
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 67 | GODINA LIII | 2014

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

Nº 67 | YEAR LIII | 2014

NIŠ, 2014.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2014.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Miroslav Lazić, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

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

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva Prof.

dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg
Austrija
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade
Ruske federacije
Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija
Grucina Людмила Юрьевна, doktor pravnih nauka,
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta
Vlade Ruske federacije
Prof. dr Anatolij Kapustin, profesor
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske
federacije
Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta Bafaloa, Bafalo, SAD Selivon Nikolaj
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-
industrijskoj komori Ukrajine
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

Sekretar Redakcionog odbora: doc. dr Dušica Miladinović-Stefanović

Prevodi: Gordana Ignjatović

Lektura: Milena Jovanović

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Od 1. marta 2014. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
pod nazivom *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* je u punom tekstu dostupan
u EBSCO bazi Legal Source.

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta u Nišu
18 000 Niš, Trg Kralja Aleksandra 11
tel. +381 18 200 501, 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 Slobodanka

Konstantinović Vilić

Prof. dr Dragan Čorbić

Prof. dr Mirko Živković

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Srđan Golubović

Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):

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

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

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

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

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

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

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

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

Technical Secretary of the Editorial Board:

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović

Proofreading: Milena Jovanović

Desktop publishing: Nenad Milošević

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:

+381 18 500 201,

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

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

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

S obzirom na veliki broj prispelih radova u toku godine, Redakcija časopisa donela je odluku o promeni dinamike izlaženja časopisa, koja je registrovana u repozitorijumu Narodne biblioteke Srbije kao tri sveske godišnje. U drugoj svesci tekuće godine (br. 67), koja se nalazi pred vama, publikovani su radovi prispeli u ranije najavljenim rokovima, dok će treća sveska (br. 68) biti tematskog karaktera i njeno objavljivanje očekujemo do kraja 2014. godine.

Takođe, želimo da obavestimo naučnu javnost da je priređena Bibliografija radova objavljenih u našem časopisu od njegovog osnivanja. Bibliografija je dostupna čitaocima u elektronskom obliku na internet stranici Pravnog fakulteta, a uskoro očekujemo i njeno štampano izdanje. Na osnovu poluvekovne tradicije, nadamo se da će Bibliografija Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu doprineti ne samo naučnoj reputaciji i citiranosti časopisa, već i postavljanju dobrog temelja razvoju pravne nauke u nacionalnim i širim akademskim krugovima.

U Nišu, novembar, 2014.

Prof. dr Irena Pejić,

glavni i odgovorni urednik

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

SADRŽAJ

Uvodna reč.....	9
-----------------	---

I ČLANCI

U FOKUSU

DISKRIMINACIJA I RODNA PRAVNOPRAVST

Isabel MARCUS Reframing Domestic Violence as Torture or Terrorism	13
Marijana PAJVANČIĆ, Nevena PETRUŠIĆ Značaj institucionalnih mehanizama za ostvarivanje rodne ravnopravnosti	25
Natalija ŽUNIĆ Discrimination against Women and the Human Rights of Women.....	45
Dragan STOJANOVIĆ Pokretanje normativne kontrole prava u evropskom modelu ustavnog pravosuđa.....	59
Mileva ANĐELKOVIĆ Zakonita neprihvatljiva poreska evazija – problemi definisanja i sprečavanja	79
Miomira KOSTIĆ Stariji osuđenici	99
Dragica ŽIVOJINOVIĆ Sposobnost za davanje informisanog pristanka na učešće u medicinskom istraživanju	117
Zoran RADIVOJEVIĆ Odstupanja od redovnog postupka odlučivanja o prethodnom pitanju pred Sudom pravde Evropske unije	139
Dragan JOVAŠEVIĆ Saučesništvo u savremenom krivičnom pravu	157
Irena PEJIĆ Fundamental Values in New Democracies: The Principle of Representation in the Serbian Constitution.....	169

Marina DIMITRIJEVIĆ
Inoviranje procesa upravljanja poreskom saglasnošću 185

Goran OBRADOVIĆ,
Slobodanka KOVAČEVIĆ PERIĆ
Novčana naknada nematerijalne štete
zbog nezakonitog otkaza 199

Nebojša RAIČEVIĆ
Predlozi za buduće regulisanje
humanitarne intervencije..... 221

Slaviša KOVAČEVIĆ
Tranzicioni postulat i empirijsko iskustvo Srbije 239

II PRIKAZI

Slaviša KOVAČEVIĆ
Bojan Kovačević. SKRIVENI FEDERALIZAM:
Federalističko iskustvo u procesima evropskih
integracija. Albatros Plus. Beograd. 2013..... 257

Aleksandar MOJAŠEVIĆ
Aleksandra Jovanović. TEORIJSKE OSNOVE EKONOMSKE
ANALIZE PRAVA. Pravni fakultet Univerziteta
u Beogradu. Izdavački centar. Beograd. 2008..... 261

Mihajlo CVETKOVIĆ
Međunarodna naučna konferencija
„Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“ 267

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Ivana RAKIĆ
Propisi evropske unije o kontroli koncentracija
kao izvor prava u Republici Srbiji 273

Miloš PRICA
O pojmu i pravnom karakteru održivog
razvoja: da li postoji ekološko pravo? 291

Dragana VUJOVIĆ
Pravo realnog duga prema nacrtu Zakonika o svojini
i drugim stvarnim pravima Republike Srbije 319

Jelena ŠUPUT
Državna revizorska institucija i prevencija kriminaliteta
belog okovratnika u javnom sektoru 331

Spisak recenzenata 347

Uputstvo za autore..... 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 Research117
- 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

ČLANCI

**U FOKUSU
DISKRIMINACIJA I RODNA
RAVNORPRAVNOST**

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

NAUČNI ČLANAK

UDK: 343.55

Rad primljen: 24.09.2014.
Rad prihvaćen: 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. Markus "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 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 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., (1995) *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.

Dr Izabel Markus,
Profesor Pravnog fakulteta
Državni univerzitet države Njujork, Bafalo, SAD

Redefinisanje koncepta nasilja u porodici kao akta torture ili terorizma u porodici

Sažetak

Novi diskurs u shvatanju nasilja u porodici, koje se određuje kao akt torture ili terorizma u porodici, predstavlja atak na našu svest i ima za cilj da je probudi. Ova nova određenja razotkrivaju duboku podudarnost nasilja u porodici sa kategorijama nasilja koje su predmet opšte osude, jer predstavljaju povredu ljudskih prava i negaciju ljudskog dostojanstva i integriteta. Na krajnje alarmantan način ona nas primoravaju da shvatimo do koje mere nasilje u porodici ne sme biti usko ili olako shvaćeno, ukalupljeno ili ograničeno oslanjanjem na formalnu jednakost polova. Ova nova shvatanja nam pomažu da prepoznamo da je nasilje u porodici oblik faktičke rodne nejednakosti koja, kako na individualnom tako i na strukturalnom nivou, predstavlja obrazac socijalne distribucije rodnih uloga: šta je kome dozvoljeno ili šta ko može da čini drugome. Nasilje u porodici predstavlja povredu prava žena koje, kao i muškarci, imaju pravo na poštovanje ličnog integriteta, sigurnosti i dostojanstva. Nasilje u porodici predstavlja i diskriminaciju žena, pod kojom se podrazumeva inferioran i podređen položaj svake žene ponaosob i svih žena, kao socijalne kategorije u određenom društvu.

Uspostavljanje novog okvira za redefinisane nasilja u porodici kao akta torture ili terorizma u porodici nije usmereno ka podizanju nivoa onoga što čini nasilje u porodici. Novi okvir nipošto ne predstavlja obezvređivanje posledica nasilja u porodici, niti ima za cilj da na bilo koji način ospori socijalno prepoznavanje patnje i otpora preživelog/žrtve. On prvenstveno obezbeđuje više prostora da se čuju učutkani glasovi velikog broja žena koje su bile izložene ovakvim vidovima nasilja u porodici, ali predstavlja i priliku da društvo spozna bolna i zastrašujuća

iskustava koja su te žene preživele (Svetska zdravstvena organizacija, 2002) i spreči "trivijalizaciju" njihove patnje, kao i dalju traumatizaciju. U svetskim razmerama, novi okvir može da predstavlja početak zajedničke akcije koja bi dovela do promene određenih oblika ponašanja, koji bi od socijalno prihvatljivih postali neprihvatljivi i nezakoniti.

Ključne reči: nasilje u porodici, tortura, terorizam.

Dr Marijana Pajvančić,*
Redovni profesor Fakulteta za evropske
pravno-političke studije, Novi Sad
Dr Nevena Petrušić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu**

naučni članak

UDK: 305:340.13](497.1)

Rad primljen: 30.09.2014.

Rad prihvaćen: 01.12.2014.

ZNAČAJ INSTITUCIONALNIH MEHANIZAMA ZA OSTVARIVANJE RODNE RAVNOPRAVNOSTI***

Apstrakt: U radu su analiziran institucionalni mehanizmi rodne ravnopravnosti, obrazovani u okviru državne strukture, čija se nadležnost odnosi na rodnu ravnopravnost. Cilj rada je da se kritički sagleda i oceni aktuelni institucionalni okvir rodne ravnopravnosti u Srbiji na nacionalnom nivou, s aspekta njegove funkcionalnosti i delotvornosti u integrisanju rodne perspektive u sve zakone i politike. Na osnovu rezultata analize, ponuđeni su predlozi za normativnu dogradnju i unapređivanje institucionalnog okvira.

Ključne reči: rodna ravnopravnost, institucionalni mehanizmi, rodna perspektiva, zaštita od rodne diskriminacije.

* marijana.pajvancic@gmail.com

* nevena.petrusic@gmail.com

** Koau torski doprinos Nevene Petrušić rezultat je rada na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu 2013–2018. godine.

*** Rad je nastao na temelju prethodnog istraživanja autorki i delimično objavljenih rezultata istraživanja institucionalnih mehanizama za ostvarivanje rodne ravnopravnosti na nacionalnom i međunarodnom planu, na šta se au torke pozivaju u spisku ponuđene literature.

1. Uvodne napomene

U savremenim demokratskim društvima ravnopravnost muškaraca i žena, koja podrazumeva ravnopravnu zastupljenost, moć i učešće oba pola u svim sferama društvenog života,¹ predstavlja osnovno pravo i ključnu moralnu i pravnu vrednost. Da bi bilo ostvareno, ovo pravo mora biti ne samo zakonski priznato, već i efektivno primenjeno u svim aspektima života: političkom, ekonomskom, društvenom i kulturnom (The European Charter for Equality of Women and Men in Local Life, 2006).

Iskustvo je pokazalo da ostvarivanje rodne ravnopravnosti² zahteva integrisanje rodne perspektive (engl. *Gender Mainstreaming*) u sve politike, na svim nivoima i u svim fazama odlučivanja (Evropska komisija, 1996).³

Najvažniji instrument ovog procesa jeste procena uticaja koji svaki zakon, politika i program proizvode u odnosu na žene i muškarce (engl. *Gender Impact Assessment*), a njegov krajnji cilj je uspostavljanje rodne ravnopravnosti, koja podrazumeva jednaka prava i jednake mogućnosti za žene i muškarce (United Nations Economic and Social Council, 1997).

Uporednopravna iskustva potvrđuju da je za politiku rodne ravnopravnosti od ključnog značaja valjan intitucionalni i pravni okvir.⁴ Njegovi najvažniji elementi

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

2 Sobzirom da društvena uloga muškaraca i žena nije uslovljena njihovim biološkim razlikama, koristi se izraz «rodna ravnopravnost», a ne «ravnopravnost polova», čime se ukazuje na ravnopravni položaj, tretman i mogućnosti muškaraca i žena u društvu, a da se pritom uvažavaju biološke razlike koje među njima, svakako, postoje. Vit. (Jarić, Radović, 2011: 151); (Dokmanović, 2014: 2).

3 Koncept *Gender Meinstreaming* je novi pristup u ostvarivanju rodne ravnopravnosti, koji je zamenio decenijama primenjivan pristup usmeren na žene. Do zaokreta je došlo na četvrtoj svetskoj konferenciji žena, koja je pod okriljem UN održana 1995. godine u Pekingu, i na kojoj je usvojena Pekinška deklaracija i Platforma za akciju. Opredeljenje za *Gender Meinstreaming* pristup, koji predstavlja temeljni okvir za unapređivanje rodne ravnopravnosti, proisteklo je iz stava da napore usmerene na unapređenje rodne ravnopravnosti ne bi trebalo ograničiti samo na primenu zakona, mera i politika, već da rodni aspekt u njih mora biti suštinski utkan od početka, još u procesu njihovog oblikovanja. Na nivou Evropske unije koncept *Gender Mainstreaming* prvi put je definisan 1996. godine, u dokumentu 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>. O konceptu *Gender Meinstreaming*, za koji Marina Blagojević Huson koristi izraz „urodnjavanje“ videti šire: Blagojević, 2002:43; Tisheva, 2012: 26-27. Videti i: *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.

su *institucije* obrazovane u okviru državne strukture, čije se nadležnosti odnose na rodnu ravnopravnost, *instrumenti* koji služe kreiranju, ostvarivanju i zaštiti normativno garantovane rodne ravnopravnosti, kao i *strategije* koje definišu pravce delovanja, prioritete i obaveze organa javne vlasti u oblasti rodne ravnopravnosti.⁵

Pregled aktivnosti koje su se posle promena 2000. godine odvijale u Srbiji pokazuje da je proces izgradnje pravnog i institucionalnog okvira tekao sporo, uz mnogo prepreka, lutanja i nesnalaženja.

Zakonski okvir rodne ravnopravnosti i zaštite od diskriminacije, uspostavljen je 2009. godine usvajanjem dva ključna zakona: Zakona o zabrani diskriminacije⁶ i Zakona o ravnopravnosti polova⁷ i čije su donošenje pratili

4 Pregled institucioanlnih mehanizama u državama Evropske unije videti u: Effectiveness of Institutional Mechanisms for the Advancement of Gender Equality and 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 U domaćoj pravnoj terminologiji još uvek nisu sasvim ujednačeni termini kojima se označavaju pojmovi relevantni za oblast rodne ravnopravnosti, iako za tim postoji potreba, što je često posledica problema u prevodenju međunarodnih dokumenata. U ovom radu se termin „*institucionalni mehanizam rodne ravnopravnosti*“ koristi kao generički pojam i označava svaku organizacionu formu koja deluje u oblasti ravnopravnosti polova, u okviru državne, regionalne ili lokalne vlasti. Terminom „*normativni instrumenti*“ označavaju se međunarodni i nacionalni pravni izvori koji definišu normativni okvir rodne ravnopravnosti i njegovu primenu, dok se termin „*strategije*“ koristi kao zajednički naziv za propise kojima se kreira politika delovanja u oblasti rodne ravnopravnosti na nacionalnom, regionalnom i lokalnom nivou.

6 *Sl. glasnik RS*, br. 22/09 – u daljem tekstu ZZD. Prilikom donošenja ovog zakona ispostavilo se da i izvršna i zakonodavna vlast zaziru od toga da se suprotstave snažnim konzervativnim tendencijama u društvu i moćnim faktorima koji ih zastupaju. Nacrt ovoga liberalnog zakona bio je privremeno povučen iz procedure zbog protivljenja Srpske pravoslavne crkve (SPC), kojoj su se u toj stvari pridružile i druge „tradicionalne“ crkve. Ocenjeno je da otpor prema ovom nacrtu bio u prvom redu izazvan odredbama koje su osobe drugačije seksualne orijentacije štatile više nego do sada (Vid. Izveštaj o stanju ljudskih prava za 2009. godinu, Beogradski centar za ljudska prava, Retrieved 27 August 2014 from <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/04/ljudska-prava-u-srbiji-2009.pdf>).

7 *Sl. glasnik RS*, br. 104/09 u daljem tekstu ZRP. Od izrade prvog nacrta do usvajanja zakona protekle su pune četiri godine. Prvi nacrt pripremljen je 2005. godine i javno je publikovan u knjizi *Ka zakonu o ravnopravnosti polova*, koji je 2006. objavio Pokrajinski zavod za ravnopravnost polova. Tokom 2006. godine o njemu je vođena široka javna debata, kao i kampanja u prilog njegovom usvajanju (videti Zbornik *Javno zagovaranje donošenja Zakona o ravnopravnosti polova – U susret Zakonu o ravnopravnosti*

snažni otpori. Usvajanjem ZRP po prvi put je posebnim zakonom operacionalizovano pravo na ravnopravnost žena i muškaraca, kao jedno od osnovnih ljudskih prava i osnovnih vrednosti demokratskog društva, koje je garantovano osnovnim odredbama Ustava Republike Srbije (Pajvančić, Petrušić, Jašarević, 2010: 5).⁸ ZZD zaokruženo je nacionalno antidiskriminaciono zakonodavstvo i uspostavljen je celovit i koherentan sistem zaštite od diskriminacije (Petrušić, 2012:905-922).⁹

Kada je reč o strukturi institucionalnih mehanizma, ona se permanentno menjala, što je rezultat nepostojanja dugoročnog plana i jasne vizije o njihovom razvoju, njihovog značaja i uloge koju imaju u ostvarivanju i zaštiti prava na ravnopravnost. U uspostavljanju institucionalnih mehanizama lidersku ulogu imala je AP Vojvodina, koja je prvi mehanizmi za postizanje rodne ravnopravnosti osnovala 2002. godine (Pajvančić, 2006: 9-25; Šijački, 2005: 3).

Teškoće su pratile i usvajanje strateških dokumenata. Prva Nacionalna strategija za poboljšanje položaja žena i unapređivanje rodne ravnopravnosti, 2009–2015¹⁰ usvojena je tek 2009. godine. Njome je predviđeno integrisanje rodno osetljive politike u celokupnu institucionalnu sferu, kao i preduzimanje posebnih mera za prevezilaženje negativnih razlika i rodno osetljivih deficita u

polova – evropska budućnost Srbije, Centar modernih veština, Beograd, 2006). U parlamentarnu proceduru upućen je 2006. godine, ali je u nekoliko navrata povlačen, pa ponovo vraćan u proceduru, iako je označavan kao zakon od prioritetne važnosti. Obično je to bilo u okviru neke od izbornih kampanja, uz čvrsto obećanje da je to jedan od prioritetnih zakona na parlamentarnoj agendi, kao i da se veoma brzo nakon izbora očekuje njegovo usvajanje. Poslednji put u činjeno je to maja 2008. godine, samo nekoliko dana pre održavanja izbora. Na regionalnoj konferenciji (decembar 2008. godine u Beogradu) ponovljena su obećanja o prioritetu i značaju usvajanja Zakona o ravnopravnosti polova iz maja 2008. godine. Zakon je usvojen decembra 2009. godine (Šire: Pajvančić, 2012: 79 – 135).

⁸ *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006 – u daljem tekstu: Ustav. U čl. 15. Ustava propisano je da država jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti. Ustavom je, pored načelnog garantovanja ravnopravnosti žena i muškaraca, propisana obaveza države da vodi politiku jednakih mogućnosti kako bi se načelna garancija ravnopravnog statusa žena i muškaraca mogla i efektivno ostvariti. (Šire: Pajvančić, 2009:24-25). O rodno senzitivnim odredbama Ustava, videti: Pajvančić, 2007: 25-57; Pajvančić, 2008: 31-41.

⁹ Pravo na nediskriminaciju garantovano je čl. 21. Ustava, a pravo na sudsku zaštitu u slučajevima povrede i uskraćivanja ljudskih (i manjinskih) prava garantovano je čl. 22. Ustava.

¹⁰ *Sl. glasnik RS*, br. 15/2009.

svim sferama javnog i privatnog života. Akcioni plan za sprovođenje strategije donet je tek 2010. godine, s tim što su finansijska sredstva za njegovo sprovođenje utvrđena samo za 2010. godinu. U međuvremenu, na nacionalnom nivou doneto je i nekoliko posebnih strategija, kao što su Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima iz 2011,¹¹ Nacionalni akcioni plan za primenu Rezolucije 1325 SB UN u Srbiji iz 2010¹² i dr. Niz opštih i sektorskih strateških dokumenata doneto je na regionalnom i lokalnom nivou.¹³

Ovaj rad posvećen je *institucijama*, jednom od tri bazična stuba rodne ravnopravnosti, na kojima počiva izgradnja demokratskog društva zasnovanog na ljudskim pravima i pravednom odnosu polova. Cilj rada je da se kritički sagleda i oceni aktuelni institucionalni okvir rodne ravnopravnosti u Srbiji i da se ponude predlozi za njegovu dogradnju i unapređivanje. U središtu pažnje je nekoliko ključnih pitanja: Da li u pravnom sistemu postoje institucionalni mehanizmi neophodni za angažman na ostvarivanju rodne ravnopravnosti? Da li su regulisani sveobuhvatno i realistično? Da li su jasno sistemski pozicionirani i inkorporirani u celinu ustavnih institucija kao njihov organizacioni i funkcionalni deo? Da li su definisane jasne, formalizovane i unapred propisane procedure njihovog učešća u kreiranju, usvajanju i primeni propisa i politika?

2. Institucionalni mehanizmi

Institucionalni aranžmani na području rodne ravnopravnosti uključuju institucije koje deluju u okviru legislative, institucije koje deluju u okviru egzekutive, kao i institucije koje deluju na području zaštite rodne ravnopravnosti.¹⁴ Zbog ograničenja u pogledu obima rada, analiza je ograničena

11 *Sl. glasnik RS*, br. 027/2011.

12 *Sl. glasnik RS*, br. 102/2010. Rezolucija 1325 Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija pod nazivom „Žene, mir i bezbednost“ usvojena je 31. oktobra 2000. godine. U njoj su naglašene posledice krvavih konflikata na žene i devojke, kao i važnost uloge žena u izgradnji mira i u postkonfliktnom oporavku zemlje. To je jedna od najvažnijih rezolucija UN u oblasti mira i bezbednosne politike, koja je suštinski posvećena poštovanju ljudskih prava žena (Stojković: 2011: 35-49).

13 Videti: Izveštaj o položaju žena i stanju rodne ravnopravnosti u Republici Srbiji za period 2008.-2012. godina, Upravo za rodnu ravnopravnost, Beograd, 2013, Retrieved 24 August 2014 from http://www.gendernet.rs/files/dokumenta/Izvestaji_Uprave/IZVESTAJ_o_rr_2008-2012.pdf

14 Posle promena 2000. bilo je potrebno stvoriti pretpostavke za formiranje tela za ravnopravnost polova u institucijama, jer one nisu postojale. Aktivnosti na ovom

na institucionalne mehanizme na državnom nivou, iako su za ostvarivanje rodne ravnopravnosti veoma značajni institucionalni mehanizmi na pokrajinskom i lokalnom nivou.¹⁵

2.1. Institucije koje deluju u okviru legislative

U okviru legislativnih tela postoje institucije čija nadležnost uklju čuje i rodnu ravnopravnost. U parlamentarnoj praksi u Srbiji institucionalni aranžmani su se vremenom menjali.

Prvo stalno radno telo za ravnopravnost polova Narodne skupštine Republike Srbije ustanovljeno je 2003. godine¹⁶, u okviru njenog V saziva.¹⁷

Reč je o Odboru za ravnopravnost polova. I u kasnijim sazivima Narodna skupština je imala ovo telo, koje je nadležno da razmatra predloge zakona i drugih propisa sa aspekta ravnopravnosti polova, prati vođenje politike, izvršavanje zakona i drugih propisa koji se odnose na ravnopravnost polova. Aktivnosti ovog radnog tela, koje su se na početku svodile na razmatranje i

planu započele su 2001. Inicijativa je izneta na Konferenciji *Perspektive žena u novom političkom kontekstu*, 22. VI 2001. Predloge i obrazloženje pripremila je prof. dr M. Pajvančić. Polazeći od međunarodnih dokumenata i potrebe za formiranjem ovih institucija istaknut je zahtev za uspostavljanje mehanizama za rodnu jednakost u skupštinama, izvršnoj vlasti i za uvođenje instrumenata za zaštitu ženskih ljudskih prava. Šire: Pajvančić, M., Ravnopravnost polova u političkom životu, Retrieved 24

August 2014 from <http://www.rs.cest.gov.ba/index.php/seminari-2011/2414banjalukaprimjena-zakona-o-ravnopravnosti-polova/554-materijal-mpajvancic-iv/file>. Videti i: 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 Formiranje ovih institucija je važno za primenu zakona i politika rodne ravnopravnosti, jer se najveći broj prava, programa i mera neposredno ostvaruje na lokalnom nivou. Pored toga, u okviru nadležnosti lokalnih zajednica, lokalne institucije rodne ravnopravnosti imaju mogućnost da razvijaju različite lokalne politike, da kreiraju i sprovode lokalne mere za podsticanje ravnopravnosti. Na ovim polazištima zasnovana je Evropska Povelja o ravnopravnosti žena i muškaraca na lokalnom nivou, Evropska povelja o rodnoj ravnopravnosti na lokalnom nivou (The European Charter for Equality of Women and Men in Local Life) koju je usvojio Savet evropskih opština i reiona 2006. godine. O tome, videti: Pajvančić, 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>. Videti i: Mehanizmi za rodnu ravnopravnost na lokalnom nivou (2010), Beograd, OESC.

16 Član 68 G Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije, Sl. glasnik RS br. 57/2003.

17 U ovom sazivu Narodna skupština je radila od 22. januara 2001. godine do 27. januara 2004. godine.

pružanje podrške zakonima iz sfere rada, zapošljavanja i socijalne politike, postepeno su obogaćivane. Tako je Odbor za ravnopravnost polova formiran 2008. godine u okviru VIII saziva Narodne skupština Republike Srbije,¹⁸ na svojim sednicama¹⁹ razmatrao predloge zakona iz sfere rada i zapošljavanja, a na dnevnom redu bio je i Predlog zakona o ravnopravnosti polova.²⁰ Održano je nekoliko tematskih sednica, posvećenih pitanjima siromaštva i nezaposlenosti žena, nasilja nad ženama, ženskom preduzetništvu, položaju žena na selu, Romkinja i dr. Na sednicama Odbora predstavljeni su primeri dobre prakse u uvođenju principa rodne ravnopravnosti u javne politike, planove i budžete, Zakljucci CEDAW Komiteta i Objedinjeni II i III periodični izveštaj i dr. Zanimljivo je da je na dnevnom redu odbora bio i Predlog zakona o budžetu Republike Srbije za 2010. godinu, ali samo Razdeo koji se odnosi na Ministarstvo rada i socijalne politike, a ne i budžet u celini, niti je on sagledavan sa rodnog aspekta.²¹ Odbor je razmatrao i redovne godišnje izveštaje Zaštitnika građana, ali samo u delu koji se odnosi na rodnu ravnopravnost i zaštitu prava osoba sa invaliditetom. U toku svog mandata Odbor nije predložio ni jedan amandman na predloge zakona.

Izmenama Poslovnika Narodne skupštine iz 2012. godine²² oblast rodne ravnopravnosti postala je deo nadležnosti Odbora za ljudska i manjinska prava

18 U ovom sazivu Narodna skupština je radila u periodu 11. jun 2008. godine – 31. maj 2012. godine.

19 Planom aktivnosti Odbora za ravnopravnost polova, predviđeno je da će se Odbor posebno baviti sledećim temama: „obrazovanje i stručno usavršavanje žena, specifični problemi žena u oblasti zdravstvene zaštite, položaj žena na tržištu rada, nasilje nad ženama, prostitucija i trgovina ljudima, usklađivanje porodičnog i profesionalnog života bez diskriminacije po bilo kom osnovu, zakonski propisi koji se odnose na zaštitu majki na porodijskom bolovanju i samohranih majki, odgovornost i učešće muškaraca u sprovođenju ravnopravnosti polova, kao i sprovođenje mera i aktivnosti ako su diskriminisana prava muškaraca“. Izvor: sajt Narodne skupštine Retrieved 24 August 2014 from <http://www.parlament.gov.rs>.

20 Predlogom ovog zakona usvojena je četvrta verzija Nacrta zakona o ravnopravnosti polova. Odbor je podržao usvajanje ovog zakona, bez konkretnih predloga za njegove eventualne izmene i dopune. Izvor: sajt Narodne skupštine Retrieved 24 August 2014 from <http://www.parlament.gov.rs>

21 Iz kratkih zapisnika sa sednica Odbora može se saznati da se je Odbor u dva navrata raspravljao i osudio neprimereno ponašanje dva narodna poslanika prema narodnim poslanicama: Tomislava Nikolića prema Gordani Pop-Lazić i Velimira Ilića prema Jeleni Trivan. Izvor: sajt Narodne skupštine Retrieved 24 August 2014 from http://www.parlament.gov.rs/Peta_sednica_Odbora_za_ravnopravnost_polova_3518.941.html

22 Poslovnik o radu Narodne skupštine Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 20/2012 –prečišćeni tekst.

i ravnopravnost polova.²³ Čl. 52. Poslovnika propisano je da ovaj Odbor, pored ostalog, razmatra predloge zakona i drugih opštih akata „sa stanovišta unapređivanja i postizanja ravnopravnosti (rodne jednakosti) polova, sagledava stanje vođenja politike, izvršavanje zakona i drugih opštih akata od strane Vlade i drugih organa i funkcionera odgovornih Narodnoj skupštini, sa stanovišta poštovanja ravnopravnosti polova”. Odbor je formirao pet posebnih radnih grupa, među kojima i “Radnu grupu za ravnopravnost polova”.²⁴ Prema javno dostupnim podacima o radu Odbora, pojedine sednice održane su u formi okruglih stolova, u cilju obeležavanja pojedinih međunarodnih datuma i akcija, kao što je akcija Mesec dana romsko-ženskog aktivizma. Rad Odbora obeležio je i relativno veliki broj javnih slušanja. Od ukupno pet javnih slušanja, dva su bila posvećena temama vezanim za rodnu ravnopravnost: javno slušanje na temu „Borba protiv nasilja u porodici“, kojim je obeležen Međunarodni dan borbe protiv nasilja nad ženama, i javno slušanje na temu „Nacionalna implementacija preporuka CEDAW komiteta Ujedinjenih nacija i CAHVIO Konvencije Saveta Evrope (Istanbulska konvencija)“.²⁵

Odbor je razmatrao godišnje izveštaje nezavisnih tela i svojim zaključcima podržao njihove preporuke. Razmatrano je nekoliko zakona koji se odnose na ljudska i manjinska prava, uključujući i prava deteta, ali na dnevnom redu nisu bili zakoni iz drugih oblasti koji zahtevaju rodnu analizu, niti je Odbor podnosio amandmane na predloge zakona koje je razmatrao.

Praksa Odbora za rodnu ravnopravnost, kao i Odbora za ljudska i manjinska prava i ravnopravnost polova, pokazala je da je njihov položaj u zakonodavnom procesu nepotpuno normativno uređen. To se ogleda u načelnom definisanju nadležnosti, koja ne odražava multisektorsku prirodu oblasti koju pokriva ovo radno telo. Sadržina rada ovog radnog tela osobena je u poređenju sa drugim radnim telima čija je nadležnost vezana za jednu oblast i stoga jasno definisana. Parlamentarnoj praksi prepušteno je da, sa više ili manje uspeha, operacionalizuje načelna pravila, pa je aktivnost odbora oscilirala između

23 Odbor ima 17 članova (čl. 52. Poslovnika o radu Narodne skupštine). U IX sazivu Narodne skupštine (31. maj 2012. godine – 16. april 2014) godine Odbor je održao 21 sednicu, a u poslednjem X sazivu do sada je održao 11 sednica.

24 Videti: Izveštaj o radu odbora Narodne skupštine i zaposlenih u sektoru za zakonodavstvo službe Narodne skupštine, 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.

restriktivno shvaćenog sadržaja nadležnosti, koja je vezivana samo za propise koji se najneposrednije odnose na rodnu ravnopravnost, sa jedne strane, i široko shvaćene nadležnosti koja je vezivana za rodni aspekt svakog propisa, sa druge strane. Posledice su oskudan sadržaj aktivnosti radnog tela, što je praksi češće, ili predimenzionirana aktivnost koju nije u stanju da uspešno obavlja.

De lege ferenda, upravo bi između ovih krajnosti trebalo definisati sadržaj nadležnosti, uvažavajući multisektorsku prirodu rodne ravnopravnost navođenjem oblasti²⁶ značajnih za rodnu ravnopravnost. U tim slučajevima odbor bi imao status matičnog odbora, a zakoni koji se odnose na ove oblasti obavezno bi se upućivali odboru na razmatranje. Nadležnosti bi, pored toga, trebalo da ostanu otvorene za mogućnost razmatranja i zakona koji nisu iz oblasti primarne nadležnosti ukoliko članovi radnog tela procene da je zakon značajan za rodnu ravnopravnost. Odbor bi tada postupao kao zainteresovani odbor, a zakoni bi se upućivali na razmatranje kada odbor to zatraži.

Od februara 2013. godine u Narodnoj skupštini deluje i Ženska parlamentarna grupa, kao neformalni oblik zajedničkog delovanja narodnih poslanica iz svih parlamentarnih grupa.²⁷ Jednoipogodišnja praksa Ženske parlamentarne mreže na pitanjima rodne ravnopravnosti pokazuje da nedostaju unutarparlamentarne procedure koje omogućuju konsultovanje parlamentarki o pitanjima značajnim za rodnu ravnopravnost. Zbog toga je potrebno da procedure budu upotpunjene fleksibilnim modalitetima konsultovanja.

26 Kriterijumi za definisanje ovih oblasti dati su u Konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena (CEDAW) i opcionim protokolima koji je prate. Konvencija je usvojena 18. decembra u Njujorku, na sednici Generalne skupština UN. SFRJ je ratifikovala Konvenciju *Zakonom o ratifikaciji konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, Sl. list SFRJ Međunarodni ugovori*, br. 11/81.

27 Ženska parlamentarna mreža osnovana je 14. februara 2013. godine, na inicijativu nevladine organizacije Beogradski fond za političku izuzetnost. Mrež u čine 82 poslanice Narodne Skupštine Republike Srbije, koje u njoj dobrovoljno deluju. Programski ciljevi mreže jesu nadzor nad primenom propisa u oblasti zdravlja i obrazovanja žena, borbe protiv nasilja nad ženama i ekonomskog osnaživanja žena, a jedna od njenih prvih aktivnosti jeste rad na izmeni propisa Krivičnog zakonika o zastarevanju krivičnog dela seksualnog zlostavljanja nad maloletnicama. Prva nacionalna konferencija Ženske parlamentarne mreže održana je 1. 11. 2013. godine.

2.2. Institucije koje deluju u okviru egzekutive

U okviru egzekutive na državnom nivou institucionalni aranžmani na području rodne ravnopravnosti uključuju Savet za rodnu ravnopravnost, kao savetodavno vladino telo, kao i različite institucionalne i organizacione oblike delovanja u okviru ministarstva.

Prvi Savet za ravnopravnost polova, kao savetodavno vladino telo sastavljeno od predstavnika ministarstava i eksperata, formiran je 2004. godine,²⁸ sa relativno širokim poljem delovanja,²⁹ ali sa veoma skoromnim kapacitetima. Ipak, Savet za ravnopravnost polova, koji je 2009. godine prerastao u Savet za rodnu ravnopravnost, bio je nosilac aktivnosti na izradi Nacionalnog akcionog plana za poboljšanje položaja žena i rodnu ravnopravnost, što je doprinelo njegovoj vidljivosti u javnosti.

Tri godine kasnije, 2007. godine, u okviru Ministarstva rada i socijalne politike formiran je Sektor za rodnu ravnopravnost,³⁰ a 2008. godine Zakonom i ministarstvima³¹ u sastavu ovog ministarstva obrazovana je Uprava za rodnu ravnopravnost. Pored nadležnosti preuzetih od Sektora za rodnu ravnopravnost, Uprava za rodnu ravnopravnost obavlja sledeće poslove: stručne poslove i poslove državne uprave koji se odnose na analizu stanja i predlaganje mera u oblasti unapređenja rodne ravnopravnosti, izrada i sprovođenje nacionalnih strateških dokumenata za poboljšanje položaja žena i unapređenje rodne ravnopravnosti; izrada nacрта zakona i drugih propisa u ovoj oblasti,

28 Odluka o obrazovanju Saveta za ravnopravnost polova, *Sl. glasnik RS*, br. 13/03, 83/04, 3/05.

29 Nadležnost Saveta obu hvatala je: predlaganje mera i međuresorska saradnja u oblasti ravnopravnosti polova; razmatranje usklađenosti zakona sa međunarodnim konvencijama o pravima žena i inicijative za otklanjanje nesklada; praćenje primene zakona i međunarodnih dokumenata protiv diskriminacije po polu i predlaganje mera za njihovo sprovođenje; praćenje stanja u oblasti ravnopravnosti polova, predlaganje i preduzimanje mera i ocenjivanje efekata mera za postizanje ravnopravnosti polova; davanje inicijativa za program rodno osetljive statistike; praćenje zastupljenosti žena na izbornim i imenovanim položajima; praćenje i analiziranje kriterijuma selekcije u pri izboru i imenovanju na javne funkcije; iniciranje otklanjanja prepreka u izborima i imenovanjima pripadnika manje zastupljenog pola; edukacija zaposlenih u državnim organima u cilju promovisanja ravnopravnosti polova; iniciranje programa i predlaganje mera za osposobljavanje žena za učešće u političkom životu i druga pitanja značajna za ravnopravnosti polova.

30 Sektor za rodnu ravnopravnost formiran je jula 2007. godine (*Sl. glasnik RS*, br. 43/2007).

31 *Sl. glasnik RS*, br. 65/2008.

pružanje podršku Savetu za ravnopravnost polova, promovisanje rodne ravnopravnosti i politike jednakih mogućnosti, kao i praćenje sprovođenja preporuka Komiteta UN o eliminaciji diskriminacije žena.

Analiza propisa kojima su regulisana ovlašćenja institucija za rodnu ravnopravnost u okviru egzekutive, pokazuje da je sadržaj njihove nadležnosti različit, naročito s obzirom na kvalitet i obim kompetencija, da se razlikuju po sastavu i načinu izbora članova, kao i po poziciji u okviru organizacije egzekutive. Suštinski problemi koncentrišu se na pravnu poziciju ovih institucija i krug njihovih ovlašćenja. Evidentno je da njihova nadležnost nije bila jasno profilisana u pogledu sadržaja i obima, pa se postavlja pitanje da li su ove institucije raspolagale punim kapacitetom ovlašćenja vezanih za kreiranje politika, propisa i mera i njihovo predlaganje ili su ova ovlašćenja bila ograničena. Činjenica je da u krug njihove nadležnosti ne spadaju ovlašćenja vezana za pripremu i predlaganje propisa kojima se uređuju odnosi, kao i propisa za izvršenje zakona i sprovođenje politika. Izostalo je i ovlašćenje za regulisanje instrumenata kontrole i nadzora nad izvršenjem zakona, propisa, mera i politika. S druge strane, u okolnostima kada u okviru egzekutive deluje više institucija rodne ravnopravnosti, nepreciznost u regulisanju njihovih kompetencija može biti izvor pozitivnog ili negativnog sukoba nadležnosti, što se može negativno odraziti na njihov rad.

Savet za rodnu ravnopravnost delovao je sve do izbora nove Vlade 2014. godine, koja ovo telo nije konstituisala. Stupanjem na snagu Zakona o ministarstvima iz 2014. godine,³² ukinuta je i Uprava za rodnu ravnopravnost, pod izgovorom da nije prioritet, s obzirom na ekonomsku situaciju u zemlji, ali uz obećanje da će biti pronađen efikasniji institucionalni mehanizam koji će se baviti ovim pitanjima.³³ Avgusta 2014. godine osnovana je organizaciona jedinica za rodnu ravnopravnost u okviru Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, koja je na znatno nižem nivou ovlašćenja nego što je bio slučaj sa ranijom upravom.

Ovakav odnos vlasti prema institucionalnim mehanizmima u domenu egzekutive suprotan je preporukama koje je Srbiji uputio Komitet za eliminaciju diskriminacije žena (CEDAW), u Zaključnim zapažanjima o kombinovanom

32 *Sl. glasnik RS*, br. 44/2114.

33 Na sednici Narodne skupštine, prilikom razmatranja novog Zakona o ministarstvima, poslanička grupa Demokratske strane podnela je amandaman kojim je traženo da se spreči ukidanje Uprave za rodnu ravnopravnost, ali amandman nije usvojen.

Drugom i trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije u julu 2013. godine.³⁴ Komitet je izrazio žaljenje što institucije i tela za unapređenje položaja žena nemaju dovoljno ljudskih resursa niti adekvatna sredstva i ovlašćenja da utiču na državnu politiku i odlučivanje. Istovremeno, Komitet je preporučio Republici Srbiji da dodatno ojača nacionalne mehanizme, obezbeđivanjem adekvatnih ljudske, tehničkih i finansijskih resursa i povećavanjem njihove vidljivosti i efikasnosti.

Usledila je brza reakcija organizacija civilnog društva, koje su Vladi Srbije uputile zahtev da u najkraćem roku konstuiše Savet za rodnu ravnopravnost Vlade Republike Srbije, kako bi ovo telo moglo da nastavi rad i u mandatu nove Vlade, da pristupi osnivanju Kancelarije za rodnu ravnopravnost, koja bi pružala podršku radu Saveta, kao i da usvoji izmene i dopune Zakona o ravnopravnosti polova.³⁵ Poverenica za zaštitu ravnopravnosti, koristeći svoja zakonska ovlašćenja, uputila je preporuku Vladi Srbije, u kojoj je ukazala na potrebu ustanovljavanja nacionalnog institucionalnog mehanizma za rodnu ravnopravnost, čije bi delovanje unapredilo sprovođenje politike rodne ravnopravnosti u Republici Srbiji.³⁶

Očekuje se da nadležni organi uspostave delotvornu strukturu institucionalnih mehanizama u okviru egzekutive, posebno imajući u vidu da su na osnovu odluke Evropskog Saveta u decembru 2013. godine započeli pristupni pregovori EU sa Srbijom,³⁷ a da je rodna ravnopravnost sastavni deo nekoliko pregovaračkih poglavlja.

34 CEDAW/C/SRB/2-3. Srpski prevod zaključnih zapažanja Retrieved 27 August 2014 http://zenskiprostor.org/images/vesti2013/PDF/CEDAW_Zakljucna_zapaanja_srp.pdf.

35 Videti inicijativu Akademije ženskog liderstva „Ka održivim i efikasnim rešenjima za ostvarivanje politike rodne ravnopravnosti u Republici Srbiji“, (2014), Retrieved 24 September 2014 <http://www.cmv.org.rs/saopstenja/inicijativa-zaosnivanje-novog-tela-za-ravnopravnost-polova-pri-vladi-rs/>

36 Preporuka za preduzimanje mera predsedniku Vlade Republike Srbije, br. 021-02-229/2014-02 od 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 Odlukom Evropskog saveta od 28. juna 2013. godine o početku pristupnih pregovora sa Republikom Srbijom i održavanjem prve Međuvladine konferencije o pristupanju Srbije EU, otvoreno je novo poglavlje u odnosima Republike Srbije i Evropske unije. Pregled aktivnosti u procesu evropskih integracija dostupan na sajtu Kancelarije za veropske integracije: <http://www.seio.gov.rs>.

Za uspostavljanja nove strukture institucionalnih mehanizama važno je imati u vidu pozitivne i negativne strane do sada važećih zakonskih rešenja. Praksa je pokazala da pozicija institucija rodne ravnopravnosti u okviru egzekutive, njihov odnos prema drugim institucijama koje deluju u okviru egzekutive, kao i odnos prema zakonodavnom telu nije jasno profilisana. Jasno profilisanje njihove pozicije zahteva nedvosmislen odgovor na nekoliko pitanja: da li ove institucije neposredno kreiraju propise, definišu politike i podnose vladi predloge zakona (neposredna komunikacija sa vladom) ili to mogu učiniti samo indirektno, preko ministarstva u okviru koga deluju; da li imaju institucionalne i proceduralne mogućnosti da neposredno komuniciraju sa ministarstvima u pripremi i predlaganju propisa, politika i mera što je, s obzirom na interdisciplinarni karakter rodne ravnopravnosti posebno važno, ili takve mogućnosti ne postoje?

Otklanjanje uočenih slabosti nalagalo bi da se zakonom reguliše položaj institucija rodne ravnopravnosti u okviru egzekutive na način koji omogućuje direktnu komunikaciju sa vladom, da se preciziraju i uredi njihove nadležnosti, posebno kvalitet i obim nadležnosti (savetodavne nadležnosti ili pravo učešća u odlučivanju), kao i nadležnosti vezane za izvršenje i kontrolu izvršenja zakona i politika. To bi doprinelo da se suzi prostor za sukob nadležnosti.

2.3. Institucije u sistemu zaštite ljudskih prava

U okviru sistema zaštite ljudskih i manjinskih prava, nadležnost u domenu ostvarivanja i zaštite rodne ravnopravnosti imaju Zaštitnik građana Republike Srbije i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti. Pravnu zaštitu u slučajevima povrede prava na ravnopravnost pružaju sudovi, a u procesuiranju krivičnih dela sa elementima diskriminacije učestvuju javno tužilaštvo i policija.

Zaštitnik građana je inokosni državni organ, ustanovljen Zakonom o zaštitniku građana,³⁸ koji štiti i unapređuje prava građana kroz kontrolu zakonitosti rada organa i organizacija koje obavljaju javna ovlašćenja. Njegov položaj je bitno ojačan Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine, kada je Zaštitnik građana postao ustavna kategorija. Rodna ravnopravnost je jedna od posebnih oblasti rada ove institucije, a jedan od četiri zamenika Zaštitnika građana zadužen je za oblast prava deteta i rodnu ravnopravnost. Radi povećanja delotvornosti rada u ovoj oblasti 2012. godine, Zaštitnik građana obrazovao je Savet za rodnu ravnopravnost, kao stalno ekspertsko savetodavno telo.

38 Videti čl. 1. Zakona o zaštitniku građana (*Sl. glasnik RS*, br. 79/2005 i 54/2007).

Ključni instrument delovanja Zaštitnik građana u oblasti rodne ravnopravnosti jesu preporuke organima javne vlasti za preduzimanje mera u cilju unapređivanje njihovog rada.³⁹ Iako je broj pritužbi zbog kršenja prava u oblasti rodne ravnopravnosti tokom vremena permanentno povećavan, on je i dalje relativno mali u odnosu na ukupan broj pritužbi.⁴⁰

Jedna od tekućih aktivnosti Zaštitnika građana je i rad na pripremi predloga za noveliranje Zakona o ravnopravnosti polova.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je samostalan, nezavisan i specijalizovani državni organ,⁴¹ ustanovljen ZZD,⁴² sa širokim krugom zakonskih ovlašćenja koja ga čine centralnom nacionalnom institucijom za suzbijanje svih oblika i vidova diskriminacije. Poverenik je koncipiran kao inokosni državni organ ombudsmanskog tipa (Petrušić, Krstić, Marinković, 2014: 213) i ekskluzivno je nadležan za zaštitu prava na nediskriminaciju. Kao i Zaštitnik građana,⁴³ i

39 Tako su, na primer, po preporuci Zaštitnika građana Ministarstvo unutrašnjih poslova i Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike doneli posebne sektorske protokole o postupanju u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i partnerskim odnosima. Videti: Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana

13 – 4174 / 12 od 11. decembra 2012. godine, Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rodnaravnopravnost.rs/attachments/022_Microsoft%20Word%20-%20Miš%20%20sa%20preporukamaz%20saglasnost%20za%20potpis.pdf

40 Prema podacima iz Redovnog godišnjeg izveštaja za 2013. godinu, tokom 2013. godine podneto je 147 pritužbi koje se tiču kršenja prava iz oblasti rodne ravnopravnosti, što čini tek 2.92% od ukupno 5.042 pritužbe. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20građana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

41 Poverenik za zaštitu u ravnopravnosti samo je jedna od nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava koja su tokom pravne tranzicije ustanovljena u domaćem pravnom sistemu. Iako su njihova uloga, zadaci, nadležnost, način izbora i finansiranja veoma različiti, u literaturi se za sva ova tela koristi zajednički naziv tzv. «četvrta grana vlasti». (Orlović, 2010).

42 Ustanovljavanje ovog organa izraz je opredeljenja države da poštuje preporuke međunarodnih institucija o osnivanju nezavisnih nacionalnih tela za suzbijanje diskriminacije, kakva je, na primer, Opšta preporuka br. 2. iz 1997. godine Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije Saveta Evrope. Videti: 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, Osim toga, i u nekoliko direktiva EU sadržane su odredbe o osnivanju nezavisnih tela za ravnopravnost (tzv. *equality bodies*). Šire: Petrušić, 2014: 17).

43 Pravna pozicija Poverenika za zaštitu ravnopravnosti razlikuje se od pozicije Zaštitnika građana. Dok su položaj i nadležnost Zaštitnika građana ustanovljeni samim Ustavom (čl. 138. Ustava Republike Srbije), položaj Poverenika za zaštitu

Poverenik je organ parlamenta jer mu pomaže da vrši parlamentarni nadzor u materiji zaštite ravnopravnosti, ali je i svojevrsni „organ javnosti“, odnosno civilnog društva, čiji je i sam deo. Poverenik nema ni naredbodavna ni represivna ovlašćenja, niti odlučuje o pravima i obavezama pravnih subjekata, (Petrušić et Al. 2014: 231), već svoju zakonsku ulogu ostvaruje postupanjem po pritužbama zbog diskriminacije, pokretanjem parnica, davanjem preporuka za preduzimanje mera, zakonodavnim inicijativama i dr.⁴⁴

Analiza godišnjih izveštaja Poverenika pokazuje da je među pritužbama zbog diskriminacije relativno mali broj pritužbi koje se odnose na polnu/rodnu diskriminaciju,⁴⁵ iako je ona u praksi raširena. Kada su u pitanju strateške parnice na čije je pokretanje ovaj organ ovlašćen, od ukupno 13 parnica, tri se odnose na diskriminaciju na osnovu pola/ roda. Najvažniji instrument kojim Poverenik ostvaruje svoju misiju u domenu rodne ravnopravnosti jesu preporuke organima javne vlasti za preduzimanje odgovarajućih mera u cilju otklanjanja uzroka strukturalne i institucionalne rodne diskriminacije.

2.4. Pravosudni organi

U zaštiti prava na ravnopravnost po osnovu pola/roda, primarnu ulogu imaju pravosudni organi – sudovi i javno tužilaštvo, jer se ovo pravo štiti kroz različite oblike građanskopravne, krivičnopravne i prekršajnopravne zaštite (Petrušić, Grubač, 2014: 70). Iskustvo pokazuje da je sudska zaštita prava na ravnopravnost polova nedovoljno efikasna, čemu doprinose prepreke u pristupu pravdi, dugogodišnje teškoće u funkcionisanju pravosudnog aparata, ali i nedovoljno poznavanje fenomena rodne (ne)ravnopravnosti, njenih uzroka i posledica, kao i razumevanje složenih pravnih koncepata i standarda ustanovljenih međunarodnim i domaćim propisima. Zbog toga je za

ravnopravnosti regulisan je ZZD, a teško je u tvrditi u koju bi kategoriju organa javne vlasti mogao biti svrstan. To govori o odsustvu konzistentnog pristupa u ustavnom definisanju nadzornih stručnih tela u domenu zaštite ljudskih prava, koji bi obezbedio da se logički objedine propisi koji regulišu njihovu poziciju u pravnom sistemu (Petrušić, Grubač, 2014: 69).

44 Čl. 33. ZZD.

45 Od ukupno 2048 pritužbi, tek 8,7% odnosi se na diskriminaciju na osnovu pola/ roda. Videti: Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2013. godinu, 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>.

unapređivanje efikasnosti sudske zaštite u oblasti rodne ravnopravnosti neophodno, pored sprovođenja reformskih mera, i povećanje nivoa znanja i kompetencija nosilaca pravosudnih funkcija u domenu antidiskriminacionog prava.

3. Zaključne napomene

Nalazi koji su izneti u vezi sa pojedinim pitanjima vezanim za strukturu i funkcionisanje institucionalnih mehanizama rodne ravnopravnosti pokazuju da je ključni problem efektivna primena zakona, politika i mera, kao i praktično funkcionisanje institucija rodne ravnopravnosti. Zbog toga je buduću aktivnost potrebno usmeriti na nekoliko glavnih pravaca delovanja.

Prvo, neophodno je jasno pozicioniranje institucija rodne ravnopravnosti (položaj, sastav, nadležnosti, odgovornost i odnos prema drugim organima koji sudeluju u procesu odlučivanja) u strukturama u kojima su one obrazovane, posebno jasno definisanje kompetencija. Od posebne važnosti je eliminisati pozitivan sukob nadležnosti i ustanoviti pravila koja umanjuju izgleda za negativan sukob nadležnosti. Jedan od ključnih uslova za delotvorno delovanje u domenu zaštite i unapređivanja ravnopravnosti podizanje i osnaživanje institucija koje deluju na području zaštite ljudskih prava. Kada je reč o radu pravosudnih organa, pored prevazilaženja prepreka koji otežavaju pristup pravdi i efikasnost rada pravosudnih organa, neophodno je kreirati i realizovati adekvatne programe obuke, kako bi nosioci pravosudnih funkcija razumeli složene koncepte i elemente diskriminacije i pravilno tumačili i primenjivali zakonske propise.

Da bi normativne i druge mere i aktivnosti dale dobre rezultate, neophodno je obezbediti i očuvati intersektorski pristup rodnoj ravnopravnosti i stvoriti sistemske pretpostavke i procedure koje omogućavaju maksimalno koordinisan i usklađen rad svih nadležnih državnih organa.

Literatura

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 haosa", (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>.

Izveštaj o stanju ljudskih prava za 2009. godinu, Beogradski centar za ljudska prava, [Electronic version]. Retrieved 27 August 2014 from <http://bgcentar.org.rs/bgcentar/wp/uploads/2013/04/ljudska-prava-u-srbiji-2009.pdf>.

Izveštaj o radu odbora Narodne skupštine i zaposlenih u sektoru za zakonodavstvo službe Narodne skupštine, [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>.

Javno zagovaranje donošenja Zakona o ravnopravnosti polova – U susret Zakonu o ravnopravnosti polova – evropska budućnost Srbije (2006), Centar modernih veština, Beograd.

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

Ka održivim i efikasnim rešenjima za ostvarivanje politike rodne ravnopravnosti u Republici Srbiji, Akademina ženskog liderstva, (2014), [Electronic version]. Retrieved 24 September 2014 <http://www.cmv.org.rs/saop-stenja/inicijativa-za-osnivanje-novog-tela-za-ravnopravnost-polova-pri-vladi-rs>

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

Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana 13 – 4174 / 12 od 11. decembra 2012. godine, [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rodnaravnopravnost.rs/attachments/022_Microsoft%20Word%20-%20Miš%20%20sa%20preporukamaz%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.cest.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 građanskopravna zaštita od diskriminacije*, Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti i Pravosudna akademija.

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

Petrušić, N, Grubač N. (2014) Uzajamni odnos postupka pred Poverenikom za zaštitu ravnopravnosti i drugih antidiskriminacionih postupaka, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, Pravni fakultet, br. 66, 69-88.

Preporuka za preduzimanje mera predsedniku Vlade Republike Srbije, br. 021-02-229/2014-02 od 8. 9. 2014. [Electronic version]. Retrieved 27 September 2014 from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/preporuke-mera-organizacijavne-vlasti/preporuka-mera-za-ostvarivanje-ravnopravnosti-predsednikuvlade-republike-srbije>

Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2013. godinu. [Electronic version]. Retrieved 24 August 2014 from http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

Redovan godišnji izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2013. godinu, [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>.

Stojković Biljana (2011) Uvođenje rodne perspektive u reformu sektora bezbednosti Republike Srbije, *Bezbednost*, Beograd, vol. 53, br. 3, str. 35-49

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

Šijački, 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 Exercising 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.

Mr Natalija Žunić,*
Teaching Assistant Faculty of Law,
University of Niš

NAUČNI ČLANAK

UDK:305-055.2

Rad primljen: 21.10.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

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/studentata.* (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, Sandoval, 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. Sandoval, 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). *Radanje 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

Mr Natalija Žunić
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Diskriminacija žena i ljudska prava žena

Rezime

U radu smo analizirali kako i na koji način su povezani koncept ljudskih prava žena i fenomen i instance diskriminacije žena. „Mapiranje diskriminacije žena“ u različitim prostorima društva učinilo je vidljivim okvire u kojima se odvija diskriminacija žena, kao socijalne grupe koja ima različit društveni položaj u mnogim aspektima života društvene zajednice. Istorijska priroda ženskih prava i status žena u modernom društvu pokazuju kako je kontekst ženskih prava determinisan fenomenom diskriminacije žena. Dakle, razgovor o konceptualizaciji pojma ženskih prava fokusirali smo, kako na sam pojam diskriminacije žena i načine njenog ispoljavanja, tako i na mehanizme održavanja sistema diskriminacije žena. Prepoznavanje ukupnog konteksta diskriminacije žena otvara i suštinsko pitanje prevazilaženja diskriminacije kao važnog političkog pitanja. Diskriminacija žena, njena društvena vidljivost i borba protiv nje koja se odvijala unutar ideje o pravima i ravnopravnosti žena, izvor su mnogih teorijskih debata. Akademske rasprave i snažan uticaj ženskog pokreta doveli su do zasnivanja i ostvarivanja ljudskih prava žena na različitim nivoima javne i privatne sfere društva, kao nedeljivog dela univerzalnog režima ljudskih prava. Kršenja prava koja su povezana sa rodom bila su značajno zanemarivana i utoliko smatramo da je celishodna dalja re-vizija koncepta ljudskih prava, kroz proces definisanja prava žena kao ljudskih prava, imajući u vidu „lajtmotiv činjenicu“ da je većina žena izložena različitim vrstama ugrožavanja i onemogućavanja prava.

Ključne reči: rod, diskriminacija žena, ljudska prava žena, ljudska prava.

POKRETANJE NORMATIVNE KONTROLE PRAVA U EVROPSKOM MODELU USTAVNOG PRAVOSUĐA**

Apstrakt: U radu je analiziran problem pokretanja a posteriori normativne kontrole prava u evropskom modelu ustavnog pravosuđa kome daju pečat nemački i austrijski ustavni sud. Istraženi su način i efekti pokretanja kako apstraktne normativne kontrole prava tako i pokretanje ustavnosudskog postupka od strane ordinarnog, redovnog pravosuđa. Zbog načina pokretanja, ova poslednja ima karakter konkretne (incidentne) normativne kontrole. Posebna pažnja posvećena je ex offo poretanju postupka, kada ustavni sud sam pokreće postupak radi rešavanja prejudicionog pitanja. Ovlašćeni subjekti i obeležja pokretanja ustavnosudskog postupka u Republici Srbiji, sa posebnim ukazivanjem na odstupanja od standarda evropskog modela ustavnog pravosuđa, izložena su kako sa normativno-teorijskog tako tako i sa praktičnog stanovišta, na osnovu novije prakse Ustavnog suda Srbije od donošenja Ustava od 2006. godine.

Ključne reči: Ustavni sud, apstraktna kontrola, incidentna kontrola, pokretanje postupka, postupak ex offo.

1. Polazno stanovište

Pokretanje postupka pred ustavnim sudom principijelno zavisi od prirode ustavnog spora: da li je ustavni spor pretežno objektivne ili pretežno subjektivne prirode? Tako se u postupku normativne kontrole pitanje ovlašćenih predlagača bitno drugačije postavlja, nego u slučaju postupanja sa ustavnim žalbama ili ustavnim tužbama. Dok apstraktna kontrola ustavnosti generalnih normi ima za glavni cilj objektivnu zaštitu ustava, dotle je odlučiva-

* stojand@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanja prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu u periodu od 2013-2018. godine.

nje o ustavnim žalbama primarno usmereno na zaštitu subjektivne, konkretne individualne pravne pozicije, koja svoj osnov nalazi u „specifičnom“ ustavnom pravu, fundamentalnim pravnim pozicijama pojedinca koje uživaju posebnu ustavnu zaštitu. U prvom slučaju krug ovlašćenih predlagača, državni organi i organi autonomnih ili samoupravnih jedinica, može se odrediti šire ili uže, zavisno od toga da li se želi sveobuhvatnija i češća ili ograničena i sporadična kontrola podustavnog prava. Pri tome, kada sudovi, kao deo nezavisne ustavne grane vlasti, pokreću ustavnosudski postupak, uvek se radi o tzv. incidentnoj kontroli normi. Kod ustavne žalbe, međutim, pokretač postupka može biti samo lice, fizičko ili pravno, čije je ustavom garantovano pravo navodno povređeno pojedinačnim aktom ili radnjom države ili drugog javnopravnog kolektiviteta.

2. Pokretanje apstraktne normativne kontrole

Ustavnosudska normativna kontrola može se ostvarivati kao apstraktna kontrola, koja je nezavisna od konkretnog spora, konkretne primene normativnog akta, ili kao konkretna (incidentna) kontrola, koja se sprovodi povodom nekog konkretnog spora koji bi trebalo redovno pravosuđe da reši. Dok je u prvom slučaju ustavnost normativnog akta glavno i jedino pitanje ustavnosudske kontrole, normativni akt se ocenjuje *in abstracto*, dotle je u slučaju incidentne kontrole ustavnost normativnog akta prethodno, prejudiciono ili akcesorno pitanje od čijeg rešavanja će zavisiti način rešavanja konkretnog spora. Zbog toga se pravo na pokretanje incidentne (konkretne) normativne kontrole dodeljuje bilo svim sudovima bilo najvišim sudskim instancama u zemlji.

Krug mogućih pokretača apstraktne kontrole zavisi, pre svega, od toga da li je reč o decentralizovanoj (difuznoj) ili centralizovanoj (koncentrisanoj) kontroli, potom od toga kada se kontrola vrši, da li se radi o kontroli *a priori* ili prethodnoj (preventivnoj) ili o kontroli *a posteriori*, odnosno naknadnoj kontroli. Prva je izuzetak, druga je pravilo ustavnog pravosuđa.

Za pokretanje apstraktne kontrole normi važno je i pitanje oblika državnog uređenja; da li se radi o federaciji ili unitarnoj državi? Da bi se održalo važenje federalnog načela po kome „savezno pravo krši pravo federalnih jedinica“, normativnoj kontroli u federalnoj državi podležu kako normativni akti federacije, tako i normativni akti federalnih jedinica. Zbog toga se kao pokretači postupka apstraktne normativne kontrole pojavljuju ne samo federalni politički organi, savezni parlament i savezna vlada, nego i organi federalnih jedinica

Organi federacije načelno pokreću postupak protiv normativnih akata federalnih jedinica, a organi federalnih jedinica protiv normativnih akata savezne države.

Kada je reč o unitarnoj državi, od značaja može da bude njen stepen decentralizacije. Moguće je da apstraktnu kontrolu, pored organa države, iniciraju organi teritorijalnih jedinica, na primer, autonomne zajednice, pokrajine, regioni i sl. Pri tome, različite su mogućnosti pokretanja normativne kontrole u državama sa „običnom“ decentralizacijom od država sa regionalnom ili pokrajinskom autonomijom, nezavisno od toga da li je ta autonomija simetrična, kao što je to slučaj u Italiji i Španiji, ili je asimetrična, kao u Republici Srbiji.

Moguće je da i sam ustavni sud *ex offio*, po službenoj dužnosti, pokrene postupak apstraktne normativne kontrole, ako je rešavanje ovog ustavnog spora prethodno pitanje za rešavanje drugog ustavnog spora iz nadležnosti ustavnog suda.

2.1. Uperedno pokretanje apstraktne kontrole normi

Evropski model ustavnog pravosuđa je zapravo austrijsko-nemački model ustavnog sudovanja koji je u svojim najvažnijim elementima preuzet, uz izvesne modifikacije, u većini evropskih država. Austrija, država koja je prva ustanovila poseban ustavni sud, primer je „slabe“ federacije koja se u teoriji, zbog minimalne primene federalnog načela, smatra primerom „unitarne federacije“. Ipak, Ustavnom sudu je prvenstveno bila namenjena funkcija čuvara federalnog državnog uređenja. Za austrijski, centralizovani model ustavnog sudstva u kome postoji samo jedan, Savezni ustavni sud, karakteristično je postepeno širenje kruga ovlašćenih pokretača postupka apstraktne normativne kontrole. Ovaj proces je na kraju doveo do uvođenja ograničenih mogućnosti i za pojedinca na neposredno pokretanje postupka kontrole ustavnosti zakona.

Prema izvornoj redakciji Ustava Austrije, predlog za ocenu ustavnosti normativnih akata (zakona, uredbi i državnih ugovora) mogli su da postave jedino politički državni organi, savezna i zemaljska vlada, ali ne i sudovi. Novelom Ustava od 1929. godine pravo na pokretanje postupka dobili su najviši sudovi, Vrhovni sud i Upravni sud, pod uslovom da se pitanje ustavnosti, kao prejudiciono, postavilo u toku rešavanja spora pred tim sudovima. Ostalim sudovima ovo pravo nije bilo priznato. Štaviše, izričita ustavna norma predviđala je da kontrola valjanosti pravilno proglašanih zakona nije u

nadležnosti redovnih sudova. Ustavni sud je mogao *ex offio*, po službenoj dužnosti, da pokrene postupak ocene ustavnosti zakona, ako se takvo pitanje postavljalo u sporovima koje je rešavao kao sud prve i poslednje instance. S druge strane, sporove o zakonitosti, kako saveznih tako i zemaljskih propisa, mogli su da pokrenu bilo savezna bilo zemaljska vlada, ali i svi sudovi koji u postupku njihove primene izraze sumnju u njihovu saglasnost sa zakonom. Ustavni sud je mogao da u slučaju ocene zakonitosti podzakonskih akata pokrene postupak *ex offio*, pod istim uslovom kao u slučaju oficijelnog ispitivanja ustavnosti zakona.

Donošenjem ustavnog zakona od 1975. godine u Austriji su proširene mogućnosti za pokretanje postupka normativne kontrole. Pravom ustavnog ranga utvrđena je sledeća lista mogućih pokretača postupka normativne kontrole:

- a) Vrhovni sud, kao i svaki sud koji odlučuje u drugoj instanci (čl.89 st. 2 B-VG¹), Upravni sud (čl.135 st.4 B-VG), nezavisni upravni senati u zemljama (čl. 129a st. 3 B-VG) i nezavisni savezni senat za azil (čl.129c st.6 B-VG) imaju ovlašćenje na osporavanje zakona koji bi trebalo da primene, ukoliko imaju sumnju u njihovu ustavnost. Pod istim pretpostavkama Ustavni sud po službenoj dužnosti može da sprovede postupak ispitivanja ustavnosti zakona (čl.140 st.1 B-VG). Pri tome, bez obzira što je reč o konkretnoj kontroli „nije relevantno da li protivustavnost ima dejstva u konkretnom slučaju“ (Walter, Mayer, 2000: 476).
- b) Savezna vlada je ovlašćena na osporavanje svakog zemaljskog zakona, nezavisno od postojanja ili nepostojanja konkretnog povoda ili spornog slučaja (čl.140 st.1 B-VG).
- c) Svaka zemaljska vlada je pozvana na osporavanje svakog (još važećeg) saveznog zakona (čl.140 st.1 B-VG).
- d) Trećina članova jednog od parlamentarnih domova, Nacionalnog ili Saveznog veća, može zbog protivustavnosti da osporava savezne zakone (čl.140 st.1 B-VG).
- e) Trećina članova zemaljskog parlamenta može da osporava zemaljski zakon, ako zemaljski ustav ovo određuje (čl.140 st.1 B-VG).
- f) Svako lice može da osporava zakon zbog njegove protivustavnosti, kada tvrdi da je zbog te protivustavnosti neposredno povređeno u svojim pravima, uz uslov da je ovaj zakon proizveo dejstva prema prema ovom licu bez donošenja sudske odluke ili bez donošenja rešenja (čl.140 st.1 B-VG)

1 B-VG (Bundesverfassungsgesetz) – Savezni ustavni zakon (Ustav Austrije)

U ovom slučaju, dakle, pojedinac je ovlašćen na pokretanje normativne kontrole jedino ako je neposredno pogođen u svojoj pravno zaštićenoj sferi, bez prethodnog donošenja pojedinačnog akta..

U Nemačkoj apstraktnu normativnu kontrolu mogu takođe da pokrenu različiti politički državni subjekti, nezavisno od konkretne primene normativnog akta čija se ocena ustavnosti zahteva. Ovlašćeni su savezna i zemaljska vlada ili trećina članova Bundestaga (čl.93 st.1 t.2 GG²). Ovlašćeni predlog je, dakle, rezervisan za pojedine ustavne organe saveza ili zemalja. Dopustivost predloga vezana je za obrazlaganje interesa da se izvrši ocena ustavnosti (čl.76 BVerGG³), jer se „ustavni sud ne bavi praktično nevažnim, samo teorijski sumnjivim pitanjima“ (Maunz, Zippelius, 1994: 259). Apstraktnom normativnom kontrolom obuhvaćeno je savezno ili zemaljsko pravo bilo kog stepena. Postupak apstraktne normativne kontrole može da bude objedinjen sa postupkom rešavanja organskog ili federalnog spora (čl.93 st.1 t.1 ili 3 GG), ako predlagač normativne kontrole tvrdi da su osporenim zakonom povređena njegova prava ili njegova ustavna nadležnost. U ovom slučaju ocena ustavnosti se vrši kao prethodno pitanje. Ustavnosudsko ispitivanje norme zakona može da se pokrene i ustavnom žalbom. Na predlog je ovlašćen svako ko tvrdi da je zakonom neposredno povređeno jedno njegovo osnovno pravo ili određena, pojedinačno navedena ustavna prava, koja su izjednačena sa osnovnim pravima (čl.93 st.1. t.4a GG). Ustavna žalba protiv zakona, slična austrijskom individualnom predlogu na normativnu kontrolu, može se podneti u roku od godine dana po stupanju zakona na snagu.

U odnosu na austrijski model, sužene su mogućnosti za pokretanje apstraktne normativne kontrole pred Ustavnim sudom Italije. Kako u ovoj državi, pored državnih zakona, postoji pokrajinsko (provincijsko) zakonodavstvo, pravo na pokretanje postupka pripada kako državnim, tako i pokrajinskim političkim organima. Kada je reč o oblasnim zakonima, vlada Republike može da ih vrati pokrajinskom veću na ponovno odlučivanje, ukoliko proceni da prekoračuju ovlašćenja pokrajina ili da su suprotni nacionalnim interesima ili interesima drugih pokrajina. Ako pokrajina ponovo usvoji sporni zakon, vlada Republike može da pokrene pitanje njegove ustavnosti pred Ustavnim sudom ili pitanje njegove celishodnosti pred nacionalnim parlamentom. S druge strane, pitanje ustavnosti državnih zakona može da pokrene predsednik pokrajinskog veća, ukoliko se zakonom ili odlukom sa snagom zakona zadire u nadležnost pokrajine utvrđene ustavom ili ustavnim zakonom. Isto rešenje važi ako

2 GG (Grundgesetz) Osnovni zakon (Ustav Nemačke).

3 BVerGG (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) - Zakon o Saveznom ustavnom sudu (Nemačke)..

pokrajina osporava ustavnost zakona druge pokrajine. Inače, ne postoji nikakva mogućnost da Ustavni sud *ex offo* pokrene postupak za ispitivanje bilo državnih bilo pokrajinskih zakona.

U Španiji se tužba zbog protivustavnosti, odnosno predlog da se izvrši naknadna normativna kontrola može podneti Ustavnom sudu u roku od tri meseca od dana oficijelnog objavljivanja normativnog akta u službenom glasilu. Kako je reč o regionalnoj dražavi, na tužbu su ovlašćeni ne samo državni organi, nego i organi autonomnih zajednica. Krug ovlašćenih predlagača je sledeći: predsednik Vlade, Branilac naroda (ombudsman), najmanje 50 poslanika ili 50 senatora Generalnog kortesa, predsednici kolegijalnih izvršnih organa autonomnih zajednica i skupštine ovih zajednica.⁴

2.2. Pokretanje postupka pred Ustavnim sudom Srbije

Ustav Srbije i nadalje pravi razliku između predloga ovlašćenog predlagača i inicijative za pokretanje postupka apstraktne normativne kontrole. Na podnošenje predloga Ustavom su ovlašćeni svi državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i najmanje 25 narodnih poslanika, dakle, parlamentarna manjina. Inicijativu za pokretanje postupka može dati svako (domaće) pravno ili fizičko lice, nezavisno od toga da li je neposredno pogođeno primenom opšteg akta čiju ustavnost osporava. Treći način pokretanja normativne kontrole je osobenost modela ustavnog sudovanja u Srbiji. Naime, sam Ustavni sud može samostalno, *ex officio*, da pokrene postupak normativne kontrole, nezavisno od slučaja prejudicijalnosti.

Subjekti ovlašćeni na pokretanje postupka pred Ustavnim sudom imaju status učesnika postupka. Ovaj položaj je procesno daleko slabiji nego što je to slučaj sa položajem stranke u parničnom postupku i uopšte sa statusom jedne strane u bilo kome ordinarnom sudskom postupku. Akcione mogućnosti učesnika postupka pred Ustavnim sudom su znatno skromnije, jedva da idu dalje od pokretanja postupka, jednostavno zato što je postupak normativne kontrole prevashodno objektivni spor, a ne spor koji primarno cilja na zaštitu subjektivnog prava. Apstraktni spor obično pokreću državni organi kod kojih se pojavila sumnja u ustavnost neke opšte norme. Tokom postupka „gospodari“ Ustavni sud koji nije vezan dispozicijama učesnika postupka u odnosu na predmet ustavnog spora. Primarni predmet spora je utvrđivanje odnosa normi *in abstracto*, saglasnost ili nesaglasnost zakonskih i drugih opštih normi sa

4 В. члан 162 Устава Шпаније

ustavnim normama. Zaštita subjektivnih prava je sekundarna, odnosno samo posredna. To je i glavni razlog slabijeg procesnog položaja učesnika, odnosno pokretača postupka normativne kontrole.

2.2.1. Inicijativa nedržavnih subjekata

Inicijativu za ocenu ustavnosti i zakonitosti normativnih akata može dati svako pravno ili fizičko lice, ali ona ima karakter gotovo pravno neobavezujuće predstavke, nezavisno od toga što se i od nje, kao i od predloga, zahteva da ispuni određene formalne zahteve. Ustavni sud „suvereno“ odlučuje da li će pokrenuti postupak, donošenjem rešenja kojim se inicijativa prihvata. Građani, ipak, nemaju pravo na *actio popularis*, tj. na neposredno pokretanje ustavnosudskog postupka, nezavisno od toga što se od inicijatora ne zahteva da dokaže da je osporenim aktom povređeno njegovo pravo ili pravni interes. Postupak normativne kontrole smatra se pokrenutim bilo samim podnošenjem predloga bilo donošenjem rešenja Ustavnog suda o pokretanju postupka. Prema stavu Ustavnog suda, inicijativu za pokretanje postupka normativne kontrole mogu podneti samo domaća fizička i pravna lica, dakle, ne i strani državljani ili strana pravna lica.⁵

U teoriji se često nailazi na mišljenje da je inicijativa za pokretanje postupka „prevaziđeni institut“ (Vučić, 2010: 160), imajući u vidu, pre svega, mogućnosti koje građanima stoje na raspolaganju podnošenjem ustavne žalbe. Naime, u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama zahtev se može zasnivati, *inter alia*, na tvrdnji da je zakon, koji je bio osnov za donošenje pojedinačnog akta osporenog ustavnom žalbom, suprotan Ustavu. U ovom slučaju, Ustavni sud može oficijelno da pokrene postupak za ocenu ustavnosti zakona, kao prethodno, tj. prejudicijelno pitanje. Tada se ustavna žalba „parkira“, odnosno prekida se postupanje po njoj do konačne odluke Suda o ustavnosti zakona. Može se primetiti da ova procesna mogućnost nalikuje austrijskom individualnom predlogu ili nemačkoj ustavnoj žalbi izjavljenoj neposredno protiv zakona. Razlika je, međutim, što je u jednom slučaju ona rezultat same prakse Ustavnog suda Srbije, a u drugom eksplicitna ustavna ili zakonska kategorija.

Kad Ustavni sud Srbije oceni da ima osnova za pokretanje postupka povodom inicijative, postupak pokreće rešenjem. Izuzetno, Ustavni sud može meritorno da odluči povodom inicijative bez donošenja posebnog rešenja o pokretanju postupka, ako u odnosu na odredbe osporenog normativnog akata već ima za-

⁵ V. stavove Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, koji su usvojeni na sednici Ustavnog suda 30. oktobra 2008, odnosno 2. aprila 2009. godine, u: *Stavovi Ustavnog suda* (prečišćeni tekst), Beograd 2010.

uzet stav ili kad je u toku prethodnog postupka pravno stanje potpuno utvrđeno i prikupljena pravna građa pružaju pouzdan osnov za odlučivanje. U praksi je ova „skraćena“ procedura postala pravilo, koje ne može da bude primenjeno jedino ako je predmet normative kontrole zakon ili statut autonomne pokrajine ili jedinice lokalne samouprave.⁶ Kad Ustavni sud nađe da je inicijativa neprihvatljiva, jer iznetim razlozima osporavanja nije potkrepljena tvrdnja da ima osnova za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti ili zakonitosti, inicijativu će rešenjem odbaciti.⁷ To znači da razlozi koji su navedeni u inicijativi, kao i njihovo ustavnopravno obrazloženje, nisu dovoljni da bi Ustavni sud pokrenuo postupak. S druge strane, kad Ustavni sud nakon sprovedenog postupka oceni da zahtev za utvrđivanje neustavnosti ili nezakonitosti iz inicijative povodom koje je pokrenut postupak, nije osnovan, doneće odluku o njegovom odbijanju.⁸ U ovom slučaju Ustavni sud je svojim rešenjem, „olako“ prihvatajući inicijativu, doneo rešenje o pokretanju postupka, ali je nakon njegovog sprovođenja „odustao“ od utvrđivanja nesaglasnosti sa Ustavom ili zakonom. Inače, ubedljivo najveći broj postupaka normative kontrole, preko 90 procenata, pokrenut je povodom inicijative.

2.2.2. Predlog državnih organa

Krug ovlašćenih predlagača za pokretanje postupka normative kontrole Ustavom je i nadalje prilično široko određen. Postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti mogu da pokrenu državni organi, organi teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, kao i desetina sastava Narodne skupštine, tj. najmanje 25 narodnih poslanika.⁹ Postupak se smatra pokrenutim danom podnošenja urednog predloga Ustavnom sudu.¹⁰

U odnosu na Ustav od 1990. godine sada je krug ovlašćenih predlagača u značajnoj meri sužen, ali čini se još uvek ne dovoljno. Postupak normative kontrole, doduše, predlogom više ne mogu da pokrenu nedržavni subjekti, organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja, preduzeća i ustanove, političke stranke, sindikati, udruženja građana i druga pravna lica. Prema ranijem ustavnom rešenju, navedeni subjekti su mogli da pokrenu postupak normative kontrole kad ocene da su im prava i interesi neposredno povređeni

6 V. član 53 stav 1 i 2 Zakona o Ustavnom sudu („Službeni glasnik RS“, br.109/07, 99/11).Prečišćeni tekst zakona u bazi podataka INKOD..

7 V. član 53 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu

8 V. član 53 stav 4 Zakona o Ustavnom sudu (prečišćeni tekst)

9 član 168 stav 1 Ustava Republike Srbije.

10 član 52 Zakona o Ustavnom sudu (prečišćeni tekst).

aktom čija se ustavnost i zakonitost osporava.¹¹ Ostaje, međutim, sporno da li upravo svi državni organi, odnosno organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, uključujući sudove i javna tužilaštva, doista raspolažu generalnim ovlašćenjem za pokretanje postupka, dakle, protiv svih normativnih akta koji uopšte podležu normativnoj kontroli.

Za razliku od drugih ustavnih rešenja koja precizno određuju listu državnih organa ovlašćenih na pokretanje ustavnosudskog postupka, kao i normativnih akata protiv kojih to mogu da učine, izgledalo bi da svi ovlašćeni predlagači raspolažu opštim ovlašćenjem na pokretanje postupka pred Ustavnim sudom. Sa stanovišta logike i cilja pokretanja normativne kontrole, ovaj zaključak se, međutim, ne bi mogao u svemu prihvatiti. Zaključak u ovom smislu posebno bi bio sporan, kada su u pitanju organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave koji bi, ako bi se odgovarajuća ustavna norma posmatrala izolovano,¹² trebalo da raspolažu generalnim ovlašćenjem u odnosu na sve normativne akte koji podležu ustavnosudskoj kontroli. Međutim, ako se u ovom kontekstu imaju u vidu i odredbe Ustava kojima se uređuje posebna zaštita pokrajinske autonomije i lokalne samouprave,¹³ moglo bi se zaključiti da organi autonomije i lokalne samouprave zapravo raspolažu samo specijalnim ovlašćenjem na pokretanje ustavnosudskog postupka. Time bi ovo ovlašćenje *in toto* bilo u funkciji zaštite ustavnih pozicija ovih teritorijalnih jedinica. Pred Ustavnim sudom one mogu pobijati normativne akte Republike Srbije, odnosno opšte akte drugih jedinica lokalne samouprave, odnosno autonomne pokrajine, jedino pod uslovom da ovi akti povređuju „pravo na pokrajinsku autonomiju“, odnosno „pravo na lokalnu samoupravu“ (Marković, 2008: 555). U praksi Ustavnog suda, međutim, ovo restriktivno stanovište nije prihvaćeno, tako da se jedinicama lokalne samouprave, kao i autonomnoj pokrajini, priznaje generalno ovlašćenje na pokretanje postupka normativne kontrole.

Kada je reč o državnim organima, ne bi se mogla bezuslovno prihvatiti ni tvrdnja da svi državni organi raspolažu generalnim ovlašćenjem na pokretanje postupka ustavne kontrole. Polazeći od njihove opšte ustavne pozicije, uslovljene funkcionalnom podelom ustavnopravnih ovlašćenja, gde se neki

11 član 128 stav 2 Ustava Republike Srbije 1990.

12 Član 168 stav 1 Ustava Republike Srbije.

13 V. član 182 stav 2 i član 193 stav 2 Ustava Republike Srbije. Inače, Zakonom o lokalnoj samoupravi (član 98 stav 11) specijalno ovlašćenje na pobijanje odluka i opštih akata jedinica lokalne samouprave dodeljeno je još i Savetu za međunacionalne odnose. Uslov je da ovo telo smatra da su njima povređena prava pripadnika srpskog naroda ili nacionalnih manjina koje su u njemu predstavljeni.

državni organi ispoljavaju kao samostalni i nezavisni u svakom pogledu, dok su drugi samostalni jedino u organizacionom ili funkcionalnom smislu, imajući dalje u vidu uzajamne odnose državnih organa, nadzorna ovlašćenja jednih prema drugima, učestće u postupku donošenja normativnih akata i dr., pokazuje se u ustavnoj stvarnosti da su „stvarne“ mogućnosti za vođenje ustavnog spora u nekim situacijama *de facto* ograničene, ako ne i potpuno isključene. Ovo se najbolje može pokazati na primeru kontrole ustavnosti zakona. Nije prihvatljivo ni u pravnom ni u političkom smislu da državni organi koji su učestvovali u donošenju zakona kasnije osporavaju njegovu ustavnost. Nema nikakvog smisla tvrditi da Narodna skupština može da pokrene postupak za ocenu ustavnosti zakona, kada može jednostavno da pristupi promeni zakona ili da utvrdi prestanak njegovog važenja, odnosno kada to može učiniti jedna desetina njenog sastava. Slična konstatacija može da važi i za Vladu, koja ima ne samo faktički monopol u predlaganju zakona, nego i nosi političku odgovornost pred Narodnom skupštinom za rešenja koja joj predlaže. S druge strane, ni predsednik Republike nema legitimitet na pobijanje ustavnosti zakona, kada već ima ustavno ovlašćenje da izglasani zakon, uz pismeno obrazloženje, vrati Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje. Jedino ako Narodna skupština ponovo izglasa zakon, predsednik Republike je legitiman da pokrene postupak pred Ustavnim sudom, bez obzira što je prethodno doneo ukaz o njegovom proglašenju.¹⁴ Što se tiče sudova, po našem mišljenju prirodi i ustavnom položaju sudova ne odgovara generalno ovlašćenje na pokretanje postupka apstraktne ocene ustavnosti zakona i drugih propisa. Sudske odluke zasnivaju se na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona.¹⁵ Vežanost sudova za zakon bila bi dovedena u pitanje, ako bi sudovi neograničeno bili ovlašćeni da *in abstracto* osporavaju ustavnost zakona. Njima jedino pripada pravo da pokreću incidentnu normativnu kontrolu.

Kako se organi autonomije i lokalne samouprave u praksi više koriste specijalnim ovlašćenjem, preostaje da generalnim ovlašćenjem na pobijanje ustavnosti zakona, osim parlamentarne manjine, raspolažu nezavisne državne institucije, nadzorna i regulatorna tela, kao što su Zaštitnik građana, Državna revizorska institucija, Narodna banka, Visoki savet sudstva, Javno tužilaštvo, koji su ustavni državni organi, kao i Poverenik za informisanje, Poverenik za

14 Predsednik Republike je do sada predlogom zahtevao jedino ocenu formalne ustavnosti Zakona o radu.

15 V. član.145 stav 2 Ustava Republike Srbije.

zaštitu ravnopravnosti, Agencija za borbu protiv korupcije i drugi organi ili tela konstituisana zakonom. U praksi, međutim, državni organi, pa i nezavisna nadzorna i regulatorna tela, jedva da se koriste ustavnim ovlašćenjem na pokretanje normativne kontrole. Njihov doprinos u pokretanju mehanizma za zaštitu ustava može se smatrati zanemarljivim.

2.2.3. Pokretanje postupka *ex off*

Postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti Ustavni sud može da pokrene samostalno, na osnovu odluke koju donosi dvotrećinskom većinom glasova svih sudija.¹⁶ Posmatrano iz načelno pravnih razloga, pokretanje postupka *ex off* veoma je sporno. U strogo pravnom smislu, ne bi se moglo prihvatiti ovlašćenje Ustavnog suda da samostalno pokreće postupak normativne kontrole, ne samo zato što se time prejudicira njegova konačna odluka, veći i zato što se oficijelno pokretanje postupka protivu pravnom načelu da nema sudovanja bez tužbe, *nemo iudex sine actore*, odnosno pravilu da niko ne može biti sudija u svojoj stvari *nemo iudex in re suo.* Zbog toga je „službeno“ pokretanje postupaka veoma redak izuzetak koji se, doduše, može naći u uporednom ustavnom pravu, ali je ograničeno samo na slučajeve kada se normativna kontrola javlja kao prethodno pitanje za rešavanje nekog drugog ustavnog spora.

U teoriji se uglavnom ne prihvata delovanje ustavnog suda *suo sponte*, dakle, ovlašćenje organa koji vrši normativnu kontrolu da samostalno pokreće postupak kontrole i time samostalno određuje njen predmet. Kada ustavni sud sam pokreće postupak ispitivanja normi, onda je gotovo izvesno da će njegovom odlukom biti konstatovana nesaglasnost sa Ustavom. Zašto bi se, inače, sud odlučio na pokretanje postupka? U svakom slučaju „prejudicirana“ odluka ustavnog suda, koja se donosi većinom glasova, a ne dvotrećinskom većinom, veoma je blizu granice političkog odlučivanja koju Ustavni sud nikako ne bi smeo da prelazi. Oficijelno pokretanje postupka nosi sa sobom rizik velike koncentracije moći u posedu Ustavnog suda koji je u poziciji da „bira“ zakone koje će podvrgnuti ustavnoj kontroli. Time se svakako premašuje njegova uloga „negativnog zakonodavca“, jednostavno dolazi se na teren političkog procenjivanja. U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud je s razlogom bio veoma uzdržljiv u korišćenju ovog oficijelnog ovlašćenja, pa i kada ga je primenjivao najčešće je to bio slučaj sa ocenom ustavnosti i zakonitosti podzakonskih akata. Jedini ozbiljniji izuzetak je *ex off* ispitivanje ustavnosti Zakona o Ustavnom sudu, kada je Ustavni sud zaključio da je izmenama ovog zakona suštinski dovedena u pitanje njegova ustavna uloga u neposrednoj zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda.¹⁷

16 V. član 50 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu.

17 V. Odluka Ustavnog suda Srbije IUz – 97/2012.

Samostalno pokretanje postupka normativne kontrole nije jedini slučaj primene oficijelnog načela u ustavnosudskom postupku. Kada postupa po predlogu ili inicijativi, Ustavni sud nije ograničen zahtevom, tako da ispitivanje može da proširi i na odredbe normativnog akta koje zahtevom predlagača ili inicijatora nisu osporene, ali se, prema stanovištu Ustavnog suda, te odredbe nalaze u bliskoj sistematskoj vezi sa osporenim normama, čineći sa njima neraskidivu pravnu celinu. Štaviše, kad ovlašćeni predlagač ili inicijator odustane od predloga, odnosno inicijative, Ustavni sud može da nastavi postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti, ako za to nađe osnova.¹⁸ U praksi, Ustavni sud se često koristi ovim procesnim mogućnostima kojima se, zapravo, postiže gotovo isti pravni efekat kao u slučaju pokretanja postupka *ex offio*. Za Ustavni sud inicijativa može da bude samo zgodan povod da se kontroli ustavnosti podvrgne normativni akt *in totum*, u svemu. Problemi mogu nastati, međutim, kada Ustavni sud proširi ispitivanje na norme, koje sa aspekta sistematske veze ili jedinstvenog cilja, nisu u bliskom, neposrednom odnosu sa osporenim normama ili, *vice versa*, kada propusti da svojom odlukom obuhvati sve aspekte normativnog regulisanja koji svi zajedno čine jedan normativni kompleks.¹⁹

3. Pokretanje postupka konkretne normativne kontrole

Za razliku od apstraktne, incidentna kontrola normi pokreće se jedino na zahtev sudova. U Nemačkoj se oni nazivaju „sudijski predlozi“. U ovom slučaju ustavnost, odnosno važenje jedne opšte norme je za redovni sud prejudiciono pitanje. Uslovi koji se zahtevaju za incidentno aktiviranje ustavnosudskog ispitivanja normi mogu biti različiti, tako da ovim pravom mogu da raspolažu svi sudovi ili samo sud najviše instance. U svakom slučaju, incidentno ustavnosudsko ispitivanje ustavnosti zakona isključuje mogućnost da redovno pravosuđe samostalno procenjuje da li je zakon čija primena dolazi u obzir saglasan ustavu ili ne.

Za razliku od apstraktne ili principalne kontrole normi, kao konkretna ili incidentna kontrolom označava se ustavnosudsko ispitivanje normi koje ini-

18 V. čl. 54. Zakona o Ustavnom sudu.

19 Tako je u odluci IUz-42/2008 („Slu žbeni..glasnik RS“, broj 28/2011.) Ustavni sud proširio ispitivanje i na odredbe Zakona o izboru narodnih poslanika koje nisu u nikakvoj međusobnoj sistematskoj vezi, (način dodeljivanja pojedinačnog mandata), ali je, s druge strane, u odluci IUz - 52/2008, („Slu žbeni glasnik RS“, broj 34/2010) propustio da proširi ispitivanje komplementarnih normi Zakona o lokalnim izborima, tako da nije „kasirao“ odredbe zakona kojima se uređuje postupak „zamene“ odbornika kojima je mandat pretao.

kiraju redovni, stručni sudovi, povodom konkretnih sporova o kojima treba da odlu čuju. Suprotna njoj, apstraktna kontrola niti se pokreće od strane redovnih sudova niti je uvedena zbog konkretnih procesnih povoda. Kod konkretne kontrole se radi o tome da učesnici jednog drugog pravnog spora ili pravnog odnosa, tzv. *polaznog slučaja*, zahtevaju i čekaju odluku ustavnog suda o važnosti ili nevažnosti jedne generalne norme. Od ustavnog suda predlogom se ne traži odlučivanje o konkretnom slučaju kao takvom, nego odlučivanje o „pravnom pitanju“, dakle, o važenju ili nevaženju jedne zakonske norme. U okvirima jedinstvenog sudskog postupka, konkretna normativna kontrola je jedan međupostupak koji se nalazi u samostalnoj i isključivoj nadležnosti ustavnog suda. Ovo razlikovanje ukazuje na to da je saglasnost jedne norme sa najviše rangiranim pravom u jednom slučaju prethodno, a u drugom glavno pitanje. Zajedničko za oba postupka je da služe očuvanju hijerarhije normi, superiornosti ustavne norme, dakle, objektivnoj ustavnoj stvarnosti, a ne (primarno) individualnoj i subjektivnoj pravnoj zaštiti. Pri tome, u središtu konkretne normativne kontrole nalazi se parlamentarni zakonodavac. Štaviše, u većini država zakonodavac je jedini normotvorac koji je podvrgnut ovom postupku. U apstraktnom postupku, međutim, ispituje se svaka norma zakonodavne i izvršne vlasti i njen odnos prema najvišem pravu. Smisao konkretne kontrole je sprečavanje da se sudija uzdigne iznad volje i autoriteta zakonodavca, ako bi mogao sam da ocenjuje ustavnost zakona. Konkretna kontrola služi došenju odluka u redovnom sudskom postupku u kojem se pojavio „incident“, ali ispunjava i dopunske funkcije. Time što se opšte obaveznim razrešenjem spornih ustavnopravnih pitanja sprečavaju divergentne odluke sudova, uspostavlja se pravna sigurnost i održava jedinstvenost pravnog poretka. Smisao ovog postupka je, dakle, da se konkretni slučaj razreši na jednoj potpuno sigurnoj pravnoj osnovi, da se očuva jedinstvenost ustavne interpretacije. Zadatak ustavnog suda, ograničen načelom supsidijarnosti, svodi se ovde na naknadno ispitivanje i odbacivanje norme čija je primena dolazila u obzir.

3.1. Pokretanja incidentne kontrole uporedno

U ustavnom pravosuđu Nemačke prva pretpostavka za prizivanje Ustavnog suda je da redovni sud pred kojim se vodi postupak smatra da je zakon, čija je primena moguća, protivustavan. Sud mora da bude ubeđen u protivustavnost zakonske norme. Nije dovoljna samo pravna sumnja u ustavnost zakona. Na predlog su isključivo ovlašćeni sudovi, ne i stranke u postupku (sudijski predlozi). Druga pretpostavka je da, pri odlučivanju o konkretnom pravnom

sporu, zakon koji se smatra protivustavnim mora da ima odlučujuću, presudnu ulogu za rešavanje spora, tako da predlog u ovom smislu mora da se pokaže neophodnim. Važnost ustavnosudskog odlučivanja postoji samo ako bi se pri deklarisanju nevažnosti norme moglo odlučiti drugačije. Prosti problemi koji se javljaju u tumačenju norme nisu dovoljan razlog za podnošenje predloga Ustavnom sudu. Treće, pravne norme koje podležu ispitivanju moraju da budu postkonstitucionalnog karaktera, da su stupile na snagu posle posle Borskog ustava. Ako se radi o normama koje su donete pre Osnovnog zakona, svaki sud odlučuje samostalno o njihovoj ustavnosti, jer prekonstitucionalno pravo ne ugrožava autoritet zakonodavne vlasti. Prema tome, predmet konkretne normativne kontrole mogu da budu samo zakoni u formalnom smislu koji su doneti posle stupanja na snagu Osnovnog zakona.²⁰

U nemačkom modelu normativne kontrole *a posteriori* pretežu predlozi sudova, dok su postupci apstraktne kontrole veoma retki. Ovo ne iznenađuje, jer se predlozi sudova smatraju kao njihova dužnost, dok za apstraktnu normativnu kontrolu predlog predstavlja pravno ovlašćenje, koje se može, ali ne mora koristiti. Pravo podnošenja predloga za apstraktnom kontrolom njihovi nosioci ipak koriste, posebno ako dolaze od opozicije. Parlamentarna manjina se smatra najpozvanijom na osporavanje zakona *in abstracto*, jer je njegovu ustavnost, najčešće iz načelnih razloga, osporavala još u zakonodavnom postupku.

Do 1975. godine u Austriji jedino su Upravni (*Verwaltungsgerichtshof*) i Vrhovni sud (*Oberster Gerichtshof*) bili ovlašćeni na pokretanje incidentne normativne kontrole u slučaju kada je odlučivanje o ustavnosti saveznog ili zemaljskog zakona neophodno za rešavanje konkretnog spora (upravnog, građanskog, krivičnog) pred tim sudovima. Ostali sudovi nisu imali pravo da pokrenu ustavnosudski postupak, jer je Ustav Austrije predviđao da kontrola valjanosti pravilno proglašanih zakona nije u nadležnosti sudova. Ustavnom novelom od 1975. godine Upravni i Vrhovni sud su dobili mogućnost da pokreću apstraktnu normativnu kontrolu, dakle, nezavisno od konkretnog spora. Postupak incidentne kontrole od tada mogu da pokrenu svi sudovi koji su drugostepeno nadležni u pravnoj stvari u

20 Član 100 stav 1 Osnovnog zakona glasi: (1) Ukoliko određeni sud smatra da je zakon na osnovu kojeg treba da se donese odluka protivustavan, postupak će prekinuti dok se ne pribavi odluka Saveznog ustavnog suda, a kada se radi o povredi zemaljskog ustava, dok se ne pribavi odluka suda nadležnog za odlučivanje o zemaljskim ustavnim sporovima. Ovo se odnosi i na slučajeve povrede ovog Osnovnog zakona zemaljskim pravom ili neusklađenosti zemaljskog zakona sa nekim saveznim zakonom.

vezi s kojom je nastao konkretni spor o ustavnosti zakona. Ovlašćeni na predlog su kako sva tela presuđenja tako i sudija pojedinac u jednom sudu.²¹

Pretpostavka za ispitivanje zakonske norme po predlogu suda je njena *prejudicijalnost*, što znači da sud pri rešavanju pravnog pitanja obavezno treba da primeni dotičnu normu. Važno je, takođe, koja dejstva na rešavanje konkretne stvari mogu da imaju rezultati ispitivanje norme, da li su za jednu stranku ona pozitivna ili negativna. Prejudicijalnost, kako navodi *Teo Elinger*, najpre ocenjuje sam redovni sud. Pri ocenjivanju da li je za odluku suda jedna norma prejudicijalna, Ustavni sud nije ovlašćen da redovni sud obaveže na određeno tumačenje, i da time indirektno donese sudsku odluku. Zbog toga nedostatak prejudicijalnosti postoji samo onda ako norma čije se ispitivanje zahteva očigledno ne dolazi u obzir kao pretpostavka sudske odluke, čak i ako se ustavno konformno protumači (Öhlinger, 1999: 424).

U Italiji postupak ispitivanja ustavnosti zakona i normativnih akata sa zakonskom snagom, uredbi, može pokrenuti redovni sud koji je nadležan za njihovu primenu u konkretnom slučaju, kako po sopstvenoj inicijativi, tako i na zahtev stranke ili javnog tužioca. Za razliku od austrijskog modela, gde prvoda stepeni sudovi ne mogu da iniciraju konkretnu normativnu kontrolu, ovde svaki sud može da pokrene postupak pred Ustavnim sudom. U poređenju, pak, sa nemačkim sistemom kontrole, gde sud mora zauzme stanovište o protivustavnosti zakona, redovni sud u Italiji prekida postupak i prosleđuje Ustavnom sudu na odlučivanje samo zahtev da se izvrši kontrola ustavnosti norme koju smatra merodavnom za rešavanje spornog pravnog odnosa. Međutim, ako je zahtev potekao od stranke u sporu, koja je istakla prigovor neustavnosti zakona, *exceptio contra constitutionem*), sud može takav zahtev da odbije, ako nađe da je „očigledno neosnovan“. Od 90-tih godina „stalno se povećava broj odluka Ustavnog suda u vezi sa incidentnom kontrolom“ (Faller, 97).

Španski sudovi su obavezni na ispitivanje ustavnosti pravnih normi koje imaju rang zakonske norme. U slučaju da neki sud smatra da je zakonska norma, koja je primenljiva u datom slučaju, suprotna ustavu, a od njene punovažnosti zavisi njegova odluka, obavezno se pitanje ustavnosti zakona iznosi pred Ustavni sud. Sudovi su, dakle, obavezni da u slučaju sumnje u ustavnost zakonske norme zahtevaju odluku Ustavnog suda. Predlog kojim se zahteva ocena ustavnosti zakona redovni sud mora da postavi po okončanju usmene rasprave, ali pre

²¹ Ustavni sud Austrije je svojom odlukom (VfSlg. 3992/1961) oglasio protivustavnim regulisanja koja su pravo na osporavanje zakona rezervisala samo za plenum Upravnog i Vrhovnog suda.

donošenja odluke u konkretnom slučaju. Sud je u potpunosti vezan pravnim stanovištem sadržanim u odluci Ustavnog suda. Time je špansko ustavno pravo izabralo srednji put između nemačkog i italijanskog rešenja. Dok u Nemačkoj sudovi moraju biti ubeđeni u neustavnost zakonske norme, dotle u Italiji zadovoljava argumentacija procesnog učesnika, osim ako je „očigledno neosnovana“.

3.2. Incidentna kontrola pred Ustavnim sudom Srbije

Sudovi su, prema odredbama člana 142 stav 2 Ustava, samostalni i nezavisni i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. U članu 1 Zakona o uređenju sudova sudovi su određeni kao samostalni i nezavisni državni organi koji štite prava i slobode građana, zakonom utvrđena prava i interese pravnih subjekata i obezbeđuju ustavnost i zakonitost.

Kao posebna državna funkcija, sudska vlast se manifestuje kao autoritativno odlučivanje u pravnim sporovima pojedinaca, prema pravnim načelima i opštim pravilima koja su ustanovile ustavna i zakonodavna vlast. Sudska funkcija obuhvata i autoritativno odlučivanje o tome da li se u jednom pojedinačnom slučaju treba izreći kazna koja je predviđena na osnovu zakona. Sažeto, sudska funkcija bi se mogla opisati kao autoritativna primena generalnih pravnih pravila na konkretna činjenična stanja u kojima učestvuju pojedinci, još sažetije kao funkcija izricanja prava.

Sudovi su obavezni da strogo poštuju zahteve prava; oni treba da garantuju, kao institucije neutralne i nezavisne kako u stvarnom tako i personalnom pogledu, da će postupati jedino u skladu sa pravom. Pošto je sudskoj vlasti imanentno rešavanje sporova, prirodno je da se u sporu između suprotstavljenih stranaka postavi pitanje valjanosti prava čija primena je moguća, odnosno pitanje ustavnosti i zakonitosti normativnog akta. Ustav predviđa da postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti mogu da pokrenu državni organi, ali taksativno ne navodi te državne organe, tako da niti posebno pominje sudove niti diferencira apstraktnu od konkretne kontrole ustavnosti. Međutim, pored toga što preuzima ustavnu odredbu o pokretanju postupka za (apstraktnu) ocenu ustavnosti i zakonitosti, Zakon o ustavnom sudu odredbama člana 63 izričito predviđa pravo sudova na pokretanje incidentne kontrole ustavnosti. Ako se u postupku pred sudom opšte ili posebne nadležnosti postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom, opšte prihvaćenim pravilima među-

narodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, sud će, ako oceni osnovanim takvo pitanje, zastati sa postupkom i pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti tog akta pred Ustavnim sudom.

Pokretanje postupka incidentne kontrole u Srbiji razlikuje se od drugih sličnih modela najpre time što je incidentna kontrola moguća ne samo protiv zakona, nego i drugih normativnih akata. To znači da sudovi ne mogu da ocenjuju ne samo ustavnost zakona, nego ni zakonitost opštih akata, odnosno njihovu saglasnost sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Time je isključeno pravo suda na primenu instituta *exceptio illegalis*, tj. samostalno odlučivanje o nezakonitosti opštih akata. Izgleda da je ovim širenjem predmeta incidentne kontrole zapravo promašen njen smisao zaštita zakonodavca od sudova. Za svaki normativni akt sudovi moraju da pokrenu ustavnosudski postupak, ukoliko smatraju da je suprotan Ustavu, međunarodnom ugovoru ili zakonu. Drugo, može se primetiti da nije dovoljno precizan zakonski uslov za pokretanje incidentne kontrole, tj. „ako se u postupku pred sudom opšte ili posebne nadležnosti postavi pitanje saglasnosti zakona ili drugog opšteg akta sa Ustavom...“. Izvesno je da pitanje saglasnosti normativnog akta sa Ustavom i zakonom može da postavi stranka u postupku pred sudom, ali sud samostalno odlučuje da li će prekinuti postupak i podneti predlog Ustavnom sudu. Ovaj uslov dalje treba tumačiti kao obavezno postojanje prejudicijalnosti, što znači da normativni akt mora biti doista merodavan, nužan za rešavanje konkretnog spora. Pored toga, kada je reč o odnosu suda prema normativnom aktu, sud ne mora biti ubeđen u njegovu neustavnost, odnosno nezakonitost. Dovoljno je da ima ozbiljnu sumnju u njegovu suprotnost Ustavu ili zakonu.

U praksi Ustavnog suda Srbije suprotno praksi evrpskih ustavnih sudova, incidentna kontrola normativnih akata nema gotovo nikakvu primenu. Svega u jednom slu čaju je jedan osnovni sud predlogom pokrenuo incidentnu normativnu kontrolu²² (Nenadić, 2013: 90). Ona je potpuno nerazvijen, nedelotvoran institut ustavne normativne kontrole. Sudovi opšte i posebnih nadležnosti izbegavaju njeno pokretanje, možda i zato što bi sudijski predlog kojim bi se zahtevala incidentna kontrola morao da bude podržan primerenom ustavnopravnom argumentacijom. To je svakako opterećenje za redovni sud koji se nalazi ionako pod presijom suđenja u razumnom roku. Od konstituisanja novog sastava krajem 2007. godine, Ustavni sud Srbije još uvek nije dobio

22 U pitanju je bio podzakonski akt (Tarifa za naknadu troškova advokata) u predmetu IUo-790/12.

nijedan predlog kojim bi sudovi inicirali postupak konkretne kontrole ustavnosti. Neki predlozi koje su sudovi svojevremeno podneli protiv Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava, Zakona o Visokom savetu sudstva, Zakona o sudijama i Zakona o javnom tužilaštvu, osporavajući ustavnost opšteg izbora sudija i zamenika javnih tužilaca, pre se mogu uračunati apstraktnoj, nego konkretnoj kontroli ustavnosti. Možda bi se stvari popravile ako bi se postupak incidentne kontrole proglasio hitnim, tako da se na odluku Ustavnog suda ne bi preterano dugo čekalo.

4. Zaključak

Normativna kontrola prava je jezgro nadležnosti evropskog ustavnog pravosuđa koje je pretežno oblikovano prema austrijskonemačkom modelu ustavnog sudovanja. U njemu je od posebnog značaja problem načina iniciranja ustavne kontrole prava. Zavisno od toga koji subjekt je pokreće, ta kontrola može biti apstraktna i konkretna ili incidentna. Prvi oblik ustavne kontrole načelno pokreću politički državni i regionalni organi, uključujući parlamentarnu manjinu, dok je drugi isključivo iniciran od strane redovnog pravosuđa u formi sudijskih predloga. Tendencija je da se i pojedinac, pod izvesnim uslovima, može pojaviti kao pokretač kontrole ustavnosti zakona, dok se postupak *ex offio* načelno sprovodi jedino radi rešavanja prejudicionog pitanja.

Ustavno pravosuđe Srbije poznaje kako apstraktnu tako i incidentnu normativnu kontrolu prava. Prva je delotvorno primenjena u praksi delovanja Ustavnog suda Srbije, druga je manjeviše samo teorijska mogućnost. Osobnosti pokretanja *a posteriori* kontrole, kojima se odstupa od standarda evropskog modela ustavnog pravosuđa, ogledaju se u dominaciji inicijative građana, kao glavnih pokretača apstraktnog ustavnosudskog postupka, kao i preširoko postavljenom *ex offio* postupku.

Literatura

Vučić, O., Petrov, V., Simović, D, (2010), *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*, Beograd.

Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*. 12. izd., Beograd.

Nenadić, B. (2013). *O nekim aspektima odnosa ustavnih i redovnih sudova*, Zbornik radova: *Uloga i značaj ustavnih sudova u očuvanju vladavine prava*, Beograd.

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.

Dr Mileva Anđelković,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Originalan naučni članak

UDK: 336.228.34

Rad primljen: 29.09.2014.
Rad prihvaćen: 13.10.2014.

ZAKONITA NEPRIHVATLJIVA PORESKA EVAZIJA – PROBLEMI DEFINISANJA I SPREČAVANJA**

Apstrakt: U članku se analiziraju problemi definisanja i sprečavanja zakonite neprihvatljive poreske evazije. Autor, najpre, ukazuje na teškoće u razgraničenju zakonite neprihvatljive od zakonite prihvatljive poreske evazije. Linija razgraničenja je vrlo fluidna i podložna različitim procenama. Zakonita neprihvatljiva poreska evazija, kojoj naročito pribegavaju moćne multinacionalne kompanije i veoma bogati pojedinci, u velikoj meri ugrožava finansijske interese savremenih država. Takva ponašanja su u suprotnosti i sa određenim poreskim načelima, što opravdava državnu intervenciju, u smislu sprečavanja neprihvatljivih transakcija poreskih obveznika. Njih isključivo karakteriše usmerenost na ostvarivanje poreskih pogodnosti (vrlo često neosnovano), umanjeње ili izbegavanje poreskih obaveza, zanemarujući pritom poslovni (ekonomski) cilj preduzetih aktivnosti. Ukoliko se obveznici pozivaju na formalnu zakonitost, poreski organi i sudovi mogu osporiti takva ponašanja ukazujući na neostvarivanje ciljeva poreskih zakona i njihovu moralnu neopravdanost. U članku se dalje objašnjavaju antiabuzivne mere koje primenjuju države kako common law tako i civil law pravnih sistema. Na kraju se ukazuje na određene probleme u primeni ovih pravila.

Ključne reči: zakonita neprihvatljiva poreska evazija, agresivno poresko planiranje, antiabuzivno zakonodavstvo.

* mevi@prafak.ni.ac.rs

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

1. Uvod

Problem izbegavanja plaćanja poreza, star koliko i samo oporezivanje, danas poprima spefičnu težinu pod uticajem širenja poslovanja van nacionalnih granica i korišćenja pogodnosti savremenih informaciono-komunikacionih tehnologija. Za razliku od nezakonite poreske evazije, koja predstavlja izuzetno štetno društveno ponašanje i koja je podvrgnuta sankcionisanju, postoje različita ponašanja poreskih obveznika gde oni formalno ne dolaze u sukob sa važećim poreskim pravilima, ali države gube znatne iznose poreskih prihoda. Zato zakonodavci moraju da definišu granicu između zakonitog i nezakonitog poreskog ponašanja kako bi obveznici znali poreske posledice svojih aktivnosti. Na prvi pogled situacija je jasna. Granica je legalnost, odnosno nelegalnost ponašanja. Međutim, tu i nastaje problem. U zavisnosti od vladajućih političkih i moralnih vrednosti u datom društvu, ono što je do ju će bilo dopušteno već sutra može postati nedopušteno ponašanje u poreskom smislu.

Imajući u vidu svrhu postojanja poreske regulative, nijednoj državi nije u interesu da toleriše aktivnosti obveznika koje će za posledicu imati umanjeње ili izbegavanje poreske obaveze, suprotno volji zakonodavca pretočenoj u pozitivne poreske propise.

Nezakonita poreska evazija ispoljena kroz različite modalitete poreskih krivičnih dela podleže uglavnom strogim sankcijama budući da je nesumnjiv osnov suprotstavljanja.¹ Ali gde pronaći osnov suprotstavljanja ponašanjima obveznika gde se oni samo formalno, odnosno fiktivno pridržavaju poreskih pravila, izvrću ili osujećuju njihov smisao? Pravno-politički osnovi za neprihvatanje određenih vidova zakonite poreske evazije mogu se naći u nekim od osnovnih pravnih načela savremenih (demokratskih) država. To je, pre svega, opšte načelo zabrane zloupotrebe prava, načelo savesnosti i poštenja i načelo jednakosti pred (poreskim) zakonom. Sprečavanje zakonite neprihvatljive poreske evazije ima i moralnu dimenziju koja se povezuje sa narušavanjem principa pravičnosti oporezivanja. Danas skoro sve države priznaju da izbegavanje poreza predstavlja ozbiljnu pretnju integritetu poreskih sistema u demokratskim društvima (Barker, 2009: 229).

Ovaj fenomen se može posmatrati kako sa stanovišta države tako i sa stanovišta obveznika. Pojačano interesovanje savremenih fiskusa za

1 Mora se ipak priznati da je na sudu ponekad teško dokazati da je poreski obveznik svesno i namerno pokušao da izbegne plaćanje poreza.

razumevanje i sprečavanje zakonite neprihvatljive poreske evazije verovatno se poklapa sa krizom javnih finansija poslednjih nekoliko decenija i prikrivenim pokušajima koordinacije nacionalnih poreskih sistema. S druge strane, poreski obveznici (uglavnom moćne multinacionalne kompanije i veoma bogati pojedinci) vešto vođenje poslovanja, koje donosi značajne poreske uštede, najčešće ne doživljavaju kao nešto neprihvatljivo i nedopustivo sa društvenog stanovišta. Korporativni poreski obveznici su postali pokretljiviji i sve više beleže profit na nižim poreskim osnovama. Individualni bogatiji pokretljiviji poreski obveznici počinju da se ponašaju kao „slepi putnici“ na račun manje pokretljivijih poreskih obveznika (Rišar, 2008: 144).

2. Razgraničenje različitih modaliteta ponašanja obveznika u okviru zakonite poreske evazije

Pojmovi zakonita i nezakonita poreska evazija se često koriste neprecizno kako u nacionalnim zakonodavstvima tako i u međunarodnoj regulativi. Stoga je rasprava o značenju ovih koncepata pravovremena iz više razloga (Baker, 2000: 2). Najpre, poreski obveznici u svim zemljama imaju pravo da znaju svoju poreskopravnu poziciju u smislu dopuštenosti ili nedopuštenosti određenih poreskih ponašanja. Drugi razlog se tiče međunarodnih inicijativa za sprečavanje različitih vidova finansijskih prevara, što zahteva jasno razumevanje i definisanje pojma poreska utaja. Treći razlog jeste neusaglašenost termina ovih fenomena na međunarodnom planu, što otežava usvajanje adekvatnih mera u cilju njihovog sprečavanja.

Pod zakonitim izbegavanjem poreza podrazumeva se svako ponašanje obveznika koje je u skladu sa poreskim propisima, a usmereno je na izbegavanje, odnosno neplaćanje poreza. Međutim, takva definicija nije potpuna jer ne odražava usaglašenost poreskih ponašanja sa ciljem poreske norme. Jedan od osnovnih demokratskih principa jeste sloboda izbora gde će se živeti, raditi, poslovati, pod uslovom da to nije u suprotnosti sa pozitivnim propisima. Svim fizičkim i pravnim licima je dopušteno tzv. poresko planiranje, što znači da niko nije obavezan da plati više poreza nego što je na to dužan po zakonu. Ipak, postoji linija razgraničenja čijim prelaskom pravne konstrukcije poreskog obveznika, sa ciljem izbegavanja poreske obaveze, postaju toliko veštačke i nameštene da prelaze granicu koja odvaja prihvatljivo umanjenje poreske obaveze od zakonite neprihvatljive poreske evazije (Prebble, 2005: 266).

Linija razgraničenja između zakonite i nezakonite poreske evazije jasno ukazuje na *svesno i namerno* umanjene ili izbegavanje izmirenja poreskih obaveza. U javnosti se nezakonita evazija smatra nedoličnom, nepoštenom i kažnjivom. Zakonita poreska evazija, s druge strane, shvata se kao znak velike oštroumnosti, pronicljivosti i veštine (Deane, 1984: 1). U literaturi se nailazi na tvrdnju da ekonomska razlika između zakonite i nezakonite poreske evazije skoro da ne postoji dok se priznaju pravne i moralne razlike. Situacija je potpuno drugačija kada je potrebno sa stanovišta države odrediti granicu između prihvatljivih i neprihvatljivih ponašanja poreskih obveznika u okviru zakonite poreske evazije. Zbog same neodređenosti ovog koncepta, a radi pravne sigurnosti obveznika, neophodno je praviti razlikovanje između legitimnog poreskog planiranja ili minimiziranja poreza (*tax planning, tax minimization*) od nelegitimne zakonite poreske evazije (*tax avoidance, aggressive tax planning*). U jednom slučaju (*IRC v. Willoughby, 1997*) razmatranom pred Gornjim domom u V. Britaniji dato je objašnjenje razlike između ova dva koncepta. Obeležje neprihvatljive zakonite poreske evazije jeste mogućnost obveznika da smanji poresku obavezu bez izlaganja ekonomskim posledicama, koje je parlament imao u vidu za sve one koji se kvalifikuju za određeno smanjenje poreske sposobnosti. S druge strane, poresko minimiziranje omogućava obvezniku korišćenje pogodnosti poreski atraktivne opcije koju mu dopušta poresko zakonodavstvo i stvarno snosi ekonomske posledice u skladu sa namerom zakonodavca.

Postoji široko prihvaćeno stanovište savremenih zakonodavaca da svi oblici umanjena poreske sposobnosti obveznika neće biti uvaženi od strane poreskih organa ukoliko je obveznik isključivo težio ili imao jedini motiv da preduzetom transakcijom neopravdano ostvari poresku pogodnost ili neplaćanje poreza. I zakonodavci i sudovi ponekada priznaju da je teško povući preciznu granicu između prihvatljive i neprihvatljive zakonite poreske evazije. Ukoliko se ovi organi drže slova zakona, odnosno doslovnog tumačenja poreskih zakona, neka ponašanja poreskih obveznika se ne bi mogla sprečavati jer se transakcije zasnivaju na pravno definisanim kategorijama. Zbog toga se mora „gledati kroz“ upotrebljene zakonske izraze kako bi se otkrila volja zakonodavca. Smisao, odnosno cilj poreskih zakona jeste ubiranje poreskih prihoda i ostvarenje pravične raspodele poreskog tereta. Stoga je jasan zaključak da ukoliko se obveznik kreće unutar granica poreskog zakona, a upotrebljenim poreskim konstrukcijama pokušava da smanji poresku sposobnost na nivo koji zakonodavac nije imao u vidu, takvo ponašanje nije u skladu sa svrhom i duhom zakona. U suštini, radi se o zloupotrebi primene poreskih normi.

Nelegitimno minimiziranje poreske obaveze ima sledeće karakteristike:

- upotrebljene pravne konstrukcije nemaju poslovni ili ekonomski cilj kao njihovu primarnu svrhu (postoji elementartificijelnosti),
- često se iskorišćavaju rupe u zakonu ili zakonska rešenja koriste za svrhe koje zakonodavac nije imao u vidu,
- saveti dobijeni uz naknadu od strane poreskog savetnika čuvaju se kao tajna, što predstavlja jedan od uslova iz ugovora zaključenog između poreskog savetnika i klijenta (poreskog obveznika) (Tax Evasion and Avoidance, 1980: 7).

Problemi vezani za što jasnije preciziranje dopuštenog od nedopuštenog poreskog ponašanja sa stanovišta države posebno su izraženi kod oporezivanja korporativnih poreskih obveznika. Ovi subjekti često koriste aktivnosti čija se zakonitost ne može dovesti u sumnju, kao što je investiranje u poreski privilegovane municipalne obveznice ili korišćenje ubrzane amortizacije. Cilj je da se ne plati više poreza nego što se od njih formalno zahteva po važećim propisima, a verovatno i u duhu zakona. Za razliku od takvog neagresivnog izbegavanja poreza, sve češće se u literaturi pominje „agresivno“ poresko planiranje. To je planiranje koje uključuje poziciju koja je održiva, ali ima neželjene i neočekivane poreske posledice. Poreski organi su uvek suočeni sa rizikom da poreski zakon može biti zlupotrebljen kako bi se postigli rezultati suprotno namerama zakonodavca. Takvo stanje je pogoršano često dugim periodima između kreiranja i primene abuzivnih šema i vremena njihovog otkrivanja od strane poreskih organa i preduzimanja adekvatnih mera za njihovo sprečavanje (Anđelković, 2010: 545).

U savremenoj poreskoj literaturi još uvek se raspravlja o obuhvatnosti koncepta „agresivnog“ poreskog planiranja. Radi se o tumačenjima poreskih zakona iz perspektive obveznika na najpovoljniji način. S druge strane, zadatak sudova je da protumače poreske zakone tako da njihova mišljenja odražavaju pravu volju zakonodavca koja i treba da bude realizovana u svakom konkretnom poreskom slučaju. Najekstremniji vid poreske agresivnosti predstavlja *tax shelter*, odnosno korišćenje artifičijelnih poreskih olakšica. U tom smislu se koriste posebna pravna sredstva, praznine u poreskim propisima, poslovanje u poreskim oazama i dr., tako da često ovim transakcijama nedostaje poslovna svrha. Legalnost ovakvih aktivnosti može biti osporena od strane poreskih organa jer su na granici sa nezakonitim ponašanjima, pa su stoga i neprihvatljiva imajući u vidu ciljeve poreskih zakona. Teškoće u vezi određivanja nijansi u ponašanjima poreskih obveznika, kod kojih nisu

prekršeni poreski propisi, utiču na zauzimanje neodgovarajućeg pristupa njihovom sprečavanju. Takva neodređenost, na primer, u poreskom sistemu SAD stvara dilemu i neizvesnost kod poreskih savetnika i njihovih klijenata da odrede da li pojedina poreska strategija predstavlja dozvoljenu poresku uslugu ili zabranjeni proizvod korišćenja zloupotrebe poreskih pogodnosti (Terando, Kurtenbach, 2009: 118).

3. Savremeni pristupi u sprečavanju fenomena zakonite neprihvatljive poreske evazije

Radi regulisanja i rešavanja pitanja u vezi sa zakonitom neprihvatljivom poreskom evazijom primećuje se različit razvoj teorije i prakse s obzirom na to da li se radi o državama precedentnog prava ili državama kontinentalnog pravnog sistema.² U prvoj grupi zemalja uglavnom se primenjuju sudski oblikovane doktrine zasnovane na tumačenjima poreske regulative. Rešenja se kreću od korišćenja doktrine da je suština važnija od forme (eng. *substance over form doctrine*), oslanjanju na tzv. ekonomsku interpretaciju, primeni građanskopravnog koncepta ništavosti simulovanih pravnih poslova do pozivanja na opšti standard zabrane zloupotrebe prava (izigravanja zakona – *fraus legis*).

Druga grupa zemalja uglavnom se oslanja na opšta zakonodavna pravila (eng. *general anti-avoidance rules, GAARs*) koja omogućavaju poreskim vlastima oporezivanje poslovne aktivnosti, ne prema zakonskom obliku, nego prema ekonomskoj suštini. U državama u kojima postoji stroga podela vlasti smatra se da sud ne sme da zamenjuje zakonodavca i ukoliko poreski zakon propusti da oporezuje neke situacije, nastale pravne praznine sud ne može popunjavati pozivajući se na opšti pravni standard zabrane zloupotrebe prava. Ovi pravni sistemi više su usmereni na primenu zakonskih mera uvedenih da bi se dobili opšti propisi³ koji će se primenjivati u situacijama kada poreski obveznici strukturiraju svoje transakcije u posebne pravne forme da bi ostvarili kakvu poresku pogodnost koju zakonodavac nije imao u vidu.

Položaj opšteg pravila u poreskom pravu treba sagledavati sa stanovišta volje zakonodavca a to je pravično oporezivanje. Transakcije koje su obuhvaćene opštim pravilom su one koje su u skladu sa zakonom, ali na način koji

2 Ovakvo razlikovanje danas nije tako jasno zato što ima primera *civil law* država u kojima se u ticaj sudskih doktrina u domenu sprečavanja izbegavanja poreza pojačao kao i *common law* država koje su uvele opšte anti-abuzivno zakonodavstvo.

3 U suštini, opšta anti-abuzivna pravila se zasnivaju na ugradnji principa zabrane zloupotrebe prava „pozajmljenog“ iz domena privatnog prava.

zakonodavac nije želeo dopustiti. U tom smislu i treba razumeti ovo pravilo kao sredstvo za popunjavanje rupa u poreskim propisima. Opravdanje za njegovu primenu proizlazi iz duha poreskih zakona i celokupnog pravnog poretka da treba postupati u skladu sa načelom savesnosti i poverenja, pa u skladu s tim i pošteno prijavljivati transakcije, odnosno prihode. Većina pravnih sistema sadrži i specifične antiabuzivne mere koje se primenjuju na specifične situacije, jednostavnim uskraćivanjem pojedinih poreskih pogodnosti pod određenim okolnostima. Najčešće su to pravila koja se odnose na utanjenu kapitalizaciju, transferne cene, kontrolisanu inostranu korporaciju i dr. Postoji mišljenje da specifična antiabuzivna pravila mogu biti korisna, ali da njihova široka primena čini poreski sistem složenijim i više fokusiranim na detalje nego na princip (Zimmer, 2002: 64). S druge strane, ima autora koji smatraju da su neka specifična antiabuzivna pravila potpuno efikasna u pružanju veće sigurnosti obveznicima nego opšta pravila bez jasno definisanih poreskih situacija na koja će se primenjivati (Thuronyi, 2003: 197). Imajući u vidu činjenicu da specifična pravila ne mogu sprečiti kreativnije forme izbegavanja poreza, opšta pravila bi se primenjivala kao njihova dopuna.

Zakonodavne promene, u velikom broju zemalja, usmerene na uvođenje opštih pravila radi sprečavanja različitih formi zakonitog izbegavanja poreza praćene su i intenzivnim naporima na širenju međunarodne poreske saradnje. Uzajamna pravna pomoć u poreskim stvarima sve više zadobija multilateralni karakter, pre svega, razmena poreskih informacija na zahtev ili automatski. Takve aktivnosti omogućavaju poreskim administracijama da budu bolje osposobljene kako bi brže identifikovale agresivne šeme izbegavanja plaćanja poreza, koje nisu u skladu ni sa slovom ni sa duhom poreskih zakona (Owens, 2012: 517).

Efikasnost mera sprečavanja agresivnog poreskog planiranja zavisi od sposobnosti poreskih administracija da blagovremeno utvrde takve aranžmane preduzete od strane poreskih obveznika i njihovih savetnika (Larin, Duong, Jacques, 2008: 158). Iskustvo u pojedinim državama pokazuje da tradicionalne poreske kontrole same po sebi često nisu dovoljne da obezbede ovu vrstu informacija. Iz tog razloga se uvodi obaveza za poreske obveznike i njihove savetnike da na vreme prijavljuju podatke o preduzetim transakcijama kako se kasnije ne bi izložili zakonskim sankcijama. Ovakvu meru uvele su Kanada, Portugalija, Velika Britanija i SAD (Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure, 2011: 6).

Rešavanje problema izazvanih međunarodnim izbegavanjem plaćanja poreza postaje danas politički prioritet u delovanju G20 i OECD. Februara 2013. godine OECD je objavio Izveštaj pod nazivom *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*. Cilj ovog dokumenta je da osigura da međunarodna i nacionalna poreska pravila ne omogućavaju ili ne ohrabruju multinacionalne kompanije da smanjuju ukupne poreze veštačkim izmeštanjem profita u zemlje sa nižim poreskim opterećenjima. OECD je objavio jula 2013. godine *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* sa predviđanjem konkretnih aktivnosti u pojedinim oblastima oporezivanja radi njegove realizacije navedenog izveštaja. Jedna od njih tiče se i obezbeđenja efektivnosti antiabuzivnih pravila. Problemi sa konsolidacijom javnih finansija primorali su veliki broj država da sporazumno prihvataju međunarodna poreska pravila radi očuvanja nacionalnih poreskih osnovica, uz pružanje sigurnosti legitimnim prekograničnim transakcijama. Najnoviji dokument (*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Report, 2014 Deliverables*) upravo objavljen na sajtu OECD sadrži prvi niz preporuka o merama koje treba preduzeti u okviru određenih aktivnosti.

Na kraju ovog dela rada sledi kratka napomena da srpsko poresko pravo poznaje specifična antiabuzivna pravila koja se tiču transfernih cena i utanjene kapitalizacije. U Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji član 9. propisuje načelo fakticiteta koje se sastoji iz tri pravila⁴: 1) poreske činjenice se utvrđuju prema ekonomskoj suštini; 2) ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao; 3) ako su na propisima suprotan način ostvareni prihodi, odnosno stečena imovina, Poreska uprava će utvrditi poresku obavezu u skladu sa zakonom kojim se uređuje odgovarajuća vrsta poreza. Načelo po kome se poreske činjenice utvrđuju prema njihovoj ekonomskoj suštini relevantno je u situacijama koje nisu eksplicitno uređene poreskim zakonima. Dilema koja se javlja u drugim pravnim sistemima u pogledu odnosa između specifičnih pravila i opšteg antiabuzivnog u našem poreskom pravu ne postoji. Ovako definisana odredba čl. 9. ukazuje da je u pitanju opšte načelo poreskog postupka, a ne opšte antiabuzivno pravilo. Srpski zakonodavac nije izričito predvideo uslove za primenu načela fakticiteta i pravna sigurnost bi nalagala da se oni propišu kako bi se sprečile mogućnosti za njegovo preširoko korišćenje od strane poreskih organa. Iz tog razloga primena i tumačenje načela fakticiteta mogu biti i na štetu, ali i na korist obveznika (Kostić, 2011: 80).

⁴ Član 9. Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, *Sl. glasnik RS*, 80/02, ..., 93/12, 47/13, 108/13, 68/14.

3.1. Sprečavanje zakonite neprihvatljive poreske evazije u pravu SAD i Velike Britanije

Sudovi u SAD više od pedeset godina su tumačili i primenjivali poresko pravo uz pomoć različitih *common law* doktrina, kao što su: prednost suštine nad formom, postojanje poslovne svrhe, prividne transakcije, ekonomska suština. Sve one su dugo korišćene radi sprečavanja zloupotrebe prava u domenu oporezivanja, ali njihova primena je ipak ostala sporna (Bankman, 2000: 5).

Doktrina poslovne svrhe objašnjava da, kada transakcija nema drugu stvarnu poslovnu svrhu osim poreske uštede, transakcija neće biti dopuštena u poreskom smislu. Doktrina da je suština važnija od forme znači da će nezavisno od oblika transakcije ekonomska sadržina određivati njen poreski tretman. *Step transaction* doktrina podrazumeva da će se oporezivanje složenih transakcija vršiti pozivanjem na početne i završne momente radije nego da se zahvata svaki međukorak tokom odvijanja transakcije.

Tokom 2010. godine izvršena je kodifikacija doktrine o prednosti ekonomskog pristupa u suzbijanju različitih šema poreskog planiranja i minimiziranja poreskih obaveza. To je učinjeno na nešto neuobičajen način predviđanjem određenih poreskih odredaba u *The Health Care and Education Reconciliation Act* (Public Law No. 111–152) koje su ugrađene u američki Zakon o službi unutrašnjih prihoda (Robertson, Quinn, Carr, 2010: 2).

Primena napred navedenih doktrina od strane sudova izuzetno je zahtevna i traži postizanje ravnoteže različitih zakonskih odredaba, ciljeva i interesa. Radi eliminisanja nesigurnosti njihove primene na poreske aktivnosti obveznika i mogućih rizika koje podrazumeva aktivan pristup poreske administracije i sudova u tumačenju zloupotrebe prava, smatralo se da je bolje uvesti opšte antiabuzivno pravilo (Kovačević, Gadžo, 2013: 661).

Sudovi u Velikoj Britaniji primenjuju pravilo formulisano u slučaju *Ramsay* kada tumače poreske zakone. Ova sudski stvorena doktrina omogućava sudovima da koriste ciljno tumačenje u nametanju volje zakonodavca za razliku od ranije korišćenog doslovnog tumačenja. Poresko zakonodavstvo Velike Britanije obiluje i brojnim specifičnim pravilima protiv zloupotrebe prava. Godine 2004. uvedena su pravila pod nazivom *DOTAS (Disclosure of Tax Avoidance Scheme)*, koja obavezuju poreske savetnike da poresku administraciju obaveštavaju o

novim šemama izbegavanja plaćanja poreza. *DOTAS* režim ima dva cilja. Primarno, namera je bila da se obezbedi da poreska administracija postane svesna potencijalnih artificijelnih šema što je moguće ranije. Pored toga, želelo se da to bude sredstvo odvratanja od preteranih (neobičnih) poreskih zloupotreba.⁵ Iz više razloga, britanske poreske vlasti su odlučile da uvedu opšte antiabuzivno pravilo koje se primenjuje od 17. jula 2013. godine. Predviđeno je da ono ima nešto užu primenu, u odnosu na *GAAR* u drugim jurisdikcijama, u pogledu sprečavanja posebno agresivnih formi poreskog planiranja (Freedman, 2014: 167).

Novo opšte antiabuzivno pravilo ima za cilj da spreči poreski motivisane transakcije gde je „dobijanje poreske pogodnosti glavna svrha ili jedna od glavnih svrha preduzetih aktivnosti“. *GAAR* nije usmeren da obu hvati uobičajene poslovne aranžmane ukoliko se oni ne smatraju artificijelnim. Ono će se primenjivati samo kada pravac akcije preduzete od strane obveznika ukazuje na ostvarivanje povoljnog poreskog rezultata koji zakonodavac nije predvideo u vreme donošenja relevantnog zakona i, ono što je ključno, gde takav pravac aktivnosti ne može razumno biti smatran razumnim (Tiley, 2014: 30–31). To znači da za primenu *GAAR* treba da budu zadovoljeni svi uslovi koje zahteva tzv. test

„dvostruke razumnosti“. Ove okolnosti obuhvataju proveru ispunjenosti sledećih uslova: da li su stvarni rezultati aktivnosti u skladu sa principima i politikom ugrađenim u poreska pravila; da li postoje izmišljene ili abnormalne faze; da li postoji namera da se iskoriste praznine u poreskim zakonima. Britanska poreska administracija treba da konsultuje novoformirano savetodavno telo koje daje mišljenje o razumnom vođenju poslova obveznika. Sud prilikom odlučivanja može da uzme u obzir mišljenje ovog tela kao i druge materijale koji su od značaja za pravilno utvrđivanje prave prirode preduzete transakcije. Vreme će pokazati prave efekte ovog novog dodatnog zakonodavnog „oruđa“ usmerenog na sprečavanje specifičnih aranžmana koji se smatraju abvuzivnim izbegavanjem poreza.

3.2. Pristupi zakonitoj neprihvatljivoj poreskoj evaziji u francuskom i nemačkom pravu

U francuskom pravu opšte antiabuzivno pravilo, predviđeno čl. 64. Zakona o poreskom postupku, ovlašćuje poresku administraciju da zanemari ili ne prizna bilo koju pravnu transakciju za koju se smatra da je abuzivna u poreskom smi-

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.

slu. Primena principa zabrane zloupotrebe prava ne sprečava obveznika da izabere najpovoljniji pravni put za svoju transakciju. U suštini, da bi se utvrdilo postojanje zloupotrebe prava, potrebno je dokazati da pravna forma transakcije ne odgovara njenom sadržaju.

Abuzivnost transakcija se procenjuje na osnovu dva kriterijuma: (1) da je transakcija simulirana (zloupotreba prava pomoću simulacije) i (2) da transakcija nije simulirana, ali da nije u skladu sa duhom zakona i isključivo je motivisana izbegavanjem ili umanjnjem poreskih obaveza koje bi inače obveznik morao da plati da se nije opredelio za ovu transakciju (zloupotreba prava pomoću *fraus legis*).

Transakcija će se smatrati zloupotrebom prava pomoću *fraus legis* ukoliko je obveznik ušao u transakciju samo iz poreskih razloga kao i da je koristio zakonsku odredbu na način koji je suprotan ciljevima i duhu zakona. Drugim rečima, radi procene postojanja zloupotrebe prava neophodno je pogledati kako nameru obveznika tako i nameru zakonodavca. Francuska poreska administracija mora da dokaže da je jedina svrha transakcije bila izbegavanje ili umanjnje poreza (npr. neće postojati zlupotreba prava ako obveznik ima valjano neporesko opravdanje). U pogledu namere zakonodavca potrebno je identifikovati ciljeve i duh poreskih zakona. U principu, teret dokazivanja o ispunjenosti uslova za postojanje abuzivnih transakcija leži na poreskoj administraciji. Ukoliko se ona poziva na opšte antiabuzivno pravilo, obveznik ili sama administracija mogu se obratiti Savetodavnom odboru za sprečavanje zloupotrebe prava, koji će razmotriti dati poreski slu čaj. Ukoliko ovaj nezavisni organ odluči u korist obveznika, teret dokazivanja je i dalje na poreskoj administraciji. Međutim, ukoliko je odluka u korist francuske poreske adminstracije, obveznik će morati da dokaže da uslovi za postojanje zloupotrebe prava nisu ispunjeni. Ocena ovog organa nije obavezujuća, ali u praksi sud teži da prati njegovo mišljenje.

U nemačko poresko zakonodavstvo ugrađeno je nekoliko antiabuzivnih odredaba. U čl. 41. Federalnog zakona o poreskoj proceduri propisano je da će se oporezovati i oni pravni poslovi koji su ništavi s aspekta privatnog prava, ukoliko se realizovala ekonomska suština transakcije. Dalje se u ovom članu navodi da će se fiktivne transakcije zanemariti u poreske svrhe i da će se oporezovanju podvrći disimulovani pravni posao, odnosno onaj koji stranke stvarno žele.

Šire opšte antiabuzivno pravilo sadržano je u čl. 42. navedenog zakona koje propisuje da se porez ne može izbeći zloupotrebom pravnih

konstrukcija. Kada se ustanovi zloupotreba pravne konstrukcije, poreski zahtev će se zasnivati na pravnoj formi transakcije koja odgovara faktičkoj situaciji. To znači da poreski obveznici ne mogu uređivati svoje poslove tako da manipulišu ili izvrnu ekonomsku suštinu transakcije. Član 42. zakona ne označava bliže šta čini sadržinu moguće zloupotrebe pravnih konstrukcija. Nemački savezni poreski sud je istakao nekoliko kriterijuma koji bi trebalo da budu ispunjeni kako bi se primenilo opšte antiabuzivno pravilo. Prvo, da bi se kvalifikovala kao moguća zloupotreba pravne konstrukcije, obveznikova izabrana transakcija mora biti neadekvatna (artificijelna). Test neadekvatnosti treba da pokaže da li bi razumno treće lice, pod istim okolnostima i sa istim poslovnim ciljem, postupilo kako je to učinio poreski obveznik. Ukoliko bi objektivno treće lice postupilo drugačije, smatra se da je transakcija neadekvatna. Međutim, činjenica da pravna konstrukcija omogućava poresku uštedu ne čini je samim tim neodgovarajućom, jer to može biti namera zakonodavca koja omogućava legalno poresko planiranje. Ako obveznik ima na raspolaganju više odgovarajućih pravnih puteva da bi ostvario isti poslovni cilj, član 42. zakona se neće primeniti. Drugi kriterijum se tiče ekonomske neopravdanosti odabrane transakcije a treći kriterijum označava usmerenost transakcije uglavnom na izbegavanje poreza. U slučaju da nemačka poreska administracija uspe da dokaže postojanje navedena tri zahteva, od obveznika će se tražiti da pokaže jasne komercijalne (neporeske) razloge za izabranu strukturu transakcije (to je poslednji uslov). Ukoliko obveznik ne može da razjasni jasne komercijalne (neporeske) razloge transakcije, ona će biti zanemarena u poreske svrhe i smatraće se zamenjenom odgovarajućom pravnom strukturom.

3.3. Težnja ka harmonizaciji nacionalnih antiabuzivnih pravila u okviru EU

Nezavisno od činjenice što sve zemlje članice EU donose nacionalna pravila o sprečavanju abuzivnog ponašanja poreskih obveznika, uočavaju se naponi na nivou EU u pogledu stvaranja zajedničkih antiabuzivnih odredaba pod uticajem prakse Evropskog suda pravde. Svojim odlukama o neusaglašenosti pojedinih nacionalnih specifičnih antiabuzivnih pravila sa osnovnim slobodama garantovanim Ugovorom o Evropskoj zajednici, EU *de facto* uvodi harmonizaciju u ovoj oblasti (Almendral, 2005:569). Kako bi osujetile takav proces, veruje se da će države više koristiti opšte antiabuzivno poresko zakonodavstvo. Međutim, radi otklanjanja poremećaja u prekograničnim transakcijama zbog razlika u nacionalnim pravilima o poreskim

zloupotrebama, postoje predlozi da se formulišu zajednička opšta pravila o suzbijanju agresivnog poreskog planiranja na nivou EU. O tome se govori u različitim dokumentima Evropske komisije (*Commission's Recommendation on Aggressive Tax Planning IP/12/1325*), što će omogućiti državama članicama da ignorišu artificijelne aranžmane korišćene radi izbegavanja poreza i obezbediti oporezivanje na osnovu realne ekonomske vrednosti.

Slučaj *Cadbury Schweppes* (Case C-196/04) predstavlja kamen temeljac na kome se zasniva koncept zloupotrebe prava u oblasti neposrednih poreza (Jiménez, 2012: 270). Pod abuzivnom praksom smatraju se potpuno artificijelni aranžmani koji ne odražavaju ekonomsku realnost i koji imaju za jedini cilj izbegavanje poreza. Ovaj koncept je formulisan na osnovu mišljenja Opšteg pravobranioca suda. Po njegovom shvatanju, postojanje motiva za smanjenje poreza isuviše je objektivni kriterijum za artificijelnost izabranog aranžmana. Zato je on formulisao negativnu definiciju „potpuno artificijelnog aranžmana“, predlažući tri objektivna kriterijuma za aranžmane koji nisu sasvim artificijelni, što je Evropski sud pravde i prihvatio (Prebble, Prebble, 2008: 163). Prvi kriterijum je da filijala mora biti stvarno osnovana u drugoj državi članici i da mora imati sredstva i kapacitet za pružanje usluga koje imaju za rezultat smanjenje poreskog tereta. Drugo, usluge koje pruža filijala moraju biti stvarne. Treći kriterijum zahteva da usluge filijale moraju imati određenu ekonomsku vrednost sa stanovišta matične kompanije. Ako usluge filijale nemaju ekonomsku vrednost, plaćanja matične kompanije za njih ne mogu se smatrati naknadom i plaćanja su prividna (*sham*). Sva tri kriterijuma moraju biti ispunjena, inače aranžman je potpuno artificijelan.

Očigledno je da ovakva praksa Evropskog suda pravde vodi ograničavanju država članica u oblikovanju svojih nacionalnih antiabuzivnih pravila. Pravila ne mogu biti koncipirana suviše široko jer su ograničena definicijom postavljenom od strane suda.

4. Teškoće u primeni antiabuzivnih pravila

Problemi koji se javljaju u pogledu primene opšteg antiabuzivnog zakonodavstva tiču se njihovog adekvatnog tumačenja, kao i odnosa sa načelom zakonitosti. Radi utvrđivanja zloupotrebe poreskih zakona, odnosno indirektnog kršenja poreskih obaveza bitno je izabrati najefikasnije tumačenje opštih pravila za sprečavanje zakonitog izbegavanja poreza. Ako se opšte pravilo

primenjuje na sličan način kao odredba protiv zloupotrebe prava u drugim pravnim oblastima, najvažnije pitanje je da li je određena transakcija u skladu sa namerom zakonodavca. Ili drugi pristup, koji podrazumeva tumačenje opštih pravila na poseban način, kada je važnije to da li je transakcija neuobičajena s obzirom na njenu ekonomsku sadržinu i da li je motiv poreskog obveznika zakonito izbegavanje poreske obaveze. Nejasnoće u vezi sa ovim tumačenjem ne osiguravaju najveću moguću efikasnost antiabuzivnog pravila (Prebble, 2005: 276–277). Danas se može zapaziti generalni trend da sudovi u razvijenim državama odstupaju od doslovnog tumačenja poreskih zakona u korist ciljnog tumačenja, što vodi ukidanju maksime *in dubio contra fiscum*.

Sukob opštih antiabuzivnih pravila sa načelom zakonitosti proizlazi iz zahteva za pravnom sigurnošću poreskih obveznika da će njihove zakonite poslovne transakcije biti smatrane takvima i od strane poreskih organa i sudova. To im, ipak, ne daje za pravo da korišćenjem zakonskih mogućnosti konstruišu poslovne transakcije s isključivom namerom da plate manje poreza. Pravna sigurnost podrazumeva i da poreski obveznici imaju pravo da unapred znaju šta je dopušteno, a šta nije sa stanovišta izvršavanja poreskih obaveza. Međutim, postavlja se pitanje da li obveznik može da se poziva na ovo pravo ako zloupotrebljava svoju poresku poziciju, odnosno ako njegovo ponašanje ima za posledicu neželjeni gubitak poreskih prihoda države. Smatramo da država nije obavezna da takve nesavesne poreske obveznike obaveštava o zakonima koje će primeniti kako bi otklonila uočene nedostatke i praznine u pozitivnim poreskim propisima.

Nepreciznost definisanja transakcija koje su obu hvaćene opštim pravilom proizlazi iz teškoća pažljivog razlikovanja zakonite neprihvatljive poreske evazije od prihvatljivog poreskog minimiziranja. Zakonodavci ne mogu unapred da predvide sve situacije u kojima bi se primenjivala opšta pravila, u suprotnom, bili bi u mogućnosti da uvedu specifična pravila kako bi osujetili ovakva nastojanja. Maštovitost poreskih obveznika je neiscrpna tako da kreatori poreske politike ne mogu predvideti kakve će sve poslovne „šeme“ oni smisliti. U literaturi neki autori osporavaju primenu opštih antiabuzivnih pravila zbog kršenja načela zakonitosti, ali istovremeno ih i opravdavaju, jer zakonita neprihvatljiva poreska evazija podriva dva ključna poreska zahteva za horizontalnom pravičnošću i efikasnošću oporezivanja (Prebble, Prebble, 2010: 38–39). Opravdanje za uvođenje opšteg antiabuzivnog pravila se može naći i u činjenici da neki poreski obveznici, za razliku od kriminalaca, koriste formalnu

prirodu poreskog prava pretvarajući se da se drže slova zakona, a u suštini osujećuju ostvarenje ciljeva poreske politike (Prebble, Prebble, 2010: 45).

Usvajanje i primena antiabuzivnih pravila treba da osiguraju poštovanje načela jednakosti i pravičnosti oporezivanja, s jedne strane, i načela efikasnosti, s druge strane. Saznanja do kojih je došla teorija optimalnog oporezivanja ukazuju da između njih postoji *trade-off* koji je teško pomiriti u praksi. Napuštajući sferu teorijskih razmatranja, savremenim zakonodavcima je bitnije da formulišu antievazivnu politiku koja bi omogućila doslednije funkcionisanje poreskih sistema, što podrazumeva sprečavanje neželjenih gubitaka poreskih prihoda.

5. Zaključak

Agresivnost ponašanja poreskih obveznika sve je izraženija u savremenim ekonomskim tokovima pod uticajem globalizacije svetske trgovine i pružanja finansijskih usluga, razvoja informaciono-komunikacionih tehnologija, naglog širenja elektronskog poslovanja i iskorišćavanja razlika između nacionalnih poreskih sistema. Takva ponašanja često izlaze van okvira poreskih zakona i zalaze u „sivu zonu“ koja se graniči sa nezakonitom poreskom evazijom. Za razliku od prihvatljivog poreskog planiranja (poreskog minimiziranja) razvijene države okupljene u okviru OECD počinju intenzivnije da se bave fenomenom zakonite neprihvatljive poreske evazije. To su takve aktivnosti (transakcije) obveznika koje karakteriše artificijelni karakter, nepostojanje poslovne svrhe, korišćenje praznina u poreskim propisima, zaključivanje simulovanih i disimulovanih poslova, kreiranje hibridnih struktura i dr. Formalno ne kršeći poreske zakone, neki manje savesni ili vešti obveznici, uspevaju na takve načine da ostvare znatne poreske uštede. Time oni nanose štetu fiskalnim interesima rezidentnih država, ali i povređuju prava lojalnih poreskih obveznika. Pravni osnov suprotstavljanja takvim zloupotrebama poreskih obveznika, odnosno abuzivnom ponašanju počiva na narušavanju načela pravičnosti i efikasnosti oporezivanja.

Danas se povećava broj država koje pored specifičnih antiabuzivnih pravila uvode u poreske sisteme i opšte antiabuzivno zakonodavstvo. Uglavnom se zemlje *common law* sistema oslanjaju na sudski kreirane doktrine, od kojih je *substance over form* najznačajnija. Zemlje koje pripadaju krugu *civil law* sistema imaju zakonom formulisana opšta antiabuzivna pravila čiji je cilj da osujete abuzivna ponašanja poreskih obveznika i da popune pravne praznine u poreskim zakonima. Na nivou EU uobličava se antiabuzivna praksa

donošenjem presuda Evropskog suda pravde (koncept neprihvatanja potpuno artificijelne konstrukcije) koja obavezuje države članice da nacionalna antiabuzivna pravila usklade sa pravilima EU. Time se prikriveno i na indirektan način teži ka ujednačavanju nacionalnih pravila o oporezivanju kompanija na evropskom tržištu. Sprečavanje agresivnog poreskog planiranja od strane multinacionalnih kompanija postaje globalni poresko-politički prioritet, što potvrđuje angažovanje OECD i G20 na usvajanju dokumenta *BEPS* od čije primene se očekuje da se osujeti erozija poreskih osnovica i premeštanje dobiti u države sa niskim poreskim opterećenjem i povećaju prihodi rezidentnih država.

U vezi sa primenom opšteg antiabuzivnog zakonodavstva pojavilo se pitanje njegovog tumačenja (više teorijske prirode) – da li ga tumačiti kao i pravilo o zabrani zloupotrebe prava u drugim pravnim oblastima, ili ga tumačiti na poseban način u poreskom pravu? Neki autori dovode u pitanje odnos ovog opšteg pravila sa načelom zakonitosti. Na to se može odgovoriti protivpitanjem: da li takvi nesavesni poreski obveznici (moćne multinacionalne kompanije i veoma bogati pojedinci), koji tumače poreske zakone onako kako to njima najviše odgovara, mogu uopšte očekivati pravnu sigurnost od rezidentnih država, kada oni svojim ponašanjima krše neka osnovna poreska načela i ugrožavaju same osnove nacionalnih poreskih sistema. Mora se priznati da odgovor nije tako jednostavan. Uz verovatnu opravdanost navedenih argumenata ne mogu se sa sigurnošću sagledati krajnji efekti upotrebe antiabuzivnih pravila. Da li će ove mere osnažiti nacionalne poreske sisteme ili će stvoriti uslove za prikrivenu harmonizaciju procesa oporezivanja na globalnom planu, ostaje da se vidi. Imajući u vidu sve veći broj država (vlada) koje se saglašavaju sa automatskom razmenom informacija kao globalnim poreskim standardom, čemu pogoduje neverovatno brz razvitak informaciono-komunikacionih tehnologija za prenos različitih vrsta podataka, čini se da je druga mogućnost izvesnija.

Literatura

- 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
- Anđelković, M. (2010). Poreskoppravna odgovornost privrednih subjekata. *Pravo i privreda*. 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](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/~usclev/pdf/074102.pdf](http://www.bcf.usc.edu/~usclev/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](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. 67–173
- Jiménez, A. M. (2012). Towards a Homogeneous Theory of Abuse in EU (Direct) Tax Law. *Bulletin for international taxation*. April/May. 270–291
- Kovačević, N. Ž., Gadžo, S. (2013). Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog zakona 2012.:“proboj pravne osobnosti“ trgovačkih društava u slu čaju zloporabe prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 34 (2). 635–670. Retrieved 15, Jule 2014, from [http:// :hrcak.srce.hr/119380](http://hrcak.srce.hr/119380)
- Kostić, S. (2011). Načelo fakticiteta u svetlu primene pravila o transfernim cenama i utanjenoj kapitalizaciji u srpskom poreskom pravu. *Pravo i privreda*. 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
- Rišar, Ž. F. (2008). *Tačno u podne: dvadeset globalnih problema, dvadeset godina da budu rešeni*. Beograd: 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>
- Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji. *Službeni glasnik RS*. Br. 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 f laws 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.

STARIJI OSUĐENICI

Apstrakt: U kriminološkoj literaturi se iznosi jasan stav da je kriminalitet starijih u neposrednoj vezi s njihovim stupanjem u novi period života. Kod starijih delinkvenata moguće je uočiti obrazac u razvoju delinkventne aktivnosti, strukturu kriminaliteta, polnu zastupljenost delinkventnih lica, prethodno kažnjavanje, društveni status ostarelih delinkvenata. Kriminološka istraživanja starijih bila su najčešće u domenu ispitivanja straha od kriminaliteta, njihove viktimizacije u okviru porodice, dok je njihova delinkvencija mnogo ređe bila predmet izučavanja. Izučavanje delinkvencije starijih najčešće je bilo u značenju potreba i teškoća s kojima je suočena zatvorska populacija u trećem dobu, kada su izrečene dugogodišnje zatvorske kazne, a pravila uslovnog otpusta ostaju stroga, ili kada se kritikuje manjak posebnih socijalno prilagođenih penitencijarnih ustanova za ostarele osuđenike. Nivo kriminaliteta opada s povećanjem godina starosti. Za razliku od konstantnog porasta udela starog stanovništva u odnosu na mlađe stanovništvo u razvijenim zemljama sveta, udeo osuđeničke populacije, među osobama od 55 godina života i starijih, u odnosu na mlađe osuđenike, ipak je znatno manji. Naime, različita pitanja koja se odnose na „stare osobe iza rešetaka“ postala su, vremenom, predmet interesovanja, kriminologa i penologa, državne administracije, i međunarodnih organizacija koje se zalažu za primenu ljudskih prava. Utamničeni muškarci i žene uobičajeno pate od fizičkih i psihičkih poteškoća koje karakterišu osobe na slobodi, ali bar desetak godina starije. Nasilje, anksioznost, stres u zatvorskim uslovima, odvojenost od porodice i prijatelja, kao i spoznaja mogućnosti da će sav ili skoro sav ostatak života provesti iza rešetaka, sve zajedno mogu dovesti do ubrzanog procesa starenja kod osuđenih lica.

Ključne reči: starost, stariji osuđenici, delinkvencija starijih, tretman starijih.

*kosticm@prafak.ni.ac.rs

1. Pojam i granice starosti

Iznalaženje realne mogućnosti za neprekidno trajanje života nije ništa manje kobno od smrti, osim u predanjima i verovanjima, gde natprirodna bića svoju besmrtnost potkrepljuju brojnim preimućtvima (Kostić, 1997: 89). Pošto senescencija počinje od rođenja, paradoksalno je da proces starenja i starost kao životno doba budu tabu teme. „Svaki čovek želi dugo da živi“, pa samim tim „biti star“ ne treba da predstavlja bilo kakvo posebno sporno pitanje. Ali „niko ne želi da ostari“, pa se starost među stanovništvom većine država sveta sve više posmatra kao „socijalni problem“.¹

Tokom razvoja ljudskog društva ljudski vek nije uvek trajao isto, već se naprotiv produžavao, pa se trenutak kada neko ulazi u staračko doba određivao po različitim kriterijumima (broj godina, radna sposobnost, fizički izgled). Betty Friedan, u svom delu *Fountain of Age*, navodi da je samo 8% Amerikanaca preko 65 godina starosti prihvatilo termin “star”, da time opiše sebe. Skoro polovina ispitanika opredelila se za termine: “senior građanin”, “zreo Amerikanac”, ili “penzionisana osoba”, kao prihvatljive za opis svog statusa (Friedan, 2006).

U savremenoj medicinskoj literaturi zastupljeno je mišljenje da termine “stare osobe” i “senior građani” treba definisati uzimajući u obzir pre funkcionalni status, nego hronološke godine, mada se iz administrativnih razloga starost osobe izražava godinama (65 ili 75 godina). Takođe, pravi se podela ove grupe na dve podgrupe: “mlađe-starije osobe” (65–74 godine) i na “star-starije osobe” (preko 85 godina starosti) (Krupp, 1988: 4).

Produženje trajanja ljudskog veka značilo je stalno povećavanje broja starih osoba u odnosu na ukupnu populaciju jedne zemlje. U 20. veku, u odnosu na prethodna razdoblja, ostvarena je revolucija u trajanju ljudskog života. Prosečno očekivano trajanje ljudskog veka poraslo je za 20 godina do 1950. godine, pa je prosečna starost tada dostigla 66 godina života. Očekuje se produženje trajanja ljudskog veka za još 10 godina do 2050. godine. Ovaj demografski trijumf i brzi porast populacije u prvoj polovini 21. veka ukazuje da će broj osoba preko 60 godina starosti narasti od oko 600 miliona u 2000.

1 “...promena koja bi vodila ka korisnom, aktivnom i razvojno orijentisanom pogledu na starenje može da proizide iz sopstvenih postupaka starih ljudi, kroz samu snagu njihovog rastućeg broja, pa samim tim i uticaja. Kolektivna svest o tome šta starenje znači, u smislu koncepta društvenog izjednačavanja, može vremenom postati koristan činilac u promeni stava”. „International Plan of Action on Ageing“, 1/para. 32, cit. u: *Social Gerontology: „Old Age Across Cultures and Time“*.

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

2000. godini na skoro 2.000 miliona u 2050. godini. Procenjeno je da će se proporcionalna zastupljenost osoba, koje su određene kao stare/ostarele, globalno povećati od 10% u 1998. godini na 15% u 2025. godini.

Porast broja starih stanovnika biće najveći i najbrži u razvijenim zemljama sveta, i to u četvorostrukom iznosu za sledećih 50 godina. Taj će porast u najmanjoj meri biti zabeležen u zemljama Afrike (Madrid International Plan, 2002). Nešto precizniji podaci ukazuju na to da je pedesetih godina 20. veka u SAD živelo 12.4 miliona muškaraca i žena starijih od 64 godine, što je činilo 8,1% od ukupnog broja stanovnika. Do 2004. godine broj starijih se utrostručio, i porastao je na 36 miliona stanovnika SAD. Prognoza je da će do sredine 2030. godine u SAD živeti preko 70 miliona starijih, što će iznositi 25% od ukupno projektovanog obima američke populacije tada (Eglit, 2004: 1).

U mnogim modernim industrijskim društvima dosegnuti starost kao da podrazumeva pripadanje subordiniranoj grupi ljudi. Stariji su često limitirani u svom učešću u društvenom, ekonomskom i političkom životu, što onemogućava njihov dovoljni uticaj u različitim sferama društvenog života, iako po broju oni nisu manjinska grupa. Većina uloga u socijalnoj strukturi savremenih društava ne pripada starim osobama, i za njih obitava samo nekolicina regularnih, sankcijom zaštićenih mogućnosti za puno učešće u društvenom životu. Razvija se jedan stalni sukobljeni odnos između težnji starih osoba da im pripadnu određene uloge u društvu, i težnji mlađeg dela stanovništva da im te uloge ne dodeli. Zato se položaj starih ljudi može da poredi sa položajem adolescenata. Naime, njihove teškoće da se prilagode društvenim zahtevima su slične. I među jednima i među drugima često postoji osećanje beskorisnosti, kao i spoznaja da njihove želje skoro niko ne spoznaje. Sadašnjost je bitna za radno sposobno stanovništvo – stari ljudi iz sadašnje perspektive nemaju budućnost, a mladi tek treba da stupe na njeno tlo.

U tom smislu, život starih osoba često dobija marginalan karakter, kao bitisanje ljudi koji se nalaze na rubu društvenog života. Uticaj njihovih svakodnevnih aktivnosti na tokove društvenog života ne može se, ni legalističkim okvirom, niti pak nekim opšte prihvaćenim moralnim normama, definisati kao dominantan u procesu donošenja odluka, koje bi menjale stvarnost (Kostić, Đorđević, 2004: 3).

2. Delinkvencija starijih

Međutim, usled opadanje fizičke snage i slabljenja opšteg zdravlja, dolazi i do promena u socijalnom položaju starih osoba u odnosu na onaj koji su imali

kao mlade osobe. Starenjem se gubi inicijativa, opada radna sposobnost i pre odlaska u penziju (pod uslovom da su uopšte bili zaposleni), stare osobe bivaju automatski isključene iz niza aktivnosti koje su sudbonosne za njihovu dalju egzistenciju.

U kriminološkoj literaturi se iznosi jasan stav da je kriminalitet starijih u neposrednoj vezi s njihovim stupanjem u novi period života. Slično tome kako neke mlade osobe, usled teškoća na koje nailaze u prvim fazama socijalizacije (detinjstvo, mladost) otpočinju svoju delinkventnu aktivnost, tako i nedostatnost trećeg doba života, odnosno trećeg perioda socijalizacije, može uticati na pojavu delinkvencije kod ostarelih. Slično, ili čak podudarno kao kod mladih, ili mlađih izvršilaca krivičnih dela, i kod starijih delinkvenata moguće je uočiti obrazac u razvoju delinkventne aktivnosti, strukturu kriminaliteta, polnu zastupljenost delinkventnih lica, prethodno kažnjavanje, kao i društveni status ostarelih delinkvenata (Hardtke, 1991).

I pored toga, ostarele osobe/stara lica dugo nisu bila predmet posebnog kriminološkog izučavanja,² u poređenju sa temama rasne ili rodne pripadnosti, ili seksualne opredeljenosti, koje se dovode u odnos kriminogeneze, ili viktimgeneze njihovog bivstvovanja. U kriminološkoj književnosti otuda se ističe da je zanimanje za starije bilo najčešće u domenu ispitivanja straha od kriminaliteta, ili njihove viktimizacije u okviru porodice, a da je njihova delinkvencija mnogo ređe bila predmet izučavanja. Opet, izučavanje delinkvencije starijih najčešće je bilo u značenju potreba i teškoća s kojima je suočena zatvorska populacija u trećem dobu, kada su izrečene dugogodišnje zatvorske kazne, a pravila uslovnog otpusta ostaju stroga, ili kada se kritikuje manjak posebnih socijalno prilagođenih penitencijarnih ustanova za ostarele osuđenike. Takođe, čak i kada kriminolozi iskažu interesovanje za ostarele učinioce krivičnih dela, njihova pažnja usmerena je na starije kao seksualne delinkvente, dok su druge kategorije starijih izvršilaca krivičnih dela zanemarene (Oxford, 2007: 160).

2 U kriminološkoj teoriji postoje tri grupe shvatanja koje se odnose na pitanje starosti. Po prvoj, najrasprostranjenijoj u kriminologiji, pojam „starost“ se koristi kao deskriptivna kategorija. Drugo, suštastveno, analitičko određenje, potiče iz teorije socijalne gerontologije, dok je treće određenje vezano za viktimološki pristup starenju i starim osobama. Videti: 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.britisccrim.org/volume2/006.pdf>, pristup: 25.11.2008.

Prema statističkim pokazateljima u SAD, mlađe osobe se mnogo učestalije javljaju kao izvršioци krivičnih dela, u odnosu na punoletne i one starije. S druge strane, u oblastima SAD u kojima je skoncentrisaniji život većeg broja starijih lica u odnosu na mlađe, poput države Floride, njihova delinkvencija uočava se kao statistički značajna. Na Floridi, procenat starijih lica koja vrše krivična dela raste brže od procenta odraslih ili mlađih osoba koje počinu neku delinkventnu aktivnost. Između 1980. i 1998. godine, stopa seksualnih delinkvenata s Floride u uzrastu od 60 godina i starijih porasla je za 171%, dok su razbojništva porasla za 168%, a teške telesne povrede za 13%. Otuda izjava odgovornog lica u Centru za obuku policije na Floridi da policajci „na svoje ogromno iznenađenje nalaze sebe kako stavljaju lisice nekome ko je stariji od 65 godina (...), i da pokušavaju da ih upozore da to što su stariji ne znači i da su nevinii“. Ipak, na nivou SAD nivo kriminaliteta starijih nije tako značajan. Tokom 2000. godine, osobe uzrasta od 65 godina i starije učestvovalе su u ukupnom broju hapšenja u SAD sa 0,6%, a među krivičnim delima dominirale su krađe, poput džeparenja, praćene teškim telesnim povredama (Titus Reid, 2003: 41).

Međutim, analizom navedenih podataka o distribuciji kriminaliteta na nivou SAD, u češće starijih u ukupnom kriminalitetu je veoma nisko. Prema podacima iz Uniform Crime Reports, ukupan broj hapšenja u SAD, u 2012. godini bio je 9.446.660, ili 100%. Od toga, broj hapšenja starijih lica, za pojedina krivična dela, ili grupe krivičnih dela, bio je zastupljen na sledeći način: od 60 do 64 godine – 118.772 hapšenja ili 1,3%, a preko 65 godina – 81.758 hapšenja ili 0,9%. Distribucija kriminaliteta, prema oblicima ispoljenih kriminalnih ponašanja, u izveštaju je predstavljena na sledeći način: ubistvo i umišljajno ubistvo: od 60 do 64 godine 100, preko 65 godina 93; silovanje: od 60 do 64 godine 200, preko 65 godina 167; razbojništvo: od 60 do 64 godine 250, preko 65 godina 108; teške telesne povrede: od 60 do 64 godine 4.059, preko 65 godina 3.223; provalne krađe: od 60 do 64 godine 1.011, preko 65 godina 607; krađe: od 60 do 64 godine 10.482, preko 65 godina 7.757; krađe motornih vozila: od 60 do 64 godine 225, preko 65 godina 118; paljevine: od 60 do 64 godine 114, preko 65 godina 73; drugi oblici delinkventnog ponašanja: od 60 do 64 godine 10.631, preko 65 godina 8.752; falsifikovanja: od 60 do 64 godine 428, preko 65 godina 239; prevare: od 60 do 64 godine 1.755, preko 65 godina 1.323; pronevere: od 60 do 64 godine 141, preko 65 godina 78; trgovina ukradenom robom: od 60 do 64 godine 430, preko 65 godina 211; vandalizam: od 60 do 64 godine 1.177, preko 65 godina 976; neovlašćeno nošenje oružja: od 60 do 64 godine 1.094, preko 65 godina 953; seksualna delinkvencija: od 60 do

64 godine 481, preko 65 godina 371; zloupotreba opojnih droga: od 60 do 64 godine 1.340, preko 65 godina 1.622; kockanje: od 60 do 64 godine 8.604, preko 65 godina 3.651; nasilje u porodici: od 60 do 64 godine 167, preko 65 godina 156; vožnja u pijanom stanju: od 60 do 64 godine 733, preko 65 godina 510; zloupotreba alkohola: od 60 do 64 godine 21.462, preko 65 godina 15.403; pijanstvo: od 60 do 64 godine 3.409, preko 65 godina 1.851; prestupi: od 60 do 64 godine 8.497, preko 65 godina 4.326; skitničenje: od 60 do 64 godine 5.290, preko 65 godina 3.625. Posebno su izdvojeni slučajevi hapšenja lica od 60 do 64 godine za kriminalitet nasilja 4.609 ili 1,1%, a za imovinski kriminalitet 11.832 ili 0,9%, i lica preko 65 godina za kriminalitet nasilja 3.591 ili 0,9%, a za imovinski kriminalitet 8.555 ili 0,7%, u odnosu na ukupan broj hapšenja (Uniform Crime Reports, 2012).

U prikazanoj analizi distribucije kriminaliteta po vrsti krivičnog dela i uzrastu učinilaca, interesantno je da kod svih oblika ispoljenih kriminalnih, odnosno delinkventnih aktivnosti broj hapšenja starijih od 65 godina opada u odnosu na starosnu grupu od 60 do 64 godine. Izuzetak je jedino kod zloupotreba opojnih droga, gde je broj hapšenja porastao u uzrasnoj grupi od 65 godina i stariji.

Opšti zaključak je da nivo kriminaliteta opada s povećanjem godina starosti. Ovaj fenomen bio je kriminološki objašnjavan s različitih aspekata. Kriminolozi koji su imali za predmet svog interesovanja razvitak kriminalnih karijera pojedinaca smatraju da normalni procesi biološkog i sociopsihološkog sazrevanja smanjuju kriminalnu aktivnost, a da starost omogućava ljudima da mnogo ispravnije procenjuju verovatnoću uspešnosti kriminalnog ponašanja. Mnogi delinkventi nemaju finansijske dobitke tokom dugog perioda vremena, niti uspevaju da uspešno izbegnu hapšenje, osudu, niti upućivanje u ustanove. No, bez obzira na različite objektivne i subjektivne okolnosti, čini se da se „privlačnost kriminaliteta bitno smanjuje kako kriminalci postaju stariji“ (Titus Reid, 2003: 41).

U domaćoj kriminološkoj literaturi, u delovima koji se bave pitanjima kriminalne fenomenologije, distribucija kriminaliteta prema starosti zaokuplja pažnju pisaca u onoj meri koja se odnosi na stalno rastući obim maloletničke delinkvencije, odnosno njeno opadanje, u odnosu na pojavu sasvim novih oblika kriminalne aktivnosti među mladima. S druge strane, ovo pitanje, ipak, nalazi svoje mesto u literaturi iz oblasti pravne medicine, tačnije sudske psihopatologije. Tako, Jevtić razmatra pitanja forenzičkog značaja starosnih duševnih nenormalnosti, odnosno krivičnu odgovornost učinilaca u slučaju

krivičnu odgovornost učinilaca u slučaju starosnih psihotičnih stanja. S obzirom na to da aterosklerotični duševni poremećaji i senilna demencija dovode u pitanje podobnost za uračunljivost, a samim tim i sposobnost za rasuđivanje, deliktna ponašanja takvih osoba, kao izrečene uvrede, klevete, krivokletstva, ipak se otežano dokazuju zbog običajnog uvažavanja godina, ili poštovanja prema starijima. Jevtić kod takvih osoba posebno naglašava „interesovanja za sva materijalna pitanja“, zatim tvrdoglavost, pedanteriju, vlastoljublje. Moguće je i mladalačko euforično raspoloženje, poseban način oblačenja i ponašanja, koji ih često čini žrtvama zlorabotrebama. Međutim, ono što ih karakteriše jesu i seksualni delikti, kao „egzibicionizam ili bludne radnje i napastvovanje devojčica, pa i dečaka“ (Jevtić, 1959: 351).

U kriminološkoj literaturi, pogotovu onoj iz anglosaksonskog govornog područja, jasno se iznose tvrdjenja da je delinkvencija starijih ipak postala predmet interesovanja u kriminologiji, ali tek od sedamdesetih godina prošloga veka, kada je i zapažen enormni porast broja ovih stanovnika u SAD. Najranije studije iz ove oblasti predskazivale su da će se u budućnosti stariji sve više upuštati u vršenje krivičnih dela, i da će se time stvoriti još jedan rastući socijalni problem. Ove tvrdnje su ponovo razmatrane od strane kriminologa osamdesetih godina prošlog veka, kada je i dovedena u pitanje validnost ove tvrdnje. Rezultati obimnih studija u SAD su sadržali istu tvrdnju da kriminalitet starijih nikako ne sme da bude okarakterisan kao „gerijatrijski kriminalni talas“. Takođe, zaključeno je da se povećava obim određenih oblika kriminalnih ponašanja od strane starijih, s jedne strane, dok se, s druge strane, smanjuje obim nekih drugih oblika njihovih delinkventnih aktivnosti. Utvrđeno je da se povećava udeo imovinskog kriminaliteta, a da se smanjuje obim zločina bez žrtve, kao što su: kockanje, opijanje na javnom mestu, skitničenje i prekršaji protiv javnog reda i mira (Flynn, 2000: 47–48).

Interesantno je da čak ni u SAD, sve do 2000. godine, kada su Max Rothman, Burton D. Dunlop i Pamela Entzel uredili monografiju *Elders, Crime, and the Criminal Justice System*, nije objavljena nijedna opsežna studija koja bi se, isključivo ili u najvećoj meri, bavila pitanjima učešća, odnosno polazaja starijih u američkom krivičnom pravnom sistemu.

3. Penitencijarni tretman starijih

Doba života ostarelih, u svim svojim endogenim i egzogenim implikacijama, čini, na prvi pogled, viktimgeničnim samo njihovo bivstvovanje. Predstava o tome čak zamagljuje i njihovu jasno vidljivu poziciju aktivnih aktera krivičnog

događaja – dakle, u svojstvu otkrivenih izvršilaca krivičnih dela, odnosno u logičnom sledu događaja, kao osuđenih lica.

Za razliku od konstantnog porasta udela starog stanovništva u odnosu na mlađe stanovništvo u razvijenim zemljama sveta, udeo osuđeničke populacije među osobama od 55 godina života i starijih, u odnosu na mlađe osuđenike, ipak je znatno manji. Naime, prema nekim statističkim pokazateljima, tokom 1991. godine, udeo osoba starosti od 55 godina i starijih među izvršiocima krivičnih dela u SAD bio je 2,9%, u odnosu na ukupan broj izvršilaca krivična dela. Tokom 1988. godine, oko 604.000 osoba bilo je upućeno u federalne i državne zatvore na izvršenje kazne zatvora u SAD. Od tog broja, oko 20.000 bili su starosti od 55 godina i stariji. To znači da su tada oko 3,3% zatvoreničke populacije činile osobe od 55 godina i starije, dok je istovremeno ta starosna grupa brojala oko 21,4% ukupne populacije Amerikanaca. Ali, kako je naglašeno, zbog ubrzanog porasta tog segmenta opšte populacije u SAD (od 55 godina i stariji) sasvim je racionalno da se očekuje porast udela ostarelih osoba i među osuđeničkom populacijom (Elderly Persons in Prison).

Ova očekivanja, iz vizure današnjice, našla su svoju potvrdu. Naime, različita pitanja koja se odnose na „stare osobe iza rešetaka“ postala su, vremenom, predmet interesovanja, ne samo kriminologa i penologa, ili državne administracije, već i međunarodnih organizacija koje se zalažu za primenu ljudskih prava. Neka njihova istraživanja, za razliku od opšte uvreženog mišljenja, polaze od pretpostavke da nema razlike između starijih i mlađih osuđenika, i da su osuđenici od sedamdeset i pet godina starosti, aktivniji, nezavisniji i zdraviji od onih mnogo mlađeg uzrasta. Međutim, usled biološkog starenja organizma, kod njih se mnogo češće javljaju hronične bolesti i stalna pogoršanja zdravlja. Stoga, u kaznenopopravnom sistemu SAD razvile su se posebne hronološke starosne grupe osuđenika, koje služe da zatvorskoj administraciji ukažu na fizičke i mentalne promene i stanja zdravlja, koje karakterišu proces starenja organizma. Zbog toga, u mnogim saveznm državama SAD ta donja granica u klasifikovanju zatvorske populacije iznosi pedeset godina, a gornja sedamdeset, dok se u socijalnom okruženju, na slobodi, osobe uzrasta od 50 do 55 godina ne mogu smatrati ostarelima. Utamničeni muškarci i žene uobičajeno pate od fizičkih i psihičkih poteškoća koje karakterišu osobe na slobodi, ali bar desetak godina starije. Nasilje, anksioznost, stres u zatvorskim uslovima, odvojenost od porodice i prijatelja, kao i spoznaja mogućnosti da će sav ili skoro sav ostatak života provesti iza rešetaka, sve zajedno mogu dovesti do ubrzanog procesa starenja kod osuđenih lica.

U SAD se primećuje čak dramatičan porast broja osuđenih lica iznad 65 godina starosti. U 2007. godini njih je bilo 16.200, a u 2010. godini već 26.200, ili za 63% više. Tokom tog istog perioda, ukupan broj osuđenih lica bio je povećan za 0,7%. U periodu 1995–2010. godine, bio je primećen vidljiv porast broja osuđenih starijih, s tim što su u statistikama izdvojene osobe od 55 godina i starije, i one do 55 godina. Tokom 1995. godine, u SAD zatvorska populacija je brojala 1.085.369 osuđenika, od toga 32.600 starijih od 55 godina, a u 2010. godini 1.543.206 osuđenika, a od toga 124.400 starijih od 55 godina. Broj osuđenih lica starijih od 55 godina rastao je mnogo brže od rasta ukupne zatvorske populacije, za 282%, u odnosu na 42,1% povećanja zatvorske populacije uopšte (Human Rights Watch: Old Prisoners, 2012).

Kao uzrok za povećanje udela starijih među zatvorskom populacijom u SAD, u literaturi se navode: duževremenske kazne zatvora; doživotne kazne zatvora; povećanje udela starijih izvršilaca među uhapšenima; nedostatak legalnih uslova za raniji otpust (Human Rights Watch: Why the Aging Prison Population, 2012).

Zatvorske zgrade, pravila i običaji u neformalnom sistemu stvaraju se tako da su prilagođeni potrebama i stilu življenja mlađih osuđenika. Rad na udaljenim mestima, stepenište ili stajanje u redu prilikom prozivke nekada predstavljaju nemoguće uslove boravka za starije osuđenike. Inkontinencija i demencija kod starijih stvaraju nove poteškoće, ali i neophodnost drugačijeg prilagođavanja zatvorskog osoblja u postupanju sa starijim osuđenicima, pa stoga „zatvorsko osoblje koje radi sa starijima zna da nema smisla vikati na osuđenika koji ne razume šta mu se govori“ (Human Rights Watch: Conditions of Confinement, 2012).

Rezultati naučnih studija ukazuju da se jasno izdvajaju tri kategorije starijih osuđenika. Prvu grupu čine oni koji su osuđeni na duge vremenske kazne zatvora koje su im izrečene još u mladosti, za primarni nasilni zločin koji su izvršili, i koji su ostarili u zatvoru. Oni se, najčešće, dobro prilagođavaju uslovima života u zatvoru, i često služe za uzor drugima. Međutim, dugački period institucionalizacije, manjak socijalnih veza i ograničenost u radnom iskustvu utiču da se ova grupa suočava s najvećim teškoćama u socijalnoj reintegraciji po otpustu.

Drugu grupu čine delinkventi iz navike, koji su tokom celog svog života između neslobode, odnosno povratnici. Oni se racionalno prilagođavaju životu u zatvoru, često pate od hroničnih zdravstvenih problema, uključujući i istoriju zloupotrebe opojnih droga. Društvene veze su im limitirane, a prošlost radnog iskustva sporadična.

Treću grupu čine oni koji su bili osuđeni zbog teških oblika kriminaliteta u kasnijem periodu života. Najteže se prilagođavaju uslovima života u zatvoru i najčešće su u situaciji da budu viktimizirani od strane drugih osuđenika. Najveći broj njih su seksualni delinkventi.

Za sve tri grupe osuđenih lica treba obezbediti različite programe koji će zadovoljiti njihove potrebe. Pojedinačno, svaki od osuđenika ima različite zdravstvene poteškoće, neki oblik zavisnosti, ili fizičku ili psihičku nesposobnost, prema čemu se moraju odrediti različiti programi postupanja, kojima će se zadovoljiti pojedinačni subjektivni i objektivni interesi osuđenih lica (UNODC, 2009: 126).

Različiti pristupi u istraživanjima starijih osuđenika bave se i različitim pitanjima, kao: lični profili osuđenika; socijalnopsihološke posledice zatvorskog okruženja; jednakost u odnosima osuđenika i statusna hijerarhija; učešće u osnovnim socijalnim institucijama; konformizam u zatvorskim pravilima, kao i uslovni otpust. Svakako da tome treba pridodati i pitanja uvođenja specijalizovanih programa i postupaka, kao i olakšica za starije osuđenike (Goetting, 1983).

Međunarodne organizacije, kao Ujedinjene nacije, bave se posebnim potrebama i izazovima boravka starijih osuđenika u zatvorima. Tu se, pre svega, izučavaju: pristup pravdi; vršenje procena; smeštaj; zdravstvena nega; porodične veze; zatvorski programi; pripreme za otpust i postpenalna podrška; raniji uslovni otpust; multiplikovanost njihovih potreba. Izučavaju se međunarodni standardi vezani za kažnjavanje i zatvaranje starijih delinkvenata, kao i odgovori na potrebe njihovog boravka u ustanovama (kaznena politika; vaninstitucionalne krivične sankcije; formalni sistem) (UNODC, 2009: 123).

4. Zaključna razmatranja

Kod starijih osuđenika uočava se niz sličnih potreba koje moraju da zadovolje u ličnom i društvenom životu na slobodi, i svih posledica koje iz toga proističu (zdravstvena nega i troškovi lečenja, na primer),³ pa se predlaže niz mera

³ Teškoće koje se javljaju upućivanjem ostarelih osuđenika na izvršenje zatvorskih kazni mog u se, uopšteno posmatrano, svrstati u dve kategorije. Jedna obuhvata zdravstvena i socijalna pitanja koja neposredno pogađaju ostarele osuđenike, dok druga obuhvata finansijske teškoće u odnosu na opterećenje zdravstvenih fondova za lečenje i zaštitu ostarelih osuđenika, kao i administrativne teškoće u odnosu na brigu i zaštitu ostarelih osuđenika. Videti: „Elderly Felons: A Research Proposal“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html>, pristup: 17.12.2009.

koje bi, najpre, ublažile teškoće u periodu njihovog utamničenja u popravnim domovima i zatvorima (na primer, troškovi za državu, odsustvo porodice koja bi se o tome starala i sl.), kao i u pripremama za otpust. Tako, moguće je ukazati na neke alternativne korektivne mere za ostarele osuđenike. Zahtev koji mora biti zadovoljen i u ovom slučaju odnosi se na dobrobit i društva i ostarelih osuđenika. Zato je potrebno spojiti, ujednačiti i ispoljavati izvesne stavove u krivičnom pravosuđu, poput: smanjivanja broja institucionalnih mera; povećanja obima olakšica uslovnog otpusta za njih; zaključivanje privatnih ugovora u vezi s posebnim olakšicama za ostarele osuđenike koji treba da budu uslovno otpušteni iz bezbednosnih razloga; kao i ustanovljavanje bolničkih odeljenja u zavodima za ostarele osuđenike koji su na samrti.⁴

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije⁵ ne reguliše posebnim odredbama položaj starih osuđenika. U okviru opštih odredbi o zabrani diskriminacije, zabranjuje se stavljanje u neravnopravan položaj lica prema kome se izvršava krivična sankcija, zbog rase, boje kože, pola, jezika, vere, političkog i drugog uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, obrazovanja, društvenog položaja ili drugog ličnog svojstva (član 7). U članu 24. stav 4. predviđeno je da zavod mora raspolagati posebnom prostorijom za izdvajanje obolelih osuđenih, u zavisnosti od prirode oboljenja.⁶

Zakonopisac još u jednoj odredbi eksplicite pominje godine života osuđenika, i to kada reguliše prava osuđenog lica, odnosno slobodno vreme osuđenog. Naime, u čl. 80 je predviđeno da osuđeni ima pravo da izvan zatvorenih prostorija na svežem vazduhu, u slobodno vreme, provede najmanje dva časa dnevno. Osuđeni, kome godine i telesne sposobnosti to dozvoljavaju, ima pravo u slobodno vreme na organizovanu fizičku aktivnost, uključujući i pravo da zajedno s drugim osuđenima koristi sportske terene i opremu.

Uzrast osuđenih lica u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija se predviđa kao poseban kriterijum u odredbama o smeštaju osuđenika. Prilikom regulisanja smeštaja, predviđeno je da se razvrstavanje osuđenog u prostorije za

4 „Alternative Corrections Policies for Elderly Felons“, ht tp://w w.w.lotsofessays.com/viewpaper/1687838.html, pristup: 17.12.2009.

5 *Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije*, „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014

6 Obolevanje od teške, neizlečive bolesti, što naravno ne mora biti uvek povezano sa ostarelošću osuđenika, može biti navedena kao okolnost koja se uzima kao opravdana za davanje pomilovanja kod nas. (Miladinović, 2006:145)

zajednički boravak i spavaonice sprovodi uz brižljivu ocenu svih okolnosti i podataka evidentiranih u prijemnom odeljenju, posebno imajući u vidu uzrast, lične osobine i sklonosti, kao i druga svojstva od kojih zavisi pozitivan međusobni uticaj i nepostojanje opasnosti od međusobnog fizičkog i psihičkog ugrožavanja. Osuđeni s invaliditetom ima pravo na smeštaj primeren vrsti i stepenu njegovih posebnih potreba (čl. 77).

U našoj zemlji donet je Zakon o potvrđivanju Konvencije o transferu osuđenih lica sa Dodatnim protokolom.⁷ Na osnovu ove Konvencije, do transfera može doći samo pod određenim uslovima, među kojima je i onaj koji se odnosi na starost osuđenog lica. Tako je u čl. 3 propisano da kada zbog godina starosti, mentalnog ili fizičkog stanja jedna od država smatra neophodnim, osuđeno lice ili njegov predstavnik moraju dati saglasnost za transfer.

U sredstvima javnog informisanja nalazi se podatak da je za Srbiju karakterističan preveliki broj osuđenih lica u zavodima, u odnosu na predviđene kapacitete, čak najveći od svih 47 zemalja članica Saveta Evrope. Statistički podaci za 2012. godinu pokazuju da je u Srbiji na 100 propisanih mesta u zavodima smešteno 160 zatvorenika. Posle Srbije sledi Italija sa 140 zatvorenika na 100 mesta, zatim Kipar sa 140, Mađarska sa 139 i Belgija sa 132 zatvorenika na 100 mesta (Srpski zatvori prebukirani, 2014).

Procenjeno je da je tokom 2008. godine u srpskim zatvorima bilo preko 150 osuđenika starosti preko 70 godina (Srpska pravoslavna crkva, 2008). Precizne statističke pokazatelje iznosi Uprava za izvršenje zavodskih sankcija. Naime, prema Godišnjem izveštaju o radu Uprave za 2009. godinu, od ukupnog broja primljenih lica, 9.023, uzrast osuđenih starijih lica primljenih u toj godini bio je sledeći: lica od 50 do 60 godina – 789; od 60 do 70 godina 245; i, od 70 godina i više – 66. Procentualno, oni su činili 0,12% od ukupno primeljene osuđeničke populacije (Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2009). Taj broj unekoliko je bio manji u 2010. godini, ali procentualno identičan. Od ukupnog broja primljenih lica, 7.660, uzrast osuđenih starijih lica primljenih u toj godini bio je sledeći: lica od 50 do 60 godina – 692; od 60 do 70 godina 224; i, od 70 godina i više – 40 (Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2010: 71). U 2011. godini, kao i u 2010. godini, skoro istovetan broj starijih lica bio je primljen u zavode.

⁷ Zakon o potvrđivanju Konvencije o transferu osuđenih lica sa Dodatnim protokolom.

„Službeni list SRJ“ – Međunarodni ugovori, broj 4/01.

http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf pristup: 9.2.2010.

Od ukupnog broja primljenih lica, 7.925, uzrast osuđenih starijih lica primljenih u toj godini bio je sledeći: lica od 50 do 60 godina – 687; od 60 do 70 godina 199; i, od 70 godina i više – 50 (Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2011: 113), ili, procentualno 0,11%.

Osim promene terminologije od 2011. godine, kada Uprava otpočinje da statistički evidentira lica po starosti, a ne više po uzrastu, u 2012. godini načinjen je još jedan pomak. Naime, strukturalnim pokazateljima evidentiranih po starosti primljenih osuđenih, sada se pridodaje i razvrstavanje po polu, kod svih starosnih kategorija. Tako je u 2012. godini bilo primljeno 7.962 muškarca i 318 žena, ukupno posmatrano. Od toga, uzrast i pol osuđenih starijih lica primljenih u toj godini bio je sledeći: lica od 50 do 60 godina – 750, i to 703 muškarca i 47 žena; od 60 do 70 godina 260, i to 247 muškaraca i 13 žena; i, od 70 godina i više – 54, i to 52 muškarca i 2 žene (Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2012: 95). U 2013. godini bilo je primljeno 7.074 muškarca i 295 žena, ukupno posmatrano. Od toga, uzrast i pol osuđenih starijih lica primljenih u toj godini bio je sledeći: lica od 50 do 60 godina – 766, i to 725 muškarca i 41 žena; od 60 do 70 godina 242, i to 229 muškaraca i 13 žena; i, od 70 godina i više – 44, i to 41 muškarac i 3 žene (Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2013: 112).

U posmatranom periodu moguće je uočiti skoro nepromenjen broj, odnosno procenat zastupljenosti, starijih osuđenika u ukupnoj zatvorskoj populaciji u Srbiji. Taj broj možda ne izgleda kao rastući, kao u nekim razvijenim zemljama sveta, ali, opet, predstavlja nevidljivi deo slike osuđeničke populacije u Srbiji. Ono što je slično uslovima života na slobodi, da su stariji marginalizovani u odnosu na radno sposobno stanovništvo, odražava se, poput refleksije, i u zatvorskim uslovima. Ne postoje zakonske, niti bilo kakve druge prepreke, da se deo naučnog saznanja nastavnika i saradnika pravnih fakulteta, na kojima se izučavaju kriminologija, penologija i viktimologija, primeni u praksi, radi poboljšanja efikasnosti primene kriminalnopolitičkih mera, kao retributivnih i preventivnih procesa i postupaka u borbi protiv kriminaliteta (Jovašević, Kostić, 2012).

Primeri dobre prakse, preuzeti iz uporednopravne literature, mogu poslužiti kao uzor za stvaranje sopstvenih programa. *Projekat za starije osuđenike* je naziv programa osnovanog 1989. godine u SAD. Ovaj program je predviđen kao vid sprečavanja pojave prevelikog broja osuđenih lica u zatvorima, i namenjen

je starijim osuđennicima i onima koji su u nepovoljnijem položaju (bolesni, stranci). Od ustanovljenja, na programu je učestvovalo više od 500 osuđenih lica i tvrdi se da je uticao na istraživanje legislativne refome na nivou savezne države, kao i pojedinih država (Abner, 2006: 11).

Institut za krivično pravosuđe SAD je još 2001. godine ustanovio da je petnaest od četrdeset i četiri države i teritorija pojedinih država obezbedilo nadgledane rekreativne programe posebno osmišljene za starije i ostarele osuđenike. Druge države uvele su obrazovne programe za poboljšanje zdravlja i o pitanjima starenja kao deo preventivnih zaštitnih programa, uopšte. U Ohaju razvijeni su programi za osuđenike starije od pedeset godina koji se odnose na njihove fizičke, psihičke i socijalne potrebe. Osmišljene su rekreativne vežbe, osnovno obrazovanje za odrasle, kao i odgovarajuće društvene igre (bingo, organizovane šetnje). Druge države, poput Pensilvanije, na primer, obezbeđuju medicinske edukativne programe, kojima nude edukaciju o zdravoj ishrani i o smanjenju telesne težine. Primetna je i rasprostranjenost pokreta koji se zalaže za obezbeđenje posebnih smeštajnih kapaciteta za starije osuđenike, od kojih se u nekima primenjuje potrebna zdravstvena nega (Abner, 2006:10).

Pitanje malog broja starijih i ostarelih osuđenika kod nas ne sme da bude razlog za nepostupanje, odnosno opredeljenje prema ovoj pojavi. Sticanje prakse studenata prava, medicine, psihologije, fizičke kulture može da bude samo deo interesovanja u obrazovnom sistemu države za bolju edukaciju budućih stručnjaka. Razvijanje empatije prema potrebama drugih, u uslovima jasno primenjene retributivne pravde, kao i menjanje svesti građana o prednostima restorativnog pristupa, neće umanjiti ostvarenje principa legaliteta. Objektivnost državnog pristupa je dovoljna samo na nivou budžetskih ušteda, ali uz obezbeđenje zakonskih normi i adekvatnog političkog pristupa rešavanju pitanja prevelikog broja osuđenih lica u zatvorima, kao i onih osuđenika koji imaju posebne fizičke, psihičke i socijalne potrebe (stariji, oboleli, stranci).

Literatura

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>, pristup: 17.12.2009.

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

„Elderly Persons in Prison“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1699988.html>, pristup: 17.12.2009. U: Kostić, M. (2010). *Viktimitet starih ljudi*. Niš: Pravni fakultet. (59).

„Elderly Felons: A Research Proposal“, <http://www.lotsofessays.com/viewpaper/1706293.html>, pristup: 17.12.2009. U: Kostić, M. (2010). *Viktimitet starih ljudi*. Niš: Pravni fakultet. (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>, pristup: 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_r=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.

Jovašević, D., Kostić, M. (2012). *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Niš: Centar za publikacije.

Kostić, M. (2010). *Viktimitet starih ljudi*. Niš: Pravni fakultet.

Kostić, M., Đorđević, R., (2004). Viktimizacija starih osoba kao pripadnika posebne marginalne grupe. Beograd: *Temida*. (7). 3–11.

Kostić, M. (1997). Starost kao doba života i rizik viktimizacije. Beograd: *Socijalna misao*. (April-juni, 02). 89–98.

Krupp, A.M. (1988). *Interna medicina*. Beograd: Savremena administracija.

Madrid International Plan on Action on Ageing 2002, 12 April 2002
www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html,
pristup: 30.11.2007.

Miladinović, D. (2006). Osvrt na koncept pomilovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije. *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. (XLVI). 133–150.

Ministarstvo pravde Republike Srbije. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. (2009). *Godišnji izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2009. godinu*. Pristup: 10.9.2014. Sa: <http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/izvestaj%202009.pdf>

Ministarstvo pravde Republike Srbije. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. (2010). *Izveštaj o radu uprave za 2010. godinu*. Pristup: 10.9.2014. Sa: *Godisnji%20izvestaj%20o%20radu%202010[1].zip* ZIP archive, unpacked size 3.247.025 bytes

Ministarstvo pravde Republike Srbije. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. (2011). *Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2011. godinu*. Pristup: 10.9.2014. Sa: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/Godisnji_2011_%20UIKS.pdf

Ministarstvo pravde Republike Srbije. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. (2012). *Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2012. godinu*. Pristup: 10.9.2014. Sa: http://www.uiks.mpravde.gov.rs/images/UKKS_izvestaj_2012.pdf

Ministarstvo pravde Republike Srbije. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. (2013). *Godišnji izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2013. godinu*. Pristup: 10.9.2014. Sa: 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*.

Srpski zatvori prebukirani. (2014). Utorak 29. april 2014, pristup : 12.9.2014. sa: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/1586252/Srpski+zatvori+prebukirani.html>

Srpska pravoslavna crkva. (2008) „Srpski zatvori prebukirani“.

http://www.spc.rs/sr/srpski_zatvori_prebukirani, pristup: 9.2.2010. U: Kostić, M. (2010). *Viktimitet starih ljudi*. (str. 58-61). Niš: Pravni fakultet.

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

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o transferu osuđenih lica sa Dodatnim protokolom, „Službeni list SRJ“ Međunarodni ugovori, broj 4/01,

<http://www.britisoccrim.org/volume2/006.pdf>, pristup: 25.11.2008. U: Kostić, M. (2010). *Viktimitet starih ljudi*. Niš: Pravni fakultet. (str. 15).

http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/PROPISI_KONVENCIJE/konvencija_transfer_cyr.pdf pristup: 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.

SPOSOBNOST ZA DAVANJE INFORMISANOG PRISTANKA NA UČEŠĆE U MEDICINSKOM ISTRAŽIVANJU**

Apstrakt: *Pristanak na učešće u medicinskom istraživanju, shodno aktuelnoj regulativi, može dati samo ono lice koje je za to sposobno. Kako se ova sposobnost bliže ne pojašnjava, predmet autorovog interesovanja u ovom radu je utvrđivanje šta se pod ovom sposobnošću podrazumeva i koja lica je načelno poseduju. Odgovor na postavljena pitanja autor, između ostalog, traži analizom i poređenjem rešenja sadržanih u međunarodnoj i pojedinim nacionalnim regulativama medicinskih istraživanja na ljudima.*

U prvom delu rada, na osnovu poređenja sposobnosti za pristanak i poslovne sposobnosti, autor zaključuje da između njih ima izvesnih razlika i da se sposobnost za pristanak izjednačava sa sposobnošću za rasuđivanje. U drugom delu rada on nalazi da su razlozi pravne sigurnosti nametnuli potrebu da se posedovanje sposobnosti za pristanak ipak veže za određeni uzrast – što je prihvaćeno u nacionalnim rešenjima, bilo utvrđivanjem da su to one godine potrebne za punoletstvo ili je to niži uzrast. U završnom delu rada zaključuje da fiksiranje sposobnosti za pristanak za određene godine starosti vodi sledećem: lica ispod tih godina smatraju se nesposobnim za pristanak čak i ako su sposobna za rasuđivanje, dok za lica iznad utvrđenog uzrasta važi pretpostavka da su sposobna za pristanak, osim ako su fizički ili mentalno nesposobna da ga daju – što u cilju procene postojanja sposobnosti za rasuđivanje ispitanika utvrđuje istraživač u postupku uzimanja informisanog pristanka.

Ključne reči: *medicinsko pravo, medicinska istraživanja, sposobnost za davanje informisanog pristanka, poslovna sposobnost.*

* dzivojinovic@jura.kg.ac.rs

** Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava, br. 179012, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

1. Uvod

Jedan od kvaliteta koje pristanak ispitanika za učešće u medicinskom istraživanju mora ispunjavati je da potiče od osobe koja je *sposobna da pristanak da*. Preostali su: da ima odlike informisanog, da je dat slobodno i u za to predviđenoj formi (Živojinović, Planojević, Banović, 2014: 588). Davanjem pristanka, svako za to sposobno lice vrši pravo na autonomiju, pravo samoodređenja u odnosu na telo (Mallardi, 2005: 313) i time dozvoljava zahvat u svoj telesni i psihički integritet za račun razvoja nauke i društva. Kako bi lična ptava ispitanika bila adekvatno zaštićena, važno je utvrditi šta se pod ovom sposobnošću podrazumeva – što je prvi cilj ovog rada.

Određivanje na šta se ova sposobnost odnosi, kao i njeno razgraničenje od *nesposobnosti za davanje pristanka*, veoma je važno i za zaštitu prava i subjektiviteta lica koja tu sposobnost ne poseduju. Naime, osobe koje nisu sposobne za davanje informisanog pristanka, takođe mogu učestvovati u medicinskom istraživanju u ulozi ispitanika. Njih, načelno, čine deca i punoletne osobe koje su fizički ili mentalno nesposobne za davanje pristanka. Potrebu za njihovim obuhvatanjem istraživanjima nameću *medicinski razlozi*, jer je pribavljanje saznanja relevantnog za zadovoljenje njihovih specifičnih zdravstvenih potreba nemoguće bez njihovog učešća. Pravnički posmatrano, njihovo uključivanje u istraživanja je izvodljivo ukoliko pristanak umesto njih, daju njihovi zakonski zastupnici; što je bezrezervno prihvaćeno u međunarodnoj i nacionalnim regulativama ove materije. Međutim, kako je svrha izvođenja medicinskih istraživanja na ljudima *ostvarenje kolektivnih ciljeva*¹ (Katz, 1993: 15); ispoljavanje humanosti u tuđe ime – situaciju koju imamo kada pristanak umesto za to nesposobnog lica daje njegov zakonski zastupnik, otvara mogućnost njihove zloupotrebe. Da bi se to sprečilo, u aktima kojima se uređuje ova materija predviđeno je da je za njihovo obuhvatanje istraživanjima potrebno ispunjenje određenog broja *dodatnih uslova*.² Ti uslovi, utvrđeni pored onih koji važe za ostale ispitanike, imaju karakter mera njihove *specijalne zaštite*. U ovom smislu, važno je utvrđivanje kada sposobnost za davanje pristanka postoji, jer ukoliko je nema, izvođenje istraživanja mora biti upodobljeno zahtevima koji proizilaze iz obaveze ispunjenja predviđenih dodatnih uslova.

1 Cilj izvođenja medicinskih istraživanja je sticanje generalizovanog znanja koje će doprineti razvoju medicine i društva.

2 Videti tačke 28, 29. i 30. Deklaracije iz Helsinkija iz 2013, čl. 4. i 5. Direktive 2001/20/ES, Smernice 13, 14. i 15. Međunarodnog etičkog vodiča za biomedicinska istraživanja na ljudima, čl. 64–67. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima *Sl. glasnik RS*, 30/2010 i 107/2012.

Prilikom utvrđivanja na šta se ova sposobnost odnosi i koja lica je poseduju – što je drugi cilj ovog rada, za predmet analize smo odabrali rešenja sadržana u međunarodnoj regulativi medicinskih istraživanja na ljudima. Razlog tome je njen veliki značaj. Ona predstavlja uzor za donošenje nacionalnih propisa u ovoj oblasti, a visok stepen njihove usaglašenosti, preduslov je nesmetanog izvođenja istraživanja u većem broju država. Predmet našeg interesovanja su i rešenja usvojena u pojedinim pravima, prevashodno kao primer kakva stanovišta se u vezi sa navedenim pitanjima zauzimaju u savremenim zakonodavstvima.

2. Sposobnost za davanje informisanog pristanka u regulativi medicinskih istraživanja na ljudima

Deklaracijom iz Helsinkija iz 2013. godine³ (u daljem tekstu: DIH), najznačajnijim međunarodnim aktom u kome su sadržani etički principi za izvođenje medicinskih istraživanja na ljudima, propisuje se da pristanak ispitanika mora poticati od subjekta sposobnog da ga da. Međutim, prilikom utvrđivanja ovog kvaliteta pristanka njom se ne određuje šta se pod ovom sposobnošću podrazumeva, niti utvrđuje o kakvoj od više vrsta sposobnosti koje čine *pravni status* nekog lica, se u ovom slučaju radi. S tim u vezi, u njoj se ističe da „učešće pojedinaca sposobnih da daju informisani pristanak, kao subjekata medicinskih istraživanja, mora biti dobrovoljno“.⁴

Povezivanje dobrovoljnosti u češća u istraživanju i sposobnosti subjekta da volju za učešćem izrazi na način da ona proizvede željeno pravno dejstvo je na mestu, jer i dobrovoljnost i sposobnost za davanje pristanka uključuju prisustvo pravno relevantne volje. Ovo je evidentno i sagledavanjem etimološkog smisla reči „dobrovoljnost“ – naime, u korenu ove reči u srpskom, ali i u engleskom jeziku („*voluntary*“) je upravo volja (lat. *voluntas*). Međutim, na osnovu pomenute odredbe DIH, kao što se može videti, ne daje se precizan odgovor na pitanje kada se ta sposobnost stiče, odnosno koja lica su sposobna da samostalno daju punovažan pristanak na učešće u istraživanju.

DIH nije jedini međunarodni akt iz ove oblasti kojim se mogućnost davanja punovažnog informisanog pristanka vezuje za *sposobnost nekog lica da takav pristanak da*. Da je ona i UNESCO-vom Univerzalnom deklaracijom o bioetici i ljudskim pravima postavljena kao uslov validnog pristanka, proizilazi iz:

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

4 Tačka 25. DIH

1) utvrđenog zahteva za poštovanjem autonomije svakog pojedinca; i 2) propisivanja da specijalne mere zaštite prava i interesa moraju biti preduzete kod osoba koje „nisu sposobne da ispolje svoju autonomiju“.⁵ Izraz „sposobnost za pristanak“, odnosno „kapacitet za pristanak“, koristi se takođe u Konvenciji Saveta Evrope za zaštitu prava čoveka i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine;⁶ u Međunarodnom etičkom vodiču za biomedicinska istraživanja na ljudima (u daljem tekstu: Vodič);⁷ Direktivi 2001/20/ES⁸ itd. Ni u jednom od pobrojanih dokumenata bliže se ne određuje na šta se ova sposobnost odnosi.

Po ugledu na međunarodnu regulativu, u brojnim nacionalnim propisima kojima se uređuje ova problematika, izrazom „sposobnost za pristanak“ označava se sposobnost nekog lica da samostalno da pristanak za učešće u istraživanju. Primera radi, u srpskom Zakonu o lekovima i medicinskim sredstvima, prilikom definisanja izraza informisani pristanak ispitanika pored ostalog se ističe da je to izjava „koju daje lice koje je *sposobno da dâ* saglasnost, ili ako lice nije sposobno da dâ saglasnost, koju je dao njegov zakonski zastupnik...“⁹ Ni ovim zakonom se ne pojašnjava šta se pod njom podrazumeva. Iz iznetog je jasno da pravo na autonomiju i pravo na samoodređenje svakog čoveka, čije poštovanje i zaštita su imperativ u kontekstu izvođenja medicinskih istraživanja, nameću potrebu utvrđivanja o kojoj vrsti sposobnosti se ovde radi.

5 Član 5. Univerzalne deklaracije o bioetici i ljudskim pravima. General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organizations (UNESCO). *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 2005.

6 Član 5, 6, 16, i 17. Konvencije za zaštitu prava čoveka i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine. 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*, Ovičedo 1997.

7 U ovom međunarodnom aktu se prilikom definisanja informisanog pristanka ističe da je to „odluka o u češću u istraživanju, doneta od strane *kompetentnog pojedinca*“ – Komentar Smernice 4 Vodiča. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), *International ethical guidelines for biomedical research involving human subjects*. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2002.

8 Tačke (3) i (4) iz Preambule Direktive. 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 Član 2. tačka 23. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima, *Sl. glasnik RS*, 30/2010 i 107/2012.

3. Sposobnost za davanje informisanog pristanka i poslovna sposobnost

Pod sposobnošću za davanje informisanog pristanka na učešće u medicinskom istraživanju nikako se ne može podrazumevati *pravna sposobnost*, koju čovek stiče rođenjem (Živojinović, 2009: 7). Pravna sposobnost se odnosi na sposobnost nekog lica da bude nosilac prava i obaveza (Stanković, 1996: 51), a ne da svojim izjavama volje proizvodi pravna dejstva, pa je ovakva konstatacija nesporna. Sposobnost fizičkog lica da svojom izjavom volje punovažno proizvede određene pravne posledice, pa tako i dâ punovažan pristanak na učešće u medicinskom istraživanju, karakteristična je za posedovanje poslovne sposobnosti. U ovom smislu, mogao bi se izvesti zaključak da se sposobnost za davanje informisanog pristanka odnosi na postojanje *poslovne sposobnosti* potencijalnog ispitanika.

Konstatacija da je sposobno za davanje pristanka ono lice koje poseduje poslovnu sposobnost, može se uzeti za logičnu, jer je zahtev za poslovnom sposobnošću nekog lica za stupanje u bilo koju vrstu pravnih poslova uobičajen. Osim toga, poslovna sposobnost je sposobnost *najvećeg kvaliteta* koju može posedovati lice koje učestvuje u pravnom saobraćaju, pa ona u sebi svakako uključuje sposobnost za davanje pristanka. Pošto pristanak na učešće u medicinskom istraživanju u pravnom smislu reči predstavlja izjavu volje (Mujović Zornić, 2011: 285), on se može smatrati punovažnim ako potiče od lica koje može formirati pravno relevantnu volju, tj. od poslovno sposobnog lica.

Poslovna sposobnost se po pravilu stiče punoletstvom¹⁰ i u sebi podrazumeva određeni mentalni kapacitet koji se kod nas naziva sposobnost za rasuđivanje. U cilju potvrde napred iznetog zaključka, postavlja se pitanje: za koje uslove se u međunarodnoj regulativi vezuje sticanje sposobnosti za davanje pristanka? Za one koji su predviđeni za sticanje poslovne sposobnosti – što bi značilo da se sposobnost za pristanak i poslovna sposobnost podudaraju, ili se pak prisustvo sposobnosti za pristanak procenjuje prema drugačijim kriterijumima u odnosu na one koji se traže za postojanje poslovne sposobnosti?

¹⁰ U različitim državama punoletstvo podrazumeva različite godine starosti – najčešće 18, 21 ili 25 godina, sa tendencijom snižavanja ove granice.

3.1. Uzrast kao uslov sticanja sposobnosti za pristanak

U aktima novijeg datuma, kakvi su DIH iz 2013. godine i UNESCO-va Univerzalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima iz 2005. godine, pravi se razlika između uslova učešća u medicinskim istraživanjima subjekata koji su sposobni za pristanak i onih koji to nisu. Njima se ne precizira sa kojim *uzrastom* se sposobnost za pristanak stiče, niti se godine starosti ispitanika postavljaju kao linija razgraničenja sposobnosti od nesposobnosti za pristanak. Takođe, lica nesposobna za davanje pristanka bliže se ne određuju izrazima „maloletnici“ ili „poslovno nesposobna lica“, na osnovu čega bi se moglo zaključiti da je punoletstvo ipak ono za šta se ova sposobnost vezuje.

Za razliku od ovoga, u ranije usvojenim međunarodnim aktima, kakav je Vodič, *deca* se ubrajaju u kategoriju subjekata nesposobnih za davanje pristanka (Smernica 14). Kako se prema Konvenciji UN o pravima deteta detetom smatra „svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije“;¹¹ moglo bi se uzeti da se Vodičem punoletstvo postavlja kao tačka razdvajanja sposobnosti od nesposobnosti za pristanak.

Do istog zaključka dolazimo analizom odredaba Direktive 2001/20/ ES koje su posvećene ovom pitanju. Shodno Direktivi, prvu kategoriju lica nesposobnih za samostalni pristanak čine *maloletnici* (čl. 4), a oni su po pravilu – izuzev emancipovanih maloletnika, poslovno nesposobni. Drugu čine „*onesposobljene odrasle osobe* koje nisu u stanju da daju punovažan informisani pristanak“ (čl. 5), što, imajući u vidu okolnost da umesto njih pristanak daju njihovi zakonski zastupnici, mogu biti samo punoletna lica koja su potpuno ili delimično lišena poslovne sposobnosti. Identično proizilazi i iz Smernica dobre kliničke prakse iz 1996. godine.¹²

Kao što se može videti u jednom delu međunarodne regulative uzrast kojim se stiče punoletstvo uzima se kao faktor razgraničenja sposobnosti od nesposobnosti za pristanak, dok u drugom to nije slučaj. Mogao bi se čak izvesti zaključak da ovakva orijentacija postoji u DIH i UNESCO-voj Univerzalnoj deklaraciji o bioetici i ljudskim pravima, jer se nepominjanje uzrasta može tumačiti kao uvažavanje razlika koje u pojedinim državama postoje

11 Član 1. Konvencije o pravima deteta. United Nations General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 1989.

12 Tačka 4.8.12. Smernica dobre kliničke prakse. 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.

u vezi sa godinama starosti potrebnim za sticanje poslovne sposobnosti fizičkih lica.

Međutim, konačnu konstataciju u ovom pravcu onemogućava uvid u terminologiju koja je u ranijim verzijama DIH korišćena prilikom utvrđivanja koja lica su sposobna a koja nisu, za informisani pristanak. Naime, zaključno sa verzijom DIH iz 2000. godine, licima nesposobnim za davanje pristanka smatrana su: „poslovno nesposobna lica, lica fizički ili mentalno nesposobna za davanje pristanka i poslovno nesposobni maloletnici“ (odjeljak V tačka 24. DIH iz 2000). Dakle, ni u ovim verzijama DIH (ne)sposobnost za pristanak nije bila fiksirana za određeni uzrast, tj. punoletstvo, ali je bila vezana za pravni status nekog lica, odnosno za poslovnu (ne)sposobnost. Na ovaj način su se i tada uvažavale razlike koje su u vezi sa godinama sticanja punoletstva postojale u pojedinim zakonodavstvima, ali se mogla izneti konstatacija da su se načelno sposobnim za pristanak smatrale osobe koje su poslovno sposobne. U njenim docnijim verzijama, onoj iz 2008. i aktuelnoj, iz 2013. godine, kako smo videli, to nije slučaj. Pomenute izmene njenog teksta rekli bismo pre nagoveštavaju da je u poslednjoj deceniji – deceniji i po, došlo do izvesnog odvajanja sposobnosti za davanje pristanka od poslovne sposobnosti. Da li je to tako proverićemo sagledavanjem kakav mentalni kapacitet je potreban za njeno postojanje.

3.2. Mentalni kapacitet kao uslov sticanja sposobnosti za pristanak

Kao što je već istaknuto, poslovna sposobnost nekog lica podrazumeva odgovarajući mentalni kapacitet koji se u pravu naziva sposobnost za rasuđivanje. U građanskopravnoj teoriji postoji više definicija ove sposobnosti. Jedni je određuju kao faktičku sposobnost staranja o svojim interesima – sposobnost za rasuđivanje u poslovnim odnosima (Vodinić, 2012: 355); drugi kao svest i predstavu o svojim radnjama i njihovim posledicama (Stojanović, Antić, 2004: 143); treći kao „sposobnost pojedinca da ispravno shvati društveno-ekonomske odnose u kojima učestvuje, te da na osnovu saznanja o njima preduzme pravne radnje kojima će ostvariti određene željene pravne posledice“ (Ačanski, 1988: 164). Iz navedenog proizilazi da sposobnost za rasuđivanje podrazumeva dva elementa: razumevanje određenih činjenica i sposobnost njihovog odmeravanja u procesu odlučivanja. U vezi sa temom o kojoj raspravljamo, nameće se pitanje: kakav mentalni kapacitet je potreban za posedovanje sposobnosti za pristanak?

Odgovor na njega možemo dobiti analizom uslova koji su postavljeni za ispunjenje *obaveze informisanja* ispitanika pre davanja pristanka.¹³ Ono što je zajedničko za celokupnu međunarodnu regulativu ove materije je da se ispitanik može smatrati informisanim ako su kumulativno ispunjena dva uslova, od kojih je jedan objektivnog, a drugi subjektivnog karaktera. Objektivni uslov je ispunjen ako su ispitaniku saopštene sve informacije,¹⁴ neophodne za sagledavanje situacije u kojoj će se naći, a samim tim i za donošenje odluke o pristanku. Subjektivni uslov, koji smatramo suštinskim za ispunjenje obaveze informisanja, ali i davanje validnog pristanka, jeste da je ispitanik prosleđene informacije *razumeo*.¹⁵

Na osnovu postavljenog zahteva za razumevanje pruženih informacija (Pandiya, 2010: 98), može se zaključiti da je za postojanje sposobnosti za pristanak neophodno da potencijalni ispitanik pokaže da *razume* sve relevantne informacije koje su mu povodom učešća u istraživanju saopštene,¹⁶ i da u potpunosti shvata posledice svoje odluke da učestvuje ili ne učestvuje u njemu.¹⁷ Iako se u kontekstu izvođenja medicinskih istraživanja na

13 Tačka 26. DIH, Komentar Smernice 4. Vodiča, čl. 3. tačka 2. (b) Direktive 2001/20/ ES, tačke 4.8.6. i 4.8.7. Smernica dobre kliničke prakse itd.

14 U pogledu u tvrdjenja predmeta i obima obaveze informisanja između međunarodnih akata postoje razlike. Videti: tačku 26. DIH, tačku 4.8.10 Smernica dobre kliničke prakse, Smernicu 5 Vodiča.

15 U praksi izvođenja medicinskih istraživanja na ljudima kontinuirano se ulažu napor da se poboljša razumevanje pruženih informacija od strane ispitanika, jer od toga zavisi punovažnost pristanka. Konstatovano je da važan činilac ka postizanju ovog cilja predstavlja upotreba reči i izraza koji su razumljivi i medicinski neukom subjektu. Pojedine studije su pokazale da primena nekih metoda u cilju poboljšanja razumevanja pruženih informacija, kakve su njihovo multimedijalno prikazivanja ili proširenje formulara za pismeni pristanak ispitanika, nije dala očekivane rezultate. S druge strane, kao najefikasniji u poboljšanju razumevanja informacija pokazali su se proširena diskusija na relaciji istraživač – potencijalni ispitanik i primena „test metode“, odnosno traženja povratnih informacija od ispitanika u cilju provere da li ih je razumeo. (Flory, Emanuel, 2004: 1599).

16 Ključne informacije koje predstavljaju predmet informisanja odnose se na sledeće: šta je cilj konkretnog istraživanja i šta je to što medicinsko istraživanje razlik u je od medicinske prakse; kakav je odnos između predvidivih rizika i očekivanih koristi po ispitanika ili nauku i društvo; da ispitanik ima pravo da u češće u istraživanju odbije ili od njega kasnije odustane bez ikakvih negativnih posledica; koje su alternativne medicinske intervencije ispitaniku dostupne i kakve su njihove glavne koristi i nedostaci itd.

17 Na sličan način sposobnost za pristanak je definisana u kanadskoj regulativi izvođenja istraživanja na ljudima. Videti, Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada, and Social Sciences and

ljudima traži razumevanje drugačijih činjenica u odnosu na one čije razumevanje je potrebno pri sklapanju ugovora u poslovnim odnosima, očigledno je da se pod sposobnošću za pristanak, kao i pod poslovnom sposobnošću, podrazumeva *sposobnost za rasuđivanje*. Obe ove sposobnosti uključuju prisustvo identičnih elementa: razumevanja određenih činjenica i sposobnost njihovog racionalnog odmeravanja u postupku odlučivanja.

Po čemu se onda ove dve sposobnosti razlikuju?

Razlika između ove dve sposobnosti ogleda se u tome što se sposobnost za pristanak *izjednačava* sa sposobnošću za rasuđivanje. Ona se posmatra kao jedno *faktičko stanje*, koje je *subjektivno* determinisano (Ponjavić, 2013: 97). Kao takva, sposobnost za rasuđivanje može biti različita od čoveka do čoveka, a zavisi od uzrasta, inteligencije, dostignutog nivoa obrazovanja, društvene sredine, zrelosti i sl. osobe koja se nalazi u ulozi potencijalnog ispitanika. Sposobnost za rasuđivanje jednog lica takođe ne mora pokazivati isti kvalitet tokom vremena – može se povećavati ili, kao posledica bolesti, opadati. Ona može zavistiti od vrste i težine odluke sa kojom se osoba suočava povodom učešća u istraživanju; od složenosti informacija koje joj se tim povodom prosleđuju. Ova sposobnost se, dakle, ne posmatra kao nešto apsolutno, jednom za svagda prisutno, već *relativno*, kao sposobnost koja mora biti *predmet procene* u svakom konkretnom slučaju uzimanja informisanog pristanka za učešće u medicinskom istraživanju.

Do ovakvog zaključka dolazimo analizom odredaba međunarodnih akata kojima se reguliše sposobnost za pristanak odraslih tj. punoletnih lica, kod kojih se sposobnost za rasuđivanje podrazumeva. Jedna od njih je Smernica 15. Vodiča u kojoj se utvrđuju dodatni uslovi učešća u istraživanjima pojedinaca koji zbog „mentalnih ili poremećaja u ponašanju nisu sposobni za davanje adekvatnog informisanog pristanka“. U Komentaru Smernice 15. Vodiča kojim se ona bliže pojašnjava, ističe se da je većina lica sa mentalnim smetnjama ili poremećajima u ponašanju sposobna za pristanak, pa da se u tom smislu tekst ove smernice odnosi na onaj manji broj njih koji to nisu; ili su, „zbog pogoršanja svog stanja, *privremeno* nesposobni za pristanak“. Na osnovu ovoga proizilazi da se prema Vodiču sposobnost za pristanak posmatra kao *stanje* koje podrazumeva postojanje sposobnosti za rasuđivanje ispitanika *u trenutku davanja informisanog pristanka*. To znači da, uprkos okolnosti što neko lice

formalno poseduje poslovnu sposobnost (punoletno je a poslovna sposobnost mu odlukom nadležnog organa nije oduzeta), ono ne mora biti sposobno za pristanak. Odredba sa identičnim značenjem sadržana je u čl.

5. Direktive 2001/20/ES. U DIH se, kako smo napred videli, sposobnost za pristanak ne vezuje za punoletstvo, ni za poslovnu sposobnost, ali se posebnom odredbom reguliše učešće u istraživanju pojedinaca koji su fizički ili mentalno nesposobni za davanje pristanka, navodeći kao primer takvih ispitanika osobe u nesvesnom stanju (tačka 30. DIH). Kako u nesvesno stanje može zapasti svako lice, evidentno je da se pitanje njihovog eventualnog pristanka na učešće u medicinskom istraživanju vezuje za njihovu faktičku (ne)sposobnost za rasuđivanje, a ne za poslovnu (ne)sposobnost.

Na potrebu za ovakvim shvatanjem sposobnosti za pristanak ukazivalo se godinama unazad u stručnoj literaturi, a to se i dalje čini. U brojnim radovima se ističe da punovažnost pristanka punoletnih osoba u izvesnim slučajevima može biti dovedena u pitanje (Wendler, Prasad, 2001: 516) i naglašava prisustvo etičke i pravne obaveze istraživača da prihvate samo onaj pristanak koji ima sve odlike punovažnog – što se iz ugla zaštite prava ispitanika može oceniti kao pozitivno. Ukazuje se na činjenicu da odrasli, naročito oni u poznijim godinama života, mogu imati različit kognitivni status (Jason, Karlawish, 2003: 1389). On se može kretati u rasponu od normalne sposobnosti za rasuđivanje do onih koji takvu sposobnost nemaju, kakve su osobe obbolele od Alchajmerove bolesti (Duron et al., 2013: 386). Navodi se da različiti mentalni poremećaji, kakvi su senilna demencija ili šizofrenija, ali i brojne bolesti, stanja, kakvo je, na primer, depresija (Elliott, 1997: 114) ili fizičke i emotivne traume (bol, strah, anksioznost i sl.), mogu uticati na sposobnost za rasuđivanje i odlučivanje, pa tako i na postojanje sposobnosti za validan pristanak. Dalje se podseća da se svaka mentalno zdrava odrasla osoba može naći u stanju umanjene sposobnosti za rasuđivanje kao posledice delovanja anestezije, nedovoljnog sna, konzumiranja droga i alkohola i slično, usled čega njena sposobnost razumevanja prosleđenih informacija i shvatanja njihovog značaja i ozbiljnosti može odstupati od uobičajene (National Bioethics Advisory Commission, 1999).¹⁸ Skreće se pažnja na činjenicu da sposobnost za rasuđivanje kod odraslih osoba može zavisiti od složenosti odluke sa čijim donošenjem se pojedinac suočava,

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

od okolnosti pod kojima je donosi i slično. To znači da neka osoba u jednom slučaju može biti sposobna za davanje pristanka, a u drugom ne.

Procenu postojanja sposobnosti za rasuđivanje, shodno aktuelnim međunarodnim aktima, vrše istraživači koji su lično zaduženi za pribavljanje informisanog pristanka.¹⁹ Pozitivna strana ovakve normative je što se relativitet sposobnosti za rasuđivanje i njena subjektivna determinisanost maksimalno uvažavaju. Istraživač koji u postupku informisanog pristanka utvrdi da ispitanik nije sposoban za rasuđivanje, ne sme prihvatiti njegov pristanak. U slučaju da njegovo učešće odgovara naučno postavljenim uključujućim kriterijumima, dužan je da zatraži pristanak od njegovog zakonskog zastupnika. Ovakvo rešenje, međutim, ima i svoje loše strane. Naime, svaki istraživač ne mora biti dovoljno stručan za procenu postojanja sposobnosti za rasuđivanje, a usled njegove subjektivne zainteresovanosti za izvođenje istraživanja, ta procena može biti dovedena u pitanje. Zbog ovakvog stanja stvari, procena sposobnosti za rasuđivanje se od mere zaštite prava na autonomiju može pretvoriti u njenu suprotnost, pa pojedinci mogu biti zloupotrebjeni za račun razvoja nauke i društva.

Da bi se izbegla ova opasnost, u pojedinim aktima i etičkim uputstvima za izvođenje medicinskih istraživanja na ljudima nacionalnog karaktera predlaže se usvajanje određenih mera i procedura pomoću kojih će istraživači, u cilju dobijanja validnog pristanka, utvrđivati/ procenjivati sposobnost za pristanak u svakom konkretnom slučaju kada ocene da ona može biti sporna. Primera radi, predlaže se da u postupak pribavljanja informisanog pristanka bude uključen *stručni posmatrač* koji bi, u cilju objektivnosti, bio nezavistan od istraživačkog tima i institucije u kojoj se istraživanje izvodi, ili nezavisni *pacijentov advokat*, koji bi prisustvovao kako utvrđivanju sposobnosti za pristanak potencijalnog ispitanika čija sposobnost za rasuđivanje je dovedena u pitanje, tako i bio angažovan oko pružanja pomoći i nadgledanja postupka donošenja odluke o davanju pristanka za njegovo učešće u istraživanju od strane njegovog zakonskog zastupnika (National Bioethics Advisory Commission, 1999).²⁰ Ove mere smatramo dvostruko korisnim: 1) one omogućavaju da u češću svakog lica u istraživanju prethodi validan pristanak, bilo da je dat od ispitanika lično

19 Tačka 26. DIH, Smernica 6. Vodiča, tačke 4.8.1. do 4.8.15. Smernica dobre kliničke prakse, čl. 3. tačka 2. (b) i (d) Direktive 2001/20/ES.

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>.

ili od strane njegovog zakonskog zastupnika; i 2) njima se čuva kredibilitet istraživača predupređenjem njihove eventualne odgovornosti zbog uključivanja u istraživanje lica bez punovažnog pristanka. Zato bi trebalo razmisliti o široj primeni ovih ili sličnih mera u nacionalne propise.

Sagledavanje sposobnosti za pristanak kao sposobnosti za rasuđivanje u skladu je sa novijim učenjem o pravima ličnosti, koje polazi od osnovnih postavki prirodnopravne škole prema kojem su svi ljudi jednaki u svojim pravima i dostojanstvu, ali odlazi i korak dalje: donosi koncept prema kome je svaki čovek poseban, drugačiji, sa svojim individualnim osobinama i sposobnostima (Radolović, 2009:188) – što bi se moglo oceniti kao pozitivno. Međutim, konačan sud o održivosti i vrednosti stanovišta o izjednačavanju sposobnosti za pristanak sa sposobnošću za rasuđivanje, može se dati tek nakon analize kako njegova striktna primena utiče na pravnu sigurnost. Naime, pošto se formalno postojanje poslovne sposobnosti ne smatra dovoljnim za punovažan informisani pristanak ako nije *u trenutku* njegovog uzimanja praćeno sposobnošću za rasuđivanje, postavlja se pitanje da li je dozvoljena obrnuta situacija – da li se može smatrati da je sposobno za pristanak lice koje je u trenutku uzimanja pristanka sposobno za rasuđivanje iako nije poslovno sposobno? Ovo je posebno značajno za maloletna lica bez poslovne sposobnosti, jer, ukoliko je odgovor potvrđan, njihovo u češće u istraživanju bi bilo moguće na osnovu njihovog samostalnog pristanka (Palačković, 2002: 701).

4. Sposobnost za pristanak maloletnih lica

Striktna primena shvatanja sposobnosti za pristanak kao sposobnosti za rasuđivanje naročito je diskutabilna u vezi sa učešćem maloletnika u medicinskim istraživanjima. Ona bi značila da se maloletnik, *bez obzira na uzrast*, sa svojih 13, 14 ili 15 godina, u zavisnosti od zrelosti, inteligencije i sl., ukoliko se proceni da poseduje sposobnost za rasuđivanje, može smatrati sposobnim za pristanak (Roth-Cline, Nelson, 2013: 293). Istina, deca se *načelno*²¹ smatraju nesposobnim za pristanak zato što su nesposobna za rasuđivanje; ali, shodno ovom viđenju, to ne isključuje mogućnost da

21 Ta, načelna, nesposobnost maloletnika za pristanak podržana je u međunarodnoj, ali i nacionalnim regulativama medicinskih istraživanja na ljudima, tako što su deca uvrštena u kategoriju ranjivih ispitanika za čije učešće su utvrđene specijalne mere zaštite. Kako su maloletnici zbog svoje nezrelosti i nedovoljnog životnog iskustva lako podložni uticajima, a eventualne negativne posledice primene eksperimentalne intervencije se mogu drastičnije odraziti na zdravlje osobe u razvoju nego na zdravlje odraslog čoveka, njihovu specijalnu zaštitu smatramo ne samo opravdanom nego i neophodnom. Videti, tačke 19, 20, 28 i 29. DIH, Smernicu 13.

izvestan broj njih, naročito starijeg uzrasta, tu sposobnost poseduje, pa da mogu dati pristanak u svoje ime.

Ovako širokom poimanju sposobnosti za pristanak usprotivili su se pripadnici pravničke profesije sa obrazloženjem da ono može *ugroziti pravnu sigurnost*. U cilju njenog obezbeđenja, oni, i u kontekstu pristanka na učešće u medicinskom istraživanju, predlažu povezivanje sposobnost za rasuđivanje sa određenim *uzrastom* potencijalnih ispitanika; što je, kako smo videli, i učinjeno u pojedinim međunarodnim aktima. U pravu ovo rešenje nije neuobičajeno i novo. Na ovom mestu podsetili bismo na okolnost da u pravnom životu sposobnost za rasuđivanje ponekad može biti relevantna i nezavisna od poslovne sposobnosti.²²

U nacionalnim propisima iz oblasti medicinskih istraživanja na ljudima put pravne sigurnosti je upravo onaj koji je odabran kod regulisanja pitanja sposobnosti za davanje pristanka na učešće u medicinskom istraživanju. Uzrast koji sobom nosi *pretpostavku* o postojanju određenog nivoa sposobnosti za rasuđivanje, uzet je za faktor prisustva sposobnosti za pristanak. Ovakvo opredeljenje ne samo da doprinosi opštoj pravnoj sigurnosti već uključuje u sebe i zaštitu pojedinačnih interesa, i to: pre svega ispitanika – od moguće zloupotrebe, i istraživača – od preterane odgovornosti. Njime se štite interesi i pripadnika ostalih kategorija subjekata medicinskih istraživanja, odnosno onih koji su odgovorni za pokretanje, planiranje, finansiranje ili odobravanje i kontrolu izvođenja istraživanja – kakvi su sponzori istraživanja i etički odbori. Međutim, u vezi sa potrebnim uzrastom savremena zakonodavstva se razlikuju – što ne predstavlja smetnju imajući u vidu sadržinu međunarodne regulative.

U jednom broju država zauzeto je stanovište da je za validan informisani pristanak potreban niži nivo sposobnosti za rasuđivanje od onog koji podrazumeva postojanje poslovne sposobnosti (Radišić, 2004: 76). Primera radi, ovo opredeljenje prihvaćeno je u Velikoj Britaniji i Velsu. Tamošnjim Zakonom o mentalnoj sposobnosti se pod osobom nesposobnom da *doneše odluku u svoje ime* (što uključuje i pristanak na medicinsku meru i pristanak

i 14. Vodiča, član 4. Direktive 2001/20/ES, tačku 1.61. Smernica dobre kliničke prakse, kao i čl. 64. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima RS.

22 Primera radi, u srpskom pravu, poslovno nesposoban maloletnik sposoban za rasuđivanje može biti deliktno odgovoran (čl. 160. Zakona o obligacionim odnosima). Prema čl. 46. Porodičnog zakona, očinstvo može da prizna muškarac koji je navršio 16 godina života i koji je sposoban za rasuđivanje. Prema čl. 79. Zakona o nasleđivanju, zaveštanje može sačiniti lice koje je navršilo 15 godina života i sposobno je za rasuđivanje.

na učešće u medicinskom istraživanju) smatra ona koja ne poseduje sposobnost: da razume informacije koje su relevantne za donošenje odluke; da ih upamti; da primljene informacije upotrebi i odmeri u procesu donošenja odluke; i da svoju odluku prenese rečima, korišćenjem znakovnog jezika ili na bilo koji drugi način.²³ Shodno ovom zakonu, nesposobnim za donošenje odluke u svoje ime smatraju se lica ispod 16 godina,²⁴ dok se kao poslovno nesposobna lica tretiraju ona koji nisu navršila 18 godina života.

Ovakav stav nije, međutim, prihvaćen u svim nacionalnim zakonodavstvima. U srpskom pravu se, recimo, pravi razlika između sposobnosti za pristanak na predloženu *medicinsku meru* koju, shodno Zakonu o pravima pacijenata, samostalno može dati dete koje je navršilo 15 godina života, ako je sposobno za rasuđivanje.²⁵ Prema Zakonu o lekovima i medicinskim sredstvima pristanak na učešće u *kliničkom ispitivanju lekova* ne može samostalno dati lice ispod 18 godina života.²⁶ Iako pristanak u oba slučaja predstavlja disponiranje pravima ličnosti, mišljenja smo da je za ovakvo stanovište našeg zakonodavca bila presudna *različita svrha* primene medicinske mere i učešća u medicinskom istraživanju, pa sa tim u vezi, potreba da se u ovom drugom slučaju njihova zaštita od zloupotrebe pojača. Naime, primena medicinske mere isključivo je namenjena medicinskoj dobrobiti pacijenta, a učešće u medicinskom istraživanju za prvenstveni cilj ima unapređenje medicine. U istraživanjima terapijskog karaktera lična zdravstvena dobrobit ispitanika se kreće u okvirima očekivane koristi, do koje može, ali i ne mora doći, dok je potpuno isključena u istraživanjima neterapijskog karaktera.

Primeni paternalističkog pristupa kod utvrđivanja uzrasta maloletnika potrebnog za njihov samostalni pristanak na učešće u medicinskom istraživanju sigurno su doprinele i druge okolnosti, kao što su: njihova nezrelost i nedovoljno životno iskustvo, što ih čini lako podložnim uticajima i uvećava mogućnost njihove zloupotrebe; nedovršen psihofizički razvoj, usled čega se rizici skopčani sa primenom eksperimentalne intervencije mogu drastičnije odraziti na njihovo zdravlje, nego na zdravlje odraslog čoveka itd., što ovaj pristup čini opravdanim.

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 Član 19 st. 4 Zakona o pravima pacijenata, *Sl. glasnik RS*, 45/2013.

26 Član 63 i 64. Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima, *Sl. glasnik RS*, 30/2010 и 107/2012

Međutim, pored ovakvog opredeljenja srpskog zakonodavca, koje se može tumačiti kao ograničenje prava maloletnika u vršenju jednog strogo ličnog prava na telesni integritet, sposobnost za rasuđivanje poslovno nesposobnih maloletnika ni u Srbiji nije potpuno irelevantna u razmatranom kontekstu. Po uzoru na međunarodnu regulativu, u skladu sa njihovm zrelošću i sposobnošću, njihova saglasnost i želje su bitni (Planojević, Živojinović, 2013: 658) u situacijama kada pristanak u njihovo ime daje zakonski zastupnik.²⁷ Na ovaj način je nađena ravnoteža između prava deteta da vrši svoje pravo samoodređenja u odnosu na telo i prava i dužnosti njegovih roditelja (staratelja) da se staraju o njegovom životu i zdravlju.

Utvrđivanje godina sa čijim navršavanjem se pretpostavlja da neko lice poseduje sposobnost za pristanak proizvodi sledeće poseledice: 1) Lica ispod utvrđenog uzrasta ne mogu se smatrati sposobnim za *samostalan* pristanak, nezavisno od toga da li su sposobna za rasuđivanje ili ne. Pristanak za njihovo u češće u istraživanju mora se pribaviti od njihovog zakonskog zastupnika; 2) Lica iznad utvrđenog uzrasta smatraju se sposobnim za informisani pristanak, osim ako su fizički ili mentalno nesposobna da ga daju, što u svakom pojedinom slučaju proverava istraživač.

5. Sposobnost za pristanak punoletnih lica

Kako se sposobnost za pristanak izjednačava sa sposobnošću za rasuđivanje, postavlja se pitanje koje pretpostavke istraživači moraju slediti prilikom utvrđivanja sposobnosti za pristanak punoletnih lica?

Imajući u vidu da i punoletstvo i poslovna sposobnost podrazumevaju sposobnost za rasuđivanje, smatramo da se prilikom utvrđivanja sposobnosti za pristanak ovih lica mora poći od pretpostavke da je ona pravilo, a nesposobnost izuzetak. Poznato je takođe da brojna prava poznaju mogućnost sticanja poslovne sposobnosti i ranije, pre punoletstva, putem tzv. *javne emancipacije*, ako ona određenom licu bude priznata odlukom nadležnog organa. Emancipovana lica su dakle, uprkos svom nepunoletstvu, potpuno izjednačena sa punoletnim i poslovno sposobnim osobama. Kako se pretpostavlja da ova lica poseduju sposobnost za rasuđivanje, to ona mogu dati punovažan pristanak na učešće u medicinskom istraživanju. Iz ovog razloga smo mišljenja da izrazom „pojedinci sposobni za davanje informisanog pristanka“ treba obuhvatiti i emancipovana lica, iako to u međunarodnim

²⁷ Član 64, st. 2, t. 1 i čl. 66, st. 2, t. 1 Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima i tačka 4.8.12. Smernica dobre kliničke prakse.

aktima kojima se uređuje ova problematika, ne stoji. Ovim aktima se takođe ne utvrđuje u kom uzrastu i iz kojih razloga neka lica mogu biti emancipovana, što smatramo razumljivim, jer to i nije predmet njihove regulative. U odgovoru na ova pitanja imaju se primeniti zakonska rešenja država u kojima se istraživanja izvode.

Ovde se dakle radi o pretpostavkama, ali, ukoliko se u postupku informisanja i davanja pristanka ovih lica utvrdi da nisu sposobna za rasuđivanje u napred izloženom kontekstu, pristanak se mora zatražiti od njihovog zakonskog zastupnika.²⁸

Za utvrđivanje sposobnosti za pristanak punoletnih lica važno je razmotriti i slučajeve kada je tim licima potpuno ili delimično oduzeta poslovna sposobnost. Naime, punoletno lice može biti lišeno poslovne sposobnosti ako postane nesposobno za rasuđivanje ili ukoliko svojim postupcima ugrožava svoja prava i interese, ili prava i interese drugih lica.²⁹ Do ovog po pravilu dolazi usled duševne bolesti, duševne zaostalosti, smetnji u psihofizičkom razvoju, zloupotrebe alkohola ili opojnih sredstava, staračke iznemoglosti i slično. Stepen lišenja poslovne sposobnosti (potpuno ili delimično) zavisi od toga u kojoj meri je ispoljena nesposobnost za rasuđivanje. U tom smislu, ukoliko je punoletno lice *potpuno lišeno poslovne sposobnosti* zbog odsustva sposobnosti za rasuđivanje, iz razloga pravne sigurnosti ona se ne mogu smatrati sposobnim za davanje punovažnog pristanka na učešće u istraživanju.

Pravna sigurnost i sprečavanja moguće zloupotrebe ispitanika u medicinskim istraživanjima, nalažu da se punovažnim ne može smatrati pristanak koji je lice potpuno lišeno poslovne sposobnosti dalo u tzv. svetlim trenucima (*lucida intervalla*) duševne bolesti – sve dok mu takva sposobnost odlukom nadležnog organa ne bude vraćena.

Poseban oprez zaslužuju slučajevi kada je punoletno lice *delimično lišeno poslovne sposobnosti*, jer nivo sposobnosti za rasuđivanje koje ono poseduje može, ali i ne mora biti „dovoljan“ za punovažan pristanak na učešće u istraživanju. Kako ova lica imaju položaj starijih maloletnika, važno pitanje je da li je u konkretnoj državi sposobnost za pristanak vezana za punoletstvo ili je dozvoljeno da maloletnici određenog uzrasta, uz posedovanje sposobnosti

28 Pitanjem ko su zakonski zastupnici poslovno sposobnih lica u kontekstu uzimanja pristanka na učešće u medicinskom istraživanju se ovoga puta ne možemo baviti jer izlazi izvan okvira rada.

29 Videti čl. 146 i čl. 147 Porodičnog zakona, *Sl. glasnik RS*, 18/2005

za rasuđivanje, samostalno daju pristanak na učešće u istraživanju. U prvom slučaju, ova lica se ne mogu smatrati sposobnim za pristanak, a u drugom – ta sposobnost može biti predmet procene od strane istraživača. Ovo poslednje znači da lice kome je u zakonom utvrđenom postupku poslovna sposobnost ograničena, zbog čega ne može bez odobrenja svog staratelja raspolagati svojom imovinom ili stupati u pravne poslove iz kojih za njega nastaju neke obaveze, ipak može biti sposobno da donese razumnu odluku o učešću u istraživanju, ako je sposobno za rasuđivanje.

Istraživači koji su zaduženi za uzimanje informisanog pristanka moraju biti svesni okolnosti da ova pitanja u svim zakonodavstvima ne moraju biti uređena na identičan način. Oni zato moraju poznavati sve važeće pravne norme kojima se u državi u kojoj se istraživanje izvodi regulišu pitanja pravnog statusa fizičkih lica, pa i pitanje pristanka ispitanika na učešće u medicinskom istraživanju.

6. Zaključak

Sagledavanje sposobnosti za pristanak kao sposobnosti za rasuđivanje u skladu je sa učenjem o pravima ličnosti i znači uvažavanje svojstava, individualnosti i sposobnosti svakog čoveka ponaosob. Kako odluka nekog lica da pristupi medicinskom istraživanju predstavlja akt vršenja prava na samoodređenje, za ovakvo viđenje sposobnosti za pristanak, reklo bi se, postoji valjano opravdanje. Ipak, ovakav individualistički pristup njenom određivanju krije u sebi izvesne opasnosti. Sposobnost za rasuđivanje predstavlja faktičko stanje, koje je relativno i subjektivno određeno, zbog čega postoji potreba za njenom procenom u svakom konkretnom slučaju pribavljanja informisanog pristanka. Shodno aktuelnoj regulativi, ovaj zadatak je poveren istraživačima koji su lično zainteresovani za izvođenje istraživanja, pa njihova pogrešna ili neobjektivna procena, može voditi povredi prava ispitanika i njihovoj zloupotrebi u kontekstu izvođenja medicinskih istraživanja na ljudima.

Ravnoteža između potrebe za uvažavanjem ličnih prava ispitanika i osiguranja njihove adekvatne zaštite, u nacionalnim rešenjima je pronađena povezivanjem sposobnosti za pristanak sa određenim uzrastom. To znači da izvesne godine starosti nose pretpostavku o postojanju potrebnog nivoa sposobnosti za rasuđivanje koji bi mogao voditi punovažnom pristanku, ali i da je ona uprkos tome predmet procene. Uvođenjem izvesnih mera i procedura u postupak uzimanja informisanog pristanka kojim bi se obezbedila stručnost i

objektivnost pri proceni ispitanikove sposobnosti za rasuđivanje, zaštita ispitanika bi bila pojačana, pa predlažemo da, tamo gde nedostaju, budu propisane.

Fiksiranje sposobnosti za pristanak za određeni uzrast ispitanika sobom nosi sledeće posledice: lica ispod utvrđenog uzrasta smatraju se nesposobnim za samostalni pristanak, pa ga umesto njih daju njihovi zakonski zastupnici; lica iznad utvrđenog uzrasta smatraju se sposobnim za pristanak, osim ako su fizički ili mentalno nesposobna da ga daju, što se treba proceniti u svakom pojedinačnom slučaju.

Kao pozitivnu stranu aktuelne normative istakli bismo i to što se uvažavanju ispitanikovog prava na samoodređenje daje odgovarajući značaj, čak i slučaju kada su nesposobni za informisani pristanak. On se ogleda u tome što se, pored pristanka zakonskog zastupnika, poštuju i njihova saglasnost i želje, pod uslovom da su sposobni da formiraju svoje mišljenje povodom učešća u istraživanju.

Literatura

- Ačanski, T. (1988). Stupnjevitost poslovne sposobnosti pojedinaca. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 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*. Ovjedo
- 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 (UNESKO). (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>

Mujović Zornić, H. (2011). Pristanak na medicinsku intervenciju kao izjava volje u pravu, U. S. Petrič (Prir.), *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, (str. 283–291). Neum, BiH

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>

Palačković, D. (2002). Značaj volje maloletnika u kontekstu prava na samoodređenje, *Pravni život*, 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.

Porodični zakon. *Sl. glasnik RS*. br.18 (2005)

Ponjavić, Z. (2013). Pristanak deteta na medicinsku meru, Između autonomije i paternalizma. *Pravni život*. 564 (10): 91–106.

Radišić, J. (2004). *Medicinsko pravo*, Beograd: Fakultet za poslovno pravo i Nomos

Radolović, A. (2009). Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 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.

Stanković, O., Vodinelić, V. (1996). *Uvod u građansko pravo*, Beograd: Nomos

- Stojanović, D., Antić, O. (2004). *Uvod u građansko pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- 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*, L121/34, 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
- Vodinić, V. (2012). *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd: Pravni fakultet Union i Službeni glasnik
- Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima, *Službeni glasnik RS*. br. 30 (2010) i 107 (2012)
- Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*. br. 45 (2013)
- Živojinović, D. (2009). *Pravni položaj nerođenog deteta*, Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
- 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.

Dr Zoran Radivojević*
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni članak

UDK: 341.645.2(4-672EU)

Rad primljen: 29.09.2014.

Rad prihvaćen: 21.10.2014.

ODSTUPANJA OD REDOVNOG POSTUPKA ODLUČIVANJA O PRETHODNOM PITANJU PRED SUDOM PRAVDE EVROPSKE UNIJE**

Apstrakt: Sud pravde Evropske unije je već godinama preopterećen zahtevima za odlučivanje o prethodnom pitanju, što ga onemogućava da efikasnije i brže odgovara na pitanja upućena od nacionalnih sudova država članica. Kako bi se postupak pred Sudom učinio bržim i delotvornijim, postojeća procesna pravila su do sada više puta menjana i dopunjavana. Važeći poslovnik Suda dozvoljava nekoliko odstupanja od redovnog postupka odlučivanja o prethodnom pitanju. Prvo od njih je pojednostavljeni postupak u kome Sud bez održavanja usmene rasprave i pisanog mišljenja opšteg pravobranioca donosi odluku u formi obrazloženog rešenja. Druga mogućnost je da Sud primeni ubrzani postupak u kome se daje apsolutni prioritet datom predmetu u odnosu na sve ostale slučajeve. Poslednje odstupanje predstavlja hitan postupak, vezan isključivo za oblast slobode, bezbednosti i pravde, koji se sastoji u izostavljanju pojedinih stadijuma redovnog postupka odlučivanja o prethodnom pitanju.

Ključne reči: Evropska unija, Sud pravde, poslovnik, prethodno pitanje, redovni postupak, pojednostavljeni postupak, ubrzani postupak, hitan postupak.

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

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

1. Uvod

Osnivački ugovori ne uređuju bliže sam postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju na zahtev nacionalnih sudova država članica. Procesna pravila o tom postupku sadržana su u Statutu¹ i Poslovniku² Suda pravde.

Redovan ili uobičajen postupak odlučivanja o prethodnom pitanju obuhvata pismenu i usmenu fazu. Pismeni postupak pokreće se zahtevom za donošenje odluke o prethodnom postupku koji podnosi nacionalni sud. Po prijemu zahteva, sekretar Suda šalje ga odgovarajućim službama radi prevođenja na zvanične jezike Unije, a zatim zahtev u originalu sa prevodom dostavlja svim ovlašćenim učesnicima u postupku. Pored stranaka u glavnom postupku pred nacionalnim sudom, kao učesnice se uvek mogu pojaviti sve države članice EU i Komisije, a ostale institucije Unije samo ukoliko se traži tumačenje ili ocena valjanosti akata koje su one donele.

U roku od dva meseca ovi subjekti mogu uputiti Sudu svoje pismene primedbe, koje se takođe prevode, ali samo na jezik postupka (službeni jezik nacionalnog suda koji je podneo zahtev) i jezik na kome će se voditi rasprava. Njima je ostavljen rok od tri nedelje tokom koga mogu podneti zahtev da usmeno odgovore na raspravi. Međutim, pravo da se obrate Sudu na usmenoj raspravi imaju čak i oni subjekti koji nisu podneli pismene primedbe.

Na osnovu dobijenih primedaba sudija izvestilac sastavlja izveštaj koji se razmatra na plenarnom zasedanju Suda. Prethodno se izveštaj sudije izvestioca dostavlja subjektima koji učestvuju u postupku. Nakon toga sledi usmeni deo postupka u kome svi koji su podneli primedbe, kao i drugi zainteresovani učesnici, imaju pravo da iznesu svoje stavove. Sa svoje strane, opšti pravobranilac podnosi Sudu mišljenje i predlaže rešenje. Sud donosi presudu tajnim većanjem po uobičajenom postupku. Presuda se javno saopštava i dostavlja nacionalnom sudu, državama članicama i zainteresovanim organima Unije.

Navedene karakteristike redovnog postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju mogu sa procesnog stanovišta doprineti njegovom produžavanju i dovesti do preopterećenosti Suda. Pre svega, uključenje širokog kruga subjekata u postupak zahteva značajan kvantum vremena, što nesumnjivo

1 Čl. 23 i 23a (dalje: Statut), Consolidated version, *Off. Journal EU*, L 228/2012

2 Čl. 93–114 (dalje: Poslovnik), *Off. Journal EU*, L 265//2012; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 173/2013

doprinosi dužem trajanju ovog postupka (Knežević Predić, 2009: 57). Pritom treba imati u vidu da je ovaj postupak samo stadijum ili međufaza u postupku koji se vodi pred nacionalnim sudom, pa njegovo predugo trajanje doprinosi odugovlačenju glavnog postupka koji se za to vreme privremeno obustavlja.

S druge strane, postavljanje lingvističkih zahteva u pogledu prevođenja svih dokumenata na službene jezike država članica EU, takođe, deluje u pravcu povećanja vremenskog razmaka između datuma podnošenja zahteva za odluku o prethodnom postupku i dana izricanja presude. Uz to, Sud pravde je već godinama preopterećen predlozima koji se odnose na odlučivanje o prethodnom pitanju, budući da ovi postupci u poslednje vreme predstavljaju više od tri četvrtine predmeta pred ovim organima (Annual Report, 2013: 90). Sve ovo onemogućava Sud pravde da efikasnije i brže odgovara na prethodna pitanja koja mu nacionalni sudovi upute (Petrašević, 2011: 106).

Kako bi se skratio ovaj postupak, Poslovnik Suda je do sada više puta menjan i dopunjavan. Važeće procesno pravo EU dozvoljava nekoliko odstupanja od redovnog postupka odlučivanja o prethodnom pitanju u cilju njegovog skraćivanja. Prvo od njih je tzv. pojednostavljeni postupak (simplified procedure; procédure simplifiée) u kome Sud bez održavanja usmene rasprave i pisanog mišljenja opšteg pravobranioca donosi odluku u formi obrazloženog rešenja. Druga mogućnost je da Sud primeni ubrzani postupak (expedited or accelerated procedure, procédure accélérée) u kome se daje apsolutni prioritet datom predmetu u odnosu na sve ostale slučajeve. Poslednje odstupanje predstavlja hitan postupak (urgent procedure; procédure d'urgence), vezan isključivo za oblast slobode, bezbednosti i pravde, koji se sastoji u izostavljanju pojedinih stadijuma redovnog postupka odlučivanja o prethodnom pitanju.

2. Pojednostavljeni postupak

Pojednostavljeni postupak odlučivanja o prethodnom pitanju prvi put je uveden u procesno pravo EU izmenom Poslovnika Suda iz 2000. godine³, da bi sadašnju fizionomiju dobio posle najnovijih izmena ovog akta iz 2012. godine. Prema važećem poslovniku Sud može doneti odluku u pojednostavljenom postupku: a) ako je pitanje postavljeno u prethodnom postupku istovetno sa pitanjem o kome je Sud već odlučivao; b) ako se odgovor na takvo pitanje može jasno izvesti iz postojeće sudske prakse; i v) ako odgovor ne ostavlja mesta nikakvoj razumnoj sumnji⁴.

3 Čl.104, stav 3

4 Čl. 99

Navedeni osnovi za primenu pojednostavljenog postupka stvoreni su kroz sudsku praksu i to povodom slučajeva u kojima nacionalni sud protiv čije odluke po unutrašnjem pravu ne postoji pravni lek nije bio u obavezi da uputi prethodno pitanje Sudu pravde. Njihovo poreklo vezuje se za dve doktrine koje je Sud tom prilikom koristio. Prva je doktrina razjašnjenog akta (*acte éclairé*), po kojoj se u pogledu prethodnih pitanja na koja je Sud pravde već odgovorio nacionalni sudovi mogu osloniti na prethodnu praksu, te nisu u obavezi da ih ponovo upućuju na rešavanje. Tako je već početkom 60-tih godina Sud pravde konstatovao da autoritet već pribavljenog tumačenja otklanjanja obavezu obraćanja ukoliko je pitanje koje pokreće u materijalnom smislu identično pitanju koje je predmet ovog postupka⁵. U kasnijoj praksi Sud pravde je zauzeo liberalniji stav i ublažio zahtev da pitanja moraju biti materijalno identična. Dovoljno je da je Sud već odlučivao o istom pravnom pitanju nezavisno od prirode postupka u kojima je odluka doneta, čak i ako pitanja o kojima je reč nisu strogo identična.

S druge strane, Sud pravde zauzeo je stav da nacionalni sud poslednje instance nema obavezu obraćanja u slučaju da je pravilna primena prava Unije toliko očigledna da ne ostavlja mesta nikakvoj razumnoj sumnji u pogledu načina na koji bi trebalo odgovoriti na postavljeno pitanje⁶. Ovakvo stanovište Suda predstavlja specifični vid primene doktrine jasnog akta (*acte claire*), koja se zasniva na ideji da dovoljno jasnu odredbu nije potrebno tumačiti (*in claris non fit interpretatio*), već samo primeniti. Prilikom ocene da li se radi o odsustvu razumne sumnje potrebno je imati u vidu osobenost prava Unije i probleme koje pokreće njegovo tumačenje, a posebno mogućnost različite primene odredaba od strane različitih sudova država članica (Radivojević, Knežević Predić, 2008: 183–184).

Kada nađe da ima razloga za primenu pojednostavljenog postupka, Sud pravde ne održava usmenu raspravu niti pribavlja pismeno mišljenje opšteg pravobranioca. Umesto presude tada se donosi obrazloženo rešenje u kome Sud upućuje na svoju raniju presudu ili praksu iz kojih se može izvesti odgovor na pitanje. Izmenom poslovnika iz 2012. godine ukinuto je različito postupanje Suda u zavisnosti od razloga za primenu pojednostavljenog postupka. Prema novom rešenju, ako postoji bilo koji od ovih razloga, Sud može da, u svakom trenutku, na osnovu predloga sudije izvestioca i pošto sasluša opšteg pravobranioca, donese odluku u obliku obrazloženog rešenja. Izostavljanjem

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)

prethodnog obaveštavanja nacionalnog suda koji je uputio pitanje, kao i obaveze prijema i razmatranja pisanih primedaba potencijalnih učesnika u postupku, Sud je sada još više rasterećen, a trajanje pojednostavljenog postupka svedeno na najmanju moguću meru. Od njegovog uvođenja u procesno pravo EU do 2013. godine Sud je u dvadeset i šest slučajeva odlučio u formi obrazloženog rešenja (Annual Report, 2012: 11).

3. Ubrzani postupak

Kao drugi izuzetak od redovne procedure pribavljanja odluke o prethodnom pitanju ubrzani postupak ustanovljen je izmenom Poslovnika Suda iz 2000. godine. U važećem procesnom pravu EU ovaj postupak regulisan je čl. 23 Statuta i posebnim, drugim poglavljem u okviru Glave III Poslovnika izmenjenog 2012. godine. Pored toga, Sud je početkom ove godine sastavio preporuke za nacionalne sudove koje sadrže posebne odredbe o uslovima primene i sprovođenju ubrzanog postupka (Recommendations, 2014: 1–6).

Prema ranijem Poslovniku⁷ ubrzani postupak mogao se primeniti samo ukoliko to zahteva nacionalni sud koji postupa u glavnoj stvari i ukoliko okolnosti na koje on ukazuje potvrđuju da je odgovor na postavljena pitanja izuzetno hitan. Međutim, izmenjeni Poslovník⁸ dozvoljava da izuzetno i bez zahteva nacionalnog suda predsednik Suda po službenoj dužnosti, pošto sasluša sudiju izvestioca i opšteg pravobranioca, donese odluku o primeni ubrzanog postupka. Saglasno novom rešenju Sud može odobriti primenu ovog postupka uvek kada priroda predmeta zahteva postupanje u kratkim rokovima, a ne kao ranije u slučajevima izuzetne hitnosti.

Ubrzani postupak obu hvata sve uobičajene stadijume odlučivanja o prethodnom pitanju. Od redovnog toka procedure pribavljanja odluke o prethodnom postupku razlikuje se samo po kraćem trajanju pojedinih procesnih faza i davanju određenom predmetu u svakoj od tih faza apsolutne prednosti u odnosu na sve ostale slučajeve. Drugim rečima, ubrzanje postupka postiže se skraćivanjem rokova u pojedinim stadijumima redovnog postupka, ali bez njihovog preskakanja ili izostavljanja (Petrašević, 2011: 108).

Ukoliko odobri primenu ubrzanog postupka, predsednik Suda odmah zakazuje datum usmene rasprave. Predsednik može zatražiti da podnesci i pismene primedbe ovlašćenih učesnika u postupku budu ograničena samo na suštinska pravna pitanja koja su postavljena u zahtevu za odluku o prethodnom

7 Čl.104a

8 Чл.105, став 2

pitanju⁹. Pre usmene rasprave podnesci i pismene primedbe se dostavljaju svim učesnicima koji su ovlašćeni da ih podnesu¹⁰. U ubrzanom postupku opšti pravobranilac ne podnosi formalno pismeno mišljenje, već usmeno istupa na raspravi. Pošto sasluša opšteg pravobranioca, Sud donosi odluku o prethodnom pitanju¹¹.

Da bi se ubrzao tok postupka, procesna pravila predviđaju korišćenje savremenih tehničkih sredstava u komunikaciji između Suda pravde, nacionalnih sudova i drugih ovlašćenih učesnika u postupku. Smatra se da su procesni akti podneti Sudu upućivanjem sekretarijatu faksom ili drugim tehničkim sredstvom komunikacije jednog primerka potpisanog izvornika i pratećih dokaza i dokumenata sa njihovim popisom. Izvornik akta i navedene dokaze i dokumente treba dostaviti sekretarijatu bez odlaganja. Sve dostave i saopštenja mogu se izvršiti upućivanjem primerka dokumenta telefaksom ili drugim tehničkim sredstvom komunikacije kojima raspolažu Sud i adresat. Međutim, izvornici dokumenata moraju se dostaviti sekretarijatu Suda u najkraćem roku redovnom poštom.¹²

Budući da ubrzani postupak nameće bitna ograničenja svim ovlašćenim učesnicima, a posebno državama članicama koje su pozvane da podnesu svoje pisane ili usmene primedbe u rokovima znatno kraćim od uobičajenih u redovnom postupku, njegova primena ograničena je samo na posebne okolnosti koje mogu opravdati potrebu da se Sud vrlo brzo izjasni o postavljenim pitanjima. U dosadašnjem radu Sud je dosta restriktivno tumačio mogućnost odlučivanja o prethodnom pitanju u ubrzanom postupku. Tako je od 2000. do 2009. godine njegova primena zatražena u 48 slučajeva, a odobrena samo u tri predmeta. Godine 2010. Sud je odbio sedam zahteva za ubrzani postupak, a prihvatio u četiri predmeta, što je više od broja koji je odobrio u prethodnih devet godina. Međutim, u toku naredne tri godine (2011–2013) primena ubrzanog postupka zatražena je u 28 predmeta, a odobrena u svega tri (Annual Report, 2013: 103).

Iz ovakve sudske prakse mogle bi se izdvojiti određene tipične okolnosti na osnovu kojih je Sud odbijao zahteve za ubrzani postupak odlučivanja o prethodnom postupku. Među razloge koji nisu predstavljali dovoljno opravdanje za primenu ovog postupka Sud je najpre uvrstio ekonomske interese strana u postupku i njihove eventualne ili potencijalne

9 Stav 3

10 Stav 4

11 Stav 5

12 Čl. 106

gubitke¹³. Dužina trajanja krivičnog postupka, takođe, sama po sebi nije prihvaćena kao osnov za primenu ovog postupka. Tako je, recimo, u slu čaju *Kita* Sud ocenio da okolnost što pritvoreno lice očekuje donošenje odluke o tome u kojoj će zemlji izdržavati kaznu ne zadovoljava uslov izuzetne hitnosti, budući da takva odluka nema nikakav uticaj na trajanje njegovog pritvora¹⁴.

Nadalje, broj predmeta koji su u toku pred nacionalnim sudovima, a čije rešavanje zavisi od donošenja odluke o prethodnom pitanju, Sud nije smatrao odlučujućim za primenu ubrzanog postupka. Ni veći broj stranaka u postupku pred nacionalnim sudom na koje može uticati ishod postupka odlučivanja o prethodnom pitanju nije prihvaćen kao okolnost koja opravdava njegovu primenu. Isto tako, stav je Suda da ubrzani postupak ne može da bude alternativa privremenoj meri koju treba da donese nacionalni sud (Broberg, Fenger, 2009: 388). Čak ni pitanje ocene valjanosti nekog pravnog akta institucije Unije ne mora nužno da predstavlja razlog koji opravdava primenu ubrzanog postupka (Petrašević, 2011:109).

Kad su u pitanju okolnosti na osnovu kojih su prihvaćeni zahtevi za sprovođenje ubrzanog postupka, sudska praksa je mnogo skromnija. Do sada je Sud odobravao primenu ubrzanog postupka uglavnom zbog zaštite javnog zdravlja, u cilju zaštite prava na poštovanje porodičnog života ili radi preduzimanja restriktivnih mera za suzbijanje terorizma. Ovome treba dodati slučajeve vezane za veoma kratke rokove u pogledu postupanja koje su morali da poštuju nacionalni sudovi, a kod kojih su zainteresovana lica bila lišena slobode.

Ubrzani postupak Sud je prvi put primenio u slučaju *Jippes* povodom zahteva nacionalnog suda za ocenu valjanosti mere Unije o zabrani vakcine protiv zaraznih bolesti. Tom prilikom Sud je kao odlučujuću okolnost uzeo u obzir brzinu kojom se bolest širi i veliki broj životinja koje će biti podvrgnute eutanaziji¹⁵.

U slučaju *Metock* prethodno pitanje odnosilo se na pravo državljana trećih država koji su braku sa građanima EU na slobodno kretanje. Nacionalni sud je svoj zahtev za primenu ubrzanog postupka obrazložio time da velikom

13 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)

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

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

broju ovih lica koja se nalaze u pritvoru preteri proterivanje u matične zemlje, te da su oni čekajući odgovor Suda lišeni svog ljudskog prava na vođenje normalnog porodičnog života. Prihvatajući taj zahtev, Sud je našao da pravo na porodični život iz čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima predstavlja jedno od osnovnih ljudskih prava zaštićenih u pravnom poretku Unije¹⁶. Sličan stav Sud je zauzeo u slučaju *Purrucker*, ocenivši da od brzine donošenja njegove odluke posredno zavisi pravni položaj blizanaca odvojenih već tri godine zbog razvoda roditelja¹⁷.

S druge strane, u slučaju krivičnog postupka protiv okrivljenih E i F prethodno pitanje ticalo se mere preventivnog pritvora preduzete na osnovu regulative koju je doneo Savet u cilju borbe protiv terorizma. Nacionalni sud je zatražio primenu ubrzanog postupka pozivajući se na odredbu čl. 267 Ugovora o funkcionisanju EU. Taj zahtev Sud je prihvatio uz obrazloženje da je za nacionalni sud od suštinskog značaja da u najkraćem roku dobije odgovore na postavljena pitanja¹⁸.

Kad je reč o kratkim rokovima koje mora da ispoštuje nacionalni sud, u spojenim predmetima *Melki i Abdeli* Sud je uzeo u obzir ne samo činjenicu da su zainteresovana lica zadržavanjem u pritvoru lišena slobode, već i da sud koji mu se obratio (francuski *Kasacioni sud*) ima po domaćem pravu rok od samo tri meseca da pokrene postupak prioriternog pitanja ustavnosti pred nadležnim organom (Ustavni savet). Odobravajući primenu ubrzanog postupka, Sud je našao da je u ovom slučaju uslov hitnosti ispunjen, jer nacionalnom sudu u tom roku treba dati odgovore na pitanja koje je uputio¹⁹.

4. Hitan postupak

Hitan postupak, kao najznačajnije i najveće odstupanje od redovne procedure odlučivanja o prethodnom pitanju, ustanovljen je odlukom Saveta iz 2007. godine (Council Decision, 2008: 79/EC), a počeo je da se primenjuje od 1. marta 2008. godine. Njegovom uvođenju u procesno pravo Evropske unije prethodila je široka debata o reformi postupka pribavljanja odluke o prethodnim pitanjima iz oblasti slobode, bezbednosti i pravde. Raspravu o tome

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

17 Case C296/10 *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)

inicirao je Evropski savet još na sastanku održanom novembra 2004. godine pozivajući Komisiju da mu, pošto obavi konsultacije sa Sudom, dostavi predloge izmena koje će omogućiti da se efikasnije i brže nego što je to slučaj u ubrzanom postupku odgovara na pitanja upućena od nacionalnih sudova (Knežević Predić, 2009: 60). U sklopu debate o uvođenju hitnog postupka Sud pravde je sa svoje strane predložio dva moguća modela. Za oba modela zajedničko je da se obrazuje posebno veće sastavljeno od pet sudija koje bi odlučivalo o dopuštenosti i sprovođenju hitnog postupka (Discussion Paper, 2006: 6).

Prema prvom modelu hitni postupak bio bi dvostepen. Prvostepeni postupak je obavezan i trajao bi relativno kratko, što se postiže smanjivanjem faza i broja aktera koji su u njim uključeni. Drugostepeni postupak je fakultativan i bio bi iniciran samo u slučaju žalbe na prvostepenu odluku. Taj postupak nalikovao bi redovnom postupku pribavljanja odluke o prethodnom pitanju.

Prema drugom modelu koji je predložio Sud hitan postupak odvijao bi se samo u jednom stepenu bez mogućnosti žalbe. Postupak se pokreće zahtevom iz koga se prevode samo pitanja koja su u njemu sadržana, a ne i sva propratna dokumentacija. Svi zainteresovani subjekti imali bi mogućnost da podnesu pisane podneske i da učestvuju u usmenoj fazi postupka. Sudu bi trebalo ostaviti pravo da izostavi pismenu fazu postupka i da direktno pređe na usmeni deo postupka. Opšti pravobranilac, takođe, ne bi podnosio formalno pismeno mišljenje, već bi istupao na zatvorenoj sednici.

Iz ovih predloga nije teško zaključiti da prvi model obećava dramatično skraćivanje vremena da se pribavi odgovor na postavljeno pitanje. U isto vreme, jasno je da prvostepeni postupak ne dopušta svim zainteresovanim subjektima da uzmu u češće u raspravi koja prethodi odluci Suda. To im omogućava tek drugostepeni, žalbeni postupak. Drugi model, pak, garantuje njihovo puno učešće, što nužno produžava vreme potrebno da se pribavi odluka o prethodnom pitanju (Knežević Predić, 2009: 64). Suočen sa ovim prednostima i manama ponuđenih modela Savet je ocenio da treba razraditi još neka sporna pitanja kako bi se potrebna brzina postupka uskladila sa procesnim pravima svih zainteresovanih učesnika, posebno država članica za koje je drugi model ipak bio prihvatljiviji (Lazowski, 2009: 224).

U međuvremenu Sud je pripremio novi jedinstveni predlog na osnovu koga je Savet svojom odlukom iz 2007. godine uneo novi čl. 23a u Statut Suda. Ovom odredbom otvorena je mogućnost da se Poslovnikom Suda uvede hitan postupak odlučivanja o prethodnom pitanju u domenu slobode, bezbednosti

i pravde²⁰. U danas važećem procesnom pravu EU hitan postupak regulisan je posebnim trećim poglavljem u okviru Glave III Poslovnika izmenjenog 2012. godine. Od značaja je i novi stav 4 čl. 267 Ugovora o funkcionisanju EU koji predviđa da Sud pravde odlučuje u najkraćem mogućem roku ako se predmet koji je u toku pred nacionalnim sudom države članice odnosi na lice u pritvoru. Pored toga, preporuke koje je Sud sastavio za nacionalne sudove sadrže posebne odredbe o uslovima primene i sprovođenju hitnog postupka (Recommendations, 2014: 5–6).

Hitan postupak sprovodi se na osnovu obrazloženog zahteva nacionalnog suda koji je uputio prethodno pitanje. Izuzetno, kada nacionalni sud propusti da uputi takav zahtev, Sud može po službenoj dužnosti odlučiti da sprovede hitan postupak ako priroda ili okolnosti predmeta to zahtevaju. U ovom slučaju predsednik Suda je ovlašćen da predloži primenu hitnog postupka ako se na prvi pogled čini da je takav postupak potreban²¹. Za sprovođenje hitnog postupka nadležno je jedno od sudskih veća od pet sudija koje je za tu svrhu određeno na period od jedne godine. Nadležno veće ima punu slobodu prilikom odlučivanja o sprovođenju hitnog postupka. Ukoliko donese odluku da se ne primeni hitan postupak, postupak o zahtevu za prethodno pitanje se nastavlja po redovnoj proceduri²².

Kako bi se Sudu omogućilo da što pre odluči treba li sprovesti hitan postupak, zahtev upućen od strane nacionalnog suda mora da sadrži precizan opis pravnog i činjeničnog stanja na kome se zasniva potreba za hitnim postupanjem. Ukoliko je moguće, nacionalni sud u svom zahtevu naznačuje u sažetom obliku predlog odgovora na postavljeno pitanje²³. Zahtev za sprovođenje hitnog postupka mora biti izložen na nedvosmislen način i u obliku koji omogućava sekretarijatu Suda da odmah utvrdi da taj zahtev traži posebno postupanje. Taj zahtev sekretar Suda odmah dostavlja strankama iz glavnog postupka, državi članici čiji je sud uputio zahtev, Komisiji i instituciji koja je donela akt čija su valjanost ili tumačenje sporni.

U odluci o primeni hitnog postupka određuje se rok u kome navedeni subjekti mogu podneti svoje podneske i pismene primedbe. Odlukom o primeni hitnog postupka mogu se bliže odrediti pravna pitanja na koja se podnesci ili pismene primedbe moraju odnositi, a može se ograničiti njihova maksimalna dužina.

20 Čl.104b Poslovnika

21 Čl.107, stav 1

22 Čl.108

23 Čl.107, stav 2

Zahtev za hitan postupak, kao i sama odluka o njegovom sprovođenju, prosleđuje se i drugim zainteresovanim subjektima koji nisu ovlašćeni da učestvuju u pismenoj fazi postupka²⁴.

Da bi se maksimalno ubrzao postupak, komunikacija između nacionalnih sudova i Suda, kao i ostalih učesnika u postupku odvija se elektronskom poštom ili putem telefaksa. Postupak se smatra pokrenutim kada Sud primi na ovaj način potpisani primerak odluke o upućivanju prethodnog pitanja sa zahtevom za sprovođenje hitnog postupka. Međutim, izvornici ovih akata moraju se dostaviti sekretarijatu Suda redovnom poštom u najkraćem roku²⁵.

U slučajevima izuzetne hitnosti veće može odlučiti da se izostavi pismenu fazu postupka²⁶. Ukoliko se odluči da ne bude pismene faze, Sud će morati da održi proširenu usmeni raspravu koja može trajati duže nego što je to uobičajeno u redovnom postupku. Međutim, do sada Veće nije nijednom odlučilo da u hitnom postupku izostavi pismenu fazu. Posle održane rasprave veće određeno za hitan postupak donosi odluku pošto sasluša mišljenje opšteg pravobranioca²⁷.

U dosadašnjoj praksi Sud je dosta često prihvatao zahteve za primenu hitnog postupka. Tako je od 2008. do 2013. godine njegova primena zatražena u ukupno 36 slučajeva, a odobrena u tačno 50%, tj. u 18 predmeta. Samo u toku prve godine primene Sud je prihvatio i odbio po tri zahteva za hitan postupak, da bi naredne godine od tri podneta zahteva odobrio primenu hitnog postupka u dva predmeta. U toku sledeće tri godine (2010–2012) hitan postupak zatražen je u 21 predmetu, a odobren u jedanaest slučajeva (Report, 2012: 4). Međutim, tokom 2013. godine broj odbijenih zahteva je prvi put bio veći od onih koje je Sud prihvatio, budući da je hitan postupak zatražen u pet slučajeva, a odobren samo u dva predmeta (Annual Report, 2013: 103).

Iz ovakve sudske prakse mogli bi se izdvojiti neki tipični razlozi zbog kojih je Sud odbijao zahteve za hitan postupak odlučivanja o prethodnom pitanju. Među njima na prvom mestu nalazi se okolnost da konkretan predmet *ratione materiae* ili *ratione temporis* ne ulazi u područje primene hitnog postupka. Tako, recimo, u slučaju Pontini Sud nije prihvatio zahtev za hitan postupak uz obrazloženje da taj predmet ne spada u polje primene ovog postupka, pošto

24 Čl.109

25 Čl.106 i 114

26 Čl.111

27 Čl.112

se radilo o tumačenju odredaba koje se odnose na zajedničku poljoprivrednu politiku²⁸. U slučaju Kozłowski Sud je, pak, odbio da primeni hitan postupak iz razloga što je zahtev podnet nekoliko nedelja pre nego što je stupio na snagu izmenjeni Poslovník, mada je odlučio da prethodno pitanje reši u ubrzanom postupku²⁹. Međutim, u slučaju Wolzenburg Sud nije prihvatio zahtev za primenu hitnog postupka uprkos tome što je predmet spadao u oblast slobode, bezbednosti i pravde zato što se hapšenje dogodilo 18 meseci pre podnošenja zahteva, a u trenutku njegovog podnošenja lice više nije bilo u pritvoru³⁰.

Jurisprudencija Suda pravde je prilično ustaljena kad su u pitanju okolnosti na osnovu kojih su prihvaćeni zahtevi za sprovođenje hitnog postupka. Iako nije moguće dati preciznu i iscrpnu listu slučajeva u kojima se hitan postupak može primeniti, preporuke Suda upućene nacionalnim sudovima i dosadašnja praksa sadrže dosta jasne smernice u tom pravcu. Pre svega, smatra se da sprovođenje ovog postupka treba odobriti samo u okolnostima kada je apsolutno neophodno da se Sud vrlo brzo izjasni o pitanjima koje je postavio nacionalni sud. Do sada je Sud prihvatao zahteve za primenu hitnog postupka u bračnim stvarima koje se tiču nadležnosti i priznanja i izvršenja presude, te u sporovima koji su vezani za vršenje roditeljskog prava, odnosno starateljstva roditelja. Ovome treba dodati slučajeve u kojima se lice o čijim je pravima reč nalazi u pritvoru, a odgovor na prethodno pitanje je nužan za ocenu pravnog položaja tog lica, kao i situacije kada određivanje nadležnosti suda koja proizilazi na osnovu prava Evropske unije zavisi od odgovora na prethodno pitanje (Recommendations, 2014: 5).

Hitan postupak Sud je prvi put primenio u slučaju Rinau povodom vraćanja deteta roditelju kome je sudskom odlukom povereno na staranje. Tom prilikom Sud je kao glavni kriterijum prihvatio potrebu da deluje hitno u slučaju kada je dete lišeno mogućnosti da kontaktira sa jednim od roditelja³¹.

U slučaju Detiček prihvaćeno je obrazloženje nacionalnog suda da je primena hitnog postupka potrebna zato što je svako dalje odlaganje suprotno interesu deteta, a moglo bi proukovati nepopravljivu štetu po odnose deteta i roditelja sa kojim ne živi³². Sličan stav u pogledu odobravanja primene hitnog postupka

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 Kozłowski (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)

Sud je kasnije zauzeo u slučajevima Povse³³, McB³⁴, Aguirre Zarraga³⁵ i Mercredi³⁶, ocenivši da je hitno postupanje potrebno uvek kada postoji opasnost od nepopravljivog pogoršanja odnosa između roditelja i deteta, naročito ako je u pitanju vraćanje deteta koje je lišeno kontakta sa jednim roditeljem ili ponovno okupljanje porodice.

Kad su u pitanju slučajevi u kojima su se lica nalazila u pritvoru, Sud je u predmetu Santesteban Goicoechea odobrio primenu hitnog postupka pozivajući se na Konvenciju o izručenju između država članica EU od 1996. godine³⁷. Isti stav u pogledu sprovođenja hitnog postupka Sud je zauzeo u predmetu Leymann i Pustarov³⁸ uz obrazloženje da je cilj Okvirne odluke o evropskom nalogu za hapšenje jačanje oblasti slobode, bezbednosti i pravde zasnovane na uzajamnom priznavanju i pravosudnoj saradnji. S druge strane, u slučajevima Kadzoev³⁹ i El Dridi Hassen⁴⁰ Sud je odobrio hitan postupak jer je ocena pravne situacije lica u pritvoru zavisila od tumačenja Direktive o zajedničkim standardima i postupku u državama članicama EU za vraćanje ilegalnih emigranata iz trećih država.

5. Zaključne napomene

Odstupanja od redovnog postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju deo su nastojanja da se skрати i ubrza ova vrsta delovanja Suda pravde EU. Naime, predugo trajanje redovnog postupka prethodnog odlučivanja i preopterećenost Suda predmetima ove vrste ozbiljno su ugrozili evropski standard u pogledu dužine postupka, kao i pravo svakog pojedinca na efikasnu sudsku zaštitu u razumnom roku.

Analize izvršene u ovom radu potvrđuju da su rezultati postignuti na planu skraćivanja trajanja postupka uglavnom pozitivni. Tako statistički podaci pokazuju da je prosečno vreme potrebno za odluku u ubrzanom postupku oko četiri i po meseca. Ovo svakako predstavlja značajan napredak u odnosu na dužinu trajanja redovnog postupka koja iznosi između šesnaest i sedamnaest

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)

meseci. Uprkos tome, dalja skraćivanja u ubrzanom postupku teško se mogu ostvariti s obzirom na to da on ima iste procesne stadijume kao i redovni postupak.

S druge strane, početni rezultati ostvareni primenom hitnog postupka još više ohrabruju. Prema statističkim pokazateljima, prosečno trajanje ovog postupka iznosi 66 dana ili nešto više od dva meseca. Pritom vreme potrebno za odluku u hitnom postupku nijednom nije bilo duže od tri meseca, što je opet kraće i efikasnije u poređenju sa prosečnim trajanjem ubrzanog postupka od četiri i po meseca. Značajni uspesi postignuti su i na planu izostavljanja, ali i ubrzanja pojedinih stadijuma hitnog postupka. Tako je Sudu za odlučivanje o podnetim zahtevima za primenu hitnog postupka u proseku bilo potrebno osam dana. Prosečno trajanje pismene procedure i vreme između podnošenja pismenih primedaba i otvaranja usmene rasprave iznosilo je oko šesnaest dana, dok su opšti pravobranioци dostavljali svoja mišljenja u roku nešto dužem od tri dana od završetka rasprave.

Lisabonski ugovor proširio je mogućnost za primenu hitnog postupka na sve slučajeve pred nacionalnim sudovima u kojima se lice nalaze u pritvoru. Ova novina verovatno će doprineti daljem ubrzanju postupka prethodnog odlučivanja pred Sudom pravde, ali uz jedno značajno ograničenje. Naime, hitan postupak može se sprovesti samo za slučajeve koji spadaju u oblast slobode, bezbednosti i pravde. Izvan ovog područja, čak i kad se radi o pritvorskim predmetima, preostaje kao jedina mogućnost primena ubrzanog postupka, kod koga se veća efikasnost i kraće trajanje procedure pribavljanja odluke o prethodnom pitanju može ostvariti samo na štetu ostalih predmeta koji su pred Sudom.

Literatura

Annual report (2013). Court of Justice of the European Union. Pristupljeno 3. septembra 2014. sa <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 University 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 Bescherming van Dieren and Afdeling 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: Sweet & 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.

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.

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

pregledni naučni članak

UDK:343.237

Rad primljen: 19.06.2014.
Rad prihvaćen: 26.09.2014.

SAUČESNIŠTVO U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU**

Apstrakt: U izvršenju krivičnog dela može da učestvuje jedno ili više lica. U ovom drugom slučaju postoji saučesništvo. Saučesništvo nije samo poseban oblik učešća više lica u ostvarenju krivičnopravne posledice, već predstavlja i poseban oblik kriminaliteta – kolektivni kriminalitet. Zavisno od preduzete delatnosti i načina učešća u ostvarenju krivičnog dela, razlikuje se više oblika saučesništva. Upravo o pojmu, karakteristikama, sadržini, vrstama i specifičnostima saučesništva u savremenom krivičnom zakonodavstvu govori i ovaj rad.

Ključne reči: krivično delo, više lica, saučesništvo, umišljaj, odgovornost, kazna.

1. Uvodna razmatranja

Saučesništvo (concursum plurium ad delictum) kao oblik kolektivnog izvršenja krivičnog dela predstavlja jedan od najsloženijih instituta opšteg dela krivičnog prava (Simović Hiber, 1996: 573–581). No, to nije samo krivičnopravni, već je i kriminalistički, kriminološki, kriminalnopolitički, ali istovremeno i filozofski i sociološki problem o kome je dosta pisano u domaćoj i inostranoj literaturi. Sav ovaj naučni i stručni rad imao je dvojako određeni cilj: 1) da utvrdi, prouči i objasni sva pitanja vezana za pojam, elemente, oblike, karakteristike i pravnu prirodu saučesništva i 2) da izgradi jednu celovitu, opšteprihvaćenu koncepciju o saučesništvu (Kambovski, 2001: 47–53) koja bi predstavljala osnovu za utvrđivanje krivične odgovornosti (krivice) saučesnika i njihovo kažnjavanje (Jovanović, 1974: 75).

* jovas@prafak.ni.ac.rs

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

U prouzrokovanju krivičnopravno relevantne posledice u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu preduzimanjem radnje činjenja ili nečinjenja može da učestvuje jedno ili više lica (Jovašević, 2012: 198-201). Kada u izvršenju krivičnog dela učestvuje samo jedno lice – izvršilac, tada postoji jedinstveno krivično delo (solitarni kriminalitet). A kada u izvršenju krivičnog dela učestvuje dva ili više lica lica, tada postoji saučesništvo (kolektivni kriminalitet). Lica koja svojim delatnostima, sa jednom ili sa više radnji, u isto ili različito vreme, na istom ili različitim mestima ostvaruju krivično delo, nazivaju se saučesnici (Jovašević, 2002: 78–82). Dakle, saučesništvo je oblik učešća, participacije više lica u ostvarenju posledice krivičnog dela ili to je sticaj više lica u istom krivičnom delu. Sva ova lica daju svoj doprinos izvršenju krivičnog dela, doprinos koji se, zapravo, sastoji u sauzrokovanju posledice. To je sticaj više lica u ostvarenju jednog krivičnog dela (Stojanović, 2000: 226).

Saučesništvo predstavlja ne samo poseban oblik izvršenja krivičnog dela, već i poseban oblik kriminaliteta – kolektivni kriminalitet koji je znatno opasniji od solitarnog (pojedinačnog) kriminaliteta. Kolektivni kriminalitet predstavlja, zapravo, kumulaciju kriminalne energije, odnosno zločinačke volje zbog svesne i voljne združenosti više lica u ostvarivanju krivičnog dela. U teoriji krivičnog prava je nesporno da delo izvršeno od strane više lica menja karakter društvene opasnosti izvršene radnje budući da saučesništvo produbljuje težinu krivičnog dela pri određenim uslovima. Prema istom shvatanju saučesništvo nije protivpravno samo po sebi, već se određuje protivpravnošću glavne radnje kojom se ostvaruje krivično delo.

2. Pojam i elementi saučesništva

2.1. Pojam saučesništva u pravnoj teoriji

U pravnoj teoriji postoje slična pojmovna određena saučesništva. Tako je saučesništvo voljno učešće u radnji izvršenja krivičnog dela započetog ili završenog pod strane drugog lica ili je to pak zajedničko činjenje i sporazumno skrivljeno sudelovanje više lica u izvršenju jednog kažnjivog dela, tako da svako od tih lica preduzme radnju krivičnog dela ili neku drugu radnju u okviru i u vreme izvršenja krivičnog dela (Frank, 1953: 179). Pod saučesništvom se podrazumeva učešće više lica u izvršenju krivičnog dela (Selinšek, 2007: 205–207) ili se tu podrazumevaju slučajevi zajedničkog ostvarenja krivičnog dela od strane dva ili više lica uz istovremeno postojanje svesti o zajedničkom delovanju (Babić, Marković, 2008: 325).

Saučesništvo je sudelovanje većeg broja lica u vršenju krivičnog dela, što predstavlja posebno opasan oblik kriminaliteta, odnosno temeljnu pretpostavku organizovanog kriminaliteta (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 183). Saučesništvo može da postoji kada više lica (nužno ili dobrovoljno) u različitim ulogama učestvuju u izvršenju jednog krivičnog dela (Mrvić Petrović, 2005: 116).

Institut saučesništva se zasniva na restriktivnom shvatanju pojma izvršilaštva. Prema ovom shvatanju, izvršilac je lice koje preduzima radnju izvršenja, delatnost koja je zakonom određena kao elemenat bića krivičnog dela. Pored restriktivnog, postoji i ekstenzivno shvatanje pojma izvršilaštva prema kome je jedinstveni izvršilac lice koje preduzima bilo koju radnju kojom doprinosi ostvarenju krivičnog dela. To znači da ekstenzivno shvatanje izvršilaštva, zapravo, negira saučesništvo jer ne razlikuje izvršioca i saučesnika budući da svi oni zajedno, udruženo svojim delatnostima doprinose ukupnom rezultatu krivičnog dela (Sržentić, Stajić, Lazarević, 1978: 269).

Za postojanje saučesništva je, pored učešća dva ili više lica, potrebno da postoje dva elementa, uslova, spone ili tačke vezivanja. To su : 1) objektivni i 2) subjektivni elementi (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 87).

Objektivni element (uslov) znači da svaki saučesnik preduzima bilo koju delatnost kojom na bilo koji način, u bilo kojoj meri doprinosi ostvarenju posledice krivičnog dela. Delatnosti koje preduzimaju saučesnici mogu biti iste ili različite, mogu biti preduzete istovremeno ili sukcesivno (u fazama), na istom ili na različitim mestima, ali moraju da vode istom rezultatu – prouzrokovanju posledice krivičnog dela. Najčešće se ove delatnosti sastoje u činjenju, aktivnoj radnji. Samo izuzetno nečinjenjem se može ostvariti saučesnički doprinos u izvršenju krivičnog dela (crimena silenti). S. Frank smatra da je zajedničko činjenje saučesnika moguće i nečinjenjem. Nečinjenje je u tom slučaju posledica zajedničke odluke pretpostavivši da je postojala dužnost na zajedničko činjenje (Frank, 1955: 181). Posledica krivičnog dela mora biti rezultat zajedničke delatnosti svih saučesnika, što znači da između ostvarene posledice krivičnog dela i preduzetih radnji svakog saučesnika postoji uzročna veza.

Subjektivni element (uslov) znači da kod saučesnika postoji svest o zajedničkoj delatnosti usmerenoj na izvršenje krivičnog dela. To znači da saučesnici znaju jedan za drugog, kao i da znaju izvršioca krivičnog dela pri čemu se ne moraju lično poznavati. Bitno je da svaki saučesnik zna da pored njega u ostvarenju posledice krivičnog dela učestvuju i druga određena lica,

te i da je iz tog kruga i izvršilac krivičnog dela. Tek u slučaju postojanja više lica koji svojim radnjama doprinose ostvarenju posledice krivičnog dela uz subjektivni i objektivni elemenat (vezu) postoji saučesništvo u krivičnom pravu.

Saučesništvo je institut opšteg dela krivičnog prava fakultativnog karaktera. To znači da u procesu ostvarenja krivičnog dela može, ali ne mora obavezno da učestvuje više lica. Izuzetak od ovog pravila postoji u slučaju nužnog saizvršilaštva gde krivičnog dela uopšte nema, ako zakonom određenu radnju izvršenja nisu preduzela najmanje dva ili više lica. Podstrekavanje i pomaganje predstavljaju saučesništvo u užem smislu, dok saučesništvo u širem smislu obuhvata: saizvršilaštvo, podstrekavanje i pomaganje. Najčešće se uz izvršilaštvo javlja samo jedan, a izuzetno više oblika saučesništva.

Sve ove vrste saučesništva mogu, ali ne moraju da postoje prilikom izvršenja svakog krivičnog dela. Najčešće se uz izvršilaštvo pojavljuje samo jedno, a izuzetno više oblika saučesništva. No, u svakom slučaju saučesništvo je akcesorne prirode, što znači da zavisi od izvršenog ili pokušnog krivičnog dela. Naime, za odgovornost saučesnika se prema široko prihvaćenoj akcesornoj, zavisnoj ili monističkoj teoriji zahteva da je izvršilac izvršio krivično delo u potpunosti ili delimično (kada postoji pokušaj), odnosno da je preduzeo delatnost koja ulazi u kriminalnu zonu (Marjanovik, 1998: 240–241).

No, to nikako ne znači da saučesnici odgovaraju za radnju, odnosno za delo izvršioca. Ono je samo nužan uslov, nužna pretpostavka za postojanje saučesništva. To je samo posledica činjenice da se ne može učestvovati u nečemu što ne postoji, u nečemu što još nije ostvareno (Stojanović, 2000: 228). Naime, može se čak reći da ta akcesornost, odnosno zavisnost i proizilazi iz same suštine, pojma i prirode saučesništva. Bez izvršioca nema ni podstrekavanja, niti pomaganja. Saučesništvo kao oblik zajedničkog učešća više lica sa izvršiocom u izvršenju krivičnog dela je moguće samo dok delo nije dovršeno, odnosno dok posledica nije nastupila. Tako kod trajnog krivičnog dela saučesnik može da preduzme radnju samo dok traje protivpravno stanje koje je izazvano radnjom krivičnog dela. Kod složenog krivičnog dela saučesništvo je moguće samo dok nije ostvareno biće drugog krivičnog dela koje ulazi u ovu konstrukciju na bazi prividnog realnog sticaja. Kod krivičnih dela doticaja, saučesnik ne može da odgovara za prethodno krivično delo u kome je bio podstrekač ili pomagač i za delo koje se sa njim nalazi u doticaju budući da odgovara samo za prethodno delo.

Budući da se saučesništvo može javiti u više oblika, to je potrebno odrediti njihov međusobni odnos u vezi sa sticajem. Tako su mogući idealni i realni sticaj podstrekavanja i pomaganja ako jedno lice sa jednom (idealni sticaj) ili sa više radnji (realni sticaj) stvara odluku za izvršenje više krivičnih dela (podstrekavanje) ili ako pomaže u izvršenju više krivičnih dela (pomaganje). Takođe je moguć i sticaj različitih oblika saučesništva ako se na različite načine učestvuje u izvršenju više krivičnih dela. Ako se pak radi o produženom krivičnom delu sa različitim oblicima učestvovanja u pojedinim delima, onda se uzima u obzir najteži oblik saučesništva za pravnu kvalifikaciju dela. Međutim, ne može da postoji sticaj između pojedinih oblika saučesništva u izvršenju istog krivičnog dela, već se odgovornost saučesnika utvrđuje prema najtežem obliku učešća u ostvarenom delu. Tako saizvršilaštvo apsorbuje podstrekavanje i pomaganje, a podstrekavanje apsorbuje pomaganje.

2.2. Pojam saučesništva u uporednom krivičnom zakonodavstvu

Za razliku od krivičnih zakona u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Hrvatskoj, Sloveniji, Makedoniji i Srbiji, koji izričito ne definišu pojam saučesništva, već opisuju pojedine njegove oblike i uslove krivične odgovornosti i kažnjivosti saučesnika, u uporednom krivičnom pravu pojedini savremeni zakoni(ci) daju pojam ovog instituta.

Krivični zakonik Austrije u čl. 12. određuje da krivično delo može izvršiti ne samo neposredni izvršilac, već i svako ko drugog navede da ga izvrši ili koji doprinese njegovom izvršenju (Foregger, Serini, 1989:20–21).

Krivični zakonik Nemačke u čl. 25. st. 2. saučesništvo definiše kao učešće više lica koji zajednički učine krivično delo¹.

Krivični zakonik Španije u čl. 29. definiše pojam saučesnika. Tako se kao saučesnici smatraju lica koja učestvuju u izvršenju krivičnog dela, kao i lica koja preduzimaju delatnosti koje prethode izvršenju krivičnog dela i na taj način učestvuju u ostvarenju krivičnog dela (Kuznjecova, Rešetnikov, 1998: 20).

Krivični zakonik Finske u petom poglavlju pod nazivom: „Saučesništvo“ u odeljku 1. definiše saučesništvo kao slučaj kada dva ili više lica učine krivično delo zajedno, pa se tada svaki od njih kažnjava kao okrivljeni (Krivokapić, 2005: 220).

1 StGB, Strafgesetzbuch, 50. Auflage, München, Beck-Texte im dt v, 2012. p. 19.

Čl. 32. Krivičnog zakonika Ruske Federacije određuje saučesništvo kao umišljajno zajedničko učešće dva ili više lica u izvršenju krivičnog dela (Raroga, 2008: 197–199).

Krivični zakonik Estonije u čl. 17. saučesništvo definiše kao umišljajno zajedničko učešće dva ili više lica u izvršenju krivičnog dela (Zapevalov, Mancev, 2001: 56).

Na sličan način u čl. 26. pojam saučesništva određuje i Krivični zakonik Ukrajine. Prema ovom zakonskom rešenju saučesništvo je umišljajno zajedničko učešće nekoliko lica u izvršenju krivičnog dela (Koržanski, 1997: 22–23).

Prema čl. 20. Krivičnog zakonika Letonije, saučesništvo predstavlja umišljajno činjenje ili nečinjenje određenog lica, koje nema svojstvo neposrednog izvršioca, već saučesnika, koji je zajedno sa drugim licem (saizvršiocem) učestvovao u izvršenju prestupne radnje (Lukashov, Sarkisov, 2001: 59–60).

Član 65. Krivičnog zakonika Japana pod saučesništvom smatra ako lice zajedno sa drugim učestvuje u krivičnom delu čija struktura zavisi od ličnog položaja učinioca (Korobeev, 2002: 60–62).

Krivični zakonik NR Kine u čl. 25. određuje da saučesništvo postoji kada dva ili više lica udruženo vrše krivično delo (Paglee, 1998: 17).

3. Oblici saučesništva

Učešće više lica u ostvarenju krivičnog dela može biti realizovano različitim delatnostima, u različitom obimu i na različite načine (Tomić, 2002: 85–98). Zavisno od vrste, prirode i karaktera preduzete delatnosti, razlikuje se više oblika saučesništva. To su, najčešće, kao u Republici Srbiji:

- 1) saizvršilaštvo,
- 2) podstrekavanje i
- 3) pomaganje.

No, pojedina savremena krivična zakonodavstva na drugačiji način razlikuju oblike saučesništva.

Saizvršilaštvo (član 33. Krivičnog zakonika Republike Srbije – KZ)² postoji kada više lica učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem

² „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.

ili iz nehata zajednički izvrše krivično delo ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela. Ovo je jedini oblik saučesništva koji se može izvršiti sa umišljajem ili sa nehatom.

Podstrekavanje (član 34. KZ) postoji u slučaju umišljajnog navođenja, podstrekavanja drugog lica na izvršenje krivičnog dela. Ono se sastoji u psihološkim delatnostima uticanja na volju drugog lica koje se manifestuje u stvaranju nove ili u čvršćivanju postojeće, ali nedovoljno čvrste i kolebljive odluke kod drugog lica (podstreknutog ili izvršioca) da preduzme delatnost kojom će izvršiti krivično delo.

Najblaži oblik saučesništva je pomaganje (član 35. KZ). Ono postoji u slučaju umišljajnog pomaganja drugom licu u izvršenju krivičnog dela. To je delatnost kojom se doprinosi drugom licu da uopšte izvrši krivično delo ili da ga izvrši brže, lakše i jednostavnije ili da posle izvršenog krivičnog dela ono ostane neotkriveno, a krivica njegovog učinioca nedokazana. Ono se sastoji u stvaranju uslova i pretpostavki drugom licu (pomognutom ili izvršiocu) da preduzme radnju izvršenja krivičnog dela. Radnja pomaganja nije uzrok, već je samo uslov nastupele posledice.

Novo krivično zakonodavstvo Republike Srbije više ne predviđa organizovanje zločinačkog udruženja kao oblik saučesništva. Ono je ranije (u vreme važenja krivičnog zakonodavstva SFR Jugoslavije) postojalo u slučaju organizovanja više lica u neki oblik zločinačkog udruženja radi izvršenja krivičnih dela obu hvaćenih zločinačkim (kriminalnim) planom.

No, u posebnom delu Krivični zakonik, kao kvalifikatornu okolnost za koju propisuje strožije kažnjavanje kod pojedinih krivičnih dela, propisuje izvršenje krivičnog dela od strane grupe ili organizovane kriminalne grupe. U smislu čl. 112. st. 22. KZ grupu čine najmanje tri lica koja su povezana radi trajnog ili povremenog vršenja krivičnih dela, koja ne mora da ima definisane uloge svojih članova, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu. Prema istoj zakonskoj odredbi, ali u st. 35. Krivični zakonik određuje i pojam organizovane kriminalne grupe. To je grupa od tri ili više lica koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi (Simić, Trešnjev, 2010: 95).

U pravnoj teoriji su poznate i druge deobe saučesništva. Tako se mogu uočiti sledeći oblici saučesništva (Petrović, Jovašević, 2005: 251–253):

- 1) prema vremenu preduzimanja radnje razlikuje se: a) saučesništvo koje prethodi radnjama izvršioca (concurus antecedens), b) saučesništvo u trenutku izvršenja krivičnog dela (concurus concomitans) i v) saučesništvo posle izvršenja krivičnog dela (concurus subseqens),
- 2) prema vrsti preduzete radnje činjenja ili nečinjenja, saučesništvo može da bude: a) aktivno – koje se preduzima radnjom činjenja, pozitivnom, aktivnom delatnošću (concurus positivus) i b) negativno – koje se preduzima radnjom nečinjenja, propuštanja, negativnom, pasivnom delatnošću (concurus negativus),
- 3) prema mogućnosti ostvarenja, saučesništvo može biti: a) fakultativno (concurus facultativus) i b) obavezno (concurus necessarius) i
- 4) prema karakteru i stepenu subjektivne veze između sau česnika, saučesništvo može da bude: a) obično saučesništvo, b) saučesništvo po prethodnom sporazumu i v) saučesništvo svoje vrste (sui generis).

4. Odgovornost i kažnjivost saučesnika

Odgovornost i kažnjivost sau česnika za ostvareno krivično delo se zasniva na istim principima i pravilima na kojima se zasniva i odgovornost i kažnjivost izvršioca. To znači da je pretpostavka odgovornosti saučesnika da je svoju delatnost preduzeo skrivljeno (sa vinošću): 1) da je uračunljiv, 2) da je radnju preduzeo sa umišljajem (a kod saizvršilaštva i sa nehatom) i 3) da je bio svestan ili bio dužan i mogao biti svestan da je delo čijem izvršenju doprinosi zabranjeno.

Odgovornost saučesnika za ostvareno krivično delo je lične prirode. To znači da sau česnik odgovara samostalno i lično, odnosno njegova odgovornost se ne izvodi, ne zavisi od odgovornosti izvršioca krivičnog dela, niti od odgovornosti ostalih saučesnika. Odgovornost saučesnika je vezana samo za preduzimanje radnje izvršenja od strane izvršioca krivičnog dela i prouzrokovanu posledicu, ali ona nije vezana za njegovu odgovornost, kao ni za odgovornost ostalih sau česnika. Osnovi koji isključuju krivicu izvršioca (usled neuračunljivosti, neodoljive sile, stvarne ili pravne zablude), ne isključuju krivično delo saizvršioca, podstrekača ili pomagača kod koga krivica postoji (čl. 36. st. 2. KZ).

Saizvršilac je odgovoran za izvršeno krivično delo u granicama svoga umišljaja ili nehata, a podstrekač i pomagač u granicama svoga umišljaja. To je gornja granica njihove odgovornosti iznad koje oni ne mogu da odgovaraju. Znači da je saučesnik odgovoran za posledicu koju je prouzrokovao izvršilac samo ako je ona bila obu hvaćena njegovim

umišljajem i to y onom obliku u kome ju je on sam i predvideo. Ukoliko izvršilac ostvari teže krivično delo iste vrste od onoga koje je prethodno bilo obuhvaćeno umišljajem saučesnika (kvantitativni eksces), za njega saučesnik ne odgovara, već za ono lakše delo koje je po njegovom umišljaju trebalo da bude ostvareno.

Ako je pak izvršilac izvršio lakše krivično delo od onog na koje se podstrekavanje ili pomaganje odnosi, a koje bi bilo njime obuhvaćeno (negativni kvantitativni eksces), tada se saučesnici kažnjavaju za krivično delo koje je stvarno i učinjeno, osim u slučaju ako bi se podstrekač strože kaznio za slučaj neuspelog podstrekavanja (čl. 37. KZ). No, moguće je da izvršilac izvrši krivično delo koje uopšte nije bilo obuhvaćeno umišljajem podstrekača ili pomagača (kvalitativni eksces), u kom slučaju i nema odgovornosti saučesnika.

Donja granica odgovornosti saučesnika je shodno akcesornoj teoriji obim i intenzitet izvršenog krivičnog dela od strane izvršioca. Naime, ako izvršilac prouzrokuje lakše krivično delo od onoga koje je bilo obuhvaćeno umišljajem saučesnika, saučesnik tada odgovara za delo koje je izvršilac neposredno ostvario, a ne i za delo koje je bilo obuhvaćeno njegovim umišljajem (Foregger, Serini, 1989: 56). Ako je krivično delo ostalo u pokušaju, tada se podstrekač i pomagač kažnjavaju samo za pokušaj krivičnog dela, osim u slučaju neuspelog podstrekavanja.

Lični odnosi, svojstva i okolnosti usled kojih zakon dozvoljava oslobođenje od kazne ili koje utiču na odmeravanje kazne, mogu se uzeti u obzir samo onom izvršiocu, saizvršiocu, podstrekaču ili pomagaču kod kojeg takvi odnosi, svojstva i okolnosti postoje (čl. 36. st. 3. KZ). U slučaju, pak, da su lični odnosi, svojstva i okolnosti bitno obeležje krivičnog dela, tada oni ne moraju da postoje na strani podstrekača ili pomagača, već je dovoljno da postoje na strani izvršioca. Podstrekaču i pomagaču koji nema takvo lično svojstvo sud može ublažiti u zakonu propisanu kaznu.

5. Zaključak

Saučesništvo predstavlja važan institut opšteg dela krivičnog prava. Tim pre što na ovaj način više lica udružuju svoju kriminalnu energiju u cilju ostvarenja zabranjene krivičnopravno relevantne posledice. To znači da u prouzrokovanju krivičnopravno relevantne posledice u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu preduzimanjem radnje činjenja ili nečinjenja može da učestvuje jedno ili više lica. Kada u izvršenju krivičnog dela učestvuje samo jedno lice – izvršilac,

tada postoji jedinstveno krivično delo (solitarni kriminalitet). A kada u izvršenju krivičnog dela učestvuju dva ili više lica lica, tada postoji saučesništvo (kolektivni kriminalitet).

Lica koja svojim delatnostima, sa jednom ili sa više radnji, u isto ili različito vreme, na istom ili različitim mestima ostvaruju krivično delo, nazivaju se saučesnici. To znači da je saučesništvo oblik učešća, participacije više lica u ostvarenju posledice krivičnog dela ili to je sticaj više lica u istom krivičnom delu. Sva ova lica daju svoj doprinos izvršenju krivičnog dela, doprinos koji se zapravo sastoji u sauzrokovanju posledice. To je sticaj više lica u ostvarenju jednog krivičnog dela.

No, pored toga, saučesništvo predstavlja ne samo poseban oblik izvršenja krivičnog dela, već i poseban oblik kriminaliteta – kolektivni ili organizovani kriminalitet koji je znatno opasniji od solitarnog (pojedinačnog) kriminaliteta. Ovaj kriminalitet predstavlja, zapravo, kumulaciju kriminalne energije, odnosno zločinačke volje zbog svesne i voljne združenosti više lica u ostvarivanju krivičnog dela. Logično je da krivično delo izvršeno od strane više lica menja karakter društvene opasnosti izvršene radnje budući da saučesništvo produbljuje težinu krivičnog dela pri određenim uslovima.

U pravnoj teoriji, ali i u uporednom krivičnom zakonodavstvu, na različite načine se određuju pojam i oblici saučesništva, kao i način, granice i osnovi krivične odgovornosti i kažnjavanja saučesnika. Pri tome je od značaja da se radi o svesno i voljno preduzetoj saučesniškoj radnji (umišljaj) kojom se u bilo kojoj meri, na bilo koji način doprinosi ostvarenju posledice krivičnog dela, bilo kao uzrok (saizvršilaštvo i podstrekavanje) ili kao uslov (pomaganje).

Literatura

Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet

Grozđanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet

Zapevalov, V. V., Mancev, N. I. (2001). *Уголовный кодекс Эстонской республики*. Sankt Peterburg: Юридический центр Press

Jovanović, Lj. (1974). Pogledi i shvatanja o saučesništvu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 13. 73-87

- Jovašević, D. (2002). *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*. Beograd: Službeni glasnik
- Jovašević, D. (2012). *Krivično pravo. Opšti deo*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta
- Kambovski, V. (2001). *Učestvo na poveke lica vo kaznenoto delo*. Skopje: Pravni fakultet
- Korobeev, A. I. (2002). *Ugolovnyĭ kodeks Japonii*. Sankt-Peterburg: Юридический центр Press
- Koržanskij, M. I. (1997). *Kriminalnyĭ Kodeks Ukraïni. Oficiĭne vidannja*. Kiev: Parlamenstke vidavnictvo
- Krivični zakonik. *Službeni glasnik Republike Srbije*. Br. 85 (2005), 88 (2005), 107 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012) i 104 (2013)
- Krivokapić, B. (2005). *Uvod u pravo Finske*. Beograd: Institut za uporedno pravo
- Kuznjecova, N. F., Rešetnikov, F. M., (1998). *Ugolovnij kodeks Ispanii*. Moskva: Zercalo
- 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
- Marjanovik, G. (1998). *Makedonsko krivično pravo. Opšt del*. Skoplje: Prosvetno del
- Mrvic Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. Beograd: Službeni glasnik
- Paglee, C. H. (1998). *Chinese Criminal Law*. Beijing: Oficial Press
- Petrović, B., Jovašević, D. (2005). *Krivično (kazнено) pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Pravni fakultet
- Raroga, A. I. (2008). *Ugolovnoe pravo Rossii. Obšaja čast*. Moskva: Eksmo
- Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana: Založba GV
- Simić, I., Trešnjev, A. (2010). *Krivični zakonik Republike Srbije sa kraćim komentarom*. Beograd: Ing-pro
- Simović Hiber, I. (1996). Oglad o saućesništvu. *Arhiv za pravne i društvene nauke*. Beograd. 1-3. 573-581
- Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. (1978). *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*. Beograd: Savremena administracija
- StGB. (2012). *Strafgesetzbuch*. 50. Auf lage. Munchen: Beck

Stojanović, Z. (2000). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Službeni glasnik

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.*

Dr Irena Pejić*
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

NAUČNI ČLANAK

UDK:342.53

Rad primljen: 12.08.2014.
Rad prihvaćen: 01.12.2014.

**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, the 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-Jacques Rousseau'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 *Edmund Burke'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” (Masclat, 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.

Ювичић, 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.
- Maslet, 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.

Dr Irena Pejić,
Redovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

Osnovne vrednosti u novim demokratijama: Princip reprezentacije u Ustavu Srbije

Rezime

U radu je učinjen pokušaj da se rasvetli odnos između fundamentalnih vrednosti u ustavnoj državi i ustavnih principa o predstavništvu i predstavničkom mandatu. U prvom delu načelno se razmatraju uslovi u kojima ustavotvorna vlast formira vrednosni sistem, uvažavajući (van)pravne činioce koji doprinose uobličavanju i interpretativnoj evoluciji ustavnih principa. Donošenjem prvog ustava stvara se pravni obrazac u kome se razvijaju temeljne vrednosti novog poretka. pa se stoga ova dva polja, ustavni i vrednosni, ne mogu posmatrati odvojeno jer su komplementarna i međusobno uslovljena. Osnovni principi, kojima se garantuje vladavina prava, sadržani su u gotovo svim ustavnim dokumentima na kraju dvadesetog veka, ali to ne znači da građani imaju jednako izgrađen vrednosni sud o njima i o njihovom značaju. To se može videti na primeru načela o predstavničkom mandatu koji je, više nego drugi ustavni principi u tzv. novim demokratijama, proizveo sumnju kod građana o tome ko je stvarni nosilac suverenosti u ustavnoj državi.

Uspostavljanju harmonije između proklamovanih principa i temeljnih vrednosti mogu doprineti određene ustavne mere. Koncept parlamentarnog mandata treba posmatrati kroz optiku predstavničkog sistema u kome odgovornost nose svi nosioci vlasti, uključujući i biračko telo sa svojstvom „izvornog“ ustavnog organa.

S obzirom da se putem izbora ustanovljava i opravdava legitimna vlast, izbori opravdavaju građansku poslušnost koja može biti osnažena pravilom o obaveznosti glasanja. Ukoliko svoje pravo glasa vrše kao javnu funkciju, građani bi bili suočeni sa odgovornošću za vršenje izbora, a to bi moglo imati za posledicu da njihova očekivanja prema izabranim predstavnicima budu veća. Na ovaj način, mogla bi se osnažiti gotovo ugasla ideja liberalne ustavnosti o odgovornosti svih nosilaca vlasti, uključujući i nacionalni parlament kroz njegovu primarnu obavezu „polaganja računa“ biračima. Ovde razmatrani koncept polazi od toga da se ustavnim instrumentima moraju u potpunosti aktivirati potencijali kako izabranih predstavnika, tako i biračkog tela, što bi ostavilo manje prostora za manipulativno delovanje posrednika u izbornom procesu i u izabranom predstavništvu.

Ključne reči: princip reprezentacije, parlamentarni mandat, ustavna demokratija, Ustav Srbije.

Dr Marina Dimitrijević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni članak

UDK: 336.225

Rad primljen: 30.09.2014.
Rad prihvaćen: 17.10.2014.

INOVIRANJE PROCESA UPRAVLJANJA PORESKOM SAGLASNOŠĆU **

Apstrakt: Autor u radu obrađuje aktuelne promene u procesu upravljanja poreskom saglasnošću u savremenim državama. Osnovna svrha tih promena je dostizanje adekvatnog nivoa poverenja obveznika poreskim zakonima (poreske saglasnosti). To je izuzetno složen zadatak sa kojim se suočavaju države, posebno u vreme ekonomske krize. U početnom delu rada obrađen je teorijski pristup fenomenu ispunjavanja poreskih obaveza. Nastavak rada donosi izlaganje o modelu kooperativne poreske saglasnosti, dizajniranom kao „odgovor“ savremene poreske vlasti na brojne modalitete poreske nesaglasnosti. Posebna pažnja u radu posvećena je aktivnostima koje predstavljaju primenu modela kooperativne poreske saglasnosti u stvarnosti i, ujedno, inoviranje procesa upravljanja poreskom saglasnošću. Reč je o orijentaciji prema obveznicima kao korisnicima poreskih usluga, upravljanju rizicima u sferi poreske saglasnosti i kontinuiranom praćenju ostvarenih rezultata u postupanju poreskih organa.

Ključne reči: poreski zakoni, poreski obveznici, poreska saglasnost, upravljanje poreskom saglasnošću.

1. Uvod

Ljudsko društvo se nalazi u kontinuiranom razvoju. Promene se dešavaju u sferi ekonomije, politike, prava, tehnologije, kulture. Izražena ekonomska međuzavisnost i sve veći značaj međunarodnog povezivanja država, u okviru Evropske unije i svetske zajednice, svoj „trag“ ostavlja

*marina@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj RS u projektnom ciklusu 2011-2014.

i u oblasti oporezivanja. Od poreske administracije svake države se očekuje blagovremeno prilagođavanje novonastalim uslovima budući da oni fundamentalno određuju uspešnost primene poreskog sistema.

Ostvarivanje dobrovoljne poreske saglasnosti je imperativni cilj savremenog oporezivanja. Imajući u vidu činjenicu da je poreska nesaglasnost identifikovana kao jedan od najvećih problema sa kojim se, u današnje vreme, susreće poreska vlast, u mnogim zemljama sveta se promenama pravne, institucionalno-organizacione i informacionotehnoške prirode, teži ostvariti reformisanje poreske strukture i modernizacija administriranja porezima. Značajne novine se uvode i u proces upravljanja poreskom saglasnošću obveznika, što je izuzetno važno s obzirom na to da aktuelnu društvenu stvarnost karakterišu ekonomska nestabilnost i specifične političke okolnosti.

2. Kompleksnost teorijskog pristupa fenomenu ispunjavanja poreskih obaveza

Poreska saglasnost (tax compliance) se može definisati kao stepen (nivo) ispunjavanja (prihvatanja) poreskih obaveza od strane obveznika poreza. U mnogim zemljama fenomen poreske saglasnosti se posmatra preko tri osnovne obaveze poreskih obveznika: obaveze da podnesu blagovremeno poresku prijavu (filing compliance), obaveze da prikazuju tačno podatke na osnovu kojih se utvrđuje poreska obaveza kad god se to od njih zahteva (reporting compliance), obaveze da plaćaju poreze u propisanim rokovima (payment compliance). U principu saglasnost u ispunjavanju poreskih obaveza se deli na dve ključne kategorije: administrativnu saglasnost, koja se ogleda u podnošenju poreske prijave i blagovremenom plaćanju poreza, i tehničku saglasnost u smislu da podaci o poreskopravnoj sposobnosti u poslovnoj evidenciji obveznika budu verodostojni i da se poreska obaveza obračunava u skladu sa zakonom (OECD, 2001: 3).

Ponašanje obveznika u pogledu ispunjavanja poreskih obaveza se formira pod uticajem brojnih činilaca. U osnovi poreska saglasnost obveznika svoj „izvor“ nalazi u odnosu podržavanja i brige države (poreske vlasti) za građane kao poreske obveznike, adekvatnom zadovoljavanju njihovih životnih interesa i prioritetnih potreba. Opšti zahtev, koji se postavlja pred poresku politiku i poresku legislativu, odnosi se na puno uvažavanje opšteprihvaćenih načela oporezivanja – načela pravičnosti, opštosti, ravnomernosti, ekonomske efikasnosti, određenosti, jeftinoće ubiranja i ugodnosti plaćanja poreza, izdašnosti i elastičnosti (Morgan, 2004: 12–13). Tzv. odgovarajuća poreska

regulativa, nastala iz potrebe da se promeni opšti stil pisanja poreskih zakona (kontrolno-komandni stil zameni stilom koji je jasan, razumljiv i utiče na prosvjećivanje i ubedivanje obveznika da se povinuju porezima) adekvatno modelira poresko ponašanje (Job, Stout, Smith, 2007: 88). Koncept odgovarajuće poreske regulative, naime, karakterišu tri elementa: upotreba pluraliteta regulativnih tehnika i pojedinih stilova koji su taktički odabrani da najbolje odgovore postojećim okolnostima i regulisanju motiva obveznika; zahtev za pristupom koji ohrabruje dobrovoljnu poresku saglasnost; primena demokratskih principa i vrednosti u regulisanom (poreskom) području (Wenzel, 2007: 32).

Poresko zakonodavstvo, koje uvažava ekonomske prilike u jednom društvu, kao i nedvosmisleno određeni ciljevi u sferi finansiranja javnog sektora, dobra su osnova za koncipiranje i primenu poreskog sistema koji poreski obveznici neće puno osporavati. Navedeno je i pretpostavka stvaranja povoljnog ambijenta za uspostavljanje kvalitetnih odnosa poreske vlasti i obveznika poreza.

Potpunije istraživanje problematike poreske saglasnosti nezaobilazno podrazumeva analizu i drugih činilaca povinovanja obveznika porezima. Polazeći od kategorizacije različitih uzroka poreske nesaglasnosti, izdvojile su se tri osnovne teorije sa usmerenjem na ekonomska, psihološka i sociološka objašnjenja različitih modaliteta neprihvatanja poreskih obaveza (Anđelković, Jovašević, 2006: 93).

Tradicionalno poreski obveznici se povinuju porezima zbog straha od otkrivanja nepoštovanja poreskih zakona i kažnjavanja (McKerchar, 2001: 226; Job et al., 2007: 87; Waller, 2007: 68). Reč je o primeni tzv. koncepta zastrašivanja poreskih obveznika. Ekonomski teoretičari zastupaju gledište da obveznik o aktivnostima nepoštovanja poreskih propisa odlučuje racionalno procenjujući očekivane koristi i troškove (štetu) od takvih aktivnosti.

Koncept zastrašivanja poreskih obveznika ima dve komponente. S jedne strane ovaj koncept je potvrda da će nepošteni poreski obveznici biti kažnjeni jer ne ispunjavaju svoje poreske obaveze. Postojanje, s druge strane, nižih kazni za poreske prekršaje i viših kazni za poresku utaju i druga poreska krivična dela, pravilno oblikuje spremnost obveznika da se povinuju porezima. Preduslov dobrog funkcionisanja koncepta zastrašivanja je povećanje učestalosti poreskih kontrola i faktička primenjivost propisanih kazni u slučajevima nelojalnosti poreskih obveznika državi. Propisivanje ekstremno visokih kazni koje bi plaćao samo mali deo poreskih obveznika koji ne poštuju poreske propise, neće značajno uticati na poboljšanje poreske discipline (Dimitrijević, 2005: 771).

Psihološke teorije, nastale u cilju objašnjenja povinovanja obveznika porezima, akcentiraju stavljaju na ličnost poreskih obveznika. U tom smislu sistemi vrednosti obveznika, njihovi stavovi i moral, predstavljaju osnovu za donošenje poreskih odluka i determinišu poreska ponašanja. Vrednosna orijentacija poreskih obveznika suštinski određuje poresku saglasnost. Poreski obveznici teže različitim ciljevima, donose odluke koje utiču na druge obveznike, njihovo sopstveno blagostanje se menja u odnosu na blagostanje drugih poreskih obveznika. Obveznici poreza sa višim nivoom vrednosne orijentacije fokusiraju se, u većoj meri, na blagostanje drugih poreskih obveznika. Povezano sa vrednosnom orijentacijom uočljiv je čitav spektar ponašanja poreskih obveznika: ponašanje ekstremnih altruista koji žele najbolje drugima; agresivno ponašanje koje ima za cilj loše drugima; kooperativno ponašanje teži najboljem za sebe i druge; takmičarsko ponašanje, gde se teži da ono što je bolje bude nedostupno drugima; ponašanje individualaca, koji žele najbolje za sebe bez obzira da li je to dostupno drugima (Trivedi, Shehata, Lynn, 2003: 178). Poboljšanje poreske saglasnosti se može očekivati ukoliko se vrednosna orijentacija menja od takmičarske ka orijentaciji individualaca, odnosno od kooperativne ka orijentaciji altruiste (Trivedi, et al., 2003: 187).

Stavovi poreskih obveznika su svojevrsni odgovori obveznika na poreski sistem i njegovu primenu. Poreski mentalitet, osećanje poreske nervoze (tenzije) i poreski moral su elementi psihičkog života obveznika koji, zbirno posmatrano, formiraju poreske stavove obveznika. Pozitivni stavovi poreskog obveznika prema plaćanju poreza i poreskoj administraciji značajno povećavaju poresku saglasnost (McKerchar, 2001: 234).

Poreski moral obveznika se može razumeti u okviru vremenskih i prostornih granica određene sredine i to kao rezultat delovanja subjektivnih i objektivnih faktora. U subjektivne faktore se ubrajaju poreski mentalitet obveznika, svest o pripadnosti određenoj društvenoj zajednici, potreba izvršenja građanskih obaveza, obrazovna struktura poreskih obveznika. Objektivni faktori su vezani za visinu poreskog tereta, oblike poreza u poreskoj strukturi, tehniku oporezivanja, stručnost i efikasnost poreskih organa, namenu ubranih poreskih prihoda, dosledno primenjivanje poreskih kazni. Činjenica da se porezi razrezuju pravično i da svako plaća svoj teret finansiranja javne potrošnje pozitivno utiče na poreski moral a time i na poresku saglasnost

obveznika (Anđelković, 2011: 481–482; Waller, 2007: 68–69). Značaj koji se pridaje uticaju poreskog morala na povinovanje obveznika porezima uslovio je formiranje i razvoj pojma psihološkog poreskog ugovora. Radi se o novom teorijskom konceptu koji poreski moral objašnjava kao složeni odnos obveznika i države, uspostavljen pravičnim postupanjem i uzajamnim poverenjem strana ovog odnosa (Feld, Frey, 2007: 103).

Iako je odluka obveznika o povinovanju poreskim obavezama prvenstveno uslovljena unutrašnjim doživljavanjem poreskog tereta, ne treba zanemariti ni uticaj koji na odluku obveznika ostvaruju društvena sredina i konkretne ekonomske i političke prilike. Ovo mišljenje posebno zastupaju sociološke teorije i, istovremeno, naglašavaju važnost postojanja društvene norme urednog poštovanja poreske regulative (tzv. efekat ugledanja u poreskom ponašanju). Oporezivanje, da bi bilo prihvaćeno, mora da odražava osnovne vrednosti barem minimuma poreske populacije koja podržava vladinu politiku (Bejaković, 2009: 793). Ukoliko javni rashodi odgovaraju obezbeđenim javnim dobrima u jednom društvu to će se pozitivno odraziti na jačanje osećaja zajedništva i solidarnosti, ukupan društveni kapital i očuvanje društva. Suprotno, primena poreskih zakona koji predstavljaju pooštavanje oporezivanja, ukoliko nije praćena strogom kontrolom trošenja ubranih poreskih prihoda, može predstavljati realan rizik za sadašnju i buduću realizaciju poreskih potraživanja države. Uz to, može doprineti padu ugleda koji, u populaciji poreskih obveznika, poseduje poreska vlast.

3. Model kooperativne poreske saglasnosti

Model kooperativne poreske saglasnosti je nastao kao „odgovor“ na pitanje šta bi trebalo promeniti u odnosu poreske vlasti prema poreskim obveznicima kako bi se porezi uspešnije primenjivali. U tom smislu u savremenim poreskim sistemima je, većim delom, prevladalo shvatanje da podsticanje pozitivnog stava obveznika prema plaćanju poreza zaslužuje posebnu pažnju. Poreskoj administraciji je pripala značajna uloga u tom domenu i ona se, prevashodno, ogledala u preduzimanju niza aktivnosti u pravcu popularizacije poreza i izbegavanja nerazumevanja i sukoba na relaciji poreski organi – poreski obveznici. Poreski obveznici treba da imaju poverenje u poreski sistem i postupanje poreskih organa, jer oporezivanje može dobro da funkcioniše samo ukoliko su obveznici poreza spremni na kooperativno ponašanje (saradnju).

Primena modela kooperativne poreske saglasnosti je složen pristup u radu poreskih organa. On nosi sobom velike rizike po naplatu poreskih prihoda,

ukoliko se neadekvatno upotrebi u sprovođenju svih bitnih poreskih procesa. Opšti zahtev je da se ostvare pozitivni rezultati u pogledu smanjivanja ukupnih troškova oporezivanja i poboljšanja dobro voljnog plaćanja poreza, uz istovremeno povećanje ukupne pravičnosti i efikasnosti poreskog sistema i smanjivanje rizika od poreske evazije i korpucije (Andelković, 2012: 938). Drugim rečima, novi pristup u obavljanju poreskih poslova i podsticanje kooperativne poreske saglasnosti zahteva pažljivu analizu ponašanja različitih kategorija obveznika i izradu adekvatne strategije poboljšanja izmirenja poreskih obaveza. To je dugoročan proces koji započinje jačanjem organizacije i upravljanja poreskom administracijom, primenom čvrstog sistema naplate poreskih prihoda i izgradnjom kapaciteta za ključne poreske funkcije. Često je potrebna i reforma zakonodavnog okvira, kao i pravosuđa, kako bi se osigurala adekvatna primena poreskih ovlašćenja, režima sankcija i blagovremeno rešavali poreski sporovi (Russell, 2010: 1).

Povezano sa prelaskom na model kooperativne poreske saglasnosti, u teoriji se ističu sledeće aktivnosti koje je neophodno preduzeti: orijentacija prema obveznicima kao korisnicima poreskih usluga; upravljanje poreskim rizicima; kvalitetna poreska legislativa; odgovarajuća mreža međunarodnih sporazuma; brojne konsultacije sa ključnim učesnicima oporezivanja; primena informacione tehnologije u radu (Vazquez-Caro, Bird, 2011: 14–17). U nastavku rada posebna pažnja biće usmerena na analizu aktivnosti koje predstavljaju najbolje predstavnike primene modela kooperativne poreske saglasnosti: orijentaciju prema obveznicima kao korisnicima poreskih usluga (klijentski pristup prema obveznicima); upravljanje rizicima u sferi poreske saglasnosti i kontinuirano praćenje ostvarenih rezultata u postupanju poreskih organa. Navedene aktivnosti predstavljaju inoviranje procesa upravljanja poreskom saglasnošću i praćene su primenom savremene informacione tehnologije u radu poreskih organa.

3.1. Orijetacija prema obveznicima kao korisnicima poreskih usluga

Orijentacija prema poreskim obveznicima kao korisnicima poreskih usluga (klijentima) predstavlja osnovu modela kooperativne poreske saglasnosti. I u razvijenim zemljama i u zemljama u tranziciji, formiranje i modernizacija službi za pružanje poreskih usluga obveznicima je jedan od naprednijih načina poboljšanja uspešnosti rada poreskih organa (Hógye, Hassel, Olsson, Sabbe, Ott, 2000: 40). Usmerenost prema poreskim obveznicima i pružanje

poreskih usluga bitna je odrednica menadžerskog pristupa upravljanja ukupnim kvalitetom poreskih poslova, koji značajno utiče na organizacijsku kulturu poreskih organa. Filozofija ovog pristupa je usmerena na očekivanja koja obveznici kao korisnici poreskih usluga imaju, sprečavanje potencijalnih problema, izgradnju privrženosti najboljoj praksi poreskog postupanja. Uslužna orijentacija poreskih organa prema poreskim obveznicima početni je korak u izgradnji poreske administracije koja je spremna da saraduje sa poreskim obveznicima i, po potrebi, vrši ulogu njihovog savetodavca. Sledstveno tome, *customer relationship management* (CRM) primenjen u modernim poreskim administracijama identifikuje činioce uticaja na poreske obveznike, unapređuje filozofiju orijentacije prema poreskom obvezniku, razvija postepeno procese koji su u službi potreba poreskog obveznika, obezbeđuje adekvatne poreske usluge i pomoć poreskim obveznicima, obezbeđuje ažurno postupanje po prigovorima i žalbama poreskih obveznika. (OECD, 2007: 18).

Osavremenjivanje odnosa poreskih organa i poreskih obveznika podrazumeva i izvesne promene u ponašanju samih poreskih obveznika, koji će postepeno, zbog promenjene „klime“ u kojoj se uspostavljaju poreskopравни odnosi, korigovati svoje stavove prema poreskim organima. Za to će, nesporno, biti potrebna i značajna ulaganja u edukaciju poreskih obveznika, jačanje njihove poreske kulture i poreske svesti. Samo tako obveznici mogu biti stvarni učesnici u poreskom životu, imati uticaj na promene poreske legislative i biti adekvatni kontrolori postupanja nosilaca poreskih ovlašćenja.

Primena klijentskog pristupa prema poreskim obveznicima, pre svega, znači: obezbeđenje usluga poreskim obveznicima (u vremenskom i prostornom smislu); razvoj različitih informativnih programa za poreske obveznike; sprovođenje poreskih postupaka na što jednostavniji način; razvoj metoda za ispitivanje zadovoljstva poreskih obveznika uslugama poreskih organa; poboljšanje kvaliteta opremljenosti poslovnih prostorija namenjenih za kontakte sa poreskim obveznicima; razvoj programa obuke poreskih službenika u oblasti odnosa sa poreskim obveznicima. U primeni ovakvog pristupa, poreski organi se rukovode fundamentalnim principom da će poreski obveznici, koji su tretirani sa poštovanjem i pravično, obezbeđeni potrebnim poreskim informacijama, savetima i drugim poreskim uslugama, biti spremniji da se dobrovoljno povinuju poreskim obavezama. Na izvestan način, zahvaljujući poreskim uslugama, vrši se demistifikacija poreske sfere što je u savremenim uslovima preko potrebno. Aktivno se promoviše i ideja tzv.

modeliranja poreskih usluga, kako bi se izašlo u susret očekivanjima različitih grupa poreskih obveznika i zahtevima troškovne efikasnosti. Uz to, vrši se i odabir odgovarajućih kanala (sredstava) za pružanje različitih vrsta poreskih usluga. U praksi razvijenih država često se pravi razlika između tradicionalnih sredstava (štampani poreski obrasci i poreske publikacije, neposredni kontakti poreskih službenika i poreskih obveznika) i elektronskih sredstava pružanja poreskih usluga (veb-sajtovi, elektronsko podnošenje poreskih prijava i poreske evidencije, elektronska komunikacija putem imejla, elektronsko plaćanje poreza) (OECD, 2007: 27). Primena savremene informacione tehnologije u radu poreskih organa omogućava postojanje različitih vidova „elektronskih kontakata“ subjekata poreskopavnog odnosa, pored nužnog postojanja njihovih tradicionalnih neposrednih kontakata u prostorijama poreskih organa i na terenu, u poslovnim prostorijama poreskih obveznika.

3.2. Upravljanje rizicima u sferi poreske saglasnosti

Savremenim državama je potrebna moderna i demokratska poreska administracija koja će, na najbolji mogući način, odgovoriti zahtevima koje javni interes postavlja u oblasti oporezivanja. Shodno tome, postupanje poreskih organa se mora kontinuirano menjati kako bi bilo uspešno (efikasno, ekonomično i efektivno), na jednoj strani, odnosno dosledno poštovalo civilizacijska dostignuća u primeni poreza, demokratske zahteve i pravdu, na drugoj strani (Hógye et al., 2000: 32). Isti bazični problemi sa kojima su se suočile vlade i poreske administracije mnogih zemalja (porast obima poreskih poslova, kompleksnost poreske regulative, stavovi poreskih obveznika, značajan stepen poreske nesaglasnosti i sl.) istakli su, kao prioritetno, pitanje poboljšanja uspešnosti primene poreza (Hógye et al., 2000: 35).

Upravljanje rizicima u sferi povinovanja obveznika poreskim obavezama (poreske saglasnosti) segment je modernizacije poreskog upravnog postupanja, koji značajno treba da unapredi određene procese u radu poreskih organa i da rezultira višim nivoom dobrovoljne poreske saglasnosti. Drugim rečima, radi se o strukturiranom i sistemskom procesu praćenja povinovanja obveznika porezima, kao i odlučivanja šta je suštinsko za razvoj poreske saglasnosti i kako se treba odnositi prema ispoljenim rizicima u ovom domenu (OECD, 2008: 8). Konkretnije, u cilju utvrđivanja rizika u sferi poreske saglasnosti prvenstveno se polazi od procene nivoa ispunjavanja poreskih obaveza u propisanom roku. Najpre, poreski obveznici treba da budu registrovani i da podnose poreske prijave. S tim povezano, važno je identifikovati lica koja ignorišu

ili izbegavaju obavezu registracije. U nastavku sledi utvrđivanje vrsta i obima rizika na bazi ukrštanja podataka iz poreskih prijava i poreske dokumentacije i podataka o plaćanju poreza u različitim poreskim periodima, kao i ustanovljavanje strategije uticaja na ponašanje poreskih obveznika (Hrustić, 2006: 255). Sadržaj strateških mera treba da bude usmeren u pravcu podsticanja i nagrađivanja savесnih poreskih obveznika i kažnjavanja i edukovanja nesavесnih poreskih obveznika.

Upravljanje rizicima u sferi povinovanja obveznika obavlja se na dva nivoa: strateškom i operativnom nivou (OECD, 2004: 16). Na strateškom nivou ovo upravljanje se fokusira na identifikovanje osobenih oblika ponašanja poreskih obveznika koji su praćeni neplaćanjem značajnijih iznosa poreza. Na operativnom nivou poreski organi identifikuju rizike u neplaćanju poreza tokom obavljanja svakodnevnih poreskih aktivnosti. Kategorizacija poreskih obveznika sa sličnim poreskim ponašanjem u određene grupe znatno pomaže identifikaciji poreskih rizika i praćenju poštovanja poreskih obaveza (OECD, 2004: 41). Uvažavanje posebnih prilika i potreba poreskih obveznika i teškoća u kojima se oni mogu naći, treba da omogući formulisanje adekvatnih mera uticaja na poresko ponašanje.

Ispoljeni rizici u sferi poreske saglasnosti i evaluacija upravljanja ovim rizicima svakako jesu dobar pokazatelj opšteg „zdravlja“ poreskog sistema, uticaja koje su preduzete mere (u vidu strategije) ostvarile na poresku saglasnost obveznika, kao i odgovornosti poreske vlasti.

Ekonomсka kriza, neophodno je ukazati, predstavlja poseban rizik u domenu izvršavanja poreskih obaveza. Uobičajeno je da poreski organi u takvim okolnostima razvijaju strategiju naplate poreza sa ciljem kontrolisanja rasta neplaćanja poreskih obaveza i pomoći poreskim obveznicima kako bi oni mogli da se izbore sa krizom. U vreme krize opada nivo dobrovoljne poreske saglasnosti što se, prema međunarodnim iskustvima, može poboljšati primenom četiri grupa mera: veća pomoć poreskim obveznicima; naplata poreza kod visokorizičnih poreskih obveznika; uvođenje zakonskih promena koje će poboljšati naplatu poreza i poboljšanje komunikacija sa poreskom populacijom (Brondolo, 2009: 8).

3.3. Kontinuirano praćenje ostvarenih rezultata u postupanju poreskih organa

Primena ideja „novog javnog upravljanja“ u radu poreskih organa podrazumeva drugačiji pristup obavljanju poslova oporezivanja. Savremene reforme javne administracije, a time i reforme poreske administracije,

preduzimaju se u pravcu potpunog ostvarenja sledećih ciljeva: uspostavljanje korektnih odnosa poreskih organa i poreskih obveznika; uvođenje transparentnih i tačnih poreskih procedura; postojanje legitimnog poreskog upravnog postupanja; ostvarivanje uspešnosti poreskog upravnog postupanja (Lilić, 2003: 40).

Pitanje uspešnosti poreskih organa zauzima važno mesto u poreskim reformama. Opšti stav je da su „dobri“ poreski organi oni koji se pokažu kao „uspešni“. U kontekstu poreske saglasnosti, rad uspešnih poreskih organa rezultira zavidnim nivoom dobrovoljnog povinovanja obveznika porezima.

U savremenim poreskim sistemima se posebno insistira na povećanju ekonomičnosti, efikasnosti i efektivnosti rada poreskih organa kao opštim pokazateljima uspešnosti. Shodno tome, koristi se tzv. pristup tri E, tj. ocena efikasnosti i ekonomičnosti delovanja poreskih organa (naplata planiranih poreskih prihoda uz što niže troškove), kao i ocena njihove efektivnosti (visok nivo dobrovoljne poreske saglasnosti). Ovakvo praćenje ostvarenih rezultata predstavlja deo šireg procesa strateškog i operativnog planiranja poreske vlasti i ima veliku važnost za domen odgovornosti i transparentnosti delovanja poreskih organa (Crandall, 2010: 1).

Izuzetno je bitno pojam efektivnosti razlikovati od pojma efikasnosti i ekonomičnosti postupanja poreskih organa. Poreski organi mogu biti efikasni i ekonomični u smislu niskih troškova naplate planiranih poreza dok, istovremeno, mogu biti neefektivni, jer nemaju kapacitet da u znatnoj meri obezbede dobrovoljno plaćanje poreza (Silvani 1992: 274).

Radi dostizanja boljih rezultata sve zemlje odvajaju značajna sredstva za široku primenu informacione tehnologije u radu njihovih poreskih organa (modernizacija) smatrajući je ključnom podrškom potrebnih promena. Modernizacija je u funkciji stvaranja jeftinih, ne brojnih i uspešnih poreskih organa. Pri tome jeftini ne znače manje skupi već svedeni u okviru realnih ekonomskih mogućnosti, termin ne brojni ne znači malobrojni ni nevažni već upućuje na činjenicu da se kvalitet ne jemči brojnošću, a termin uspešni akcentat stavlja na efikasnost, ekonomičnost i efektivnost rada poreskih organa (Dimitrijević, 2008: 728).

Ostvareni rezultati rada poreskih organa mogu biti praćeni i preko niza pojedinačnih pokazatelja: procenta naplaćenih poreskih prihoda u odnosu na planirane; učešća administrativnih troškova u naplaćenim porezima, troškova naplate poreza po poreskom obvezniku; broja izvršenih poreskih

kontrola, obrađenih poreskih prijava i otkrivenih poreskih delikata; iznosa naplate otkrivenih utajenih poreskih prihoda; kvaliteta odnosa poreskih obveznika i poreske administracije; odnosa broja poreskih obveznika ili obrađenih poreskih prijava i broja osporenih poreskih odluka; utvrđenih grešaka poreskih organa kroz plaćene kamate poreskim obveznicima, rezultate i trajanje žalbenih poreskih postupaka i dr. (Dimitrijević, 2008: 728).

Praćenje nabrojanih pokazatelja rezultata rada poreskih organa (opštih i pojedinačnih) moguće je zahvaljujući sistemskom pristupu ovoj problematici, koji postoji u razvijenim zemljama (*performance management*). Reč je o neprekidnom ciklusu analize rada poreskih organa i procene potreba i očekivanja poreskih obveznika. Krajnji cilj kome se teži je što potpunija realizacija poreskog sistema i ciljeva poreske politike.

4. Zaključak

Kvalitet jednog sistema oporezivanja je nesumnjivo određen činjenicom da li je i u kojoj meri poreski sistem prihvaćen od strane poreskih obveznika. Spremnost obveznika da se povinuju poreskim obavezama (poreska saglasnost) je ključna tema savremenog oporezivanja, te se stalno pronalaze načini da se ona podstakne kako bi dostigla društveno prihvatljivi nivo.

Istraživanja različitih modaliteta ponašanja poreskih obveznika (teorijska i empirijska) imaju neprocenjiv značaj za ispravno upravljanje poreskom saglasnošću. Kreatori poreske politike ne smeju da zanemaruju opseg ispoljene poreske nesaglasnosti budući da ona određuje faktičke efekte važećeg poreskog sistema i preduzetih poresko-političkih mera.

Inoviranje procesa upravljanja poreskom saglasnošću dobija na svojoj aktuelnosti u mnogim zemljama sveta. Ono treba da bude kontinuirano jer omogućava poreskoj vlasti uspešno suočavanje sa (ne uvek predvidivim) izazovima savremenog doba. Ti izazovi, ponekad, suštinski utiču na realizaciju poreskih potraživanja države i mogu da ugroze njene fundamentalne ciljeve u oblasti finansiranja javne potrošnje. Promovisanje aktivnosti i mera koje su u funkciji stvaranja pozitivnog stava poreske populacije prema izvršavanju poreskih obaveza, i u takvim okolnostima ostaje permanentni zadatak poreske vlasti i društva u celini.

Literatura

- Anđelković, M. (2012). Uticaj poreskog morala na poštovanje poreskih propisa. *Pravni život*. 10(LXI). 931–943.
- Anđelković, M. (2011). Modeliranje ponašanja poreskih obveznika u savremenoj literaturi. U Z. Isailović (ur.), *Pravni sistem i društvena kriza*. Prva sveska. (str. 475–490). Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici
- Anđelković, M., Jovašević, D. (2006). *Izbegavanje plaćanja poreza – fiskalni i krivično pravni aspekt*. Niš: Pravni fakultet – Centar za publikacije
- 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.
- Dimitrijević, M. (2008). Poreska administracija u svetlu nekih evropskih zahteva. *Pravni život*. 11(LVII). 725–737.
- Dimitrijević, M. (2005). Neki aspekti razvoja odnosa poreske vlasti i poreskih obveznika na početku 21. veka. *Pravni život*. 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.
- Lilić, S. (2003). Državna uprava – instrument vlasti ili javna služba. U M. Damjanović (ur.), *Uporedna iskustva državnih uprava* (str. 37–67). Beograd: Magna agenda
- 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. U M. Walpole & C. Evans (Prir.), *Tax Administration in the 21st Century* (str. 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 od 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
- Hrustić, H. (2006). *Javne finansije*. Novi Sad: Fakultet za uslužni biznis
- 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 noncompliance.

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.

Dr Goran Obradović*,
Vanedovni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu
Dr Slobodanka Kovačević Perić,
Docent Pravnog fakulteta
Univerzitet u Prištini (sa priv. sedištem u
Kosovskoj Mitrovici)

pregledni naučni članak

UDK: 331.108.644.7:347.515.2

Rad primljen: 11.06.2014.

Rad prihvaćen: 10.10.2014.

NOVČANA NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE ZBOG NEZAKONITOG OTKAZA**

Apstrakt: *Nezakoniti otkaz i njegove posledice jedno su od najznačajnijih pitanja nauke radnog prava. Ovaj problem predmet je pažnje teoretičara i praktičara još od same pojave državnog intervencionizma u ovoj oblasti i postojanja zakonskog okvira za otkaz radnog odnosa od strane poslodavca. Pravne posledice nezakonitog otkaza mogu biti: utvrđujuća presuda da je otkaz nezakonit, vraćanje na rad, naknada štete u vidu izgubljene zarade i drugih primanja i uplata pripadajućih doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Autori se u radu bave naknadom nematerijalne (neimovinske) štete zbog nezakonitog otkaza, kao pitanjem koje izaziva polemike u našoj pravnoj teoriji i praksi. Ne zalažući se za pravo na naknadu nematerijalne štete u svim slučajevima nezakonitog otkaza, autori smatraju da postoje slučajevi kada se potpuna reparacija ne može postići samo nenovčanim metodama, već je potrebno pribeći i ovom vidu naknade.*

Ključne reči: *radni odnos, nezakoniti otkaz, šteta.*

*goran@prafak.ni.ac.rs

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

1. Uvod

Kod svake raspave o pravnim posledicama nezakonitog otkaza, uključujući i pitanje novčane naknade nematerijalne štete, pravo na rad čini nezaobilazno polazište. Ono je, kao jedno od najstarijih načela radnog prava, predmet teorijskih rasprava još od sredine XIX veka, da bi, u prvoj polovini HH veka, počela njegova veća afirmacija.¹ Pravo na rad moguće je pozitivno i negativno odrediti. Negativne odrednice prava na rad ogledaju se u zabrani prinudnog rada i ropstva. U pozitivnom smislu, njega karakteriše više obeležja. Jedno od njih je i stalnost i stabilnost zaposlenja (Jovanović, 2012: 127-133). Za razliku od prava na rad, koje predstavlja široko i apstraktno pravo, sigurnost zaposlenja se najčešće koristi da bi se opisala kontrola nad okončanjem radnog odnosa na inicijativu poslodavca (Hepple, 1998: 279). Osim toga, u teoriji radnog prava ima i mišljenja da postoji razlika između sigurnosti zaposlenja i stabilnosti zaposlenja. Drugim rečima, stabilan posao ne mora nužno da predstavlja i dobar posao (P. Auer, S. Cazes, 2003:8).

Zaposleni je poslodavcu podređen na dva načina: pravno i ekonomski. Podređenost poslodavcu (*subordinacija*) jedna je od osnovnih karakteristika radnopravnog odnosa. Bez nje nema ni radnopravnog odnosa. Koncept ekonomske subordinacije zasniva se na razlikovanju (ekonomski) jače i slabije strane radnog odnosa, gde jača strana raspolaže kapitalom i sredstvima za rad, organizuje obavljanje određene aktivnosti, angažuje jedno ili više lica za izvršavanje poslova i ubire ekonomsku korist od njihovog rada. Položaj slabije, s druge strane, određuje njegova potreba da obezbedi sredstva za izdržavanje na osnovu rada za poslodavca (Kovačević, 2013:95).

Pravna podređenost znači da u radnom odnosu poslodavac ima pravo da propisuje unutrašnji red, tj. radnu disciplinu kao pravila o ponašanju radnika na radu ili u vezi sa radom, a zaposleni ih se moraju pridržavati. U suprotnom, poslodavac ima pravo da ih kažnjava (Jovanović, 2013:46). Disciplinska vlast poslodavca, međutim, ima svoja interna i eksterna ograničenja. Interna ograničenja sadržana su u dogovornom regulisanju pravnog sadržaja radnog odnosa (kolektivni ugovori o radu, individualni ugovori o radu), kao i u pravu zaposlenih na participaciju. Za eksterna ograničenja disciplinske vlasti poslodavca postoje dve grupe razloga. Prvo, u vršenju disciplinske vlasti

¹ Prvu ustavnu proklamaciju pravo na rado doživelo je u Vajmarskom ustavu, 1919. godine. Kasnije, priznato je ustavima brojnih država, kao i, između ostalog, Opštom deklaracijom o pravima čoveka iz 1948. godine i Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine.

poslodavac tangira šire, opšte društvene interese. Drugo, postoji izvesna sličnost između disciplinske i krivične odgovornosti, jer se ovim načinima želi suzbiti asocijalno, nedopušteno ponašanje, zbog čega kažnjavanje radnika mora biti prožeto osećajem pravde i etičnosti, što provocira i zainteresovanost države za tu vlast (Jovanović, 2013: 48). Nepristrasna kontrola disciplinske vlasti se u pravu većine evropskih država obezbeđuje kao svojevrsna protivteža jednostranom pokretanju i vođenju disciplinskog postupka od strane poslodavca, s obzirom da sudovi mogu da ponište odluku o disciplinskoj odgovornosti zbog bitne povrede pravila disciplinskog postupka ili povrede odredaba materijalnog prava (Kovačević, 2013: 375).

2. Nezakoniti otkaz i njegove pravne posledice

U teoriji radnog prava u opticaju je više definicija otkaza. Od pojave intervencionističkog zakonodavstva o radu u prvoj polovini XIX veka, pa nadalje, pod uticajem sveopšteg razvoja i društvenog napretka, najpre u sudskoj praksi, a potom i u zakonodavstvu, dolazi do reakcije protiv liberalnog individualizma i apsolutističkih pravnih koncepcija kroz teoriju o zloupotrebi prava, koja nalazi domen primene i u materiji raskidanja ugovora o radu zaključenog na neodređeno vreme. Dotad jedinstveni pojam otkaza diferencira se na: a) nezakonit i b) neopravdan (abizivni) otkaz (Paravina, 1996:180). „Nezakoniti otkaz“ bilo je lakše definisati i njime se smatrao svaki otkaz dat protivno izričitim zakonskim odredbama (u odnosu na zaštićene slučajeve, propisanog postupka, nadležnih organa, otkaznih rokova i sl). Definirati „neopravdani“, odnosno „abizivni otkaz“ bilo je mnogo teže, i oko tog pitanja dugo su se kolebale i teorija i sudska praksa. Danas se pouzdanim osloncem za preciziranje pojma „opravdan“, odnosno „neopravdan“ otkaz smatra Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, iz 1982. godine (Paravina, 1996:180).² Opravdanost otkaza, u duhu Konvencije, uslovljena je postojanjem valjanog razloga

² „Sl. list SFRJ“, 4/84. Neopravdanim razlozima, po Konvenciji, naročito se smatraju: a) članstvo u sindikatu ili u češće u aktivnostima sindikata van radnog vremena, ili uz saglasnost poslodavca, za vreme trajanja radnog vremena; b) činjenica što je tražio da istupa kao predstavnik radnika, ili zbog bivšeg ili sadašnjeg istupanja u tom svojstvu; v) podnošenje žalbe ili u češće u postupku protiv poslodavca zbog navodnog kršenja zakona ili propisa i obraćanja nadležnim administrativnim organima vlasti; g) rasa, boja, pol, bračno stanje, porodične obaveze, trudnoća, veroispovest, političko mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo; d) izostanak sa posla za vreme porodiljskog odsustva, zbog bolesti ili zbog povrede. Radni odnos neće prestati iz razloga vezanih za rad ili ponašanje zaposlenog pre nego što mu

vezanog za: a) sposobnosti ili ponašanje radnika ili b) za operativne potrebe preduzeća, ustanove ili službe.

Pažnju radnog prava, odavno, posebno zaokuplja pitanje prestanka radnog odnosa i, naročito, zaštita od nezakonitog otkaza. Pogledi na ovu problematiku su različiti, naravno, u zavisnosti da li se radi o zaposlenima ili o poslodavcima. S jedne strane, zaposleni zaštitu od nezakonitog otkaza posmatraju kao odlučujuću garanciju za stabilnost zaposlenja (Bronstein, 2009: 69). S druge strane, pristalice neoliberalizma, naročito iz poslovnih krugova, smatraju da uz rastuće troškove rada, zaštita od otkaza nameće ograničenja sposobnosti preduzeća da brzo reaguju na tržišne promene i tehnološke izazove ograničavajući, na taj način, njihovu produktivnost i konkurentnost (Bronstein, 2009: 69). Takođe, po neoliberalnim gledištima, zaštita od otkaza posmatra se više kao barijera zapošljavanju, nego što je pomoć u očuvanju postojećeg posla (Supiot, 2005:50). Ovakva gledišta, u suštini, predstavljaju odraz opštih trendova nastalih 1980-tih i 1990-tih godina u industrijskim zemljama, a koji su se odlikovali deregulacijom (ili, pravilnije, tržišnom a ne državnom regulacijom) (Hepple, 1998:279). Indikatori tih trendova bili su različiti, počev od ukidanja prethodne saglasnosti od strane javnih vlasti u slučaju viška zaposlenih (Francuska), uvođenja veće fleksibilnosti kod ugovora o radu na određeno vreme (Belgija, Nemačka, Švedska, Španija, Italija), pa do zaštite od nezakonitog otkaza (Velika Britanija, Nemačka) (Hepple, 1998:279).

Pravne posledice nezakonitog otkaza nisu identične u svim zemljama. Ipak, za neke od njih (kao što je naknada štete, vraćanje na rad i sl), može se reći da imaju univerzalan karakter. Tako, primera radi, u pravu Velike Britanije, ukoliko sud utvrdi da je otkaz nezakonit, može naložiti jedan od tri oblika njegove ispravke: vraćanje u pređašnje stanje, ponovno angažovanje i dodelu (novčane) kompenzacije (R. W. Painter, K. Puttick, A. Holmes, 2004: 310).

Putem zakonodavstva ili sudske prakse, danas je ustanovljeno da nije dovoljno da otkaz bude dat iz valjanog razloga, već je potrebno i da taj razlog bude dovoljno ozbiljan da opravda otkaz. Primera radi, u Francuskoj se to izražava kao „*pravi i ozbiljan razlog*“, a u Velikoj Britaniji kao „*dovoljan razlog*“ (Hepple, 1998:298). U Italiji, lice koje smatra da je dobilo nezakonit otkaz, ima pravo da isti pobija u roku od 60 dana. Ukoliko se utvrdi da je otkaz nezakonit,

se omogući da se brani od iznetih navoda. U slu čaju da smatra da je otkaz nezakonit, radniku se mora dati pravo da se obrati nekom nepristrasnom telu, kao što je sud, arbitraža i sl.

moguće je ili uspostavljanjen pređašnjeg stanja (radnog odnosa) ili plaćanje posebne naknade (Treu, 2007:109). U francuskom pravu pravi se razlika između neregularnog otkaza koji je posledica nepridržavanja propisanog postupka i otkaza bez opravdanog razloga, što se ogleda i u različitim posledicama (M. Despax, J. Rajot, J.P. Laborde, 2011: 163).

Nezakoniti otkaz u domaćem pravu, tj. u opštem režimu radnih odnosa uređenim Zakonom o radu³, takođe povlači različite pravne posledice. Pre svega, neophodno je napomenuti da je sa poslednjim izmenama Zakona o radu (jula 2014), izmenjen i naslov iznad odgovarajućeg člana (191). Naime, umesto „nezakoniti otkaz“, naslov sada glasi „pravne posledice nezakonitog prestanka radnog odnosa“. One su: a) vraćanje na rad; b) naknada štete i v) uplata pripadajućih doprinosa za obavezno socijalno osiguranje za period u kome zaposleni nije radio. Osim naslova, učinjene su i druge, značajnije izmene. Pre svega, u vezi vraćanja na rad usled nezakonitog otkaza. Ranija formulacija: „Ako sud donese pravnosnažnu presudu kojom je utvrđeno da je zaposlenom nezakonito predao radni odnos, sud će odlučiti da se zaposleni vrati na rad, ako zaposleni to zahteva“, sada glasi: „Ako sud u toku postupka utvrdi da je zaposlenom predao radni odnos bez pravnog osnova“, odlučiće da se zaposleni vrati na rad...“. Ima mišljenja da se ovde ne radi samo o jezičkoj promeni, te da je naredba o vraćanju na rad zamenjena odlukom o zahtevu za vraćanje na rad. Drugim rečima, to znači da poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu ne vodi bezuslovno odluci o vraćanju na rad (Živković, 2014; 159). Treba napomenuti da promena u terminologiji, izbacivanje iz upotrebe izraza nezakonit prestanak radnog odnosa, i njegova zamena prestankom radnog odnosa bez pravnog osnova, u direktnoj je vezi sa još jednom novinom u članu 191. Zakona o radu, i to u njegovoj tački 7. Naime, ako sud u toku postupka utvrdi da je postojao osnov za prestanak radnog odnosa, ali da je poslodavac postupio suprotno odredbama zakona kojima je propisan postupak za prestanak radnog odnosa, sud će odbiti zahtev zaposlenog za vraćanje na rad, a na ime naknade štete dosudiće zaposlenom iznos do šest zarada zaposlenog. Ovo rešenje već je izazvalo kritiku stručne javnosti jer, ne samo da je na štetu zaposlenog, već i dodatno privileguje poslodavce tako što ih sam zakon oslobađa od odgovornosti za kršenje odredaba zakona koji se tiču postupka prestanka radnog odnosa (Đukić, 2014:73). Ova novina će, nesumnjivo uticati i na izmenu sudske prakse, koja je do sada bila jedinstvena u stavu da kršenje odredbe o upozorenju ili zastarelosti davanja otkaza uvek vodi zaključku o nezakonitosti otkaza i poništaju rešenja (Đukić, 2014, 74).

3 „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 24/2005; 61/2005; 54/2009 i 32/2013 i 74/2014.

Sa ovakvim stavom u potpunosti se slažemo. Napuštanjem klasičnog koncepta nezakonitog otkaza (otkaz koji je dat suprotno izričitim zakonskim odredbama uključujući tu i postupak), položaj slabije strane u radnom odnosu je dodatno (i neopravdano) otežan a poslodavcu je otvoren širok put za (skoro nekažnjeno) nezakonito otpuštanje.

Naredna posledica nezakonitog otkaza jeste naknada štete. Ona se utvrđuje u visini izgubljene zarade koja u sebi sadrži pripadajući porez i doprinose, u skladu sa zakonom. Sa poslednjim izmenama, od ovog iznosa izuzeti su naknada za ishranu u toku rada, regres za korišćenje godišnjeg odmora, bonusi, nagrade i druga primanja po osnovu doprinosa poslovnom uspehu poslodavca. Dobro je što je, na ovaj način precizirano šta sve sadrži osnovna zarada, i što je uvažen stav sudske prakse da zaposlenom ne pripada pravo na ishranu u toku rada. Međutim, protivno dosadašnjoj sudskoj praksi, u izgublenu zaradu ne spada i regres za godišnji odmor (Đukić, 2014: 72). Od iznosa štete koja se dosuđuje usled nezakonitog prestanka radnog odnosa, odbija se iznos prihoda koji je zaposleni ostvario po osnovu rada, po prestanku radnog odnosa, što je u skladu sa principom integralne naknade štete. Osim toga, oštećeni je, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, dužan da preduzme ono što je u njegovoj moći da smanji iznos štete. U konkretnom slučaju, to se čini traženjem alternativnog odgovarajućeg posla. To, naravno, ne znači da se od tog lica zahteva da prihvati posao sa znatno nižim primanjima ili na poziciji koja je znatno inferiornija od one koju je imao pre otkaza (Deakin, Moris, 2005:405).

Po pitanju vraćanja na rad i naknade štete, određena rešenja iz Zakona dala su mogućnost za različita tumačenja, naročito posle izmena i dopuna izvršenih jula 2005. godine. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o radu⁴ predviđeno je da, ako sud donese pravnosnažnu odluku kojom je utvrđeno da je zaposlenom nezakonito prestao radni odnos, sud će odlučiti da se on vrati na rad, ako to zahteva, a pored vraćanja na rad, poslodavac je dužan da zaposlenom isplati i naknadu štete u visini izgubljene zarade i drugih primanja koja mu pripadaju po zakonu, opštem aktu ili ugovoru o radu i uplati doprinose za obavezno socijalno osiguranje.⁵ Međutim, od pomenutih izmena i dopuna, pravo na reintegraciju zaposlenog (vraćanje na rad usled nezakonitog otkaza) je relativizovano,

4 „Službeni glasnik RS“ br. 61/2005.

5 Čl. 191, st. 1 i 2 Zakona. Sa izmenama u činjnim 2014. godine, u naknadu štete u vidu izgubljene zarade ne ulazi naknada za ishranu u toku rada, regres za korišćenje godišnjeg odmora, bonusi, nagrade i druga primanja po osnovu doprinosa poslovnom uspehu u poslodavca.

tako da se poslodavac može usprotiviti vraćanju na rad nezakonito otpuštenog zaposlenog. S druge strane, i samo lice koje smatra da je nezakonito otpušteno može umesto vraćanja na rad zahtevati da mu se isplati „naknada štete“.⁶ Problem u primeni ove norme nastao je usled pogrešne formulacije čl. 191. Zakona o radu. Naime, novčani iznos koji je poslodavac dužan da plati zbog protivljenja vraćanju nezakonito otpuštenog lica na rad, do 36 zarada (ili koju samo to lice traži, tj. do 18 zarada) i naknada štete u vidu izgubljene zarade i drugih primanja ne isključuju jedno drugo, već se kumuliraju.

Na ovaj način, proizilazi da je pomenutom odredbom iznos naknade štete koju sud može dosuditi ograničen na najviše 18, odnosno na najviše 36 zarada koje bi zaposleni ostvari da radi. Samim tim, proizilazi da je navedeno ograničenje iznosa koji se može dosuditi kao naknada štete zaposlenom u potpunoj suprotnosti ne samo sa ranije važećim odredbama Zakona o radu, već i sa odgovarajućim odredbama Zakona o obligacionim odnosima⁷ (Čolić, 2005:300). U skladu sa njim⁸, sud će, uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete, dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja. To se, međutim, ne postiže usvojenim konceptom Zakona o radu. Dodatnu nepovoljnost donele su izmene čl. 191 iz 2014. godine, na način da se umanjene naknade štete u vidu izgubljene zarade zbog nezakonitog otkaza (što je nesporno), proširuje i na naknadu kojima se isplaćuje umesto vraćanja na rad (do 18, tj. do 36 zarada). Osim toga, prilikom odlučivanja o iznosu tih naknada sud će, po najnovijim izmenama, voditi računa, između ostalog, i o vremenu provedenom u radnom odnosu samo kod poslodavca od koga je usledio nezakoniti otkaz, a ne o ukupnom vremenu u radnom odnosu, kao do tada. Ova rešenja, ne samo da su još jedna u nizu nepovoljnih po zaposlene, već ukazuju i na očigledno nerazumevanje problematike od strane njihovih autora.

6 Ovakvo rešenje je dosta uobičajeno u uporednom pravu, naročito u pravu evropskih zemalja. Pribegava mu se iz razloga što, usled otkaza, odnosi između zaposlenog i poslodavca često budu u toj meri poremećeni da se više ne može očekivati plodna saradnja. Iz tog razloga smatra se da je mnogo bolja satisfakcija za nezakonito otpušteno lice davanje određenog novčanog iznosa, umesto neplodonosnog vraćanja na rad. Problem je, u našem pravu, nastao usled pogrešne formulacije čl. 191. Zakona o radu. Naime, novčani iznos koji je poslodavac dužan da plati zbog protivljenja vraćanju nezakonito otpuštenog lica na rad, do 36 zarada (ili koju samo to lice traži, tj. do 18 zarada) i naknada štete u vidu izgubljene zarade i drugih primanja ne bi smeli jedno drugo da isključuju, već su to prava koja pripadaju kumulativno.

7 Čl. 154, 155, 189, 190 i dr.

8 Čl. 190.

3. Nezakoniti otkaz i pravo na nematerijalnu štetu

3.1. Uopšte o novčanoj naknadi nematerijalne štete

Načelno, u pravu je prihvaćeno shvatanje da je pravednije ako štetu snosi onaj koji ju je prouzrokovao, iako nije kriv, nego da je snosi onaj koga šteta pogađa, iako niti je kriv niti je na bilo koji način doprineo da šteta nastane. Osim toga, druga tendencija koja se javlja u razvoju modernog prava o naknadi štete je da vršioци poslovanja i delatnosti odgovaraju za postupke svojih ljudi (Blagojević, Krulj, 1983:477).

Glavni cilj naknade štete sastoji se u otklanjanju štetnih posledica. Smatra se da se taj cilj, u izvesnom smislu, može postići i kod nekih nematerijalnih šteta. Ipak, nesporno je da se naveći broj nematerijalnih šteta ne može popraviti putem naturalne restitucije. Stoga, dolazi u obzir jedino novčano davanje radi zadovoljenja (*satisfakcija*) oštećenog, a ne kao cena prikraćenog dobra. Dosuđivanjem određene novčane sume omogućuje se oštećenom da pribavi sebi neko zadovoljstvo, neku životnu radost kao utehu, čime se kod njega uspostavlja psihička i emocionalna ravnoteža (Radišić, 1988:281).

U teoriji postoje različite definicije nematerijalne štete. Primera radi, pod njom treba podrazumevati „svaku štetu koja ne pogađa pojedinca u njegovoj imovini ili telu“. Dalje, podela štete na materijalnu i moralnu (nematerijalnu) odgovara podeli prava na imovinska i neimovinska, u smislu da je materijalna šteta povreda imovinskih, a moralna šteta povreda neimovinskih prava. Postoji i podela same neimovinske štete na onu koja je prouzrokovana povredom tzv. *društvene strane* moralne imovine i one koja je prouzrokovana povredom tzv. *afekcione strane moralne imovine*. Društvenu stranu sačinjavali bi čast, ugled, uvaženje jednog lica, a afekcionu stranu legitimne afekcije koje u sebi osećamo za lica koja su nam bliska.⁹ Neimovinska šteta postoji uvek kad novčana reparacija nije u stanju da bude adekvatna šteti, da bude objektivno procenjena (Stanković, 1998: 24). Po pitanju osnovanosti dosuđivanja novčane naknade za neimovinsku štetu postoje dve suprotne teorije: negativna i pozitivna. Negativnu teoriju (po kojoj ne treba dosuđivati novčanu naknadu neimovinske štete) usvajali su i naši sudovi u prvim godinama posle Drugog svetskog rata, sve do donošenja *Nacrta zakona o naknadi štete*. Pozitivna teorija, kako joj i ime kaže, ide u prilog dosuđivanja novčane naknade neimovinske štete (Stanković, 1998: 43).

9 Više o naznačajnijim shvatanjima o naknadi neimovinske štete videti u: Stanković, 1998.

Osnovno pitanje kod dosuđivanja naknade je zašto to činiti, tj. zbog čega dosuđivati naknadu neimovinske štete. Odgovor na ovo pitanje je, po pobornicima ove teorije, istovremeno i odgovor na osnovno pitanje čitave teorije novčane naknade neimovinske štete, na pitanje o pravnoj prirodi naknade i osnovanosti njenog dosuđivanja. Razlog dosuđivanju naknade leži u tome da se žrtvi omogući da sebi pribavi izvesnu prijatnost, radost, uživanje, neko zadovoljstvo u najširem smislu reči i da se na taj način u njen psihički život unese pozitivan i aktivan element nasuprot bolu koji je pretrpela, odnosno trpi (Stanković, 1998:43).¹⁰

Naš Zakon o obligacionim odnosima¹¹, kao i u najvećem broju pravnih sistema evropskih zemalja, mogućnost novčane naknade nematerijalne štete priznaje samo u ograničenoj meri, odnosno u određenim slučajevima (Radišić, 1988: 282). Zakon dopušta sledeće oblike nematerijalne štete: a) pretrpljeni fizički bolovi; b) pretrpljeni duševni bolovi (zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica) i v) strah.¹² Postojanje nekog od ovih oblika nematerijalne štete ne znači, samo po sebi, da će oštećenom i pripasti novčana naknada. Ona je uslovljena okolnostima slučaja, naročito jačinom bolova i straha i njihovim trajanjem. Ukoliko okolnosti slu čaja to opravdavaju, sud će dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu. Sud je obavezan da vodi računa, prilikom odlučivanja o zahtevu za naknadu nematerijalne štete i njenoj visini, o značaju povređenog dobra i cilju kome služi ta naknada, kao i o tome da se njome ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom.¹³

Zakon o radu Republike Srbije takođe sadrži norme o odgovornosti za štetu. Tako¹⁴, „ako zaposleni pretrpi povredu ili štetu na radu ili u vezi sa radom,

10 Potrebno je, na ovom mestu, još navesti i to da osim negativne i pozitivne teorije, postoji i grupa teorija kojima je zajedničko da dopuštaju novčanu naknadu neimovinske štete, ali samo u određenim slučajevima. To su: 1) teorija po kojoj se novčano može naknađivati samo neimovinska šteta prouzrokovana krivičnim delom; 2) teorija po kojoj se novčano može naknađivati samo neimovinska šteta koja je praćena imovinskom štetom; 3) teorija po kojoj se novčano može naknađivati samo neimovinska šteta koja je nastala povredom tzv. društvene strane moralne imovine i 4) teorija po kojoj se ne može tražiti novčana naknada neimovinske štete na podru čju ugovorne odgovornosti. Za više o tome videti gore navedeno delo.

11 „Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Slu žbeni list SRJ“, br. 31/93.

12 Čl. 200, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima.

13 Čl. 200, st. 2 Zakona o obligacionim odnosima.

14 Čl.164.

poslodavac je dužan da mu nadoknadi štetu, u skladu sa zakonom i opštim aktom.“ Šteta može biti i materijalna i nematerijalna, pa je razumljivo, samo po sebi, da zakonodavac pod naknadom štete podrazumeva i pravo na naknadu nematerijalne štete (Kadriu, 1997:615).

3.2. Oblici neimovinske štete

3.2.1. Fizički bolovi

Za neprijatne subjektivne osećaje koji nastaju usled štetnih draži na specifične nervne završetke u medicini se koristi termin *bol*, a termin *fizički* deo je pravnog određenja, u cilju diferenciranja od duševnih bolova (Ćirić, 2013: 35).

3.2.2. Duševni bolovi

Nazivaju se još i *psihičke patnje* i označavaju emocionalne poremećaje koji nastaju usled direktnog povređivanja ili posredno, povredom ili smrću bliskog lica (Ćirić, 213: 37). Duševni bolovi, shodno našem Zakonu o obligacionim odnosima, mogu nastati zbog umanjenja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti i smrti bliskog lica.¹⁵ Kumulativni uslov koji postavlja Zakon o obligacionim odnosima jeste da postoji trpljenje duševnih bolova zbog svakog tog razloga. Drugim rečima, oštećeni neće ostvariti pravo na novčanu naknadu samim tim što je doživeo umanjenje životne aktivnosti, naruženost, povredu časti i ugleda i sl, već samo ako su ti oblici povrede afekcije prouzrokovali i duševni bol (Šemić, 1995: 517).

3.2.3. Strah

Strah spada u obične glavne fiziološke afekte (uz gnev, radost i žalost). Izazivaju ga osećanja postojećih ili predstojećih opasnosti po (fizički ili psihički) integritet (Jevtić, 1966:38-39). S obzirom da je strah emocionalno stanje slično stanju zbog bolova, pri ocenjivanju straha treba se pozabaviti i njegovim uzrocima (Blagojević, Krulj, 1983:522).

3.3. Uticaj krivice štetnika na pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete

Kada se radi o naknadi neimovinske štete uopšte, prethodno je potrebno razjasniti pitanje da li nju treba odmeriti prema šteti, nezavisno od krivice. U neimovinskoj šteti koju neko trpi, smatra se, postoje dve komponente.

15 Čl. 200 ZOO

Jedna bi se, uslovno, mogla nazvati objektivnom i to je ona neimovinska šteta koju žrtva trpi nezavisno od stepena krivice štetnika i od uzroka štete. Paralelno sa njom, postoji i druga-subjektivna komponenta (Stanković, 1998: 52). Osnovna razlika između novčane naknade neimovinske štete i novčane kazne leži u različitosti njihovih funkcija. Stoga, okolnosti o kojima se vodi računa u oba slučaja jesu stepen krivice štetnika i njegove imovinske prilike. Kod odmeravanja kazne krivica je jedan od osnovnih kriterijuma, dok kod odmeravanja novčane naknade neimovinske štete situacija nije istovetna (Stanković, 1998, 57-58). Inače, kada se govori o osnovu odgovornosti za štetu, teorija o tzv. *vinjoj uzročnosti*, u građanskom pravu trpi dosta kritika. Pre svega, njoj se zamera što neosnovano povezuje krivicu i uzročnost. Naime, kombinacija krivice i uzročnosti kao način odmeravanja mere odgovornosti kao metod poreklom je iz krivičnog prava, gde je imala uspeha, s obzirom da se krivična odgovornost pojavljuje isključivo kao subjektivna. U značajnom delu zakonodavstva iz oblasti građanskog prava predviđanje posledice, odnosno htenje ili nehtenje, nema značaja u utvrđivanju mere odgovornosti. U građanskoj deliktnoj odgovornosti je, prema tome, u centru pažnje uzročnost, a ne krivica (Salma, 1997: 536). I pravila domaćeg prava o posebnoj zaštiti oštećenika nalažu odgovornost za štetu koja neposredno nastaje iz radnje štetnika. Ta zaštita ostvaruje se uspostavljanjem prava na potpunu naknadu štete, čak i kada ona nije prouzrokovana namerno (Salma, 1997: 537). Ovo je od posebne važnosti kod naknade štete usled nezakonitog otkaza (ili prestanka funkcije neizborom o čemu će u nastavku biti više reči).

Svakako, krivica štetnika nije bez uticaja na oštećenikovo pravo na naknadu i ona ima uticaja na veličinu pretrpljene štete. Krivica, međutim, nije nužan osnov odgovornosti za neimovinsku štetu, kao što to nije ni za imovinsku (Stanković, 1998:94).

3.4. Oblici neimovinske štete usled nezakonitog otkaza

Od, u našem zakonodavstvu, priznatih oblika neimovinske štete, u slučaju nezakonitog otkaza, po našem mišljenju, postoje dva osnova za naknadu neimovinske štete: zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda i povrede prava ličnosti i zbog pretrpljenog straha. Osim toga, na radu ili u vezi sa radom moguće je da zaposleni pretrpi različite vidove neimovinske štete zbog povrede njegove fizičke ličnosti: fizičku bol, psihičku bol usled unakaženosti, strah. (Milošević, 1963:13).

S obzirom da povreda prava ličnosti može da prouzrokuje nematerijalnu štetu povređenom, to lice ima pravo da podnese tužbu sudu sa različitim zahtevima da se nematerijalna šteta nadoknadi. To se može postići objavljivanjem osuđujuće presude, ispravljanjem radnje kojom je izazvana nematerijalna šteta, povlačenjem izjave kojom je šteta naneta, izvinjenjem ili preduzimanjem druge radnje, uključujući i novčanu naknadu nematerijalne štete (Ališani, 2007:883). Ima mišljenja da neimovinska šteta usled nezakonitog otkaza može predstavljati kako onaj strah ili duševni bol koji oštećeno lice trpi u sadašnjosti, ili neposredno posle nastanka štetnog događaja, tako i strah i bol koji će ubuduće nastati, a u uzročnoj je vezi sa štetnim događajem, a to je donošenje protivzakonitog akta o prestanku radnog odnosa (Kadriu, 1997: 617).

Duševni bolovi usled nezakonitog prestanka radnog odnosa ogledaju se u bolovima koji su pretrpljeni zbog povrede časti i ugleda i povrede prava ličnosti. Oni mogu da dovedu do poremećaja psihičke ravnoteže kod oštećenog, i to bez obzira da li je već prisutna ili ne neka od psihijatrijskih dijagnoza. Drugim rečima, pretrpljeni ili budući duševni bolovi ne predstavljaju samo mentalne poremećaje, već i različita i brojna „normalna“ negativna osećanja koje je štetno dejstvo prouzrokovalo. Tako je moguće da i uobičajena žalost, zabrinutost, postidečnost, narušeno dostojanstvo i sl. budu mogući osnov za novčanu satisfakciju (Ćirić, 2013:38). Lice kome je nezakonito prestao radni odnos, po prirodi stvari, može biti izloženo duševnim bolovima usled povrede časti i ugleda i povrede prava ličnosti. Osim subjektivnog osećaja povređenosti, potrebno je uzeti u obzir i stav sredine u kojoj to lice živi (rodbina, prijatelji, susedi). U zavisnosti od toga šta je navedeno kao razlog za otkaz (pronevera, pijanstvo na radnom mestu, razna nedolična ponašanja i sl) i ostalih okolnost slučaja, i reakcija sredine može biti različita, od podozrenja i prekora, pa sve do neposredne osude i omalovažavanja i izbegavanja. Naravno, to ne znači da će to biti tako uvek kada je u pitanju nezakonit prestanak radnog odnosa, ali kao mogućnost postoji. Na sudu je da utvrđuje osnovanost tužbenog zahteva za naknadu neimovinske štete zbog nezakonitog otkaza.

Strah je kod prestanka radnog odnosa, redovna pojava (Kadriu, 1997:618). Lice kome je radni odnos (nezakonito) prestao nalazi se u stanju straha, kako za svoj opstanak, tako i za opstanak porodice čije izdržavanje može biti ugroženo gubitkom sredstava. Satisfakcija za pretrpljeni strah može se odrediti samo ako je on *intenzivan* i *trajan*. Strah se javlja kao primarni i sekundarni. Primarni je neprijatno mučno osećanje koje postoji neposredno pre, za vreme i kratko vreme nakon egzistencijalno opasnih situacija, a deli se na lak, srednji, jak i

veoma jak. Sekundarni je kasnije emocionalno stanje, nakon prolaska egzistencijalne opasnosti i najčešće postoji kod težih povreda, neophodnosti dužeg lečenja i rehabilitacije (Ćirić, 2013:36-37). U slučaju prestanka radnog odnosa, mišljenja smo da se prevashodno radi o primarnom strahu. Postojanje sekundarnog straha ne treba isključivati, s obzirom na mogućnost da je nezakoniti otkaz doveo do težih poremećaja koji zahtevaju duže lečenje. Što se tiče jačine straha, o čemu mišljenje daje veštak sudsko-medicinske struke, smatramo da u obzir treba uzeti i mogućnost nalaženja novog posla. U uslovima visoke nezaposlenosti, kakva postoji u našoj zemlji, strah zbog gubitka posla svakako ne može biti slabog intenziteta.

I naša sudska praksa je vremenom menjala stav po pitanju novčane naknade neimovinske štete usled pretrpljenog straha. Prema ranijoj praksi, za ovaj vid duševnog poremećaja ravnoteže, novčana naknada neimovinske štete dosuđivala se samo u slučaju kada je prouzrokovani strah naročito intenzivan, a poremećaj njime izazvan trajnije je prirode. Sadašnja sudska praksa prihvata dosuđivanje novčane naknade i za strah koji je bio intenzivan i dužeg trajanja, a ako je intenzivan strah kratko trajao naknada se može dosuditi ako je usled straha u dužem vremenskom periodu narušena psihička ravnoteža oštećenog.¹⁶

4. Posebno o razrešenim sudijama i tužiocima

U vezi sa novčanom naknadom neimovinske štete usled nezakonitog prestanka radnog odnosa pred našim sudovima su se, u poslednjih par godina, pojavili i slučajevi sudija¹⁷ koji nisu izabrani na stalnu sudijsku funkciju, u skladu sa Zakonom o sudijama.¹⁸ Njima je dužnost prestala zaključno sa 31. decembrom 2009. godine, a na osnovu odluke

16 Vidi pravni stav sa savetovanja sudija građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije i sudija predstavnika građanskih odeljenja republičkih vrhovnih sudova održanom 18. i 19. Juna 1968, kao i stav sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda održanog 15. i 16. Oktobra 1986. Ovo poslednje, u obliku zaključka, glasi: Kad je oštećeni zbog povrede prava ličnosti (ugleda, časti, slobode i drugih prava ličnosti) trpeo duševne bolove sud mu pored sankcija iz čl. 199. Zakona o obligacionim odnosima, može dosuditi i pravičnu naknadu kada zbog okolnosti slučaja samo na taj način može dati oštećenom punu satisfakciju u skladu sa ciljem kome naknada nematerijalne štete služi.“ Navedeno prema: Šemić, 1995:525.

17 Isto važi i za javne tužioce i zamenike javnih tužilaca, s tim što je ovde odluke donosilo Državno veće tužilaca.

18 „Sl. glasnik RS“, br. 116/08, 58/09 i 104/09

Visokog saveta sudstva od 16. decembra 2009. godine.¹⁹ S obzirom da je, u međuvremenu, izmenjen sastav Visokog saveta sudstva, isti je, u postupku preispitivanja odluka prvog sastava Visokog saveta sudstva, doneo odluke kojima se prigovori odbijaju i potvrđuju odluke prvog sastava Visokog saveta sudstva. Odlučujući po žalbama neizabranih sudija, Ustavni sud Srbije usvojio je žalbe i utvrdio da u postupku odlučivanja o prigovorima podnosilaca žalbi nije oborena pretpostavka da podnosioci ispunjavaju uslove za izbor na stalnu sudijsku funkciju.²⁰ U skladu s tim, Ustavni sud je poništio sve odluke Visokog saveta sudstva donete u postupku po prigovorima i naložio Visokom savetu sudstva da izabere podnosiocima žalbi za sudije u sud koji je preuzeo nadležnost ili deo nadležnosti suda u kome su obavljali sudijsku dužnost. Jedno od pitanja koje je ovakav ishod otvorio jeste i odgovornosti države za štetu koja je na ovaj način prouzrokovana. Inače, odgovornost države (i drugih pravnih lica) za štetu koju prouzrokuju njeni organi i službena lica veoma je složeno i spada u granična pitanja upravnog i građanskog deliktneog prava (Petrović, 2011: 86).

Tradicionalno, može se reći, naša se sudska praksa pakazuje vrlo uzdržano u pogledu dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete. Obrazloženje za to nalazi se u činjenici da se, na primer, povrede časti i ugleda relativno često događaju u životu, te bi široko dosuđivanje novčane naknade od strane sudova išlo na ruku da se podižu neosnovane tužbe, samo iz lukrativnih motiva (Stanković, 1998:147). Ipak, sudska praksa, u osnovi, stoji na stanovištu da oštećeni, pod određenim uslovima, ima pravo i na novčanu naknadu nematerijalne štete, bez obzira na postojanje i naknadu materijalne štete.

Međutim, po pitanju nezakonitog prestanka radnog odnosa sudska praksa se koleba, i to stanje traje još iz vremena SFRJ i pokazuje dosta oscilacija.²¹ Tako, u jednoj presudi iz 1993. godine, Vrhovni sud Srbije zauzeo je stav u korist dosuđivanja naknade nematerijalne štete usled nezakonitog otkaza. U presudi se kaže: „Ako je odluka kojom je povređeno pravo iz radnog odnosa kod radnika izazvala ozbiljniji poremećaj psihičke i emocionalne ravnoteže, a naročito ako je taj poremećaj produkt šikane, onda radnik, u načelu, može

19 „Sl. glasnik RS“, br. 106/09

20 Vidi odluke Ustavnog suda Srbije VIIIU-102/2010, VIIIU-189/2010, VIIIU-413/2012.... VIIIU-961/2012. Više o tome na: Ustavni sud Republike Srbije, www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/

21 U jednoj presudi Vrhovnog suda Hrvatske iz 1979. godine, priznaje se pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete radniku. Presuda Vrhovnog suda Hrvatske, Rev.-988/79 od 26.12.1979. Navedeno prema: Blagojević, Krulj, 1983: 754.

ostvariti pravo na naknadu nematerijalne štete, bez obzira što mu je naknada materijalne štete već dosuđena.“²²

U drugoj jednoj presudi, nekoliko godina kasnije, Vrhovni sud menja stav. U presudi se ističe: „Pravilno je drugostepeni sud preinačio odluku prvostepenog suda i odbio tužbeni zahtev tužioca kao neosnovan. Naime, pravična naknada za pretrpljene duševne bolove pripada samo u slučajevima propisanim čl. 200 ZOO, i to za pretrpljene duševne bolove zbog umanjavanja životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda i časti, slobode ili prava ličnosti i smrti bliskog lica. Tužiocu ne pripada pravo na novčanu naknadu za pretrpljene psihičke bolove usled nezakonitog udaljenja s posla jer je njegova satisfakcija u tome što je pravnosnažnom sudskom odlukom vraćen na posao. S tim u vezi, tužilac ima pravo na naknadu materijalne štete zbog izgubljene zarade koja je tužiocu, kako se vidi iz spisa predmeta, isplaćena kao stvarna šteta na ime razlike u ličnom dohotku za period udaljenja iz preduzeća.“²³

Opštinski sud u Nišu je, presudom iz 2009. godine, usvojio tužbeni zahtev tužioca i obavezao tuženog poslodavca da mu isplati naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede ugleda i povrede časti (posebno za svaki vid), a zbog nezakonitog udaljenja sa rada i vođenja disciplinskog postupka koji je rezultirao otkazom ugovora o radu. Protiv odluke o prestanku radnog odnosa tužilac je poveo radni spor, koji je okončan poništajem sporne odluke i vraćanjem tužioca na rad. Protiv tužioca vođen je i krivični postupak, koji je obustavljen odustankom poslodavca, kao subsidijarnog tužioca. U presudi se navodi:

„...U konkretnom slučaju, utvrđeno je postojanje duševnih bolova na strani tužioca... Sud je utvrdio iz samog iskaza svedoka, a na osnovu slobodnog sudijskog uverenja, da je tužilac u spornom periodu trpeo duševne bolove srednjeg intenziteta. Takođe, tužilac je dokazao da su postupci koji su vođeni protiv njega vođeni zlonamerno i šikanozno, a sve to proizilazi i iz drugih pismenih dokaza koji su u potpunoj saglasnosti i potvrđuju navode tužioca, pa je sud na osnovu navedenih dokaza utvrdio da je tuženik u konkretnom slučaju postupao na nezakonit, nepravilan i šikanozni način, a sve u cilju povrede ugleda, časti i prava ličnosti tužioca.“²⁴

22 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 4514/92 od 11.1. 1993. godine.

23 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 4765/99 od 27. 10. 1999. godine.

24 Presuda Opštinskog suda u Nišu, P1. Br. 3248/08, od 12.3.2009. godine. U citiranom delu, presuda je potvrđena (sa preinačenjem dosuđenih novčanih iznosa) presudom Okružnog suda u Nišu Gž. 1. br. 1046/09, od 14. 12. 2009. godine.

Postupajući po tužbi razrešene sudije za naknadu nematerijalne štete, a zbog pretrpljenog duševnog bola zbog povrede časti i ugleda, prava ličnosti i pretrpljenih fizičkih bolova, Osnovni sud u Nišu je, svojom presudom od 11.12.2013. godine, usvojio tužbeni zahtev. U presudi se navodi: „Po oceni suda, odlukom Visokog saveta sudstva kojom tužilja nije izabrana za sudiju suda za koji je konkurisala, tužilji je naneta šteta, tim pre što je navedena odluka poništena odlukom Visokog saveta sudstva, uz obrazloženje da je ista nezakonita i da kao takva mora biti uklonjena iz pravnog prometa, kao i s obzirom na činjenicu da je, postupajući po nalogu Ustavnog suda RS, Visoki savet sudstva doneo odluku kojom je tužilju izabrao za sudiju... Kako ovaj sud zaključuje, ovakvom odlukom tužilji je naneta nematerijalna šteta u vidu povrede njenog ugleda i časti, zbog čega je ona trpela duševne bolove. Ovakav zaključak suda potkrepljuju i članci objavljeni u novinama... Kako je kod tužilje, usled ovakve odluke i kasnijih postupaka nadležnih organa i pojedinaca predstavnika državne vlasti, došlo do ozbiljnijeg poremećaja psihičke i emotivne ravnoteže, imajući u vidu da je ista obavljala dužnost sudije, te kao takav predstavlja ličnost visokih moralnih standarda, time je njen zahtev za naknadu nematerijalne štete opravdan.“²⁵ Međutim, Apelacioni sud u Nišu je ovu presudu ukinuo i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. U obrazloženju odluke Apelacionog suda navodi se: “ Sama činjenica da tužilja nije izabrana na sudijsku funkciju, odnosno da joj je dotadašnja funkcija prestala, a da je takva odluka kasnije poništena, ne vodi nužno zaključku da tužilja ima pravo na naknadu nematerijalne štete. Visoki savet sudstva doneo je odluku u vršenju službe, a ne u cilju ostvarivanja namere omalovažavanja... Nema izraza koji su odstupili od uobičajenog izražavanja, odnosno onih koji su bili zlonamerno upotrebljeni...Na kraju, objavljivanjem odluke o poništaju odluke o neizboru i izbor tužilje za sudiju, ostvarena je naturalna restitucija ali je i javnosti učinjeno dostupnim saznanje da su odluke o neizboru bile pravno pogrešne i činjenično bez osnova. Tako je ostvaren i odgovarajući vid satisfakcije i rehabilitacija.“²⁶

U cilju ujednačavanja prakse u predmetima za nakanadu štete razrešenih sudija i tužilaca, 17. maja 2013.godine održana je zajednička sednica građanskih odeljenja sva četiri Apelaciona suda u Republici Srbiji. Na sednici je usvojeno „konačno pravno shvatanje“.²⁷ Tom prilikom, zauzeti su stavovi i po pitanju

25 Presuda Osnovnog suda u Nišu, P1.br. 1931/13, od 11.12.2013. godine.

26 Presuda Apelacionog suda u Nišu, 1P.br. 5802/12, od 04.3.2013. godine. Ovaj postupak, do trenu tka predaje ovog rada u štampu, nije okončan.

27 Pravno shvatanje je objavljeno u Biltenu Apelacionog suda u Beogradu, br. 5/2013.

naknade materijalne i nematerijalne štete. Na ovom mestu, pažnju ćemo posvetiti samo delu koji se odnosi na pravo na naknadu nematerijalne štete razrešenih sudija i tužilaca. Po ovom shvatanju, iako je nesporno „da se u odlukama o prigovoru, pojedinim od neizabranih sudija, stavlja na teret da su nestručni, nesposobni ili nedostojni za vršenje sudijske funkcije i da ti po karakteru i vrednosti sudovi nisu potvrđeni u postupku kontrole tih pojedinačnih pravnih akata zbog pogrešne upotrebe kriterijuma i odsustva „jednakosti oružja“, ipak je zauzet stav da, po pravilu, nema povrede časti i ugleda u meri koja bi opravdavala naknadu štete samo zbog činjenice donošenja naznačenih odluka. Dva se razloga navode za to. Prvo, da su naznačeni iskazi upotrebljeni u odlukama donetim od strane nadležnih organa u proceduri izbora i odnose se na primenu kriterijuma. Zbog toga, navodi se dalje, kada nema činjeničnog osnova za izvedene stavove, niti za zaključao o zloupotrebi prava, ne može se izvesti razumno prihvatljiv stav da su ti sudovi u funkciji omalovažavanja drugog. Drugi razlog koji se navodi jeste da takva odluka, po pravilu, nije mogla da dovede ni do manjeg poštovanja neizabranog sudije u društvu, jer i ako je njen sadržaj izašao izvan okvira procedure s obzirom na javnost sudijske funkcije i objavljivanje odluka u sredstvima informisanja, on je dobio u određenom vidu pozitivnu rehabilitaciju (poništanjem tih odluka i objavljivanjem odluka istog organa o poništavanju). Istini za volju, navedeno shvatanje sadrži i jednu ogradu, izraženu na sledeći način: „...poštujući pravilo o individualitetu ovog vida nastanka štete u svakom konkretnom slučaju treba uzeti u obzir okolnosti i na osnovu njih vrednovati da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede časti i ugleda.“ Dakle, iako se ne isključuje u potpunosti pravo razrešenih sudija i tužilaca na naknadu nematerijalne štete (tačnije, ostavlja se veoma mala mogućnost), apelacioni sudovi, načelno, smatraju da za takvu naknadu nema mesta.

Slobodni smo da se, uvažavajući sve navedene argumente, ne složimo sa ovim mišljenjem. Pre svega, a polazeći od opštih principa o odgovornosti za štetu, smatramo da je irelevantno da li su izneti sudovi bili u funkciji omalovažavanja drugog i da je reč o pogrešnom zaključku organa i učenjenoj grešci u proceduri. Primera radi (kao što smo gore već naveli) i neosnovano lišenje slobode može da bude posledica greške u proceduri, ali to ne isključuje pravo na naknadu nematerijalne štete. Naročito se ne možemo složiti sa konstatacijom da takve odluke nisu mogle da dovedu do „manjeg poštovanja neizabranog sudije u društvu“, te da je poništajem i objavljivanjem tih odluka „dobijena pozitivna

rehabilitacija“. Smatramo da ovakvo shvatanje ne uvažava životnu realnost i društvene odnose. Razrešenje sa dužnosti (kao i otkaz), po prirodi stvari, kod okoline dovode do utiska da je to lice do toga dovelo svojim skrivljenim ponašanjem, a da su razrešenje (ili otkaz) normalna posledica otkrivanja od strane nadležnih. O poštovanju procedure javnost, osim, možda, stručne, ne vodi računa. Ovo naročito treba imati u vidu ako je od razrešenja (ili otkaza), pa do zvanične potvrde da je to rezultat greške proteklo dosta vremena (godina, ili više). Samim tim, duševni bolovi i strah trajali su duže i neminovno je, po našem mišljenju, da se u tom periodu trpi nematerijalna šteta u vidu duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda. Naravno, to treba procenjivati od slučaja do slučaja.

Osim toga, navedeno pravno shvatanje ne razmatra drugi oblik nematerijalne štete koji može nastati usled nezakonitog otkaza/razrešenja, a to je strah. Kao i kod nezakonitog otkaza, tako i kod razrešenja može se javiti strah zbog ugroženosti egzistencije usled gubitka prihoda. Mislimo da nije od velikog uticaja činjenica da su razrešene sudije i tužioci, dok se nije odlučilo o njihovom razrešenju, primali novčanu naknadu, s obzirom da je osećaj straha vezan za neizvesnost oko konačnog ishoda postupka.

5. Zaključna razmatranja

Nesporno je, u našoj pravnoj teoriji i praksi, da nezakoniti prestanak radnog odnosa, u određenim slučajevima, može da prouzrokuje duševne bolove zbog povrede časti i ugleda, kao i da izazove strah. Posebno je pitanje da li tako izazvani duševni bolovi i strah daju pravo oštećenom na novčanu naknadu nematerijalne štete ili ne. Odnosno, da li samo poništavanje odluke o prestanku radnog odnosa i vraćanje na rad (ili izbor u zvanje sudije) dovoljna satisfakcija, tako da nije opravdano dosuđivati i novčanu naknadu. Takođe, postavlja se i pitanje uticaja krivice poslodavca, tj. organa ili tela koje je donelo nezakonitu odluku na pravo na naknadu nematerijalne štete.

Mišljenja smo da u slučaju nezakonitog otkaza (neizbora, razrešenja) postoje slučajevi kada nematerijalna reparacija nije dovoljna da popravi stanje izazvano oštećujućom radnjom, već da je opravdano dosuđivanje i novčane naknade neimovinske štete. To, naravno, ne znači da ovo pravo sudovi treba da dosuđuju u svim slučajevima nezakonitog otkaza, već samo tamo gde je, prema okolnostima slučaja, to opravdano. Drugim rečima, pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete ne treba unapred isključiti, već je treba

priznavati onda kada to okolnosti slučaja opravdavaju. Takođe, i visina naknade mora biti u zavisnosti od okolnosti slučaja. Uostalom, pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u našem pravu priznaje se i licima neosnovano lišenim slobode ili neosnovano osuđenim (Škulić, 2010:119). Pogrešno bi, stoga, bilo *a priori* isključivati pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete u ovim slučajevima. Smatramo, takođe, da krivica štetnika, s obzirom na gore izloženo, ne može biti presudan argument za odlučivanje. Ovo naročito kada se radi o odgovornosti države, s obzirom da po našim propisima pravno lice odgovara za štetu koji njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija.²⁸

Literatura

Ališani, A. (2007), Nematerijalna šteta i njena naknada zbog povrede prava ličnosti, *Pravni život*, 11/2007, 881-899.

Auer, P., Cazes, S. (2003), Employment stability in an age of flexibility, International Labour Office, Geneva, 2003.

Blagojević, Krulj (1983). B. Blagojević, V. Krulj (ur), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd.

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. Živković, B. (2014), Neke novele Zakona o radu, Bilten Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, br. 4/2014.

Đukić, L, (2014), Disciplinski otkazni razlozi prema Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o radu, Bilten Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, br. 4/2014.

Jevtić, D. (1966), Sudska psihopatologija, Medicinska knjiga, Beograd/Zagreb.

Jovanović, P. (2013), Interesni sukobi i socijalna stabilnost u sferi radnih odnosa, Radno i socijalno pravo, XVII (1/2013), 35-56.

²⁸ Čl. 172. Zakona o obligacionim odnosima.

- Kadriu, O. (1997), Prestanak radnog odnosa i pravo na nematerijalnu štetu, *Pravni život*, 10/1997, 611-627.
- Kovačević, Lj. (2013), Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Milošević, Lj. (1963) Naknada neimovinske štete iz radnih odnosa, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4, 444-450.
- Paravina, D. R. (1996), Zloupotreba prava u oblasti radnih odnosa, Zloupotreba prava, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, 1996,176-184.
- Painter. W. R, K. Puttick, A. Holmes (2004), *Employment Rights*, Pluto Press, London.
- Petrović, M. (2011), Odgovornost države za štetu prouzrokovanu dopuštenim radnjama i pravnim aktima njenih službenika i organa, posebno zakonima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, LVII.
- Radišić, J. (1988) *Obligaciono pravo*, Savremena administracija, Beograd.
- Salma, J. (1997), Uzročnost-kao determinanta subjekata i obima odgovornosti za štetu, *Pravni život*, 10/1997, 529-544.
- Stanković, O. (1998) *Naknada štete*, Nomos, Beograd.
- 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.
- Čolić, B. (2005), Postupci zaštite prava zaposlenih pred sudovima i drugim organima, *Radno i socijalno pravo IX (1-6/2005)*, 285-314.
- Ćirić, Z. (2013), *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet u Nišu.
- Hepple, B. (1998), *Flexibility and Security of Employment*, u: Blanpain, R., Engels, C., (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998.
- Šemić, M. (1995), O nematerijalnoj šteti, *Pravni život*, 10/1995, 511-534. Škulić, M.(2010), Postupak za naknadu štete neosnovano osuđenim licima, *Pravni život*, 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-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.

Dr Nebojša Raičević,*
Vanredni profesor Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni članak

UDK: 341.233

Rad primljen: 05.10.2014.
Rad prihvaćen: 20.10.2014.

PREDLOZI ZA BUDUĆE REGULISANJE HUMANITARNE INTERVENCIJE**

Apstrakt: Humanitarnu intervenciju treba dodatno regulisati kako bi se razjasnile određene pravne nedoumice i otklonile teškoće u njenoj primeni u praksi. To buduće regulisanje humanitarne intervencije može se izvršiti na jedan od tri načina: usvajanjem posebnog međunarodnog ugovora, unošenjem amandmana u tekst Povelje UN ili faktičkom revizijom Povelje UN. U ovom momentu faktička revizija Povelje je najprihvatljiviji način za buduće regulisanje humanitarne intervencije. Kada su u pitanju supstancijalna pravila, pažnja mora biti fokusirana na odlučivanje o humanitarnoj intervenciji i uslove i kriterijume za njeno odobravanje i sprovođenje. Savet bezbednosti UN i dalje mora zadržati pravo odlučivanja o odobravanju humanitarne intervencije, s tim što se treba stvoriti i jedno nezavisno ekspertsko telo koje će mu pružati potrebnu pomoć. Ustanovljenje uslova i kriterijuma za preduzimanje humanitarne intervencije treba da ojača njen legitimitet i spreči eventualne zloupotrebe te ustanove.

Ključne reči: humanitarna intervencija, Organizacija ujedinjenih nacija, Savet bezbednosti, revizija Povelje UN, ljudska prava, upotreba oružane sile.

*raicko@prafak.ni.ac.rs

** Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. 179046, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj RS u projektom ciklusu 2011-2014.

1. Uvod

Humanitarna intervencija predstavlja jedan vid upotrebe sile u međunarodnim odnosima. Ona se može definisati kao *upotreba oružane sile od strane države (država) ili međunarodne organizacije protiv neke države bez njene saglasnosti, radi sprečavanja ili zaustavljanja ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava kojim su izloženi građani države protiv koje se interveniše.*

S obzirom na to da li za humanitarnu intervenciju postoji odobrenje Organizacije ujedinjenih nacija ili ne, možemo razlikovati unilateralnu (jednostranu) i odobrenu humanitarnu intervenciju. Unilateralna humanitarna intervencija je intervencija radi zaštite ljudskih prava koja se preduzima bez odobrenja Saveta bezbednosti (eventualno Generalne skupštine) OUN-a.¹ Nasuprot unilateralnoj humanitarnoj intervenciji, svaka ona intervencija za koju postoji odobrenje relevantnih organa OUN-a, bilo da je sprovedena od strane same OUN, drugih međunarodnih organizacija ili država, smatra se odobrenom humanitarnom intervencijom.²

Pošto se kod unilateralne humanitarne intervencije oružana sila primenjuje bez odobrenja Saveta bezbednosti, ona predstavlja akt protivan važećem međunarodnom pravu. Usled toga, takvu intervenciju treba eliminisati sa međunarodne scene, a u slučaju ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava pribegavati samo odobroj humanitarnoj intervenciji. Legalnost odobrene humanitarne intervencije načelno se ne dovodi u pitanje. Ukoliko u nekoj državi postoji kršenje ljudskih prava koje ugrožava međunarodni mir i bezbednost, nema smetnji da Savet bezbednosti na osnovu čl. 39 i 42 Povelje UN odobri upotrebu vojne sile radi otklanjanja takvog stanja (Raičević, 2008: 45–62).

Iako se i prema vežećem međunarodnom pravu (*de lege lata*) ne može osporiti legalnost odobrene humanitarne intervencije, tu ustanovu bi trebalo dodatno regulisati, kako bi se razjasnile određene pravne nedoumice i otklonile teškoće u njenoj primeni. U ovom radu upravo su dati predlozi kako bi trebalo urediti humanitarnu intervenciju *de lege ferenda*. Treba naglasiti da se u radu

1 Nakon Drugog svetskog rata preduzet je veći broj unilateralnih h umanitarnih intervencija, i to: Indije u Istočnom Pakistanu (1971), Vijetnama u Kambodži (1978), Tanzanije u Ugandi (1979), koalicionih snaga u Iraku (1991/92) i NATO-a u SR Jugoslaviji (1999).

2 Na osnovu odobrenja Saveta bezbednosti UN sprovedene su intervencije radi zaštite ljudskih prava u sledećim državama: Soma liji (1992–1994), Bosni i Hercegovini (1992–1995), Ruandi (1994) i Libiji (2011).

razmatra jedino buduće regulisanje odobrene humanitarne intervencije, a ne i unilateralne humanitarne intervencije. Mišljenja smo da tu intervenciju ne treba regulisati, već je potpuno eliminisati iz međunarodnih odnosa. Unilateralna upotreba sile, sasvim opravdano, stavljena je Poveljom UN van prava (osim u slučaju samoodbrane) i zamenjena kolektivnim sistemom bezbednosti, te je stoga ne treba ponovo vraćati na svetsku scenu, makar to bilo i u formi humanitarne intervencije.

U prvom delu rada analiziraju se postupci koji mogu biti primenjeni za buduće regulisanje humanitarne intervencije. Konkretno, razmatraju se sledeće procedure: usvajanje posebnog međunarodnog ugovora koji će regulisati humanitarnu intervenciju, unošenje novih pravila o humanitarnoj intervenciji u tekst Povelje UN i faktička revizija Povelje UN.

U drugom delu rada pažnja je usmerena na moguća supstancijalna rešenja za buduće regulisanje humanitarne intervencije. Najpre se razmatra na koji način unaprediti postupak odlučivanja o odobravanju humanitarne intervencije jer je dosadašnja praksa pokazala da je Savet bezbednosti, zbog nemogućnosti postizanja konsenzusa stalnih članica, više puta ostao pasivan i u situacijama kada je postojalo očigledno kršenje ljudskih prava. Nakon toga predlažu se i određeni uslovi i kriterijumi za odobravanje i sprovođenje humanitarne intervencije, u cilju otklanjanja neujednačenog postupanja Saveta bezbednosti i umanjenja mogućnosti zloupotrebe humanitarne intervencije.

2. Forma regulisanja

U osnovi, buduće regulisanje humanitarne intervencije može se ostvariti na jedan od tri načina. Prvi mogući način regulisanja podrazumeva zaključenje posebnog međunarodnog ugovora posvećenog humanitarnoj intervenciji. Drugi put regulisanja humanitarne intervencije jeste formalna izmena Povelje UN, dok je treći faktička revizija Povelje.

2.1. Zaključenje posebnog međunarodnog ugovora

Buduće regulisanje humanitarne intervencije moguće je izvršiti zaključenjem posebnog međunarodnog ugovora. Ukoliko države budu voljne da preciziraju kada i na koji način OUN treba da odobri humanitarnu intervenciju i odrede način njenog sprovođenja, one mogu otpočeti pregovore za zaključenje ugovora koji bi regulisao tu problematiku.

Najbolje je da zaključenje jednog takvog ugovora bude sprovedeno pod okriljem OUN.

Pravno gledano, zaključenje međunarodnog ugovora o regulisanju humanitarne intervencije ne bi bilo u suprotnosti sa Poveljom UN, pod uslovom da buduća rešenja tog ugovora budu u okvirima Povelje UN. Imajući u vidu čl. 103 Povelje,³ novi ugovor ne bi mogao sadržati odredbe koje bi protivrečile konstitutivnom aktu OUN. Dakle, rešenja sadržana u budućem ugovoru mogla bi samo precizirati pojedine odredbe Povelje UN, bez njihovog menjanja. Zbog toga bi ovaj način, za razliku od ostala dva (formalna ili faktička revizija Povelje UN), imao ograničen domašaj. Ovakav način regulisanja otvorio bi i problem položaja država članica OUN-a koje ne ratifikuju međunarodni ugovor o humanitarnoj intervenciji. Zbog svega toga, ova opcija budućeg regulisanja humanitarne intervencije je najmanje poželjna.

2.2. Formalna izmena Povelje UN

Drugi mogući način za regulisanje humanitarne intervencije jeste formalna izmena Povelje UN. Primenom tog načina tekst Povelje bi bio izmenjen unošenjem dodatnih pravila o humanitarnoj intervenciji.

Povelja UN, kao i većina međunarodnih ugovora, propisuje način svoje formalne izmene, i to u glavi XVIII (čl. 108 i 109). U zavisnosti od obima i značaja izmena, Povelja predviđa dva postupka. U čl. 108 propisana je procedura za manje važne izmene Povelje, tzv. amandmanski postupak. Inicijativu za takvu izmenu može dati bilo koja država članica najmanje 60 dana pre zasedanja Generalne skupštine. Prema ovom članu, izmene i dopune Povelje stupaju na snagu „kad budu izglasane od strane dve trećine članova Generalne skupštine i ratifikovane saglasno njihovim ustavnim postupcima od strane dve trećine članova Ujedinjenih nacija, uključujući tu i sve stalne članove Saveta bezbednosti“.

Čl. 109 reguliše postupak kojim se vrše bitne izmene Povelje, te je on stoga i složeniji od amandmanskog postupka. Složenost ove procedure ogleda se u posebnoj inicijativnoj proceduri za izmenu Povelje. Za razliku od amandmanskog postupka gde je dovoljna inicijativa i samo jedne države, u ovom slučaju potreban je pristanak najmanje devet članova Saveta bezbednosti⁴ i dve trećine članova Generalne skupštine. Ukoliko se u oba ova

3 Čl. 103 Povelje UN glasi: „U slučaju sukoba između obaveza članica Ujedinjenih nacija po ovoj Povelji i njihovih obaveza po nekom drugom međunarodnom sporazumu, prevagu će imati njihove obaveze po ovoj Povelji“.

4 Članom 109 predviđeno je da to mogu biti bilo kojih devet članova Saveta bezbednosti, pa samim tim stalne članice u ovoj fazi nemaju pravo veta.

organa postigne pomenuta većina, onda se održava generalna konferencija UN na kojoj se odlučuje o izmeni Povelje. Uslovi za stupanje izmena Povelje na snagu isti su kao i kod amandmanskog postupka.

Može se videti da kod oba ova postupka svaka stalna članica Saveta bezbednosti odbijanjem ratifikacije izglasanih izmena može onemogućavati njihovo stupanje na snagu, makar te izmene ratifikovale sve ostale članice UN. Na taj način stalne članice imaju neku vrstu *de facto* veta, što im omogućava da spreče bilo kakvu izmenu Povelje. Postupak izmene dodatno otežava i način određivanja većine kod glasanja o tom pitanju. Za razliku od čl. 18 Povelje koji propisuje da se odluke o važnim pitanjima u Generalnoj skupštini donose dvotrećinskom većinom prisutnih država članica (relativna većina), čl. 108 i 109 zahteva da za izmenu Povelje glasa dve trećine od ukupnog broja država članica (apsolutna većina).

Postoji više pobornika ovog načina budućeg regulisanja humanitarne intervencije. Jedan od njih je Nezavisna međunarodna komisija za Kosovo. Ona smatra da je unilateralna humanitarna intervencija nelegalna ali legitimna, i predlaže trofaznu proceduru kako bi se taj nesklad između legaliteta i legitimiteta otklonio. Prvi korak bi bio predlaganje okvirnih principa za utvrđivanje uslova koji treba da budu ispunjeni da bi humanitarna intervencija bila odobrena, drugi, formalno usvajanje tog okvira od strane Generalne skupštine u formi Deklaracije o pravu i dužnosti na humanitarnu intervenciju, i poslednji, izmena Povelje u cilju inkorporisanja tih novina (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 187).⁵ I Ajub (*Ayoob*) se zalaže za reviziju Povelje kao način budućeg regulisanja humanitarne intervencije (Ayoob, 2002: 95–96), a Kartaškin (*Kartashkin*) čak predlaže da se prilikom buduće revizije Povelje UN u ovaj ugovor unese posebna glava o ljudskim pravima kako bi se ustanovila što efikasnija zaštita ljudskih prava od strane organa UN, misleći tu pre svega na zaštitu koju će pružati Savet bezbednosti (Kartashkin, 1991: 209).

Inkorporisanje odredbi o humanitarnoj intervenciji u Povelju UN neće biti ostvareno ni brzo, ni jednostavno. S obzirom na to da će takva izmena direktno pogoditi širok krug država, ne treba očekivati lako postizanje dvotrećinske većine, konkretno danas, ubediti 129 od 193 države da glasaju za tu izmenu i da je potom ratifikuju. Male države, plašeći se erodiranja svog suvereniteta, protive se humanitarnoj intervenciji, pa i onoj koju bi odobravalala OUN. Neke od

5 Nezavisna međunarodna komisija za Kosovo ima još jednu alternativu, o kojoj će kasnije biti reči.

manjih država u humanitarnoj intervenciji vide „trojanskog konja“ kojeg velike sile mogu zloupotrebiti i sprovesti oružanu akciju onda kada imaju politički ili ekonomski interes za takvu intervenciju. Možda je još veći problem pridobiti podršku svih pet stalnih članica Saveta bezbednosti za takvu izmenu. Njima svakako više odgovara postojeće stanje koje im daje veliku moć diskrecionog postupanja. Svako dalje preciziranje uslova za preduzimanje humanitarne intervencije i njihovo eventualno uprošćavanje njima ne bi odgovaralo. Kako Nezavisna međunarodna komisija za Kosovo ističe, neke velike države imaju uzdržan stav prema „pomeranju humanitarne intervencije iz domena *ad hoc* diplomatije, zbog straha da će pojavom humanitarne katastrofe, nastati i obaveza intervenisanja radi sprečavanja ili ublažavanja krize“. Njima više odgovara postojeće stanje jer te države ne žele da prihvate dužnost humanitarne intervencije, osim onda i tamo gde njima to odgovara (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 191).

2.3. Faktička revizija Povelje UN

Pored unošenja formalnih amandmana u Povelju, postoji još jedan put za bliže regulisanje humanitarne intervencije. U pitanju je faktička revizija, gde se sam tekst Povelje ne menja, već se ekstenzivnim tumačenjem njenim pojedinim odredbama daje drugačije značenje koje putem rezolucije dobija karakter autentičnosti (Janković, Radivojević, 2014: 182).

Po uzoru na Rezoluciju ujedinjeni za mir, neki predlažu donošenje rezolucije ujedinjeni protiv genocida, odnosno zločina protiv čovečnosti koja bi Generalnoj skupštini UN dala ovlašćenje da u slučaju masovnog kršenja ljudskih prava donese odluku o intervenciji (Wheeler, 2001: 564, Clarke, 2001: 8).

Nezavisna međunarodna komisija za Kosovo, kao manje poželjnu alternativu formalnoj izmeni Povelje, predlaže da Generalna skupština usvoji Deklaraciju o pravu i dužnosti na humanitarnu intervenciju koja bi pomogla Savetu bezbednosti da na bazi nje izgradi novi pristup humanitarnoj intervenciji. Kako Komisija ističe, to bi bila „mekša“ opcija u regulisanju humanitarne intervencije (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 190, 197).

Fenvik (*Fenwick*) predlaže usvajanje rezolucije, bilo od strane Generalne skupštine UN ili Saveta bezbednosti, kojom bi se bliže regulisala pojedina pitanja vezana za humanitarnu intervenciju (Fenwick, 1973:340–374). Takođe, Panel za pretnje, izazove i promene (UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004: para. 208) i Marfi (*Murphy*) smatraju da se rezolucijom

Saveta bezbednosti ili Generalne skupštine mogu predvideti određeni principi koji će biti od značaja prilikom odlučivanja o humanitarnoj intervenciji (Murphy, 1996: 322).

Neki pak predlažu još neformalnije načine koji će dovesti do izmena Povelje neophodnih za buduće regulisanje humanitarne intervencije. Tako, Henkin (*Henkin*) smatra da intervencija NATO-a u SR Jugoslaviji može podstaći izmenu međunarodnog prava u pogledu razvoja „forme kolektivne intervencije“ izvan domašaja prava veta u Savetu bezbednosti. Takva izmena može biti postignuta i bez formalne revizije Povelje (koju je teško ostvariti) i to putem „džentlenskog sporazuma“ između stalnih članova Saveta bezbednosti ili njihovim razboritim samoograničavanjem i uzdržavanjem (Henkin, 1999: 828, Franck, 2006: 609).

3. Supstancijalna pravila

Najvažnija pitanja koja u vezi sa humanitarnom intervencijom treba urediti jesu organi i način odlučivanja o odobravanju humanitarne intervencije, kao i uslovi i kriterijumi za njeno preduzimanje i sprovođenje.

3.1. Odlučivanje o odobravanju humanitarne intervencije

Kad je u pitanju odlučivanje o odobravanju humanitarne intervencije, predlažu se dva rešenja. Prema prvom, to odlučivanje i dalje treba da ostane isključivo u rukama postojećih organa OUN-a, dok se po drugom rešenju predlaže ustanovljenje novih organa koji bi imali značajnu ulogu u tom odlučivanju.

Pristalice prvog rešenja su brojnije. Oni smatraju da Savet bezbednosti i dalje treba da odobrava humanitarne intervencije, ali predlažu značajne novine koje će doprineti unapređenju postupka odlučivanja. Tom prilikom neki predlozi su apstraktne prirode, dok drugi nude vrlo konkretna rešenja.

Nezavisna međunarodna komisija za Kosovo predlaže izmenu šireg konteksta Povelje kako bi se zaštitili ljudskih prava u OUN-u dao veći značaj, a samim tim stvorile i pretpostavke za lakše odlučivanje u Savetu bezbednosti u slučaju ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava. Komisija, najpre, predlaže da se u čl. 1, st. 1 unese i referenca o poštovanju ljudskih prava, tako da prvi cilj UN bude „očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti i poštovanje ljudskih prava ...“. U članu 24 koji govori o zadacima i ovlašćenjima Saveta bezbednosti, u st. 1, predloženo je dodavanje izraza „i poštovanje osnovnih ljudskih prava“ tako da

čl. 24(1) glasi: „Da bi osigurali brzo i uspešno postupanje Ujedinjenih nacija, njihove članice poveravaju Savetu bezbednosti primarnu odgovornost za održanje međunarodnog mira i bezbednosti i poštovanje ljudskih prava, i saglasni su da Savet bezbednosti pri vršenju svojih dužnosti na osnovu ove odgovornosti postupa u njihovo ime“. Na kraju, predložena je i izmena čl. 39 u kojem, takođe, treba umetnuti referencu o poštovanju ljudskih prava, tako da taj član glasi: „Savet bezbednosti utvrđuje da li postoji bilo koja pretnja miru, narušavanje mira, akt agresije ili ozbiljno kršenje ljudskih prava i daje preporuke ili odlučuje kakve će se mere preduzeti, u skladu sa članovima 41 i 42, da bi se sačuvali ili ponovo uspostavili međunarodni mir i bezbednost i poštovanje ljudskih prava“.

Ovakvo formulisane odredbe dale bi Savetu bezbednosti mogućnost da se direktno pozove na kršenje ljudskih prava kao razlog za odobravanje privremenih i prinudnih mera. Time bi ovaj organ izgubio potrebu da prilikom odlučivanja o humanitarnoj intervenciji rasteže realnost i svaki put se poziva na „pretnju međunarodnom miru“. Istovremeno, pri postojanju ovakvih pravila Savet bezbednosti bi mnogo teže mogao ostati po strani i ne činiti ništa u slučaju ozbiljnih kršenja ljudskih prava (Independent International Commission on Kosovo, 2000: 196–197).

Za razliku od ovih predloga koji se odnose na širi kontekst odlučivanja, neki nude i konkretna rešenja koja Savetu bezbednosti treba da olakšaju odobravanje humanitarne intervencije.

Bivši francuski ministar inostranih poslova je istakao da bi stalni članovi Saveta bezbednosti trebali da se obavežu da neće koristiti svoje pravo veta radi sprečavanja intervencija koje predstavljaju odgovor na humanitarne krize.⁶ Štromset (*Stromseth*) predlaže da Francuska učini jednostranu deklaraciju u tom pogledu, što bi izvršilo značajan politički pritisak na ostale stalne članove da se makar uzdrže od upotrebe veta kod budućeg odlučivanja o situacijama u kojima postoji masovno kršenje ljudskih prava (Stromseth, 2003: 265). Sličan predlog daje i Međunarodna komisija za intervenciju i suverenost država, koja smatra da pet stalnih članova Saveta bezbednosti treba da stvore „kodeks ponašanja“ o upotrebi veta kod odlučivanja o intervenciji radi zaštite ljudskih prava. Tim kodeksom, stalni članovi treba da se obavežu da u pitanjima koja ne pogađaju njihove vitalne nacionalne interese neće koristiti veto ukoliko bi ono sprečilo usvajanje odluke za koju postoji potrebna većina. To bi, zapravo,

⁶ Intervju sa francuskim ministrom spoljnih poslova Iberom Vedrinom (*Hubert Védrine*), jul 2001; navedeno prema (Stromseth, 2003: 265).

predstavljalo njihovo „konstruktivno uzdržavanje“ (International Commission on Intervention and State Sovereignty, 2001: 51).⁷

Ukoliko Savet bezbednosti i dalje ostane telo koje će imati krajnju odgovornost za odlučivanje o humanitarnim intervencijama, Harhoff (*Harhoff*) smatra da treba poboljšati njegovu sposobnost delovanja. U tom cilju, on predlaže preduzimanje jedne od sledećih mera (alternativno): a) zahtevanje najmanje dva negativna glasa stalnih članica Saveta bezbednosti kako bi se sprečilo usvajanje odluke o preduzimanju humanitarne intervencije; b) iznošenje na dnevni red „negativne“ rezolucije u kojoj se ističe da ne postoji krizna situacija koja zahteva međunarodnu prinudnu akciju; v) zahtevanje od stalnih članica da iznesu detaljne razloge zbog kojih su upotrebili veto na odluku o humanitarnoj intervenciji; g) ograničavanje prava veta samo na slučajeve u kojima je humanitarna intervencija predložena protiv stalnog člana Saveta bezbednosti. Pored ovoga, on predlaže i upotrebu specijalnih izvestilaca i anketnih komisija u cilju ranog upozorenja, kako bi Savet bezbednosti na vreme bio upoznat sa situacijama koje mogu dovesti do ozbiljnog kršenja ljudskih prava (*Harhoff*, 2001: 109-110).⁸

Zanimljiv predlog izneo je bivši ambasador Španije pri UN, smatrajući da bi u slučaju neslaganja jednog stalnog člana sa odobravanjem humanitarne intervencije preostala četiri stalna člana (tj. 4/5-ska većina) mogla proglasiti ništavim veto tog stalnog člana. Potom bi Savet bezbednosti uzeo to pitanje u „drugo razmatranje“, pri čemu bi donošenje odluke bilo sprečeno jedino ukoliko dva stalna člana upotrebe veto (*Arias*, 2000: 1026).⁹

⁷ Komisija uočava značajan politički problem koji nastaje usled nedoslednosti velikih država u svom ponašanju i poštovanju Povelje UN. Države koje insistiraju na očuvanju stalnog članstva u Savetu bezbednosti, i time zadržavanju prava veta, u teškom su položaju kada zahtevaju mogućnost da deluju izvan okvira UN, zbog toga što je Savet paralisiran upotrebom veta druge stalne članice. Drugim rečima, onaj ko insistira na poštovanju postojećih pravila igre, zahteva odbacivanje svakog ishoda kada je meč odigran po tim istim pravilima; (*International Commission on Intervention and State Sovereignty*, 2001: 51). I Henkin smatra da humanitarna intervencija treba da bude izvan domašaja prava veta u Savetu bezbednosti; (*Henkin*, 1999; 828).

⁸ Među tim, ima i onih koji smataju da je Savet bezbednosti danas dovoljno reprezentativno telo i da nema razloga da njegov sastav bude menjan. Tako Lilić (*Lillich*) ističe da su se države članice prilikom ratifikacije Povelje složile sa kompozicijom Saveta bezbednosti. Pored toga, iako 15 članica Saveta bezbednosti predstavljalo samo 8% od tadašnjih 185 država članica UN, njihovo stanovništvo čini oko dve milijarde ljudi, što aproksimativno predstavlja 38% svetske populacije; (*Lillich*, 1994: 15).

⁹ Španski ambasador navodi da postoji nekoliko pristalica ovakvog predloga, među kojima je i bivši generalni sekretar UN, Kofi Anan.

Ima i onih koji se zalažu da Savet bezbednosti zadrži primarnu nadležnost za odlučivanje o preduzimanju humanitarnih intervencija, ali predlažu da u slučaju njegove blokade to ovlašćenje pređe na Generalnu skupštinu, a u hitnim situacijama na Generalnog sekretara UN (Kirwan, 2013: 59–61).

Za slučaj da se ne stvori novi organ (Humanitarni savet) koji bi odlučivao o preduzimanju humanitarne intervencije i Savet bezbednosti nastavi da bude forum koji odlučuje o humanitarnoj intervenciji, Ajub predlaže da njegovo članstvo bude prošireno i geografski pravičnije raspodeljeno. Pored toga, on smatra da prilikom odlučivanja o humanitarnoj intervenciji, stalne članice se moraju odreći prava veta (Ayoob, 2001: 228–229). Slično tome, i Galant (*Gallant*) predlaže proširenje sastava Saveta bezbednosti koje bi zemljama u razvoju dalo veći uticaj u svetskim zbivanjima. I on smatra da ozbiljno treba razmotriti ograničavanje prava veta, jer veto predstavlja osnovni razlog nesposobnosti UN da dosledno sprovede međunarodno pravo i standarde ljudskih prava (Gallant, 1992: 914–918).

Pristalice drugog rešenja smatraju da postojeća struktura organa UN ne može obezbediti pravovremeno i nepristrasno donošenje odluke o preduzimanju humanitarne intervencije. Zbog toga predlažu ustanovljenje nekih novih organa koji bi preuzeli značajan deo odgovornosti prilikom odlučivanja o tom pitanju. Pri tome, neki zagovaraju ustanovljenje posebnog nezavisnog tela koje bi samo ukazivalo na potrebu odobravanja humanitarne intervencije, dok bi konačnu odluku o tome i dalje donosio Savet bezbednosti. Drugi pak smatraju da odlučivanje o humanitarnoj intervenciji treba izmestiti iz Saveta bezbednosti i preneti ga na posebno specijalizovano telo.

Kao primer za prvu inicijativu možemo navesti predlog da se formira nezavisna humanitarna komisija koja bi imala zadatak da prati potencijalne humanitarne katastrofe i da posredstvom generalnog sekretara UN na njih skrene pažnju Savetu bezbednosti. Iako takva inicijativa neće garantovati preduzimanje humanitarne intervencije, Savet bezbednosti, a naročito njegovi stalni članovi, naći će se u neprilici i teškoćama ako ostanu ravnodušni prema masovnom kršenju ljudskih prava. U situaciji kada ih na preduzimanje humanitarne intervencije poziva nezavisno humanitarno telo, oni će makar morati da javno iznesu opravdanje svog uzdržavanja (Weiss, Chopra, 1995: 107). Ovde se može svrstati i predlog za stvaranje posebne agencije UN sa zadatkom da ispita da li postoji kršenje ljudskih prava koje opravdava preduzimanje humanitarne

intervencije i o tome izvesti Savet bezbednosti i Generalnu skupštinu UN. Izveštaj o postojanju takvih kršenja prava u nekoj državi doveo bi do snažanog pritiska javnog mnjenja i Generalne skupštine na Savet bezbednosti da odobri humanitarnu intervenciju (O'Donnell, 2014: 586–587).

Druga inicijativa je radikalnija jer njeni protagonisti predlažu stvaranje posebnih tela koja bi u domenu humanitarne intervencije preuzela nadležnost Saveta bezbednosti. Još 1972. godine Međunarodna komisija pravnika je predložila Komisiji UN za ljudska prava da pronade telo koje će biti sposobno da održi hitne sednice radi postupanja u situacijama kada postoji samovoljno uništavanje ljudskih života u masovnim razmerama ili bliska pretnja da će se to desiti (International Commission of Jurists, 1972: 86). Međutim, pošto je ta inicijativa data u periodu hladnog rata i u vreme kada mnoge države zaštitu ljudskih prava nisu smatrale prioritetnim pitanjem, ona nije privukla veću pažnju u UN. Početkom XXI veka ta ideja je našla svoje pristalice u doktrini međunarodnog prava, s tim što je ona sada i konkretizovana. Ajub smatra da zbog svojih opštih slabosti, mehanizam predviđen glavom VII Povelje nije dobar za odlučivanje o humanitarnoj intervenciji. Odluka o preduzimanju intervencije mora biti izuzeta iz nadležnosti Saveta bezbednosti i preneti na novostvoreni organ – Humanitarni savet u koji će ulaziti širi krug država sa adekvatnom zastupljenošću svih regiona. Humanitarni savet treba biti sastavljen od najmanje 50 država, što predstavlja otprilike $\frac{1}{4}$ ukupnog članstva UN. Odluka o preduzimanju humanitarne intervencije mora biti doneta najmanje $\frac{3}{4}$ -skom većinom ukupnog broja članova tog novog organa, bez mogućnosti ulaganja veta od bilo koje države. Na taj način odlučivanje o preduzimanju humanitarne intervencije biće preneto na jedan širi i reprezentativniji organ, što će odluci obezbediti veći legitimitet i kredibilitet (Ayoob, 2002: 95–96).¹⁰

Prilikom predlaganja mera za unapređenje odlučivanja o preduzimanju humanitarne intervencije treba se držati realnosti i ponuditi rešenja koja mogu biti usvojena. Teško je očekivati da će se stalne članice Saveta bezbednosti odreći prava da odlučuju o humanitarnoj

¹⁰ Među tim, postoje protivljenja ideji stvaranja novog organa poput Humanitarnog saveta. Čimni (Chimni) se slaže da je mogućnost selektivnosti i zloupotrebe ovlašćenja Saveta bezbednosti realna, ali da rešenje ne treba tražiti u formiranju Humanitarnog saveta, već u većoj demokratizaciji i transparentnosti funkcionisanja Saveta bezbednosti. Demokratizacija ovog organa obezbediće da njegove odluke odražavaju širi konsenzus u međunarodnoj zajednici. Pored toga, zbog složenosti procedure za izmenu Povelje UN, Čimni pretpostavlja da će ustanovljenje Humanitarnog saveta biti teško ostvarivo (Chimni, 2002: 105, 111).

intervenciji, prepuštajući to ovlašćenje nekom drugom telu. Zbog toga treba ustanoviti neko nezavisno telo koje bi svojim autoritetom uticalo na Savet bezbednosti prilikom odlučivanja o odobravanju humanitarne intervencije. Naravno, nije isključeno da neki predlozi koji danas nisu realna opcija, u budućnosti budu prihvaćeni.

Imajući u vidu napred rečeno, budućom revizijom Povelje UN trebalo bi stvoriti Humanitarni savet UN sastavljen od vrsnih stručnjaka za ljudska prava sa visokim moralnim kvalitetima. Članove tog tela, čiji bi sastav bio dovoljno reprezentativan, birala bi Generalna skupština, a njegov zadatak bio bi da kvalifikovanom većinom utvrde da li u nekoj zemlji postoji ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava i o tome obavesti Savet bezbednosti. Krajnju odluku o preduzimanju humanitarne intervencije i dalje bi zadržao Savet bezbednosti jer bi svaka intervencija bez njegove saglasnosti bila teško sprovodiva i predstavljala bi veliku opasnost po globalni mir. Ukoliko ne bi odobrio humanitarnu intervenciju onda kada je Humanitarni savet neku situaciju okvalifikovao kao ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava, Savet bezbednosti bi morao obrazložiti takav svoj postupak. Prema ovom konceptu, Savet bezbednosti bi imao pravo da odobri humanitarnu intervenciju i onda kada Humanitarni savet u nekoj situaciji nije ocenio da postoji ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava. Na ovaj način, ovlašćenja Saveta bezbednosti iz glave VII Povelje uopšte ne bi bila okrnjena, a postupak odlučivanja bio bi kvalitativno unapređen.

3.2. Uslovi i kriterijumi za preduzimanje i sprovođenje humanitarne intervencije

Ustanovljenje uslova i kriterijuma za preduzimanje i sprovođenje humanitarne intervencije treba da doprinese jačanju legitimnosti te intervencije i spreči njene eventualne zloupotrebe. U zvaničnim dokumentima i literaturi nailazi se na različite predloge uslova i kriterijuma vezanih za humanitarnu intervenciju.

Panel za pretnje, izazove i promene ističe da Savet bezbednosti prilikom odobravanja i sprovođenja humanitarne intervencije mora imati u vidu sledeće činioce: a) ozbiljnost pretnje međunarodnom miru i bezbednosti; b) primarni cilj intervencije mora biti zaustavljanje te pretnje; v) vojna akcija mora biti upotrebljena kao poslednje sredstvo; g) upotrebljena sila mora biti proporcionalna postojećoj pretnji; i d) izbalansiranost posledica, tj. da posledice akcije ne budu teže od posledica nedelovanja (UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004: para. 207).

Henkin navodi da treba precizirati koja to kršenja ljudskih prava opravdavaju preduzimanje humanitarne intervencije, kao i da pre preduzimanja humanitarne intervencije treba iscrpiti sva sredstva koja ne uključuju upotrebu sile. Prilikom sprovođenja humanitarne intervencije mora se voditi računa da ona ima minimalni uticaj na teritorijalni integritet i političku nezavisnost države u kojoj se interveniše, uz potpuno poštovanje principa nužnosti i proporcionalnosti (Henkin, 1993: 402). Marfi ponavlja neke od napred navedenih kriterijuma, ali dodaje i dva nova, i to: a) snage koje su intervenisale moraju se povući što je pre moguće nakon ostvarenja cilja intervencije, a ako je nužno njihovo duže prisustvo onda te snage moraju biti pod komandom i kontrolom UN; i b) intervencija može uticati na vladajuću strukturu države samo ako je to neophodno radi obezbeđivanja trajnog mira (Murphy, 1996: 322–323). Treba dodati da neki internacionalisti insistiraju da humanitarna intervencija bude sprovedena od strane oružanih snaga pod komandom Saveta bezbednosti, jer bi prepuštanje komande državi (grupi država) narušilo legitimitet humanitarne intervencije (Payandeh, 2012: 398–400).

Prilikom budućeg regulisanja humanitarne intervencije svakako treba ustanoviti određene uslove i kriterijume jer će to olakšati delovanje Humanitarnog saveta i Saveta bezbednosti UN. Neki od tih kriterijuma bi istovremeno bili garant da teritorijalni integritet i politička nezavisnost država neće biti nepotrebno narušeni.

Prema našem mišljenju, budući akt kojim će se bliže regulisati humanitarna intervencija mora sadržati sledeće uslove i kriterijume: (a) humanitarna intervencija se može preduzeti samo u slučaju ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava; (b) intervencija se može preduzeti samo ako vlada nije u mogućnosti ili nije voljna da spreči kršenje ljudskih prava na svojoj teritoriji; (v) intervencija mora biti upotrebljena kao poslednje sredstvo, tj. prethodno moraju biti iscrpljeni svi diplomatski napori usmereni na zaustavljanje kršenja ljudskih prava; (g) uvek kada je to moguće, snage koje preduzimaju intervenciju treba da budu pod komandom UN; (d) upotrebljena sila mora biti proporcionalna postojećoj pretnji; (đ) prilikom intervencije moraju se striktno poštovati pravila međunarodnog humanitarnog prava; (e) intervencijom se ne sme ugroziti teritorijalni integritet države protiv koje se interveniše, tj. njene državne granice ne smeju biti menjane; (ž) intervencija ne sme uticati na političku nezavisnost države promenom vladajuće strukture, osim ustanovljenja vojnih ili civilnih misija UN, kada je to neophodno radi obezbeđivanja budućeg poštovanja ljudskih prava; i (z) nakon ostvarenja cilja intervencije, snage koje su intervenisale moraju se povući što je pre moguće.

4. Zaključak

Odobrena humanitarna intervencija ima pravno utemeljenje u važećem međunarodnom pravu, što nije slučaj sa unilateralnom humanitarnom intervencijom. Unilateralna upotreba sile stavljena je Poveljom UN van prava (osim u slučaju samoodbrane) i zamenjena kolektivnim sistemom bezbednosti, te je ne treba ponovo vraćati na svetsku scenu, makar to bilo i u formi humanitarne intervencije. Zato u budućnosti treba pravno urediti samo humanitarnu intervenciju koja se sprovodi po odobrenju Saveta bezbednosti UN, a unilateralnu humanitarnu intervenciju tretirati kao kršenje međunarodnog prava.

Svakako da je najbolji način za buduće uređenje humanitarne intervencije formalna izmena Povelje UN. Međutim, pošto je taj postupak složen i zahteva pristanak svih pet stalnih članica Saveta bezbednosti, humanitarna intervencija bi, za početak, mogla biti regulisana neformalnim putem, tzv. faktičkom revizijom Povelje. Ta revizija Povelje mogla bi se izvršiti usvajanjem posebne rezolucije u Generalnoj skupštini UN kojom bi mehanizam iz glave VII Povelje bio konkretizovan i prilagođen potrebama humanitarne intervencije.

Tom rezolucijom treba regulisati veći broj pitanja. Najpre, Savetu bezbednosti treba eksplicitno priznati ovlašćenje da u slučaju ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava odobri humanitarnu intervenciju (ta norma bi imala samo deklarativni karakter). Pored toga, treba stvoriti i jedno nezavisno ekspertsko telo (na primer, Humanitarni savet UN) čiji bi zadatak bio da kvalifikovano većinom utvrđuje kada u nekoj zemlji postoji ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava i o tome obaveštava Savet bezbednosti. Krajnju odluku o preduzimanju humanitarne intervencije i dalje mora zadržati Savet bezbednosti, jer bi svako drugo rešenje bilo opasno. Intervencija preduzeta bez odobrenja tog organa mogla bi imati pogubnije posledice od onih koje bi nastale ukoliko bi intervencija izostala. Ocena nepristrasnog ekspertskeg tela da u nekoj državi postoji ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava predstavljala bi neku vrstu pritiska na Savet bezbednosti da u toj situaciji odobri humanitarnu intervenciju. Ukoliko ne bi tako postupio, Savet bezbednosti bi makar morao obrazložiti svoje uzdržavanje. Na kraju, pomenuta rezolucija Generalne skupštine bi trebalo da sadrži uslove i kriterijume za preduzimanje humanitarne intervencije koji bi doprineli jačanju njene legitimnosti i sprečavanju eventualnih zloupotreba.

Literatura

- 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.

Janković, B., Radivojević, Z. (2014). *Međunarodno javno pravo*, Niš: Punta.

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.

Raičević, N. (2008). Kršenje ljudskih prava kao pretnja međunarodnom miru i bezbednosti. u: Z. Radivojević (ur.), *Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava* (str. 45–62): Niš: Pravni fakultet.

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.

Dr Slaviša Kovačević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

naučna kritika

UDK: 321.7:316.422](497.11)

Rad primljen: 07.10.2014.

Rad prihvaćen: 10.10.2014.

TRANZICIONI POSTULAT I EMPIRIJSKO ISKUSTVO SRBIJE**

Apstrakt: Rad se bavi preispitivanjem tranzicionog postulata u odnosu na empirijsko iskustvo tranzicionih društava, posebno Srbije. Autor suočava hipotetički okvir tranzicionih promena i stvarne rezultate tranzicije analizirajući tranzicione strategije i dostignuti stepen konsolidacije demokratije. U radu se posebna pažnja posvećuje kontekstualnim okvirima tranzicije i ulozi partija u izbornom procesu i ostvarivanju vlasti.

Ključne reči: tranzicija, promene, partije i izbori, demokratija, izazovi tranzicije, Srbija.

1. Uvod

Izraz tranzicija je „pomodni“ izraz koji je u dnevno-politički i naučni jezik ušao sa velikim talasima demokratizacije u 20. veku, a njegova frekventnija upotreba uočava se u četvrtom talasu demokratizacije koji se označava kao postkomunistička tranzicija. Pojam tranzicije proizilazi iz modela tranzicione teorije koji je plasiran kao izraz krize i urušavanja komunističkih režima (Schmiter, 1986: 36–43). Klasična politička nauka i pravna teorija, umesto izraza tranzicija, radije su koristile izraze politička promena, reforma, odnosno revolucija. Inače, i sama opšta odrednica tranzicije kao vremena između onoga što je bilo i onoga što treba da bude, period od jednog tipa društveno-političkog sistema do drugog, prilično je neodređena i vremenski i sadržinski. Postkomunistička tranzicija se određuje kao prelazno-razvojni proces između ranijeg socijalističko-komunističkog, monističkog i opredeljenog

*slavisa@prafak.ni.ac.rs

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

liberalno-pluralističkog sistema parlamentarne demokratije, period u kome treba da se uspostave preduslovi, pretpostavke, uslovi, okolnosti i standardi koji su saobrazni novoizabranom tipu političke formacije. Savremena komparativna politikologija, „zemlje u tranziciji“ označava kao poseban tip političkog sistema, bez obzira što se ne radi o jedinstvenoj tipološkoj mapi.

Ako bi trebalo preći na niže nivoe apstrakcije, onda je moguće razvrstati nekoliko posebnih značenja pojma postkomunističke tranzicije. U političkom smislu tranzicija podrazumeva prelaz iz jednopartijsko-monokratskog, socijal-komunističkog u višepartijski sistem, parlamentarne demokratije. U ideološkom smislu, postkomunistička tranzicija podrazumeva prelaz od marksističko-dogmatskog, mono-ideološkog ka liberalno-pluralističkom odnosno ideološki pluralističkom političkom modelu. Ekonomsko značenje tranzicije označava promenu ekonomske strukture društva, prelaz od administrativno-planske i državno upravljane ekonomije ka liberalnom modelu slobodnog tržišta. Ekonomsko-svojinska transformacija odnosi se na prevazilaženje društvene odnosno birokratske svojine i prelaz na privatnu svojinu. Privatizacija podržavljenih privrednih subjekata je dominantan tranzicioni proces. *Kulturni* aspekt postkomunističke tranzicije označava stvaranje novog tipa političke kulture koji je saobražen sa novoopredeljenim tipom političkog sistema. Svaka nova politička formacija podrazumeva i novo shvatanje i praktikovanje politike, novi sistem vrednosti, stavova i normi ponašanja. Nijedan od navedenih aspekata ili strana tranzicionog procesa ne bi bio moguć bez odgovarajućeg normativno-pravnog okvira odnosno ustavno-pravnog ozakonjenja novih društvenih i političkih odnosa. Izraz koji je najčešće u upotrebi je harmonizacija pravnog sistema kao izraz za pravnu tranziciju.

Za razliku od zemalja južne Evrope i Latinske Amerike, kod kojih je bilo potrebno sprovesti samo političku tranziciju, zemlje bivšeg socijalističkog sistema suočile su se sa daleko obuhvatnijom promenom koja je zahvatala promenu ukupne društvene strukture, sve relevantne sfere društva – ne samo političku i pravnu već posebno i ekonomske i kulturne sfere društva. Imajući u vidu sveobuhvatnost cilja, jedan deo tranzitologije lansirao je tezu o tzv. dilemi istovremenosti (El-ster, 1990: 310–313) promena u različitim sektorima društva. Dilema se izražava, s jedne strane, u faktičkoj nemogućnosti istovremene promene različitih podsistema društva a, s druge strane, nužnosti da se takve sferne promene dogode.

Imajući u vidu stil, način i specifičan put svake tranzicione zemlje, iskristalisali su se sintagmatski konstrukti kao što su „mirna revolucija“, „plišana revolucija“, „narandžasta revolucija“, „revolucija lala“. Ovi konstrukti u stvari označavaju otklon u odnosu na klasično shvatanje nasilnog karaktera revolucije, jer tako imenovane tranzicione revolucije nisu bile nasilne izuzev oružanog svrgavanja rumunskog diktatora. Mirna revolucija u Istočnoj Evropi preko forme „okruglog stola“ predstavljala je dogovor starih i novih političkih elita oko smene vlasti i uspostavljanja novog režima.

Na empirijskoj ravni, tranzicioni proces liči na približavanje empirijsko-istorijski verifikovanom modelu i praksi liberalnodemokratskih, zapadnoevropskih i angloameričkih političkih sistema. Imajući u vidu dominaciju međunarodno-političkog faktora i dominantnog upliva velikih sila u tranzicione procese, često se govori o „pozapadnjačenju“ ili „vesternizaciji“ odnosno „evropeizaciji“. Ova real-politička i empirijska ravan ukazuje da je pojam tranzicije jedan operativni pojam koji se logički izvodi iz opšteg pojma globalizacije ili mondijalizacije.

Potrošen je dug vremenski period a rezultati još nisu vidljivi. Posle skoro tri decenije tranzicionog iskustva, vidljivi su rezultati: urušen socijal-komunistički sistem a nije izgrađen novi; ruinirane, neizgrađene i nestabilne institucije; nerealizovani izborni programi i neostvarena izborna obećanja; tranziciona depresija, strah i nesigurnost kao posledica raskoraka između očekivanja i postignuća; sumnjiva a neuspela privatizacija; materijalno-ekonomska nerazvijenost i nizak standard građana; političke elite koje svoju legitimaciju vlasti crpe više iz naklonosti velikih sila a manje na osnovu stvarnih rezultata vladanja i saglasnosti biračkog tela. Napuštanje ranijeg normativno-vrednosnog sistema otvorio je vrednosni vakuum, konfuziju, bezličnost, bez jasnih orijentira političkog delovanja. Raniji, stari, nasleđen, bazično usvojen obrazac mišljenja, verovanja i vrednovanja još uvek istrajava u mutiranom obliku a novoopredeljeni još uvek se nije ustanovio i učvrstio u političkoj i građanskoj svesti ljudi.

2. Tranzicija u demokratiju

Tranzitologija polazi od pet hipoteza tranzicionih promena: (1) svaka država koja se udaljava od diktatorske vlasti napreduje ka demokratiji; (2) tranzicioni proces ima tačno utvrđene, unilinearne faze; (3) odlučujući značaj u tranzicionom postupku imaju izbori kojima se afirmiše odgovornost izabrane

vlasti; (4) odlučujući uslov za uspeh tranzicije nije ekonomija, tradicionalno nasleđe, već odluka političke elite da napravi iskorak ka demokratiji i suprostavi se antidemokratskim snagama starog režima; (5) tranzicija prema demokratiji počiva na postojanju funkcionalne države i njenih institucije (Tomas Carothers, 2004).

Navedeni hipotetički okvir stvorio je sindrom tzv. etapne promene sistema prema demokratiji kao faze liberalizacije, demokratizacije i konsolidacije (Linc, and Stepan 1996: 17–19). *Liberalizacija* se karakteriše popuštanjem režima, ublažavanjem represije i otvaranjem prostora za ulazak novih političkih snaga na političku scenu, disidenata, dok se cenzura govora i medija smanjuje. Trajanje liberalne etape u mnogome je zavisilo od otvorenosti starih režimskih elita za kompromis i radikalizma novih političkih elita. U tom smislu, razlikuju se četiri grupe političkih aktera: starorežimska tvrda linija, starorežimska meka linija, novonastali demokratski radikali i demokratski reformisti-umerenjaci (Linc and Stefan, 1996: 69). *Uvođenje demokratskih institucija* odvijalo se na dva načina: mirnim ili nasilnim putem. Ovaj drugi način se još naziva i „ruptura“ kao neubičajen i nesiguran put u demokratiju. Uvođenje demokratskih institucija mirnim putem često se označava sintagmama „dogovorna tranzicija“, što je u nekim zemljama omogućilo predstavnicima starog režima da iznude ustupke kako bi našli svoje mesto i ulogu u novom režimu. *Konsolidacija* demokratije završena je onda kada više ne postoji mogućnost povratka na staro, kada se ustanovi bazični konsenzus o pravilima demokratskog poretka koji se primenjuje i u koga ljudi veruju. Kao najbitniji unutrašnji faktori koji utiču na proces konsolidacije Hantington navodi prethodno autoritarno iskustvo svake zemlje, karakter prethodnog sistema, način političkog prevrata, sadržina strategijskih odluka koje donose elite, a kao najbitnije spoljašnje faktore navodi uključenost u međunarodne saveze i demokratska stabilnost susednih država (Hantington, 1991: 89).

Konsolidacija se ne okočava kad se relevantni politički akteri bazično orijentišu na centralne političke insitucije kao jedini legitimni model delovanja, odnosno kad ne deluju van legitimnih institucija. Prema Hantingtonu bez obrazaca korespondentne političke kulture nema konsolidacije demokratije. Demokratska konsolidacija je okončana „kad narod shvati da je demokratija rešenje problema tiranije, a ne nužno nešto drugo“ (Hantington, 1991: 263). Proces u čenja i sticanja nove političke kulture traje znatno duže od prilagođavanja političkih elita. Uopštavajući iskustvo Nemačke i Japana posle drugog svetskog rata, Hantington smatra da je konsolidacija završena kad efekti političke

socijalizacije obezbede demokratsko vođstvo i bazičnu većinu stanovništva. Linc i Stepan smatraju da su najvažnije unutarstemske dimenzije demokratske konsolidacije: ponašanje elita, institucionalna struktura i stavovi stanovništva, posebno naglašavajući „jaku većinu“ stanovništva koja prihvata demokratske institucije i procedure kao najbolji politički poredak bez alternativa (Linc and Stepan, 1996: 449).

Merkel diferencira četiri faze demokratske tranzicije: prva je institucionalna konsolidacija parlamenta, vlade, sudstva i izbornog sistema, druga je predstavnička konsolidacija stranaka, saveza i grupa u predstavljanju interesa, treća je konativna konsolidacija kao minimiziranje moći bogatih, vojske, tajnih grupa i populističkih vođa i njihovog vaninstitucionalnog delovanja i četvrta faza je višedecenijska konsolidacija građanske političke kulture čiji je pozitivan ishod izvestan tek generacijskom smenom (Merkel, 1996: 40).

Navedene postupne faze ukupno označavaju ili je trebalo da znače prelaz iz komunizma u demokratiju, iz komandne u tržišnu ekonomiju, od vladavine samovolje u vladavinu prava i zakona, a posebno rekonstituciju političke zajednice i društva i njihovu podobnost i usklađenost sa demokratijom.

Na osnovu tranzicionog iskustva, a to nije kratak period za svođenje bilansa tranzicije, učinci tranzicije dovode u pitanje hipotetički okvir tranzicione paradigme. Demokratija se ne uvodi tako lako i u kratkom periodu. Od svih tranzicionih zemalja Poljska, Mađarska, Češka, Estonija i Slovenija samo su prešle najduži put ali još uvek nisu funkcionalne demokratije. Na drugom kraju su Gruzija, Belorusija, Turkmenistan, Uzbekistan, balkanske zemlje, koje su prešle najkraći put.

Dijamond govori o tzv. „zoni sumraka“ u mnogim tranzicionim zemljama koje imaju samo tzv. „izbornu demokratiju“ ali opstaju bez legitimiteta i institucionalizacije demokratskog poretka (Dajmond, 1999: 22–34). Sivu zonu tranzicije karakteriše nefunkcionalna država, personalizovane institucije, nisko poverenje javnosti u političke institucije, slabo predstavljanje interesa građana.

Tranzicioni učinak sveo se na na poludemokratski učinak, o čemu govore jezički sklopovi izborna demokratija, fasadna demokratija, virtuelna demokratija, pseudodemokratija, delimična demokratija, neoliberalna demokratija, slaba ili fasadna demokratija, izborna demokratija, rudimentarna demokratija. (Cooler and Levinsky, 1997: 438), odnosno defektna demokratija (Merkel, 2009: 21). Svaki termin govori da su one stale negde unutar pretpostavljenog redosleda demokratizacije i konsolidacije.

3. Preispitivanje tranzicione hipoteze

Proces tranzicije izvodi se iz jedne linearne i mehanički predestinirane koncepcije društvenih promena: tranzicija ima svoje faze, svoj tok i pretpostavljena pozitivna ishodišta. Imajući u vidu tranzicionu postavku, a posle trodecenijskog iskustva, mogu se utvrditi neke pravilnosti koje se odnose na razmeđa tranzicionog postulata i empirijskog iskustva, posebno u slučaju Srbije u kojoj mnoge naučne postavke nisu verifikovane.

Prvo, ove faze se više odnose na događajne procese a manje obuhvataju suštinske promene u korenima društva, više imaju pripisanu simboličnu notu, a manje realno značenje. Zamena formalnih struktura nije dovoljna bez bazičnih promena.

Drugo, ove faze pretpostavljaju relativno kratke vremenske sekvence, što nije korespondentno sa prirodom društvenih problema. Trajanje svake faze nije predvidivo, a i procesi liberalizacije, demokratizacije i konsolidacije teško se mogu odvojiti jer u mnogim slučajevima to su konvergentni a često ireverzibilni procesi. Različite startne pozicije uslovljavaju i tempo političkih promena. I tamo gde ima dovoljno formalnih elemenata demokratije, kao što su političke slobode i izbori, demokratija je dosta neukorenjena i nesigurna, političke elite se doživljavaju kao korumpirane ili kriminalizovane, neefikasne, teško smenljive, gramzive, koje svoj vlastodržački mehanizam održavaju uz pomoć mentorskih mreža velikih promotera demokratije i krupnog kapitala i manipulisanjem javnog interesa.

Treće, pretpostavka o fazama ne prati različitost tranzicionih zemalja. Na ravni političkih subjekata nisu sve zemlje imale istu konstelaciju starih i novonastalih političkih snaga i isti kritički otklon prema „starom režimu“ i percepciji razvoja. Na ravni nasleđa starog režima, nisu sve zemlje imale jednaku težinu nasleđenih otvorenih pitanja i snagu otpora promenama. Na ravni državne i društvene strukture, države sa različitom složenošću, neke su bile unitarne jednonacionalne a druge višenacionalne federalne konglomeracije. Da ne navodimo da su jedne imale demokratsko liberalnu tradiciju, a druge dominantnu autoritarnu i paterlističku tradiciju.

Četvrto, tranziciona paradigma zasnovana na uzornoj praksi zapadnog istorijskog iskustva nije sasvim sagledala specifičnosti društava koja treba da se menja. Teorijsko uopštavanje jednog, dakle zapadnog modela društva i impostiranje takvog modela na drugačiju prirodu postkomunističkih zemalja, stvorilo je heurističke limite. Teorijski limit se izražava kao previđanje različitosti u istorijskom, političkom, ekonomskom i kulturnom pogledu. Tranzitoristi su pošli od razvoja zapadnih društava koja su imala drugačiju, u osnovi gradualističku istoriju razvoja i tako teorijski uopštavajuću praksu preprojetovali su na siromašna i nerazvijena društva koja su imala drugačiji put razvoja.

Peto, nedovoljno uobličena empirijska ravan postkomunističkog procesa onemogućila je realna naučna uopštavanja. Stoga su ove teorije više preskriptivno-normativističke konstrukcije a manje empirijski zasnovane generalizacije. Naime, teorija u ovom slučaju nastaje u trenutku nagoveštaja krize ili prvih stvarnih indikatora krize ili sloma. Podsetimo, nauka je bila prilično zatečena kolapsom komunističkih režima, a da ne govorimo o tome da nije bilo naučnih predviđanja o njihovom kraju. Posle iznenadnog pada Berlinskog zida, projektovan je jednoznačan model tranzicije bez uvažavanja kontekstualnih i specifičnih istorijskih okolnosti.

Šesto, postavke tranzitologije nekako su se poklopile sa dominantnom diplomatskom strategijom zapadnih sila, pa se čini da je ona prilično političko-ideološki konstruisana i da ima funkcionalnu važnost za kreatore i ideološke promotere demokratije na Istoku. Teza o kraju ideologija koju je postavio Fukojama kao tijumf liberalizma i postulirani model tranzicione teorije imaju funkcionalističko ideološko ishodište. Kraj bipolarizma doveo je do planetarne prestrukturacije svetske politike i ekonomije, preraspodele svetskog bogatstva, pretenzije za totalnu kontrolu oskudnih materijalnih resursa, slabljenje nacionalnih identiteta u korist globalnih integracija. Dominantno pod uticajem doktrine „odumiranja države“, tranzicione zemlje se ponovo suočavaju, sada ne sa zahtevom totalitarnog komunističkog internacionalizma već neoliberalnog kapitalističkog globalizma.

Sedmo, faktori ili uslovi uspešne tranzicije evidentno su neujednačeni. Nisu sve tranzicione zemlje išle istim putem, neke su više a neke manje zaostajale u pojedinim fazama, što je svakako zavisilo od prirode prethodnog političkog režima, njihove istrajnosti da zadrži „status quo“ i od specifičnosti svake ili

grupe granzicionih zemalja. Sa druge strane, neke zemlje su stvarale novu nacionalnu državu a neke su se suočile sa pitanjem održavanja ili obnavljanja državnosti. Raspad bivše SFRJ nije samo značio stvaranje novih država već i pitanje teritorijalnog integriteta Srbije i eksterno podržane secesija Kosova. Faktor okrnjene državnosti nije se odnosio samo na unutrašnju dezintegraciju već i na neizgrađenost i nefunkcionalnost institucija posle stvaranja ili obnove državnosti.

Osmo, početno eliminisanje teze o „uslovima demokratije“ dovelo je do evidentne krize pomenute paradigme, jer različiti strukturalni uslovi kao što su ekonomija i kultura očigledno imaju odlučujući značaj za oblikovanje tranzicionog ishoda. Siromaštvo i nedostatak odgovarajuće građansko-demokratske političke kulture su glavni indikatori stanja zakasnele tranzicije u demokratiju.

Odgovor na osnovno pitanje – naime, da li je postkomunistička tranzicija samo mehanička recepcija odnosno neuspela kopija zapadnog modela političkog sistema ili je to proces kome značajni pečat daje priroda tradicije, dispozicija nasleđenih navika i mentaliteta, specifičnost ranije političke kulture – jeste ključ za preispitivanje ideologizovane tranzicione teorije. Između empirijskog teorijskog uzora i istorijskopolitičkog polja tranzicionih zemalja nedostaju preduslovi, okolnosti i činioci koji su smešteni u kulturni podsistem društva.

4. Partije kao akteri izbornog procesa u Srbiji

Politička i društvena liberalizacija označila je napuštanje jednopartijskog, monoideološkog sistema i uvođenje višepartijskog sistema u uslovima ideoloških i političkih konfuzija, konfliktnog raspada druge Jugoslavije, oživljavanja etničke i jačanja nacionalističke orijentacije i ekonomske krize. Nasleđena politička kultura i neurotičan odgovor na krizu uticali su da se političke partije stvaraju stihijno bez jasne interesne i ideološke profiliranosti u političkoj zajednici. Kormilo novonastajućih političkih partija oponentnih režimu preuzele su do juče disidenske političke elite nametnuvši ne samo političkoideološki program već i način i stil dekompozicije starog režima. Opoziciona strategija demobilizacije masa bila je isključivo usmerena na kritiku i obaranje režima, proizvodnju nezadovoljstva starim režimom, bez jasnih projekcija transformacije i preuređenja države i društva.

Delotvornost izbornog procesa u Srbiji najbolje je vidljiva u postizbornom političkom polju formiranja i funkcionisanja koalicionih vlada. Proces formiranja parlamentarne većine uvek je bio odsudan, dramatičan, obavljen velom tajnih pregovora, bez vidljivo artikulisanog interesa društva sa dominantnim uplivom spoljnog faktora, „tajkunskog lobija“ i drugih tajnih koterija moći. Tegobno formirana parlamentarna većina ne samo što je ideološki inkongruentna nego je i nefunkcionalna. Sve dosadašnje tranzicione koalicione vlade bile su neka vrsta „koalicije koalicija“. Ovakva vrsta koalicije po prirodi je koalicija raznorodnih pojedinaca, neujednačena ideološki i programski, sa različitim uporištima moći u društvu. Koalicija koalicija je nefunkcionalna i nedelotvorna, sa jakim „veto akterima“, ideološki i interesno raznorodnih, difuznih i heterogenih. Unutarkoalicioni odnosi su zasnovani na međusobnom tolerisanju neodgovornosti jer ako bi jedan koalicioni akter postavio pitanje odgovornosti onda bi koalicija došla u krizu. A prividna stabilnost koalicione vlade je rezultat kratkoročne interesne ravnoteže kontradiktornih aktera. Takve vlade se teško i dugo formiraju ali i veoma neočekivano raspadaju.

Tranziciona postavka da su izbori važna komponenta uvođenja višestranačkih izbora pokazala se dakle kao nedovoljna. Karakteristika svih izbora koji su sprovedeni u Srbiji jeste da su se oni svodili na formalni karakter. Izbori bez stvarnih rezultata. Na osnovu toga može se postulirati tzv. sindrom sterilnog izbornog ciklizma: pitanja i problemi koji su se nalazili na izbornog agendi svih dosadašnjih višestranačkih izbora ostali su do danas isti i nerešeni ili samo otvoreni za rešavanje. Isti lideri odnosno tip liderstva, isti problemi ali bez stvarnih rezultata i pouka.

Izraziti personalizovani karakter politike u Srbiji označava nemoć institucija i izrazito snižen reprezentativni kapacitet političkih partija. Ponašanje svih političkih partija je tipski modalno, od marginalnih do najmoćnijih, one su personalizovane i privatizovane političke organizacije koje ne opstaju na osnovu učinka već po snazi lične ambicije i subjektivnom identifikacijom njenih pristalica. Kriza reprezentativne funkcije srpskih političkih partija izražava se kao nepostojanje osećaja za interese i potrebe građana, nemogućnosti da se oni izraze, oblikuju političke alternative i formulišu ostvarive javne politike. Problem političke odnosno partijske odgovornosti je posebno pitanje. Uprkos izbornim rezultatima ne postoji unutrašnja smenljivost partijskih lidera zasnovana na objektivnim pokazateljima. Bez obzira na izborni neuspeh ili loše rezultate vladanja, isti ljudi ostaju na partijskom kormilu i političkoj sceni.

Izborna odluka biračkog tela predstavlja nevoljno opredeljenje između „neuspešne vlasti“ i „neubedljive opozicije“.¹ Polarizovani pluralizam konsekventno proizvodi konfuzije, razapetost i kontradiktoran izbor. Na kraju mandatnog perioda, a na početku izbornog procesa, uvek stoji neuspešna vlast i opozicija koja nije kredibilna, ubedljiva, obećavajuća, izgledna, programski objedinjena. Što se tiče leaderskog odnosno kadrovskeg kapaciteta izbornog procesa, imamo istrošene, nesmenljive autoritarne promotere političkih programa čija odgovornost nije praćena silaskom sa političke scene. Izborni proces je pretežno demagoški. Izborna obećanja nisu realistička jer ne predstavljaju rezultat objektivnog sagledavanja vladavinskog kapaciteta. Istina je da između izbornih obećanja i izbornih postignuća uvek postoji razlika, ali u slučaju Srbije, koja nije usamljena tranziciona zemlja, postoji veliki raskorak. Od prvih poludemokratskih do poslednjih izbora 2014. godine, programi političkih stranaka i izborne ponude predstavljaju pravi „izborni katalog obećanja“ sa lošim ili veoma skromnim učincima.

Apstraktno formalizovana pravila igre bez pretpostavljene sadržine izazivaju negativne i antidemokratske efekte. Ovde dolazimo do same suštine demokratije. Ako su izborna kompetitivna pravila igre ispunjena nasleđenim sadržajima i legatom ranije stećene političke kulture onda je politički život antiliberalan i antidemokratski. Dakle, ukoliko ne postoji kongruencija između pravila izbornog procesa i dominantnog društvenog, odnosno političkog mentaliteta, onda najbolji ishod može biti „defektna demokratija“. Ovde nam je od naroćitog znaćaja dinstinkcija između kvantitativne demokratije kao „vladavine broja“ i kvalitativne demokratije koja oznaćava sadržinsku vrednost većinske političke volje. Kvantitativno shvaćena demokratija podrazumeva statistički zbir politički nepunoletnih ljudi koji ne poseduju dovoljnu građansku kompetenciju i odgovornost i koji ne poznaju racionalne kriterijume promocije i izbora nosilaca javnih funkcija. Na ovaj naćin shvaćena, demokratska procedura proteže različite antidemokratske sadržaje i populističke aspiracije, a masovno, prosvetiteljski neosvešćeno nekritičko društvo podupire demagoški i populistički stil političkih kvazielita. Elektorijalno limitirana demokratija na formalne izbore pretvorila se u „većno vraćanje istog“ u kojem politički nepismeno izborni telo učvršćuje vlast neodgovorne i nefunkcionalne elite. Ako odluka većine može biti pogrešna, što je praksa političke istorije pokazala,

1 Vidi: Stojiljković, Z. (2011), *Srbija u lavirintima tranzicije*, Slu žbeni glasnik, Beograd. Ne samo u ovoj studiji već i u izbornim analizama, au tor se sistematićno i problemski bavi tranzicionim procesom u Srbiji.

onda je krajnje indikativno da se izborne greške ponavljaju iz jednog u naredne izborne cikluse, što je dominantno stanje tranzicionih društava „demagoške demokratije“.

S druge strane, problematičan je ustavni aspekt demokratije. Konstitucionalna politička i pravna kultura pretpostavlja limitiranost političke volje u dvostrukom smislu: u prvom, pravno limitiranje političke volje a u drugom, na limitiranje političke volje većine u odnosu na individualna ili manjinska prava. Problemizujući ustavnu demokratiju u Srbiji, vidljivo je da je put od vladavine samovolje do vladavine prava dug i težak, a to je neophodna pretpostavka pravne tranzicije koja treba stvoriti uređeno društvo.

Toliko poznata Tokvilova formula „tiranije većine“ nad individualnim i grupnim pravima (političkim i etničkim manjinama) je indikativna. Naime, granica većinski legitimisane vlasti učestalo prelazi u sveru individualnih i grupnih prava, a interesi i potrebe supkulturnih entiteta često nisu interesno i institucionalno izraženi. Stav da je većina uvek u pravu je rezultat populističke i organske prirode političke i ustavne kulture koja je vekovna konstanta usađena u svest generacija. Drugo, ali podjednako važno, odnosi se na preispitivanje većinske volje koja je ustoličila nedelotvornu vlast.

Ako sintetizujemo kvantitativno i majoritarno obeležje demokratije onda dolazimo do zaključka da je tranziciono praktikovana demokratija robusna mešavina broja i mase, izborne mehanike i stihijske iracionalne dinamike u politici.

5. Suočavanje sa tranzicionim izazovima

Inače, zemlje koje su predmet ove analize, a posebno Srbija i njeni balkanski susedi, skoro jedan vek se nalaze u procesu nekih promena. Uvek se radilo o „promeni bez stvarnih promena“, o „reformi reforme“, o nekom prelazu, ranije iz „kapitalizma u komunizam“, a posle toga „u demokratiju“. Iza „konstruisanih promena“ nije sledila primena, oživotvorenje, već samo obrisi i blede kopije. Nijedan projekat političkih promena nije imao značajniju valorizaciju, a problem primene i delotvornosti nikada nije izveden dosledno. U tom smislu možemo konstatovati nasleđenu tradiciju polovičnog puta promena i ona se izražava u tome da su svi politički i društveni procesi bili nedosledni i nedovršeni. Prolaznost (tranzitornost) bez ustaljenosti, promenljivost bez stabilnosti – to su procesi koji stvaraju nesigurnost i neizvesnost. Sa druge strane, iskustvo sa dva tranziciona procesa stvorilo je jedno stihijno i

polarizovano društvo kontradiktornih i isključujućih orijentacija i vrednosti, a „divlji pluralizam“ različitih ekspresija promena nije sadržavao dominantnu orijentaciju saglasnu opredeljenim odlukama.

Sindrom polovičnog puta i blokirane promene preneo se i na tranzicioni period pokazujući otpore a time i stagnacije i pojavu „zakasnelog društva“ „zakasnele nacije“, „zakasnele tranzicije“. I petooktobarski prevrat dogodio se sa zakašnjenjem uslovljen raspadom države, građanskim ratom, secesionističkim kosovskim pokretom. Ovakvim okolnostima treba dodati i izraziti neuspeh svih tranzicionih vlada u konsolidaciji demokratije, stabilizaciji društva, ekonomskom razvoju i podizanju životnog standarda.

Sa ovakvim iskustvom u „reformama“ nametnule su se dve dominantne tranzicione strategije promena: strategija „šok terapije“ i gradualistička strategija.

Prva, „šok terapije“ predstavlja radikalnu, brzu demontažu starog režima i moći vlastodržačke nomenklature sa početnom pretpostavkom da je moguć radikalni i eksperimentalni preobražaj društva u relativno kratkom periodu koji će automatski dovesti do stabilizacije režima novih demokratskih institucija. Ovaj model promena pretpostavlja spremnost društva i odricanja. Zagovornici gradualizma smatraju da će šok terapija pre dovesti do restauracije odnosno tzv. bumeranga tranzicije pa zbog toga promene moraju biti osmišljene, postepene i dozirane.

U politici je bitno vreme – trenutak kad nešto treba učiniti, preduzeti, uraditi, a taj „trenutak“ zavisi od okolnosti, dobre procene, kad građani shvate obrazložene neophodne politike, kad to postane relativno trajna dispozitivna orijentacija, kad se obezbedi politička podrška. Narodna poslovice kaže „Gvožđe se kuje dok je vruće“. Na delu je jedna inverzna percepcija promena: preokupacija nepromenljivim i neopozivim, a suočavanje sa onim što je moguće menjati odgođeno je za neko drugo vreme. Autoritarna nostalgija i neurotična sentimentalnost izražavaju se kao subjektivne irealne reinterpretacije neopozive i nepovratne bliže ili dalje prošlosti. U međuvremenu, kriza se produbljuje, zadruženje države raste, prilivi i očekivane blagodeti umanjivali – troškovi neuspešne tranzicije uvećavali. Iz faze tihovanja i ignorisanja prelazi se u fazu suočavanja sa istinom koja je praćena neurotičnom panikom i afektivnom konfuzijom.

Odlaganje trenutka suočavanja stvorilo je problem koji je priznala aktualna vlada Srbije koja se nalazi između dve vatre: između nužnosti radikalnih pomaka i rizika da izgubi strpljenje i toleranciju biračkog tela. Inače, evidentna je dosadašnja odgovornost i vlade i društva: društvo je podržavalo neuspešne i neodgovorne elite jer nije bilo spremno da se menja, a sa druge strane, vlade su odlagale suočavanje sa istinom i preuzimanje ozbiljnih mera zbog populisvih pretnji biračkog tela i gubitka moći i vlasti.

Umesto na početku tranzicionog procesa, Srbija se suočava sa neodložnom potrebom radikalnih rezova. Metaforično rečeno, neophodan je prolaz „dolinom suza“, vodom koja je duboka, hladna, nemirna, ali plivanje ne traje dugo. Srbija je išla drugim „putem promena“: zaobišla je hirovitu vodu, dugo lagano hodajući po plićaku i tako prilično odložila trenutak suočavanja.

Posle deskriptivnih metafora koje ipak imaju objašnjavajuću značenjsku konotaciju, treba reći da pretpostavljene tranzicione strategije ne treba koristiti jednostrano i van društvenog konteksta već divergentno, komplementarno i kontekstualno saobrazno značaju i dubini podsistema i sfera koje treba transformisati.

Osnovna pretpostavka za primenljivost bilo kog načina promene je strateška politička odluka i strategijski politički plan razvoja oko koga postoji opšta saglasnost političkih aktera uključujući i narod. Uspeh tranzicije podrazumeva ne samo promene institucija već i promena opšte i političke kulture društva što se po prirodi stvari ne obezbeđuje u kratkom vremenskom periodu. Promena političke kulture pojedinaca i grupa nije jednogeneracijska, već višegeneracijski proces postepenog, spontanog sticanja vrednosti i normi političkog društva.

Institucionalne promene i promene političke kulture treba da idu uporedo, sinhrono na taj način da, s jedne strane, institucionalne odluke treba da prate svest, spremnost društva da se menja i bazičnu podršku i poverenje biračkog tela, a sa druge strane, i istovremeno pozitivnu političku podršku i racionalno verovanje u mogućnost institucija da izraze interes društva i pretvore ga u delotvornu politiku.

Uspešan tranzicioni proces podrazumeva racionalno i realno sagledavanje iskustva, otvaranje „prozora mogućnosti“ i eliminisanje izlišnih destruktivnih disharmonija koje usporavaju razvoj i unazađuju društvo. Svaki pojedinac mora da nauči demokratsko ponašanje, da recipira pozitivnu tradiciju, da racionalno vrednuje rad političkih institucija prema kriterijumima pravičnosti

i efikasnosti, da shvati da funkcionisanje institucija ne zavisi od nekog apstraktnog i dalekog razloga već od vrste i kvaliteta akcionog potencijala građana, političkih subjekata i otvorene javne komunikacije kojima se osvaja prostor stalne kontrole vlasti i institucija sistema.

Ne samo narodnosne predstave i vlastodržački pogledi već i dobar deo intelektualnih poslenika nisu shvatili ili nisu razumeli samu prirodu promena a time i političkih promena. Pošli su od toga da su promene moguće u kratkom periodu, od pogrešne antropološke pretpostavke o jednostavnoj mehaničkoj promeni čoveka za kratko vreme, prevideli su tradicionalne nanose koji su duboko ukorenjeni u svesti i mentalitetu i koji jako otežavaju nove političke spoznaje i izgradnju novog obrasca društvenog i političkog ponašanja. Takav konstruktivistički esperimentalizam nije mogao imati dalekosežne pozitivne ishode. Tranzicija društva i politike pretpostavlja, pre svega, ličnu tranziciju pojedinca, a bez promena u dubinama strukture društva, nema ni promena u politici i institucijama odlučivanja...

Vitalni nagon prilagođavanja ne podrazumeva samo mehaničku kopiju jednog modela društva i jednog modela političkog sistema. Već navedeni kulturni diverzitet u svetu, postojanje kulturnih planetarnih zona, pluralizam kultura i tradicija u svetu, ne može se izraziti i opredmetiti u jednotipskom modelu političkog sistema i institucija. Unifikacija politike u svetskoglobalnim granicama rizikuje modernizovanu političku tiraniju i mehaničku konstrukciju institucionalnih modela odnosa.

Sve tranzicione zemlje su pokazale kognitivnu hromost u percepciji zapadnog modela demokratije, prihvatajući ga bez uzimanja u obzir kontekstualnih prilika i bez kritičkog osvrta na negativne strane koje su se pokazale u zemljama-originalima. I tamo demokratija ima svoje dobre i loše strane čega nisu bili svesni tranzicioni akteri.

6. Zaključak

Tranzicione trajektorije postkomunističkih društava dobrim delom osporavaju paradigmu postkomunističkih promena a drugačiji društveno-istorijski kontekst nije svodiv na jednostranu unilateralnu mehanicističku teoriju društvenog razvoja. Zemlje poskomunističkog sveta nisu jedinstvena i homogena tipološka kategorija pa su stoga i startne pozicije različite i nejednake. Društvena i politička kultura, ekonomska nerazvijenost, nasleđe bivših režima i nejednak međunarodni položaj predstavljaju odrednice koje

otežavaju predestiniranu konstrukciju konsolidacije liberalne demoracije zapadnog tipa. Razmeđe tranzicionog postulata i iskustvenih stranputica Srbije je očigledno i posebno se izražava u nedoraslosti subjekata i nosilaca tog procesa, kako političkih elita tako i društva, da se suoče sa objektivnim društvenim izazovima, da postignu generalnu i opštu saglasnost oko cilja, tempa, načina i prioriteta promena. Prilagođavanje novonastalim unutrašnjim i spoljnim okolnostima ide veoma sporo i pretpostavlja promenu načina mišljenja, vrednovanja i ponašanja. Promena institucionalnoformalnog okvira pretpostavlja novi kulturni model odnosa, novi i drugačiji kognitivni, društveni, vrednosni i mentalni obrazac života. Iako Srbija prilično kasni u tom pravcu, nikad nije kasno za novi početak.

Literatura

- Carothers, T. (2004). Kraj tranzicione paradigme. U Sekelj, L. i Teokarević, J. (Prired.): Tranzicija deceniju posle: pouke i perspektive, Beograd: Institut za evropske studije. 17–32.
- Coolier and Levinsky, (1997). Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research". *World 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), *Systemtransformation: Theorien and Analysen* VS Verlag fur Sozialwissenschaften, Wiesbaden.
- Schmitteer, 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 westerntype 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 PRIKAZI

Dr Slaviša Kovačević,* Docent
Pravnog fakulteta, Univerzitet
u Nišu

prikaz

Rad primljen: 29.09.2014.
Rad prihvaćen: 11.10.2014.

Bojan Kovačević, *SKRIVENI FEDERALIZAM: Federalističko iskustvo u procesima evropskih integracija*
Albatros Plus, Beograd, 2013.

Studija dr Bojana Kovačevića „**Skriveni federalizam: Federalističko iskustvo u procesima evropskih integracija**“ nastala je u trenutku kada se političke nauke i teorija države i prava nalaze u krizi bez ozbiljnih teorijskih i empirijskih rezultata, varirajući već postojeće koncepte i pojmove na nivou preglednog ili parafrazirajućeg. Stanovita kriza se izražava u tipičnoj dogmatizaciji već recipiranih naučnih i teorijskih okvira bez ozbiljnih autorsko-heurističkih iskoraka. Nova stvarnost traži i novu nauku. Savremeni procesi od lokalnih do globalnih okvira više ne liče na nama naučene modele države i politike. Ideje, teorije, principi, vrednosti i praksa koji su započeti idejama Francuske revolucije, ustoličeni vestvaskim obrazcem svetskog poretka, a uobličeni u društvenim i političkim strukturama, sve manje odgovaraju karakteru današnjeg društva, države, politike i prava.

Studija „Skriveni federalizam“ dr Bojana Kovačevića, predstavlja značajnu, reprezentativnu, objektivnu, koliko teorijsku, toliko i empirijsku studiju koja otklanja mnoge kontroverze i nedoumice oko prirode i karaktera Evropske unije. Ona ima nekoliko značajnih karakteristika po kojima se svrstava u nezaobilazno i značajno štivo iz oblasti politikologije i prava. Prvo, ova studija pokazuje autorovo poznavanje klasične i moderne političke teorije i njihovu logičku i sadržinsku reinterpetaciju u analizi savremenih federalističkih procesa. Drugo, autor prezentuje problematiku uspešno koristeći različite teorijske, konceptualne i institucionalne tradicije u istraživanu raznostranih složenih procesa evropske integracije. Treće, autor ne pristupa ovoj problematici hermetički i dogmatski, već kritički, preispitujući, ne samo postojeće teorijske koncepte koji se neizbežno nude, već i realne integrativne procese koji po svom karakteru i obimu prevazilaze već praktikovane

* slavisa@prafak.ni.ac.rs

empirijske oblike. Četvrto, polazeći od toga da je Evropska unija „nedovršena zajednica“, „zajednica u nastajanju“, zajednica koja se nalazi u razvojnom procesu empirijskog uobličavanja, autor je pokazao veoma respektabilnu kvotu kreativnosti i inovativnosti, ali ne na štetu naučne objektivnosti. Peto, ova studija pokriva koliko formalnu toliko i neformalnu stranu predmeta istraživanja, koliko manifestne institucionalne procese toliko i „zakulisne“ vaninstitucionalne procese, koliko formalnu toliko i faktičku moć. Šesto, autor se upušta u jedno veoma složeno istraživačko polje, preispitujući osnovne koncepte slobode, jednakosti, demokratije i legitimnosti u odnosu na federalističku organizaciju političkog života. Operativna i funkcionalistička forma federalizma često redukuje osnovne koncepte slobode, jednakosti i autonomije a prava federalna mera slobode i demokratije uvek je ne samo teorijski već i iskustveni izazov.

Studija „Skriptivni federalizam“ je naučno-teorijski utemeljena, predmetno diferencirana, metodološki strukturirana i predstavlja koherentnu celinu.

Prvi deo studije, „Federalizam i moderna država – saveznici i suparnici“, suočava federalizam sa pojmovima slobode, demokratije, nacije, legitimiteta. Pre svega, autor federalizam postavlja kao sredstvo ograničavanja suverenosti i proširenja sfere slobode i federalizam kao način prevazilaženja antinomije slobode i poretka. U odnosu na demokratiju, federalizam se postavlja sa stanovišta dve tradicije: prva je Medisonova tradicija konstitucionalna i modela ograničavanja i ravnoteže moći i vlasti, a druga tradicija polazi od Altuzijusa i njegovog koncepta federacije kao „zajednice zajednica“, jednog predstavničkog modela organizovanog izražavanja interesa društva.

Federalizam ima značajnu funkciju u procesu stvaranja nacije, pa stoga autor suočava federalistički princip sa tri obrasca stvaranja nacija: građansko-politički, etničko-kulturni i treći, mešoviti građanskoetnički sa značajnim komunitarnim obeležjima, koji može poslužiti kao osnova evropskog federalnog projekta. Suodnošenje federalizma i legitimiteta je test koliko za opravdanje procesa federalizacije toliko i za opravdanje „odumiruće nacionalne države“.

Drugi deo studije, „Pokušaj izgradnje evropske federacije u odsustvu Evropljana“, bavi se obeležjima federalizma u sistemu upravljanja EU a posebno konstitucionalizacijom evropskih ugovora, vertikalnoj podeli vlasti i upravljačkom strukturom.

Legitimitet federalističkih procesa preispituje se sa dva stanovišta. Prvo stanovište ide linijom osporavanja demokratskog legitimiteta i demokratske utemeljenosti njenih institucija, dakle „nepostojanja evropskog demosa“. Naime, koncept reprezentovane narodne suverenosti izražen kroz izbornu volju Evropljana je najznačajniji deficit Evropske unije. Druga argumentacija osporavanja legitimiteta odnosi se na elitarno-birokratski model političkog inženjeringa EU i naglašavanje funkcionalno-operativnih činilaca integracije. Nedostatak evropskog građanina (Stupar, 2006) autor dalje problematizuje konstatujući da pravni status još uvek leži u okviru nacionalnog državljanjskog statusa. Naučni izazov je odgovor na pitanje „kako ponovo stvoriti politički aktivne građane, učesnike u javnoj sferi, a ne puke konzumente individualnih prava, u vreme kada demokratski potencijali nacionalnih država sve više blede a strukturne pretpostavke izražavanja demokratske volje na evropskom nivou beznačajno izostaju?“ (str. 307).

U poglavlju „Skriveni federalizam i kriza“ autor sintetizuje glavnu osu postavljenog problema prirode EU sa stanovišta diskursa federalizma i stanovišta diskursa krize. Studija se završava dubljim uvidima krize legitimiteta EU, federalizma bez demokratije i integrativnim, odnosno dezintegrativnim izazovima.

Studija „Skriveni federalizam“ dr Bojana Kovačevića ima nesumnjiv naučni, društveni, politički i pedagoško-didaktički značaj. Naučni značaj monografije u novoj, sveobuhvatnoj, sintetičkoj, objektivnoj studiji preispitivanja pojmovnih i političkih kontroverzi EU, sa evidentnim heurističkim ishodištima. Ona popunjava prazan prostor nauke. Studija takođe otvara prostor za dalja naučna istraživanja iz ove oblasti. Društveno-politički značaj je nemerljiv jer dopunjuje i proširuje „kognitivnu hromost“ integrativnih koraka Srbije ka EU. Kulturološki i psihološki doprinos studije ukazuje na potrebu stvaranja racionalne političke kulture, prevazilaženje evroeuforičnosti i evroskeptičnosti i nagoveštava evrorealistički i kritički pristup (Vujačić, 2013).

Pedagoško-didaktički značaj je gotovo omnipotentan jer, ne samo što obogaćuje skromni fond literature o ovoj materiji, već daje mogućnost da se steknu potrebna i dovoljna, osnovna, stručna i akademska znanja o političkoj i pravnoj prirodi EU. Stoga, nijedan studijski program o Evropskoj uniji ne može zaobići studiju ovakve vrste jer ona ima koliko monografski toliko i udžbenički kvalitet.

Namera ovog prikaza nije da detaljno predstavi celu studiju i servira osnovne nalaze koje ona produkuje, već da ukaže na njen kvalitet, da zainteresuje i motiviše čitaoce, odnosno studente da upoznaju osnovna, karakteristična, bitna i suštinska obeležja i procese jedne „zajednice u nastajanju“. Imajući u vidu politfilozofska polazišta, teorijsko-metodološko utemeljenje, epistemološke i gnoseološke domete, referentni jezički okvir, a posebno njene rezultate i plodove, smatram da je studija dr Bojana Kovačevića „Skriveni federalizam“ jedna od najznačajnijih društveno-naučnih studija naše naučne baštine, značajan i krupan iskorak u našoj politikologiji i predstavlja nezaobilaznu literaturu za studije Evropske unije.

Dr Aleksandar Mojašević,*
Docent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

prikaz

Rad primljen: 19.09.2014.
Rad prihvaćen: 20.10.2014.

Aleksandra Jovanović,
TEORIJSKE OSNOVE EKONOMSKE ANALIZE PRAVA,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Izdavački
centar, Beograd, 2008.

Knjiga *Teorijske osnove ekonomske analize prava* autorke Aleksandre Jovanović bavi se razgraničenjem različitih škola ili pravaca u okviru naučne discipline *Ekonomska analiza prava (skr. EAP) ili Pravo i ekonomija*, njihovih metodoloških osnova i pretpostavki analize. Ova knjiga nudi sistematizovan pregled teorijskih konceptata najznačajnijih škola ekonomske analize prava: *čikaške škole ekonomske analize prava, neoinstitucionalne škole ekonomske analize prava* (i u okviru nje: *ekonomije svojinskih prava, ekonomije transakcionih troškova i teorije ugovornih odnosa*), *teorije javnog izbora, austrijske ekonomske škole i instucionalne škole ekonomske analize prava*. Može se reći da ova, ali i druge knjige i prilozi, svrstavaju autorku u red malobrojnih ali, svakako, značajnijih srpskih autora koji primenjuju ekonomsku analizu u proučavanju pojedinih pravnih instituta, ili pravu bliskih fenomena, poput: kriminala ili korupcije (Boris Begović), svojine (Ljubomir Madžar), privatizacije (Boško Mijatović) i drugih.

Posle knjige iz 1998. godine, *Uvod u ekonomsku analizu prava*, koja je imala pretenziju da upozna našu stručnu i širu javnost sa osnovnim postulatima EAP, tada svakako nedovoljno poznatom disciplinom u Srbiji, i to iz ugla jednog teorijskog pravca (ekonomije svojinskih prava) u okviru jedne škole EAP (neoinstitucionalne ekonomije), moglo se očekivati da će autorka u nastavku svog intelektualnog i stručnog rada istraživanje usmeriti i na druge škole EAP. Pritom je, vremenski gledano, knjiga *Teorijske osnove ekonomske analize prava* došla u pravom trenutku, nakon 14 godina od publikovanja prve, uvodne studije, uzimajući u obzir činjenicu da je naša javnost imala dovoljno vremena da se upozna sa osnovnim principima i idejama EAP. Osim toga, ova knjiga daje snažan doprinos utemeljenju i daljem razvoju naučne discipline EAP u Srbiji, ali

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

i predmeta EAP na pravnim fakultetima u našoj zemlji. S tim u vezi potrebno je istaći da je EAP čvrsto utemeljena naučna i nastavna disciplina u SAD, i da je stekla ne autonomno već dominantno mesto u američkoj pravnoj teoriji. S druge strane, u Srbiji, zemlji kontinentalne pravne tradicije, ova disciplina se još uvek probija i traži svoje mesto, uprkos brojnim otporima, koji dolaze, pre svega, zbog nedovoljnog poznavanja ove materije ili bojazni od potencijalnog ugrožavanja tradicionalnih pravnih shvatanja i statusa pravnih predmeta koji se na njima baziraju. Polazeći od toga, ova knjiga nudi svakom objektivnom i dobronamernom čitaocu, pre svega pravničkog obrazovanja, objašnjenje osnovnih ideja i koncepata glavnih škola EAP. Takođe, ona pruža i najopštija saznanja o tome šta proučava EAP, kojom se metodologijom služi, u čemu se razlikuje u odnosu na tradicionalne pravne discipline, koji je njen najpodesniji naziv, zašto je ova disciplina značajna za obrazovanje pravnika i ekonomista itd. Čitanjem ove knjige sve eventualne predrasude, koje imaju svoj izvor u nepoznavanju ili nedovoljnom poznavanju EAP, nestaju ili bivaju značajno modifikovane.

Važno je istaći da je sužavanjem izbora na *pet* gorenavedenih najznačajnijih i najpoznatijih škola EAP, čije je ideje i postulate predstavila i uporedila, autorka olakšala čitaocima upoznavanje sa osnovnim idejama i principima ove, inače, veoma *heterogene* naučne discipline. Možda će neka nova knjiga biti nastavak ove knjige u smislu detaljnijeg predstavljanja i drugih škola/pravaca EAP, poput: *kritičkih pravnih studija* (eng. *Critical Legal Studies*), *škole pravnih reformista/nju hejven škole* (eng. *New Haven School*) ili *biheviornog prava i ekonomije* (eng. *Behavioral Law and Economics*), od kojih ova poslednja, prvenstveno zbog brojnih, veoma značajnih i, nadasve, interesantnih rezultata empirijskih istraživanja, svakako to zaslužuje. Dodajmo i to da je izbor ove teme originalan *eo ipso*, budući da se na srpskom jeziku ne može naći knjiga slične tematike. U tom smislu, preuzimajući na sebe teret pionirskog poduhvata, koji, svakako, nosi dodatnu odgovornost, autorka je postavila, i to veoma uspešno, *konceptualni okvir* za najvažnije škole EAP.

U pogledu sadržaja knjiga *Teorijske osnove ekonomske analize prava* podeljena je u pet povezanih tematskih celina. Nakon prvog i uvodnog dela, pod nazivom „Teorijske osnove ekonomske analize prava“, u kojem se eksplicitno navodi svrha ove knjige – predstavljanje doprinosa najvažnijih, prvenstveno tržišno orijentisanih škola EAP razvoju same discipline, i objašnjenja da je knjiga namenjena širokoj čitalačkoj publici (pravnicima, ekonomistima, politikolozima i pripadnicima drugih profesija, bilo da se bave teorijskim bilo praktičnim radom), u drugom delu („Instrumenti ekonomske analize prava“), autorka

izlaže *osnovne instrumente (pojmove i principe)* kojima se EAP služi u analizi brojnih pravnih instituta. Detaljno objašnjenje osnovnih instrumenata EAP olakšava čitaocima, pre svega pravničkog obrazovanja, razumevanje određenih ekonomskih pojmova i koncepata. Treći deo, pod nazivom „Ekonomija i pravo u ekonomskoj analizi prava“, obrađuje pitanje povezanosti dveju disciplina (prava i ekonomije), kao i pitanje odnosa bazičnih principa na kojima počivaju – pravičnosti i efikasnosti.

Srž ove knjige čini četvrti deo, koji nosi naziv „Ekonomska analiza prava: škole i pravci“, u kojem se obrađuju sličnosti i razlike između različitih škola EAP. U ovom delu izvršena je podela različitih škola EAP prema *predmetu analize* i prema *metodološkom pristupu*. Prvi kriterijum je posledica istorijskog razvoja discipline, budući da ukazuje na to kako se širio obuhvat pravnih oblasti kojima se bavila EAP, počev od grana prava koje, svojom prirodom i sadržinom, povezuju pravo i ekonomiju (poput antimonopolskog prava ili poreskog prava), preko grana prava, koje jednim svojim delom regulišu tržišne odnose (poput obligacionog prava – svojine, ugovora i naknade štete), do onih grana prava koje za predmet nemaju regulisanje tržišnih odnosa (građansko i građansko-procesno pravo, krivično i krivično-procesno pravo itd). Autorka posebno izdvaja ekonomiju svojinskih prava i čikašku školu EAP s obzirom na njihov doprinos popularizaciji i širenju predmeta ove discipline čak i na one pravne oblasti za koje je donedavno bilo nezamislivo da se proučavaju sa ekonomskog aspekta.

Drugi kriterijum podele škola EAP (*metodološki pristup*) predstavlja osnovu na kojoj su u ovoj knjizi predstavljene različite škole EAP: one koje su tržišno orijentisane i one koje podržavaju državnu intervenciju. Uzimajući u obzir dominantno apologetski stav naše stručne i opšte javnosti o aktivnoj ulozi države u privredi, autorka je *hrabro* pristupila obradi teorijskih pravaca EAP koji se pretežno baziraju na ideji slobodnog tržišta i kritici državnog intervencionizma. Kažemo *pretežno*, jer između samih škola koje pripadaju korpusu tržišno orijentisanih škola EAP postoje, nekad i nepremostive, metodološke razlike (recimo, između čikaške škole i austrijske škole).

U knjizi je prvo predstavljena *čikaška škola EAP*, koja se naziva i *imperijalističkom školom* zbog svojih doprinosa na tržištu ideja, a koji su je učinili najuticajnijom školom u ekonomskoj nauci, ali i unutar same discipline EAP. Čitalac se može upoznati s tim da je efikasnost osnovni *credo* čikaške škole; zatim, da pojedini predstavnici ove škole, na čelu sa Poznerom (Posner), naglašavaju sudijski aktivizam, promovišući tezu o efikasnosti *common law*-a;

da postoje različita shvatanja u okviru ove škole, na primer, u pogledu uloge države u ekonomiji itd. S tim u vezi, posebna vrednost ove knjige proizilazi iz *objektivnosti* autorke u predstavljanju određenih ideja, a koja se najbolje vidi prilikom sistematičnog prikaza *kritika* koje se upućuju čikaškoj školi, samim tim i disciplini EAP. Te kritike, prema mišljenju autorke, dolaze iz dva izvora: jedan je oličan u *međusobnom sukobu ideja* pojedinih predstavnika EAP oko brojnih pitanja (recimo, između Poznera i Epštajna (Epstain) oko sudijskog aktivizma), a drugi nalazi okosnicu u intelektualnom promišljanju onih autora (van ove discipline) koji EAP vide kao *redukcionistički pristup pravu* koji zanemaruje pravdu kao unutrašnju vrednost prava.

Ne manje važna jeste i *neoinstitucionalna škola EAP* (eng. *Neo-Institutional Economics*), koja se izdvaja zbog svojih objašnjenja veze između institucija (shvaćenih kao *pravila igre*) – posebno institucije svojine, i ekonomskog izbora. Ova škola je napravila iskorak u odnosu na neoklasičnu ekonomiju jer je u analizu uključila i *institucije* koje preko podsticaja i transakcionih troškova utiču na ekonomsko ponašanje i time neoklasične ekonomske modele približila realnom svetu. Stiče se utisak da je autorka sa lakoćom obradila temu povezanosti i razlika dveju gorenavedenih škola, s obzirom na njeno produbljeno poznavanje neoinstitucionalne ekonomije, što se kroz brojne objavljene knjige (recimo, *Participativna ekonomija: uticaj tipa svojine na ponašanje (efikasnost) preduzeća* iz 1993. godine), naučne radove (na primer, *Legal rules, Governance Structures and Financial Systems* iz 2002. godine), ili stručne izveštaje o rezultatima pravnih i institucionalnih reformi u Srbiji (npr. *Transition Report for Serbia and Montenegro* – u koautorstvu sa V. Vukotićem ili *Izveštaj o tranziciji u Srbiji*) jasno može videti.

U ovom delu, čitalac se može upoznati sa fundamentalnim postavkama ove škole (metodološki individualizam, neperfektnost informacija, izbora pojedinaca i samih institucija, Kouzova teorema itd), kao i sa različitim pravcima u okviru ove škole (ekonomija svojinskih prava, ekonomija transakcionih troškova, ekonomska teorija ugovora i pristup društvenih normi u najširem smislu).

Teorija javnog izbora (eng. *Public Choice Theory*) sa svojim originalnim objašnjenjima ponašanja političara, birokrate, zakonodavca ili regulatora, kao *homo economicus-a* koji teži maksimizaciji sopstvenog, a ne javnog interesa, svakako zaslužuje posebno mesto u ovakvoj knjizi. Najvažnije ideje i koncepti, poput koncepta *rentonosnog ponašanja*, ali i različiti pravci u okviru ove škole (jedan *čikaški*, a drugi *virđžinijski*), objašnjeni su na jedan sažet način.

Vrednost ove knjige je i u tome što se čitalac može upoznati sa veoma iznijansiranim razlikama između različitih škola EAP, recimo, između *čikaške škole* i *austrijske škole* (eng. *Austrian School of Economics*), koja je predstavljena kao najdoslednija škola u odbrani tržišta i čije analitičke pretpostavke i metod analize izazivaju stalne rasprave sa drugim ekonomskim školama i školama EAP. Metodološki individualizam, metodološki subjektivizam, osobeno shvatanje i isticanje važnosti tržišnog procesa i cenovnog mehanizma (koji pre vodi u neravnotežu), naglašavanje uloge informacija, neizvesnosti i nesavršenog znanja i drugo, predstavljaju distinktivne karakteristike austrijske ekonomske škole. Autorka je predstavila najvažnije ideje ove škole, koje su očitito u koliziji sa vladajućom ekonomskom paradigmatom, te se često mogu naći samo na marginama standardne (ekonomske i druge) literature.

U predstavljanju škola EAP knjiga nije ograničena samo na tržišno orijentisane već je prikazana i jedna škola koja svojim idejama (pre svega idejom da je država institucija koja stvara i primenjuje pravo bez kojeg nema tržišta) briše razliku između tržišta i države – *institucionalna ekonomija* (eng. *Institutional Economics*). Uspešno je postavljena linija razdvajanja između institucionalne ekonomije i EAP, budući da ova prva polazi *od institucija (pravni i drugih) u objašnjenju ekonomskog ponašanja*, dok se EAP kreće *od ekonomskog ponašanja i instrumenata analize izvedenih iz takvog ponašanja ka objašnjenju prava*.

U poslednjem delu knjige („Prilog proučavanju razvoja ekonomske analize prava u Srbiji“) autorka sumira razvoj EAP u Srbiji od Drugog svetskog rata do danas i iznosi preovlađujuće optimistične ocene u pogledu razvoja ove discipline u budućnosti.

Može se zaključiti da je monografija *Teorijske osnove ekonomske analize prava* autorke Aleksandre Jovanović na domaćem tržištu ideja na jedan jasan i sistematizovan način ponudila pregled najvažnijih škola EAP, i time postavila konceptualni okvir za dalja istraživanja u ovoj oblasti. Knjiga je dobro organizovana i pisana nekonvencionalnim stilom koji može biti razumljiv širokoj čitalačkoj publici. Ona može biti od koristi prvenstveno mlađim istraživačima pravne, ekonomske ili druge struke, koji žele da se upoznaju sa ovom interesantnom oblašću i, potom, na bazi usvojene metodologije pojedinih škola EAP, nastave svoja teorijska i empirijska istraživanja, ali i pravnicima koji nisu imali prilike da se tokom redovnih studija upoznaju sa savremenim tendencijama koje prožimaju pravnu nauku.

Mihajlo Cvetković,*
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

prikaz

Rad primljen: 14.10.2014.
Rad prihvaćen: 21.10.2014.

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
„USKLAĐIVANJE PRAVA SRBIJE SA PRAVOM EVROPSKE UNIJE“

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u sklopu obeležavanja 54. godišnjice rada fakulteta, 16. maja 2014. godine organizovao je Međunarodnu naučnu konferenciju na temu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije“.

Izbor teme konferencije opredelila je potreba da se, u svetlu otpočinjanja pregovora Srbije za članstvo u EU, sagledaju evropski principi i standardi u pojedinim oblastima prava, elaboriraju iskustva stranih država u procesu usklađivanja nacionalnog prava sa pravom EU i razmotre rezultati koje je Republika Srbija na ovom planu ostvarila. Ovakva tema konferencije omogućila je okupljanje stručnjaka iz različitih pravnih disciplina, što ukazuje na njenu aktuelnost.

Za učešće na konferenciji prijavilo se 66 autora sa 53 referata. Naročita pažnja posvećena je učesnicima sa strane (26) koji su lično ili referatom predstavili: IRZ (Deutsche Stiftung für Internationalrechtliche Zusammenarbeit), Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Pravni fakultet „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv.Kiril i Metodij“ u Skoplju, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Odsjek za koordinaciju procesa stabilizacije i pridruživanja Direkcije za evropske integracije Savjeta ministara BiH u Sarajevu, Fakultet za bezbjednost i zaštitu Univerziteta u Banjoj Luci, Pravni fakultet u Prištini (sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici) i Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Pozdravni govor u česnicima konferencije održao je dekan, prof. dr Miroslav Lazić, nakon čega su usledila plenarna izlaganja dr. Stefana Pürner-a (IRZ)²: „Dugačak i krivudav put srpskog prava (nazad) prema Evropi“ i prof. dr

* mihajlo@prafak.ni.ac.rs

2 Deutsche Stiftung für internationalrechtliche Zusammenarbeit

Vojislava Đurđića: „Novi krivični postupak Srbije – novi razlozi za usklađivanje sa evropskim pravnim standardima“. Rad na konferenciji nastavljen je u pet odvojenih, simultanih sesija, a učesnici su svojim prisustvom uveličali i svečanu akademiju povodom Dana Fakulteta (18. maj).

Javnopravnoj sesiji su prisustvovali brojni autori koji su svojim izlaganjima i radovima dotakli raznovrsne teme. Učesnici su analizirali značaj Ustavnog suda kao sui generis vlasti, kao i pitanje ustavnosti ovlašćenja Ustavnog suda da svojim pozitivnim i negativnim odlukama preuzme ulogu zakonodavca. Autori su otvorili pitanje reforme Ustava u delu koji se tiče pravosuđa, a naročito je istaknut problem pravnog uređenja Pravosudne akademije. Gosti su se bavili i pitanjem socijalnog dijaloga, kao i potrebom usklađivanja nacionalnog radnog prava sa evropskim tendencijama. U vezi sa rodnom ravnopravnošću, raspravljano je o političkoj zastupljenosti žena u RS i okolnim zemljama.

Raznovrsnim temama bavila se i građanskopravna sesija. Uključujući izlaganje o samim idejnim osnovama privatnog prava EU, referati su obuhvatili razuđene teme: zaštita prava ličnosti, prava potrošača u RS, buđenje svesti o značaju ekološkog prava, regulisanje kliničkog ispitivanja u RS i EU. Prof. dr Nevena Petrušić, urednica sesije, istakla je značaj kolektivne pravne zaštite. Autori su ukazali na problem nejedinstvenog definisanja braka i porodice, kao i na različita gledišta oko pojma neregistrovane zajednice u RS i evropskom državama, što utiče na naslednopravni i porodičnopravni režim.

Krivičnopravnoj sesiji prisustvovali su brojni učesnici, koji su izlagali značajne teme iz ove oblasti. Posebna je pažnja posvećena Krivičnom zakoniku Srbije, gde je uočen inferioran položaj okrivljenog u odnosu na tužioca u istražnom postupku, ali i u glavnom postupku, te je ocenjeno da novi Krivični zakonik zahteva usaglašavanje sa pravom EU više nego što je to bio slučaj sa starim. Bilo je reči i o maloletnim počiniocima krivičnih dela, odnosno o uvođenju alternativnih i neformalnih mera gde bi se primenom vaspitnih naloga uticalo, pre svega, na pravilan razvoj maloletnika. Sagledana je zloupotreba droga i prateće posledice (vršenje krivičnih dela, uračunljivost), kao i adekvatno izricanje sankcija u ovom slučaju. Zapažena su bila izlaganja o uticaju globalizacije na kriminalitet, uvođenju privatnih zatvora u penitencijarni sistem RS, kao i o zaštiti maloletnika od seksualnog iskorišćavanja.

Učesnici trgovinskopravne sesije su na kritički način sagledali usklađenost nacionalnih rešenja sa pravom EU i istakli da je harmonizacija među ključnim zadacima koje država – kandidat, mora da ispuni. Od posebnog značaja je i multidisciplinarni pristup u odabiru i obrazlaganju tema poput: Lisabonskog sporazuma, bilateralnih sporazuma o tretmanu i zaštiti stranih investicija, odbrani od preuzimanja privrednih društava, prednostima i manama tzv. otrovnih pilula, organizovanog turističkog putovanja po Zakonu o zaštiti potrošača, digitalne forenzike i novom obliku „digitalnog“ kriminaliteta, gde se kao problem javlja neadekvatnost nacionalnih propisa koji nisu prilagođeni savremenim, visokotehnološkim krivičnim delima. U okviru podseseije za pravnoekonomske nauke predstavljeni su radovi o: zaštiti prava na poverljivost i tajnost pri međunarodnoj razmeni poreskih podataka, harmonizaciji poreskih pravila o neposrednom oporezivanju, poreskoj konkurenciji usled loše poreske saradnje i javnom dugu.

Na međunarodnopravnoj sesiji autori su se bavili praksom Suda pravde EU, naročito osobenostima pravnih lekova pred ovim sudom, dejstvu odluke o prethodnom pitanju na nacionalne sudove, kao i uticaju Protokola 16 na proširenje savetodavne nadležnosti Suda. Referatima je naglašen značaj harmonizacije javnih politika u samoj fazi pregovora. Diskutanti su pomenuli pravna načela EU, koja, iako sekundarni izvor prava, imaju i neposredno dejstvo. Sesija je okupila stručnjake iz dve oblasti: međunarodnog javnog i međunarodnog privatnog prava.

Svakako treba napomenuti da je konferencija održana u periodu kada je čitav region pogodilo nevreme ogromnih razmera, pa je na teritoriji RS proglašena vanredna situacija zbog opasnosti od poplava. Ova okolnost onemogućila je, u poslednjem trenutku, dolazak jednog broja učesnika, ali nije uticala na uspešan rad konferencije.

Održavanje konferencije finansijski je pomoglo Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS. Učesnici sa Pravnog fakulteta u Nišu izneli su rezultate istraživanja na projektu: „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“.

III RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Mr Ivana Rakić,*
Istraživač saradnik,
Institut za uporedno pravo, Beograd

Originalan naučni članak

UDK: 339.137(4-672EU:497.11)

Rad primljen: 05.06.2014.

Rad prihvaćen: 05.08.2014.

PROPISI EVROPSKE UNIJE O KONTROLI KONCENTRACIJA KAO IZVOR PRAVA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt: U radu se analiziraju pravni osnovi za primenu pravila EU o kontroli koncentracija u postupcima kontrole koncentracija u Republici Srbiji. Autor objašnjava pod kojim uslovima Komisija za zaštitu konkurencije i sudovi mogu da primenjuju pravila EU o kontroli koncentracija, i ukazuje na to da ovi organi nisu obavezni da direktno primenjuju pravo EU. Prema čl. 72. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, Komisija za zaštitu konkurencije i sudovi obavezni su da pravilno primenjuju i sprovode unutrašnja pravila o kontroli koncentracija koja su rezultat usklađivanja sa pravom EU, što znači da je važno da se ova pravila pravilno tumače, tj. da se tumače u skladu sa pravom EU.

Ključne reči: kontrola koncentracija, pravo konkurencije, primena prava EU, harmonizacija, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, Srbija, pravo EU.

1. Uvod

U skladu sa političkim opredeljenjem Republike Srbije da postane članica Evropske unije, usvajanje pravnih tekovina EU (*acquis communautaire*) nameće se kao razumljivo i opravdano ukoliko se sprovođenjem harmonizovanih propisa mogu ostvariti ciljevi koji odgovaraju ciljevima pristupanja Republike Srbije EU. Otuda se usklađivanje prava Republike Srbije sa pravom EU postavlja kao jedan od uslova za pristupanje EU, pa i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u čl. 72. utvrđuje obavezu usklađivanja zakonodavstva

* ivanarakic12@gmail.com

Republike Srbije sa zakonodavstvom EU.¹ Pored toga, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju utvrđuje i obavezu pravilne i delotvorne primene i sprovođenja tako usklađenog prava, što znači da se postupak harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU ne ograničava samo na donošenje usaglašenih propisa, već obuhvata i potpunu i doslednu primenu i tumačenje ovih propisa. Zbog toga se ovakva harmonizacija u literaturi označava kao funkcionalna ili suštinska harmonizacija (Vukadinović, 2009: 14).

U oblasti prava konkurencije, Srbija je nastavila proces približavanja pravnom sistemu EU donošenjem Zakona o zaštiti konkurencije iz 2009. godine i usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama ovog zakona iz 2013. godine, budući da je zaštita konkurencije zakonom uređena po ugledu na pravo konkurencije EU.² U pogledu kontrole koncentracija, u Zakonu o zaštiti konkurencije takođe su prihvaćena rešenja EU, tako da je kontrola koncentracija u Republici Srbiji regulisana u skladu sa Uredbom Saveta (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija između učesnika na tržištu iz 2004. godine, kojom su na nivou EU regulisane one koncentracije koje mogu da ugroze konkurenciju na jedinstvenom tržištu EU ili na njegovom bitnom delu.³ Pored Zakona o zaštiti konkurencije, koji predstavlja osnovni izvor prava, u postupcima kontrole koncentracija primenjuju se i drugi zakoni i podzakonski akti.

Međutim, navedenim propisima nisu obuhvaćena određena pitanja koja bi se po ugledu na pravila EU mogla bliže urediti posebnim pravilima (npr. pojam koncentracija i pojam kontrole, naročito zajedničko ulaganje koje podleže kontroli; definisanje i utvrđivanje godišnjih prihoda učesnika u koncentraciji i povezanih lica na tržištu; vrste koncentracija; efekti (horizontalnih i nehorizontalnih) koncentracija; kriterijumi za ocenu (horizontalnih i nehorizontalnih) koncentracija (npr. analiza tržišne strukture i Herfindal-Hiršmanov indeks, suprotstavljena moć kupaca, ulazak na tržište), argumenti za odbranu koncentracija; uslovno odobrenje koncentracija).

Imajući u vidu nedostatak ovakvih pravila, mogu se postaviti pitanja da li se propisi EU o kontroli koncentracija mogu primeniti kao izvor materijalnog prava u Republici Srbiji na osnovu kojih Komisija za zaštitu konkurencije može donositi svoje odluke o dozvoljenosti koncentracije i, ako mogu, na koji

1 Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 83/2008.

2 Zakon o zaštiti konkurencije, *Sl. glasnik RS*, 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.

način i na koje predmete ih Komisija za zaštitu konkurencije može primeniti? Posebno se mogu postaviti pitanja da li se pravo EU može koristiti prilikom tumačenja propisa Republike Srbije i popunjavanja pravnih praznina i da li praksa organa EU može u tom slučaju biti smernica u pronalaženju odgovora na brojna pitanja koja se budu postavljala pred Komisijom za zaštitu konkurencije i pred domaćim sudovima? Ova pitanja posebno su važna zbog zaključenja i stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, budući da Sporazum u određenoj meri omogućava primenu prava EU u Srbiji.

Istraživanje u ovom radu otuda ima za cilj da ukaže na način na koji se propisi EU mogu primenjivati u postupcima kontrole koncentracija, što u nedostatku odgovarajućih pravila u Srbiji može biti značajno i za učešnike na tržištu i za Komisiju za zaštitu konkurencije i sudove. Kontrola koncentracija je relativno nov pravni institut u pravu Republike Srbije, pa se u praksi mogu javiti brojni problemi i teškoće u radu Komisije za zaštitu konkurencije i sudova, tako da se mogućnost primene prava EU čini korisna, jer se brojni primeri iz prakse i pravna rešenja mogu pronaći u pravu EU i mogu se iskoristiti u domaćem pravu. Svrha rada je da doprinese boljem razumevanju odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, jer potrebno je imati u vidu mogućnost da se učesnici na tržištu prilikom zaštite svojih prava pozovu na primenu prava EU ili da pokušaju da ospore njegovu primenu, kao i činjenicu da je zbog pristupanja EU Srbija na određeni način već integrisana u jedinstveno tržište EU.

2. Izvori prava u Republici Srbiji

U pravu Republike Srbije kontrola koncentracija je ustanovljena 2005. godine usvajanjem Zakona o zaštiti konkurencije, čime je ostvaren određeni napredak u zaštiti konkurencije.⁴ Ipak, Zakon iz 2005. godine imao je brojne nedostatke, pa je 2009. godine usvojen novi zakon, kojim su otklonjene određene manjkavosti prethodnog sistema kontrole koncentracija i koji pruža dobru osnovu za zaštitu konkurencije na tržištu. Povećani su finansijski pragovi za prijavljivanje koncentracija, čime se olakšava povezivanje u česnika na tržištu i rad Komisije za zaštitu konkurencije, a Komisiji su data značajna istražna ovlašćenja i ovlašćenja za kažnjavanje učesnika i sprovođenje mera dekoncentracije.⁵

4 Zakon o zaštiti konkurencije, *Sl. glasnik RS*, 79/2005.

5 Više o kritičkim i istorijskim osvrtima na propise koji su se primenjivali u Republici Srbiji i razlozima za donošenje Zakona o zaštiti konkurencije iz 2009. godine vid. Besarović, 2006: 113 i dalje; Jovanović, Marković-Bajalović, 2005: 13 i

Pored Zakona o zaštiti konkurencije, kao izvori prava primenjuju se i drugi propisi koji regulišu kontrolu koncentracija, a koji se mogu grupisati. Jedna grupa izvora su izvori kompanijskog prava koji obuhvataju npr. Zakon o privrednim društvima i Zakon o preuzimanju akcionarskih društava, kojima se uređuju pitanja u vezi sa oblicima koncentracija, povezanim u česnicima na tržištu, obavezom prijave koncentracije i dr.⁶ Druga grupa izvora se odnosi na posebne zakone koji se, pored Zakona o zaštiti konkurencije, primenjuju u pojedinim sektorima koje regulišu, a posebnim odredbama uređuju konkurenciju, odnosno povezivanje učesnika u tim sektorima.⁷ Treća grupa izvora se odnosi na propise koji se primenjuju u upravnom postupku i u upravnim sporovima, pa Komisija za zaštitu konkurencije, u postupku kontrole, primenjuje odredbe Zakona o opštem upravnom postupku, a sudovi u postupku kontrole rešenja Komisije primenjuju Zakon o upravnim sporovima, čijih pravila mora da se pridržava i Komisija.⁸

Poslednja grupa propisa se odnosi na podzakonske akte koji detaljnije uređuju određena pitanja u postupku kontrole i omogućavaju primenu Zakona o zaštiti konkurencije. To su Uredba o sadržini i načinu podnošenja prijave koncentracije (*Sl. gl. RS*, 89/2009), koja uređuje sadržinu i način podnošenja prijave koncentracije; Uredba o kriterijumima za utvrđivanje relevantnog tržišta (*Sl. gl. RS*, 89/2009), kojom se bliže propisuju kriterijumi za utvrđivanje relevantnog tržišta; i Uredba o kriterijumima za određivanje visine iznosa koji se plaća na osnovu mere zaštite konkurencije i procesnog penala, načinu i rokovima njihovog plaćanja i uslovima za određivanje tih mera, kojom se bliže propisuju kriterijumi za određivanje visine novčane kazne i uslovi za određivanje navedenih mera (*Sl. gl. RS*, 50/2010). Komisija je donela i posebne smernice za primenu Uredbe o kriterijumima za određivanje visine iznosa koji se plaća na osnovu mere zaštite konkurencije i procesnog penala.

dalje; Marković-Bajalović, 2009: 456 i dalje; Vukadinović, 2009: 65 i dalje; Begović, Pavić, 2009: 70 i dalje; Vasiljević, Popović, 2012: 141 i dalje.

6 Zakon o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, 36/2011, 99/2011; Zakon o preuzimanju akcionarskih društava, *Sl. glasnik RS*, 46/2006, 107/2009, 99/2011.

7 To su npr. sledeći zakoni: Zakon o bankama, *Sl. glasnik RS*, 107/2005, 91/2010; Zakon o osiguranju, *Sl. glasnik RS*, 55/2004, 70/2004, 61/2005, 101/2007, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013; Zakon o investicionim fondovima, *Sl. glasnik RS*, 46/2006, 51/2009, 31/2011; Zakon o radiodifuziji, *Sl. glasnik RS*, 42/2002, 97/2004, 76/2005, 62/2006, 85/2006, 86/2006, 41/2009.

8 Zakon o opštem upravnom postupku, *Sl. list SRJ*, 33/1997, 31/2001, *Sl. glasnik RS*, 30/2010; Zakon o upravnim sporovima, *Sl. glasnik RS*, 111/2009.

3. Izvori prava u EU

Pravila o zaštiti konkurencije predstavljaju važan deo prava EU i jednu od najstarijih pravnih tekovina EU, budući da je politika zaštite konkurencije utvrđena Rimskim ugovorom, u čl. 85. i 86, koji regulišu restriktivne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja.⁹ Rimski ugovor nije sadržao odredbe o kontroli koncentracija, tako da je oblast prava konkurencije EU proširena tek 1989. godine, kada je usvojena prva Uredba EU o koncentracijama. Iako je u pravo EU uvedena relativno kasno, kontrola koncentracija se danas smatra tzv. trećim stubom politike zaštite konkurencije u EU.

Dok nisu bila usvojena pravila o kontroli koncentracije, Evropska komisija i Sud pravde su širokim tumačenjem pokušavali da na koncentracije učesnika na tržištu primene odredbe Rimskog ugovora koje regulišu restriktivne sporazume i zloupotrebu dominantnog položaja. Ipak, navedena tumačenja Suda pravde nisu bila uvek podobna za kontrolu koncentracija, jer je primena čl. 85. i 86. imala veoma ograničeno dejstvo i nije bila dovoljna da se obezbedi zaštita konkurencije. To je bio jedan od najvažnijih razloga za usvajanje Uredbe iz 1989. godine, iako su na usvajanje Uredbe uticali i drugi činioci. Uredbu iz 1989. godine zamenila je nova uredba iz 2004. godine, koja je usvojena u okviru reforme prava konkurencije EU.

Pored Uredbe EU o koncentracijama iz 2004. godine, veoma važan izvor prava jeste i Uredba Evropske komisije br. 802/2004 o primeni Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija, koja bliže uređuje brojna pitanja predviđena Uredbom EU o koncentracijama.¹⁰ Uredba sadrži i anekse koji detaljno uređuju sadržinu prijave koncentracije, skraćene prijave koncentracije,

9 Ugovorom iz Amsterdama (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Related Acts, *O.J.*, C. 340/1997) izvršena je prenumeracija članova Rimskog ugovora, tako da su članovi 85. i 86. postali čl. 81. i 82. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (The Treaty establishing the European Economic Community). Naredna prenumeracija izvršena je Lisabonskim ugovorom (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *O.J.*, C. 306/2007), pa su čl. 81. i 82. postali čl. 101. i 102. Ugovora o funkcionisanju EU (Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J.*, C. 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).

zahteva učesnika u koncentraciji za upućivanje koncentracije i predloga korektivnih mera u slučaju uslovnog odobrenja koncentracije.

Rešenja predviđena Uredbom EU o koncentracijama bliže su uređena i obaveštenjima Komisije, od kojih se najznačajnijim smatra Obaveštenje Evropske komisije o nadležnostima,¹¹ koje je zamenilo niz pojedinačnih obaveštenja koja su do tada važila. Pored ovog obaveštenja, značajna su npr. i sledeća obaveštenja: Obaveštenje Evropske komisije o pojednostavljenom postupku u pogledu određenih koncentracija prema Uredbi 139/2004,¹² Obaveštenje Komisije o korektivnim merama u skladu sa Uredbom 139/2004 i Uredbom 802/2004¹³ i Obaveštenje Evropske komisije o relevantnom tržištu.¹⁴

Prilikom ispitivanja koncentracija, Komisija primenjuje i smernice koje samostalno donosi, ali koje nisu pravno obavezujuće. Ipak, smernice su veoma bitne za ocenu koncentracije i za primenu pravila o kontroli koncentracija, budući da se u njima ogleda povratni uticaj prakse Evropske komisije i sudova EU na utvrđivanje kriterijuma za ocenu koncentracija i na donošenje propisa o kontroli koncentracija. Reč je o Smernicama za ocenu horizontalnih koncentracija i Smernicama za ocenu nehorizontalnih koncentracija.¹⁵

4. Primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju

Da bi se analizirali uslovi za primenu prava EU u Republici Srbiji, potrebno je prethodno ukazati na mesto Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom sistemu Republike Srbije. Pošto se Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju mora posmatrati kao vrsta potvrđenog međunarodnog ugovora, njegovo mesto se utvrđuje u skladu sa odredbama Ustava Republike Srbije.

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).

Prema Ustavu, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju, a potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.¹⁶ Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom i ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.¹⁷ U hijerarhiji pravnih propisa u Republici Srbiji, potvrđeni međunarodni ugovori, prema tome, nalaze se ispod Ustava, ali iznad zakona, a njihova neposredna primena znači priznavanje međunarodnog ugovora kao dela unutrašnjeg pravnog poretka. Potvrđeni međunarodni ugovori, dakle, imaju primat nad unutrašnjim („domaćim“) propisima, a svi nadležni organi moraju da poštuju takvu hijerarhiju.

To znači da i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju čini sastavni deo pravnog poretka Srbije, neposredno se primenjuje i mora biti u saglasnosti sa Ustavom, tako da on ima manju pravnu snagu od Ustava. Ipak, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju ima veću pravnu snagu od ostalih unutrašnjih propisa (zakona i podzakonskih akata), što znači da svi unutrašnji propisi moraju biti u saglasnosti sa Sporazumom, kao i sa Ustavom. Ustavom je na ovaj način priznata blanko neposredna primena Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, kao i njegovih odredaba koje mogu da omoguće primenu prava EU u Republici Srbiji (Vukadinović, 2010: 26–32).

5. Primena pravila EU o koncentracijama u Republici Srbiji

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju predviđa da će se svako postupanje suprotno pravilima o zaštiti konkurencije ocenjivati na osnovu kriterijuma

16 Čl. 16, st. 2. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/2006.

17 Čl. 194, st. 3. i 5. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, 98/2006. U čl. 194, st.

4. ponavlja se da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije, ali se istovremeno utvrđuje da potvrđeni međunarodni ugovori „ne smeju biti u suprotnosti“ sa Ustavom. Nije jasno zbog čega se u ovoj odredbi koristi sintagma „ne smeju biti u suprotnosti“, budući da se ona razlikuje od sintagme „moraju biti u saglasnosti“, koja se ranije upotrebljava, pa bi ovakva nedoslednost mogla u ticati na različita tumačenja Ustava. Postoji mišljenje da je reč o redakcijskom propustu, jer se sintagma „ne smeju biti u suprotnosti“ koristila u Ustavu SFRJ iz 1974. godine, u kojem je imala posebno značenje, drugačije od sintagme „moraju biti u saglasnosti“ (Marković, 2006: 37). Drugo mišljenje ukazu je na to da je moguće da se svesno pravi razlika između obaveze da propis „bude u skladu“ sa Ustavom i obaveze da propis „ne sme biti suprotan“ Ustavu, u zavisnosti od toga da li ovlašćeni organi ocenjuju da li je između navedenih propisa postoji „saglasnost“ ili ocenjuju da među njima nema „suprotnosti“ (Pajvančić, 2009: 253–254).

koji proističu iz primene pravila konkurencije koji se primenjuju u EU, naročito iz članova Ugovora o funkcionisanju EU koji regulišu restriktivne sporazume, zloupotrebu dominantnog položaja i državnu pomoć, i iz instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije EU.

Ovakva obaveza je regulisana čl. 73. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, koji predviđa da:

„1. Sledeće nije u skladu sa pravilnim funkcionisanjem Sporazuma u meri u kojoj može uticati na trgovinu između Zajednice i Srbije: (I) sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašena praksa između preduzeća, čiji je cilj ili u činak sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije; (II) zloupotreba dominantnog položaja od strane jednog ili više preduzeća na teritorijama Zajednice ili Srbije, u celini ili na njihovom značajnom delu; (III) svaka državna pomoć koja narušava ili preti da naruši konkurenciju davanjem prednosti određenim preduzećima ili određenim proizvodima.

2. Svako postupanje suprotno ovom članu ocenjivaće se na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koji se primenjuju u Zajednici, naročito iz čl. 81, 82, 86. i 87. Ugovora o EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije Zajednice [...]“

Na osnovu navedenog člana može se reći da su Komisija za zaštitu konkurencije i sudovi ovlašćeni, ali i obavezni da prilikom utvrđivanja povrede konkurencije primenjuju kriterijume koji proističu iz primene pravila konkurencije koji se primenjuju u EU i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije EU, ali samo ako je reč o ponašanjima učesnika na tržištu koja utiču na trgovinu između Republike Srbije i EU. To znači da domaći organi imaju obavezu da primenjuju ne samo pravila Republike Srbije, nego i pravo konkurencije EU na način na koji se ono primenjuje u EU, tj. da na odgovarajući način primenjuju kriterijume koji proizlaze iz pravilne primene prava konkurencije EU na ona ponašanja koja utiču na trgovinu između Republike Srbije i EU.

Međutim, ovakvo tumačenje obaveze primene prava konkurencije EU ne znači da npr. Komisija za zaštitu konkurencije može (ili da mora) direktno da primenjuje propise EU, već podrazumeva samo obavezu Komisije da propise Republike Srbije (koji bi trebalo da budu usklađeni sa propisima EU) tumači na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koji se primenjuju u EU. Član 73. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju ne predstavlja osnov za direktnu primenu propisa EU u Republici Srbiji, već samo

ukazuje na to kako se mogu tumačiti i primjenjivati propisi Republike Srbije na ponašanja učesnika na tržištu koja utiču na trgovinu između Republike Srbije i EU. Zakon o zaštiti konkurencije takođe ne predviđa direktnu primenu pravila EU u slučajevima koji mogu uticati na trgovinu između Srbije i EU, pa se može zaključiti da pravo EU nije primarni izvor prava i da nije obavezujuće za Komisiju za zaštitu konkurencije, jer Komisija primenjuje pravo Republike Srbije, dok pravo konkurencije EU „uzima u obzir“, odnosno o njemu „vodi računa“. U postupcima zaštite konkurencije Komisija stoga može, u slučaju pravnih praznina ili nejasnoća prilikom tumačenja domaćih propisa, ili kada su određena pitanja različito regulisana u pravu Srbije i u pravu EU, koristiti kriterijume koji proizlaze iz primene pravila EU (uključujući odluke Evropske komisije i sudova EU) isključivo kao pomoćno sredstvo tumačenja.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, dakle, izričito utvrđuje samo međunarodnu obavezu da se prilikom tumačenja pravila o zaštiti konkurencije Republike Srbije koriste kriterijumi EU, tj. obavezu Komisije za zaštitu konkurencije i domaćih sudova da pravila o zaštiti konkurencije tumače „u duhu prava EU“, a ne obavezu da se pravo konkurencije EU unese u pravni poredak Republike Srbije (Stanivuković, 2012: 218) ili da se pravo EU *telle-quel*e primenjuje na ponašanja učesnika na tržištu koja utiču na trgovinu između Republike Srbije i EU (Begović, Pavić, 2010: 342). O (direktnoj) primeni propisa EU moglo bi se govoriti samo u pojedinim postupcima zaštite konkurencije u kojima se mogu *de facto* primeniti oni pravni propisi EU koji sadrže kriterijume koji proističu iz primene pravila konkurencije u EU i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije EU, a na koje upućuje Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (Vukadinović, 2010: 33).¹⁸

Ovakav način primene prava konkurencije EU potvrđen je npr. u Republici Hrvatskoj, odlukama Ustavnog suda Republike Hrvatske iz 2008. i 2011. godine,¹⁹ a isti stavovi se iznose i u akademskim radovima (Rodin, 2003: 612–613; Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1283–1286). Ustavni sud Hrvatske smatra da „[...] u slučajevima u kojima se ispituje je li tržišno natjecanje narušeno, hrvatska tijela koja se bave zaštitom tržišnog natjecanja, ovlaštena su i obavezna primjenjivati kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju Europskih zajednica i iz instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije Europskih zajednica. Na taj način SSP i Privremeni sporazum obvezuju hrvatska tijela za zaštitu tržišnog natjecanja

18 Više o primeni prava konkurencije EU pred sudovima u Republici Srbiji vid. Stanivuković, 2011: 49. i dalje.

19 Odluka Ustavnog suda U-III-1410/2007; Odluka Ustavnog suda U-III-4082/2010.

da rješavajući određene slučajeve, primjenjuju ne samo hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, nego i da vode računa o odgovarajućem pravu Europskih zajednica [...] [K] riteriji, standardi i instrumenti tumačenja Europskih zajednica ne primjenjuju [se] kao primarni izvor prava, nego samo kao pomoćno sredstvo za tumačenje [...] Kada primjenjuje tako usklađeno zakonodavstvo, obveza je državnih tijela Republike Hrvatske da to čine na način kako je to slučaj u Europskim zajednicama, dakle po smislu i duhu propisa na temelju kojih je usklađivanje obavljeno [...]”²⁰

Slična tumačenja su postojala i u drugim zemljama članicama EU pre njihovog učlanjenja, u kojima su se najviši sudovi izjašnjavali povodom tzv. klauzula o harmonizaciji koje su se nalazile u sporazumima o pridruživanju ovih zemalja EU i povodom direktne primene prava EU. U Mađarskoj se izjasnio Ustavni sud i izneo stav da upravni organi u Mađarskoj ne smeju direktno da primjenjuju kriterijume koji proizlaze iz primene pravila iz čl. 85. i 86. Rimskog ugovora, a na koje upućuje Evropski sporazum, ali da Mađarsko telo za zaštitu konkurencije mora „uzeti u obzir“ navedene kriterijume prilikom tumačenja mađarskog Zakona o zaštiti konkurencije (Volkai, 1999: 12). U Češkoj su Visoki sud i Ustavni sud zauzeli stav da tumačenje češkog prava u skladu sa pravom EU ne predstavlja pogrešnu primenu prava i da nadležno telo za zaštitu konkurencije može da koristi pravo EU kao izvor tumačenja usklađenog češkog prava (Zemánek, 2007: 419; Kühn, 2005: 566–568). Poljski Vrhovni sud je takođe naglasio ovakve stavove i ukazao na to da pravo EU nema pravnu snagu u Poljskoj, ali da su upravni organi i sudovi dužni da unutrašnje propise usklađeno tumače, tj. da ga tumače na takav način da se obezbedi najveći mogući stepen usklađenosti češkog prava sa pravom EU (Kühn, 2005: 566). U Slovačkoj su sudovi različito analizirali ovo pitanje, a u početku su čak odbijali i mogućnost da se pravo EU koristi prilikom tumačenja unutrašnjih propisa (Vukadinović, 2014: 14–15; Kühn, 2005: 568–569).

Ono što, međutim, može predstavljati problem u postupcima *kontrole koncentracija* jeste to što čl. 73. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju spominje samo restriktivne sporazume, zloupotrebu dominantnog položaja i državnu pomoć (i to samo ako postoji uticaj na trgovinu između Srbije i EU), a ne govori o kontroli koncentracija. Zato je potrebno odgovoriti na pitanje da li se pravo EU može primeniti na koncentracije i, ako može, koji bi bio osnov za njegovu primenu, pošto Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju ne spominje koncentracije?

20 Odluka Ustavnog suda U-III-1410/2007, t. 6–7.

Jasno je da se primena čl. 73. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju ne odnosi na koncentracije, pa se čini da bi tumačenje po kojem bi se njegova primena proširila i na koncentracije bilo pogrešno. Zbog toga bi pravilno tumačenje ovog člana trebalo da znači da propisi EU o koncentracijama ne mogu da se direktno primene i da nisu obavezujuće pomoćno sredstvo tumačenja. Prema čl. 73, Komisija za zaštitu konkurencije i sudovi nisu dakle *obavezni* da u postupcima kontrole koncentracija koriste kriterijume koji proizlaze iz primene pravila EU o koncentracijama prilikom tumačenja domaćih propisa, odnosno u slučaju pravnih praznina. Ostaje da se vidi da li Komisija ipak *može*, odnosno da li sme kao pomoćno sredstvo za tumačenje da primenjuje kriterijume koji proističu iz primene pravila o koncentracijama koji se primenjuju u EU.

Ako se ima u vidu obaveza usklađivanja zakonodavstva Republike Srbije sa zakonodavstvom EU, koju Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju utvrđuje u čl. 72, onda se u skladu sa tom obavezom može posmatrati i mogućnost da Komisija primenjuje pravila EU u postupcima kontrole koncentracija.²¹ Pošto Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, pored obaveze usklađivanja prava konkurencije Srbije sa pravom EU, predviđa i obavezu pravilne i delotvorne primene i sprovođenja usklađenog prava, to bi onda moglo da znači da i usklađeno pravo treba primenjivati i tumačiti u skladu sa pravom EU.²² Potrebno je zato odrediti šta se podrazumeva pod „pravilnom primenom“ usklađenih propisa kako bi se utvrdila sadržina ove obaveze.

Pošto se obaveza pravilne primene odnosi na upravne i sudske organe (uključujući Komisiju za zaštitu konkurencije) i na njihovu dužnost da neposredno primenjuju usklađene propise, u akademskim radovima se izražava mišljenje da ovu obavezu treba shvatiti i kao obavezu usklađenog tumačenja propisa. Da bi se ostvarili ciljevi utvrđeni Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju, pravilna primena zahteva posebno tumačenje propisa EU i Republike Srbije, jer primeni unutrašnjih propisa prethodi njihovo tumačenje

21 Čl. 72, st. 1. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju glasi: „Strane priznaju važnost usklađivanja važećeg srpskog zakonodavstva sa zakonodavstvom Zajednice i njegove delotvorne primene. Srbija će nastojati da obezbedi postepeno usklađivanje postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Zajednice. Srbija će obezbediti da će važeće i buduće zakonodavstvo biti pravilno primenjeno i sprovedeno.“

22 Ovakvo tumačenje npr. postoji u vezi sa tumačenjem propisa o kontroli koncentracija Republike Hrvatske (Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1287).

na poseban način kako bi se obezbedio najveći mogući stepen usklađenosti sa pravom EU (Stanivuković, 2012: 216–217; Vukadinović, 2014: 3).

Ova mišljenja se mogu prihvatiti, jer nakon usvajanja usklađenih propisa propisi bi trebalo da budu pravilno i primenjeni, tj. trebalo bi da budu primenjeni onako kako se primenjuju u EU, što znači da se moraju tumačiti „po smislu i u duhu prava EU“. To bi značilo postepeno prihvatanje prakse organa EU kao sredstva tumačenja unutrašnjih propisa, zbog čega se može reći da su tumačenje i primena propisa deo sveobuhvatnog postupka usklađivanja prava Republike Srbije sa pravom EU. Na ovaj način se moraju primenjivati i pravila o kontroli koncentracija, pošto se i ona usklađuju sa pravom EU, pa bi ih trebalo tumačiti u skladu sa pravilima EU. Ovakvo tumačenje bi, međutim, bilo moguće pod uslovom da se radi o popunjavanju pravnih praznina koje nije u suprotnosti sa izričitim rešenjima Zakona o zaštiti konkurencije i koje odgovara duhu prava Republike Srbije.

Imajući u vidu nepostojanje određenih pravila o kontroli koncentracija u Srbiji, obaveza usklađenog tumačenja može biti korisna za Komisiju za zaštitu konkurencije i sudove u Srbiji, budući da se tom prilikom mogu koristiti propisi EU o kontroli koncentracija, kao i evropska praksa, odnosno odluke Evropske komisije, Suda pravde (nekada Evropskog suda pravde) i Opšteg suda (nekada Prvostepenog suda) koje pružaju odgovore na brojna moguća pitanja u praksi. Komisija za zaštitu konkurencije ovakvu mogućnost već koristi, što se vidi iz njenih pojedinih odluka u kojima je prilikom ocene koncentracija koristila kriterijume koji postoje u pravu EU. Npr. prilikom ocene koncentracije u slučaju *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines*, Komisija je razmatrala primenu argumenta društva u finansijskim teškoćama na koji su se učesnici u koncentraciji pozvali, i tom prilikom se rukovodila praksom koja postoji u EU i pridržavala uslova koji su utvrđeni u Smernicama EU za ocenu horizontalnih koncentracija, iako u svojoj odluci to nije izričito navela.²³

Međutim, primena usklađenih propisa na navedeni način može stvoriti određene nedoumice i teškoće u praksi, budući da organi koji primenjuju propise (posebno sudovi) ne mogu uvek znati da li su određene odredbe u unutrašnjem pravu rezultat usaglašavanja sa pravom EU, odakle vode poreklo. Pored toga, takve odredbe je potrebno tumačiti „u duhu prava EU“, pa se postavlja pitanje kako će se znati koje je tumačenje tih propisa „pravilno“

²³ Slučaj *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines AG* [2009]. Više o evropskoj praksi u primeni argumenta društva u teškoćama vid. Rakić, 2011: 289–313; Butorac Malnar, Pecotić Kaufman, 2011: 1267–1271.

(Stanivuković, 2012: 217). Kako bi se umanjili rizik od neujednačenog tumačenja u praksi i pravna nesigurnost, čini se da bi zbog toga bilo veoma korisno da Komisija za zaštitu konkurencije ipak donese posebna uputstva ili smernice za sprovođenje Zakona o zaštiti konkurencije kojima bi detaljno uredila brojna pitanja u vezi sa koncentracijama, a u koje bi se mogla uneti rešenja EU.²⁴ Time bi se značajno doprinelo pravnoj sigurnosti, budući da bi bili utvrđeni jasni kriterijumi za ocenu koncentracija i primenu Zakona, odnosno za postupanje Komisije prilikom sprovođenja Zakona.

Izrada posebnih smernica i uputstava, posebno u oblasti kontrole koncentracija, opravdano se smatra važnom preporukom za unapređenje politike zaštite konkurencije u zemlji (Ristić, Mijušković, 2012: 75–76), jer se na taj način umanjuje regulatorni rizik – rizik koji je zasnovan na neizvesnosti u pogledu propisa, neizvesnosti njihove promene ili, najčešće, neizvesnosti u pogledu njihove primene i konkretnih odluka državnih tela (Begović, Pavić, 2009: 74). Neprecizne zakonske odredbe i nejasni pravni standardi pružaju široke interpretativne mogućnosti, što utiče na stvaranje, odnosno uvećavanje regulatornog rizika, pa bi u tom pogledu ovaj rizik trebalo što više umanjiti donošenjem posebnih smernica ili uputstava.

6. Zaključak

Propisi EU o kontroli koncentracija mogu se koristiti u Republici Srbiji ukoliko se njihovim tumačenjem obezbeđuje „delotvorna i pravilna primena“ onih pravila Republike Srbije koja su rezultat usklađivanja unutrašnjeg prava sa pravom EU, u skladu sa Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju. Prilikom odlučivanja o dozvoljenosti koncentracije, Komisija za zaštitu konkurencije i sudovi ne mogu direktno da primenjuju pravila EU o koncentracijama, ali mogu da ih koriste kao izvor tumačenja postojećih i budućih propisa Republike Srbije koja se usklađuju sa pravom EU. Time se istovremeno ispunjava međunarodna obaveza Republike Srbije da obezbedi usklađivanje unutrašnjih propisa sa pravom EU i delotvornu i pravilnu primenu tako usklađenih propisa.

Ipak, u okviru procesa pristupanja Srbije EU, usklađivanje propisa o kontroli koncentracija i njihovo usklađeno tumačenje prvenstveno treba posmatrati u cilju poboljšanja zaštite konkurencije na tržištu, a ne samo kao deo

24 Jedna od nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije jeste da donosi uputstva i smernice za sprovođenje Zakona o zaštiti konkurencije (Čl. 21, st. 1, t. 5. Zakona o zaštiti konkurencije, *Sl. glasnik RS*, 51/2009, 95/2013).

sveobuhvatne harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU i kao uslov za ućlanjenje u EU. Zaštita konkurencije je jedan od najvažnijih uslova za razvoj tržišne privrede u zemlji, tako da usklađivanje sa pravom EU treba da unapredi ovu zaštitu, a ne da bude formalno ispunjavanje određene obaveze ili posledica „nametanja“ određene politike zaštite konkurencije. To znači da je bitno da se mogućnost usklađenog tumačenja iskoristi za unapređenje zaštite konkurencije na tržištu, jer je to jedan od načina da se uspostavi efikasno tržište koje će omogućiti ostvarivanje ekonomske efikasnosti i uvećanje društvenog blagostanja.

Literatura

Begović, B., Pavić, V. (2009). Jasna i neposredna opasnost: prikaz novog Zakona o zaštiti konkurencije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2 (LVII). 70–88

Begović, B., Pavić, V. (2010). Jasna i neposredna opasnost II: čas anatomije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2 (LVIII). 337–354

Besarović, V. (2006). Pravo konkurencije Republike Srbije u novim zakonskim okvirima. U M. Vasiljević (Ur.), *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića* (str. 112–124). Beograd: Pravni fakultet/Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore

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

Vukadinović, R. (2014). *O obavezi domaćih sudova i upravnih organa da tumače i primenjuju pravo EU*. 15. Zimska škola evropskog prava. <http://www.pravo.eu.org/zimska-skola-ep/xv-zsep.html>, pristup 4.6.2014.

Vukadinović, R. D. (2010). Ustavni okvir harmonizacije domaćih propisa i neka pitanja direktne primene Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. U D. Dimitrijević i B. Miljuš (Prir.), *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske Unije* (str. 21–36).

Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu/Hans Zajdel
Fondacija

Vukadinović, R. D. (2009). Upotreba i zloupotreba harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU. U N. Stojanović i S. Golubović (Ur.), *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive*. Sveska 1. (str. 1–19). Niš: Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije

Vukadinović, R. D. (2009). Some Critical Remarks Concerning the Act on the Protection of Competition of the Republic of Serbia. *Revija za evropsko pravo*. 1–3 (XI). 65–90

Zakon o zaštiti konkurencije. *Službeni glasnik RS*. Br. 51 (2009), 95 (2013)

Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge. *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 83 (2008)

Zemánek, J. (2007). The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law. *European Constitutional Law Review*. 3(III). 418–435

Jovanović, N., Marković-Bajalović, D. (2005). Osvrt na Zakon o zaštiti konkurencije. *Pravo i privreda*. 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

Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2 (LIV). 5–46

Marković-Bajalović, D. (2009). U susret novom Zakonu o zaštiti konkurencije. U N. Stojanović i S. Golubović (Ur.), *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive*. Sveska 2. (str. 455–481). Niš: Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-1410/2007, od 13. februara 2008. *Narodne novine*. Br. 25 (2008)

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-4082/2010, od 17. februara 2011. *Narodne novine*. Br. 28 (2011)

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

Rakić, I. (2011). Praksa Evropske komisije i Suda pravde u primeni argumenta društva u finansijskim teškoćama u postupku kontrole koncentracija. *Strani pravni život*. 1. 289–314

Ristić, B., Mijušković, V. (2012). Preporuke za unapređenje politike zaštite konkurencije u Srbiji na osnovu dosadašnjih iskustava i uporedne analize više zemalja. *Kvartalni monitor*. 31. 66–81

Rodin, S. (2003). Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Evropske zajednice i Republike Hrvatske. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 3–4. 591–613

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

Slučaj *Deutsche Lufthansa AG/ Austrian Airlines AG*, 6/0-02-114/09, odluka Komisije za zaštitu konkurencije od 17. jula 2009. godine

Stanivuković, M. (2012). Pravo Evropske unije i sudovi u Srbiji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1. 203–221

Stanivuković, M. (2011). Primena odredaba Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. *Revija za evropsko pravo*. 1 (XIII). 49–64

Ivana Rakić, LLM
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

Miloš Prica, *master
Asistent Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Nišu

naučna kritika

UDK: 502/504:34

Rad primljen: 01.10.2014.
Rad prihvaćen: 20.10.2014.

O POJMU I PRAVNOM KARAKTERU ODRŽIVOG RAZVOJA: DA LI POSTOJI EKOLOŠKO PRAVO?*

*„Tajna diplomatija javnih vlastodržaca je
bezazlena igra u poređenju s javnom
diplomacijom koju vode tajni vlastodršci
i njihovi agenti.“*

Karl Šmit

Apstrakt: *Budući da se sadržajna i terminološka višeznačnost ideje održivog razvoja rasprostiru od okvira jedne zasebno posmatrane društvene delatnosti do najviše zamislive ukupnosti koja se čovečanstvom naziva, u prvome delu članka izlažu se pojam, opseg i legitimitet ideje održivog razvoja. Zatim se analizuju međunarodnopravna legislativa i judikatura o zaštiti životne sredine, na temelju čega će načelo održivog razvoja biti sagledano na tromeđi ekološke politike, prava i ideologije. Naše je mišljenje da ideja održivog razvoja na međunarodnom planu nije zadobila rang i domašaj pravnog načela, niti je uspostavljen sistem ekološkog prava u normativnom smislu. S druge strane, činjenica da načelo održivog razvoja u unutardržavnom pravu nije ukorenjeno u judikaturi niti u pravnoj svesti, navela nas je da utvrdimo njegovo svojstvo čisto deklarativnog – više ideološkog, nego pravnog – načela. S tim u vezi, u članku se izlažu pojam i klasifikacija pravnih načela, kao i neophodne pretpostavke za oblikovanje regulativnog pravnog*

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

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

Rad je saopšten na naučnom skupu „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske Unije“, koji je održan 16. maja 2014. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

karaktera načela održivog razvoja. Osim toga, kritički je sagledano shvatanje poslanika pravne nauke o ekološkom pravu kao grani pravnog sistema. Ovaj članak predstavlja prvi deo naše rasprave o održivom razvoju. Raspravu o održivom razvoju nastavićemo objavljivanjem drugog članka, pod nazivom: „O ciljevima i zbiljskoj utemeljenosti održivog razvoja na početku 21. veka“.

Ključne reči: *održivi razvoj, čovečanstvo, ekološko pravo, ekološka politika, pravna načela, ideologija, grana pravnog sistema, elita krupnog finansijskog kapitala, umeće vladanja, solidarna pravda.*

1. Postavljanje problema

Načelo održivog razvoja sazđano je u trouglu ekonomske, socijalne i ekološke politike, kao rezultat nastojanja da se u procesu razvoja čovečanstva ostvari sklad između ekonomije i ekologije, radi ostvarivanja međugeneracijske solidarnosti. Iz predočenog proishodi osnovno, i za potrebe ovoga rada određujuće, poimanje održivog razvoja kao progresa (blagostanja) zasnovanog na dugoročno zdravoj životnoj sredini i usmerenog jednako ka potrebama sadašnjih i budućih generacija. Široku poznatost ideja održivog razvoja stekla je kao rukovodeće načelo politike zaštite životne sredine, u sledstvu nastojanja da se obuzda mahinito razaranje prirodnih resursa, nastalo kao posledica težnje za ostvarivanjem ekonomskog bogatstva.

Međutim, po svom opsegu ideja održivog razvoja itekako nadilazi granice ekološke politike i ekološkog prava, u toj meri da postoje izvesna uža i šira poimanja u odnosu na predočeno osnovno značenje održivog razvoja. Zapravo, sadržajna i terminološka višeznačnost ideje održivog razvoja rasprostiru se od okvira jedne zasebno posmatrane društvene delatnosti do najviše zamislive ukupnosti koja se čovečanstvom naziva. Imajući to u vidu, kad god se istakne pretenzija ka dugoročno organizovanom i svrhovitom ljudskom delanju, održivi razvoj se pojavljuje kao standard poželjne srazmere između teleologije, resursa i tehnike.

U skladu sa tim, uže značenje ideje održivog razvoja pristaje zasebno posmatranim društvenim delatnostima, u kojima „održivost“ bitiše kao otelotvorenje vlastitog dugotrajnog funkcionisanja. Tako se danas govori o održivom saobraćaju, održivom turizmu, održivom sistemu besplatne pravne pomoći itd. Spram pomenutih delatnosti valja imati u vidu korišćenje izvesnih sličnih izraza. Primerice, u pravnoj književnosti se uobičajio izraz

„održivo upravljanje“, kao ekonomsko-upravni standard svojstven, kako privrednim subjektima (npr. preduzećima), tako i različitim teritorijalno-političkim zajednicima (npr. lokalnoj samoupravi). Saobrazno tome, mogli bismo reći da se u dotičnim slučajevima održivi razvoj javlja kao najviša tačka strategijskog ekonomsko-upravnog upravljanja. Odavde se vidi da se održivi razvoj može sagledavati nezavisno od ekologije, kao pojam čisto ekonomske politike i ekonomske nauke.¹ Dakako, sasvim je opravdano i razmatranje održivog razvoja u čisto ekološkoj ravni, i to u vidu „održivog korišćenja“ postojećih prirodnih resursa, nevezano sa njihovim eventualnim privrednim iskorišćavanjem (npr. održivo korišćenje vode, održivo korišćenje energije, održivo korišćenje ribljeg fonda i sl.).²

S druge strane, šire značenje ideje održivog razvoja očituje se u sadejstvu njegove ekonomske, ekološke i socijalne dimenzije, sledstveno čemu osnovno značenje održivog razvoja može voditi čak do pojma globalne međunarodne politike u svom totalitetu. Važno je ustanoviti da se socijalni supstrat održivog razvoja ne može ograničiti samo na obuzdavanje nekontrolisanog trošenja prirodnih resursa, u cilju zaštite interesa budućih pokolenja. Baš naprotiv, u sagledavanju održivog razvoja – njegovog legitimiteta – treba poći od najugroženijih vrednosti u životu sadašnjih generacija (iskorenjivanja gladi i bede, socijalne sigurnosti, socijalne pravde, milosrđa), da bi se uopšte moglo postaviti pitanje međugeneracijske solidarnosti.

Veoma je važno imati u vidu da je legitimitet održivog razvoja determinisan vrednosnom utemeljenošću ljudskog delanja, a prevashodno etičkom zasnovanošću tehnike vladanja, kako u ravni državne vlasti, tako i spram globalnog međunarodnog političkog poretka. Sledstveno tome, u traganju za

1 Valja imati u vidu i postojeća mikroekonomska razmatranja u kojima na neki način prebiva sintagma „održivi razvoj“ (npr. održiva proizvodnja, održivi transport, održiva prodaja itd.).

2 Pravna književnost beleži da je geneza ekološke dimenzije načela održivog razvoja predstavljala pu t od početnog zalaganja za održanjem samo kvantitativnog nivoa prirodnih resursa, preko kasnije istaknu te potrebe za očuvanjem kvantitativnog nivoa prirodnih resursa, da bi se na kraju obu hvat proširio zalaganjem za zaštitu i stvorenih vrednosti. U jezičkome smislu, to je bio put od načela održanja do načela održivog razvoja (Palačković, 1998: 266). Osim toga, danas se govori i o razvoju samih prirodnih resursa, pod kojim se, pored očuvanja kvantitativnog i kvalitativnog nivoa postojećih prirodnih resursa, podrazumeva otkrivanje i stvaranje novih resursa kao rezultat razvoja prirodnih i tehničkih nauka. O genezi i razvoju teorije održivog razvoja videti (Blagojević, Marinić, 2009: 23-30).

uzrocima postojeće svekolike krize valja poći od etike, to jest od činjenice da trenutni pluralističko-sekularizovani proces globalizacije iskazuje krajnju netrpeljivost prema Bogu i hrišćanskom moralu. Štaviše, za celi misaoni tok naše rasprave ključnom će se pokazati misao o moralnom i duhovnom sunovratu čovečanstva, kao određujućem razlogu za buktanje globalne krize današnjice.³ Razlog tome je materijalističko-potrošačka ideologija elite krupnog finansijskog kapitala, iz koje se rađa i raste antagonizam čoveka prema sebi, prirodi i ljudima. Otuda proizlaze postojeći gorući problemi čovečanstva (siromaštvo, nekontrolisano širenje nuklearnog oružja, ugrožavanje životne sredine i dr.), sa trendom samouništenja koji se zasigurno ne može odagnati bez ustanovljavanja države, društva i međunarodnog poretka koji su moralnog lika, izraženog u ideji opšteg dobra.

No uspostavljanje takvog poretka, čak i da je zbilja moguće, samo po sebi nije garancija da bi se mogao promeniti razarački odnos čoveka prema prirodi, kao što nije realno očekivati da će materijalističkopotrošačko stremljenje čoveka eo ipso iščeznuti. U datim okolnostima nije utemeljeno ni očekivanje da bi odnos čoveka prema sebi i svome okruženju mogla preobratiti spoznaja o mogućim posledicama sopstvenog destruktivnog delanja. Sve u svemu, od čoveka 21. veka teško da se može očekivati da bude pokretač sopstvenog moralnog i duhovnog preobražaja, a ostaje da se vidi u kojoj meri talas duhovne i moralne obnove čovečanstva može podići priroda sama.⁴

3 Dokle je „imati“ izraz materijalnog, dotle je „biti“ izraz duhovnog. Cilj prvog je novac, a u središtu potonjeg je ličnost. Ideologija globalizma ide za tim da ubedi čoveka da je materijalističko stremljenje važnije (životnije) u odnosu na duhovno čovekovo uzdizanje (usavršavanje u vrlini). Pritom, suština je u tome da oblikovanje materijalističko-potrošačkog ljudskog društva predstavlja neophodan uslov za efikasnu oplodnju krupnog kapitala. S teleološke tačke gledišta, Velimirović veli: „Tehnikom se menja odnos čoveka prema prirodi, a nikako prema čoveku i prema Bogu. Ko drukčije misli taj ceniti stvari više nego ličnosti a prašinu više nego duh. Jeziva tragedija našeg vremena sastoji se u ratu između ljudi i Boga. Bog hoće da uzdigne ličnosti ljudi nad nemuštim stvarima, dok ljudi hoće da utope i svoju i Božiju ličnost ustvari izjednače sa stvarima. Mnogi spiritualni i moralni mališani prave od moderne tehnike idola kome se oni klanjaju, i pozivaju sve narode da tome idolu prinose žrtve, što nesrećni narodi prisiljeno čine! Te kolike žrtve, te koliku krv! Ko je gluv a ne čuje kako etika glasnije od topova viče našem pokololjenju: Ne tim pu tem, ljudi? Taj pu t vodi u Zemlju Nedodiju.“ (Velimirović, 2011: 39).

4 „Znam da je strašno ono što ću reći – ja taj i takav potres vidim, paradoksalno naizgled, i u jednom nuklearnom ratu. Jer se nuklearni rat jedini od svih neće osloniti na ljude, on će pokrenuti i prirodu. U tome ratu u čestvovaće i priroda. Promeniće se klima, razbesniti vode i zemlje, umrijeti deo atmosfere, i možda, mada kasnije, biološki `poludeti` preostala flora i fauna. Svet će biti drukčiji, pa

Okolnost da ideja održivog razvoja u međunarodnom pravu egzistira više od četrdeset godina, sa pratećim nezanemarljivim obimom ekološke pravno-književne građe, već naoko bi vodila očekivanju da će čovečanstvo u treći milenijum ući sa razvijenom ekološkom svešću i etabliranim pravnim garantijama zdrave životne sredine. Kako onda objasniti da su na početku 21. veka ekološki problemi u toj meri narasli da su čovečanstvu obznanjene dramatično nepovoljne procene o daljem opstanku i razvoju? Do ovog složenog i suštinskog pitanja pravna nauka gotovo da ne doseže, naposljetku ne i zbog slepog pridržavanja pravnog pozitivizma. Ali traganje za istinom pravnu nauku obavezuje da razluči pravo od politike, to tim pre što se spram zaštite životne sredine prepliću ideologija, politika i pravo. Zbog svega toga, spoznaja pravnog karaktera ideje održivog razvoja nije ostvariva bez uviđanja i razumevanja razlike između ekološke politike i ekološkog prava.

Uprkos velikom mnoštvu pravno-književne građe o zaštiti životne sredine, vrlo su retki radovi o pravnom karakteru ideje održivog razvoja, osobito u kontekstu odnosa između ekološke politike i prava. Uz to, u pravnu književnost je prodrlo shvatanje o ekološkom pravu kao grani pravnog sistema, u sledstvu kojeg je ideji održivog razvoja po sili te činjenice priznat karakter pravnog načela, što je po sebi dokaz duboke krize pravne misli, zarobljene prostim normno-funkcionalnim datostima razmatranih pojmova.

Imajući sve to u vidu, valja sagledati važeću građu međunarodnog i unutardržavnog prava o zaštiti životne sredine kako bi se videlo da li je načelo održivog razvoja zadobilo rang i domašaj pravnog načela (osnov postanka prava), što će ujedno biti i odgovor na pitanje o postojanju ekološkog prava u normativnom i pojmovnom smislu. Sem toga, razmatranje procesa institucionalizacije ideje održivog razvoja na međunarodnom planu navešće nas da ustanovimo postojanje „pravne ideologije“ – kao tehnike vladanja tajnih vlastodržaca – pod kojom podrazumevamo proklamovanje određenih

će i preostatak čoveka morati drukčiji biti. Možda će tek na ruševinama svoje grandiozne pogreške naći put koga je zatrpao svojim lakim i naopakim izborom. Možda će promeniti nešto u prirodi, morati da promeni svoju razaračku funkciju. Možda će drugi početak (ili ko zna koji) biti bolji. Najzad, valjda postoji i za naše postojanje i neki bolji razvoj od samouništenja.“ (Marković; 2013: 13). Dodajmo ovde da je ipak izvesnije da će se čovečanstvo u tekućem milenijumu suočiti sa perfidnim biološkim ratom izraženim u obliku sintetičkih veštačkih virusa, što bi moglo izazvati razorne demografske posledice. Osim toga, valja imati u vidu i to da naučno-tehnološka postignuća već danas omogućavaju izvesno usmeravanje kretanja prirodno-klimatskih procesa, pa ostaje da se vidi šta će čovečanstvu u tom pogledu doneti dolazeće decenije 21. veka.

čovečanstvu dopadljivih ciljeva u formi akata bez jasne normativne sadržine i bez delotvornih pravnih učinaka.

Razmatranje o pojmu i pravnom karakteru održivog razvoja predstavlja prvi deo naše rasprave o održivom razvoju. Kako sagledavanje održivog razvoja ne bi ostalo nedovršeno i bez pravog značenja, raspravu o održivom razvoju zaokružićemo objavljivanjem članka, pod nazivom:

„O ciljevima i zbiljskoj utemeljenosti održivog razvoja na početku 21. veka“, u kome ćemo izložiti ekološku, ekonomsku i socijalnu dimenziju održivog razvoja naspram sistema neoliberalnog globalizacijskog kapitalizma (imperijalizma), sa posebnim osvrtom na tehniku vladanja tajnih vlastodržaca.

2. Održivi razvoj u međunarodnoj legislativi i međunarodnoj judikaturi

Definicije održivog razvoja u izvorima međunarodne pravne legislative iscrpno su prikazane u srpskoj pravnoj književnosti (Palačković, 1998: 264-277; Dudaš, 2013: 377-390; Tubić, 2013: 391-411; Vučić, 2013: 359-372). No i da nije tako, mi ovde ne bismo navodili sve postojeće definicije održivog razvoja, već samo njihove tipične karakteristike. Razlog tome nije toliko u našoj vezanosti obimom rasprave, koliko je u činjenici da su sve dotične definicije održivog razvoja pravno ništa ne kazujuće.

Sadržina načela održivog razvoja kontinuirano se dopunjavala i menjala. Razvoj ideje održivog razvoja na međunarodnom planu predstavlja put od „prvobitnog značenja u smislu potrebe za očuvanjem kvantitativnog nivoa prirodnih resursa, uz dopunu načelom unapređenja, da bi načelo u pitanju dobilo savremeno značenje preko pojma održivi razvoj“ (Palačković, 1998: 269). Uopšte uzev, nastanak održivog razvoja kao načela politike zaštite životne sredine vremenski korespondira sa naprasnim pridavanjem globalnog međunarodnog publiciteta potrebi zaštite životne sredine, do čega je došlo početkom 70-ih godina 20. veka. Već na Konferenciji Ujedinjenih Nacija o čovekovoj sredini iz 1972. godine u Štokholmu, održivi razvoj se implicite zagovara. U tada usvojenoj Deklaraciji položen je kamen temeljac za izgradnju pravne konstrukcije ideje održivog razvoja: „Zaštita i unapređenje čovekove okoline je bitno pitanje koje pogađa dobrobit svih ljudi i ekonomski razvoj u čitavom svetu, to je želja svih ljudi na svetu i dužnost svake vlade. Prirodni resursi, voda, vazduh, zemlja, flora i fauna moraju, pažljivim planiranjem, biti zaštićeni radi dobrobiti sadašnjih i budućih generacija.“ (Lilić, Drenovak, 2010: 86.).

Može se slobodno reći da je održivi razvoj kao ideja svoje puno međunarodno priznanje doživeo na Konferenciji Ujedinjenih Nacija o životnoj sredini i razvoju održanoj 1992. godine u Rio de Žaneiru.⁵ U tom smislu, Rio deklaracija za svoje polazište uzima sledeću proklamaciju: „U cilju da se postigne održivi razvoj zaštita životne sredine će činiti integralni deo procesa razvoja i ne može biti razmatrana izolovano od njega“. (Tubić, 2013: 394).

Ipak, najveći uticaj na tokove misli poslenika pravne nauke u pogledu definisanja održivog razvoja izvršio je Izveštaj Svetske komisije za životnu sredinu i razvoj⁶, koji je široku poznatost stekao upravo zahvaljujući definiciji održivog razvoja. U pomenutom Izveštaju održivi razvoj je definisan isključivo na osnovu ciljne komponente, kao „razvoj koji obezbeđuje da se zadovolje potrebe sadašnjosti, bez ugrožavanja mogućnosti budućih generacija da zadovolje svoje potrebe“. Predočeno poimanje održivog razvoja uticaće da se docnije rasprave o pojmu održivog razvoja najvećma usresrede na pitanje međugeneracijske solidarnosti.

Važi pravilo da definicije održivog razvoja u dokumentima Ujedinjenih nacija obuhvataju samo pojedine aspekte životne sredine (klimatske promene, biodiverzitet, prekogranični otpad i sl.) i sve one, bez izuzetka, imaju opšti proklamativni karakter, bez iole normativnih sastojaka. Pri tome, niti u jednom aktu međunarodnog prava nije dato merilo na osnovu kojeg bi se pojedine delatnosti mogle kvalifikovati kao oblici razvoja kojim se ugrožava međugeneracijska solidarnost, odnosno nije određen kriterijum za utvrđivanje nesrazmere između ekonomije i ekologije. Štaviše, u dokumentima Ujedinjenih nacija uopšte nisu definisani konkretni ciljevi niti mere za ostvarivanje održivog razvoja.⁷ Uz to, održiv razvoj nije ukorenjen u međunarodnopravnoj

5 Konferencija Ujedinjenih nacija o zaštiti životne sredine i razvoju, održana juna 1992. godine u Rio de Žaneiru najveći je međunarodni skup u oblasti životne sredine. Njenom radu prisustvovalo je oko 10000 zvaničnih predstavnika iz 172 zemlje, od 178 tadašnjih članica Ujedinjenih nacija (Lilić, Drenovak, 2010: 87-94).

6 Izveštaj je objavljen 1987. godine pod nazivom „Naša zajednička budućnost“.

7 O definicijama održivog razvoja u dokumentima Ujedinjenih nacija videti kod: Vučić, 2013: 361-368; Tubić, 2013: 395. Pažnje je zaslužna definicija održivog razvoja iz Deklaracije o principima međunarodnog prava koji se odnose na održivi razvoj, usvojene u Nju Delhiju 2002. godine, od strane Udruženja za međunarodno pravo: „Cilj održivog razvoja je sveobuhvatan i integrisan pristup ekonomskim, društvenim i političkim procesima, koji ima za cilj održivo korišćenje Zemljinih prirodnih resursa i zaštitu životne sredine od koje zavisi život prirode i čoveka, kao i društveni i ekonomski razvoj, i koji nastoji da ostvari pravo svakog čoveka na odgovarajući životni standard na osnovu njegovog aktivnog, slobodnog i smislenog

judikaturi, ni kao neposredni pravni osnov niti kao deo pravnog shvatanja koje zauzimaju sudske ili kvazisudske institucije.⁸ Činjenicom da održivi razvoj nije ukorenjen ni u pravnoj svesti odriče se mogućnost njegovog etabliranja u obliku nepisane norme, a odsustvo pravne svesti isključuje bilo kakvu mogućnost da subjekti prava svoje vlastite odnose uglave saobrazno pravilima koja nemaju obavezujući karakter. Sve u svemu, zbog nepostojanja normativne sadržine i usled neutemeljenosti u judikaturi i pravnoj svesti, nije teško zaključiti da održivi razvoj nije dosegao svojstvo načela međunarodnog prava.

Povrh svega toga, akti Ujedinjenih nacija o životnoj sredini najvećma nemaju pravno-tehničku strukturu; rečju, ne samo da ne sadrže pravila obavezujućeg karaktera, već ne sadrže pravila uopšte, čak ni u formi preporuka. S druge strane, značaj konvencija u kojima se izrično predviđaju obaveze država umanjuje se putem ublažavajućih formulacija u samome tekstu (npr. „u meri u kojoj je to moguće“) ili se pak obavezujući karakter relativije time što izostaje akt ratifikacije od strane države velikog geopolitičkog uticaja.⁹ Imajući sve ovo u vidu, postojeća međunarodnopravna regulativa o ekološkom pravu nije ništa drugo do oranica u pesku.

S tačke gledišta poretka Evropske unije, valja obratiti pažnju na teleologiju i pravni karakter održivog razvoja.

Do institucionalizacije ideje održivog razvoja u poretku Evropske unije doći će tek sa Ugovorom iz Amsterdama, koji održivi razvoj proklamuje ciljem Evropske unije, ali ne pristupa njegovom definisanju. Sva docnija

u češća u razvoju i pravičnoj raspodeli koristi koje iz tog razvoja slede, imajući u vidu i interese i potrebe budućih generacija. (Vučić, 2013: 363).

8 Ne može biti govora o tome da je jedan pojam (načelo) ukorenjen u judikaturi, ukoliko se samo pominje u raspravi koja se odvija pred odgovarajućim sudom.

9 Pravo ogledalo legislative Ujedinjenih nacija o životnoj sredini predstavlja Kjoto protokol, koji je potpisan 1997. godine, uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama, sa ciljem smanjivanja tzv. antropogene emisije gasova koji izazivaju efekat staklene bašte. Da bi stupio na snagu bilo je potrebno da ga ratifikuje najmanje 55 država i da države koje su ga ratifikovale čine najmanje 55% zagađivača, što se dogodilo tek 2005. godine. Protokol u pitanju predvideo je obavezu država na redukciju emisije ugljen-dioksida za 5.2% do 2012. u odnosu na nivo emisije iz 1990. godine. Sjedinjene Američke Države nisu ratifikovale Protokol, a ne mali broj država i pored ratifikacije nisu postupile saobrazno predviđenoj obavezi redukcije emisije gasova. Na koncu, kako su obaveze iz Protokola bile oročene zaključno sa 2012. godinom, u međuvremenu nije usvojen akt kojim bi se uredilo pitanje redukcije antropogene emisije gasova (vidi o tome: Lilić, Drenovak, 2010: 94-97).

regulativa Evropske unije naspram održivog razvoja značila je i iskorak napred, ali i korak unazad. Pada u oči činjenica da Lisabonska strategija ne ubraja održivi razvoj među ciljeve Evropske unije, kao i to da se njome vizija razvoja Evropske unije najvećma vidi kao ekonomski progres.¹⁰ Evropski savet će godinu dana kasnije na zasjedanju u Geteborgu usvojiti Strategiju, u kojoj će zaštitu životne sredine i održivi razvoj proglasiti ciljem Evropske unije, ali bez jasnog određenja sadržine i značenja održivog razvoja. Jako je znakovito to da će kasnije preduzeti koraci u pravcu instucionalizacije održivog razvoja, s jedne strane, značiti korak napred u pravcu utvrđivanja jasnije sadržine održivog razvoja, ali će se zato, s druge strane, u tom preciziranju sadržine i ciljeva održivog razvoja uočiti vraćanje unazad, nedvosmislenim potvrđivanjem prevashodstva ekonomske nad ekološkom dimenzijom održivog razvoja.

Proklamacije održivog razvoja u aktima Evropske unije imaju sintetički karakter,¹¹ a sadržina održivog razvoja, pri tome, nije utvrđena u primarnim i sekundarnim izvorima Evropske unije (Dudaš, 2013: 377). Sledstveno tome, održivi razvoj se pojavljuje kao deo sadržine političkih akata Evropske unije, a njihova osnovna svrha nije u opredeljivanju neposrednih pravnih u činaka, već zapravo u određivanju okvira političkog delanja. U tom smislu pažnje je zaslužna Strategija održivog razvoja iz 2006. godine, imajući u vidu da se njome propisuju ciljevi održivog razvoja. To su: zaštita životne sredine, društvena jednakost i kohezija, ekonomsko blagostanje i međunarodni angažman Evropske unije (Dudaš, 2013: 381). Osim toga, u tekstu pomenute Strategije

10 U Lisabonskoj strategiji, usvojenoj na Evropskom savetu održanom u Lisabonu 2000. godine, kao cilj Evropske unije u tvrđeno je da u periodu od narednih deset godina postane najkonkurentnija i najdinamičnija privreda sveta zasnovana na znanju, koja je sposobna da ostvari održivi ekonomski rast s najvećom stopom zaposlenosti, kao i snažnu ekonomsku i socijalnu koheziju.

11 U važećem Ugovoru o Evropskoj uniji se kaže da održivi razvoj počiva na uravnoteženom ekonomskom rastu i stabilnosti cena, visoko konkurentnoj socijalnoj tržišnoj privredi, čiji je cilj puna zaposlenost i društveni napredak, kao i visok nivo zaštite i poboljšanja kvaliteta životne sredine. (Dudaš, 2013: 378). Uz to, u važećem Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije propisano je da politika zaštite životne sredine Evropske unije doprinosi očuvanju, zaštiti i poboljšanju kvaliteta životne sredine, zaštiti zdravlja ljudi, obazrivom i racionalnom korišćenju prirodnih resursa, kao i rešavanju regionalnih ili globalnih problema životne sredine, a naročito podsticanju mera u borbi protiv klimatskih promena (Dudaš, 2013: 379).

predočavaju se 10 osnovnih načela¹² i 7 izazova,¹³ koji pred Evropskom unijom stoje kao ogledalo njene sadašnjosti i budućnosti. Sve ovo nesumnjivo potvrđuje podizanje pažnje i značaja u pravcu zaštite životne sredine – poglavito u smislu kvaliteta neposrednog okruženja u kome se odvija svakodnevni život ljudi, ali to po sebi nije garantija u korist ekološke dimenzije održivog razvoja, a tek nikako njegovog pravnog karaktera. S tim u vezi, znakovito je pomenuti da je Evropski savet 2003. godine objavio četrnaest indikatora održivog razvoja, međ kojima se samo jedan direktno odnosi na životnu sredinu; reč je o antropogenoj emisiji gasova (Dudaš, 2013: 383).

Kada se pitanje sagledava s čisto pravne tačke gledišta, belodano je da održivi razvoj u pravnom poretku Evropske unije nije dosegao nivo pravnog načela. U pravnoj književnosti je istaknuto da se načela zaštite životne sredine u poretku Evropske unije dele na načela koja određuju ciljeve zaštite životne sredine (tzv. načela politike životne sredine) i načela koja izražavaju neposrednu (pravnu) operacionalizaciju definisanih ciljeva (tzv. načela sprovođenja zaštite životne sredine).¹⁴ No, prateći smisao istaknute podele ne bi valjalo zaključiti da načelo održivog razvoja u pravnologičkom smislu ne može imati karakter pravnog načela, jer kao što ćemo docnije izložiti, ukorenjenost u judikaturi pravno načelo može ostvariti i kada nema svojstvo neposrednog pravnog osnova za rešavanje pravnih stvari.

Ovde je osobito važno imati u vidu da iza pravnih načela, kao izvora prava u pravnom poretku Evropske unije, stoji postojana i snažna tradicija sudskog pravnog stvaralaštva, iznedrena u judikaturi Suda pravde Evropske unije; judikatura koja je u pitanju nije samo ocena ili potvrda pravnog karaktera propisanih načela, već ne retko ona

12 To su: u napređenje i zaštita osnovnih ljudskih prava, među generacijska solidarnost, otvoreno i demokratsko društvo, u češće građana u odlu čivanju, u češće privrednih subjekata i društvenih partnera u pospešivanju socijalnog dijaloga, koherentnost politike i upravljanja, integrisanost politika, upotreba najviše dostupnog znanja, načelo predostrožnosti i načelo „zagađivač plaća“. (Dudaš, 2013: 381-382).

13 To su: klimatske promene i čisti izvori energije, održivi transport, održiva potrošnja i proizvodnja, očuvanje i upravljanje prirodnim resursima, javno zdravlje, društvena inkluzija, demografski izazovi i migracije, globalno siromaštvo i izazovi održivog razvoja. v. Saopštenje br. 10917/06, str. 4-5. (Dudaš, 2013: 382).

14 U red prvopomenu tih spadaju načelo održivog razvoja i načelo visokog stepena zaštite životne sredine, dok u grupu drugopomenu tih načela spa daju: načelo s u psidijarnos ti, načelo proporcionalnosti, načelo integrisanosti, načelo predostrožnosti, načelo preventivnog delovanja, načelo otk lanjanja ekološke štete na izvoru njenog nastanka i načelo „zagađivač plaća“ (Dudaš, 2013: 377).

predstavlja vrelo pravnih načela.¹⁵ Imajući to u vidu, ocena o pravnom karakteru ideje održivog razvoja u poretku Evropske unije prevashodno je determinisano njenom ukorenjenošću u praksi Suda pravde, sledstveno čemu je neporecivo da održivi razvoj nije stekao svojstvo pravnog načela u pravnom poretku Evropske unije. Naposljetku, čini nam se da se zbiljski pravni karakter načela održivog razvoja teško može ostvariti bez uspostavljanja preciznog hijerarhijskog sistema proklamovanih ciljeva razvoja Evropske unije, imajući u vidu da su nužni slučajevi njihovog čeonog suprotstavljanja.¹⁶

Povrh svega toga, dodajmo da su se u pravnoj književnosti suprotstavila gledišta u pogledu toga da li je Evropski parlament nadležan da pred Sudom pravde Evropske unije podigne tužbu za poništaj pravnih akata Evropske komisije, saobrazno čl. 114. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije kojim se nalaže Evropskoj komisiji da u svojoj normativnoj delatnosti uzima u obzir zahtev visokog stepena zaštite životne sredine. Odgovor na postavljeno pitanje u svakom slučaju premaša okvire naše rasprave, ali pomenuto pitanje je trenutno i bez praktičnog značaja, imajući u vidu da niti jednom nije bilo predmet rasprave pred Sudom pravde Evropske unije.

3. O pravnim načelima uopšte i pravnom karakteru održivog razvoja napose.¹⁷

Uprkos tome što su pravna načela imala zapaženu ulogu u stvaranju i razvoju pravnih poredaka romansko-germansko-slovenske pravne porodice,

15 Pravno stvaralaštvo Suda pravde u pogledu pravnih načela ostvaru je se na nekoliko načina. Prvo, Sud pravde Evropske unije pronalazi i formuliše pravna načela analizom osnivačkog ugovora, kao i interpretacijom postojećih izvora prava Evropske unije. Drugo, do pravnih načela Sud pravde dolazi primenom teleološkog tumačenja – tumačenjem cilja i duha osnivačkog ugovora, osobito u slučaju kada postoji „ćutanje osnivačkog ugovora“ (Radivojević, 2012: 421-423). Na koncu, osnov i nadahnuće za formulisanje pravnog načela Sud pravde može pronaći u unu tardržavnom pravu ili u međunarodnom pravu, kada je posredi prihvatanje i formulisanje zajedničkih i međusobom saglasnih pravnocivilizacijskih tekovina.

16 S tim u vezi Tubić veli: „Najčešći, a može se reći i stalni poligon sukoba predstavlja inherentna s uprotnost između cilja uspostavljanja i unapređenja unu trašnjeg tržišta, što podrazumeva potrebu što lakšeg i bržeg puštanja u promet proizvoda, s jedne, i načela predostrožnosti, prema kojem proizvođač je du žan da ispita moguće štetne efekte proizvoda na životnu sredinu pre njegovog puštanja u promet.“ (Dudaš, 2013: 379-380).

17 Zaokru žena i iscrpna esplikacija pravnih načela zbog svog obima biće predmet naše posebne rasprave. Ovde dajemo skicu njihovog pojma i strukture, što je uslov

opšta teorija prava im uglavnom ne priznaje samostalnu pravnu egzistenciju. Čak i kada im poslanici pravne nauke pridaju svojstvo imenovane kategorije sistema prava, njihovo postojanje se neodvojivo vezuje za pravne norme, tako da se pravnim načelima u sledstvu kazanog priznaje samo izvedeni apstraktno-normativni karakter (vidi, na primer, Lukić, 1995: 222-223).

Takvo poimanje protivreči pravnoj povesti i pravnoj logici. Već letimičan uvid u pravnu povest romansko-germansko-slovenske pravne porodice je dovoljan da se zaključi da je ne mali broj pravnih načela nedvosmisleno formulisano u judikaturi, i to ne retko bez izričnog uporišta u važećim pravnim normama.¹⁸ U danom slučaju, sudsko uobličavanje pravnih načela predstavljalo je saobražavanje „duha vremena“ i „duha pravnog sistema“ sa „prirodom stvari“. Valja imati u vidu i to da dotično formulisano pravnih načela sudovi nisu izvodili iz važećih normi, već iz morala, narodnog duha ili prirodopravnog, odnosno pravnofilosofskih učenja.¹⁹ Drugo, o normativnom karakteru pravnih načela osnovano je govoriti samo utoliko što pravna načela poseduju svojstvo neposrednog pravnog osnova za stvaranje i primenu prava, što samo po sebi ne može značiti da su pravna načela izvedena iz pravnih normi, niti to da su pravna načela apstraktne norme sastavljene od normi manjeg stepena opštosti. U skladu sa tim, tvrdnja da su pravna načela najopštije norme koje u sebi sadrže norme manjeg stepena opštosti je u toj meri nedokaziva da se slobodno može proglasiti apstrakcijom koja doseže do nivoa fikcije. Dakako, ne može se sporiti da se pravna načela pojavljuju i kao pojmovi izvedeni iz pravnih normi, ali do

za razumevanje pravnog karaktera ideje održivog razvoja.

18 Indikativno je u tom pogledu pomenu ti slučaj postanka načela objektivne odgovornosti u francuskom pravu, jer su francuski sudovi, postupajući na osnovu Francuskog građanskog zakonika, a imajući u vidu novonastale promene u društvu, zauzeli pravno shvatanje da je pored subjektivne odgovornosti (odgovornost na osnovu krivice) neophodno ustanoviti odgovornost za prouzrokovanu štetu nezavisno od krivice (objektivna odgovornost), uprkos tome što je Francuski građanski zakonik (čl.1382) stajao čvrsto na stanovištu o subjektivnoj odgovornosti (Petrović, Prica,

2013: 34-35). Rečju, koristeći gipkost jezičkih formulacija, francuski sudovi su u Francuskom građanskom zakoniku našli pravni osnov, ali bi, pri tome, bilo sasvim pogrešno reći da su francuski sudovi načelo objektivne odgovornosti za štetu izveli iz normi Francuskog građanskog zakonika. Zapravo, u datom slučaju postupanje francuskih sudova predstavljalo je saobražavanje pravde i pravičnosti sa „duhom vremena“. Praksa francuskih sudova bila je vrelo i načelu zabrane zloupotrebe prava.

19 Valja u tom pogledu pomenu ti pravna načela koja su ustanovili nemački sudovi: načelo savesnosti i poštenja, načelo žrtve, načelo srazmernosti, za koje se niukom slučaju ne može kazati da predstavljaju pojmove izvedene iz važećih normi.

toga prvenstveno dolazi pravnologičkim zaključivanjem kojem pribegava pravna nauka u postupku oblikovanja pravnog sistema.

Osobito je važno imati u vidu da je fundamentalno pravnologičko svojstvo pravnih načela njihov ciljni karakter, te se, uopšte uzev, može reći da pravna načela definišu ciljeve (teleologiju) u sistemu prava, pri čemu pravna načela (oba)vezuju i pravne norme i ponašanja uređena ili neuređena pravnim normama (zakonske praznine), saobrazno domašaju koji imaju u sistemu prava. Odavde dalje proizlazi da su „pravne norme glasonoše pravnih načela“, sledstveno čemu prevashodstvo pravnog načela nad pravnom normom uistinu jeste „prednost cilja pravnog akta nad njegovim slovom“. Osim toga, za razliku od odnosa između primarne pravne norme (norme o ponašanju) i sekundarne pravne norme (norme o normi ili norme o sankciji) u kojem se pitanje prevashodstva direktno ne postavlja, može se dogoditi da pravna norma i pravno načelo naspram pojedinačne pravne situacije stoje u odnosu međusobnog sukobljavanja, što je potvrda da pravna načela nemaju ni drugostepeni normativni karakter. Povrh svega toga, u ocenjivanju hijerarhijskog ranga pravnih normi i pravnih načela valja biti oprezan, imajući u vidu da je hijerarhija pravnih normi i pravnih načela u sistemu prava prevashodno opredeljena pravnom snagom pravnih akata čije su sadržine deo, sledstveno čemu tas pravne snage prelazi i na jednu i na drugu stranu.²⁰

20 Iznošenje ocene o hijerarhiji pravnih načela i pravnih normi ne može biti dato jednoobrazno za sve pravne porodice, niti za sva unu tardržavna prava u okviru iste pravne porodice. Pa ipak, valja priznati da postoje opšta pravna načela koja imaju snagu Ustava, što saobrazno načelu pravne hijerarhije vezuje ruke zakonodavcu. Breban tako navodi slu čajeve iz prakse Državnog saveta (Vrhovnog upravnog suda Francuske) i Ustavnog saveta u kojima su istaknu ti opšti pravni principi sa snagom Ustava (Breban, 2002: 189). Pri tome, veoma je složeno pitanje eventualne suprotstavljenosti imperativne pravne norme i pravnog načela kada za oboje važi da su propisani pravnim aktom istog hijerarhijskog ranga. Čini nam se da bi i u danom slu čaju pravno prevashodstvo valjalo priznati pravnom načelu, upravo imajući u vidu istaknu to ciljno pravnologičko svojstvo pravnog načela, u sledu kojeg bi prevashodstvo pravnog načela nad pravnom normom zapravo značilo prednost cilja pravnog akta nad njegovim slovom. Znakovito je u tom pogledu pozvati se opet na francuski Državni savet, kome je svojstveno da post upajući protivu izreke zakonodavca ustanovljava primat pravnog načela u odnosu na pravnu normu. Ilustracije radi, Državni savet je zauzeo stav da u slučaju prekoračenja (zloupotrebe) ovlašćenja postoji pravo na žalbu čak i ako je žalba zakonom isklju čena (Breban, 2002: 196). Dodajmo da se jača pravna snaga pravnog načela u odnosu na pravnu normu uopšte ne dovodi u pitanje kada je reč o odnosu između pravnog načela opšteg i pravne norme posebnog zakona. S druge strane, odnos pravnih načela u slučaju ukrštanja, više nego strogoj hijerarhiji, podleže režimu ravnoteže i međusobnog „pomirenja“. Primerice, ustanovljavanje upravnog spora (sudske kontrole zakonitosti

Upečatljivo o zasebnom pravnom identitetu govori teleologija pravnih načela, koja se naspram pozitivnog prava račva u nekoliko pravaca. Prvo, zahvaljujući sopstvenom realnom karakteru, pravna načela su najupečatljiviji izraz pravne aksiologije u sistemu prava, i to u dvojakom smislu: 1) kao drugo ime za apriorne ljudske i društvene vrednosti²¹

– polazište ustavotvorca – koje treba da posluže kao brana protiv proizvoljnosti i arbitrarnosti u institucionalizaciji pravnog poretka, i 2) kao tačka u kojoj se pozitivno pravo ukršta sa prirodnim pravom, što bi trebalo da omogući da pozitivno pravo bude pravično pravo, a da prirodno pravo postane pravo koje važi. Drugo, pravna načela imaju gradivnu pravnotehničku funkciju, saobrazno kojoj obezbeđuju celovitost sistema prava, povezujući mnoštvo njegovih elemenata u skladnu i zaokruženu celinu. Naposletku, pravna načela jesu izvor prava – osnov stvaranja i primene prava.²²

upravnih akata) preduzeto je u ime načela zakonitosti i zaštite subjektivnih prava, što na prvi pogled predstavlja odstupanje od načela podele vlasti (sud kontroliše rad uprave). Među tim, ne bi bilo ispravno zaključiti da upravni spor predstavlja odstupanje od načela podele vlasti, imajući u vidu da smisao načela podele vlasti nije u potpunoj odvojenosti, već je u saradnji i ravnoteži funkcija državne vlasti. Ravnoteža u pitanju u upravnom sporu uspostavlja se time što sud ocenjuje zakonitost upravnog akta, ali ne i njegovu celishodnost. Istodobno, pobijanje rušljivih pravnih akata je oročeno rokom, čijim protekom u ime pravne sigurnosti i zaštite stečenih prava dolazi do osnaženja (konvalidacije) pravnog akta. U predloženom slučaju ne bi bilo osnovano zaključiti da su pravna sigurnost i zaštita stečenih prava sa jačom pravnom snagom u odnosu na zakonitost, jer se u stvari teži njihovoj razumnoj ravnoteži. Nasuprot tome, mogućnost pobijanja zakonitosti upravnog akta po sebi nije gaženje načela pravne sigurnosti i stečenih prava. Ali, gaženje pravne sigurnosti i stečenih prava uslediće ukoliko zakonodavac normirajući vanredna pravna sredstva u upravnom postupku predvidi veliki broj tih sredstava, i u okviru njih ustanovi mnoštvo mogućih razloga za pobijanje pravnosnažnih upravnih akata, što nesumnjivo uzrokuje ugrožavanje načela pravnosnažnosti, pravne sigurnosti i stečenih prava. Takav slučaj danas postoji u važećem pravu Srbije.

21 Po Mitroviću reč je o pravdi, pravičnosti, slobodi, ljudskom dostojanstvu, toleranciji, sigurnosti, jednakosti, redu, miru (Mitrović, 2012: 503-512). Dodajmo solidarnost, istinu i opšte dobro.

22 U pravnoj književnosti je zabeleženo shvatanje poslanika pravne nauke o „**ekološkom pravu**“ kao grani pravnog sistema (vidi, na primer, Nikolić, 2011: 299-301.). Iza takvog poimanja očito stoji normativističko stanovište da je pravo isto što i norma. Zapravo, norma je samo osnov nastanka prava, a pod pravom se podrazumeva totalitet pravnih odnosa i pravnih instituta. Imajući to u vidu, neophodan uslov za postojanje grane prave jeste ukorenjenost u sudstvu, sledstveno čemu **ne može biti govora o „ekološkom pravu“ kao grani pravnog sistema**. U tome što se zaštita životne sredine ostvaruje u različitim „tradicionalnim“ režimima u sistemu

Gledano iz ugla unutardržavnog prava, postoji nekoliko klasifikacija, i u sledstvu toga više tipova pravnih načela (principa). Najpre, saobrazno opštosti i domašaju valja spomenuti najopštija pravno-politička načela koja uobličavaju „pogled na svet“ pravne države. To su: vladavina prava, parlamentarna predstavnička demokratija, podela vlasti, tržišna privreda, neposredna primena ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda, te odvojenost državnog i religijskog prava. Zatim slede opšta pravna načela, „zračeca“ za sistem prava u totalitetu. U red takvih načela, primerice, spadaju: ustavnost i zakonitost, pravna jednakost, pravna sigurnost, pravda i pravičnost. Naposljetku, postoje posebna pravna načela, čiji opseg ne premaša granice jedne grane ili oblasti prava. Znakovito je u tom pogledu pomenuti načelo savesnosti i poštenja u građanskom pravu, in dubio pro reo (u slučaju sumnje u korist okrivljenog) u krivičnom pravu, te načelo srazmernosti u upravnom pravu.

Važi pravilo da su pravna načela propisana, ali u sistemu prava mogu egzistirati i nepisana (judikaturna) pravna načela. Primena propisanih pravnih načela se u pojedinačnim pravnim situacijama pojavljuje kao vid deduktivnog pravničkog rezonovanja i u svemu prati rang i hijerarhiju pravnih akata kojima su propisana. Sasvim obrnuto, nepisana pravna načela ustanovljavaju sudovi kada induktivnom metodom povezuju „duh pravnog sistema“ sa „prirodom stvari“. Valja imati u vidu da genuzu ne malog broja u pravnoj svesti danas ukorenjenih pravnih načela upravo odlikuje preobražaj od nepisanog u propisani oblik – iz judikature u zakonodavstvo (npr. zabrana zloupotrebe prava).

prava, poslanici pravne nauke u pitanju vide kao „sintetički karakter“ „ekološkog prava“ kao grane pravnog sistema. Mi, naprotiv, to uzimamo kao dokaz da pravni odnosi povodom zaštite životne sredine nisu zasebni, „autentični“ (ekološkopravni odnosi), već da predstavljaju posebne oblike pravnih odnosa (građanskopravnog, krivičnog, upravnopravnog odnosa) u okviru „tradicionalnih“ grana pravnog sistema. To isto važi i za pravne institute u postupcima zaštite životne sredine, koji u stvari predstavljaju pravni put svojstven režimima „tradicionalnih“ grana pravnog sistema. Ovde valja imati u vidu da oblikovanje pravnog sistema, kao rezultat pravnonaučne spoznaje sistema prava, podleže postojanim zakonitostima, bez obzira na promene u pravnim odnosima izazvanim ekonomskim i naučno-tehnološkim razvojem. Ilustracije radi, niko ne može sporiti da je razvoj informacionih tehnologija proizveo u činke u svim oblastima prava, sledstveno čemu je došlo do nastanka „prava informacionih tehnologija“ („pravne informatike“) kao naučne i nastavne discipline, ali bi bilo krajnje neprihvatljivo zaključiti da postoji „pravo informacionih tehnologija“ kao grana pravnog sistema. Istodobno, to što je „ekološko pravo“ doživelo zamašan naučni i nastavni razvoj, samo po sebi ne znači da je „ekološko pravo“ zadobilo svojstvo grane pravnog sistema.

Rukovodeći se razlikom između sistema prava (važjećeg prava) i pravnog sistema (apstraktne pravne nauke), može se govoriti o pozitivnopravnim i pravno-naučnim pravnim načelima. Razlika je već na oko jasna, ali osim toga što pozitivnopravna načela neminovno dobivaju svoje pravnonaučno lice, valja imati u vidu da stvaranje pravno naučnog sistema može voditi izdvajanju pravnonaučnih načela koja nemaju vidljiv otisak u važćem pravu (npr. načela o funkcionisanju javnih službi u nauci upravnog prava). No, gledano iz ugla pravne književnosti stiče se utisak da poslenici pozitivnopravnih disciplina gotovo ne uviđaju razliku između sistema prava i pravnog sistema.

U zavisnosti od značaja koji imaju za pravni poredak i u pravnom poretku, valja razlikovati gradivno-organizaciona, regulativna i deklarativna pravna načela. Gradivno-organizacionim nazivamo ona pravno-tehnička načela koja obezbeđuju postojanje i funkcionisanje sistema prava (načelo hijerarhije, nadležnosti i sl.). Ključ deobe pravnih načela na regulativna i deklarativna je njihova ukorenjenost u pravnom poretku – u judikaturi i pravnoj praksi uopšte. Pravna načela su regulativna kada čine neposredni pravni osnov za rešavanje pojedinačnih pravnih stvari, ili, u drugom slučaju, kao postojani element i nadahnuće jurisprudencije – u okviru pravnih shvatanja koja zauzimaju sudovi i drugi državni organi kada rešavaju pojedinačne pravne stvari. Regulativna pravna načela, dakle, kreiraju život pravnog poretka, oblikujući pravne odnose i gradeći pravnu svest.²³ Nasuprot predočenom, za pravno načelo kažemo da je

23 Iako regulativni karakter pravnog načela u čistom obliku postoji samo kada ono predstavlja neposredni pravni osnov za rešavanje pojedinačne pravne stvari, nije preterano priznati regulativni karakter i pravnom načelu koje se u odlukama sudova i drugih državnih organa pojavljuje kroz njihova pravna shvatanja koja zauzimaju prilikom rešavanja pravnih stvari. Ocena o tome daje se u odnosu na svaki pravni poredak ponaosob. Jer, kao što postoje pravni poreci sa snažnom tradicijom sudskog i upravno-sudskog pravnog stvaralaštva, tako postoje i pravni poreci u kojima sudsko pravno stvaralaštvo gotovo ne postoji. U sledstvu kazanog, razlika između prvih i potonjih pravnih poredaka vidi se i u pogledu pravnih shvatanja; dok pravno shvatanje u sudskim ili upravno-sudskim odlukama prvopomenu tih pravnih poredaka postoji kao pravilo, dotle su u pravnim porecima bez tradicije sudskog i upravno-sudskog stvaralaštva vrlo retko pojavljuju odluke sa pravnim shvatanjima sudova ili drugih nadležnih državnih organa. Odavde se može videti da, i kada nemaju čisto regulativni karakter, u pravnim porecima sa postojanom političkom i pravnom kulturom i razvijenom pravnom svesću, pravna načela itekako mogu uticati na oblikovanje pravnih odnosa i razvijanje pravne svesti. Indikativno je u tom pogledu pomenu ti odnos *ratio decidendi* i *obiter dicta* u strukturi sudskog precedenta u engleskom pravu (Petrović, Prica, 2013, 110-111). Uostalom, načelo vladavine prava gotovo da ne može imati čisto regulativni karakter, ali uprkos tome vidimo koliko snažno načelo vladavine prava utiče na pravnu svest i na tokove misli i

deklarativno, kada uprkos tome što je propisano odgovarajućim pravnim aktom, ono ne poseduje zbiljsku utemeljenost u procesu stvaranja i primene prava. Uz to, ako propisano načelo u važećem pravu ne poseduje jasnu i zaokruženu normativnu sadržinu – imajući tako samo proklamativni karakter – onda takvome načelu pristaje više ideološki, nego pravni karakter, što je upravo odlika načela održivog razvoja u pravnim poretcima postojećih evropskih država.

Razlog za to što načelo održivog razvoja na međunarodnom planu i u unutardržavnom pravu nije propisano sa jasnom normativnom sadržinom – bez čega se ne može zamisliti njegova zbiljska pravna utemeljenost – pojedini poslenici pravne nauke vide u tome što načelo održivog razvoja, pored ekoloških elemenata sadrži i ekonomske i socijalne, pa uklanjanje ekonomskih i socijalnih elemenata protagonisti dotičnog gledišta smatraju neophodnim uslovom za utvrđivanje regulativnog pravnog karaktera načela održivog razvoja (vidi u: Dudaš, 2013: 378). Mi, baš naprotiv, jezgro načela održivog razvoja vidimo u prožimanju njegove ekološke, ekonomske i socijalne komponente, osobito što smatramo da je uslov za uspostavljanje zbiljskog (regulativnog) pravnog karaktera načela održivog razvoja propisivanje primata njegove ekološke i socijalne komponente u odnosu na njegovu ekonomsku komponentu. U odnosu na zaštitu životne sredine minimum istaknutog primata podrazumevao bi zabranu svake ljudske delatnosti kojom se neobnovljivo troše prirodni resursi, jer bez toga načelo održivog razvoja, kako na međunarodnom planu, tako i u unutardržavnom pravu, pravno ne može premašiti nivo proklamacije bez jasnog pravnog značenja.²⁴ Da je primat ekološke dimenzije održivog razvoja danas zbilja neophodan, belodano proizlazi iz činjenice

shvatanja pravnih naučnika i pravnih praktičara. Naposletku, koliko je pravna svest važan činilac sistema prava pokazuju primeri iz angloameričke i islamske pravne porodice. Primerice, strukturu Engleskog Ustava pored ostalog sačinjavaju i ustavne konvencije, iako ne u živaju sankciju pred sudovima (Petrov, 2007:187-215). S druge strane, činjenica da se šerijatsko pravo kod većine islamskih država primenjuje samo u pogledu ličnih i porodičnih odnosa bleđi pred činjenicom ukorenjenosti šerijatskog prava u pravnoj svesti dotičnih naroda i država, sledstveno čemu islamsko pravo dominantno u tiče na „pogled na svet“ u oblasti prava u pomenu tim državama (vidi, na primer, Jevtić, 1989: 511-521).

24 Pravu sliku o tome daje nam pravni poredak Evropske unije, u kome naporedo egzistiraju cilj uspostavljanja i unapređenja unutrašnjeg tržišta, što podrazumeva potrebu što lakšeg i bržeg puštanja u promet proizvoda, i načelo predostrožnosti, prema kojem je proizvođač dužan da ispita mog uće štetne efekte proizvoda na životnu sredinu pre njegovog puštanja u promet. Premda predočeni ciljevi formalnopravno ne stoje u odnosu nadređenosti i podređenosti, odnos snaga de facto uvek pretegne na stranu ekonomskog razloga.

postojanja i razvoja ljudskih delatnosti za koje nije teško zaključiti da grubo i trajno narušavaju životnu sredinu.²⁵ Uz to, prihvatanjem dogme o stalnom ekonomskom rastu, sva bojazan u vezi sa ugrožavanjem prirodnih resursa mahom se vezuje za načelo međugeneracijske solidarnosti, što je, po našem mišljenju, daleko od suštine problema.²⁶ Zapravo, kao što će se docnije videti, ne samo da stalni ekonomski rast danas ne postoji, već se pod okriljem dogme o stalnom ekonomskom rastu uistinu odvija potpuno materijalno i moralno posrnuće čovečanstva, sledstveno čemu utvrđivanje teleologije održivog razvoja u pravcu obezbeđivanja međugeneracijske solidarnosti nije ništa do usmeravanje pažnje na pogrešnu stranu. Na kraju krajeva, bez uspostavljanja pomenutog primata, ekološko pravo u sistemu prava niukom slučaju ne može biti delotvorno.

Da sada vidimo gde je razlika između ekološke politike i ekološkog prava. U srži ekološke politike stoje precizirani ciljevi i premise zaštite životne sredine, koje jasno stavljaju u izgled način i pravce odvijanja ljudskog delanja, kao i mere čijim preduzimanjem bi se dotični ciljevi ostvarili. S druge strane, ekološko pravo je naziv za sistem prava sastavljen od pravnih načela, pravnih akata i pravnih normi, upravljenih na uređivanje pravnih odnosa i pravnih puteva povodom zaštite životne sredine. U skladu sa tim, kada sistem ekološkog prava nije uspostavljen, a ciljevi i premise zaštite životne sredine nisu jasno definisani, ne može se govoriti o postojanju ni ekološkog prava, niti ekološke politike. Pri tome, jaz između golemog publiciteta posvećenog potrebi zaštite životne sredine i gotovo nepostojećeg pravnog instrumentarijuma o zaštiti životne sredine – što je odlika postojećeg međunarodnog prava – očividni je dokaz uticaja ideologije na pravo. Uticaj ideologije u danom slučaju je u toj meri znakovit što loša pravna tehnika – akti u pitanju usled vlastitog proklamativnog karaktera nikako ne mogu biti upravljani na stvaranje bilo kakvih pravnih u činaka – ovde se ispoljava kao izraz globalne međunarodne politike, koja stoji pod kontrolom elite krupnog finansijskog kapitala (tajnih vlastodržaca). Kao što ćemo videti, tehnika vladanja tajnih vlastodržaca ide za tim da pravna tehnika bude samo manifestacija određenih čovečanstvu dopadljivih ciljeva, što treba da posluži kao opravdanje za utemeljivanje i jačanje globalnih međunarodnih političkih i ekonomskih institucija.

25 Primerice, to je slu čaj sa privrednom upotrebom nuklearne energije; razume se, zbog radiaktivnog otpada. O sličnim takvim delatnostima vidi (Dudaš, 2013: 382).

26 O pojmu i značenju načela međugeneracijske solidarnosti vidi (Tubić, 2013: 397)

Saobrazno svojoj pravno-logičkoj strukturi, načelo održivog razvoja bi se moglo uporediti sa načelom vladavine prava, imajući u vidu genusni karakter, sadržinu i jako „zračće“ dejstvo načela vladavine prava na pravnu svest i tokove misli poslenika pravne nauke.²⁷ Imajući to u vidu, pozitivnopravno definisanje normativne sadržine načela održivog razvoja imalo bi se očitovati u propisivanju gore istaknutog primata ekološke dimenzije, te u sledstvu toga u ustanovljavanju u okviru normativne sadržine načela održivog razvoja pravnih načela koja bi dati primat učinila delotvornim. To su načelo predostrožnosti, načelo procene uticaja na životnu sredinu i načelo srazmernosti.²⁸

Na kraju, načelo održivog razvoja gotovo da ne može imati čisto regulativni pravni karakter, ali budući da se sistem zaštite životne sredine sastoji od ekološke politike i ekološkog prava, opisano utvrđivanje normativne sadržine načela održivog razvoja imalo bi objedinjavajuće „zračće“ dejstvo u pravcu celovitosti i delotvornosti dotičnog sistema, što bi nepovratno vodilo razvijanju pravne svesti i moralnom i duhovnom uzdizanju čoveka i ljudskog društva.

4. Umesto zaključka: „pogled na svet“ pravne države i uticaj ideologije na pravnu državu i institucionalizaciju održivog razvoja

Iako pravna država načelno predstavlja najvišu tačku državno-povesnog razvoja ljudske civilizacije, ne bi bilo ispravno zaključiti da u poretku pravne države ne postoji „ideologija“, koja je nekad „za“ ali ne retko i „protiv“ temeljnih pravnih vrednosti u sistemu prava pravne države. Valja poći od toga da u sistemu prava pravne države postoje pravna načela koja utemeljuju pravnu teleologiju, a pravna teleologija uistinu jeste manifestacija jednog „pogleda na

27 Vladavina prava je vrlo neodređen pojam, kojem se pridaju različita značenja i obeležja. Za misao koja nas ovde zauzima dovoljno je podvući da vladavina prava nema samo pravni karakter, već pored pravnih sadrži političke i moralne sastojke (vidi, na primer, Petrov, 2007, 145-184). Drugo, strukturu načela vladavine prava oblikuju pravna načela manjeg stepena opštosti. Tako se u važećem Ustavu Republike Srbije ka že: „Vladavina prava je osnovna pretpostavka Ustava i počiva na neotudivim ljudskim pravima. Vladavina prava se ostvaruje slobodnim i neposrednim izborima, ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava, podelom vlasti, nezavisnom sudskom vlašću i povinovanjem Ustavu i zakonu (čl. 3. Ustava Republike Srbije, „Slu žbeni glasnik RS“, br 98/2006. Sve u svemu, najvažnije obeležje načela vladavine prava je jako „zračće“ dejstvo na oblikovanje pravne svesti i na tokove misli i shvatanja poslenika pravne nauke i pravnih praktičara.

28 O značenju pomenu tih načela videti: Salma, 1995: 267-280.

svet“ u oblasti prava. Kao što smo već kazali, postoji nekoliko klasifikacija, i u sledstvu toga više tipova pravnih načela (principa) unutardržavnog prava. Najpre, saobrazno opštosti i domašaju valja spomenuti najopštija pravno-politička načela koja uobličavaju „pogled na svet“ pravne države. To su: vladavina prava, parlamentarna predstavnička demokratija, podela vlasti, tržišna privreda, neposredna primena ustavom zajemčenih ljudskih prava i sloboda, te odvojenost državnog i religijskog prava. Saobrazno svom deklarativnom pravnom karakteru, pravno-politička načela izražavaju „pogled na svet“ pravne države utoliko što imaju jako „zračće“ dejstvo na oblikovanje pravne svesti i na tokove misli i shvatanja poslanika pravne nauke i pravnih praktičara. No retko ko uviđa da u sistemu prava egzistiraju i regulativna pravna načela, pod kojim podrazumevamo pravna načela koja čine neposredni pravni osnov za rešavanje pojedinačnih pravnih stvari, ili, u drugom slučaju, koja predstavljaju postojani element i nadahnuće jurisprudencije – u okviru pravnih shvatanja koja zauzimaju sudovi i drugi državni organi kada rešavaju pojedinačne pravne stvari. Saglasno sa tim, važno je znati da postoje opšta pravna načela, „zračća“ za sistem prava u totalitetu (primerice, ustavnost i zakonitost, pravna jednakost, pravna sigurnost, pravda i pravičnost), ali postoje i posebna pravna načela, čiji opseg ne premaša granice jedne grane ili oblasti prava (npr. načelo savesnosti i poštenja u građanskom pravu, in dubio pro reo u krivičnom pravu, načelo srazmernosti u upravnom pravu). Sve u svemu, fundamentalno pravnologičko svojstvo pravnih načela jeste njihov ciljni karakter, te se, uopšte uzev, može reći da pravna načela definišu ciljeve (teleologiju) u sistemu prava, pri čemu pravna načela (oba)vezuju i pravne norme i ponašanja uređena ili ne uređena pravnim normama (zakonske praznine), saobrazno domašaju koji imaju u sistemu prava. Odavde dalje proizlazi da su „pravne norme glasonošne pravnih načela“, sledstveno čemu pravashodstvo pravnog načela nad pravnom normom uistinu jeste „prednost cilja pravnog akta nad njegovim slovom“.

Pravna načela oblikuju pravnu teleologiju u sistemu prava pravne države, u nekoliko značenja: 1) kao drugo ime za apriorne ljudske i društvene vrednosti – polazište ustavotvorca – koje treba da posluže kao brana protiv proizvoljnosti i arbitrarnosti u institucionalizaciji pravnog poretka; 2) kao tačka u kojoj se pozitivno pravo ukršta sa prirodnim pravom, što bi trebalo da omogući da pozitivno pravo bude pravično pravo, a da prirodno pravo postane pravo koje važi; 3) kao izraz gradivne pravnotehničke funkcije, saobrazno kojoj obezbeđuju celovitost sistema prava, povezujući mnoštvo njegovih elemenata u

skladnu i zaokruženu celinu; 4) kao izvor prava – osnov stvaranja i primene prava. Imajući sve ovo u vidu, očevitno je da se legitimitet pravne države ne može ostvariti bez potpune zbiljske utemeljenosti pravnih načela u sistemu prava. Pri svemu tome, pravno-politička načela u sistemu prava mogu zadobiti čak i regulativni pravni karakter (u širem smislu), s tim da se, s druge strane, u poretku pravne države proklamuju i načela bez jasne i zaokružene normativne sadržine i u sledstvu toga bez zbiljske utemeljenosti u judikaturi. U ovom potonjem slučaju, smisao proklamovanog načela nije ništa drugo do izražavanje jednog „pogleda na svet“ u svetu prava, što je upravo odlika načela održivog razvoja u pravnim poretcima postojećih evropskih država. Samo, takav vid deklarisanja ciljeva u sistemu prava – bez normativne sadržine i ukorenjenosti u pravnim odnosima – očevitno nije upravljen na stvaranje neposrednih pravnih učinaka te je utoliko nepoželjan u poretku pravne države.

U poretku savremene pluralističke pravne države neminovno dolazi do difuzije državne vlasti, pri čemu snaga zbiljskih ekonomskih i političkih tokova može da prouzrokuje preobražaj pravnih načela, pod kojim (preobražajem) podrazumevamo obezvređivanje (izopačenje) pravnih načela ali ne i njihovo formalno poricanje i ukidanje. S tim u vezi, Petrović veli: „Kada difuzija državne vlasti pređe izvesne granice, kada neformalne vlasti sebi potpuno potčine formalne, kada „direktne“ vlasti postanu puko sredstvo „indirektnih“, onda pravna država postaje izopačena...Izopačenu pravnu državu nazivamo polikratijom. Čim stranke uzmu glavnu reč u državi, polikratija je tu.“ (Petrović, Prica, 2014: 30; 73-74.). Uistinu, patronaža političkih stranaka nad pravnim funkcijama državne vlasti nužno dovodi do izopačenja pravnih načela, u toj meri da pravna načela postaju „gola forma“, nedovoljna za postojanje legitimiteta pravne države – to se u prvom redu odnosi na činjenicu da patronaža političkih stranaka nad pravnim funkcijama državne vlasti parališe nezavisno sudstvo, kao temeljnu pretpostavku pravne države.

Pri svemu tome, oblikovanje „pogleda na svet“ pravne države pojavljuje se kao izraz „vrednosnog usmeravanja pozitivnog prava“, nastalo pod uticajem morala, prirodnog prava ili izvesnog pravno-filosofskog učenja (primerice, plodovi tog uticaja su savesnost i poštenje, zabrana zloupotrebe prava i sl.). Ali, s druge strane, kroz ceo tok povesnog razvoja pravne države institucionalizaciju i funkcionisanje njenog poretka u izvesnoj meri obeležava uticaj „ideologije“, kao vid idejnog i interesnog stremljenja koje „vrednosno usmeravanje države i prava“ ne vidi kao cilj za sebe, već kao najubojitije sredstvo za ostvarivanje dobara i interesa nosilaca „ideologije“ znakovitih istorijskih procesa.

Indikativno je i sasvim dovoljno u tom smislu zapaziti postojanje dvaju povesnih tipova pravne države. To su: liberalna pravna država – „izrazito neintervencionistički državni oblik“ – i savremena pluralističko-intervencionistička pravna država, kao „naglašeno intervencionistička državna formacija“. Uz to, zar postoji bolji dokaz uticaja ideologije na pravnu državu od toga što je proces sekularizacije države i prava odagnao iz sveta prava hrišćanski moral i crkveno hrišćansko pravo, uprkos njihovom velikom doprinosu stvaranju i razvoju romansko-germansko-slovenske pravne porodice. U sledstvu toga, odvajanje državnog i religijskog prava predstavlja bitan element „pogleda na svet“ savremene pravne države, s tim da aktualno jačanje „razvojne teorije o ljudskim pravima“ u poretku savremene pravne države ne samo da je nesaglasno ortodoksnom hrišćanskom učenju i hrišćanskom moralu, već teorija u pitanju nastoji da skroz-naskroz izbriše etičku i uopšte vrednosnu uslovljenost ljudskih prava.

Najznakovitiji i povեսno najupečatljiviji uticaj ideologije na pravnu državu ispoljio se pod okriljem tzv. autoritarne globalizacije, u čijoj osnovi leži prenošenje ekonomske i političke moći sa država na multinacionalne korporacije. Poučena, naime, lošim iskustvom sa žigosanim ideologijama 20. veka (fašizam i komunizam), elita krupnog finansijskog kapitala sopstvenu tehniku vladanja zasnovala je na obesmišljavanju, a ne na poricanju pravnih načela pravne države. Imajući to u vidu, elita krupnog finansijskog kapitala formalno ne teži poništavanju državnog suvereniteta; baš naprotiv, javna diplomatija tajnih vlastodržaca bila bi potpuno nedelotvorna bez proklamacije ljudskih prava, demokratskog političkog sistema i vladavine prava. Tehnika vladanja u pitanju nesumnjivo ide za tim da razori pravnu državu i demokratiju i da ih stavi pod potpunu kontrolu elite krupnog finansijskog kapitala, ali umeće vladanja i jeste u tome da snagom novca oblikovana „ljuštura“ pravne države i demokratskog političkog sistema, eliti krupnog finansijskog kapitala posluži kao idealan „legitimacijski plašt“. U sledstvu toga, za tehniku vladanja u pitanju veoma je važno da pojedincu, u svetlu njegovih formalno priznatih sloboda, stvori privid o postojanju suverenosti građanina, birača i potrošača, s tim što patronažom nad državom i demokratskim političkim sistemom elita krupnog finansijskog kapitala nastoji da uspostavi sistem u kome su priznate slobode pojedinca bez imalo kolektivne moći, što dovodi do potpune podređenosti radnika poslodavcu, potrošača proizvođaču, birača političkim strankama, te autonomije (privatnosti) pojedinca državnom intervencionizmu.

Zaštita životne sredine belodani je pokazatelj uticaja ideologije na pravo. Mi smo pokazali da izvori univerzalnog međunarodnog prava o životnoj sredini imaju dominantno proklamativni (nenormativni) karakter, što nije stvar samo loše pravne tehnike, već suštine tehnike vladanja tajnih vlastodržaca. Naime, indikativno je da postanak i uobličavanje ideje održivog razvoja na međunarodnom planu vremenski potpuno korespondira sa nastankom i razvojem procesa tzv. globalizacije. U toj činjenici – mada je naizgled nelogično – mi vidimo odgovor na pitanje zašto institucionalizacija ideje održivog razvoja na međunarodnom planu nije doprinela usmeravanju globalizacije ka osnovnim ljudskim vrednostima. Da su vodeće države početkom 70-ih godina 20. veka doista imale svest o potrebi obuzdavanja ekonomije ekologijom, održivi razvoj bi na početku 21. veka zasigurno dosegao zbiljski pravni karakter, sa čvrstom i jasnom refleksijom na ekonomska i socijalna kretanja čovečanstva. Okolnost da države nisu, nikako ne znači da su pokretači institucionalizacije održivog razvoja bili naučni poslenici i javno mnjenje, jer je njihova uloga na međunarodnom planu i kasnije izgledala kao „grudvanje sa mećavom“. To što ekološki problemi početkom 70-ih godina 20. veka najednom dobivaju veliki međunarodni publicitet, kao i to što docnije nije ostvarena pravna institucionalizacija ideje održivog razvoja, daju nam pravo da se zapitamo da li je, kao i u slučaju globalizacije, zbiljski pokretač i kontrolor razvoja ideje održivog razvoja bila elita krupnog finansijskog kapitala.

Jer to što naoko izgleda nelogično, u stvari može da izražava blistavo umeće vladanja tajnih vlastodržaca. Kao što su demokratija, ljudska prava i zaštita „slobodnog sveta“ Sjedinjenim Američkim Državama poslužili kao paravan za utemeljivanje vlastitog imperijalizma, tako se iza zavese međunarodne institucionalizacije održivog razvoja pripremalo prenošenje ekonomske i političke moći sa država na multinacionalne korporacije, a ujedno se ekološkim problemima opravdavala potreba prenošenja suvereniteta sa država na globalne međunarodne institucije. Uostalom, zar poimanje o tehnici vladanja u ovom slučaju ne potvrđuje činjenica da se i danas o održivom razvoju najvećma govori kao o problemu međugeneracijske solidarnosti, čime se očevidno odvlači pažnja na pogrešnu stranu. Utemeljitelji globalizacijskog neoliberalnog kapitalizma ne poriču potrebu održivog razvoja, kao što uostalom ne osporavaju ni demokratiju niti pravnu državu. Ali tehnika vladanja elite krupnog finansijskog kapitala, kao što smo već istakli, nije toliko u poricanju osnovnih političkih i pravnih vrednosti zapadnoevropske civilizacije, koliko je u njihovom obesmišljavanju.

Izumi dotične tehnike obesmišljavanja danas jesu održivi razvoj bez suštinskog značenja, ljudska prava bez zbiljske slobode, stranačka predstavnička demokratija bez demokratskog društva i vladavina zakona bez vladavine prava. Sledstveno tome, ne treba da iznenađuje to što održivi razvoj u pravnim poretcima postojećih država ima svojstvo čisto deklarativnog – više ideološkog, nego pravnog – načela. Imajući sve ovo u vidu, odistinska institucionalizacija održivog razvoja nije moguća bez razvlašćivanja elite krupnog finansijskog kapitala. Štaviše, razvlašćivanje krupnog finasijskog kapitala je nužno i zbog vraćanja legitimiteta vladavini prava i demokratskom političkom sistemu.

Literatura

Breban, Gi (2002.), *Administrativno pravo Francuske*, Podgorica, CID.

Velimirović, Nikolaj (2001.), *Zemlja Nedođija*, Piroć, Pi Press.

Vučić, Mihajlo (2013.), *Načelo održivog razvoja kao osnovna norma savremenog međunarodnog prava*, Zbornik radova: Basic Concepts of Public International Law, Beograd, str. 359-372.

Dudaš, Atila (2013.), *Načela politike zaštite životne sredine u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 377-390.

Jevtić, Miroljub (1989), *Islam kao izvor ideologije i legitimiteta u savremenim političkim sistemima*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 4, str. 511-521.

Lilić, Stevan, u saradnji sa Mirjanom Drenovak (2010.), *Ekološko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Lukić, Radomir (1995.), *Metodologija prava*, sabrana dela, 5, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.

Marković, Saša (2013.), *Manifest protiv imperije*, Sremski KarlovciNovi Sad, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.

Mitrović, M. Dragan (2012.), *Društvene vrednosti prava, pravna načela i tehničke vrednosti pravnog sistema*, Zbornik radova: Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa, str. 503-528.

Nikolić, Dušan (2011.), *Pravo životne sredine kao nastavna i naučna disciplina*, br. 3, str. 299-311.

Palačković, Dušica (1998.), „Održivi razvoj“ – *Savremena pravna regulativa i značenje*, Srbija i evropsko pravo, knjiga 3, Kragujevac, str. 264-277.

Petrov, Vladan (2007.), *Engleski Ustav*, Beograd, Službeni glasnik. Petrović, Milan (1996.), *Pojam totalitarizma (totalitarizam kao permanentno opasno stanje i kao permanentna revolucija odozgo)*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 1-3, str. 463-471.

Petrović, Milan, u saradnji sa Milošem Pricom (2013.), *Uvod u velike pravne i upravne sisteme*, Niš, Sven.

Petrović, Milan, u saradnji sa Milošem Pricom (2014.), *Posebno upravno pravo s međunarodnim upravnim pravom*, Niš, Sven.

Radivojević, Zoran (2012.), *Odlike pravnog sistema Evropske unije*, Pravni život, br. 12, str. 413-428.

Salma, Jozef (2011.), *Smernice i uredbe Evropske unije o životnoj sredini*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2, str. 29-44.

Tubić, Bojan (2013.), *Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi međunarodnog suda*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, str. 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.

**PRAVO REALNOG DUGA PREMA NACRTU
ZAKONIKA O SVOJINI I DRUGIM STVARNIM
PRAVIMA REPUBLIKE SRBIJE**

Apstrakt: Uređivanje stvarnopravnih odnosa uslov je kako za nesmetano odvijanje i ostvarivanje efikasnih privrednih i drugih ekonomskih odnosa, tako i za imovinsku sigurnost svakog pojedinog subjekta. U tom pogledu posebnu ulogu ima i grupa stvarnih prava koja služe realnom obezbeđenju kredita. U radu je predstavljen realni dug, predviđen aktuelnim Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije, koji pravni sistem Srbije zasnovan na načelu akcesornosti založnih prava do sada nije poznao. Kao i u nekim drugim državama u regionu, Nacrt Zakonika preuzima nemački koncept neakcesornog obezbeđujućeg prava, uzimajući u obzir i švajcarski zakon koji ima sličan pravni institut, ali i domaće prilike i potrebe.

Ključne reči: založno pravo na nekretninama, zemljišni dug, realni dug, akcesornost.

1. Uvod

Zakonsko uređenje stvarnih prava obezbeđenja na nepokretnostima predstavlja veoma značajan deo kodifikovanja stvarnog prava u državama sa tržišnom ekonomijom. Tokom proteklih nekoliko godina u Srbiji su preduzete određene zakonodavne aktivnosti kako bi se upotpunilo regulisanje stvarnog prava. Tako, 2003. i 2005. godine doneti su posebni

* draganaps@yahoo.com

zakoni o registrovanoj zalozi pokretnih stvari i hipoteci¹. Pored toga, 27. oktobra 2003. godine, aktom Ministarstva finansija i ekonomije Vlade Republike Srbije² obrazovana je Radna grupa sa zadatkom da izradi nacrt zakona kojim bi se celovito uredili stvarnopravni odnosi. Institut za uporedno pravo u Beogradu, uz podršku nemačke Organizacije za tehničku saradnju (GTZ) – Kancelarija za pravnu reformu i Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS) – Misija u Srbiji i Crnoj Gori, ostvario je u međuvremenu projekat Promene stvarnog prava u Srbiji, posvećen reformi ovdašnjeg stvarnog prava³, čiji su rezultati pri izradi Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (u daljem tekstu: Nacrt Zakonika) Radnoj grupi bili od koristi, kao i rezultati istoimenog Okruglog stola koji je, sa pretežnim učešćem sudija, održan 26. januara 2005. godine u Beogradu. Radna grupa je zaokružila tekst Zakonika 2006. godine, s tim da je nekoliko odredaba kasnije precizirano ili izmenjeno, na osnovu sugestija iz ekspertize o Nacrtu Zakoniku koju su krajem 2006. godine sačinili profesor *Ulrich Drobni* i profesor *Christa Jessel-Holst*. Nakon toga, tokom prethodnih godina, radna verzija Zakonika bila je predmet interesovanja nadležnih organa (objavljivanje na sajtu Ministarstva pravde i državne uprave, organizovanje javne rasprave), ali nije postala zakon. Sredinom 2012. godine ovlašćena tela Saveta Evrope sačinila su Mišljenje o Nacrtu Zakonika⁴. Svrha ovog Mišljenja bila je da se utvrdi usklađenost Nacrta sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, odnosno da li se rešenjima sadržanim u njemu ugrožava mirno uživanje imovine zagarantovano ovom Konvencijom.

Nacrt Zakonika⁵ sadrži brojne novine u odnosu na važeći Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) iz 1980. godine. One su uslovljene suštinskim promenama u društveno-ekonomskim odnosima, prelaskom od

1 Zakon o hipoteci, „Sl. glasnik RS“ br. 115/2005, Zakon o za ložnom pravu na pokretnim stvarima na pokretnim stvarima upisanim u registar, „Sl. glasnik RS“ br. 57/03 i 61/05

2 Rešenje broj 119-01-178/2003-05 od 27.10.2003.

3 U okviru projekta objavljena je knjiga: Vladimir V. Vodinelić, Saša Gajin, Miloš Živković, Ivanka Spasić, Jasna Pak, Vesna Živković, Ana Knežević, „Promene stvarnog prava u Srbiji – Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004.

4 Kompletan tekst elektronski dostupan: Savet Evrope, Mišljenje o Nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije, [Electronic version]. Retrieved 30.06.2014. from <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-st-varnim-pravima-radni-tekst.html>

5 Tekst aktuelnog Nacrta Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije dostupan je na internet stranici Ministarstva pravde Republike Srbije.

centralizovane, planske, ka tržišnoj privredi, a posebno ukidanjem do tada dominantne društvene svojine.

Novi pravni, tržišni i politički ambijent uslovio je potrebu za regulisanjem mnogih pitanja koja uopšte nisu bila uređena ili su pak bila uređena neadekvatno. Među njima, posebno se ističe grupa obezbeđujućih prava koja je doživela kod nas u međuvremenu najintenzivniji razvoj. Imajući ovo u vidu, Nacrtom Zakonika je ponuđena čitava paleta obezbeđujućih stvarnih prava razvijenih u kontinentalno-evropskom pravnom krugu, a među njima i do sada nepoznatih u našem pravnom sistemu, kao što je pravo realnog duga.

2. Pojam realnog duga i njegovo mesto u sistematici Nacrta Zakonika

Pravo realnog duga je pravo lica (primalac duga) da naplati⁶ određeni novčani iznos iz vrednosti opterećene nepokretnosti (iznos realnog duga), bez obzira na promenu njenog vlasnika (davalac duga), i bez obzira na to kod koga je ta nepokretnost.⁷

Najznačajniji razlog za unošenje ovog instituta u Zakonik jeste omogućavanje fleksibilnijeg prava obezbeđenja na nepokretnosti od akcesorne hipoteke, čime se stvaraju uslovi za razvijanje sekundarnog tržišta realnog kredita, olakšava refinansiranje i omogućava proširenje ponude bankarskih proizvoda uz smanjenje transakcionih troškova [Obrazloženje Nacrta ZOSDSP Pojašnjenje osnovnih pravnih instituta i pojedinačnih rešenja, 2012:172].

Realni dug je svojevrсно stvarno pravo na nepokretnosti koje je uređeno po ugledu na nemačko i švajcarsko pravo i koje u praksi najčešće služi za obezbeđenje potraživanja, pa je otud donekle slično hipoteci. Osnovna razlika u poređenju sa hipotekom sastoji se u tome što realni dug nije zakonski zavisao od obezbeđenog potraživanja (nije akcesoran), već se efekti akcesornosti postižu na obligacionom nivou, zaključivanjem ugovora o obezbeđenju (obezbeđujući realni dug kao najčešći oblik u praksi), čime realni dug postaje ugovorno akcesoran (kvaziakcesoran).

<http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravimaradni-tekst.html>

6 Skrećemo pažnju da se ovde radi o pravu naplate, ne namirenja kao kod hipoteke, jer ovde obezbeđenog potraživanja nema.

7 Član 584 Nacrta Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije (u daljem tekstu: Nacrt ZOSDSP)

Pravnosistemski posmatrano, regulisanje realnog duga u Nacrtu Zakonika izmešteno je iz dela o založnim pravima⁸ (jer kao neakcesoran nema nužno svrhu obezbeđenja pa se ne ubraja u založna prava, koja po samom zakonu imaju takvu svrhu), iako sa hipotekom ima dosta zajedničkog. Čini se da se ovakvom sistematizacijom želela naglasiti razlika realnog duga od založnih prava, odnosno njegova neakcesornost, tako i činjenica da se očekuje da se realni dug u praksi najčešće koristi kao obezbeđujuće pravo.

Nacrt Zakonika sadrži znatno više odredaba o ovom institutu (čak 49 članova) nego nemačko pravo u kojem je institut nastao⁹ ili prava koja su se ugledala na njega (recimo slovenačko), pošto je zauzet stav¹⁰ da bi ovaj institut, kao nov za srpsko pravo, trebalo detaljnije regulisati i izbegavati brojnija upućivanja, pa i po cenu ponavljanja nekih odredbi o hipoteci (npr. na isti način kao kod hipoteke su uređeni držanje, upotreba, iskorišćavanje, čuvanje i održavanje predmeta realnog duga, krug lica koja mogu da zasnuju realni dug, pravila o zajedničkom i svojinskom realnom dugu i dr.).

Realni dug može biti svojinski¹¹ (postojati na sopstvenoj stvari) i zajednički (teretiti više nepokretnosti)¹². Takođe, moguće je zasnovati realni dug drugog, trećeg i daljeg reda (naknadni realni dug)¹³. Predmet realnog duga može biti sve što može biti predmet hipoteke, osim objekta u izgradnji¹⁴.

Kao i kod založnog prava i ovde važe i izričito su regulisani načelo nedeljivosti¹⁵, specijalnosti¹⁶ i prvenstva¹⁷.

8 Poglavlje o realnom dugu nalazi se između delova o uvek obezbeđujućoj zalozi i drugim pravima obezbeđenja.

9 Zemljišni dug je u Nemačkoj regulisan pu tem svega osam paragrafa BGB, a većina pravila se razvila u poslovnoj i sudskoj praksi, a konačan oblik je dala i pravna doktrina.

10 Videti opširnije: Povelakić M, 2005: 226; Živković M, 2008: 197

11 Član 586 Nacrta ZOSDSP

12 Član 587 Nacrta ZOSDSP

13 Član 590 Nacrta ZOSDSP

14 Član 593-595 Nacrta ZOSDSP

15 Član 591 Nacrta ZOSDSP

16 Član 613 Nacrta ZOSDSP

17 Član 592 Nacrta ZOSDSP

3. Neakcesornost realnog duga

Akcesornost založnih prava proizilazi iz shvatanja da zaloga ima jednu svrhu – svrhu obezbeđenja potraživanja. Nema dileme da je to njena najvažnija, tradicionalna uloga. Međutim, savremeni pravni sistemi koji se baziraju na tržišnoj privredi postavljaju pred založno pravo još jednu ulogu – dodatno aktiviranje vrednosti imovine. Ova uloga zahteva brži i jednostavniji promet založnog prava, što prevazilazi mogućnosti koncepta akcesornosti hipoteke, zasnovanog na zavisnosti hipoteke od potraživanja koje obezbeđuje.

Za razliku od akcesornih sredstava obezbeđenja kod kojih nastanak, opstanak, obim i prenos zavise od nastanka, obima i prenosa potraživanja koja obezbeđuju, neakcesornost založnog prava omogućava niz prednosti: zasnivanje pre nastanka potraživanja (što ubrzava i olakšava isplatu kredita, omogućuje obezbeđenje bankarske garancije), mogućnost jednostavnog prenosa radi naknadnog obezbeđivanja novih potraživanja, uključivanje novih potraživanja u okvir obezbeđenja, odnosno obezbeđivanje više potraživanja istovremeno (tzv. kontokorentni kredit, kod kojeg banka odobrava dužniku jedan ili više kredita do određenog iznosa, odnosno stavlja mu na raspolaganje određenu sumu novca, pri čemu nije unapred utvrđeno da li i u kojoj meri će ugovoreni okvir biti iskorišćen) i dr.

Neakcesornost realnog duga propisana je posebnim članom Nacrta Zakonika¹⁸ pod nazivom „Nezavisnost“. Realni dug je neakcesorno stvarno pravo koje može nastati nezavisno od postojanja potraživanja koje obezbeđuje i može biti predmet samostalnog prenosa.

Dva osnovna modela neakcesornih prava obezbeđenja koja su bila uzor za predlog pravnog uređenja realnog duga jesu nemački institut zemljišni dug (nem. *Grundschild*) i švajcarski institut pismo o dugu (*Schuldbrief*).

Zemljišni dug je stvarno pravo koje ovlašćuje titulara da iz vrednosti nepokretnosti naplati određenu sumu novca. Zemljišni dug nema nikakvu unapred određenu svrhu, njegov nastanak, prenos ili prestanak nisu uslovljeni postojanjem osigurane tražbine, a njegov iznos ne zavisi od određenog potraživanja, već je sadržan u samom pravu zemljišnog duga, odnosno registru u koji je upisan ili pismu zemljišnog duga. [Lazić 2009:157; Povelakić, 2005:226] On se može zasnivati i kad nema nikakvog potraživanja, sa ciljem recimo činjenja poklona, rezervisanja ranga u zemljišnoj knjizi, investiranja udelom u privredno društvo i dr. Svi ovi poslovi imaju kao zajednički cilj aktiviranje vrednosti nepokretnosti, što, za razliku od hipoteke, omogućuje upravu

18 Član 588 Nacrta ZOSDSP

ustanova zemljišnog duga. Ipak, u praksi zemljišni dug se najčešće koristi kao obezbeđujuće pravo, sa funkcijom obezbeđenja potraživanja. Ali i tada se razlikuje u odnosu na hipoteku po neakcesornosti, odnosno ona dejstva koja su zakonom predviđena kod akcesorne hipoteke, kod zemljišnog duga ne nastupaju po samom zakonu, već po osnovu ugovora o obezbeđenju, koji je do nedavno imao dejstvo samo *inter partes* [Živković 2010: 265; Softić Kadenić 2010: 399].

Pismo o dugu predstavlja hartiju od vrednosti u kojoj je inkorporisano potraživanje obezbeđeno zalogom na nepokretnosti.¹⁹ Prema odredbama Švajcarskog građanskog zakonika (*Schweizerische Zivilgesetzbuch* – ZGB), zasnivanjem pisma o dugu osnovni obligacioni odnos radi kojeg je ugovoreno njegovo osnivanje, prestaje, i to prenovom.²⁰ Radi se o zakonskom prenovu, po osnovu kojeg, za vlasnika opterećene nekretnine, prestaje obaveza iz osnovnog posla, a nastaje nova apstraktna obaveza, definisana pismom o dugu, za koju on odgovara, kako lično, celokupnom svojom imovinom, tako i stvarnopravno, vrednošću opterećene nepokretnosti. Postojanje, promena, naplata i prestanak pisma o dugu nisu ni na koji način povezani sa osnovnim potraživanjem, jer ono više ne postoji. Ovakvim neakcesornim sredstvom je jednostavnije raspolagati prenosom hartije, indosamentom, zalaganjem, bez obaveze upisa u zemljišnoj knjizi. Pismo o dugu se na izvestan način odvaja i od nekretnine i u pravnom prometu tretira kao nova samostalna vrednost. Prema rečima nekih autora, ideja pisma o dugu, kako ju je zamislio zakonodavac, bila je u tome da se neki dug iz kauzalnog posla koji je potpuno određen po visini, “obuče” u hartiju od vrednosti, koja bi inkorporisala novi dug istog iznosa, koji bi bio obezbeđen zalogom na nepokretnosti [Živković 2010: 277].

4. Pismo realnog duga

Prema obliku, Zakonik poznaje dve vrste realnog duga – registrovani, koji nastaje upisom u javni registar, i pismo realnog duga, koje predstavlja hartiju od vrednosti izdatu na osnovu upisa u registar²¹. Uvođenje oblika hartije od vrednosti, po ugledu na slovenačko pravo [Dežman, 2005:612], trebalo bi da ima za cilj povećanja njegove cirkulacione sposobnosti, te omogućavanje da se dobre strane prava hartija od vrednosti povežu sa pravom unovčenja nepokretnosti.

19 Čl. 842 ZGB

20 Čl. 855 ZGB

21 Čl. 584 st. 2 Nacrta ZOSDSP

Pismo realnog duga uređeno je kao hartija od vrednosti po naredbi, izdavalac pisma je davalac duga, a sastavlja ga i overava organ koji vodi javni registar, nadležan po mestu opterećene nepokretnosti. Pored bitnih sastojaka propisanih zakonom kojima se uređuju obligacioni odnosi, Nacrtom Zakonika je propisano da pismo realnog duga sadrži naziv organa koji ga je sastavio i overio, potpis ovlašćenog lica i pečat tog organa, delovodni broj pisma kod tog organa, kao i ostale podatke o realnom dugu koje mora sadržati jednostrana izjava davaoca duga na osnovu koje je izdato. Pored toga, predviđeno je da je naplativo pismo realnog duga izvršna isprava, te da u slučaju nesaglasnosti upisanog u registru i u pismu prednost ima ono što je upisano u pismu²².

5. Sticanje, prenos, zalaganje i pretvaranje realnog duga

Nomotehnički neuobičajeno, pravila o sticanju realnog duga nisu smeštena na početak podceline, već tek u sredinu regulative o realnom dugu. Prema članu 610. Nacrta Zakonika, realni dug se zasniva ugovorom i upisom u registar, a pismo zemljišnog duga predajom pisma od strane nadležnog organa. Upis realnog duga u javni registar, na osnovu koga se izdaje pismo realnog duga može tražiti samo davalac duga.

Realni dug kao neakcesorno stvarno pravo, koje može nastati nezavisno od postojanja potraživanja, može se samostalno preneti i založiti. Izuzetak je obezbeđujući realni dug, gde se prenosom odnosno zalaganjem realnog duga prenosi odnosno zalaže obezbeđeno potraživanje, ali čak i tad može biti drugačije uređeno ugovorom.

Ugovorom o realnom dugu davalac duga se obavezuje primaocu duga da u javnom registru u njegovu korist zasnjuje realni dug. Jednostranom izjavom davalac duga zasniva svojinski realni dug u obliku pisma ili svojinski registrovani realni dug. Vrlo temeljni propisi o obliku i sadržaju pravnog posla na kome se zasniva, sadrže i spisak zabranjenih klauzula, koje uglavnom odgovaraju onim kod ručne zaloge.²³

Zakonik je posebno uredio i mogućnost pretvaranja realnog duga, pa tako registrovani realni dug može da se pretvori u pismo realnog duga (obrnuto ne može)²⁴, svojinska hipoteka se može pretvoriti u realni dug, kao i savesno stečena hipoteka bez potraživanja²⁵, dok su predviđene i situacije kada

22 Čl. 608 Nacrta ZOSDSP

23 Чл. 614 упоредити са чл. 468 Нацрта ЗОСДСП

24 Чл. 605 Нацрта ЗОСДСП

25 Чл. 606 Нацрта ЗОСДСП

nastaje svojinski realni dug – isplata iznosa realnog duga, povratni prenos ili odricanje²⁶.

6. Obezbeđujući realni dug

Izuzetak od načela neakcesornosti realnog duga predstavlja tzv. obezbeđujući realni dug, kod kojeg se ugovorom uređuje da realni dug služi obezbeđenju potraživanja (ugovor o obezbeđenju), odnosno da nastanak, postojanje, visina i prenos realnog duga zavisi od nastanka, postojanja, visine, odnosno prenosa potraživanja obezbeđenog realnim dugom. Ugovor o obezbeđenju se može upisati u javni registar, ali ne i u pismo realnog duga.

Njegovim upisom prigovori iz tog ugovora mogu se suprotstaviti svakom primaocu duga. Ovakvo rešenje urađeno je po ugledu na izmene Nemačkog građanskog zakonika iz 2008. godine. Sve do tad nemački obezbeđujući zemljišni dug bio je neakcesorne prirode, ograničenja koja su proizilazila iz ugovora o obezbeđenju imala su obligacioni karakter, tj. delovala su *inter partes*. Ovo je imalo niz prednosti, ali i određene nedostatke. Institut je omogućavao veliku fleksibilnost, pre svega značajnu bankarskom sektoru, kao što je izmena osiguranog potraživanja, dodavanje novih ili izuzimanje nekih, sve bez formalne (javnobeležnički overene) promene ugovora, ili sprovođenja postupka upisa u zemljišne knjige, zatim poslove projektnog finansiranja, sekjuritizaciju obezbeđenih potraživanja i dr. Međutim, problem je nastajao u slučaju prenosa zemljišnog duga na treće lice, čak i zajedno s obezbeđenim potraživanjem. Naime, na sticaoca nisu istovremeno prelazila i prava i obaveze iz ugovora o obezbeđenju, što je dovodilo do mogućnosti dvostruke naplate, i zemljišnog duga i potraživanja. Ovakav nepovoljan položaj vlasnika nepokretnosti je najpre 2005. izmenjen uvođenjem registra refinansiranja, jer je upis ustupanja u taj registar omogućavao davaocu obezbeđenja da sticaocu ističe sve prigovore iz ugovora o obezbeđenju. Avgusta 2008. godine prvi put u tekst Nemačkog građanskog zakonika uvodi se termin obezbeđujući zemljišni dug i izričito predviđa da su prigovori iz ugovora o obezbeđenju suprotstavljivi svakom kasnijem poveriocu zemljišnog duga, bez mogućnosti savesnog sticanja. Ove zakonske izmene su smanjile prometnu sposobnost obezbeđujućeg zemljišnog duga i to toliko da je ovakav zemljišni dug postao manje prometno sposoban od akcesorne hipoteke (u nekim pravnim sistemima).

26 Чл. 607 Нацрта ЗОСДСП

Po mišljenju pojedinih autora čini se da ovako akcesorni realni (zemljišni) dug nema razlog postojanja u sistemu stvarnih prava koja već poznaju hipoteku, već da je svrsishodnije regulisati mogućnost pretvaranja realnog duga u hipoteku [Drobnig et al.2007:166]. Međutim, ima autora koji su i dalje na stanovištu da institut obezbeđujućeg zemljišnog (realnog) duga nije izgubio svoj neakcesorni karakter, te ističu da bi ovu vezu između samostalnog stvarnog prava unovčenja i obezbeđenog potraživanja, trebalo definisati kao *kvaziakcesornost*, čija je osnovna osobina koja je razlikuje od akcesornosti ta da su joj dejstva i domašaj određeni ugovorom, a ne zakonom, te su lako promenljivi [Živković et al. 2010: 265, Softić Kadenić et al. 2010:399].

Vlasnik opterećene nepokretnosti odgovara u načelu samo svojom nepokretnošću, dakle, ne svojom ostalom imovinom. Prenosom, odnosno zalaganjem obezbeđenog potraživanja prenosi se, odnosno zalaže obezbeđujući realni dug, osim u slučaju kada je drugačije ugovoreno sa davaocem duga. Kod otuđenja opterećene nepokretnosti, obezbeđujući zemljišni dug ne prelazi na sticaoca, uz mogućnost drugačijeg ugovaranja. Takođe, isplatom obezbeđujućeg realnog duga gasi se i obezbeđeno potraživanje u visini naplaćenog; nasuprot tome, ako isplatu izvrši drugo lice koje nije dužnik, smatra se u slučaju sumnje da je isplaćeno obezbeđeno potraživanje.

7. Naplata i prestanak realnog duga

Postupak naplate realnog duga je uređen na način na koji je uređen postupak namirenja kod hipoteke, parafraziranjem istovetnih odredbi²⁷, uz posebne odredbe koje se odnose na naplativost, posebno za svojinski i obezbeđujući realni dug, i potvrdu o naplativosti²⁸.

Realni dug je naplativ po dospelosti, s tim da je obezbeđujući realni dug naplativ kada dospe obezbeđeno potraživanje. Dospelost se beleži u nadležnom registru, odnosno pismu realnog duga, sa posebnim pravilom za fizičko lice koje je zaključilo ugovor o realnom dugu radi obezbeđenja prodajne cene zgrade ili stana koje pribavlja da bi u njemu stanovalo²⁹. Po naplativosti realnog duga organ nadležan za vođenje javnog registra u javnom registru vrši zabeležbu da je realni dug naplativ i izdaje potvrdu o naplativosti realnog duga³⁰. Ova potvrda je izvršna isprava.

27 Videti čl. 617-626 Nacrta ZOSDSP

28 Čl. 617, 618 i 620 Nacrta ZOSDSP

29 Čl. 618 Nacrta ZOSDSP

30 Čl. 620 Nacrta ZOSDSP

Naplata iz opterećene nepokretnosti u načelu se vrši putem sudskog postupka. Međutim, ako dužnik nije fizičko lice, nepokretnost se može prodati i vansudskim putem, i to od strane samog poverioca ili posrednika. Nacrtom Zakonika se u nekoliko članova detaljno reguliše postupak vansudske prodaje, uz propisivanje supsidijarne primene pravila o prinudnom sudskom izvršenju³¹. Savesni sticalac u sudskom ili vansudskom nadmetanju, ili na javnoj prodaji stiže svojinu na nepokretnosti bez tereta³².

Nacrt Zakonika u posebnom poglavlju o prestanku, reguliše slučajeve prestanka registrovanog realnog duga, pisma realnog duga, kao i prestanak u slučaju prodaje odnosno propasti opterećene nepokretnosti. U načelu, brisanjem prestaje svojinski realni dug, dok nesvojinski realni dug prestaje samo prodajom radi namirenja i propašću nepokretnosti koja mu je predmet.

8. Zaključak

Realni dug je nov institut stvarnog prava koji pravni sistem Srbije, zasnovan na načelu akcesornosti založnih prava, do sada nije poznavao. Po ugledu na rešenja država regiona, Nacrtom Zakonika predlaže se preuzimanje nemački koncept neakcesornog obezbeđujućeg prava, uzimajući u obzir i švajcarski zakon koji ima sličan pravni institut.

Pritom, Nacrt Zakonika takođe uzima u razmatranje i veoma složenu prirodu realnog duga. Aktuelni srpski Nacrt Zakonika ima za cilj da realni dug što je moguće više prilagodi domaćem pravnom, društvenom i ekonomskom okruženju. U svrhu postizanja cilja, Nacrt ide mnogo više u detalje nego modeli na kojima se zasniva. Čini se da za to ima opravdanja, jer nasuprot Nemačkoj i Švajcarskoj, srpski pravници ne mogu da pribegnu ustanovljenoj sudskoj praksi. Uz pretpostavku da bi se realni dug, poput hipoteke, obično koristio za obezbeđenje nekog potraživanja, pravilna zaštita dužnika je suštinski aspekt njegovog regulisanja. Predloženim konceptom realnog duga kao kvaziakcesornog, približavaju se različiti pravni režimi obezbeđujućih prava na nepokretnostima, kao posledica praktičnih potreba reforme finansijskog tržišta i podsticaja međunarodnog kreditnog tržišta. Predloženi realni dug je ugovorno akcesoran (kvaziakcesoran) u nastanku, obimu, pripadanju i prestanku, dok je u realizaciji akcesoran, pošto su prigovori iz ugovora o obezbeđenju suprotstavljivi *erga omnes*.

31 Videti: čl. 622-624 Nacrta ZOSDSP

32 Чл. 638 Нацрта ЗОСДСП

Uvođenje instituta realnog duga u srpsko zakonodavstvo imalo bi povoljan uticaj na uspostavljanje tzv. sekundarnog hipotekarnog tržišta, koje po svemu sudeći, predstavlja sledeći korak razvoja bankarskog sistema u ovom segmentu, a kao rezultat rasta potrebe da se postojeći kapital što bolje iskoristi i poveća konkurentnost srpske privrede.

Literatura

Vodinelić V, Gajin S, Živković M, Spasić I, Pak J, Živković V, Knežević A. (2004.) *Promene stvarnog prava u Srbiji – Mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi*, Institut za uporedno pravo, Beograd

Vrenčur, Renato. Die Grundschuld. Tatjana Josipović (ur.) *Stvarnopravna uređenjatranzicijskih 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) „Mišljenje o Nacrtu srpskog Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima“, u „*Ka novom stvarnom pravu SrbijeNacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*“, str. 166-167, Beograd

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: Punta, 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.

IZVORI

Zakon o hipoteci, „Sl. glasnik RS“ br. 115 (2005)

Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima na pokretnim stvarima upisanim u registar, „Sl. glasnik RS“ br. 57 (2003) i br. 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.

DRŽAVNA REVIZORSKA INSTITUCIJA I PREVENCIJA KRIMINALITETA BELOG OKOV RATNIKA U JAVNOM SEKTORU

Apstrakt: Predmet ovog rada je ukazivanje na značaj delatnosti Državne revizorske institucije u prevenciji ne samo koruptivnih krivičnih dela, već i ostalih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika u javnom sektoru. Rad vrhovne revizorske institucije nije primarno usmeren na otkrivanje krivičnih dela, ali svakako nije beznačajan kada je u pitanju ta aktivnost. Državni revizori su obučeni da tumače i primenjuju odredbe propisa iz oblasti finansijskog poslovanja, tj. propise kojima je uređen budžetski sistem i javni prihodi i rashodi, a čijim se kršenjem mogu vršiti krivična dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika. Vrhovna revizorska institucija bi trebalo, imajući u vidu njenu nezavisnost i samostalnost u radu, da doprinese smanjenju „tamne brojke kriminaliteta belog okovratnika“. Strah od otkrivanja izvršenog krivičnog dela, a samim tim i kazne, trebalo bi da deluje preventivno na potencijalne izvršioce krivičnih dela koja s obzirom na svoja obeležja spadaju u ovu vrstu kriminaliteta.

Ključne reči: prevencija, kriminalitet belog okovratnika, Državna revizorska institucija, krivična prijava.

1. Uvod

Kriminalitet belog okovratnika nije nova pojava, iako se to prosečnom građaninu čini zbog čestog medijskog izveštavanja o toj vrsti kriminaliteta. Prvu definiciju ove vrste kriminaliteta dao je Edvin Saterlend (Edwin Sutherland). Prema njemu ovaj oblik profesionalnog kriminaliteta obu hvata zločine izvršene

* suputjelena@yahoo.com

od strane lica sa visokim i prestižnim društvenim statusom u okviru zanimanja koje obavljaju, a kriminalac sa „belim okovratnikom“ jeste svako lice sa visokim socioekonomskim statusom koje krši zakone kojima se uređuje njegova profesionalna aktivnost. Iz ove definicije se zaključuje da su izvršioци kriminaliteta belog okovratnika poslovni ljudi, činovnici („beli okovratnik“ izvorno predstavlja oznaku za činovnika, čoveka koji je u društvenoj hijerarhiji na vrhu), i lica koja imaju poseban društveni status, vlast, uticaj i moć. To su pripadnici najviših društvenih slojeva u određenim službama – bankarstvo, osiguranje, državne institucije, inspekcijske ili carinske službe, medicina (Konstantinović Vilić et al., 2012: 189). Upravo su navedena obeležja uzrok velike „tamne brojke kriminaliteta belog okovratnika“. Zaposleni u određenim institucijama su u nemogućnosti ili strahu da prijave krivična dela koja su izvršili njihovi pretpostavljeni. Razlog za to nije samo slabo poznavanje propisa od strane zaposlenih, već i strah od osвете od strane moćnih i uticajnih izvršilaca krivičnih dela.

U kriminalitet belog okovratnika spadaju sledeća krivična dela propisana Krivičnim zakonikom Republike Srbije:¹

1) krivična dela protiv privrede²: poreska utaja (član 229. KZ), prouzrokovanje stečaja (član 235. KZ), oštećenje poverilaca (član 237. KZ), zloupotreba ovlašćenja u privredi (član 238. KZ), zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom (član 234a KZ);

2) u širem smislu i krivično delo iz grupe krivičnih dela protiv životne sredine – zagađenje životne sredine (član 260. KZ);

3) krivična dela protiv pravnog saobraćaja³: falsifikovanje isprave (član 356. KZ) i falsifikovanje službene isprave (član 356. KZ) i

4) krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv službene dužnosti⁴: kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika (član

1 Sl. glasnik RS 85/2005, 88/2005-ispr., 107/2005-ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

2 Da bi se smatrala kriminalitetom belog okovratnika, krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv privrede, kao i dela iz drugih grupa krivičnih dela, moraju da imaju sva obeležja te vrste kriminaliteta koja su sadržana u definiciji Edvina Saterlenda (Edwina Suterlanda).

3 Isto kao i za krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv privrede važi i za krivična dela protiv pravnog saobraćaja. Vršenje tih dela uglavnom prethodi izvršenju drugih krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika.

4 Iako je zaštitni objekt ove grupe krivičnih dela službena dužnost, tj. javna služba, inkriminisanjem određenih ponašanja koja spadaju u tu grupu štiti se i državna imovina. Izvršilac krivičnih dela protiv službene dužnosti je službeno

360. KZ), protivzakonita naplata i isplata (član 362. KZ), prevara u službi (član 363. KZ), pronevera (član 364. KZ), trgovina uticajem (član 366. KZ), primanje mita (član 367. KZ), davanje mita (član 368 KZ)⁵ i nenamensko korišćenje budžetskih sredstava (član 362.a KZ).

Kriminalitet belog okovratnika u Republici Srbiji prisutan je i u javnom sektoru, pod kojim se smatraju kako organi koji se finansiraju iz republičkog i lokalnog budžeta, tako i drugi organi i organizacije koji su korisnici javnih sredstava (javna preduzeća). Rukovodioci tih organa su često pripadnici visokih društvenih slojeva i članovi političkih stranaka, pa su zbog toga zaštićeniji od progona nego prosečni izvršioци krivičnih dela. Kriminalitet belog okovratnika predstavlja veliki trošak za državu, a samim tim i građane. Zbog toga postoji veliko interesovanje javnosti za pomenutu vrstu kriminaliteta. Zahvaljujući delatnosti Državne revizorske institucije neka od krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika otkrivena su i procesuirana. Zbog toga je neophodno usmeriti ne samo pažnju policije i pravosudnih organa na suzbijanje kriminaliteta u sferi finansijskog poslovanja, već i pažnju drugih državnih organa i institucionalizovanih kontrolnih mehanizama, a u cilju prepoznavanja indikatora koji ukazuju na postojanje krivičnih dela.

lice. Pod njim se u skladu sa članom 112. tačka (3) Krivičnog zakonika Republike Srbije smatra:

- 1) lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti;
- 2) izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima;
- 3) javni beležnik, izvršitelj ili arbitar, kao i lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu kojem je povereno vršenje javnih ovlašćenja, koje odlučuje o pravima, obavezama ili interesima fizičkih ili pravnih lica ili o javnom interesu;
- 4) lice kojem je faktički povereno vršenje pojedinih službenih dužnosti ili poslova i
- 5) vojno lice.

Osim službenih lica, neka od krivičnih dela protiv službene dužnosti mogu izvršiti i odgovorna lica. Da bi se krivična dela protiv službene dužnosti smatrala kriminalitetom belog okovratnika moraju da budu izvršena od strane lica koja su s obzirom na svoj materijalni i službeni položaj zaštićenija od progona i kažnjavanja.

⁵ Iako krivično delo davanje mita nije izvršeno od lica koje se u skladu sa članom 112. Krivičnog zakonika može smatrati službenim licem, ono je povezano sa krivičnim delom primanja mita koje vrše lica koja imaju pomenuti status. Zahvaljujući otkrivanju izvršenog dela davanja mita dolazi se do saznanja o izvršenju krivičnog dela primanja mita, a samim tim i identifikacije i kažnjavanja izvršilaca.

O ozbiljnosti kriminaliteta belog okovratnika svedoči i činjenica da je članom 2. Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela⁶ propisano da se ovaj Zakon primenjuje i radi otkrivanja, krivičnog gonjenja i suđenja i izvršiocima sledećih krivičnih dela protiv službene dužnosti: zloupotrebe službenog položaja, trgovine uticajem, primanja mita, davanje mita, ukoliko je okrivljeni, odnosno lice kojem se daje mito službeno ili odgovorno lice koje vrši javnu funkciju na osnovu izbora, imenovanja ili postavljenja od strane Narodne skupštine, Vlade, Visokog saveta sudstva ili Državnog veća tužilaca, kao i ukoliko se radi o krivičnom delu zloupotreba ovlašćenja u privredi, krivičnom delu zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom i krivičnom delu zloupotreba službenog položaja, u slučaju da vrednost imovinske koristi stečene izvršenjem ovih dela prelazi iznos od 200.000.000 dinara. U skladu sa navedenim Zakonom, za postupanje u predmetima navedenih krivičnih dela nadležno je Tužilaštvo za organizovani kriminal, dok policijske poslove u vezi sa ovim krivičnim delima obavlja Služba za suzbijanje organizovanog kriminala koja se obrazuje u okviru ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove. Kada je u pitanju nadležnost suda, za postupanje u predmetima krivičnih dela propisanih članom 2. Zakona nadležan je Viši sud u Beogradu, kao prvostepeni za teritoriju Republike Srbije. Na ovaj način zakonodavac je nastojao da ukaže na veliki društvenu opasnost, a sasvim tim i značaj suzbijanja nekih krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika. Delo koje bi bilo takođe neophodno propisati u članu 2. ovog Zakona jeste nenamensko trošenje budžetskih sredstava. Iako za postojanje ovog dela nije neophodan uslov da je izvršilac nameravao da pribavi ili da je pribavio protivpravnu imovinsku korist, nenamensko trošenje budžetskih sredstava preko određenog iznosa takođe predstavlja veliku društvenu opasnost.

Prevencijom kriminaliteta belog okovratnika u javnom sektoru čuvaju se kako državni resursi, tako i imovina pojedinaca, s obzirom na to da se javna potrošnja uglavnom finansira od poreza i drugih dažbina koje plaćaju građani. Zbog toga bi delatnost kako organa formalne socijalne kontrole, tako i delatnost drugih državnih organa trebalo da bude što više usmerena na njegovu prevenciju. Kriminalitet belog okovratnika, naročito u javnom sektoru, može da doprinese siromaštvu građana, a što može da bude uzrok vršenja drugih krivičnih dela, koja takođe spadaju u imovinski kriminalitet (krađa,

6 Sl. glasnik RS 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004-dr. zakon, 45/2005, 61/2005, 72/2009, 72/2011-dr. zakon, 101/2011-dr. zakon i 32/2013.

razbojništvo, razbojnička krađa itd.). Još su u XVI veku Tomas Mor, kasnije naročito Bentam i Oven, a u XX veku List, u poboljšanju ekonomskih, stambenih, zdravstvenih, obrazovnih i drugih uslova videli značajne faktore prevencije kriminaliteta (Radulović, 1999: 27).

2. Neophodnost prevencije kriminaliteta belog okovratnika

Džeremi Bentam (1748–1832) je smatrao da je siromaštvo jedan od osnovnih uzroka kriminaliteta i da je zbog toga neophodno preduzimati preventivne mere. On se zalagao za čitav sistem socijalnih mera. Bolesne društvene prilike su prema njegovom mišljenju bile jedan od osnovnih uzroka kriminaliteta (Radulović, 1999: 60). Često se konvencionalan kriminalitet smatra dominantnim. Njegova „vidljivost“ u odnosu na druge oblike kriminalnih delatnosti doprinosi pogrešnoj percepciji o stanju kriminaliteta u jednoj zemlji. S druge strane, postoje oblici kriminalnog delovanja koje je posebno teško meriti, a koji sa aspekta štetnosti posledica koje izazivaju zaslužuju posebnu pažnju i načine delovanja (Ničić, 2011: 125). Kriminalitet belog okovratnika šalje negativnu poruku javnosti da je takvo ponašanje u društvu legitimno obzirom da se tim bave i pripadnici viših društvenih slojeva i da je vlast sredstvo za „legalizaciju kriminaliteta“. Kriminalitet belog okovratnika siromaši državu i pojedince i samim tim može da dovede do porasta drugih vidova kriminaliteta, pre svega imovinskog. Zbog toga je neophodno preventivno delovanje na polju suzbijanja navedene vrste kriminaliteta. Iako se čini da su žrtve kriminaliteta belog okovratnika nevidljive, one postoje i njihov broj je veliki. Izvršenje jednog krivičnog dela koje spada u kriminalitet belog okovratnika ima štetnije posledice nego neka druga krivična dela koja spadaju u imovinski kriminalitet. Veliki broj ljudi usled vršenja tih dela ostaje bez posla, a samim tim i sredstava za život dostojan čoveka. Ukoliko se uzmu u obzir ideje teoretičara koji su smatrali da siromaštvo doprinosi porastu kriminaliteta, može se reći da vršenje krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika dovodi do povećanja imovinskog kriminaliteta u koji spadaju i dela izvršena od strane običnih građana (razbojništva, teške krađe, iznude). Konkurentnost i produktivnost preduzeća rastu sporo ili stagniraju u visokokorumpiranoj zemlji. Investicije bilo iz domaćih, bilo iz stranih izvora manje su od mogućih. Isto tako, visoka korumpiranost državne administracije koja je naličje neefikasnosti javnih institucija destimuliše i inostrane kreditore kao što su Svetska banka, Međunarodni monetarni fond i dr. Osim toga,

neefikasnost institucija je, po pravilu, praćena nenamenskim i neefikasnim trošenjem sredstava (Jovanović, Pantić, 2000: 146).

Kriminalitet belog okovratnika šalje negativnu poruku javnosti da je takvo ponašanje u društvu legitimno, s obzirom na to da se tim bave i pripadnici viših društvenih slojeva, i da je vlast sredstvo za „legalizaciju kriminaliteta“. Kriminalitet belog okovratnika siromaši državu i pojedince i samim tim može da dovede do porasta drugih vidova kriminaliteta, pre svega imovinskog. Zbog toga je neophodno preventivno delovanje na polju suzbijanja navedene vrste kriminaliteta. U javnosti se često govori o potrebi povišenja krivičnih sankcija propisanih za krivična dela protiv službene dužnosti. Međutim, to nije uvek neophodno. Averzija prema riziku potencijalnih prestupnika udaljava optimalnu kaznu od maksimalne, budući da je relativna efikasnost odvrćanja usled povećanja verovatnoće donošenja pravosnažne osuđujuće presude veća od odgovarajuće efikasnosti povećanja kazne. Što je veća averzija prema riziku, veća je razlika između optimalne i maksimalne zaprećene kazne (Begović, 2010: 63). To znači da nije dovoljno efikasno sredstvo prevencije kriminaliteta samo predviđanje visoke kazne u krivičnom zakonodavstvu, već je neophodno i da postoji velika verovatnoća da će krivična dela biti otkrivena. Državna revizorska institucija bi trebalo da deluje preventivno u cilju suzbijanja kriminaliteta belog okovratnika. Preventivne mere koje deluju na širokom planu treba da budu integralni deo strategije društvenog napretka i u tom smislu obuhvaćene razvojnim projektima i planovima kojima države usmeravaju tokove ekonomskog, političkog, kulturnog i, u najširem smislu shvaćeno, socijalnog razvoja. Takav pristup podržava i Organizacija ujedinjenih nacija s obzirom da se, gotovo bez izuzetka, savremene države suočavaju sa činjenicom da rastući kriminalitet ozbiljno ugrožava ekonomske i druge bazične elemente društvene strukture (Radulović, 1999: 20). Navedene mere bi trebalo da se sastoje i u pažljivom odabiru rukovodećeg kadra, jer kao što navodi Nikolo Makijaveli u svom delu „Vladalac“, izbor ljudi koji donose ključne odluke u određenim oblastima nije beznačajna stvar. To da li će neki vladalac oko sebe imati dobre ili loše ljude zavisi samo od njegove promišljenosti. Prvi zaključak koji se donosi o sposobnosti nekog vladara zasnovan je na promatranju ljudi koji ga okružuju, pa kada su oni dobri i odani, svako ga smatra mudrim jer je umeo da uoči valjane ljude i da ih veže za sebe. No, kada nisu takvi ljudi koji ga okružuju, ni o vladaru se ne može imati visoko mišljenje jer se prva greška čini baš pri tom izboru (Makijaveli, 2009: 115).

Krivična dela korupcije su posebna vrsta krivičnih dela protiv službene dužnosti izvršena od strane službenog ili odgovornog lica kao nosioca službenih ovlašćenja. Interes svake države je da suzbije takva nedopuštena, protivpravna ponašanja pojedinaca i grupa i da ih prinudi da svoja ovlašćenja vrše u granicama propisanim zakonom ili podzakonskim aktima (Simić, Jovašević, 2008: 50–51). Na polju suzbijanja koruptivnih krivičnih dela neophodno je zajedničko delovanje kako organa formalne i neformalne socijalne kontrole, tako i svih savesnih građana jedne države.

3. Državna revizorska institucija i prevencija korupcije

Zbog svoje složenosti, korupcijom se stručno i naučno bave mnogi državni subjekti, što se u izvesnom smislu može smatrati potrebom i željom, ali i jednim od pravih načina da se korupcija analizira sa što širih aspekata i što sveobuhvatnije. Osnovni cilj je da se korupcija pre svega smanji, a po mogućnosti i potpuno iskoreni (Đurić et al., 2007: 67). U pravnim dokumentima se posebno ističe uticaj Državne revizorske institucije na prevenciju korupcije u Republici Srbiji. Takav stav sadržan je kako u prvoj Nacionalnoj strategiji za borbu protiv korupcije,⁷ tako i u novoj Nacionalnoj strategiji za borbu protiv korupcije u Republici Srbiji za period od 2013. do 2018. godine.⁸ Prema prvoj Strategiji bitni elementi u borbi protiv korupcije su podizanje efikasnosti primene antikorupcijskih propisa, podizanje svesti i obrazovanje javnosti radi javne podrške za sprovođenje antikorupcijske strategije, prevencija i otklanjanje mogućnosti za korupciju. Navedenom Strategijom ističe se uloga vrhovne revizorske institucije kako u oblasti podizanja svesti, tako i u davanju preporuka za izmenu određenih propisa iz oblasti javnih finansija, koji će u velikoj meri uticati na povećanje transparentnosti finansijskog poslovanja. Na taj način stvaraju se uslovi za prevenciju, tj. otklanjanje mogućnosti za korupciju. Za sprečavanje korupcije od velikog je značaja ustanovljavanje pravnog i institucionalnog okvira za njenu prevenciju i suzbijanje, postojanje javne kontrole korišćenja budžetskih sredstava, povećanje transparentnosti njihovog trošenja, ustanovljenje vrhovne revizorske institucije, uspostavljanje efikasne kontrole izvršenja budžeta od strane zakonodavne vlasti i uspostavljanje mehanizma kontrole realizacije javnih nabavki. Tako je na osnovu prve Strategije za borbu protiv korupcije uspostavljen još jedan

7 Sl. glasnik RS 109/05.

8 Sl. glasnik RS 57/2013.

institucionalni okvir za prevenciju korupcije u vidu vrhovne revizorske institucije. Njen rad i savetodavna uloga koju ona na osnovu svog Poslovnika o radu može da pruža korisnicima javnih sredstava i subjektima revizije, stručnu pomoć koju ona može da pruži Narodnoj skupštini, Vladi i drugim državnim organima, kao i davanje mišljenja na zakone iz oblasti javnih finansija – trebalo bi da doprinesu u što većoj meri prevenciji kriminaliteta belog okovratnika. Objavljivanjem izveštaja o izvršenim revizijama na svojoj veb-stranici Državna revizorska institucija doprinosi povećanju transparentnosti trošenja budžetskih sredstava, a dostavljanjem izveštaja republičkoj skupštini i skupštini lokalne samouprave doprinosi uspostavljanju efikasne kontrole izvršenja budžeta od strane zakonodavne vlasti.

Novom Strategijom za borbu protiv korupcije iz 2013. godine, takođe je naglašen značaj vrhovne revizorske institucije u prevenciji korupcije. U delu 3.22 koji je posvećen javnim rashodima navodi se potreba uspostavljanja kvalitetnije saradnje Uprave za javne nabavke, ministarstva nadležnog za poslove finansija, Državne revizorske institucije i drugih nadležnih institucija u cilju efikasnog sankcionisanja zloupotreba u postupku javne nabavke. Osim toga, naglašena je potreba vršenja revizije svrsishodnosti trošenja javnih sredstava, koja je takođe od uticaja na prevenciju nenamenskog korišćenja budžetskih sredstava i zloupotreba u postupcima javnih nabavki, kao i potreba povećanja broja zaposlenih u Državnoj revizorskoj instituciji, kako bi se nadležnosti ove institucije efikasno i kvalitetno obavljale, a što će takođe imati preventivan uticaj na koruptivna krivična dela. Međutim, treba imati u vidu činjenicu da ova dela najčešće prethodno izvršenju drugih krivičnih dela kojima se ugrožava budžetski sistem, kao što su nenamensko korišćenje budžetskih sredstava i zloupotreba službenog položaja, ali i druga dela iz grupe krivičnih dela protiv službene dužnosti. Zbog toga je značajna uloga Državne revizorske institucije u prepoznavanju indikatora koji ukazuju na postojanje ne samo koruptivnih, već i drugih krivičnih dela kojima se ugrožava budžet Republike Srbije, jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave.

4. Nadležnost Državne revizorske institucije

Borba protiv kriminaliteta koja se gotovo u celini zasnivala na represiji vremenom je davala sve slabije rezultate i kriminalna politika se postepeno sve više okreće vankrivičnopravnim sredstvima i metodima (Radulović, 1999: 20). Kriminalna politika uključuje i politiku prevencije i politiku represije

(Radulović, 1999: 18). Osim delovanja nakon izvršenog krivičnog dela, društvo preduzima i ukupne mere u različitim oblastima, koje su uperene na sprečavanje da do kriminalnog ponašanja dođe, mere ante delictum. S obzirom na to da je kriminalna politika najuže integrisana u ukupnu socijalnu politiku koja se vodi u određenom društvu, može se reći da je u suzbijanju kriminaliteta belog okovratnika od izuzetnog značaja postojanje nezavisne, samostalne i objektivne državne institucije kao što je Državna revizorska institucija.

Odgovorno trošenje javnih sredstava je oduvek bilo u centru pažnje političara, filozofa, pravnika, ekonomista, ali i običnih ljudi. Grčki filozofi su posvećivali posebnu pažnju trošenju javnih sredstava. Aristotel je o tome pisao: „Neki državni službenici raspoložu velikim iznosima javnih sredstava, pa je zbog toga neophodno postojanje drugih službenika koji će kontrolisati njihovo odgovorno i savesno ponašanje. To ne mogu biti lica koja raspoložu tim javnim sredstvima. U različitim gradovima se nazivaju kontrolorima, revizorima ili javnim zastupnicima“ (Rabrenović, 2009:45).

S obzirom na to da je za otkrivanje krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika potrebno poznavanje propisa iz oblasti javnih finansija, često se za takva dela sazna zahvaljujući radu interne i eksterne revizije. Naročito je od značaja rad Državne revizorske institucije, koja je, u skladu sa Zakonom o Državnoj revizorskoj instituciji i svojim Poslovníkom, u obavezi da podnese krivičnu prijavu ukoliko utvrdi postojanje osnova sumnje da je u subjektu revizije izvršeno krivično delo. Članom 41. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji⁹ predviđeno je da je navedena Institucija u obavezi da bez odlaganja podnese krivičnu prijavu nadležnom organu, ako u postupku revizije otkrije materijalno značajne radnje koje ukazuju na postojanje elemenata krivičnog dela. U skladu sa istim Zakonom, ustanovljena je obaveza organa formalne socijalne kontrole da o svojim odlukama obaveste Državnu revizorsku instituciju. Imajući u vidu da vrhovna revizorska institucija Republike Srbije nema sudska ovlašćenja i mogućnost sankcionisanja subjekata revizije, već samo mogućnost pokretanja prekršajnih i krivičnih postupaka, potrebno je obezbediti punu institucionalnu podršku drugih državnih organa kako bi se njene sistematske preporuke primenile u praksi (Rabrenović, Ćorić Erić, 2012: 297). Ista obaveza je predviđena članom 34. Poslovnika Državne revizorske institucije.¹⁰ U skladu sa navedenim članom, nadležni vrhovni revizor je u

9 Сл. гласник РС 101/2005, 54/2007 и 36/2010.

10 Сл. гласник РС 9/2009.

obavezi da ukoliko primeti da dokazi prikupljeni u postupku vršenja revizije ukazuju na postojanje krivičnog dela, to odmah prijavi generalnom državnom revizoru, a koji je u obavezi da podnese krivičnu prijavu nadležnim organima. Državna revizorska institucija u svom radu može da otkrije veći broj različitih krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika. Njen posao nije istraga i ona se ne upušta u utvrđivanje postojanja osnovane sumnje u vezi sa izvršenjem krivičnog dela. Njena obaveza se sastoji u podnošenju krivične prijave nadležnim organima.

Do dokaza koji sadrže osnove sumnje o izvršenju krivičnih dela protiv službene dužnosti vrhovna revizorska institucija najčešće dolazi prilikom vršenja svoje revizione aktivnosti, koja se obavlja uvidom revizora u računovodstvenu i ostalu dokumentaciju relevantnu za poslovanje subjekta revizije. U skladu sa članom 36. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji subjekat revizije je u obavezi da revizorima stavi na raspolaganje sve tražene podatke i dokumenta, uključujući i poverljive podatke i dokumenta koji su neophodni za planiranje i izvršenje revizije. On je dužan da tražene podatke dostavlja Instituciji ne samo prilikom revizije već i u toku godine, u skladu sa dinamikom koja je utvrđena u planu revizije i rokovima koje odredi ovlašćeno lice vrhovne revizorske institucije. U skladu sa navedenim članom Zakona, subjekat revizije, tj. ovlašćena lica u subjektu revizije, u obavezi su da Državnoj revizorskoj instituciji ili ovlašćenom licu omoguće uvid u dokumenta poverljivog karaktera, ili dokumenta koja predstavljaju poslovnu tajnu u skladu sa Zakonom. Na zahtev revizora subjekat revizije je dužan da preda ovlašćenom licu državne revizorske institucije i kopiju baze podataka. Kako bi se revizija obavila kvalitetno, a revizori pripremili za obavljanje posla neophodno je da se pre početka revizije upoznaju sa poslovanjem subjekta u kojem će se vršiti revizije. U tom cilju vrhovna revizorska institucija u skladu sa članom 37. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji može i pre početka revizije da zahteva od korisnika javnih sredstava sva obaveštenja koja se smatraju neophodnim, knjigovodstvenu dokumentaciju, podatke i drugu dokumentaciju, kao i da obavi druga ispitivanja, koja su potrebna za planiranje ili izvođenje revizije. Revizija se, u skladu sa članom 35. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji, vrši na osnovu godišnjeg programa revizije koji donosi Savet pre isteka tekuće kalendarske godine, za narednu kalendarsku godinu. Taj program se odlukom Saveta može u toku godine izmeniti ili dopuniti. S obzirom na to da se krivična dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika često vrše i kršenjem pravnih normi iz oblasti javnih finansija, za prepoznavanje indikatora koji

ukazuju na postojanje kriminaliteta belog okovratnika neophodno je dobro poznavanje finansijskih propisa. Zbog znanja koje njeni revizori poseduju, ali i njihove nezavisnosti u radu, Državna revizorska institucija bi trebalo da predstavlja sponu sa organima formalne socijalne kontrole.

Za uspešnu prevenciju kriminaliteta belog okovratnika neophodno je zajedničko delovanje i ostalih državnih organa. Ograničeno vreme za otkrivanje određenih propusta, tačno određen predmet i cilj konkretne revizije, previše revizora ekonomske struke mogu doprineti da revizori ne primete da revizioni dokazi ukazuju na mogućnost postojanja nekog krivičnog dela iz oblasti finansijskog poslovanja. Takođe, problem može predstavljati i zastarelost krivičnog gonjenja kod određenih krivičnih dela, tj. isuviše kratki rokovi zastarelosti (npr. kod krivičnog dela nenamensko trošenje budžetskih sredstava rok zastarelosti krivičnog gonjenja je dve godine). Ukoliko se revizija vrši za prethodnu godinu, a zbog složenosti postupka traje godinu dana, može se desiti da je u trenutku podnošenja krivične prijave krivično gonjenje konkretnog dela zastarelo. Imajući u vidu navedeno neophodno je ili propisati višu kaznu za izvršioce određenih krivičnih dela ili da državni revizori ne čekaju izjašnjenje subjekta revizije na revizorski izveštaj, već da ukoliko prikupe dovoljno dokaza koji ukazuju na postojanje određenog krivičnog dela, u što kraćem roku obaveste generalnog državnog revizora, a koji je u obavezi da bez odlaganja podnese krivičnu prijavu nadležnom organu.

Kao što je već navedeno predmet rada Državne revizorske institucije nije otkrivanje krivičnih dela, već u skladu sa članom 9. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji: uveravanje da su primanja i izdaci u skladu sa propisima o budžetskom sistemu,¹¹ uveravanje da su finansijski izveštaji, finansijske transakcije, obračuni, analize i druge evidencije i informacije subjekta revizije tačni i ažurni, uveravanje da subjekat revizije posluje u skladu sa zakonom i ostalim propisima, kao i datim ovlašćenjima, kontrola svrsishodnosti raspolaganja javnim sredstvima u celosti ili u određenom delu, funkcionisanje internih kontrola, interne revizije i računovodstvenih i finansijskih postupaka u subjektu revizije, analiza akata¹² ili radnji subjekta revizije koje proizvode ili

11 U navedenom kontekstu se pod propisima o budžetskom sistemu podrazumevaju: Zakon o budžetskom sistemu, Uredba o budžetskom računovodstvu, Zakon o budžetu i odluke o budžetu za konkretnu budžetsku godinu, Zakon o javnim nabavkama, ali i drugi propisi relevantni za finansijsko poslovanje subjekta revizije.

12 Zakon o Državnoj revizorskoj instituciji u članu 9 stav 3 definiše akte kao akte propisane zakonom (rešenja, zaključci, odluke), ali i računovodstvene iskaze i

moгу da proizvedu finansijske efekte na primanja i izdatke korisnika javnih sredstva i imovinu države, uveravanje da li je zaduživanje i davanje garancija izvršeno u skladu sa Zakonom o javnom dugu, kao i kontrola svrsishodnosti upotrebe sredstava kojima raspolaže subjekt revizije, kontrola pravilnosti rada organa rukovođenja, upravljanja i drugih odovornih lica nadležnih za planiranje, izvršenje i nadzor poslovanja korisnika javnih sredstava kao i druga ovlašćenja predviđena posebnim zakonima.

Predmet revizije u skladu sa članom 9. Zakona o državnoj revizorskoj instituciji može biti tekuće, proteklo, ali i planirano poslovanje korisnika javnih sredstava. Subjekti revizije su lica kod kojih državna revizorska institucija vrši reviziju. Članom 10. prethodno navedenog Zakona propisano je da subjekti revizije mogu biti: direktni i indirektni korisnici budžetskih sredstava Republike Srbije, direktni i indirektni korisnici budžetskih sredstava teritorijalne autonomije i direktni i indirektni korisnici budžetskih sredstava lokalne samouprave u skladu sa propisima kojima je uređen budžetski sistem i sistem javnih prihoda i rashoda, organizacije obaveznog socijalnog osiguranja, budžetski fondovi osnovani posebnim zakonom ili podzakonskim aktom, Narodna banka Srbije u delu koji se odnosi na korišćenje javnih sredstava i na poslovanje sa državnim budžetom, javna preduzeća, privredna društva i druga pravna lica koje je osnovao direktni, odnosno indirektni korisnik javnih sredstava, pravna lica kod kojih direktni ili indirektni korisnici budžetskih sredstava imaju učešće u upravljanju, odnosno u kapitalu, pravna lica koja primaju od Republike Srbije, teritorijalne autonomije ili lokalne vlasti dotacije i druga bespovratna davanja ili garancije, subjekti koji se bave prihvatanjem, čuvanjem, izdavanjem i korišćenjem javnih rezervi, političke stranke u skladu sa zakonom kojim se uređuje finansiranje političkih stranaka, korisnici sredstava Evropske unije, donacija i pomoći međunarodnih organizacija, stranih vlada i nevladinih organizacija, ugovorna strana u vezi sa izvršenjem međunarodnih ugovora, sporazuma, konvencija i ostalih međunarodnih akata, kada je to određeno međunarodnim aktom i kada to odredi ovlašćeni organ i drugi subjekti koji koriste sredstva i imovinu pod kontrolom i na raspolaganju Republike, teritorijalnih autonomija, lokalnih vlasti ili organizacija obaveznog socijalnog osiguranja. U skladu sa članom 11. Zakona o Državnoj revizorskoj instituciji, navedena Institucija može da vrši reviziju i kod pravnih lica koja posluju sa navedenim subjektima revizije i to samo u pogledu njihovog poslovanja

izveštaje koje su korisnici javnih sredstava (subjekti revizije) u obavezi da sastave na zahtev Državne revizorske institucije.

sa subjektima revizije. Od Državne revizorske institucije se očekuje da će svojim nezavisnim, nepri-strasnim i objektivnim radom u skladu sa međunarodnim standardima revizije vrhovnih revizorskih institucija (ISSAI¹³) uspeti da otkrije nepravilnosti i nezakonitost u radu rukovodstva organa i organizacija u javnom sektoru.

Iako ima značajnu ulogu u prevenciji fiskalnih krivičnih dela¹⁴, delatnost Državne revizorske institucije ne treba mešati sa forenzičkim računovodstvom ili forenzičkom revizijom. Forenzičko računovodstvo je nova grana računovodstva koja postoji u cilju otkrivanja i tumačenja kako pojedinačnih okolnosti i činjenica, tako i njihove međusobne povezanosti, iz kojih proizilaze okolnosti koje ukazuju na postojanje krivičnog dela. Takođe, delatnost pomenute institucije ne treba mešati ni sa forenzičkom revizijom, koju obavljaju uglavnom privatne revizorske kuće, a koja se vrši u cilju revizije finansijskih izveštaja na osnovu računovodstvenih i revizorskih veština, a radi otkrivanja krivičnih dela i obavljanja veštačenja za sudske potrebe. Aktivnost vrhovne revizorske institucije je usmerena na druge ciljeve, a ukoliko se prilikom obavljanja revizije uoče određene nepravilnosti koje ukazuju na postojanje krivičnog dela, ona je dužna da o tim okolnostima zajedno sa relevantnim dokazima obavesti nadležne državne organe. Forenzičko računovodstvo i forenzička revizija se koriste u istrazi, tj. u toku pretkrivičnog postupka, dok je uloga Državne revizorske institucije od značaja pre pokretanja istrage, a dokazi koje ona prikupi u toku revizije od velikog su značaja za samo pokretanje istrage.

Kao važnu funkciju vrhovne revizorske institucije, neophodno je istaći i njenu nerevizijsku funkciju, koja doprinosi unapređenju kvaliteta njenog rada. Ova funkcija jeste njena funkcija subjekta međunarodne saradnje koja se prevashodno ogleda u ovlašćenju predstavljanja i učešća u radu INTOSAI, čiji je Državna revizorska institucija član, kao i u bilateralnoj i multilateralnoj saradnji na regionalnom i međunarodnom nivou (Tekijaški, 2012: 276). Međusobna saradnja i razmena iskustava vrhovnih revizorskih institucija na međunarodnom ili regionalnom nivou može da doprinese unapređenju kvaliteta rada Državne revizorske institucije, a samim tim i da poveća njenu efikasnost u prepoznavanju indikatora koji upućuju na postojanje krivičnih dela koja se mogu svrstati u kriminalitet belog okovratnika u javnom sektoru.

13 ISSAI je skraćenica za International Standards of Supreme Audit Institutions.

14 S obzirom na to da reč *fiscus* označava državnu blagajnu, pod fiskalnim krivičnim delima treba smatrati sva dela koja se vrše na štetu državnog budžeta ili imovine.

5. Zaključak

Državna revizorska institucija je osnovana u cilju uspostavljanja finansijske discipline u javnom sektoru. Njena aktivnost nije primarno usmerena na otkrivanje krivičnih dela, ali na polju suzbijanja kriminaliteta, u skladu sa savremenim tendencijama u oblasti kriminalne politike neophodno je zajedničko delovanje celog društva, a ne samo policije i pravosudnih organa. Znanja iz oblasti javnih finansija i računovodstva koja poseduju državni revizori od velikog su značaja za prepoznavanje indikatora koji ukazuju na postojanje krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika. Saradnja i međusobna razmena iskustava Državne revizorske institucije i drugih vrhovnih revizorskih institucija na međunarodnom i regionalnom nivou bitna je za unapređenje kvaliteta njenog rada, a samim tim i radi unapređenja efikasnosti navedene institucije u prepoznavanju indikatora koji ukazuju na postojanje krivičnih dela koja spadaju u kriminalitet belog okovratnika u javnom sektoru.

Javno objavljivanje nalaza i mišljenja Državne revizorske institucije, kao i obaveštavanje javnosti protiv kojih lica je podneta krivična prijava od strane pomenute institucije, podsećaju kako pripadnike „viših društvenih slojeva“, tako i ostale građane da niko nije zaštićen od kazne za izvršeno krivično delo. Aktivnost vrhovne revizorske institucije može biti preventivna samo ako se ona preduzima u pravo vreme, a naročito ako se ima u vidu blagovremeno podnošenje krivičnih prijavi nadležnim organima, obzirom na kratak rok zastarelosti krivičnog gonjenja kod nekih dela.

Iako je u Nacionalnoj strategiji za borbu protiv korupcije naglašena uloga Državne revizorske institucije u prevenciji korupcije i potreba saradnje državnih organa sa navedenom institucijom, treba napomenuti da je njena uloga značajna i u prevenciji drugih krivičnih dela, kojima često prethodi izvršenje koruptivnih krivičnih dela, kao što su: nenamensko korišćenje javnih sredstava, prevara u službi, pronevera, falsifikovanje isprave i falsifikovanje službene isprave.

S obzirom na to da se javni rashodi države u velikoj meri finansiraju od javnih prihoda, od velikog interesa za sve građane jeste njihovo racionalno i zakonito trošenje. Zbog toga se može reći da Državna revizorska institucija podnošenjem krivičnih prijavi protiv izvršilaca krivičnih dela kojima se šteti državnom budžetu, štiti ne samo javne finansije, već i finansijske interese svih građana.

Literatura

Begović, B. (2010). Ekonomska teorija generalne prevencije, osnovna pitanja. Crimen broj 1, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo. 50–65.

Đurić, Ž. Jovašević, D. Rakić, M. (2007). Korupcija, izazov demokratiji, Beograd: Institut za političke studije.

Jovanović, P. i Pantić, D. (2000). Korupcija kao ekonomski fenomen: uzroci, posledice i reforme. U Sistem i korupcija, Beograd: Institut društvenih nauka. 145–164.

Konstantinović Vilić, S. Nikolić Ristanović, V. Kostić, M. (2012). Kriminologija, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Makijaveli, N. (2009). Vladalac, Beograd: Mono i Manjana.

Ničić, Ž. (2011). Korupcija i reagovanje države. Bezbednost. god. 53. br.3, Beograd: Ministarstvo unutrašnjih poslova. 125–146.

Rabrenović, A. (2009). Financial Accountability as a condition for EU Membership, Beograd: Institut za uporedno pravo.

Rabrenović, A. Ćorić Erić, V. (2012). Uloga narodne skupštine u primeni preporuka interne revizije, U Rabrenović, A. i Ćeranić, J. (Prir.). Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama Evropske unije, prioriteti, problemi, perspektive, Beograd: Institut za uporedno pravo. 282–299.

Radulović, Lj. (1999). Politika suzbijanja kriminaliteta (Kriminalna politika), Beograd: Savet projekta konstituisanje Srbije kao pravne države i Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Simić, I. Jovašević, D. (2008). Krivična dela korupcije i kaznena politika sudova u Republici Srbiji. Bezbednost. god. 50. br. 4, Beograd: Ministarstvo unutrašnjih poslova. 50–65.

Tekijaški, A. (2012). Ustanovljenje funkcije eksterne revizije u javnom sektoru, U Rabrenović, A. i Ćeranić, J. (Prir.). Usklađivanje prava Republike Srbije sa pravnim tekovinama Evropske unije, prioriteti, problemi, perspektive, Beograd: Institut za uporedno pravo. 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.

**SPISAK RECENZENATA
ZBORNIKA RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU
u 2013. i 2014. godini**

1. Dr Srđan Šarkić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
2. Dr Rodoljub Etinski	redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
3. Dr Olivera Vučić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije
4. Dr Marijana Pajvančić	redovni profesor Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu
5. Dr Marija Draškić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda Srbije
6. Dr Žika Bujuklić	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
7. Dr Ljubiša Dabić	redovni profesor Ekonomskog fakulteta u Beogradu
8. Dr Aleš Galič	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani
9. Dr Vesna Knežević-Predić	redovni profesor Fakulteta političkih nauka u Beogradu
10. Dr Zoran Stojiljković	vanredni profesor Fakulteta političkih nauka u Beogradu
11. Dr Dušan Nikolić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
12. Dr Sanja Đajić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
13. Dr Mirko Đurđević	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
14. Dr Zoran Mirković	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
15. Dr Maja Kostić-Mandić	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Podgorici
16. Dr Tanasije Marinković	docent Pravnog fakulteta u Beogradu

17. Dr Milo Bošković	profesor emeritus Pravnog fakulteta u Novom Sadu
18. Dr Miodrag Simović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Banja Luci, član Akademije nauka i umetnosti Republike, potpredsednik Ustavnog suda BiH
19. Dr Senad Jašarević	redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
20. Dr Tatjana Bugarski	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
21. Dr Zoran Lončar	docent Pravnog fakulteta u Novom Sadu
22. Dr Dušica Palačković	redovni profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu
23. Dr Zoran Miladinović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu
24. Dr Vesna NikolićRistanović	redovni profesor Fakulteta za specijalnu edukaciju u Beogradu
25. Dr Sanja Čopić	naučni saradnik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu i istraživač Viktimološkog društva Srbije
26. Dr Branislav Ristivojević	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu
27. Dr Srđan Marinković	redovni profesor Ekonomskog fakulteta u Nišu
28. Dr Nataša Golubović	redovni profesor Ekonomskog fakulteta u Nišu
29. Dr Jadranka ĐurovićTodorović	redovni profesor Ekonomskog fakulteta u Nišu
30. Dr Danijela Gavrilović	redovni profesor Filozofskog fakulteta u Nišu
31. Dr Radmila Veličković Radovanović	docent Medicinskog fakulteta u Nišu
32. Dr Milan Petrović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu, u penziji
33. Dr Slobodanka Konstantinović Vilić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu, u penziji

34. Dr Zoran Radivojević	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
35. Dr Miroslav Lazić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
36. Dr Nevena Petrušić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
37. Dr Dragan Stojanović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu, sudija Ustavnog suda Srbije
38. Dr Aleksandar Ćirić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
39. Dr Dragan Nikolić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
40. Dr Mirko Živković	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
41. Dr Srđan Golubović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
42. Dr Nataša Stojanović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
43. Dr Mileva Anđelković	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
44. Dr Saša Knežević	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
45. Dr Đorđe L. Nikolić	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
46. Dr Dušica MiladinovićStefanović	docent Pravnog fakulteta u Nišu
47. Dr Zoran Ćirić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
48. Dr Vojislav Đurđić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
49. Dr Predrag Dimitrijević	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
50. Dr Irena Pejić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
51. Dr Predrag Cvetković	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Nišu

52. Dr Ljubica Nikolić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
53. Dr Nebojša Randelović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
54. Dr Aleksandar Petrović	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu, u penziji
55. Dr Goran Obradović	vanredni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
56. Dr Milena Jovanović Zatila	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
57. Dr Maja Nastić	docent Pravnog fakulteta u Nišu
58. Dr Ivana Simonović	docent Pravnog fakulteta u Nišu
59. Dr Dragan Jovašević	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
60. Mr Natalija Žunić	asistent Pravnog fakulteta u Nišu
61. Dr Dragan Čorbić	redovni profesor Pravnog fakulteta u Nišu
62. Dr Dejan Vučetić	docent Pravnog fakulteta u Nišu
63. Dr Slaviša Kovačević	docent Pravnog fakulteta u Nišu
64. Mr Bojan Bojanić	asistent Pravnog fakulteta u Prištini (sa sedištem u Kosovskoj Mitrovici)

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa Word , u fontu Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic) , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da
Obim rada	Jedan autorski tabak rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera ,
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman
Autor(i)	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (velićina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
Apstrakt	Apstrakt sadri 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poređati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao attachment) na sledeću adresu: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Ogledni primerak rada	Ovde možete preuzeti OGLEĐNI PRIMERAK RADA

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3. ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Оdlука Уставног суда IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 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: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (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> (pr. 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 IU-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 IU-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/CDLAD(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/CDLAD(2007)004-e.asp