капитала (тајних властодржаца). Као што ћемо видети, техника владања тајних властодржаца иде за тим да правна техника буде само манифестација одређених човечанству допадљивих циљева, што треба да послужи као оправдање за утемељивање и јачање глобалних међународних политичких и економских институција.

25 Примерице, то је случај са привредном употребом нуклеарне енергије; разуме се, због радиоактивног отпада. О сличним таквим делатностима види (Дуаш, 2013: 382).

26 О појму и значењу начела међугенерациске солидарности види (Тубић, 2013: 397)

Саобразно својој правно-логичкој структури, начело одрживог развоја би се могло упоредити са начелом владавине права, имајући у виду генусни карактер, садржину и јако „зрачеће“ дејство начела владавине права на правну свест и токове мисли посленика правне науке.²⁷ Имајући то у виду, позитивноправно дефинисање нормативне садржине начела одрживог развоја имало би се читовати у прописивању горе истакнутог примата еколошке димензије, те у следству тога у установљавању у оквиру нормативне садржине начела одрживог развоја правних начела која би дати примат учинила делотворним. То су начело предострожности, начело процене утицаја на животну средину и начело сразмерности.²⁸

На крају, начело одрживог развоја готово да не може имати чисто регулативни правни карактер, али будући да се систем заштите животне средине састоји од еколошке политике и еколошког права, описано утврђивање нормативне садржине начела одрживог развоја имало би обједињавајуће „зрачеће“ дејство у правцу целовитости и делотворности дотичног система, што би неповратно водило развијању правне свести и моралном и духовном уздизању човека и људског друштва.

4. Уместо закључка: „поглед на свет“ правне државе и утицај идеологије на правну државу и институционализацију одрживог развоја

Иако правна држава начелно представља највишу тачку државно-повесног развоја људске цивилизације, не би било исправно закључити да у поретку правне државе не постоји „идеологија“, која је некад „за“ али не ретко и „против“ темељних правних вредности у систему права правне државе. Ваља поћи од тога да у систему права правне државе постоје правна начела која утемељују правну телеологију, а правна телеологија уистину јесте

27 Владавина права је врло неодређен појам, којем се придају различита значења и обележја. За мисао која нас овде заузима довољно је подвући да владавина права нема само правни карактер, већ поред правних садржи политичке и моралне састојке (види, на пример, Петров, 2007, 145-184). Друго, структуру начела владавине права обликују правна начела мањег степена општости. Тако се у важећем Уставу Републике Србије каже: „Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неотуђивим људским правима. Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем Уставу и закону (чл. 3. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр 98/2006. Све у свему, најважније обележје начела владавине права је јако „зрачеће“ дејство на обликовање правне свести и на токове мисли и схватања посленика правне науке и правних практичара.

28 О значењу поменутих начела видети: Салма, 1995: 267-280.

манифестација једног „погледа на свет“ у области права. Као што смо већ казали, постоји неколико класификација, и у следству тога више типова правних начела (принципа) унутардржавног права. Најпре, саобразно општости и домаћају ваља споменути најопштија правно-политичка начела која уобличавају „поглед на свет“ правне државе. То су: владавина права, парламентарна представничка демократија, подела власти, тржишна привреда, непосредна примена уставом зајемчених људских права и слобода, те одвојеност државног и религијског права. Саобразно свом декларативном правном карактеру, правно-политичка начела изражавају „поглед на свет“ правне државе утолико што имају јако „зрачеће“ дејство на обликовање правне свести и на токове мисли и схватања посленика правне науке и правних практичара. Но ретко ко увиђа да у систему права егзистирају и регулативна правна начела, под којим подразумевамо правна начела која чине непосредни правни основ за решавање појединачних правних ствари, или, у другом случају, која представљају постојани елемент и надахнуће јуриспруденције – у оквиру правних схватања која заузимају судови и други државни органи када решавају појединачне правне ствари. Сагласно са тим, важно је знати да постоје општа правна начела, „зрачећа“ за систем права у тоталитету (примерице, уставност и законитост, правна једнакост, правна сигурност, правда и правичност), али постоје и посебна правна начела, чији опсег не премаша границе једне гране или области права (нпр. начело савесности и поштења у грађанском праву, *in dubio pro geo* у кривичном праву, начело сразмерности у управном праву). Све у свему, фундаментално правнолошко својство правних начела јесте њихов циљни карактер, те се, уопште узев, може рећи да правна начела дефинишу циљеве (телеологију) у систему права, при чему правна начела (оба)везују и правне норме и понашања уређена или не уређена правним нормама (законске празнине), саобразно домаћају који имају у систему права. Одавде даље произлази да су „правне норме гласоноше правних начела“, следствено чему правасходство правног начела над правном нормом уистину јесте „предност циља правног акта над његовим словом“.

Правна начела обликују правну телеологију у систему права правне државе, у неколико значења: 1) као друго име за априорне људске и друштвене вредности – полазиште уставотворца – које треба да послуже као брана против произвољности и арбитрарности у институционализацији правног поретка; 2) као тачка у којој се позитивно право укршта са природним правом, што би требало да омогући да позитивно право буде правично право, а да природно право постане право које важи; 3) као израз градивне правотехничке функције, саобразно којој обезбеђују целовитост система права, повезујући мноштво његових елемената у складну и заокружену

целину; 4) као извор права – основ стварања и примене права. Имајући све ово у виду, очевидно је да се легитимитет правне државе не може остварити без потпуне збиљске утемељености правних начела у систему права. При свему томе, правно-политичка начела у систему права могу задобити чак и регулативни правни карактер (у ширем смислу), с тим да се, с друге стране, у поретку правне државе прокламују и начела без јасне и заокружене нормативне садржине и у следству тога без збиљске утемељености у јудикатури. У овом потоњем случају, смисао прокламованог начела није ништа друго до изражавање једног „погледа на свет“ у свету права, што је управо одлика начела одрживог развоја у правним поретцима постојећих европских држава. Само, такав вид декларисања циљева у систему права – без нормативне садржине и укоренености у правним односима – очевидно није управљен на стварање непосредних правних учинака те је утолико непожељан у поретку правне државе.

У поретку савремене плуралистичке правне државе неминовно долази до дифузије државне власти, при чему снага збиљских економских и политичких токова може да проузрокује преображај правних начела, под којим (преображајем) подразумевамо обезвређивање (изопачење) правних начела али не и њихово формално порицање и укидање. С тим у вези, Петровић вели: „Када дифузија државне власти пређе извесне границе, када неформалне власти себи потпуно потчине формалне, када „директне“ власти постану пуко средство „индиректних“, онда правна држава постаје изопачена..Изопачену правну државу називамо поликратијом. Чим странке узму главну реч у држави, поликратија је ту.“ (Петровић, Прица, 2014: 30; 73-74.). Уистину, патронажа политичких странака над правним функцијама државне власти нужно доводи до изопачења правних начела, у тој мери да правна начела постају „гола форма“, недовољна за постојање легитимитета правне државе – то се у првом реду односи на чињеницу да патронажа политичких странака над правним функцијама државне власти паралише независно судство, као темељну претпоставку правне државе.

При свему томе, обликовање „погледа на свет“ правне државе појављује се као израз „вредносног усмеравања позитивног права“, настало под утицајем морала, природног права или извесног правно-философског учења (примерице, плодови тог утицаја су савесност и поштење, забрана злоупотребе права и сл.). Али, с друге стране, кроз цео ток повесног развоја правне државе институционализацију и функционисање њеног поретка у извесној мери обележава утицај „идеологије“, као вид идејног и интересног стремљења које „вредносно усмеравање државе и права“ не види као циљ за себе, већ као најубојитије средство за остваривање добара и интереса носилаца „идеологије“ знаковитих историјских процеса.

Индикативно је и сасвим довољно у том смислу запазити постојање двају повесних типова правне државе. То су: либерална правна држава – „изразито неинтервенционистички државни облик“ – и савремена плуралистичко-интервенционистичка правна држава, као „наглашено интервенционистичка државна формација“. Уз то, зар постоји бољи доказ утицаја идеологије на правну државу од тога што је процес секуларизације државе и права одагнао из света права хришћански морал и црквено хришћанско право, упркос њиховом великом доприносу стварању и развоју романско-германско-словенске правне породице. У следству тога, одвајање државног и религијског права представља битан елемент „погледа на свет“ савремене правне државе, с тим да актуално јачање „развојне теорије о људским правима“ у поретку савремене правне државе не само да је несагласно ортодоксном хришћанском учењу и хришћанском моралу, већ теорија у питању настоји да скроз-наскроз избрише етичку и уопште вредносну условљеност људских права.

Најзнаковитији и повесно најупечатљивији утицај идеологије на правну државу испољио се под окриљем тзв. ауторитарне глобализације, у чијој основи лежи преношење економске и политичке моћи са држава на мултинационалне корпорације. Поучена, наиме, лошим искуством са жигосаним идеологијама 20. века (фашизам и комунизам), елита крупног финансијског капитала сопствену технику владања засновала је на обесмишљавању, а не на порицању правних начела правне државе. Имајући то у виду, елита крупног финансијског капитала формално не тежи поништавању државног суверенитета; баш напротив, јавна дипломатија тајних властодржаца била би потпуно неделотворна без прокламације људских права, демократског политичког система и владавине права. Техника владања у питању несумњиво иде за тим да разори правну државу и демократију и да их стави под потпуну контролу елите крупног финансијског капитала, али умеће владања и јесте у томе да снагом новца обликована „љуштура“ правне државе и демократског политичког система, елите крупног финансијског капитала послужи као идеалан „легитимацијски плашт“. У следству тога, за технику владања у питању веома је важно да појединцу, у светлу његових формално признатих слобода, створи привид о постојању суверености грађанина, бирача и потрошача, с тим што патронажом над државом и демократским политичким системом елита крупног финансијског капитала настоји да успостави систем у коме су признате слободе појединца без имало колективне моћи, што доводи до потпуне подређености радника послодавцу, потрошача произвођачу, бирача политичким странкама, те аутономије (приватности) појединца државном интервенционизму.

Заштита животне средине белодани је показатељ утицаја идеологије на право. Ми смо показали да извори универзалног међународног права о животној средини имају доминантно прокламативни (ненормативни) карактер, што није ствар само лоше правне технике, већ суштине технике владања тајних властодржаца. Наиме, индикативно је да постанак и уобличавање идеје одрживог развоја на међународном плану временски потпуно кореспондира са настанком и развојем процеса тзв. глобализације. У тој чињеници – мада је наизглед нелогично – ми видимо одговор на питање зашто институционализација идеје одрживог развоја на међународном плану није допринела усмеравању глобализације ка основним људским вредностима. Да су водеће државе почетком 70-их година 20. века доиста имале свест о потреби обуздавања економије екологијом, одрживи развој би на почетку 21. века засигурно досегао збиљски правни карактер, са чврстом и јасном рефлексijом на економска и социјална кретања човечанства. Околност да државе нису, никако не значи да су покретачи институционализације одрживог развоја били научни посленици и јавно мњење, јер је њихова улога на међународном плану и касније изгледала као „грудвање са међавом“. То што еколошки проблеми почетком 70-их година 20. века наједном добивају велики међународни публицитет, као и то што доцније није остварена правна институционализација идеје одрживог развоја, дају нам право да се запитамо да ли је, као и у случају глобализације, збиљски покретач и контролор развоја идеје одрживог развоја била елита крупног финансијског капитала.

Јер то што наоко изгледа нелогично, у ствари може да изражава блиставо умеће владања тајних властодржаца. Као што су демократија, људска права и заштита „слободног света“ Сједињеним Америчким Државама послужили као параван за утемељивање властитог империјализма, тако се иза завесе међународне институционализације одрживог развоја припремало преношење економске и политичке моћи са држава на мултинационалне корпорације, а уједно се еколошким проблемима оправдавала потреба преношења суверенитета са држава на глобалне међународне институције. Уосталом, зар поимање о техници владања у овом случају не потврђује чињеница да се и данас о одрживом развоју највећма говори као о проблему међугенерацijске солидарности, чиме се очевидно одвлачи пажња на погрешну страну. Утемељитељи глобализацијског неолибералног капитализма не поричу потребу одрживог развоја, као што уосталом не оспоравају ни демократију нити правну државу. Али техника владања елите крупног финансијског капитала, као што смо већ истакли, није толико у порицању основних политичких и правних вредности западноевропске цивилизације, колико је у њиховом обесмишљавању.

Изуми дотичне технике обесмишљавања данас јесу одрживи развој без суштинског значења, људска права без збиљске слободе, страначка представничка демократија без демократског друштва и владавина закона без владавине права. Следствено томе, не треба да изненађује то што одрживи развој у правним поретцима постојећих држава има својство чисто декларативног – више идеолошког, него правног – начела. Имајући све ово у виду, одистинска институционализација одрживог развоја није могућа без развлашћивања елите крупног финансијског капитала. Штавише, развлашћивање крупног финансијског капитала је нужно и због враћања легитимитета владавини права и демократском политичком систему.

Литература

Бребан, Ги (2002.), *Административно право Француске*, Подгорица, ЦИД.

Велимировић, Николај (2001.), *Земља Недођија*, Пирот, Pi Press.

Вучић, Михајло (2013.), *Начело одрживог развоја као основна норма савременог међународног поретка*, Зборник радова: Basic Concepts of Public International Law, Београд, стр. 359-372.

Дудаш, Атила (2013.), *Начела политике заштите животне средине у праву Европске уније*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, стр. 377-390.

Јевтић, Мирољуб (1989), *Ислам као извор идеологије и легитимитета у савременим политичким системима*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4, стр. 511-521.

Лилић, Стеван, у сарадњи са Мирјаном Дреновак (2010.), *Еколошко право*, Правни факултет Универзитета у Београду.

Лукић, Радомир (1995.), *Методологија права*, сабрана дела, 5, Београд, Завод за уџбенике и наставна средства.

Марковић, Саша (2013.), *Манифест против империје*, Сремски Карловци-Нови Сад, Издавачка књижарница Зорана Стојановића.

Митровић, М. Драган (2012.), *Друштвене вредности права, правна начела и техничке вредности правног система*, Зборник радова: Начела и вриједности правног система – норма и пракса, стр. 503-528.

Николић, Душан (2011.), *Право животне средине као наставна и научна дисциплина*, бр. 3, стр. 299-311.

Палачковић, Душица (1998.), *„Одрживи развој“ – Савремена правна регулатива и значење*, Србија и европско право, књига 3, Крагујевац, стр. 264-277.

Петров, Владан (2007.), *Енглески Устав*, Београд, Службени гласник.

Петровић, Милан (1996.), *Појам тоталитаризма (тоталитаризам као перманентно опсадно стање и као перманентна револуција одозго)*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-3, стр. 463-471.

Петровић, Милан, у сарадњи са Милошем Прицом (2013.), *Увод у велике правне и управне системе*, Ниш, Свен.

Петровић, Милан, у сарадњи са Милошем Прицом (2014.), *Посебно управно право с међународним управним правом*, Ниш, Свен.

Радивојевић, Зоран (2012.), *Одлике правног система Европске уније*, Правни живот, бр. 12, стр. 413-428.

Салма, Јозеф (2011.), *Смернице и уредбе Европске уније о животној средини*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, стр. 29-44.

Тубић, Бојан (2013.), *Начело одрживог развоја у међународним правним актима и пракси међународног суда*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, стр. 391-411.

Miloš Prica, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

On the Concept and Legal Nature of Sustainable Development: Does “environmental law” exist?

Summary

The idea of sustainable development has developed within the triangular framework of economic, social and environmental policy. It has been the result of man’s endeavor in the course of development of mankind to harmonize the relations between economy and ecology for the purpose of satisfying the present needs but without endangering the prospects of future generations to satisfy their own needs.

The principle of sustainable development has been present in the international legislation for the past 40 years. The antagonism between economy and ecology has never ceased. Quite the reverse, at the beginning of the 21st century, mankind has encountered the dramatic effects of the rampant global politics and the unpromising prospects of man’s subsistence and development.

The reason is certainly to be found in the fact that the environment protection policy does not have an adequate legal framework, which is not a matter of legal technique but a matter of substance in global politics. Consequently, this discussion on the legal nature of sustainable development takes us from technique to substance. First, the author analyzes the international legislation and judicature on the issues of sustainable development; thereupon, the author concludes that the principle of sustainable development has not obtained the rank and the outreach of a legal principle (source of law) in the international law, which ultimately makes the very existence of environmental law highly disputable. If sustainable development as a fundamental principle (supra-principle) does not have the power of a binding principle, the existing international legal sources concerning certain aspects of the living environment are nothing but arable land covered by sand. Actually, the significant feature of the existing international sources on sustainable development is “the legal ideology” which, being an instrument of environmental policy rather than an instrument of environmental law, actually reflects the governing *modus operandi* of the covert power-holders.

When this issue is observed from the aspect of national law, some legal scholars consider that “environmental law” is a branch of law. However, this standpoint is based on the normativists’ misconception that the law equals the norm. As a matter of fact, the norm is only a source for the creation of law, whereas law

implies the entire body of legal relations and legal institutes. With this in mind, the essential condition for establishing a branch of law is that it has to be rooted in judicature. Thus, “environmental law” cannot be designated as a branch of law.

Moreover, as the principle of sustainable development in the national legislation is rooted neither in the judicature nor in the legal perception, this fact has given rise to the conclusion that it may be qualified as a purely declarative legal-political principle. In that context, the author discusses the concept and the classification of legal principles as a necessary presumption for shaping the regulatory legal nature of the principle of sustainable development.

Finally, in this article, the author discusses the actual foundations of environmental, economic and social aspect of the idea of sustainable development in the system of neo-liberal global capitalism (imperialism), with specific reference to the ruling method of covert power-holders.

Key words: sustainable development, humankind, environmental law, environmental policy, legal principles, ideology, a branch of law, corporate capital elite, art of ruling, social justice.

ПРАВО РЕАЛНОГ ДУГА ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНИКА О СВОЈИНИ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Уређивање стварноправних односа услов је како за несметано одвијање и остваривање ефикасних привредних и других економских односа, тако и за имовинску сигурност сваког појединог субјекта. У том погледу посебну улогу има и група стварних права која служе реалном обезбеђењу кредита. У раду је представљен реални дуг, предвиђен актуелним Нацртом Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије, који правни систем Србије заснован на начелу акцесорности заложних права до сада није познавао. Као и у неким другим државама у региону, Нацрт Законика преузима немачки концепт неакцесорног обезбеђујућег права, узимајући у обзир и швајцарски закон који има сличан правни институт, али и домаће прилике и потребе.

Кључне речи: заложно право на некретнинама, земљишни дуг, реални дуг, акцесорност.

1. Увод

Законско уређење стварних права обезбеђења на непокретностима представља веома значајан део кодификовања стварног права у државама са тржишном економијом. Током протеклих неколико година у Србији су предузете одређене законодавне активности како би се употпунило регулисање стварног права. Тако, 2003. и 2005. године донети су посебни

* draganaps@yahoo.com

закони о регистрованој залози покретних ствари и хипотеци¹. Поред тога, 27. октобра 2003. године, актом Министарства финансија и економије Владе Републике Србије² образована је Радна група са задатком да изради нацрт закона којим би се целовито уредили стварноправни односи. Институт за упоредно право у Београду, уз подршку немачке Организације за техничку сарадњу (GTZ) – Канцеларија за правну реформу и Организације за европску безбедност и сарадњу (OEBS) – Мисија у Србији и Црној Гори, остварио је у међувремену пројекат Промене стварног права у Србији, посвећен реформи овдашњег стварног права³, чији су резултати при изради Нацрта Законика о својини и другим стварним правима (у даљем тексту: Нацрт Законика) Радној групи били од користи, као и резултати истоименог Округлог стола који је, са претежним учешћем судија, одржан 26. јануара 2005. године у Београду. Радна група је заокружила текст Законика 2006. године, с тим да је неколико одредаба касније прецизирано или измењено, на основу сугестија из експертизе о Нацрту Законику коју су крајем 2006. године сачинили професор *Ulrich Drobnig* и професор *Christa Jessel-Holst*. Након тога, током претходних година, радна верзија Законика била је предмет интересовања надлежних органа (објављивање на сајту Министарства правде и државне управе, организовање јавне расправе), али није постала закон. Средином 2012. године овлашћена тела Савета Европе сачинила су Мишљење о Нацрту Законика⁴. Сврха овог Мишљења била је да се утврди усклађеност Нацрта са Европском конвенцијом о људским правима, односно да ли се решењима садржаним у њему угрожава мирно уживање имовине загарантовано овом Конвенцијом.

Нацрт Законика⁵ садржи бројне новине у односу на важећи Закон о основним својинскоправним односима (ЗОСПО) из 1980. године. Оне су условљене суштинским променама у друштвено-економским односима, преласком

1 Закон о хипотеци, „Сл. гласник РС“ бр. 115/2005, Закон о заложном праву на покретним стварима на покретним стварима уписаним у регистар, „Сл. гласник РС“ бр. 57/03 и 61/05

2 Решење број 119-01-178/2003-05 од 27.10.2003.

3 У оквиру пројекта објављена је књига: Владимир В. Водинелић, Саша Гајин, Милош Живковић, Иванка Спасић, Јасна Пак, Весна Живковић, Ана Кнежевић, „Промене стварног права у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи“, Институт за упоредно право, Београд, 2004.

4 Комплетан текст електронски доступан: Савет Европе, Мишљење о Нацрту Закона о својини и другим стварним правима Републике Србије, [Electronic version]. Retrieved 30.06.2014. from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>

5 Текст актуелног Нацрта Закона о својини и другим стварним правима Републике Србије доступан је на интернет страници Министарства правде Републике Србје

од централизоване, планске, ка тржишној привреди, а посебно укидањем до тада доминантне друштвене својине.

Нови правни, тржишни и политички амбијент условио је потребу за регулацијом многих питања која уопште нису била уређена или су пак била уређена неадекватно. Међу њима, посебно се истиче група обезбеђујућих права која је доживела код нас у међувремену најинтензивнији развој. Имајући ово у виду, Нацртом Законика је понуђена читава палета обезбеђујућих стварних права развијених у континентално-европском правном кругу, а међу њима и до сада непознатих у нашем правном систему, као што је право реалног дуга.

2. Појам реалног дуга и његово место у систематици Нацрта Законика

Право реалног дуга је право лица (прималац дуга) да наплати⁶ одређени новчани износ из вредности оптерећене непокретности (износ реалног дуга), без обзира на промену њеног власника (давалац дуга), и без обзира на то код кога је та непокретност.⁷

Најзначајнији разлог за уношење овог института у Законик јесте омогућавање флексибилнијег права обезбеђења на непокретности од акцесорне хипотеке, чиме се стварају услови за развијање секундарног тржишта реалног кредита, олакшава рефинансирање и омогућава проширење понуде банкарских производа уз смањење трансакционих трошкова [Образложење Нацрта ЗОСДСП - Појашњење основних правних института и појединачних решења, 2012:172].

Реални дуг је својеврсно стварно право на непокретности које је уређено по угледу на немачко и швајцарско право и које у пракси најчешће служи за обезбеђење потраживања, па је отуд донекле слично хипотеци. Основна разлика у поређењу са хипотеком састоји се у томе што реални дуг није законски зависан од обезбеђеног потраживања (није акцесоран), већ се ефекти акцесорности постижу на облигационом нивоу, закључивањем уговора о обезбеђењу (обезбеђујући реални дуг као најчешћи облик у пракси), чиме реални дуг постаје уговорно акцесоран (квазиакцесоран).

<http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>

⁶ Скрећемо пажњу да се овде ради о праву наплате, не намирења као код хипотеке, јер овде обезбеђеног потраживања нема.

⁷ Члан 584 Нацрта Закона о својини и другим стварним правима Републике Србије (у даљем тексту: Нацрт ЗОСДСП)

Правносистемски посматрано, регулисање реалног дуга у Нацрту Законика измештено је из дела о заложним правима⁸ (јер као неакцесоран нема нужно сврху обезбеђења па се не убраја у заложна права, која по самом закону имају такву сврху), иако са хипотеком има доста заједничког. Чини се да се оваквом систематизацијом желела нагласити разлика реалног дуга од заложних права, односно његова неакцесорност, тако и чињеница да се очекује да се реални дуг у пракси најчешће користи као обезбеђујуће право.

Нацрт Законика садржи знатно више одредаба о овом институту (чак 49 чланова) него немачко право у којем је институт настао⁹ или права која су се угледала на њега (рецимо словеначко), пошто је заузет став¹⁰ да би овај институт, као нов за српско право, требало детаљније регулисати и избегавати бројнија упућивања, па и по цену понављања неких одредби о хипотеци (нпр. на исти начин као код хипотеке су уређени држање, употреба, искоришћавање, чување и одржавање предмета реалног дуга, круг лица која могу да заснују реални дуг, правила о заједничком и својинском реалном дугу и др.).

Реални дуг може бити својински¹¹ (постојати на сопственој ствари) и заједнички (теретити више непокретности)¹². Такође, могуће је засновати реални дуг другог, трећег и даљег реда (накнадни реални дуг)¹³. Предмет реалног дуга може бити све што може бити предмет хипотеке, осим објекта у изградњи¹⁴.

Као и код заложног права и овде важе и изричито су регулисани начело недељивости¹⁵, специјалности¹⁶ и првенства¹⁷.

8 Поглавље о реалном дугу налази се између делова о увек обезбеђујућој залози и другим правима обезбеђења.

9 Земљишни дуг је у Немачкој регулисан путем свега осам параграфа BGB, а већина правила се развила у пословној и судској пракси, а коначан облик је дала и правна доктрина.

10 Видети опширније: Повлакић М, 2005: 226; Живковић М, 2008: 197

11 Члан 586 Нацрта ЗОСДСП

12 Члан 587 Нацрта ЗОСДСП

13 Члан 590 Нацрта ЗОСДСП

14 Члан 593-595 Нацрта ЗОСДСП

15 Члан 591 Нацрта ЗОСДСП

16 Члан 613 Нацрта ЗОСДСП

17 Члан 592 Нацрта ЗОСДСП

3. Неакцесорност реалног дуга

Акцесорност заложних права произилази из схватања да залога има једну сврху – сврху обезбеђења потраживања. Нема дилеме да је то њена најважнија, традиционална улога. Међутим, савремени правни системи који се базирају на тржишној привреди постављају пред заложно право још једну улогу – додатно активирање вредности имовине. Ова улога захтева бржи и једноставнији промет заложног права, што превазилази могућности концепта акцесорности хипотеке, заснованог на зависности хипотеке од потраживања које обезбеђује.

За разлику од акцесорних средстава обезбеђења код којих настанак, опстанак, обим и пренос зависе од настанка, обима и преноса потраживања која обезбеђују, неакцесорност заложног права омогућава низ предности: заснивање пре настанка потраживања (што убрзава и олакшава исплату кредита, омогућује обезбеђење банкарске гаранције), могућност једноставног преноса ради накнадног обезбеђивања нових потраживања, укључивање нових потраживања у оквир обезбеђења, односно обезбеђивање више потраживања истовремено (тзв. контокорентни кредит, код којег банка одобрава дужнику један или више кредита до одређеног износа, односно ставља му на располагање одређену суму новца, при чему није унапред утврђено да ли и у којој мери ће уговорени оквир бити искоришћен) и др.

Неакцесорност реалног дуга прописана је посебним чланом Нацрта Законика¹⁸ под називом „Независност“. Реални дуг је неакцесорно стварно право које може настати независно од постојања потраживања које обезбеђује и може бити предмет самосталног преноса.

Два основна модела неакцесорних права обезбеђења која су била узор за предлог правног уређења реалног дуга јесу немачки институт земљишни дуг (нем. *Grundschuld*) и швајцарски институт писмо о дугу (*Schuldbrief*).

Земљишни дуг је стварно право које овлашћује титулара да из вредности непокретности наплати одређену суму новца. Земљишни дуг нема никакву унапред одређену сврху, његов настанак, пренос или престанак нису условљени постојањем осигуране тражбине, а његов износ не зависи од одређеног потраживања, већ је садржан у самом праву земљишног дуга, односно регистру у који је уписан или писму земљишног дуга. [Лазичић 2009:157; Повлакић, 2005:226] Он се може заснивати и кад нема никаквог потраживања, са циљем рецимо чињења поклона, резервисања ранга у земљишној књизи, инвестирања уделом у привредно друштво и др. Сви ови послови имају као заједнички циљ активирање вредности непокрет-

18 Члан 588 Нацрта ЗОСДСП

ности, што, за разлику од хипотеке, омогућује управо установа земљишног дуга. Ипак, у пракси земљишни дуг се најчешће користи као обезбеђујуће право, са функцијом обезбеђења потраживања. Али и тада се разликује у односу на хипотеку по неакцесорности, односно она дејства која су законом предвиђена код акцесорне хипотеке, код земљишног дуга не наступају по самом закону, већ по основу уговора о обезбеђењу, који је до недавно имао дејство само *inter partes* [Živković 2010: 265; Softić Kadenić 2010: 399].

Писмо о дугу представља хартију од вредности у којој је инкорпорисано потраживање обезбеђено залогом на непокретности.¹⁹ Према одредбама Швајцарског грађанског законика (*Schweizerische Zivilgesetzbuch – ZGB*), заснивањем писма о дугу основни облигациони однос ради којег је уговорено његово оснивање, престаје, и то преновом.²⁰ Ради се о законском преносу, по основу којег, за власника оптерећене некретнине, престаје обавеза из основног посла, а настаје нова апстрактна обавеза, дефинисана писмом о дугу, за коју он одговара, како лично, целокупном својом имовином, тако и стварноправно, вредношћу оптерећене непокретности. Постојање, промена, наплата и престанак писма о дугу нису ни на који начин повезани са основним потраживањем, јер оно више не постоји. Оваквим неакцесорним средством је једноставније располагати - преносом хартије, индосаментом, залагањем, без обавезе уписа у земљишној књизи. Писмо о дугу се на изванредан начин одваја и од некретнине и у правном промету третира као нова самостална вредност. Према речима неких аутора, идеја писма о дугу, како ју је замислио законодавац, била је у томе да се неки дуг из каузалног посла који је потпуно одређен по висини, “обуче” у хартију од вредности, која би инкорпорисала нови дуг истог износа, који би био обезбеђен залогом на непокретности [Živković 2010: 277].

4. Писмо реалног дуга

Према облику, Законик познаје две врсте реалног дуга – регистровани, који настаје уписом у јавни регистар, и писмо реалног дуга, које представља хартију од вредности издату на основу уписа у регистар²¹. Увођење облика хартије од вредности, по угледу на словеначко право [Dežman, 2005:612], требало би да има за циљ повећања његове циркулационе способности, те омогућавање да се добре стране права хартија од вредности повежу са правом уновчења непокретности.

19 Чл. 842 ZGB

20 Чл. 855 ZGB

21 Чл. 584 ст. 2 Нацрта ЗОСДСП

Писмо реалног дуга уређено је као хартија од вредности по наредби, издавалац писма је давалац дуга, а саставља га и оверава орган који води јавни регистар, надлежан по месту оптерећене непокретности. Поред битних састојака прописаних законом којима се уређују облигациони односи, Нацртом Законика је прописано да писмо реалног дуга садржи назив органа који га је саставио и оверио, потпис овлашћеног лица и печат тог органа, деловодни број писма код тог органа, као и остале податке о реалном дугу које мора садржати једнострана изјава даваоца дуга на основу које је издато. Поред тога, предвиђено је да је наплативо писмо реалног дуга извршна исправа, те да у случају несагласности уписаног у регистру и у писму предност има оно што је уписано у писму²².

5. Стицање, пренос, залагање и претварање реалног дуга

Номотехнички неуобичајено, правила о стицању реалног дуга нису смештена на почетак подцелине, већ тек у средину регулативе о реалном дугу. Према члану 610. Нацрта Законика, реални дуг се заснива уговором и уписом у регистар, а писмо земљишног дуга предајом писма од стране надлежног органа. Упис реалног дуга у јавни регистар, на основу кога се издаје писмо реалног дуга може тражити само давалац дуга.

Реални дуг као неакцесорно стварно право, које може настати независно од постојања потраживања, може се самостално пренети и заложити. Изузетак је обезбеђујући реални дуг, где се преносом односно залагањем реалног дуга преноси односно залаже обезбеђено потраживање, али чак и тад може бити другачије уређено уговором.

Уговором о реалном дугу давалац дуга се обавезује примаоцу дуга да у јавном регистру у његову корист заснује реални дуг. Једностраном изјавом давалац дуга заснива својински реални дуг у облику писма или својински регистровани реални дуг. Врло темељни прописи о облику и садржају правног посла на коме се заснива, садрже и списак забрањених клаузула, које углавном одговарају оним код ручне залогѐ.²³

Законик је посебно уредио и могућност претварања реалног дуга, па тако регистровани реални дуг може да се претвори у писмо реалног дуга (обрнуто не може)²⁴, својинска хипотека се може претворити у реални дуг, као и савесно стечена хипотека без потраживања²⁵, док су предвиђене и

22 Чл. 608 Нацрта ЗОСДСП

23 Чл. 614 упоредити са чл. 468 Нацрта ЗОСДСП

24 Чл. 605 Нацрта ЗОСДСП

25 Чл. 606 Нацрта ЗОСДСП

ситуације када настаје својински реални дуг – исплата износа реалног дуга, повратни пренос или одрицање²⁶.

6. Обезбеђујући реални дуг

Изузетак од начела неакцесорности реалног дуга представља тзв. обезбеђујући реални дуг, код којег се уговором уређује да реални дуг служи обезбеђењу потраживања (уговор о обезбеђењу), односно да настанак, постојање, висина и пренос реалног дуга зависи од настанка, постојања, висине, односно преноса потраживања обезбеђеног реалним дугом. Уговор о обезбеђењу се може уписати у јавни регистар, али не и у писмо реалног дуга.

Његовим уписом приговори из тог уговора могу се супротставити сваком примаоцу дуга. Овакво решење урађено је по угледу на измене Немачког грађанског законика из 2008. године. Све до тад немачки обезбеђујући земљишни дуг био је неакцесорне природе, ограничења која су произилазила из уговора о обезбеђењу имала су облигациони карактер, тј. деловала су *inter partes*. Ово је имало низ предности, али и одређене недостатке. Институт је омогућавао велику флексибилност, пре свега значајну банкарском сектору, као што је измена осигураног потраживања, додавање нових или изузимање неких, све без формалне (јавнобележнички оверене) промене уговора, или спровођења поступка уписа у земљишне књиге, затим послове пројектног финансирања, секјуритизацију обезбеђених потраживања и др. Међутим, проблем је настајао у случају преноса земљишног дуга на треће лице, чак и заједно с обезбеђеним потраживањем. Наиме, на стицаоца нису истовремено прелазила и права и обавезе из уговора о обезбеђењу, што је доводило до могућности двоструке наплате, и земљишног дуга и потраживања. Овакав неповољан положај власника непокретности је најпре 2005. измењен увођењем регистра рефинансирања, јер је упис уступања у тај регистар омогућавао даваоцу обезбеђења да стицаоцу истиче све приговоре из уговора о обезбеђењу. Августа 2008. године први пут у текст Немачког грађанског законика уводи се термин обезбеђујући земљишни дуг и изричито предвиђа да су приговори из уговора о обезбеђењу супротстављиви сваком каснијем повериоцу земљишног дуга, без могућности савесног стицања. Ове законске измене су смањиле прометну способност обезбеђујућег земљишног дуга и то толико да је овакав земљишни дуг постао мање прометно способан од акцесорне хипотеке (у неким правним системима).

26 Чл. 607 Нацрта ЗОСДСП

По мишљењу појединих аутора чини се да овако акцесорни реални (земљишни) дуг нема разлог постојања у систему стварних права која већ познају хипотеку, већ да је сврсисходније регулисати могућност претварања реалног дуга у хипотеку [Drobnig et al.2007:166]. Међутим, има аутора који су и даље на становишту да институт обезбеђујућег земљишног (реалног) дуга није изгубио свој неакцесорни карактер, те истичу да би ову везу између самосталног стварног права уновчења и обезбеђеног потраживања, требало дефинисати као *квазиакцесорност*, чија је основна особина која је разликује од акцесорности та да су јој дејства и домашја одређени уговором, а не законом, те су лако променљиви [Živković et al. 2010: 265, Softić Kadenić et al. 2010:399].

Власник оптерећене непокретности одговара у начелу само својом непокретношћу, дакле, не својом осталом имовином. Преносом, односно залагањем обезбеђеног потраживања преноси се, односно залаже обезбеђујући реални дуг, осим у случају када је другачије уговорено са даваоцем дуга. Код отуђења оптерећене непокретности, обезбеђујући земљишни дуг не прелази на стицаоца, уз могућност другачијег уговарања. Такође, исплатом обезбеђујућег реалног дуга гаси се и обезбеђено потраживање у висини наплаћеног; на супрот томе, ако исплату изврши друго лице које није дужник, сматра се у случају сумње да је исплаћено обезбеђено потраживање.

7. Наплата и престанак реалног дуга

Поступак наплате реалног дуга је уређен на начин на који је уређен поступак намирења код хипотеке, парафразирањем истоветних одредби²⁷, уз посебне одредбе које се односе на наплативост, посебно за својински и обезбеђујући реални дуг, и потврду о наплативости²⁸.

Реални дуг је наплатив по доспелости, с тим да је обезбеђујући реални дуг наплатив када доспе обезбеђено потраживање. Доспелост се бележи у надлежном регистру, односно писму реалног дуга, са посебним правилом за физичко лице које је закључило уговор о реалном дугу ради обезбеђења продајне цене зграде или стана које прибавља да би у њему становало²⁹. По наплативости реалног дуга орган надлежан за вођење јавног регистра у јавном регистру врши забележбу да је реални дуг наплатив и издаје потврду о наплативости реалног дуга³⁰. Ова потврда је извршна исправа.

27 Видети чл. 617-626 Нацрта ЗОСДСП

28 Чл. 617, 618 и 620 Нацрта ЗОСДСП

29 Чл. 618 Нацрта ЗОСДСП

30 Чл. 620 Нацрта ЗОСДСП

Наплата из оптерећене непокретности у начелу се врши путем судског поступка. Међутим, ако дужник није физичко лице, непокретност се може продати и вансудским путем, и то од стране самог повериоца или посредника. Нацртом Законика се у неколико чланова детаљно регулише поступак вансудске продаје, уз прописивање супсидијарне примене правила о принудном судском извршењу³¹. Савесни стицалац у судском или вансудском надметању, или на јавној продаји стиче својину на непокретности без терета³².

Нацрт Законика у посебном поглављу о престанку, регулише случајеве престанка регистрованог реалног дуга, писма реалног дуга, као и престанак у случају продаје односно пропасти оптерећене непокретности. У начелу, брисањем престаје својински реални дуг, док несвојински реални дуг престаје само продајом ради намирења и пропашћу непокретности која му је предмет.

8. Закључак

Реални дуг је нов институт стварног права који правни систем Србије, заснован на начелу акцесорности заложних права, до сада није познавао. По угледу на решења држава региона, Нацртом Законика предлаже се преузимање немачки концепт неакцесорног обезбеђујућег права, узимајући у обзир и швајцарски закон који има сличан правни институт.

Притом, Нацрт Законика такође узима у разматрање и веома сложену природу реалног дуга. Актуелни српски Нацрт Законика има за циљ да реални дуг што је могуће више прилагоди домаћем правном, друштвеном и економском окружењу. У сврху постизања циља, Нацрт иде много више у детаље него модели на којима се заснива. Чини се да за то има оправдања, јер насупрот Немачкој и Швајцарској, српски правници не могу да прибегну установљеној судској пракси. Уз претпоставку да би се реални дуг, попут хипотеке, обично користио за обезбеђење неког потраживања, правилна заштита дужника је суштински аспект његовог регулисања. Предложеним концептом реалног дуга као квазиакцесорног, приближавају се различити правни режими обезбеђујућих права на непокретностима, као последица практичних потреба реформе финансијског тржишта и подстицаја међународног кредитног тржишта. Предложени реални дуг је уговорно акцесоран (квазиакцесоран) у настанку, обиму, припадању и престанку, док је у реализацији акцесоран, пошто су приговори из уговора о обезбеђењу супротстављиви *erga omnes*.

31 Видети: чл. 622-624 Нацрта ЗОСДСП

32 Чл. 638 Нацрта ЗОСДСП

Увођење института реалног дуга у српско законодавство имало би повољан утицај на успостављање тзв. секундарног хипотекарног тржишта, које по свему судећи, представља следећи корак развоја банкарског система у овом сегменту, а као резултат раста потребе да се постојећи капитал што боље искористи и повећа конкурентност српске привреде.

Литература

Водинелић В, Гајин С, Живковић М, Спасић И, Пак Ј, Живковић В, Кнежевић А. (2004.) *Промене стварног права у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи*, Институт за упоредно право, Београд

Vrenčur, Renato. Die Grundschuld. Tatjana Josipović (ur.) *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja: stanje i perspektive*. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta, 2009: 303–337.

Wehrens, G. Hans. Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage. Arthur S. Hartkamp et al. (ed.) *Towards a European Civil Code*, 3rd Fully Revised and Expanded Ed. Nijmegen: Kluwer, 2004: 769–783.

Dežman, A. Zemljišni dug. *Pravni život*, god. 54, br. 10 (2005): 611–623.

Drobnig U, Jesel-Holst K. (2007) „Мишљење о Нацрту српског Законика о својини и другим стварним правима“, у „Ка новом стварном праву Србије-Нацрт Законика о својини и другим стварним правима“, стр. 166-167, Београд

Živković, Miloš. *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta, 2010.

Živković, Miloš. O uvođenju tzv. neakcesornih založnih prava na nepokretnostima u pravo Srbije. Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić (ur.) *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije: zbornik radova*. Niš: Pravni fakultet, 2008: 195–212.

Lazić, Miroslav. *Prava realnog obezbeđenja*. Niš: Puncta, 2009.

Lazić, Miroslav. Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja. *Pravni život: tematski broj. Pravo i vreme* god. 58, tom 3, br. 11 (2009a): 719–738.

Medić, Duško. Zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja na nekretninama. *Pravni život* god. 55, br. 10 (2006): 601–612.

Povlakić, Meliha. Zemljišni dug u usporednom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka*, br. 1 (2005): 207–256.

Softić, Darja. Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja. Silvija Petrić (ur.). *Zbornik radova: Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 6. Mostar: Pravni fakultet, 2008: 618–632.

Softić Kadenić Darja. Između akcesornosti i neakcesornosti. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, god. 53 (2010): 379–407.

ИЗВОРИ

Закон о хипотеци, „Сл. гласник РС“ бр. 115 (2005)

Закон о заложном праву на покретним стварима на покретним стварима уписаним у регистар, „Сл. гласник РС“ бр. 57 (2003) и бр. 61 (2005)

Dragana Vujovic, LL.M.

General Secretary of the University of Novi Sad

Real charge according to the current Serbian Draft Law on Property Rights and Other Real Rights

Summary

Within reforms of loan security instruments law, Serbian Draft Law on Property Rights and Other Real Rights demonstrates interest for introducing new forms of non-accessory security rights. Real charge is a new institute in our legislation. It is a kind of real right on immovable thing that is regulated after the model of the German and Swiss laws, and which is in practice mostly used to secure a receivable, so that it is, to an extent, a personal hypothec. The most important reason for introduction of this institute into the Law was to allow for a security right on immovables that is more flexible than the accessorial hypothec, thus creating the environment conducive for the development of the secondary market of real loans, facilitating refinancing, and allowing for the extension of the offer of bank products with the reduction of transaction costs.

Key words: security right on immovables, real charge, hypothec.

ДРЖАВНА РЕВИЗОРСКА ИНСТИТУЦИЈА И ПРЕВЕНЦИЈА КРИМИНАЛИТЕТА БЕЛОГ ОКОВРАТНИКА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ

Апстракт: Предмет овог рада је указивање на значај делатности Државне ревизорске институције у превенцији не само коруптивних кривичних дела, већ и осталих дела која спадају у криминалитет белог оковратника у јавном сектору. Рад врховне ревизорске институције није примарно усмерен на откривање кривичних дела, али свакако није безначајан када је у питању та активност. Државни ревизори су обучени да тумаче и примењују одредбе прописа из области финансијског пословања, тј. прописе којима је уређен буџетски систем и јавни приходи и расходи, а чијим се кршењем могу вршити кривична дела која спадају у криминалитет белог оковратника. Врховна ревизорска институција би требало, имајући у виду њену независност и самосталност у раду, да допринесе смањењу „тамне бројке криминалитета белог оковратника“. Страх од откривања извршеног кривичног дела, а самим тим и казне, требало би да делује превентивно на потенцијалне извршиоце кривичних дела која с обзиром на своја обележја спадају у ову врсту криминалитета.

Кључне речи: превенција, криминалитет белог оковратника, Државна ревизорска институција, кривична пријава.

1. Увод

Криминалитет белог оковратника није нова појава, иако се то просечном грађанину чини због честог медијског извештавања о тој врсти криминалитета. Прву дефиницију ове врсте криминалитета дао је Едвин Сатерленд (Edwin Sutherland). Према њему овај облик професионалног криминалитета обухвата злочине извршене од стране лица са високим и

* suputjelena@yahoo.com

престижним друштвеним статусом у оквиру занимања које обављају, а криминалац са „белим оковратником“ јесте свако лице са високим социоекономским статусом које крши законе којима се уређује његова професионална активност. Из ове дефиниције се закључује да су извршиоци криминалитета белог оковратника пословни људи, чиновници („бели оковратник“ изворно представља ознаку за чиновника, човека који је у друштвеној хијерархији на врху), и лица која имају посебан друштвени статус, власт, утицај и моћ. То су припадници највиших друштвених слојева у одређеним службама – банкарство, осигурање, државне институције, инспекцијске или царинске службе, медицина (Константиновић Вилић et al., 2012: 189). Управо су наведена обележја узрок велике „тамне бројке криминалитета белог оковратника“. Запослени у одређеним институцијама су у немогућности или страху да пријаве кривична дела која су извршили њихови претпостављени. Разлог за то није само слабо познавање прописа од стране запослених, већ и страх од освете од стране моћних и утицајних извршилаца кривичних дела.

У криминалитет белог оковратника спадају следећа кривична дела прописана Кривичним закоником Републике Србије:¹

1) кривична дела против привреде²: пореска утаја (члан 229. КЗ), проузроковање стечаја (члан 235. КЗ), оштећење поверилаца (члан 237. КЗ), злоупотреба овлашћења у привреди (члан 238. КЗ), злоупотреба у вези са јавном набавком (члан 234а КЗ);

2) у ширем смислу и кривично дело из групе кривичних дела против животне средине – загађење животне средине (члан 260. КЗ);

3) кривична дела против правног саобраћаја³: фалсификовање исправе (члан 356. КЗ) и фалсификовање службене исправе (члан 356. КЗ) и

4) кривична дела из групе кривичних дела против службене дужности⁴: кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (члан

1 Сл. гласник РС 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009 и 121/2012.

2 Да би се сматрала криминалитетом белог оковратника, кривична дела из групе кривичних дела против привреде, као и дела из других група кривичних дела, морају да имају сва обележја те врсте криминалитета која су садржана у дефиницији Едвина Сатерленда (Edwina Suterlanda).

3 Исто као и за кривична дела из групе кривичних дела против привреде важи и за кривична дела против правног саобраћаја. Вршење тих дела углавном претходи извршењу других кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника.

4 Иако је заштитни објект ове групе кривичних дела службена дужност, тј. јавна служба, инкриминисањем одређених понашања која спадају у ту групу штити се и државна имовина. Извршилац кривичних дела против службене дужности је службено

360. КЗ), противзаконита наплата и исплата (члан 362. КЗ), превара у служби (члан 363. КЗ), проневера (члан 364. КЗ), трговина утицајем (члан 366. КЗ), примање мита (члан 367. КЗ), давање мита (члан 368 КЗ)⁵ и ненаменско коришћење буџетских средстава (члан 362.а КЗ).

Криминалитет белог оковратника у Републици Србији присутан је и у јавном сектору, под којим се сматрају како органи који се финансирају из републичког и локалног буџета, тако и други органи и организације који су корисници јавних средстава (јавна предузећа). Руководиоци тих органа су често припадници високих друштвених слојева и чланови политичких странака, па су због тога заштићенији од прогона него просечни извршиоци кривичних дела. Криминалитет белог оковратника представља велики трошак за државу, а самим тим и грађане. Због тога постоји велико интересовање јавности за поменуту врсту криминалитета. Захваљујући делатности Државне ревизорске институције нека од кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника откривена су и процесуирана. Због тога је неопходно усмерити не само пажњу полиције и правосудних органа на сузбијање криминалитета у сфери финансијског пословања, већ и пажњу других државних органа и институционализованих контролних механизма, а у циљу препознавања индикатора који указују на постојање кривичних дела.

лице. Под њим се у складу са чланом 112. тачка (3) Кривичног законика Републике Србије сматра:

- 1) лице које у државном органу врши службене дужности;
- 2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или сужбене функције у тим органима;
- 3) јавни бележник, извршитељ или арбитар, као и лице у установи, предузећу или другом субјекту којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу;
- 4) лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова и
- 5) војно лице.

Осим службених лица, нека од кривичних дела против службене дужности могу извршити и одговорна лица. Да би се кривична дела против службене дужности сматрала криминалитетом белог оковратника морају да буду извршена од стране лица која су с обзиром на свој материјални и службени положај заштићенија од прогона и кажњавања.

5 Иако кривично дело давање мита није извршено од лица које се у складу са чланом 112. Кривичног законика може сматрати службеним лицем, оно је повезано са кривичним делом примања мита које врше лица која имају поменути статус. Захваљујући откривању извршеног дела давања мита долази се до сазнања о извршењу кривичног дела примања мита, а самим тим и идентификације и кажњавања извршилаца.

О озбиљности криминалитета белог оковратника сведочи и чињеница да је чланом 2. Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела⁶ прописано да се овај Закон примењује и ради откривања, крвичног гоњења и суђења и извршиоцима следећих кривичних дела против службене дужности: злоупотребе службеног положаја, трговине утицајем, примања мита, давање мита, уколико је окривљени, односно лице којем се даје мито службено или одговорно лице које врши јавну функцију на основу избора, именовања или постављења од стране Народне скупштине, Владе, Високог савета судства или Државног већа тужилаца, као и уколико се ради о кривичном делу злоупотреба овлашћења у привреди, кривичном делу злоупотреба у вези са јавном набавком и кривичном делу злоупотреба службеног положаја, у случају да вредност имовинске користи стечене извршењем ових дела прелази износ од 200.000.000 динара. У складу са наведеним Законом, за поступање у предметима наведених кривичних дела надлежно је Тужилаштво за организовани криминал, док полицијске послове у вези са овим кривичним делима обавља Служба за сузбијање организованог криминала која се образује у оквиру министарства надлежног за унутрашње послове. Када је у питању надлежност суда, за поступање у предметима кривичних дела прописаних чланом 2. Закона надлежан је Виши суд у Београду, као првостепени за територију Републике Србије. На овај начин законодавац је настојао да укаже на велики друштвену опасност, а сасвим тим и значај сузбијања неких кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника. Дело које би било такође неопходно прописати у члану 2. овог Закона јесте ненаменско трошење буџетских средстава. Иако за постојање овог дела није неопходан услов да је извршилац намеравао да прибави или да је прибавио противправну имовинску корист, ненаменско трошење буџетских средстава преко одређеног износа такође представља велику друштвену опасност.

Превенцијом криминалитета белог оковратника у јавном сектору чувају се како државни ресурси, тако и имовина појединаца, с обзиром на то да се јавна потрошња углавном финансира од пореза и других дажбина које плаћају грађани. Због тога би делатност како органа формалне социјалне контроле, тако и делатност других државних органа требало да буде што више усмерена на његову превенцију. Криминалитет белог оковратника, нарочито у јавном сектору, може да допринесе сиромаштву грађана, а што може да буде узрок вршења других кривичних дела, која такође спадају у

6 Сл. гласник РС 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004-др. закон, 45/2005, 61/2005, 72/2009, 72/2011-др. закон, 101/2011-др. закон и 32/2013.

имовински криминалитет (крађа, разбојништво, разбојничка крађа итд.). Још су у XVI веку Томас Мор, касније нарочито Бентам и Овен, а у XX веку Лист, у побољшању економских, стамбених, здравствених, образовних и других услова видели значајне факторе превенције криминалитета (Радуловић, 1999: 27).

2. Неопходност превенције криминалитета белог оковратника

Џереми Бентам (1748–1832) је сматрао да је сиромаштво један од основних узрока криминалитета и да је због тога неопходно предузимати превентивне мере. Он се залагао за читав систем социјалних мера. Болесне друштвене прилике су према његовом мишљењу биле један од основних узрока криминалитета (Радуловић, 1999: 60). Често се конвенционалан криминалитет сматра доминантним. Његова „видљивост“ у односу на друге облике криминалних делатности доприноси погрешној перцепцији о стању криминалитета у једној земљи. С друге стране, постоје облици криминалног деловања које је посебно тешко мерити, а који са аспекта штетности последица које изазивају заслужују посебну пажњу и начине деловања (Ничић, 2011: 125). Криминалитет белог оковратника шаље негативну поруку јавности да је такво понашање у друштву легитимно обзиром да се тим баве и припадници виших друштвених слојева и да је власт средство за „легализацију криминалитета“. Криминалитет белог оковратника сиромашу државу и појединце и самим тим може да доведе до пораста других видова криминалитета, пре свега имовинског. Због тога је неопходно превентивно деловање на пољу сузбијања наведене врсте криминалитета. Иако се чини да су жртве криминалитета белог оковратника невидљиве, оне постоје и њихов број је велики. Извршење једног кривичног дела које спада у криминалитет белог оковратника има штетније последице него нека друга кривична дела која спадају у имовински криминалитет. Велики број људи услед вршења тих дела остаје без посла, а самим тим и средстава за живот достојан човека. Уколико се узму у обзир идеје теоретичара који су сматрали да сиромаштво доприноси порасту криминалитета, може се рећи да вршење кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника доводи до повећања имовинског криминалитета у који спадају и дела извршена од стране обичних грађана (разбојништва, тешке крађе, изнуде). Конкурентност и продуктивност предузећа расту споро или стагнирају у висококорумпираној земљи. Инвестиције било из домаћих, било из страних извора мање су од могућих. Исто тако, висока корумпираност државне администрације која је наличје неефикасности јавних институција дестимулише и иностране кредиторе као што су Светска банка, Међународни монетарни фонд и др. Осим

тога, неефикасност институција је, по правилу, праћена ненаменским и неефикасним трошењем средстава (Јовановић, Пантић, 2000: 146).

Криминалитет белог оковратника шаље негативну поруку јавности да је такво понашање у друштву легитимно, с обзиром на то да се тим баве и припадници виших друштвених слојева, и да је власт средство за „легализацију криминалитета“. Криминалитет белог оковратника сиромашу државу и појединце и самим тим може да доведе до пораста других видова криминалитета, пре свега имовинског. Због тога је неопходно превентивно деловање на пољу сузбијања наведене врсте криминалитета. У јавности се често говори о потреби повишења кривичних санкција прописаних за кривична дела против службене дужности. Међутим, то није увек неопходно. Аверзија према ризику потенцијалних преступника удаљава оптималну казну од максималне, будући да је релативна ефикасност одвраћања услед повећања вероватноће доношења правоснажне осуђујуће пресуде већа од одговарајуће ефикасности повећања казне. Што је већа аверзија према ризику, већа је разлика између оптималне и максималне запрећене казне (Беговић, 2010: 63). То значи да није довољно ефикасно средство превенције криминалитета само предвиђање високе казне у кривичном законодавству, већ је неопходно и да постоји велика вероватноћа да ће кривична дела бити откривена. Државна ревизорска институција би требало да делује превентивно у циљу сузбијања криминалитета белог оковратника. Превентивне мере које делују на широком плану треба да буду интегрални део стратегије друштвеног напретка и у том смислу обухваћене развојним пројектима и плановима којима државе усмеравају токове економског, политичког, културног и, у најширем смислу схваћено, социјалног развоја. Такав приступ подржава и Организација уједињених нација с обзиром да се, готово без изузетка, савремене државе суочавају са чињеницом да растући криминалитет озбиљно угрожава економске и друге базичне елементе друштвене структуре (Радуловић, 1999: 20). Наведене мере би требало да се састоје и у пажљивом одабиру руководећег кадра, јер као што наводи Николо Макијавели у свом делу „Владалац“, избор људи који доносе кључне одлуке у одређеним областима није безначајна ствар. То да ли ће неки владалац око себе имати добре или лоше људе зависи само од његове промишљености. Први закључак који се доноси о способности неког владара заснован је на проматрању људи који га окружују, па када су они добри и одани, свако га сматра мудрим јер је умео да уочи ваљане људе и да их веже за себе. Но, када нису такви људи који га окружују, ни о владару се не може имати високо мишљење јер се прва грешка чини баш при том избору (Макијавели, 2009: 115).

Кривична дела корупције су посебна врста кривичних дела против службене дужности извршена од стране службеног или одговорног лица као носиоца службених овлашћења. Интерес сваке државе је да сузбије таква недопуштена, противправна понашања појединаца и група и да их принуди да своја овлашћења врше у границама прописаним законом или подзаконским актима (Симић, Јовашевић, 2008: 50–51). На пољу сузбијања коруптивних кривичних дела неопходно је заједничко деловање како органа формалне и неформалне социјалне контроле, тако и свих савесних грађана једне државе.

3. Државна ревизорска институција и превенција корупције

Због своје сложености, корупцијом се стручно и научно баве многи државни субјекти, што се у извесном смислу може сматрати потребом и жељом, али и једним од правих начина да се корупција анализира са што ширих аспеката и што свеобухватније. Основни циљ је да се корупција пре свега смањи, а по могућности и потпуно искорени (Ђурић et al., 2007: 67). У правним документима се посебно истиче утицај Државне ревизорске институције на превенцију корупције у Републици Србији. Такав став садржан је како у првој Националној стратегији за борбу против корупције,⁷ тако и у новој Националној стратегији за борбу против корупције у Републици Србији за период од 2013. до 2018. године.⁸ Према првој Стратегији битни елементи у борби против корупције су подизање ефикасности примене антикорупцијских прописа, подизање свести и образовање јавности ради јавне подршке за спровођење антикорупцијске стратегије, превенција и отклањање могућности за корупцију. Наведеном Стратегијом истиче се улога врховне ревизорске институције како у области подизања свести, тако и у давању препорука за измену одређених прописа из области јавних финансија, који ће у великој мери утицати на повећање транспарентности финансијског пословања. На тај начин стварају се услови за превенцију, тј. отклањање могућности за корупцију. За спречавање корупције од великог је значаја установљавање правног и институционалног оквира за њену превенцију и сузбијање, постојање јавне контроле коришћења буџетских средстава, повећање транспарентности њиховог трошења, установљење врховне ревизорске институције, успостављање ефикасне контроле извршења буџета од стране законодавне власти и успостављање механизма контроле реализације јавних набавки. Тако је на основу прве Стратегије за борбу против корупције успостављен још један институционални

7 Сл. гласник РС 109/05.

8 Сл. гласник РС 57/2013.

оквир за превенцију корупције у виду врховне ревизорске институције. Њен рад и саветодавна улога коју она на основу свог Пословника о раду може да пружа корисницима јавних средстава и субјектима ревизије, стручну помоћ коју она може да пружи Народној скупштини, Влади и другим државним органима, као и давање мишљења на законе из области јавних финансија – требало би да допринесу у што већој мери превенцији криминалитета белог оковратника. Објављивањем извештаја о извршеним ревизијама на својој веб-страници Државна ревизорска институција доприноси повећању транспарентности трошења буџетских средстава, а достављањем извештаја републичкој скупштини и скупштини локалне самоуправе доприноси успостављању ефикасне контроле извршења буџета од стране законодавне власти.

Новом Стратегијом за борбу против корупције из 2013. године, такође је наглашен значај врховне ревизорске институције у превенцији корупције. У делу 3.22 који је посвећен јавним расходима наводи се потреба успостављања квалитетније сарадње Управе за јавне набавке, министарства надлежног за послове финансија, Државне ревизорске институције и других надлежних институција у циљу ефикасног санкционисања злоупотреба у поступку јавне набавке. Осим тога, наглашена је потреба вршења ревизије сврсисходности трошења јавних средстава, која је такође од утицаја на превенцију ненаменског коришћења буџетских средстава и злоупотреба у поступцима јавних набавки, као и потреба повећања броја запослених у Државној ревизорској институцији, како би се надлежности ове институције ефикасно и квалитетно обављале, а што ће такође имати превентиван утицај на коруптивна кривична дела. Међутим, треба имати у виду чињеницу да ова дела најчешће претходне извршењу других кривичних дела којима се угрожава буџетски систем, као што су ненаменско коришћење буџетских средстава и злоупотреба службеног положаја, али и друга дела из групе кривичних дела против службене дужности. Због тога је значајна улога Државне ревизорске институције у препознавању индикатора који указују на постојање не само коруптивних, већ и других кривичних дела којима се угрожава буџет Републике Србије, јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе.

4. Надлежност Државне ревизорске институције

Борба против криминалитета која се готово у целини заснивала на репресији временом је давала све слабије резултате и криминална политика се постепено све више окреће ванкривичноправним средствима и методима (Радуловић, 1999: 20). Криминална политика укључује и политику

превенције и политику репресије (Радуловић, 1999: 18). Осим деловања након извршеног кривичног дела, друштво предузима и укупне мере у различитим областима, које су уперене на спречавање да до криминалног понашања дође, мере ante delictum. С обзиром на то да је криминална политика најуже интегрисана у укупну социјалну политику која се води у одређеном друштву, може се рећи да је у сузбијању криминалитета белог оковратника од изузетног значаја постојање независне, самосталне и објективне државне институције као што је Државна ревизорска институција.

Одговорно трошење јавних средстава је одувек било у центру пажње политичара, филозофа, правника, економиста, али и обичних људи. Грчки филозофи су посвећивали посебну пажњу трошењу јавних средстава. Аристотел је о томе писао: „Неки државни службеници располажу великим износима јавних средстава, па је због тога неопходно постојање других службеника који ће контролисати њихово одговорно и савесно понашање. То не могу бити лица која располажу тим јавним средствима. У различитим градовима се називају контролорима, ревизорима или јавним заступницима“ (Рабреновић, 2009:45).

С обзиром на то да је за откривање кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника потребно познавање прописа из области јавних финансија, често се за таква дела сазна захваљујући раду интерне и екстерне ревизије. Нарочито је од значаја рад Државне ревизорске институције, која је, у складу са Законом о Државној ревизорској институцији и својим Пословником, у обавези да поднесе кривичну пријаву уколико утврди постојање основа сумње да је у субјекту ревизије извршено кривично дело. Чланом 41. Закона о Државној ревизорској институцији⁹ предвиђено је да је наведена Институција у обавези да без одлагања поднесе кривичну пријаву надлежном органу, ако у поступку ревизије открије материјално значајне радње које указују на постојање елемената кривичног дела. У складу са истим Законом, установљена је обавеза органа формалне социјалне контроле да о својим одлукама обавесте Државну ревизорску институцију. Имајући у виду да врховна ревизорска институција Републике Србије нема судска овлашћења и могућност санкционисања субјеката ревизије, већ само могућност покретања прекршајних и кривичних поступака, потребно је обезбедити пуну институционалну подршку других државних органа како би се њене систематске препоруке примениле у пракси (Рабреновић, Ћорић Ерић, 2012: 297). Иста обавеза је предвиђена чланом 34. Пословника Државне ревизорске институције.¹⁰ У складу са

9 Сл. гласник РС 101/2005, 54/2007 и 36/2010.

10 Сл. гласник РС 9/2009.

наведеним чланом, надлежни врховни ревизор је у обавези да уколико примети да докази прикупљени у поступку вршења ревизије указују на постојање кривичног дела, то одмах пријави генералном државном ревизору, а који је у обавези да поднесе кривичну пријаву надлежним органима. Државна ревизорска институција у свом раду може да открије већи број различитих кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника. Њен посао није истрага и она се не упушта у утврђивање постојања основане сумње у вези са извршењем кривичног дела. Њена обавеза се састоји у подношењу кривичне пријаве надлежним органима.

До доказа који садрже основе сумње о извршењу кривичних дела против службене дужности врховна ревизорска институција најчешће долази приликом вршења своје ревизионе активности, која се обавља увидом ревизора у рачуноводствену и осталу документацију релевантну за пословање субјекта ревизије. У складу са чланом 36. Закона о Државној ревизорској институцији субјекат ревизије је у обавези да ревизорима стави на располагање све тражене податке и документа, укључујући и поверљиве податке и документа који су неопходни за планирање и извршење ревизије. Он је дужан да тражене податке доставља Институцији не само приликом ревизије већ и у току године, у складу са динамиком која је утврђена у плану ревизије и роковима које одреди овлашћено лице врховне ревизорске институције. У складу са наведеним чланом Закона, субјекат ревизије, тј. овлашћена лица у субјекту ревизије, у обавези су да Државној ревизорској институцији или овлашћеном лицу омогуће увид у документа поверљивог карактера, или документа која представљају пословну тајну у складу са Законом. На захтев ревизора субјект ревизије је дужан да преда овлашћеном лицу државне ревизорске институције и копију базе података. Како би се ревизија обавила квалитетно, а ревизори припремили за обављање посла неопходно је да се пре почетка ревизије упознају са пословањем субјекта у којем ће се вршити ревизије. У том циљу врховна ревизорска институција у складу са чланом 37. Закона о Државној ревизорској институцији може и пре почетка ревизије да захтева од корисника јавних средстава сва обавештења која се сматрају неопходним, књиговодствену документацију, податке и другу документацију, као и да обави друга испитивања, која су потребна за планирање или извођење ревизије. Ревизија се, у складу са чланом 35. Закона о Државној ревизорској институцији, врши на основу годишњег програма ревизије који доноси Савет пре истека текуће календарске године, за наредну календарску годину. Тај програм се одлуком Савета може у току године изменити или допунити. С обзиром на то да се кривична дела која спадају у криминалитет белог оковратника често врше и кршењем правних норми из области

јавних финансија, за препознавање индикатора који указују на постојање криминалитета белог оковратника неопходно је добро познавање финансијских прописа. Због знања које њени ревизори поседују, али и њихове независности у раду, Државна ревизорска институција би требало да представља спону са органима формалне социјалне контроле.

За успешну превенцију криминалитета белог оковратника неопходно је заједничко деловање и осталих државних органа. Ограничено време за откривање одређених пропуста, тачно одређен предмет и циљ конкретне ревизије, превише ревизора економске струке могу допринети да ревизори не примете да ревизиони докази указују на могућност постојања неког кривичног дела из области финансијског пословања. Такође, проблем може представљати и застарелост кривичног гоњења код одређених кривичних дела, тј. исувише кратки рокови застарелости (нпр. код кривичног дела ненаменско трошење буџетских средстава рок застарелости кривичног гоњења је две године). Уколико се ревизија врши за претходну годину, а због сложености поступка траје годину дана, може се десити да је у тренутку подношења кривичне пријаве кривично гоњење конкретног дела застарело. Имајући у виду наведено неопходно је или прописати вишу казну за извршиоце одређених кривичних дела или да државни ревизори не чекају изјашњење субјекта ревизије на ревизорски извештај, већ да уколико прикупе довољно доказа који указују на постојање одређеног кривичног дела, у што краћем року обавесте генералног државног ревизора, а који је у обавези да без одлагања поднесе кривичну пријаву надлежном органу.

Као што је већ наведено предмет рада Државне ревизорске институције није откривање кривичних дела, већ у складу са чланом 9. Закона о Државној ревизорској институцији: уверавање да су примања и издаци у складу са прописима о буџетском систему,¹¹ уверавање да су финансијски извештаји, финансијске трансакције, обрачуни, анализе и друге евиденције и информације субјекта ревизије тачни и ажурни, уверавање да субјекат ревизије послује у складу са законом и осталим прописима, као и датим овлашћењима, контрола сврсисходности располагања јавним средствима у целости или у одређеном делу, функционисање интерних контрола, интерне ревизије и рачуноводствених и финансијских поступака у субјекту ревизије, анализа аката¹² или радњи субјекта ревизије које производе или

11 У наведеном контексту се под прописима о буџетском систему подразумевају: Закон о буџетском систему, Уредба о буџетском рачуноводству, Закон о буџету и одлуке о буџету за конкретну буџетску годину, Закон о јавним набавкама, али и други прописи релевантни за финансијско пословање субјекта ревизије.

12 Закон о Државној ревизорској институцији у члану 9 став 3 дефинише акте као акте прописане законом (решења, закључци, одлуке), али и рачуноводствене исказе и

могу да произведу финансијске ефекте на примања и издатке корисника јавних средстава и имовину државе, уверавање да ли је задуживање и давање гаранција извршено у складу са Законом о јавном дугу, као и контрола сврсисходности употребе средстава којима располаже субјект ревизије, контрола правилности рада органа руковођења, управљања и других одговорних лица надлежних за планирање, извршење и надзор пословања корисника јавних средстава као и друга овлашћења предвиђена посебним законима.

Предмет ревизије у складу са чланом 9. Закона о државној ревизорској институцији може бити текуће, протекло, али и планирано пословање корисника јавних средстава. Субјекти ревизије су лица код којих државна ревизорска институција врши ревизију. Чланом 10. претходно наведеног Закона прописано је да субјекти ревизије могу бити: директни и индиректни корисници буџетских средстава Републике Србије, директни и индиректни корисници буџетских средстава територијалне аутономије и директни и индиректни корисници буџетских средстава локалне самоуправе у складу са прописима којима је уређен буџетски систем и систем јавних прихода и расхода, организације обавезног социјалног осигурања, буџетски фондови основани посебним законом или подзаконским актом, Народна банка Србије у делу који се односи на коришћење јавних средстава и на пословање са државним буџетом, јавна предузећа, привредна друштва и друга правна лица које је основао директни, односно индиректни корисник јавних средстава, правна лица код којих директни или индиректни корисници буџетских средстава имају учешће у управљању, односно у капиталу, правна лица која примају од Републике Србије, територијалне аутономије или локалне власти дотације и друга бесповратна давања или гаранције, субјекти који се баве прихватањем, чувањем, издавањем и коришћењем јавних резерви, политичке странке у складу са законом којим се уређује финансирање политичких странака, корисници средстава Европске уније, донација и помоћи међународних организација, страних влада и невладиних организација, уговорна страна у вези са извршењем међународних уговора, споразума, конвенција и осталих међународних аката, када је то одређено међународним актом и када то одреди овлашћени орган и други субјекти који користе средства и имовину под контролом и на располагању Републике, територијалних аутономија, локалних власти или организација обавезног социјалног осигурања. У складу са чланом 11. Закона о Државној ревизорској институцији, наведена Институција може да врши ревизију и код правних лица која послују са наведеним субјектима

извештаје које су корисници јавних средстава (субјекти ревизије) у обавези да саставе на захтев Државне ревизорске институције.

ревизије и то само у погледу њиховог пословања са субјектима ревизије. Од Државне ревизорске институције се очекује да ће својим независним, непристрасним и објективним радом у складу са међународним стандардима ревизије врховних ревизорских институција (ISSAI¹³) успети да открије неправилности и незаконитост у раду руководства органа и организација у јавном сектору.

Иако има значајну улогу у превенцији фискалних кривичних дела¹⁴, делатност Државне ревизорске институције не треба мешати са форензичким рачуноводством или форензичком ревизијом. Форензичко рачуноводство је нова грана рачуноводства која постоји у циљу откривања и тумачења како појединачних околности и чињеница, тако и њихове међусобне повезаности, из којих произилазе околности које указују на постојање кривичног дела. Такође, делатност поменуте институције не треба мешати ни са форензичком ревизијом, коју обављају углавном приватне ревизорске куће, а која се врши у циљу ревизије финансијских извештаја на основу рачуноводствених и ревизорских вештина, а ради откривања кривичних дела и обављања вештачења за судске потребе. Активност врховне ревизорске институције је усмерена на друге циљеве, а уколико се приликом обављања ревизије уоче одређене неправилности које указују на постојање кривичног дела, она је дужна да о тим околностима заједно са релевантним доказима обавести надлежне државне органе. Форензичко рачуноводство и форензичка ревизија се користе у истрази, тј. у току преткривичног поступка, док је улога Државне ревизорске институције од значаја пре покретања истраге, а докази које она прикупи у току ревизије од великог су значаја за само покретање истраге.

Као важну функцију врховне ревизорске институције, неопходно је истаћи и њену неревизијску функцију, која доприноси унапређењу квалитета њеног рада. Ова функција јесте њена функција субјекта међународне сарадње која се превасходно огледа у овлашћењу представљања и учешћа у раду INTOSAI, чији је Државна ревизорска институција члан, као и у билатералној и мултилатералној сарадњи на регионалном и међународном нивоу (Текијашки, 2012: 276). Међусобна сарадња и размена искустава врховних ревизорских институција на међународном или регионалном нивоу може да допринесе унапређењу квалитета рада Државне ревизорске институције, а самим тим и да повећа њену ефикасност у препознавању индикатора који упућују на постојање кривичних дела која се могу сврстати у криминалитет белог оковратника у јавном сектору.

13 ISSAI је скраћеница за International Standards of Supreme Audit Institutions.

14 С обзиром на то да реч *fiscus* означава државну благајну, под фискалним кривичним делима треба сматрати сва дела која се врше на штету државног буџета или имовине.

5. Закључак

Државна ревизорска институција је основана у циљу успостављања финансијске дисциплине у јавном сектору. Њена активност није примарно усмерена на откривање кривичних дела, али на пољу сузбијања криминалитета, у складу са савременим тенденцијама у области криминалне политике неопходно је заједничко деловање целог друштва, а не само полиције и правосудних органа. Знања из области јавних финансија и рачуноводства која поседују државни ревизори од великог су значаја за препознавање индикатора који указују на постојање кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника. Сарадња и међусобна размена искустава Државне ревизорске институције и других врховних ревизорских институција на међународном и регионалном нивоу битна је за унапређење квалитета њеног рада, а самим тим и ради унапређења ефикасности наведене институције у препознавању индикатора који указују на постојање кривичних дела која спадају у криминалитет белог оковратника у јавном сектору.

Јавно објављивање налаза и мишљења Државне ревизорске институције, као и обавештавање јавности против којих лица је поднета кривична пријава од стране поменуте институције, подсећају како припаднике „виших друштвених слојева“, тако и остале грађане да нико није заштићен од казне за извршено кривично дело. Активност врховне ревизорске институције може бити превентивна само ако се она предузима у право време, а нарочито ако се има у виду благовремено подношење кривичних пријава надлежним органима, обзиром на кратак рок застарелости кривичног гоњења код неких дела.

Иако је у Националној стратегији за борбу против корупције наглашена улога Државне ревизорске институције у превенцији корупције и потреба сарадње државних органа са наведеном институцијом, треба напоменути да је њена улога значајна и у превенцији других кривичних дела, којима често претходи извршење коруптивних кривичних дела, као што су: ненаменско коришћење јавних средстава, превара у служби, проневера, фалсификовање исправе и фалсификовање службене исправе.

С обзиром на то да се јавни расходи државе у великој мери финансирају од јавних прихода, од великог интереса за све грађане јесте њихово рационално и законито трошење. Због тога се може рећи да Државна ревизорска институција подношењем кривичних пријава против извршилаца кривичних дела којима се штети државном буџету, штити не само јавне финансије, већ и финансијске интересе свих грађана.

Литература

- Беговић, Б. (2010). Економска теорија генералне превенције, основна питања. *Сремен* број 1, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Институт за упоредно право. 50–65.
- Ђурић, Ж. Јовашевић, Д. Ракић, М. (2007). *Корупција, изазов демократији*, Београд: Институт за политичке студије.
- Јовановић, П. и Пантић, Д. (2000). *Корупција као економски феномен: узроци, последице и реформе*. У *Систем и корупција*, Београд: Институт друштвених наука. 145–164.
- Константиновић Вилић, С. Николић Ристановић, В. Костић, М. (2012). *Криминологија*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.
- Макијавели, Н. (2009). *Владалац*, Београд: Моно i Манјана.
- Ничић, Ж. (2011). *Корупција и реаговање државе. Безбедност. год. 53. бр.3*, Београд: Министарство унутрашњих послова. 125–146.
- Рабреновић, А. (2009). *Financial Accountability as a condition for EU Membership*, Београд: Институт за упоредно право.
- Рабреновић, А. Ђорић Ерић, В. (2012). *Улога народне скупштине у примени препорука интерне ревизије*, У Рабреновић, А. и Ђеранић, Ј. (Прир.). *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама Европске уније, приоритети, проблеми, перспективе*, Београд: Институт за упоредно право. 282–299.
- Радуловић, Љ. (1999). *Политика сузбијања криминалитета (Криминална политика)*, Београд: Савет пројекта конституисање Србије као правне државе и Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду.
- Симић, И. Јовашевић, Д. (2008). *Кривична дела корупције и казнена политика судова у Републици Србији. Безбедност. год. 50. бр. 4*, Београд: Министарство унутрашњих послова. 50–65.
- Текијашки, А. (2012). *Установљење функције екстерне ревизије у јавном сектору*, У Рабреновић, А. и Ђеранић, Ј. (Прир.). *Усклађивање права Републике Србије са правним тековинама Европске уније, приоритети, проблеми, перспективе*, Београд: Институт за упоредно право. 262–281.

Jelena Šuput, LL.M.
Research Associate,
Institute of Comparative Law, Belgrade

The Role of the State Audit Institution in Prevention of White-Collar Crime in the Public Sector

Summary

In this paper, the author points out to the important role of the Serbian State Audit Institution in prevention of corruptive practices, felonies and white-collar crime in the public sector in the Republic of Serbia. Although the activity of supreme state auditors is not primarily aimed at detecting criminal offences in the public sector, their efforts and results in this area are by no means insignificant. This is due to the fact that state auditors are well-trained to interpret and apply the legal provisions from the area of public finance, public procurements and accountancy, regulating the budget system of revenues and expenditures whose violation may constitute a criminal offence within the scope of white-collar crime. Considering the fact that it is an independent and autonomous state authority, the Serbian Supreme Audit Institution should play a very important role in reducing "the dark figures of white-collar crime". In many cases, the fear of crime detection as well as the the fear of being punished are sufficient to exert the preventive effect on the potential perpetrators of white-collar crimes. However, we have to bear in mind that the prevention of corruption and other felonies which are qualified as white-collar crime calls for a joint effort of all state institutions and citizens alike. Another fact which is very important for improving the operative quality of the Supreme Audit Institution is its membership in the International Organisation of Supreme Audit Institutions and cooperation with the Supreme Audit Institutions in other countries.

Key words: white collar crime, State Audit Institution, corruption, felonies against public duty, criminal charges

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА
ЗБОРНИКА РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
у 2013. и 2014. години

1. Др Срђан Шаркић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
2. Др Родољуб Етински	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
3. Др Оливера Вучић	редовни професор Правног факултета у Београду, судија Уставног суда Србије
4. Др Маријана Пајванчић	редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије у Новом Саду
5. Др Марија Драшкић	редовни професор Правног факултета у Београду, судија Уставног суда Србије
6. Др Жика Бујуклић	ванредни професор Правног факултета у Београду
7. Др Љубиша Дабић	редовни професор Економског факултета у Београду
8. Др Алеш Галич	ванредни професор Правног факултета у Љубљани
9. Др Весна Кнежевић-Предић	редовни професор Факултета политичких наука у Београду
10. Др Зоран Стојиљковић	ванредни професор Факултета политичких наука у Београду
11. Др Душан Николић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
12. Др Сања Ђајић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
13. Др Мирко Ђурђевић	ванредни професор Правног факултета у Београду
14. Др Зоран Мирковић	ванредни професор Правног факултета у Београду
15. Др Маја Костић-Мандић	ванредни професор Правног факултета у Подгорици
16. Др Танасије Маринковић	доцент Правног факултета у Београду

17. Др Мило Бошковић	професор emeritus Правног факултета у Новом Саду
18. Др Миодраг Симовић	редовни професор Правног факултета у Бања Луци, члан Академије наука и уметности Републике, потпредседник Уставног суда БиХ
19. Др Сенад Јашаревић	редовни професор Правног факултета у Новом Саду
20. Др Татјана Бугарски	ванредни професор Правног факултета у Новом Саду
21. Др Зоран Лончар	доцент Правног факултета у Новом Саду
22. Др Душица Палачковић	редовни професор Правног факултета у Крагујевцу
23. Др Зоран Миладиновић	редовни професор Правног факултета у Крагујевцу
24. Др Весна Николић-Ристановић	редовни професор Факултета за специјалну едукацију у Београду
25. Др Сања Ђопић	научни сарадник Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду и истраживач Виктимолошког друштва Србије
26. Др Бранислав Ристивојевић	ванредни професор Правног факултета у Новом Саду
27. Др Срђан Маринковић	редовни професор Економског факултета у Нишу
28. Др Наташа Голубовић	редовни професор Економског факултета у Нишу
29. Др Јадранка Ђуровић-Тодоровић	редовни професор Економског факултета у Нишу
30. Др Данијела Гавриловић	редовни професор Филозофског факултета у Нишу
31. Др Радмила Величковић Радовановић	доцент Медицинског факултета у Нишу
32. Др Милан Петровић	редовни професор Правног факултета у Нишу, у пензији
33. Др Слободанка Константиновић Вилић	редовни професор Правног факултета у Нишу, у пензији

34. Др Зоран Радивојевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
35. Др Мирослав Лазић	редовни професор Правног факултета у Нишу
36. Др Невена Петрушић	редовни професор Правног факултета у Нишу
37. Др Драган Стојановић	редовни професор Правног факултета у Нишу, судија Уставног суда Србије
38. Др Александар Ђирић	редовни професор Правног факултета у Нишу
39. Др Драган Николић	редовни професор Правног факултета у Нишу
40. Др Мирко Живковић	редовни професор Правног факултета у Нишу
41. Др Срђан Голубовић	редовни професор Правног факултета у Нишу
42. Др Наташа Стојановић	редовни професор Правног факултета у Нишу
43. Др Милева Анђелковић	редовни професор Правног факултета у Нишу
44. Др Саша Кнежевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
45. Др Ђорђе Л. Николић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
46. Др Душица Миладиновић-Стефановић	доцент Правног факултета у Нишу
47. Др Зоран Ђирић	редовни професор Правног факултета у Нишу
48. Др Војислав Ђурђић	редовни професор Правног факултета у Нишу
49. Др Предраг Димитријевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
50. Др Ирена Пејић	редовни професор Правног факултета у Нишу
51. Др Предраг Цветковић	ванредни професор Правног факултета у Нишу

52. Др Љубица Николић	редовни професор Правног факултета у Нишу
53. Др Небојша Ранђеловић	редовни професор Правног факултета у Нишу
54. Др Александар Петровић	редовни професор Правног факултета у Нишу, у пензији
55. Др Горан Обрадовић	ванредни професор Правног факултета у Нишу
56. Др Милена Јовановић Затила	редовни професор Правног факултета у Нишу
57. Др Маја Настић	доцент Правног факултета у Нишу
58. Др Ивана Симоновић	доцент Правног факултета у Нишу
59. Др Драган Јовашевић	редовни професор Правног факултета у Нишу
60. Мр Наталија Жунић	асистент Правног факултета у Нишу
61. Др Драган Чорбић	редовни професор Правног факултета у Нишу
62. Др Дејан Вучетић	доцент Правног факултета у Нишу
63. Др Славиша Ковачевић	доцент Правног факултета у Нишу
64. Мр Бојан Бојанић	асистент Правног факултета у Приштини (са седиштем у Косовској Митровици)

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера,
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman
Аутор(и)	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт e-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Достава радова	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i>) на следећу адресу: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Огледни примерак рада	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке суда.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Onuma теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <i>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</i> , 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 <i>Times New Roman</i> , 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: zhornik@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 (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
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	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
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)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision 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