

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Научни скуп са међународним учешћем
„УНИВЕРЗАЛНО И ОСОБЕНО У ПРАВУ“

Ставови и закључци изнесени у чланцима лични су ставови њихових
аутора и не изражавају мишљење уредништва.

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Зборник радова
„УНИВЕРЗАЛНО И ОСОБЕНО У ПРАВУ“

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, тел. 028.425.336, www.pra.pr.ac.rs

За издавача

Проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник

Доц. др Огњен Вујовић

Заменик главног и одговорног уредника

доц. др Страхиња Миљковић

Уређивачки одбор

Чланови из земље: проф. др Владан Михајловић, проф. др Урош Шуваковић, проф. др Душанка Јововић, проф. др Братислав Милановић, проф. др Вук Радовић, проф. др Јелена Беловић, проф. др Дејан Мирковић, доц. др Андреја Катанчевић.

Чланови из иностранства: prof. dr Gábor Hamza, prof. dr Damjan Korošec, prof. dr Barbara Novak, prof. dr Tina Pržeska, naučni saradnik dr Vanda Božić, doc. dr Ratko Brnabić, doc. dr Nives Mazur Kumrić, проф. др Горан Марковић, доц. др Драган Гоцевски.

Секретар Уређивачког одбора:

Доц. др Саша Атанасов

Технички уредник:

Младен Тодоровић

Дизајн корица:

Димитрије Милић

Корица:

Детаљ из Законоправила Светога Саве, Иловички препис, 1262. година.

Штампа: Кварк, Краљево

Тираж: 50 примерака

ISBN 978-86-6083-054-0

Штампање овог Зборника помогло је Министарство просвете,
науке и технолошког развоја Републике Србије

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



НАУЧНИ СКУП СА МЕЂУНАРОДНИМ УЧЕШЋЕМ
Универзално и особено у праву
ЗБОРНИК РАДОВА

SCIENTIFIC CONFERENCE WITH
INTERNATIONAL PARTICIPATION
Universally and particularity at law
COLLECTION OF PAPERS

Научни скуп са међународним учешћем одржан је 18. маја 2018. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Том II

Косовска Митровица, 2018.

САДРЖАЈ

КРИВИЧНО ПРАВО

Драган ЈОВАШЕВИЋ ПРОТИВПРАВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ	13
Владимир В. ВЕКОВИЋ ТЕЛЕСНО И МЕНТАЛНО ЗДРАВЉЕ ИЗВРШИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТА И ТЕЛА	31
Драган БАТАВЕЉИЋ, Ратомир АНТОНОВИЋ, Драган ИЛИОСКИ ТЕРОРИЗАМ КАО ПРЕТЊА УНИВЕРЗАЛНИМ ЉУДСКИМ ПРАВИМА	57
Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ ЗАКОНОДАВНА ДИНАМИКА И ПРАВНА СИГУРНОСТ	73
Александра ЉУШТИНА, Зоран ЧВОРОВИЋ ЕКОЛОШКИ КРИМИНАЛ – ИЛЕГАЛНА СЕЧА ШУМА	101
Горан ЈОВАНИЋ, Весна ЖУНИЋ ПАВЛОВИЋ ПРИМЕНА ПРИНЦИПА РИЗИКА, ПОТРЕБА И РЕСПОНЗИВНОСТИ У ПЕНАЛНОМ ТРЕТМАНУ СЕКСУАЛНИХ ПРЕСТУПНИКА	115
Veljko TURANJANIN UNDERCOVER INVESTIGATOR IN THE JURISPRUDENCE OF THE EctHR	139
Ванда БОЖИЋ, Бранко ЛЕШТАНИН, Жељко НИКАЧ ЕКСТРАДИЦИЈА КАО ВИД МЕЂУНАРОДНЕ САРАДЊЕ У ИЗДАВАЊУ ЛИЦА С ОСВРТОМ НА ПОСТУПАЊЕ ПОЛИЦИЈЕ	155
Иван ЂОКИЋ ПРОГАЊАЊЕ – НОВА ИНКРИМИНАЦИЈА КАО НАСТАВАК КРИВИЧНОПРАВНОГ ЕКСПАНЗИОНИЗМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	173

Милица КОВАЧЕВИЋ, Марија МАЉКОВИЋ ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ЊИХОВО ПОНОВНО УКЉУЧИВАЊЕ У ДРУШТВЕНУ ЗАЈЕДНИЦУ	193
Емир ЋОРОВИЋ НЕКИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ СА ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ САУЧЕСНИКА ИЗ ЧЛАНА 36. СТАВ 2. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ	207
Иван Д. МИЛИЋ ДОВОЂЕЊЕ КАО МЕРА ЗА ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ И ПРЕКРШАЈНО КАЖЊЕНОГ ЛИЦА	219
Бајо М. ЦМИЉАНИЋ ПРАВНИ КАРАКТЕР НОРМЕ О ЗАБРАНИ УЗИМАЊА ТАЈАЦА	231
Вера ПЕТРОВИЋ, Јелена МИТРОВИЋ РЕИНТЕГРАЦИЈА НАКОН ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА	269
ГРАЂАНСКО ПРАВО	
Наташа СТОЈАНОВИЋ О (НЕ)ОПРАВДАНОСТИ ПОВЕРАВАЊА РАЗВОДА БРАКА ЈАВНИМ БЕЛЕЖНИЦИМА	289
Rodna ŽIVKOVSKA, Tina PRŽESKA NULLITY OF LEGAL TRANSACTIONS	313
Марија КРВАВАЦ ОПШТИ И ПОСЕБНИ УСЛОВИ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА	331
Раденко ЈОТАНОВИЋ, Босилка ЧУБРИЛОВИЋ ХИПОТЕКА НА ПРАВУ ГРАЂЕЊА	357
Marija AMPOVSKA LAWYER'S PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE IN MACEDONIAN LAW	377

Дарко ДИМОВСКИ, Петар ПЕШИЋ, Лука АНЂЕЛКОВИЋ
ПРИСТАНАК У ОКВИРУ ОПШТЕ УРЕДБЕ О ЗАШТИТИ
ПОДАТАКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 395

Срђан РАДУЛОВИЋ
ОСОБЕНОСТИ У УНИВЕРЗАЛНОЈ ТЕНДЕНЦИЈИ
ПООШТРАВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ 409

Никола ИЛИЋ
ЗАШТИТА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ НА ОСНОВУ
МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА 423

ПРАВО И ЕКОНОМИЈА

Гордана ИЛИЋ ПОПОВ
ЕКОНОМСКА, СОЦИЈАЛНА И ПОЛИТИЧКА ФУНКЦИЈА
ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРБИЈИ . 443

Љубиша ДАБИЋ
ЈАВНИ, ПРИВАТНИ И СОЦИЈАЛНИ СЕКТОР ПРИВРЕДЕ 457

Kristina MIŠEVA
CONTEMPORARY TRENDS AND CHALLENGES OF THE
CURRENT SYSTEM OF MANAGING AND FINANCING
THE PUBLIC HEALTHCARE SYSTEM OF THE
REPUBLIC OF MACEDONIA 486

Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ, Горан МИЛОШЕВИЋ
ПОРЕСКИ ТРЕТМАН ПРЕНОСА УЗ НАКНАДУ
НЕПОКРЕТНОСТИ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА СА СТАНОВИШТА
ПОРЕЗА НА КАПИТАЛНЕ ДОБИТКЕ 495

Зоран РИСТИЋ
УМЕТНОСТ КАО ИНВЕСТИЦИЈА – ПРАВНИ
ОКВИР ЗА ПОДСТИЦАЊЕ ИНВЕСТИРАЊА У УМЕТНОСТ 513

Данијела ПЕТРОВИЋ
ПРИРОДНИ МОНОПОЛИ – РЕГУЛАЦИЈА
ИЛИ ДЕРЕГУЛАЦИЈА 527

СПИСАК РЕЦЕНЗЕНАТА 543

ПРЕДГОВОР

Поштовани читаоци, тема овог зборника радова са Научне конференције са међународним учешћем носи назив *Универзално и особено у праву*. На тај начин је истакнута намера да се одвага потребна мера универзалности и потребна мера особености у формирању одговора које траже разноврсни актуелни проблеми. Наиме, наша држава и друштво се налазе на својеврсној прекретници, у времену које испоставља потребу да се одговори на снажне захтеве да се наша државна политика усагласи са интересима најмоћнијих чланова међународне политичке арене. Реч је о процесима којима су захваћени сви аспекти живота. Потребно је да се, имајући у виду са једне стране - оно што би било идеално, а са друге - актуелну стварност (у свој њеној сложености), извага шта је од свега тога могуће.

Широк је спектар потреба и интереса, почев од културе у најопштијем смислу те речи, затим економских, политичких, финансијских, националних, наднационалних, корпоративних, еколошких, који свој израз траже у правним решењима. Због тога су радови груписани у посебне рубрике које одговарају посебним областима права и друштва.

Аутори чланака (еминентни стручњаци из области правних и друштвених наука из земље и иностранства) су понудили своје погледе на поједине видове једне тако сложене ситуације.

Тематски зборник радова који је пред вама представља публикацију радова припремљених поводом обележавања 57. година постојања и рада Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици и саопштених на Научној конференцији са међународним учешћем под називом *Универзално и особено у праву*, дана 18. маја 2018. године.

УРЕДНИК

КРИВИЧНО ПРАВО

Драган ЈОВАШЕВИЋ*

Универзитет у Нишу, Правни факултет

ПРОТИВПРАВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ

Апстракт: Лишење слободе другог лица када је предузето у законом предвиђеним случајевима, на начин и по поступку који је одређен законом од стране законом овлашћених лица представља дозвољену радњу у смислу примене казнене (кривичне) санкције рема учиниоцу кривичног дела. Но, могући су случајеви лишења (одузимања) слободе кретања другог лица као значајне и основне људске слободе, поред слободе мишљења, а који нису засновани на закону. Тада постоји посебно кривично дело против слободе кретања човека – противправно лишење слободе - за које Кривични законик прописује строге кривичне санкције. Ради се о посебно тешким облицима угрожавања права и слобода другог лица, које се најчешће врши употребом насиља, па стога у литератури преовладавају мишљења да се овде ради о тешком облику насиља над другим лицима. Управо о појму, облицима испољавања и карактеристикама кривичног дела противправног лишења слободе у законодавству, теорији и пракси говори овај рад.

Кључне речи: слобода, противправо, лишење, кривично дело, закон, кривична санкција.

1. УВОД

И поред свих законских гаранција¹ у погледу разлога (основа), начина, поступка и услова за лишење слободе другог лица које су прописане у : 1) међународним документима универзалног (који су донети у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација) и регионалног карактера (који су донети у оквиру Савета Европе или Европске уније) и 2) националном законодавству у оквиру : а) Устава Републике Србије, б) Кривичног законика, в) Законика о кривичном поступку, г) Закона о полицији, д) Закона о прекршајима и њ) другим законским актима, могући су и данас у Републици Србији случајеви противправног, незаконитог (неоснованог) лишења слободе.

* Редовни професор, jovas@prafak.ni.ac.rs

¹ С. Међедовић, "Право на слободу и безбиједност", *Правни зборник*, бр. 1-2, Подгорица, 2001, 72-78.

Тако се сматра као незаконито лишење слободе, свако лишење слободе другог лица које карактерише да : 1) није предузето од стране за то законом овлашћених органа, 2) није предузето из разлога (основа) који су законом прописани, 3) није предузето у поступку, на начин и под условима који су прописани у закону и 4) је остварено приликом продужења трајања стања лишености слободе ван времена које је одређено одлуком надлежног органа која је заснована на закону.

Сви случајеви (облици) незаконитог лишења слободе проузрокују одређене правне последице. Оне су прописане различитим законима, зависно од поступка у коме је остварен неки од облика незаконитог лишења слободе. То су : 1) кривична одговорност и кажњивост учиниоца за кривично дело "противправно лишење слободе" из члана 132. Кривичног законика², 2) поступак за остваривање права лица неосновано лишеног слободе или неосновано осуђеног из чл. 583-595. Законика о кривичном поступку³ и 3) поступак за накнаду штете и враћање новчаног износа због неоправданог кажњавања из чл. 301-306. Закона о прекршајима⁴.

2. ПРОТИВПРАВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ

У глави четрнаестој под називом: "Кривична дела против слобода и права човека и грађанина" у члану 132. Кривичног законика Републике Србије прописано је кривично дело : "Противправно лишење слободе" као посебан облик насиља над људским правима и слободама другог лица.

2.1. Опште карактеристике кривичноправне заштите слобода и права човека

Заштитни објект ових кривичних дела⁵ јесу основне слободе и права човека и грађанина или корпус људских права (*Human rights*). Слободе и права човека⁶ и грађанина су личне и друштвене вредности, атрибути људске личности и карактеристике одређене друштвене заједнице. Бројем и обимом људских слобода и права, обимом, ефикасношћу и начином њихове заштите, као и могућношћу остваривања

² Службени гласник Републике Србије бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/012, 104/13, 108/14 и 94/16.

³ Службени гласник Републике Србије бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

⁴ Службени гласник Републике Србије бр. 65/13

⁵ Д.Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017, 45.

⁶ Г.Марјановић, "Слободите и правата на човекот и кривично право", *Правна мисла*, br.2, Скопје, 1984, 140-149.

у свакодневним животним ситуацијама одређује се, заправо и, стварни положај човека у друштву. Због таквог значаја слобода и права човека и грађанина Устав Републике Србије⁷ им посвећује посебно место у Другом делу под називом : "Људска и мањинска права" (чл. 18-81).

Но, основна лична права и слободе⁸ представљају и предмет посебне заштите низа међународних правних аката⁹. Почев од Универзалне декларације о људским правима ОУН из 1948. године (члан 9.)¹⁰, више међународних докумената прокламују и гарантују основна права и слободе човека и грађанина (личне слободе и лична права). Тако Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године са факултативним протоколима предвиђа у члану 7. забрану мучења; у чл. 8. и 9. слободу и безбедност; у члану 18. слободу мисли и савести; у члану 19. слободу мишљења; у члану 21. слободу окупљања и коначно у члану 22. слободу удруживања.

Такође и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода¹¹ из 1950. године са допунским протоколима гарантује : у члану 3. забрану мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, у члану 4. забрану ропства и принудног рада, у члану 5. право на слободу и безбедност; у члану 8. право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке; у члану 9. слободу мисли, савести и вероисповести; у члану 10. слободу изражавања, а у члану 11. слободу окупљања и удруживања.

Слободе и права човека¹² су две самосталне људске и друштвене вредности које су нераздвојно повезане тако да не могу постојати једна без друге. Слобода је могућност човека да самостално одлучује о свом понашању и да се понаша по свом нахођењу, по својој слободно израженој вољи, тј. да нешто чини, не чини или трпи. Насупрот томе, права човека представљају овлашћења дата законима и подзаконским

⁷ Службени гласник Републике Србије бр. 98/06.

⁸ Б.Чејовић, "Кривична дела против слобода и права човека и грађана", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3, Београд, 1993, 23-31.

⁹ Ђ.Лазин, "Међународни уговори о људским правима и југословенско законодавство", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр.1, Београд, 1989, 95-103.

¹⁰ В.Димитријевић, "Универзална декларација о људским правима после четрдесет година", *Архив за правне и друштвене науке*, бр.4, Београд, 1988, 603-611.

¹¹ М.Вешовић, "Прилог разматрању Европске конвенције о људским правима и основним слободама", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр.3, Београд, 1995, 63-74.

¹² Д.Јовашевић, В.Икановић, *Кривично право Републике Српске, Посебни део*, Бања Лука, 2012, 50.

актима за предузимање или непредузимање одређених радњи и делатности.

Слободе човека се одвијају у оквиру законских овлашћења и границе се само слободама других људи, али и општим интересима друштвене заједнице. Њихов обим је одређен друштвеним условима и потребама. Овлашћења се користе према слободном опредељењу човека. Слободе и права човека и грађанина¹³ као објект заштите ових кривичних дела везана су за личност човека и имају општељудски карактер. То су, дакле, личне слободе и лична права¹⁴. Она се разликују од економско-социјалних права (која се штите кривичним делима против права по основу рада) и политичких или грађанских права (која се штите кривичним делима против изборних права)¹⁵.

Овим кривичним делима из главе четрнаест Кривичног законика¹⁶ се повређују или угрожавају слободе и права човека и грађанина као добра без којих нема људске личности. Овде се ради о различитим делатностима којима се на противустанан, противправан или чак насилан начин крши, онемогућава, спречава, омета или ускраћује другом лицу да користи слободе и права која су му призната на основу међународних докумената, Устава Републике Србије, закона, других прописа и општих аката. Заштита слобода и права човека и грађанина од повреда и угрожавања путем кривичног права значи спречавање противправног продирања у интимну личност човека, његово људско достојанство, породични живот и личне тајне.

Извршилац ових кривичних дела могу бити различита лица : 1) свако лице (принуда, отмица, угрожавање сигурности), 2) службено лице (изнуђивање исказа, противзаконито претресање) и 3) адвокат или лекар (неовлашћено откривање тајне).

У погледу кривице ова кривична дела могу бити извршена само са умишљајем (директним или евентуалним) који мора да у одређеним случајевима обухвати свест учиниоца о противправности, неовлашћености, противзаконитости свога поступања.

¹³ Б.Кошутић, "Кривичноправна заштита основних права и слобода и југословенско право", *Правни живот*, бр.1, Београд, 1985, 23-36.

¹⁴ Д.Дракић, "Кривичноправна заштита права на живот и личну слободу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3, Нови Сад, 2003, 327-341.

¹⁵ С.Пихлер, "Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3, Нови Сад, 2002, 25-37.

¹⁶ Ш.Вуковић, "Слободе и права човека и грађанина у кривичном материјалном праву", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3-4, Београд, 1980, 337-351.

2.2. Појам и елементи кривичног дела

Кривично дело : "Противправно лишење слободе" из члана 132. КЗ се састоји у противправном одузимању или ограничењу слободе кретања другом лицу затварањем, држањем затвореног или на други начин¹⁷.

Објект заштите овог кривичног дела је слобода кретања човека као једна од основних људских слобода (зајемчена у члану 27. Устава Републике Србије). Према овом уставном решењу свако има право на личну слободу и безбедност¹⁸. Лишење слободе је допуштено само из разлога и у поступку који су предвиђени законом¹⁹. Наиме, овим се делом штити слобода остваривања воље да се напусти место бављења²⁰. У правној теорији се као објект заштите овог кривичног дела одређује лична слобода кретања²¹ схваћена у најширем смислу, слобода напуштања одређеног места или слобода задржавања на одређеном месту. При томе је без значаја да ли се лице креће само или помоћу различитих справа и помагала, односно уз помоћ другог лица или животиње²². Дакле, објект заштите се овде јавља као право човека на слободу кретања које се изражава као слобода аутономног остваривања властите воље о напуштању одређеног места или кретања у одређеном смеру²³.

Радња извршења кривичног дела "противправно лишење слободе"²⁴ је двојако алтернативно одређена као²⁵ :

1. одузимање слободе кретања²⁶ – поступање учиниоца којим се другом лицу онемогућава потпуно излаз из одређеног простора или

¹⁷ Д.Јовашевић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003, 103-106.

¹⁸ М.Вешовић, "Нека питања у области људских права и слобода у материјалном и процесном кривичном законодавству", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3, Београд, 1993, 99-107.

¹⁹ Б.Петровић, Д.Јовашевић, А.Ферхатовић, *Кривично право 2*, Сарајево, 2016, 117-119.

²⁰ М.Радовановић, М.Ђорђевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1977, 106.

²¹ Љ.Јовановић, "Уставни положај грађана и заштита њихових права", *Правни живот*, бр. 4, Београд, 1988, 557-561.

²² Б.Павишић, В.Грозданић, П.Веић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2007, 356-357.

²³ М.Бабић, И.Марковић, *Кривично право, Посебни део*, Бања Лука, 2008, 95.

²⁴ Д.Јовашевић, Љ.Митровић, В.Икановић, *Кривично право Републике Српске, Посебни део*, Бања Лука, 2017, 116-118.

²⁵ Љ.Селиншек, *Казенско право, Сплошни дел ин основе посебнега дела*, Љубљана, 2007, 377-381.

²⁶ З.Кандић Поповић, "Кривичноправна заштита личних права", *Наша законитост*, бр.7-8, Загреб, 1989, 837-845.

просторије противно његовој вољи²⁷, без обзира да ли се тај простор налази на земљи, води, у грађевинском објекту, превозном средству и сл.²⁸. Но, у правној теорији се ова радња одређује и као делатност којом је неко лице доведено у такво стање да уопште не може да се креће (везивање ногу и руку, везивање за стуб) или се не може слободно кретати (затварање у неку просторију, везивање које омогућава кретање само у одређеном простору)²⁹ и

2. ограничење слободе кретања другог лица³⁰ – поступање учиниоца које доводи до делимичног (привременог или краткотрајног) ограничења слободе кретања другог лица у виду ометања, отежавања или условљавања³¹ у погледу избора свога понашања.

Оба облика радње извршења се могу предузети на законом, алтернативно предвиђена три начина. То су : а) затварањем, б) држањем затвореног и в) на други начин.

Затварање је онемогућавање другоме да изађе из затвореног простора при чему не мора да постоји апсолутна немогућност изласка, већ ово дело постоји када је присутна могућност напуштања затвореног простора уз повећани напор или повишени ризик. Или то је затварање другог лица у одређеној просторији или на одређеном ограниченом простору³² који се не могу напустити на начин како се то иначе редовно чини. Ова се радња предузима активном делатношћу, чињењем, позитивном радњом.

Држање затвореним је продужавање стања лишености слободе другог лица када је такво лишење слободе одређено на основу закона одлуком надлежног органа истеклом одређеног рока. Оно постоји када је друго лице већ било затворено, па га извршилац дела задржава и даље у таквом стању или га онемогућава да се таквог стања сам ослободи³³. Ова се радња предузима пасивном делатношћу, нечињењем, негативном радњом, пропуштањем дужног чињења.

Но, одузимање или ограничавање слободе кретања другог лица се може извршити и на други начин што треба екстензивно тумачити³⁴. То је

²⁷ И.Симић, А.Трешњев, *Кривични законик с краћим коментаром*, Београд, 2010, 108-109.

²⁸ И.Симић, М.Петровић, *Кривични закон Републике Србије - практична примена*, Београд, 2002, 57.

²⁹ Љ.Лазаревић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1993, 152.

³⁰ Д.Јовашевић (2017), *op.cit.*, 46-48.

³¹ З.Стојановић, О.Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2000, 122-123.

³² Ђ.Ђорђевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2016, 35.

³³ Н.Мрвић Петровић, *Кривично право*, Београд, 2005, 251-252.

³⁴ Д.Јовашевић, В.Икановић (2012), *op.cit.*, 52-53.

свака делатност која је подобна, довољна, која омогућава да се другом лицу одузме или ограничи слобода кретања као што је : везивање руку или ногу, одузимање средстава за кретање, везивање за непокретан или тежак предмет, одузимање одеће, примена хипнозе или омамљујућих средстава, склањање мердевина лицу које се попело на кроз куће или на дрво, довођење опасне животиње, нпр. пса под дрво на које се лице попело итд³⁵.

За постојање овог кривичног дела је потребно да је радња извршења предузета противправно, дакле, од неовлашћеног лица, ван случајева, без разлога и ван поступка који су законом изричито прописани. Наиме, Законик о кривичном поступку, Кривични законик, Закон о прекршајима, Закон о извршењу кривичних санкција, Закон о полицији и други закони одређују начин, услове, основе и поступак лишења слободе другог лица у ком случају нема овог кривичног дела. То је нормативно обележје кривичног дела из члана 132. КЗ. Оно се односи на услове одузимања или ограничавања слободе кретања и на поступак њихове примене. Ова противправност је искључена ако постоји неки од основа који искључују противправност кривичног дела (општи и фактички, посебни основи)³⁶.

Дело је у формалном смислу свршено самим моментом лишења слободе другог лица без обзира колико је оно дуго трајало. У материјалном смислу ово је трајно кривично дело јер последица кривичног дела – стање лишености слободе кретања другог лица траје краће или дуже време (што је без значаја за постојање самог кривичног дела)³⁷. Стога застарелост кривичног гоњења почиње да тече од момента престанка последице, а то је тренутак престанка трајања ове радње. Дужина трајања стања лишености слободе другог лица може бити од значаја за правну квалификацију дела (постојање тежег облика дела) или при одмеравању казне (као обим и интензитет проузроковане последице)³⁸.

Природа и карактер овог кривичног дела указују да пасивни субјект³⁹ дела може бити свако лице које је у природном, а не у правном смислу способно да оствари своју слободу кретања. Према томе, то могу бити и неурачунљива лица и деца. Лица која нису способна да остваре

³⁵ З.Стојановић, О.Перић, *Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Републике Црне Горе са објашњењима*, Београд, 1996, 98.

³⁶ Б.Петровић, Д.Јовашевић, *Кривично (казнено) право, Посебни дио*, Сарајево, 2005, 176-177.

³⁷ М.Ђорђевић, Ђ.Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2016, 135.

³⁸ Д.Јовашевић (2003), *op.cit.*, 103-106.

³⁹ Б.Чејковић, В.Миладиновић, *Кривично право, Посебни део*, Ниш, 1995, 188.

своје слободно кретање (нпр. тешки и непокретни болесници, деца која још нису проходила и др.) не могу бити пасивни субјект овог дела Такође, то не могу бити ни лица која немају вољу да напусте место бављења. Но, лица која се крећу помоћу вештачких направа (протеза) или помоћу других лица или животиња могу бити пасивни субјект овог дела јер они ипак имају способност кретања⁴⁰. Ако је радња извршења овог дела предузета према више лица (истовремено или сукцесивно, на истом или различитим местима, у исто или различито време), тада постоји стицај онолико кривичних дела колико има и пасивних субјеката (оштећених лица).

Извршилац дела може да буде свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај (директни или евентуални) који обухвата свест учиниоца о противправности свога поступања.

За основни облик кривичног дела "противправно лишење слободе" је прописана казна затвора до три године, с тим што је по изричитој законској одредби и покушај кривичног дела кажњив.

2.3. Тежи облици кривичног дела

Противправно лишење слободе као основно кривично дело против личне слободе кретања човека из члана 132. КЗ има три тежа, квалификована облика испољавања за која Законик прописује строжије кажњавање.

Први тежи облик дела из става 2. постоји ако је радњу извршења предузело службено лице злоупотребом службеног положаја или овлашћења. Две су квалификаторне околности за које Законик прописује тежу казну - казну затвора од шест месеци до пет година. То су:

1. својство учиниоца дела – службено лице. Као службено лице у смислу учиниоца овог тежег облика кривичног дела се према члану 112. став 3. КЗ (после новеле из децембра 2012. године⁴¹) сматрају следећа лица⁴²:

- а) лице које у државном органу врши службене дужности,
- б) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима,
- в) јавни бележник, извршитељ и арбитар, као и лице у установи, предузећу или другом субјекту којем је поверено вршење јавних

⁴⁰ М.Радовановић, М.Ђорђевић (1977), *op.cit.*, 106.

⁴¹ Службени гласник Републике Србије бр. 121/12.

⁴² И.Симић, А.Трешњев (2010), *op.cit.*, 93.

овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу,

г) лице коме је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова и

д) војно лице.

Са домаћим службеним лицем, изједначено је у погледу могућности извршења овог кривичног дела и страном службеном лицем. То је према члану 112. став 4. КЗ (после новеле из децембра 2012. године) лице које је члан, функционер или службеник законодавног или извршног органа стране државе, лице које је судија, поротник, члан, функционер или службеник суда стране државе или међународног суда, лице које је члан, функционер или службеник међународне организације или њених органа, као и лице које је арбитар у иностраној или међународној арбитражи⁴³ и

2. начин предузимања радње – злоупотребом службеног положаја или овлашћења. Према члану 359. КЗ злоупотреба службеног положаја се састоји у : а) искоришћавању свог службеног положаја или овлашћења, б) прекорачењу граница свог службеног овлашћења и в) невршењу своје службене дужности под условом да се на овај начин себи или другом физичком или правном лицу прибави каква корист, другоме нанесе каква штета (имовинског или неимовинског карактера) или теже повреди право другог.

Други тежи облик кривичног дела из члана 132. став 3. КЗ се у теорији још назива и "тешко лишење слободе"⁴⁴. За ово је дело прописана казна затвора од једне до осам година. Оно постоји у четири случаја :

1. ако је противправно лишење слободе трајало дуже од тридесет дана где је време трајања стања лишености слободе пасивног субјекта или дужина трајања последице квалификаторна околност. Ово време се рачуна од момента лишавања слободе неког лица до момента када је престало да траје овако створено противправно стање⁴⁵,

2. ако је дело извршено на свиреп начин (уз наносење тешких физичких или психичких болова, патњи и страха пасивном субјекту који по својој природи и карактеру нису нужни при лишењу слободе као што су : изгладњивање, држање у нехигијенским условима, у мраку, на претераној врућини или хладноћи, у загушљивој просторији, ускраћивање хране и воде, тешко вређање и понижавање, мучење и претње мучењем),

3. ако је лицу услед противправног лишења слободе здравље тешко нарушено. То значи да је услед предузете радње лишења слободе

⁴³ Д.Јовашевић (2017), *op.cit.*, 41.

⁴⁴ М.Радовановић, М.Ђорђевић (1977), *op.cit.*, 108.

⁴⁵ Љ.Лазаревић (1993), *op.cit.*, 154.

другог лица или услед трајања стања лишености слободе код оштећеног наступила знатна и трајна тешка телесна повреда у виду тешког нарушавања здравља (изазивања новог или погоршања постојећег оболења органског – физичког или душевног – психичког карактера). То значи да наступање лаког нарушавања здравља оштећеног услед предузете радње противправног лишавања слободе другог лица представља околност од значаја за одмеравање казне као отежавајућа околност и

4. ако су услед противправног лишења слободе за оштећеног наступиле друге тешке последице⁴⁶. Које су то друге "тешке последице" и када се оне налазе у узрочно-последичној вези са лишењем слободе представља фактичко питање које судско веће мора да реши у сваком конкретном случају на бази свих објективних и субјективних околности. То могу бити нпр. велика имовинска штета, губитак запослења, тешка повреда части и угледа пасивног субјекта и чланова његове породице, тешке последице за породицу оштећеног итд.

Ове теже последице кривичног дела морају бити резултат нехата учиниоца и оне морају бити у узрочно-последичној вези са предузетом радњом извршења основног дела⁴⁷.

Трећи тежи облик овог кривичног дела из става 4. члана 132. КЗ постоји ако је услед предузете радње извршења наступила смрт пасивног субјекта при чему је смрт резултат нехата учиниоца. У случају да је последица смрти резултат умишљаја учиниоца, тада постоји стицај ова два кривична дела – убиства и противправног лишења слободе. За ово је дело прописана казна затвора од две до дванаест година.

3. ПРОТИВПРАВНО ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Да би се у потпуности сагледало законско уређење и правно-теоријско објашњење појма, карактеристика и обележја основног и квалификованих облика кривичног дела противправно лишење слободе из члана 132. КЗ, потребно је, да бар у кратким цртама, укажемо на облике и видове његовог испољавања у судској пракси⁴⁸.

1) „Када окривљени двома малолетницама веже руке и натера их да са њим дођу до друге улице, он им је на тај начин одузео слободу кретања“.

⁴⁶ К. Турковић ет ал., *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2013, 188-189.

⁴⁷ С. Јанковић, "Противправно лишење слободе", *Правни живот*, бр.9, Београд, 1998, 619-629.

⁴⁸ Више : Д. Јовашевић, *Практикум за кривично право, Посебни део*, Ниш, 2014.

(пресуда Окружног суда у Београду Кж. 113/92, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 39-40/1993. године, стр. 56)

2) „Противправно лишење слободе је извршено на свиреп начин када је оштећеном одузета слобода кретања на тај начин што га је окривљени одвео у свој стан, па лисицама везао за фотељу, више пута песницама ударао и нанео му лаке телесне повреде, ошишао га, па га тако везаног одвезао на напуштен салаш и из пиштоља пуцао према њему да би га заплашио, након чега му је скинуо лисице и запретио да не сме да га пријављује милицији“.

(пресуда Окружног суда у Београду, Кж. 937/92, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 39-40/1993. године, стр. 56)

3) "Када оптужени држи затворену оштећену у изнајмљеној кући, па ова у једном моменту покушавајући да побегне успе да искочи преко терасе и приликом пада поломи ногу и задобије тешку телесну повреду, тиме чини тежи облик овог кривичног дела јер је лицу које је противправно лишено слободе тешко нарушено здравље“.

(пресуда Врховног суда Србије Кж. 780/99 од 9. новембра 1999. године, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 53/2000. године, стр. 76)

4) "Када инспектор МУП-а лиши слободе оштећеног који није затечен у извршењу кривичног дела или у било каквом противправном понашању и при томе користи службено оружје и службене лисице представљајући се при томе као радник МУП-а, извршио је кривично дело противправно лишење слободе. Лишење слободе је свако онемогућавање неком лицу да напусти место на коме се налази или да се креће у одређеном правцу, а у конкретном случају је неспорно да је оштећеном онемогућена слобода кретања и да је самим тим исти лишен слободе. Како се ради о лишењу слободе од стране службеног лица МУП-а, то лишење је правно дозвољено само ако је извршено на начин и у поступку утврђеном законом, а ако лишење слободе није извршено на тај начин - оно је противправно. У конкретном случају оштећени није затечен у вршењу кривичног дела или у било каквом противправном понашању које би окривљеном као инспектору МУП-а дало право да га лиши слободе због чега је понашање окривљеног противправно, те је извршено злоупотребом овлашћења које има као инспектор МУП-а. По налажењу Окружног суда окривљени је био свестан противправности свога понашања јер је у својој одбрани навео да није покушао да легитимише оштећеног и утврди његов идентитет, већ га је одмах лишио слободе када га је затекао крај свог возила употребивши при томе физичку силу и службени пиштољ“.

(пресуда Округног суда у Београду Кж. 1463/2000 од 20. септембра 2000. године, Правни информатор, Београд, број 4/2002. године, стр. 70)

5) "Да би постојало кривично дело противправно лишење слободe, радња одузимања слободe кретања мора да буде противна одређеним прописима, па је у таквој ситуацији суд дужан да у образложењу пресуде наведе разлоге да ли постоји основ за одузимање слободe кретања оштећеног или не. Када окривљени специјалиста неуропсихијатар прими на преглед пацијента и констатује постојање душевног оболења, а потом изда упут за његово болничко лечење и принудно довођење, што је и реализовано, тада суд који је окривљеног ослободио до оптужбе за кривично дело противправно лишење слободe, мора да наведе разлоге да ли је принудно одвођење болесника у болницу учињено у складу са Законом о здравственој заштити"

(пресуда Врховног суда Србије Кжз. 5/2004 од 30. марта 2004. године, Судска пракса, Београд, број 9/2006. године, стр. 16)

б) "Противправно лишење слободe у смислу кривичног дела учињено од стране службеног лица може бити извршено или услед тога што није било законског основа за лишење слободe или је до лишења слободe дошло повредом законом утврђеног правила поступања за лишење слободe".

(пресуда Округног суда у Београду Кж. 869/2004. од 31. марта 2004. године, Судска пракса, Београд, број 4/2005. године, стр. 20)

7) "Окривљени је противправно одузео слободу кретања оштећеној, тако што ју је после сусрета у кафани показујући јој пиштољ, принудио да седне у такси, па је одвео у стан пријатеља где је против њене воље задржао затворену све до сутрадан у вечерњим часовима и за то време је над њом извршио насилну обљубу, па је тиме, поред кривичног дела силовања, извршио и кривично дело противправно лишење слободe. Окривљени је после договореног сусрета са оштећеном у кафани, где је требало да јој пренесе поруку њеног младића, противправно јој одузео слободу кретања тако што ју је принудио, показујући јој пиштољ, да седне у такси, па је одвезао до стана пријатеља где је против њене воље држао затворену, све до сутрадан до вечерњих часова, при чему јој није дозвољавао да користи мобилни телефон, пратећи је при одласцима у тоалет и физички је спречавајући да напусти стан што јој је дозволио тек после насилне обљубе коју је над њом извршио".

(пресуда Врховног суда Србије Кж. 880/2005 од 7. јула 2005. године, Билтен Округног суда у Београду, Београд, број 69/2005. године, стр. 90)

8) "Према малолетнику, коме је противправно одузета слобода кретања, свирепо је поступано када га је окривљени, дошавши до сазнања да је код њега виђена његова одузета лична карта, пронашао и наредио му да изађе, претио да ће га тући ако не призна где се налази његов новчаник, па га је уз помоћ пријатеља другоокривљеног стрпао возило и током вожње му ударао шамаре, викао на њега, тражио да му врати новчаник, претио да ће га одвести у подрум, а по доласку на усамљену ливаду наредио је оштећеном да изађе из возила одбијајући да га пусти кући, наредио му да скине одећу са себе што је малолетник морао да учини, па пошто је прегледао и није ништа нашао, исту је одбацио, док је каишем тукао оштећеног, ударао песницама, шутирао ногама и газио по леђима, док није наишла патрола полиције. Окривљени су на тај начин противправно одузели слободу кретања малолетнику поступајући на свиреп начин током трајања лишења слободе изазивањем физичких и психичких патњи".

(пресуда Окружно суда у Београду Кж. 2299/2005 од 7. октобра 2005. године, Судска пракса, Београд, број 4/2006. године, стр. 13)

9) "Када су двојица окривљених због ранијег сукоба угурали у гепек аутомобила оштећениог и одвезли га на усамљено место, где су га извукли из гепека и ударали, при чему му је нанета и тешка телесна повреда, извршили су, поред кривичног дела противправног лишења слободе, и кривично дело тешке телесне повреде у стицају".

(пресуда Окружног суда у Београду Кж. 766/2006 од 3. априла 2006. године, Судска пракса, Београд, број 9/2006. године, стр. 13)

10) "Окривљени је оштећену на свиреп начин противправно држао тако што ју је одвео у свој стан и након уласка у стан маказама јој је одсецао праменове косе, ударао песницама у пределу главе, чекићем ударао по обе шаке и шерпом у оба колена, гасио цигарету у пределу грудног коша изнад груди и левог рамена, а затим се свом другу који се ту затекао, обратио речима : "хоћеш ли да ј..." предајући му презерватив, док је оштећену ударао отвореним шакама шамаре, наневши јој том приликом више лаких телесних повреда. На тај начин је извршио облик кривичног дела противправно лишење слободе".

(пресуда Окружног суда у Београду Кж. 339/2007 од 6. марта 2007. године, Билтен Окружног суда у Београду, Београд, број 76/2007. године, стр. 107)

11) "У радњама окривљене нема елемената противправности када је, након неопаженог уласка оштећеног у службене просторије које исти није хтео да напусти, је окривљена закључала улазна врата и отишла да обавести полицију. Првостепени суд је правилно утврдио да нема доказа да је окривљена извршила кривично дело противправно лишење слободе, с обзиром да у њеним радњама нема елемената противправности јер је

предузела радњу ради заштите себе, али и заштите имовине установе у којој је била запослена. При томе је задржавање оштећеног свела на најмању могућу меру, исто је трајало само док је окривљена отишла и случај пријавила полицији, тако да је противправност искључена, тим пре што код окривљене није постојала свест о лишењу слободе кретања, нити свест да то чини противправно. Из одбране окривљене произилази да је наведену радњу она предузела искључиво из разлога што је оштећени неопажено ушао у просторије, није се одазвао на њен позив да напусти просторије, па је окривљена имала оправдан страх да случај одмах пријави полицији што је и учинила”.

(пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 151/2008 од 14. марта 2008. године, Судска пракса, Београд, број 11-12/2008. године, стр. 16)

12) ”Када се оштећеном ограничи слобода кретања на други начин, окривљени су извршили кривично дело противправно лишење слободе. Окривљени су предузели радњу која има обележје противправног лишења слободе без обзира на чињеницу што је оштећени добровољно ушао у аутомобил јер ово дело постоји када се неко лице спречава да се вољно креће, када се некеме ограничава слобода кретања на тај начин што се без пристанка и воље вози на разна места што је у конкретном случају било”.

(пресуда Окружног суда у Чачку Кж. 111/2009 од 18. маја 2009. године, Судска пракса, Београд, број 11-12/2009. године, стр. 18)

4. ЗАКЉУЧАК

И поред свих гаранција предвиђених у међународним (универзалним и регионалним) документима, Уставу Републике Србије и другим позитивним прописима могуће су ситуације у којима долази до одузимања (лишавања) другог лица слободе кретања. Ова слобода, поред слободе мишљења, представља једну од основних људских слобода без које нема уопште људске личности достојне поштовања у савременим демократским друштвима. Када лишење слободе није засновано на закону, када није предузето од стране законом овлашћених лица (органа), на начин и у поступку који су прописани законом, тада постоји противправно лишење слободе као једно од тешких кривичних дела насиља над људском личношћу и његовим основним слободама.

Противправно лишење слободе као затварање, држање затворерним или одузимање (ограничавање) слободе кретања другог лица против и мимо закона представља кривично дело које има основни и више тежих, квалифиикованих облика испољавања за које Кривични законик прописује строго кажњавање. Но, поред овог дела, противправно лишење слободе представља и саставни елеменат бројних дугих кривичних дела

насиља (нпр. отмице, одузимања малолетног лица, заснивања ропског односа, узимање талаца и др). Такође, противправно лишење слободе, поред националног кривичног законодавства, познаје као посебан облик извршења ратних злочина односно злочина против човечности и међународно кривично право.

ЛИТЕРАТУРА

Бабић Милош, Марковић Иванка, *Кривично право, Посебни део*, Бања Лука, 2008.

Вешовић Милан, "Нека питања у области људских права и слобода у материјалном и процесном кривичном законодавству", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3, Београд, 1993.

Вешовић Милан, "Прилог разматрању Европске конвенције о људским правима и основним слободама", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр.3, Београд, 1995.

Вуковић Шпиро, "Слободе и права човека и грађанина у кривичном материјалном праву", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3-4, Београд, 1980.

Димитријевић Војин, "Универзална декларација о људским правима после четрдесет година", *Архив за правне и друштвене науке*, бр.4, Београд, 1988.

Дракић Драгиша, "Кривичноправна заштита права на живот и личну слободу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3, Нови Сад, 2003.

Ђорђевић Ђорђе, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2016.

Ђорђевић Мирослав, Ђорђевић Ђорђе, *Кривично право*, Београд, 2016.

Јанковић Сретко, "Противправно лишење слободе", *Правни живот*, бр.9, Београд, 1998.

Јовановић Љубиша, "Уставни положај грађана и заштита њихових права", *Правни живот*, бр. 4, Београд, 1988.

Јовашевић Драган, *Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом*, Београд, 2003.

Јовашевић Драган, Икановић Вељко, *Кривично право Републике Српске, Посебни део*, Бања Лука, 2012.

Јовашевић Драган, *Практикум за кривично право, Посебни део*, Ниш, 2014.

Јовашевић Драган, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017.

Јовашевић Драган, Митровић Љубинко, Икановић Вељко, *Кривично право Републике Српске, Посебни део*, Бања Лука, 2017.

Кандић Поповић Зорица, "Кривичноправна заштита личних права", *Наша законитост*, бр.7-8, Загреб, 1989.

Кошутић Будимир, "Кривичноправна заштита основних права и слобода и југословенско право", *Правни живот*, бр.1, Београд, 1985.

Лазаревић Љубиша, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1993.

Лазин Ђорђе, "Међународни уговори о људским правима и југословенско законодавство", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр.1, Београд, 1989.

Марјановић Горги, "Слободите и правата на човекот и кривично право", *Правна мисла*, бр.2, Скопје, 1984.

Међедовић Сефер, "Право на слободу и безбиједност", *Правни зборник*, бр. 1-2, Подгорица, 2001.

Мрвић Петровић Наташа, *Кривично право*, Београд, 2005.

Пихлер Станко, "Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3, Нови Сад, 2002.

Радовановић Милош, Ђорђевић Мирослав, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1977.

Симић Илија, Петровић Милић, *Кривични закон Републике Србије - практична примена*, Београд, 2002.

Симић Илија, Трешњев Александар, *Кривични законик с краћим коментаром*, Београд, 2010.

Стојановић Зоран, Перић Обрад, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2000.

Чејовић Бора, "Кривична дела против слобода и права човека и грађана", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 3, Београд, 1993.

Чејовић Бора, Миладиновић Видоје, *Кривично право, Посебни део*, Ниш, 1995.

Pavišić Berislav, Grozdanić Velinka, Veić Petar, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007.

Petrović Borislav, Jovašević Dragan, *Krivično (kazнено) право, Posebni dio*, Sarajevo, 2005.

Petrović Borislav, Jovašević Dragan, Ferhatović Amila, *Krivično право 2*, Sarajevo, 2016.

Selinšek Ljiljana, *Kazensko право, Splošni del in osnove posebnega dela*, Ljubljana, 2007.

Turković Ksenija et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013.

Службени гласник Републике Србије бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

Службени гласник Републике Србије бр. 98/06.

Службени гласник Републике Србије бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

Службени гласник Републике Србије бр. 121/12.

Службени гласник Републике Србије бр. 65/13

Стојановић Зоран, Перић Обрад, *Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Републике Црне Горе са објашњењима*, Београд, 1996.

Dragan JOVAŠEVIĆ, Ph.D

Full Professor, Faculty of law, University of Niš

THE UNLAWFUL DEPRIVATION OF LIBERTY IN LAW OF SERBIA

Summary

In spite of all the guarantees provided for in international (universal and regional) documents, the Constitution of the Republic of Serbia and other positive regulations, situations in which the other person of freedom of movement can be seized (deprivation) are possible. This freedom, in addition to the freedom of thought, represents one of the basic human freedoms without which there is no human personality of dignity in modern democratic societies. When deprivation of liberty is not based on law, when not done by the law of authorized persons (bodies), in the manner and in the procedure prescribed by law, then there is unlawful deprivation of liberty as one of the serious crimes of violence against human personality and its fundamental freedoms.

The deprivation of liberty of another person when undertaken in the law envisaged cases, in the manner and according to the procedure determined by the law by authorized persons, is a permitted action in the sense of applying the criminal (criminal) sanction of the commission of the crime. However, cases of deprivation of freedom of movement of another person as significant and basic human freedoms, in addition to freedom of opinion, are not possible, and are not based on law. Then there is a special criminal offense against the freedom of movement of man - unlawful deprivation of liberty - for which the Criminal Code prescribes strict criminal sanctions. These are particularly serious forms of violation of the rights and freedoms of another person, which is most often done through the use of violence, and hence the prevalence of opinions in the literature is that this is a serious form of violence against other persons.

The unlawful deprivation of liberty as imprisonment, imprisonment or confiscation (restriction) of the freedom of movement of another person against and against the law is a criminal offense with basic and more difficult, qualified forms of manifestation for which the Criminal Code prescribes severe punishment. But in addition to this, unlawful deprivation of liberty is also an integral element of many long criminal offenses of violence (as abduction, taking away a minor, establishing slavery, taking hostages, etc.). In addition, unlawful deprivation of liberty, in addition to national criminal legislation, is known as a special form of war crimes, that is, crimes against humanity and international criminal law.

Рад је предат 14. децембра 2017. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Владимир В. ВЕКОВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

ТЕЛЕСНО И МЕНТАЛНО ЗДРАВЉЕ ИЗВРШИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТА И ТЕЛА

Апстракт: Целовито и суштинско сагледавање кривичних дела против живота и тела као индивидуалне појаве, поред минуциозне анализе личности извршилаца, мора да инкорпорира и сазнања о њиховом телесном и менталном здрављу. С обзиром да смо се личношћу извршилаца већ детаљно бавили, определили смо се да у раду који следи фокусирамо пажњу на улогу коју у манифестовању овог вида криминалног понашања имају проблеми на плану њиховог телесног и менталног функционисања. Према резултатима истраживања, најинтензивнији криминогени утицај остварују: телесни недостаци; алкохолизам/алкохолисаност *tempore criminis*; психопатије; дебилитет и схизофренија. Наведени проблеми нису непосредни узрок криминалног понашања, тј. не доводе аутоматски до вршења кривичних дела. Беза између њих и кривичних дела којима се повређује или угрожава туђи живот, односно телесни интегритет, несумњиво постоји, али је по својој природи друштвена и индиректна. Очигледно је да сазнања о личности извршилаца ових кривичних дела, као и о нарушености њиховог здравља представљају неопходну претпоставку за: а) разумевање механизма деловања друштвених утицаја који своје дејство на понашање појединаца никада не остварују директно, већ посредством и на основу личних својстава (дакле, постоји дијалектичка повезаност објективног и субјективног); б) осмишљено планирање, организовање и предузимање превентивних активности и в) правилно решавање питања кривице и остваривање начела индивидуализације кривичне санкције, како приликом њеног изрицања, тако и у фази третмана и ресоцијализације.

Кључне речи: *здравље, извршилац, кривична дела против живота и тела, телесни недостаци, алкохолизам, психопатије, ментална ретардација, схизофренија.*

* Редовни професор, vladimir.vekovic@pr.ac.rs

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Човеков живот и телесни интегритет представљају универзалне вредности које прокламују и за чију се афирмацију и ефикасну заштиту, поред моралних норми сваког друштва, устава и закона, опредељују и бројни међународни документи обавезујућег и препоручујућег карактера. Процес њиховог инкорпорирања у тезаурус историјски досегнутих, општељудских вредности текао је паралелно са постепеним успоном демократске цивилизације, тј. са преовладавањем идеје да је човек друштвено и рационално биће које може схватити природу свог положаја према другим људима и неопходност узајамног признавања и поштовања одређених права (међу њима, свакако права на живот као „врховног људског права“, односно „најосновнијег од свих људских права“ и права на телесни интегритет) и тако омогућити себи, али и њима најоптималнији начин бивствовања у датом тренутку. Међутим, историјска ретроспектива указује да су ове вредности, иако нормативно унапређиване, у пракси често на најбруталнији начин биле обезвређиване, на основу чега је израстао и културни мит о неуништивости насиља, не ретко наметан као научно ратификована истина.

И у Републици Србији кривична дела против живота и тела¹ представљају алармантан друштвени проблем. Та оцена темељи се на подацима о традиционално високој партиципацији ових кривичних дела у целокупно пресуђеном криминалитету, неповољној структури (тј. значајној заступљености тежих и друштвено опаснијих кривичних дела) и последицама које настају њиховим извршењем, али и на чињеници да су рат и суштинске промене које су се на размеђи II и III миленијума одиграле на идејно-политичком, друштвено-економском и социо-културном плану, реално повећали могућност интерперсоналних конфликта у разним сферама живота и испровоцирали одређене друштвене и индивидуалне факторе који утичу на пораст агресивности у решавању тих проблема.² Сходно томе, мишљења смо да целовито и суштинско сагледавање кривичних дела против живота и тела као

¹ Кривични законик – КЗ, Глава тринаеста КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТА И ТЕЛА (чл. 113-127), *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

² Владимир В. Вековић, Психолошки приступ етиологији насилничког криминалитета – „рани радови“ и каснија проучавања, *Однос права у региону и права Европске уније* (Зборник радова са Научног скупа који је у организацији Правног факултета у Источном Сарајеву одржан 25. октобра 2014. године на Палама), Источно Сарајево, 2015, 334-335.

индивидуалне појаве, поред минуциозне анализе личности извршилаца,³ мора да инкорпорира и сазнања о њиховом телесном и менталном здрављу. У криминолошкој литератури телесном здрављу посвећује се мање пажње (већина аутора задовољава се констатацијом да је оно углавном задовољавајуће), него проучавању односа између менталног функционисања и криминалног понашања.⁴ То је првенствено зато што извесни ментални поремећаји (душевна болест, привремена душевна поремећеност, заостали душевни развој или друга тежа душевна поремећеност – чл. 23. ст. 2. КЗ) могу деловањем на човекове интелектуалне и волунтаристичке способности, резултирати неурачунљивошћу (која представља основ искључења кривице) или битно смањеном урачунљивошћу (факултативни основ за ублажавање казне). У настојању да избегнемо такав једностран приступ који неминовно води дубиозним закључцима, определили смо се да сагледамо улогу коју у манифестовању овог вида криминалног понашања имају: телесни недостаци; болести зависности (алкохолизам и наркоманија); ментална ретардација; психопатије; неурозе и психозе, како органске (патолошко пијанство, алкохолна халуциноза и алкохолна љубомора), тако и функционалне (схизофренија, манично-депресивна психоза и параноја).

1. ТЕЛЕСНИ НЕДОСТАЦИ

Приликом процењивања утицаја телесних недостатака (инвалидитета) на целокупно, па и криминално понашање, потребно је поћи од чињенице да се лице са тим недостатком у нашој култури (а она по овом питању не представља никакав изузетак), по правилу, опажа као различито од других; шта више, и оно себе (због лишености одређене серије чулних дражи код сензорних оштећења и/или отежаног, односно онемогућеног обављања свакодневних активности у случају оштећења локомоторног апарата), најчешће доживљава као такво. Субјективне реакције на телесни недостатак крећу се у широком распону између две крајности. Један мањи број људи покушава да превазиђе свој недостатак и тешкоће које изазива, максимално се посвећује обављању професионалне делатности (не ретко постижући врхунске резултате), стварајући тако

³ Вид. Владимир В. Вековић, Личност извршилаца кривичних дела против живота и тела, *Начела добре владавине права – начело правне сигурности и начело правичности* (Тематски зборник – Научно истраживачки пројекат), Косовска Митровица, 2017, 175-196.

⁴ У складу с тим је и подела криминалитета на социјални и патолошки: први врше психички здраве, а други ментално поремећене особе. Вид. Maxime Laignel-Lavastine, Vasile-Vasile Stanciu, *Précis de Criminologie*, Paris, 1950, 194.

неопходне претпоставке за успешно укључивање у нормалне животне токове. Свест о недостатку мотивише их да буду активни чинилац обликовања сопственог бића, тј. мењања самог себе, што представља теоријску и практичну основу рехабилитације. Нажалост, највећи број особа свој телесни недостатак перципира као трагедију и, у складу с тим, манифестује облике нереалистичког реаговања на њега.

Традиционална и актуелна структура уже и шире друштвене средине, као и улога коју лице са телесним недостатком има у оквиру ње, приоритетно условљавају став према њему. Не можемо се, међутим отети генералном утиску да им савремена друштва нису наклоњена. Уместо да их прихвати и створи услове за максималан развој и искоришћавање способности и потенцијала које поседују, како би на тај начин компензовали колико је год могуће свој хендикеп, друштвена заједница их игнорише (што указује на постојање психичке слепе мрље за регистровање њихових проблема), изолује (правдајући се да то чини за њихово добро), а у неким случајевима манифестује и (не само вербалну) агресију.⁵ Ограничена скученим егзистенцијалним пољем, наметнутим не толико телесним недостатком колико својеврсним друштвеним острацизмом, ова лица се претерано усредсређују на недостатак, свесно или несвесно га преувеличавају, па своје шансе за успешну социјалну промоцију сматрају знатно мањим него што оне објективно јесу. У складу с тим, не изненађује податак да су анксиозност и депресија најчешћи начин реаговања на телесни недостатак; такође, уочавају се и регресивне тенденције (враћање на већ превазиђене облике понашања), претерана зависност, егоцентричност итд. Снажно развијен комплекс инфериорности и динамика емоционалног живота испуњена фрустрацијама (које она ретко разрешавају, а често потискују, што доприноси њиховој повишеној осетљивости) чини их склоним импулсивном, афективном и агресивном понашању, па и вршењу

⁵ Постоји крајње негативна валенција, тј. изузетно висок степен неповољности сазнајне, емоционалне и делатно-тенденцијске компоненте ставова социјума према особама са телесним недостацима. Поред занемаривања, изоловања, одбацивања, сажалења, презира и вређања, оне се свакодневно суочавају и са низом других ограничења које им намеће друштвена заједница. То су нпр. проблем усамљености и организовања друштвеног живота (а познато је да оне имају већу потребу за присутношћу и подршком других, нарочито лица са очуваним чулима и моториком), проблем савладавања архитектонских, односно грађевинских баријера у становима, јавним просторима и установама, тешкоће у коришћењу јавног саобраћаја итд. Отворена или маскирана, намерна или ненамерна нетолеранција присутна је на сваком кораку, битно ограничавајући њихову физичку, али и социјалну покретљивост.

кривичних дела против живота и тела,⁶ нарочито ако постану свесна и најмање непријатне алузије на свој недостатак.

Овакав став особа са телесним недостатком према друштвеној заједници највећим делом створен је реактивно, сагласно ставу заједнице према њима,⁷ што упућује на закључак да ти недостаци нису непосредни узрок криминалног понашања. Несумњиво, та веза постоји, али је по својој природи друштвена и индиректна; прецизније, неадекватан однос уже и шире средине према овим појединцима утиче на формирање негативних особина личности које могу, нарочито ако се јаве у стицају са осталим субјективним и објективним криминогеним факторима условити вршење кривичних дела којим се повређује или угрожава туђи живот, односно телесни интегритет.

2. БОЛЕСТИ ЗАВИСНОСТИ

Међу извршиоцима кривичних дела против живота и тела значајно партиципирају, како алкохоличари (особе које ексцесивно пију и чија је зависност од алкохола толика да показују видљиве менталне поремећаје или такве поремећаје који указују на оштећење телесног и менталног здравља, односа са другим људима, социјалног и економског стања или само испољавају знаке таквог развоја), тако и лица која нису нужно алкохоличари, али су била у алкохолисаном стању (стању акутног пијанства или акутне интоксикације алкохолом) *tempore criminis*. Дакле, извршилац кривичног дела којим се повређује или угрожава туђи живот, односно телесни интегритет, може, с обзиром на ово својство, бити:

⁶ Тако је нпр. В. Пешић установио да телесни недостаци постоје код 4,00%, а З. Сулејманов код 3,10% убица. Према резултатима истраживања Ш. С. Вуковића, заступљеност лица са телесним недостацима међу извршиоцима крвних деликата још је нижа. Вид. Вукашин Пешић, *Убивства у Југославији*, Београд, 1972, 73; Зоран Сулејманов, *Убивства во Македонија*, Скопје, 1990, 331; Шпиро С. Вуковић, *Крвни деликти у Србији*, Зајечар-Београд, 1985, 144-145.

⁷ С тим у вези, М. А. Елиот с правом указује „да до ненормалног понашања више доводи духовна и емоционална реакција на богаљасто стање него сам недостатак. То је, наравно, условљено згражањем и сажалењем телесно нормалног. Кад не би било одбацивања богаља, он не би био озлојеђен.“ Слично њој, В. Јеротић истиче да „физички изглед формира не само став околине према личности, већ сходно овоме ставу и став саме личности према овој околини.“ Мејбл А. Елиот, *Злоћин и савременом друштву*, Сарајево, 1962, 267; Владета Јеротић, *Личност – њен развој и последице*, ЈРКК, бр. 3/74, 436.

алкохолисани алкохоличар, неалкохолисани алкохоличар или алкохолисани неалкохоличар.⁸

Унет у организам, алкохол испољава низ негативних последица, од којих многе могу деловати криминогено. На физиопатолошком плану долази до поремећаја у функционисању свих чула (нарочито чула вида и чула слуха), психичка секунда (реакционо или латенционо време) значајно се продужава и слаби способност добре координације покрета.

Психопатолошко дејство алкохола знатно је сложеније: „потапајући“ Суперега, тј. лишавајући особу највећег броја регулатора који управљају њеним понашањем у трезном стању (реч је, пре свега о моралним обзирима стеченим током процеса социјализације, самоконтроли и критичности), алкохол код ње појачава доживљај значења властитих вредности, улива претерано самопоуздање и псеудохраброст, дезинхибира агресивност и нагоне (посебно сексуални), услед чега се јавља изражена склоност ка импулсивним и непромишљеним поступцима, разметању телесном снагом и вршењу тзв. алкохоличарског криминалитета у који, поред кривичних дела против живота и тела, спадају и кривична дела против полне слободе, кривична дела против части и угледа, као и кривична дела против безбедности јавног саобраћаја.⁹

Бројна емпиријска истраживања старијег и новијег датума указују да најтежа кривична дела против живота и тела не ретко врше лица чије је акутно пијанство прерасло у патолошко пијанство,¹⁰ и алкохоличари код

⁸ Борислав Капамација, *Убиство – психопатологија и судска психијатрија*, Нови Сад, 1981, 63.

⁹ Ситуациони карактер ових кривичних дела, начин и средства њиховог извршења, указују да је алкохоличарски криминалитет претежно примитиван облик криминалитета. Алкохоличари, с обзиром да њихове групе карактерише отвореност, непостојаност, недостатак чврсте организације на хијерархијским принципима и одсуство јединственог вредносног и нормативног система, нису подобни за организовани криминалитет.

¹⁰ Битна карактеристика патолошког пијанства (*mania ebriosa, mania a potu*) је да након конзумирања релативно малих количина алкохола настаје помућење свести у виду сумрачног стања са застрашујућим илузијама и халуцинацијама, праћено безобзирним и бруталним нападима на особе из окружења, који често резултирају њиховим усмрћењем. Патолошко пијанство обично траје кратко (неколико минута или часова, изузетно неколико дана) и завршава се дубоким вишесатним (тзв. терминалним) сном, после којег, по правилу, наступа амнезија која обухвата цео период помућења свести. Оштећење мозга услед трауме, енцефалитис, епилепсија, претрпљена сунчаница, омарица или смрзнутост и преживљене асфиктичне повреде делују предиспонирајуће на ненормално претеран одговор на мање количине алкохола. Убиства извршена у патолошком пијанству нису реткост, на шта указује и податак из већ споменутог истраживања Б. Капамације да је у 4,62% случајева од

којих се манифестовала алкохолна халуциноза¹¹ или алкохолна љубомора (алкохолна параноја).¹²

Поред физиопатолошког и психопатолошког дејства, алкохол изазива, нарочито код алкохоличара, негативне последице и у друштвеној сфери. Полиморфни поремећаји у брачном и породичном животу, на радном месту,¹³ али и у свим другим социјалним односима у које алкохоличар ступа, учвршћују га у уверењу да је окружење непријатељски расположено према њему, што изазива осећај угрожености и одбачености, „десоцијализацију личности“, тј. повлачење у себе и још јаче везивање за

укупно 130 вештачених убистава и покушаја убистава постављена ова дијагноза и утврђена неурачунљивост *tempore criminis*. Вид. Предраг Каличанин, Владимир Параносић, Наташа Царан, *Психијатрија – приручник за лекаре и сараднике*, Београд, 1990, 320; Philip G. Janicak, Joseph Piszczor, *Poremećaji izazvani alkoholom*, u: *Psihijatrija – dijagnoza i terapija (Langeov klinički priručnik)*, Београд, 1992, 290-291; Чедомир Хајдуковић, *Судска психијатрија*, Београд-Зајечар, 1981, 156-158; Vladimir Hudolin, *Rječnik ovisnosti*, Zagreb, 1987, 22, 121-122; Б. Капамација, *op. cit.*, 77; Јован Букелић, *Социјална психијатрија*, Београд, 2004, 267-268; Maria Gifford, *Biographies of Disease – Alcoholism*, Santa Barbara, 2010.

¹¹ Алкохолна халуциноза јавља се код млађих особа, после релативно кратког алкохоличарског стажа (3-4 године) и траје неколико недеља до неколико месеци. Клиничком сликом у почетку доминирају аудитивне халуцинације елементарног типа (шумови, пуккетање, звоњава итд.), после којих наступа период јасних аудитивних халуцинација – особа чује гласове који за њу представљају претњу. Временом се код ње развијају интензиван страх и сумануте идеје односа и прогањања, које постају систематизоване: она, наиме, „тачно“ зна коме ти гласови припадају, тј. ко су њени „прогонитељи“ и „мучитељи“, па их после неуслишених молби да је оставе на миру, лишава живота у неурачунљивом стању. Вид. П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 319; Ч. Хајдуковић, *op. cit.*, 147-148, 158-159; V. Hudolin, *op. cit.*, 17-18, 22; J. Букелић, *op. cit.*, 270-271; Thomas Nordegren, *The A – Z Encyclopedia of Alcohol and Drug Abuse*, Parkland, 2002, 320.

¹² Алкохолна љубомора је хронична и прогредијентна алкохолна психоза (заснована на смањеној сексуалној потенцији), која се развија после четврте деценије живота. У њој доминирају сумануте идеје љубоморе, на основу којих особа покушава на различите начине да „докаже“ неверство супруге (ређе девојке или љубавнице): најпре молбама и лукавством, а потом прелази на малтретирање, грубости, батињање и претње смрћу, да би је најзад и убила. Понекад може доћи и до трансфера агресије на лица блиска „неверној“ супрузи. Вид. П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 320; Ч. Хајдуковић, *op. cit.*, 149; V. Hudolin, *op. cit.*, 22, 99; J. Букелић, *op. cit.*, 271-272; Thomas Nordegren, *op. cit.*, 41; John S. Madden, *A Guide to Alcohol and Drug Dependence*, Bristol, 2013, 118.

¹³ Различити облици радне маладаптације и интерперсонални конфликти који су одраз агресивног супротстављања алкохоличара руководећем особљу и уобичајеним радним обавезама и задацима, озбиљно нарушавају хомогеност и кохезију, а у најтежим случајевима и егзистенцију колектива, услед чега напушта посао или бива отпуштен.

алкохол, агресиван однос и према оном малом броју људи са којима је остао у контакту, па и вршење кривичних дела против живота и тела.

Алкохолизам извршиоца и/или његова алкохолисаност *tempore criminis* несумњиво спадају у ред значајних криминогених фактора, мада је степен повезаности алкохола са кривичним делима против живота и тела тешко сасвим прецизно установити, пошто је његов утицај испреплетан са утицајем многих објективних и субјективних криминогених фактора.¹⁴ Тако нпр. већи или мањи допринос алкохолисаности јављању ових кривичних дела треба ценити првенствено кроз интензитет промена које под дејством алкохола настају у свести извршиоца: највећи значај алкохолисаности испољава се у оним приликама, када се у стицају са њом јављају фактори који са становишта објективне друштвене процене изгледају безначајно да би се могли сматрати правим разлогом извршења кривичног дела против живота и тела (нпр. увреда), али су у свести извршиоца, измењеној под утицајем алкохола сасвим другачије вредновани, а најмањи када акутно пијанство извршиоца само активира нагомилане криминогене факторе, који су сами по себи довољни да доведу до криминалног понашања. Између те две крајности, смештено је толико комбинација алкохолисаности и осталих каузалних фактора у једном кривичном делу против живота и тела, колико има људи који су то дело извршили и у себи имали алкохола.¹⁵

Наркоманија је стање периодичне или хроничне интоксикације, штетно за појединца и друштво, проузроковано поновљеним узимањем природне или синтетичке дроге, које карактерише: а) неодољива жеља или потреба да се настави са узимањем дроге и да се до ње дође било којим средствима, без обзира на последице; б) тенденција да се повећа доза и в) психичка и понекад физичка зависност од ефеката дроге. Повезаност наркоманије и криминалног понашања испољава се на два начина. За наркомане је, пре свега типичан тзв. криминалитет набављања, који у односу на злоупотребу дрога има инструментални карактер: реч је о кривичним делима чијим се извршењем долази до дроге или материјалних средстава неопходних за њену куповину. Потреба за њом диктирана је зависношћу и страхом од тегоба апстиненцијалног синдрома, не дозвољава дужи дисконтинуитет у конзумирању; самим тим што дрогу (чија је цена на илегалном тржишту изузетно висока) увек мора да има уз

¹⁴ С тим у вези, А. Соботинчић је још седамдесетих година XX века указивао да се „локацијски фрапантно поклапају алкохолизам, примитивизам, недовољно школско образовање, неразвијеност и криминалитет.“ Anton Sobotinčić, Neki kriminološki, penološki i socijalno-medicinski aspekti obaveznog liječenja alkoholičara, *Penologija*, br. 1/73, 26.

¹⁵ Б. Капамација, *op. cit.*, 84.

себе (прецизније, у себи), сваки наркоман је попотенцијални извршилац кривичних дела против имовине.

Други облик повезаности злоупотребе дрога и криминалне делатности представљају кривична дела извршена под директним, тј. непосредним утицајем дроге, при чему су карактер и врста кривичног дела приоритетно детерминисани врстом дроге унете у организам: наиме, разне дроге, зависно од својих биохемијских својстава, изазивају различите ефекте на свест и целокупно, па и криминално понашање. Када су у питању кривична дела против живота и тела, несумњив криминогени значај може се приписати хероину, марихуани, хашишу, кокаину, амфетаминима и LSD-у. Реч је о дрогама из групе опиоида, канабиоида, стимулативних и халуциногених дрога, чија злоупотреба, генерално узев, доводи до субјективног осећаја повишене телесне снаге и неограничених интелектуалних способности, повећава раздражљивост, агресивност и активност, и ствара визије и оптичке, аудитивне и тактилне халуцинације, чиме непосредно делује на вршење ових кривичних дела.

Обим и тенденција пораста наркоманије, као и чињеница да наркомани врше најтежа кривична дела, понекад и вишеструка убиства, испољавајући при том окрутност и суровост,¹⁶ недвосмислено указују на потребу знатно озбиљнијег приступа у сагледавању повезаности злоупотребе дрога и кривичних дела против живота и тела, него што је то до сада био случај.

3. МЕНТАЛНА РЕТАРДАЦИЈА

С обзиром да је интелектуална развијеност *conditio sine qua non* разумевања етичких и законских норми и тачне социјалне перцепције, а самим тим и прилагођеног понашања, потпуно је разумљиво зашто ментална ретардација (ментална заосталост или олигофренија), тј. функционисање на нижем интелектуалном нивоу од просечне популације, које настаје у време развојног периода, а повезано је са поремећајем у

¹⁶ Илустративан пример изузетне суровости наркомана представља седам убиства које су недавно преминули Чарлс Менсон и чланови његове „породице“ под дејством LSD-а извршили током августа 1969. године на ширем подручју Лос Анђелеса: све жртве (међу њима и трудница Шерон Тејт) најпре су мучене, а потом убијане, најчешће многобројним ударцима ножем. На њиховим телима затим су урезиване поруке или су пробадана виљушком (!), а у једном случају, леш је био исечен на комадиће и делимично спаљен. Такође, и кокаиномани, под утицајем халуцинација и суманутих идеја односа и прогањања, немилосрдно убијају умишљене прогонитеље, често настављајући да задају ударце и након усмрћења жртве. Вид. Kolin Vilson, *Psihologija ubistva*, Niš, 1990, 190-198; Bruno Bisio, *Psiha i droga*, Zagreb, 1977, 127-142; Душан М. Јевтић, *Судска психопатологија*, Београд-Загреб, 1966, 293.

адаптивном понашању,¹⁷ већ дуго закупа пажњу криминолога.¹⁸ Поремећај понашања као негативан ефекат менталне ретардације, широког је распона и обухвата све појавне облике социјалне патологије, укључујући и кривична дела против живота и тела. Интензитет и врста криминалне активности у значајној мери зависе од степена изражености интелектуалног дефицита, односно да ли се ради о идиотима, имбецилима или, пак дебилима.¹⁹ Прве две категорије лица су првенствено социјални

¹⁷ Интелектуална субнормалност, настанак у развојном периоду и поремећај у адаптивном понашању су, према дефиницији Америчког удружења за менталну ретардираност (*AAMD*) основни критеријуми за дијагностиковање менталне ретардације. Друге дефиниције, овим критеријумима често додају још два: органску основу и неизлечивост стања. Најваљиднијом се сматра модификована класификација Р. Хебера, по којој ментална ретардација настаје као последица: а) инфекција и интоксикација; б) траума и физичких агенаса; в) поремећаја метаболизма, раста и нутриције; г) великих можданих болести; д) болести и стања проузрокованих пренаталним факторима; њ) хромозомских аберација; е) незрелости плода; ж) великих психијатријских поремећаја; з) психосоцијалних (срединских) депривација или и) других непознатих узрока. Од менталних ретардација треба разликовати деменцију, тј. прогресивну и дубоку детериорацију свих интелектуалних процеса, која настаје као директна последица можданог оштећења различите етиологије. У складу с тим је и став Ж. Е. Ескирола изнет још у XIX веку, да је дементна особа богаташ који је осиромашео (тј. код кога је поремећај настао након предходно нормалног интелектуалног развоја), док ментално ретардирана особа одувек живи у сиромаштву. Вид. Слободан Јакулић, *Рехабилитација ментално ретардираних лица*, Београд, 1986, 7-13, 16-18; Валерија Хауптфелд, *Неуропсихологија – клинички приступ*, у: *Клиничка психологија – индивидуална и социјална* (редактори – Јосип Бергер, Миклош Биро, Сулејман Хрњица), Београд, 1990, 286; Невенка Тадић, *Психијатрија детињства и младости*, Београд, 1989, 407-409; Ј. Букелић, *op. cit.*, 77, 79-81.

¹⁸ Вид. Henry Goddard, *Slaboumnost kao uzrok zločina*, у: Ђорђе Игњатовић, *Теорије и криминологије*, Београд, 2009, 201-207.

¹⁹ Интелектуални развој идиота одговара узрасту детета од две године (IQ 0-20), имбецила – детета од седам (IQ 20-50), а дебила – детета од 10 година (IQ 50-70). Идиоти и имбецили су неурачунљиви; за разлику од њих, дебили (који чине око 85,00% ментално ретардиране популације) могу бити урачунљиви, битно смањено урачунљиви, а у појединим случајевима и неурачунљиви. Сем овог, постоје и други системи класификације ментално ретардираних особа, који користе описне категорије (нпр. блага, умерена и тешка ментална ретардација). По свом значају издвајају се класификације Америчког удружења психолога (*APA*), Америчког удружења за менталну ретардираност и Светске здравствене организације (*WHO*). Иако се приоритетно базирају на резултатима добијеним на валидним тестовима интелигенције, те класификације уважавају и социјалну адаптираност као важан критеријум за процену менталне ретардације. Вид. Михаило Лукић, Самуило Пејаковић, Јован Марић, *Правна медицина – судска медицина и психопатологија*, Београд, 1990, 343; Н. Тадић, *op. cit.*, 399-401; С. Јакулић, *op. cit.*, 14-15; Миклош

проблем и изузетно ретко манифестују криминално понашање: наиме, пошто се та стања дијагностикују веома рано (одмах по рођењу или у првим годинама живота), ова лица се, по правилу, смештају у специјализоване институције у којима се чувају (идиоти) или оспособљавају за непосредну бригу о себи (имбецили). Уколико изврше кривично дело, разлоге таквог поступка треба најпре потражити у социјално провокативним факторима.²⁰

За разлику од идиота и имбецила, дебили манифестују интензивнију криминалну алтивност и значајније партиципирају у криминалној популацији. Недовољна аналитичност и способност синтетизовања опаженог и доживљеног, отежано увиђање односа и веза (нарочито између сопствених поступака и кривичних дела која настају као њихова последица), некритичност, сугестибилност (због чега постају оруђе у рукама искусних криминалаца), нетолерантност на алкохол, нагонско-емоционални поремећаји, резистентност на утицаје агенаса социјализације, перманентна фрустрираност (како услед тешкоћа у комуникацији са већинском популацијом просечне интелигенције, тако и због ограниченог броја решења којима располажу када су у питању сложеније животне ситуације) и повишена агресивност, чине еретичне дебиле диспонираним за вршење кривичних дела против живота и тела, али не доводе неминовно до њих. Наиме, реализацијом рехабилитационих програма чији би циљ био учвршћивање интегритета породица ментално ретардираних лица, обезбеђивање максимално погодних услова за развој индивидуалних потенцијала (ради компензовања интелектуалног хендикепа) и пружање могућности за самоизражавање, социјално корисну делатност и постизање личне сатисфакције, остварило би се њихово адекватно инкорпорирање у друштвену заједницу, а тиме и несумњиви превентивни ефекти.²¹ Међутим, у највећем броју случајева овакав однос према ментално ретардираним представља још увек недосегнут идеал: уместо тога, они се често суочавају са одбацивањем и нетолерантним ставом породице, вршњака, школе и шире средине, због чега се изолују од друштва, или прихватају негативно мишљење околине о себи и развијају агресивно понашање као адаптивни механизам.²² У овом другом случају, извршено кривично дело против живота и тела није само последица

Биро, *Клиничка психологија*, Београд-Загреб, 1990, 79-80; Ксенија Кондић-Белош, Психодијагностика развојног доба, у: *Клиничка психологија – индивидуална и социјална* (редактори – Ј. Бергер, М. Биро, С. Хрњица), 256; Ј. Букелић, *op. cit.*, 77-79.

²⁰ Ч. Хајдуковић, *op. cit.*, 109.

²¹ С. Јакулић, *op. cit.*, 170.

²² *Ibid.*

менталне ретардације, већ исто тако и симптом неприхваћености од стране заједнице у којој је то лице одрасло и у којој живи.

4. ПСИХОПАТИЈЕ

Одавно је уочено да у свим друштвима постоји одређен број лица која својим персистентним обрасцем маладаптивног понашања значајно одступају од тзв. нормалних личности, али која, с друге стране, према критеријумима времена и средине у којој живе, нису сврстана у категорију ментално поремећених особа. Ова углавном трајна и променама неподложна стања која се налазе у граничном подручју између менталног здравља и поремећаја, у психијатрији се најчешће дијагностикују као психопатије.²³ Наглашен егоизам и егоцентричност, немогућност успостављања постојаних и истински емоционалних међуљудских односа, ниска фрустрациона толеранција, неспособност одлагања тренутног задовољења потреба без обзира на очигледно штетне последице, склоност ка импулсивном и компулсивном понашању (*acting out*), агресивност, одбацивање општеприхваћених норми понашања,

²³ Дијагностиковање психопатије не почива увек на прецизно дефинисаним критеријумима и симптомима, на шта указује и Н. В. Екермен: „Кад се не може доказати оправданост неке друге дијагнозе, психопатска личност постаје дијагноза до које се долази искључивањем других могућности, постаје категорија у коју се као у кош бацају отпаци.“ С обзиром да је, како с правом истиче Д. Радуловић, остала најконтраверзнија психијатријска категорија, уместо егзактно верификованих података о правим размерама њене учесталости, искључиво се срећемо са проценама које се међу собом значајно разликују. Најреалнијом нам се чини процена да сваки десети становник испољава психопатске симптоме. Такође, и размимоилажења између најпознатијих класификација психопатских личности (чији су творци К. Шнајдер, Л. Бинсвангер, Д. Хендерсон и Р. Д. Гилеспи, Д. Абрахамзен итд.), најчешће нису само формалне, већ суштинске природе. Нешто виши степен сагласности постоји када је реч о узроцима психопатије; наиме, доминира став да је она последица садејства двеју група фактора: а) биолошких (наследно или заживотно оштећење нервног система) и б) неповољних друштвених услова развоја (нпр. формирање личности детета ван породичне групе, у непотпуној или потпуној породици са изразито поремећеним интерперсоналним односима, неприхватање, одбацивање, занемаривање, грубо кажњавање, недоследно и непредвидиво понашање родитеља или лица која их супституишу итд.). Вид. Натан В. Екермен, *Психодинамика породичног живота – дијагноза и лечење породичних односа*, Титоград, 1987, 289; Данка Радуловић, Бихејвиоралне и неурофизиолошке карактеристике психопатских преступника, *ЈПКК*, бр. 2/98, 126; Д. М. Јевтић, *op. cit.*, 194; Б. Капамација, *op. cit.*, 92; П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 369-371; Alan Carr, *Clinical Psychology – An Introduction*, London, 2012; David C. Richard, Steven K. Huprich, *Clinical Psychology – Assessment, Treatment and Research*, Burlington, 2009.

недовољно развијена одговорност, изостанак осећања кривице и кајања, као и дуг историјат социјалне неприлагођености психопата (тј. упорно понављање неприхватљивих поступака упркос више пута доживљеном негативном искуству и казнама) одраз су њихове: а) целокупне психичке структуре личности, а нарочито аберација воље, нагона и емоција (углавном афективитета)²⁴ и б) преовлађујуће вредносне оријентације. Неспреман да се успешно интегрише у свет реалних односа, и поред права која му припадају преузме и обавезе које намеће социјална пракса, психопата се фиксира за превазиђене (прецизније речено, за дечији узраст карактеристичне), па самим тим и мањкаве односе са својом средином. С обзиром да му емоционални развој није био усмераван у правцу откривања значаја узајамности, он не остварује интересубјективни однос, него искључиво свој субјективни однос према другима;²⁵ људе не доживљава као људска бића (која имају своје потребе, интересе, циљеве итд.), већ само као објекте који морају одмах, дакле без икаквог одлагања да му задовоље актуелну потребу. Психоаналитичким речником, доминација принципа задовољства над принципом реалности (услед неразвијености Ега и Суперјега) држи психопату уроњеног у инфантилне облике друштвености: захтевајући од других много (не пружајући им за узврат ништа) и чинећи оно што хоће (наносећи на тај начин штету свом социјалном окружењу, али често и себи самом), он своју тескобу претвара у општу тескобу.

Психопатски структуриране личности, а пре свих експлозивне (епилептоидне) и асоцијалне (антисоцијалне) психопате значајно партиципирају у криминалној популацији, не ретко повређујући или

²⁴ Тешки афективни поремећаји су, према Е. Валу и М. Ф. Гавирији, присутни код више од 50,00% психопатских (граничних) личности. Емоционална незрелост и преосетљивост психопата (упркос томе што им је интелигенција, по правилу, нормално развијена) веома лако доводе до повишења афекта и његовог неконтролисаног пражњења, тј. до „реакције кратког споја“. Извесни „слаби мотиви“ који код других људи не би довели до конфликта, за психопате су „јаки мотиви“ који резултирају убиством на мах и тешком телесном повредом учињеном на мах. Дакле, несразмера између интензитета пражњења афекта и малих вредности надражаја и осујећења, представља битно својство психопатски структурираних личности. Вид. Eduardo Val, Moises F. Gaviria, Granični slučajevi i ostali poremećaji ličnosti, u: *Psihijatrija – dijagnoza i terapija (Langeov klinički priručnik)*, 187; Анета Лакић, Неке психичке карактеристике извршилаца кривичног дела убиства, *ЈПКК*, бр. 3/77, 139; Живојин Алексић, Зоран Миловановић, *Лексикон криминалистике*, Београд, 1985, 23.

²⁵ Светомир Бојанин, Ковиљка Радуловић, *Социјална психијатрија развојног доба*, Београд, 1988, 107.

угрожавајући туђи живот, односно тело,²⁶ и, по правилу, представљају њен најпроблематичнији део.²⁷ Веза између психопатија и криминалног понашања несумњиво постоји, али није непосредног карактера: наиме, психопатске црте личности не доводе аутоматски до вршења кривичних дела против живота и тела, већ делују посредно преко социјалног садржаја свести психопате, испољавајући се као услов, а не узрок ових кривичних дела. Другим речима, психички склоп личности чини психопату осетљивијим и подложнијим вирулетном утицају криминогених фактора.

5. НЕУРОЗЕ

Неуросе (психонеуросе) су поремећаји који смањују способност сарадње са људима и способност прилагођавања и сналажења уопште, или у појединим животним ситуацијама. Неуротични конфликт, анксиозност („слободно лебдећи страх“) и неадекватни механизми одбране од њих,

²⁶ А. Лакић и Б. Капамација указују да психопате чине 21,55%, односно 20,70% хомицидалне популације; слично њима, Ш. С. Вуковић наводи да је психопатија дијагностикована код 19,00% осуђеника за тешке крвне деликте из КПЗ Пожаревац. Међутим, према наводима З. Шепаровића, заступљеност психопата у затворској и другој криминалној популацији у свету креће се у готово невероватном распону од 10,00% до 80,00-100,00%. Ова шароликост података не доводи у сумњу значајну улогу коју психопатија има у етиологији кривичних дела против живота и тела, већ само потврђује констатацију да се психијатри приликом постављања наведене дијагнозе често руководе различитим критеријумима. Вид. А. Лакић, *op. cit.*, 138; Б. Капамација, *op. cit.*, 101; Ш. С. Вуковић, *op. cit.*, 148; Zvonimir Šeparović, *Kriminologija i socijalna patologija*, Zagreb, 1981, 268.

²⁷ Психопате се веома тешко прилагођавају условима живота у пенитенцијарној установи: они се готово све време боравка у њој, налазе у латентном или отвореном конфликту са особљем, манипулишу другим осуђеницима и ометају процес њихове ресоцијализације, склони су самоповређивању и демонстративним покушајима самоубиства резањем, гутањем разних предмета, тровањем, вешањем, па чак и самоспаљивањем. Настојања да се овакво понашање инхибира дисциплинским кажњавањем, по правилу, не дају задовољавајуће резултате. У складу с тим, очигледно је да само посебно конципиран и личности сваког психопате прилагођен третман (уз адекватну примену фармакотерапије), који ће бити реализован тимским радом стручњака различитих профила (поред васпитача, неопходно је ангажовати и психолога, психијатра, андрагога, дефектолога и социјалног радника), може кориговати његово понашање и значајно допринети смањењу изузетно високе стопе рецидивизма. Вид. Б. Капамација, *op. cit.*, 93, 97-101; Мирослав Горета, Основне терапијске технике и модели у лијечењу психички абнормалних делинквената, *Лијечење психички абнормалних делинквената* (Зборник радова), Соколац, 1991, 36, 39-40; Д. Радуловић, *op. cit.*, 144.

представљају динамички тријас неуротичног поремећаја личности,²⁸ који се (без било какве патолошке органске основе) манифестује бројним и разноврсним психичким и телесним симптомима, тј. субјективним тегобама: осећајем нелагодности и несигурности, поремећајем сна и сексуалности, расејаношћу, главобољама, исцрпљеношћу (константним умором).²⁹

У криминолошкој и психијатријској литератури искристалисала су се два различита схватања о односу неуроza и криминалног понашања. Већина аутора је мишљења да понашање неуротичара, мада у неким случајевима упадљиво (пример присилне радње код опсесивно-компулсивне неурозе), по правилу, остаје у границама социјално прихватљивог. Тако нпр. И. Настовић указује да појединци, не прихватајући негативни део своје личности, подлежу гласу савести и постају неуротичари или психотичари, тј. бране се болешћу од својих

²⁸ Неуротични развој карактерише неуспешно решавање конфликта (најчешће се ради о сукобу нагонских жеља и потребе да се поштују друштвени прописи и забране). Наиме, нерешени конфликт који је потиснут и задржан у несвесном, покушавајући да продре у свест изазива анксиозност (према К. Хорнај, реч је о једном од најмучнијих осећања, које поред своје очигледне ирационалности, ипак садржи и безусловно упозорење човеку да је у њему нешто поремећено), чему се личност супротставља одбрамбеним механизмима. Уколико су они неефикасни, тј. неадекватни, формираће се неуротични симптоми, који представљају компромисно решење конфликта. Вид. Санда Рашковић, *О агресији*, Београд, 1996, 54; Душан Кеџмановић, *Психопатологија одраслих*, у: *Клиничка психологија – индивидуална и социјална* (уредници – Ј. Бергер, М. Биро, С. Хрњица), 187; П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 357; Карен Хорнај, *Неуротична личност нашег доба*, Београд, 1991, 34.

²⁹ Према симптомима који доминирају клиничком сликом, неурозе се деле на: а) анксиозну; б) конверзивну (хистеричну); в) фобичну; г) опсесивно-компулсивну (присилну); д) депресивну; њ) хипохондријску и е) неурастенију. С обзиром на већ изнет став да су социокултурни фактори (тј. развијеност и структура једне друштвене средине) доминантно-етиогени код неуротичних поремећаја (интрапсихички конфликт који представља динамичко језгро неурозе, условљен је неуравнотеженошћу основних друштвених група – породице, класе, слоја – пренесеном у ментални склоп личности), сасвим је разумљиво да ће у различитим друштвима преовлађивати различите неурозе: у развијенијој средини – комплекснији (интелектуализиранији) облици неуроza, а у мање развијенијој – примитивнији. У сваком случају, неуроzu и њен криминогени утицај можемо правилно разумети само у склопу познавања друштвене средине у којој се неуротична личност развијала и социјализовала. Вид. Д. Кеџмановић, *op. cit.*, 187-188; Иван Настовић, *Неуротски синдром*, Београд-Зајечар, 1981, 43-55; Владимир Јаковљевић, *Прилози за социјалну патологију*, Београд, 1984, 91, 96, 171; Карен Хорнај, *Наши унутрашњи конфликти*, Титоград, 1976, 22.

Каиновских тежњи.³⁰ Такође, и М. Милутиновић указује да се са извесношћу може рећи да неурозе нису видљивије заступљене у изазивању криминалног понашања.³¹

Има, међутим и супротних мишљења. Тако, поред Фројдовог злочинца из осећања кривице,³² који представља екстремни пример неуротичног поступања, Ф. Александер и Х. Штауб у неуротично условљене криминалне реакције убрајају и принудне или симптоматичне деликте (клептоманију, пироманију, патолошку лажљивост),³³ Д. Абрахамзен говори о компулсивном и неуротичном преступнику,³⁴ а Д. Сабо о злочину путем трансфера неуротичних веза.³⁵

Криминологи посвећују посебну пажњу сагледавању утицаја неуроza на јављање кривичних дела против живота и тела: прецизније, степен неуротичности и врста неуроze су обележја која се редовно утврђују када су у питању учиниоци ових кривичних дела. Резултати готово свих емпиријских истраживања указују да неуротичари веома ретко повређују или угрожавају туђи живот, односно телесни интегритет.³⁶ Тиме се, по нашем мишљењу, потврђује став В. Клајна:

³⁰ Иван Настовић, Каинов комплекс и његов значај у формирању неуроza, *Анали Завода за ментално здравље*, бр. 1/72, 95.

³¹ Милан Милутиновић, *Криминологија*, Београд, 1985, 432.

³² Пошто се у мотивацији криминалног понашања неуротичара, по правилу, налазе несвесно осећање кривице и несвесна потреба за казном, инсистирање на репресивном решавању њиховог криминалитета неће дати задовољавајуће резултате; напротив, такви поступци могу додатно фиксирати и продубити њихову патологију и на тај начин подстаћи поновно вршење кривичних дела. И. Настовић наводи пример К. С. старог 49 година, који је због крађа и фалсификата провео 25 година у пенитенцијарним установама. Дубинско-психолошка анализа којој је напослетку подвргнут 1971. године, указала је да је на крају II светског рата, због неспоразума око лозинке убио пет својих другова из партизанске јединице. Како за ово дело, иначе у супротности са његовим моралним начелима, тј. Суперегом, није осуђен, код њега се јавило интензивно осећање кривице које потискује у несвесни део личности, што доводи до формирања неодољиве потребе за казном, а она му се и изриче (12 пута!) због упорног вршења кривичних дела и, што је посебно значајно – самопријављивања. Тиме он задовољава своју потребу да буде кажњен и уједно редуцира тешко подношљиво осећање кривице. Вид. М. Горета, *op. cit.*, 39; И. Настовић, *op. cit.*, 220-222.

³³ Franz Aleksander, Hugo Staub, Der Verbrecher und seine Richter, in: *Psychoanalyse und Justiz* (Hrsg. – T. Moser), Frankfurt, 1971, 310.

³⁴ David Abrahamsen, *Crime and Human Mind*, New York, 1945, 104.

³⁵ Denis Szabo, *Criminologie*, Montréal, 1965, 361-362.

³⁶ Према Л. Крон, заступљеност неуротичара у хомицидалној популацији износи 6,37%, док Ш. С. Вуковић наводи да је ова дијагноза постављена код свега 3,00% лица осуђених за тешке крвне деликте. С обзиром да процене које се сматрају најобјективнијим, указују да неуротичари чине око 20,00% становништва, очигледно

„Управо међу извршиоцима најтежих кривичних дела требало би да се очекује најмањи проценат неуротичних структура, јер се неуротичар управо одликује инхибисаношћу, страхом и неодлучношћу, а у најбољем случају квази активношћу, а акција – посебно она која је карактеристична за теже деликте – пре свега је карактеристика понашања људи који делују на мах, на непосредно остваривање замисли кроз акт, или – чак и пре замисли – по типу реакције кратког споја, а то је одлика настраних тзв. психопатских личности.“³⁷

6. ПСИХОЗЕ

Психозе су првобитне или накнадно настале дисоцијације склопова и функција личности: осећајних, сазнајних (мишљења, говора, пажње, интелигенције), односних (са објектима и стварношћу), опажајних, вољних, покрета и свести.³⁸ Реч је о најтежим менталним поремећајима који за собом повлаче социјалну неприлагођеност личности и у највећем броју случајева – неопходност њене хоспитализације. Психозе обухватају врло хетерогену групу дијагностичких категорија, али се у везу са кривичним делима против живота и тела најчешће доводе: а) већ разматране алкохолне психозе из групе органских психоза (проузроковане органским променама централног нервног система) и б) схизофренија, манично-депресивна психоза и параноја из групе функционалних психоза (за које нема доказа да постоји неки органски корелат поремећаја).

Схизофренија је најсложенија и најраспрострањенија психоза,³⁹ коју карактеришу поремећаји: а) емоционално-афективног живота

је да они не врше често кривична дела којим се повређује или угрожава туђи живот, односно телесни интегритет. Вид. Лепосава Крон, *Кајинов грех – психолошка типологија убица*, Београд, 1993, 74; Ш. С. Вуковић, *op. cit.*, 149.

³⁷ Владислав Клајн, Социјално патолошки аспекти менталних поремећаја, *ЈРКК*, бр. 1/70, 56.

³⁸ Н. Тадић, *op. cit.*, 319.

³⁹ Схизофренија се развија путем сложене интеракције наследне предиспозиције ка овом поремећају и низа неповољних фактора биолошке, психолошке и социјалне природе. Дакле, у питању је мултифакторска етиологија, при чему се наглашава утицај: а) генетске предиспозиције (према Р. А. Ченону, уколико не постоји рођак са овом психозом, ризик јављања схизофреније у општој популацији износи 1,00%; 4,00% када су поремећајем захваћени родитељ, брат или сестра, односно дете; 10,00-14,00% ако се поремећај испољио код двојајчаног близанца и, чак 40,00-50,00% уколико је схизофренија дијагностикована код једнојајчаног близанца); б) биоконституционалне условљености (Е. Кречмер је установио да међу схизофреним лицима доминира астенички или лептосомни конституционални тип); в) биохемијских поремећаја; г) породичне средине (већина схизофрених потиче из породица чију атмосферу карактеришу емоционална дистанца, узајамно неповерење,

(преосетљивост и раздражљивост или афективна крутост, амбиваленција, тј. истовремено присуство противуречних осећања – нпр. љубави и мржње према истој особи, афективне инверзије – паратимија и парамимија); б) нагона (привремено или трајно слабљење основних животних динамизама, а нарочито пад иницијативе, неспремност за било какву акцију, недостатак спонтаности и непосредности); в) психомоторике (ступор, кататонија, каталепсија, стереотипно, маниристичко и схематизовано понашање); г) мишљења (блок мисаоног тока, мисаона дисоцираност, расуло мисли, „салата од речи“, сумануте идеје односа и прогањања, интерпретативне и хипохондријске сумануте идеје); д) опажања (императивне аудитивне, тактилне и ценестетичке халуцинације) и њ) свести (деперсонализација, трансформација, дереализација и аутизам). Наведени патолошки процеси компликују односе ових лица са социјалним окружењем и резултирају најразличитијим конфликтним ситуацијама. Подаци форензичне психијатрије и криминалне феноменологије указују да се ниво заступљености особа са израженим „расцепом личности“ међу извршиоцима кривичних дела против живота и тела никако не може оценити занемарљивим.⁴⁰ Ипак, много значајнијим нам се чини сазнање

уцене, двосмисленост, одсуство заједничких интереса, коришћење деце као инструмента борбе против брачног партнера, као и постојање двоструко везаног односа – *double-bind*); њ) социо-економских и културних фактора (у САД стопа учесталости шизофреније највиша је у нижим социо-економским групама које живе у средишним градским подручјима) и њ) личности (преморбидне личности се, по правилу, описују као повучене, стидљиве, ексцентричне, сумњичаве или упадљиво поводљиве). Од десетак форми шизофрене психозе, по свом форензичном значају издвајају се параноидна и кататона шизофренија. Иначе, В. Клајн заступљеност шизофрених лица у целокупној популацији процењује на 0,30-0,60%, Д. М. Јевтић на 0,85%, док према Б. Милосављевићу, она износи 1,00-2,00%. Вид. П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 331-334; Robert A. Channon, Шизофренија, у: *Психијатрија – дијагноза и терапија (Langeov klinički priručnik)*, 98-99; Д. Кеџмановић, *op. cit.*, 175; В. Клајн, *op. cit.*, 53; Д. М. Јевтић, *op. cit.*, 14; Бранко Милосављевић, *Социјална патологија*, Сарајево, 1986, 220; Ј. Букелић, *op. cit.*, 183-190.

⁴⁰ Најсмелију тврдњу свакако износи Н. С. Шипковенски: „У данашње време, у већини земаља, шизофрени прекршиоци закона, а посебно убице, достижу бар 50% од њиховог укупног броја.“ У већ споменутих истраживањима А. Лакић и Б. Капамације, ниво учешћа шизофрених у хомицидалној популацији износи 9,77%, односно 3,08%. С обзиром на већ изнете податке да лица са овом дијагнозом чине 0,30-2,00% целокупног становништва, очигледно је да је њихова процентуална заступљеност међу извршиоцима кривичних дела против живота и тела (а нарочито убистава) знатно виша. Вид. Nikola S. Schipkowsky, Стереотипи делинквената и њихова стигматизација (Клиничке тенденције), *ЈРКК*, бр. 3/73, 408; А. Лакић, *op. cit.*, 138; Б. Капамација, *op. cit.*, 115.

да је реч о лицима која, по правилу, на изузетно бруталан и свиреп начин врше најтежа кривична дела, понекад и вишеструка убиства, обрачунавајући се са тачно одређеном жртвом/одређеним жртвама: члановима породичног домаћинства (родитељима, браћом, сестрама, супружником, децом), суседима и пријатељима.⁴¹ Ову криминалну активност схизофрена лица углавном врше у акутној, и то почетној фази поремећаја – иницијални деликт⁴² (због чега превентивне мере изостају), али је могу испољити и у каснијем току психотичног поремећаја, па чак и у стању ремисије схизофреније.⁴³

Дијагностиковање ове психозе, међутим не значи маркираност и обавезно присуство друштвене опасности у смислу криминално-хомицидалног понашања: наиме, хомицидијум схизофрених је друштвена појава условљена факторима и утицајима социјалне средине и индивидуалним особинама личности, њеном био-психолошком структуром и психопатолошким садржајима.⁴⁴ Закључак је недвосмислен: приликом истраживања тзв. патолошког криминалитета одговарајућу пажњу требало би посветити и непсихопатолошким факторима, тј. сагледавању улоге и значаја структуре личности и психосоцијалних –

⁴¹ Жртве схизофрених убица су лица која се због сродничких веза, (ван)брачног односа, суседских односа и блиског пријатељства старају о њима, што најчешће подразумева наметање различитих ограничења, присиљавање на ред и послушност, упућивање (упркос противљењу) на лечење итд. Ти интензивни и учестали примарни групни контакти рађају конфликтне ситуације, доводе до кумулације негативних емоција на страни схизофреног и коначно – до убиства, тј. испољавања насиља у његовом најдеструктивнијем виду. Дакле, очигледно је да жртва није пасиван „објект“, напротив, она има значајно место и улогу у динамици ових убистава, а често даје и одлучујући подстицај за чин. У прилог наведеног става говори и емпиријски утврђена чињеница да особе код којих је дијагностикована ова психоза, само изузетно лишавају живота непозната лица са којим нису ни у каквом социјалном односу. Вид. Божидар Крстић, Социјалне и психопатолошке карактеристике схизофрених убица, *ЈПКК*, бр. 2/74, 285-286; Karla Pospišil-Završki, Odras kriminalnog i antisocijalnog ponašanja shizofrenih na kvalitetu života njihovih porodica, *Socijalna psihijatrija*, br. 4/87, 334-335.

⁴² Душан Кецмановић, *Ни нормално ни патолошко*, Сарајево, 1988, 137; Б. Крстић, *op. cit.*, 294.

⁴³ С обзиром да се урачунљивост учиниоца утврђује у односу на његово психичко стање у време извршења конкретног кривичног дела, кривично дело против живота и тела извршено у психотичном стању опредељује вештака у правцу неурачунљивости. Међутим, ситуација је знатно компликованија уколико је дело извршено у стању ремисије схизофреније: тада је неопходно ценити везу кривичног дела и схизофрене психозе, начин његовог извршења и резидуалну (ублажену) схизофрену симптоматологију. Вид. М. Лукић, С. Пејаковић, Ј. Марић, *op. cit.*, 331.

⁴⁴ Б. Крстић, *op. cit.*, 296.

егзогених провокативних фактора (нпр. вређање, напад или малтретирање од стране жртве).

Манично-депресивна психоза је психотични поремећај чије је основно обележје периодичност појаве стања патолошки измењеног афекта.⁴⁵ Лица код којих је установљена ова дијагноза, по правилу, осцилирају између две фазе: а) маничне, чија клиничка слика укључује повишено (експанзивно или екстремно раздражљиво) расположење, психомоторну хиперактивност уз некритичну у односу на сопствене (често несврсисходне) поступке, смањену потребу за сном, површност и хипервигилност пажње, поремећај мишљења по форми (бујица идеја или бекство мисли и претерана говорљивост – логороичност) и садржини (експанзивне, тј. сумануте идеје величине, високог порекла и богатства) и б) депресивне, коју карактеришу песимизам, безразложна потиштеност, безнадежност, жалост, склоност плачу, хипоактивност, хипертенацитет пажње (преокупираност собом и својом пажњом), и у складу с тим, повлачење из већ постојећих и неспособност успостављања нових интерперсоналних односа, успореност мисаоног тока праћена депресивним суманутим идејама (кривице и самооптуживања, телесног пропадања, економског осиромашења, безвредности живота итд.).⁴⁶

Управо у депресивној фази психотичног поремећаја, ова лица често лишавају живота чланове своје породице и друге блиске особе, уверена да их на тај начин спасавају од предстојеће глади, патњи, страдања, пропасти света и сл.⁴⁷ Након овог „алтруистичког“ или „милосрдног“ убиства извршеног под упливом суманутих идеја, они најчешће врше самоубиство.

Параноја је функционална психоза у којој се нарочито истичу детаљно разрађене, чврсто фиксиране и логички повезане сумануте идеје

⁴⁵ Д. Кеџмановић, Психопатологија одраслих, *op. cit.*, 179.

⁴⁶ Поред ове биполарне манично-депресивне психозе (где између маничне и депресивне фазе може, али и не мора бити слободног интервала), постоји и униполарна, код које се јављају само депресивне епизоде. И ова психоза, слично шизофренији, настаје као резултат садејства наследне предиспозиције са неповољним биолошким, психолошким и социјалним факторима. Према процени Д. М. Јевтића, заступљеност лица са манично-депресивном психозом у целокупном становништву износи 0,44%. Вид. П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 338-342; Д. Кеџмановић, *op. cit.*, 179-180; Д. М. Јевтић, *op. cit.*, 14.

⁴⁷ У јасно израженој маничној и депресивној фази поремећаја постоји неурачунљивост ових лица. Међутим, тешкоће се јављају уколико је кривично дело извршено у слободном интервалу између две фазе: тада је неопходно утврдити дужину трајања и квалитет интервала (да ли су се ублажени симптоми испојили или не), начин извршења дела и повезаност или атипичност у односу на симптоматологију. Вид. М. Лукић, С. Пејаковић, Ј. Марић, *op. cit.*, 334-335.

(прогањања, љубоморе, еротоманије, проналазаштва, хипохондријске, пророчке и месијанске сумануте идеје) које доминирају способностима, емоционално-афективним животом и делатношћу особе.⁴⁸ Суманути свет параноика је веома систематизован, али је полазна основа на којој се изграђује – погрешна (нпр. непоколебљиво, тј. корекцији неподложно, иначе нетачно уверење да га неко прогања или да га супруга vara). С обзиром да је понашање лица са овом дијагнозом саображено (усклађено са) њиховим суманутим идејама, оно не само да је потенцијално опасно, већ се често испољава у форми кривичних дела против живота и тела – углавном убиства и тешке телесне повреде.⁴⁹ Тако се параноик са суманутим идејама прогањања претвара у „прогонитеља прогонилаца“ и у „самоодбрани“ убија особе за које „поуздано зна“ да га прате, покушавају да му нашкоде или му раде о глави; код суманутих идеја љубоморе, у највећем броју случајева жртва је „неверна“ супруга, понекад и њен „љубавник“, а код еротоманије – личност из света познатих која, мада „смртно“ заљубљена у параноика, није прихватила његову љубавну понуду, или неко (нпр. муж, љубавник, менаџер) ко је „спречава“ да то учини.

Чињеница да међу извршиоцима кривичних дела против живота и тела партиципирају психотичари (пре свих, они код којих је дијагностикована схизофренија), као и податак да углавном врше најтежа кривична дела – понекад и вишеструка убиства, указује на неопходност сагледавања везе између психоза и ових кривичних дела, при чему се, међутим не сме занемарити улога и значај и непсихопатолошких фактора криминалног понашања.

ДИСКУСИЈА И ЗАКЉУЧЦИ

Целовито и суштинско сагледавање кривичних дела против живота и тела као индивидуалне појаве, поред минуциозне анализе личности извршилаца, мора да инкорпорира и сазнања о њиховом телесном и

⁴⁸ Ова дефиниција Д. М. Јевтића изражава суштину параноје чијем настајању и манифестовању, поред ендогених фактора, могу погодовати и посебни услови живота (нпр. дужи боравак у средини чији се језик не разуме), наглувост, слабовидост и други недостаци који отежавају комуникацију појединца са људима из окружења. Вид. Д. М. Јевтић, *op. cit.*, 357; П. Каличанин, В. Параносић, Н. Царан, *op. cit.*, 348; Д. Кеџмановић, *op. cit.*, 182.

⁴⁹ Према истраживању А. Лакић, лица код којих је дијагностикована параноја чине 1,44% хомицидалне популације. За кривична дела проистекла из њиховог параноидног суманутог система, она су неурачунљива. Вид. А. Лакић, *op. cit.*, 138; Д. М. Јевтић, *op. cit.*, 361.

менталном здрављу. С обзиром да смо се личношћу извршилаца већ детаљно бавили, определили смо се да у изложеном раду фокусирамо пажњу на улогу коју у манифестовању овог вида криминалног понашања имају: телесни недостаци; болести зависности; ментална ретардација; психопатије; неурозе, као и органске и функционалне психозе. Најважнији резултати истраживања могу се сумирати у неколико следећих закључака:

- телесни недостаци извршилаца нису непосредни узрок криминалног понашања; несумњиво је да та веза постоји, али је по својој природи друштвено посредована. Неадекватан однос социјалног миљеа према овим појединцима утиче на формирање негативних особина личности које могу, нарочито ако се јаве у стицају са другим субјективним и/или објективним криминогеним факторима, условити кривична дела против живота и тела;

- највећи значај алкохолизма/алкохолисаности *tempore criminis* испољава се када се у стицају са њим/њом јављају фактори који са становишта објективне друштвене процене изгледају безначајно да би се могли сматрати правим разлогом извршења кривичног дела којим се повређује или угрожава туђи живот или телесни интегритет (нпр. увреда), али су у свести извршиоца, измењеној под утицајем алкохола, сасвим другачије вредновани, а најмањи када акутно пијанство извршиоца само активира нагомилане криминогене факторе, који су сами по себи довољни да доведу до криминалног понашања. Између те две крајности смештено је толико комбинација алкохолисаности и осталих каузалних фактора у једном кривичном делу против живота и тела, колико има људи који су то дело извршили и у себи имали алкохола;

- ментално ретардирана лица (дебили) често се суочавају са одбацивањем и нетолерантним ставом породице, вршњака, школе и шире средине због чега се повлаче из друштва, или пак прихватају негативно мишљење околине о себи и развијају агресивно понашање као адаптивни механизам. У овом другом случају, кривично дело против живота и тела није само последица менталне ретардације, већ исто тако симптом неприхваћености од заједнице у којој је то лице одрасло и у којој живи;

- психопатске црте личности не доводе аутоматски до вршења ових кривичних дела, већ делују посредно преко социјалног садржаја свести психопате, испољавајући се као њихов услов, а не узрок. Другим речима, психички склоп личности чини психопату осетљивијим и подложнијим вирулентном утицају криминогених фактора;

- хомицидијум схизофрених је друштвена појава условљена факторима и утицајима социјалне средине и индивидуалним особинама личности, њеном био-психолошком структуром и психопатолошким садржајима. У складу с тим, приликом истраживања тзв. патолошког криминалитета одговарајућу пажњу требало би посветити и

непсихопатолошким факторима, тј. сагледавању улоге и значаја структуре личности и психосоцијалних – егзогених провокативних разлога (нпр. вређање, напад или малтретирање од стране жртве).

На основу свега изложеног, можемо констатовати да сазнања о личности извршилаца ових кривичних дела, као и о проблемима које имају на плану телесног и менталног функционисања представљају неопходну претпоставку за: а) разумевање механизма деловања друштвених утицаја који своје дејство на понашање појединаца никада не остварују директно, већ посредством и на основу личних својстава (дакле, постоји дијалектичка повезаност објективног и субјективног); б) осмишљено планирање, организовање и предузимање превентивних активности и в) правилно решавање питања кривице и остваривање начела индивидуализације кривичне санкције, како приликом њеног изрицања, тако и у фази третмана и ресоцијализације. Прецизније, та сазнања су, ма колико пут до њих био оптерећен бројним тешкоћама и лимитирајућим факторима, *conditio sine qua non* ефикасног спречавања и сузбијања кривичних дела против живота и тела која, због традиционално високе заступљености у целокупно пресуђеном криминалитету, тежине последица насталих њиховим извршењем, као и страха који оправдано изазивају код грађана, представљају алармантан друштвени проблем у нашој земљи, али и на глобалном плану.

ЛИТЕРАТУРА

Алексић, Ж., Миловановић, З., *Лексикон криминалистике*, Београд, 1985.

Биро, М., *Клиничка психологија*, Београд-Загреб, 1990.

Бојанин, С., Радуловић, К., *Социјална психијатрија развојног доба*, Београд, 1988.

Букелић, Ј., *Социјална психијатрија*, Београд, 2004.

Вековић, В. В., Личност извршилаца кривичних дела против живота и тела, *Начела добре владавине права – начело правне сигурности и начело правичности* (Тематски зборник – Научно истраживачки пројекат), Косовска Митровица, 2017.

Вековић, В. В., Психолошки приступ етиологији насилничког криминалитета – „рани радови“ и каснија проучавања, *Однос права у региону и права Европске уније* (Зборник радова са Научног скупа који је у организацији Правног факултета у Источном Сарајеву одржан 25. октобра 2014. године на Палама), Источно Сарајево, 2015.

Вуковић, Ш. С., *Крвни деликти у Србији*, Зајечар-Београд, 1985.

Горета, М., Основне терапијске технике и модели у лијечењу психички абнормалних делинквената, *Лијечење психички абнормалних делинквената* (Зборник радова), Соколац, 1991.

Екермен, Н. В., *Психодинамика породичног живота – дијагноза и лечење породичних односа*, Титоград, 1987.

Јаковљевић, В., *Прилози за социјалну патологију*, Београд, 1984.

Јакулић, С., *Рехабилитација ментално ретардираних лица*, Београд, 1986.

Јевтић, Д. М., *Судска психопатологија*, Београд-Загреб, 1966.

Јеротић, В., Личност – њен развој и последице, *ЈРКК*, бр. 3/74.

Каличанин, П., Параносић, В., Царан, Н., *Психијатрија – приручник за лекаре и сараднике*, Београд, 1990.

Капамација, Б., *Убиство – психопатологија и судска психијатрија*, Нови Сад, 1981.

Кецмановић, Д., *Ни нормално ни патолошко*, Сарајево, 1988.

Клајн, В., Социјално патолошки аспекти менталних поремећаја, *ЈРКК*, бр. 1/70.

Клиничка психологија – индивидуална и социјална (редактори – Бергер, Ј., Биро, М., Хрњица, С.), Београд, 1990.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

Крон, Л., *Кајинов грех – психолошка типологија убица*, Београд, 1993.

Крстић, Б., Социјалне и психопатолошке карактеристике схизофрених убица, *ЈРКК*, бр. 2/74.

Лакић, А., Неке психичке карактеристике извршилаца кривичног дела убиства, *ЈРКК*, бр. 3/77.

Лукић, М., Пејаковић, С., Марић, Ј., *Правна медицина – судска медицина и психопатологија*, Београд, 1990.

Милосављевић, Б., *Социјална патологија*, Сарајево, 1986.

Милутиновић, М., *Криминологија*, Београд, 1985.

Настовић, И., *Неуротски синдром*, Београд-Зајечар, 1981.

Настовић, И., Каинов комплекс и његов значај у формирању неуроza, *Анали Завода за ментално здравље*, бр. 1/72.

Радуловић, Д., Бихејвиоралне и неурoфизиолошке карактеристике психопатских преступника, *ЈРКК*, бр. 2/98Nordegren, Т., *The A – Z Encyclopedia of Alcohol and Drug Abuse*, Parkland, 2002.

Пешић, В., *Убиства у Југославији*, Београд, 1972.

Рашковић, С., *О агресији*, Београд, 1996.

Сулејманов, З., *Убиствата во Македонија*, Скопје, 1990.

Тадић, Н., *Психијатрија детињства и младости*, Београд, 1989.

Хајдуковић, Ч., *Судска психијатрија*, Београд-Зајечар, 1981.

- Хорнај, К., *Наши унутрашњи конфликти*, Титоград, 1976.
- Хорнај, К., *Неуротична личност нашег доба*, Београд, 1991.
- Abrahamsen, D., *Crime and Human Mind*, New York, 1945.
- Bisio, B., *Psiha i droga*, Zagreb, 1977.
- Carr, A., *Clinical Psychology – An Introduction*, London, 2012.
- Eliot, M. A., *Zločin u savremenom društvu*, Sarajevo, 1962.
- Gifford, M., *Biographies of Disease – Alcoholism*, Santa Barbara, 2010.
- Hudolin, V., *Rječnik ovisnosti*, Zagreb, 1987.
- Ignjatović, Đ., *Teorije u kriminologiji*, Београд, 2009.
- Laignel-Lavastine, M., Stanciu, V. V., *Précis de Criminologie*, Paris, 1950.
- Madden, J. S., *A Guide to Alcohol and Drug Dependence*, Bristol, 2013.
- Pospišil-Završki, K., Odras kriminalnog i antisocijalnog ponašanja shizofrenih na kvalitetu života njihovih porodica, *Socijalna psihijatrija*, br. 4/87.
- Psihijatrija – dijagnoza i terapija (Langeov klinički priručnik)*, Београд, 1992.
- Psychoanalyse und Justiz* (Hrsg. – Moser, T.), Frankfurt, 1971..
- Richard, D. C., Huprich, S. K., *Clinical Psychology – Assessment, Treatment and Research*, Burlington, 2009.
- Szabo, D., *Criminologie*, Montréal, 1965.
- Sobotinčić, A., Neki kriminološki, penološki i socijalno-medicinski aspekti obaveznog liječenja alkoholičara, *Penologija*, br. 1/73.
- Schipkowensky, N. S., Стереотипи делинквената и њихова стигматизација (Клиничке тенденције), *ЈПКК*, бр. 3/73
- Šeparović, Z., *Kriminologija i socijalna patologija*, Zagreb, 1981.
- Vilson, K., *Psihologija ubistva*, Niš, 1990.

Vladimir V. VEKOVIĆ

Full Professor

PHYSICAL AND MENTAL HEALTH OF THE EXECUTORS OF CRIMES AGAINST LIFE AND BODY

Summary

A comprehensive and substantive examination of crimes against life and body as an individual phenomenon, in addition to the minuscule analysis of the perpetrators' personality, must incorporate knowledge of their physical and mental health. Considering that we have already dealt with the personality of the executors, we have decided that in the exposed work we focus attention on the role that in the manifestation of this type of criminal behavior has problems in terms of their physical and mental functioning. According to the results of the research, the most intense criminological effect is achieved by: physical defects; alcoholism/alcoholism *tempore criminis*; psychopathy; obesity and schizophrenia. These problems are not the direct cause of criminal behavior, i.e. do not automatically lead to the commission of criminal offenses. The connection between them and the crimes that injure or endanger someone else's life or body integrity undoubtedly exists, but by its very nature is social and indirect. It is obvious that the knowledge about the personality of the executors of these crimes, as well as the impairment of their health, is a necessary precondition for: a) understanding the mechanism of the functioning of social influences which never exercise their effect on the behavior of individuals directly but through and on the basis of personal characteristics (that is, there is a dialectical connection between objective and subjective); b) planned planning, organization and undertaking of preventive activities; and c) proper resolution of the issue of guilt and realization of the principle of individualization of the criminal sanction, both during its pronouncement and in the stage of treatment and resocialization.

Key words: *health, executor, crimes against life and body, physical defects, alcoholism, psychopathy, mental retardation, schizophrenia*

Рад је предат 2. маја 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Драган БАТАВЕЉИЋ*
Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет
Ратомир АНТОНОВИЋ**
Драган ИЛИОСКИ***

ТЕРОРИЗАМ КАО ПРЕТЊА УНИВЕРЗАЛНИМ ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Апстракт: Тероризам представља један од највећих проблема данашњице. Сигурност људског живота је сведена на веома низак ниво, а опасност од терористичких напада је врло доминантно присутна. На ескалацију тероризма су утицале многе политичке промене које су се догодиле на међународном политичком плану, а које су испровоцирале групације које на основу одређене верске или идеолошке оријентације, настоје да преузму моћ и утичу на велике друштвене промене на глобалном политичком плану. Данас је најзаступљенији верски тероризам, заснован на опасној идеологији, мотивисаној жељом обрачуна са припадницима других вероисповести. Са друге стране, терористички акти су негација универзалним људским правима и у периоду кад тероризам има доминантно место у друштвено-политичкој констелацији, људска права су угрожена. Једно од кључних питања је како се супротставити тероризму, како га сузбити и заштитити људе и њихова универзална права.

Кључне речи: *тероризам, терористички акти, Европска унија, Република Србија, Косово и Метохија, људска права, уставни поредак.*

1. УНИВЕРЗАЛНА ЉУДСКА ПРАВА

Други светски рат је у великој мери цивилизованом делу света нанео озбиљан ударац у смислу великог броја жртава. Тиме је, након окончања рата, рођена идеја заштите људских права, која морају добити статус универзалних, са посебном протекцијом у свим условима, било ратних, било мирнодопских. Уједињене нације су, приликом сагледавања овог великог проблема, који је у наслеђе човечанству оставио Други светски

* Редовни професор, d.bataveljic@gmail.com

** Докторанд, antonovicr@gmail.com

*** Дипломирани правник, dilioski@yahoo.com

рат нечовечним деловањем фашистичке Немачке, сачиниле тим стручњака из Канаде, САД, Француске, Либана и Кине, на чијем челу је био Канађанин Џон Петерс Хемфри¹ (John Peters Humphrey). Хемфри се сматра једним од главних писаца и аутора Универзалне декларације о људским правима, која је у Уједињеним нацијама донесена 10. децембра 1948. године са 48 гласова "ЗА", осам је било уздржано, док нико није био "ПРОТИВ". Универзална декларација о људским правима садржи преамбулу и 30 чланова и заснована је на традицији цивилног права. Њен основни смисао јесте да врши корекцију, у дипломатском смислу и да буде коректив оним земљама које, на било који начин крше њене одредбе или угрожавају зајамчена људска права. Основни принципи, који су овом Декларацијом прокламовани су право на живот, слободу и сигурност личности, право на образовање, право на запослење, плаћене празнике, заштита од незапослености и социјална сигурност, право на пуно учешће у културном животу, слобода од тортуре, свирепог и нехуманог поступања и казне, слобода мишљења, уверења и вероисповести и слобода изражавања мишљења.

У самој Преамбули Универзалне декларације о људским правима, наводи се да је она заснована на признању урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице. Овом Преамбулом се истиче да мора да постоји свест о праву сваке јединке на уживању права на слободу говора, вероисповести, слободу, да уживају заштиту од немаштине, да се правом и владавином права морају штитити ова основна људска права и борити се против сваког нечовечног и варварског чина и поступања, тираније и угњетавања. Такође, Преамбула истиче и потребу за једнакошћу мушкарца и жене. На послетку, у Преамбули се наводи да се Повеља доноси јер постоји свест и опште разумевање од стране свих чланица Уједињених нација значаја ових права и њихове заштите, те се она доноси као плод ове глобалне тенденције, а у циљу да се допринесе поштовању ових права и слобода и да се поступним унутрашњим и међународним мерама, обезбеди њихово опште и стварно признање и поштовање, како међу народима самих држава чланица, тако и међу народима територија које су под њиховом управом.

Универзална декларација о људским правима прокламује једнакост у достојанству и правима све људе, недискриминицију по

¹ Џон Петерс Хемфри (1905-1995), угледни професор права, правник и борац за заштиту људских права и први директор Одељења за људска права Уједињених нација при Секретаријату Уједињених нација. У свом двадесетогодишњем мандату се нарочито залагао за слободу штампе, заштиту правног положаја жена и борио се против расне дискриминације, због чега је 1988. године је добио награду Уједињених нација за људска права.

основу пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког опредељења, националног и друштвеног порекла, имовине и других околности који могу бити основ разликовања људи у друштвеној заједници. Као основна права сваког човека, Декларација наводи право на живот, слободу и личну безбедност. Ропство се Декларацијом изричито забрањује, као и било који вид мучења, потчињавања и трговина белим робљем. Такође, Декларација гарантује сваком човеку једнако поступање према њему од стране закона и од стране државних органа, по принципу да свако има право на једнаку правну заштиту. С тим у вези, нико не може да буде противправно ухапшен, притворен или протеран из државе. Свако има право на правично суђење пред непристрасним судом и судијом, који ће о његовим правима одлучивати на основу објективних околности, а не на основу личних предубеђења и ставова. Свако оптужено лице се мора третирати невиним, док се његова виност не докаже правноснажном судском пресудом. Нико не може бити осуђен за дело, које се у тренутку свог извршења није сматрало кривичним делом, нити се било коме сме изрећи тежа и већа санкција од оне која је у тренутку извршења дела постојала у позитивним законским актима.

Декларација даје слободу сваком човеку при избору свог места пребивалишта и становања у границама његове матичне државе, сваком се гарантује слобода кретања, што у границама једне државе, што и ван тих граница, гарантује се право азила лицима која су жртве прогона или политичког обрачуна. Веза лица са државом се постиже кроз држављанство, на које имају право сви грађани једне земље под истим околностима. Сваком пунолетном лицу, било мушког, било женског пола, гарантује се право на брак и породицу, који се морају закључивати под условом предвиђеним националним законом сваке земље понаособ. Свако лице, према Декларацији ужива одређена економска права, као што су право на личну имовину, која је посебно заштићена и које нико не сме бити самовољно лишен.

По питању верских и политичких права, Декларација сваком човеку гарантује право на слободу мисли, вере и убеђења. Свако има право да јавно испољава своју верску оријентацију, верска убеђења и да учествује у верским процесима, сходно верским правилима и принципима верске групације којој припада. Право на изражавање мишљења подразумева да свако има право да јавно изнесе своје мишљење и став, а да због тога не трпи одређене последице. У корпусу ових права су и права на окупљање и удруживање, из којих произилази право партиципирања у управљању својом земљом, што посредно, што непосредно. Такође, сваки човек има право да ужива у привредним, друштвеним и културним правима, свако има право на слободан избор професије и једнаке и правичне услове при заснивању радног односа. Током остваривања права

из радног односа, свако има право на једнаку плату за једнаки рад, право на накнаду којом се сваком запосленом лицу обезбеђује егзистенција, као и члановима његове породице. Следствено томе, запослена лица уживају право на синдикално удруживање. Свако запослено лице има право на плаћени одмор, и то како на дневном, недељном, тако и годишњем нивоу. Из овог права, произилази и право на обезбеђење егзистенције, која подразумева обезбеђење хране, одеће, стамбеног простора, медицинске неге и осигурање у случају незапослености, болести, старости, инвалидности, удовиштва и губитка радне способности.

Декларација гарантује свакоме право на лично образовање. Основно образовање представља обавезу за сваког човека, док виши нивои образовања свакоме морају бити доступни под једнаким условима, а свако располаже слободом избора да ли ће се даље образовати и у ком смеру. Школовањем се развија људска личност, што код сваког човека доводи до уграђивања и прихватања принципа поштовања личних и људских права, унапређује се међусобно разумевање, подиже се сарадња и проналажење заједничких интересовања и вредности међу људима. Такође, школовање унапређује толеранцију (трпељивост) и уважавање свих народа, независно од међусобних различитости, тј. прихватање и сарадњу са особама које нису исте вере, не мисле на исти начин, имају другачији политички став или се разликују по неком другом основу. Отуда, она је заснована на верским учењима свих доминантних религија, с једне стране и на законима разних држава који установљавају право на различито мишљење, с друге стране.

2. ТЕРОРИЗАМ – ПОЈАМ, КАРАКТЕРИСТИКЕ И ВРСТЕ

Дефиниције тероризма су бројне, с обзиром да је тероризам друштвена појава која погађа многе аспекте друштвено – политичког живота и има далекосежне последице. У циљу што бољег одређивања појма тероризма, навешћемо неке дефиниције домаћих и страних аутора. Тако, на пример, овај појам се може дефинисати као употреба или претња употребе силе, која је усмерена ка остваривању политичких промена,² што значи да је, према овој дефиницији, битан мотив, који је искључиво политичког карактера. Међутим, када је у питању исламски тероризам (тренутно је најзаступљенији у Европи), треба рећи да он има политичку и верску конотацију, мотивисану дејствима САД и Европе у Азији, и то нарочито у периоду од 2001. године, па све до данас. Наиме, исламски терористи, представљени кроз различите парламентарне, парламентарне и

² Дефиниција Брајана Џенкинса, стручњака за тероризам и безбедност превоза.

терористичке организације, своје терористичко деловање оправдавају враћањем истом мером према немуслиманском живљу и тероризам подстичу осветничким мотивима. Према другој дефиницији, тероризам је незаконито коришћење силе против невиних људи у циљу постизања политичких интереса.³ Из ове дефиниције се јасно види да су главне жртве невини људи, насумично изабрани на неком јавном месту, где се окупља већи број људи, као што су велики тржни центри, подземне железнице, средства јавног превоза, спортски стадиони, места где се окупљају млади (кафићи, дискотеке и слично), као и јавни скупови на трговима, шеталиштима и туристичким центрима.

Домаћи аутори такође дају врло квалитетне дефиниције тероризма. Тако, по једнима је тероризам плански акт насиља који предузимају одређене друштвене групе, са циљем очувања или освајања власти, па се према њиховом мишљењу тероризмом може сматрати само онај терор који садржи социјалну и политичку компоненту.⁴ Такође, тероризам се одређује и као сложени феномен организованог, ређе институционалног политичког насиља, који је обележен застрашујућим бруталним физичким и психолошким методама борбе, који су претежно присутни у моментима економске и политичке кризе, а ређе у тренуцима када кризе нема. Таквим терористичким акцијама се, наводно, желе постићи крупни циљеви, који оправдавају такве акте.⁵ Елементи терористичког деловања су: 1) насиље, којим се привлачи пажња на терористичке групације и њихове захтеве; 2) напади на грађане као невинне жртве; 3) изазивање осећаја општег страха и несигурности; 4) принудно остваривање циљева које је терористичка групација поставила; 5) масовност жртава и изазивање масовне жалости и очаја због интензитета терористичког напада и 6) нормативна и морална неприхватљивост тих акција.⁶ Као обележја терористичких аката, који су протеклих година потресли свет, могу се навести: 1) масовност невиних жртава (претежно млађих лица); 2) сви акти су спроведени од стране исламског живља (који је дужи низ година настањен на подручју Европе); 3) терористички акти су спроведени безочно и дрско (јасно је стављено до знања да је мотив религијског карактера).⁷ Дакле, данас доминира тероризам, заснован на религијско – идеолошкој основи, који за своју

³ Дефиниција Волтера Лакера, Универзитет Џорџтаун.

⁴ Милошевић, М., Даничић, М., Тероризам у Европској унији, *Безбедносни дијалози*, 2015, бр. 6, стр. 61-73.

⁵ Симеуновић, Д., *Тероризам општи део*, Правни факултет, Универзитет у Београду, 2009, стр. 111-113.

⁶ Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 2015, стр. 12.

⁷ Батавељић, Д. Антоновић, Р. *Савремена мигрантска криза у Европи и њен утицај на религијски тероризам*, Правна ријеч, Бања Лука, 2017, број 52, стр. 325-336.

основу има ирационални обрачун са неисламским живљем. Према схватању лица која предузимају такве терористичке акте, ислам, као религија, треба да примени тзв. "реторзивне нормe"⁸ према онима, који служе "шејтану", а све у жељи да се боље служи Богу и буде бољи верник.⁹ У ту сврху служи тзв. цихад, или свети рат, према коме су припадници исламске вероисповести дужни да се боре против других вероисповести, а све у циљу очувања своје вере. Тако запаљива идеологија ствара оправдање за терористичке акте, којима се, у скоро целом свету, сеје смрт, страх и несигурност за сопствени живот, што је у директној колизији са универзалним и прокламованим људским правима и слободама.

Тероризам у XX и ове прве две деценије XXI века би се могао разврстати у неколико доминантних категорија, и то: идеолошки тероризам, државни тероризам, сепаратистички тероризам и верски тероризам.¹⁰

Идеолошки тероризам је тероризам који настаје у циљу постизања одређених политичких циљева, заснованих на јаким политичким идеологијама. Најчешће се ради о идеологијама које нису општеприхваћене и које су често биле предмет одређених забрана, а међу најпознатијима је анархизам, који је био заступљен нарочито почетком XX века. Главно средство за остваривање њихових циљева, било је насиље и репресија, а једини циљ анархистичким групама је био друштвени и политички преврат, уз отворену физичку ликвидацију носилаца легитимно изабраних органа државне власти.¹¹ Идеолошки терори-зам је у тесној повезаности са одређеним политичким групацијама, које, употребом насиља и терористичких метода, настоје да брже дођу до политичке власти, утицаја и моћи. Реч је превасходно о радикалнијим политичким организацијама и идеологијама које нису компатибилне са општеприхваћеним и прихватљивим политичким правцима. Овакве терористичке скупине делују на скоро свим нивоима власти, од локалног, државног, до међународног.¹² Идеолошки тероризам се може још

⁸ Реторзија - враћање истом мером, употреба истих мера према другима.

⁹ "Шејтан" у исламској терминологији значи исто што и ђаво или сотона.

¹⁰ Вajрић, Ј., *Vrste terorizma in njegovi cilji*, Fakulteta za družbene vede, Univerza v Ljubljani, 2006, 27-60.

¹¹ Најпознатије жртве анархиста су руски цар Александар II, амерички председник Вилијам Мек Кинли (William McKinley) и италијански премијер Алдо Моро (Aldo Romeo Luigi Moro).

¹² Велики терористички акт овог карактера се десио 1946. године у Јерусалиму, кад је јеврејска терористичка организација "Иргун" извршила напад на хотел Краља Давида, у ком су биле просторије Велике Британије.

поделити на ултрадесничарски и ултралевичарски. За оба ова правца, који се међусобно разликују по својој идеолошкој провенијенцији, је карактеристично да се заснивају на сличним мотивима, као што су национализам, сепаратизам, религијска острашћеност и антагонизам према људима на основу расних разлика.¹³ До данас се изнедрило пет идеолошких група и то су националисти, анархисти, нихилисти, десничари и левичари.

Државни тероризам је врста тероризма која се одвија у организацији једне одређене државе и под њеном заштитом. Оваква делатност државе није јавна и увек се оправдава одређеном државном легитимном активношћу. Државни тероризам се може манифестовати на два начина и то кроз одређене терористичке акте, као што су атентати, диверзије и отмице и кроз репресивне мере и константно застрашивање од потенцијалних терористичких аката. Држави на располагању стоји државни репресивни апарат, оличен у војсци, полицији и безбедносним структурама, које су претежно увек извршиоци ових терористичких активности по налогу државне власти. Овакво деловање државе је противправно и у супротности је са званичним законима и те саме државе, као и општеприхваћених правних норми и принципа међународног права. Основни циљ државног тероризма јесте да очува постојећу државну власт и њене носиоце на позицијама власти применом репресије и застрашивања и да се створи услов да они што дуже владају. Овај облик тероризма је био заступљен у ауторитарним земљама Јужне Америке, као и Ираку, Ирану, Либији и Израелу.

Сепаратистички тероризам је тероризам који карактерише тенденцију једне одређене скупине да сепаратише или издвоји један део легитимне државне територије и да на њој ствара засебну државу. Главни мотив за сепаратизмом је успостављање власти једне одређене групе лица, која су главни иницијатори за сепарацијом, а ради успостављања политичке, економске и друштвене доминације. У циљу сепарације, њени главни иницијатори врше одређене терористичке акте, спроводе насиље на остатку територије дате државе и применом насиља и волунтаризма, настоје да остваре своје сепаратистичке циљеве. Претежно се са сепаратистичким прожимају и национални мотиви, и то нарочито ако је циљ да се одвоји део државне територије на коме живи једна одређена национална скупина, а крајња сврха ове врсте тероризма јесте признање те отцепљене територије као суверене и аутономне државе. У Републици Србији је овај облик тероризма добро познат, јер већ више деценија има

¹³ Грачанин, П., *Савремени тероризам – југословенски поглед*, Пословна политика, Београд, 1989, 155.

проблем са тероризмом у својој јужној покрајини, Косову и Метохији, где албанске терористичке организације врло интензивно раде на сецесији тог дела Србије. До првих сукоба и немира на Косову и Метохији, изазвани на националној основи, дошло је 1981. године, када су се, по први пут, јавно могле чути пароле "Косово – Република". Ове демонстрације су иницирали косовски студенти и то најпре у Приштини, а потом и у осталим већим градовима на подручју Косова и Метохије, што је временом довело до трајног поремећаја међунационалних односа између Срба и Шиптара, чиме су отворена врата много већим проблемима у периоду после ових немих догађаја, све до данашњих дана. Тако је 1994. године формирана велика терористичка организација сепаратистичког карактера, под називом "Ослободилачка војска Косова"¹⁴(ОВК), чији је главни и основни циљ био оружани обрачун са легитимним безбедносним снагама Републике Србије на подручју Косова и Метохије, а све зарад стицања независности јужне српске покрајине и њеног одвајања од Републике Србије. Као и већина других терористичких организација, ОВК се финансирала из незаконитих послова, као што су трговина наркотицима, белим робљем, људским органима и оружјем. Територија деловања ове терористичке организације није била само јужна српска покрајина, већ и простор Прешева, Бујановца и Медвеђе (Србија), као и региону Тетова (Македонија) и појединим деловима Црне Горе.

3. ТЕРОРИЗАМ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Ослободилачка војска Косова је своје корене нашла у албанској терористичкој организацији, основаној још 1982. године у Немачкој, коју су основали припадници радикалне албанске струје, која се противила свакој сарадњи и коегзистенцији са Србима и Србијом. Та организација се звала "Косовски народни покрет"¹⁵ и отворено се залагала за оружани сукоб са српском војском, полицијом и српским народом на Косову и Метохији, а све ради стварања државе Косово, која би била суверена и самостална у односу на Републику Србију. У Приштини је током месеца маја 1993. године формиран "Национални покрет за ослобађање Косова"¹⁶, који је активно почео да организује активности набавке оружја и мобилизације људства. Већ од 1995. године је примећено све интензивније и безочније деловање ОВК, која је за само три године начинила 1.845 оружаних напада, од чега је 1.075 напада било усмерено ка војним и полицијским објектима, а 745 напада ка цивилима и њиховој

¹⁴ Албански: *Ushtria Çlirimtare e Kosovës*.

¹⁵ Албански: *Lëvizja Popullore e Kosovës*.

¹⁶ Албански: *Lëvizja Kombëtare për Çlirimin e Kosovës*.

имовини, док је 25 напада било усмерено ка избегличким камповима и лицима која су на подручје Косова и Метохије избегла. У току 1998. године дошло је и до 176 граничних инцидената приликом покушаја терориста да, најчешће носећи велике количине оружја и војне опреме, нелегално уђу на територију Србије из Албаније. У тим сукобима на граници погинуло је 30 официра и војника Војске Југославије, а један број је и рањен. Војска Југославије запленила је на граници више од 80 тона лаког и тешког наоружања свих калибара, муниције и војне опреме.

Отмице, мучења, масакрирања, логори и стратишта били су такође видљиви на Косову и Метохији, као последица албанског тероризма. У току 1998. године отето је укупно 249 лица, међу којима је било 13 припадника МУП-а, који су касније мучени и убијени. Осталих 236 отетих били су цивили лојални властима СРЈ, од којих је 21 убијен, 88 је после зверског мучења ослобођено, а судбина 127 цивила је, до сада, остала непозната.

НАТО алијанса је почела бомбардовање Савезне Републике Југославије 24. марта 1999. године, а ОВК је одмах постала савезник овог Пакта, тако да је током бомбардовања, које је трајало 78 дана, између њих одржан сталан контакт. Потписивањем Кумановског споразума 9. јуна 1999. године, дошло је до престанка бомбардовања, али и повлачења српске војске и полиције, а Уједињене нације и новоформирани КФОР¹⁷ су захтевали разоружавање и распуштање ОВК. Она је званично распуштена 20. септембра 1999. године, али је, фактички, дошло само до трансформисања ове терористичке организације у Косовски заштитни корпус и Косовску полицијску службу.

4. ПРЕВЕНЦИЈА ТЕРОРИЗМА У ЕВРОПИ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Веће Европске уније је 2005. године донело Стратегију за борбу против тероризма (ревидирана 2014.),¹⁸ која је усмерена на превенцију тероризма, заштиту од тероризма, прогон лица која учествују у терористичким актима и одговору на тероризам. Као једну од главних превентивних мера против тероризма, Стратегија је дефинисала уклањање узрока радикализације и регрутовања терориста, као и мере заштите грађана и инфраструктурних објеката од терористичких напада. Ту се, на првом месту мисли на заштиту националних граница, побољшања сигурности промета добара и лица, заштиту стратешки важних циљева и

¹⁷ Скраћеница од енглеског: *Kosovo Force*.

¹⁸ Стратегија је доступна на интернет страни: <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/fight-against-terrorism>.

заштита посебно критичне инфраструктуре. Основни циљ ове Стратегије је био да се смање могућности терориста и терористичких организација у планирању, организовању и имплементирању терористичких акција, тако да је нагласак стављен на јачање потенцијала националних безбедносних структура, побољшавање сарадње и размене информација полицијских и правосудних органа, сузбијање и максимално ограничавање извора финансирања терористичких активности.¹⁹

Поред тога, наведена Стратегија има за циљ да припреми адекватан одговор на евентуалне терористичке нападе и њихове последице. Зато је Европска унија донела аранжман за спровођење тзв. "Клаузуле солидарности",²⁰ аранжман за координацију одговора на кризне ситуације са изменама из 2013. године и нови аранжман за интегрални одговор Европске уније на политичку кризу.²¹ Како би ова Стратегија дала жељене резултате, поред наведених прокламованих циљева, потребно је да се воде перманентно политички дијалози, да се доносе споразуми о сарадњи између што већег броја земаља, што у оквиру Европске уније, што ван њених граница, да се израђују пројекти о јачању капацитета стратешки важних земаља и да се посебно оствари добра политичка и безбедносна сарадња са земљама западног Балкана, афричким земљама, Блиским истоком, Северном Америком и Азијом.

Међутим, суштинско питање и срж овог проблема је у непоколебљивом и доследном односу према тероризму. Наиме, оно што је, до сада, било и више него евидентно, јесте селективан однос према овом светском проблему, у зависности од тога где и на којој територији се предузимају терористичке активности. Тако, на пример, Европску унију не погађа, на исти начин, тероризам на њеном тлу, тј. у оквиру њених чланица, на тлу земаља Балканског полуострва (које нису чланице ЕУ) или на тлу Азије, Африке или неког другог дела света. На све учесталије терористичке акте у Великој Британији, Француској, Шпанији и другим европским земљама се гледа са посебном осудом, док се са друге стране даје легитимитет самопроглашеној држави Косово на Балкану, иако се

¹⁹ Радаковић, Ђ., *Анализа позитивно-правне Стратегије за превенцију и сузбијање тероризма*, Полицијска сигурност, Загреб, 2016, број 3, стр. 244-258.

²⁰ Ова одредба, под називом "Клаузула солидарности" је део "Споразума о функционисању ЕУ" (члан 222.), односно саставни део Лисабонског споразума (члан 188.R). Наведени Споразум о функционисању ЕУ је, уствари, наставак тзв. Римског уговора, који представља акт којим је основана Европска економска заједница (1957.), као претходница ЕУ.

²¹ Јелић, П., Мартић-Куран, Л., *Капацитети Европске уније за управљање кризама*, Зборник радова са V међународне конференције "Дани кризног управљања", Велеучилиште Велика Горица, Велика Горица, 2012, стр. 11-32.

врло добро зна да је она заснована на терористичким делима и да су они, који су ударили темеље тој тзв. Републици, обични терористи. Врло добро је познато да је тзв. Република Косово настала противно принципима међународног права, да је настала уз очигледно кршење људских права заштићених Декларацијом о правима човека и на крилима тероризма сепаратистичког карактера. Те чињенице нису биле сметња да већина европских земаља призна једнострано проглашену независност Косова и Метохије од своје матице Србије и да овој српској јужној покрајини пружи статус легитимне државне творевине, иако оно то по свом карактеру и природи никад не може бити. Са друге стране, све те исте земље се декларативно залажу за борбу против тероризма, истичући да је тероризам штетна и опасна појава.

Република Србија је увек чврсто стајала на становишту одлучне борбе против сваког облика тероризма и терористичког деловања. С тим у вези, донет је Закон о организацији надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције,²² који се примарно бави уређењем, образовањем, организацијом, надлежно-стима и овлашћењима државних органа и посебних националних јединица државних органа, ради откривања, кривичног гоњења и суђења за кривична дела из ове области. То су кривична дела организованог криминала, убиство представника највиших државних органа, дела против службене дужности, дела против привреде, тероризма и дела против државних органа. Такође, наша земља ради на испуњавању основних услова за постизање оптималне националне обавештајне моћи одбране од тероризма и то кроз стварање политичке стабилности, добре легислативе, усклађивању обавештајних против-терористичких потреба са могућностима наше државе, стварању професионалних, стручних и оспособљених кадрова за обављање безбедносно-информативних послова, ефикасној и ефективној примени оперативних метода, доброј опремљености оперативно-техничким средствима и доброј сарадњи и размени релевантних информација са безбедносним службама других земаља.²³

У Републици Србији кључну улогу у откривању тероризма има полиција, као најкомпетентнији државни орган за борбу против криминала, па самим тим и сузбијање и спречавање тероризма. Данас, у Републици Србији постоји посебна јединица, под називом Специјална

²² "Службени гласник РС", број 94/2016.

²³ Мијалковски, М., *Национална обавештајна противтерористичка моћ и немоћ*, Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива, Висока школа унутрашњих послова, Београд, 2011, стр. 152.

антитерористичка јединица (САЈ)²⁴ са посебним задацима, као што су: 1) планирање и извршавање најсложенијих задатака у борби против тероризма; 2) решавање талачких ситуација, са посебним освртом на отмицу ваздухоплова и других превозних средстава; 3) упади у забарикадиране објекте и просторије у циљу хапшења терориста и терористичких групација; 4) интервенисање у високоризичним ситуацијама у којима се очекује пружање отпора ватреним оружјем; 5) асистирање у акцијама против организованог криминала и 6) обезбеђење лица и објеката који могу бити на мети терористичких напада. Такође, јуна 2001. године, формирана је и Жандармерија као полицијска јединица МУП-а Србије, која има следеће надлежности: 1) откривање кривичних дела тероризма и лишавање слободе лица су извршила ова кривична дела; 2) спречавање кривичних дела тероризма; 3) интервенисање у циљу елиминисања терористичких група и организованих терористичких мрежа; 4) обезбеђивање јавног реда и мира у ситуацијама високог ризика и 5) пружање помоћи у ванредним ситуацијама, попут спасилачке службе.

Противтерористичка јединица је основана у циљу да планира, организује и извршава најсложеније безбедносне задатке у области сузбијања тероризма, евидентира, прати, упоређује и предвиђа појаве и догађаје који имају елементе тероризма, расветљава кривична дела тероризма, обезбеђује материјалне доказе и лишава слободе учинилаца ових кривичних дела, делује превентивно и предузима антитерористичке делатности, елиминише терористичке групе, разбија организоване терористичке мреже и групе, решава талачке ситуације, лишава слободе лица која су наоружана и безбедносно опасна и врши друге безбедносне послове из надлежности полиције.

Служба за борбу против организованог криминала (СБПОК) је посебна служба која примарно врши послове сузбијања организованог криминала и тероризма. Основни носилац активности у Републици Србији у борби против тероризма је Управа криминалистичке полиције, која предузима низ мера и активности на пољу сузбијања свих криминалних активности које се могу јавити као ослонац тероризму и терористичким активностима.²⁵

²⁴ Првобитни назив ове јединице, али тада на федералном нивоу из маја 1978. године, био је Батаљон за специјална дејства у оквиру Савезног секретаријата унутрашњих послова.

²⁵ Симић, Б., Никач, Ж., Исаковић, Г., *Место, улога и задаци Министарства унутрашњих послова Републике Србије у борби против тероризма*, Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива, Висока школа унутрашњих послова, Београд, 2011, 288-289.

Све савремене државе света, употребљавају многобројна средства службе безбедности, која су најпре њени сазнајни фактори, са основним начелом употребе и коришћења тајности или конспиративности. Разлог за примену овог начела лежи у чињеници да се једино оваквом делатношћу може разоткрити такође конспиративна делатност државног непријатеља, употребом овог начела државни органи безбедности из дефанзиве прелазе у офанзиву према државном непријатељу, ефикасније се сузбијају штетне последице, тајност у раду штити објекте безбедносне опсервације од евентуалне погрешне или неосноване инкриминације, док се на послетку обезбеђује аутентичност обавештајних података.²⁶

5. ЗАКЉУЧАК

Опасности од тероризма и последица које он носи са собом, изузетно су велики, посебно данас, у времену када терористичке активности доживљавају своју експанзију. Наиме, тероризам није само пуки чин волунтаризма и кривично дело, већ је често средство за постизање одређених циљева идеолошког, политичког, религијског или неког другог карактера. Независно од његове врсте и идеолошког типа, за тероризам је својствено изазивање великог броја жртава, стварање осећаја страха и несигурности за властити живот и имовину већег броја људи. На макropolitичком и безбедносном плану, он представља један од најкључнијих проблема, који је подобан да изазове последице већег обима. Последице се броје у десетинама, а често и стотинама људских жртава и вишемилионској материјалној штети.

Као што је у раду приказано, више фактора утиче на настанак и стварање тероризма, а ти фактори се могу диференцирати у зависности од врсте тероризма. Такође, врло значајно питање је како се супротставити овој појави и да ли у односу према њој сме да постоји дупли аршин. Као пример двоструких стандарда међународне заједнице, навели смо пример тероризма на Косову и Метохији, који је своју експанзију доживео осамдесетих и деведесетих година XX века. Данас је веома лако, захваљујући високој технологији, могуће мењати комплетан садржај информација, монтирати лица и предмете којих на лицу места никад није било, али их и брисати уколико су компромитујући. По овом моделу и употребом наведених техника, тероризам и припадници терористичких групација се, често, стављају под окриље међународне заједнице, док се истинске жртве приказују као агресори.

²⁶ Милошевић, М., *Систем државне безбедности*, Полицијска академија, Београд, 2001, стр. 182.

Оваквим потпиривањем тероризма, отвара се Пандорина кутија на глобалном плану, те се, након косовског случаја, јавља све већи и жешћи талас сецесионизма у свету и сецесионистичких групација са врло радикалном идеологијом. Са друге стране, конфронтацијом и политиком надмудривања, коју спроводе у дело велике светске силе, само се подстиче верски радикални тероризам од стране исламских терористичких групација, а не иде се у правцу смиривања и стабилизације. Дакле, на макрополитичком нивоу се води лоша стратегија борбе против тероризма, а дуплим аршинима и различитим односима према истим стварима, ствара се заблуда о томе да велике светске силе не подржавају тероризам, јер све зависи од њихових тренутних геополитичких интереса.

ЛИТЕРАТУРА

Батавељић, Д., Антоновић, Р., *Савремена мигрантска криза у Европи и њен утицај на религијски тероризам*, Бања Лука, Правна ријеч, број 52, 2017.

Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 2015.

Волтер, Л., *Историја Европе*, Полис – Клио, Београд, 1999.

Грачанин, П., *Савремени тероризам – југословенски поглед*, Пословна политика, Београд, 1989.

Илиоски, Д., *Међународно – правни аспекти утицаја глобализације на право информисања*, Правни факултет Интернационалног универзитета у Новом Пазару, 2008.

Јелић, П., Мартић-Куран, Л., *Капацитети Европске уније за управљање кризама*, Зборник радова са V међународне конференције "Дани кризног управљања", Велеучилиште Велика Горица, Велика Горица, 2012.

Мијалковски, М., *Национална обавештајна противтерористичка моћ и немоћ*, Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива, *Висока школа унутрашњих послова*, Београд, 2011.

Милошевић, М., Даничић, М., *Тероризам у Европској унији*, Безбедносни дијалози, 2015, број 6.

Милошевић, М., *Систем државне безбедности*, Полицијска академија, Београд, 2001.

Радаковић, Ђ., *Анализа позитивноправне Стратегије за превенцију и сузбијање тероризма*, Полицијска сигурност, број 3, Загреб, 2016.

Симеуновић, Д., *Тероризам – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.

Симић, Б., Никач, Ж., Исаковић, Г., *Место, улога и задаци Министарства унутрашњих послова Републике Србије у борби против тероризма*, Супротстављање тероризму – међународни стандарди и правна регулатива, *Висока школа унутрашњих послова*, Београд, 2011.

Вајрић, Ј., *Vrste terorizma in njegovi cilji*, Fakultet za družbene vede, Univerza v Ljubljani, 2006.

Dragan BATAVELJIĆ

full professor at the Law Faculty of the University of Kragujevac

Ratomir ANTONOVIĆ

Dragan ILIOSKI

TERRORISM AS THREAT TO UNIVERSAL HUMAN RIGHTS

Sammary

Terrorism is one of the biggest problems of today. Security of human life is reduced to a very low level, and the danger of terrorist attacks is very dominant. The escalation of terrorism was influenced by many political changes that took place in the international political plane, provoked by groups that, based on a certain religious or ideological orientation, are seeking to take power and influence major social changes in the global political plane. Today, the most prevalent religious terrorism is based on a dangerous ideology, motivated by the desire to account with members of other religions. On the other hand, terrorist acts are a denial of universal human rights, and in the period when terrorism has a dominant place in the socio-political constellation, human rights are threatened. One of the key issues is how to confront terrorism, how to suppress and protect people and their universal rights.

Key words: *terrorism, terrorist acts, European Union, Republic of Serbia, Kosovo and Metohija, human rights, constitutional order.*

Рад је предат 19. априла 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ*

ЗАКОНОДАВНА ДИНАМИКА И ПРАВНА СИГУРНОСТ

Апстракт: Ова кратка расправа о честим изменама закона и њеном утицају на правну сигурност, није само резултат научно-стручне анализе, која је утемељена на релевантној литератури, већ и одређених истраживања и личног искуства. Из наведене расправе произилази, да је штетно често мењати законе, јер то делује негативно на правну сигурност грађана, који тада губе наду у правду, у судску правду и коначно у правни поредак једне државе. Темелј разматрања је правна правда, правичност, правна сигурност и правосуђе. Иако су правна правда и правичност више филозофско-правни појмови и вредносне категорије, онесе изражавају у снажном правном осећању људи. Правна правда би значила „једнако поступање у једнаким или сличним стварима“, а „правичност је правда у конкретном случају“. Супротно од тога доводи до неправде, која директно утиче на правну сигурност. Измена сета закона из области правосуђа, те реформа од 2009 године, која је вршена без довољне научно-стручне припреме, па и потребе, налази се да је та реформа донела не само непроцењиву материјалну и моралну штету, већ и дуготрајну правну несигурност. Када се тим процедурама доведе до правне несигурности грађана, онда се сви проблеми које доноси живот решавају ван институција, разним друштвено неприхватљивим радњама. У раду се пледира да ова расправа допре до оних који често мењају законе и да схвате да су и „најгори закони бољи од оних који се често мењају“ (Лукић).

Кључне речи: закон, правда, правичност, правна сигурност, правосуђе.

1. УВОДНИ ПРИСТУП

Држава је највише добро и врлине нема за човека изван државе али то добро нема и не може бити без закона, давно је говорио Платон. Без закона би завладало насиље неправедних над праведним дошло би до

* Ванредни професор, адвокат, njovancevic@orion.rs

грађанскг рата и не би био могућ опстанак¹. Према томе ако нема закона у држави, неизбежно настаје; безвлашће, самовоља, огољела сила, неизбежни сукоби појединачни и групни и коначно ратови. Платон је посветио пажњу законима управо у свом делу „Држава“. Због тога није случајно што професори државе и права уче да су „држава и право“ синоними. Платон пледира да се законима постигне целокупна врлина.² Он је сматрао да нема никакве људске заједнице у згради државе без закона. У том смислу и стара латинска изрека, - где је друштво ту је право - *Ubi societas ibi ius*. Историјски гледано развој државе је пратио и развој права. Право се у најопштијем смислу дефинише као „скуп правних норми санкционисаних државом“³, док Кауфман, право назива законом.⁴ Од најстаријх времена закони су чинили основу државног уређења и правног поретка. Закони су донесени као израз воље сваког законодавца, у било којем систему од праисторије до данас⁵. Закони старог и средњег века, па и новог, савременог доба, су верна слика, времена и државног уређења у којем су донешени и примењивани. Дуг јепут у развоју уопште савремених закона, тако да се у савременом добу поклања велика пажња доношењу и изменама закона. Када су регулисани одређени друштвени односи и „покривени правом“, поставља се питање функционисања правног поретка, односно тих закона и провођење начела законитости. Политички зрео народ води рачуна о својим законима и њиховој примени. Он је свестан да све што чини чини ради себе и своје заједнице, а не зато што то неко други жели⁶. Наша савременост нас учи управо да се многи закони не доносе ради грађана, у чије име ће се спроводити, него зарад

¹ Платон, *Закони*, Београдски-издавачки графички завод, Београд, 1990. 10.

² Платон је у позним годинама написао своје дело „*Закони*“. вид. 8, 9 и др.

³ Р. Лукић, *Систем филозофије пава, 1. Филозофија, 2. Филозофија права*, Савремена администрација, Београд, 1992, 309. и др. По Јерингу, право се може дефинисати „као осећај сигурности у држави“. Р. Јеринг, (R. v. Jhering, DerCweckundRecht)*Циљ у праву*, I Том, CID, Podgorica, 1998, 172.

⁴ Р. Лукић, (1992) op. cit. 311.

⁵ И поред тога што је Платон јасно написао да су закони у држави део самих људи и да су створени ради људи у законима спомиње и веровање у њихово божанско порекло. То је очигледно Платонов уступак хомерској и традицији. У дијалогу се говори да се закони приписују Зевсу или Питијском Аполону, али да су их донели или Минос или Ликург. То је у ствари одраз популарног веровања да је Минос био Зевсов законодавац а Ликург – Аполонов. Вид. Платон, op. cit. 10.

⁶ ЈЕРИНГ, политички незрео народ је дете које сматра да ради учитеља мора да учи, политички зрело јеодрасло биће, које зна да учи ради себе; у првом случају, оно државу посматра као своју противницу, а у другом, као пријатељицу, савезницу, заштитницу. Р. Јеринг, *Циљ у праву*, CID, Podgorica, 1998. 242.

потребе да се докаже да смо у стању да извршимо задатак.⁷ „Борба за право је импертив моралног самоодржања“ (Јеринг).⁸ Закони који нису резултат, бројних фактора на које ће се примењивати остаће „мртво слово на папиру“. На квалитет закона не утичу само политички фактори, нормативна традиција, социолошки, и опште стање нације, већ чак и географски и климатски услови. Због тога се не могу закони формално преносити из једне културе и калемити у другу, јер све установе које су по називу исте у два различита правна система сасвим различито функционишу и одају другачију слику о себи. У нашим условима то је евидентно Законик о кривичном поступку, од 2011, али и неки други.

2. "ИРАЦИОНАЛИСТИЧКА МОДА ВРЕМЕНА" (озбиљност права)

Сагледавати стање права и правног поретка, није довољно у својој држави, већ је веома важно и комаративно сагледавање стања у другим државама. Код тог сагледавања није тешко уочити да и право у уређеним државама са дугом правном традицијом, се исто мења, проналазе се боља законска решења и сл. С обзиром да је право „жива динамична појава“, оно треба да прати промене у стварности, у друштву. Но, проблем настаје у државама које се формирају после распада матичних држава, на мале државице, где се често незна ни досег територија, па је тешко такве просторе правно уредити. Ту се долази у дилему да ли право које је уређивало једну државу треба једноставно пренети на другу мању или стварати неко ново право или сачинити неку мешавину старог и новог. За прву варијанту има више аргумената, постоје регулисани правни односи у области грађанског и кривичног права у најширем смислу, људи су се навикли на снагу таквих закона и прилагођавају своје понашање томе, где је већ традиција повезала људе и право. Такво право се може и треба дограђивати сходно кретањима и развоју друштва. Друга варијанта је стварање потпуно новог права, а то значи изградити потпуно нови правни поредак са устројеним систематизованим и кохерентним законима у областима управе, грађанској и кривично-правној области. Овај метод је чиста нормативно-правна техника која би се остварила од стручњака из разних области права (револуционарни метод). Опасност од оваквих закона је вишеструка. Људи не познају те законе, па би и онај који је најдобронамернији био често у прилици да се не придржава тих закона, односно да се понаша противно истима.

⁷ М. Антонијевић, „Родило се уверење да је правда недостижна“, *Nova ekonomija*, бр. 48. 2018. вид. опширније.

⁸ Наведено према, Г. Радбрух-у, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980 . 131, 132.

А шта је наша стварност и право. Подсећа се да свако право представља оно што „треба да буде“, док је стварност „оно што јесте“. Прво, Србија је држава, која има устав и законе, који су у суштини у сагласности са свим релевантним међународним документима. Но, с обзиром на насилно нарушени територијални интегритет, проблем је успостављање правног поретка на читавој територији. Друго, Србија је придружни члан Европској унији те усаглашава своје законодавство законима Европске уније (која нема систематизовано право). Уколико се ствара потпуно „ново законодавство“, тада се долази до једног озбиљног проблема, не дограђује се постојеће законодавство већ се ствара „ново“ које треба да се примењује и никада се не зна како ће бити прихваћено од стварности.

Законодавна динамика која се одвија у Србији последњих двадесетак година толико је изражена да се и најбољи правници не могу у томе сналазити, првенствено они који проводе законе у живот, а посебно не могу грађани који треба да се стварно, понашају у складу са тим законима. Честе измене закона, постала је „мода“ овог времена, као да је ово био простор без закона, тако да се најчешће чује у јавности, после одређеног догађаја „да ће се залагати да се тај закон мења“, да ће „тражити строжије законе“, да ће тражити да се уведе у закон неко ново дело (иако већ постоји у закону) и сл. Веома је опасно и погубно за право, или уопште за правни поредак, функционисање права, када се олако и на брзину, по хитном поступку доносе или мењају закони. Некада се донешени закон ставља ван снаге а да није ступио у примену, као што је био случај са ЗКП од 2006 године. Све то утиче на правну сигурност грађана.

У бившој Југославији, у то време, закони су били углавном компатабилни са законима држава европског континента који имају најпознатију правну традицију и представљају правно најуређеније државе. Скоро 200 година правосудне традиције у нашој држави је вршена рецепција права европских држава и донешени су законискоро истовремено или нешто иза када су донешени у Аустрији, Немачкој⁹ или Француској. У новије доба, неки закони су недостајали, као што су закони из области невладиних организација, нотара и заштити екологије што је касније решено. У сваком случају на врло високом нивоу су постојали фундаментални закони за једну државу, и то закони из области кривичног права, кривично процесног права, извршења кривичних санкција,

⁹ Криминални (казнителни) законик за Књажевство Србију, од 29. марта 1860 године, рађен је поглавито по пруском Кривичном законнику од 1851. Вид. Т. Живановић, *Основи Кривичног права Краљевине Југославије*, Општи део, I књига, Београд, 1935. вид. 84, 85.

грађанског права, радног и др. Уместо да се то узме и дограђује нови „велики стручњаци“ стварају законе без проблема, који опет у пракси стварају веће проблеме у примени него они стари. Експериментише се законима о уређењу судова, судијама, мрежи судова и исто тако тужилаштва, и тако се ствара стање беспомоћности, јер се предмети гомилају из свих области, а неефикасност је евидентна. Због велике оптерећености судова, који су затрпани предметима, судије прибегавају, формалном решавању предмета (нарочито у парницама), а мало се њих упушта да решава проблем међу људима, да би се стварно решио и отклонио проблем између странака. Због тога и релативно једноставни предмети у парницама, не могу да се реше годинама, па излази да је суд створио већи проблем него што је био. Незадовољство странака се увећава, готово да нико не верује у правду коју може преко суда остварити. Зато се посеже за уставном заштитом или још даље са међународном заштитом пред – Европским судом за људска права.

3. ПРАВДА, ПРАВИЧНОСТ, ...

3.1. Појам правде.¹⁰

Правда је у општој аксиологији, онтолошки заснована на закону равнотеже у свету. Равнотежа се остварује мером о једнакости чинилаца, који се уравнотежују, сваки елеменат мора се уравнотежити, с елементом с ким је у најближој вези и са осталима у исто време. Тако је правда суштинска једнакост елемената који стоје у односу који она регулише.¹¹ Но, треба имати у виду, да ни ова правда није једнозначна. Правдом се може назвати примена неког закона, или покоравање том закону, али и сам тај закон.¹² Овде ће се само подсетити на основно значење једне велике теме као што је „појам правде“ у филозофији права.

Остајући на пољу правде, мора се признати да се није отишло даље од античке грчке мисли, пре свих Платонове и Аристотелове. По Платону, правда је дати сваком оно што му припада и обезбедити му да ради онај посао за који је способан, што он везује за разлику међу друштвеним класама. Суштина је правде у знању шта ко треба да ради према својој способности. Али то мора бити добро. „Зато није праведно дати лудом оружје јер би он чинио зло“.¹³

¹⁰ "Име правде не би људи познавали кад не би било неправде" (Хераклит).

¹¹ Р. Лукић, (1992) *op. cit.* стр. 464; те, Г. Радбрух, *op. cit.* 70, 71.,

¹² Г. Радбрух, *op. cit.* 46.

¹³ Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 465. У истом смислу вид. Г. Радбрух, *op. cit.* 94.

Управо је Аристотелу „Никомаховој етици“, развио неке Платонове мисли о правди и најподробније разрадио појам правде. Говорећи о правди, као првој врлини Аристотел је створио систем који је имао велики утицај на каснију етичку мисао. Познато је да Аристотел говори о два различита типа правде, општој и посебној.

Општа правда је потпуна врлина и састоји се у томе да се ради онако како је законом прописано то јест она обухвата у себи све што је у складу са законом а то значи што је у складу са друштвеним добром о коме се закон стара. „Зато она изгледа као најзначајнија од свих врлина и ни вечерња ни јутарња звезда није тако дивна као она“, наводи Аристотел у „Никомаховој Етици“.¹⁴ Он истиче да су у праведности "скупљене све крепкости". Чак је навео да она није само најзначајнија врлина, него обухвата у себи и све друге врлине¹⁵. Њена је садржина поштовање закона и поступање према ближњима као себи једнаким.

Опште правда, налаже да се поштују закони, који су у складу са општим добром, и да се са суграђанима поступа као са једнаким (начело размене еквивалената). То је *комутативна* (или *корективна*) правда¹⁶.

Посебна правда, се јавља у односу између појединца и заједнице и између самих појединаца. Грађанин треба да учествује у укупној суми добара (не само материјалних, већ и таквих као што је част, углед, власт) сразмерно свом доприносу друштву. То је *дистрибутивна* правда.¹⁷

Аристотел говори чак и о посебном типу правде *разменске* или *трговачке* правде.¹⁸

По Аристотелу неправда је кршење и једне и друге, а постоји и објективна неправда уколико човек несвесно прекрши правду.

По Радбруху, правда је једнакост, а једнакост права захтева општост правног прописа. Правда у извесном степену уопштава. Једнакост није дата у стварности, једнакост је само апстракција дате неједнакости са одређене тачке гледишта¹⁹. По Радбруху постоје три идеје

¹⁴ Г. Радбрух, *op. cit.* 48.

¹⁵ Г. Радбрух, *op. cit.* 48, 94, 96, 97. Те, Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 465.

¹⁶ *Комутативна* или *корективна* правда, је изједначујућа правда. Суштина је у аритметичкој сразмери. То значи да свака од двеју страна која стоје у међусобном односу добивају подједнако. Другим речима *комутативна* правда ствари означава начело размене еквивалената. Вид. Г. Радбрух, *op. cit.* 46, 47.

¹⁷ *Дистрибутивна* правда, се назива правда која се примјењује у дељењу. Суштина је у геометријској сразмери; ко је заслужанији више добија и обрнуто. Г. Радбрух, *op. cit.* 46, 47, 48, 94, 96-98. Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 465..

¹⁸ Као посебан тип правде, Аристотел разматра тип *разменске* или *трговачке* правде, којом изражава принцип према коме свако треба да добије адекватну замену за оно што даје.

¹⁹ Г. Радбрух, *op. cit.* 44 – 48. те, 96.

права: *правда*, (правда је једнакост уопште), *сврсисходност* (остваривање и одржавање правног поретка и усмерена индивидуалност) и *правна сигурност* (подразумева ред и мир)²⁰.

Аристотел у „Никомаховој етици“, истиче потребу суочавања са питањем односа правичности према правди и правичног према праведном, и каже да ваљано "посматрање показује да ово двоје није ни апсолутно идентично, нити, с друге стране, различито по појмовној врсти". По њему "правично и праведно су... једно и исто". Тешкоће настају због "околности да правично стварно јесте исто што и праведно, али не у смислу позитивног закона, него као корекције позитивног права". Аристотел сматра да је то неопходно, јер је сваки закон уопштена одредба, "а има много појединачних случајева који не могу бити третирани праведно према једној таквој уопштеној одредби". Зато када се појави случај, о којем закон говори само уопштено, а који се не може подвести под то посебно, онда је сасвим правично да се "пропуст" законодавца "допуни и исправи онако како би то учинио и сам законодавац да је могао предвидети такав случај".²¹

3.2. Правна правда

Појам права је усмерен на идеју права, а идеја не може бити ништа друго него правда. Иако, није неспорно, јер се идеја права не исцрпљује само у правди, углавном се упућује да право потиче од идеје правде (Радбрух).²² Правда, правичност и истина, иако су филозофско-правне категорије и вредности, за право су неизмерног значаја. Оне спадају у друштвено-правне вредности, а након њих и друге не мање значајне правне вредности као што су: правна сигурност, целисходност, делотворност и др. Правна правдасе од осталих врста правде разликује по чињеници да је најпотпунији израз суштинске правде засноване на законима. Правда у ужем смислу речи истински је чиста правда. Правдасе обично сматра типично - правном вредношћу.²³ Још од Аристотела је

²⁰ Г. Радбрух, *op. cit.* 70, 71.

²¹ Г. Радбрух, *op. cit.* вид. 48

²² Г. Радбрух-у, *op. cit.* 44 - 45. Надаље, у истом смислу „Право потиче од правде, као од своје мајке: према томе, пре је настала правда од права“. ф.н. 1. 45, вид. 70, 94.

²³ Ипак, то гледиште није потпуно јер правда се остварује и у другим друштвено нормативним системима као што су морал и религија. Дакле, постоји морална и религијска правда, које одустају од начела једнакости, па тако изгледају као неправда, јер се даје другоме више него што се добија, а често се и не добија ништа, сем блаженства због извршене дужности. Ипак и у већини религија се мери неправда, грехови се мере, тако да је реакција често строжија него код правне правде (казна на земљи, уз очекивање касније потпуно праведне небеске казне). Но ни право није

познато да треба, „једнако поступати са једнаким, а неједнако са неједнаким, у сразмери са њиховом различитошћу“, и то је нека правда.²⁴

Дакле, правна правда, заснива се на начелу једнакости, она је заснована на логици. Правна правда је строго везана за равнотежу, једнакост, онога што се размењује („једнако поступање са једнаким, а нејаднако са неједнаким“). Једино правна правда може применити правне санкције и поништити неки правни посао, који није праведан у смислу правне правде.²⁵ То би била правна правда у ширем смислу, док у ужем смислу правда је лични доживљај човека, у свом конкретном случају, који остварује пред неким државним органом, првенствено пред судом.

У правној пракси главно питање у вези с правдом је њена објективност. Посматрано с аспекта логике, правда је вредност, а вредност се не може објективно утврдити, њу није могуће логичким путем доказивати, као што је то случај са чињеницама у ужем смислу, јер се вредностне доказује, него самообразлаже.²⁶ Отуд у практичној примени вредности и њиховој оцени, а посебно правде – право има тежак задатак да буде „објективно“, да пронађе „објективну вредност“. Пошто се између свих правних спорова у правилу налази сукоб интереса, па тиме и сукобу вредности, то право има несавладив задатак да одреди објективну правду које стварно нема.²⁷ Пошто нема неке апсолутне правде, и поред објективног права, мора се задовољити релативно објективном правдом.²⁸

По Шпрангеру, човек као правно биће више је орјентисан према правди него према правној сигурности, онај који је орјентисан према правди је више „правни идеалист“, онај други који је орјентисан према правној сигурности је „правни реалист“.²⁹

Судска правда, сходно наведеном, би била она правда која се остварује у раду судова, кроз примену закона, процеснопоступањем

сасвим имуно према ове две врсте правде, јер и морална и верска правда могу бити правом регулисане. Вид. Р. Лукић, (1992), оп. cit. 466.

²⁴ Међутим код оваковог става, остаје питање кога треба сматрати једнаким или различитим, како треба поступати с њима. Правда одређује само форму права, а да би се дошло до садржине ту треба додати и идеју сврсисходности. Вид. Г. Радбрух, оп. cit. 70, 71.

²⁵ Р. Лукић, (1992) оп. cit. 467. У истом смислу вид. Г. Радбрух, оп. cit. 94, 96, 97.

²⁶ Р. Лукић, (1992) оп. cit. 467.

²⁷ Р. Лукић, (1992) оп. cit. 468.

²⁸ У праву је правда врло значајна вредност, али није и апсолутна. У појединим правима постоје и судови правичности који суде о правичности. Тако се ублажава познато начело права да се закон мора применити без обзира на његову строгост – *dura lex sed lex*. Вид. Р. Лукић, (1992) оп. cit. 469.

²⁹ Е. Spranger, *Lebensformen*, 3. Izd. 1922, вид. О психологији човека као правног бића, 3, 326, наведено према, Г. Радбрух, оп. cit. 126, 127.

њихове одлуке. Зато се често чује, када се критички износи став о раду судова, тужилаштва, да нема превде или да има правде. У сваком случају свако за себе држи неки облик или смисао правде и правног осећања.

3.3. Правичност

(*Billigkeit*). Поред правде постоји и њој сродна вредност – *правичност*. Правичност је сагласје са правдом. Правичност је правда у појединачном случају. Појам правичности је темељито разрадио Аристотел, који сматра да је правичност једна врста правде.³⁰ Правичност је неписано право, али је такође право и оно што је закон пропустио: оно је допуна закону.³¹ Правичност тежи да се закон примењује сходно свом духу, а не по свом слову (Аристотел).³² Овим се не мења став да је она стварност чији је смисао да служи правди (Радбрух)³³.

Пошто је закон општа норма и предвиђен за апстрактне случајеве, сваки конкретан случај се разликује од тог апстрактног случаја. Стога механичка примена закона на конкретан случај је – неправда, а садржина закона је остварење правде. Овде долази до изражаја правичност, која тежи да се општи законски пропис прилагоди конкретном случају, тако да примена закона на тај случај не доноси неправду него правду.

Праведност, по Аристотелу, праведно је законито и једнако, а неправедно је незаконито и неједнако.

Интерес за праведност³⁴ је универзалан, а садржинске представе су веома различите. Платон, сматра да се праведност може остварити само у оквиру једне државе уређене на законима. „Праведност стоји за хармонију јавне целине и истовремено за душевне моћи појединца³⁵. Праведност је у

³⁰ Аристотел је разрадио појам правичности, икао се мучио шта треба да буде, у свом делу „Никомахова етика“. Вид. Г. Радбрух, *op. cit.* 48.

³¹ Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 468.

³² Правичност (*Billigkeit*) то је изнадзаконско право, које налаже право на важење, тамо где законске норме нису „праведне“ према појединачном случају. Нужност правичности се намеће због несавршеног правног поретка. Речник филозофских појмова, (немачки речник) превод, Београд, 2004. О правичности, вид. 466.

³³ Г. Радбрух, *op. cit.* 48.

³⁴ Праведност (*нем. Gerechtigkeit, lat. justitia*), значи исправан, подесан, примеран. Вид. *Речник филозофских појмова*, (немачки речник) превод, Београд, 2004. О праведности вид. 465.

³⁵ Платон, *Држава*, 4 издање, Београд, 1993. 433а-д. О праведности код Аристотела, вид. Никомахова Етика, 11296 1.

субјективном смислу, највиша врлина која одражава друге кардиналне врлине у њиховој правној равнотежи.³⁶

У нашем писаном праву није нигде изричито прописано да се може одустати од примене писане правне норме у корист правичности. Тиме се несумњиво штити законитост и правна сигурност.

3.4. Истина

Поред правде истина је једна од најважнијих правних вредности. Истина је високо морална дужност, заснована на достојанству човека, као умног и моралног бића³⁷. Истина је важна и представља први услов за остварење правде. „Нема ли истине нема ни правде, као неопходног средства за утврђивање правде“. Стога је утврђивање истине један од најважнијих задатака у праву. Тражење истине је тражење правде (Платон). Истина је објективно дата али је субјективно задата³⁸. Истина је сагласје са стварности. Постоји правна истина, то је јавна истина, не и приватна истина правног органа који је утврђује. Истина није од људског света него је објективно дата, тако да је истина коју људи утврђују, који нису објективни, релативна истина или несавршена истина³⁹.

4. ЧЕСТЕ ИЗМЕНЕ ЗАКОНА И ПРАВНА СИГУРНОСТ

4.1. Честе измене закона.

У најопштијем смислу, закон је израз воље законодавца.⁴⁰ Закон се употребљава у три значења: (1) да би се означило као „*правно правило*“, (2) да би се означио као „*писани правни извор*“, (3) да би се означили они „*закони који имају посебну правну снагу*“, који се доноси од надлежног законодавног органа, по посебно прописаном поступку. То су закони који

³⁶ Речник филозофских појмова, (немачки речник) превод, Београд, 2004. О праведности вид. 465.

³⁷ Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1966. op. cit. 217.

³⁸ О истини опширније, Н. Јованчевић, „Принцип истине у Новом ЗКП од 2011“, *Правни живот*, бр. 9/2012, Том I.

³⁹ Р. Лукић, (1992) op. cit. 468, 471.

⁴⁰ Најчешће коришћена дефиниција у француској правној литератури. По Живновићу, синоним изразанорма (пропис, правило) јереч закон (lex). Вид. Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, - Синтетичка филозофија права, I*, Службени лист СРЈ, Београд, 1997. Осим правних закона, постоје и природни, физички закони и сл. Првобитно је реч закон употребљаван за правне норме, (Аристотел), и тек у доба Римљана, почела је употреба и за природне норме (legis naturale), 87 i dr.

се разликују од уредби. То су највиши правни акти.⁴¹ Закон је темељ законитости и правне сигурности. Иако изгледа једноставна појмовна дефиниција, веома је сложен задатак стварање права - закона. У том правцу најбитније је одредити циљ закона, шта се жели с њим постићи.⁴² Да бисе воља законодавца изразила у уређеном демократском друштву⁴³, потребно је савладати дуг пут, испитивања стања у друштву и потребе за таквим законом, социолошки аспект, психолошки одраз, те политичко-правну потребудоношења закона ради регулисања одређене области, затим, техничко нормативне припреме, финансијске способности, да би се затим прешло на: научно стручну израду закона, излагање јавној расправи нацрта закона, прделлагање законодавцу на дискусију и усвајање и коначно доношење закона. Поред беспрекорног познавања нормативног метода и технике, творац закона мора изузетно добро познавати друштво и друштвене прилике, обичаје и навике људи, достигнути ниво развоја у правној култури и култури уопште, разумети садржину норме и знати успоставити стандард који би стварност могла прихватити. С обзиром да је правна стварност нешта друго од обичне стварности, крије се проблем у стварању права, да би законодавац могао својим законима савладати и преобразити стварност, понекад је разапиње на Прокрустову постељу, како наводи Лукић.⁴⁴

Кроз читаву историју државе и права, види се да су се закони доносили и често мењали, некад да би владари лакше проводили своју суверену власт, некад да би решавали одређене друштвене и социјалне

⁴¹ Р. Лукић, (1966), *op. cit.* 206-207.

⁴² Р. Лукић, *Методологија права*, издање САНУ, Београд, 1977., вид. 172. Само одређивање циља права је сложен задатак. За то је потребно добро познавање целокупног друштва, ступња развоја, закона његовог кретања, и низа других чинилаца који одређују улогу права у друштву.

⁴³ Из историје државе и права се види да су некада владари /деспоти/ били и законодавци, тако да ти закони нису одражавали вољу народа. Ти закони су одржавали само вољу и ауторитет владара, и/или његовог ужег управљачког реда.

⁴⁴ На ову митологијску појаву из Старе Грчке, се позива, Р. Лукић, (1977), *op. cit.* 219. где разматра питања „правног облика“, правне радње и др.

(НЈ) *Прокрустова постеља* из Грчке митологије симболично означава „крути калуп или унапред задату произвољну меру у коју се нешто жели насилно угурати. Прокруст, је позивао људе да се одморе у његовој постељи у гостионици. Особи у лежећем положају ако је дужа од постеље, одсекао би ноге да би се дужине поклапале. Ако је особа краћа од постеље, њено тело би било растезано, да би се опет дужине поклапале. Не зна се шта је горе, бити дужи или краћи“. С обзиром да је правна стварност нешта друго од обичне стварности, из ове митске поруке, крије се проблем у стварању права, да би законодавац могао својим законима савладати и преобразити стварност, понекад је разапиње на Прокрустову постељу. Коначно Прокруст, је и сам настрадао на начин како је и он мучио и убијао људе.

потребе људи, али у савременом демократском уређењу да би побољшали правно уређење одређене области, или да би побољшали и учинили кохерентним читав правни поредак. Но, ни један закон није идеалан и непромењив, јер се он доноси пре свега као један стандард у погледу свих појмовних одредница, он се не доноси за појединачан случај, већ за појаву, као што је Аристотел давно навео, „закон је општа норма која предвиђа апстрактне случајеве“. Закон је једино добар који осликава стварност, и који треба да упућује на стандарде понашања, који су у складу са културним и цивилизацијским нивоом развоја, затим са релевантним међународним стандардима и преузетим међународним обавезама.

У току примене закона, уколико се утврди да закони нису делотворни, да не функционишу, да нису сврсисходни, да су кочница у остваривања циља због чега су донешени⁴⁵ (а то је потребно утврдити и доказати), разматра се њихова измена и допуна. Међутим, није лако одредити у којој мери се циљ права остврује, као што није лако ни одредити тачну функцију права. Нефункционисање одређеног закона, које је имало јасан циљ код доношења, може бити проузроковано разним чиниоцима, а да то није у домену тог права, или закона. Због тога је потребно (што нажалост у новије време код нас није), извршити истраживање и утврдити шта је узрок нефункционисања закона, па тек онда кренути у процедуру измена и допуна или доношења новог закона. Законодавац се треба руководи чињеницом да свака норма, сваки закон мора бити, јасан и прецизан, и да има правничку „гипкост“, ради могућности правилног тумачења и лакше примене и прилагодљивостина конкретне случајеве. Законодавац (а то је првенствено улога правника), мора јасно да схвати улогу правне технике, и да иза својих формула и осталих техничких средстава види, *стварност, стварне људе, или њихов стварни живот*.⁴⁶

4.2 Законитост

Када већ постоје закони поставља се питање њихове примене, њиховог функционисања, њиховог дејства у пракси, тај одраз у пракси, то дејство упућује на питање – адекватности примене закона и адекватности

⁴⁵ По Јерингу, „сврха је творац целокупног права“, па наставља „усмереност воље није довољно“, већ је потребан и циљ !. види, Р. Јеринг, *Циљ у праву*, Издање, Службени лист, СРЈ, Београд и ЦЕСИД, Подгорица, 1998, 17. 26. 27; По Паунду, „историја идеја права је везан за сврху права“. Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књига 1. Издање Службени лист, СРЈ, Београд и ЦЕСИД, Подгорица, 2000, 193.

⁴⁶ Р. Лукић, (1977). *op. cit.* 166-167, те, 173 и др.

провођења закона и са тиме се намеће питање *законитости правне сигурности*. Пре свега законитост је правна вредност. Она је, заједно с праведношћу, правном сигурношћу, потпуношћу и кохерентношћу система правних норми – историјска и цивилизацијска вредност. Законитост као специфична правна вредност у оквиру правних норми и правног поретка у целини подигнуто је на ниво уставног начела. Начело законитости је једна нит која повезује у хијерархији законе и означава њихову снагу, вишег у односу на нижег.

Законитост је у посебном односу с праведношћу. Тако Радбрух, држи да је примена неког закона или поковавање том закону врста праведности, коју би било боље назвати *законитост (Rechtlichkeit)*. Келзен, који је очистио појам права од вредности, држи да појам праведности може ући у правну науку једино у смислу законитости. Праведност значи законитост, у смислу да је закон потребно правилно примењивати на све случајеве на које се према свом садржају, треба примењивати. Праведност у смислу законитости је својство које се односи на примену, а не на садржај позитивног поретка.⁴⁷ Неправедно је применити закон у једном случају, а не и у другом.

Уређеност правног поретка уопште у једној држави и његово функционисање огледа се кроз *принцип законитости*.⁴⁸ Законитост представља усклађеност правних норми у оквиру једног правног поретка по хијерархији, тако да оне не противурече, и то ниже у односу на више.⁴⁹ У Уставу Републике Србије, је успостављен принцип законитости⁵⁰. У њему стоји; „правни поредак Републике Србије је јединствен“. Устав је највиши правни акт Републике Србије. Сви закониии други општи акти донети у Републици Србији морају бити

⁴⁷ Праведност се у том смислу може довести у склад с било којим позитивноправним поретком. На питање, какви су то закони у држави у којима се може погубити најправеднији и најумнији човјек у Атини и читаве Хеладе, мислећи на Сократа. Требали грађанин да поштује такве законе или да им се покорава или треба такве законе осуђивати. За Платона је ауторитет закона био неоспоран и неприкосновен, као што је био и узвишен Сократов одговор на Критонов предлог. Сократ је говорио да нема никаквог значаја што ће у његовој смрти рећи свет који не уме да разликује правду од неправде и да није неправда покоравати се законима већ је неправда кршити законе. Види, Платон, *Закони*, предговор, (8) (9). и 48ц-54.

⁴⁸ О овом види опширније; Ж. Харашић: Законитост као правно начело и правни аргумент, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 47, 3/2010., стр. 745.-767.

⁴⁹ Р. Лукић, (1966) *op. cit.*, 258. Незаконитост је могућа зато што се не познају правни прописи код примене и тумачења, или се то свесно крши одређени пропис, али је могућа и од стране државних орган тзв. „добронамерна“, која је веома штетна. Р. Лукић, *Ibid.* 259.

⁵⁰ „Службени гласник РС“, број 98, од 10 новембра 2006.

сагласни са Уставом. Такође, сви подзаконски општи акти морају бити у складу са законом.⁵¹ Но, принцип законитости како је већ наведено се односи и на конкретну примену закона у пракси, у стварности. Законитост подразумева предвидивост, да се има основа улазити у заштиту на основу закона и да ће остварити заштиту.

Принцип законитости је темељ кривичног права „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*“. Законитост и легитимност закона,⁵² су у садејству са заштитном функцијом кривичног права. Тако се намеће веома сложено питање, границе кривично правне заштите, које би требало поставити у складу са њеним могућностима. Уколико се приликом законског обликовања кривичноправне заштите не води рачуна о законитости, те њеним могућностима, то неће имати за последицу само неефикасност, него може довести до других негативних последица по друштво и појединца.⁵³ Ове друге последице су првенствено – *правна несигурност*. Грађани губе веру и наду да би могли своје конфликте или разне захтеве решавати позивањем на законе и на правосуђе.

Сходно Уставу, „свако има право на судску заштиту, ако му је повређено или угрожено неко људско право. ...“ (чл. 22 УС). Уставом се јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе (чл. 36 ст. 1 УС). Уставом је одређено у оквиру људских права и право на правично суђење, које обухваћа право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама... (чл. 32 ст. 1. УС). Успостављање, законитости у раду свих надлежних институција, а пре свих судова, је императив да би се дуготрајним законитим и ефикасним радом створио осећај код грађана да могу полагати наду у заштитну функцију правосуђа. Грађани који немају осећај да ће „добити“ од суда правду, који не верују правосуђу, окрећу се решавању својих проблема неким ван- институционалним путевима, не ослањајући се на законе и на законске процедуре. То је директни узрок,

⁵¹ У Уставу је давно не само овом из 2006, успостављен принцип законитости. О законитости, закона и општих правних акта, надлежан је Уставни суд, вид. Осми део, „Уставност и законитост“, Устава Србије, чл.194. ст. 1 и 2. и чл.195. Иначе, принцип законитости је успостављен у свим досадашњим уставима Србије, од Устава Књажевства Србије из 1835 (Сретењски устав) па до данашњег.

⁵² Законитост је везана за правилну примену закона, а легитимност је важна за доношење закона, да ли нека област да се регулише законом или не. Треба напоменути да изузетно принцип легалитета је важан и за примену закона.

⁵³ З. Стојановић, *Кривично прао – општи део*, 21 издање, Правна књига, Београд, 2014. 68, 69.

разних корумптивних захвата, који када се увуку у главне друштвене структуре, неминовно доводе до парализе и функционисања државе, те немогућности борбе против те друштвено опасне пошати. У таквим случајевима, једино остаје да се озбиљним реформским захватима и административним мерама, улази у борбу против тога зла.⁵⁴

4.3. Правна сигурност

Правна сигурност или још више извесност, представља услов сваког разумног правног поретка.⁵⁵ Правна несигурност поуздано руши правни поредак, и зато је сигурност веома важна правна вредност. Правна сигурност се *онтолошки* жели објаснити и самом људском природом. Нема сумње да човек свесно или подсвесно, тежи сигурности из простог разлога што жели да живи и да буде заштићен од опасности за свој живот – да буде сигуран. Принцип правне сигурности је веома значајно питање, из више разлога. То директно утиче на привредни развој и привлачење страних инвеститора/инвестиција⁵⁶. Правна сигурност, подразумева *предвидивост*, да се има основа улазити у заштиту на основу закона и да ће остварити заштиту.

Честе измене закона - законитост и правна сигурност, разматрају се нарочито у кривично правној области, али се у расправи нужно дотичу и друге области права, с аспекта, правде, правичности, правне сигурности, и др. Једно од узрока правне несигурности и неефикасности судова и других државних органа јечеста измена закона, нарочито ако се они доносе по хитном поступку (каква је код нас пракса, али и у државама насталим након распада Југославије). Принцип законитости се нарочито доводи у питање, код примене нових закона, јер за сваки нови закон потребно је време да би се људи пре свега могли с њим упознати, а затим да би своје понашање могли ускладити, да би се могли прилагодити и владати у складу с њим. Незаконитост је могућа и зато што се не познају правни прописи код примене и тумачења, или се свесно крши одређени

⁵⁴ Случај који се догодио у Француској у 18 веку, када је корупција захватила све слојеве друштва, тако да практично, више није имао ко коме да суди. Наиме, злоупотребе највиших службеника, одговарале су у свему злоупотреби нижих службеника, који су се у овом угледали на предпостављене, тако да се у кривичном правосуђу у 17. и 18. веку била створила права трговина. О овом види опширно, докторску дисертацију, М. Радовановића, *Злоупотреба службеног положаја или овлашћења*, Београд, 1958, 27-29.

⁵⁵ Ђ. Тасић, *Расправе из филозофије и теорије права*, Правни факултет у Београду, Београд, 1992. 25.

⁵⁶ У Крагујевац 13-14. април 2016. године, одржано световање, „Правна сигурност као послешујући фактор за директне стране инвестиције“.

пропис, али је могућа и од стране државних орган тзв. „добронамерна“, која је веома штетна.⁵⁷

Многи закони су у својим бројним одредбама нејасни па чак и противуставни, па се тако у пракси у примени тих закона, доводи у питање *принцип законитости*, а последица остаје *правна несигурност*. На тај начин стварност нема заштиту, не осећа правду, она осећа неправду, јер њу не интересује зашто не функционишу судови, зашто се не примњује закон, већ зашто не може да дође до правде и субјективне заштите. То је осећај несигурности, који се тешко отклања.

Иначе, идејаправне сигурности, потиче из стриктног права, али је модификована идејама правичности и природног права.⁵⁸ Правна сигурност, је особена правна вредност, једна од најкарактеристичнијих и најважнијих његових вредности.⁵⁹ Да би се обезбедила сигурност, зрелост права снажно инсистира, на извесности и као резултат таквог инсистирања ова фаза се може упоредити са стриктним правом.⁶⁰ Паунд, користи интересантан појам „зрелост права“; зрелост права подразумева „једнакост и сигурност“. Једнакост потиче од инсистирања на правичности и природном праву, *прво* да се сва људска бића третирјау као личности, *други део*, на провођењу стриктног права, једнакост у деловању правних прописа, једнакост у могућности испољавања, свачије способности и коришћења имовине.⁶¹

По Радбруху, постоје само три правне вредности: *правда*, *сигурност* и *целисходност*, као и да између њих може доћи до супротности.⁶² Посебно је изражена супротност између сигурности и других правних вредности. Због тога је важно код доношења и примене закона водити рачуна, о та три вредносна начела. По Радбруху, врховна вредност је ипак – сигурност, која у ширем смислу обухваћа *мир* и *ред*.⁶³ Но, по Лукићу, ред и мир је само један од услова сигурности, која је делимично и њихова последица. Стога се сигурност може узети у ужем смислу, као стање извесности примене правних норми у свим случајевима

⁵⁷ Р. Лукић, (1966), *op. cit.* 259. Случај ако државни органи свесно се не прджавају закона, сматрајући се бољим познаоцем од законодавца. Иначе, лакао се отклањају незаконита акта појединаца, па и несвесно кришење заакона од државних органа, јер се то исправља од сгране вишег органа.

⁵⁸ Р. Паунд, *Јуриспруденција*, Књига 1. ЈП Службени лист СРЈ, Београд, ЦИД Подговрица, 2000. 227.

⁵⁹ Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 479.

⁶⁰ Р. Паунд, *op. cit.* 227.

⁶¹ Р. Паунд, *op. cit.* 227.

⁶² Наведено према Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 481. Те, Г. Радбрух, *op. cit.* 94. 95.

⁶³ Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 479.

које оне регулишу.⁶⁴ Ово објективно стање изазива свест о постојању сигурности, њену субјективну страну, која делује повољно на ток правних а тиме и друштвених односа.⁶⁵ Субјекат права зна поуздано какве су последице његових радњи, и како могу постићи своје циљеве помоћу права да мирно и систематски раде у том правцу. У ситуацији када се закони често мењају, долази до супротних понашања у односу на наведено.

Без правне сигурности нема примене права, тако да уместо њега ступа на сцену или анархија, бесправље, насиље, и све што је супротно праву. Отуда је велики значај правне сигурности, услед чега је многи узимају и за врховну правну вредност.⁶⁶ Правна сигурност је ипак само средство, али врло битно за остварење не само врховне него и свих других правних вредности.⁶⁷ Наиме, делотворно право је гарант сигурности, али код провођења тих врховних вредности (правде, законитости, сигурности) не могу се занемарити и друге вредности установљене стриктним правом: слобода диспонирања својим правима, правичност, једнакост у поступку, суђење у разумном року и сл. јер би се тиме претворило у своју супротност - неправу. Правне вредности се морају узајамно ограничавати. Дакле, правна сигурност може постојати само уз спонтану самосвојну друштвену сигурност, постојаност друштвених односа и њихов знатан аутоматизам.⁶⁸

Сигурност је основа поверења у право и његову снагу. Због неповерења (ако се не остварује оно што је прописано) би се успорио цео правни живот, а тиме и друштвени развој. Стога се треба чувати и сувише честих и дубоких измена права, јер мада формално оне не крше сигурност, ипак је фактички слабе, пошто људи очекују измене, а оне уносе стварну несигурност, макар формално она и не постојала.⁶⁹

Лични осећај сигурности код људи, је природан осећај и потреба, који подразумева очекивање да ће се право у сваком случају било уопште, било у односу на индивидуално, благовремено и потпуно примењивати и стриктно поштовати. У стању сигурности људи сене боје да улазе у законите и сигурне правне односе, а ако нема правне сигурности људи ће се уздржавати од заснивања правних односа као и од извршења својих

⁶⁴ Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 479.

⁶⁵ Р. Лукић, (1992), вид. Друштвено-правне вредности. 479; у истом смислу, Ђ. Тасић, *op. cit.* 25.

⁶⁶ Г. Радбрух, *op. cit.* 94. 95; Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 479.

⁶⁷ Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 480/481.

⁶⁸ Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 480/481.

⁶⁹ Р. Лукић, (1992), *op. cit.* 481.

правних обавеза. Прво у страху да неће остварити право, а друго да ће кривац остати некажњен без санкције.

Пошто је правна сигурност вредносна категорија, која се не доказује већ само образлаже, нарочито је изражен осећај грађана према раду суда и судским одлукама које често доводе до апсурда.⁷⁰ Судска сигурност би била за појединца или уопште, осећај да суд ради: праведно, правично, законито, ефикасно, економично, поштено, фер, с поштовањем људског достојанства. У најкраћем од суда се очекује изрицање правде, „једнако поступање у једнаким или сличним стварима“.

4.4. Стање у правосуђу и правна сигурност

Свака држава је дужна да организује свој правни систем тако да омогући да свако има право приступа независним и непристрасним правосудним институцијама организованим на основу закона. Владавина права и демократија захтева уређење правосудних институција тако да се учини равноправна доступност правде свим грађанима, оснивањем „независних и самосталних“⁷¹ правосудних институција, које су обезбеђене материјално и са довољним бројем носилаца правосудних функција, способних да у разумном року доносе квалитетне одлуке као основ извршења, односно основ за остваривање појединачних права грађана.

Стање у правосуђу и рад правосуђа, снажно делује на правну сигурност грађана. Учестала неуједначена судска пракса, спорост у решавању предмета, директно делује на правну сигурност. У Србији делују

⁷⁰ Случај Андрејић, који је вођен пред Вишим судом у Пожаревцу. Оптужена је мајка за убиство свог 12 годишње сина, у истрази признала убиство, описала како се то догодило, имала огреботине по телу идр. На главном претресу одбацила своје признање, дечак није никада пронађен, након једне године пронађена лобања дечака, на месту где је Марина тврдила да га је закопала, првостепени суд у Пожаревцу је два пута изрицао казну заатвора од 20 година Марини, да би коначно била ослобођена од стране Апелационог суда у Београду. Нико не верује у ту пресуду. Касније је Марина добила и накнаду штете.

⁷¹ Из одрфеђених удужења и асоцијација, те појединаца и удружења судија и тужилаца, се у континуитету потенцира потреба потпуне „самосталности и независности“, правосуђа од друге две гране власти., шта је права демагогија. Није прихватљиво заговарање „апсолутне самосталности и независности судова или тужилаштва“, напротив због губитка угледа правосуђа и поверења у правну државу, треба појачати контролу рада судова и тужилаштва од стране државе. Нико не може сам себе контролисати, па ни правосуђе само себе, без обзира на хијерархијско уређење судова и тужилаштва. Судије и овако су недодирљиви, а то се види по томе да се представке и притужбе на рад и понашање судија и тужилаца уопште не уважавају.

четири апелациона суда, и судска пракса међу њима није уједначена, иако се у том правцу чине значајни напори.

Због различите судске праксе током 2013. и 2014. године, Уставни суд је усвојио велики број уставних жалби због повреде права грађана на једнаку заштиту права, односно због неједнаког поступања судова у истим чињеничним и правним ситуацијама.

Због неуједначене судске праксе и других техничких проблема, сада се говори о томе да треба да постоји само један апелациони суд у Србији и био би у Београду, (који би једини имао одељење судске праксе), а имао би своја одељења у Новом Саду, Крагујевцу и Нишу. Уједначавање праксе судова у целој Србији знатно би допринело смањењу великог броја представки изјављених Европском суду за људска права против Србије. Иначе, Врховни касациони суд је на уједначавање судске праксе обавезао и привредне и прекршајне судове, као и Управни суд.

Ако у двачињенично и правно идентична предмета судови донесу различите преуде, иако је претходна пресуда, прошла комплетну контролу, од Основног, Апелационог, до ВКС, и ако је тај други суд с тим упознат, и поред тога доноси супротну одлуку коју потврђује Апелациони суд⁷², онда за грађане не постоји правна сигурност и правна извесност.

Правна сигурност има и један особени правни значај, осим свог природног осећања и потребе за правдом, - она тежи да право буде ефикасно⁷³ у заштити и регулисању разноврсних друштвених и појединачних односа, она тежи да се брзо оконча сваки предмет и да то буде правоснажна одлука, јер без правоснажности право није делотворно.⁷⁴

У овој расправи се види да правна сигурност најјасније говори о стању у правосуђу. Правна сигурност, није творац права, она се разликује од принципа законитости, она је последица до које је дошло, услед

⁷² Ради се о парничном предмету, који чињенично и правно идентичан са предметом, између истих странака, само је разлика што се у првом имовина налази у Ивањици а у другом у Београду, где је велика вредност спора, (зграда у Београду, Савски трг 9), предмет је стар преко 25 година, и на срећу није то могло проћи на ВКС, јер је усвојена изузетно дозвољена ревизија и пресуде Вишег суда у Београду и Апелационог суда у Београду су укинуте, (Решење, Рев. 1160/2016. Од 25. 01. 2017), те је предмет враћен на поновни поступак првостепеном Вишем суду у Београду, који се води под бр. П. 2368/17).

⁷³ Ефикасност је сродна правној сигурности али није исто. Ефикасност примене се састоји у подобности метода примене да право изазове оно дејство које му је постављено као циљ. Ако примена није довољно брза, она је неефикасна. Вид. Р. Лукић, (1977) *op. cit.* 223.

⁷⁴ Р. Лукић, (1992) *op. cit.* 481.

непримене или нефикасне примене права, те услед честих измена закона. Због тога се држи да је и правна сигурност принцип у вредносном смислу, веома значајан за лични осећај грађана, али и објективно за функционисање једног правног поретка. Дакле, правна сигурност је „сеизмограф стања“ у примени права, и делује повратно на ревизију постојећих закона, који су довели до правне несигурности.

У Србији је нарочито под ударом јавности, али и институција Европске уније, правосуђе, Поглавље 23 и 24. које се односи на правосуђе и темељна људска права, те, на правду, слободу и сигурност. Србија као придружни члан ЕУ, преузела је обавезе прилагођавања својих закона европским стандардима (*acquiscommunautaire*) те уређењу правосуђа које би тербало бити делотворно, ефикасно, законито, доступно грађанима и др. и у том првцу чини значајне напоре.

Међутим, какво је стање у правосуђу у Србији, и поред сопственог искуства и осећања, недостају бројни потребни подаци и истраживања, да би се давала приближно тачна анализа и оцена. Овде се само износе одређени подаци из Извештаја Савета за борбу против корупције, од 22. 03. 2016, године, којису више индикативне природе.⁷⁵

У извештају се анализира доступност грађана правосудним институцијама с обзиром на територијалну, функционалну и материјалну могућност. Територијална доступност, односно мрежа судова, сагледава се сходно: броју становника који покрива надлежност једног суда, удаљеност од места становања, број предмета у одређеном временском периоду, привредна и друга развијеност подручја које покрива правосудна институција (суд и тужилаштво), традиција постојања правосудних институција и др.

У извештају се налази да није успостављена мрежа судова сходно објективним мерилима, тако да је често коришћена установа делегирања судија и судова, што је производило значајне трошкове.⁷⁶ Иначе, да нису утврђена објективна мерила за број потребних носилаца правосудних функција, али и избори нових носилаца правосудних функција се не врши према објективним критеријумима.⁷⁷ Када се сагледа укупан број судија

⁷⁵ Савет за борбу против корупције је тело, Владе Републике Србије, број извештаја 72 број: 021-00-3296/2016. од 22. 03. 2016. (Скраћено – Извештај Савета).

⁷⁶ Да број судова и тужилаштава не омогућава равномерну доступност правосудних институција упућује број делегираних надлежности који је према допису Врховног касационог суда бр. II Су-17 261/15 од 12.10.2015. године износио 6.888 за период од 01.01.2014. године до 12.10.2015. године.

⁷⁷ Око 85 одсто судија и тужилаца сматра да се избори на функцију и напредовање у каријери не одвијају искључиво по објективним критеријумима. Већина сматра да приликом избора на више положаје постоје лична веза и непотизам, а то се односи и

код нас, произилази да је код нас највећи број судија у Европи према броју становника.⁷⁸

У извештају се наводи (шта је већ одавно познато) да су проведене две реформе у области правосуђа, 2009 године и 2013. Реформа од 2009 године је био потпуни промашај, са несагледивим последицама у законодавном, сигурносном и материјалном смислу.

У реформу од 2009. године се ушло а да није урађена објективна анализа ни једног од горенаведених елемената и мрежа правосудних институција. Законом о „мрежи судова“ из 2008. године укинута су многи судови тако да је број од 138 општинских судова, колико их је било пре реформе, сведен на 34 основна суда са приближно истом надлежношћу.

Реформом од 2013 године, констатовано је да је неодрживо мали број од 34 основна суда, због чега је дошло је до измене закона којим је повећан број основних судована 67, међутим одговор на питање колико нам је судова односно правосудних институција потребно није дат, јер ни до данас није урађена анализа према објективним мерилима, којим би се једино могло доћи до равномерне територијалне доступности правде за све грађане. Правосуђе у том периоду није постало ефикасније, а нова мрежа судова је постала недоступнија грађанима, јер су поред превисоких судских такси, повећани трошкови доласка до суда, а уз то дошло је до нових трошкова за државу, за путовања судија, тужилаца и сл.⁷⁹ У Извештају се истиче да, ни једна Влада није извршила анализу тако да је остало непознато колико је државу коштала реформа мреже правосуђа из 2009. године.⁸⁰

код првог избора на функцију. Такође, оцењују избор судија и тужилаца нетранспарентним. На крају, шта саме судије и тужиоци мисле о правосуђу, говори њихова просечна оцена од 2,67 у случају судија, и 2,58 у случају тужилаца.

⁷⁸ У извештају се сматра да то упоређивање, може бити један од објективних елемената за утврђивање броја потребних носилаца правосудних функција. Ово тим више што су утврђена мерила за оцену рада судија и тужилаца, па онда нема разлога да се на објективан начин не утврди укупан број потребних носилаца правосудних функција.

⁷⁹ На почетку реформе из 2009. године било укупно 1.318.059 нерешених предмета, да је на крају 2014. године било 2.849.360 нерешених предмета, а на крају 2015. године 2.837.468 предмета, што значи да реформа није дала резултате јер правосуђе није учињено ефикаснијим.

⁸⁰ Савет налази, да промена закона у односу на мрежу судова, који је мењан па накнадно доношених закона, без обзира што је број судова повећан, није дала одговор да ли је број судова велики или мали, јер је мрежа судова успостављена опет без икакве анализе горе наведених елемената. Доношење бројних нових закона и њихва честа измена, доводе до правне несигурности и резултирају повредом права на суђење у разумном року. Извештај Савета, стр. 7.

У погледу законодавне динамике, доношења нових и честе измене постојећих закона, по хитном поступку,⁸¹ без утврђене потребе за тим, те довољне научно-стручне расправе, Савет налази, да су многи закони преписани из друге културе и других околности, који стварају проблеме правосуђу, али и друштву, јеристим није поштован степен развоја демократије, образовања, сиромаштваодносно нашихособности, које морају бити уграђене у наше прописе.

Изостанак система и анализа разлогадоношења прописа и последица које они треба да произведу, указују да јевеомачесто код нас циљ доношења прописа само доношење, а не доношење квалитетних прописачија је имплементација могућа. Многи закони се доносе по хитном поступку са одложеномприменом тако да се неки закони пре почетка примене мењају неколико пута.⁸²

Сваки закон у свом основу треба да одражава намеру да се у друштву нештопромени, поправи, али да то не буде компликовано, неразумљиво просечном грађанину, јерзакони морају да прате живот наших грађана, да прате дух времена код нас и да гаосликавају. Закони не могу да предвиђају живот, али не могу ни превише да заостају заживотом, јер онда долази до раскорака који представља необликовано време у коме судијанема законско регулисање и мора прибећи *правдик*оју сам процењује, што стваранеуједначеност у судској пракси и правну несигурност.

Савет је урадио анализу само сета правосудних закона и процесних закона иутврдио је да је у току пет година Закон о јавном тужилаштву десет пута измењен, Закон осудијама имао је дванаест измена, Закон о уређењу судова измењен је осам пута, Закон оправосудној академији имао је две измене, Закон о Високом савету судства и Закон о Државном већу тужилаца имали су три измене, Закон о извршењу и обезбеђењу имао јечетири измене, Закон о парничном поступку мењан је три пута док је Закон о кривичном поступку имао пет измена.⁸³ Кривични законик је од 2005, мењан седам пута.

⁸¹ По Извештају Савета, у 80% случајева закони се доносе по хитном поступку, без јавне стручне расправе.

⁸² Добар пример је Законик о кривичном поступку који је мењан четири пута пре почеткаопштепримене. Треба навести и да је 2006. године донет Законик о кривичном поступкукојиникада није почео да се примењује, а који је након доношења у два наврата мењан и накрају је стављен ван снаге.

⁸³ Примера ради, по независности судства смо на 122. месту, а по ефикасности решавања спорова на 124. месту од посматране 134 земље по индексу конкурентности Светског економског форума. Да бисте на суду наплатили потраживање од милион динара, у просеку вам треба 635 дана и кошта вас 40 одсто потраживања, показују подаци са Дуинг бизнис листе. У таквим околностима

Овако честе измене основних, „кривних закона“, јасно упућују да су на законима радили недовољно стручни или неискусни људи,⁸⁴ који не знају да ускладе законе са животом, а на шта упућује и све чешће тражење аутентичних тумачења, као и мишљења која се у стручној јавности траже. Такви закони доводе до константне реформе којанарочито штети правосуђу, али посебно правди и правној сигурности.

Савет налази, да давањем позитивних мишљења међународна заједница је до сада показала многостручности и непознавања наших особености, тако су дата многа мишљења са којима сеније слагала наша стручна јавност, нарочито у односу на правосудне законе у реформи, из чега произилази да се Влада, код доношења закона који су веома често некавалитетни, заклања иза мишљења међународне заједнице, иако се веома често ради о преписаним законима који не осликавају нашу реалност.

Доношењем новог Законика о кривичном поступку од 2011 године, уведене су бројне и суштинске промене на пољу процесног права. По први пут се уводи тзв. адверзијални систем (наглашено страначки), процесна начела, су испретурана и добила су другачији значај и смисао у новом систему, принцип истине је избачен, одлуке се темеље на судским процедурама, уведен је споразум о кривици, тужилачка истрага (без потребне припреме и пратећих ресурса)⁸⁵ тужилац руководи предистражним поступком и истрагом. Оштећени нема право да преузме гоњење, уколико тужилац одустане од истраге или када одбаци кривичну пријаву. Законом је одређен сумарни поступак за дела до 8 година затвора, што је неразумно. Пре свега, кривична дела од 5 година па на више су средње тешка дела и не могу никако бити лакша дела, за која је забрањена казна затвора до 8 година, и да суђење проводи судија појединац. Постоје бројне аномалије у ЗКП/2011, посебно није правилно

несигурност и ризик пословања су огромни. Према искуству привредника, код једноставне наплате потраживања, када имате сва уредна документа, треба вам две до две и по године да би суд пресудио у вашу корист. Судије су преоптерећени бројем редмета, тако да је и цео систем неефикасан. Извештај Савета, стр. 21.

⁸⁴ Савет је уочио да се често оснивају *ad hoc* комисије за изразу нацрта закона састављене од лица која нису стручна за одређену област. Резултат таквог начина доношења закона су: нејасни, непрецизни, непотпуни, неуставни закони, закони који су супротни другим системским законима.

⁸⁵ Тужилачка истрага није дала очекиване резултате. То је очито и евидентно. Савет сматра да након протекла времена примене тужилачке истраге, правосуђе мора да изврши анализу учинка тужилачке истраге и да одговори да ли је тужилачка истрага примерена сиромаштву наших грађана који нису у стању да плате квалитетне браниоце и и да ли су код таквог стања право и правда доступни свим нашим грађанима.

постављена улога окривљеног, где се његова одбрана може проверавати „унакрсним испитивањем“, иако он има право да се брани на начин како то њему најбоље одговара, и др. Осим тога у целини гледано тај законик који је рађен по угледу на англо-америчке процедуре, није заживео и судије воде поступке „скоро по старом“, сукобљавајући тако судију са законским решењима, поступак је веома скуп и не одговара културном наслеђу и развоју нашег друштва, поготову што на овим просторима вековима влада европски континентални систем, савремени акузаторско-инквизиторски.

Из наведеног се види да правосуђе не функционише на задовољавајућем нивоу, да је све више изражена правна несигурност, да је правда за грађане спора и све удаљенија.⁸⁶

5. ЗАКЉУЧАК

Право је „жива динамична појава“, оно треба да прати промене у стварности, у друштву. Закон је темељни правни акт права, и уједно је темељ законитости и правне сигурности. Веома је сложен задатак стварање - закона. Није спорно да је мењање закона нужно да би пратили развој друштва у целини, и у том правцу најбитније је одредити циљ закона, шта се жели с њим постићи. Измене закона, поготову честе измене, без озбиљне научно-стручне припреме, а то подразумева претходно истраживање и анализу потребе измене или допуне или доношења потпуно нових закона, објективно доводе до правне несигурности.

Након измена или доношења потпуно новог закона, чак и „најбољи нови закон“ захтева дуже време да буде прихваћен од стварности. Кроз тај период могуће је да се – као бумеранг јави – правна несигурност. То намеће закључак да не треба мењати законе који су успоставили одређену сигурност и који су прихваћени од стварности, осим у случајевима када они представљају кочницу у развоју друштва.

Правдом се може назвати примена неког закона, или покоравање том закону, али и сам тај закон. Правна правда је строго везана за равнотежу, једнакост, онога што се размењује („једнако поступање са једнаким, а неједнако са неједнаким“). Правда је и лични доживљај човека, у конкретном случају. Правда је осећај предвидивости, да ће добити законску и судску заштиту. Правичност је правда у конкретном случају. Супротно од правде је неправда, која доводи до правне несигурности.

⁸⁶ Изгледа да је сасвим исправна Јерингова мисао, да „нема веће неправде од закшњеле правде“.

Правна сигурност је последица до које је дошло, услед некавалитетних закона, не примене или неефикасне, некавалитетне примене закона, те услед честих измена закона.

Принцип правне сигурности у вредносном смислу је веома значајан за лични осећаји достојанство грађана, али и објективно за функционисање једног правног поретка. Стога се може закључити да је правна сигурност „сеизмограф стања“ у примени права - закона, и делује повратно на ревизију постојећих закона, који су довели до правне несигурности.

Измена сета закона из области правосуђа, те реформа од 2009 године, која је вршена без довољне научно-стручне припреме, па и потребе, налази се да је та реформа донела не само непроцењиву материјалну и моралну штету, већ и дуготрајну правну несигурност.

Када се тим процедурама доведе до правне несигурности грађана, онда се проблеми које доноси живот решавају ван институција, разнимдруштвено неприхватљивим радњама. Надам се да ће ова расправа допрети до оних који често мењају законе и да схвате да су и „најгори закони бољи од оних који се често мењају“ (Лукић).

ЛИТЕРАТУРА

- Живновић, Т., *Систем синтетичке правне филозофије*, - *Синтетичка филозофија права*, I, Службени лист СРЈ, Београд, 1997.
- Живновић Т., *Основи Кривичног права Краљевине Југослвије*, Општи део, I књига, Београд, 1935.
- Јерусалем, В., *Увод у Филозофију*, Београд 1925.
- Јеринг, Р. (R. v. Jhering) *Cilj i pravi*, I Том, CID, Podgorica, 1998.
- Јованчевић, Н., „Принцип истине у Новом ЗКП од 2011“, *Правни живот*, бр. 9/2012, Том I.,
- Јованчевић, Н., „Новине у закону о изменама и допунама КЗ, од 2012, 2013“. *Бранич*, часопис АК Србије, Београд, бр. 3-4/2013. (39-70),
- Јованчевић, Н., „Новине у Закону о изменама и допунама Закону о извршењу кривичних санкција, 2011“, *Бранич*, часопис АК Србије, Београд, бр. 1-2/2011. (107-119),
- Јованчевић, Н., *Ново кривично процесно право*, (сходно Законику о кривичном поступку од 2011), Досије, 2015.
- Јованчевић, Н., *Кривични законик*, са приказом и коментаром измена и допуна закључно са 2016. *Профи систем*, Смедерево, 2017.
- Јованчевић, Н., „Проблеми са судском праксом“, *Бранич*, часопис АК Србије, бр. 3-4/2009. (29-39),
- Келзен, Х., *Главни проблеми теорије државе и права*, „II Службени лист СРЈ“, Београд и ЦИД Подгорица, 2001.
- Лукић, Р., *Увод у право*, Београд, 1966.
- Лукић, Р. *Методологија права*, Београд, 1977.
- Лукић, Р., *Систем филозофије права*, I. *Филозофија*, 2. *Филозофија права*, Свремена администрација, Београд, 1992.
- Макијавели, Н., *Владацац*, Ризница, Београд, 2010.
- Монтескије, *О духу закона*, Том I, ЛИБЕРТАС, Филип Вишњић, Београд, 1989.
- Монтескије, *О духу закона*, Том II, ЛИБЕРТАС, Филип Вишњић, Београд, 1989.
- Обрадовић, М., *Јавне финансије и правна сигурност*, (НАЛЕД), *Нова економија*, бр. 47/2018, Београд.
- Пауновић М., Царић, С., *Европски суд за људска права*, - *основна начела и ток поступка*, Службени гласник, Београд, 2006.
- Платон, *Закони*, Београдски-издавачки графички завод, Београд, 1990.
- Платон, *Држава*, 4 издање, Београд, 1993.
- Паунд, Р. *Јуриспруденција*, књига 1. Издање Службени лист, СРЈ, Београд и ЦЕСИД, Подгорица, 2000.
- Радбрух, Г., *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980.

Радовановића, М., *Злоупотреба службеног положаја или овлашћења*, Београд, 1958.

Стојановић, З. *Кривично прао – општи део*, 21 издање, Правна књига, Београд, 2014.

Тасић, Ђ., *Расправе из филозофије и теорије права*, Правни факултет у Београду, Београд, 1992.

Харашић: Ж., Законитост као правно начело и правни аргумент, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 47, 3/2010.

Речник филозофских појмова, (немачки речник) превод, Београд, 2004.

Извештај о стању у правосуђу, од 2016. год. Савета за борбу против корупције.

Nedeljko JOVANČEVIĆ

LEGISLATIVE DYNAMICS AND LEGAL CERTAINTY

Summary

This brief discussion of frequent changes of the laws and its negative impact on the legal certainty is not only the result of a scientific expert analysis, based on relevant literature, but also certain research and personal experiences. It follows from the above discussion that it is harmful to change the laws often, because it acts negatively on the legal certainty of citizens, who lose hope in justice, in the judiciary and finally in the legal order of a state. The discussion does not apply *in concreto* to the judiciary or the legal order of any state. This is a reminder of legal justice, legality and legal certainty in general, with reference to some research conducted in Serbia. In the consideration of these more philosophical terms, the analysis leads to the conclusion that frequent changes of the laws directly affect legal certainty. When these procedures lead to the legal uncertainty of citizens, then all problems that may occur in life are resolved out of the institutions, by various socially unacceptable actions. I hope that this debate will reach those who frequently change laws and realize that "the worst law is better than those who change frequently" (Lukic).

Key words: *law, justice, equity, legal certainty, judiciary.*

Рад је предат 2. маја 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Александра ЉУШТИНА*

Криминалистичко-полицијска академије у Београду

Зоран ЧВОРОВИЋ**

Универзитет у Београду, Институт Факултета безбедности

ЕКОЛОШКИ КРИМИНАЛ – ИЛЕГАЛНА СЕЧА ШУМА

Апстракт: Шума представља један од основних функционалних елемената биосфере. Она је сложена природно-историјска творевина која се карактерише значајним и бројним одликама које имају трајан значај за људско друштво. Шуме и шумска земљишта, са својим функцијама (производња дрвене масе и значајног елемента заштите и унапређивања животне средине), јесу добра од општег интереса која уживају посебну заштиту и користе се под условима и на начин који су прописани законима. Непоштовање прописа из области заштите шума и шумског земљишта доводи до појаве еколошког криминала.

Један од најзаступљенијих облика савременог еколошког криминала је илегална сеча шума. На значај, обим и последице илегалних активности у сектору шумарства указује нестанак шума и деградација шумских ресурса широм света. Последице су бројне, најизраженије се огледају у губитку биолошке разноврсности, повећаној емисији гасова “стаклене баште”, као и значајном утицају на квалитет живота, заједница које свој опстанак базирају на шумским производима и услугама. Управо због тих чињеница проблематика везана за илегалне активности у сектору шумарства постаје све значајнија тема глобалних дискусија и процеса на међународном нивоу.

У раду се поред анализе илегалних активности у сектору шумарства на глобалном нивоу, анализира актуелно стање у Републици Србији.

Кључне речи: *еколошки криминал, илегална сеча шума, шумарска сертификација.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Еколошки криминал по природи је сложен друштвено-правни феномен, који је одраз савремених друштвених односа. Само егзистирање еколошког криминала заснива се на две врсте претпоставки:¹

* Ванредни професор, aleksandrastefan@yahoo.com

** Стручни сарадник

- прва претпоставка неопходна за егзистирање еколошког криминала је да људска активност (међутим, понекад и пропуштање одређене активности) изазива штету у животној средини у виду загађења или деградације животне средине. Управо те негативне антропогене промене у животној средини могу да угрозе одрживи развој друштва и
- друга претпоставка неопходна за егзистирање еколошког криминала заснива се на чињеници да је човек друштвено биће, да се повинује друштвеним законима. Зато је позитивна законска регулатива основни услов постојања одговорности за еколошки криминал. Међутим, историјска „нестабилност“ еколошког криминала огледа се у чињеници да се друштво стално мења, трансформише, а то утиче и на еколошки криминал и његово постојање.

Еколошке правне норме, настајале су постепено, безмало са самим почецима права уопште, о чему сведоче прописи у древној Индији, старом Египту, античкој Грчкој, Риму и другим античким државама. Након пропасти Римског царства, до нове афирмације правних норми које се односе на заштиту животне средине у средњем веку, дошло је тек настанком слободних градова почев од XI века на територијима данашње Велике Британије, Италије, Француске. До даљег развоја правних норми у области заштите животне средине, у облику који данас познајемо, дошло је тек настанком модерне државе након великих револуција крајем XVIII и почетком XIX века. То је био период настанка уставности и законитости, правне државе и савременог правног поретка и правног система.²

За разлику од већине норми друштвеног понашања, на чији настанак могу да делују многи чиниоци економског, политичког, психолошког и другог карактера, у зависности од односа снага у друштву и њихове интеракције, еколошке норме се одређују превасходно на основу стања у животној средини и на много егзактнији начин. Због тога се оне често косе и долазе у колизију са раније важећим правним и моралним нормама. Тако се норме, које су традиционално означавале добро понашање у људском друштву, мењају или, чак, у неким случајевима и укидају под утицајем екологије. На пример, лов и риболов су од памтивека сматрани пожељним активностима. Временом се увидело да они, уколико су неконтролисани, могу штетно да делују на животну средину, па чак и угрозе или униште поједине врсте. Због тога су данас лов и риболов у већем делу света или контролисани или забрањени (у

¹ А. Љуштина: „Еколошки криминал-претња одрживом развоју“, *Ecologica*, бр. 87, Београд, 2017, 726-730.

² Д. Миленковић: *Збирка прописа из области заштите животне средине*, Службени гласник, Београд, 2006, 11.

случајевима угрожених врста). Првобитне норме понашања измењене су под утицајем спознаје да је еколошки систем у природи угрожен.

Човек је сложено биосоцијално биће, са једне стране он је деоприроде, док је са друге стране друштвено биће које је условљено друштвеним нормама. Физичко здравље, ментално и социјално благостање људи зависи од стања у друштвеном окружењу и животної средини. Људска егзистенција заснива се на поштовању природних и друштвених закона. Природни закони обезбеђују физичко постојање док друштвени закони уређују норме понашања у циљу обезбеђења адекватних услова у животної средини чувајући динамичку равнотежу између људских активности и животне средине.³

2. ЕКОЛОШКИ КРИМИНАЛ – ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ

Еколошки криминал представља сложени скуп еколошких кривичних дела. Генерално, под еколошким криминалом подразумева се било какво кршење националног или међународног еколошког права, односно конвенција којим се осигурава очување и одрживост животне средине и здравље људи.

Еколошки криминал обухвата широку лепезу криминалних активности, међутим оне се могу класификовати у две основне групе:

- прва група обухвата еколошка кривична дела везана за илегалну експлоатацију природних ресурса: илегалну трговину заштићеним дивљим врстама; илегалну сечу шума и незаконит риболов и
- друга група еколошких кривичних дела везана је за загађење животне средине: незаконито одлагање опасног отпада и илегалну трговину контролисаним хемикалијама.⁴

Обим еколошког криминала је веома тешко проценити, а будући да се најчешће еколошки криминал испољава кроз илегалну трговину процене се ослањају на екстраполацију из стварних заплена, а делом на претпоставкама. Ови напори се додатно компликују чињеницом да се веома често, упоредо са илегалном, одвија и легална трговина робом у

³ А. Љуштина: „Правне норме у заштити животне средине“, *Научни скуп са међународним учешћем „Правне норме у времену и простору“ – Зборник радова (прва свеска)*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2012,432.

⁴ А. Љуштина: “Организовани еколошки криминал у савременим студијама безбедности“, *Супротстављање организованом криминалу: правни оквир, међународни стандарди и процедуре – зборник научностручног скупа са међународним учешћем*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013,397-406;

области екологије. Међутим, размере илегалне трговине не би требало потценити. Наиме, процене сугеришу да је минимално 25% међународне трговине дивљим животињама и биљкама илегално. Једна детаљна студија урађена 2004. године за америчко Удружење за шуме и папир, сугерише да би између 12% и 17% обловине која улази на међународно тржиште могло бити „сумњивог“ порекла, док 5% до 10% укупне глобалне вриједности дрвопрерађевина такође има сумњиве изворе. Остали извештаји сугеришу да токови новца који су у вези са индивидуалним трансакцијама у илегалној трговини дрветом „могу да износе и до неколико десетина милиона долара“. Тржиште можда јесте профитабилно за трговце дрветом, али је свакако скупо за власти једне државе. По проценама Светске банке, илегална сеча шума у земљама у развоју доводи до губитка у износу од 10 милијарди годишње, са додатних 5 милијарди долара које се изгубе утајом пореза и неплаћањем накнада.⁵

2.1. Основна обележја еколошког криминала

Еколошки криминал је савремени облик криминала који карактеришу следећа специфична обележја:⁶

- релативно велика експанзија;
- вешто и брзо прилагођавање променама у друштвеним односима;
- организованост;
- динамичност и сложеност феноменологије и
- специфичност доказивања и доказна средства.

Нагло повећање еколошког криминала присутно је првенствено због савременог начина живота, радаи све израженијег потрошачког менталитета. Када се констатује да је еколошки криминал у порасту мора се нагласити да је тамна бројка у овој области криминала изузетно велика.

Број откривених еколошких кривичних дела и њихова структура не одражава право стање и у суштини представља само индикатор степена успешности откривања, односно делотворности и развијености аштитних система. Због тога је нужна колеративна процена међусобне зависности „тамне“ и „светле“ бројке, познавање елементарног каузалитета и примена суптилнијих аналитичких метода. Без објективне процене

⁵ Више видети у: L.Elliott: „Fighting Transnational Environmental Crime“, *Journal of International Affairs*, no.1, 2012, 87-104.

⁶ Више видети у: А.Љуштина: *Еколошки деликти и полиција*, Здужбина Андрејевић, Београд, 2010.

„тамне“ бројке не може се доносити било какав закључак о еколошком криминалу, а посебно не о успешности његовог сузбијања.

Повећање броја еколошких кривичних дела не огледа се у статистичким подацима јер је број реалноизвршених еколошких кривичних дела знатно већи од званичних података, а на шта свакако указује и ниво деградираних животне средине.

Криминал уопште, а самим тим и еколошки криминал, као и свака друга појава, изражава се у конкретним условима и носи своја специфична обележја, условљена постојећим стањем и односима у друштву. При одређивању обележја еколошког криминал абитно је утврдити његов друштвени карактер, његову социјалну условљеност и законитост јављања у датим условима и структурама, водећи рачуна о томе да је еколошки криминал друштвена појава, која се испољава у конкретним инкриминисаним радњама појединих лица. Наиме, извршиоци еколошких кривичних дела су веома способни да се прилагођавају условима живота, да их користе, теда у њима налазе елементе за извршење кривичних активности.

Због глобализације државне границе се полако бришу, а код бројних видова криминала административне границе не представљају већу баријеру за криминалне активности, те је за еколошки криминал карактеристичан висок степен мобилности преко границе. Извршиоци еколошког криминала често се удружују, како би осујетили акције државних органа. Органи за доношење, па и спровођење закона, много спорије се прилагођавају у новим тенденцијама, за разлику од криминалних организација флексибилних и динамичних, које то чине брзо, уз злоупотребу друштвених промена, као и научно-технолошког прогреса. Организованост уноси у домене еколошког криминала факторе лидерства, групну дисциплину, послушност, сарадњу и планирање, а типови организације својом структуром подржавају најефикасније типове организације који постоје на легалној сцени.

Еколошки криминал се испољава у различитим формама а једна од њих је и илегална трговина еколошки забрањеним производима и опасним отпадом. Због профитабилности посла спрерадом и увозом опасног отпада, неразвијене и сиромашне земље често прибегавају тој врсти посла, па је поред легалног увоза и прераде опасног отпада заступљен увоз прљавих технологија у великој мери и илегалан увоз опасног и токсичног отпада јер на тај начин се остварује висок профит.

Поред наведеног начина уношења опасних материја и отпада штетних за живот и здравље људи и животну средину ту су иразне врсте притисака страног партнера да ће домаћем купцу испоручити тражену робу под условом да уз њу увезе и одређену количину опасних материја. Овај начин је посебно актуелан у време криза а и ембарга. Илегална

трговина природним добрима (чешће фауномнегофлором) је чест облик испољавања еколошког криминала, те се тако од природних ресурса илегално остварује финансијска добит уз непоштовање природних закона и равнотеже у природи.

Због сложености и разноврсности форми испољавања, еколошки криминал се открива и доказује уз велике тешкоће те је неопходно специфично стручно знање уз постојање ефикасних правних и техничких норми. При откривању, расветљавању и доказивању еколошког криминала постоје многобројни проблеми. Један од првих проблема је проблем сазнања о постојању еколошког криминала, затим тешка уочљивост криминогеног понашања и нејасне последице еколошког кривичног дела, али и велика повезаност с корупцијом. Често су починиоци еколошких кривичних дела из виших друштвених слојева, људи са друштвеном моћи и политичком влашћу, те је мања успешност да се открије и истражи криминал људи с „белом крагном“ (*white collar crime*). Са виктимолошког аспекта жртва је најчешће апстрактна (загађење ваздуха, воде, земљишта, биљног или животињског света).

3. ИЛЕГАЛНА СЕЧА ШУМА

Шума⁷ представља један од основних функционалних елемената биосфере. Она је сложена природно-историјска творевина која се карактерише значајним и бројним одликама које имају трајан значај за људско друштво. Историја људске цивилизације указује на чињенице да су шуме у прошлости имале велики непосредан значај за развој друштва. Како у прошлости, тако и данас (али и у будућности) шуме имају велик непосредан значај за подмирење бројних друштвених потреба.⁸

Савремено друштво глобализацијом је све више повезано, а условљено је несметаним функционисањем биосфере, у чему веома значајну улогу имају шума и шумско земљиште. У савременим светским оквирима илегалне сече шума попримају глобалне размере и присутне су у готово свим регионима света. Најугроженији региони су Јужна Америка

⁷ Под шумом се, у смислу Закона о шумама (члан 5), подразумева површина земљишта већа од пет ари обрасла шумским дрвећем. Под шумом се подразумевају и шумски расадници у комплексу шума, семенске плантаже, као и заштитни појасеви дрвећа површине веће од пет ари. Шумом се не сматрају одвојене групе шумског дрвећа на површини мањој од пет ари, паркови у насељеним местима, као и дрвеће које се налази испод далековода и у коридору изграђеног далековода, без обзира на површину.

⁸ Више видети у : А. Гор: *Наш избор-путеви решавања климатске кризе*, Геопетика, Београд, 2010. 172-195.

(посебно регион Амазона), централна Африка, југоисточна Азија и Руска Федерација. Према проценама Светске банке, у та четири региона годишње се посече око 50% од укупне количине илегално посеченог дрвета у свету. Због тога су они и центри одакле потиче највећи део илегалне трговине дрветом у свету. Најугроженије земље су Бразил, Индонезија, Мјанмар, Камбоџа, Филипини, Малезија и Габон. У Бразилу око 80% укупне сече дрвета није под контролом владе. У Индонезији се око 40% сече и трговине дрветом одвија илегално, што у новцу износи око 365 милиона долара годишње. У Мјанмару се око 50% укупног извоза дрвета остварује илегално, што износи око 86 милиона долара. Посебно драматична ситуација је у Камбоџи у којој су илегалне сече шума скоро десет пута веће у односу на легалне. Слична ситуација је и на Филипинима, на којима су илегалне сече шума последњих десет година достигле вредност од око 1,8 милијарди долара. Учешће илегалних сеча у Малезији износи око 35%, у Камеруну око 50%, а у Габону око 70%.⁹

Шуме и шумска земљишта, са својим функцијама (производња дрвене масе и значајног елемента заштите и унапређивања животне средине), јесу добра од општег интереса која уживају посебну заштиту и користе се под условима и на начин који су прописани законима. Непоштовање прописа из области заштите шума и шумског земљишта доводи до појаве еколошког криминала.

Основни узроци који доводе до илегалне сече шума варирају од земље до земље, односно од региона до региона. Заједнички узроци илегалне сече шума у већини земаља су следећи:¹⁰

- распрострањеност шума на великом простору због чега су њихова заштита и контрола сеча релативно отежане;
- сиромаштво сеоских средина и потреба за илегалним сечама ради обезбеђивања средстава за живот;
- недоследност примене закона;
- недовољна понуда алтернативних извора енергије, што за последицу има повећану тражњу за огревним дрветом;
- интереси јаких трговачких компанија за формирање ланца корупције, подмићивања и прања новца.

⁹ Б. Главоњић, А. Васиљевић, С. Петровић: Нелегалне сече и трговина дрветом у свету и Србији – стање и проблеми, *Прерада дрвета*, бр.7–8, Београд, 2004, 17–18.

¹⁰ Б.Главоњић, *et. al.*, *op.cit.*, 18.

4. ИЛЕГАЛНЕ АКТИВНОСТИ У СЕКТОРУ ШУМАРСТВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Република Србија се сматра средње шумовитом земљом. Од укупне површине територије, 29,1% (у Војводини 7,1%, а у средишњој Србији 37,6%) налази се под шумом (према Националној инвентури шума Републике Србије, 2009).

Шумовитост је, у односу на глобални аспект блиска светској која износи 30%, а знатно је нижа од европске која достиже 46% (2000). Увећање шумовитости у односу на референтну 1979. годину износи 5,2%, што је свакако имало позитиван утицај на стање и квалитет животне средине у целини. У односу на број становника шумовитост износи 0,3 ха по становнику (у Русији је 11,11 ха по становнику, Норвешкој 6,93 ха, Финској 5,91 ха, БиХ 1,38 ха и Хрватској 1,38 ха).¹¹

Укупна површина шума у Србији износи 2.252.400 ха. Од тога у државном власништву је 1.194.000 ха или 53%, а у приватном власништву 1.058.387 ха или 47%. Илегалне активности у сектору шумарства су главни узрок девастације шума. Под илегалним активностима у сектору шумарства подразумева се:¹²

- *сеча заштићених врста дрвећа* - постоји потпуна забрана сече само неколико

врста дрвећа¹³ у Србији (мечја леска - *Corylus colurna* и Панчићева оморика - *Picea omorika*). Конкретно су присутни само спорадични случајеви незаконите сече мечије леске и то најчешће појединачних стабала због тога што је ова врста дрвета високо вреднована у дрвној индустрији. Што се тиче илегалне сече дрвета Панчићеве оморике она готово да и није присутна због тога што ова врста смрче углавном расте на неприступачним подручјима.

- *дуплирање дозвола за сечење* - ова појава илегалних активности везаних за сектор шумарства углавном је присутна у приватним шумама. Наиме приватни власници шума користећи дозволу за сечу шуме, секу

¹¹ Извор: <http://www.srbijasume.rs/sumskifond.html>, приступ: 15. фебруар 2018. године.

¹² Више видети у: *Illegal logging activities in the Republic of Serbia*, Regional Environmental Center, Belgrade, 2009.

¹³ Забрањена је сеча или оштећивање стабала панчићеве оморике (*Picea omorika* (Pančić) Purk.), тисе (*Taxus baccata* L.), мечије леске (*Corylus colurna* L.), пољског бреста, северавог јавора, копривића, издвојених и признатих семенских стабала и састојина, стабала ретких или угрожених врста шумског дрвећа.

количину дрвета која је већа од дозвољене. Међутим, веома је тешко спровести потпуну контролу уколико је количина резаног дрвета, изнад дозвољене запремине, релативно мала.

- *сеча у забрањеним или заштићеним подручјима као што су национални паркови*— ова појава илегалне активности у сектору шумарстав готово да није присутна у Републици Србији. Наиме, заштићена шумска подручја у Србији углавном су у државним шумама, а њима управљају државна предузећа која поштују законску обавезу у погледу режима заштите.

Међутим, дешавају се изоловани случајеви сече дрвећа у заштићеним подручјима због развојних пројеката друштва, најчешће то је изградња скијалишта.¹⁴

- *сеча шуме ван граница концесије*— ова врста илегалних активности није присутна јер не постоји систем концесионих права. Међутим, често се дешава да као резултат незнања граничне територије шуме се сече суседна шума. Што се тиче јавних предузећа, може се рећи да ови случајеви нису намерни, јер компаније, судском одлуком, обично плаћају високу накнаду за извршену штету. Међутим, када су у питању приватни власници, ово је уобичајена пракса с циљем илегалне сече у јавним шумама. Уколико, починиоци буду ухваћени обично правдавају своје поступање незнањем јасних границе између парцела. Међутим, ове врсте илегалних активности се често не откривају, поготово ако се ради о мањим количинама.¹⁵ У неким случајевима услуге управљања јавним шумама укључене су у ове илегалне активности, пружајући лажну документацију у којој се наводи да дрво долази са приватних парцела, у циљу легализације незаконито пријављених стабала.

- *сеча дрвета из шуме више него што је одобрено* — овај вид илегалних активности присутан је како у приватним тако и у државним шумама. Међутим, нарочито је изражен у приватним шумама док је у државним шумама овај облик илегалне активности ређи јер се врши контрола и надзор посеченог дрвета.

- *сеча без дозволе* — овај облик илегалне активности у сектору шумарства веома је ретко заступљен у државним шумама, међутим значајно је присутан у приватним шумама.

¹⁴ Ова врста илегалне активност је била присутна при изградњи скијалишта на Старој планини и Голије, међутим у конкретним случајевима надлежне службе су адекватно реаговале и поднијеле пријаве.

¹⁵ У неким случајевима чак су и службеници јавних шумама укључени у ове илегалне активности, тако што издају лажну документацију у којој се наводи да дрво долази са приватних парцела, а све са циљем легализације илегалне сече шума.

- добијање овлаштења за сечу подмићивањем – ова врста илегалне активности присутна је у државним шумама, међутим не постоје тачни подаци о илегалној сечи.¹⁶

- намерно изазвани пожари у шумама са циљем претварања шумског земљишта у комерцијалне сврхе – овај облик илегалних активности у сектору шумарства није присутан јер Закон не предвиђа могућност промене коришћења шумског земљишта услед пожара, а експлицитно захтева од власника да изврши пошумљавање у најкраћем могућем року.

5. СТРАТЕГИЈСКИ АСПЕКТИ СУЗБИЈАЊА ИЛЕГАЛНЕ СЕЧЕ - ШУМАРСКА СЕРТИФИКАЦИЈА

Стратегијски аспекти сузбијања илегалне сече шума поред законодавства и националне шумарске политике подразумевају и шумарску сертификацију. Шумарска сертификација је такозвани „флексибилни алат“ који утиче на одрживо газдовање шумама.

„Као напор да се озваниче намере сертификатора и избегне конфузија, различите групе представника из организација за заштиту животне средине, шумара, власника шума, трговаца дрветом, организација локалног становништва, удружења шумарских асоцијација и институција за оцењивање производа шумарства, удружиле су се у оснивању Шумарског савета за сертификацију (*FSC*).“¹⁷

Шумарски савет за сертификацију *FSC* (*Forest Stewardship Council*) основан је 1993. године као одговор на глобални проблем нестанка шума и данас је широко прихваћен као најзначајнија иницијатива прве деценије XXI века која има за циљ заштиту шума. То је независна, невладина, непрофитна организација основана са циљем промоције одговорног односа према шумама на планети. *FSC* сертификат је гаранција да дрво до крајњег корисника долази строго праћеним ланцем: од сертификоване шуме, преко обраде и производње – ланац надзора *COC* сертификација (*COC certification – Chain of custody*).

FSC систем сертификације је међународно препознат и признат као стандард. Налепница са логоом *FSC* је поуздана потврда да производ у рукама крајњег корисника потиче од одговорне производње и

¹⁶ У јавним предузећима (Србијашуме и Војводинашуме) годишње у просеку за око 3-5 запослених докаже се да су учествовале у овим активностима.

¹⁷ Д. Миловановић, Ђ. Јовић: Сертификација као допринос савременом газдовању шума прихватљивим за животну средину. *Шумарство*, бр.1-3., Београд, 2002. 45.

рационалног коришћења дрвета, од сече шума које су под строгим надзором стручњака.¹⁸

6. ЗАКЉУЧАК

Илегална сеча шума је питање од међународног значаја које заокупља велику пажњу. Та пажња потиче великим делом од животне забринутости због сече шума и лоше праксе газдовања шумама. Стратегијске основе на сузбијању илегалне сече шума заснивају се на законској регулативи и на шумарској сертификацији. Циљ сузбијања илегалне сече шума јесте да се у промету не појави дрво које нема одговарајућу документацију, јер стратегија сузбијања илегалне сече шума полази од претпоставке да уколико илегално посечено дрво није могуће продати, нестаје и мотив за илегалну сечу шума. Стратегијске основе сузбијања илегалне сече шума су широко постављене, те су друштвени субјекти који у њему учествују бројни, али је то пре свега задатак инспекција (шумарска, тржишна) и полиције. На међународном плану, у сузбијању илегалне сече шума неопходна је координирана сарадња међу државама. Илегална сеча шума је општеприсутан проблем у читавом свету. Она погађа земље или регионе који производе и извозе дрво и производе од дрвета, али и земље односно регионе који их увозе. Општекорисна функција шуме заглобалну заједницу указује на чињеницу да еколошки проблеми не познају државне границе.

¹⁸ Тако, на пример, *FSC* на лепница на производу значи да сваки комад дрвета који је уграђен у столицу долази из шуме у којој нема непланске сече, вештачке генетске модификације дрвета, остављања голог земљишта на ком се може појавити одрон или спирање плодног слоја тла (хумуса) и шуме за чију сечу није било потребно расељавање локалног становништва. Такође, прерада дрвета и производња строго су надгледане како не би дошло до мешања *FSC* сертификованих дрвених сировина са дрветом непознатог порекла.

ЛИТЕРАТУРА

Главоњић,Б., Васиљевић,А., Петровић,С.: Нелегалне сече и трговина дрветом у свету и Србији – стање и проблеми, *Прерада дрвета*, бр. 7–8, Београд, 2004.

Гор, Ал: *Наш избор-путеви решавања климатске кризе*, Геопоетика, Београд, 2010.

Љуштина, А.: „Еколошки криминал-претња одрживом развоју“, *Ecologica*, бр.87, Београд, 2017.

Љуштина, А.: „Правне норме у заштити животне средине“, *Научни скуп са међународним учешћем „Правне норме у времену и простору“ – Зборник радова (прва свеска)*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2012.

Љуштина, А.: “Организовани еколошки криминал у савременим студијама безбедности“, *Супротстављање организованом криминалу: правни оквир, међународни стандарди и процедуре – зборник научностручног скупа са међународним учешћем*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013.

Љуштина, А.: *Еколошки деликти и полиција*, Здужбина Андрејевић, Београд, 2010.

Миленковић, Д.: *Збирка прописа из области заштите животне средине*, Службени гласник, Београд, 2006.

Миловановић, Д., Јовић, Ђ.: Сертификација као допринос савременом газдовању шума прихватљивим за животну средину, *Шумарство*, бр. 1-3, Београд, 2002.

Elliott.L.: „Fighting Transnational Environmental Crime“, *Journal of International Affairs*, no.1, 2012.

Illegal logging activities in the Republic of Serbia, Regional Environmental Center, Belgrade, 2009.

Закона о шумама Републике Србије, Службени гласник Републике Србије“, бр. 30/2010, 93/2012 и 89/2015.

<http://www.srbijasume.rs/sumskifond.html>

Aleksandra LJUŠTINA, Associate Professor

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade-Zemun

Zoran ČVOROVIĆ

Faculty of Security Studies, University of Belgrade

ENVIRONMENTAL CRIME: ILEGAL LOGGING

Summary

Forest is one of the basic functional elements of the biosphere. It is a complex natural-historical creation that is characterized by significant and numerous features that have a lasting significance for human society. Forests and forest lands, with their functions such as: production of wood mass as well as significant element of protection and improvement of the environment, are goods of general interest that are under special protection. Therefore, forests are protected, used, and regulated by law. Failure to observe the regulations in the field of forestry leads to the occurrence of ecological crime.

One of the most common forms of modern ecological crime is illegal logging. The importance, scope and consequences of illegal activities in the forestry sector point to the disappearance of forests and the degradation of forest resources worldwide. The consequences are numerous, and the most prominent are: loss of biodiversity, increased greenhouse gas emissions, and negative impact on the quality of life of communities that base their survival on forest products and services. Precisely because of these facts, the issues related to illegal activities in the forestry sector are becoming an increasingly important topic of global discussions and legal processes at the international level.

This paper analyzes illegal activities in forestry sector at the global level with detailed focus on illegal logging in the Republic of Serbia.

Key words: *ecological crime, illegal logging, forest certification.*

Рад је предат 24. марта 2018. године, а након мишљења рецензента одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Горан ЈОВАНИЋ*

Весна ЖУНИЋ ПАВЛОВИЋ**

Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА РИЗИКА, ПОТРЕБА И РЕСПОНЗИВНОСТИ У ПЕНАЛНОМ ТРЕТМАНУ СЕКСУАЛНИХ ПРЕСТУПНИКА

Апстракт: Казнена реакција због чињења кривичних дела еволуирала је од изразито бруталних метода у кажњавању, које су имале за циљ елиминацију починиоца, наношење леталних телесних и душевних патњи, вређање човековог достојанства, до савремених облика индивидуализованог третмана прилагођеног ризицима, потребама и капацитетима за променом осуђених. Тиме се постепено унапређивала хуманизација кажњавања и тежиште реакције друштва се померало са одмазде ка промени понашања и редукцији ризика рецидивизма. Промене у сфери идеја и праксе извршења казне затвора условиле су паралелно егзистирање различитих приступа у нормирању и реализацији. Присуство смртне казне, казне доживотног затвора, веома дугих затворских казни, кастрације, електронског надзора и регистрације за исте типове кривичних дела, као што су сексуални преступи, у различитим државама, указује на разлике у приступима и идејама на који начин реаговати према учиниоцима. Одустајање од изрицања и извршења смртне казне, приморало је законодавце на тражење таквих интервенција које обезбеђују или трајну изолацију и сегрегацију починиоца из друштва или промену понашања и смањење ризика за понављање дела након отпуста. Циљ овог рада је да прикажемо емпиријска искуства у примени различитих третманских приступа према осуђенима за сексуалне преступе, са акцентом на приступе засноване на уважавању Risk Need Responsivity модела према осуђенима на казну затвора. Емпиријски показатељи указују на хетерогене резултате, који се крећу од неуспешних, делимично ефикасних до ефикасних.

Кључне речи: *затвор, третман, сексуални преступници, ризик, потребе, респонзивност.*

* Ванредни професор, goranjovanic@fasper.bg.ac.rs **
Редовни професор

УВОД

Санкционисање починилаца кривичних дела покреће многа питања, недоумице и спорења, што за последицу има неслагања, различите приступе у анализама, идејама, законодавним решењима и пракси реализације казнене реакције. Неспорно је да сва друштва реагују кажњавањем због вршења кривичних дела, нарочито тежих и друштвено опаснијих. Размимоилажења настају по питањима кога, због чега, чиме, колико дуго, на какав начин и са којим жељеним исходом треба кажњавати¹.

Идеје и пракса кажњавања су пролазили кроз различите развојне фазе, мењале су се форме санкционисања, начини примене казни и поступања према осуђенима. Примарни циљ кажњавања се преобликовао временом од испаштања, застрашивања, елиминације и мучења, ка настојањима да се постигне талионска равнотежа, све до савременог периода у коме преовлађује тежња да се временски оквир затворске казне искористи за утицај на осуђеног у складу са индивидуалним ризицима и потребама. Третман се модификује и усклађује са реакцијама и одговорима осуђеног на примењене мере, поштујући принцип респонзивности.² Може се констатовати да су данас друштвени однос и ставови према осуђенима на казну затвора значајно различити у односу на претходне векове. Међутим, још увек постоје интензивни отпори када се ради о осуђенима због кривичних дела против полних слобода, такозваним сексуалним преступницима. Отпори се манифестују кроз ретрибутивније ставове јавности према овој категорији осуђених. Страх од понављања истог или тежег кривичног дела и након извршене затворске казне, утицао је на појачану опрезност и увођење различитих мера у виду регистровања, интензивнијег надзора, електронског праћења, забране кретања у близини потенцијалних жртава (нарочито деце) или информисања јавности о пребивалишту и кретању сексуалног преступника³. Стигматизација је интензивнија према овој категорији

¹ Г. Јованић, *Казни, затвори, запосли*, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2017, 7.

² D. A. Andrews, J. Bonta, J. Wormith, „The Risk-Need-Responsivity (RNR) model“. *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 38, 2011, 736.

³ R. K. Hanson *et al.*, „Reductions in risk based on time offense-free in the community: Once a sexual offender, not always a sexual offender“. *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 24, No.1, 2018, 48.

осуђених, који се дефинишу и као „опасни осуђеници“⁴, а потреба заштите јавне безбедности се посматра као примарна у односу на поједина уставна права бившег осуђеног за сексуални преступ.⁵

Разлоге забринутости због појаве рецидивизма након пеналног третмана могуће је разумети с обзиром да се, на пример, у САД више од 29% одраслог становништва (око 70 милиона грађана) налази у казним евиденцијама, а око 3,5 милиона људи је осуђено у претходних пет година због вршења кривичних дела.⁶ Забринутост је и већа ако се има у виду да у истој држави, у којој се у затворима налази преко два милиона осуђених, већина њих бива пуштено на слободу. Сваке године се око 700.000 људи у САД на тај начин укључује у свет слободе. Но, етикета „криминалца“ или „бившег осуђеника“ не помаже квалитетној реинтеграцији. Процене су да две трећине отпуштених бива поново ухапшено у року од три године након изласка из затвора. Бројка је и већа, ако се посматра дужи временски интервал, тако да око три четвртине отпуштених бива ухапшено у периоду од пет година након отпуста.⁷

Глобално, очекивања од затворских установа изражена су кумулативно у реализацији казне и позитивне промене понашања осуђених, што се усложњава додатним захтевом да се бивши осуђени, по изласку на слободу, аутоматски прилагоди конформистичким захтевима. Премештање фокуса деловања повремено на одмазду, потом на корекцију, понекад на генералну, а понекад на специјалну превенцију, указује на конфузију криминално-политичких настојања. Умањује се ефективност у остварењу циља због ког друштво улаже значајна средства у систем извршења казне затвора, а штете трпе и појединци и друштво у целини. Тај циљ се односи првенствено на постизање позитивне промене понашања код осуђених у правцу њихове реинтеграције у свет слободе, као особа које неће убудуће чинити кривична дела.⁸

⁴ J. M. Jehle, S. Harrendorf, M. F. Aebi, *Defining and Registering criminal Offences and Measures - Standards for a European Comparison*. Universitätsverlag Göttingen, 2016, 233.

⁵ M. F. Aebi, M. M. Tiago, C. Burkhardt, *SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2014*. Strasbourg: Council of Europe, 2015, 13.

⁶ H. Crowell, „A Home of One’s Own: The Fight Against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left Behind“, *Texas Law Review*; Austin, Vol. 95, Iss. 5, 2016, 1104.

⁷ *Ibid*, 1142.

⁸ Г. Јованић, „Извршење казне затвора и друштвена криза“. У З. Исаиловић (ур.), *Правни систем и друштвена криза, Свеска друга*, (477-494). Косовска Митровица:

У тражењу стратегија и програма који ће ефикасније редуковати рецидивизам, нуди се спектар приступа и модела пеналних третмана. Указаћемо на неке од њих, намењене осуђеним сексуалним преступницима, са акцентом на програме засноване на уважавању принципа ризика, потреба и респонзивности (Risk Need Responsivity – RNR).

1. ПРИНЦИПИ ЕФЕКТИВНИХ ИНТЕРВЕНЦИЈА

Потрага за принципима ефективних интервенција везује се за групу аутора из Канаде (Ендруз, Бонта, Гендрој и Рос), који су у последњој декади XX века, на основу анализе литературе, метаанализа, истраживачких резултата појединих програма и искустава из клиничке праксе формулисали "принципе ефективних интервенција".⁹ Тако су формулисана три принципа ефективног третмана, који покривају централна питања у поступању према преступницима: принцип ризика, принцип потреба и принцип респонзивности (Risk, Need, Responsivity – RNR).¹⁰

Према *Принципу ризика*, интензиван третман треба применити према особама код којих постоји висок ниво ризика за криминално понашање, док је за нискоризичне случајеве најбоље предвидети минималан ниво услуга. Изражено је уверење да се код високоризичних преступника ипак може остварити промена. Највећи ниво редукације рецидивизма постиже се третманом високоризичних преступника. Примена интензивних интервенција на нискоризичне преступнике не само да представља нерационално трошење ограничених ресурса, већ под извесним условима може довести до повећања рецидивизма.¹¹

Следећи принцип, *Принцип потреба*, усмерава пажњу ка факторима који представљају предикторе криминалног понашања и могуће узроке криминалитета. Овај принцип налаже да се интервенције усмеравају на промену познатих предиктора криминалног понашања и рецидивизма. Фактори рецидивизма или предиктори могу бити *статични* (нпр. историја криминалног понашања), који се не могу променити, и *динамични* (нпр. прокриминални ставови), који потенцијално могу бити промењени. Циљеви интервенције треба да буду динамичка обележја личности и животне ситуације високоризичних преступника, актуелно

Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. 2011, 478.

⁹ В. Жунић-Павловић, *Евалуација у ресоцијализацији*, Партедон, Београд, 2004, 163.

¹⁰ D. A. Andrews *et al.*, „Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis“, *Criminology*, Vol. 28, Iss. 3, 1990, 369.

¹¹ В. Жунић-Павловић, *op. cit.*, 163.

повезаних са криминалним понашањем: промена антисоцијалних ставова, антисоцијалних осећања и интеракција са вршњацима; унапређивање породичне кохезивности у комбинацији са антикриминалним моделовањем; унапређивање вештина самоконтроле, итд.¹²

Трећи, *Принцип респонзивности*, односи се на стилове и моделе услуга који треба да имају снагу да утичу на постављене специфичне циљеве, те да су усклађене са стиливима учења преступника. Ауторитет поступања подразумева "чврст али фер" приступ, а никако интерперсоналну доминацију и злоупотребу. Стручњак у третману треба да се понаша као модел и извор социјалног поткрепљења, да би унапредио стицање просоцијалних и антикриминалних ставова, когнитивних и бихејвиоралних образаца. Стручњак може ангажовати клијента у процесу решавања проблема на персоналном и интерперсоналном нивоу, као и на нивоу друштвене заједнице. Коришћење ресурса заједнице зависи од тога колико су ресурси на које је клијент упућен стварно у могућности да пруже услугу. Однос стручњака према преступнику треба да је интерперсонално топао и флексибилан, уз изражен ентузијазам и јасно подржавање антикриминалних ставова и образаца понашања.¹³ У последњих тридесетак година радило се на кумулирању сазнања о ефикасности примењених интервенција, додавани су у попис нови принципи, али наведена три основна полазна принципа нису напуштана.

2. ПРОЦЕНА РИЗИКА РЕЦИДИВИЗМА КОД СЕКСУАЛНИХ ПРЕСТУПНИКА

Кривична дела сексуалних преступника остављају озбиљне последице по жртву, породицу жртве и друштвену заједницу, тако да је повећана пажња јавности, а у законодавству заузимају посебно место.¹⁴ Законодавство се посветило одмеравању казни, увођењу регистрације починилаца сексуалних кривичних дела, обавештавању друштвене заједнице и нормирању електронског надзора.

Мере које су примењиване према сексуалним преступницима нису уважавале њихове индивидуалне разлике. Стога је важно проценити квалитет и интензитет ризика рецидивизма у сваком конкретном случају. Концепт ризика је повезан са појмом опасности и вероватноће, са

¹² Ibid.

¹³ Ibid, 164.

¹⁴ K. Baldwin. „*Sex Offender Risk Assessment*“. U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking, 2015, <https://www.smart.gov/pdfs/SexOffenderRiskAssessment.pdf>, приступ 10.02.2107.

задатком идентификације и проучавања опасности у правцу смањења могућности нове појаве.¹⁵

Процена ризика је основа ефикасног рада са осуђеним. Важно је извршити идентификацију степена ризика преступника као и чињенице повезане са ризицима од вршења новог кривичног дела.¹⁶ Код процене ризика су битне и интервенције које би могле бити предузете у правцу управљања или смањења ризика рецидивизма, код свих категорија преступника, укључујући и сексуалне преступнике. Соковић истиче да савремени токови који се дешавају у сфери социо-економских и политичких односа инсистирају на смањеном трошењу новца из државног буџета, нарочито када је у питању изрицање и извршење кривичних санкција. Ставара се „нова пенологија“ која у први план ставља концепт ризика и вероватноће и која није заинтересована за узроке криминалитета колико је заинтересована за контролу криминалитета.¹⁷

Будуће понашање се, због мултикаузалности, не може предвидети са апсолутном сигурношћу, нарочито кад је у питању сексуални деликт. Међутим, у претходне две деценије, све више истраживања показује да је могуће предвидети сексуални рецидивизам. За процену ризика и предвиђање будућег понашања наводи се да су важна два принципа. Први принцип се односи на трајне склоности или потенцијале за рецидивизам, док други принцип обухвата факторе који указују на појаву криминалног понашања.¹⁸ Наиме, процена ризика је процес идентификовања и проучавања опасности како би се смањила вероватноћа његовог понављања.¹⁹

Будуће криминално понашање може да се предвиди факторима ризика који се односе на карактеристике личности и животне ситуације. Откривање ризика могуће је путем системског испитивања броја и варијетета фактора ризика, односно присутних потреба у датом случају.²⁰

¹⁵ L. Mužinić, Lj. Vukota, "Tretman seksualnih delinkvenata i zaštita zajednice", Medicinska naklada i psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2010, 36.

¹⁶ K. Hanson, C. Sheahan, H. VanZuylen, „Static-99 and RRASOR predict recidivism among developmentally delayed sexual offenders: A cumulative meta-analysis“. *Sexual Offender Treatment*, Volume 8, Issue 1, 2013, 2.

¹⁷ С. Соковић, „Извршење кривичних санкција-могућности и перспективе“. У: Л. Крон., Б. Кнежић (ур.), *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе*, Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2011, 312.

¹⁸ K. Hanson, „*Sex Offender Risk Assessment*“, Ottawa, Canada: Department of the Solicitor General of Canada, 2009, 34.

¹⁹ L. Mužinić, Lj. Vukota, *op. cit.*, 37.

²⁰ В. Жунић-Павловић, *op. cit.*, 165.

Постоји висок ниво сагласности научника о факторима који доприносе испољавању и одржавању фактора криминалног понашања. Познавање тих фактора има значаја за ефикасно планирање и спровођење третмана. Условно отпуштање мора бити засновано на емпиријским и теоријским сазнањима о етиолошким факторима криминалног понашања и рецидивизма.²¹ Применом инструмената за процену ризика стручни радници пеналних установа имају могућност егзактније процене осуђених и адекватнијег планирања и програмирања пеналног третмана. Такође, судови имају квалитетније претпоставке за доношење одлуке о условном отпуста и друштво се на ефективнији начин штити од рецидивизма.²²

3. ИНСТРУМЕНТИ ПРОЦЕНЕ РИЗИКА КОД СЕКСУАЛНИХ ПРЕСТУПНИКА

Користећи сазнања о статичким и динамичким факторима ризика рецидивизма, Бонта и сарадници су идентификовали три групе процедура за процену ризика. Прву групу чини неструктурисано професионално мишљење, у којем ни фактори ризика ни метод формирања целокупне процене нису унапред дефинисани.²³

Другу групу процедура процене ризика чине експлицитни, структурисани приступи који комбинују статичке, историјске факторе у један скор који представља целокупан ризик. Ставке за инструменте који припадају другој групи процедура, бирају се искључиво на основу емпиријских веза са рецидивизмом. Најчешће коришћени инструменти за сексуалне преступнике су Статик-99 (Static-99) и Матрица ризика-2000 (Risk Matrix - 2000). Иако су такви инструменти прецизнији него неструктурисана клиничка мишљења, они слабо информишу оне који лече или надзиру сексуалне преступнике о томе на шта њихове интервенције треба да буду фокусиране. Трећа група инструмената је формирана у циљу помоћи стручњацима у раду са сексуалним преступницима. Скале

²¹ В. Петровић, Г. Јованић, „Додела условног отпуста и фактори ризика рецидивизма“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд, Вол. 36, Бр. 2, 2017, 50.

²² Г. Јованић, В. Петровић, „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних суда“. Београд, *Специјална едукација и рехабилитација*, Вол. 16, Бр. 1, 2017, 110.

²³ R. Mann, R. Hanson, D. Thornton, „Assessing Risk for Sexual Recidivism: Some Proposals on the Nature of Psychologically Meaningful Risk Factors“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, Vol. 22, Issue 2, 2010, 203.

треће генерације су емпиријски валидиране актуарске мере које садрже већи број динамичких фактора, односно криминогенних потреба.²⁴

Као резултат дугогодишње анализе карактеристика и понашања сексуалних преступника Хенсон 1997. године ствара статичку актуарску скалу за Брзу процену ризика сексуалних преступника (*Rapid Risk Assessment for Sexual Offense - RRASOR*). Скала је акцентована на испитивање раније осуђиваности, почетак вршења кривичних дела у младалачком добу, на жртве изван породице и на сексуално злостављање мушкараца. Једна од карактеристика скале је једноставност. Углавном је намењена клиничарима за скрининг процену и није подобна за свеобухватну анализу фактора који се доводе у везу са рецидивизмом. RRASOR се показао као најбоље потврђен актуарски инструмент за процену ментално заосталих одраслих мушких сексуалних преступника.²⁵

На захтев Минесота одељења за корекцију, тим истраживача развио је инструмент Минесота скрининг сексуалних преступника (Minnesota Sex Offender Screening Tool-Revised-MnSOST). Скала је намењена процени одраслих мушкараца који се налазе у затвору због осуде за извршено сексуално кривично дело или за неко друго кривично дело које садржи елементе сексуалног насиља, као што је отмица жене са елементима силовања. Примена ове скале није препоручљива за процену код малолетника, жена, особа које никад нису били у затвору и преступника који нису осуђивани за сексуално кривично дело. Најчешће се користи у евалуацији третмана, када се примењује специјализовани програм према сексуалним преступницима. У обради прикупљених података, до којих се може доћи и без разговора са извршиоцем кривичног дела, користи се модел вишеструке логистичке регресије.²⁶

Структурисана устаљена клиничка скала процене (Structured Anchored Clinical Judgement Scale) је развијена од стране Дејвида Торнтона, у Великој Британији. Задаци скале су процена ризика сексуалног и насилног рецидивизма који се врши према деци од стране мушких пунолетних особа и кратки скрининг насилног и сексуалног ризика рецидивизма која се спроводи у три етапе. Трећа фаза прикупљања података се односи на евалуацију да ли извршилац напредује или не у

²⁴ K. Hanson, K. Morton-Bourgon, „The Accuracy of Recidivism Risk Assessments for Sexual Offenders: A Meta-Analysis of 118 Prediction Studies“. *Psychological Assessment*, Volume, 21, Issue 1, 2009, 3.

²⁵ L. Mužinić, Lj. Vukota, *op. cit.*, 138.

²⁶ G. Duwe, P. Freske, „Using logistic regression modeling to predict sex offense recidivism: The Minnesota Sex Offender Screening Tool-3 (MnSOST-3)“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. Volume 24, Issue 2, 2012, 351.

третману. Процена ризичног понашања је могућа чак и у случајевима када недостају неки од података.²⁷

Комбинацијом података из две скале настаје нови инструмент за процену ризика рецидивизма сексуалних преступника, Статик-99 и Статик-2002 (*Static-99 & Static-2002*). Ове скале су базиране на статичким факторима ризика рецидивизма. Статик-99 је дизајниран искључиво да се користи за одрасле мушке преступнике који су осуђени за сексуални преступ у ком је дошло до директног контакта са жртвом. Скала је погодна за процену ризика након првог преступа као и за предвиђање новог преступа. Подаци на којима се заснива ова скала односе се на историју сексуалних кривичних дела, раније изрицане казне, раније сексуалне деликте без контакта, на индекс несексуалне насилности, ранију несексуалну насилност, на жртве странце, мушке жртве и мањак других интимних односа. Истраживања показују да је Статик-99 умерено тачан у предвиђању ризика рецидивизма код сексуалног и насилног криминала.²⁸ Статик-99 и Статик-2002 су недавно ревидирани, како би се укључили утицај старења на ризик рецидивизма што је резултирало укључивањем нових старосних категорија и објављивањем Статик-99Р и Статик-2002Р (*Static-99R & Static-2002R*).²⁹

Матрица ризика-2000 за сексуално/насиље (*Risk Matrix 2000-Sexual/Violence*) је скала која се користи искључиво у Великој Британији и Велсу. Настала је ревидирањем других скала и очекивало се побољшање Статик-99. Нова актуарска скала је била погодна за мерење показатеља за кривична дела сексуалног насиља, несексуалних кривичних дела и за кривична дела са елементима насиља. Развијена је у раду са осуђенима који су били укључени у програме развоја когнитивних вештина и искључиво се примењује у процени особа мушког пола старости од 18 и више година, који су осуђивани за сексуалне преступе. Услов коришћења скале је да је један од сексуалних преступа извршен пре 16 године живота. Категорије ризика дефинишу групе које се релативно разликују у ризику од поновне осуде за несексуално кривично дело. Скала насиља и комбиноване скале предвиђају несексуални насилнички рецидивизам и сваки насилни рецидивизам са сличним ефектом.³⁰

Водич за процену ризика насиља, Водич за процену ризика од вршења кривичних дела против полне слободе (*Violence Risk Appraisal Guide - VRAG, Sex Offender Risk Appraisal Guide - SORAG*) као инструмент

²⁷ L. Mužinić, Lj. Vukota, *op. cit.*, 140.

²⁸ *Ibid*, 142.

²⁹ K. Baldwin, *op. cit.*

³⁰ L. Helmus, K. M. Babchishin, R. K. Hanson, „The predictive accuracy of the Risk Matrix 2000: A meta-analysis“. *Sexual Offender Treatment*, Volume 8, Issue 2, 2013, 17.

процене настао је услед потребе да се утврди ризик рецидивизма мушких пунолетних особа које су извршиле насилна кривична дела без обзира да ли је у извршењу било и елемената сексуалних радњи. Карактеристика VRAG инструмента је могућност дијагностиковања менталних поремећаја, што представља битан фактор који се мора узети у обзир у укупном разматрању резултата. Инструментом се могу правити разлике између поједних опција квалитета и интензитета казни које се примењују према осуђеним за сексуална кривична дела.

Могућности VRAG инструмента да предвиђа рецидивизам сексуалних и несексуалних кривична дела као и друга насилна кривична дела код осуђених, утицала је на учесталу употребу овог инструмента. Умерени успех у прогнозама од поновног хапшења за сексуалне злочине, утицао је на канадске истраживаче Квинсија и сараднике, да постојећи инструмент употпуне сетом питања која се односе на сексуалне преступе формирајући Водич за процену ризика за сексуалне преступнике – SORAG.³¹

SORAG је развијен да предвиди вероватноћу рецидивизма сексуалног насиља и сексуалних преступа. Као и код VRAG, ангажује се Контролна листа психопатологије (PCL-R) и помоћу Дијагностичког и статистичког приручника за менталне поремећаје -верзија четири (Diagnostic Service Manual-Version Four-DSM IV) врши се дијагноза осуђеног. Истраживања указују да је релативно тачна процена рецидивизма насилних и сексуалних рецидива.³²

Професионални водич за процену ризика сексуалног насиља (Sexual Violence Risk, SVR-20) није упитник, већ је структурирани клинички водич, метода за процену ризика од сексуалног насиља. Инструмент је дело тима канадских стручњака (Mental Health, Law and Policy Institute).³³ Циљ је био стварање водича базираног на научним чињеницама које су довољно прецизне да се могу тестирати. Намењен је процени одраслих сексуалних преступника. Дате су професионалне смернице за процену ризика рецидивизма сексуалног насиља, претходно прецизиране дефиницијом и описом за сваки фактор ризика. Поуздан је за употребу у случајевима када је појединац починио сексуално кривично

³¹ V. L. Quinsey, et al., *Violent offenders: Appraising and managing risk*, 2nd edition. American Psychological Association, Washington, DC, 2006, 252.

³² D. L. Bartosh, et al., „Differences in the Predictive Validity of Actuarial Risk Assessments in Relation to Sex Offender Type“. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Volume 47, Issue 4, 2003, 432.

³³ D. Boer et al., „*Manual for the Sexual Violence Risk - 20: Professional Guidelines for Assessing Risk of Sexual Violence*“. The Mental Health, Law, & Policy Institute, Vancouver, 1997.

дело. Предност овог упитника је да се може користити и у другим ситуацијама односно у сврху истраге, вештачења, препоруке третмана или код предлагања отпуста након извршене казне. Истраживачи истичу да су ограничења овог метода та да се не може користити за откривање ранијег сексуалног насиља, нити је погодна за прављење профила сексуалног делинквента. Пожељно је и да се процена ризика сексуалног насиља понавља у редовним интервалима. Приликом процене, ставке се оцењују на скали као: сигурно присутно, могуће/парцијално присутно и не постоји. Код сваког присутног фактора ризика се додатно процењује постојање скорашњих промена у статусу тог фактора у неком одређеном временском оквиру. Промене се оцењују скалом погоршано, нема промене, побољшано стање. Последњи корак подразумева доношење суда о томе колики је ризик од насиља у будућности кроз примену скале са три степена - низак, средњи, висок.³⁴

Пример уврштавања динамичких фактора за процену ризика сада се може наћи у оквиру казненог система у Великој Британији, Систем процене преступника (Offender Assessment System-OASys), који је у службеној употреби у затворском систему Србије од 2009. године.³⁵

OASys упитник представља свеобухватан инструмент за процену ризика, потреба и капацитета који се бави статичким и динамичким факторима ризика. Главни део OASys испитује факторе за које се доказало да су повезани са високим ризиком за откривање као што су историја преступа и тренутно кривично дело; социјални и економски фактори (укључујући питања запошљавања и злоупотребу дроге или алкохола); лични фактори (укључујући анксиозност или депресију). Упитник такође садржи одељке о планирању надзора и упитник о самооцењивању, пружајући извршиоцу прилику да пружи лични став о стању његовог понашања и начину живота.³⁶

Повећана важност инструмента за предвиђање ризика током протеклих десет година су се подударала са идејом заштите заједнице од озбиљног сексуалног и насилног злочина. Нагласак на заштити јавности и управљању ризицима унет је у низ закона, који предвиђају строже казне и строжу контролу најопаснијих преступника (Brampton, 2011).

³⁴ Rettenberger et al., „The Reliability and Validity of the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20): An International Review“ *Sexual Offender Treatment, Volume 4, Issue 2*, 2009, 12.

³⁵ Г. Јованић, В. Петровић, А. Савић, „Карактеристике осуђених на кратке и дуге казне“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Вол. 36, Бр. 3, 2017, 45.

³⁶ В. Петровић, Г. Јованић, „Додела условног отпуста и фактори ризика рецидивизма“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Вол. 36, Бр. 2, 2017, 51.

4. ТРЕТМАН СЕКСУАЛНИХ ДЕЛИНКВЕНАТА

Од 1974. године, када је Мартинсон навео да ни један програм не даје резултате, мислећи на неефикасност пеналног третмана, накнадна истраживања и анализе других аутора су потврдиле неутемељеност изнетих ставова. Преокрет у размишљањима о рехабилитационим програмима почео је крајем седамдесетих година прошлог века.³⁷ У том правцу истраживачи су у протеклом периоду направили знатан помак када је у питању идентификација карактеристика програма третмана који су ефикасни у смањењу ризика рецидивизма и утврдили да су одређени програми ефикасни и да редукују рецидивизам. Истраживачи су открили да праћење основних принципа ризика, потреба и респонзивности може адекватно да програмира третманске - програмске услуге и садржаје који ће дати позитивне резултате у смањењу рецидивизма.

Луковић и Петровић³⁸ наводе да је један од најчешће коришћених програма - третмански програм који се заснива на примени когнитивно-бихејвиоралне терапије и стратегије социјалног учења. То значи да би примена програма који користе когнитивно-бихејвиорални приступ требало да реше проблеме у више области, као што су проблеми сексуалног понашања или проблеми болести зависности, али и да побољшају опште размишљање и односе преступника са другима. Значај примене когнитивно-бихејвиоралне терапије произилази из евалуације различитих врста третмана које су указале да примена ове терапије може бити веома успешна у смањењу ризика рецидивизма у распону од 18% до чак 50%.³⁹ Евалуација савремених програма указује да је у „корективном раду са учиниоцима кривичних дела најважније реално порценити могуће резултате корективног рада, одредити се за теоријски конзистентне концепте поступања, на основу процене ризика преступника одредити ниво и интензитет интервенције и на адекватан начин третирати специфичне криминогене потребе“.⁴⁰

³⁷ Љ. Илијић, „Утицај образовања и професионалног оспособљавања на редукацију ризика рецидивизма код осуђених лица“. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016, 36.

³⁸ М. Луковић, В. Петровић, „Модел третмана сексуалних преступника“, *Специјална едукација и рехабилитација*, Вол. 16, Бр. 3, 2017, 349.

³⁹ М. W. Lipsey, N. A. Landenberger, S. J. Wilson, *Effects of cognitive-behavioral programs for criminal offenders*. Center for Evaluation Research and Methodology Vanderbilt Institute for Public Policy Studies, Nashville, TN. 2007, 21.

⁴⁰ С. Соковић, *op. cit.*, 315.

У циљу одржавања напретка који је реализовањем одређених програма постигнут у затворској установи, од изузетног значаја је одржавање бриге и након отпуштања из установе. Одржавање континуитета услуга и надзора у заједници након отпуштања из затвора је изузетно важно за превенцију рецидивизма. Добро структурирани програми се не завршавају у затвору већ имају континуитет и након отпуштања, у заједници, кроз систем услуга, подршке и надзора.⁴¹

Први покушаји лечења сексуалних преступника су били регулисани Законом о сексуалном психопати који је усвојен у САД крајем тридесетих година прошлог века. Закон је предвиђао да особе које пате од менталних поремећаја или болести, а чије се дело сматра поновљеним и компулзивним понашањем, могу бити затворене на неодређено време. Терапија је заснована на психодинамичком приступу и извршава се у психијатријским установама или затворима. Пример овог програма је калифорнијска болница Атаскадеро (Atascadero Sex Offender Treatment and Evaluation Programme in California).⁴² Евалуација програма је указала да психодинамски третман може чак повећати вероватноћу будућег сексуалног делинквентног понашања. Седамдесетих година прошлог века дошло је до мање примене Закона о сексуалном психопати и на крају је укинут.⁴³

До средине и краја седамдесетих година постало је јасно да су третманске интервенције морале постати свеобухватније како би се елиминисало девијантно сексуално понашање, те су укључени и други елементи у програме као што су обука за социјалне вештине, сексуално образовање у циљу постизања самопоштовања и решавање непримереног понашања везано за родне улоге. Из ових утицаја настаје когнитивно-бихејвиорална терапија за сексуалне преступнике.⁴⁴

Програми третмана сексуалних преступника су наставили да се шире током осамдесетих година прошлог века. То је условљено успостављањем бројних пројеката тог типа. Примери таквих програма су Вермонт програм за лечење сексуалних злостављача (*Vermont Programme for the Treatment of Sexual Abusers*) и Калифорнијски програм за сексуално насиље (*Californian Sex Offender Treatment and Evaluation Programme* -

⁴¹ Г. Јованић, „Потребе за третманом и његова реализација у пенитенсијарним условима“. У В. Жунић- Павловић, и М. Ковачевић-Лепојевић (ур.), *Превенција и третман поремећаја понашања*, Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2010, 258.

⁴² L. L. Brampton, *Working with Sexual Offenders: the training and support Needs of SOTP facilitators*. Doctoral dissertation, University of Birmingham, 2011, 3.

⁴³ *Ibid*, 4.

⁴⁴ *Ibid*, 8.

SOTEP). Оба програма су по природи била "свеобухватна". Калифорнијски програм за сексуално насиље један је од првих који укључује и компоненту превенције рецидивизма. Превенција рецидивизма (Relapse prevention model, RP) не подразумева заустављање проблематичног понашања, него превенцију појаве. Ради се о превенцији лапса (Lapsa) која представља било коју високу ризичну ситуацију која може довести до новог напада-релапса.⁴⁵

Ефикасност техника когнитивног-бихејвиоралног третмана сексуалних преступника била је додатно подржана растућим бројем позитивних резултата из евалуације студија. Почетком деведесетих година, оно што је почело као основни приступ сексуално насилном понашању претворило се у свеобухватни оквир когнитивно-бихејвиоралног понашања. Актуелно, већина програма има за циљ да размотри широк спектар фактора који су показали везу са девијантним сексуалним понашањем, укључујући когнитивне дисторзије, дефиците емпатије и проблеме интимности. Подаци о евалуацији су помогли у сређивању постојећих техника. Истовремено, неки програми су почели да додају одређене својствене елементе за одређене преступнике или понашања. Актуарски алати који укључују динамичке факторе ризика бележени су пре и после третмана. Такви инструменти могу да унапреде праксу у процени потреба за лечењем и променама након лечења. Током деведесетих година прошлог века програми засновани на когнитивно-бихејвиоралном третману су наставили да се шире на више начина. Прво, број програма за сексуалне преступнике значајно је повећан. У истраживању спроведеном 1994. године, група аутора је идентификовала, само у Северној Америци, више од 1.700 примењених програма за сексуалне преступнике.⁴⁶

Идеја да сексуални преступници искривљују информације, како би олакшали и оправдали њихово понашање (когнитивне дисторзије) је иницијално призната крајем 1970. године. Паралелно са напретком идеја, долази до веће употребе актуарских алата за процену ризика у предвиђању ризика рецидивизма. Актуарске мере користе факторе ризика идентификоване истраживањем да би се израчунала вероватноћа поврата за сексуално (или насилно) кривично дело. Већина оваквих инструмената, ослања се на статичке факторе ризика, односно факторе који се не могу променити као што је претходна историја насиља и старост. Међутим,

⁴⁵ W. L. Marshall, *Treatment of sexual offenders and its effects*, Rockwood Psychological Services, Kingston, Ontario, Canada, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No72/No72_12VE_Marshall.pdf, приступ 12.06.2015. год.

⁴⁶ L. L. Brampton, *op. cit.*, 10.

уведени су и динамички фактори ризика који су потенцијално подложни променама.

Упркос раширеном веровању да сексуални преступници не могу бити укључени у третман, постоје бројни примери ефективних програма који се примењују према овој популацији осуђених. Један од позитивних примера примене специјализованих третмана је Корективна Служба Канаде (Correctional Service of Canada) која у континуитету од 1973. године реализује третман сексуалних преступника. Број сексуалних преступника укључених у програм повећао се са 200 у току 1987. године на 1700 током 1995. године.⁴⁷ У САД у 2008. години било је активно 1.307 програма третмана сексуалних преступника, а у 2010. години, програми третмана сексуалних преступника примењивали су се у свих 50 држава чланица.⁴⁸

Последњих година, третирање сексуалних делинквената се значајно развило. Разни теоријски и практични модели третмана су модификовани, додатно развијени, пречишћени, а све у циљу смањења рецидивизма. Различити модели третмана сексуалних преступника су предложени и примењени током времена. У пракси се појавило неколико модела третмана који су имали емпиријску подршку за ефикасност. Модели укључују Когнитивно-бихејвиоралну терапију (Cognitive Behavioral Therapy-CBT), Превенцију релапса (Relapse Prevention-RP), Модел саморегулације (Self-Regulation Model-SRM), Ризика, потреба, респонзивности (Risk, Need, Responsivity-RNR) и Модел доброг живота (Good Lives Model-GLM).⁴⁹ Модел третмана у раду са сексуалним преступницима који се заснива на примени когнитивно-бихејвиоралне терапије користи се у Казнионици у Лепоглави.⁵⁰

Когнитивно-бихејвиорални модел је најчешће коришћен програм. У САД 86% или више програма за одрасле и адолесценте користи управо овај модел рада са сексуалним преступницима. Један је од најзаступљених програма и у Канади, али са нешто нижим процентом учешћа у

⁴⁷ W. L. Marshall, L. E. Marshall, „Can treatment be effective with sexual offenders or does it do harm? A response to Hanson (2010) and Rice (2010)“, *Canada Sexual Offender Treatment*, Volume 5, Issue 2, 2010.

⁴⁸ R. Przybylski, „The Effectiveness of Treatment for Adult Sexual Offenders“. *Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking*, 2015. https://www.smart.gov/SOMAPI/sec1/ch7_treatment.html приступ 11.02.2017.

⁴⁹ P. M. Yates, „Treatment of Sexual Offenders: Research, Best Practices, and Emerging Models“. *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, Volume 8, Issue 3-4, 2013, 91.

⁵⁰ L. Mužinić, Lj. Vukota, *op. cit.*, 110.

спровођењу третмана.⁵¹ Когнитивно-бихејвиорални третман је емпиријски подржан за рад са популацијом сексуалних преступника.

На Новом Зеланду између већег броја третмана, користе се и два програма у којима је у основи третмана примена когнитивно-бихејвиоралног приступа: програм третмана за сексуалне делинквенте „Киа Марама“ (The Kia Marama Sex Offender Treatment Programme) и „Ти Пирити“ (The Te Piriti Sex Offender Treatment Programme). Оба третмана су намењена за одрасле осуђене мушке извршиоце сексуалних кривичних над малолетном особом. У раду се користи групни и индивидуални рад, а првобитно је био заснован на програму Атаскадеро у Калифорнији.⁵² „Ти Пирити“ третман отпочео је примену 1994. године у Auckland Prison на Новом Зеланду и намењен је превентивно популацији Маора који су извршили сексуално кривично дело према малолетним лицима, пре свега према деци. Базира се на програму „Киа Марама“ кроз превенцију рецидивизма и когнитивно реструктурирање. Карактеристика програма је да укључује посебне потребе Маора.⁵³

Програм Превенције рецидивизма (Relapse Prevention-RP) се наметнуо као један од доминантних модела у раду са сексуалним преступницима⁵⁴. Relapse Prevention је са проблема зависности од алкохола прилагођен раду са сексуалним преступницима. Разлог примене је одржавање успешно успостављене апстиненције након третмана. Успешност лечења, односно, успешно уздржавање од проблематичног понашања, чини превенцију рецидивизма прикладном за третман сексуалних преступника. У почетку је био осмишљен да помогне у идентификацији, предвиђању и спречавању ризичних ситуација које могу довести до рецидивизма. Превенција рецидивизма је други најзаступљенији модел, јер више од 50% програма у раду са сексуалним делинквентима се заснивало на овом програму.

Модел саморегулације (*Self-Regulation Model*) је настао као резултат усавршавања претходних програма. Развијен је посебно за сексуалне преступнике на основу принципа саморегулације. Неки преступници не контролишу понашање (дезинхибиција), други покушавају да контролишу своје понашање користећи стратегије које су на крају контрапродуктивне и неефикасне (неправилна регулација). Један

⁵¹ P. M. Yates, *op. cit.*

⁵² A. Pearson, „Kia Marama: Where child-sex offenders rehabilitate“, 2014. <https://www.stuff.co.nz/national/crime/63290585/kia-marama-where-childsex-offenders-rehabilitate>, приступ 28.01.2016. год.

⁵³ D. Marie, „Maori and Criminal Offending: A Critical Appraisal“. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Volume 43, Issue, 2, 2010, 283.

⁵⁴ P. M. Yates, *op. cit.*, 95.

број преступника има непроменљиве способности саморегулације и недостатак дефицита саморегулације.⁵⁵

Модел доброг живота (The Good Lives Mode-GLM) се заснива на идеји да су сексуални преступници као и друга људска бића, својим понашањем усмерени ка неком циљу и да желе да задовоље своје основне људске потребе - за пријатељством, срећом, емотивним везама, задовољавањем сексуалне жеље, независношћу. Овај модел претпоставља да код преступника постоје маладаптивне стратегије путем којих покушавају да задовоље ове потребе. Модел се бави просоцијалним начинима задовољења потреба, а не избегавањем циљева. Истраживањем је установљено да једна трећина америчких програма и половина канадских програма за одрасле осуђене користи овај модел у третману сексуалних преступника.⁵⁶ Од 2009. године Модел саморегулације и Модел доброг живота су први пут укључени у анкету о успешности спровођења третмана. У САД око трећине програма за одрасле и адолесцентне преступнике базира се на Моделу доброг живота, а око четвртине програма на Моделу саморегулације. Половина или више канадских програма за одрасле, навели су Модел доброг живота као један од три најзаступљенија програма⁵⁷

Модел доброг живота је заснован на RNR принципу, а укључује двоструке циљеве: смањење ризика рецидивизма и побољшање добробити осуђеног. Фокус рехабилитације је промоција просоцијалног постизања примарних људских циљева који су дефинисани као живот, посао, међуљудски односи, лични избор, креативност, срећа, духовност. Претпоставља се да људи покушавају да постигну већу добробит. Криминогене потребе у оквиру модела доброг живота су дефинисане као препреке за постизање основних добара на просоцијалан начин. Снага модела је то што се, усредсређујући на људску потребу, пружа експлицитан начин да мотивише починиоце на промену. Веза између етиологије и лечења је јасна и фокусирана је на појам људске потребе.⁵⁸

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Chu, C. M., & Ward, T. „The good lives model of offender rehabilitation: Working positively with sexual offenders“. In: N. Ronel, D. Segev (Eds.), *Positive criminology: The good can overcome the bad* Abingdon, UK: Routledge, 2015, 140.

⁵⁷ T. Lerversee, *Etiology and Typologies of Juveniles Who Have Committed Sexual Offenses*. Research Brief. Office Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking SOMAPI. 2015. <https://www.smart.gov/pdfs/JuvenileEtiologyandTypology.pdf> приступ 25.03.2017.

⁵⁸ G. M., Willis, T. Ward, J. S. Levenson, „The Good Lives Model (GLM): An Evaluation of GLM Operationalization in North American Treatment Programs“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. Volume 26, Issue 1, 2013, 60.

Заштита јавне безбедности је генерално у фокусу активности криминално-политичких мера, али се чини да се појављује сасвим другачији облик рехабилитације у ком је примарни циљ избегавање штете по заједницу, а не да се побољша квалитет живота извршиоца. У будућности остаје као идеја да се види да ли циљеви управљања ризиком и успешне терапијске интервенције могу постојати унутар једног система.

ЛИТЕРАТУРА

Илијић Љепосава, *Утицај образовања и професионалног оспособљавања на редукацију ризика рецидивизма код осуђених лица*. Докторска дисертација. Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2016.

Јованић Горан, „Извршење казне затвора и друштвена криза“. У: З. Исаиловић (Ур.), *Зборник радова „Правни систем и друштвена криза“*, Свеска друга, (477-494), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2011.

Јованић Горан, „Потребе за третманом и његова реализација у пенитенсијарним условима“. У В. Жунић Павловић, и М. Ковачевић Лепојевић (Ур.), *Превенција и третман поремећаја понашања*. Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2010, 258.

Јованић Горан, Петровић Вера, „Условно отпуштање у пракси окружног затвора и надлежних судова“. *Специјална едукација и рехабилитација*, Београд, Vol. 16, Iss.1, 2017, 95-112.

Јованић Горан, Петровић Вера, Савић Ана, „Карактеристике осуђених на кратке и дуге казне“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Volume 36, Issue 3, 2017, 39-58.

Луковић Милица, Петровић Вера, „Модел третмана сексуалних преступника“, *Специјална едукација и рехабилитација*, Volume 16, Iss. 3. 2017, 337-370.

Петровић Вера, Јованић Горан, „Додела условног отпуста и фактори ризика рецидивизма“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Београд, Год. 36 бр. 2, 2017, 45-60

Соковић Снежана, „Извршење кривичних санкција-могућности и перспективе“. У: Л. Крон., Б. Кнежић (Ур.), *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе*. Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2011, 311-325.

Aebi F. Marcelo, Tiago M. Mélanie, Burkhardt Christine, *SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2014*. Strasbourg: Council of Europe, 2015.

Andrews A. Donald, Bonta James, Wormith, J. Stephen „The Risk-Need-Responsivity (RNR) model“, *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 38, 2011, 735-755.

Baldwin Kevin, „*Sex Offender Risk Assessment*“. U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking, 2015. Retrived from: <https://www.smart.gov/pdfs/SexOffenderRiskAssessment.pdf>

Bartosh, L. Darci, Garby Tina, Lewis L. Deborah, Gray Steve, "Differences in the Predictive Validity of Actuarial Risk Assessments in Relation to Sex Offender Type". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol.47, Iss. 4, 2003, 422–438.

Boer P. Douglas, *Manual for the Sexual Violence Risk - 20: Professional Guidelines for Assessing Risk of Sexual Violence*. The Mental Health, Law, & Policy Institute, Vancouver, 1997.

Brampton Laura Louise, *Working with Sexual Offenders: the training and support Needs of SOTP facilitators*. Doctoral dissertation, University of Birmingham, 2011.

Chu, Chi Meng Ward Tony, „The good lives model of offender rehabilitation: Working positively with sexual offenders“. In: Ronel, N. & Segev, D. (Eds.), *Positive criminology: The good can overcome the bad* (140-161). Abingdon, UK: Routledge. 2015.

Crowell Hensleigh, „A Home of One's Own: The Fight against Illegal Housing Discrimination Based on Criminal Convictions, and Those Who Are Still Left behind“, *Texas Law Review*; Austin, Vol. 95, Iss. 5, 2016, 1103-1143.

Donald Andrews, Zinger Ivan, Hoge D. Robert, Bonta James, Gendreau Paul, Cullen Francis, „Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis“, *Criminology*, Volume 28, Issue 3, 1990, 369–404.

Duwe Grant, Freske Pamela, “Using logistic regression modeling to predict sex offense recidivism: The Minnesota Sex Offender Screening Tool-3 (MnSOST-3)“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. Vol.24, Iss. 2, 2012, 350-377.

Hanson Karl, Harris Andrew, Letourneau Elizabeth, Helmus Maaik, Thornton David, „Reductions in risk based on time offense-free in the community: Once a sexual offender, not always a sexual offender“. *Psychology, Public Policy, and Law*, Vol. 24 Iss.1, 2018, 48-63.

Hanson Karl, *Sex Offender Risk Assessment*. Ottawa, Canada: Department of the Solicitor General of Canada, 2009. Chapter 3, 31-43. Available from: <https://marisluste.files.wordpress.com/2011/07/sexassessment.pdf>

Hanson R. Karl, Sheahan L. Chelsea, C. L., VanZuylen Heather, „Static-99 and RRASOR predict recidivism among developmentally delayed sexual offenders: A cumulative meta-analysis“. *Sexual Offender Treatment*, Vol. 8, Iss.1, 2013, 1-14.

Hanson, R. Karl, Morton-Bourgon, Kelly, „The Accuracy of Recidivism Risk Assessments for Sexual Offenders: A Meta-Analysis of 118 Prediction Studies“. *Psychological Assessment*, Vol.21, Iss.1, 2009,1-21.

Helmus Leslie, Babchishin M. Kelly, Hanson R. Karl, „The predictive accuracy of the Risk Matrix 2000: A meta-analysis“. *Sexual Offender Treatment*, Vol.28, Iss. 2, 2013, 1-20.

Jehle Jörg-Martin, Harrendorf Stefan, Aebi F. Marcelo, *Defining and Registering criminal Offences and Measures - Standards for a European Comparison*. Universitätsverlag Göttingen, 2016.

Leversee Tom, *Etiology and Typologies of Juveniles Who Have Committed Sexual Offenses*. Research Brief. Office Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking SOMAPI. 2015. <https://www.smart.gov/pdfs/JuvenileEtiologyandTypology.pdf> приступ 25.03.2017.

Lipsey Mark, Landenberger Nana, Wilson Sandra, *Effects of cognitive-behavioral programs for criminal offenders*. Center for Evaluation Research and Methodology Vanderbilt Institute for Public Policy Studies. 2007 Available from:

https://www.campbellcollaboration.org/media/k2/attachments/1028_R.pdf

Mann E. Ruth, Hanson R. Karl, Thornton David, „Assessing Risk for Sexual Recidivism: Some Proposals on the Nature of Psychologically Meaningful Risk Factors“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, Vol.22, Iss. 2, 2010,191–217.

Marie Dannette, „Maori and Criminal Offending: A Critical Appraisal“. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, Volume: 43 issue: 2, 282-300

Marshall L. William, Marshall E. Liam, „Can treatment be effective with sexual offenders or does it do harm? A response to Hanson (2010) and Rice (2010)“, *Canada Sexual Offender Treatment*, Volume 5, Issue 2, 2010. <http://www.sexual-offender-treatment.org/87.html>. приступ, 15.10.2013. год.

Marshall William, *Treatment of sexual offenders and its effects*, Ontario, Canada, 2012. from: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No72/No72_12VE_Marshall.pdf приступ 12.06.2015. год.

Mužinić Lana, Vukota Ljiljana, *Tretman seksualnih delinkvenata i zaštita zajednice*, Medicinska naklada i psihijatrijska bolnica Vrapče, Zagreb, 2010.

Pearson Anna, „Kia Marama: Where child-sex offenders rehabilitate“, 2014. <https://www.stuff.co.nz/national/crime/63290585/kia-marama-where-childsex-offenders-rehabilitate>. приступ 28.01.2016. год.

Przybylski Roger. The Effectiveness of Treatment for Adult Sexual Offenders. *Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking*. 2015. https://www.smart.gov/SOMAPI/sec1/ch7_treatment.html, приступ 24.4.2017. год.

Quinsey Vernon Lewis, Harris Grant Thomas, Rice Marnie Elizabeth, Cormier Catherine, *Violent offenders: Appraising and Managing risk*, 2nd edition. American Psychological Association, Washington, DC, 2006.

Rettenberger Martin, „The Reliability and Validity of the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20): An International Review“, *Sexual Offender Treatment*, Volume 4, Iss. 2, 2009, 1-14.

Willis M. Gwenda, Ward Tony, Levenson S. Jill, „The Good Lives Model (GLM): An Evaluation of GLM Operationalization in North American Treatment Programs“. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*. 26(1), 2013, 58–81

Yates M. Pamela, „Treatment of Sexual Offenders: Research, Best Practices, and Emerging Models“. *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 8(3-4), 2013, 89-95.

Goran JOVANIĆ

Associate Professor

Vesna ŽUNIĆ PAVLOVIĆ

Full Professor

Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

APPLICATION OF RISK, NEED AND RESPONSIVITY PRINCIPLES IN PENALTY TREATMENT OF SEX OFFENDERS

Sammary

Penalty reaction to committing crimes has evolved from exceedingly brutal punishment methods with the aim of elimination of the perpetrator, inflicting psychological as well as lethal physical suffering and degrading one's dignity to the modern forms of individualized treatments adjusted to the offender's risks, needs and capacity of change. This has gradually improved humanity of punishments and the society's focus was shifted from retribution to creating behavioral changes in order to achieve recidivism risk reduction. The shift in these notions, along with the practice in serving a prison sentence, conditioned a parallel existence of different approaches to standardization and realization. The existence of death sentence, life sentence, other types of sentences, castration, electronic surveillance and registration for the same type of crimes such as sex offence in different states points out to discrepancies in their approaches and notions of what reaction to take towards the offenders. Renouncing from the death sentence forced the legislators to seek such interventions that would ensure either permanent isolation and segregation of the offender from the society, or change in behavior and reduction of risk of committing the crime again after the release. The aim of this paper is to demonstrate empirical experiences in application of different treatment approach to the sex offenders, with the accent on the principles based on the Risk, Need and Responsivity model to those sentenced to time in prison. The empirical indicators demonstrate heterogenic results raging from failed ones, partly efficient to the efficient ones.

Key words: *prison, treatment, sex offenders, risk, needs, responsivity.*

Рад је предат 15. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Veljko TURANJANIN*

Faculty of Law, University of Kragujevac

UNDERCOVER INVESTIGATOR IN THE JURISPRUDENCE OF THE ECtHR

Summary: In this article an author deals with the undercover investigator, as one of the six special investigative techniques prescribed in the Serbian Criminal Procedure Code. Special investigation techniques are more often used and they are very effective in the evidence gathering for the purpose of detecting and investigating organized crime. After the introductory remarks, the author explains the Serbian solution. However, the central part of the article is devoted to the undercover investigator from the aspect of the European Court of Human Rights. ECtHR in several cases dealt with this issue. Special attention was devoted to the prohibition of the incitement in this technique, which is very hard to accomplish in the police practice.

Key words: *undercover investigator, special investigation technique, ECtHR, ECHR.*

1. INTRODUCTION

Undercover investigator represents one of the six special investigation techniques under the Serbian Criminal Procedure Code, besides the covert interception of communications, covert surveillance and audio and video recording, simulated (business) deals, computer search of data and controlled delivery and it is regulated in detail. In the Serbian legal theory there are many works devoted to this issue.¹ However, the main goal of this article is to explain in short jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR). Very important to emphasize here is the fact that Article 6 of the

* Assistant professor, turanjaninveljko@gmail.com

¹ See, for example: V. Delibašić, „Undercover investigator“, *NBP*, 1/2016, 81-98; M. Škulić, *Organized Crime*, Belgrade, 2015; T. Lukić, „Undercover investigator“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 10/2005, 505-522; V. Jović, *Undercover Investigator as a Subject of the Exploring Crimes and Offenders*, doctoral dissertation, Kragujevac, 2010; V. Jović, *Undercover Investigator*, Belgrade, 2011; S. Knežević, „Undercover agent“, *Pravna riječ*, 23/2010, 463-475; D. Marinković, Z. Đurđević, „Undercover Investigator in the Serbian Legislation: an Analysis of the Disputable Issues“, *Pravni život*, 10/2007, 27-54; G. Bošković, N. Radović, „Undercover Investigator in the Suppression of the Organized Crime“, *Pravni život*, 9/2010, 743-755.

European Convention on Human Rights does not set any rules on the admissibility of evidence as such, because this matter has been treated by the ECtHR as something to be regulated by national law, or, more precisely and as the ECtHR emphasized in numerous judgments, it is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not.²

There is a rich jurisprudence of the ECtHR devoted to this issue. As Karen Reid points out, the fine line between entrapment, incitement and legitimate undercover investigation is a well-known problem; issues principally arise as to the fairness of proceedings where a person becomes involved in a crime which would otherwise not have been contemplated but for the suggestion of the agent provocateur, as to whether the use of evidence gathered undercover is compatible with the right of the defence, and potentially respect for private life.³ In this work, due to its length, we will analyze four cases before the ECtHR: *Ramanauskas v. Lithuania*, *Miliniene v. Lithuania*, *Teixeira de Castro v. Portugal* and *Lüdi v. Switzerland*. This is a very deep area and it is impossible in the relatively short article explain all repercussions of the ECtHR's jurisprudence at the national legal systems in this sphere and, of course, to show all relevant judgments.

2. LEGISLATIVE FRAME FOR THE UNDERCOVER INVESTIGATOR UNDER THE SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

It is very important at the beginning to briefly explain the legal solution of the Serbian legislator. Serbia is member of the Council of Europe and its legislation is under the direct influence of the ECtHR and interpretation of the European Convention on Human Rights (hereinafter: ECHR). Under the Serbian Criminal Procedure Code, this special investigative technique can be ordered under the specific legislative conditions. In the first place, special evidentiary actions may be ordered against a person for whom there are grounds for suspicion that he has committed a criminal offence referred to in Article 162 of this Code⁴, and evidence for criminal prosecution cannot be

² W. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2015, 320.

³ K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2012, 139.

⁴ Special evidentiary actions may be ordered for the following criminal offences: 1) those which according to separate statute fall within the competence of a prosecutor's office of special jurisdiction; 2) aggravated murder (Article 114 of the Criminal Code), abduction (Article 134 of the Criminal Code), showing, procurement and possession of pornographic

acquired in another manner, or their gathering would be significantly hampered. Special evidentiary actions may also exceptionally be ordered against a person for whom there are grounds for suspicion that he is preparing one of the mentioned criminal offences and the circumstances of the case indicate that the criminal offence could not be detected, prevented or proved in another way, or that it would cause disproportionate difficulties or a substantial danger.

If these conditions are fulfilled, acting on a reasoned motion by the public prosecutor the court may order the deployment of an undercover investigator if evidence for criminal prosecution cannot be secured by other special evidentiary actions or if their collection would be made substantially more difficult (article 183). The special evidentiary action of engaging an

materials and exploiting juveniles for pornography (Article 185 paragraphs 2 and 3 of the Criminal Code), extortion (Article 214 paragraph 4 of the Criminal Code), counterfeiting money (Article 223 paragraphs 1 to 3 of the Criminal Code), money laundering (Article 231 paragraphs 1 to 4 of the Criminal Code), unlawful production and circulation of narcotic drugs (Article 246 paragraphs 1 to 3 of the Criminal Code), threatening independence (Article 305 of the Criminal Code), threatening territorial integrity (Article 307 of the Criminal Code), sedition (Article 308 of the Criminal Code), inciting sedition (Article 309 of the Criminal Code), subversion (Article 313 of the Criminal Code), sabotage (Article 314 of the Criminal Code), espionage (Article 315 of the Criminal Code), divulging state secrets (Article 316 of the Criminal Code), inciting national, racial and religious hatred or intolerance (Article 317 of the Criminal Code), violation of territorial sovereignty (Article 318 of the Criminal Code), conspiring to conduct activities against the Constitution (Article 319 of the Criminal Code), plotting an offences against the constitutional order and security of Serbia (Article 320 of the Criminal Code), serious offences against the constitutional order and security of Serbia (Article 321 of the Criminal Code), illegal manufacture, possession and sale of weapons and explosive materials (Article 348 paragraph 3 of the Criminal Code), illegal crossing of the national boarder and human trafficking (Article 350 paragraphs 2 and 3 of the Criminal Code), abuse of office (Article 359 of the Criminal Code), trading in influences (Article 366 of the Criminal Code), taking bribes (Article 367 of the Criminal Code), offering bribes (Article 368 of the Criminal Code), human trafficking (Article 388 of the Criminal Code), taking hostages (Article 392 of the Criminal Code) and the criminal offence referred to in Article 98 paragraphs 3 to 5 of the Law on the Secrecy of Data; 3) obstruction of justice (Article 336 paragraph 1 of the Criminal Code), if committed in connection with the criminal offence referred to in items 1) and 2) of this paragraph. A special evidentiary action referred to in Article 183 of this Code may be ordered only in connection with a criminal offence referred to in paragraph 1 item 1) of this Article. Under the conditions referred to in Article 161 of this Code the special evidentiary action referred to in Article 166 of this Code may also be ordered for the following criminal offences: unauthorised exploitation of copyrighted work or other works protected by similar rights (Article 199 of the Criminal Code), damaging computer data and programmes (Article 298 paragraph 3 of the Criminal Code), computer sabotage (Article 299 of the Criminal Code), computer fraud (Article 301 paragraph 3 of the Criminal Code) and unauthorised access to protected computers, computer networks and electronic data processing (Article 302 of the Criminal Code).

undercover agent is ordered by the judge for preliminary proceedings by a reasoned order. This order contains data on persons and the group related to whom it is being applied, description of possible criminal offences, manner, scope, location and duration of the special evidentiary action. It may be specified in the order that the undercover investigator may use technical means for making photographs, or for audio, video or electronic recording. The duration of the engagement of undercover investigator is as long as necessary to collect evidence, but no longer than one year. Upon a reasoned motion of the public prosecutor, the special evidentiary action may be extended by a maximum of six months by the judge for preliminary proceedings. The engagement of an undercover investigator is discontinued as soon as the reasons for his deployment cease to exist (article 184). The minister responsible for internal affairs, director of the Security Information Agency or director of the Military Security Agency, or a person authorised by them designate an undercover investigator under a pseudonym or code-name. As a rule an undercover investigator is an authorised officer of the internal affairs authorities, Security Information Agency or Military Security Agency, and if special circumstances of the case so require, another person, who may also be a foreign national. For the purpose of protecting the identity of the undercover investigator, the competent authorities may alter data in databases and issue personal documents with altered data. These data represent secret data. ***It is prohibited and punishable for an undercover investigator to incite to the commission of a criminal offence*** (article 185).

During his deployment an undercover investigator submits periodical reports to his immediate superior. At the conclusion of the deployment of the undercover investigator, the superior official delivers to the judge for preliminary proceedings photographs, optical, audio or electronic recordings, documentation collected and all evidence acquired and a report containing: the time of commencement and termination of deployment of the undercover investigator; code-name or pseudonym of the undercover investigator; description of the procedures applied and technical means used; data on the persons covered by the special evidentiary action and description of the results achieved. The judge for preliminary proceedings will deliver the materials and report to the public prosecutor (article 186). An undercover investigator under a code-name or pseudonym may exceptionally be examined as a witness in the criminal proceedings. The examination will be performed so that the identity of the undercover investigator is not revealed to the parties and the defence counsel. The undercover investigator is summoned through his superior officer who immediately before the examination by a declaration given before the court confirms the identity of the undercover investigator. The data on the identity of the undercover investigator being examined as a witness represent secret data. A court decision cannot be based only or to a decisive extent on the

testimony of an undercover investigator (article 187). As we can see from the mentioned, Serbian legislator introduced many rules for the protection, from one side, the special investigator, and from the other side, human rights of the accused.

3. UNDERCOVER INVESTIGATOR UNDER THE ECtHR JURISPRUDENCE

ECtHR in the several cases dealt with the undercover investigator issues. As we will see from the following considerations, this issue was significantly based at the incitement to the criminal offence, because police members in the most cases do not act neutral, as it should be. We saw earlier that Serbian legislator prohibits this action and in that case it is unlawful evidence.

3.1. Ramanauskas v. Lithuania⁵

At the first place we will consider the situation in a judgment *Ramanauskas v. Lithuania*. Lithuania developed its criminal procedure law under the ECHR influence. Azubalyte considers that soon after the ratification of the Convention, the lost case, in which an infringement of the Convention was stated, influenced both lawmaking and practice of application of the norms of criminal procedure; there, the alterations of the CCP related to the participation of the judge in the detention procedures were adopted after the lost cases; Jėčius' case determined the cancellation of preventive detention as contradictory to Article 5 of the Convention; the decision made in the case of Birutis and others v. Lithuania served as an impulse to change the procedure of the interrogation of anonymous witnesses, which failed to secure the accused person's right to question the witnesses, later the ECHR used to state the infringements which were conditioned not by the law but by certain practice more often: the requirement of the right to trial within a reasonable time was once again stressed by the ECHR in the case of Šleževičius v. Lithuania; the reasonableness of the length of detention was analyzed in the case of Stašaitis v. Lithuania; the infringements of the presumption of innocence in were revealed in the case of Butkevičius v. Lithuania; the ECHR position regarding the application of the undercover agents was explained in the case of Ramanauskas v. Lithuania.⁶

In this case the applicant worked as a prosecutor. He submitted to the ECtHR that he had been approached through a private acquaintance by a person

⁵ *Ramanauskas v. Lithuania*, application no. 74420/01, judgment 05.02.2008.

⁶ R. Azubalyte, "Tendencies of the Development of the Lithuanian Criminal Procedure Law", *Jurisprudence* 2010, 1(119), 288-289.

previously unknown to him who was, in fact, an officer from a special anti-corruption police unit. The officer offered the applicant a bribe of USD 3,000 in return for a promise to obtain a third party's acquittal. The applicant had initially refused but later agreed as the officer had repeated the offer a number of times. The officer informed his employers and in January 1999 the Deputy Prosecutor General authorised him to simulate criminal acts of bribery. Shortly afterwards, the applicant accepted the bribe from the officer. In August 2000 he was convicted of accepting a bribe of USD 2,500 and sentenced to imprisonment. The judgment was upheld on appeal. When dismissing the applicant's cassation appeal, the Supreme Court noted that there was no evidence that the initial negotiations with the applicant had taken place on police instructions; that the authorities had been informed only after the applicant had agreed to accept the bribe and that, in authorising the officer's further actions, they had merely joined in a criminal act which was already in progress. According to the Supreme Court, the question of incitement was of no consequence for the legal classification of the applicant's conduct.

The ECtHR explained its position regarding the application of undercover agents and the use of the evidence acquired as a result of the use of the undercover agent.⁷ Then, it observed at the outset that it is aware of the difficulties inherent in the police's task of searching for and gathering evidence for the purpose of detecting and investigating offences. To perform this task, they are increasingly required to make use of undercover agents, informers and covert practices, particularly in tackling organised crime and corruption (§ 49). So, ECtHR here goes into its general principles. Furthermore, corruption – including in the judicial sphere – has become a major problem in many countries, as is attested by the Council of Europe's Criminal Law Convention on the subject. This instrument authorises the use of special investigative techniques, such as undercover agents, that may be necessary for gathering evidence in this area, provided that the rights and undertakings deriving from international multilateral conventions concerning "special matters", for example human rights, are not affected (§ 50). That being so, the use of special investigative methods – in particular, undercover techniques – cannot in itself infringe the right to a fair trial. However, on account of the risk of police incitement entailed by such techniques, their use must be kept within clear limits (§ 51). In this connection, it should be reiterated that it is the ECtHR's task, in accordance with Article 19, to ensure the observance of the engagements undertaken by the States Parties to the Convention. The admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law

⁷ L. Štariene, „The Limits of the Use of Undercover agents and the Right to a Fair Trial under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights”, *Jurisprudence* 3(117), 2009, 266.

and, as a rule, it is for the national courts to assess the evidence before them. ECtHR, for its part, must ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair. In this context, the ECtHR's task is not to determine whether certain items of evidence were obtained unlawfully, but rather to examine whether such "unlawfulness" resulted in the infringement of another right protected by the Convention (§ 52). More particularly, the Convention does not preclude reliance, at the preliminary investigation stage and where the nature of the offence may warrant it, on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of such sources by the trial court to found a conviction is a different matter and is acceptable only if adequate and sufficient safeguards against abuse are in place, in particular a clear and foreseeable procedure for authorising, implementing and supervising the investigative measures in question. While the rise in organised crime requires that appropriate measures be taken, the right to a fair trial, from which the requirement of the proper administration of justice is to be inferred, nevertheless applies to all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The right to the fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expedience (§ 53). Furthermore, while the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards, the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset (§ 54). Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution (§ 55).

Then, ECtHR observed the application of the general principles in the concrete case and concluded that the national authorities cannot be exempted from their responsibility for the actions of police officers by simply arguing that, although carrying out police duties, the officers were acting "in a private capacity". Here, "it is particularly important that the authorities should assume responsibility as the initial phase of the operation, namely the acts carried out up to 27 January 1999, took place in the absence of any legal framework or judicial authorisation. Furthermore, by authorising the use of the model and exempting AZ from all criminal responsibility, the authorities legitimised the preliminary phase *ex post facto* and made use of its results (§ 63). Moreover, no satisfactory explanation has been provided as to what reasons or personal motives could have led AZ to approach the applicant on his own initiative

without bringing the matter to the attention of his superiors, or why he was not prosecuted for his acts during this preliminary phase. On this point, the Government simply referred to the fact that all the relevant documents had been destroyed (§ 64). It follows that the Lithuanian authorities' responsibility was engaged under the Convention for the actions of AZ and VS prior to the authorisation of the model. To hold otherwise would open the way to abuses and arbitrariness by allowing the applicable principles to be circumvented through the "privatisation" of police incitement (§ 65). To ascertain whether or not AZ and VS confined themselves to "investigating criminal activity in an essentially passive manner", the Court must have regard to the following considerations. Firstly, there is no evidence that the applicant had committed any offences beforehand, in particular corruption-related offences. Secondly, as is shown by the recordings of telephone calls, all the meetings between the applicant and AZ took place on the latter's initiative, a fact that appears to contradict the Government's argument that the authorities did not subject the applicant to any pressure or threats. On the contrary, through the contact established on the initiative of AZ and VS, the applicant seems to have been subjected to blatant prompting on their part to perform criminal acts, although there was no objective evidence – other than rumours – to suggest that he had been intending to engage in such activity (§ 67). These considerations are sufficient for the Court to conclude that the actions of the individuals in question went beyond the mere passive investigation of existing criminal activity (§ 68). There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention."

3.2. Miliniene v. Lithuania⁸

In this case, against Lithuania too, the applicant worked as a judge. In June 1998 she was approached by a male acquaintance, with whom, she alleged, she merely discussed the sale of her car. Having secretly recorded their conversation, the acquaintance lodged a complaint with a special anti-corruption police unit stating that the applicant had demanded a payoff, in the form of a new car, in return for admitting and deciding his civil claim in his favour. The Deputy Prosecutor General authorised a "Criminal Conduct Simulation Model" for a period of one year. In October 1998 the applicant was apprehended in her office whilst receiving another bribe from the acquaintance. In 2000 she was convicted of accepting a large bribe and attempting to buy off State officials. She was sentenced to four years' imprisonment, banned from State service for five years, and had her property confiscated. The court based the conviction mostly on the recordings made by the acquaintance when

⁸ *Milieni v. Lithuania*, application no. 74335/01, judgment 24.06.2008.

implementing the model, finding that she had taken a total of USD 10,500 in personal bribes, as well as USD 1,000 to buy-off certain higher court judges. It was established that, in return, she had drafted his civil claim, had made the necessary arrangements to be appointed as the judge in his case, and had started examining it. When dismissing her cassation appeal, the Supreme Court observed that the preliminary information on her readiness to accept a bribe had been confirmed in that she had immediately accepted the offer without any outside pressure. Such an offer could not be considered active pressure to commit an offence. Furthermore, the Supreme Court noted that, contrary to the applicant's arguments, the police officers could not have discontinued their investigations once the applicant had received the first money instalment, because for the purposes of characterising her acts it was necessary to establish if she would keep her promise and decide the case in favour of the plaintiff.

The Government and the applicant had a very different approach to this issue, which is not strange. The Government submitted that ECtHR was not competent to deal with the applicant's complaints in that they related mostly to questions of fact and the application of domestic law, thus amounting to "fourth instance" issues. "The Government contended that, in any event, there had been no provocation of the applicant by the authorities, and no breach of Article 6 in the execution of the criminal conduct simulation model in the present case. They stressed that SŠ had approached the authorities with a complaint about the applicant's allegedly unlawful conduct. Thereafter the model had been authorised in order to secure the general interest, on the basis of the preliminary information submitted by SŠ about the applicant's demand for a bribe. In authorising and implementing the model, the authorities had only sought to "join" the criminal acts which had been contemplated and controlled by the applicant. The applicant's active steps in drafting SŠ's civil claim, undertaking to examine it in court and promising to bribe higher court officials, showed that she would have committed the crimes even without SŠ's or the authorities' intervention. No threats or other form of undue pressure had been exerted by the authorities. The fact that the applicant was a law enforcement official only aggravated her guilt, since she had been well aware of the unlawfulness of her actions. In sum, there had been no incitement to commit a crime (§ 33). The applicant claimed that there had been a breach of her right to a fair hearing in view of the authorisation and implementation of the model used against her. She stated that the model had been used in contravention of domestic law. She further stated that the initial information submitted by SŠ to the authorities on 16 June 1998 had been insufficient to suspect her of being susceptible to bribery. The authorisation of the model in her case had thus served to create evidence of a fresh offence, rather than to investigate an offence which she had been predisposed to commit. She stated that, as a result, she had been entrapped into committing the crime of accepting a bribe set up by SŠ and the authorities.

Furthermore, the inducements provided by the model had not been properly structured, in that the initial payment and acceptance by her of USD 1,000 would have been enough to arrest her and discontinue her unlawful actions as indicated in the model. Instead, the authorities had allowed her to continue until she had accepted USD 10,500 in personal bribes and committed a further crime (the attempted buy-off of higher court judges). The applicant submitted that the impugned crimes would not have been committed without the authorities' intervention. She complained about the domestic courts' failure to give an adequate answer to the question of the authorities' responsibility for her entrapment. The applicant concluded that she had thus been denied a fair hearing, in breach of Article 6 § 1 of the Convention (§ 34)."

In the first place, ECtHR recalls its recent *Ramanauskas* judgment, in which it elaborated the concept of entrapment in breach of Article 6 § 1 of the Convention, as distinguished from the use of legitimate undercover techniques in criminal investigations, in respect of which there must be adequate safeguards against abuse. It established that its function under Article 6 § 1 is to review the quality of the domestic courts' assessment of the alleged entrapment and to ensure that they adequately secured the accused's rights of defence, in particular the right to adversarial proceedings and to equality of arms. Really interesting is the fact that ECtHR distinguishes *agents provocateurs* from the undercover investigator. To ascertain whether or not the police confined themselves to "investigating criminal activity in an essentially passive manner" in the present case, ECtHR has regard to the following considerations. "There was no evidence that the applicant had committed any offences beforehand, in particular corruption-related offences. However, the initiative in the case was taken by SŠ, a private individual, who, when he understood that the applicant would require a bribe to reach a favourable outcome in his case, complained to the police. Thereafter the police approached the Deputy Prosecutor General who authorised and followed the further investigation within the legal framework of a criminal conduct simulation model, affording immunity from prosecution to SŠ in exchange for securing evidence against the suspected offender (§ 37). To the extent that SŠ had police backing to offer the applicant considerable financial inducements and was given technical equipment to record their conversations, it is clear that the police influenced the course of events. However, ECtHR does not find that police role to have been abusive, given their obligation to verify criminal complaints and the importance of thwarting the corrosive effect of judicial corruption on the rule of law in a democratic society. Nor does it find that the police role was the determinative factor. The determinative factor was the conduct of SŠ and the applicant. To this extent, ECtHR accepts that, on balance, the police may be said to have "joined" the criminal activity rather than to have initiated it. Their actions thus remained within the bounds of undercover work rather than that of *agents*

provocateurs in possible breach of Article 6 § 1 of the Convention (§ 38). Nevertheless, there will only be compliance with Article 6 § 1 of the Convention if the applicant was able to raise effectively the issue of incitement. In this respect, ECtHR notes that the applicant was able to put clear entrapment arguments before the domestic courts. However, the Court observes that a reasoned response was given to them, particularly by the Supreme Court in its rejection of her cassation appeal. As ECtHR has already noted, there were clearly good reasons to commence the investigation after SŠ had contacted the police. It was established that SŠ had no special relationship with the applicant, from which can be inferred that he had no ulterior motive in denouncing the applicant. The model had been lawfully conceived and put into action. Moreover it had been adequately supervised by the prosecution, even if court supervision would have been more appropriate for such a veiled system of investigation (§ 39). ECtHR finds that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention (§ 41).”

3.3. Teixeira de Castro v. Portugal⁹

One of the most famous cases on the undercover investigator issue is *Teixeira de Castro v. Portugal*. In case before ECtHR not contended that officers’ intervention had taken place as part of anti-drug-trafficking operation ordered and supervised by a judge – competent authorities did not have good reason to suspect that applicant was a drug trafficker – necessary inference from the circumstances of case was that two police officers had not confined themselves to investigating applicant’s criminal activity in an essentially passive manner, but had exercised an influence such as to incite commission of offence. Two police officers’ actions had gone beyond those of undercover agents – their intervention and its use in the impugned criminal proceedings had meant that, from outset, applicant had been definitively deprived of fair trial.

The Court notes, firstly, that the present dispute is distinguishable from the case of *Lüdi v. Switzerland* (which will be briefly elaborated later), in which the police officer concerned had been sworn in, the investigating judge had not been unaware of his mission and the Swiss authorities, informed by the German police, had opened a preliminary investigation. The police officers’ role had been confined to acting as an undercover agent (§ 37). In the instant case it is necessary to determine whether or not the two police officers’ activity went beyond that of undercover agents. “ECtHR notes that the Government has not contended that the officers’ intervention took place as part of an anti-drug-trafficking operation ordered and supervised by a judge. It does not appear

⁹ *Teixeira de Castro v. Portugal*, application no. 441997/828/1034, judgment 09.06.1998.

either that the competent authorities had good reason to suspect that Mr Teixeira de Castro was a drug trafficker; on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened. Indeed, he was not known to the police officers, who only came into contact with him through the intermediary of V.S. and F.O.. Furthermore, the drugs were not at the applicant's home; he obtained them from a third party who had in turn obtained them from another person. Nor does the Supreme Court's judgment of 5 May 1994 indicate that, at the time of his arrest, the applicant had more drugs in his possession than the quantity the police officers had requested thereby going beyond what he had been incited to do by the police. There is no evidence to support the Government's argument that the applicant was predisposed to commit offences. The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence. Lastly, ECtHR notes that in their decisions the domestic courts said that the applicant had been convicted mainly on the basis of the statements of the two police officers (§ 38). In the light of all these considerations, ECtHR concludes that the two police officers' actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed. That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial. Consequently, there has been a violation of Article 6 § 1 (§ 39)."

3.4. Lüdi v. Switzerland¹⁰

In this case the applicant was citizen of the Switzerland. In the 1983, while he was in Germany, he was charged for the drug trafficking. Against him the police applied telephone tapping in the combination with the undercover investigator. Here, "ECtHR agrees with the Government that in the present case the use of an undercover agent did not, either alone or in combination with the telephone interception, affect private life within the meaning of Article 8."¹¹ Toni's actions took place within the context of a deal relating to 5 kg of cocaine. The cantonal authorities, who had been warned by the German police, selected a sworn officer to infiltrate what they thought was a large network of traffickers intending to dispose of that quantity of drugs in Switzerland. The

¹⁰ *Lüdi v. Switzerland*, application no. 12433/86, judgment 15.06.1992.

¹¹ V. Turanjanin, M. Kolaković-Bojović, "Secret Monitoring of Communication as a Special Investigation Technique in the Focus of the European Court of Human Rights", *Freedom, Security: the Right to Privacy*, Novi Sad, 2017, 323-341.

aim of the operation was to arrest the dealers when the drugs were handed over. Toni thereupon contacted the applicant, who said that he was prepared to sell him 2 kg of cocaine, worth 200,000 Swiss francs. Applicant must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under Article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him (§ 40). In short, there was no violation of Article 8 (§ 41).” So, as we can see from these considerations, the central part of this judgment was alleged violation of the Article 8, but there was the consideration on the issue of the undercover investigator.

3. CONCLUSION

Undercover investigator represents one of the issues that can infringe the fundamental human rights and freedoms. In the Serbian legislation, this is one of the six special investigation techniques, besides the ordinary means of proving crimes. At the scale of the Convention’s rights and freedoms, this issue falls in the Article 6. However, the use of the evidences collected during this investigative technique is not disputable when the action is in the accordance with the legal rules and human rights. In the legal theory we can find that ECtHR in the explained verdict spoke about the guilty of the accused person, which is usual mistake. ECtHR never speaks about it. It correctly just establishes the fact that the use of the inadmissible evidence is forbidden. So, when the undercover investigator in a inadmissible manner collect the evidences or incites to the crime, it is inadmissible evidence in the true sence and at the basis of such evidence the national court cannot base its decision. In short, ECtHR does not deal with the issue of guilt or innocence of the accused. We could not analyze every judgment of the ECtHR, but four of them are crucial for the establishing some general principles.

BIBLIOGRAPHY

R. Azubalyte, "Tendencies of the Development of the Lithuanian Criminal Procedure Law", *Jurisprudence* 2010, 1(119)

G. Bošković, N. Radović, „Undercover Investigator in the Suppression of the Organized Crime“, *Pravni život*, 9/2010, 743-755

V. Delibašić, „Undercover investigator“, *NBP*, 1/2016, 81-98

V. Jović, *Undercover Investigator as a Subject of the Exploring Crimes and Offenders*, doctoral dissertation, Kragujevac, 2010

V. Jović, *Undercover Investigator*, Belgrade, 2011; S. Knežević, „Undercover agent“, *Pravna riječ*, 23/2010, 463-475

T. Lukić, „Undercover investigator“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 10/2005, 505-522

D. Marinković, Z. Đurđević, „Undercover Investigator in the Serbian Legislation: an Analysis of the Disputable Issues“, *Pravni život*, 10/2007, 27-54

K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2012

W. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary*. Oxford, Oxford University Press, 2015

V. Turanjanin, M. Kolaković-Bojović, "Secret Monitoring of Communication as a Special Investigation Technique in the Focus of the European Court of Human Rights", *Freedom, Security: the Right to Privacy*, Novi Sad, 2017, 323-341

M. Škulić, *Organized Crime*, Belgrade, 2015

L. Štariene, „The Limits of the Use of Undercover agents and the Right to a Fair Trial under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights“, *Jurisprudence* 3(117), 2009.

CASES

Miliene v. Lithuania, application no. 74335/01, judgment 24.06.2008

Lüdi v. Switzerland, application no. 12433/86, judgment 15. 06. 1992.

Ramanauskas v. Lithuania, application no. 74420/01, judgment 05.02.2008

Teixeira de Castro v. Portugal, application no. 441997/828/1034, judgment 09.06.1998

Вељко ТУРАЃАНИН

Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРИКРИВЕНИ ИСЛЕДНИК У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Апстракт: Аутор у раду расправља проблематику прикривеног иследника, као једне од шест посебних доказних прописаних у Законнику о кривичном поступку Републике Србије. Посебне доказне радње се користе веома често у истрагама за кривична дела организованог криминалитета. Аутор, након уводних разматрања, даје кратак сиже законских одредаба о прикривеном иследнику према Законнику о кривичном поступку. Централни део рада је посвећен предметној проблематици из угла Европског суда за заштиту људских права и основних слобода, који се у више предмета бавио заштитом људских права кроз спровођење посебних доказних радњи. Посебна пажња је посвећена забрани подстрекавања на извршење кривичног дела.

Кључне речи: *прикривени иследник, посебне доказне радње, ЕСЉП, ЕКЉП.*

Рад је предат 9. априла 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Ванда БОЖИЋ*

Правни факултет Свеучилишта у Загребу

Бранко ЛЕШТАНИН**

МУП Републике Србије, ПУ Краљево

Жељко НИКАЧ***

Криминалистичко-полицијска академија, Београд

ЕКСТРАДИЦИЈА КАО ВИД МЕЂУНАРОДНЕ САРАДЊЕ У ИЗДАВАЊУ ЛИЦА С ОСВРТОМ НА ПОСТУПАЊЕ ПОЛИЦИЈЕ****

Апстракт: Развој модерног друштва и савремене технологије омогућио је, нажалост, развој криминалитета, ескалацију најтежих појавних облика и преливање у друге земље. У намери избегавања кривичне одговорности извршиоци кривичних дела често беже у друге земље, уништавају трагове, склањају средства и предмете кривичних дела. Антикриминална солидарност и међународна сарадња држава у борби против (транснационалног организованог) криминалитета су императив опстанка развијеног света. Интегрални део међународне кривичноправне сарадње држава је екстрадиција лица ради вођења кривичног поступка или извршења кривичне пресуде по владајућем принципу *aut dedere aut iudicare*. У раду се указује на појам, елементе, начела и правне изворе екстрадиције, као и важнија решења Закона о међународно правној помоћи у кривичним стварима Републике Србије и Републике Хрватске. Дат је и критички осврт на положај, улогу и поступање полиције у поступку екстрадиције. На крају су наведени поједини предлози *de lege*

* Научни сарадник, vanda.bozic@pravo.hr

** Дипломирани официр полиције, b.lestanin@gmail.com

*** Редовни професор, zeljko.nikac@kpa.edu.rs

**** Рад је писан у оквиру потпоре Хрватске закладе за знаност и одобреног пројекта под бр. 1949. „*Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition - Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime*.“

Рад је и резултат рада на Пројектима „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција,“ МПНТР РС бр.179045 и Управљање полицијском организацијом у спречавању и сузбијању претњи безбедности у Републици Србији, КПА, 2015-2019.

ferenda посебно у циљу хармонизације законодавства РС са правним прописима ЕУ.

Кључне речи: криминалитет, екстрадиција, међународна сарадња, кривична дела, Србија, Хрватска и ЕУ.

1. УВОД

Историјски посматрано у Републици Србији питање међународне кривичноправне помоћи било је регулисано законом којим се уређивао кривични поступак све до 2009. године када је донет посебан Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима¹ у случајевима када не постоји потврђени међународни уговор или када одређена питања њиме нису уређена.

Република Хрватска има слично правно наслеђе односно правни континуитет са осталим државама које су постале самосталне након распада СФРЈ. Као и у случају Републике Србије, област међународне кривичноправне помоћи била је регулисана законом којим се уређује кривични поступак, а потом уређена Законом о међународној правној помоћи у казнененим стварима.²

Смисао борбе против криминалитета јесте да друштво предузме све расположиве мере и активности те да спречи сваки злочин. У случају извршеног кривичног дела, злочинац мора бити изведен пред лице правде, а жртва (оштећени) добити адекватну сатисфакцију за повређено добро.

У складу са тим, међународна кривично-правна помоћ (сарадња) представља врхунски циљ у борби против криминалитета у савременом свету. У најширем смислу као основни видови међународне кривично-правне сарадње у доктрини и пракси наводе се међународна полицијска сарадња и међународна судска сарадња (кривично-правна помоћ).³

¹ Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 20/09.

² Закон о међународној правној помоћи у казнененим стварима, „Народне новине“, бр. 178/04.

Шире: Д. Крапац, „Нови Закон о међународној правној помоћи у казнененим стварима: начела и поступци“ *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, 2005, 625-680.

³ Ж. Никач, *Транснационална сарадња држава у борби против криминала: Европол и Интерпол*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2003, 81-84.

2. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНО-ПРАВНА САРАДЊА ДРЖАВА – ОСВРТ

Државе су увиделе потребу за међународном кривичноправном сарадњом средином XIX века када је одржано више *међународних конференција* о реформама казненог система, хуманизацији санкција, сузбијању криминалитета и сарадњи држава. Претече институционалних облика међународне сарадње држава и полицијских организација били су међународни скупови одржани у Франкфурту (1846), Бриселу (1847) и Стокхолму (1878).⁴

Међународна кривичноправна помоћ може бити схваћена у ширем и ужем смислу. У *ширем смислу* међународна кривично-правна помоћ обухвата *било коју радњу или меру* у току, за време и после кривичног поступка, органа једне државе у циљу остварења сарадње у конкретној кривичној ствари (нпр. испитивање сведока, прикупљање доказа за потребе поступка, уступање кривичног гоњења, извршење стране кривичне пресуде). У *ужем смислу* међународна кривично-правна помоћ обухвата само део правне помоћи и састоји се од пружања *помоћи надлежним страним органима током трајања кривичног поступка*. Ова врста помоћи позната је у доктрини као „мала“ или „примарна“ кривичноправна помоћ.⁵ У оперативном смислу, међународна кривична сарадња држава на пољу спречавања и сузбијања свих облика криминалитета, реализује се као: међународна судска сарадња (кривичноправна помоћ) и међународна полицијска сарадња.⁶

Правни извори међународне кривично-правне помоћи могу бити схваћени у материјалном и формалном смислу. У *материјалном* смислу под изворима (међународног кривичног) права подразумевају се друштвене чињенице из којих произилази право, односно из којих настаје основ целокупног правног поретка. У *формалном* смислу под изворима (међународног кривичног) права подразумевају се конкретни правни акти којима се манифестују правна правила и поступак који прописује међународно право. У функционалном смислу је најважнија систематика на међународне и националне правне изворе. У области међународне кривично-правне помоћи (сарадње) примарни извори су међународне конвенције и међународни уговори. *Унутрашњи* правни извори су

⁴ Ж. Никач, *Међународна полицијска сарадња*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2015, 25.

⁵ *Ibid.*, 232

⁶ З. Гајић, Д. Спасић, „Екстрадиција и поступање полиције са страном међународном потерницом“, *Безбедност*, бр. 1, 2014, 146.

супсидијарног карактера и у ту групу спадају национални прописи, закони и други унутрашњи прописи.⁷

Водећи национални правни извор у међународно кривичноправној помоћи је Устав који садржи опште правне норме. Устав Републике Србије⁸ као *lex generalis*, дозвољава међународну кривичноправну сарадњу која мора бити темељена на закону или међународном уговору који су саставни део правног система државе. Република Хрватска, данас чланица ЕУ, је још у процесу приступања ЕУ извршила потребне законске промене у складу са правним тековинама ЕУ.⁹ Билатералним споразумима и законима ближе је уређена област међународне кривичноправне сарадње, док је између чланица ЕУ правосудна сарадња регулисана посебном Оквирном одлуком која има примат у односу на потписане споразуме и ратификоване конвенције.

Већина држава региона западног Балкана има закључене билатералне споразуме о правној помоћи у кривичним стварима. У питању су типски споразуми који на један општи начин уређују односе држава приликом пружања помоћи у кривичним стварима (замолница, поступак, надлежни органи).¹⁰ Тако Република Србија има закључене билатералне споразуме с Аустријом, Италијом, Турском, Кипром и Албанијом о сарадњи у борби против тероризма који, поред тероризма, подразумевају сарадњу и у области организованог криминалитета, међу којим посебно истичемо сузбијање трговине људима, дрогом, оружјем. Сарадња у овој области подразумева међусобну размену података које указују на тероризам, размену искустава у раду, одржавање састанака и обуке запослених, спровођење одређених договорених мера и радњи од стране полиције на својој територији (посебних/специјалних истражних метода/радњи као нпр. контролисана испорука), потражна делатност за лицима, узајамно пружање помоћи у борби против тероризма.¹¹

У циљу унапређења међународне кривичноправне сарадње, државе чланице Савета Европе (СЕ) залажу се за ближе повезивање држава чланица и усвајање заједничких прописа у области правне помоћи у

⁷ Ж. Никач, 2015, 233.

⁸ Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

⁹ Шире: Д. Крапац, „Нови Закон о међународној правној помоћи у казним стварима: начела и поступци“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, 2005, 625-680.

¹⁰ Шире: З. Гајић, Д. Спасић, *op. cit.*, 148.

¹¹ V. Božić, Ž. Nikač, B. Leštanin, „Fight against terrorism in the European union and in the states of the Region, *Conferense Proceedings „Impact of Changes in Operational Environment on Preparation and Execution (Design) of Operations“*, The University of Defence, Belgrade, 2017, p. 594-595.

кривичним стварима, на основу чега је СЕ усвојио Европску конвенцију о међународној правној помоћи у кривичним стварима.¹² Према Конвенцији су установљени следећи облици пружања помоћи: а) судске замолнице, б) достава судских аката и списка, в) приступање суду сведока, вештака и окривљених и г) достава података из судских списка.¹³ Поред редовних облика помоћи Конвенција предвиђа и неке посебне облике међународне кривично-правне помоћи, као што је пружање информација у вези са (кривичним) поступком.¹⁴ Иако су Конвенцију ратификовале све државе чланице СЕ, она је допринела унификацији екстрадиционог права, међутим ваља скренути пажњу на одређене недостатке: прописује могућност одбијања изручивања сопствених држављана и учиниоца политичких кривичних дела, препушта регулисање поступка изручења националним законодавствима и предвиђа могућност стављања резерви на поједине одредбе Конвенције, а то је у пракси довело до билатерализације Конвенције.¹⁵

За државе чланице ЕУ важи тзв. Европски налог за хапшење који је у правни систем ЕУ уведен Оквирном одлуком о европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава чланица из 2002. год.¹⁶ Европски налог за хапшење (*European Arrest Warrant - EAW*) представља први и конкретан правни (законодавни) механизам на подручју кривичноправне сарадње у оквиру Европске уније (ЕУ). Утемељен је на начелу узајамног признавања судских одлука држава чланица и замишљен да на службеном нивоу ЕУ буде парадигма правосудне сарадње у кривичним стварима.¹⁷ Са увођењем европског налога за хапшење у правни систем ЕУ субјекти поступка изручења нису више државе чланице него судови држава чланица који аутоматски признају одлуке судова

¹² Ратификована од стране СРЈ и објављена у Службеном листу СРЈ - Међународни уговори, бр. 10/01.

¹³ Европска конвенција о међународној правној помоћи у кривичним стварима, чл. 3-13.

¹⁴ Ж. Никач, 2015, 234.

¹⁵ Д. Хржина, М. Рошић, Ј. Стипишић, „Поступци изручења у Републици Хрватској-практични апекти“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, 2012, 845.

¹⁶ Council of the EU (2002), Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between member states, 2002/584/JHA, Official Journal L 190, 18/07/2002 доступно на <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:HTML>, приступљено 11.03.2018. г.

¹⁷ А. Р. Ивановић, М. Тотић, „Европски налог за хапшење као инструмент борбе против организованог криминала на територији Европске уније“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2017, 128.

других држава о налогу за хапшење (јудицијализација поступка).¹⁸ Република Хрватска као чланица ЕУ, следећи нормативну праксу чланица ЕУ, примењује ЕАВ тако што је донела посебан Закон о правосудној сурадњи у казним стварима с државама чланицама Еуропске уније.¹⁹

3. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНО ПРАВНА САРАДЊА ПРЕМА ЗМППКС

Међународна кривичноправна помоћ подразумева: 1) изручење (екстрадиција) окривљеног или осуђеног²⁰; 2) преузимање и уступање кривичног гоњења; 3) извршење кривичне пресуде; 4) остале облике међународне кривичноправне помоћи (нпр. вршење одређених кривичнопроцесних радњи, достављање писмена).²¹

Да би уопште дошло до сарадње морају, кумулативно, бити испуњени следећи услови: 1) да кривично дело поводом којег се захтева пружање међународне правне помоћи представља кривично дело по закону Републике Србије; 2) да за исто кривично дело није правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, односно да кривична санкција није у потпуности извршена (*ne bis in idem*); 3) да кривично гоњење, односно извршење кривичне санкције није искључено због застарелости, амнестије или помиловања; 4) да се захтев за пружање међународне правне помоћи не односи на политичко кривично дело или дело повезано са политичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности,²² 5) да пружање међународне правне помоћи не би повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију.²³

ЗМППКС ХР додаје још неколико могућности за одбијање молбе за пружање међународне помоћи: 1) ако се молба односи на фискално

¹⁸ В. Ђурђић, „Европски налог за хапшење“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2012, 36.

¹⁹ Закон о правосудној сурадњи у казним стварима с државама чланицама Еуропске уније, „Народне новине“, бр. 91/10, 81/13, 124/13, 26/15 и 102/17.

²⁰ У контексту пружања међународне кривичноправне помоћи појам „окривљени“ може се схватити као лице против кога се води кривични поступак пред надлежним судом због сумње да је извршио одређено кривично дело, док је „осуђени“ лице за које постоји правноснажан одлука суда којом је осуђен на одређену казну коју треба да издржи у одређеној држави

²¹ Види чл. 2. ЗМППКС РС и чл. 3. ЗМППКС ХР.

²² Осим ако је у питању кривично дело против међународног хуманитарног права за које не наступа застарелост.

²³ Чл. 7. *op. cit.*, у нап. 4.

кажњиво дело; 2) клаузула дискриминације која се састоји у оправданој претпоставци да би лице чије се изручење тражи у случају изручења било кривично гоњено или кажњено због своје расе, вероисповести, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи или због својих политичких уверења, односно да би његов положај био отежан због једног од тих разлога; и 3) ако се ради о безначајном кривичном делу.²⁴

Када говоримо о институтима као што су преузимање и уступање кривичног гоњења као једног облика међународне правне помоћи, упоредноправном анализом правних норми може се закључити да два прописа захтевају другачије претпоставке за примену овог института где је ЗМППКС ХР ригорознији и захтева веће гаранције по питању испуњавања начела *ne bis in idem* јер тражи да страни правосудни орган изјави да након правоснажне одлуке домаћег правосудног органа окривљеног неће због истог дела даље кривично гонити.²⁵ Кривично гоњење може се уступити ако су кумулативно испуњени следећи услови: да не постоје правне сметње материјалног права (нису у питању војно-политичка кривична дела) и да је испуњена клаузула јавног поретка, као и алтернативни услови о пребивалишту односно, издржавању казне у Републици Србији.²⁶ За разлику од тога у Хрватском правном систему, правне сметње материјалног права и клаузуле јавног поретка, кривично гоњење се може уступити уколико се држава која преузима гоњење томе не противи и ако је у питању „лакше“ кривично дело за које је запређена казна до 10 год.²⁷

Кад је у питању извршење кривичне пресуде дајемо само одређене напомене које су битне са становишта заштите права и слобода. Приликом оцене да ли ће се одређеној држави уступити извршење кривичне санкције која подразумева лишење слободе мора се строго водити рачуна о заштити права осуђеног лица и функциоисању система извршења заводских санкција. То се пре свега може утврдити кроз извештаје, процене и друге акте надлежних међународних институција и невладиних организација која се баве заштитом права осуђених лица. Примера ради, извештаји комисија које су део механизма заштите од тортуре и нечовечног поступања према осуђеним лицима у одређеној држави може бити релеванта за доношење одлуке о уступању извршења заводске санкције.

²⁴ Чл. 12. ЗМППКС ХР.

²⁵ Чл. 62. ЗМППКС ХР.

²⁶ Чл. 51. ЗМППКС РС.

²⁷ Чл. 65. ЗМППКС ХР.

Међу остале облике међународно правне помоћи наводимо: 1) извршење процесних радњи (позивање и достављање писмена, саслушање окривљеног, испитивање сведока и вештака, увиђај, претресање просторија и лица, привремено одузимање предмета); 2) примену мера (овде се мисли на посебне доказне радње); 3) размену обавештења и достављање писмена и предмета који су у вези са кривичним поступком у држави молиљи, достављање података без замолнице; коришћење аудио и видео-конференцијске везе, формирање заједничких истражних тимова; 4) привремену предају лица лишеног слободе ради испитивања пред надлежним органом државе молиље.²⁸ Овде се може упутити критика Хрватском систему међународне кривичноправне помоћи који не садржи експлицитне правне норме који се односе на остале облике међународне правне помоћи.

4. ЕКСТРАДИЦИЈА – ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И ПРАВНИ ИЗВОРИ

Реч екстрадиција потиче од латинске речи *ex-tradere* што значи изручити, предати. Екстрадиција представља издавање окривљених или осуђених лица држави на чијој је територији извршено кривично дело на њено изричито тражење.²⁹ Енглески глагол *extradite* значи употребу правног процеса да се пошаље неко лице за које постоји основана сумња да је извршио кривично дело у земљу или државу где се кривично дело десило како би му се судило пред судом. Из овог глагола извучена је именица *extradition*.³⁰

Екстрадиција (изручење) окривљених и осуђених лица је познати правни механизам који се помиње још у Вавилону, старом Египту и древној Кини. Према историјско-правним изворима тадашњи уговори о екстрадицији су имали снажна религиозна обележја. И поред тога екстрадиција је схватана као акт сарадње, међусобног поверења држава и борбе против криминалитета. Један од најстаријих доступних докумената о екстрадицији је Уговор о миру и савезу између египатског фараона Рамзеса II и хетитског владара Хатусилија (1280. п.н.е.), у којем је истакнут значај међународне сарадње у борби против криминалитета и начело реципроцитета.³¹

У савременој кривичнопроцесној теорији и пракси екстрадиција је поступак изручења који је строго нормиран: гарантују се основна права лица које се изручује (нпр. право на правно средство, суђење у разумном

²⁸ Чл. 83. ЗМППК РС. Шире: Ж. Никач, 2015, 241-243.

²⁹ О. Ђорђевић, *Лексикон безбедности*, Привредапублик, Београд, 1989, 94.

³⁰ Longman Advanced American Dictionary, 2007, 562.

³¹ Ж. Никач, 2015, 243.

року, *ne bis in idem*), већа улога суда у поступку екстрадиције у односу на органе извршне власти, минимизирање начела опортунитета уз јачање начела законитости, забрана дискриминације.

Појам екстрадиције као правни институт је тешко дефинисати јер истовремено представља део политичких односа две или више држава, истовремено и институт међународног и унутрашњег права с обзиром да треба решити питања правне природе изручења, али и питање испуњава ли се изручењем међународноправна или само морална обавеза.³² Суштински овим институтом постиже се „универзална правна сигурност“ како држава тако и њених грађана јер се гарантује да ниједан учинилац кривичног дела, ма где се налазио, не избегне одговорност за учињено кривично дело нити избегне издржавање досуђене му казне.

Када говоримо о садржини екстрадиције могу се навести следећи елементи:

1) *поступак* који је прописан и регулисан законом конкретне државе,

2) *однос између држава* као субјеката међународног права и међународних односа,

3) предмет екстрадиције је *захтев и изручење лица* које је оптужено, или оглашено кривим за кривично дело по закону земље потражиоца,

4) *кривично дело* због којег се захтева екстрадиција је извршено ван јурисдикције замољене државе, а унутар јурисдикције земље потражиоца,

5) циљ екстрадиције је *вођење кривичног поступка и изрицање кривичне санкције*.³³

Надлежност одређене државе (јурисдикција) за спровођење поступка екстрадиције се установљава на основу неколико принципа који са становишта међународног права морају бити испуњени. Свака држава гони учиниоце кривичних дела који су извршени на територији те државе (територијални принцип) који је прокламован и матичним кривичним законодавством. На овај принцип надовезује се и правило да свака држава има неприкосновено право да гони свог држављанина који је извршио кривично дело на њеној територији ма где се он налазио (принцип држављанства). У контексту борбе против тероризма, пиратерије и међународних кривичних дела у теорији и пракси међународних односа

³² Д. Хржина, М. Рошић, Љ. Стипишић, *op. cit.* 844.

³³ Ж. Никач, 2015, 244.

јавља се и тзв. принцип универзалне јурисдикције по којем се надлежност једне државе успоставља без обзира што учинилац није њен држављанин и налази се ван домаћаја државних органа, нити је кривично дело учињено на њеној територији.³⁴ На крају мора се поменути и тзв. заштитни принцип чији је протагониста САД који се успоставља у случајевима када је угрожена безбедност државе. Управо је то веома широк појам посебно у САД која поред поступака против терориста води поступке и против вођа нарко-картела (Мексико, Колумбија), а који кроз организовани криминалитет „угрожавају националну безбедност САД. Због овакве ширине и могућности погрешне интерпретације сматрамо да је овај принцип неприхватљив.

Правни извори екстрадиције у начелу се поклапају са правним изворима међународне кривичноправне помоћи и могу се класификовати као међународни и национални. Поред већ поменутих међународних извора могу се издвојити и пресуде Европског суда за људска права који је у неколико предмета одлучивао о питањима екстрадиције.³⁵ Следствено томе као национални правни извори, поред већ поменутих извора међународне кривичноправне помоћи, могу се навести одлуке домаћих судова као и акти извршних органа у поступку екстрадиције.

5. ЕКСТРАДИЦИЈА - ИЗРУЧЕЊЕ ОКРИВЉЕНИХ И ОСУЂЕНИХ ЛИЦА ПРЕМА ЗМППКС

Државни органи Републике Србије и Републике Хрватске могу окривљеног или осуђеног изручити страни држави уз поштовање начела специјалитета, а ради 1) вођења кривичног поступка за кривично дело за које се према закону Републике Србије и закону државе молиће може изрећи казна затвора од годину дана или тежа казна; и 2) извршења кривичне санкције коју је суд државе молиће изрекао за кривично дело у трајању од најмање четири месеца.³⁶

Сагледавајући прописе обе државе може се закључити да је поступак екстрадиције детаљно уређен и идентичан у обе државе. Састоји се од неколико фаза: 1) поступак пред истражним судијом, 2) поступак пред већем надлежног суда и 3) поступак пред Министарством правде. Морамо указати не одређене недоследности у оба прописа, а односи се на термин „истражни судија“ (хрв. истражни судац). Српски ЗКП³⁷ као и

³⁴ Мора се налажити да га прихвата мали број земаља и за мањи број кривичних дела.

³⁵ Шире у Д. Хржина, М. Рошић, Љ. Стипишић, *op. cit.*, 863-866.

³⁶ Чл. 13, 14. ЗМППКС РС, чл. 34. и 37. ЗМППКС ХР.

³⁷ Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

Хрватски ЗКП³⁸ не познају термин као што су истражни судија односно истражни судач који се наводе у ЗМППК РС и ХР. Српски ЗКП познаје *судију за претходни поступак* док хрватски ЗКП познаје *суца истраге*, а који су надлежни за предузимање одређених процесних радњи у поступку екстрадиције као што је нпр. одређивање притвора.

Оба прописа поседују довољно механизма за заштиту права окривљеног или осуђеног о чијој се екстрадицији одлучује (право на браниоца, право на правно средство, двостепеност поступка). Међутим коначну одлуку о екстрадицији доноси тело које је део извршне и политичке власти, то је министарство правде. Од овог правила у Хрватском кривичнопроцесном систему постоји изузетак ако се ради о правосудној сарадњи у оквиру ЕУ, а то је примена европског налога за хапшење (ЕАВ) и прописа који уређују ту област.

Као што се лица могу изручити другој држави од стране домаћих органа тако и домаћи органи од страних органа могу захтевати изручење лица. Надлежни орган је министарство правде које може на захтев надлежног суда поднети замолницу ако се против лица које се налази у страни држави пред домаћим судом води кривични поступак или му је домаћи суд правноснажном одлуком изрекао кривичну санкцију уз поштовање начела специјалитета. Као што је већ речено, у Хрватској се, као чланици ЕУ, примењују друга правила ако се ради о правосудној сарадњи у оквиру ЕУ.

6. ПОЛОЖАЈ И УЛОГА ПОЛИЦИЈЕ У ПОСТУПКУ ЕКСТРАДИЦИЈЕ

Полицијски органи обезбеђују реализацију процесноправних претпоставки кривичног поступка и заједно са судовима и тужилаштвом учествују у спровођењу међународне кривичне сарадње у целини.³⁹

Полиција има неприкосновено право на закониту употребу силе (средстава принуде) дато од стране државе. С аспекта екстрадиције то је веома битно јер се обично ради о веома опасним криминалцима који се изручују, а који су склони пружању отпора и/или бекству. Због тога је неопходно да полиција у примени својих овлашћења буде енергична и високо професионална уз „обавезну“ употребу средстава за везивање и других средстава принуде у зависности од процене ризика и ситуације.

Након што одлука Министарства правде постане правноснажна сам поступак изручења извршава полиција која са страном полицијом

³⁸ Закон о казненом поступку, „Народне новине“, бр. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСПХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 и 70/17.

³⁹ З. Гајић, Д. Спасић, *op. cit.*, 146.

договара време, место и начин предаје односно пријема лица које се изручује. Кад су у питању рокови за извршење одлуке о изручењу прописи се разликују па тако српска полиција мора да је изврши у року од 30 дана док хрватска полиција има дужи рок од два месеца. Кад је у питању одлагање изручења ЗМППКС РС даје могућност одлагања, али се рок не продужава иако се лице не иручи мора се пустити. ЗМППКС ХР има детаљније норме и прописује рок од осам дана од дана када је договорена примопредаја, након чега се лице пушта на слободу. Истом одредбом се дозвољава да рок може бити продужен до укупно 30 дана на основу оправданог захтева државе која је поднела молбу.⁴⁰

Полиција има задатак да у случају непознатог места боравка лица које се треба изручити, оперативно-потражним радњама утврди тачно место боравка и, ако је издат налог за довођење, лице доведе истражном судији. Према чл. 25. ЗМППКС РС полиција има обавезу да лице за које је поднет захтев за притварање пре подношења замолнице лиши слободе и одмах га спроведе истражном судији. Овде такође можемо уочити несагласност са ЗКП-ом јер лишење слободе подразумева хапшење, задржавање, забрану напуштања стана, притвор и боравак у установи. Према чл. 291. ЗКП полиција може неко лице ухапсити ако постоји разлог за одређивање притвора, али је дужна да такво лице без одлагања, а најкасније у року од осам сати, спроведе надлежном јавном тужиоцу.

Поред непосредног извршавања налога за изручење полиција има улогу посредника кроз механизам ИНТЕРПОЛ-а преко којег се достављају замолнице и друга писмена у вези екстрадиције. Осим тога, ако постоји узајамност са државом која је расписала међународну потерницу, она се може сматрати захтевом за притварање пре подношења замолнице.

Кад је у питању европски налог за хапшење⁴¹ (ЕАВ) уколико се такво лице пронађе полиција је у обавези да лице ухапси уз поуку о правима и да о томе обавести надлежног јавног тужиоца уз достављање документације са којом располаже (ЕАВ, потерница, извод из SIS) који мора у року од 16 сати да саслуша ухапшено лице на околности из достављене документације. Након саслушања јавни тужилац има две опције 1) да одреди мере опреза или 2) да наложи полицији спровођење судији за истраге који доноси одлуку о одређивању притвора.⁴² Лица за које је издат ЕАВ најчешће се проналазе и хапсе приликом преласка

⁴⁰ Чл. 37. ЗМППКС РС и чл. 59. ЗМППКС ХР.

⁴¹ Овде се подразумева и/или да постоји међународна потерница или је довољно упозорење из Шенгенског информационог система (SIS).

⁴² Чл. 23. и 24. ЗПКС.

државне границе, контроле у саобраћају или приликом редовне провере идентитета.

Као и код класичне екстрадиције одлуку суда о предаји лица по ЕАВ извршава полиција у сарадњи са полицијом државе која је издала ЕАВ у року од 10 дана од правоснажности решења о предаји с тим да се овај рок може продужити од стране полиције или суда у складу са ЗПКС, али за то време трају изречене мере опреза или притвор. Ако се прописани рокови „пробију“ лице се мора пустити на слободу.⁴³

С аспекта полиције мора се обезбедити како међусобна усклађеност закона (ЗКП и ЗМПКС) тако и усклађеност с Уставом и међународним правним актима како би се обезбедило поштовање свих гарантованих права и слобода и спровела владавина права.

7. ЗАКЉУЧАК

Борба против криминалитета, посебно против његових најтежих појавних облика, подразумева мултиагенцијски приступ на унутрашњем плану, док на међународној разини обухвата свестрану међународну кривичноправну сарадњу држава и организација. Посебну тешкоћу у поступку превенције и репресије злочина представља чињеница да су многа кривична дела с ино елементом у односу на извршиоца, радњу и последицу. То се посебно односи на извршиоце кривичних дела, који у намери да избегну кривичноправну одговорност, беже с места извршења кривичних дела, уклањају трагове и налазе склониште у другој држави.

Полазећи од принципа антикриминалне солидарности, државе и међународна заједница у целини, развиле су механизме међународноправне сарадње у кривичним стварима. Смисао сарадње је да извршиоци буду кривично процесуирани и да буду адекватно кажњени, а да жртве добију оговарајућу сатисфакцију. Поменути смисао афирмисан је кроз начело *aut dedere, aut iudicare* којим су правно артикулисани антикриминална солидарност и начело законитости. Најважнији правни механизам за реализацију овог начела чини екстрадиција као вид међународне кривичноправне помоћи међу државама, а у новије време и вид сарадње држава с међународним кривичним трибуналима.

Поред различито уређених правних система држава у погледу екстрадиције, ваља указати и на спорост и дуготрајност поступка екстрадиције у пракси. У покушају да се унапреди овај поступак најдаље су отишле државе ЕУ које су увеле Европски налог за хапшење и предају као супститут екстрадиције. У пракси држава западног Балкана било је

⁴³ Чл. 35. *Ibid.*

идеја да се уведе тзв. балкански налог за хапшење и предају, али се о тога одустало због, за сада, непремостивих политичких и других разлика. Република Србија и Република Хрватска су државе које су у прошлости имале нарушене политичке односе и ратни сукоб у контексту распада некадашње СФРЈ, али су током времена, у великој мери, релаксирале међусобне односе и успоставиле почетну међународно кривичноправну сарадњу.

Мишљења смо да у Републици Хрватској треба наставити започети процес хармонизације норми кривичнопроцесног законодавства у области екстрадиције (посебно ЗКП и ЗМППКС). У Републици Србији, која аплицира за пријем у чланство ЕУ, потребно је ускладити кривично законодавство у овој области са тековинама и добром праксом ЕУ. То би подразумевало имплементацију Оквирне одлуке о европском налогу за хапшење и поступцима предаје између држава чланица доношењем посебног закона по угледу на Словенију и Хрватску или новелирањем ЗКП и ЗМППКС.

ЛИТЕРАТУРА

Гајић Зорана, Спасић Данијела, „Екстрадиција и поступање полиције са страном међународном потерницом“, *Безбедност*, бр. 1, 2014, 144-157.

Ђорђевић Обрен, *Лексикон безбедности*, Привредапублик, Београд, 1989.

Ђурђић Војислав, „Европски налог за хапшење“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2012, 21-37.

Ивановић Р. Александар, Тоћић Мирза, „Европски налог за хапшење као инструмент борбе против организованог криминала на територији Европске уније“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2017, 127-145.

Никач Жељко, *Међународна полицијска сарадња*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2015.

Никач Жељко, *Транснационална сарадња држава у борби против криминала: Европол и Интерпол*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2003.

Božić Vanda, Nikač Željko, Leštanin Branko, „Fight against terrorism in the European union and in the states of the Region, *Confereense Proseedings „Impact of Changes in Operational Enviroment on Preparation and Execution (Design) of Operations“*“, The University of Defence, Belgrade, 2017, p. 587-600.

Longman Advanced American Dictionary, 2007.

Хржина Данка, Рошић Маријо, Стипишић Љиљана, „Поступци изручења у Републици Хрватској-практични апсекти“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, 2012, 843-868.

Крапац Давор, „Нови Закон о међународној правној помоћи у казним стварима: начела и поступци“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, бр. 2, 2005, 625-680.

Закон о казненом поступку, "Народне новине", број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСРХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 и 70/17.

Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 20/2009.

Закон о међународној правној помоћи у казним стварима, „Народне новине“, бр. 178/2004.

Закон о потврђивању Европску конвенцију о међународној правној помоћи у кривичним стварима, „Службени лист СРЈ - Међународни уговори“, бр. 10/2001.

Закон о правосудној сарадњи у казним стварима с државама чланицама Европске уније, „Народне новине“, бр. 91/10, 81/13, 124/13, 26/15 и 102/17.

Законик о кривичном поступку „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Council of the EU (2002), Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between member states, 2002/584/JHA, Official Journal L 190, 18/07/2002.

VandaBOŽIĆ

Scientific associate Faculty of Law, University of Zagreb

Branko LEŠTANIN

Police officer MoI of the Republic of Serbia, Police Department Kraljevo

Željko NIKAČ

Full professor The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

EXTRADITION AS A ASPECT OF INTERNATIONAL COOPERATION IN HANDOVER PERSONS WITH THE REVIEW OF POLICE TREATMENT

Summary

The development of modern society and modern technology has enabled, unfortunately, the development of crime, the escalation of the most severe forms and the spillover into other countries. With the intention of avoiding criminal responsibility, perpetrators often flee to other countries, destroy traces, remove funds and objects of crime. Anti-criminal solidarity and international cooperation of states in the fight against (transnational organized crime) are an imperative of the survival of the developed world. An integral part of international criminal law cooperation between states is extradition, for the purpose of conducting criminal proceedings or the execution of a criminal judgment under the governing principle of the *aut dedere aut iudicare*. The paper outlines the concept, elements, principles and legal sources of extradition, as well as important solutions of the Law on International Legal Assistance in Criminal Matters of the Republic of Serbia and the Republic of Croatia. A critical review of the position, role and conduct of the police in the extradition process is given. Finally, certain proposals of *de lege ferenda* are listed, especially in order to harmonize Serbian legislation with EU legal regulations.

Key words: *crime, extradition, international cooperation, criminal offence, Serbia, Croatia and the EU.*

Рад је предат 18. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Иван ЂОКИЋ*

Универзитет у Београду, Правни факултет

ПРОГАЊАЊЕ – НОВА ИНКРИМИНАЦИЈА КАО НАСТАВАК КРИВИЧНОПРАВНОГ ЕКСПАНЗИОНИЗМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

Апстракт: Поступајући у складу са обавезама насталим након потписивања и ратификације Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици законодавац је последњом новелом Кривичног законика из 2016. год, између осталих, предвидео ново кривично дело под називом прогањање. Испуњавајући тако једну међународноправну обавезу наш законодавац је наставио снажним кораком путем који кривично право све више удаљава од легитимних граница кривичноправне заштите, следећи основну мисао – што више кривичног права. Таква оријентација потврђује одсуство јасне и реално уобличене политике на плану сузбијања криминалитета. Критички преиспитујући обележја кривичног дела прогањања, аутор поред већ наведених проблема криминалнополитичке природе, указује и на правнодогматске недостатке обличја члана 138а. Кривичног законика.

Кључне речи: *прогањање, кривично право као ultima ratio, хиперинкриминализација.*

1. УВОД

Основ за инкриминисање прогањања представља тзв. Истанбулска конвенција, тј. Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици из 2011. год. Наша држава је била међу првим државама које су ратификовале ову Конвенцију. Поред осталих обавеза, за државе потписнице створена је дужност да инкриминишу умишљајно понављање претећег понашања којима се код другог лица ствара страх за сопствену безбедност (члан 34. Конвенције). Обавеза из овог члана Истанбулске конвенције (као и неке друге обавезе) реализована је изменама и допунама Кривичног законика 2016 год.

* Доцент, djokic@ius.bg.ac.rs

** Рад је резултат ангажовања аутора на научно-истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Идентитетски преображај Србије“.

предвиђањем прогањања као кривичног дела. Начелно се може истаћи да је инкриминисањем овог понашања законодавац желео да заштити грађане од недозвољених захвата у подручје слободног одлучивања и деловања, као и да иначе пружи додатну заштиту у сфери приватности и начина вођења живота.¹ Реч је о делу које се испољава у многобројним формама и које уколико се посматра као правом забрањено понашање нема тако дугу историју.² Оно је први пут инкриминисано 1990. год. у Калифорнији,³ а касније су га у своје законодавство унеле и неке друге државе, чак и пре усвајања Истанбулске конвенције (у Аустрији је оно инкриминисано још 2006. год; у Немачкој 2007. год.) и за које се углавном употребљава енглески израз *stalking*. Ипак, сам тај појам није јасно дефинисан и често осим неких лаких обухвата и теже форме задирања у туђ лични живот.⁴ „Изворно 'stalking' (на немачком „Nachstellung“) био је термин у вези са ловом на дивљач који је означавао прикрадање, вребање дивљачи. Тај термин се данас, осим у кривичноправној, користи и у психолошкој и психијатријској литератури за означавање одређене врсте понашања за које је карактеристична упорност и понављање и које је подобно да код лица према коме је управљено изазове психичку несигурност и страх“.⁵

Основна одлика прогањања је предузимање одређених радњи, истоврсних или различитих по својој природи и карактеру, у току дужег временског периода на начин који је претећи и опасан.⁶ Учиниоца

¹ М. Kubiciel, N. Borutta, „Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB)“, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, № 3/2016, 194.

² О феноменологији и типологији прогањања вид. В. Николић-Ристановић, М. Ковачевић-Лепојевић, „Прогањање: Појам, карактеристике и друштвени одговори“, *Темид*, Београд, бр. 4/2007, 3-12.

³ Повод за увођење овог кривичног дела био је низ случајева у којима су жртве пре него што су убијене у дужем временском периоду биле прогањане. Најпознатији је случај из 1989. год. када је једна славна телевизијска глумица (Rebecca Schaeffer) убијена, након што је поремећени обожавалац две године прогонио. Више о овом и неким другим примерима вид. С. Perez, „Stalking: When Does Obsession Become a Crime“, *American Journal of Criminal Law*, № 2/1993, 263-280. Следећи калифорнијски модел, до 1995. год. свих педесет савезних држава у САД предвидело је прогањање као кривично дело. А. N. В. Beagle, „Modern Stalking Laws: A Survey of State Anti-Stalking Statutes Considering Modern Mediums and Constitutional Challenges“, *Chapman Law Review*, Vol. 14, № 2/2011, 467-468.

⁴ К. Schwaighofer, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (F. Höpfel, E. Ratz), Wien, 2006, 94.

⁵ З. Стојановић, „Прогањање – ново кривично дело у Кривичном законик у Србије“, у: *Казнена реакција у Србији. VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд, 2017, 1, фн. 1.

⁶ F. J. LaBuda, „Stalking in New York“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, № 3/2015, 251.

систематски прогони другог тако што у току дужег времена изнова настоји да са њим успостави контакт, предузимајући радње које изоловано посматрано углавном представљају социјално адекватно понашање.⁷ При томе, понашање учиниоца се редовно састоји из више хетерогених радњи, које тек у својој свеукупности и услед повезаности нарочитим односом учиниоца попримају криминални карактер, представљајући на тај начин неприхватљиво задирање у круг туђих заштићених интереса. Као најчешћи примери прогањања истичу се следеће радње: бројни телефонски позиви, слање љубавних писама и порука, остављање цвећа и поклона испред улаза, чекање испред куће, или радног места, праћење, упућивање претњи и сл. Навођење неких типичних радњи прогањања илуструје да се прогањање заправо често појављује као својеврсна игра моћи, која је усмерена на преузимање контроле над животом пасивног субјекта.⁸ Да би се радило о прогањању није неопходно да се радње предузимају с циљем успостављања једног блиског личног односа са другим лицем, већ мотив за узнемиравање може бити и жеља да се над другим демонстрира моћ и контрола, као што може бити и реч о понашању које је инспирисано осветом због одређене радње, нпр. за повреду части.⁹ Суштина прогањања је стога комплексност понашања које се састоји од разноликих радњи које због јаке унутрашње везе и чврстог континуитета представљају јединствено понашање које се предузима упорно и против воље пасивног субјекта.¹⁰ Иако се с једне стране за инкриминисање оваквог понашања могу пронаћи и ваљани криминалополитички аргументи,¹¹ посебно у ситуацији када се њиме осетно нарушава сфера приватности и личног живота појединца, с друге стране, стоји опасност да се у циљу појачане заштите зона кажњивости

⁷ G. Hochmayr, „Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2010, 757.

⁸ F. Meyer, „Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von 'Stalking' im deutschen Recht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 2/2003, 251-252.

⁹ *Ibid.*, 253.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Вид. М. Шкулић, „Прогањање и полно узнемиравање – ratio legis нових инкриминација и неки могући проблеми у будућој пракси“, *Тужилачка реч*, Београд, бр. 31/2016, 16. И независно од обавезе која произлази из Истанбулске конвенције, у нашој скоројој литератури указано је на потребу увођења једног оваквог деликта. Вид. Д. Миладиновић-Стефановић, „Прилог расправи о криминализацији прогањања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 72/2016, 143-162; Д. Димовски, „Криминалитет прогањања – криминолошки и кривичноправни аспект“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 72/2016, 163-182; В. Ранђеловић, „Прогањање: Појам, карактеристике и предлози *de lege ferenda*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 1/2016, 233-244.

постави непрецизно и доста широко, тако да обухвати и она понашања која нису достојна прекора.

2. ЗАКОНСКА ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРОГАЊАЊА

Законом о изменама и допунама Кривичног законика из новембра 2016. год. предвиђено је ново кривично дело под називом прогањање. Његова примена отпочела је 1. јуна 2017. год. Решење из Истанбулске конвенције послужило је само као повод за ову инкриминацију, али одредба из члана 34. која на уопштен начин описује неправо овог дела, техником уобичајеном за решења из англосаксонског кривичног права, не одређује његове ближе конститутивне елементе. Предлагачу закона је пре свега као узор послужио опис дела у немачком законодавству. Ипак, коначно обличе овог дела из члана 138а. Кривичног законика¹² у одређеној мери се разликује у односу на решење које је било садржано у Предлогу закона који је упућен у Народну скупштину, јер су посланици својим амандманима променили поједина предложена обележја овог дела. Иначе, у вези са овом инкриминацијом отварају се сложена правнодогматска питања. Пре свега, како обликовати кривичноправну норму којом ће бити описано ово кривично дело, тако да и на апстрактном плану буде уочљива линија која раздваја неприхватљиве радње од неких форми понашања која иако нису друштвено пожељна ипак не заслужују да се сматрају кривичним делом. Да ли изабрати технику таксативног набрајања одређених радњи, или оставити могућност да се генералном клаузулом под радњу извршења подведе и нека неописана форма понашања. Осим тога, ту је и дилема да ли прогањање инкриминисати као формални деликт, или за његово постојање захтевати одређену последицу, као и на који начин помирити неретко неспорну криминалополитичку оправданост инкриминисања за строгим захтевима јасног дефинисања бића, које проистиче из начела законитости. У наставку текста ће бити анализирана објективна и субјективна обележја бића овог кривичног дела, а биће указано и на одређене недостатке које садржи законски опис.

2.1. Радња извршења

Радња извршења основног облика обухвата различите алтернативно постављене радње. Тако, прогањање врши учинилац који: 1) **друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу**

¹² Кривични законик („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 198/2014 и 94/2016) – у даљем тексту КЗ.

физичког приближавања том лицу противно његовој вољи; 2) противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације; 3) злоупотребљава податке о личности другог лица или њему блиског лица ради нуђења робе или услуга; 4) прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица; 5) предузима друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају. Да би ове радње представљале прогањање потребно је да се оне врше у току одређеног временског периода.

Као што се из законског описа да видети, законодавац је предвидео бројне радње од којих су неке изоловано посматрано друштвено прихватљиве и по себи немају негативни супстрат који би оправдао инкриминисање (слање СМС порука, или мејлова, чекање испред куће, радног места и сл.), али представљају радњу кривичног дела прогањања уколико се врше континуирано и противно вољи пасивног субјекта. Ипак, законском опису кривичног дела се може упутити приговор да су нарочито неке од радњи постављене веома широко.¹³

2.1.1. Неовлашћено праћење и физичко приближавање

Радња извршења описана у тачки 1. става 1. члана 138а. КЗ означава оне радње којима учинилац успоставља непосредан физички контакт са пасивним субјектом.¹⁴ Ове радње претпостављају неовлашћено праћење, тј. физичко приближавање учиниоца пасивном субјекту против воље тог лица. Овде се поставља питање како схватити обележје да се радња предузима *неовлашћено*. Када је то праћење другог овлашћено? Да ли је овде у оквирима правног поретка потребно утврдити непостојање неког основа да се неко понашање (праћење другог) не сматра неовлашћеним, или је реч о томе да се то чини против воље тог лица?¹⁵ Да је законодавац желео да овим обележјем бића обухвати само

¹³ З. Стојановић, *op. cit.*, 4.

¹⁴ К. Schwaighofer, *op. cit.*, 96.

¹⁵ У аустријској литератури се полази од тога да је код овог кривичног дела које је тамо насловљено као упорно праћење (*Beharrliche Verfolgung*) спорно како схватити елемент да се оно врши противправно (*widerrechtlich*). Према једном ставу није неопходно да учинилац крши одређену норму, већ да радњу извршења предузима против изричите воље пасивног субјекта. Поједини аутори стављају оправдану примедбу да се на тај начин даје једна нова дефиниција противправности, те да је боље било да је законодавац уместо израза противправно у опис дела унео други израз, нпр. да се радња предузима против воље другог лица. К. Schwaighofer, *op. cit.*, 98-99.

понашање које се предузима против воље пасивног субјекта то би учинио на начин који је предвиђен у наставку ове радње извршења. Овде се вероватно мислило да се ове радње не врше неовлашћено не само у случајевима у којима се та радња предузима уз сагласност другог лица (па самим тим пристанак искључује објективно биће кривичног дела, а не тек противправност), већ и у оним ситуацијама када је и независно од воље другог изузетно дозвољено пратити одређено лице (нпр. осумњиченог, вид. члан 171. Законика о кривичном поступку). Иначе је овај облик радње извршења, полазећи од језичког тумачења, прешироко описан, јер према слову закона обухвата не само оне радње којима се учинилац физички приближава одређеном лицу, већ и радње које он предузима у том циљу, иако до физичког приближавања још увек није дошло. То би значило да је и покушај физичког приближавања кажњив.¹⁶ За процену да ли је реч о овом облику радње извршења пресудно је објективно мерило, а не субјективни осећај и перцепција пасивног субјекта; нпр. пресељење у исти град у коме живи неко друго лице није довољно за радњу извршења. Али, чекање другог испред његовог стана, упадање у туђ стан, улажење у туђе двориште или место рада, затим праћење, улажење у локале у којима се налази и пасивни субјект, пресељење у исту зграду, или хотелску собу у истом хотелу, испуњава услове за радњу извршења.¹⁷ Наравно да се овде мисли (то произлази и из граматичког тумачења) само на умишљајно приближавање пасивном субјекту, тако да случајни свакодневни сусрети не потпадају под законски опис.¹⁸ Према једном схватању заступаном у немачкој литератури, које додуше није владајуће, за постојање овог облика није неопходно да је пасивни субјект уочи учиниоца, тј. довољно је да се он физички приближио пасивном субјекту и да га примера ради потајно посматра,¹⁹ или неовлашћено снима односно фотографише (ово схватање се ослања и на законски текст, који нешто другачије од нашег КЗ предвиђа овај облик радње извршења).²⁰ Ипак, у аустријској

¹⁶ Може бити спорно и до које се раздаљине приближавање другоме има сматрати радњом извршења. У страниј доктрини је присутно схватање да се као максимална удаљеност која би омогућавала оствареност бића може сматрати она раздаљина до које се неко може препознати голим оком. К. Schwaighofer, *op. cit.*, 96-97.

¹⁷ Т. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 1559.

¹⁸ К. Schwaighofer, *op. cit.*, 96.

¹⁹ Т. Fischer, *op. cit.*, 1559.

²⁰ Међутим, полазећи од тога да је за постојање прогањања у немачком законодавству пре недавних измена захтевана одговарајућа последица која се састојала у осетном нарушавању нечијег личног живота овакав облик радње извршења се не би могао сматрати кажњивим, јер се не би могло рећи да је таква последица испуњена уколико неко уопште није свестан присуства другог лица које можда посматра сваки његов

литератури преовлађује став да такав облик не испуњава објективне услове бића, услед чињенице да пасивни субјект и није свестан присуства учиниоца, па због тога то и не може представљати радњу подобну да се њоме наруши лични живот другог (што представља последицу описану бићем).²¹

2.1.2. Успостављање контакта

Радње из тачке 2. обухватају не само успостављање контакта са другим лицем противно његовој вољи, већ и покушај, тј. настојање да се непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације успостави контакт са тим лицем. Под контактом треба разумети једну комуникативну везу, тј. обострано или једнострано упућивање и прихватање мисаоно језичких информација. Овај облик радње извршења не треба ограничити на најчешћу вербалну форму комуникације, која би подразумевала нпр. бројне телефонске позиве и слање порука, већ и упућивање порука путем слика, одређених симбола или знакова.²² У обзир долази не само непосредно успостављање (или настојање успостављања) контакта, већ и настојање да се преко трећег лица у улози „гласника“ (рођак, пријатељ, колега пасивног субјекта) успостави контакт са одређеном особом. Осим тога, законски опис обухвата и средства комуникације, која могу бити разноврсна: телефон, факс, СМС/ММС, мејл, писмо, графити. Такође, и слање нежељених поклона потпада под овај појам.²³

2.1.3. Злоупотреба података о личности

Облик радње извршења предвиђен у тачки 3. је у односу на Предлог ЗИД измењен. Према постојећем решењу потребно је да учинилац злоупотребљава податке о личности ради *нуђења* робе или услуга, а у предложеном решењу стајало је ради *наручивања* робе или услуга. Иако није спорно да би и злоупотребу података о личности ради *нуђења* робе или услуга у одређеним ситуацијама требало обухватити зоном кажњивости ове инкриминације (нарочито када је реч о *нуђењу* посебно осетљивих услуга, нпр. сексуалних услуга или ако се ради о тражењу партнера) природи инкриминације више одговара предложено решење, тј. злоупотреба података ради *наручивања* за пасивног субјекта робе или услуга, с тим што би вероватно најприхватљивије било решење

корак. Вид. J. Wessels, M. Hettinger, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, Heidelberg (etc.), 2011, 110-111.

²¹ K. Schwaighofer, *op. cit.*, 96.

²² T. Fischer, *op. cit.*, 1560.

²³ *Ibid.*

које би изричито обухватило обе варијанте.²⁴ Потребно је да учинилац злоупотреби податке о личности другог, а то су пре свега подаци о имену и презимену другог лица, његова адреса становања, број телефона, мејл адреса итд. Такође, и подаци о интересовањима, потрошачким навикама или активностима другог лица спадају у ову групу. Није нужно да се ради о иначе тајним или нарочито заштићеним подацима. Није од значаја ни да ли се учинилац издаје за жртву кривичног дела или на други начин скрива сопствени идентитет. Такође, довољно је и поступање у својству наводног представника или заступника пасивног субјекта. Могуће је, иако то није увек случај да се на тај начин остваре и обележја кривичног дела преваре.²⁵

2.1.4. Претња нападом на живот, тело или слободу

Када је реч о радњи извршења из тачке 4. претња мора бити усмерена на напад на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица. Од кривичног дела угрожавања сигурности овај облик се разликује према томе што се за ово дело захтева понављање претње, док је за угрожавања сигурности довољна и једна претња, али под условом да је произвела и одговарајућу последицу – осећај угрожености неког лица. Осим тога, претња код прогањања може да се односи и на напад на слободу.

2.1.5. Друга слична радња

Осим изричито наведених радњи, законски опис у тачки 5. обухвата и било коју другу сличну радњу. Питање је у којој мери је могуће проширивање бића овог кривичног дела и које ће се радње моћи изједначити са претходно наведена четири облика радње извршења, а да то не представља забрањену аналогију. Слично решење постоји и у немачком КЗ. У тамошњој доктрини се сматра да је тај облик радње извршења потребан и због сталног технолошког напретка и развијања средстава којима би се могло утицати на туђ начин живота. Као пример се наводе следеће радње: подношење лажне кривичне пријаве против неког лица, издавање за пасивног субјекта или њему блиско лице, оштећење туђе имовине, подметање лажних трагова који би указивали на одређено лице, неовлашћено фотографисање, остављање цвећа или других

²⁴ У немачком КЗ су обухваћене обе ове варијанте, тј. кажњива је и злоупотреба података о личности којом се наводи други да са пасивним субјектом успостави контакт (нпр. остављање имена и података пасивног субјекта на сајту за упознавање партнера). Вид. § 238 I(3) StGB. Т. Fischer, *op. cit.*, 1561. Исто важи и за решење прихваћено у аустријском КЗ. Вид. § 107a II(4) StGB. К. Schwaighofer, *op. cit.*, 98.

²⁵ Т. Fischer, *op. cit.*, 1561.

предмета, претња самоубиством, непрестано посматрање двогледом или снимање камером итд.²⁶ Као додатни услов за овај последњи облик радње извршења у нашем КЗ захтева се и последица у виду апстрактно-конкретног угрожавања. Наиме, друге сличне радње саме по себи нису довољне за постојање бића већ је неопходно утврдити да се тим радњама може осетно угрозити лични живот лица према коме се оне предузимају. За утврђивање постојања овог услова користи се мешовито, објективно-субјективно мерило: полази се од тога да ли је понашање у тој мери неподношљиво, да би на основу једне *ex-ante* процене просечан грађанин у истој ситуацији можда променио свој начин живота.²⁷ Тако према једном мишљењу слање или остављање цвећа испред врата стана другог лица не испуњава слику овог бића, јер такво понашање није подобно да осетно угрози лични живот другог; „цвеће ће једнако ефикасно и брзо бити уклоњено као и нежељени рекламни материјал“.²⁸ О осетном задирању у туђ лични живот би се могло говорити када би пасивни субјект прекинуо одређене социјалне контакте, не би смео да изађе из стана без пратње, или би чак променио место становања или радно место.²⁹ Када је реч о овом последњем облику ради се о кривичном делу угрожавања, с тим што се законодавац одлучио за необичну технику да као последицу опише могуће угрожавања, тако да није потребно утврдити конкретно угрожавања (у осетној мери) личног живота пасивног субјекта, већ је довољна само могућност за такво угрожавања. У питању је апстрактна опасност која је унесена у биће кривичног дела, тако да за разлику од основног правила према коме се таква удаљена опасност сматра законодавним мотивом инкриминације који се не уноси у законски опис дела, већ се неоториво претпоставља да је одређена радња типично опасна, овде је нужно утврђивати такву опасност у сваком конкретном случају. Остаје при томе нејасно зашто законодавац ову последицу није везао и за претходне облике радње извршења. То би решење било примереније природи ове инкриминације, а оно је и било садржано у Предлогу ЗИД, међутим није се нашло у коначном тексту који је у скупштини усвојен. Чини се да је на овакав начин када је реч о таксативно набројаним облицима радње извршења законодавац додатно проширио иначе широку криминалну зону, идући даље и од решења садржаног у Истанбулској конвенцији.

²⁶ *Ibid*, 1562-1563.

²⁷ К. Schwaighofer, *op. cit*, 95.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ *Ibid*.

2.2. Континуитет у предузимању радње извршења

За све облике радње извршења потребно је да су те радње предузете у *одређеном временском периоду*. Овај услов као битан елемент описаног неправга подразумева да се за постојање кривичног дела захтева континуирано предузимање исте или различитих радњи извршења. Учиниолац заправо истрајно понавља неки облик радње извршења и на тај начин неправго деликта задобија свој прави криминални садржај. Стога кривично дело прогањања не представља трајно кривично дело, већ сваки појединачни напади на пасивног субјекта граде у својој укупности бићу одговарајуће (правно) јединство радње, са последицом постојања само једног кривичног дела.³⁰ Елемент истрајности и континуираног предузимања радње као битан састојак бића прогањања у законском опису није у потребној мери прецизно изражен. Уместо наведеног израза „у одређеном времену“ боље је било употребити термин „упорно“ који је уобичајен у упоредном законодавству (вид. § 238 немачког КЗ), а који је и био садржан у Предлогу ЗИД, или такође прецизнији појам „у дужем временском периоду“³¹ (вид. § 107а аустријског КЗ). Фактичко је питање када је овај услов испуњен у конкретном случају, јер за постојање бића прогањања према одређеним схватањима није довољно само предузимање више појединачних радњи које су садржане у законском опису, већ је потребно да се то чини у одређеном (дужем) временском периоду, тј. између предузетих радњи мора постојати континуитет. Повећа временска дистанца између појединих радњи указује на могуће одсуство постојања овог елемента.³² За процену услова упорности у страниој литератури се као одлучујући користи критеријум притиска на пасивног субјекта (*Belastung für das Opfer*), који зависи од укупног броја, дужине трајања, као и конкретних временских размака између појединих радњи.³³ Што је напад интензивнији то ће бити мањи захтеви у погледу временског интервала у току ког се поједине радње остварују; такође, и учесталост напада игра одређену улогу, па ће тако бројнији напади потврдити квалитет неправга прогањања.³⁴ Генерално правило у односу на то који је минимални период потребан да би постојало прогањање не може се дати. Међутим, према одређеним схватањима у упоредној литератури за теже форме као најмањи временски период захтева се месец дана у ком треба да буду предузете најмање три појединачне радње, док би за лакше случајеве

³⁰ S. Buß, „StGB § 238 Abs. 1“, *Juristische Rundschau*, № 2/2011, 83.

³¹ М. Шкулић, *op. cit.*, 20.

³² К. Schwaighofer, *op. cit.*, 94.

³³ *Ibid.*, 95.

³⁴ G. Hochmayr, *op. cit.*, 760.

потребан временски период износио више месеци и барем десет појединачних радњи.³⁵ О прогањању не може бити речи (због недостајућег елемента упорности) у примеру учиниоца који у току једног дана (или чак у оквиру неколико часова) више пута телефоном позива пасивног субјекта, или шаље поруке против воље тог лица. Судска пракса у Немачкој полази од тога да овај услов подразумева не само објективну претпоставку која се огледа у понављању одређеног понашања (сматра се да чак и други пут предузета радња сама по себи не задовољава овај услов) већ и субјективни услов, тј. континуирано предузимање радње уз свесно непоштовање (противстојеће) воље пасивног субјекта или равнодушност у односу на жеље пасивног субјекта и уз чврсто исказану намеру да се и убудуће истоветно понашање понавља.³⁶ Тако, једнократно предузимање радње извршења не испуњава услове за постојање овог елемента бића кривичног дела. Полазећи од природе овог кривичног дела не би дошла у обзир ни примена института продуженог кривичног дела, уколико учинилац чак и у дужем временском периоду понавља исту или различиту радњу према истом пасивном субјекту.³⁷ Уопштено, може се рећи да ће процена постојања овог услова у доброј мери зависити од става судске праксе, где ће бити потребно пажљиво тумачење израза који сам по себи није довољно одређен. Ту је потребна једна разумна и пажљива процена која ће узети у обзир све релевантне околности и одлике конкретног случаја. Треба имати у виду и читав низ различитих ситуација у којима је могуће остварење бића кривичног дела прогањања. У неким од тих ситуација треба с нарочитим опрезом испитивати евентуалну оствареност неправга овог бића, нарочито када је понашање на самој ивици недозвољеног, јер се иначе сматра друштвено прихватљивим. Тако, примера ради, с обзиром на то да је код удварања за успех често неопходна упорност, поставља се питање како разликовати случајеве социјално уобичајеног и стога допуштеног понашања од оног понашања које заслужује кривичну казну. Треба имати у виду да намера законодавца свакако није била да инкриминише понашање једног упорног, али иначе безазленог удварача, јер многе (успешне) везе без упорности једне стране не би ни постојале.³⁸ Слично би важило и за лица из јавног живота, нпр. познате глумце, спортисте или певаче од којих се може очекивати да у већој мери толеришу задирање у сферу приватности, тако да начелно не

³⁵ K. Schwaighofer, *op. cit.*, 95.

³⁶ S. Buß, *op. cit.*, 82; J. Wessels, M. Hettinger, *op. cit.*, 111.

³⁷ З. Стојановић, *op. cit.*, 3.

³⁸ K. Schwaighofer, *op. cit.*, 95; вид. М. Шкулић, *op. cit.*, 17.

би требало кажњавати за прогањање екстремне обожаваоце или досадне новинаре.³⁹

2.3. Субјективно обележје дела

Субјективну страну кривичног дела чини умишљај. С обзиром на то како је описана радња извршења, а полазећи и од тога да је за постојање дела неопходна континуирана делатност коју учинилац остварује у току одређеног (дужег) времена у обзир долази директни умишљај,⁴⁰ иако је у страниј литератури већинско схватање према коме је довољан и евентуални умишљај.⁴¹ Умишљајем треба пре свега да буде обухваћена радња извршења, тј. појединачне радње морају бити повезане јединственим умишљајем. Овај услов произлази из тога што тек понављање или комбинација појединих радњи заснива неправу. Уколико учинилац не полази од тога да ће након предузимања једне радње исту активност понављати у дужем временском периоду, онда је његов умишљај ограничен искључиво на једно понашање, које само за себе не одражава потребан квалитет неправу кривичног дела прогањања, већ ће у највећем броју случајева представљати израз социјално адекватног понашања.⁴² Случајни сусрети или непланирани контакти између два лица који су због близине места становања или истог радног места неизбежни (нпр. куповина у истој продавници) не сматрају се кажњивим. Умишљај се мора односити и на обележје које свим појединачним радњама даје социјално негативни карактер, а то је упорност (иако она у законском опису није јасно истакнута), тј. да се свест односи на настављено понашање у току одређеног времена. Учиниолац мора имати умишљај у односу на обавезно трајање, број и учесталост понашања.⁴³ Када је реч о радњи извршења из тачке 5. потребно је да учинилац својим умишљајем обухвати и свест о томе да се том радњом може осетно угрозити лични живот пасивног субјекта.

2.4. Прописана казна и тежи облици дела

За основни облик предвиђена је новчана казна или затвор до три године. Имајући у виду изразиту репресивност Кривичног законика Србије могло би се оценити да законодавац у погледу запрећене казне за

³⁹ К. Schwaighofer, *op. cit.*, 96.

⁴⁰ З. Стојановић, *op. cit.*, 7.

⁴¹ Т. Fischer, *op. cit.*, 1566; К. Schwaighofer, *op. cit.*, 99.

⁴² G. Hochmayr, *op. cit.*, 761.

⁴³ К. Schwaighofer, *op. cit.*, 99.

ово кривично дело није направио ексцес.⁴⁴ С обзиром на овај распон казне, као и чињеницу да се неки облици понашања који можда не представљају друштвено пожељно понашање могу подвести под биће кривичног дела прогањања, али који суштински не конституишу неправу, у обзир у неким случајевима долази и примена института дела малог значаја из члана 18. КЗ.

Законодавац је предвидео и теже облике кривичног дела. У 2. ставу члана 138а. КЗ предвиђено је да ће се учинилац казнити затвором од три месеца до пет година уколико је делом из основног облика изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица. У питању је конкретна опасност као последица дела, где је потребно утврдити не само узрочну везу између основног облика и непосредне опасности као последице, већ је потребно да она буде обухваћена умишљајем учиниоца. У обзир долази опасност у коју је доведен пасивни субјект или њему блиско лице. У 2. ставу члана 138а. предвиђен је најтежи облик дела који постоји уколико је услед основног облика наступила смрт пасивног субјекта или њему блиског лица. Прописана је казна затвора у трајању од једне до десет година. У овом случају ради се о кривичном делу квалификованом тежом последицом у односу на коју је потребан нехат учиниоца. Осим тога неопходна је и узрочна веза између основног облика и теже последице, тј. да је баш услед понашања учиниоца наступила смрт као последица; нпр. смрт услед неке паничне реакције пасивног субјекта, или извршење самоубиства. Евентуално се као проблематична може издвојити ситуација наступања смрти неког пасивном субјекту блиског лица, због проблема на плану урачунавања, тј. утврђивања објективне и субјективне повезаности између основног облика и такве последице.

3. КРИМИНАЛНОПОЛИТИЧКИ РАЗЛОЗИ ЗА ИНКРИМИНИСАЊЕ ПРОГАЊАЊА

С обзиром на то да је кривично право најстроже средство којим законодавац располаже у борби против друштвено непожељних понашања, мора се у случају сваке нове инкриминације пажљиво размотрити да ли је заиста његово неправу достојно кажњавања и уколико јесте, да ли су постојећа решења довољна за његово сузбијање.⁴⁵ Олако посезање за инструментима кривичног права, чак и када за тим нема реалне потребе противи се основној идеји на којој је заснована свака

⁴⁴ З. Стојановић, *op. cit.*, 8.

⁴⁵ J. Eiden, „§ 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 3/2008, 123.

разумна криминалнополитичка стратегија – кривично право као *ultima ratio*. За савремено кривично право се може рећи да се оно све више удаљава од овог полазног принципа и да своје границе све више шири и на деликте апстрактног угрожавања и да већ прве наговештаје могућег повређивања заштићеног добра сматра довољним основом за примену казне. Тако и кривично право задобија једну нову улогу и задатак који традиционално није био замишљен као легитимни циљ коме треба служити. Тежиште се са учињеног дела преноси на превенцију и спречавање могућег вршења кривичног дела. Заоденуто новим задацима, распростирући своје механизме на нова поља, кривично право све више постаје једно превентивно, тј. кривично право намењено спречавању ризика (*Präventions- und Risikovorbeugungsstrafrecht*).⁴⁶ „Све чешће се посеже за кривичним правом у предзони угрожавања заштићеног добра, инкриминишу се припремне радње, а има и настојања да се одустане од заштитне функције кривичног права схваћене у уобичајеном смислу, те да му се као основни задатак постави остваривање безбедности. Безбедносна оријентација у кривичном праву значи и заоштравање и ширење репресије која више нема свој ослонац и границе у принципу праведности и сразмерности. Све више опасност, а мање кривично дело постају основ за кривичноправну реакцију.“⁴⁷ Могло би се стога говорити о кризи савремене политике сузбијања криминалитета, не само код нас, већ и у свету. Уместо рационалне и ограничене претње казном, у савременој законодавној делатности на сцени је талас хиперинкриминализације, којим је оживљена Биндингова (Binding) мисао да је основни циљ кривичног права заштита правних добара, а та се заштита не може ефикасно пружити уколико је фрагментарна, већ подразумева систематски приступ и што више казне.⁴⁸

Када је реч о криминалној политици нашег законодавца она има све напред наведене одлике. Уз то, приметно је и одсуство јасног плана усмеравања кривичноправне интервенције, која се све више шири на претпоље криминалног. Једино су пречесте и углавном непотребне измене и допуне постале основна одлика нашег савременог кривичног законодавства. При томе се многа решења, пре свега условљена преузимањем одређених међународних обавеза потписивањем и

⁴⁶ Н. Landau, „Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2009, 966-967.

⁴⁷ З. Стојановић, *Кривично право. Општи део*, Београд, 2018, 71.

⁴⁸ Вид. R. Zaczek, „Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff 'fragmentarisches Strafrecht'“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2011, 691.

ратификовањем одређених конвенција, некритички преузимају, без сагледавања њиховог евентуалног односа са постојећим кривичним делима и независно од реалне потребе да се неко понашање инкриминише.

У односу на кривично дело прогањања се осим претходно наведених начелних могу упутити и конкретне примедбе. Иако је у одређеним случајевима оправдано инкриминисање прогањања, нарочито уколико оно за резултат има један неприхватљив и осетан уплив у лични живот другог (стварајући проблеме психичке природе: нервозу, страх, губитак сна, или значајну промену неких уобичајених животних активности, промену места становања, или радног места итд.), и узимајући у обзир чињеницу да неке од тих активности не би могле бити покривене већ постојећим инкриминацијама, криминалнополитички је спорно да ли зону кажњивости код овог кривичног дела треба поставити тако широко да се за већину законом описаних облика радње извршења не захтева утврђивање никакве последице.⁴⁹ За многе од тих радњи се чак не би могло тврдити ни да за последицу имају апстрактну опасност.⁵⁰ У основи је неприхватљиво у циљу појачане заштите обликовати прогањање као чисто делатносно кривично дело, без утврђивања објективне подобности радње да осетно угрози туђ лични живот, јер би и тај критеријум био од помоћи приликом процене остварености неправда овог дела. Основни проблем код овог дела је како поставити границу у односу на понашања која нису увек социјално прихватљива али која не садрже

⁴⁹ Има аргумената који озбиљно доводе у питање опредељивање за обликовање прогањања као кривичног дела повреде, где би се последица састојала у (осетној) повреди личног живота другог, јер се на тај начин битно ограничава зона кажњивости код овог кривичног дела. Од таквог решења је пошло немачко кривично право, предвидевши најпре прогањање као кривично дело повреде, да би касније изменама ово дело било претворено у кривично дело угрожавања (радња треба да је објективно подобна да осетно наруши лични живот пасивног субјекта). Иако такво проширивање криминалне зоне на први поглед делује разумно, оно има и своју другу страну, побољшањем положаја жртве погоршава се позиција учиниоца кривичног дела. С обзиром на то да деликти апстрактно-конкретног угрожавања нису типични за кривична дела против слобода и права и дела којима се нападају строго лична добра, промена законског описа кривичног дела прогањања у немачком КЗ наишла је од стране појединих аутора на критику, јер олакшавање утврђивања постојања дела (уместо повреде довољно је угрожавање) само по себи не представља довољно убедљив аргумент за извршену реформу. При томе могу постојати и одређене потешкоће на плану утврђивања умишљаја код учиниоца који својом свешћу и вољом треба да обухвати подобност радње да значајно наруши лични живот пасивног субјекта. Вид. К. Kühnl, „Stalking als Eignungsdelikt“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 7/2016, 450-451.

⁵⁰ З. Стојановић (2017), *op. cit.*, 6.

довољну количину штетности како по друштво тако и по непосредну жртву да би била предвиђена као кривично дело.⁵¹ При томе, осим неких типичних облика радње извршења који су таксативно наведени, остављена је могућност да то буде и нека друга слична радња. На тај начин законодавац је употребио изразе који нису довољно прецизни и који несумњиво представљају угрожавање начела законитости (*lex certa*).⁵² Осим тога, поједине облике радње извршења законодавац је прешироко одредио, тако да се полазећи од језичког тумачења и сам покушај такве радње сматра кажњивим и изједначеним са довршеним делом, иако покушај овог дела према општем правилу није кажњив.

Може се закључити да читава одредба члана 138а. КЗ обилује изразима који су за једно демократско и правнодржавно кривично право неприхватљиви и да без обзира на постојање стварне легитимације за инкриминисање појединих понашања којим се осетно утиче на аутономно одлучивање о начину вођења личног живота,⁵³ обличје дела из члана 138а. КЗ није задовољавајуће и за очекивати је да судска пракса постави одређене критеријуме за сужавање граница кажњивих радњи које би апстрактно могле бити подведене под опис дела (који углавном подразумева чисто делатносно кривично дело), али које не заслужују да се сматрају кажњивим.

⁵¹ *Ibid*, 9.

⁵² У аустријском КЗ наведене су само четири радње извршења, без могућности да неправо дела заснује и нека друга слична радња. Такво решење се правда позивањем на одговарајуће уставне гаранције и строга мерила начела законитости. К. Schwaighofer, *op. cit*, 96.

⁵³ Може се рећи да то посматрано и из перспективе упоредног кривичног права више уопште није спорно. Док је раније постојало схватање заступано од стране појединих психолога и психијатара како је прогањање заправо чист медицински проблем, који право не треба да регулише, данас је општеусвојено мишљење према коме је кривичноправна заштита од прогањања у одређеним случајевима нужна. Вид. Е. Finch, *The Criminalisation of Stalking: Constructing the Problem and Evaluating the Solution*, London-Sydney, 2001, 254-256.

ЛИТЕРАТУРА

ДИМОВСКИ Дарко, „Криминалитет прогањања – криминолошки и кривичноправни аспект“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 72/2016.

МИЛАДИНОВИЋ-СТЕФАНОВИЋ Душица, „Прилог расправи о криминализацији прогањања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Ниш, бр. 72/2016.

НИКОЛИЋ-РИСТАНОВИЋ Весна, Ковачевић-Лепојевић Марина, „Прогањање: Појам, карактеристике и друштвени одговори“, *Темид*, Београд, бр. 4/2007.

РАНЂЕЛОВИЋ Вишња, „Прогањање: Појам, карактеристике и предлози *de lege ferenda*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, бр. 1/2016.

СТОЈАНОВИЋ Зоран, - „Прогањање – ново кривично дело у Кривичном закону Србије“, у: *Казнена реакција у Србији. VII део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд, 2017.

- *Кривично право. Општи део*, Београд, 2018.

ШКУЛИЋ Милан, „Прогањање и полно узнемиравање – ratio legis нових инкриминација и неки могући проблеми у будућој пракси“, *Тужилачка реч*, Београд, бр. 31/2016.

BEAGLE N. B. Ashley, „Modern Stalking Laws: A Survey of State Anti-Stalking Statutes Considering Modern Mediums and Constitutional Challenges“, *Chapman Law Review*, Vol. 14, № 2/2011.

BUß Sebastian, „StGB § 238 Abs. 1“, *Juristische Rundschau*, № 2/2011.

EIDEN Joachim, „§ 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 3/2008.

FINCH Emily, *The Criminalisation of Stalking: Constructing the Problem and Evaluating the Solution*, London-Sydney, 2001.

FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011.

HOCHMAYR Gudrun, „Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2010.

KUBICIEL Michael, BORUTTA Nadine, „Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB)“, *Kriminalpolitische Zeitschrift*, № 3/2016.

KÜHL Kristian, „Stalking als Eignungsdelikt“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 7/2016.

LaBUDA J. Frank, „Stalking in New York“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, № 3/2015.

LANDAU Herbert, „Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2009.

MEYER Frank, „Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von 'Stalking' im deutschen Recht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 2/2003.

PEREZ Christina, Stalking: „When Does Obsession Become a Crime“, *American Journal of Criminal Law*, № 2/1993.

SCHWAIGHOFER Klaus, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (F. Höpfel, E. Ratz), Wien, 2006.

ZACZYK Rainer, „Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff 'fragmentarisches Strafrecht'“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2011.

WESSELS Johannes, HETTINGER Michael, *Strafrecht. Besonderer Teil 1*, Heidelberg (etc.), 2011.

Ivan Đokić

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

STALKING – NEW OFFENCE AS A CONTINUATION OF OVERCRIMINALIZATION IN REPUBLIK OF SERBIA

Summary

Acting in accordance with the obligations arising from the signing and ratification of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the so-called Istanbul Convention), the legislator, through the latest amendment to the Criminal Code from 2016, prescribed a new criminal offence named stalking. By complying with such an international legal obligation, our legislator continued with a strong step by means of which the criminal law increasingly deviates from the legitimate limits of criminal protection, following the basic thought - as much of the criminal law as possible, which confirms the absence of a clear and realistic policy in the field of crime prevention. Critically, by examining the characteristics of the criminal offence of stalking, despite the fact that certain criminal-political reasons may be mentioned in support of this incrimination, the author points out the legal defects of the form of Article 138a of the Criminal Code.

Key words: *stalking, criminal law as ultima ratio, overcriminalization.*

Рад је предат 2. маја 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Милица КОВАЧЕВИЋ*

Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

Марија МАЉКОВИЋ**

Универзитета у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију

ИЗВРШЕЊЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ЊИХОВО ПОНОВНО УКЉУЧИВАЊЕ У ДРУШТВЕНУ ЗАЈЕДНИЦУ

Апстракт: Рад је посвећен проблематици поновног укључивања малолетних учинилаца кривичних дела у друштвену заједницу по извршењу кривичних санкција. Излагање је конципирано тако да се најпре резимирају одредбе најзначајнијих међународних аката из области сузбијања малолетничке делинквенције које се непосредно тичу повратка малолетних преступника у свакодневне друштвене токове. Потом се ауторке осврћу на Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица уочавајући како су одређени међународни стандарди имплементирани у овом акту. Издвојен је проблем непостојања мера подршке за малолетнике према којима нису извршаване заводске васпитне мере и казна малолетничког затвора, иако и овим лицима може бити потребна подршка при остваривању пуне реинтеграције у друштво, односно у решавању различитих проблема у вези са настављањем образовања, породичним односима и слично.

На крају, ауторке настоје да укажу на извесне могућности за побољшање мера примењиваних у циљу пружања подршке малолетним учиниоцима кривичних дела у фази по окончању формалног реаговања.

Кључне речи: *реинтеграција, малолетничка делинквенција, превенција, органи старатељства.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У савремено доба на снази је низ међународних аката који на посебан начин дефинишу права малолетних лица. То је, између осталог,

* Доцент, bucak80@gmail.com

** Асистент, mara.maljkovic@gmail.com

последница интензивног интересовања како природних тако и друштвених наука за проблеме који се јављају у развојној фази, односно последница значајних открића и закључака до којих се дошло током последњих неколико деценија бављења овом проблематиком. Наиме, опште је прихваћено становиште да фазе раста, развоја и сталних промена кроз које се пролази током одрастања подразумевају низ посебних психофизичких карактеристика, те да такве особености морају бити препознате и у потпуности уважене.

Нажалост, осим сазревања и стицања нових знања и искустава, период одрастања понекад подразумева и друштвено неприхватљиво понашање, а у драстичним случајевима и вршење кривичних дела. У том смислу се проблемима малолетничке делинквенције и вођењу кривичног поступка према малолетницима посвећује значајна пажња, што се свакако односи и на материју извршавања кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела.

Уз уважавање богатог и стално растућег фонда знања хуманистичких наука усвојено је низ изузетно битних међународних аката из области права малолетних лица. Опште место свих међународних аката који се тичу ове категорије јесте залагање за њихове најбоље интересе, те инсистирање на стварању таквог друштвеног окружења у коме малолетници у потпуности могу да остваре своје потенцијале. Тако акти Уједињених нација, на које се пре свега ослањамо у овом излагању, инсистирају на избегавању, или макар минимизирању, репресивности у случају испољавања неприхватљивог малолетничког понашања, те на примени комплексних мера које ће омогућити пуно реинтегрисање малолетника према коме је примењен неки облик формалног реаговања у нормалне друштвене токове.

Ако се имају у виду управо описане тенденције које су практично од универзалног значаја, свакако не зачуђује то што Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица¹ (у даљем тексту: ЗОМУКД) такође наглашава да кривичне санкције које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела треба да служе превасходно реинтегративној сврси.² Конкретно, члан 10. став 1. ЗОМУКД предвиђа да, у оквиру опште сврхе кривичних санкција (сузбијање криминалитета), сврха кривичних санкција према малолетницима јесте да се надзором, пружањем заштите и помоћи, као и

¹ "Службени гласник РС", број 85/05

² Термин реинтеграција користи се и у Конвенцији о правима детета, у делу који се односи на децу и кривични поступак, иначе термин потиче од латинског *reintegratio* што значи употпуњавање, допуна; односно повраћај одузетих ствари, знања, права и др.-према М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1988, 789.

обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање личне одговорности малолетника, на васпитавање и правилан развој његове личности, а како би се обезбедило поновно укључивање малолетника у друштвену заједницу. Но, на одредбе ЗОМУКД вратићемо се нешто касније у излагању.

2. РЕИНТЕГРАЦИЈА МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И МЕЂУНАРОДНИ АКТИ

Пођимо од најзначајнијег акта о правима детета уопште, на који се ослањају и сви други акти који уређују различите области у вези са малолетним лицима, односно од Конвенције Уједињених нација о правима детета.³ Основно начело којим је конвенција надахнута јесте поступање свих надлежних инстанци у складу са најбољим интересом детета.⁴ Тако, између осталог, она садржи и одредбе које се тичу права детета лишеног слободе, права на рехабилитацију и друштвену реинтеграцију, те права детета у домену судског поступка. Како би се избегло непотребно ремећење свакодневног живота и кидање социјалних веза, препоручују се превасходно санкције које представљају алтернативу институционалном третману кад год је то могуће. Исто тако, државе треба да подстичу физички и психолошки опоравак детета и да чувају његово здравље, самопоштовање и достојанство. Стога члан 12. предвиђа да дете треба да буде слободно да изрази своје мишљење о свим питањима која га се непосредно тичу, било да је реч о судском или административном поступку. Даље, члан 25. утврђује обавезу надлежних државних органа да периодично проверавају како напредује дете које је у неком моменту свог живота било актер одређеног формалног поступка, чиме је фактички наглашен значај конкретних мера предузетих у функцији повратка детета у нормалне друштвене токове. Конвенција инсистира на кључном значају културних, рекреативних и слободних активности које треба омогућити сваком детету, уз увек присутну бригу о његовом животном стандарду и образовању. Посебно је битан члан 40. којим се истиче целисходност доношења посебних закона и формирања специфичних органа и институција који би се бавили искључиво проблемима малолетничке делинквенције.

³ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 15/90 и *Службени лист СРЈ - Међународни уговори*, бр. 4/96.

⁴ Конвенција прецизира да се дететом сматра свако људско биће које није навршило осамнаест година, осим уколико се у држави која Конвенцију примењује у конкретном случају пунолетство не стиче у ранијем животном добу.

Даље, Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе, односно Пекиншка правила, усвојена Резолуцијом Генералне скупштине бр. 40/33 од 29.11.1985. године, представљају први међународни документ усвојен непосредно у циљу заштите права и остваривања потреба малолетника у сукобу са законом. Ова правила, као у осталом и већина других у овој области, не обавезују формално државе потписнице, али је неоспоран њихов огроман значај за све оне који се баве заштитом права малолетних лица у сукобу са законом. Наиме, правила су настала као производ дугогодишњег истраживања криминалнополитичких прилика у државама чланицама Уједињених нација, а конципирана су тако да их највећи број држава може имплементирати унутар својих правних система. Пекиншка правила такође инсистирају на најбољем могућем интересу малолетника и његовом правилном развоју, те на сталном усавршавању стручњака ангажованих у области заштите малолетних лица. Потребно је обезбедити што боље животне услове, као и оптималне могућности за развој и напредовање, што је и најефикаснији метод предупређивања асоцијалног понашања. Када је реч о институционалном третирању малолетника, Пекиншка правила наводе да им треба пружити свеобухватну заштиту, образовање и стручно оспособљавање, како би потом ова лица преузела продуктивну улогу у друштву. Обезбедиће се психолошка, социјална и медицинска помоћ, те помоћ у образовању у складу са индивидуалним потребама малолетника.

Пекиншка правила наглашавају да институт условног отпуштања треба примењивати у највећој могућој мери и у најранијој могућој фази. Условно отпуштени малолетници биће под надзором надлежних органа који су дужни да им пруже подршку, као што у осталом и читава заједница треба да буде усмерена ка потпуној инклузији ових лица.⁵ У циљу што успешније реинтеграције подржава се стварање установа за полуинституционални смештај, тј. дневних боравака, отворених кућа и сл. То су установе које би малолетнику помагале у транзиционом периоду, када му је помоћ најнужнија. Из наведених одредаба недвосмислено произлази да се примат даје специјалнопревентивним дејствима санкција за малолетне учиниоце кривичних дела. Наиме, наглашен је принцип континуиране бриге о развоју и благостању малолетника, што значи да првенство има брига о његовом пуном реинтегрисању у заједницу, док је тежња за педагошким утицајем на друге малолетнике ипак донекле у

⁵ У многим државама постоје организације цивилног сектора које пружају подршку осуђиваним лицима, а посебно малолетним делинквентима. Могуће је да је најпознатија таква организација британска NACRO (The crime reduction charity), са преко 2000 волонтера, више о томе на: <http://www.nacro.org.uk>, приступ: 10. новембар 2017. године.

другом плану. Управо у том смислу, добровољци и различите друштвене службе треба да преузму што активнију улогу у пружању помоћи малолетном лицу које се налази у фази реинтеграције у друштвену заједницу.

Следећи битан документ представљају Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције, познате као Ријадске смернице, усвојене резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 45/112 од 14.12.1990. године. Смернице говоре о кључној улози свеобухватне и адекватно конципиране превентивне политике, па се утолико дотичу и проблема поновног укључивања малолетног учиниоца кривичног дела у друштвену заједницу. Тако, правило бр. 33. наглашава значај ангажовања на нивоу локалне заједнице како би се помогло младима да превазиђу развојне проблеме, тако што би се формирали центри у којима би се спроводиле рекреативне активности, али и примењивале мере помоћи и подршке онима који су већ манифестовали проблеме у понашању. На то се надовезују правила бр. 34. и 35. која предвиђају обезбеђивање смештаја и помоћи за малолетнике који се нађу на улици, или се суочавају са проблемом зависности од психоактивних супстанци. Посебно је битно да малолетници у сваком тренутку буду информисани о томе где и коме могу да се обрате за помоћ. Сходно Ријадским смерницама држава треба да преузме на себе подстицање волонтеризма у области превенирања малолетничке делинквенције, тако што ће популарисати добровољно ангажовање грађана и њихових организација, што подразумева и обезбеђивање адекватне финансијске подршке.

На крају, од кључног значаја су и Правила УН о заштити малолетника лишених слободе, усвојена резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 45/113 од 14.12.1990. године. Ова правила садрже одредбе сличне одредбама Стандардних минималних правила УН за поступање са затвореницима, с тим што се настојало да се овај текст прилагоди специфичним потребама малолетних лица. Тако, примена принуде треба да буде сведена на најмању могућу меру, на случајеве кад су сва друга средства исцрпљена и то на начин којим се не врши деградирање малолетника. Правила налажу примену свеобухватних припрема малолетника за повратак кући, што подразумева и припреме заједнице за његов повратак. Како би се обезбедила безболна и потпуна реинтеграција, током боравка у институцији малолетнику се омогућава контактирање са породицом, пријатељима, и уопште са локалном заједницом. Посебно је битно да се путем свестране едукације што шири јавност припреми за пружање отворене подршке малолетним учиниоцима кривичних дела при реинтегрисању у друштво, што је коначно од врхунског интереса и за друштво као целину. Даље, Правила УН пропагирају што ређе упућивање малолетника у институционалне облике

заштите. Уколико је то ипак неизбежно, тада се препоручује да установе у највећој могућој мери буду отвореног типа, те да се током трајања боравка малолетнику пружи могућност да што више контактира са породицом и пријатељима. Када је реч о установама мањег смештајног капацитета, оне би требало да буду у потпуности интегрисане у социјално окружење у коме се налазе. Како током боравка у установи стално треба имати на уму будући повратак у отворену средину, то малолетник мора добити прилику да се образује и да стекне одговарајуће вештине и знања путем којих ће лакше пребродити транзициони период.

Правила УН о заштити малолетника лишених слободе бр. 79. и 80. посвећена су непосредно питањима повратка претходно институционализованог малолетног учиниоца кривичног дела у друштвену заједницу. Тако треба осмислити програме од којих ће малолетници имати највише користи, што укључује непосредне припреме за напуштање установе и похађање различитих курсева. Помоћ треба да буде усмерена на решавање породичних проблема, на наставак образовања и проналажење запослења. Држава преузима на себе обавезу да оформи органе који ће помагати малолетницима, истовремено се трудећи да се у јавности умањи присутност предрасуда о овим лицима. Како би се наведени циљеви успешно реализовали, представници одговарајућих агенција одржавају контакте са малолетницима током боравка у установама.

3. МАЛОЛЕТНИ УЧИНИОЦИ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ПОВРАТАК У ДРУШТВЕНУ ЗАЈЕДНИЦУ У СРБИЈИ

Из анализираних међународних аката произлази да је обавеза државе да организује службе које ће обезбедити повратак малолетних учинилаца кривичних дела у друштво и истовремено умањити присутност предрасуда о овим лицима у јавном мњењу. Наведене службе су такође дужне да обезбеде смештај, запослење одећу, финансијска средства и све остале предуслове за ефикасну реинтеграцију малолетника.⁶ Када је реч о Србији, сходно ЗОМУКД, активности у вези са повратком малолетних учинилаца кривичних дела у друштвену заједницу су у надлежности органа старатељства при центрима за социјални рад. Међутим, посебно треба нагласити да из одредаба ЗОМУКД, чл. 147. до 149. произлази само дужност центара за социјални рад да се активирају у вези са реинтеграцијом у друштво малолетника према којима су извршене

⁶ Правила УН о заштити малолетника лишених слободе/ Четврти део/ правило бр. 79.

санкције институционалног карактера, односно заводске васпитне мере и казна малолетничког затвора.

Иако се слажемо са тврдњама оних аутора који констатују да је наше малолетничко кривично право у великој мери усаглашено са најновијим научним тенденцијама испољеним на пољу сузбијања малолетничке делинквенције,⁷ па и са тврдњом да је наша норматива у овој области чак и напредна, ипак сматрамо да ЗОМУКД није требало да изостави одредбе којима би се дефинисала улога органа старатељства у одговарајућем праћењу напредовања малолетника према којима нису извршене заводске васпитне мере или казна малолетничког затвора.

Но, вратимо се на постојећи законски текст. Дакле, предвиђено је да је залагање органа старатељства нужно у сваком случају отпуштања малолетника из установе, па ЗОМУКД стога није определио неке критеријуме који би дозвољавали евентуалну селекцију оних институционално третираних малолетника којима помоћ у успешном повратку у друштвену заједницу не треба. О самом обиму мера законодавац се није изјашњавао, а у литератури налазимо да интензитет и опсежност потребних мера заштите треба да зависе превасходно од успеха оствареног у раду са малолетником у институционалној фази. Што су услови у установи за извршење институционалне санкције мање усклађени са условима у слободном друштву, то и мере накнадне социјалне заштите треба да буду заступљеније. Са друге стране, задаци центра за социјални рад биће утолико сложенији, уколико се малолетник враћа у средину коју одликују неповољне социјалне прилике.⁸

Такође, из члана 147. ЗОМУКД произлази да су послови у пружању помоћи донекле подељени између служби које раде унутар завода у којима су малолетници смештени и органа старатељства. Сходно члану 147. став 1. ЗОМУКД надлежни орган старатељства дужан је да током трајања институционалне санкције одржава сталну везу са малолетником, његовом породицом и установом у коју је малолетник упућен. Смисао ангажовања органа старатељства у одржавању контаката јесте у припреми терена за повратак малолетника у ранију социјалну средину и за његово успешно укључивање у друштвени живот.

У члану 147. став 2. ЗОМУКД нормирана је обавеза установе у којој се извршава санкција да обавести одговарајућа лица и институције о скорашњем планираном отпуштању малолетника. Установа би том приликом требало да сугерише које би мере било најцелисходније

⁷ Тако: Г. Стојановић-Милошевић, "Малолетничко кривично законодавство и стандарди Европске уније" у С. Бејатовић (ед), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Београд, 2010, 321.

⁸ Тако: З. Илић, *Ресоцијализација младих преступника*, Београд, 2000, 188.

применити ради што успешнијег прихвата малолетника. Најмање три месеца пре планираног датума отпуштања, о повратку малолетника треба обавестити родитеље, усвојоце, стараоце, блиске сроднике или друга лица са којима је малолетник раније живео. Обавештење се упућује и органу старатељства уз предлоге о мерама које би ваљало предузети. Лица са којима би малолетник требало да живи по повратку из установе, као што су родитељи, стараоци, усвојоци или други чланови породице, треба са своје стране такође да обавесте орган старатељства о повратку малолетника. Претпостављамо да је законодавац предвидео обавезу обавештавања за више субјеката, у нади да ће се тако осигурати благовремена и потпуна информисаност, чак иако нека од побројаних инстанци не поступи на начин како то закон налаже.

Чланом 149. ЗОМУКД предвиђено је да је орган старатељства дужан да посебно брине о малолетнику који нема родитеље, или за кога је познато да живи у несређеним породичним и материјалним приликама. Отуда закључујемо да сваки малолетник, без обзира на то да ли има једног или оба родитеља, да ли је из имућне породице или припада средњој класи, има право да му се пружи помоћ у овој фази ресоцијализације. Малолетник који се налази у неповољним животним околностима може очекивати да му се пружи још богатији и сложенији спектар услуга.

Законодавац је очигледно сматрао да је у посебно тешкој ситуацији онај малолетник који се враћа у слабе материјалне прилике, јер је путем члана 149. став 2. нормирао да ће се таквом малолетнику обезбедити смештај, исхрана, одећа и лечење. Даље, предвиђено је да орган старатељства треба да уложи особите напоре како би помогао малолетнику у сређивању породичних прилика, довршавању стручног оспособљавања и у запошљавању.

Примењивање мера подршке није лимитирано било каквим временским одредницама, те то значи да овај облик заштите може да траје све док за њим постоји потреба у конкретном случају, што процењује орган старатељства. Овакав приступ је потпуно примерен, с обзиром да се не могу начелно предвидети, нити временски ограничити потребе индивидуалних малолетника.⁹

Конкретно, када је реч о потребама малолетника условљеним повратком у друштвену заједницу можемо се овде осврнути тек на неке од њих. Пођимо најпре од психолошких проблема са којима се малолетна лица сусрећу по изласку из институције где се извршавала кривична санкција. Тако, малолетници и пре отпуштања из установе могу осећати

⁹ М. Томић, „Помоћ малолетним учиниоцима кривичних дела после извршења заводских васпитних мера и казне малолетничког затвора“ у: С. Бејатовић, *Кривичноправна питања малолетничке делинквенције*, Београд, 2008, 268.

психичку напетост, пропраћену најразличитијим осећањима, од радости до равнодушности.¹⁰ Изласком из установе малолетник прекида емоционалну везу са васпитачем, што значи да треба да је на располагању нека нова особа којој ће моћи да се повери и која ће га саветовати.¹¹ Уколико центар пропусти да у том преломном тренутку пружи одговарајућу помоћ, то може да угрози резултате постигнуте мукотрпним радом у претходном периоду. Такође, треба утврдити какав је утицај породице, односно на који начин родитељи малолетника, сродници и друга блиска лица, прихватају евентуалне проблеме у његовом понашању, те да ли су спремни да му помогну.

Центри за социјални рад позвани су да помогну и малолетниковој породици која је у материјалним тешкоћама. Напоменимо да има и мишљења да наши социјални радници нису спремни да се задубљују у штићеникове породичне односе. Тако се у литератури наводи да ће центар утврдити да је породица, на пример, слабих материјалних прилика и обезбедити јој једнократну или трајнију новчану помоћ, али се неће потрудити да породицу суштински оспособи за прихват малолетника.¹² Ипак, иако постоји предубеђење да на криминално понашање малолетника понајвише утиче неповољан социо-економски статус, исто тако пажњу завређује и став сходно коме родитељи који константно занемарују дете лишавајући га топлине и љубави тиме утичу на формирање конфликтне и агресивне личности.¹³

Следећа малолетникова потреба односи се на проналажење запослења, или настављање образовања. Малолетнику је током боравка у установи омогућено да настави започети образовни процес или да га отпочне,¹⁴ а едукација не сме да се прекине ни по напуштању установе. Ради задовољавања животних потреба, али и ради конструктивног коришћења времена, малолетницима који не похађају школу може бити потребан посао. Са друге стране, ништа мање важно од запослења, није ни одређено организовање слободног времена. Тако *E. Burges*, на основу студије о дистрибуцији малолетничког преступништва по градским

¹⁰ Тако: М. Томић, 266.

¹¹ С. Јовановић, В. Пешић-Поповић, "Прихватање малолетника после извршења заводских васпитних мера и проблем рецидивизма", *Социјална политика и социјални рад*, 2-3, 1973, 94.

¹² Тако: З. Илић, *op. cit.*, 234-236.

¹³ Тако: М. Лакићевић, *Методe и технике социјалног рада, III*, Београд, 2006, 40.

¹⁴ Сваки малолетник у узрасту за обавезно школовање има право на образовање у складу са својим потребама и способностима које ће га припремити за повратак друштву-Правила УН о заштити малолетника лишених слободе/Четврти део/правило бр. 38.

зонама у Чикагу, тврди да адекватно организовано слободно време и посећивање рекреативних центара делују благотворно и на малолетнике који су већ испољавали криминалне склоности.¹⁵ Пожељно је организовање разних клубова и секција, где би се малолетници дружили са младим узорним људима који су им при том довољно генерацијски блиски да не би постојала баријера у комуникацији. У овим, условно речено, забавним активностима има места ангажовању и других заинтересованих организација и појединаца.¹⁶

На крају треба споменути да се у процесу повратка у друштвену заједницу малолетник неретко суочава и са својом стигматизованошћу. Већ са почетком поступка малолетни учиниоци кривичних дела су жигосани,¹⁷ а печат остаје и по извршењу санкције. Неприхватање од стране заједнице лако може довести до рецидива, па је потребно својеврсно "преваспитавање" људи у малолетниковом окружењу.

Дакле, из одредаба ЗОМУКД произлази да је задовољавање свих побројаних потреба малолетних учинилаца кривичних дела препуштено органима старатељства. Имајући у виду комплексност задатака који се стављају пред центре за социјални рад, морамо да се запитамо да ли они располажу ресурсима за остваривање циљева које је законодавац имао у виду при изрицању санкција.

4. ЗАКЉУЧАК

Пекиншка правила, Ријадске смернице и други акти донети под окриљем Уједињених нација сугеришу да најцелисходнији начини сузбијања малолетничке делинквенције подразумевају приступ прилагођен посебним потребама и особинама малолетника. Такође, организовано поступање према малолетним учиниоцима кривичних дела не сме да се заврши у тренутку окончања кривичног поступка, односно у тренутку када се обуставља примена каквих других формалних мера реаговања. Напротив, државе које желе да се одговорно носе са проблемом малолетничког преступништва, те да предузму мере најкорисније како по малолетника као појединца тако и по заједницу у целисти, морају

¹⁵ Према: С. Милашиновић, *Кривична, млади, криминал*, Београд, 2000, 63.

¹⁶ Школски систем уз сарадњу група у заједници треба да организује ваннаставне активности од интереса за младе - Ријадске смернице за превенцију малолетничке делинквенције/ Четврти део/ смерница бр. 29.

¹⁷ Стога треба избећи кажњавање детета због понашања које не изазива озбиљне штете по његов развој или по друге...с обзиром да обележавање малолетника као "девијантног" често доприноси утврђивању обрасца непожељног понашања - Ријадске смернице/ Основни принципи/ смерница бр. 5.

обезбедити и примену мера путем којих ће се малолетник реинтегрисати у свакодневне друштвене токове.

У Србији ЗОМУКД предвиђа ангажовање органа старатељства на пољу пружања разноврсних видова подршке малолетницима према којима су извршене заводске васпитне мере и казна малолетничког затвора. Ипак, предвиђени спектар мера треба обогатити и мерама које би се примењивале у случају малолетних училаца кривичних дела којима су изречене друге кривичне санкције, па и васпитни налози као мере *suī generis*. У том смислу треба размишљати о начинима да се избегне механичко раздвајање малолетника на оне према којима су примењене институционалне санкције, односно неинституционалне санкције и диверзионе мере, без уважавања њихових конкретних индивидуалних потреба.

Осим еветуалних измена постојеће регулативе и доношења неодастајућих подзаконских аката, неспорно је да делотворније сузбијање малолетничког криминалитета у Србији изискује и обезбеђивање бољих услова за рад запослених у центрима за социјални рад, као и бројније, адекватно обучене кадрове који би се заиста посветили пружању помоћи малолетним учиниоцима кривичних дела у фази која следи по окончању поступка формалног реаговања. Тиме би се омогућило да лица стручна за рад са малолетницима који су испољили неприхватљиво понашање заиста користе знања и вештине због којих су и запослена у центрима за социјални рад, уместо ситуације у којој се значајан део њиховог времена користи за обављање административних послова.

На крају, како би се олакшало поновно укључивање малолетних училаца кривичних дела у друштвену заједницу, потребно је мењати ставове саме заједнице која кроз разне облике организовања цивилног сектора¹⁸ треба такође да подржи пуну реинтеграцију ових лица.

¹⁸ Више о томе: А. Hucklesby, Е. Wincup, *Prisoner resettlement, policy and practice*, Devon, 2007.

ЛИТЕРАТУРА

Илић Зоран, *Ресоцијализација младих преступника*, Београд, 2000.

Јовановић Слађана, Пешић-Поповић Весна, "Прихватање малолетника после извршења заводских васпитних мера и проблем рецидивизма", *Социјална политика и социјални рад*, 2-3, 1973.

Лакићевић Мира, *Методe и технике социјалног рада*, III, Београд, 2006.

Милашиновић Срђан, *Кривично право, млади, криминал*, Београд, 2000.

Стојановић-Милошевић Гордана, "Малолетничко кривично законодавство и стандарди Европске уније" у Станко Бејатовић (ед), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Београд, 2010.

Томић Миролуб, „Помоћ малолетним учиниоцима кривичних дела после извршења заводских васпитних мера и казне малолетничког затвора“ у: Станко Бејатовић Станко, *Кривичноправна питања малолетничке делинквенције*, Београд, 2008.

Hucklesby Anthea, Wincup Emma, *Prisoner resettlement, policy and practice*, Devon, 2007.

Milica KOVACEVIC,

Assistant Professor,

Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

Marija MALJKOVIC,

Teaching Assistant,

Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

JUVENILE SANCTIONS AND THE REINTEGRATION OF JUVENILE OFFENDERS INTO SOCIETY

Summary

The paper deals with the issue of reintegration of juvenile offenders into the community after the execution of criminal sanctions. The article starts with the summary of major provisions given by the international instruments in the field of prevention of juvenile delinquency that are directly related to the return of juvenile offenders into the community. Then the author deals with Serbian Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors, noting that international standards were implemented in this act. We can see that there is no support for the juvenile delinquents who were not institutionalized, although they might need help too (education issues, family issues etc).

Finally, the author tries to point at possible ways of improving measures applied in order to support juvenile offenders in the phase after the formal response.

Key words: Reintegration, juvenile delinquency, prevention, guardianship authorities.

Рад је предат 10 априла 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Емир ЋОРОВИЋ*

Државни универзитет у Новом Пазару, Департман за правне науке

НЕКИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ СА ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ САУЧЕСНИКА ИЗ ЧЛАНА 36. СТАВ 2. КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СРБИЈЕ

Апстракт: Аутор у раду разматра одредбу чл. 36 ст. 2 Кривичног законика Србије, која се односи на границе одговорности саучесника. Наиме, у предметној одредби је формулисана теорија лимитиране акцесорности о одговорности саучесника. Ипак, по ауторовом мишљењу неке ситуације нису покривене одредбом чл. 36 ст. 2 Кривичног законика. У том смислу се дају и извесни предлози *de lege ferenda*.

Кључне речи: саучесништво, одговорност, лимитирана акцесорност, Кривични законик Србије.

1. УВОД

Питање одговорности саучесника представља једно од комплекснијих питања кривичноправне догматике. Самом саучесништву, па тиме и одговорности саучесника, у домаћој литератури се у последње време посвећује значајна пажња.¹ У овом раду нећемо се бавити

* Доцент, esorovic@np.ac.rs

¹ Вид. на пример: З. Стојановић, „Начело кривице и одговорност саучесника“, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*, бр. 2, Источно Сарајево, 2013, 1-20; З. Стојановић, „Положај саучесника у кривичном праву: између акцесорности и самосталности“, У: Ђ. Игњатовић (ур.), *Казнена реакција у Србији – IV део*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, 1-16; Н. Делић, *Нова решења опитних института у КЗС*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 147-167; И. Вуковић, „Помагање у кривичном делу у обављању занимања и предузимању свакодневних послова“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд, 2015, 45-60; И. Вуковић, „Kausalnost радње помагаћа у односу на дело извршиоца“, *Crimen – часопис за кривичне науке*, бр. 1, Београд, 2015, 46-40; И. Вуковић, „Vреме и каузалност битног саизвршилачког доприноса“, *Наука, Безбедност, Полиција – журнал за криминалистичку и право*, бр. 2, Београд, 2015, 127-143; Н. Јованчевић, *Подстрекавање - облик саучесништва и самостално кривично дело*, Службени гласник, Београд, 2008; В. Турањанин, „Помагање у извршењу кривичног дела у српском кривичном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, Нови Сад, 2011, 629-649; И.

проблематиком одговорности саучесника на правно догматском плану, већ ћемо се осврнути одређене недоумице у вези применом правила о тзв. лимитираној акцесорности, а које се јављају или могу јавити у пракси. Пре тога, анализираћемо чл. 36 Кривичног законика Србије (КЗ)² који говори о границама одговорности и кажњивости саучесника.

2. ГРАНИЦЕ ОДГОВОРНОСТИ И КАЖЊИВОСТИ САУЧЕСНИКА ПРЕМА ЧЛ. 36 КЗ

Према одредби чл. 36 ст. 1 КЗ *саизвршилац је одговоран за извршено кривично дело у границама свог умишљаја или нехата, а подстрекач и помагач у границама свог умишљаја*. Према томе, за саизвршиоца је као облик кривице релевантан како умишљај, тако и нехат, док је за подстрекаче и помагаче од значаја само умишљај.³ Готово истоветну одредбу садрже и нама блиска кривична законодавства држава са простора бивше Југословије (чл. 40 ст. 1 КЗ Словеније,⁴ чл. 32 ст. 1 КЗ БиХ,⁵ чл. 40 ст. 1 КЗ Републике Српске,⁶ чл. 34 ст. 1 КЗ Федерације БиХ,⁷ чл. 26 ст. 1 КЗ Црне Горе,⁸ чл. 25 ст. 1 КЗ Македоније⁹). КЗ Хрватске у чл. 39 ст.1 користи нешто другачију формулацију, прописујући да се сваки саизвршилац (супочинитељ) и саучесник (судионик), тј. подстрекач (потцицатељ) и помагач кажњавају у складу са својом кривицом.

У ст. 2 чл. 36 нашег КЗ формулисана је теорија лимитиране акцесорности о одговорности саучесника, и то на следећи начин:

Марковић, *Помагање као облик саучесништва у кривичном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017.

² Кривични законик – КЗ, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

³ Такође вид. и чл. 33-35 КЗ Србије којима се регулишу поједини облици саучесништва.

⁴ *Uradni list Republike Slovenije*, št. 50/12 – uradno prečiščeno besedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17.

⁵ *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15.

⁶ *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/17. У питању је новодонети закон, с тим да је питање одговорности и кажњивости саучесника и у претходном КЗ било уређено на сличан начин. Вид.: М. Babić, I. Marković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Banjoj Luci, Banja Luka, 2015, 304-308.

⁷ *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14.

⁸ *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 70/03, 13/04, 47/06, *Službeni list Crne Gore*, br. 40/08, 25/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 14/15 42/15, 58/15, 44/17.

⁹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13.

„Основи који искључују кривицу извршиоца (чл. 23, 28. и 29. овог законика) не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача, или помагача код којег кривица постоји“.

Коментаришући ову одредбу, проф. Лазаревић наводи да је иста последица прихватања објективно-субјективне концепције кривичног дела, али да се ради о нејасном и непрецизном решењу које треба да „запуши“ рупу насталу прихватањем поменутог општег појма кривичног дела. Исти аутор указује да постојеће решење може стварати практичне и теоријске проблеме, иако своје мишљење не поткрепљује конкретним примерима.¹⁰

У сваком случају, из цитиране одредбе се може закључити да, уколико кривица извршиоца не постоји услед *неурачунљивости* (чл. 23), *стварне заблуде* (чл. 28) или *правне заблуде* (чл. 29), онда тиме није искључено кривично дело саучесника код којег кривица постоји. Према томе, непостојање извршиоачеве кривице *по таксативно наведеним основима* не искључује постојање кривичног дела саучесника. У таквим случајевима извршилац чини противправно дело које је законом одређено као кривично дело, док саучесници одговарају за скривљено поступање. Наведеном се начелно не може приговорити, јер законско решење полази од тезе да постоји кривично дело извршиоца у објективном смислу (без кривице), тј. противправно дело које је законом одређено као кривично дело, што је довољно за постојање одговорности саучесника у складу са теоријом лимитиране акцесорности.¹¹ У вези са прихваћеним концептом из чл. 36 ст. 2 КЗ проф. Стојановић истиче: „Формулација наведене одредбе је задовољавајућа, иако се њома још више могло да нагласи начело ограничене акцесорности. Наиме, могло је да се изричито пропише да непостојање кривице код саучесника не искључује кривично дело извршиоца, као и да постојање или непостојање кривице код једног саучесника нема значаја за другог саучесника“.¹²

¹⁰ Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006, 145-146.

¹¹ Према теорији лимитиране акцесорности за одговорност саучесника је довољно да је извршилац остварио кривично дело у објективном смислу. С тим у вези се каже: „(ограничена) акцесорна теорија која је прихваћена и код нас, захтева да је извршилац извршио кривично дело, односно да је предузео радње које улазе у криминалну зону. При томе се не тражи и кривица извршиоца, као што то чини теорија екстремне (потпуне) акцесорности. Довољно да је извршилац остварио све објективне елементе кривичног дела, тј. не захтева се да је он и крив за извршено дело (ограничена акцесорност). Основи који искључују кривицу извршиоца не искључују кривично дело саизвршиоца, подстрекача или помагача код којег кривица постоји (члан 36. став 2. КЗ)“ . Z. Stojanović (2014), 3.

¹² *Ibid.*, 9.

У законодавству околних држава нисмо наишли на овакву формулацију одредбе о одговорности саучесника. Ако се пође од Лазаревићеве тезе да је поменута одредба последица прихватања објективно субјективног појма кривичног дела у чл. 14 ст. 1 КЗ Србије, онда морамо нагласити да се у кривичним законима нама блиских држава општи појам кривичног дела једино у правима Црне Горе (чл. 5) и Словеније (чл. 16) одређује према истој концепцији. Остале државе га одређују у објективном смислу (чл. 7 КЗ Македоније, чл. 17 КЗ Републике Српске), док КЗ Хрватске не садржи једну такву дефиницију. Иако кривични закони Црне Горе и Словеније одређују кривично дело као скривљено понашање (решење из црногорског КЗ је идентично нашем), они не садрже одредбу која би одговарала чл. 36 ст. 2 КЗ Србије. Међутим, пре него што укажемо на та законска решења, размотрићемо остале одредбе из чл. 36 КЗ Србије.

У ст. 3 потоњег члана је прописано да *лични односи, својства и околности услед којих закон дозвољава ослобођење од казне, или које утичу на одмеравање казне, могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код којег такви односи, својства и околности постоје*. Овим је наш законодавац искључио теорију о тзв. хиперекстремној акцесорности.¹³

На крају, чл. 36 КЗ Србије у ст. 4 прописује да *лични односи, својства и околности који представљају битно обележје кривичног дела не морају постојати код подстрекача или помагача. Подстрекачу или помагачу који нема такво лично својство, казна се може ублажити*. Једна оваква одредба, према томе, узима у обзир личне односе, својства и околности које представљају битно обележје, тј. елемент бића одређеног кривичног дела. У том контексту такав лични однос, својство односно околност је довољно да постоји код извршиоца, не и код саучесника.

Одредбе кривичних закона Словеније (чл. 40 ст. 4)¹⁴ и Црне Горе (чл. 26 ст. 3)¹⁵ које регулишу ову проблематику у основи одговарају

¹³ Ibid., 3.

¹⁴ Текст одредбе на словеначком гласи: „*Osebná razmerja, lastnosti in posebne okoliščine, zaradi katerih zakon izključuje krivdo ali kaznivost ali dopušča odpustitev, zmanjšanje ali povečanje kazni, se smejo upoštevati samo pri tistem storilcu ali udeležencu, pri katerem so taka razmerja, lastnosti in okoliščine ugotovljene*“ (у преводу одредба гласи: „*Лични односи, својства и посебне околности, услед којих закон искључује кривицу или кажњивост или ослобођење од казне, ублажавање или поопштравање казне могу се узети у обзир само оном извршиоцу или саучеснику, код којег је такав однос, својство или околност постоје*“.

¹⁵ „*Лични односи, својства и околности услед којих закон искључује кривицу или дозвољава ослобођење од казне, од којих зависи постојање лакшег или тежег облика дјела или које утичу на одмјеравање казне, могу се узети у обзир само оном*

одредби чл. 25 ст. 3 некадашњег КЗ Југославије (касније Основни кривични закон - ОКЗ),¹⁶ која гласи:

„Лични односи, својства и околности услед којих закон искључује кривичну одговорност, или дозвољава ослобођење од казне, ублажавање или поопштравање казне, могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код кога такви односи, својства и околности постоје“.

Према томе, кривични закони Словеније и Црне Горе, иако одређују кривично дело као скривљено понашање, прихватају у основи исте формулације о одговорности саучесника као КЗ Југославије који, пак, кривично дело одређује у објективном (формално-материјалном) смислу. Штавише, такву одредбу садрже још и кривични закони Македоније (чл. 25 ст. 3),¹⁷ БиХ (чл. 32 ст. 3),¹⁸ Федерације БиХ (чл. 34 ст. 3),¹⁹ Републике Српске (чл. 40 ст. 2 и 3),²⁰ који кривично дело такође одређују у

извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код којег такви односи, својства и околности постоје“.

¹⁶ Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, бр. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/01, Службени гласник Републике Србије, бр. 39/03.

¹⁷ Одредба у преводу гласи: *„Лични односи, својства и околности услед којих закон искључује кривичну одговорност, или дозвољава ослобођење од казне, ублажавање или поопштравање казне, може се узети у обзир само за оног извршиоца, саизвршиоца, подстрекача или помагача код којег постоје такви односи, својства и околности“.* У оригиналу на македонском одредба гласи: *„Личните односи, својства и околности поради кои законот ја исклучува кривичната одговорност или дозволува ослободување од казна, ублажување или поопштрување на казната, можат да се земат предвид само за оној извршител, соизвршител, поттикнувач или помагач кај кого постојат такви односи, својства и околности“.*

¹⁸ Одредба гласи: *„Osobni odnosi, svojstva i okolnosti zbog kojih zakon isključuje krivicu ili dopušta oslobođenje od kazne ili ublažavanje kazne, mogu se uzeti u obzir samo onom učinitelju, saučinitelju, podstrekaču ili pomagaču kod kojega takvi odnosi, svojstva i okolnosti postoje“.*

¹⁹ Одредба гласи: *„Osobni odnosi, svojstva i okolnosti zbog kojih zakon isključuje krivicu ili dopušta oslobođenje od kazne ili ublažavanje kazne mogu se uzeti u obzir samo onom učinitelju, saučesniku, podstrekaču ili pomagaču kod kojega takvi odnosi, svojstva i okolnosti postoje“.*

²⁰ Поменуте одредбе КЗ Републике Српске гласе: *„(2) Лични односи, својства и околности које закон прописује као основе искључења кривичне одговорности или ослобођења од казне или које утичу на одмјеравање или ублажавање казне, могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код кога такви односи, својства или околности постоје. (3) Лични односи, својства и околности који представљају битно обиљежје кривичног дјела не морају постојати*

објективном смислу. Једино КЗ Хрватске у чл. 39 ст. 2 прописује нешто краћу формулацију, по којој ће се *посебне личне (особне) околности због којих закон прописује ослобођење од казне, ублажавање казне, блажи или тежи облик кривичног (казненог) дела узети у обзир само оном саизвршиоцу (супочинитељу) или саучеснику (судионику) код којег постоје*. Као што се да приметити, нису наведени основи искључења кривице, али се у коментарској литаратури писаца из Хрватске наводи да је „обухваћено“ ставом 1.²¹ који прописује, као што је већ наведено, да се сваки саизвршилац (супочинитељ) и саучесник (судионик), тј. подстрекач (потичатељ) и помагач кажњавају у складу са својом кривицом.

Ако се сажме претходно речено може се закључити да сва законодавства држава са простора бивше Југославије, изузев КЗ Хрватске, регулишући одговорност саучесника користе формулацију „лични односи, својства и околности који искључује кривичну одговорност/ кривицу... могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код кога ... постоје“ (користимо скраћену формулацију). Хрватска теорија сматра да се то подразумева по општој одредби о одговорности/ кажњивости саучесника у складу са својом кривицом. *Оно што карактерише КЗ Србије јесте то да се једино у њему изричито и таксативно прописују основи искључења кривице извршиоца (чл. 23, 28 и 29), уз навођење да тиме није искључено кривично дело саучесника код којих кривица постоји.*

3. ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ СА ПРИМЕНОМ ЧЛ. 36 СТ. 2 КЗ СРБИЈЕ

Разматрајући одредбу чл. 36 ст. 2 КЗ пронашли смо у судској пракси један пример који указује на могућу проблематику која се у вези са истом може јавити. Тако, решењем Вишег суда у Новом Пазару Км бр. 61/16 од 17.11.2016. године,²² малолетном О.Ф. изречена је васпитна мера појачаног надзора од стране органа старатељства, због продуженог кривичног дела крађе из чл. 203 КЗ у подстрекавању. Против извршиоца није вођен кривични поступак, из разлога што је малолетник који је предузео радњу извршења био сродник у правој линији оштећенима

код подстрекача и помагача. Подстрекачу и помагачу који нема такво лично својство, може се ублажити казна“.

²¹ К. Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, Narodne novine, Zagreb, 2013, 57.

²² На располагању су нам били поменуто првостепено решење, другостепено решење које се такође наводи у овом тексту и жалба браниоца. Напомињемо да се ради о непубликованим одлукама.

(унука), са којима је живео у заједничком домаћинству. У таквој ситуацији се гоњење предузима *ex privato*, али пошто је био у питању поступак према малолетницима, оштећени нису дали надлежном јавном тужиоцу за малолетнике предлог за покретање поступка у смислу одредбе чл. 57 ст. 2 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.²³ Отуда је поступак вођен само према малолетнику који је предузео радње подстрекавања. Одбрана је инсистирала да у овом случају не може постојати ни одговорност подстрекача, имајући у виду да је против извршиоца изостао поступак из процесних разлога, а не због тога што је његова одговорност искључена из разлога неурачунљивости, стварне или правне заблуде, како то говори одредба чл. 36 ст. 2 КЗ. Првостепени суд није прихватио такве наводе одбране, истичући да наше право прихвата теорију лимитиране акцесорности, где подстрекавање и одговорност подстрекача постоји и онда када код извршиоца недостаје кривица, па и када против малолетника (у овом случају извршиоца) није вођен никакав поступак. Одбрана је у жалби поновила, између осталог, исте наводе, али је инстанциони суд - Апелациони суд у Крагујевцу, својим решењем Кжм 1-3/17 од 19.01.2017. године, одбио жалбу и потврдио првостепено решење, прихватајући разлоге првостепеног суда и у погледу одговорности саучесника (подстрекача) у овом конкретном случају.

Понављамо, одговорност саучесника по основу теорије лимитираној акцесорности постоји само уколико је непосредни извршилац зашао у криминалну зону (квантитивна акцесорност, у смислу извршења довршеног кривичног дела, кажњивог покушаја или кажњивих припремних радњи) остварујући макар објективно биће неког кривичног дела (квалитативна акцесорност, у смислу да није потребна кривица непосредног извршиоца). Према том теоријском моделу, значи, довољно је да је извршилац остварио кривично дело у објективном смислу, односно противправно дело које је законом одређено као кривично дело. Зато, теоријски посматрано, одговорност по концепту лимитиране акцесорности не захтева да постоји одговорност и кажњивост извршиоца да би постојала одговорност и кажњивост саучесника, те да би се саучесник требао казнити и када извршилац не може бити кажњен услед, нпр. смрти или зато што је непознат.²⁴

Међутим, питање је колико одредба чл. 36 ст. 2 КЗ допушта овакво тумачење. Односно, може се бранити теза да је предметна одредба на неки начин сузила описано дејство теорије лимитиране акцесорности о

²³ Службени гласник Републике Србије, бр. 85/05.

²⁴ F. Ваџић, *Kazneno pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1998, 322-323.

одговорности саучесника. Јер, као што је речено, у чл. 36 ст. 2 КЗ се изричито (таксативно) наводе основи искључења кривице (неурачунљивост, ставрна и правна заблуда) и констатује се да уколико услед тога не постоји кривица извршиоца то не утиче на постојање кривичног дела саучесника код којег кривица постоји. Чини се да је наш законодавац из жеље да што прецизније регулише теорију лимитиране акцесорности о одговорности саучесника изгубио из вида све оне случајеве када се услед процесних разлога не може утврдити кривица извршиоца. Таквих процесних ситуација има више: смрт извршиоца, непознат извршилац, постојање стварних или правних сметњи (нпр. имунитет, или непостојање предлога²⁵ или тужбе против извршиоца²⁶) за гоњење извршиоца. Ове ситуације се не могу подвести под одредбу чл. 36 ст. 2 КЗ, нити под неку другу одредбу из предметног члана која говори одговорности саучесника. Евентуално, ако би подстрекач или помагач имали представу о некој од ових околности, њихова одговорност би могла постојати, али не као саучесника (у ужем смислу), већ као посредног извршиоца. Тако, у нашем примеру, да је малолетник који је предузео радњу подстрекавања имао представу да други малолетник неће бити гоњен јер оштећени, као његови сродници (деда и баба) са којима живи у заједничком домаћинству, неће дати предлог за вођење поступка, онда би се његова одговорност могла темељити на учењу о посредном извршилаштву, што је у овој ситуацији тешко применљива конструкција (тешко да малолетник, па и одрастао човек који није правник, познаје ова процесна правила).

Проблем, по нама, лежи у формулацији из одредбе чл. 36 ст. 2 КЗ која гласи „Основи који искључују кривицу извршиоца (чл. 23, 28. и 29. овог законика)...“. Боље би било да је задржана преформулисана стара одредба (из ОКЗ/ КЗЈ) која иначе обитује у законским текстовима држава у окружењу. На пример да је речено „лични односи, својства и околности који искључује кривицу... могу се узети у обзир само оном извршиоцу, саизвршиоцу, подстрекачу или помагачу код кога ... постоје“. Даље би све било питање тумачења: неспорно би ту спадали основи искључења

²⁵ Такав је случај у описаном примеру.

²⁶ У неким ситуацијама према окривљеном у истој правној ствари могу постојати два оптужна акта – један од јавног, а други од приватног тужиоца. Замислимо да су актери из нашег примера пунолетни. Извршилац би био гоњен по приватној тужби, као сродник који живи у заједничком домаћинству са оштећенима, док би подстрекач био обухваћен оптужбом јавног тужиоца. И у таквом примеру је могуће да приватни тужилац не гони извршиоца, док би јавни тужилац *ex officio* гонио подстрекача. Према томе, радило би се о сличној процесноправној и материјалноправној ситуацији као у описаном примеру.

кривице (неурачунљивост, стварна или правна заблуда), али и околности које онемогућавају утврђивање кривице неког од учесника у кривичном делу (смрт, стварни или правни разлози који спречавају гоњење).

4. ЗАКЉУЧАК

Везујући кривично дело саучесника за таксативно набројане основе искључења кривице извршиоца, одредба чл. 36 ст. 2 КЗ не покрива све ситуације теорије лимитиране акцесорности о одговорности саучесника, иако се са станивишта начела законитости (*lex certa*) то решење може поздравити, уз неспорно добре намере нашег законодавца у покушају да пружи задовољавајућу формулацију овог питања. Ради се о ситуацији када се кривица извршиоца из процесних разлога не може утврдити, јер КЗ уопште не препознаје такве случајеве, нити се исти могу „покрити“ одговарајућим тумачењем чл. 36 ст. 2 КЗ, који, као што смо видели, узима у обзир само таксативно наведене основе искључења кривице извршиоца. Зато би у некој од будућих ревизија КЗ одредбу чл. 36 КЗ требало преформулисати, те се у бити вратити на раније решење, чијим би тумачењем биле адекватно покривене и ситуације које смо идентификовали као спорне.

ЛИТЕРАТУРА

Вељко Турањанин, „Помагање у извршењу кривичног дела у српском кривичном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, Нови Сад, 2011.

Вуковић Игор, „Помагање у кривичном делу у обављању занимања и предузимању свакодневних послова“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд, 2015.

Делић Наташа, *Нова решења општих института у КЗС*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Јованчевић Недељко, *Подстрекавање - облик саучесништва и самостално кривично дело*, Службени гласник, Београд, 2008.

Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд, 2006.

Марковић Ивана, *Помагање као облик саучесништва у кривичном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2017.

Стојановић Зоран, „Начело кривице и одговорност саучесника“, *Годишњак Правног факултета у Источно Сарајеву*, бр. 2, Источно Сарајево, 2013.

Franjo Vačić, *Kazneno pravo – opći dio*, Informator, Zagreb, 1998

Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji – IV deo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014.

Ksenija Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona i drugi izvori novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva*, Narodne novine, Zagreb, 2013.

Miloš Babić, Ivanka Marković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Banjoj Luci, Banja Luka, 2015.

Stojanović Zoran, „Položaj saučesnika u krivičnom pravu: između akcesornosti i samostalnosti“, U: Đorđe

Vuković Igor, „Kauzalnost radnje pomagača u odnosu na delo izvršioца“, *Crimen – časopis za krivične nauke*, бр. 1, Београд, 2015.

Vuković Igor, „Vreme i kauzalnost bitnog saizvršilačkog doprinosa“, *Nauka, Bezbednost, Policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, бр. 2, Београд, 2015.

Прописи

Kazenski zakonik, *Uradnilist Republike Slovenije*, št. 50/12 – uradnoprečiščenobesedilo, 6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17;

Кривични закон, *Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90, *Службени лист Савезне Републике Југославије*, бр.

35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94, 61/01, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 39/03.

Кривични закон, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15;

Кривични закон, *Службени новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14;

Кривични законик, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16;

Кривични законик, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 64/17;

Кривични законик, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 70/03, 13/04, 47/06, *Службени лист Црне Горе*, бр. 40/08, 25/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13, 14/15, 42/15, 58/15, 44/17.

Кривичниот закон, *Службени весник на Република Македонија*, бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/05.

Emir ĐORVIĆ

Assistant professor

State university at Novi Pazar, Department for legal sciences

**SOME PROBLEMS IN THE APPLICATION OF ACCOMPLICE
LIABILITY PROVISION ACCORDING TO ARTICLE 36
PARAGRAPH 2 OF THE CRIMINAL CODE OF SERBIA**

Summary

The author considers the provision of art. 36 paragraph 2 of the Criminal Code of Serbia, which refers to the limits of liability of accomplices. Namely, this provision prescribes theory of limited accessoriness of accomplice responsibility. However, according to the author's opinion, some situations are not covered by the provision of art. 36 paragraph 2 of the Criminal Code. In that regard, some propositions of *de lege ferenda* are also given.

Key words: *accomplices, responsibility, limited accessoriness, the Criminal Code of Serbia.*

Рад је предат 12. марта 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Иван Д. МИЛИЋ*

Универзитет у Новом Саду, Правни факултет

ДОВОЂЕЊЕ КАО МЕРА ЗА ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПРИСУСТВА ОКРИВЉЕНОГ И ПРЕКРШАЈНО КАЖЊЕНОГ ЛИЦА

Апстракт: Довођење окривљеног служи да се обезбеди његово присуство у прекршајном поступку, иако његово присуство у прекршајном поступку није увек нужно. Постоје два начина за довођење окривљеног. Први начин јесте класичан за прекршајни поступак и састоји се у издавању *наредбе за довођење* од стране суда. Други начин постоји од 2016. године, и огледа се у издавању *опште наредбе за довођење*.

Предмет пажње аутора јесте управо довођење окривљеног (на оба начина). Аутор у раду критички анализира актуелна законска решења и указује на одређене нелогичности и непрецизности које се у њима налазе. Између осталог закључује да мера довођења више служи да се њоме обезбеди извршење прекршајне санкције него присуство окривљеног.

Кључне речи: *довођење, наредба, општа наредба за довођење, суд.*

УВОД

Законом о прекршајима се у посебној глави прописују мере за обезбеђење присуства окривљеног у прекршајном поступку. Међутим, иако посебна глава носи назив *мере за обезбеђење присуства окривљеног*, реч је и о појединим мерама које служе да се прекршајни поступак води несметано, њима се обезбеђује извршење судске одлуке, али служе и за спречавање даљег чињења прекршаја. У Закону о прекршајима не прави се јасна дистинкција између мера које имају различит циљ. Поједине мере може да одреди само суд, али постоје и две мере које може да одреди и *овлашћени полицијски службеник*. Суд може да одреди следеће мере: позив, довођење, издавање опште наредбе за довођење, јемство, задржавање и забрана приласка оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја.¹ Задржавање личне исправе, задржавање лица под

* Асистент др Иван Милић, i.milic@pf.uns.ac.rs

¹ Закон је у својим одредбама контрадикторан, јер у члану 186 наводи да су мере које се могу предузети за обезбеђење присуства окривљеног и за успешно вођење

дејством алкохола или других психоактивних супстанци може да одреди суд или овлашћени полицијски службеник. На крају, *привођење* осумњиченог за извршење прекршаја пре покретања поступка може да изврши само овлашћени полицијски службеник.

Систем мера сличан је оним мерама које су прописане Закоником о кривичном поступку, а које се примењују према окривљеним лицима у кривичном поступку. Можда је једна од главних разлика та што се Законом о прекршајима не прописује притвор као мера за обезбеђење присуства окривљеног у прекршајном поступку. Приликом одлучивања коју ће од наведених мера применити, суд ће се придржавати услова одређених за примену појединих мера, водећи рачуна да се не примењује тежа мера ако се иста сврха може постићи блажом мером.

Доношење наредбе за довођење и издавање опште наредбе за довођење су мере којима се обезбеђује присуство окривљеног у прекршајном поступку. Међутим, општа наредба за довођење имаће већи значај као мера која служи за обезбеђење извршења судске одлуке.

1. ДОВОЂЕЊЕ ОКРИВЉЕНОГ

Уколико је присуство окривљеног лица неопходно у прекршајном поступку суд може да нареди његово довођење. Међутим, пре него што пређемо да расправљамо о овој мери, потребно је да се прво одреди „ко је окривљено лице“, односно у ком моменту се стиче статус окривљеног лица. Статус окривљеног лица се стиче у зависности од начина покретања прекршајног поступка. Ако се поступак покреће захтевом за покретање прекршајног поступка, лице против којег је поднет захтев стиче статус окривљеног када је прекршајни суд донео решење о покретању прекршајног поступка. Лице које је поводом издатог прекршајног налога поднело *захтев за судско одлучивање* од тог момента стиче статус окривљеног лица.²

Довођење окривљеног лица никада није примарна мера за обезбеђење присуства окривљеног лица, већ је реч о супсидијарној мери.³ Према решењу Закона о прекршајима ако се уредно позвани окривљени не

прекршајног поступка само: позив, довођење, јемство и задржавање. Међутим, из других чланова Закона јасно произлази да постоје и друге мере које смо навели. Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда). (У даљем тексту: Закон о прекршајима или ЗП).

² О томе вид. Ivan Milić, *Dužnost okrivljenog da govori na svoju štetu*, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 9/2015, 448-450.

³ О мери вид. Игор Вуковић, *Прекршајно право*, Београд, 2015, 168-170.

одазове позиву а свој изостанак не оправда⁴ или ако се није могло извршити уредно достављање позива, а из околности очигледно произлази да окривљени избегава пријем позива, изузетно суд ће наредити његово довођење ако се чињенично стање на други начин не би могло потпуно и правилно утврдити.⁵ Видимо да је потребно „неколико услова“ да се испуне да би суд могао да донесе наредбу за довођење. Постоје два алтернативна услова и један обавезан услов. Алтернативни услови се тичу позивања окривљеног лица: 1. У првом случају, уредно позвани окривљени се није одазвао позиву а свој изостанак није оправдао. 2. У другом случају није се могло извршити уредно достављање позива, а из околности очигледно произлази да окривљени избегава пријем позива. Утврђивање првог услова не представља велики проблем, јер се он утврђује на основу одређених потврда.⁶ У другом случају, такође није тешко утврдити да окривљеном није достављен позив, али је спорно утврдити када из „околности очигледно произлази“ да окривљени избегава пријем позива. Иако је остварен један од ова два алтернативна услова суд ће само изузетно наредити довођење. Дакле, оставља се суду да одлучи да ли ће издати наредбу за довођење или неће. Суд ће издати наредбу за довођење само ако се чињенично стање на други начин не би могло потпуно и правилно утврдити.

На основу наведених материјалних услова за довођење, можда би се могло доћи до закључка да овакво решење иде у *корист* окривљеном, јер се само изузетно може довести. Строжи су услови за довођење окривљеног у прекршајном поступку него окривљеног у кривичном поступку. Према Законнику о кривичном поступку⁷ јавни тужилац или суд може издати наредбу да се окривљени доведе: 1) ако уредно позвани окривљени не дође, а свој изостанак не оправда; 2) ако се није могло извршити уредно достављање позива, а из околности очигледно произлази да окривљени избегава пријем позива; 3) ако је донето решење о притвору.⁸ Иако је логично да постоје строжи услови за довођење окривљеног у прекршајном поступку, у односу на окривљено лице у

⁴ Када ће се изостанак сматрати оправданим, фактичко је питање, али би сасвим сигурно то била акутна и тешка обољења окривљеног, или неког њему блиског лица о коме се стара и сл. Александар М. Трешњев, *Мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка*, Београд, 2016, 282. (докторска дисертација).

⁵ Чл. 188 ст. 1 Закона о прекршајима.

⁶ Вид. чл. 162 Закона о прекршајима.

⁷ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. (у даљем тексту и ЗКП).

⁸ Чл. 195 ЗКП.

кривичном поступку, можда је ипак реч о нечем другом. Ради се о томе да се претрес у прекршајном поступку може одржати и без присуства окривљеног. Ако уредно позвани окривљени не дође и не оправда изостанак или у одређеном року не да писану одбрану, а његово саслушање није нужно за утврђивање чињеница које су од важности за доношење законите одлуке, одлука се може донети и без саслушања окривљеног.⁹ Дакле, зашто би суд издавао наредбу за довођење када *претрес* може да се одржи и без присуства окривљеног лица?

Формални услов за довођење окривљеног лица јесте *наредба*.¹⁰ Наредба се издаје у писаној форми, и не треба да садржи податке који се тичу суда који је издао наредбу, окривљеног лица према којем се наредба извршава, као и податке о организационој јединици полиције која наредбу извршава.¹¹ Наредбу за довођење извршавају овлашћени полицијски службеници. Окривљено лице које се има принудно довести има две могућности - да добровољно пође са полицијским службеником или да га полицијски службеник принудно доведе. Према решењу Закона о прекршајима: лице коме је поверено извршење наредбе предаје наредбу окривљеном односно представнику окривљеног правног лица¹² и позива га да са њим пође. Ако позвани то одбије, довешће га принудно.¹³ Трошкове довођења сноси окривљени који се принудно доводи.¹⁴

⁹ Вид. чл. 93 ст. 3 Закона о прекршајима.

¹⁰ Вид. Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015, 194.

¹¹ Према Закону о прекршајима: наредба треба да садржи: назив организационе јединице полицијске управе којој се упућује, личне податке неопходне за идентификацију окривљеног који се има довести, разлог због чега се наређује довођење, службени печат и потпис судије који наређује довођење. Чл. 189 ст. 1 Закона о прекршајима.

¹² Законодавац је у Закону о прекршајима требао да прецизно користи терминологију код ове мере. Наиме, на појединим местима говори се о „окривљеном“ а на другим о „лицу“. Можда је ово на овакав начин уређено због тога што се код овог института уређује и довођење *представника окривљеног правног лица*. Јасно је да представник окривљеног правног лица *не може* бити окривљено лице, па из тог разлога можда законодавац говори о „лицу“. Сматрамо да је код ове мере требало да се уреди само довођење *окривљеног лица*, а да се довођење *представника окривљеног правног лица* пропише у одредбама у којима се уређује његов положај, као што се то прописује код сведока.

¹³ Чл. 189 ст. 2 и 3 Закона о прекршајима.

¹⁴ Интересантно је указати на члан 6 Уредбе о висини накнада за услуге које пружа Министарство унутрашњих послова, *Службени гласник РС*, бр. 126/2014, 90/2015, 80/2016. Накнада за превоз лица лишених слободе за потребе судова, органа за прекршаје и завода за извршење кривичних санкција износи:

1. по наредби суда или органа за прекршаје

1.1. Ко се не може принудно довести?

Законом о прекршајима издваја се једна категорија лица која не може да се принудно доведе на горе описан начин. Реч је о лицима која, с обзиром на послове које обављају, није оправдано да их припадници полиције принудно доводе. Законодавац је по угледу на решење из Законика о кривичном поступку у Закону о прекршајима прописао да се против припадника полиције, професионалног војног лица, или припадника страже завода за извршење кривичних санкција у којем се извршава казна неће издавати наредба за довођење, већ ће се затражити од њихове команде, односно установе да их спроведе.¹⁵ Иако се на први поглед чини да је овакво решење сасвим оправдано, оно ипак садржи одређење мањкавости. Да бисмо указали на њих прво ћемо предочити решење из Законика о кривичном поступку: наредбу за довођење припадника полиције, војних лица, Безбедносно-информативне агенције, Војнобезбедносне агенције, Војнообавештајне агенције или припадника службе за обезбеђење завода у којем су смештена лица лишена слободе извршава њихова команда, односно завод.¹⁶

Према Закону о прекршајима, посебан начин довођења односи се на професионална војна лица, док се у Законнику о кривичном поступку говори о војним лицима. Чини се да се приликом доношења Закона о прекршајима није много размишљало о томе ко је професионални војник, а ко је војно лице.¹⁷ Надаље, у ЗП се говори о припаднику страже завода за извршење кривичних санкција у којем се извршава казна затвора, а у

- за остварену возњу до 5 км	780,00 дин.
- за остварену возњу од 5 до 10 км	1.000,00 дин.
- за остварену возњу преко 10 км	1.000,00 дин.

уз накнаду од 40,00 динара за сваки пређени километар преко 10 километара.

2. за спровођење лица за потребе завода за извршење кривичних санкција

- за коришћење теренског возила	105,00 дин./ км
- за коришћење путничког возила	80,00 дин./ км

¹⁵ Чл. 189 ст. 4 Закона о прекршајима.

¹⁶ Чл. 196 ст. 3 Законика кривичном поступку.

¹⁷ Према Закону о Војсци Србије: Војна лица су професионална војна лица, војници на служењу војног рока и лица у резервном саставу док се налазе на војној дужности у Војсци Србије. Војним лицима, у погледу права и обавеза уређених овим законом, сматрају се и држављани Републике Србије-ученици и кадети војно школских установа који се школују за војне дужности и лица на другом стручном оспособљавању за официре и подофицире. Вид. чл. 7, 8 и 9 Закона о Војсци Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015- Одлука Уставног суда.

ЗКП-у *припаднику службе за обезбеђење завода у којем су смештена лица лишена слободе*. Решење из Законика о кривичном поступку сасвим је оправдано. Међутим, на овом месту морамо да упутимо критику законодавцу јер је решење у ЗП крајње неуобичајно и може да доведе до великих проблема у пракси. Прво, у Закону се налазе непрецизности које немају већи значај, али су ипак недопустиве – не постоје *припаднице страже*, већ *припадници службе за обезбеђење*.¹⁸ Главни проблем је тај што се у ЗП прецизира да је реч о *заводима у којима се извршава казна затвора*, па се поставља питање шта ћемо са осталим припадницима службе за обезбеђење у којима се не извршава казна затвора, али се налазе лица која су лишена слободе? Законодавац у ЗП прописује да ће суд *затражити* да се изврши *спровођење*. Не прописује се коју врсту одлуке суд тим поводом доноси. Логично би било да и тада суд донесе наредбу коју извршава команда или установа где је лице запослено. Надаље, није логично како се наводи у ЗП да се лице *спроводи*, већ лице може само да се *доведе*.

На крају, али можда и најважније јесте то што се у ЗП не прописује, као што се то чини у ЗКП, да се посебан начин довођења односи на припаднике Безбедносно-информативне агенције, Војнобезбедносне агенције, Војнообавештајне агенције. Законодавац је приликом доношења Закона о прекршајима заборавио на постојање ових агенција.¹⁹

2. ОПШТА НАРЕДБА ЗА ДОВОЂЕЊЕ

Рокови застарелости покретања и вођења прекршајног поступка су доста *кратки*, тако да приличан број прекршајних поступака никада не добије судски епилог, услед застарелости. Један од већих проблема у пракси јесте немогућност обезбеђења присуства окривљеног у прекршајном поступку. С тим у вези, Законодавац је интервенисао на начин тако што је у Закону о прекршајима²⁰ прописао једну нову меру за обезбеђење присуства окривљеног у прекршајном поступку. Реч је о општој наредби за довођење. Издавање опште наредбе за довођење суд

¹⁸ Вид. чл. 21 и 22 Закона о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр.55/2014.

¹⁹ На њихово постојање заборављено је и у одредбама којима се уређује достављање. О томе вид. Иван Милић, О неким лошим решењима у Закону о прекршајима, Зборник радова „Национално и међународно право – актуелна питања и теме“, Косовска Митровица, том II, 2017, 143.

²⁰ То је учињено Законом о изменама и допунама Закона о прекршајима из 2016. године. Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 13/2016.

може наредити ако се окривљени против кога је покренут прекршајни поступак налази у бекству или постоје друге околности које указују да очигледно избегава довођење по издатој наредби суда за довођење која није извршена због постојања ових околности.²¹ Чини се да је приликом прописивања овог члана законодавцу као узор послужило решење из Законика о кривичном поступку које се односи на издавање потернице.²²

Издавање опште наредбе увек је факултативно. Законодавац не прави разлику у погледу прекршаја за које се може издати општа наредба за довођење, те се долази до закључка да се она може издати према окривљеном за било који прекршај (без обзира на запрећену казну и начин прекршајног гоњења). Сматрамо да је ипак законодавац требао да направи дистинкцију, те да пропише да општа наредба за довођење може да се изда само ако је реч о окривљеном за одређени прекршај (на пример: за прекршаје који се гоне по службеној дужности – које гони јавни тужилац или други овлашћен орган; прекршаји за које је прописана казна затвора).

Општу наредбу за довођење суд доставља органима полиције ради расписивања потраге. Потрагу расписује орган полиције надлежан по месту суда пред којим се води прекршајни поступак.²³ Претпостављамо да ће се највећи број лица за које је издата наредба за довођење откривати на граничним прелазима – приликом изласка из државе. Када се открије окривљени за којим је издата наредба за довођење, лишава се слободе и приводи код судије за прекршаје. Окривљени треба да се доведе у онај суд који је издао општу наредбу за довођење. Дакле, у онај суд пред којим се води прекршајни поступак. Неретко се дешава да се окривљено лице не може одмах довести код судије за прекршаје, те у том случају окривљени може да се од стране полиције задржи до 24 часа.²⁴

²¹ Чл. 189а ст. 1 Закона о прекршајима.

²² Издавање потернице може се наредити ако се окривљени против кога је покренут кривични поступак због кривичног дела за које се гони по службеној дужности налази у бекству, а постоји наредба за његово довођење или решење о одређивању притвора. Издавање потернице наређује суд пред којим се води кривични поступак. Издавање потернице наредиће се и у случају бекства окривљеног из завода у којем издржава кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе, а наредбу доноси управник завода. Наредба суда или управника завода за издавање потернице доставља се органима полиције ради извршења. Чл. 598 Законика о кривичном поступку. Видимо да се потерница може издати само када је реч о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

²³ Чл. 189а ст. 2 и 3 Закона о прекршајима.

²⁴ Чл. 189а ст. 4 Закона о прекршајима.

Законом се посебно уређује и *повлачење* опште наредбе за довођење.²⁵ Суд који је наредио издавање опште наредбе за довођење дужан је да је одмах *повуче* кад се пронађе тражено лице или кад наступи застарелост вођења прекршајног поступка или извршења прекршајних санкција или други разлози због којих потрага није више потребна.²⁶ Сасвим је разумљиво када долази до повлачења опште наредбе за довођење.

У вези са издавањем опште наредбе за довођење јавља се једно важно питање. Наиме, ми смо до сада говорили о мери за обезбеђење присуства *окривљеног* у прекршајном поступку, али се поставља питање да ли се општа наредба за довођење може издати и када је реч о *прекршајном кажњеном лицу*? Иако би могли да закључимо да се овом мером обезбеђује присуство окривљеног лица у прекршајном поступку, што произлази из циља ове мере, а до таквог закључка се може доћи и системским тумачењем, ипак ова мера може да служи и за обезбеђење извршења судских одлука. У Закону о прекршајима постоји велики број термилолошких непрецизности,²⁷ који заиста доводи до правне несигурности. Ако бисмо језички тумачили члан 189а став 1 не би било тешко да се закључи да ова мера служи за обезбеђење присуства само окривљеног лица, јер се јасно прецизира да је реч о *окривљеном* лицу. Окривљено лице јесте оно лице против којег се води прекршајни поступак. Међутим из последњег става члана 189а може се доћи до закључка да се општа наредба за довођење може издати и према *прекршајнои кажњеном лицу*, је се у њему наводи да ће се наредба повући (...) кад наступи застарелост вођења прекршајног поступка или *извршења прекршајних санкција* (...). Застарелост извршења прекршајних санкција може да наступи само онда када је санкција изречена, а када је санкција изречена правноснажном одлуком онда је реч о прекршајно кажњеном лицу.

Општа наредба за довођење представља добар механизам за *проналажње* лица против којих се води прекршајни поступак. Међутим,

²⁵ Одређивање мере је условљено постојањем потребе, а када престану разлози због којих је мера одређена, суд меру укида по службеној дужности или је замењује другом, блажом мером. Вид. Из Билтена Апелационог суда у Новом Саду, број 7/2016, Интермех, Београд, Аутор текста: Љубомир Бачић, судија Апелационог суда у Новом Саду.

²⁶ Чл. 189а ст. 5 Закона о прекршајима.

²⁷ О томе је и раније указивано. На пример вид. Стефан Самарцић, Иван Милић, Контрадикторности Закона о прекршајима у области санкција према малолетницима са посебним освртом на мере медицинског карактера, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2014, 381-394.

присуство окривљеног лица није нужно у прекршајном поступку, већ судија може да донесе одлуку а да окривљено лице и не саслуша. Осим тога, претрес није обавезан.²⁸ У таквом односу ствари поставља се питање колико је заиста *нужна* примена ове мере према окривљеним? Сматрамо да ће се у пракси ова мера примењивати више према прекршајно кажњеним лицима. Дакле, према лицима која избегавају извршење судске одлуке.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Мере које служе за обезбеђење присуства окривљеног у прекршајном поступку, које служе за спречавање даљег чињења прекршаја и којима се обезбеђује извршење прекршајне санкције прописане су Законом о прекршајима по узору на Законик о кривичном поступку. Међутим, законодавац није много водио рачуна да мере прилагоди специфичностима прекршајног поступка. Тако, на пример, прописује се јемство, иако у прекршајном поступку не постоји притвор. Мере које су биле предмет овог рада треба у што скорије време изменити, те отклонити све недостатке на које је указано у овом раду. Посебно се мора обратити пажња на терминологију коју законодавац користи. Јако је важно преиспитати колико је оправдано да се издаје општа наредба за довођење без обзира на то који је прекршај учињен.

²⁸ *Да ли је претрес обавезан у свим предметима?* ПРАВНИ СТАВ: Према важећем Закону о прекршајима, с обзиром да незаказивање претреса не представља битну повреду одредаба прекршајног поступка произилази закључак да претрес није обавезан у сваком предмету. У прилог наведеног говоре и одредбе чл. 85. и чл. 208. Закона о прекршајима, те би целисходност заказивања претреса била цењена од стране судије у сваком конкретном предмету. (*Правни став заузет на првој седници судија Вишег прекршајног суда у Београду, 25. марта 2011. године*) - *Правни Информатор, бр. 3/2012, Интермех, Београд, Приредио: Милан Миловић*. О томе када претрес није обавезан вид. Љубинко Митровић, *Прекршајно право*, Бања Лука, 2014, 250.

ЛИТЕРАТУРА

Вуковић Игор, *Прекршајно право*, Београд, 2015.

Milić Ivan, Dužnost okrivljenog da govori na svoју štetu, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 9/2015.

Милић Иван, О неким лошим решењима у Закону о прекршајима, Зборник радова „*Национално и међународно право – актуелна питања и теме*“, Косовска Митровица, том II, 2017.

Митровић Љубинко, *Прекршајно право*, Бања Лука, 2014.

Самарџић Стефан, Милић Иван, Контрадикторности Закона о прекршајима у области санкција према малолетницима са посебним освртом на мере медицинског карактера, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2014.

Трешњев Александар, *Мере за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка*, Београд, 2016. (докторска дисертација).

Шкулић Милан, Бугарски Татјана, *Кривично процесно право*, Нови Сад, 2015.

*

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда).

Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 13/2016.

Закон о Војсци Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010, 10/2015, 88/2015 - Одлука Уставног суда.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

Уредба о висини накнада за услуге које пружа Министарство унутрашњих послова, *Службени гласник РС*, бр. 126/2014, 90/2015, 80/2016.

*

Правни став заузет на првој седници судија Вишег прекршајног суда у Београду, 25. марта 2011. године - Правни Информатор, бр. 3/2012, Интермех, Београд, Приредио: Милан Миловић.

Билтен Апелационог суда у Новом Саду, број 7/2016, Интермех, Београд, Аутор текста: Љубомир Бачић, судија Апелационог суда у Новом Саду.

Др Иван Д. Милич, асистент
Новисадский университет
Юридический факультет
i.milic@pf.uns.ac.rs

ПРИВЕДЕНИЕ КАК МЕРА ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ПРИСУТСТВИЯ ОБВИНЯЕМОГО И НАРУШИТЕЛЬНО НАКАЗАННОГО ЛИЦА

Аннотация: Приведение обвиняемого служит для обеспечения его присутствия в процедуре проступок, хотя его присутствие в процедуре проступок не всегда необходимо. Существуют два способа приведения обвиняемого. Первый способ является классическим для процедуры проступок и заключается в том, что суд выносит судебный приказ. Второй способ существует с 2016 года и отражается в выдаче общего приказа для приведения.

Объектом внимания автора является именно приведение обвиняемого (в обоих способах). Автор в этой статье критически анализирует текущие юридические решения и указывает на некоторые нелогичности и неточности в них. Среди прочего, делается вывод о том, что мера приведения больше служит для обеспечения применения санкции за проступок, чем для присутствия обвиняемого.

Ключевые слова: *приведение, приказ, общий приказ для приведения, суд.*

Ivan MILIĆ

University of Novi Sad, Faculty of Law

**BRINGING AS A MEASURE FOR SECURING THE PRESENCE OF
THE DEFENDANT AND A PERSON CONVICTED FOR THE
MISDEMEANOR**

Summary

The bringing of the defendant serves to ensure his presence in the misdemeanor proceedings, although his presence in the misdemeanor procedure is not always necessary. There are two ways to bring the defendant. The first method is classical for a misdemeanor procedure and consists in issuing an order for bringing by the court. The second method exists from 2016, and is reflected in the issuance of a general ordering order.

The attention of the author is precisely the bringing of the defendant (in both ways). The author critically analyzes the current legal solutions and points to certain illogicalities and imprecisions that are found in them. It concludes, among other things, that the measure of bringing in more serves to ensure the enforcement of the misdemeanor sanction than the presence of the defendant.

Key words: *bringing, order, general ordering, court.*

Рад је предат 19. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Бајо М. ЦМИЉАНИЋ*

ПРАВНИ КАРАКТЕР НОРМЕ О ЗАБРАНИ УЗИМАЊА ТАЛАЦА

Апстракт: У развоју међународних односа, узимање талаца се вршило ради обезбеђења од преваре, недржања дате обавезе или пак поштовања правила ратног права. Узимање талаца је раније било везано за ратна дејства, док је у савременом добу више у вези са терористичким актима међународног тероризма.

Узимање талаца је међународни деликт, који има своје битне елементе и карактеристике. То је деликт кажњив по националним прописима многих држава, док је убијање талаца ратни злочин, за који је надлежан Међународни кривични суд.

Међународни тероризам се испољава кроз лепезу терористичких аката, којима се кроз страх и панику жели остварити неки политички циљ. Лепеза тих терористичких аката је широка и разноврсна. Једна од тих терористичких активности је и узимање талаца.

Као деликт утврђен нормама међународног права, овај противправни акт треба посебно истражити и разјаснити, што је и циљ овога рада. У раду је дат осврт на карактеристике и елементе овог вида терористичког акта у светлу међународног права и прописа Републике Србије.

Кључне речи: међународни тероризам, терористички акт, талац, отмица, *ius cogens*

1. УВОД

Забрана узимања талаца је не само друштвена већ и правна појава, с обзиром да је регулисана правом. Правна регулисаност те појаве одвијала се еволутивно, кроз развој обичајноправне а касније кроз уговорноправну норму. Развој норме о забрани узимања талаца потребно је сагледати кроз приказ правних извора .

Забрана узимања талаца садржана је у многим међународноправним документима из области људских права. Интернационализација људских права довела је дотле да је утицај међународног права у овој области нарочито наглашен. Норме

* Др Бајо М. Цмиљанић, адвокат из Београда, baјocmilјanic@yahoo.com

унутрашњег права морају бити у складу са међународним и морају се тумачити према међународним стандардима.¹ Да би се утврдило које норме у том погледу обавезују државу и користе појединцима, морају се познавати извори у којима се налазе те норме. Извори међународног права о људским правима исти су као и извори међународног јавног права.²

Међународни обичај је неписан извор права, који важење налази у непротивуречној пракси субјеката и у њиховом уверењу да су дужни да поступају по обичајном правилу. Обичај као извор међународног права је много чешћи и важнији но у већини унутрашњих правних система, мада у неким националним правима³ та правила задржавају свој значај. Извесна људска права су загарантована међународним обичајним правилима. То се, пре свега, односи на апсолутну заштиту човековог интегритета. Да су та обичајна правила обавезна и применљива говори и чињеница да иста примењује и Међународни суд правде при доношењу својих одлука.⁴ Обавеза важења ових правила у вези са људским правима потиче из забране агресије и геноцида, као и из начела о основним правима људске личности. Отуда многи сматрају да је Универзална декларација о људским правима, макар у основним одредбама, временом прерасла у обичајно право.

Значај обичајних правила у међународном праву је у томе што се у погледу обавезности обичајним нормама не прави разлика између признатих и непризнатих субјеката и *de facto* и *de iure* признања. Све државе су везане обичајима који се тичу гаранција људских права. Још увек постоје државе које нису ратификовале многе међународне уговоре о заштити људских права или су прихватиле врло мало таквих уговора, па је од великог значаја ова обавезност обичајних правила.⁵ Важење међународних обичајних правила не зависи од воље државе. Посебно су значајна обичајна правна правила из домена људских права. По томе су познате неке резолуције Генералне скупштине Уједињених нација, усмерене на успостављање новог међународног економског поретка.⁶

¹ Kelsen, *Principes of International Law*, New York, 1967., 314

² Према чл. 38. Статута Међународног суда правде, изворе права чине: међународни обичаји, међународни уговори, општа правна начела просвећених народа и одлуке међународних организација

³ То се пре свега односи на англосаксонско право (*common law*)

⁴ Пресуда у случају *Barcelona Traction* (Белгија против Шпаније) од 05. фебруара 1970., пар. 34

⁵ D. Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1971., 68.

⁶ Резолуција ГС 3281 (XXIX) од 12. децембра 1974. којом је усвојена Повеља о економским правима и обавезама држава

Међународни уговори о људским правима исти се не разликују од осталих међународних уговора. Међутим, у суштинском смислу, међународни уговори из ове области се разликују од осталих међународних уговора. Та разлика се, пре свега, огледа у томе што, иако их закључују државе као и остале уговоре, закључују их ради индивидуалних корисника. Бенефициар тих права⁷ су људска бића у власти и надлежности држава чланица тих међународних уговора. Државе уговорнице су се међусобно обавезале да ће зајемчити, поштовати и штитити права корисника. Тако корисници стичу низ субјективних права која им гарантују све уговорнице. Тиме је постигнуто да људска права престану да буду унутрашња ствар државе. Према међународном суду правде, уговор о људским правима делује и ван круга саговорница, успостављајући обавезе према свакоме и за њега су легитимно заинтересоване све државе (обавезе *erga omnes*). Отуда су уговори о људским правима уговори-закони а не уговори -погодбе. Тим уговорима државе успостављају објективни режим људских права, на који свако може да се позива. То има разне последице у које спада и она која се односи на сукцесију таквих уговора.⁸

Главни извори савременог међународног права о људским правима, па тиме и о забрани узимања талаца, су међународни уговори. Ови писани извори међународног права, створени су сагласношћу држава. Посебно место заузимају вишестрани међународни уговори који обавезују велики број држава.⁹ Уговори о људским правима су универзалне природе, отворени су за све државе и теже да их обухвате, како би успоставили светски режим људских права. Најзначајнији и најобухватнији од тих међународних уговора закључени су под окриљем Уједињених нација. Поред Уједињених нација, највише иницијативе у припремању универзалних уговора о људским правима пружили су МОР и УНЕСКО. У овој области су важни и регионални вишестраначки уговори. Најразвијенији такав систем је у Европи.¹⁰ И земље Америке¹¹ и Африке¹² створиле су систем људских права.

⁷ Н. Lauterpacht, *International Law, Collected papers*, 1. General works 1970., 136. i 134.

⁸ Према чл. 34. Конвенције о сукцесији држава у погледу уговора од 23. августа 1978. године, сви уговори-закони преносе се на државе које у случају промене територијалног суверенитета дођу на место државе претходнице, без обзира да ли држава претходница и даље постоји

⁹ Најобухватнији међународни уговори те врсте су: Конвенција о правима детета од 1966. године, Конвенција о расној дискриминацији и Међународни пакт о грађанским и политичким правима

¹⁰ Тај систем је успостављен Европском конвенцијом о људским правима од 04. новембра 1950. године и протоколима уз њу

Одлуке међународних организација на међународно право је све већи, а нарочито у области људских права. Неке од одлука међународних организација су правно обавезујуће, јер потичу од органа који су статутом тих организација овлашћени за такво одлучивање.¹³ Иако су ове одлуке обично појединачне, нису ретке одлуке које садрже читав систем општеобавезних норми.¹⁴ Немерљив допринос напретку у области људских права дале су међународне организације,¹⁵ које се баве нормирањем, унапређивањем и заштитом људских права.

Нормирање је врста законодавног деловања и представља учешће тих организација у стварању међународних правила и стандарда. Међународне организације то чине доношењем одлука и декларација у којима се дефинишу људска права. Оне припремају и усвајају нацрте уговора о људским правима, који се подносе члановима организације и другим државама на ратификацију и приступање.¹⁶

У области људских права од огромне је важности Универзална декларација о људским правима. Она се сматра једним од најважнијих докумената XX века. Велики значај за људска права имају и препоруке међународних организација. Њима се може дати значај правно обавезних норми, као што је учинила Универзална декларација у односу на уопштenu обавезу чланица Уједињених нација да поштују права из Повеље и неке обичајне норме.¹⁷ Ако се неке одлуке међународних организација усвоје великом и репрезентативном већином и ако им је речник категоричан, те одлуке се могу сматрати као израз општег тј.

¹¹ Америчка конвенција о људским правима од 22. новембра 1969. године из Латинске Америке

¹² Афричка повеља о људским правима и правима народа од 27. јуна 1981. године

¹³ Тако Савет безбедности, према Повељи, може да доноси правно обавезујуће одлуке у случају агресије или претње миру

¹⁴ Таква је Резолуција Савета безбедности бр. 827 (1993), којом је успостављен Међународни трибунал за суђење лицима одговорним за озбиљна кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије од 1991. године

¹⁵ Тај допринос су дале, како међудржавне-међувладине организације тако и међународне невладине организације чији су чланови појединци и удружења из разних држава

¹⁶ Тако је Генерална скупштина УН прво изгласала Универзалну декларацију о људским правима 1948. г. да би на основу ње у органима УН били сачињени нацрти Пактова о људским правима које је Генерална скупштина усвојила 1966. године а ступили су на снагу 1976. године

¹⁷ Органи УН који могу да покрећу поступак за испитивање масовних кршења људских права у неким земљама заснивају своје одлуке на критеријумима из Универзалне декларације

обичајног права.¹⁸ Унапређење људских права је делатност међународних организација усмерена на ширењу идеје о тим правима, прихватање обавезе држава да штите и поштују људска права и стварају предуслове за уживање људских права. Ту спадају и сви облици међународне сарадње ради пружања одговарајуће помоћи за развој тих права. Међународне организације доприносе заштити људских права тако што њихови органи или органи створени под њиховим окриљем, надзиру поштовање међународних обавеза држава да штите и поштују људска права.

Општа начела која признају просвећени народи као извор међународног права су опште природе, јер не садрже конкретна правила већ начела која треба примењивати ако подробнијих правила нема. Ова начела се изводе из принципа заједничких свим или већини признатих правних система света. Она су заснована на самој природи човека као рационалног и социјалног бића.¹⁹ У области људских права најважнија је примена ових начела да би се објаснили и описали стандарди и појмови који су садржани у нормама међународног права.²⁰ Ова начела се често срећу када су у питању процесна правила.²¹ Нека правила која потичу из необавезних аката, као што су препоруке међународних организација, преко ових начела посредно стижу у међународно право, ако је већина држава усвојила препоруке и пренела их у своја законодавства. Из њих се, уопштавањем, образују начела која постају извор међународног права.

Једнострани акти држава су један од извора међународног права. Држава може једнострано преузети међународноправне обавезе па и оне из области људских права, давањем одговарајуће изјаве. Та изјава обавезује државу даваоца исте као и обавеза која проистиче из неког другог извора међународног права.²²

„*Меко право*“ - *soft law* чине врста међународних споразума политичке природе који нису међународни уговори у правом смислу, а значајни су за савремени међународни живот и међународно право. Њих закључују политички органи, владе или шефови држава, али они у

¹⁸ Пракса је да уговорима о људским правима обично претходе декларације о истој материји, да би се државе прво сагласиле о уопштенијим начелима и правилима, да би се за њих придобила и на њих навикла међународна јавност пре израде прецизних уговорних правила

¹⁹ V.O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991., 50

²⁰ Такве су нпр. речи: „арбитраан“, „разуман“, „најтежа кривична дела“, „сурово и понижавајуће поступање“ и др.

²¹ Такав је стандард „правично суђење“ који се не може тумачити без основне сагласности свих правних система

²² Тако се у Декларацији о смерницама за признање нових држава у Источној Европи и у Совјетском Савезу, као услов за та признања наводе и поштовање људских права из Повеље, Хелсиншког завршног акта и Париске повеље

државама у чије име су закључени не пролазе кроз поступак усвајања међународних уговора.²³ Обавезе преузете тим актима нису правне већ политичке, па у случају непоштовања тих споразума, санкције су политичке природе. Ова разлика у пракси не мора да буде од великог значаја јер политички притисак партнера може да буде врло јак.²⁴ Многи документи донети на такав начин везани су за људска права.²⁵

Судска пракса представља, како јуриспруденцију међународних судова,²⁶ тако и праксу националних судова по међународним питањима. Судска пракса своју позицију заснива на материјалном и формалном ауторитету судова, у првом реду међународних.²⁷ Посебан значај судска пракса има при чињеници да се у случају постојања обичаја суд ослања на раније судске одлуке, чиме суд својим ауторитетом утврђује постојање обичаја као правног извора.²⁸

2. КАРАКТЕРИСТИКЕ И ОБЕЛЕЖЈА ДЕЛИКТА УЗИМАЊА ТАЛАЦА

Тешко је дати општеприхватљиву дефиницију овог деликат. Њу је тешко одредити како због различитог схватања тог појма од стране теоретичара, тако и због његовог различитог одредбења у међународним документима.

Ниједан међународно-правни документ не садржи дефиницију таоца. Међутим, то не значи да се одређење тог појма не може извести на основу елемената и карактеристика које та одредница садржи.

Талац је свако физичко лице (*без обзира на пол и старост*), над којим физичку власт врши друго лице, група лица или држава. То у првом реду значи, да је талац лишен слободе, у општем значењу тог појма. Талац је објекат радње, односно пасивни субјекат. Њему је органичена слобода чињења и говора односно над њим је та слобода контролисана присилом. Таоцу се не упућује претња његовим убиством или оштећењем, већ је

²³ Klabbbers J., *Undersirability of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, Volum 67, Number 4, April 1998.

²⁴ За људска права у Европи од највећег су значаја правила КЕПС-а, сада ОЕБС-а, јер ауторитет његових одлука почива на консенсусу свих учесника

²⁵ То су пре свега: Завршни акт КЕПС-а од 1975. године, Париска повеља за нову Европу од 1990.године Копенхагенски документ из 1990. године и Московски документ из 1991. године

²⁶ Међународне судове чине: Међународни суд правде и арбитражни судови

²⁷ Н. Lauterpacht, *The Development of International law by the International Court*, 1982.,

69

²⁸ М. Крећа, оп. цит. 102

претња упућена ономе чији се интереси имају нарушити. То су, у првом реду, држава или међународна владина организација.

Дражсалац талаца је лице или лица која су узела таоце или над истим врше фактичку власт. Одговорност за држање талаца могу имати физичка лица или пак држава или међународна организација којој се може приписати одговорност за акте физичких лица која држе таоце.

Оштећени код узимања талаца су држава или међународна организација, од које се захтева да нешто учини или да се уздржи од неког чињења, или да се исте приморају да нешто трпе.

Политичка порука је битан елемент узимања талаца. Циљ узимања талаца је да се принуди нека држава или међународна организација да нешто учини или не учини.²⁹ Преко талаца се жели саопштити оштећеном да ће се његови интереси нарушити, уколико не поступи по одређеном захтеву лица која су узела односно лица која су одговорна за узимање талаца.

Радња извршења код овог деликта састоји се из отмице и претње. Отмица се састоји у одвођењу или задржавању неког лица против његове воље. То одвођење или задржавање врши се употребом силе, обмане, претње или на други начин. Сила која се примењује мора бити апсолутна. Одвођење или задржавање се врши противно вољи отетог лица. У отмици је садржан деликт противправног лишења слободe. Пре свега, ради се о томе да је лице лишено слободe кретања.

Претња мора бити таква да на озбиљан и стваран начин ставља у изглед да ће отето лице бити убијено, оштећено или задржано као такво, ако не буде удовољено постављеном захтеву отмичара. Претња се не врши према таоцу, већ према држави или међународној организацији. Према тим субјектима међународног права врши се и принуда, а не према таоцу. Уколико је дошло до отмице, а није уследила принуда према држави или међународној организацији, тада нема деликта-узимња талаца. Разделна линија између узимања талаца и отмице налази се у два елемента. Прво, то је намера која се код узимања талаца своди на то да се принуди нека држава или међународна организација да нешто учини или да се уздржи од неког акта. Друго, код узимања талаца заштитини објекат представља интерес стране државе или међународне организације, док је заштитни објекат код отмице, отето лице.

Овај деликат карактерише противправност акта. Њиме се жели принудити нека држава или међународна организација да нешто учини или се уздржи од неког чињења, што је условљено неким политичким разлогом. До узимања талаца најчешће долази у околностима ратних

²⁹ З. Стојановић, О. Перић, оп цит. 358

дејстава и условима окупације, док у мирнодопским условима узимање талаца је терористички акт.

2.1. Узимање талаца у ратним дејствима као злочин

Узимање талаца у току ратних дејстава представља радњу злочина против цивилног становништва (чл.372.КЗ РС). Ту се узимање талаца сматра једном од многобројних радњи извршења овог деликта.

Узимање талаца, као радња за овај деликт, може бити сматрано ратним злочином против цивилног становништва, само ако се њоме крше правила међународног права. То значи да је ово дело бланкетног карактера. Узимање талаца добија карактер ратног злочина³⁰ јер се врши у време оружаног сукоба или окупације. Карактер ратног злочина овај деликт стиче и кроз пасивног субјекта, а то је цивилно становништво. Норме међународног права од значаја за овај деликт садржајне су у обичајном међународном ратном праву, као и у међународним конвенцијама.³¹ Конвенција против узимања талаца не примењује се у случају узимања талаца за време оружаних сукоба.

Таоци у ратним дејствима су углавном лица која се противно својој вољи налазе у рукама непријатеља и која својом слободом и животом одговарају за извршење наредби стране која их је заточила или за безбедност њених оружаних снага.³² Најчешће се ради о следећим случајевима: узимање талаца из редова истакнутих личности да би се спречили нереди у одређеној области или напади на окупационе трупе, хапшење једног броја становника окупиране територије док се не открију нападачи на окупациону војску, држања талаца ради допремања хране или залиха, узимање талаца као гаранција за живот талаца који се налазе у рукама непријатеља и друго.

Забрана узимања талаца у ратним условима утврђена је Нирнбершким мпринципима,³³ Статутом међународног кривичног суда и Четвртом женеvском конвенцијом из 1949. године. Нирнбершким

³⁰ Тако, стрељање талаца које је извршио окупатор у нашој земљи у Другом светском рату не представља репресалију усмерену на остварење војне потребе, већ ратни злочин против цивилног становништва.

³¹ То су, пре свега, Женевске конвенције из 1949.год. и Допунски протоколи уз те конвенције из 1977. год. као и Статут Међународног кривичног суда.

³² Commentary on the IV Geneva Convention, ICRC, Geneva, 1958, first reprint 1994. p. 222

³³ *Нирнбершка пресуда*, Архив за правне и друштвене науке, београд 1948, стр. 104-105. Генерална скупштина Уједињених нација донела је 1946. године Резолуцију којом су принципи наведени у Статуту Нирнбершког суда предвиђени као принципи Међународног кривичног права

Статутом сматрало се ратним злочином само убијање талаца. То значи, да ће у случају убиства, теелсног мучења или депортовања талаца бити остварен и посебан елемент овог злочина против заштићених лица, чиме ће постојати и одговорност за те злочине.³⁴ Према Статуту Међународног кривичног суда³⁵ узимање талаца у ратним условима³⁶ представља ратни злочин. Статут ратним злочином сматра свако озбиљно кршење Женевских конвенција из 1949. године, који поступци су против лица заштићених одредбама одређене Женевске конвенције.

Конвенција о заштити грађанских лица за време рата од 1949. године, са протоколом I из 1977. године, забрањује узимање талаца у ратним дејствима. Тим међународним документом заштићене су све категорије цивилног становништва, тако да се над цивил не смеју вршити било какве мере застрашивања, изнуде, тероризма или одмазде.³⁷ Претходна излагања указују да је узимање талаца за време оружаних сукоба забрањено и да је предвиђено као кривично дело међународним конвенцијама.

2.2. Узимање талаца у мирнодопским условима као терористички акт

У научним, правним и политичким круговима постоје различите одреднице тероризма. Зато се та појава сматра посебним правним појмом-*delictum sui generis*, који је тесно везан за политички деликт. Тероризам представља генусни појам кога чине спектар аката насиља, због чега се јављају тешкоће у његовом дефинисању.³⁸ Под тероризмом се подразумева организована примена насиља или претња насиљем, чији су учиниоци политички мотивисани у намери да тим путем наметну своју вољу органима власти и грађанима.³⁹ Тероризам је одредив према својим карактеристикама и елементима. На основу радова многих аутора и међународноправних докумената, можемо констатовати да њега карактерише противправност акције, чији је циљ изазивање страха и панике, што је условљено политичким разлозима.⁴⁰ Насилна акција је

³⁴ М. Мајић, *Ратни злочин у међународном праву*, Правна књига, Београд, 2008. стр. 112

³⁵ Закон о потврђивању Римског Статута међународног кривичног суда, *Службени лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 5/2001

³⁶ Члан 8. ст. 2 (а) viii и ст. 2 (с) Статута

³⁷ С. Аврамов, оп. цит.стр. 421

³⁸ С. Аврамов, М. Крећа, *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 1998., 252

³⁹ Р. Гафиновић, *Тероризам*, Драслер, Београд, 2005., 60

⁴⁰ Б. Чејовић, *Међународно кривично право*, Досије, Београд, 2006., 236

објективни елемент тероризма док је циљ који се жели остварити предузетом акцијом, његов субјективни елемент. Мотиви терориста су политички а не лични. Зато се тероризам од других појава са употребом насиља разликује на основу политичке мотивисаности циља-animus terroradni.⁴¹

Међународни тероризам чине они деликти који погађају интересе више држава или међународну зајеницу као целину. Међународним тероризмом су нападнуте одређене вредности међународне заједнице,⁴² који су обухваћене са више међународних конвенција,⁴³ а имају за циљ да приморају неку владу или међународну организацију да нешто изврше или се уздрже од неког дела. Међународни тероризам је онај тероризам који има међународну компоненту: у статусу жртве, на објекту извршења или територији где је акт извршен односно где је наступила последица.

У правној литератури узимање талаца третира се као терористички акт. То произилази из чињенице да овај деликт садржи све карактеристике као и било који други терористички акт. Да је узимање талаца терористички акт произилази из многих међународних конвенција.⁴⁴ Узимање талаца одликује употреба силе, насумичност, претња, изазивање страха и панике, политичка условљеност и друго. Са становишта циља због кога се предузима, узимање талаца као терористички акт може се посматрати у ужем и ширем смислу. У ужем смислу, циљ се остварује предузимањем конкретне акције - узимањем талаца. Тим актом изазива се страх и паника а указује на неко нерешено

⁴¹ М. Пашански, *Међународни терористички акти против дипломатских представника "Докторска дисертација"*, Правни факултет у Београду, 1982., 18-26

⁴² Б. Чејовић, оп цит. 82

⁴³ Међународне антитерористичке конвенције могу бити универзалне и регионалне. Универзалне конвенције из ове области су: Бечка конвенција против недопуштености трговине опојним дрогама и психотропним супстанцама, Конвенција против међународног организованог криминала, Конвенција против корупције, Конвенција за сузбијање финансирања тероризма и др. Као регионалне конвенције из ове области су: Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, привременом и трајном одузимању прихода стечених кривичним делима, Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма и друго

⁴⁴ У Међународној конвенцији о спречавању финансирања тероризма, дефинисању тероризма се приступа на два начина. Прво, врши се таксативно набрајање радњи које се дефинишу као терористички акти (отмица, бомбардовање и др). Друго, у чл. 2. ст.1. тач. Б даје се дефиниција тероризма, под којим се подразумева «свако дело почињено са циљем да проузрокује смрт или тешке телесне повреде цивилу или неком другом лицу које не учествује активно у непријатељствима у некој ситуацији оружаног сукоба, када је циљ таквог акта, по својој природи или у контексту у коме је извршен да застраши становништво, или да присили неку владу или међународну организацију да нешто учини или да се уздржи од тога да нешто учини».

политичко питање. У ширем смислу, циљ тог акта је постизање неког политичког циља, путем насиља. Зато је и узимање талаца насилни акт који се предузима да би привукао пажњу, да би се путем створеног публицитета пренела порука политичке мотивисаности.⁴⁵

Овај деликт представља смишљено политички мотивисано насиље које против неборбених циљева спроводе субнационалне групе или тајни агенти са намером да утичу на јавност.⁴⁶ Тим актом жели се постићи неки политички циљ, најгрубљим кршењем унутрашњег и међународног права, као и кршењем обичаја рата.⁴⁷ Узимање талаца, као и сваки терористички акт, глобално брише националне границе. Зато се узимање талаца третира као међународни деликт. Борби против овог деликта придаје се велики значај, на националном,⁴⁸ као и на међународном нивоу.⁴⁹

3. УЗИМАЊЕ ТАЛАЦА КАО МЕЂУНАРОДНИ ДЕЛИКТ

При одређивању појма међународног кривичног дела постоје различити приступи. Неки аутори сматрају да појам међународног кривичног дела обухвата све елементе као и општи појам кривичног дела: радњу предвиђену законом, противправност и кривицу.⁵⁰

Међутим, међународно кривично дело има своје специфичности, како у погледу начела законитости,⁵¹ тако и у погледу надлежности судова, противправности и кривичне одговорности.

У теорији постоји више одређења међународног кривичног дела. Једни сматрају да је то дело које је уперено против међународног правног поретка. Други аутори сматрају да је то дело којим се напада на основе

⁴⁵ В. Hofman, *Унутрашњи тероризам*, Народна књига и Алфа, Београд, 2000., 118

⁴⁶ Ѓ. Kegli, V. Judžni, *Светска политика*, Центар за студије Југиосточне Европе, Београд 2011., 622

⁴⁷ Женевске конвенције о рату, као и Други протоколиз 1949. године, налажу да је, у сукобима који немају међународни карактер, свака од страна у сукобу дужна да према лицима која не учествују непосредно у непријатељствима поступа човечно. Посебно су забрањени следећи поступци: а) повреде које се наносе животу и телесном интегритету, нарочито све врсте убистава, сакаћења, свирепости и мучења, б) узимање талаца, в) изрицање и извршавање казни без претходног суђења.

⁴⁸ Закон о одговорности за кршење људских права, «Службени гласник РС-Међународни уговори», бр. 7/2002.

⁴⁹ Тако Комитет за људска права као међународно тело које надзире спровођење Пакта о грађанским и политичким правима, има велики значај и утицај на поштовање људских права и основних слобода а кроз своје одлуке даје смернице у заштити постављених стандарда у борби против тероризма.

⁵⁰ З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књга, Београд, 2008., 67

⁵¹ З. Стојановић, О. Перћ, *Кривично право- посебни део*, Правна књига, Београд, 2009., 22

међународних односа, који је предвиђен међународним актом. Трећи аутори истичу да је то дело којим се повређују интереси заштићени међународним правом. Полазећи од исказаних ставова разних аутора у погледу појма међународног кривичног дела, може се закључити да исто представља противправно понашање виног учиниоца, којим се повређују или угрожавају добра заштићена међународним правом, које је прописима одређено као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана кривична санкција.⁵²

Без обзира на разлике у теоретском погледу за означавање појма међународног кривичног дела, битно је да се већина аутора слажу у погледу одређења заштитног објекта тих дела. Заштитни објекат код међународних кривичних дела је добро које је од интереса за целу међународну заједницу.⁵³

Међународна кривична дела се деле на међународна кривична дела у ширем и међународна кривична дела у ужем смислу. Узимање талаца је међународно кривично дело у ширем смислу. Ту спадају деликти којима се крше правила међународног права а која кршења међународна заједница жели да инкриминише и санкционише путем националног кривичног законодавства.⁵⁴ Тим делима се не повређују највише вредности међународне заједнице и питање њихове незастаривости се не поставља. Зато се ти деликти означавају као неправда или мешовита међународна кривична дела, *delicta iuris gentium*.⁵⁵

Међународна кривична дела у ужем смислу чине она дела иза којих стоје когентне норме међународног права и називају се деликтима *stricto sensu*. То су она дела која се одређују општим међународним правом или *crimina iuris gentium*.⁵⁶ Отуда је вршење ових дела забрањено као обавеза *egra omnes*.⁵⁷

⁵² Д. Јовашевић, *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, Београд, 2011. стр.243

⁵³ Међународно кривично дело је забрањена радња којом се нападају вредности и заштићени интереси међународне заједнице, а забрањена радња има транснационални карактер.

⁵⁴ Д. Јовашевић, оп. цит. 242

⁵⁵ Ова дела се разликују од међународних кривичних дела у ужем смислу на основу следећих параметара: према тежини последица дела, начину инкриминације дела и кажњавања те надлежности националних судова за изрицање санкција.

⁵⁶ Д. Јовашевић, оп. цит. 244

⁵⁷ То су дела која су садржана у Нирнбершкој и Токијској пресуди, као и дела која су забрањена нормама Хашких и Женевских конвенција. За њихово извршење одговарају како појединци, тако и државе. Њима се крше основна људска права те гоњење и кажњавање истих не застарева. То су дела из надлежности Међународног кривичног суда.

4. ЗАБРАНА УЗИМАЊА ТАЛАЦА КАО *IUS COGENS* НОРМА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Термин *ius cogens* означава општеобавезно, принудно, неопозиво право од којег ниједна држава не може бити ослобођена. Ради се о оним кривичним делима чије кажњавање је обавезно у свим националним правним системима, без обзира да ли њихово законодавство то изричито предвиђа. За њихово постојање није од утицаја да ли је односна држава у том правцу преузела међународну обавезу.

Савремено међународно право прихвата *ius cogens* као обавезну норму, али се поставља питање шта оно заиста представља. Неки правни писци изједначавају изворе *ius cogens* и обичајно међународно право,⁵⁸ док други ту праве разлику.⁵⁹ Мишљења су подељена и у погледу тога да ли овакав статус међународног кривичног дела пред националне правне системе представља *obligatio erga omnes*, или само државама даје одређена права у погледу гоњења њихових извршилаца.⁶⁰

И поред наведених разлика постоје прилично одредиви показатељи којима се може одредити *ius cogens* карактер одређеног међународног кривичног дела. Најчешће се наводе следеће карактеристике: постојање међународног *opinio iuris* који препознаје ове злочине као део општег обичајног права; употребљене формулације у одредбама међународних уговора које указују да је реч о кривичним делима која имају већи значај у међународном кривичном праву; велики број држава који је ратификовао међународне инструменте који се односе на наведене злочине и *ad hoc* међународни поступци који се воде против њихових извршилаца.⁶¹

На основу наведених критеријума, може се закључити да статус *ius cogens* норме има и норма о забрани узимања талаца. То потврђује и постојање значајног броја међународних инструмената који забрањује ову појаву, а који су анализирани у овом раду.

4.1. Уговорни аспект норме о забрани узимања талаца

Сам појам *ius cogens* норме налази основ у римском праву који означава општеобавезно, принудно и неопозиво право, од којег ниједна држава не може бити ослобођена. Дужност држава да буду везане таквом нормом не заснива се само на обавези поштовања норме ако је садржана у

⁵⁸ A. D' Amato, *The Concept of Custom in International Law*, 1975., 13, s.n. 159

⁵⁹ M. Janis, *Ius cogens: An Artful Not a Scientific Reality*, 3 Conn. J. Int'l L, 1988. 370.

⁶⁰ Ch. Bussiouni, *International Criminal Law*, оп. цит. 198

⁶¹ Исто, 172.

националном законодавству. Везаност за ту норму не зависи од питања да ли је односна држава у том правцу преузела међународну обавезу.

Наведене међународне конвенције, као мултилатерални уговори, садрже одредбе о забрани узимања талаца. Међународни уговори од Бечког конгреса 1815. године постају доминантан инструмент развоја међународног права, уместо дотадашњег обичајног права. Тако се и међународна заједница оријентише на стварање свог права као *lex scripta*.⁶² Пошто међународна заједница нема супранационално законодавно тело, то се њена воља и свест изражава у мултилатералним уговорима.

Савесно испуњење обавеза из мултилатералних уговора, у међународном поретку се заснива на правилу *pacta sunt servanda*. То је позитивна норма општег међународног права, која има за циљ да обезбеди поштовање и извршење уговорних обавеза у доброј вери.⁶³ Како су чланице многих међународних конвенција прихватиле обавезу да својим националним законодавствима узимање талаца третирају као кривично дело и да гоне починиоце истих, уз обавезу на међусобну сарадњу у тој области, јасно је да су чланице конвенција везане том нормом. Чланице конвенција за ту норму нису везане само по правном основу - *pacta sunt servanda*. Извршење уговорних обавеза државе заснивају и на етичком начелу, као вредносном атрибуту - *bona fides*.

Међународним конвенцијама се уређује и питање извршења преузетих обавеза те санкције за кршење истих. Санкције могу бити правне и моралне природе. Тим уговорима се најчешће установљавају контролни механизми у циљу провере извршавања уговора.⁶⁴ Пактови о правима човека и остали акти који се односе на људска права предвиђају периодично извештавање надлежних органа међународне заједнице о мерама предузетим на националном нивоу ради извршења уговора.

Општи интерес међународне заједнице да се забрани узимање талаца није у супротности са појединачним интересима држава. Конституисање таквог општег односно универзалног интереса, у условима међузависности држава у очувању фундаменталних вредности, опредељују међународну заједницу, као релативно самосталан ентитет, да може изразити општеобавезну норму. Међународни уговори који забрањују узимање талаца представљају вољу претежне већине чланица

⁶² М. Крећа, *Апсолутно обавезне норме (ius cogens) у међународном јавном праву*, Научна књига, Београд, 1989. стр. 75

⁶³ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд 2009., 457

⁶⁴ МОР је овлашћена да предузме мере економског карактера против чланица које крше одредбе њеног Устава

међународне заједнице, којом се изражавају фундаментални ставови у погледу заштите вредности које је утврдила међународна заједница.

Поред бројности чланица међународне заједнице које су усвојиле међународне мултилатералне уговоре о забрани узимања талаца, значајна је и чињеница што су те конвенције прихваћене од репрезентативних и моћних група држава.⁶⁵ Ти уговори производе последице и ван уговорница, те су њихови ефекти *erga omnes*.⁶⁶

Мултилатералним међународним уговорима о забрани узимања талаца, међународна заједница, руководећи се општим интересима хуманитарне природе, ствара фундаманталну норму. Немогућ је апсолутни консензус у међународној заједници о некој норми па и о забрани узимања талаца. Довољно је што о тој забрани постоји општи консензус међународне заједнице, као израз њенџ воље.

Дејство *erga omnes* међународних уговора о забрани узимања талаца заснива се и на чињеници да су ти уговори донети у општем интересу, да нису супротстављени интересима појединих субјеката међународног права и да се ради о уговорима у корист трећих. Ти мултилатерални уговори се темеље на начелима Повеље Уједињених нација⁶⁷ и на декларацијама⁶⁸ и пактовима⁶⁹ Уједињених нација, као општеприхваћеног, а тиме и општеобавезујућег оквира ради остварења и заштите права човека. Те норме о људским правима, чију основу карактерише перемпторност, су когентне норме, јер се њима штите виши интереси међународне заједнице као целине.

Међународни мултилатерални уговори о забрани узимања талаца не предвиђају стављања резерви које би се односиле на предмет и циљ уговора. Када су резерве и предвиђене, оне се односе на *inter se* режим чланица, а не дирају у садржај норме *ius cogens*. Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, не предвиђа резерву за потписнице, изузимајући резерву која се односи на решавања спорова у вези тумачења и примене ове конвенције.⁷⁰ Такав случај је и са

⁶⁵ Б. Цмиљанић, *Специфичности међународноправне норме о забрани трговине људима*, „Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу” бр. 10, Нови Сад, 2015., 491-524

⁶⁶ Mc Nair, *The Law of treaties*, 1964., 255 у: М. Крећа, оп. цит. 77

⁶⁷ Повеља УН (Преамбула, те чланови: 1, 13, 55, 56, 62. и 76.)

⁶⁸ Универзална декларација о правима човека (Преамбула, чл. 3.) и Декларација о правима детета (Преамбула и чл. 1. и 2.)

⁶⁹ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (Преамбула, те чланови: 3, 5, 6, 7, 13) и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (Преамбула, те чланови: 8. ст. 2, 9, 11, 23. ст. 3, 24.)

⁷⁰ Члан 35. ст.3. Конвенције

Протоколима⁷¹ на ту конвенцију. Резерву не предвиђју ни други међународни акти из области заштите људских права.⁷²

Оцену карактера норме мултилатералних уговора о забрани узимања талаца, сагледаћемо из угла Конвенције о уговорном праву. Према тој конвенцији, перемпторна норма општег међународног права је норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице, као норма код које није допуштено никакво одступање.⁷³ Одредбу међународне заједнице као целине треба схватити као вољу претежне већине, а прихваћеност и признатост норме подразумева да је то уговорна норма из мултилатералних уговора или пак норма међународног обичаја. Конвенција о праву уговора не садржи листу когентних норми. У међународном праву нема хијерархије формалних извора међународног права. До когентног карактера норме долази се на бази материјалног критеријума којег чине позитивна пракса држава у контексту интереса међународне заједнице као целине.⁷⁴ Основна карактеристика *ius cogens* норми је то да су исте перемпторне, што значи апсолутно обавезне. Оне не трпе дерогацију, изражавају безусловну заповест а њима супротстављени режим не може имати правну снагу.

Међународноправне конвенције које смо поменули у овом раду, а које забрањују узимање талаца, донете су у општем интересу међународне заједнице. Основи на којима почивају те конвенције представљају базичне принципе општег међународног права когентне природе. Са гледишта формалних извора међународног права-уговора, норма о забрани узимања талаца је когентне природе.

4.2. Обичајноправни аспект норме о забрани узимања талаца

У претходном излагању истакли смо како се норма о забрани узимања талаца сагледава у односу на писане изворе међународног права - мултилатералне уговоре. Сада ћемо сагледати да ли та забрана има своју основу у међународном обичају.

У међународне акте који *exempli causa* представљају когентна правила међународног права, спада и Универзална декларација о правима човека. Она представља почетак кодификације права човека, иако је по својој природи правно необавезујућа. Међутим, временом је превагнуло

⁷¹ Члан 15. ст. 3. I Протокола, те члан 20. ст.3. II Протокола

⁷² Тако се према члану 28. ст. 2. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, од 18. децембра 1979. године, утврђује да резерва која није спојива с предметом и циљевима ове конвенције није дозвољена

⁷³ Члан 53. Конвенције о уговорном праву, оп. цит.

⁷⁴ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2009. оп. цит. 470

схватање да је Декларација у скоро свим одредбама извор међународног права.⁷⁵ Такав карактер Декларације није везан за међународни уговор, већ за обичајна правила и општа правна начела цивилизованих народа.⁷⁶ Декларација је тако постала извор права на основу дуге и систематске праксе и односа чланица Уједињених нација према том документу. Формирана је свест о њеној обавезности, чиме је створено обичајно право⁷⁷, а пресудно је утицала на стварање других системских аката, одређујући њихов садржај. Кршењем људских права кроз деликт узимање талаца, крши се и обичајноправна норма когентне природе из Декларације.

Бројност међународних докумената о забрани узимања талаца, као и бројност држава које су прихватиле те документе, повезано са дуготрајном и систематском праксом држава да инкриминишу ту појаву, да гоне и кажњавају њене починиоце, рађа подлогу за обичајноправну норму да је забрана узимања талаца општеобавезна норма и као таква норма когентне природе. Тако долазимо до правог карактера норме о забрани узимања талаца, како са аспекта међународног уговорног права, тако и са аспекта међународног обичаја. Ако је пракса материјална подлога обичају, а та пракса не може постојати без сагласја са постојећом нормом *ius cogens*, онда се несумњиво може констатовати да је забрана узимања талаца по својој бити перемпторног карактера, а то је чини нормом *ius cogens*.

4.3. Интермедијарни карактер норме о забрани узимање талаца

У ситуацији када нема хијерархије међународноправних извора когентне норме, оптималну комбинацију налазимо у интеракцији постојећих формалних извора права- уговора, обичаја и резолуција Уједињених нација и других међународних организација.

Норма о забрани узимања талаца, настала као допринос наведених извора права, постала је интермедијарна или мешовита норма. Налазећи свој основ у наведеним изворима права, норма о забрани узимања талаца попримила је своје специфичности. Она је потврђена у више међународних уговора тако да има конвенционалну снагу за чланице

⁷⁵ В. Димитријевић, *Општи (међународни) стандарди људских права*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 5-6, 1989., 601

⁷⁶ Исто, стр. 601

⁷⁷ М. Милојевић, *Свеопшта декларација о људским правима и њен значај*, ЈРМП бр. 2-3, Београд, 1965., 221-222

закључених мултилатералних уговора док су исти на снази.⁷⁸ Међутим, та норма постаје обавезна и за друге државе, као норма обичајног права. Са друге стране, поступном кодификацијом формалних извора међународног права, уговорне норме, бивају прихваћене од стране осталих држава, кроз дугу и систематску праксу, чиме се успоставља обичајно правило. Протеком времена обичајна правила бивају укључена у међународне уговоре, чиме губе свој искључиви обичајни карактер, те уз модификацију постају мешовите норме. Једна од тих норми је и она о забрани узимања талаца. Извор којим је она одређена чини је *ius cogens* нормом.

5. МЕЂУНАРОНОПРАВНЕ КОНВЕНЦИЈЕ ПРОТИВ УЗИМАЊА ТАЛАЦА

5.1. Оквир Уједињених нација

Узимање талаца је негација права на живот, слободу кретања и личну безбедност. Први покретач у правцу образовања општих стандарда о забрани узимања талаца јесте политичка воља већине чланова Уједињених нација, која је изражена кроз резолуције те организације. Та права су потврђена Општом декларацијом о правима човека. Уједињене нације су настојале и пре Декларације да трансформишу неколико одредаба Повеље у правно обавезујуће уговорне одредбе којима се спецификују општи принципи поштовања људских права.⁷⁹ Начела из Декларације треба да прате уговори у којима се права из Декларације изражавају у правно обавезујућим нормама. То је резултирало доношењем Пакта о грађанским и политичким правима и Пакта о социјалним, економским и културним правима. Како резолуције Уједињених нација нису правно обавезујуће,⁸⁰ приступило се стварању уговорних обавеза, кроз међународне конвенције. Велики значај за ово питање има Међународна конвенција против узимања талаца и Конвенција против транснационалног криминала.

Наведеним документима, Уједињене нације се потврђују као међународни фактор који промовише и постепено ствара правне норме

⁷⁸ М. Крећа, *Апсолутно обавезне норме (ius cogens) у међународном јавном праву*, Научна књига, Београд, 1989., 85

⁷⁹ А. Касесе, *Самоодређење народа*, Службени гласник, Београд, 2011., 66

⁸⁰ Резолуције нису правно обавезујући документи, јер нису ни *opinio juris* ни *usus*. *Opinio juris* изражава свест о обавезности државе да поступа по правном обичају што се испољава кроз њене спољашње – материјалне акт, не испитујући субјективне мотиве у вези тог обичај. *Usus* као елемент обичаја изражава његову трајност и општост.

којима се забрањује узимање талаца. Ови међународни документи. Забрана узимање талаца те постаје санкционишућа вредност коју треба примењивати на сваку државу, без обзира на то да ли је она постала потписница уговора. Она се односи и на оне државе на које се та одредба стриктно не односи. Та уговорна правила имају повратан ефекат у стварању обичајног правила (Andrassy, 2010:23). Уговорнице су дужне да се повинују курсу акције из закључених међународних уговора, а порастом броја потписница уговора, све већи број држава постају везана међународним стандардима.⁸¹

Забрана узимања талаца је правило међународног права. То је уговорно правило јер је уграђено у више међународних докумената, прихваћених од већине чланица Уједињених нација. С друге стране, забрана узимања талаца је стекла статус обичајног права.

Међународна конвенција против узимања талаца је усвојена од стране Генералне скупштине Уједињених нација у Њујорку, 17.12.1979. године. СФРЈ је ову Конвенцију ратификовала 1984. године.⁸² Њоме су дате опште смернице за понашање држава по питању забране узимања талаца, чиме је постављен свеопшти стандард о задацима држава, како би се супротставиле том деликту.

Конвенција има задатак да, усвајањем ефикаснијих мера, спрече и казне сви акти узимања талаца, како би се реализовало право на живот, слободу и личну безбедност сваког лица, које вредности су утврђене Општом декларацијом о правима човека и Међународним пактом о грађанским и политичким правима. Циљ овог документа је да се узимање талаца утврди као инкриминисано дело, како би се предузело гоњење и кажњавање њихових учинилаца. Конвенцијом је предвиђено да ће државе чланице узимање талаца инкриминисати својим националним прописима, водећи рачуна о тежини учињеног дела. Она не садржи дефиницију појма узимање талаца. Њоме се само инкриминишу радње које су предузете са одређеном намером, која је субјективни елемент те инкриминације.

Конвенцијом је утврђено да узимање талаца представља појаву међународног тероризма, те је оно инкриминисано, без обзира да ли је извршено из политичких или других разлога. Кривично дело чини свако ко узме таоца, ко покуша да изврши тај акт или ко саучествује у томе или покуша то дело.

⁸¹ Тако према Kassesu, уговорно право је главни фактор који доприноси настанку обичајних правила; Та правила су настала као резултат комбинације usus-a и opinio iuris-a.

⁸² Закон о ратификацији Међународне конвенције против узимања талаца, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр.9/84

Радња извршења овог деликта⁸³ састоји се од отмице неког лица и претње да ће исто убити или ранити. Отмица и претња, као елементи деликата, морају бити кумулативно испуњени. Отима се лице, а претња се врши, не отетом лицу, већ држави или међународној организацији, од које се захтева да изврши неки акт или да се уздржи од истог.

Конвенцијом се позивају државе чланице да својим националним законодавством утврде казне за деликте из чл. 1. исте, водећи рачуна о тежини дела. Држава чланица на чијој територији је лице које је извршило дело и држи таоца, предузима све мере које сматра неопходним за олакшање положаја таоца, у првом реду оне мере које су потребне за његово ослобађање. Предмети који су прибављени овим деликтом биће враћени таоцу, или држави односно међународној организацији, што се утврђује у конкретном случају.

Државе чланице предузимају потребне мере ради установљења своје надлежности у вези деликта из чл. 1. Конвенције, ако је дело извршено на њеној територији, од стране њених држављана или лица без држављанства која имају редовно боравиште на њеној територији, ако се принуда односила на ту државу или је отмица извршена на лицу које је њен држављанин. Држава чланица може засновати своју надлежност за починиоца наведеног деликта и у случају ако се лице које се сматра извршиоцем деликат налази на њеној територији а она одлучи да га не издаје некој од држава која заснива своју надлежност у складу са одредбом чл. 5. Конвенције.

Питање екстрадиције је у искључивој надлежности држава. Екстрадиција може бити ускраћена ако држава од које се тражи изручење има основа да верује да је захтев за изручење поднет са циљем да се лице прогони или казни по основу његове расе, религије, држављанства, етничког порекла или политичких ставова.

О лишавању слободе лица за које се сматра да је извршило наведени деликт и о покретању кривичног поступка према истом, држава чланица без одлагања извештава друге чланице, непосредно или преко

⁸³ Кривично дело узимања талаца одређено је чланом 1. Конвенције који гласи:

«1. Кривично дело узимање талаца, у смислу ове конвенције, учини свако ко ухвати неко лице (у даљем тексту: талац), или га држи, прети му да ће га убити, ранити или наставити да га држи, да би приморао Трећу страну, односно неку државу, међународну међувладину организацију, физичко или правно лице или групу лица, да изврши неки акт или се уздржи од неког акта као изричитог или лицитног услова за Ослобођење талаца.

2. У смислу ове конвенције, кривично дело исто тако учини свако:

а) ко покуша да изврши акт узимања талаца, или

б) ко је саучесник лица које изврши или покуша да изврши акт узимања талаца».

Генералног секретара Уједињених нација. Конвенција предвиђа сарадњу држава чланица на спречавању овог деликта, кроз њихову обавезу да онемоуће и спрече све припреме за ову инкриминацију, као и да забране деловање појединаца, група и организација који подстичу та дела. Сарадња се остварује кроз размену обавештења и усклађивање предузетих мера за спречавање овог деликта (члан 4). Државе чланице се међусобно обавештавају и о исходу поступка према лицу за које се сумња да је извршилац овог деликта. Чланице предузимају мере за установљење своје надлежности за гоњење и кажњавање учинилаца деликта (чл. 5 Конвенције).

Сарадња држава чланица на спречавању инкриминисаних дела из Конвенције остварује се путем предузимања свих мера које спречавају припреме за извршење деликта укључујући и мере забране да на њиховој територији незаконито делују лица, групе и организације које подстичу, подстрекавају, организују или врше акте узимања талаца.

Ова Конвенција се не примењује у случају да је кривично дело узимање талаца извршено на територији само једне државе, ако су талац и лице за које се сматра да је извршило деликт држављани те државе и ако се лице за које се сматра да је извршило деликт налази на територији те државе. Како смо раније навели, ова Конвенција се не примењује у случају узимања талаца за време оружаних сукоба.

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала је донета 12.децембра 2000. године, у Палерму, са два Протокола и наша земља је приступила истој конвенцији.⁸⁴ Она има за циљ да се на ефикасан начин унапреди сарадња држава у погледу спречавања и борбе против транснационалног организованог криминала. Конвенција означава појам «предикатног кривичног дела» под којим подразумева било које кривично дело чијим извршењем је остварена добит која може да буде предмет кривичног дела, што утврђује свака држава потписница својим националним законодавством, која дела су учињена са намером да се прибави, пренесе, прикрије или поседује имовина стечена криминалом.

Овим документом је предвиђено да свака држава потписница достави Генералном секретару Уједињених нација примерак својих закона којима спроводи ову конвенцију, као и све накнадне измене и допуне тих закона или описе истих. Поред тога, њиме је предвиђена обавеза сваке државе потписнице да успостави свеобухватни регулаторни и надзорни режим за банке и небанкарске институције, како би спречила или

⁸⁴ Закон о потврђивању Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и допунских Протокола, *Сл.лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 6/2001.

отклонила све облике прања новца. Државе потписнице су према овом међународном документу дужне да развијају и унапређују глобалну, регионалну, субрегионалну и билатералну сарадњу својих органа у циљу борбе против прања новца.

Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма је усвојена у Њујорку 09.12.1999. године, а наша држава је исту ратификовала 01.07.2002. године.⁸⁵ Разлози доношења овог међународног акта налазе се у оцени држава потписница, да је заступљеност међународног тероризма условљена финансијским средствима које терористи могу да прибаве.

Конвенција има за циљ да ојача сарадњу међу државама у креирању и усвајању ефикасних мера за спречавање финансирања тероризма, те његово сузбијање путем гоњења и кажњавања његових починилаца.

Конвенција као средство за финансирање тероризма предвиђа средство сваке врсте,⁸⁶ материјално или нематеријално, покретно или непокретно, без обзира како оно било стечено, као и правне документе или инструменте у било ком облику, којим се доказује својина на тим средствима. Приходом се сматрају сва средства која потичу или су прибављена чињењем кривичног дела.

Конвенцијом је предвиђено да свако лице чини деликт ако на било који начин, незаконито и намерно, обезбеди или прикупи средства са намером да се она употребе за извршење неког деликта утврђеног у било којој конвенцији или протоколу наведених у Анексу конвенције, као и за извршење било ког другог дела чији је циљ изазивање смрти или тешке телесне повреде лица која не учествују активно у непријатељствима у оружаном сукобу, а сврха му је да застраши становништво или да се примора нека влада или међународна организација да учини или се уздржи од чињења неког дела.⁸⁷

Државе чланице су се обавезале да ће усвојити мере како би националним правом предвиделе инкриминацију тих дела и одговарајуће казне за починиоце, с обзиром на тежину и природу тих дела.⁸⁸ Предвиђена је и обавеза држава чланица да предузимају одговарајуће мере према правном лицу и лицу које је одговорно и које тим правним лицем руководи, а ради позивања на одговорност због деликта из овог документа.

⁸⁵ Закон о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, *Сл. лист СРЈ - Међународни уговори*, бр.7/2002.

⁸⁶ Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма (члан 1.)

⁸⁷ Исто, (чл.2.)

⁸⁸ Исто, (чл.4.)

Чланице установљавају своју јурисдикцију⁸⁹ ако је дело учињено на њеној територији, броду или ваздухоплову, или када је деликт учинио њен држављанин. Национална јурисдикција се може установити и ако је деликт усмерен на територију или против држављана те државе, или је деликт усмерен на државни објекат у иностранств, или је пак учињен у покушају да се држава присили да нешто учини или да се уздржи од неке радње.

Обавеза је чланица да у складу са националним законским принципима открије, замрзне и заплени евентуална средства која се користе или су одређена за чињење деликта из ове Конвенције.⁹⁰ Чланице могу закључити споразум са другим државама о подели средстава стечених извршеном запленом. Заплењена средства биће коришћена за обештећење жртава тих кривичних дела.

Државе се обавезују да сарађују⁹¹ у спречавању дела из Конвенције, кроз спречавање на својим територијама незаконитих активности лица која подстичу или врше те деликте, преко мера које предузимају надлежне финансијске институције у провери неубичајених или сумњивих послова, до усвајања прописа о забрани отварања рачуна чији се носиоци или корисници не могу идентификовати. Чланице сарађују и кроз размену прецизних и проверених информација као и у спровођењу истрага у вези тих дела. Конвенција утврђује обавезу држава да о коначним исходима поступака према наводном учиниоцу деликта, обавести.⁹² Генералног секретара Уједињених нација, који ће то обавештење проследити другим државама чланицама. Она садржи Анекс, кога сачињавају седам конвенција и два протокола, а предмет њиховог регулисања је борба против активности везаних за одређени тематски тероризам.

5.2. Европски оквир

Ради повећања ефикасности борбе против прања новца и финансирања тероризма, Европска унија је донела више докумената. Значајно место заузимају следећа документа: Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом, Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању

⁸⁹ Исто, (чл.7.)

⁹⁰ Исто, (чл.8.)

⁹¹ Исто, (чл.12.)

⁹² Исто, (чл.19.)

прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, Директива 2005/60 ЕС⁹³ и Директива 2006/70 ЕС⁹⁴

Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом је међународни документ, сачињен у Стразбуру 8. новембра 1990. године, а наша земља је ратификовала исти.⁹⁵ Њен циљ је примењивање заједничке политике према криминалу који обухвата тешка кривична дела која постају међународни проблем, како би се одузимањем прихода стечених криминалом постигли резултати у његовом сузбијању.

Конвенцијом су предвиђене мере које ће државе предузети на националном нивоу, у првом реду установљење кривичних дела прања новца, специјалне истражне технике и конфискација имовине. Установљени су и принципи међународне сарадње држава на овом питању.

Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма је усвојена у Варшави 16. маја 2005. године и наша земља је исту ратификовала.⁹⁶ Она се ослања на већ поменути Конвенцију Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом (ЕТС бр.141) из 1990. године, а циљ јој је да заштити друштво од тешког криминала, кроз лишавање криминалаца од прихода стечених од недозвољених аката. Документ указује на чињеницу да је Конвенција Уједињених нација о сузбијању финансирања тероризма од 1999. године обавезала стране уговорнице да финансирање тероризма одреде као кривично дело.

Она предвиђа обавезу држава уговорница да својим националним законодавством имкриминишу савко дело почињено са намером да се прибави, сакрије, прикрије, трансферише или користи имовина стечена вршењем кривичног дела. Обавеза уговорница је да својим прописима утврде корпоративну одговорност за правна лица због дела прања новца.

⁹³ Трећа директива Европског парламента и Савета Европе од 26. октобра 2005. године о спречавању коришћења финансијског система у сврхе прања новца и финансирања тероризма

⁹⁴ Та Директива Комисије прописује мере за примену тзв. Треће директиве у погледу дефиниције «политички изложене особе» и техничких критеријума за поједностављене мере прописане марљивости анализе клијената

⁹⁵ Закон о потврђивању Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом, *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр.7/2002

⁹⁶ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, бр.19/2009

Конвенција предвиђа и формирање обавештајне јединице (FIU) за приступ финансијским и управним информацијама у циљу одржавања финансијског реда, ради спречавања и откривања послова прања новца. Посебан акценат је дат утврђивању начела међународне сарадње у истрази и поступцима који имају за циљ конфискацију средстава и прихода стечених криминалом.

6. РЕПУБЛИКА СРБИЈА У БОРБИ ПРОТИВ УЗИМАЊА ТАЛАЦА

6.1. Утицај међународног права на националне приписе

Међународно право не уређује питање примене својих правила на државној територији.⁹⁷ Држава се не може позвати на своје унутрашње право да би избегла извршење својих међународних обавеза. Међународне обавезе се стварају међународним правом. Према Бечкој конвенцији о праву међународних уговора, међународни уговор је „међународни споразум закључен писмено између држава, који је регулисан међународним правом, било да је садржан у једном инструменту или у два или више инструмената међусобно повезаних, без обзира на његов посебан назив“.⁹⁸ Уговорне стране морају испуњавати уговорне обавезе сходно начелу *pacta sunt servanda*.

Република Србија је преузела значајне међународне обавезе у области спречавања узимања талаца, прихватањем и потврђивањем низа међународних докумената како универзалног,⁹⁹ тако и регионалног карактера.¹⁰⁰ Да би испунила своје међународноправне обавезе из прихваћених докумената, наша држава је приступила изградњи адекватног правног и институционалног оквира у циљу те борбе.

Примена правила међународног права уређује се националним прописима, кроз решење два питања. Прво питање се тиче односа националног и међународног права. Друго питање регулише повезивање националног и међународног права.¹⁰¹ Устав Републике Србије даје одговор на однос међународног и националног права. Општеприхваћена

⁹⁷ М. Крећа, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд 2009., 67

⁹⁸ Члан 2. тач.1а) Бечке конвенције о уговорном праву, „Сл. лист СФРЈ - *Међународни уговори*“ бр.30/72

⁹⁹ Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом и Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом

¹⁰⁰ Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, „Службени гласник РС - *Међународни уговори*“ бр. 19/2009

¹⁰¹ М. Крећа, оп. цит. 68.

правила међународног права и потврђени међународни уговори сматрају се саставним деловима правног поретка Републике Србије.¹⁰² Поред тога, Уставом се јемче и непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.¹⁰³ Тиме се наш уставотворац определио за систем адопције,¹⁰⁴ признајући правну снагу правила међународног права нормом унутрашњег права. Овај став се потврђује и опредељењем нашег уставотворца, да се одредбе о људским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно међународним стандардима и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.¹⁰⁵

Поред ове технике повезивања међународног и националног права, наш законодавац познаје и технику трансформације¹⁰⁶ норме међународног права. То је случај када норми међународног права недостају инструменти за предузимање санкције. У првом реду то се односи на кривична дела, која се одређују међународним правом, која се инкорпоришу у национална кривична законодавства која им обезбеђују санкцију. Полазећи од наведених начина примене односно повезивања међународног и националног права, Република Србија је донела одговарајуће прописе у вези забране узимања талаца. Први су политичкоправна документа, а други су законски прописи.

Уговорне стране морају испуњавати уговорне обавезе сходно начелу *раста sunt servanda*. Наша земља, дајући пристанак на обавезивање по наведеним међународним документима у борби против тероризма, извршила је инкорпорисање међународних правила у национално законодавство. Неке норме међународног права није могуће непосредно применити, због њихове непотпуности те је потребно њихово конкретизовање доношењем одговарајућих националних прописа.

¹⁰² Члан 16. ст. 2. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“ бр. 98/2006

¹⁰³ Исто, члан 18. ст.2.

¹⁰⁴ Адопција је техника повезивања међународног и националног права, признавањем правила међународног права нормом унутрашњег права, путем устава или закона, без промене адресата и садржине правила

¹⁰⁵ Устав Републике Србије, чл. 18. ст. 3.

¹⁰⁶ Трансформација је техника повезивања међународног и националног права, када се правила из међународног права, променом адресата и садржине, инкорпоришу у национални пропис

6.2. Правно-политички аспект

Од правно-политичких аката које је усвојила Република Србија а односе се на забрану узимања талаца, потребно је указати на Националну стратегију за борбу против прања новца и финансирања тероризма и на Националну стратегију против организованог криминала.

Национална стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма је *стратешки приступ Републике Србије да уз помоћ међународне заједнице, развије националне капацитете и потенцијале у борби против тероризма и међународног тероризма. Тим документом се утврђује политика Владе у борби против тероризма, којим се дефинишу стратедијски циљеви, улоге и одговорности државних субјеката у тој борби. Стратегијом је утврђено превентивно и репресивно деловање државних органа на том плану. Поред овог, Република Србија је донела још два стратешка документа за борбу против тероризма.*¹⁰⁷

Стратегијом се утврђују мере и активности ради борбе у спречавању финансирања тероризма. Под финансирањем тероризма подразумева се обезбеђивање или прикупљање средстава, имовине или пак покушај да се то постигне, у намери да се та средства и имовина користе, било у целости или делимично, за извршење терористичког акта од стране терориста или терористичких организација. Тим документом су предвиђене фазе финансирања тероризма. То су: прикупљање средстава, чување прикупљених средстава, пренос тих средстава деловима терористичких организација или појединцима ради оперативног коришћења и на крају њихова употреба за неку терористичку активност.

Република Србија је Стратегију донела и на основу њеног чланства у релевантним међународним организацијама. Република Србија је чланица Манивала.¹⁰⁸ Та организација се бави питањима спречавања прања новца и финансирања тероризма. Састоји се од експерата делегираних од стране земаља чланица, а ради по принципу међусобног оцењивања. Коначан извештај о стању борбе против финансирања тероризма и прања новца усваја се на пленарним заседањима, која се

¹⁰⁷ У те документе спадају: Национална стратегија против корупције, *Сл.Гласник РС* бр.109/05 и Национална стратегија за борбу против организованог криминала, *Сл.гласник РС*, бр. 23/2009

¹⁰⁸ Манивал (Committee of Experts on the Evaluation of Anty-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism) је Комитет Савета Европе, основан 1997.год. са циљем да врши процену усклађености система за борбу против прања новца и финансирања тероризма у државама чланицама с међународним стандардима (Види:<http://www.nbs.rs/Internet/>)

одржавају четири пута годишње.¹⁰⁹ Манивал поседује механизме притиска, преко Савета Европе, како би државе чланице примениле издате препоруке ове организације и спровеле друге мере из ове области на државном нивоу. Извештаји се користе у проценама финансијске стабилности и сигурности улагања у појединим државама. Најзначајније међународне финансијске организације користе за своје потребе извештаје Манивала.¹¹⁰ Једна од препорука Манивала је и израда Националне стратегије за борбу против прања новца и финансирања тероризма. Република Србија је чланица и Егмонт групе. То је међународно удружење финансијско-обавештајних служби чији је основни циљ подизање нивоа међународне сарадње и размене података који се односе на прање новца и финансирања тероризма. Управа за прање новца,¹¹¹ као финансијско-обавештајна служба Републике Србије је чланица те организације.

Полазећи од потписаних односно ратификованих међународних конвенција из ове области, Република Србија је донела више закона којима се регулише материја борбе против прања новца и финансирања тероризма.¹¹² Успостављање савременог и свеобухватног законског оквира, у складу са релевантним међународним стандардима, представља један од кључних системских услова за ефикасну борбу против организованог криминала и тероризма у Републици Србији. Сви државни органи који су надлежни за борбу против тероризма и организованог криминала, врше процену делотворности законског оквира и старају се о његовом унапређењу у складу са потребама.

Република Србија је донела нову националну стратегију за борбу против прања новца и финансирање тероризма.¹¹³ Стратегија поенту ставља на сарадњи свих државних органа, како би се обезбедили усвојени међународни стандарди на законодавном и институционалном нивоу, уз

¹⁰⁹ Сваки извештај се састоји од анализе стања, оцене стања и препорука за унапређење система за спречавање прања новца и финансирања тероризма оцењиване земље.

¹¹⁰ Међународни монетарни фонд и Светска банка у својим анализама и извештајима преузимају извештаје Манивала

¹¹¹ Управа за спречавање прања новца је финансијско обавештајна служба (FOS-FIU-Financial intelligence Unit) Републике Србије, надлежна за спровођење Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма (Види:<http://www.ampl.org.rs/>)

¹¹² Ту пре свега спадају: Кривични законик, Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела и др.

¹¹³ Стратегију је усвојила Влада Републике Србије на седници одржаној 31. децембра 2014. године

остварење ефикасних резултата борбе против тероризма. Њен циљ је да се у потпуности заштити финансијским системом и привреда државе од опасности које узрокују прање новца и финансирање тероризма.¹¹⁴

Национална стратегија за борбу против организованог криминала је стратешки документ којим Влада утврђује политику борбе против организованог криминала, у који спада и узимање талаца.¹¹⁵ Њоме се дефинишу стратегијски циљеви, улога и одговорност државних субјеката и одређују оквири за израду планова имплементације. Њоме се стварају додатни услови за ефикасније укључивање Републике Србије у регионални, европски и светски концепт борбе против организованог криминала. Стратегијом се утврђује нормативно-правни и институционални оквир, те капацитети и средства за борбу против организованог криминала.

Вредност на којима се заснива Стратегија су поштовање основних људских права и слобода као и националних и међународних стандарда. Развијање проактивног приступа у борби против организованог криминала и хармонизација националног законодавства са међународним стандардима у тој борби, уз јачање сарадње на националном, регионалном и међународном нивоу, утврђени су као основни циљеви Стратегије.¹¹⁶ Стратегија утврђује да су грађани главни објект њене заштите а тиме и њен актер. Створена је могућност да се тим документом развије свест грађана о значају последица организованог криминала, укључујући и узимање талаца. Посебно место дато је нормативно-правним мерама у борби против организованог криминала, како би се, кроз јединствену законску дефиницију тог криминалног деловања, постигла усклађеност са европским и међународним критеријумима, ради веће ефикасности у борби против те појаве.

6.3. Законски аспект

*Кривични законик*¹¹⁷ предвиђа кривично дело узимања талаца и то одредбом чл.392. То кривично дело сврстано је у одредбе главе XXXIV која се односи на кривична дела против човечности и других добара

¹¹⁴ Тачка 2. Стратегије

¹¹⁵ Национална стратегија за борбу против организованог криминала, *Сл. гласник РС*, бр.23/2009

¹¹⁶ Тачка 1.4. Стратегије

¹¹⁷ *Кривични законик*, *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 107/05, 72/09 и 111/09

заштићених међународним правом. Том нормом инкриминисане су радње којима се врши ово кривично дело.¹¹⁸

Потребно је указати на разликовање међународног тероризма као кривичног дела утврђеног одредбом чл. 391.КЗ РС у односу на међународни тероризам са становишта међународних односа и међународног права. То разликовање је битно и за правилно сагледавање питања забране узимања талаца. Кривични законик, поред тероризма, утврђује и друга кривична дела, која по својој суштини представљају терористичке акте, јер је при њиховом извршењу присутан елемент *animus terrorandi*. То су кривична дела из члана 292. (угрожавање безбедности ваздушног саобраћаја насиљем), 307. (угрожавање територијалне целине), 308. (напад на уставно уређење) и 310. (убиство највиших представника државе).

У свим стратегијским документима које је донела Република Србија, говори се о тероризму као специфичкој друштвеној појави и сагледава шире од тероризма који је наведен у чл. 312. Кривичног законика, као једног од облика из широке лепезе терористичких аката.

Кривични законик, поред кривичног дела узимање талаца, предвиђа још два дела која су повезана са тероризмом. То су кривична дела: међународни тероризам (чл.391) и финансирање тероризма (чл.393.). Сва та кривична дела, са становишта међународних политичких односа представљају само акте међународног тероризма, као посебног вида тероризма.

*Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*¹¹⁹ уређује услове, поступак и органе надлежне за откривање, одузимање и управљање имовином проистеклом из кривичног дела. Овај закон се примењује, поред осталог и за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом у која дела спада и кривично дело међународни тероризам односно узимање талаца.¹²⁰

Под имовином, овај закон подразумева добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво велике вредности и исправе у било којој форми којима се доказује права или интерес у односу на такво добро. Имовину чине и приходи или друга корист остварена, непосредно или посредно, из

¹¹⁸ Члан 392. ст.1. КЗ РС гласи:» Ко изврши отмицу неког лица и прети да ће га убити, повредити или задржати као таоца у намери да принуди неку државу или међународну организацију да нешто учини или не учини, казниће се затвором од две године до десет година»

¹¹⁹ Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008

¹²⁰ Исто, чл.2.ст.1.тач.7.

кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.¹²¹

Закон предвиђа специјализовану организациону јединицу Министарства унутрашњих послова, чији је задатак да открива имовину проистеклу из кривичног дела.¹²² У саставу Министарства правде образована је Дирекција за управљање одузетом имовином.¹²³ Одузимање имовине може бити привремено и трајно. Одлуку о томе доноси суд¹²⁴ у облику решења. Средства која се добију продајом одузете имовине користе се за повраћај имовине и накнаду штете, као и за намирење трошкова уништења одузете имовине ако је то потребно учинити из законом утврђених разлога. Средства од продаје трајно одузете имовине постају својина Републике Србије. Поједини предмети могу бити уступљени надлежним установама за чување таквих добара.

*Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма*¹²⁵ донет је као резултат имплементације раније наведених међународних и регионалних конвенција које је ратификовала наша земља, ради разраде начелних и стратегијских задатака државних и других органа у борби против прања новца и финансирања тероризма из напред поменутих националних стратегија.

Закон под финансирањем тероризма сматра обезбеђивање или прикупљање имовине или покушај њеног обезбеђивања или прикупљања, у намери да се користи или са знањем да може бити коришћена, у целисти или делимично, за извршење терористичког акта, или од терористе односно од терористичке организације.¹²⁶ Под финансирањем тероризма се сматра и подстрекавање и помагање у обезбеђивању и прикупљању имовине, без обзира да ли је терористички акт извршен и да ли је имовина коришћена за извршење терористичког акта. Тероризам је повезан са његовим финансирањем, те је та веза инкриминисана о чему говори и члан 2. став 3. Закона, по коме се као терористички акт сматра свако дело које је као кажњив деликт утврђен споразумума у Анексу уз Међународну конвенцију о сузбијању финансирања тероризма.

¹²¹ Исто, чл.3.

¹²² То је Организациона јединица која открива имовину проистеклу из кривичног дела и води финансијску истрагу у вези тих дела

¹²³ Исто, чл.8.

¹²⁴ Одлука тзв Специјалног суда о одузимању имовине Дарку Шарићу, оптуженом за шверц дроге

¹²⁵ Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Сл. гласник РС*, бр. 20/09, 72/2009

¹²⁶ Исто, чл. 2.ст.2.

Овим законом се утврђују радње и мере ради спречавања и откривања прања новца и финансирања тероризма, са посебним освртом на достављање информација, података и документације Управи за сузбијање прања новца. Закон уређује и питање међународне сарадње у тражењу и достављању података према страним органима, те начин привремене обуставе извршења трансакције на захтев надлежног органа стране државе. Посебно се уређује улога Управе за сузбијање прања новца, суда, јавног тужилаштва и других државних органа у сузбијању финансирања тероризма. За непоступање по одредбама овог закона предвиђене су високе новчане казне за привредне преступе или за прекршаје за правна лица и одговорна лица у тим правним лицима.

*Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела*¹²⁷ уређује питање образовања, организације, надлежност и овлашћења државних органа и посебних организационих јединица државних органа, ради откривања, кривичног гоњења и суђења за кривична дела која су тим законом одређена. У та дела спада и кривично дело узимање талаца и међународни тероризам.¹²⁸ Закон предвиђа формирање посебних организационих јединица у надлежним државним органима, за откривање, гоњење и кажњавање учинилаца дела обухваћених чл.1. Закона.

Због специфичности у откривању, гоњењу и суђењу за кривична дела одређена овим законом, образовани су и посебни државни органи. Образовано је Тужилаштво за организовани криминал,¹²⁹ Служба за сузбијање организованог криминала у оквиру министарства надлежног за унутрашње послове,¹³⁰ посебна притворска јединица за издржавање притвора одређеног за кривична дела из овог закона, као и надлежни суд.

За поступање у предметима кривичних дела из овог закона, надлежан је Виши суд у Београду, као првостепени, за територију Републике Србије, док је за одлучивање у другом степену надлежан Апелациони суд у Београду.¹³¹ У овим судовима образована су Посебна одељење за поступање у предметима кривичних дела из овог закона.¹³²

¹²⁷ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела, *Сл. гласник РС*, 42/02,27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05,72/09

¹²⁸ Исто, чл.2.тач.5.

¹²⁹ Исто, чл.4.ст.1.

¹³⁰ Исто, чл.10.ст.1.

¹³¹ Исто, чл.12.

¹³² Исто,чл.13.ст.1.

6.4. Облици борбе против узимања талаца

Из претходних излагања може се утврдити да у Републици Србији постоје три нивоа борбе против узимања талаца. То су: нормативни, институционални и оперативни ниво. Што се тиче нормативног нивоа, он подразумева активности државе на нормативном уређењу ове материје, доношење како стратегијских, правно-политичких тако и одговарајућих законских аката. Узимање талаца предвиђено је као кривично дело, националним кривичним законодавством.

Институционални ниво обухвата целу мрежу државних органа, кроз чију се надлежност, утврђену националним законима, остварује откривање, гоњење и кажњавање учинилаца деликта узимање талаца. Ту пре свега спадају специјализовани органи и јединице полиције, тужилаштва и суда, као и посебних јединица надлежних министарстава. Надлежност, овлашћења и поступање свих државних органа који учествују у борби против организованог криминала и тероризма, Република Србија је уредила са више закона.¹³³ Национална стратегија¹³⁴ је предвидела на институционалном нивоу одређене органе, чији је задатак управо борба против тероризма у које спада и узимање талаца. Влада, као носилац извршне власти, усмерава и усклађује рад органа државне управе и врши надзор над њиховим радом.

Оперативни ниво обухвата стручно и благовремено извршавање послова и задатака из стварне надлежности образованих институција и органа, а посебно рад на терену ради спречавања узимања талаца. Национална стратегија указује на потребу стручног оспособљавања и усавршавања кадрова у остваривању циљева и задатака из овог документа. Сви стратегијски документи које је донела Република Србија предвиђају унапређење знања, појачану међусобну зависност државних органа, ефикасније спровођење постојећих закона и примену најбољих искустава из праксе.

7. ЗАКЉУЧАК

Узимање талаца је међународни деликт јер је противан међународном праву, којим се наноси штета за неку државу или међународну организацију. Овим деликтом се увек повређује неки интерес било ког субјекта међународног права. Таоци, као пасивни субјекти тог деликта, служе повредитељу норме међународног права, да

¹³³ Види под 26

¹³⁴ Национална стратегија за борбу против организованог криминала

путем претње, принуди неку државу или међународну организацију да нешто учини или не учини.

Узимање талаца је као деликт означен у више међународних конвенција. Поред тога, забрана узимања талаца постала је и норма обичајног права. Зато је забрана узимања талаца постала норма *ius cogens*.

Питање забране узимања талаца нераскидиво је повезано са борбом против тероризма. Забрана узимања талаца сматра се једном од важнијих метода спречавања тероризма као опасне друштвене појаве. Уједињене нације су донеле више докумената о борби против узимања талаца. Знатан део тих докумената усвојила је и наша земља. И регионалне организације, а посебно Савет Европе, донеле су одређена документа о борби против узимања талаца као вида терористичког акта. Најзначајнија документа те организације усвојила је и Република Србија.

Своја правно-политичка и законска акта у вези забране узимања талаца, Република Србија је усагласила са значајним међународним документима, као њихова страна уговорница. Свој нормативно-правни и институционални оквир у погледу међународне обавезе борбе против узимања талаца наша држава је извршила. Остаје да се на оперативном нивоу остваре очекивани резултати.

Поједине законске одредбе су уопштене и непрецизне, те је потребно исте конкретизовати. Одредба Кривичног законика из члана 392. којом је инкриминисано ово дело, је широко и непрецизно постављена, јер је одредба овог деликта преузета из Конвенције против узимања талаца. Одредбе о финансијској истрази из Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела нису довољно јасне ни прецизне, како у односу на процедуре, тако и у погледу критеријума и мерила за покретање истраге и доношење одлуке по истој. Критеријуми и мерила за сачињавање индикатора који указују на постојање прања новца треба да буду прецизније и јасније нормативно уређени.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге и чланци

- Аврамов С., Крећа М., *Међународно јавно право*, Савремена администрација, Београд, 1998;
- Гађиновић Р., *Тероризам*, Драслер, Београд, 2005.
- Јовашевић Д., *Лексикон кривичног права*, Службени гласник, београд, 2011.
- Крећа М., *Апсолутно обавезујуће норме (Jus cogens) у међународном јавном праву*, Научна књига, Београд, 1989:
- Крећа М., *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд, 2009;
- Пашански М., *Међународни терористички акти против дипломатских представника-докторска дисертација*, Правни факултете у Београду, 1982.
- Стојановић З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 200;
- Стојановић З., Перић О., *Кривично право-посебни део*, Правна књига, Београд, 2009;
- Цмиљанић Б., *Однос републике Србије према међународном тероризму*, -магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010;
- Цмиљанић Б., *Специфичности међународноправне норме о забрани трговине људима*, Гласник адвокатске коморе Војводин- часопис за правну теорију праксу, бр 10, Нови Сад, 2015., 491- 524;
- Цмиљанић Б., *Трговина људима- међународни стандарди и право Србије*, Зламен, Београд, 2017;
- Чејовић Б., *Међународно кривично право*, Досије, Београд 2006;
- Amato D., *The Concept of Custom in International Law*, 1975.
- Andrassy J., Bakotić B., Beršić M., Vukas B., *Међународно право-I део*, Школска књига, Загреб. 2010.
- Bassioi M., *Crimes Against Humanity in International Law*, Dordrecht, 1992,
- Chomsky N., *Hegemony or survival*, (превод са енглеског Станко Маслеш: Ноам Чомски, *Хегемонија или опстанак*, Рубикон, Нови Сад 2008;
- Hofman B., *Унутрашњи тероризам*, Народна књига и Алфа, Београд, 2000;
- Kassese A. *Self-Determination of Peoples*, (превод с енглеског Слободан Дивјак)
- Kassese A., *Самоопредељење народа*, Службени гласник, Београд, 2011;

Kegli Ć., Judžni V. ,*Светска политика*, Центар за студије Југоисточне Европе, Београд, 2011;

Kelsen H., *Principes of International Law*, New York (2 nd edn) 1967;

Lauterhrpaght H., *The Development of International Law by the International Court*, 1982;

Mc Nair A. D., *The Law of Treatis*, Oxford, 1961;

Hofman B., *Унутрашњи тероризам*, Народна књига и Алфа, Београд, 2000;

Правна документа

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/06;

Закон о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 7/200;

Закон о потврђивању Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и допунских протокола, *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 6/2001;

Закон о потврђивању Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом, *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 7/2002;

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, бр. 19/2009;

Национална стратегија против корупције, *Сл. гласник РС*, бр. 109/05;

Национална стратегија за борбу против организованог криминала, *Сл. гласник РС*, 57/13;

Национална стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма, Службени гласник РС бр. 89/2008 Ч Национална стратегија против прања новца и финансирање тероризма од 31.12.2014., прузето преко Google 25.03.2018;

Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 107/05, 72/09, 111/09, 108/14 и 94/16;

Закон о потврђивању Римског Статута међународног кривичног суда, Службени лист СРЈ- Међународни уговори, бр 5/01;

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008;

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Сл. гласник РС*, бр. 20/09, 72/2009;

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела, *Сл. гласник РС*, бр. 42802, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05, 72/09;

Bajo M. CMILJANIĆ, PhD

LEGAL CHARACTER OF THE REGULATIONS ON THE PROHIBITION OF HOSTAGE-TAKING

Summary

In the development of international relations, hostage-taking was carried out as an insurance against, not keeping obligations, or according to the rules of war law. Earlier taking hostages was more related to armed conflicts, and in modern times it is more related to terrorist acts in international terrorism. The taking of hostages is an international offence, which has its essential elements and characteristics. It is a crime punishable under the national legislation of many countries, and taking of hostages in armed conflicts is a war crime for which the International Criminal Court is responsible. International terrorism is manifested through a variety of terrorist acts, which, through fear and panic aim to achieve a political purpose. The range of these terrorist acts is wide and varied. One of these terrorist activities is the taking of hostages. As an offense established by the norms of international law, this unlawful act must be specifically investigated and clarified, which is the goal of this paper. This paper gives an overview of the features and elements of the offense in the light of international law and the laws of the Republic of Serbia.

Key words: *international terrorism, act of terrorism, hostage, kidnapping, ius cogens.*

Рад је предат 4. априла 2018. године, а након мишљења рецензента одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Вера ПЕТРОВИЋ*
Јелена МИТРОВИЋ**

РЕИНТЕГРАЦИЈА НАКОН ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ ЗАТВОРА

Апстракт: Након извршења казне затвора потребно је да се бивши осуђени реинтегрише у друштвену заједницу, те да престане са даљим вршењем кривичних дела. Казна затвора, не доприноси смањењу рецидивизма, уколико након њеног извршења не постоји адекватан постпенални прихват осуђеног. Да се на плану редукције рецидивизма у Србији постиже мало, указују и подаци о рецидивизму који се креће од 50 до 70%. Низак образовни ниво, немогућност запослења, нарушени породични односи, непостојање мотивације за промену, као и негативни ставови јавности само су неке од препрека које стоје на путу успешне реинтеграције бивших осуђених. Процес помоћи осуђеном започиње тренутком ступања у затвор, али се мора наставити и након отпуста из пеналне установе. Циљ овог рада је да укажемо на факторе који стоје на путу успешне реинтеграције осуђених након извршене затворске казне.

Кључне речи: *реинтеграција, осуђени, казна затвора, постпенални прихват.*

1. УВОД

Издак на слободу након извршене затворске казне је непријатно искуство, без обзира на дужину изречене казне. Извршењем затворске казне на плану специјалне превенције утиче се на учиниоца да убудуће на чини кривична дела. Извршењем кривичних санкција, те казне затвора, као најстроже казне у нашем кривичноправном систему, настоји се допринети успешној реинтеграцији осуђеног у друштво.¹ Након извршене затворске казне, бивши осуђени преузима све одговорности живота о којима није морао да размишља док се налазио на извршењу затворске казне.² Враћа се у заједницу, која га неретко одбације и стигматизује.

* Докторанд, verapetrovic0101@gmail.com

** Студент мастер студија, enajel.m@gmail.com

¹ Чл. 2. Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС - „Службени гласник Републике Србије“, бр. 55/2014.

² Д. Васиљевић-Продановић, „Постпенална помоћ: Карика која недостаје“. У: М. Вуковић (ур.) 9. Међународни научни скуп Специјална едукација и рехабилитација

Такође, односи у породици често бивају нарушени. Поред тога, од бившег осуђеног се очекује да пронађе запослење, брине о себи, те да престане да се бави криминалним активностима. Имајући све то у виду, евидентно је да повратак у друштво и прилагођавање на услове живота изван затвора није ни мало лако за бившег осуђеног. Из тог разлога, припрема за отпуст је кључан сегмент рада са осуђеним. У Републици Србији припрема за отпуст представља саставни део програма поступања и започиње доласком осуђеног на извршење затворске казне. Осуђени се током извршења затворске казне подстиче на активно учествовање у припреми за отпуст, а посебно да одржава односе са породицом, као и са установама и особама које се баве укључивањем осуђених у живот на слободи (члан 15).³ Постпенални прихват је такође од значаја за осуђене, стога се лицу отпуштеном са извршења казне затвора пружа неопходна помоћ и подршка како би се умањио ризик вршења нових кривичних дела и како би му се олакшао успешан повратак у заједницу.⁴ Без адекватне постпеналне помоћи, свинапори и третмански процеси, током извршења затворске казне бивају узалудни. Стога, уколико изостане адекватна постпенална помоћ, промене настале у затвору су тешко одрживе, а шансе за рецидивизам се повећавају.

2. ПРИМЕНА КАЗНЕ ЗАТВОРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Изрицање казне затвора у Републици Србији прати тренд од око једне четвртине свих изречених кривичних санкција, док нешто више од половине свих изречених кривичних санкција чине условне осуде.⁵ Стога се може закључити да казна затвора у Републици Србији није кривична санкција која се доминантно изриче. Ипак и поред тога, пажња се мора посветити, како третману осуђених у затвору, тако и наставку започетог третмана изван затвора, а све то у циљу успешне реинтеграције у друштвену заједницу.

На наредном Графикону приказаћемо податке о броју изречених казни затвора у Републици Србији, посматрано за период од 2006. до

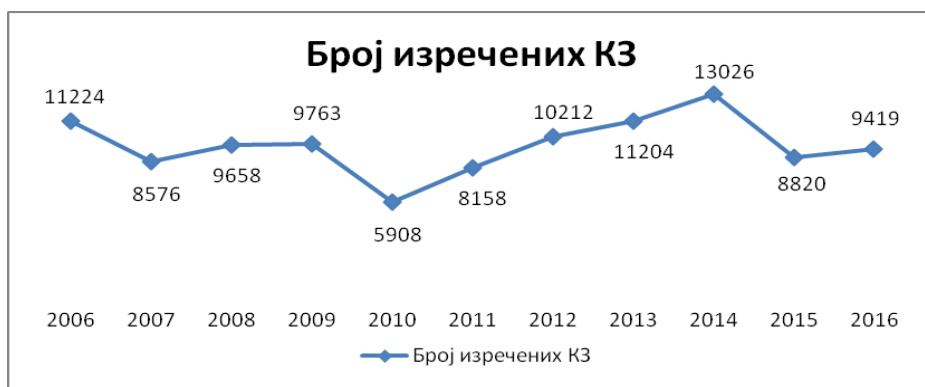
данас: *Зборник радова* (169-173), Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2015, 169.

³ Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица "Службени гласник РС", број 66/2015.

⁴ Чл. 48. ЗИКС.

⁵ В. Петровић, „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“. У: О. Јовић-Пралиновић (Ур.), *Зборник радова*, „Национално и међународно право – Актуелна питања и теме“ (111-130), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017, 115.

2016. године. Подаци о броју изречених казни затвора су преузети из извештаја Републичког завода за статистику.⁶



Графикон 1 – Број изречених казни затвора у Републици Србији

На основу података приказаних на Графикону 1, запажа се да је казна затвора у најмањем броју случајева изречена 2010. године (5908), док је највећи број казни затвора изречен 2014. године и износио је 13026. Како наводи Јованић, од свих изречених казни затвора, доминантне су кратке казне (до три године), чије се изрицање креће око 90% за период од 2001. до 2015. године.⁷ Проблем који постоји код кратких казни затвора јесте чињеница да осуђени нису довољно дуго у затвору да би се спровео адекватан третман, у складу са процењеним ризицима, капацитетима и потребама. Оваква ситуација се негативно одражава на реинтеграцију осуђених, који се у друштвену заједницу враћају са проблемима који су постојали и пре доласка у затвор. Имајући то у виду, као и чињеницу да казна затвора изазива велики број негативних последица, које отежавају реинтеграцију, изрицање и извршење кратких казни затвора неретко ствара више штете него користи за осуђеног. Стога се доводи у питање оправданост учесталог изрицања кратких затворских казни, посебно у ситуацијама у којима постоје формални предуслови за изрицање алтернативних кривичних санкција, које не подразумевају упућивање осуђеног у затвор.⁸

⁶ Република Србија, Републички завод за статистику. Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде, Београд, 2016.

⁷ Г. Јованић, „Алтернативне санкције у неонаталном инкубатору“. У: Г. Јованић и Ј. Петровић (Ур.), *Пробација и алтернативне кривичне санкције, могућности и перспективе* (8-23), Центар модерних знања, 2016, 15.

⁸ Г. Јованић, *op. cit.*, 15.

3. ФАКТОРИ КОЈИ УТИЧУ НА РЕИНТЕГРАЦИЈУ ОСУЂЕНИХ

Да би дошло до реинтеграције осуђеног потребно је да постоји мотивација за промену, спровођење адекватног третмана, мењање перцепције о себи, као и разумевање претходног криминалног понашања, односно штете коју такво понашање узрокује.⁹ Постоје многобројни фактори који утичу на реинтеграцију осуђених као што су: сиромаштво, низак образовни ниво, незапосленост, лоше здравствено стање, проблеми менталног здравља изависност од алкохола и дрога. Могућност успешне реинтеграције се смањује и постојањем затворског искуства.¹⁰ Успешна реинтеграција осуђених зависи од субјективних фактора и друштвених утицаја. Субјективни фактори се односе на унутрашње карактеристике осуђених, као што ставови, самопоштовање и мотивација. Друштвени утицаји су запошљавање након отпуста, образовање, породични и друштвени односи у заједници.¹¹

3.1. Мотивација за промену

Један од кључних фактора успешне реинтеграције осуђених је мотивација за промену. Сви третмански напори неће постићи жељене резултате уколико не постоји мотивација осуђеног или је она на ниском нивоу. Стога, поједини аутори наводе да је жеља за променом кључ успешне реинтеграције.¹² Недостатак мотивације за промену је удружен са одустајањем од било каквих видова третмана, а осуђени који одустану од третмана чешће рецидивирају од оних осуђених који нису ни започели третман.¹³ Овај податак не треба да усмерава стручне раднике да са ниско мотивисаним особама не спроводе третмански процес, већ треба да их подстакне да првобитно усмере капацитете на подизање мотивације осуђеног за учешће у третману и сопственој промени.

⁹ С. Davis, S. Bahr, C. Ward, „The process of offender reintegration: Perceptions of what helps prisoners reenter society“, *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 13, No. 4, 2013, 448.

¹⁰ Љ. Илијић, М. Маљковић, „Постинституционални третман осуђеника“. *Зборник Института за криминологију и социологију истраживања*, Вол. 34, бр. 1, Београд, 2015, 183.

¹¹ С. Davis, S. Bahr, C. Ward. *op. cit.*, 450.

¹² *Ibid.*, 453.

¹³ С. Dowden, R. Serin, *Anger management programming for federal male inmates: An effective intervention (No. R-82)*. Ottawa, Ontario, Canada, Correctional Service Canada, 2001, 20.

3.2. Образовни ниво

Према последњим доступним званичним подацима у Србији¹⁴ у 2013. години 1,9% осуђених је било неписмено, са недовршеном основном школом је било 21% осуђених, а 2,8% осуђених је било са недовршеном средњом школом. Ови подаци указују на чињеницу да више од петине осуђених у Србији има образовне потребе. Стога се у данашње време све више инсистира на образовању осуђених, како би приликом изласка на слободу поседовали одређена знања и компетенције. Подизање компетенција осуђених у затворима побољшава шансе за реинтеграцију. образовање делује посредно на реинтеграцију преко успешног запошљавања након отпуста,¹⁵ те се на тај начин може смањити рецидивизам.

Истраживања показују да су осуђени који су током извршења затворске казне подигли образовни ниво, у 23% случајева мање рецидивирали од преступника који нису похађали образовне програме.¹⁶ Слични резултати су добијени студијом која је спроведена у држави Мисури са 25000 осуђених. Осуђени са образовним дефицитима који су били укључени у образовни процес у затвору рецидивирали су у 40% случајева, а они који нису били укључени рецидивирали су у 53,7% случајева.¹⁷ Ким и Кларк, користећи податке пробационе службе државе Њујорк о осуђенима који су били отпуштени из затвора у периоду између 2005. и 2008. године, долазе до података да образовни програми у затворима редукују рецидивизам. Током трогодишњег периода праћења постојао је статистички значајно нижи рецидивизам код осуђених који су учествовали у образовним програмима (9,4%) у односу на осуђене који током извршења затворске казне нису учествовали у образовним програмима (17,1%).¹⁸

Истраживање ефеката образовања на осуђене је вршено и на нашим просторима. Утврђено је да је скор ризика рецидивизма код осуђених који

¹⁴ Министарство правде Републике Србије. *Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција*, 2013.

¹⁵ Г. Јованић, В. Петровић, „Потребе, пракса и ефективност образовања и професионалног оспособљавања осуђених“, *Специјална едукација и рехабилитација*, Вол. 16, бр. 2, Београд, 2017, 213.

¹⁶ J. Petersilia. *When prisoners come home*. Oxford University Press, New York, 2003.

¹⁷ J. Cronin, *The path to successful reentry: The relationship between correctional education, employment and recidivism*. University of Missouri, Institute of Public Policy, Columbia, 2011, 2.

¹⁸ R. Kim, D. Clark, “The effect of prison-based college education programs on recidivism: Propensity Score Matching approach”. *Journal of Criminal Justice*, Vol.41, No. 3, 2013, 199.

нису били укључени у процес професионалног оспособљавања благо порастао у завршном мерењу у односу на почетно. Код осуђених који су били укључени у едукативне процесе, скор ризика рецидивизма је благо опао.¹⁹

3.3. Породични фактори

Један од фактора који утиче на успешну реинтеграцију су породични односи. Породица има вишеструки утицај на живот осуђеног, пре извршења казне, за време извршења и током постпеналног прихвата. Одржавање породичних односа током извршења затворске казне, али и након отпуста резултира успешном реинтеграцијом, успехом у проналаску запослења и избегавањем злоупотребе психоактивних супстанци.²⁰

Везе са члановима породице могу помоћи особи да одустане од даљих криминалних активности. Ако је квалитет породичних и партнерских односа пре затвора био добар, одржавање контакта са члановима породице у току боравка у затвору утиче на смањење вероватноће рецидивизма.²¹ С друге стране, ако је квалитет тих односа био лош и конфликтан, контакти са супружником и другим члановима породице могу имати негативан утицај након отпуста.²² Поред тога, породицанекад није спремна да члану породице олакша сналажење на слободи, јер се адаптирала на услове живота без њега.²³

Поред пружања помоћи осуђеном да успостави и одржи контакт са породицом, важно је понудити подршку и члановима породице. Осуђени се по изласку из затвора често ослањају на породицу, посебно приликом решавања финансијских проблема, проблема становања и

¹⁹ Љ. Илијић, *Утицај образовања и професионалног оспособљавања на редуцију ризика рецидивизма код осуђених лица*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016, 180.

²⁰ С. Visher, "Incarcerated Fathers: Pathways From Prison to Home", *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 24, No. 1, 2013, 10.

²¹ J. Laub, R. Sampson, *Shared beginnings, divergent lives; Delinquent boys to age 70*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003, 42.

²² N. La Vigne, *et al.*, "Examining the effect of incarceration and in-prison family contact on prisoner's family relationships". *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 21, 2005, 244.

²³ Б. Кнежић, „Реинтеграција бивших затвореника у сеоску средину“, *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Вол. 29, бр. 2, Београд, 2010, 247.

запошљавања.²⁴ Одсуство појединца због боравка у затвору узрокује емотивну патњу и негативно утиче на социоекономску стабилност породице. Резултати истраживања указују да организовано пружање помоћи породици осуђеног може довести до позитивних исхода, као што су смањена злоупотреба супстанци и смањење физичких, менталних и емотивних проблема.²⁵

3.4. Запослење

Запошљавање, односно недостатак запослења након отпуста може утицати на реинтеграцију. Осуђени који су запослени након отпуста, у мањем броју случајева рецидивирају од осуђених који немају запослење. Такође, већа финансијска надокнада је повезана са мањом стопом рецидивизма.²⁶ Стабилно запослење може бити од пресудног значаја за успешну транзицију из затвора у заједницу. Запошљавање омогућава бившим осуђенима да буду продуктивни чланови друштва, да брину о својим породицама, да развијају животне вештине и да ојачају самопоуздање и социјалну повезаност.²⁷

Још у оквиру програма припреме за отпуст могу се предузети бројне интервенције за реинтеграцију осуђеног на тржиште рада. У складу са процењеним потребама осуђених, у овом периоду се могу организовати дискусије о очекивањима осуђених, могу се реализовати едукације за израду радне биографије, контактирати са службама за запошљавање, као и са претходним послодавцима осуђеног који излази на слободу.²⁸

Бивши осуђени спадају у категорију теже запошљивих особа. Затворска казна погоршава проблем етикетирањем и стигматизацијом. Желећи да се што пре запосле како би обезбедили егзистенцију, бивши осуђени наилазе на прву препреку, а то је потврда о некажњавању.²⁹ Поред тога, бивши осуђени имају низак ниво образовања, вештина и радног искуства, здравствене проблеме и друге личне карактеристике које им

²⁴ V. Chin, Y. Dandurand, *Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*. United Nations Office on Drugs and Crime. New York: United Nations, 2012, 55.

²⁵ N. La Vigne, R. Naser, L. Brooks, J. Castro, *op. cit.*, 329.

²⁶ B. Western, B. Pettit, "Incarceration and Racial Inequality in Men's Employment", *ILR Review*, Vol. 54, No. 1, 2000, 16.

²⁷ L. Keena, C. Simmons, "Rethink, Reform, Reenter-An Entrepreneurial Approach to Prison Programming", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol. 59, No. 8, 2015, 838.

²⁸ V. Chin, Y. Dandurand, *op. cit.*, 59.

²⁹ Н. Мацановић, Д. Надаревић, *Пенолошка андрагогија*. Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска, социјална, безбједносна, социолошка и криминолошка питања, Бања Лука, 2014, 171.

отежавају запослење. Истраживање вршено у САД указује да је већа вероватноћа да ће послодавац запослити примаоца социјалне помоћи или кандидата са мало радног искуства, него бившег осуђеног.³⁰ Послодавци као разлоге одбијања запошљавања бивших осуђених наводе смањену безбедност других запослених и негативан утицај на продуктивност фирме.³¹

Недостатак посла након отпуста из затвора је подстицај за поновно чињење кривичних дела. С друге стране, осуђени који се запосле након извршене казне затвора, поновно чињење кривичних дела и поновни одлазак у затвор могу видети као већу штету него корист, стога не чине нова кривична дела.³² Поред проблема у проналажењу посла на формалном тржишту рада, бивши осуђени и када се запосле, обично имају ниска примања. Ниска примања смањују подстицај бивших осуђених да раде у оквиру формалног тржишта рада, што директно доприноси појави рецидивизма.³³

Резултати истраживања указују на чињеницу да су позитивни исходи запослења бивших осуђених обрнуто повезани са криминалном активношћу, што значи да виша стопа запослености и прихода води ка нижој стопи криминала. Осуђени који су имали сталан посао након отпуста су рецидивирали у 33,9% случајева, на супрот осуђенима који су били незапослени, а који су рецидивирали у 61,4% случајева.³⁴

3.5. Ставови јавности

Ефекти затвора на криминал се не могу посматрати, а да се изузме чињеница да на реинтеграцију осуђених утичу и ставови заједнице. Јавност неретко има тенденцију да бивше осуђене посматра као опасне, неискрене, непоштене и углавном је репресивно оријентисана према извршиоцима кривичних дела. Због свега наведеног, бивши осуђени често бива излован, одбачен и дистанциран од друштвене заједнице у коју се враћа. У таквој ситуацији, чланови друштва заборављају да је осуђени

³⁰ A. Ramakers, J. van Wilsem, R. Apel, "The effect of labour market absence on finding employment: A comparison between ex-prisoners and unemployed future prisoners". *European Journal of Criminology*, Vol. 9, No. 4, 2012, 442-461.

³¹ K. Bumiller, "Bad jobs and good workers: the hiring of ex-prisoners in a segmented economy", *Theoretical Criminology*, Vol. 19, No. 3, 2015, 336-354.

³² G. Duwe, V. Clark, "The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment". *The Prison Journal*, Vol. 94, No. 4, 2014, 454-478.

³³ D. Bloom, *Employment-Focused Programs for Ex-Prisoners: What have we learned, what are we learning and where should we go from here?* National Poverty Center, Gerald R. Ford School of Public Policy, University of Michigan, 2006, 12.

³⁴ J. Cronin, *op. cit.*, 4.

особа која ће се вратити у друштвену заједницу и, по истеку затворске казне, поново заузети своје место у свету слободних људи.³⁵ Поред утицаја на осуђене, негативни друштвени ставови, одбацивање и стигматизација могу имати утицаја и на породицу особе која се налази на извршењу затворске казне, према којој чланови заједнице такође могу имати непријатељске и негативне ставове.

На ставове уже и шире друштвене заједнице према осуђеном утичу многобројни фактори, а као један од фактора који има утицаја истиче се и врста учињеног кривичног дела. Друштвена заједница, у ситуацијама када се ради о кривичним делима, којима су угрожена она права и слободе којима се у друштву придаје највећа вредност учестало реагује.³⁶ С друге стране, дела која се у одређеној средини не осуђују, односно дела која се сматрају мање друштвено опасним, утичу да појединац по изласку из затвора не доживљава одбацивање у толикој мери и његове везе и контакти са средином нису сасвим покидани.³⁷

Стигматизација осуђених на казну затвора, може узроковати тешкоће у процесу реинтеграције у заједницу, јер доводи до смањења могућности запошљавања, успостављања и одржавања пријатељских и партнерских односа. Такође, стигматизација бивших осуђених и уопште починиоца кривичних дела, угрожава њихову реинтеграцију јер онемогућава промену слике о себи.³⁸

Неприхваћеност појединца по изласку из затвора није последица само његовог понашања и третмана, него је условљена стањем и приликама у друштву и локалној средини у коју се бивши осуђени враћа. Изостајање породичне подршке и друштвене помоћи појединцу, првенствено око обезбеђивања средстава за живот, утичена могућност успешнереинтеграције у друштвену заједницу.³⁹ Приликом реинтеграције бивших осуђених у сеоску средину истиче се проблем мале средине. Село као средина је склоно осудама, изолацији и неправштању, темање средине углавном теже праштају незаконита понашања, што свакако отежава и онако тешку реинтеграцију.⁴⁰ Када је реч о градској средини, наводи се да

³⁵ Ј. Горан, *Негативне последице извршења казне затвора*. Магистарска теза. Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2007, 1.

³⁶ В. Петровић, *op. cit.*, 124.

³⁷ Б. Кнежић, *op. cit.*, 248.

³⁸ М. Lotar, Ž. Kamenov, M. Lebedina Manzoni, “Spolne razlike u stigmatizaciji osuđenih počinitelja kaznenih djela”, *Kriminologija i socijalna integracija*. Vol. 18, Br. 2, Zagreb, 2010, 22.

³⁹ Б. Кнежић, *op. cit.*, 242.

⁴⁰ *Ibid.*, 249.

би процес реинтеграције требало тећи једноставније у односу на потешкоће које постоје на селу. У већој средини постоји и већа анонимност, па самим тим и негативни ставови према бившим осуђеним мање долазе до изражаја.⁴¹

Имајући у виду проблеме са којима се бивши осуђени суочавају након извршења затворске казне, евидентно је да промене које настају услед третманског процеса, стварна промена осуђеног и његова жеља да се поново интегрише у друштвену заједницу, нису примарно значајни. Стога, отклањање предрасуда о осуђенима, успостављање адекватних веза са члановима породице, прихватање од стране друштвене заједнице и остваривање приступа тржишту рада представљају важне механизме који су неопходни како би се бивши осуђени реинтегрисао у друштвену заједницу.

4. РЕЦИДИВИЗАМ КАО НЕУСПЕХ РЕИНТЕГРАЦИЈЕ

Делотворност изречених и извршених затворских казни се најшћешће мери преко рецидивизма. Са аспекта (не)успешне реинтеграције осуђених посебна пажња се посвећује пеналном рецидивизму. Пенални рецидивизам може бити посматран као неуспех у затворском третману, који настаје због неадекватног, некавалитетно спроведеног затворског третмана, али и због одсуства истог; као неуспех осуђеног да се интегрише у заједницу након извршене затворске казне и као неуспех друштвене заједнице да прихвати осуђеног након отпуста.⁴² Недостатак третманског процеса у затвору и недостатак постпеналног прихвата, директно утичу на проблем пеналног рецидивизма.⁴³

На појаву рецидивизма утиче низ фактора. То су егзогени фактори везани за друштвене околности и утицаје из спољашње средине и ендогени фактори везани за карактеристике личности рецидивиста.⁴⁴ Узроке рецидивизма треба сагледавати кроз деловање следећих фактора: сиромаштво, незапосленост, лоши породични односи, низак образовни ниво, примена неодговарајућег третмана приликом извршења казне, криминална инфекција, претерано прилагођавањена

⁴¹ Ј. Драгојловић, „Проблем реинтеграције бивших затвореника у друштвену заједницу“, *Култура полиса*, Вол. 25, Београд, 2014, 439.

⁴² Н. Bierens, J. Carvalho, “Semi-nonparametric competing risks analysis of recidivism”. *Journal of Applied Econometrics*, Vol. 22, No. 5, 2007, 971-993.

⁴³ Н. Мацановић, „Рецидивизам“, *Социјална мисао*, Вол. 63, 2007, Београд, 169-177.

⁴⁴ С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *Криминологија*. Прометеј, Београд, 2010, 235.

услове живота у затвору, неадекватно прихватање од стране друштвене заједнице након изласка из затвора и неадекватан постпенални прихват.⁴⁵

На глобалном нивоу рецидивизам је озбиљан проблем, јер се креће и до 80% у великом броју земаља.⁴⁶ У Републици Србији до сада није рађена систематска и свеобухватна анализа којом би се добили прецизни подаци о броју рецидивиста. Актуелно доступни подаци о рецидивизму у Србији указују на поражавајуће чињенице. Ауторка Илијић наводи да се стопа рецидивизма, као најчешће коришћени параметар успешности затворске казне, у нашој земљи креће изнад 50%, мада доступни подаци варирају у зависности од извора и критеријума, односно мере рецидивизма. Поменута ауторка додаје да се у доступним подацима не наводи податак да ли се ради о особама које су поново осуђене или о онима које су опет упућене на извршење затворске казне (пенални рецидивизам).⁴⁷ Према статистичким подацима Управе за извршење кривичних санкција, у периоду од 2011. до 2013. године, између 53 и 58% осуђених у Србији били су рецидивисти.⁴⁸ На основу резултата добијених истраживањем које је вршено у Окружном затвору Ужице и Казнено-поправном заводу Падинска Скела, долази се до податка да је у две поменуте установе, током 2016. године, проценат легалних рецидивиста износио око 70%.⁴⁹

5. ЗНАЧАЈ ПОСТПЕНАЛНОГ ПРИХВАТА ЗА СМАЊЕЊЕ РЕЦИДИВИЗМА

Да би дошло до успешне реинтеграције осуђеног, те смањења рецидивизма, могу се предузети бројне активности које би допринеле остварењу тога циља. С тим у вези, а имајући у виду факторе који доприносе појави рецидивизма, као и проблеме са којима се осуђени сусрећу након отпуста са извршења казне затвора пажњу је потребно усмерити на: избегавање казне затвора, те изрицање алтернативних санкција у случајевима када је то могуће и оправдано; укључивање

⁴⁵ С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op.cit.*, 235.

⁴⁶ З. Стевановић, Ј. Играчки, „Дужина затворске казне и рецидивизам.“ *Ревизија за криминологију и кривично право*, Вол. 49, Београд, 2011, 120.

⁴⁷ Љ. Илијић, „Затворска казна и ресоцијализација - фактори не/успјешности“. У: М. Хугсон и З. Стевановић (Ур.), *Криминал и друштво Србије – изазови друштвене дезинтеграције, друштвене регулације и очувања друштвене средине* (303-316). Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015, 305.

⁴⁸ Д. Васиљевић-Продановић, *op.cit.*, 169.

⁴⁹ В. Петровић, „Осуђени рецидивисти и социјално патолошке појаве“. У: Ј. Петровић и Г. Јованић (Ур.), *Друштвене девијације – Аномија друштва и посљедице* (347-356), Центар модерних знања, 2017, 353.

осуђених у програме који се спроводе у затворима, а који су ускладу са процењеним потребама, капацитетима и ризицима конкретне особе; наставак услуга које су покренуте у затвору и након повратка у заједницу, у циљу одржавања позитивних промена; усмеравање на целокупну личност осуђеног, уз укључивање породице; потенцирање сарадње и комуникације између органа старатељства, особља затвора, невладиних организација и свих других релевантних институција које пружају социјалне услуге у циљу лакше реинтеграције након отпуста.⁵⁰

Неуспешна реинтеграција осуђених се негативно одражава на друштво, како финансијски, тако и у погледу јавне безбедности. Подаци о високој стопи рецидивизма неминовно покрећу питање постпеналне помоћи која има двоструки ефекат. С једне стране, постпенална помоћ пружа услуге бившим осуђенима у решавању проблема везаних за становање, запошљавање, финансије, породичне односе, што омогућава лакши прелазак из затвора у социјалну средину. С друге стране, штити јавност од потенцијалне штете која би настала уколико особа рецидивира. Стога је постпенална помоћ изузетно важна, како за бивше осуђене, тако и за државу, јер уколико се успешно реализује, стопа рецидивизма ће се смањити. Самим тимби се смањила и пренасељеност пеналних установа, што биутицало на мању потрошњу државних средстава и улагања у затворски систем.⁵¹

Сав напор пеналног третмана показује се узалудним, уколико осуђени након извршења казне затвора бива препуштен сам себи. Посебан проблем представља чињеница да одласком на извршење затворске казне особа често губи контакте са социјалним окружењем из којег долази, што умногоме може утицати на успешну реинтеграцију. Из тог разлога посебно место заузима пружање помоћи осуђеним лицима непосредно пре пуштања на слободу и у прво време после напуштања затвора.⁵² Ова помоћ је осуђеном неопходна како би се интегрисао у заједницу, те поштовао друштвене норме и вредности. Поред тога, адекватна постпенална заштита може смањити поновно криминално понашање. У складу са наведеним, третман осуђених не би требало да постоји само у институционалној фази ресоцијализације, већ се мора наставити у постпеналном периоду, како не би пропали уложени напори који су

⁵⁰ M. Borzycki, E. Baldry, Promoting integration: The provision of Prisoner Post-release services. *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*. No. 262. Australian Institute of Criminology, 2003, 3.

⁵¹ A. Gruevska-Drakulevski, "Post penal assistance of ex-prisoners - The case of the Republic of Macedonia". *Iustinianus Primus Law Review*, Vol, 3, No. 1, 2012, 4-5.

⁵² Д. Атанацковић, *Пенологија*. Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1988, 280.

чињени у правцу његове ресоцијализације.⁵³ Важност постпеналног третмана, у нашој земљи, истакнута је и у оквиру позитивноправних норми. У Републици Србији се на законском нивоу придаје пажња постпеналном третману, те је Законом о извршењу кривичних санкција предвиђено да се лицу отпуштеном са извршења казне затвора пружа неопходна помоћ и подршка како би се умањио ризик вршења нових кривичних дела и како би му се олакшао успешан повратак у заједницу.⁵⁴

6. ЗАКЉУЧАК

Посматрајући податке о рецидивизму у Републици Србији, можемо закључити да се на плану промене осуђених постиже мало. Рецидивизам који се, према доступним подацима, креће од 50 до 70% неспорно указује на чињеницу да затворски третман и постпенални прихват не функционишу. Евидентно је да је реинтеграција осуђених након отпуста отежана, што доприноси поновном чињењу кривичних дела и повратку у затворски систем. Осуђени су особе за које је утврђено да не поштују законски дефинисане норме. Након отпуста из затворске установе, без обзира на третман који је спроведен и колико год он био делотворан, не може се очекивати да бивши осуђени неће поново вршити кривична дела, уколико на слободи изостане адекватна помоћ и подршка. Низак образовни ниво, одсуство са тржишта рада, стигматизација и одбацивање од друштвене средине и нарушени породични односи само су неки од многобројних фактора који отежавају реинтеграцију осуђеног у друштвену заједницу. Како на појаву рецидивизма утичу и фактори који утичу и на појаву примарног криминалитета, евидентно је да се на плану промене мало постиже, те да се рецидивиста враћа у затвор са проблемима које је имао и приликом првог чињења кривичног дела. У Републици Србији, постоје законске норме које дефинишу активности и процес постпеналног прихвата, који би требало удружено са третманским процесом да допринесе даљем нечињењу кривичних дела, односно успешној реинтеграцији. Показатељ неуспешности предузетих активности је рецидивизам осуђених. Стога је потребно већу пажњу усмерити на постпенални прихват, као последњу фазу у процесу извршења затворске казне и процеса ресоцијализације осуђених. Потреба за адекватним организовањем постпеналног прихвата се јавља пре свега у циљу смањења рецидивизма, те заштите друштвене заједнице.

⁵³ Д. Атанацковић, *op cit.*, 280.

⁵⁴ Чл. 8. ЗИКС.

ЛИТЕРАТУРА

Атанацковић Драгољуб, *Пенологија*. Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1988.

Васиљевић-Продановић Даница, „Постпенална помоћ: Карика која недостаје“. У: М. Вуковић (ур.) 9. *Међународни научни скуп Специјална едукација и рехабилитација данас: Зборник радова* (169-173), Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2015.

Драгојловић Јоко, „Проблем реинтеграције бивших затвореника у друштвену заједницу“, *Култура полиса*, Вол. 25, Београд, 2014, 433-443. Закон о извршењу кривичних санкција – ЗИКС - „Службени гласник РС“, бр. 55/2014.

Илијић Љепосава, *Утицај образовања и професионалног оспособљавања на редукацију ризика рецидивизма код осуђених лица*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016.

Илијић Љепосава, „Затворска казна и ресоцијализација - фактори не/успјешности“. У: М. Хугсон и З. Стевановић (Ур.), *Криминал и друштво Србије – изазови друштвене дезинтеграције, друштвене регулације и очувања друштвене средине* (303-316). Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2015.

Илијић Љепосава, Маљковић Марија, „Постинституционални третман осуђеника“. *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Вол. 34. бр. 1, Београд, 2015, 181-192.

Јованић Горан, *Негативне последице извршења казне затвора*. Магистарска теза. Универзитет у Београду – Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2007.

Јованић Горан, „Алтернативне санкције у неонаталном инкубатору“. У: Г. Јованић и Ј. Петровић (Ур.), *Пробација и алтернативне кривичне санкције, могућности и перспективе* (8-23), Центар модерних знања, Бања Лука, 2016.

Јованић Горан, Петровић Вера „Потребе, пракса и ефективност образовања и професионалног оспособљавања осуђених“, *Специјална едукација и рехабилитација*, Вол. 16, бр. 2, Београд, 2017, 199-221.

Кнежић Бранислава, „Реинтеграција бивших затвореника у сеоску средину“, *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, Вол. 29, бр. 2, Београд, 2010, 241-252.

Константиновић-Вилић Слободанка, Николић-Ристановић Весна, Костић Миомира, *Криминологија*. Прометеј, Београд, 2010.

Мацановић Небојша, Надаревић Дамир, *Пенолошка андрагогија*. Европски дефендологија центар за научна, политичка, економска,

социјална, безбједносна, социолошка и криминолошка питања, Бања Лука, 2014.

Мацановић Небојша, „Рецидивизам“, *Социјална мисао*, Вол. 63, 2007, Београд, 169-177.

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

Министарство правде Републике Србије. *Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција*, 2013.

Петровић Вера, „Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин“. У: О. Јовић-Прлаиновић (Ур.), *Зборник радова*, „Национално и међународно право – Актуелна питања и теме“ (111-130), Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2017.

Петровић Вера, „Осуђени рецидивисти и социјално патолошке појаве“. У: Ј. Петровић и Г. Јованић (Ур.), *Друштвене девијације – Аномија друштва и последице* (347-356), Центар модерних знања, Бања Лука, 2017.

Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица "Службени гласник РС", број 66/2015.

Република Србија, Републички завод за статистику. *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде*, Београд, 2016.

Стевановић Зоран, Играчки Јасмина, „Дужина затворске казне и рецидивизам.“ *Ревизија за криминологију и кривично право*, Вол. 49, Београд, 2011, 119-130.

Bierens Herman, Carvalho John, "Semi-nonparametric competing risks analysis of recidivism". *Journal of Applied Econometrics*, Vol. 22, No. 5, 2007, 971-993.

Bloom Dann, *Employment-Focused Programs for Ex-Prisoners: What have we learned, what are we learning and where should we go from here?* National Poverty Center, Gerald R. Ford School of Public Policy, University of Michigan, 2006.

Borzycki Maria, Baldry Elien, Promoting integration: The provision of Prisoner Post-release services. *Trends & Issues in Crime and Criminal Justice*. No. 262. Australian Institute of Criminology, 2003.

Bumiller Kristin, "Bad jobs and good workers: the hiring of ex-prisoners in a segmented economy", *Theoretical Criminology*, Vol. 19, No. 3, 2015, 336-354.

Chin Vivienne, Dandurand Yvon, *Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*. United Nations Office on Drugs and Crime. New York: United Nations, 2012.

Cronin Jake, *The path to successful reentry: The relationship between correctional education, employment and recidivism*. University of Missouri, Institute of Public Policy, Columbia, 2011.

Davis Celeste, Bahr Stephen, Ward Carol, „The process of offender reintegration: Perceptions of what helps prisoners reenter society“, *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 13, No. 4, 2013, 446-469.

Dowden Craig, Serin Ralph, *Anger management programming for federal male inmates: An effective intervention (No. R-82)*. Ottawa, Ontario, Canada, Correctional Service Canada, 2001.

Duwe Grant, Clark Valeire, “The Effects of Prison-Based Educational Programming on Recidivism and Employment”. *The Prison Journal*, Vol. 94, No. 4, 2014, 454–478.

Gruevska-Drakulevski Aleksandra, “Post penal assistance of ex-prisoners - The case of the Republic of Macedonia”. *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2012, 4-5.

Keena Linda, Simmons Chris, “Rethink, Reform, Reenter-An Entrepreneurial Approach to Prison Programming”, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol. 59, No. 8, 2015, 837-854.

Kim Ryang, Clark David, “The effect of prison-based college education programs on recidivism: Propensity Score Matching approach”. *Journal of Criminal Justice*, Vol. 41, No. 3, 2013, 196-204.

La Vigne Nancy, Naser Rebecca, Brooks, Lisa Castro Jennifer, “Examining the effect of incarceration and in-prison family contact on prisoner’s family relationships”. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 21, 2005, 314-335.

Laub John, Sampson Robert, *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2003.

Lotar Marina, Kamenov Željka, Lebedina Manzoni Marija, “Spolne razlike u stigmatizaciji osuđenih počinitelja kaznenih djela”, *Kriminologija i socijalna integracija*. Vol. 18, Br. 2, Zagreb, 2010, 15-27.

Petersilia Joan. *When prisoners come home*. Oxford University Press, New York, 2003.

Ramakers Anke, WilsemJohan, Apel Robert, “The effect of labour market absence on finding employment: A comparison between ex-prisoners and unemployed future prisoners”. *European Journal of Criminology*, Vol. 9, No. 4, 2012, 442-461.

Visher Ceistey, “ Incarcerated Fathers: Pathways From Prison to Home”, *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 24, No. 1, 2013, 9-26.

Western Bruce, Pettit Becky, “Incarceration and Racial Inequality in Men's Employment”, *ILR Rewiev*, Vol. 54, No. 1, 2000, 3-16.

Vera PETROVIĆ
Jelena MITROVIĆ

REINTEGRATION AFTER SERVING PRISON SENTENCE

Summary

After serving a prison sentence, it is necessary for the former convict to be reintegrated into the community and to cease further crime committing. Prison sentence does not contribute to recidivism reduction if an adequate post-penalty acceptance of the convict does not exist. The fact that the recidivism rate fluctuates between 50 and 70% of cases indicates that little is achieved in recidivism risk plan in Serbia. Low educational levels, inability to find employment, deteriorated family relationships, lack of motivation to change as well as the public's negative attitude are just a few of the obstacles found on the way of successful reintegration of former convicts. The process of assisting the convict begins in the moment of them entering the prison; however, it needs to continue after the leave from the correction facility. The aim of this paper is to emphasize the factors restricting a successful reintegration of the convicts after serving prison sentence.

Key words: *reintegration, convicts, prison sentence, post-penalty acceptance.*

Рад је предат 20. фебруара 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

ГРАЂАНСКО ПРАВО

Наташа СТОЈАНОВИЋ*

Универзитет у Нишу, Правни факултет

О (НЕ)ОПРАВДАНОСТИ ПОВЕРАВАЊА РАЗВОДА БРАКА ЈАВНИМ БЕЛЕЖНИЦИМА**

Апстракт: Предмет пажње аутора јесу алтернативни модели за развод брака на основу споразума супружника, насупрот бракоразводној судској процедури. Кроз призму решења садржаних у новелираном Грађанском закону Француске, новом Грађанском закону Румуније и новом Породичном закону Словеније осветљавају се основне карактеристике адвокатског развода брака у Француској, развода брака пред матичарем или јавним бележником у Румунији и развода брака пред нотаром у Словенији. Посебан део рада посвећен је предностима и недостацима анализираних алтернативних бракоразводних поступака. Аутор се залаже за то да се јавним бележницима у домаћем праву повери споразумни развод брака супружника који немају заједничке деце над којом врше родитељско право.

Кључне речи: *развод брака, споразумни развод брака, алтернативни модели за развод брака.*

1. Уводне напомене

На европском правном простору, и поред значајних корака, још није хармонизовано породично право,¹ тако да свака држава има своје породичноправне прописе, које, упоредно гледано, карактерише већи или

* Редовни професор, natasa@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, за период од 2013. до 2018. године.

¹ Помак, ипак, постоји, будући да је 2001. године формирана Комисија за европско породично право (*Commission on European Family Law, CEFL*), која је припремила Принципе за породично право у Европи (*Principles for Family Law in Europa*). Детаљније о томе, видети на интернет страници: <http://ceflonline.net>. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

мањи степен различитости, чији су корени у култури, другачијем историјском искуству и менталитету појединих народа.²

Иако готово све европске државе својим грађанима признају право на развод брака,³ у погледу нормирања института развода брака нема унифицираних решења. Без претензија да овде укажемо на све различитости у његовом нормирању, пажњу усмеравамо на основна обележја овог института.

Правни системи појединих европских држава у уређењу овог начина престанка пуноважног брака прихватају основне постулате система развода брака као правног лека (на пример: Немачка,⁴ Мађарска,⁵ Румунија,⁶ Белгија,⁷ Шпанија,⁸ Словенија⁹ и Хрватска¹⁰), док друге, својим прописима оправдавају начела мешовитог система развода брака као правног лека и као казне (примера ради: Француска,¹¹ Енглеска и Велс,¹² Аустрија,¹³ Италија,¹⁴ Грчка,¹⁵ Бугарска¹⁶ и Луксембург¹⁷).

² Вид. М. Т. Meulders-Klein, „Towards a European Civil Code on Family law? Ends and Means“, in: Boele-Woelki, K. (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, 109.

³ Изузетак у том правцу представља само Ватикан. О томе опширније: Т. Hundley, А. Santos, „The Last Country in the World where Divorce is Illegal“, 2015, на интернет страници: <http://foreignpolicy.com/2015/01/19/the-last-country-in-the-world-where-divorce-is-illegal-philippines-catholicchurch/> Приступ остварен 28. децембра 2017. године.

⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hu-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-be-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-si-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹³ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

Потом, поједини правни системи формулишу само један бракоразводни узрок, у случају када један од супружника захтева развод (на пример: Немачка,¹⁸ Мађарка¹⁹ и Бугарска²⁰), док се други опредељују за више бракоразводних узрока (примера ради: Француска,²¹ Енглеска и Велс,²² Аустрија,²³ Румунија,²⁴ Италија,²⁵ Грчка,²⁶ Луксембург,²⁷ Шпанија,²⁸ Белгија²⁹ и Хрватска³⁰).

Осим тога, поједини европски правни системи допуштају супружницима развод брака на основу споразума (на пример: Шпанија,³¹ Немачка,³² Луксембург,³³ Бугарска,³⁴ Грчка,³⁵ Белгија,³⁶ Румунија,³⁷

¹⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-bg-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lu-maximizeMS_EJN-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

¹⁹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hu-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-bg-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²³ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lu-maximizeMS_EJN-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

²⁹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-be-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

Аустрија,³⁸ Француска,³⁹ Мађарска,⁴⁰ Словенија⁴¹ и Хрватска⁴²), док други не прописују овакву могућност (примера ради: Италија,⁴³ Енглеска и Велс⁴⁴).

И на крају, а за нас од нарочитог значаја јесте питање надлежности за развод брака. Већина правних система на европском простору прописује апсолутну надлежност судова за развод брака, у парничном (на пример: Енглеска и Велс,⁴⁵ Бугарска,⁴⁶ Шпанија,⁴⁷ Мађарска,⁴⁸ ⁴⁹

³³ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lu-maximizeMS_EJN-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-bg-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-be-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

³⁹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hu-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-si-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴³ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ew-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-bg-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hu-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁴⁹ Насупрот томе, у мађарском праву, када је реч о регистрованом партнерству, два лица истог или различитог пола, оно може престати и одлуком јавног бележника у ванпарничном поступку. О томе опширније, видети код: L. Asbót-Hermányi, „Javnobeležnički sustav u Mađarskoj“, *Javni bilježnik*, br. 14, Zagreb, 2014, 12.

Белгија,⁵⁰ Италија,⁵¹ Словенија,⁵² Хрватска⁵³ увек, а Грчка,⁵⁴ Аустрија⁵⁵ и Немачка,⁵⁶ у случају развода брака по тужби једног од супружника) или ванпарничном поступку (примера ради: Грчка,⁵⁷ Аустрија⁵⁸ и Немачка,⁵⁹ у случају споразумног развода брака). Има, међутим, и правних система који, поред судске процедуре супружницима који су сагласни да се разведу, омогућавају и развод брака пред јавним бележником (на пример: Румунија,⁶⁰ Шпанија,⁶¹ Луксембург,⁶² а од 2019. године и Словенија),⁶³ пред два адвоката, који сваки понаособ штити интересе једног од супружника (Француска),⁶⁴ или пред матичарем, у посебном управном поступку (Румунија).⁶⁵ Према Породичном закону Републике Србије,⁶⁶ за

⁵⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-be-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-si-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵³ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-hr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁶ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁷ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-el-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁸ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁵⁹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶⁰ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶¹ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-es-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶² Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-lu-maximizeMS_EJN-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶³ На основу Породичног законика Републике Словеније (Družinski zakonik – DZ), „Uradni list RS“, št. 15/2017. Овај законски текст, иначе, почиње да се примењује од 14. априла 2019. године.

⁶⁴ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶⁵ Подаци преузети са интернет странице: https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ro-en.do?member=1. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁶⁶ Породични закон Републике Србије – ПЗ, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

развод брака прописана је парнична процедура, независно од тога да ли развод брака супружници иницирају споразумно или то само један од њих чини.⁶⁷

Предмет наше пажње јесу алтернативни бракоразводни поступци за развод брака које уређују: Грађански законик Републике Француске,⁶⁸ Грађански законик Републике Румуније⁶⁹ и нови Породични законик Републике Словеније, са посебним освртом на питање (не)оправданости иницијативе домаће Јавнобележничке коморе да се разводи бракова на основу споразума супружника повере јавном бележнику.⁷⁰

2. Француско право

Како је већ речено, у савременом француском праву развод брака утемељен је мешовитом систему развода брака као правног лека и казне. Отуда, у основе за развод брака спадају: споразум супружника о разводу брака и његовим правним последицама; затим, сагласност супружника о престанку брака разводом, без постизања договора о његовим дејствима; услед неподношљивог брачног живота и због кривице једног од супружника.⁷¹

Измене и допуне Грађанског законика Републике Француске које су почеле са применом 1. јануара 2017. године, а односе се на развод брака,⁷² уводе у правни систем ове државе, поред већ постојећег судског развода брака, и споразумни развод брака пред адвокатима (тзв. адвокатски развод).^{73 74} Наиме, француски законодавац, руководећи се

⁶⁷ Вид. чл. 209–246 ПЗ.

⁶⁸ Code civil de français – CCF, из 1804. године, version en vigueur au 2 février 2018 на интернет страници <http://www.legifrance.gouv.fr>. Приступ остварен 8. августа 2017. године.

⁶⁹ Codul civil al României – CCR (или Noul Cod Civil) „Monitorul Oficial“, Legea, nr. 287/2009), на интернет страници <http://www.dselex.ro/coduri/civ.pdf>. Приступ остварен 2. августа 2017. године.

⁷⁰ Подаци преузети из дневног информативног часописа „Вечерње новости“, од 6. јула 2017. године, на интернет страници <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.h>. Приступ остварен 29. јула 2017. године.

⁷¹ Вид. чл. 229 CCF.

⁷² Ради се о новелама извршеним на основу Закона 2016-1547 о модернизацији правосуђа XXI века од 18. новембра 2016. године (*Loi 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016*).

⁷³ О типовима развода брака у француском праву, опширније видети на интернет страници: <https://www.notaires.fr/en/differents-types-divorce>. Приступ остварен 8. августа 2017. године.

чињеницом да је велики број развода утемељен на споразуму супружника⁷⁵ и да је у таквим случајевима целисходно растерећење судова, нормирао је овакав модел развода брака, чинећи на тај начин мали револуционарни подухват у сфери породичног права⁷⁶

Суштина ове процедуре за развод брака огледа се у томе да се о разводу брака и његовим последицама супружници саглашавају путем споразума, састављеног у форми приватне исправе (тзв. адвокатске исправе),⁷⁷ уз присуство и ангажовање адвоката обеју страна.⁷⁸

Остваривање права на развод брака у поступку пред адвокатима француски законодавац не допушта, уколико је над једним до супружника успостављен неки од режима заштите.⁷⁹ ⁸⁰ Такође, овај модел развода брака није дозвољен и када супружници имају малолетно дете, способно да расуђује, које је изразило жељу да га судија саслуша у погледу заштите његових права и интереса.⁸¹ ⁸² Споразумни развод брака, без обзира на изражену сагласност супружника о разводу брака и његовим последицама, тада аутоматски прелази у надлежност суда.⁸³

Како би се у доброј мери подједнако заштитили интереси оба супружника који се разводе, француски законодавац инсистира на томе да свако од супружника има свог адвоката. Избор адвоката је на

⁷⁴ Споразумни развод брака у бракоразводном судском поступку уведен је у француско право Законом од 11. јула 1975. године. Опширније о историјату овог института видети код: М. Four-Bromet, „Le nouveau divorce par consentement mutuel“, 2017, на интернет страници: <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/23169-le-nouveau-divorce-par-consentement-mutuel>. Приступ остварен 20. децембра 2017. године.

⁷⁵ Према статистичким подацима из 2014. године, на територији Републике Француске разведено је 125.000 бракова, а 70.000 бракова престало је на основу споразума супружника. Подаци преузети од: С. Ferre-Darrican, „Divorce sans juge et par acte d’avocat“, 2017. на интернет страници: <https://ferreavocats.com/2017/01709/divorce-sans-juge-et-par-acte-davocat/et>. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ На основу чл. 1374 ССФ.

⁷⁸ Вид. чл. 229-1 ССФ.

⁷⁹ На основу чл. 229-2, ст. 2, у вези са чл. 425–494 ССФ.

⁸⁰ Исто важи и када су се супружници сагласили да се споразумно разведу у судском поступку. Вид. чл. 249-4 ССФ.

⁸¹ Вид. чл. 229-2 ССФ.

⁸² Француски законодавац не појашњава ближе како се штите интереси малолетног детета које још није способно да расуђује, у случају да су супружници постигли сагласност да се разведу уз анагажовање адвоката. На ту могућу опасност у пракси већ је указано у француској стручној литератури. О томе детаљније видети код: С. Ferre-Darrican, *op. cit.*

⁸³ Опширније: *Ibid.*

супружницима и не зависи од тога где је седиште њихове канцеларије, нити од тога којој адвокатској комори припадају.⁸⁴ Адвокати су, пре свега, дужни да супружника чије интересе штите јасно и потпуно информишу о последицама развода брака.⁸⁵ Адвокати су, код ове бракоразводне процедуре, једини овлашћени да саставе споразум (са свим прописаним елементима) о разводу брака, који мора да буде у служби заштите интереса супружника и њихове деце, али и да воде рачуна да он буде плод сагласне, слободне и јасне воље супружника.⁸⁶

Обавезно ангажовање адвоката од стране оба супружника може имати за последицу повећање бракоразводних трошкова, у односу на развода брака пред судом. Осим тога, врло је вероватно да ће усаглашавање адвоката око састављања споразума о разводу брака имати утицаја и на дужину трајања самог поступка за развод брака.⁸⁷

Према слову Грађанског законика Републике Француске, споразум супружника о разводу брака и његовим дејствима се не претпоставља и он мора да има одређену садржину. У супротном, то има за последицу ништавост споразума.⁸⁸

У споразуму о разводу брака морају да буду наведени подаци о супружницима (име и презиме, датум и место рођења, националност, пребивалиште, датум и место склапања брака) и њиховј деци. Осим тога, инсистира се на подацима о адвокатима који заступају супружнике, са назначењем њиховог имена и презимена, професионалне адресе, правне форме канцеларије адвоката и адвокатске коморе у којој су учлањени. Такође, обавезна садржина споразума о разводу брака јесте и клаузула о постигнутој сагласности супружника за развод брака и његовим дејствима, у роковима наведеним у споразуму. Споразум о разводу брака мора да садржи и модалитет потпуног регулисања развода брака, сагласно одговарајућим законским решењима,⁸⁹ као и имовински режим супружника. Обавезни елемент споразума о разводу брака јесте и клаузула којом се потврђује да су родитељи своје малолетно дете,

⁸⁴ M. Massou dit Labaquère, „Le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel“, 2016, на интернет страници: <https://www.village-justice.com/articles/nouveau-divorce-par-consentiment-mutuel-conventionnel.23855.html>. Приступ остварен 20. новембра 2017. године.

⁸⁵ M. Trinquet Maître, „Divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats“, 2016, на интернет страници: <http://www.elledivorce.com/html/juridique/he-nouveau-divorce-tout-ce-qu-it-faut-savoir.php.5>. Приступ остварен 18. октобра 2017. године.

⁸⁶ C. Ferre-Darrican, *op. cit.*; M. Trinquet Maître, *op. cit.*

⁸⁷ M. Four-Bromet, *op. cit.*

⁸⁸ Вид. чл. 229-3 CCF.

⁸⁹ Вид. чл. 263-285-1 CCF.

способно да расуђује, обавестили о праву да може да га саслуша судија под условима прописаним законом,⁹⁰ и да оно не жели да искористи ову правну могућност. Према одредбама Законика о грађанском поступку,⁹¹ споразум супружника о разводу брака, такође, мора да садржи име јавног бележника, који има обавезу да прими ову исправу и да је стави међу остала оригинална документа на чување.⁹² Осим тога, према истом законском тексту, у споразум о разводу брака обавезно се уносе подаци о вредности добара или права, додељених на име издржавања супружника,⁹³ као и, ако се алиментација даје у виду доживотне ренте: модалитете наплате, правила ревизије потраживања и казнене мере у случају неиспуњења уговорне обавезе^{94 95}

По редовном току ствари, адвокати супружника састављају споразум о разводу брака и његовим правним последицима.⁹⁶ Сваки од адвоката странци коју заступа шаље предлог споразума о разводу. Како би се у овом домену обезбедила сигурност правног промета, француски законодавац инсистира на томе да се нацрт споразума шаље преопрученим писмом са захтевом за потврду његовог пријема. У циљу избегавања пренагљених одлука супружника у погледу развода брака, слово закона налаже супружницима, под претњом ништавости, да не

⁹⁰ Ово овлашћење детету је признато на основу чл. 388-1 ССФ који гласи: Став 1 „У свим поступцима који се тичу малолетног детета способног да расуђује, њега може, под условима из одредаба којима се предвиђа његово учешће или сагласност, да саслуша судија или, ако је то у његовом интересу лице које именује“. Став 2 „Ово саслушање је легитимно када га затражи малолетно дете. Уколико дете одбије разговор, судија процењује основаност дететовог одбијања. Дете се може појавити само приликом саслушања, у пратњи адвоката или лица које оно изабере. Уколико се чини да овај избор није у складу са интересима малолетног лица, судија може да одреди неку другу особу“. Став 3 „Саслушање малолетног детета не даје детету својство странке у поступку“. Став 4 „Судија треба да се увери да је малолетно лице било обавешето о свом праву да буде саслушано и да се саслушање обави у присуству адвоката“.

⁹¹ Code de procedure civile français из 1975. године – CPCF, version en vigueur au 31. décembre 2017, на интернет страници: <https://www.legifrance.gouv.fr/affich.do?cid/exte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20171231>. Приступ остварен 30. децембра 2017. године.

⁹² Вид. чл. 1144-1 СРСФ.

⁹³ Вид. чл. 1144-3 СРСФ.

⁹⁴ Вид. чл. 1144-4 СРСФ.

⁹⁵ Детаљније о томе код: М. Four-Bromet, *op. cit*; М. Trinquet Maître, *op. cit*.

⁹⁶ У стручној правној литератури с правом је примећено да ће то редовно бити само један од адвоката, који ће прво свог колегу адвоката упознати са нацртом споразума о разводу, а потом и странке. Опширније код: М. Massou dit Labaque, *op. cit*.

смеју да потпишу споразум о разводу пре истека рока за размишљање који траје 15 дана, рачунајући од дана његовог пријема.⁹⁷

Иако француски законодавац није у томе изричит, из слова и смисла одредаба посвећених овом бракоразводном поступку проистиче да супружници заједно и у исто време са својим адвокатима потписују споразум о разводу брака⁹⁸ Споразум о разводу редовно се саставља у три оригинална примерка. По један задржава сваки од супружника, а један се шаље јавном бележнику, ради чувања. Могуће је састављање и четвртог оригинала, да би се могле обавити формалности уписа у јавне књиге,⁹⁹ а нарочито у случају деобе стечених непокретности, када се он пореској управи шаље.¹⁰⁰

Састављање и потписивање споразума о разводу брака од стране супружника и њихових адвоката јесте прва степеница у бракоразводној процедури. Француски законодавац, да би овако сроченом уговору још више дао на значају и допринео доследној примени одговарајућих одредаба, инсистира на томе да овај адвокатски документ мора да буде предат на чување јавном бележнику. У закону, међутим, није ближе одређено који јавни бележник је овлашћен за такву делатност. Отуда следи, да је на то овлашћен практично сваки нотар на територији Републике Француске.¹⁰¹ За адвокате је прописан рок од 7 дана, од дана потписивања споразума, у оквиру кога мора да пошаљу, препорученим писмом, споразум јавном бележнику.¹⁰² Пре самог чина депоновања споразума међу оригинална документа предата на чување, јавни бележник овлашћен је да испита да ли споразум о разводу брака садржи све обавезне елементе и да ли су супружници испоштовали рок за размишљање, пре потписивања споразума.¹⁰³ Он, међутим, нема право да контролише да ли је споразум о разводу израз праве и сагласне воље супружника и да ли су њиме заштићени интереси оба супружника.¹⁰⁴ Јавни бележник има дужност да, у року од 15 дана од дана пријема

⁹⁷ Вид. чл. 229-4 CCF.

⁹⁸ Тако и: С. Ferre-Darrican, *op. cit.* Супротно мишљење код: М. Massou dit Labaquère, *op. cit.*

⁹⁹ Вид. чл. 1145, ст. 1, 3 и 4 CPCF.

¹⁰⁰ Опширније: М. Trinquet Maître, *op. cit.*

¹⁰¹ Тако и: М. Massou dit Labaquère, *op. cit.*

¹⁰² Вид. чл. 1146, ст. 1 CPCF.

¹⁰³ Вид. чл. 229-1, ст. 2 CCF.

¹⁰⁴ С. Elkouby Salomon, L. Gaugain, „Le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel“, 2017, на интернет страници: <https://www.village-justice.com/articles/nouvau-divorce-par-consentement-mutuel-conventionnel.23976.html>. Приступ остварен 10. новембра 2017. године; С. Ferre-Darrican, *op. cit.*

споразума, њега депонује међу оригинална документа која су дата на чување. Он, такође, издаје потврду о депоновању супружницима.^{105 106}

Према слову Грађанског законика Републике Француске, дан када је јавном бележнику споразум о разводу брака предат на чување, сматра се даном развода брака,¹⁰⁷ а трећа лица га могу оспорити тек након уписа у матичне књиге.¹⁰⁸

Уколико супружници не желе да до краја спроведу бракоразводну процедуру која укључује и депоновање споразума о разводу брака код јавног бележника, они имају могућност да се директно обрате суду ради споразумног развода брака.¹⁰⁹

У односу на споразумни развод брака који је једино могућ уз активно учешће адвоката, оба супружника, код споразумног развода брака пред судом довољно је ангажовање једног адвоката кога је брачни пар одабрао.¹¹⁰ Оправдање за овакво решење налази се у чињеници да је судија који спроводи поступак за развод брака довољна гаранција да ће интереси оба супружника и њихове деце бити уважени, као и да је сам споразум о разводу брака и његовим последицама продукт њихове стварне, слободне и јасне воље.¹¹¹

Процена судије да споразум о разводу брака није одраз праве воље супружника и да њиме недовољно штите интереси деце или интереси неког од супружника има за последицу одбијање потврђивања споразума.¹¹² Супружници могу у року од шест месеци, од дана када је првобитни споразум одбијен, поднети нови споразум о разводу брака.¹¹³ Уколико надлежни судија поново одбије да га одобри или супружници не поднесу модификовани споразум у наведеном року, сматра се да супружници нису тражили развод брака.¹¹⁴

¹⁰⁵ Вид. чл. 1146, ст. 3 СРСФ.

¹⁰⁶ У француском праву, осим овог овлашћења које се даје јавном бележнику, када је реч о разводу брака, у његову надлежност спада и ликвидација брачног режима и подела брачне имовине. Опширније о томе видети код: М. Four-Bromet, *op. cit.*

¹⁰⁷ Вид. чл. 229-1, ст. 2 ССФ.

¹⁰⁸ Детаљније: С. Ferre-Darrican, *op. cit.*

¹⁰⁹ М. Four-Bromet, *op. cit.*

¹¹⁰ Вид. чл. 250, ст. 1 ССФ.

¹¹¹ М. Massou dit Labaquère, *op. cit.*

¹¹² Вид. чл. 232 ССФ.

¹¹³ Вид. чл. 250-2, ст. 2 ССФ.

¹¹⁴ Вид. чл. 250-3 ССФ.

3. Румунско право

Полазећи од основних постулата система развода брака као правног лека,¹¹⁵ у савременом румунском праву брак може бити разведен по више основа: ако супружници постигну сагласност о разводу и његовим последицама;¹¹⁶ услед немогућности да се наставе брачни односи због тога што су непоправљиво оштећени, уколико један од супружника захтева развод, а супружници су већ одвојени најмање две године; ако један од супружника тражи развод брака, а притом пати од болести због које је немогуће наставити брак.¹¹⁷

У односу на бракоразводну процедуру пред судом коју је нормирао и стари Грађански кодекс, нови Грађански законик Републике Румуније, прилагођавајући право менталитету румунског друштва и његовим потребама, уводи као новину два ванпарнична поступка за развод брака: поступак за развод брака пред нотаром и поступак за развод брака пред матичарем^{118 119}

Нотарски развод брака допуштен је ако супружници који хоће да се разведу постигну договор о разводу и презимену које ће после развода носити. Иако нови Грађански законик то изричито не спомиње, у контексту услова потребних за споразумни развод брака, став је теорије

¹¹⁵ Стари Грађански кодекс Румуније из 1865. године развод брака је заснивао на комбинованом систему развода брака као правног лека и казне. О томе, опширније видети код: А. Rebeleanu, Р. Т. Hărăgus, С. Mureșan, „Family policies: Romania (2014)“, на интернет страници: <http://www.perfar.eu/policy/family-children/romania>. Приступ остварен 7. јуна 2017. године.

¹¹⁶ Све до ступања на правну снагу Закона бр. 59/1993 („Monitorul Oficial“, Legea, nr. 59/1993) Румунија није признавала могућност споразумног развода брака. Стање се мења управо овим законским текстом, чија су решења била уграђена у Грађански законик, али сагласност супружника о разводу брака била је условљена трајањем брака најмање годину дана, као и непостојањем малолетне деце (чл. 38, ст. 2 овог законског текста). Према новом Грађанском законнику, споразумни развод брака могућ је, независно од тога колико је брак трајао и да ли супружници имају малолетну децу. Вид. чл. 374 ССР.

¹¹⁷ Вид. чл. 373 ССР.

¹¹⁸ Наиме, ова два поступка за развод брака уграђена су у румунски правни систем Законом бр. 202/2010 („Monitorul Oficial“, Legea, nr. 202/2010), а потом су и постали интегрални део новог Грађанског законика.

¹¹⁹ Детаљније код: А. Raluca, G. Trincă, „The new trend in the matter of divorce: the divorce by notary procedure“, 2014, на интернет страници: <https://www.lawyr.it/index.php/articles/domestic-focus/398-the-new-trend-in-the-matter-of-divorce-the-divorce-by-notary-procedure>. Приступ остварен 8. августа 2017. године; А. Rebeleanu, Р. Т. Hărăgus, С. Mureșan, *op. cit.*

да се он (без обзира на процедуру) може развести, ако супружници имају правно релевантну и слободно изражену вољу о разводу брака.¹²⁰

Уколико брачни пар има заједничку малолетну биолошку или усвојену децу, потребно је за овај начин развода и њихова сагласност о вршењу родитељског права од стране оба родитеља, о месту пребивалишта детета, начину одржавања односа између детета и родитеља са којим дете неће живети и одређивању висине и начина издржавања детета.¹²¹ Од супружника се не захтева да споразум о овим питањима буде у писаној форми. Неуспех у постизању сагласности било чега наведеног спречава нотари да поступи у конкретном случају и разведе брак, већ, напротив, он мора да одбије захтев за развод брака и упути супружнике да се, ради развода брака, обратe суду.¹²²

Како се може видети, румунски законодава не условљава споразумни развод брака пред нотаром договором супружника о осталим последицама развода брака, на пример, подели заједнички стечене имовине, издржавању супружника и слично. Нотар није овлашћен та питања да разматра у поступку за развод брака, али може потврдити споразум супружника о томе, под претпоставком да је он одраз аутономије воље супружника и да је у служби интереса слабијег супружника.^{123 124}

Када супружници одлуче да се разведу пред нотаром, они морају заједно да се обратe надлежном овлашћеном лицу. Дозвољено је и да један од супружника приликом предаје захтева за споразумни развод брака буде заступан од пуномоћника који мора имати специјално пуномоћје.¹²⁵ Супружници имају право да бирају коме ће нотару да се обратe ради развода брака: јавном бележнику места где је брак склопљен

¹²⁰ A. D. Papa, I. F. Tăpus, „Notary procedure and judicial procedure for the divorce with spouses’ agreement“, in *Challenges of the Knowledge Society. Private law*, 2013, 345, на интернет страници: https://cks.univnt.ro/uploads/cks_2013.../index.php?dir... Приступ остварен 12. августа 2017. године.

¹²¹ Вид. чл. 375, ст. 2 CCR.

¹²² N. Crăciun, The divorce by the public notary. Proceedings, *Bulletin of the Tansilvania University of Braşov, Series VII Social Sciencs, Law*, vol. 7 (56), no. 2, Braşov, 2014, 190.

¹²³ A. M. Ardeleanu, „Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over The Romanian Civil Code“, *Acta Universitatis Danubius*, vol. 9. no. 2, Bucharest, 2013, 58; A. D. Papa, I. F. Tăpus, *op. cit.*, 347.

¹²⁴ То овлашћење јавном бележнику непосредно не даје румунско право, али оно проистиче из Принципа 1:7 Европске комисије за породично право који се тичу развода брака и издржавања између супружника. Опширније видети код: A. M. Ardeleanu, *ibid*, 59.

¹²⁵ N. Crăciun, *op. cit.*, 191.

или нотару места последњег заједничког пребивалишта, односно боравишта супружника.

Предлог за споразумни развод брака мора бити у писаној форми и са тачно одређеном садржином из које се види сагласност супружника о свим релевантним питањима.¹²⁶

Нотар мора, стриктно поштујући слово закона, да супружницима, после потписивања предлога за споразумни развод брака и његовог уписа у Национални јавнобележнички регистар за прелог за разводе брака, остави рок од 30 дана (тзв. период за размишљање), како би размислили о својој одлуци да се разведу.¹²⁷ У међувремену, у ситуацији да супружници имају заједничку малолетну биолошку или усвојену децу, потребно је да надлежни орган старатељства састави психолошко-социјални профил детета, како би се утврдило да ли је споразум супружника о вршењу родитељског права у најбољем интересу детета. Такође, у овом периоду потребно је да јавни бележник, уколико је дете навршило 10 година, обави разговор са њим.¹²⁸ Ако родитељи не пристану на то, јавни бележник је дужан да одбије предлог за споразумни развод брака и супружнике упути да у суду остваре своје право на развод.¹²⁹

Када протекне наведени рок, супружници морају доћи лично (није дозвољено заступање), код нотара, како би се до краја спровео бракоразводни поступак. После окончања поступка, јавни бележник доноси одлуку о разводу брака и супружницима уручује потврду о разводу, или ако се нису стекли услови за то (на пример, ако споразум супружника о вршењу родитељског права није, на основу Извештаја органа старатељства у о психо-социјалном профилу детета, у најбољем интересу детета),¹³⁰ одбија предлог за развод брака и упућује супружнике да се обрате суду.

Административни развод брака могућ је једино ако супружници који желе да се разведу немају заједничку биолошку или усвојену децу. Притом, од супружника који желе да се на овај начин разведу, захтева се да постигну сагласност о самом разводу брака као и презумену које ће носити после престанка брака.¹³¹

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Тај период за размишљање може бити и дужи, ако јавни бележник нађе да је захтев супружника у том правцу основан. Видети: N. Crăciun, *op. cit.*, 192.

¹²⁸ На основу чл. 264 CCR.

¹²⁹ A. D. Păra, I. F. Tăpus, *op. cit.*, 347.

¹³⁰ Сви разлози због којих се предлог за споразумни развод брака може одбити садржани су у чл. 376, ст. 5 CCR. О томе опширније, видети код: *ibid*, 348–349.

¹³¹ Вид. чл. 375, ст. 1 CCR.

Према мишљењу које је заступљено у румунској правној литератури споразумни развод брака у административном поступку представља радикалну либарализацију развода брака,¹³² којој се „на терет“ ставља да знатно олакшава пут за развод брака, чиме се поистовећује са обичним уговором.¹³³ С друге стране, оправдава се његово нормирање принципом симетрије правних аката, јер ако се брак закључује сагласном изјавом воља супружника у административном поступку, природна последица таквог правног чина је и развод брака сагласношћу супружника, такође, у административном поступку.¹³⁴

Као и у случају нотарског развода брака, супружници који желе да се разведу у административном поступку имају могућност избора матичара који ће им развести брак, а то је матичар места где је брак закључен или места где је било последње заједничко пребивалиште супружника. По редовном току ствари, супружници заједно, истим писменом, предлажу споразумно развод брака. Надлежни матичар дужан је, као и јавни бележник, да супружницима остави период, у трајању од 30 дана, у коме треба да размисле о својој одлуци да се разведу. Када протекне ово време, оба супружника морају лично да се појаве пред матичарем, како би сада пред њим писмено потврдили своју вољу о разводу брака. Аналогно ингеренцијама јавног бележника, и матичар није овлашћен да разведе брак супружника који не могу да постигну сагласност о презимену које ће носити после развода брака, већ ће их упутити на суд да тамо остваре своје право на развод.

У односу на јавнобележничку процедуру развода брака у Румунији, која омогућава супружницима који желе развод да се одреде за неког од јавних бележника надлежног за споразумни развод брака, код судског, споразумног развода брака ствар је другачија, будући да прописи о парничној процедури¹³⁵ нормирају критеријуме за надлежност судова, али тако да супружници не могу да бирају.¹³⁶ За супружнике, што се тиче јавнобележничког развода брака то је свакако предност, у доносу на

¹³² T. Bodoaşcă and others, *Dreptul Familiei*, Universal Juridic Press, Bucharest, 2013, 353–354.

¹³³ J. Deleanu, *Tratatul de procedură civilă, Vol. II. Noul cod de procedură civilă*, Universal Juridic Press, Bucharest, 2013, 717 и даље.

¹³⁴ O. V. Guga, „Comparative Study Between the Divorce, by Mutual Consent of Spouses, on Administrative Way and the Same Type of Divorce on Judicial Way“, *Revista Academiei Fortelor Terestre*, br. 2 (78), Sibiu, 2015, 180.

¹³⁵ Реч је о Законику о грађанском поступку из 2010. године (Codul de procedură civilă al României – CPCР, „Monitorul Oficial“, Legea, nr. 134/2010). Овај законски текст може се наћи на интернет страници: <https://lege5.ro/gratuit/gmadmobzqg/codul-de-procedura-civila-din-2010>. Приступ остварен 2. јануара 2018. године.

¹³⁶ Вид. чл. 914 CPCР.

споразумни судски развод брака.¹³⁷ Осим тога, споразумни развод брака пред судом, у односу на нотарски развод брака разликује се у томе да уколико супружници не могу да постигну сагласност о последицама развода брака, о томе онда „последњу реч“ даје суд.¹³⁸

4. Словеначко право

Попут румунског права, и у словеначком праву прихваћена су основна начела система развода брака као правног лека. У том контексту, словеначки законодавац као основе за развод брака разликује и нормира споразум супружника о разводу брака и његовим последицама и неподношљив брак, без обзира на узроке који доводе до тога.¹³⁹

У односу на сада важећи Закон о брачним и породичним односима који прописује једино надлежност суда за развод брака и то у посебном парничном поступку,¹⁴⁰ новодонети Породични закон Републике Словеније који, како смо већ рекли још није почео да се примењује, предвиђа, поред судске процедуре и могућност развода брака пред јавним бележником.^{141 142}

Наиме, ради се о томе да супружници без деце над којом се врши родитељско право имају могућност да се предлогом за споразумни развод брака обратe јавном бележнику. Претходно, они морају да се сагласе о подели заједнички стечене имовине, о томе ко ће остати или постати купац стана у коме су заједно живели и, ако има потребе и могућности о издржавању једног од супружника.¹⁴³ Према слову Породичног закона, споразум о разводу брака и његовим последицама мора имати форму

¹³⁷ Тако и: A. Raluca, G. Trincă, *op. cit.*

¹³⁸ Вид. чл. 930 CPCR.

¹³⁹ Вид. чл. 64, у вези са чл. 68 и чл. 70–71 Закона о брачним и породичним односима Републике Словеније (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih – ZZZDR*), „Uradni list SRS“, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 и 82/2015.

¹⁴⁰ Вид. чл. 415–423 Закона о парничном поступку Републике Словеније (*Zakon o pravednom postopku*), „Uradni list“, št. 26/1999, 96/2002, 58/2003, 2/2004, 10/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52/2007, 45/2008, 111/2008, 57/2009, 12/2010, 50/2010, 75/2010, 107/2010, 40/2013, 92/2013, 10/2014, 48/2015, 6/2017 и 10/2017.

¹⁴¹ Упор. чл. 64, ст. 1 ZZZDR са чл. 96 и чл. 97 DZ.

¹⁴² О историјату поверавања јавном бележнику споразумног развода брака, видети детаљније код: В. Ријавец, „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, Београд, 2010, 108–129.

¹⁴³ Вид. чл. 97, ст. 1 DZ.

јавнобележничког записа, а брак се сматра разведеним потписивањем ове јавнобележничке исправе.¹⁴⁴

Породични закона, када је реч о споразумном разводу брака пред судом, остао је веран решењима садржаним у Закону о брачним и породичним односима. Наиме, нови породичноправни прописи овај модел развода брака предвиђају за брачни пар са децом над којом врше родитељско право. Супружници који желе споразумно да се разведу, а имају заједничу децу о којима се старају, морају претходно да постигну договор о заштити, васпитању и њиховом издржавању, као и начину одржавања односа између родитеља и деце. Осим тога, потребно да, у облику извршног нотарског записа, сроче споразум о подели заједнички стечене имовине, али и да се договоре о томе ко ће остати или постати закупац стана у коме су као породица живели и евентуалном издржавању једног од супружника, ако он нема потребних средстава за живот, а без своје кривице је незапослен.¹⁴⁵

Суд, приликом развода брака на основу споразума супружника, мора сам споразум о разводу и његовим последицама пажљиво да размотри, како би се уверио да ли је у служби заштити интереса деце. Суд има право, уколико процени да споразум о разводу брака није у најбољем интересу детета, да одбије предлог за развод брака.^{146 147}

5. Предности и недостаци алтернативних начина развода брака у Француској, Румунији и Словенији

Евидентно је да правила којима се уређују алтернативни начини развода брака у Француској, Румунији и Словенији више одговарају савременом погледу на брак и породицу, и иду за тим да поједноставе бракоразводну процедуру. Истовремено, она су директно супротна старом поимању ових института, који се виде као „правна замка која омогућава да се лако уђе, али је излазак тежак“.¹⁴⁸

Алтернативни начини развода брака у Француској, Румунији и Словенији, сасвим сигурно, помажу или ће помоћи у растеређивању судова од неспорних ствари, што је у потпуном сагласју са Препоруком о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова [бр. Р (86) 12]

¹⁴⁴ Вид. чл. 97, ст. 2 DZ.

¹⁴⁵ Вид. чл. 64, ст. 1 ZZZDR и чл. 96, ст. 1 DZ.

¹⁴⁶ Вид. чл. 96, ст. 2 DZ.

¹⁴⁷ О томе, опширније видети код: В. Novak, *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2017, 115–116.

¹⁴⁸ О. V. Guga, *op. cit.*, 180.

Комитета министара Савета Европе из 1986. године,¹⁴⁹ којом се, поред осталог, предвиђа смањивање „вансудских дужности судија“.

Полазећи од садржине прописа којима су уређени поступци за развод брака пред адвокатима (Француска), јавним бележницима (Румунија и Словенија) и матичарем (Румунија), проистиче да се њиховим спровођењем значајно брже остварује циљ због кога се воде, наравно, ако постоји добра воља супружника у том погледу. Чињеница је, међутим, да два адвоката, када је у питању адвокатски развод брака у француском праву, могу у значајној мери да допринесу трајању бракоразводног поступка, што је у директној вези са повећањем трошкова за развод брака.¹⁵⁰

Остављањем периода за размишљање, пре потписивања споразума, у француском праву од 15 дана, односно у румунском праву од 30 дана, сасвим сигурно омогућава супружницима који желе да се разведу да још извесно време размисле о својој одлуци, пре него што се правно раскине брачна веза. Ова регула, сасвим сигурно, показује добру вољу нормотворца да колико може заштити породицу и омогући њено „оздрављење“, у ситуацију када се односи међу супружницима поремете у тој мери да заједнички живот постане неподношљив.¹⁵¹

У француском праву интереси малолетне деце која нису способна да расуђују нису адекватно заштићена у поступку за развод брака пред адвокатима, будући да се њима не признаје право да их судија саслуша.¹⁵²

Готово пасивна улога јавних бележника у француском праву у поступку за развод брака сасвим сигурно добила би на делотворности да је јавном бележнику омогућено да проверава да ли је споразум о разводу брака плод стварне и сагласне воље супружника, и да ли су њиме у подједнакој мери заштићени интереси оба супружника.

6. Закључна разматрања

Упоредноправни приказ законских решења у појединим савременим европским правним системима показује, поред „владајуће“ бракоразводне судске процедуре, постојање и алтернативних модела за развод брака на основу споразума супружника уз ангажовање јавног бележника, матичара или адвоката.

¹⁴⁹ Recommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts. Приступ остварен 30. августа 2017. године. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

¹⁵⁰ C. Ferre-Darrican, *op. cit.*; M. Four-Bromet, *op. cit.*

¹⁵¹ Тако и: A. Raluca, G. Trincă, *op. cit.*

¹⁵² Тако и: C. Ferre-Darrican, *op. cit.*

Иницијатива јавнобележничке коморе Републике Србије да се споразумни развод брака повери јавним бележницима мора бити размотрена не само са аспекта већ уочених предности и недостатака који се „приписују“ алтернативним поступцима за развод брака у посматраним правним системима, већ и кроз призму реалног стања ствари на простору Републике Србије. Овде посебно треба имати у виду већ постојеће компетенције јавних бележника да приликом развода брака узму у обзир и заштите најбољи интерес детета, али и да уваже у подједанкој мери интересе супружника, као и број и територијалну распоређеност јавних бележника. Поверавање јавним бележницима споразумног развода брака парова без заједничке деце над којом се врши родитељско право има смисла и оправдања из најмање два разлога: прво, у овим случајевима нема потомства које закон нарочито узима у заштиту, те ни могуће грешке око процене њиховог најбољег интереса и друго, тиме се доприноси се растеређењу судова од „пријатељских“ развода бракова.

Под претпоставком да се се јавним бележницима повере споразумни разводи бракова, остаје да се види да ли ће се повећати број развода бракова у Републици Србији. Стиче се утисак да људи, и поред постојања прилично рестриктивне судске процедуре за развод брака, нису довољно свесни суштине и значаја брака, и шире вредности саме породице, и да до развода бракова, судећи барем према статистичким подацима,¹⁵³ долази често. Кључни проблем, по нашем виђењу ствари, није у блажој или строжијој процедури за развод брака и постојању алтернатива судском разводу, већ у економском миљеу друштва које деценијама уназад трпи значајне промене, социјалним превирањима и деградацији основних моралних вредности, утичући на тај начин и на однос људи према браку и породици. Не видимо, отуда, да би бржа и олакшана процедура развода брака пред другим органима, осим суда, могла додатно поткопати темеље ових института.

¹⁵³ Републички завод за статистику, *Статистички годишњак за 2017. годину*, на интернет страници: http://webzrzs.stat.gov.rs/webSite/repository/documents/00/02/64/50/00-Statisticki_godisnjak_Republike_Srbije_2017.pdf, 48.

ЛИТЕРАТУРА

Домаћа литература

Породични закон Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Републички завод за статистику, *Статистички годишњак за 2017. годину*, на интернет страници: http://webrzs.stat.gov.rs/webSite/repository/documents/00/02/64/50/00-Statisticki_godisnjak_Republike_Srbije_2017.pdf, 48.

Ријавец, В. „Улога нотара у грађанском праву Словеније“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, Београд, 2010, 108–129.

Инострана литература

Ardeleanu, A. M. „Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over The Romanian Civil Code“, *Acta Universitatis Danubius*, vol. 9. no. 2, Bucharest, 2013, 51–61. C. Ferre-Darrican, *op. cit.*

Asbót-Hermányi, L. „Јавнобележнички sustav у Мађарској“, *Javni bilježnik*, br. 14, Zagreb, 2014, 9–13.

Bodoaşcă Teodor and others, *Dreptul Familiei*, Universal Juridic Press, Bucharest, 2013.

Code civil des français, из 1804. године, version en vigueur au 2 février 2018, на интернет страници <http://www.legifrance.gouv.fr>. Приступ остварен 8. августа 2017. године.

Codul civil României, из 2009. године, „Monitorul Oficial“, Legea, nr. 287/2009, на интернет страници <http://www.dselex.ro/coduri/civ.pdf>. Приступ остварен 2. августа 2017. године.

Codul de procedură civilă al României, из 2010. године, „Monitorul Oficial“, Legea, nr. 134/2010, на интернет страници: <https://lege5.ro/gratuit/gmadmobzggq/codul-de-procedura-civila-din-2010>. Приступ остварен 2. јануара 2018. године.

Code de procedure civile français, из 1975. године, version en vigueur au 31. décembre 2017, на интернет страници: https://www.legifrance.gouv.fr/affich.do?cid/exte=LEGITE_XT000006070716&dateTexte=20171231. Приступ остварен 30. децембра 2017. године.

Crăciun, N. The divorce by the public notary. Proceedings, *Bulletin of the Tansilvania University of Braşov, Series VII Social Sciencs, Law*, vol. 7 (56), no. 2, Braşov, 2014, 189–196.

Deleanu, J. *Tratatual de procedură civilă, Vol. II. Noul cod de procedură civilă*, Universal Juridic Press, Bucharest, 2013.

Družinski zakonik, „Uradni list RS“, št. 15/2017.

Elkouby Salomon, C. Gaugain, L. „Le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel“, 2017, на интернет страници: <https://www.village-justice.com/articles/nouvau-divorce-par-consentement-mutuel-conventionnel.23976.html>. Приступ остварен 10. новембра 2017. године.

Ferre-Darrican, C. „Divorce sans juge et par acte d’avocat“, 2017. на интернет страници: <https://ferreavocats.com/2017/01709/divorce-sans-juge-et-par-acte-davocat/et>. Приступ остварен 12. децембра 2017. године.

Four-Bromet, M. „Le nouveau divorce par consentement mutuel“, 2017, на интернет страници: <https://univ-droit.fr/la-gazette-juridique/23169-le-nouveau-divorce-par-consentement-mutuel>. Приступ остварен 20. децембра 2017. године.

Guga, O. V. „Comparative Study Between the Divorce, by Mutual Consent of Sposuses, on Administrative Way and the Same Type of Divorce on Judicial Way“, *Revista Academiei Fortelor Terestre*, br. 2 (78), Sibiu, 2015, 177–182.

Hundley, T. Santos, A. „The Last Country in the World where Divorce is Illegal“, 2015, на интернет страници: <http://foreignpolicy.com/2015/01/19/the-last-country-in-the-world-where-divorce-is-illegal-philippines-catholicchurch/>. Приступ остварен 28. децембра 2017. године.

Massou dit Labaquère, M. „Le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel“, 2016, на интернет страници: <https://www.village-justice.com/articles/nouveau-divorce-par-consentiment-mutuel-conventionnel.23855.html>. Приступ остварен 20. новембра 2017. године.

Meulders-Klein, M. T. „Towards a European Civil Code on Family law? Ends and Means“, in: Boele-Woelki, K. (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

Novak, B. *Družinsko pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2017.

Para, A. D. Tăpus, I. F. „Notary procedure and judicial procedure for the divorce with spouses’ agreement“, in *Challenges of the Knowledge Society. Private law*, 2013, 344–354, на интернет страници: https://cks.univnt.ro/uploads/cks_2013.../index.php?dir... Приступ остварен 12. августа 2017. године.

Raluca, A. Trincă, G. „The new trend in the matter of divorce: the divorce by notary procedure“, 2014, на интернет страници: <https://www.lawyr.it/index.php/articles/domestic-focus/398-the-new-trend-in->

the-matter-of-divorce-the-divorce-by-notary-procedure. Приступ остварен 8. августа 2017. године.

Rebeleanu, A. Hărăgus, P. T. Mureșan, C. „Family policies: Romania (2014)“, на интернет страници: <http://www.perfar.eu/policy/family-children/romania>. Приступ остварен 7. јуна 2017. године.

Reommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning mesures to prevent and reduce the excessive workload in the courts. Приступ остварен 30. августа 2017. године. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

Trinquet Maître, M. „Divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats“, 2016, на интернет страници: <http://www.elledivorce.com/html/juridique/he-nouveau-divorce-tout-ce-qu-it-faut-savoir.php>.5. Приступ остварен 18. октобра 2017. године.

Zakon o pravednom postupku, „Uradni list RS“, št. 26/1999, 96/2002, 58/2003, 2/2004, 10/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52/2007, 45/2008, 111/2008, 57/2009, 12/2010, 50/2010, 75/2010, 107/2010, 40/2013, 92/2013, 10/2014, 48/2015, 6/2017 и 10/2017.

Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, „Uradni list SRS“, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 и 82/2015.

Nataša STOJANOVIĆ

Full Professor Faculty of Law, University of Niš

ON THE (UN)JUSTIFIABILITY OF ENTRUSTING DISSOLUTION OF MARRIAGE TO NOTARIES PUBLIC

Summary

The subject of the author's attention are alternative models for dissolution of marriage on the basis of a divorce settlement agreement, as opposed to a divorce court procedure. Through a prism of the solutions contained in the amended French Civil Code, the new Civil Code of Romania, and the new Family Code of Slovenia, some basic characteristics of a divorce by mutual contractual consent in France; a divorce before a registrar or notary public in Romania; and a divorce before a notary public in Slovenia are illuminated. A separate part of the paper is dedicated to the advantages and disadvantages of the analysed alternative models for a dissolution of marriage. The author advocates for entrusting a divorce by mutual consent of the spouses who have no common children over who they exercise parental rights to notaries public in domestic law.

Key words: *dissolution of marriage, divorce by mutual consent, alternative models for dissolution of marriage.*

Рад је предат 5. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Rodna ŽIVKOVSKA*

Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Ss. Cyril and Methodius”,
Skopje, Macedonia

Tina PRŽESKA**

Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Ss. Cyril and Methodius”,
Skopje, Macedonia

NULLITY OF LEGAL TRANSACTIONS

Summary: The paper analyses the types of nullity and reasons for nullity of legal transaction in the legal system of the Republic of Macedonia and comparative law. Contemporary civil law recognizes two types of nullity of legal transaction (absolute and relative). Some civil codes and laws clearly state the difference between absolutely null and relatively null legal transaction such as: the Italian Civil Code, Macedonian Law of Obligations, Serbian Law of Obligations, Croatian Law of Obligations and the Law of Obligations of Montenegro. Other civil codes and laws like the German Civil Code, French Civil Code, Spanish Civil Code, and the Swiss Law of Obligations, make no clear distinction between absolute and relative nullity, but attribute different consequences to nullity depending on the reasons for nullity. Civil doctrine on the other hand, depending on the reasons for nullity, places null transaction into three categories: Non-existent legal transaction, absolutely null legal transactions (void transactions) and relatively null legal transactions (voidable transactions).

Key words: *contracts, legal transactions, nullity, voidable transactions, civil law.*

Civil law relations are voluntary relations enacted under the principle of free initiative. This means that persons (natural and juridical) are granted the opportunity to feely create, change or terminate civil law relations in the boundaries that the law determines. One of the instruments they use to enact their free initiative is the legal transaction.

The term “legal transaction” is an abstraction created by pandect legal theory in Germany and continued to develop in contemporary civil law.

* Full-time professor

** Associate professor, t.przeska@pf.ukim.edu.mk

Modern civil doctrine defines legal transaction as “expression of will of a person directed towards creation, change or termination of civil law relations”¹. It includes unilateral legal transactions (where the will of one party operates)² and contracts (legal transaction created by consent of will of both parties).

Macedonian law recognizes the abstract term of legal transaction, however there are no precise provisions that define its scope and meaning. Different laws attribute different meanings to it, but we can still derive that unilateral legal transactions and contract all fall under the term legal transaction if we consider the provision of the Macedonian Law of Obligations (article 76 (1))³. In European comparative law the term “legal transaction” is found in the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) in a separate Division 3 - Legal Transactions (§ 104-185). The Swiss Law of Obligations (Obligationenrecht), and the French Civil Code (Code Civil) have no general provisions for legal transactions but they use the terms agreement, contract or transaction. The Italian Civil Code (Codice Civile), also lacks general provisions for legal transactions, however part IX of the Code contains provisions that define contracts, torts and other legal acts and actions as sources of obligations (art. 1173). Similar, the Spanish Civil Code (Código Civil) defines contracts, quasi – contracts and torts as sources of obligations (art. 1089). Serbian Law of Obligations (Zakon o obligacionim odnosima), Croatian Law of Obligation (Zakon o obveznim odnosima⁴) and The Law of Obligations of Montenegro (Zakon o obligacionim odnosima⁵) also recognize the term legal transaction.

Legal transactions when concluded produce certain legal effect for the parties in civil law relations, and sometimes for third parties as well. However, for a legal transaction to produce the intended legal effect, all legal conditions must be met. Different types of legal transactions require different legal conditions for their conclusion, but as most important we single out: capacity to contract; consent; permitted, possible and determined subject; permitted cause; form and other conditions prescribed by law (consent from the legal representative, permit and etc.). When the concluded

¹ See: О. Станковић, В.В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004, р. 160; Р. Ковачевић - Куштримовић, *Грађанско право*, Ниш, 1996, р. 144.; М. Vedriš, Р. Klarić, *Грађанско право, 8. izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2004, р. 101; Д. Попов, *Грађанско право (општи део), Пето измењено и допуњено издање*, Нови Сад, 2007, р. 183.

² We use the term unilateral legal transaction for all legal transactions created by the expressed will of one person, and under that term we include unilateral contracts and wills.

³ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 18/2001.

⁴ Official Gazette of the Republic of Croatia, number 35/2005.

⁵ Official Gazette of the Republic of Montenegro, number 47/2008.

legal transaction fails to meet the legal requirements it is considered to be null and void. Depending on the reasons for nullity the legal theory places null legal transactions in to three categories: non-existing legal transactions, absolutely null legal transactions (void) and relatively null legal transactions (voidable).

The Macedonian Law of obligations recognizes only two types of nullity of legal transaction: absolutely null legal transaction and relatively null legal transaction. The main consequence in both cases is annulment of the transaction. However there are differences between absolute and relative nullity with respect to the persons who are authorized to submit a claim for nullity, the deadlines for submitting the claim for nullity, and differences concerning restitution, liability for damages, convalidation (affording legal effect to a null legal transaction) and conversion (transformation of a null into a valid legal transaction).

With respect to comparative law, we note that the French Civil Code doesn't make a strict differentiation between absolute and relative nullity. It refers to nullity in general and it considers nullity as one of the reasons for termination of agreements. The general deadline for claiming nullity is five years, unless the law stipulates otherwise (art. 1304).

The Spanish Civil Code also makes no strict division between absolute and relative nullity of agreements. However, it does state that agreement may be annulled if it is contrary to the interest of the contracting parties, or if it has deficiencies that are considered by law as reasons for nullity (art. 1300). Annulment may be claimed in a period of four years (art. 1301). With respect to the persons who may claim nullity, according to the Spanish Civil Code any person that is bound by the agreement directly or indirectly may file a claim for nullity. If the reason for nullity is the legal incapacity of the contracting party, in that case the contractor with full legal capacity has no right to claim nullity. Also person responsible for causing duress or fraud are not afforded the right to claim nullity of the agreement (art. 1302).

The German Civil Code regulates nullity in the scope of provisions which regulate the conditions for validity of legal transactions. Regarding to the reasons for nullity, the German Civil Code recognizes various reasons for nullity. Some have no deadlines for nullity such as mental reservation, lack of form, lack of seriousness of intent, usurious contracts. Others have different deadlines depending on the particular reason for nullity. When the reason for nullity is mistake or incorrect transmission, the party may claim nullity without delay, right after he or she became aware for the reason for nullity, but no later than 10 years from the day the declaration of intent was

given (§ 121). If the reason for nullity is fraud or duress the deadline is one year from the moment the person became aware of the fraud, or one year from the moment the duress had stopped, but no later than 10 years (§ 124).

Much like the German Civil Code, the Swiss Law of Obligations regulates nullity in the scope of the provisions regulating the validity of agreements. The Swiss Law of Obligations states that an agreement is null if it is impossible, contrary to the law or immoral (art. 20).

Italian Civil Code makes clear difference between absolutely null legal transaction and relatively null legal transaction. According to its provisions, absolutely null legal transactions are contrary to mandatory regulations, unless the law stipulates otherwise. Also included in the list of reasons for absolute nullity are failure to meet legal requirements, illegality or deficiencies in the subject and illegitimacy of motive (art.1418). The Code states that reasons for relative nullity are lack of capacity to contract (art. 1425) and legal transaction concluded under duress, fraud or mistake (art. 1427).

Serbian Law of Obligations defines absolutely null legal transactions as transactions contrary to the mandatory regulations or morals of society, if the nature of the regulation doesn't require different sanction, or if the law doesn't stipulate otherwise (art. 103). The reasons for relative nullity of legal transactions are: lack of capacity to contract, fraud, duress and mistake, and other cases when the law deems a contract as null and void (art. 111).

The Croatian Law of Obligations considers legal transactions to be absolutely null if they are contrary to the Constitution, mandatory regulations or morals of the society, unless the nature of the regulation doesn't require different sanction, or the law doesn't stipulate otherwise (art. 322). Same as the Serbian Law of Obligations, the Croatian Law of Obligations also states that reasons for relative nullity are: lack of capacity to contract, fraud, duress and mistake, and other cases when the law deems a contract as null and void (art. 330).

Law of Obligations of Montenegro determines legal transactions as absolutely null if they are contrary to mandatory regulations or morals of society, if the nature of the regulation doesn't require different sanction, or the law doesn't stipulate otherwise (art. 101). With respect to the reasons for relative nullity the Law of Obligations of Montenegro doesn't differ from the Croatian and the Serbian laws. It states that reasons for relative nullity are: lack of capacity to contract, fraud, duress and mistake and also when the law deems a contract as null and void (art. 109)

1. NON-EXISTING LEGAL TRANSACTIONS

As non-existing legal transactions are deemed those who lack in content to the extent that it can't be said that a legal transaction has been successfully concluded⁶. Such are the legal transactions where there is no expression of legally binding will, who have undetermined subject, non-existing cause or who lack in form. In legal sense non-existing legal transactions are not considered as legal transactions at all⁷.

Some scholars note that non-existing legal transactions are actually incomplete transactions because they can't produce legal effect until their imperfection is removed⁸. As example they state the lack of form of the legal transactions as an imperfection that can be removed providing that the parties have voluntarily fulfilled their rights and duties from the transaction and if it is not contrary to the intended purpose of the prescribed form. Consequently, by removing its imperfection the legal transaction becomes perfect and valid.

As for the legal consequences, non-existing legal transactions carry the same consequences as absolutely null legal transactions. Their annulment has retroactive effect, and it is presumed that the legal transaction never occurred. There is an opinion among scholars that annulment of non-existing transactions is not necessary, since they never existed in the legal sense of the word. In the occasion that the courts deem such legal transactions as null and void, the court's decision will be a mere declaration that no legally binding transaction exists⁹.

2. ABSOLUTELY NULL LEGAL TRANSACTIONS (VOID TRANSACTIONS)

Absolutely null legal transactions are those who have deficiencies that prevent for the transaction to take legal effect. They are considered harmful not only to private interest, but also contrary to public interest.

⁶ Non-existent legal transactions are also defined as legal transaction that lack crucial elements for their conclusions, or transaction who don't comply with the basic legal requirements. See: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1980, р. 449; Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, р. 142; L. Nadew, *Void Agreements and Voidable Contracts: The Need to Educate Ambiguities of Their effects*, Mizan Law Review, Vol. 2, No 1, Jan 2008, р.92

⁷ See: Д. Попов, *op. cit.*, р. 246; Р. Ковачевић - Куштримовић, *op. cit.*, р. 195.

⁸ See: А. Групче, *op. cit.*, р. 255.

⁹ See: Р. Ковачевић - Куштримовић, *op. cit.*, р. 195.

1. Macedonian Law of Obligations defines absolutely null legal transactions in article 95 (1), where it stated that “*Contract contrary to the Constitution, laws and good customs is null unless the breached rule prescribes different sanction or if the law in the particular case doesn’t stipulate otherwise*”. According to the cited provision, we derive that absolutely null legal transaction are transactions contrary to: a) constitutional and legal norms and b) the so called “good customs”.

a) Legal transactions are null if they are contrary to prohibitive norms of the Constitution and the laws. Prohibitive norms limit the freedom of action and they have imperative effect for all parties. Therefore any legal transaction that contains provision contrary to a prohibitive norm is declared to be null and void.

In Macedonian legal system general laws regulating civil law relations contain several provisions that unequivocally state the types of legal transaction that are null and void¹⁰. For example, the Law of Obligations declares as null contracts with impossible, forbidden or undetermined subject (art. 39), contract with forbidden cause (art. 43), contract concluded with a person with no active legal capacity (art. 47-a), contract with impossible or forbidden conditions (art. 67), usurious contracts (art. 129) and others. The Law of Ownership and Other Real Rights declares nullity of a contract where the co-owner permanently renounces his/her right of division (art. 88). The Inheritance Law declares as null the contract for inheritance (art. 7), the contract for future inheritance or legacy (art. 8), the contract for the content of a will (art. 10) and the will that isn’t written in the proper form (art. 65).

Alongside general laws, special laws also contain provisions that determine nullity of legal transactions. For example: the Law of Construction Grounds¹¹ states that the contract for transfer of the right of long-term lease must also include the transfer of the structure build under that right, if not, the contract is null and void (art. 31); the Law of Agricultural Land¹² states that the contract for sale of agricultural land concluded with a third party for a price lower than the one offered to the persons with the right of pre-emption is null and void (art. 15 (8)); the Law

¹⁰ The type of nullity that is expressed directly in legal norms is also known as expressed nullity. When legislation doesn’t express directly the nullity of a legal transaction, the nullity is tacit. See: R. Scalise, *Rethinking the Doctrine of Nullity*, Louisiana Law Review, Vol. 74, No 3, Spring 2014, p. 674

¹¹ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 15/2015.

¹² Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 135/2007.

for Privatization and Lease of Construction Grounds Owned by the State¹³ declares the contract for privatization of construction grounds owned by the state as null and void if that construction ground has been intended for public use (art. 6 (5)) and etc.

Prohibitive norms leading to nullity of legal transaction are not necessarily found only in civil law, but also in other areas of the law such as family law, company law, administrative law, penal codes and other.

We must note however, that the laws sometimes do not determine precisely what type of nullity the legal transactions falls under, whether is absolute or relative. In such occasions the type of nullity is determined by interpretation of the legal norm, taking into account the legal consequences deriving from the nullity. For example: the Inheritance Law states that a will written by a person under the age of 15, and a will written under duress, fraud or mistake is null and void (art. 63). In this particular case, the nullity is relative, and not absolute. We derive this conclusion assessing the legal consequences that the law has attributed to it. According to article 64 of the Inheritance Law nullity of the will written by a person under the age of 15, or written under duress, fraud or mistake may be claimed solely by the person with legal interest and in the period of one year from the day that the person became aware of the reason for nullity, but no later than ten years from the proclamation of the will. If the nullity is claimed against an unconscientious person, then the deadline is 20 years from the proclamation of the will. The above stated consequences are related to relative and not absolute nullity.

b) Absolutely null legal transactions are also those contrary to the so called “good customs”. Legal scholars are not united in the opinion of what the term “good custom” is supposed to mean. Most consider that the term “good customs” includes customs and morals since customs are not valued whether they are good or bad, but morals on the other hand are considered as good behavior.

The legislation prescribes different causes for absolute nullity of legal transaction, which is why civil doctrine classifies such transactions into several categories: forbidden legal transactions, immoral legal transactions, simulated legal transactions, fictitious legal transactions, usurious contracts, legal transactions concluded with persons who have no active legal capacity, legal transactions concluded beyond the legal capacity of juridical persons and legal transaction who lack in form.

¹³ Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 04/2005.

2. What all types of absolutely null legal transactions have in common are the legal consequences of nullity. Absolutely null legal transactions produce no legal effect from the moment of their conclusion. The absolute nullity may engulf the entire contract (nullity in full), or some of its content (partial nullity). In cases of partial nullity the legal transaction as such may produce legal effect after the null provisions are removed from its content. However, for partial nullity to be declared, the null provisions in question should not be the determining factor or prevailing motive of the parties to enter into the legal transaction, as it is stated in the Law of Obligations (art. 97 (1)). The courts, however, are not strictly bound by this condition when they are called to decide for the partial nullity of a legal transaction. Law of Obligations gives leeway to judges by stating that: “*A contract may stay in effect even if the null provision is a determining factor or a prevailing motive for conclusion of the contract if partial nullity is declared so that the contract is freed from such provision in order to be able to take an effect*” (art. 97(2)). What this basically means that courts will decide on partial nullity of a legal transaction considering the facts and circumstances in every particular case, rather than following the one fits all rule.

Annulment of an absolutely null legal transaction in the legal system of the Republic of Macedonia is not enforced directly by law. It needs to be determined in court proceedings. Right to claim absolute nullity of a legal transaction is afforded to any person who will prove to have personal stake in the matter (not necessarily as a party in that legal transaction). The public prosecutor also has the right to claim absolute nullity of any legal transaction concluded between parties. It usually occurs when the validity of the legal transaction is questioned during a criminal proceeding, or emerges as a prejudicial question in such proceedings. Claiming absolute nullity of a legal transaction is not bound by deadlines, since the Law of Obligations unequivocally states that “*The right to claim absolute nullity can't be terminated*” (art. 102).

When a legal transaction is deemed as absolutely null by the court, the court's decision will have declarative nature. This is because the legal consequences of annulment are considered to take effect from the moment that the transaction was concluded.

If the law hasn't prescribed any other sanction, than the basic sanction for conclusion of absolutely null legal transaction is the annulment of set transaction. Annulment can also bring forth other legal consequences such as: a) restitution, b) liability for damages, c) convalidation and d) conversion.

a) Restitution follows the annulment of the legal transaction, and it means that the parties must return to the state they were in before the transaction was concluded. When the legal transaction was annulled in full, restitution always follows, and the parties are obligated to return everything they have received from that transaction because the transfer becomes baseless. Restitution may also follow the partial annulment of the legal transaction if one or both parties received something on the bases of the annulled provision. By rule, restitution means natural return of all that is received, but if such restitution is not possible, then monetary compensation is given in the amount of the value of what was received. Monetary compensation is estimated taking into account the value of the thing received in the moment when the court's decision was rendered (unless the law had stipulated otherwise).

The Law of Obligation demands mutual restitution in cases of annulment of the legal transaction (art. 95). In civil doctrine however, opinions differ with respect to the question of restitution. According to one group of scholars, the restitution is, and must be, mutual because neither of the parties can keep what was received on the bases of annulled legal transaction – that would be baseless acquisition. Other scholars think that restitution could be one-sided when one of the parties is unconscientious, meaning that the party was aware of the reason for nullity but concluded the transaction anyway. In such cases, according to their opinion, the unconscientious party has no right to demand restitution. They also add that the conscientious party in such cases will receive restitution, but instead of giving restitution in return to the unconscientious party it will transfer the benefits to the State or the municipality. There is also a third opinion stating that neither of the parties should be granted restitution and all the benefits should be transferred to the State¹⁴. Some scholars point out that restitution should depend on the specific reason for nullity¹⁵.

b) Annulment may also give rise to liability for damages¹⁶. The culprit party is liable to recompense the damages that the conscientious party had suffered due to the annulment of the legal transaction¹⁷. There are some dilemmas among scholars about the bases for such liability. Most

¹⁴ See: A. Групче, *op. cit.*, p. 266-268; P. Ковачевић - Куштримовић, *op. cit.*, p. 244-247

¹⁵ See: C. P. Thorpe, J. C. L. Bailey, *Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements and Promises*, Revised Edition, Kogan Page Limited, 1999, p. 207.

¹⁶ Art. 96, Law of Obligations...

¹⁷ By law, the party is considered as conscientious if he or she had not know, or could have known that there are reasons for absolute nullity of the legal transaction. See: art. 96, Law of Obligations...

scholars agree that it is non-contractual liability since the legal transaction is null and void, so in legal sense it has no legal effect, and therefore can't produce contractual liability. Smaller group of scholars think that in these cases the liability is contractual (*culpa in contrahendo*) because the damages arise from the legal transaction deemed null and void.

c) Convalidation in civil law means to afford legal effect to an absolutely null legal transaction if specific conditions determined by law are met. In principle, absolutely null legal transaction should not have any legal effect because it violates prohibitive norms, and puts in danger private and public interest. However, in isolated cases the law may afford legal effect to such transactions if strict legal conditions are fulfilled. In the Law of Obligations it is stated that an absolutely null legal transaction may be subject to convalidation if the violated prohibitive norm had lesser meaning and has been derogated with time, and the parties have voluntarily fulfilled the rights and duties from the transaction (art. 99 (2)). In this case the Law of Obligation doesn't state that the legal transaction will become valid, instead it states that a claim for nullity can't be submitted. Due to the way the provision is formulated in the Law of Obligations a question arises whether the parties who concluded the legal transaction may ask the court to declare that their legal transaction is valid, and as such produces legal effect. The parties have a vested interest to submit such a claim if they need to prove the validity of their legal transaction. For example if they want to register a right of ownership in the real estate cadastre on the bases of such transaction.

Legal transaction lacking in form can also be subject to convalidation according to the Law of Obligations if the parties have fulfilled their rights and duties in full or for the most part, unless it is contrary to the purpose for which the form has been prescribed (art. 65). The purpose for prescribing certain form for legal transactions may vary from case to case. Usually the purpose of the form is to provide legal protection, security and control over transactions, protection of public interest and etc. If the purpose of the prescribed form is directed towards protection of private interest, then the legal transaction lacking in form may be subject to convalidation, since it is in the interest of the parties for the legal transaction to have full legal effect. On the other hand, if the form is prescribed in order to protect public interest or to impose control over commerce (tax control, financial control, etc.), then the legal transaction lacking in form can't be subject of convalidation. It is important to note that convalidation of legal transaction lacking in form is possible only if a certain form has been imposed by law, if the form has been imposed by the parties as a condition for conclusion of the legal transaction, then the transaction can't be subject to convalidation.

d) Absolutely null legal transactions can be converted into a different valid legal transaction. Conversion in civil law is possible under two conditions. First – the absolutely null legal transaction needs to fulfill the conditions for validity of another type of legal transaction, and second – the conversion must be in accordance to the goal that the parties had in mind when concluding the legal transaction (willingness for conversion)¹⁸. For example: the contract for transfer of estate during lifetime is null and void if there is no consent for its conclusion by all the descendents and the spouse of the person transferring his or her estate¹⁹. By conversion this otherwise null contract may be transformed into a gift contract (if that is what the contracting parties want)²⁰.

3. RELATIVELY NULL LEGAL TRANSACTIONS (VOIDABLE TRANSACTIONS)

The relatively null legal transactions are such transaction that fulfill the legal requirements for their conclusion, but have deficiencies concerning the expressed will of the parties or they are contrary to the principle of contractual equilibrium.

1. In the Macedonian Law of Obligations relatively null legal transaction are: legal transactions concluded with person who has partial legal capacity to act, legal transactions concluded under duress, fraud or mistake and legal transactions declared by law as relatively null. The civil doctrine in relatively null legal transactions also includes contracts with gross disparity (*laesio enormis*).

Relatively null legal transactions violate the personal interest of the parties, which is why the law leaves the future of such transactions in the hands of the parties who had concluded it. The law affords the injured party the right to submit a claim for nullity of the legal transaction²¹. Such a claim may be submitted in a period of one year from the day when the injured party found out about the reason for relative nullity of the legal transaction, or in the case of duress one year from the day when the duress had stopped. In any occasion, the right to submit a claim for nullity of a relatively null transaction is extinguished after three years upon conclusion of the contract²². The Inheritance Law also prescribes one year period for submitting a claim for

¹⁸ Art. 98, Law of Obligations...

¹⁹ Art. 1023, Law of Obligations...

²⁰ Art. 1025, Law of Obligations...

²¹ Art. 104 (1), Law of Obligations...

²² Art. 109, Law of Obligations...

nullity of a relatively null will from the day the person became aware of the reason for nullity. However, the deadline for submitting a claim of nullity of the will is much longer than the one prescribed for contracts, and it is 10 years upon proclamation of the will, and if the claim for nullity is submitted against an **unconscientious** person, the deadline is 20 years upon the proclamation of the will²³.

Concerning contracts, Law of Obligations permits for the contractor of the injured party to ask of set party to declare in a given period of time if he or she is willing for the contract to stay in effect. The given period of time may not be shorter than 30 days²⁴. If during that period of time the injured party gives no response, or states that is not willing for the contract to stay in force, then the contract immediately becomes null and void.

2. The existence of the relatively null legal transaction is dependent of the will of the parties. Right up to the moment when the injured party submits a claim for nullity, the legal transaction is in full legal effect. But if the legal transaction is deemed null and void, than follow the same consequences as the annulment of an absolutely null legal transaction. Nullity takes effect from the moment that the transaction was concluded (*ex tunc*). Besides the annulment, the additional consequences follow as well, such as: a) restitution, b) liability for damages and c) convalidation.

a) Restitution (return to the condition before the conclusion of the legal transaction) in case of annulment of relatively null transaction is in principle mutual. Every party has the right to demand from the other return of what was given on the bases of annulled legal transaction. If natural restitution is not possible, than a monetary compensation needs to be paid in the amount of the value of what was given, estimated in the time of the rendering of the court's decision for annulment²⁵. When the legal transaction has been annulled due to the fact that one of the parties didn't have full legal capacity to act, then the other party can only claim restitution of the goods that are still found in the estate of the person lacking full legal capacity. Also, the contractor of a party lacking the legal capacity to act may demand monetary compensation for the goods used in favor of that person, or were deliberately destroyed or transferred²⁶.

b) Liability for damages is also one of the consequences from annulment of relatively null legal transaction. The right to claim damages belongs to the conscientious party, meaning the party not responsible for the

²³ Art. 64 (1, 2), Inheritance Law...

²⁴ Art. 104 (2), Law of Obligations...

²⁵ Art. 105, Law of Obligations...

²⁶ Art. 106, Law of Obligations...

relative nullity of the contract²⁷. The contracting party is conscientious if he or she wasn't aware of the reason for nullity, or was forced into the contract by duress. Liability for damages even fall on the party who concluded the relatively null legal transaction lacking full legal capacity to act, if he or she deceived the other party regarding the capacity to act, or that he or she acquired permission from the legal representative²⁸. Compensation for damages is due to the contractor of the party who concluded a legal transaction by mistake regardless of the fact whether the party was culpable for his or her mistake²⁹. When the legal transaction has been annulled due to fraud, the defrauded party has the right to demand from the contractor compensation of damages resulting from the annulment of the transaction³⁰.

c) Convalidation (giving full legal effect) of relatively null legal transaction is possible under conditions determined by law. Unlike the convalidation of absolutely null legal transaction which is permitted only in exceptional situations, the convalidation of relatively null legal transaction depends on the will of the parties. The will for convalidation may be expressed verbally or non-verbally. We have verbally expressed will for convalidation when: the party declares that he or she is willing for the legal transaction to remain in effect³¹, the legal representative of the person lacking full legal capacity approves the transaction³², when the contractor of the party who concluded the transaction by mistake declares that he or she is prepared to fulfil the transaction as if no mistake is present³³, and when the contractor offers the injured party to fulfil the transaction to the extent that there will be no gross disparity (in case of *laesio enormis*)³⁴. Non-verbal convalidation occurs when the injured party allows the deadline for submitting a claim for nullity to lapse. When the deadline for annulment lapses the legal transaction is considered to be completely valid.

²⁷ Art. 107, Law of Obligations...

²⁸ Art. 108, Law of Obligations...

²⁹ Art. 53(3), Law of Obligations...

³⁰ Art. 57 (3), Law of Obligations...

³¹ Art. 104 (2), Law of Obligations...

³² Art. 48 (3), Law of Obligations...

³³ Art. 53 (4), Law of Obligations...

³⁴ Art. 128 (4), Law of Obligations...

Summary

Legal transactions are expression of will that lead to creation, change or termination of civil law relations. In order for a legal transaction to have a legal effect certain conditions must be met. As it is shown in the paper, different types of legal transactions require different legal conditions, but among the most relevant are: capacity to contract; consent; permitted, possible and determined subject; permitted cause; form and other conditions prescribed by law (consent from the legal representative, permit and etc.).

When a legal transaction fails to meet the legal requirements for validity it is considered to be null and void. Depending on the reasons for nullity the paper analyses three categories of null legal transactions: non-existing legal transactions, absolutely null legal transactions (void transactions) and relatively null legal transactions (voidable transactions).

Non-existing legal transactions are those who lack in content to the extent that it can't be said that a legal transaction has been successfully concluded. Such as: legal transactions where there is no expression of legally binding will, legal transaction with undetermined subject, legal transaction with non-existing cause or who lack in form.

Absolutely null legal transactions have deficiencies that prevent for the transaction to take legal effect. They are considered harmful not only to private interest, but also contrary to public interest. In the group of absolutely null legal transaction are listed: forbidden legal transactions, immoral legal transactions, simulated legal transactions, fictitious legal transactions, usurious contracts, legal transactions concluded with persons who have no active legal capacity, legal transactions concluded beyond the legal capacity of juridical persons and legal transaction that lack in form. Sanction for conclusion of absolutely null legal transaction is the annulment of set transaction. Other legal consequences that follow are: restitution, liability for damages, convalidation and conversion.

Relatively null legal transactions fulfill the legal requirements for their conclusion, but have deficiencies concerning the expressed will of the parties or they are contrary to the principle of contractual equilibrium. According to Macedonian Law of Obligations relatively null legal transaction are: legal transactions concluded with person who has partial legal capacity to act, legal transactions concluded under duress, fraud or mistake and legal transactions declared by law as relatively null. The civil doctrine in relatively null legal transaction also includes contracts with gross disparity (*laesio enormis*).

Relatively null legal transaction can also be annulled much like absolutely null legal transaction. Nullity takes effect from the moment that the

transaction was concluded (ex tunc), and it is accompanied by additional consequences like: restitution, liability for damages and convalidation.

BIBLIOGRAPHY

Станковић О., Водинелић В.В., *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 2004;

Nadew L., *Void Agreements and Voidable Contracts: The Need to Educate Ambiguities of Their effects*, Mizan Law Review, Vol. 2, No 1, Jan 2008;

Scalise R., *Rethinking the Doctrine of Nullity*, Louisiana Law Review, Vol. 74, No 3, Spring 2014;

Thorpe C. P., Bailey J. C. L., *Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements and Promises*, Revised Edition, Kogan Page Limited, 1999;

Vedriš M., Klarić P., *Građansko право*, 8. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2004;

Ковачевић - Куштримовић Р., *Грађанско право*, Ниш, 1996;

Перовић С., *Облигационо право*, Београд 1980;

Попов Д., *Грађанско право (општи део)*, Пето измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2007;

Croatian Law of Obligations (Zakon o obveznim odnosima), Official Gazette of the Republic of Croatia, number 35/2005, 41/2008, 125/2011 and 78/2015;

French Civil Code (Code Civil) from 1804;

German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) from 1896;

Inheritance Law (Закон за наследување), Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 47/96;

Italian Civil Code (Codice Civile) from 1942;

Law of Agricultural Land (Закон за земјоделското земјиште), Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 135/2007, 17/2008, 18/2011, 42/2011, 148/2011, 95/2012, 79/2013, 87/2013, 106/2013, 164/2013, 39/2014, 130/2014, 166/2014, 72/2015, 98/2015, 154/2014, 215/2015, 7/2016 and 39/2016;

Law of Construction Grounds (Закон за градежно земјиште), Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 31/2016, 142/2016 and 190/2016;

Law for Privatization and Long-term Lease of Construction Grounds Owned by the State (Закон за приватизација и закуп на градежно земјиште во државна сопственост), Official Gazette of the Republic of Macedonia,

number 4/2005, 13/2007, 165/2008, 146/2009, 18/2011, 51/2011, 27/2014, 144/2014, 72/2015, 104/2015, 153/2015, 23/2016 and 178/2016

Law of Obligations (Закон за облигационите односи), Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 18/2001, 4/2002, 84/2008 and 161/2009;

Law of Obligations of Montenegro (Zakon o obligacionim odnosima), Official Gazette of the Republic of Montenegro, number 47/2008;

Law of Ownership and Other Real Rights (Закон за сопственост и други стварни права), Official Gazette of the Republic of Macedonia, number 18 /2001, 92/2008, 139/2009 и 35/2010;

Serbian Law of Obligations (Zakon o obligacionim odnosima), "Sl. list SFRJ", br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, "Sl. list SRJ", br. 31/1993 i "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja;

Spanish Civil Code (Código Civil) from 1889;

Swiss Law of Obligations (Obligationenrecht) from 1911.

Родна ЖИВКОВСКА

редовни професор, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“,
Правни факултет „Јустинијан Први“

Тина ПРЖЕСКА

ванредни професор, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“,
Правни факултет „Јустинијан Први“

НЕВАЖНОСТ ПРАВНИХ ПОСЛОВА

Апстракт: Овај рад анализира врсте поништења и разлоге поништења правних послова у правном систему Републике Македоније и у упоредном праву. Савремено грађанско правно законодавство познаје две врсте неважности правних послова (апсолутну и релативну). Неки грађански кодекси и закони јасно указују на разлику између апсолутне и релативне ништавости правних послова као што су: Грађански законик Италије, македонски Закон о облигационим односима, Закон о облигационим односима Републике Србије, хрватски Закон о обвезним односима и Закон о облигационим односима Црне Горе. Остали грађански кодекси и закони као што су Немачки грађански законик, Француски грађански законик, Шпански грађански закон и Швајцарски закон о облигационим односима не чине јасну разлику између апсолутно и релативно ништавих правних послова, али прописују различите последице за ништавост у зависности од разлога ништавости. Цивилна доктрина, с друге стране, у зависности од разлога неважности, сврстава неважеће правне послове у три категорије: непостојећи правни послови, апсолутно ништави правни послови и релативно ништави правни послови.

Кључне речи: *уговори, правни послови, неважност правних послова, рушљивост правних послова, грађанско право.*

Рад је предат 17. марта 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Марија КРВАВАЦ*

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

ОПШТИ И ПОСЕБНИ УСЛОВИ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА

Апстракт: Развој међународних односа нужно доводи до рушења правних баријера и до грађанскоправне регулативе утемељене на начелима сарадње, правне сигурности и економичности. Ефикасност одлука на међународном плану кроз процес признавања правног дејства изван земље њеног порекла, представља претпоставку нормалног одвијања грађанскоправних и трговинскоправних односа. Међународно право не обавезује државе на признање страних одлука, али већина у том погледу има позитиван став. Кроз међусобно признање одлука, државе изражавају непосредни интерес за пружање правне помоћи у оквиру заштите интереса странака и држава чији су држављани.

Са аспекта унутрашњег права, уподобљавање стране одлуке са домаћом подлеже посебним правилима. Признати страну одлуку значи инкорпорисати је у домаћи правни поредак, што претпоставља испуњење, макар, минималних процесних захтева домаћег права.

Кључне речи: признање, извршење, страна одлука, претпоставке.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Поједине доктринарне расправе у погледу екстериторијалног дејства судске одлуке полазе од тога да државе доносе судске одлуке у оквиру суверене власти, па стога имају дејство само унутар државних граница.¹ Шире прихватање овог становишта нужно би водило прекиду међународног правног саобраћаја и правној несигурности, тако да државе признају дејство страних судских одлука, под одређеним условима, изван територије порекла, сходно начелима поступка признања и извршења страних одлука. Притом, свака страна одлука мора проћи поступак признања, а само поједине и поступак извршења. Реч је о кондемпнаторним

* Редовни професор, merrykrvavac@gmail.com

¹ Cheshire, North, Fawcett, *Private International Law*, 14 edition, Oxford University, 1987., 340.

одлукама страних судова које се након признања морају реализовати у извршном поступку.

Унутрашње норме, у већој или мањој мери, штите домаћи правни поредак, иако практично нема државе која доследно примењује систем непризнавања страних одлука.²

Норме о признању и извршењу страних судских одлука у већини националних права садржане су у грађанским законима, док је у мањој групи земаља питање признања уређено законима о међународном приватном праву (у српском праву, швајцарском, италијанском, румунском и др.).³ У земаљама *common law* система признање и извршење страних судских одлука подлеже судској пракси. Међусобни правни саобраћај земаља ЕУ карактерише знатно упрошћен поступак признања и извршења одлука држава чланица. Према Уредби бр.44/2001 Брисел I, одлуке донете у једној држави чланици признају се у другим државама чланицама, без спровођења посебног поступка⁴ и стране одлуке се, под било каквим околностима, не могу преиспитивати с обзиром на садржај.⁵ Упоредо са тим Уредба предвиђа и сметње за признање одлука држава чланица. Касније усвојена Уредба Брисел II битно доприноси слободном кретању одлука унутар ЕУ, побољшава и олакшава положај грађана у материји коју регулише, тако да се одлуке у брачним предметима и предметима о родитељској одговорности признају у другим државама чланицама, без спровођења посебног поступка. Она утврђује и разлоге на основу којих се може одбити признање у најмањој мери, као и поједностављен и унификован поступак извршења.⁶ У односу на одлуке о праву на сусрет и дружење као и повратку незаконито одведеног и задржаног детета, овај инструмент комунитарног законодавства предвиђа непосредно извршење, без условљавања предходним признањем у држави чланици где се непосредно извршење тражи, ако су одлуке извршене у

² У Скандинавским земаљама, Холандији (у односу на извршење), Русији, Украјини, Молдавији, Киргизији, Узбекистану могу се признати стране одлуке само ако је признање предвиђено међународним уговором.

³ У ту групу земаља спадају и Чешка, Мађарска, Буркина Фасо, Турска.; Швајцарски ЗМПП у члану 25. 3. одељка предвиђа: " Страна судска одлука се признаје у Швајцарској ако су судске или управне власти државе у којој је одлука донета били надлежни; б) ако се одлука не може више нападати редовним правним леком или ако је коначна и ц) ако не постоје разлози одбијања у смислу чл.27."

⁴ ЕС по 44/2001, ОЈ L 012 од 16.01.2001.; Вид. чл. 33.ст.1. Уредбе бр. 44/2001.

⁵ Вид. чл. 36. Уредбе бр. 44/2001

⁶ ЕС по 2201/2003, ОЈ L 338 од 23. 12. 2003.; Вид. Бордаш Б., Признање иностраних судских одлука у статусним стварима-један случај из судске праксе, *Liber Amicorum - Добросав Митровић*, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, Београд, 2007., 109.-127.

држави чланици порекла одлуке. Није допуштено преиспитивање међународне надлежности суда који је одлуку донео,⁷ ревизија по меритуму,⁸ као и преиспитивање разлика у примењеном материјалном праву и праву земље у којој се признање тражи.⁹

Са теоријског аспекта, **системи признања** се могу груписати према различитим критеријумима. Полазећи од претпоставки кроз које се у мањој или већој мери штити домаћи правни поредак, односно од захтева да страна одлука буде преиспитана у посебном поступку или да се признање спроведе по самом закону без посебног поступка, теорија издваја више система. Најповољнији је систем **ограничене контроле** који полази од тога да се у поступку контроле стране одлуке не може преиспитивати меритум одлуке.¹⁰ Одлука која испуњава формалноправне, законом прописане услове признаје се у свом изворном облику или се, у супротном, одбија њено признање. Страна одлука у систему ограничене контроле не може бити преиначена, укинута, нити се поводом предмета спора може враћати на поновно суђење. Од момента признања у посебном поступку страна одлука производи правно дејство. Систем ограничене контроле прихвата више земаља, међу којима је и наша, као најпогоднији у међународним правном саобраћају.¹¹

Систем неограничене контроле почива на строжијим правилима у процесу преиспитивања стране одлуке, тако што улази у сферу примењеног процесног и материјалног права у поступку пред страним судом а што је изван тенденције признања страних одлука под лакшим условима и у упрошћеном поступку. Наиме, у систему неограничене контроле може се приспитивати и садржина чињеничног стања које је утврдио страни суд као и правна оцена суда који је донео одлуку. У складу са тим и систем **ревизије из основа** се може посматрати као систем неограничене контроле, полазећи од тога да допушта преиспитивање судске одлуке у истом обиму. У држави признања суд има овлашћење да измени диспозитив одлуке и да се на тај начин стави у улогу вишег суда. Очигледна супротност принципу суверене једнакости

⁷ Вид. чл.24. Уредбе бр. 2201/2003.

⁸ Вид. чл.26. Уредбе бр. 2201/2003.

⁹ Вид. чл.25. Уредбе бр. 2201/2003.

¹⁰ Кнежевић Гашо, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право Европске уније*, Савет Пројекта Конституисање Србије као правне државе, Београд, 1998, 158.

¹¹ Тако, Немачка, Аустрија, Швајцарска, Чешка, Мађарска, Румунија.; За домаћу судску праксу пример решења, "У поступку признања стране судске одлуке не испитује се правилност мериторног решавања спорног односа." Из Решења Вишег трговинског суда Пж.5591/04 од 15.07.2004.године

држава¹² и тенденцији слободне циркулације одлука, довела је до напуштања овог система у савременим правима као опште неприхватљив, чак и у земљи његовог настанка тј. у Француској.

Шира овлашћења домаћег суда у преиспитивању стране одлуке карактеришу и систем **prima faciae**, својствен земљама англосаксонског права. У поступку признања надлежни орган нема овлашћење да преиспитује мериторно пресуђење ствари, али страна одлука не може имати директно дејство у земљи признања. Лице које има правни интерес да се страна одлука призна мора покренути нови поступак, а страна одлука се може прихватити као крунски доказ пред домаћим судом (*prima faciae evidence*-доказ на први поглед). Домаћи суд у поновљеном процесу има могућност да спроведе целокупан доказни поступак, без обзира на то што је већ правноснажно пресуђена ствар. Овакав приступ страним одлукама својствен је Великој Британији у којој правоснажна страна одлука нема значаја пред домаћим судом за покретање новог поступка.¹³ У праву САД-а не постоје општа правила признања и извршења страних судских одлука, али се примењује систем доказа на први поглед у складу са правилима Једнообразног закона о признавању страних новчаних пресуда¹⁴ и Рестеитмента (Restatement I i II). Неке федералне државе страну одлуку третирају као одлуку друге федералне државе, које се у начелу признају после регистравања у специфичном поступку. Друге државе САД-а имају позитиван став према признању страних одлука донетих у имовинским споровима, тако да се пред Савезним судом или судом федералне државе може покренути поступак признања и извршења. Уколико се ради о страниој одлуци којом се једна странка обавезује на исплату одређене суме, као и у енглеском праву, неопходно је покретање новог поступка на основу стране одлуке, при чему она представља доказ о облигационоправном дугу.¹⁵

Најзад, поједини правни системи не предвиђају признање и извршење страних одлука уколико са земљом порекла одлука не постоји дипломатски реципроцитет. Дакле, стране одлуке се не могу признати *de*

¹² Јездић Михајло, *Међународно приватно право*, II, Научна књига, Виздање, Београд 1980., 164.

¹³ Грбин Иво., *Признање и извршење одлука страних судова*, Информатор, Загреб, 1980, 169.

¹⁴ Uniform Foreign Money – Judgments Recognition Act из 1986.г., National Conference of Commissioners of Uniform State Laws , Chicago-Illinois, документ преузет са www.nccusl.org приступ 4.03.2018.

¹⁵ Станивуковић Маја, Живковић Мирко, *Међународно приватно право* (општи део), Службени лист, Београд, 2004, 464.; Овај систем је прихваћен и у Аустралији, Новом Зеланду, Сингапуру, неким канадским провинцијама и др.

iure уколико то није предвиђено међународним уговором о условима међусобног признања. Овде није реч о специфичним, битно различитим условима у поређењу са условима које предвиђају норме посебних система признања страних одлука. Поред Норвешке и Холандије¹⁶ **систем непризнавања** је карактеристичан за Русију и неке државе бившег СССР-а. У пракси овај систем не мора нужно указивати на тежи пут признања дејства стране одлуке, тако да признање појединих одлука не захтева посебно конвенцијско регулисање (као када је реч о статусним одлукама у Русији). У складу са тим је и правило норвешког права да се страна судска одлука може признати и када не постоји међународни уговор, уколико је одлуку донео суд чија међународна надлежност произилази из споразума странака.

2. СТРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ КОЈЕ СУ ПРЕДМЕТ ПРИЗНАЊА

У доктрини и пракси не постоји сагласност око тога када је реч о страниј судској одлуци. Квалификација одлуке као судске, или еквивалентне судској, подлеже праву земље порекла (по *lex fori*),¹⁷ па се сходно томе оцена својства одлуке као стране судске, даје с обзиром на страни право. Свака одлука која је по праву земље у којој је донета, без обзира на орган доношења и поступак у којем је донета, судска одлука, има се признати као таква у нашој земљи.¹⁸ За дан доношења одлуке

¹⁶ Вид. пар.167. и 168. Закона о грађанском поступку; одредбу 3.(10.) Закона о извршењу Норвешке; чл.43(1)Законика о грађанском поступку Холандије.

¹⁷ За домаћу судску праксу, Пресуда Врховног суда Србије Гж.52/02 од 22.08.2002.године.У образложењу се, између осталог, наводи: " Врховни суд налази да је нижестепени суд погрешно применио материјално право. Одредбом чл.86.ст.3. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља(СЛ.лист СФРЈ бр.43/82,72/83 и 46/96) прописано је да се страном судском одлуком сматра и одлука другог органа,који је у држави у којој је донесена изједначена са судском,односно судским поравнањем,ако се њоме регулишу односи предвиђени у члану 1.овог Закона. Како се у конкретном случају Решењем Центра за социјални рад у Загребу регулишу односи предвиђени у члану 1. наведеног Закона то се ово решење сматра страном судском одлуком која подлеже признању. Осим тога, стоји битна повреда поступка из члана 354. став 2.т.8 ЗПП на коју суд пази по службеној дужности. Из одредбе члана 101.ст.2. и 3. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља произилази да у поступку признања стране судске одлуке учествују странке о чему Окружни суд није водио рачуна, већ је поступак водио само уз учешће једне странке-предлагача."

¹⁸ Чл. 86. ст.3. ЗМПП , " Страном судском одлуком сматра се и одлука другог органа,која у држави у којој је донесена изједначена са судском одлуком ,односно судским поравнањем ако се њоме регулишу односи предвиђени у члану 1.овог

теорија прихвата датум наступања правоснажности, односно када одлука постане материјално правоснажна, односно када наступи формална правоснажност према обема странкама.

У нашем праву, предмет признања могу бити само стране одлуке донете у грађанскоправним (или трговинскоправним) стварима. Квалификација предмета врши се по домаћем праву, тако да и акти државне управе могу бити предмет признања. Појединачни, конкретни акти на бази јавних овлашћења могу се уподобити са судским одлукама, док појединачне материјалне радње нису предмет признања.¹⁹ Пред домаћим судом, предмет признања може бити деклараторна одлука којом се потврђује постојање или непостојање неке обавезе дужника, као и кондемпнаторна одлука. Питање дејства стране одлуке може се поставити као претходно питање у поступку доношења кондемпнаторне одлуке и у поступку извршења. У судској пракси се по захтеву за издавање дозволе за извршење кондемпнаторне стране одлуке не води посебан поступак, већ се о признању одлучује као о претходном питању, а дозволом извршења је обухваћено и признање одлуке. Примера ради, у Немачкој о усвојењу одлучује суд, док се у нашој земљи поступак усвојења спроводи пред органом старатељства, па би се признање у расподели стварне надлежности појавило као прејудицијелно у управном поступку пред органима управе који не би могли самостално решавати. Међупресуде, као и делимичне стране пресуде имају својство одлука које се могу признавати, под условом правоснажности и могућности целовитог издавајања делимичних из коначне одлуке.²⁰ Привремена мера страног суда, према домаћој судској пракси, може представљати предмет признања као и остале одлуке страних судова, иако су становишта

закона." За домаћу судску праксу : Пресуда Врховног суда Србије Гж.52/02 од 22.08.2002.године.

¹⁹ Окружни суд у Београду је решењем одбио да призна страну одлуку о разводу брака јер је стао на становиште да није подобна за признање. Уз предлог за признање предлагач је приложио само извод из матичне књиге потписан од стране председника општине Абено-Ку Осака-Јапан. Суд је применио члан 86.ЗМПП. У конкретном случају предлагач није доставио никакву одлуку а њено постојање је нужно да би суд могао да испитује да ли су испуњени услови за признање и извршење. Врховни суд Србије је потврдио ово решење.Гж.25/89 од 10. јануара 1990.г. (Судска пракса бр.3/92,54).

²⁰ Познић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд, 1989, 278. заступа мишљење да међупресуда није подобна за признање јер није правоснажан наслов, док Трива Синиша, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 1983, 471., стоји на становишту да међупресуда представља правоснажан акт и да је подобна за признање.

доктрине различита.²¹ У праву ЕУ, под одлуком се сматра свака одлука суда државе чланице без обзира на њихов назив, укључујући решење или налог за извршење и одлуку судског службеника о утврђењу трошкова.²²

Већина модерних правних система прихвата да предмет признања могу бити само одлуке у грађанским и трговачким стварима. Нормама о признању неких легислатива, појединачно се набрајају спорови, односно предмети поводом којих стране одлуке могу имати правно дејство у домаћој земљи (то је случај са аустријским правом, према којем се посебно признају стране одлуке у брачним споровима; са немачким законодавством које предвиђа посебна правила о признању страних одлука у брачним споровима, или са енглеским правом, које не прихвата признање одлука у имовинским стварима).

3. ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА У СРБИЈИ

Признање и извршење страних одлука у Србији регулисано је Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту ЗМПП), којим се страна судска одлука изједначаје са одлуком домаћег суда и производи дејство у нашој земљи, само ако је призна наш суд.²³ Страна одлука производи правно дејство у складу са дејством домаће одлуке и условима под којима се изједначава са домаћом одлуком. Изједначити страну и домаћу одлуку значи признати јој својство извршне исправе, којом се покреће извршни поступак по имовинскоправном захтеву или поступак за уписивање статусних промена у књигу грађанских стања.²⁴ Након тога страна одлука стиче својство *res iudicata*, што значи да се у домаћој земљи може покренути поступак извршења одлуке или поступак уписа статусних стања у регистре. Правно дејство производи изрека одлуке којом се заснивају, мењају или престају нека статусна, породична или имовинска права и обевезе.

Призната страна одлука производи иста материјалноправна и процесноправна дејства као и домаћа одлука. Тиме је у српском праву изражен недвосмислено позитиван став према признању одлука страног суверенитета, који је нормиран законом и прихваћен у пракси домаћих судова. Законодавац полази од истих услова за признање и за извршење стране одлуке, с тим што је извршење нужно само код страних кондемпнаторних одлука, док је код других одлука довољно само

²¹ За домаћу судску праксу: Одлука Врховног суда Србије Гж.46/93.

²² Члан 32. Уредбе бр.44/2001.

²³ Чл. 86 .ст. 1. ЗМПП.

²⁴ Пак Милан, *Међународно приватно право*, Службени лист, Београд. 2000, 123.

признање. Страна одлука која је стекла својство извршне исправе у процесу принудног извршења подлеже нормама домаћег Закона о извршењу и обезбеђењу²⁵. Извршење стране судске одлуке, као извршне исправе у извршном поступку, може се спроводити само након што је призната као извршна у посебном поступку. Уподобљавање стране одлуке у домаћи правни систем не подразумева и признање правног дејства образложења одлуке по страном праву.²⁶

3.1 Извори

У домаћој кодификацији међународног приватног права²⁷ законодавац је предвидео да се признање и извршење стране одлуке спроводи у посебном поступку пред домаћим судом, после његове оцене да су кумулативно испуњени законски услови. Процесна питања поступка признања посебно су нормирана Законом о ванпарничном поступку и Законом о извршењу и обезбеђењу.

У процесу опште унификације правила признања и извршења одлука надлежних државних органа наша земља је страна уговорница у више мултилатералних и билатералних уговора. Упркос интензивној активности на доношењу јединственог акта проблематика признања и извршења страних одлука фрагментарно је регулисана одредбама међународних уговора о питањима из материјалноправне сфере. Конвенција о међународном друмском превозу путника и пртљага предвиђа примену правила поступка признања и извршења земље признања, под претпоставком извршности одлуке и надлежности, према решењима конвенције.²⁸ Слична решења садржи и Конвенција о железничком превозу путника, пртљага и робе.²⁹ Бечка конвенција о грађанској одговорности за нуклеарне штете изричито утврђује услове признања и извршења одлука држава чланица,³⁰ као и Бриселска конвенција о интервенцији на отвореном мору за случај несреће које проузрокује или би могло да проузрокује загађивање, а која утврђује посебне услове за признање и извршење страних одлука, везујући

²⁵ "Сл. гласник РС" бр. 106/2015; 106/2016-аутентично тумачење, 113/2017-аутентично тумачење.

²⁶ Грбин И., *оп.цит.*, 11. Аутор је мишљења да се на тај начин не уноси само одлука, већ страни правни систем у домаћи.

²⁷ Вид. чл. 86.-101. ЗМПП.

²⁸ "Сл.лист СФРЈ" Додатак бр.5/77.

²⁹ Конвенција о превозу робе железницом и Конвенција о превозу путника и пртљага железницом "Сл.лист ФНРЈ, Међународни уговори" бр. 8/84.

³⁰ Чланови X, XI и XII Конвенције.

надлежност судова признања за територијалне воде штетне радње или воде у којима су предузете мере за спречавање штете.³¹ Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева не регулише непосредно поље егзекватуре, али посебном одредбом предвиђа именовање посредничког органа, као део механизма доставе и пријема захтева за покретање поступка за издржавање и извршење сваке одлуке, или другог судског акта за плаћање издржавања.³² На тај начин знатно олакшава признање пресуда у материји издржавања.

У складу са правилима Хашких конвенција о грађанском судском поступку и Конвенције о олакшању међународног приступа судовима, лица са пребивалиштем или држављанством државе чланице конвенције могу се позивати на конвенцијске одредбе признања и извршења судских одлука у односу на трошкове поступка.³³ Правила Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице предвиђају за судске и управне органе директну примену судских или управних одлука, без обзира да ли се оне званично признају или не у земљи у којој се налази место боравка детета и без обавезе спровођења посебног поступка признања страних одлука.³⁴ Конвенцијом се не захтева легализација одлуке или нека слична формалност.³⁵ Према Европској конвенцији о признању и извршењу одлука о старању о деци и поновном успостављању односа старања,³⁶ свако лице које у једној држави уговорници добије одлуку о старању о детету и које жели да у другој држави чланици одобри признање или извршење те одлуке, може поднети молбу централном органу било које државе уговорнице.³⁷ Конвенција одређује и када ће признање и извршење бити ускраћено, набрајајући разлоге непризнања, и указује да садржина одлуке ни у ком случају не сме бити предмет преиспитивања.³⁸

³¹ "Службени лист СФРЈ" Додатак бр.7/1977.

³² "Сл.лист ФНРЈ-Додатак" бр.2/1960. В.чл. 6. ст.1.Конвенције.

³³ "Службене новине бр.100-XXXVIII/30,"Сл.лист ФНРЈ" Додатак бр.6/62.; Вид. чл. 18. и 19. Конвенције.

³⁴ "Сл.лист СФРЈ"МУ,бр.7/91.; В. чл. 14.. Конвенције.

³⁵ Вид. чл.23. Конвенције.

³⁶ Ову конвенцију Савета Европе бивша Југославија је ратификовала и објавила у гласнику Међународни уговори бр.1/2001. У односу на чл. 6.ст.1.т.(б) тако је искључила могућност доставе аката без превода само на енглеском или француском језику. Централни органи у смислу конвенције су органи управе надлежни за послове правосуђа.

³⁷ Вид. чл. 4. Конвенције.

³⁸ Вид. чл. 9. Конвенције.

Најзад, у регулисању међусобног признања и извршења судских одлука споразумевањем на двостраном нивоу бивша Југославија је уговорна страна у више уговора, у већини са европским земљама.³⁹

3.2 Услови за признање страних судских одлука

У настојањима да се нађе сразмера између очувања суверенитета и успостављања међународне правне сарадње, државе прописују услове за признање и извршење стране одлуке. Домаћи законодавац је кодификујући међународно приватно право (ЗМПП) предвидео услове, односно сметње за признање страних одлука.⁴⁰ Наиме услови су дефинисани тако да њихово постојање у конкретном случају доводи до одбијања суда да призна страну одлуку. На тај начин законодавац је терет доказивања превалио на странку против које је одлука донета, с тим што суд о одређеним препрекама признању води рачуна по службеној дужности-*ex officio*. Законске претпоставке признања и извршења страних одлука су у већини формалноправне природе. Поред општих, за признање статусних одлука законодавац је предвидео и посебне услове, под којима се донекле може одступити од система ограничене контроле.

3.1.1 Индиректна судска надлежност

Надлежност органа који је донео одлуку представља општу претпоставку њене пуноважности. Процена повезаности органа који је донео одлуку и спорног односа заснива се на нормама о индиректној надлежности земље признања, иако у том погледу не постоји сагласност о нормама форума према којим би се ценила надлежност органа који је одлуку донео.⁴¹ Наш ЗМПП утврђује да се признање стране одлуке може одбити због ненадлежности страног суда, само ако је одлучивањем у датој ствари страни суд прекршио неку одредбу о искључивој

³⁹ Конвенција са Краљевином Грчком о узајамном признавању судских одлука; Конвенција са Мађарском о узајамном правном саобраћају; Конвенција са Пољском о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима; Уговор о узајамној правној помоћи са Бугарском; Уговор о регулисању правних односа у грађанским и кривичним стварима са Чешком и Словачком; Уговор о правној помоћи са Румунијом.

⁴⁰ Становиште Михајла Дике видети Дика Михајло, Кнежевић Гашо, Стојановић Срђан, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву-закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља*, Београд, Номос, 1991, 330.

⁴¹ Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Павић Владимир, *Међународно приватно право*, Правни факултет- Центар за издаваштво и информисање, 13. издање, Београд 2010, 549.

међународној надлежности домаћег правосуђа.⁴² На тај начин страна одлука има најповољнији третман изван земље порекла, када се има у виду да се према ранијим прописима страна одлука могла признати само ако је страни суд био надлежан према националним правилима о међународној судској надлежности. Примењујући га доследно признавале су се само одлуке земаља које су имале исте прописе о надлежности, или барем сличне, са домаћим. ЗМПП изричито предвиђа искључиву надлежност домаћег суда или другог надлежног органа, одређену за спорове у предметима који су, углавном, изван имовинских спорова.⁴³ Судска пракса је након доношења ЗМПП напустила, до тада, често позивање на међународну надлежност страног суда и прихватила могућност признања стране одлуке у спору који није у искључивој надлежности домаћег суда или другог органа, без обзира на то да ли постоји основ надлежности страног суда у прописима државе којој суд припада или према домаћим прописима о надлежности.⁴⁴ За оцену искључиве надлежности домаћег суда, чије присуство представља сметњу за признавање стране одлуке, меродаван је моменат доношења стране одлуке. Ставови доктрине иду у правцу признања надлежности суда или другог органа државе порекла одлуке, обзиром се ради о процени апстрактне надлежности независно од стварне или месне надлежности суда признања. Тако, норме немачког националног права предвиђају да је непостојање међународне надлежности суда првог степена препрека признању стране одлуке.⁴⁵ Енглеска доктрина ставља акценат у преиспитивању надлежности на претходном утврђивању да се ради о одлуци *in rem* или *in personam*.⁴⁶

У државама обухваћеним системом Бриселске конвенције и инструментима секундарног законодавства ЕУ, у начелу се не испитује међународна надлежност суда одлуке, а изузетно само када треба утврдити да ли су повређене одредбе о искључивој надлежности.⁴⁷

⁴² Вид. чл. 89.ст.1. ЗМПП. Овакво решење предвиђају и уговори са Бугарском (чл.46.ст.2.); Румунијом (чл.51. ст.1.а); Кипром (чл.23.ст.1.тч.б); Пољском (чл.50.ст.1.).

⁴³ Вид. чл. 56. ЗМПП; чл. 61.ст.2. ЗМПП; чл.66.ст. 2. ЗМПП; чл.64. ст.2.ЗМПП; чл.70.ст.2.; чл.71.ЗМПП; чл.72. ст.1. ЗМПП; чл.73.ст.1. ЗМПП; чл.75. и 78. ЗМПП .

⁴⁴ За судску праксу бивше Југославије, одлука Врховног суда Хрватске, Гж.11/ 84 од 16 II 1984.г.

⁴⁵ Пар. 328 I Нр. 1 Закона о грађанском поступку /16а Нр.1. Закона о питањима добровољне судске надлежности. Надлежност је посебно регулисана у материји брака у пар. 606 а 1. Закона о грађанском поступку

⁴⁶ Erik Jayme/ Rainer Hausmann., *Internationales Privat und Verfahrensrecht*, Herausgegeben von, Verlag C.H.Beck München, 2012., 627.

⁴⁷ Сходно чл. 35. ст.1. Уредбе бр. 44/2001.

Изузеци од овог правила обухватају и одлуке у стварима које се тичу уговора о осигурању и потрошачких уговора, у погледу чијег признања је суд или орган државе у којој се тражи признање везан утврђеним чињеницама, на основу којих је суд државе чланице порекла одлуке засновао своју надлежност. Притом, одредбе о надлежности немају функцију заштите јавног поретка.⁴⁸

3.1.2 Правноснажност и извршност стране одлуке

Само правноснажна одлука сагласно праву земље у којој је донета, представља одлуку подобну за признање. Судска одлука поводом неког имовинскоправног захтева, у односу на које се поставља и питање извршења, треба да има и својство извршности. У модерним европским правима појам правноснажности се поклапа са појмом коначности, подразумевајући под тим немогућност побијања судске одлуке редовним правним лековима, осим англосаксонског права које им даје различита значења.

Правноснажност стране одлуке потврђује се формалноправним доказима на терет подносиоца предлога за признање (може бити посебна потврда надлежног страног суда или другог органа, према праву државе порекла одлуке). Правноснажност стране одлуке се може доказивати и кроз друге облике њене формалне потврде, као што је клаузула о правноснажности на самој одлуци. Домаћи суд, као суд признања, пази на правноснажност и извршност стране одлуке по службеној дужности у току читавог поступка. Одлука мора бити правноснажна према праву земље порекла и онда када правила за конкретну одлуку не предвиђају правноснажност и извршност већ се на други начин регулише питање њене коначности.

Правноснажна страна одлука која је то својство имала у поступку признања пред домаћим судом, може у држави порекла изгубити својство пресуђене ствари по ванредним правним лековима. Наш суд ће, неспорно, одбити признање уколико у току самог поступка дође до укидања или измене стране одлуке. Уколико је поступак већ завршен и страна одлука призната тј. изједначена са домаћом одлуком, она производи дејство као да је донета пред домаћим судом у унутрашњем поступку. За признање страних одлука у предметима статусних стања довољно је да постоји доказ о правноснажности, док је за признање одлука донетих поводом неког имовинскоправног захтева неопходно да су извршене према праву државе порекла. Уколико је предмет захтева само извршење стране одлуке

⁴⁸ Чл. 34. ст.1. Уредбе бр.44/2001.

суд треба претходно да преиспита одлуку у поступку признања. Процена стране судске одлуке у својству извршног наслова, даје се с обзиром на тренутак доношења одлуке по том захтеву.

Право извршења је у појединим законодавствима уређено различито у односу на право признања. Тако је немачки законодавац предвидео да је за извршење стране исправе неопходна извршна исправа објављена у контрадикторном поступку, као и да она значи изјаву о дозвољености извршења.⁴⁹ Аустријско право захтева само да је страна одлука извршна, док се услов правноснажности не поставља, а слично решење прихвата и француско право. Према праву САД-а може се признати страна одлука и поред тога што је уложен правни лек, с тим што суд може одложити признање,⁵⁰ док се у енглеском праву признају коначне одлуке, али суд може обуставити процес извршења уколико је против стране одлуке покренут поступак по правном леку пред вишим судом.⁵¹ У међусобним односима земаља ЕУ, могуће је признање и неправноснажних одлука, тако да суд државе чланице пред којом се тражи признање може прекинути поступак ако је против одлуке поднет редовни правни лек.

3.1.3 Поштовање права на одбрану странака у поступку пред страним органом

У модерним правним системима процесни јавни поредак спречава признање страних одлука донетих супротно начелима процесног права државе признања, најчешће начелу саслушања странака - *auditur et altera pars*. Обавезна примена овог начела, као и поштовање основних процесних начела државе признања, резултат је настојања да се пружи минималне процесне гаранције активног учешћа странака у поступку.

Нерегуларност страног судског поступка суд признања узима у обзир по предлогу туженог. Околност да постоји неправилност у поступку пред страним судом представља сметњу за признање стране одлуке уколико тужени није могао да се упусти у спор, као и када му писани документ о покретању поступка није уредно достављен. Непризнање стране одлуке представља у овом случају санкцију због чињенице да тужени није могао да учествује у поступку пред страним судом уредним достављањем позива. Наш ЗМПП, као неправилност у поступку нарочито прихвата случај када лице против кога је донета страна судска одлука није

⁴⁹ Извршење страних одлука је посебно регулисано у пар. 722., 723. Закона о грађанском поступку.

⁵⁰ Према правилима Uniform Foreign Country Money Judgments Recognition Act-a.

⁵¹ Ближе, Cheshire N. , *цит.дело*, 618.

могло учествовати у поступку због тога што му позив, тужба или решење којим је започет поступак није било лично достављено, односно уколико уопште није ни покушано лично достављање, осим ако се то лице упустило у расправљање о главној ствари у првостепеном поступку.⁵²

Кроз поштовање начела обостраног саслушања заштита интереса странака је добила карактер општости, и постала део процесног јавног поретка у већини правних система. Италијански законодавац поставља, као позитивну претпоставку признања, захтев да је тужба била подигнута са знањем туженика у складу са правом места у коме је вођен поступак или да нису била повређена битна права одбране,⁵³ док се швајцарским законом приговор странке да није била уредно позвана према праву свог пребивалишта, нити према праву свог боравишта, предвиђа као сметња признању стране одлуке, осим ако се странка упустила у спор без истицања приговора.⁵⁴

Афирмацију принципа контрадикторности у поступку садржи и регулатива комунитарног права, утврђујући да се одлука неће признати ако је повређено право на одбрану. Према Уредби Брисел I, повреда права на одбрану се односи на туженика (у нашем праву - лице против које је донета одлука), који се није упустио у поступак јер му није правилно или благовремено извршена достава поднеска којим је започет поступак, или еквивалентни поднесак, осим ако је тужени пропустио започети поступак за подношење правног лека против одлуке.⁵⁵ Правилност доставе подлеже праву државе форума који је донео одлуку док је благовременост фактичко питање. Уредба-Брисел II предвиђа да се признање одлука у брачној и материји родитељске одговорности за децу може одбити и због чињенице да се ради о одлуци због изостанка, процедуралне неправилности којом је угрожено тужениково право на одбрану (повреда принципа контрадикторности).⁵⁶

⁵² Чл. 88.ст.2. ЗМПП.

⁵³ Чл. 64.ст.1.т.б) италијанског Закона о реформи система МПП.

⁵⁴ Чл.27.ст.2.а)б) швајцарског Савезног ЗМПП.

⁵⁵ Чл.34.ст.2. Уредбе бр.44/2001.

⁵⁶ Чл. 22. Уредбе бр. 2201/2003.; чл. 23. Уредбе бр.2201/2003; Доктрина износи став да одредба Бриселске конвенције даје овлашћење суду признања да по службеној дужности пази на поштовање права одбране, не само по приговору странке.⁵⁶ Ближе, Schak Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4)Verlag C.H.Beck München, 2006, 844.

3.1.4 Одсуство домаће правоснажне одлуке у истој ствари

Правноснажна одлука нашег суда, или другог органа, у истој ствари нужно повлачи непризнање стране одлуке. Законодавац, у том смислу, предвиђа да се неће признати страна одлука ако постоји правоснажна домаћа одлука у истој ствари или већ призната страна одлука.⁵⁷ Домаћа правоснажна и призната страна одлука имају својства *res iudicata* у истој ствари, тако да за суд не представља битну околност који поступак је раније започет. Чињеница да постоји домаћа правоснажна или призната страна одлука представља сметњу за признање на коју суд пази по службеној дужности. Евентуални губитак правоснажности домаће или признате стране одлуке има за последицу одлагање поступка признања, све док се ово претходно питање не реши.

Норме француског права утврђују да није неопходна правоснажност да би домаћа одлука имала дејство пресуђене ствари, али страна одлука чије се признање одбија мора бити супротна раније донетој или признатој одлуци.⁵⁸ У правима која нису нормирала питање пресуђене ствари у поступку признања и извршења, судска пракса одбија признање стране одлуке позивајући се на заштиту домаћег јавног поретка. У складу са тим Уредба-Брисел I предвиђа да се не може признати одлука која је у супротности са другом одлуком државе чланице, пред чијим надлежним органом се тражи признање, у предмету између истих странака. Као сматња признању прихвата се и чињеница да је одлука, предмет признања, супротна претходној одлуци у другој држави чланици или нечланици, у истом спору између истих странака, само уколико испуњава потребне услове за признање у земљи у којој је касније поднет захтев.⁵⁹ Од тога се пошло и у решењима Уредбе Брисел-II, тако да се као разлог непризнања утврђује и раније донета одлука и устој ствари у земљи признања, те и раније донета одлука друге државе чланице или нечланице у истој ствари, уколико се ранија одлука може признати у земљи у којој се признање касније одлуке тражи.⁶⁰

3.1.5 Раније започет поступак пред домаћим органом

Поступак који је у току пред домаћим судом може бити од значаја за процес признања и извршења. Наш законодавац је, као услов за

⁵⁷ Чл. 90.ст.1. ЗМПП.

⁵⁸ Чл. 64.ст.1 ц) италијанског Закона о реформи система МПП.

⁵⁹ Чл. 34 .ст .3 и ст.4. Уредбе, чиме је отклоњена непотпуност из члана 27. ст.5. Бриселске конвенције.

⁶⁰ Чл. 22. Уредбе.

признање и извршење стране одлуке, предвидео и одсуство претпоставки за литиспенденцију у погледу раније започетог поступка пред домаћим органом. ЗМПП допушта да српски суд застане по захтеву странке за признање стране одлуке до правноснажног окончања раније покренутог поступка, по тужби у истом предмету спора између истих странака, пред домаћим судом.⁶¹ То практично значи да ће суд признања прекинути поступак до доношења мериторне одлуке пред домаћим судом. Само домаћа одлука, у том случају, представља мериторну одлуку по истом тужбеном захтеву између истих странака, упркос чињеници да је страни суд раније донео одлуку. Уколико се поступак пред домаћим судом заврши без мериторне одлуке, поступак признања се може наставити и донети решење о признању стране одлуке сагласно законским условима.

Признање страних одлука је искључено уколико је поступак између истих странака поводом истог предмета спора у току пред домаћим судом и према италијанском, белгијском или француском праву. Према немачком праву, одлука о признању стране одлуке се доноси тек по окончању парнице пред домаћим судом.⁶²

3.1.6 Повреда домаћег јавног поретка

Страна одлука се преиспитује у погледу испуњености формалноправних услова, осим када се ради о заштити домаћег јавног поретка (*ordre public*). ЗМПП предвиђа да се страна судска одлука неће признати ако је у супротности са Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.⁶³ Суд у поступку признања може оцењивати евентуалну битну повреду домаћег материјалног и процесног права позивајући се на заштиту домаћег јавног поретка.⁶⁴ Ограничено овлашћење домаћег суда да утврђује примењено материјално право и процесна правила резултат је потребе заштите основних вредности и начела домаћег поретка. Установа јавног поретка у материји признања страних одлука има функцију флексибилног средства преиспитивања целине предмета, с тим што јавни поредак не сме постати инструмент негације самог признања и извршења.

Примена јавног поретка у односу на усклађеност стране одлуке са основним вредностима и начелима домаћег друштвеног уређења односи се на страну одлуку у целини. Наиме, домаћи суд у поступку признања и

⁶¹ Вид. чл. 90. ст. 2. ЗМПП.

⁶² Пара. 261. III 1 Закона о грађанском поступку

⁶³ Чл. 92. ЗМПП.

⁶⁴ Сајко Крешимир, *Међународно приватно право*, Народне новине, Загреб, 2004, 264.

извршења на свеобухватан начин преиспитује предмет и евентуална решења у меритуму стране одлуке, чија је сврха заштита вредности домаћег друштвеног уређења. Констатације суда у погледу сагласности стране одлуке са домаћим јавним поретком могу се прихватити као разлог непризнања стране одлуке, али не и као средство преиспитивања садржине одлуке или евентуално њене измене. Примена јавног поретка почива на правилима и принципима у време доношења одлуке о признању, тако да се не узимају у обзир накнадне или претходне измене садржине јавног поретка. На сагласност стране одлуке са битним начелима процесног права државе признања домаћи суд пази по службеној дужности. Законодавац говори само о супротности стране одлуке са јавним поретком, што поставља еластичне оквире у којима судија може утврђивати повреду основних вредности домаћег друштвеног уређења.

У судској пракси се признање и извршење страних одлука због повреде домаћег јавног поретка ускраћује, најчешће, у статусним предметима, као у случају нарушене једнакости између супружника, расне, верске или полне дискриминације и сл.⁶⁵ Код страних одлука које за предмет имају трговинске спорове, судови се ређе позивају на заштиту домаћег јавног поретка, обзиром да се ради о релацијама које странке могу да уређују самостално. Савремени закони уобичајено уређују установу јавног поретка као инструмент помоћу којег се има ценити могућност уподобљавања стране одлуке у домаћи правни систем. Тако је швајцарски законодавац, пре свих разлога за одбијање признања стране одлуке, предвидео очигледну неспојивост одлуке са швајцарским јавним поретком. Норме немачког права полазе од тога да је одредба домаћег права повређена када признање одлуке доводи до исхода који је неспојив са његовим основним начелима, поготово ако није ускладива са основним правима.⁶⁶ Право САД-а нема законских решења о заштити јавног поретка у судском поступку, већ је препуштено судској пракси.

⁶⁵ За домаћу судску праксу, Решење Врховног суда Србије Гж.9/04 од 18.марта 2004." Кад се страна у спору није користила правом да расправља пред иностраним судом ,већ се у том поступку држала пасивно и није искористила сва расположива средства ради отклањања неправилности у поступку пред државом одлуке, не може због тога захтевати одбијање признања стране судске одлуке позивом на јавни поредак земље признања."

⁶⁶ Вид. чл. 27. ст.1. швајцарског ЗМПП ; Пар.328 I Nr.4. немачког Закона о грађанском поступку тј. 16a Nr.4. Закона о питањима добровољне судске надлежности, који садрже клаузуле о резервама за *ordre public* о правном поступку. Интересантна је одлука Среског суда у Штутгарду од 16.01.1985.године у тужби за промену пресуде о издржавању Окружног суда у Београду од 22.11.1982. године. Сви умешани су имали југословенско држављанство, али су дуго живели у Немачкој.

Бриселска конвенција о судској надлежности, признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким предметима ЕУ и Уредба Брисел I, предвиђа заштиту јавног поретка. Уредба Брисел II утврђује "манифестну" повреду јавног поретка земље у којој се признање тражи, као сметњу за признање стране одлуке.⁶⁷ За разлику од Бриселске конвенције, секундарно право ЕУ прихвата да се одлука неће признати ако би признање било очигледно противно јавном поретку државе у којој се оно тражи.⁶⁸

3.1.7 Узајамност

Домаћи суд може одбити признање стране судске или друге одлуке, упркос томе што она испуњава све законом прописане услове, само зато што се у земљи порекла одлуке не признају судске и друге одлуке домаћих надлежних органа. Домаће законско решење полази од тога да се страна судска одлука неће признати уколико не постоји узајамност између наше и земље порекла одлуке. Законодавац је задржао услов узајамности, али је у односу на раније прописе овај услов признања вишеструко ослабљен. ЗМПП предвиђа да ће се страна одлука признати уколико постоји узајамност са земљом њеног порекла, с тим што се не испитује код признања страних одлука у брачним споровима и у споровима ради утврђивања и оспоравања очинства и материнства, као и када признање и извршење стране судске одлуке тражи наш држављанин.⁶⁹ Очигледна је тежња законодавца да поједностави признање одлука у брачним и породичним односима.

Срески суд је правилно утврдио да је издржавање деце после развода у двома земљама из корена различито регулисано. У Немачкој финансијска обавеза издржавања у нормалном случају погађа само оног родитеља код којег дете не живи (најчешће отац), док родитељ који се стара о малолетном детету (најчешће мајка) "врши своје обавезе тако да допринесе издржавању детета по правилу кроз негу и одгој детета", те поред тога не мора да врши и своја плаћања. Одступајућа југословенска одредба по мишљењу среског суда у Штутгарду погађа немачки *ordre public* на недопустив начин: "У југословенском праву као социјалистичком правном поретку је интерес за обавезу издржавања детета пре свега посматран са становишта постављања круга лица која учествују у друштвеном и привредном социјалистичком систему. При томе се потврђује повреда "дечје добробити као правног добра као и остварење материјалног права детета на издржавање и општег правног обичаја о обавези СР Немачке"; Белгијски закон о судској надлежности, Грчки закон о парничном поступку и други, само су неки од прописа законодавстава која имају унутрашња решења о заштити јавног поретка.

⁶⁷ Вид. чл. 22., 23. Уредбе.

⁶⁸ Вид. чл. 34. ст.1. Уредбе.

Конвенцијским правом у погледу признања и извршења успоставља се дипломатски реципроцитет између земаља уговорница, тако да се узајамност посебно не спомиње као услов признања и извршења. Наше право прихвата да је довољан *фактички реципроцитет* (према начину настанка) за поступак по захтеву за признање и извршење стране одлуке.⁷⁰ У већини националних права за постојање узајамности је довољна чињеница да се домаће судске одлуке у иностраној земљи признају и извршавају, у поступку и на начин који се битно не разликује од поступка признања стране одлуке у домаћој земљи, док се у неким системима захтева постојање дипломатског реципроцитета⁷¹ па и посебна изјава Владе о реципроцитету.⁷²

У садржинском смислу није довољна законска одредба или начелно прихватање признања домаћих одлука у иностраној земљи да би се прихватило постојање узајамности. Суд треба да води рачуна о услову материјалног реципроцитета, имајући у виду да примена формалног реципроцитета у овој материји није у складу са принципима система ограничене контроле, и да би се страна одлука изједначила са домаћом те се не би могла преиспитивати. Материјални реципроцитет намеће суду обавезу утврђивања сагласности или битних разлика у страним прописима и судској пракси у погледу услова и поступка признања одлука наших судова. Битне разлике указују на битно теже услове за признање одлука наших судова и других органа од оних које поставља наше право. Законодавац полази од претпоставке узајамности, која је у поступку признања *оборива* и може бити предмет доказивања.⁷³ У случају сумње да је испуњен услов узајамности суд захтева објашњење од органа управе надлежног за послове правосуђа, мада је у већини предмета терет

⁷⁰ Врховни суд Србије указује да: "Ако са страном државом узајамност није уговорена, суд признања стране судске одлуке полази од претпоставке да фактичка узајамност са том државом у погледу признања судске одлуке постоји све док се противно не докаже." Суд је слободно ценио извештај и објашњење министарства према којем је одбијено признање страних одлука из Хрватске и у којем је изнето да између Републике Хрватске и Државне заједнице СЦГ не постоји реципроцитет у признавању и извршавању страних судских одлука у смислу чл. 92. ЗМПП. Врховни суд је потврдио да није успостављен дипломатски реципроцитет али и да није оборена претпоставка о постојању фактичког реципроцитета на основу расположивих чињеница и информација. Решење Врховног суда Србије Гж.90/04 од 30.09.2004.

⁷¹ Нпр. у Холандији.

⁷² Нпр. у Аустрији, Русији, Бугарској, Финској, Норвешкој, Шведској, Мароку.

⁷³ Чл. 91.ст.3. ЗМПП.

доказивања на заинтересованој странци.⁷⁴ Оцену да је испуњен услов узајамности даје суд, с обзиром на тренутак доношења одлуке о признању и извршењу стране судске одлуке. Узајамност није подложна честим и брзим променама, али је прецизирање тренутка постојања узајамности нужно, када се зна да суд право и судску праксу сазнаје по службеној дужности у домену конкретног чињеничног стања и извођења правних закључака.

ЗМПП не регулише посебно *признање дела* стране одлуке који се може издвојити као посебна одлука. У прилог томе иде чињеница да се узајамност према држави порекла одлуке испитује само у односу на врсту одлука која је предмет признања пред домаћим судом. Концепт "дељивог реципроцитета" прихвата и домаћа судска пракса.⁷⁵

Немачки законодавац је, дајући нови оквир решењу Закона о грађанском поступку, задржао услов узајамности са нешто ослабљеним дејством на тај начин што допушта признање страних одлука уколико не постоји одбијање узајамности. Једана група земаља базира услов узајамности на државно-уговорној регулативи, што је случај у Русији, Бугарској, Шведској, или Финској. Узајамност се није постављала као услов у систему *prima faciae*, када се у поступку признања и извршења поступа по *common law*.

4. Примена одређеног права у одлукама о статусним стварима

У поступку оцене испуњености услова за признање страних статусних одлука домаћи суд има могућност извесне контроле

⁷⁴ У Мађарској, Министар правде даје изјаву о узајамности која је обавезујућа за суд; у Румунији је неопходна потврда Министарства правде после консултације са министарством спољних послова; у Бугарској Министар правде утврђује државе са којима постоји узајамност.

⁷⁵ Тако је Решењем Окружног суда у Београду призната првостепеног суда у Јонкопингу у Шведској, којом је разведен брак нашег држављанина и шведске држављанке и решавано питање поверавања деце на чување и васпитање мајци, а њен захтев да противник предлагача доприноси издржавању детета одбијен. Питање узајамности оспоравало се у односу на Шведску само поводом признања одлуке о чувању, подизању и васпитању деце под родитељским старањем. Савезни суд је на основу чињенице да није било података о томе да се у шведској судској пракси одбија признање наших правоснажних одлука исте врсте, стао на становишту да се мора прихватити претпоставка постојања узајамности те се изводи закључак да постоји фактичка узајамност, која је довољна да се одлуке једне државе признају у другој. Имајући у виду ове чињенице и околности Савезни суд је одбио захтев за заштиту законитости савезног јавног тужиоца. Решење Савезног суда Гж.-14/85 од 14. новембра 1985. године.

примењеног супстанцијалног права, у контексту заштите интереса домаћих држављана, а онда и држављана државе порекла одлуке и држављана трећих држава. У складу са тим, домаћи законодавац је, поред општих, предвидео и **посебан услов** за признање страних одлука које се тичу статуса домаћег држављана. Контролу *примењеног материјалног права пред страним судом* законодавац везује за случај када је, по закону, требало применити домаће право, при чему примењено и наше материјално право не морају садржати идентична решења. *Битно одступање од домаћег права* у страниј одлуци може да представља сметњу њеном признању пред домаћим судом.⁷⁶ Реч је о строжијем виду контроле страних одлука о статусу нашег држављанина, али само за случајеве када је према нашим колизионим нормама меродавно српско право. Наиме, реч је уобичајено о случајевима у којима је изражена значајна веза спорног односа и нашег права⁷⁷. Признање страних одлука под овим условима није у складу са концептом система ограничене контроле, тако да је законодавац узео у обзир само изузетне ситуације у којима је примењено правило материјалног права од стране надлежног страног органа у тој мери различито од решења нашег права, да би могло да доведе до неједнаког правног положаја наших држављана.

Упоредна национална правила о могућности контроле примењеног материјалног права у поступку доношења стране одлуке предвиђају различита решења, као што је упућивање на правила домаћег међународног приватног права. Страна одлука се у том случају може признати само ако је орган који је донео применио оно меродавно право на које упућују и домаћа правила. Насупрот томе, поједина права за признање страних одлука у погледу статуса домаћих држављана прихватају примену правила на основу којих се даје оцена подобности стране одлуке за признање.

У пракси наших судова је познат случај одбијања домаћег суда да призна аустријску одлуку поводом одобрења уговора којим је страни држављанин усвојио дете нашег држављанина, јер је до усвојења дошло без одобрења надлежног републичког органа, па се сматрало да постоји битно одступање од домаћег права које се примењује на конкретан случај.⁷⁸ Нарочито изражену контролу супстанцијалног права предвиђају

⁷⁶ Чл. 93. ЗМПП.

⁷⁷ Крвавац Марија, Јовић Олга, Међудржавно усвојење-признање и извршење страних одлука, *Правни живот* бр. 3-4, Београд, 2008, 95-111.

⁷⁸ За судску праксу бивше СФРЈ, Одлука Врховног суда Хрватске Гж.3/88 од 15 марта 1988. У образложењу одлуке се између осталог наводи: "У складу са одредбом чл.93. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (Сл.лист СФРЈ бр.43/92) за одлучивање о личном стању држављанина

француски прописи, тако што страни суд, поред осталих услова за признање, треба да примени она колизионоправна решења која би применио и француски судија у датој ситуацији. Судска пракса ублажава овако строго постављено правило на сличан начин као и у нашем праву, имајући у виду да се признају стране одлуке које су донете на основу решења подударног, не и идентичног, са правом меродавним по француским колизионим нормама (принцип еквиваленције). С друге стране, енглеско и право САД-а не прихватају могућност контроле супстанцијалног права.

Наш законодавац је предвидео и посебна правила признања страних одлука које се тичу статуса држављана државе порекла одлуке и трећих држава.⁷⁹ За признање одлука које се тичу искључиво статуса држављанина **државе порекла одлуке** не поставља се услов надлежности, узајамности и поштовања домаћег јавног поретка. Нема сумње да домаћи суд код признања ових одлука има лакши посао, тако да страна одлука преиспитује само у погледу правноснажности, неправилности у поступку пред страним судом, и раније започетог поступака у истој ствари између истих странака у нашој земљи. Стране одлуке које се тичу статуса држављанина државе порекла одлуке али истовремено и статуса нашег држављанина, у поступку признања подлежу преиспитивању у складу са ЗМПП.⁸⁰ За признање страних одлука које се тиче статуса **држављана трећих држава** неопходно је да одлука испуњава услове признања према праву државе чији су држављани. ЗМПП предвиђа да се може признати страна одлука о статусу лица, које није држављанин земље порекла одлуке, нити домаћи држављанин, само под условима земље држављанства лица о чијем се статусу ради.

СФРЈ треба применити право СФРЈ. Страна судска одлука признаће се и кад је примењено страно право ако та одлука битно не одступа од права СФРЈ која се примењује на такав однос. Када је усвојеник држављанин Хрватске (чл.30.ст.1. Закона о решавању сукоба закона и надлежности у статусним, породичним и наследним односима) онда треба применити и право те републике, а то су прописи Закона о браку и породичним односима или пак у конкретном спору одредбе чл.137. споменутог закона. Ради се о изнимци кад страни држављанин може усвојити дете који је наш држављанин али у том случају усвојење се не може засновати без одобрења надлежног републичког органа, које у овом спору недостаје, па је очигледно да споменути уговор о усвојењу није закључен у складу са тим важећим прописима, те како битна претпоставка није била испуњена, како то правилно наводи и првостепени суд, жалбу предлагатељице као неосновану треба одбити".

⁷⁹ Чл. 94. и чл. 95. ЗМПП.

⁸⁰ Чл. 87.- 92. ЗМПП.

ЛИТЕРАТУРА

Бордаш Б., Признање иностраних одлука у статусним стварима, један случај из судске праксе, Liber Amicorum-Добросав Митровић, Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, Београд, 2007.

Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., Павић В., Међународно приватно право, 13. издање, Правни факултет-Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010.

Грбин И., Признање и извршење одлука страних судова, Информатор, Загреб, 1980.

Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву; закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Номос, Београд, 1991.

Jaume E. Hausmann R., Internationalis privat und Verahrensrecht, Verlag C.H.Beck, München 2012.

Јездић М., Међународно приватно право, Научна књига, Пето издање, Београд, 1980.

Кнежевић Г., Ракић- Водеинелић В., Грађанско процесно право ЕУ, Савет пројекта Конституисање Србије као правне државе, Београд, 1998.

Крвавац М., Јовић О., Међудржавно усвојење-признање и извршење страних одлука, ПЖ 3-4, Београд, 2008.

Познић Б., Грађанско процесно право, Савремена администрација, Београд 1989.

Пак М., Међународно приватно право , Службени лист, Београд, 2000.

Станивуковић М., Живковић М., Међународно приватно право (општи део), Службени лист, Београд, 2004.

Сајко К., Међународно приватно право, Народне новине, Загреб, 2005.

Schak H., Internationales Zivilverfahrensrecht, 4 Auflage, Verlag C.H.Beck München, 2006.

Трива С., Грађанско процесно право, Народне новине, Загреб , 1983.

Cheshire G., Private International Law, Oxford University, 1992.

Конвенција о превозу робе , путника и пртљага железницом, "Службени лист ФНРЈ –МУ" бр.8/84.

Бриселска конвенција о интервенцији на отвореном мору за случај несреће које проузрокује, или би могло да проузрокује загађење. "Службени лист СФРЈ" бр.5/77

Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева
"Службени лист ФНРЈ"-Додатак" бр.2/1960.

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне
отмице деце, "Службени лист СФРЈ-МУ" бр.7/91.

Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о
деци и поновном успостављању односа старања " Службени гласник-МУ"
бр.1/2001.

Уредба ЕУ бр. 44/2001 о судској надлежности признању и
извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима (Брисел I) ЕС по
44/2001, ОЈ L 012 од 16.01.2001. [preuzeto sa eur-](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation)
[lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation) приступ
10.03.2018.

Уредба ЕУ бр. 1374/2000 о надлежности, признању и извршењу
одлука у брачним предметима и материји родитељске одговорности за
заједничку децу- ЕС по 1347/2000, ОЈ L 160 од 30.06.2006.g. [eur-](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation)
[lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation) приступ
10.03.2018.

Уредба ЕУ бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу
одлука у брачним предметима у материји родитељске одговорности
(Брисел II) ЕС по 2201/2003, ОЈ L 338 од 23. 12. 2003. [eur-](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation)
[lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation](http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=hr&ptab=legislation) приступ
10.03.2018.

Marija KRVAVAC

Full-time Professor, Faculty of Law, University of Priština
temporarily settled in Kosovska Mitrovica

**ASSUMPTIONS FOR THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF
FOREIGN COURT DECISIONS**

Summary

The Act of Private International Law of the Republic Serbia defines nine assumptions for the recognition and enforcement of foreign court decisions. After the proceeding and enforcement by the Act on PIL the foreign judicial decision has effects in the domestic territory in the state of recognition.

The EU laws regulate this matter widely in their acts. The assumptions for the recognition of foreign decisions are found in following acts: Council Regulation No.44/2001 on the jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters-Protocols; Regulation No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncostested claims; and Regulation No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure.

Key words: *foreign decision, recognition, enforcement, assumptions.*

Рад је предат 16. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Раденко ЈОТАНОВИЋ*
Босиљка ЧУБРИЛОВИЋ**
Правни факултет у Бањој Луци

ХИПОТЕКА НА ПРАВУ ГРАЂЕЊА

Апстракт: У раду се анализира право грађања с аспекта предмета хипотекарног оптерећења. Право грађења има тзв. двостурку правну природу јер се истовремено ради о оптерећењу земљишта и самосталној непокретности у правном смислу. За разлику од земљишта које је природна непокретност, право грађења је "вјештачка" непокретност којем је право дало такво својство. Као самостална ("вјештачка") непокретност, право грађења преузима атракциону снагу земљишта као природне непокретности, тако да начело *superficies solo cedit* сада важи између права грађења и зграде која је изграђена или је прирасла праву грађења. Таквим дефинисањем права грађења дата је могућност његовог хипотекарног оптерећења, а вриједност хипотеке се повећавала за вриједност зграде у складу с начелом екстензивности хипотеке.

Поред тога, у раду је дат критички осврт на редефинисање концепта „непокретности“ у стварно-правном законодавству Републике Српске и Босне и Херцеговине и извршена анализа права грађења у њиховој легислативи. Истакнуте су основне карактеристике хипотеке у савременом праву које се рефлектују и на право грађења као предмет хипотеке, с фокусом на хипотеку у функцији прибављања кредита.

Кључне ријечи: *непокретности, хипотека, право грађења, хипотека на праву грађења.*

1. УВОД

Кодификација стварног права у Републици Српској и Босни и Херцеговини¹ донијела је низ новина, а једна од значајнијих је

* Ванредни професор, radenko.jotanovic@pf.unibl.org

** Асистент, bosiljka.cubrilovic@pf.unibl.org

¹ Реформа стварног права извршена је Законом о стварним правим - ЗСП, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/2008, 3/2009 - испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015 и 18/2016 - одлука УС, Законом о стварним правима, “Службене новине Федерације

успостављање правног јединства непокретности, те нормирање безрезервног дјеловања принципа *superfices solo cedit*². За потпуније разумјевање наведеног, потребно је указати да је реформом промијењен сам концепт појма „непокретност“. Наиме, умјесто досадашње дефиниције која је под наведеним обухватала земљиште, зграде и друге објекте који су са земљиштем трајно спојени³, према ЗСП, искључиво се честице земљишне површине сматрају непокретностима са свим што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње, под претпоставком да законом није другачије одређено.^{4 5} Примјећујемо да је законодавац прихватио концепт непокретности који је конкретан, прецизан, а истовремено довољно екстензиван, широк да обухвати разне видове умјетног спајања са непокретности (све што је на површини земљишта, изнад или испод њега изграђено, а намијењено је да тамо трајно остане, или је у непокретност уграђено, њој дограђено, на њој надограђено или било како другачије с њом трајно спојено⁶).

Рedefинисање института непокретности рефлектовало се и на ново *iura in re aliena*, право грађења. Иако је у прошлости на нашем правном подручју постојало тзв. „право коришћења“, са мноштвом модификација (право управљања, коришћења и располагања, привремено право коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту, право првенственог коришћења (право прече градње), право коришћења ради изградње и трајно право коришћења)⁷, институт права грађења није

БиХ“, бр. 66/2013 и 100/2003, те ранијим Законом о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, "Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ", бр. 11/2001, 8/2003, 40/2004 и 19/2007.

² „Све што је израсло из земље или је чврсто спојено са њом припада власнику земљишта.“ На основу поменутог правила, формулисаног у класичном римском праву, рјешавана су питања присвајања покретних ствари које чине земљишну површину у случајевима када се земљиште налази у својини једног, а предмети који се уносе у земљиште у својини другог лица. „У таквим околностима по римским схватањима били су остварени услови да дође до прираштаја, односно до акцесије на основу правила: *accessio cedit principali*.“ И. Пухан, *Superficies solo cedit*, одредница у: *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I-III*, Том трећи, Београд 1978., 231.

³ Чл. 19, ст. 3 Закона о основама својинскоправних односа - ЗОСПО, "Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90.

⁴ Чл. 6, ст. 2 и чл. 14, ст. 1 ЗСП-а.

⁵ Законодавац управо то и чини, одређујући да поред земљишта и право грађења може бити непокретна ствар (чл. 14, ст. 3 у вези са чл. 286, ст. 2 ЗСП-а).

⁶ Чл. 14, ст. 1 ЗСП-а.

⁷ Р. Јотановић, „Право грађења“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/15, 638.

постојао, нити је била предвиђена могућност његовог оснивања, с обзиром на дјеловање начела *numerus clausus* стварних права.

Овај нови стварно-правни институт настао је почетком XX вијека у земљама германске правне традиције (аустријско право грађења - *Baurecht*, те њемачко наследино право грађења - *Erbbaurecht*), као компромис два супростављена интереса. Наиме, с једне стране јавила се потреба за грађењем у густо насељеним градовима у којима је грађевинско земљиште постао ограничен и скуп ресурс, док с друге стране власници земљишта нису били мотивисани или нису били у финансијској могућности да граде, а нису имали намјеру да отуђе непокретности. Нормирањем ове правне могућности, титулару права грађења омогућава се стицање права својине не згради, без потребе за претходним стицањем својине и на земљишту, уз корелативну бенефит власника земљишта која се огледа у могућности да дугорочно стиче финансијску корист од свог земљишта, а да при томе на истом не губи право својине. За разлику од иницијалног историјског момента у којем је право грађења настало као средство рјешавања одређених социјалних питања (јефтенија стамбена изградња - тзв. социјална функција права грађења), оно је временом постало и форма јавно-приватног партнерства, модус за подстицање јефтеније градње и привлачење инвеститора.

2. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ХИПОТЕКЕ

Хипотека, као заложно право које се оснива без предаје ствари у државину повјериоца, настала је у римском праву, иако је ријеч „хипотека“ грчког поријекла.⁸ Хипотекарни повјерилац је још у то доба имао право да предмет залога изложи продаји и да се потом наплати из продајне цијене, а ова садржина хипотеке, позната као „право на вриједност ствари“,⁹ рецепцијом римског права задржана је и до данас. Неке карактеристике римске хипотеке су се временом мијењале, па се тако данас хипотека може основати само на непокретним стварима, прописана је обавезна форма исправе на основу које се хипотека конституише, обавезан начин њеног публикавања је упис у одговарајуће регистре непокретности, умјесто генералне хипотеке усвојен је принцип специјалности хипотеке итд.

⁸ Хипотека је настала спајањем грчких ријечи „*hypo*“ и „*tithemi*“, које у преводу значе „под“ и „ставити“, што можемо схватити на начин да се нешто жели оптеретити, односно ставити терет на некој непокретности.

⁹ Л. Марковић, *Грађанско право, Прва књига – Општи део и Стварно право*, Београд, 1927., 493.

Хипотеком се оптерећује непокретност која је предмет хипотеке. Ради се о стварно-правном (реалном) средству обезбјеђења потраживања, јер се умјесто облигационо-правних (личних) средстава обезбјеђења гарантује вриједношћу предмета хипотеке.¹⁰ Још су Дигесте регулисале максимуму према којој „*Већа је гаранција у ствари него у лицу*“.¹¹ Хипотека као таква не може постојати самостално, већ само и увијек уз неко друго, облигационо право, које се сматра главним правом, па је правна судбина хипотеке у потпуности везана за то главно право (акцесорност хипотеке),¹² али не важи и обрнуто јер свако потраживање не подразумијева нужно и хипотеку^{13, 14}. Потраживање једног повјериоца које се обезбјеђује хипотеком мора бити тачно (довољно) одређено како би се могло идентификовати у правном промету, али се и предмет хипотеке мора индивидуализовати јер се иста не може успоставити на цјелокупној имовини дужника (тзв. генерална хипотека).¹⁵ Значајна особина хипотеке је њена недјељивост, како у погледу потраживања које обезбјеђује, тако и у погледу предмета залога. Хипотеком се гарантује за цјелокупно потраживање, без обзира ако би оно било подијељено. Исто тако, све док се не исплати дуг у цјелини, гарантује се цијелим предметом залога, па иако би предмет био подијељен на дијелове ипак сваки дио одговара за дуг у цјелини. Битно својство хипотеке је екстензивност што значи да се она временом може проширити и на оне ствари које су настале после заснивања хипотеке.¹⁶ Тако вриједност предмета хипотеке може порастати (тзв. побољшање непокретности) природним путем (нпр. порастом цијена некретнина) или вјештачким путем, тј. људским радом (нпр. изградњом објекта на оптерећеном земљишту). У том случају хипотека обухвата и све оно на што је проширен предмет, у складу с поменутиим принципом *accessio cedit principali*. Хипотека је снадбјевена правом следовања које хипотекарном повјериоцу омогућава вршење његовог права без обзира на то ко је власник, односно држалац хипотековане непокретности. То је уједно предност и за самог власника хипотековане непокретности јер је она и даље *res in commercio*, али ће се у

¹⁰ М. Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009., 65 и даље.

¹¹ „*Plus coutionis in re est, quam in persona*“, *Pomponius, Digesta*, 50.17.25.

¹² „*Отуђење и наслеђивање заложног права могуће је само заједно с потраживањем које осигурава*“, чл. 140, ст. 2 ЗСП-а.

¹³ Према § 306 Српског грађанског законика из 1844. године - СГЗ: „*Свака залога претпоставља дуг. Но сваки дуг не води за собом право на залогу....*“

¹⁴ Акцесорност се појављује у неколико видова: акцесорност у настанку, обиму, припадању, реализацији и престанку, в. Д. Хибер и М. Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, Београд, 2015., 86-104.

¹⁵ О. Станковић и М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1996., 243-245.

¹⁶ Л. Марковић, *op. cit.*, 502.

случају отуђења хипотековане непокретности заложноправни однос успоставити између хипотекарног повјериоца и новог власника без икаквог уговора између тих лица¹⁷. Посебно значајно овлашћење хипотекарног повјериоца је могућност залагања хипотеке, односно могућност да се потпуно или дјелимично пренесе потраживање обезбијеђено хипотеком (цесија). Акцесорност хипотеке онемогућава пренос хипотеке без преноса потраживања, али се обрнуто може уговорити.¹⁸ Оснивање хипотеке на хипотеци (надхипотека) као посљедице преноса потраживања мора се уписати у евиденцију непокретности.¹⁹

Основна функција хипотеке која се првенствено наводи у јуриспруденцији јесте обезбјеђење потраживања.²⁰ У принципу се свако потраживање које је у складу с императивним прописима може обезбиједити хипотеком, укључујући и будуће и условно потраживање,²¹ као и потраживање у иностраној валути.²² Потраживање одређено у иностраној валути, а што је тренд у земљама које пролазе кроз процес транзиције, може имати негативне посљедице по (хипотекарне) дужнике усљед промјене курса страних валута. У складу с принципом одређености потребно је да се потраживање увијек одреди у новчаном износу.

Иако у принципу има улогу обезбјеђења потраживања, хипотека се у пракси најчешће користи у функцији прибављања кредита²³ јер се закључење уговора о кредиту условљава могућношћу да се пружи одговарајући залог, иначе су услови задуживања знатно неповољнији.²⁴ У том смислу хипотека је доживјела своју пуну афирмацију у XIX вијеку када је дошло до енормног привредног развоја у односу на ранији период, што је довело и до потребе развоја кредита заснованих на хипотекарном залагању непокретности. Ништа мања актуелност хипотеке није ни данас у условима убрзаног развоја (свјетске) економије. Савремено хипотекарно право има за циљ да успостави такав систем обезбјеђења који ће

¹⁷ Ј. Вукотић, *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Београд, 2012., 205.

¹⁸ И. Бабић *et al.*, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011., 457; Ј. Вукотић, *op. cit.*, 215.

¹⁹ О. Станковић и М. Орлић, *op. cit.*, 278-279.

²⁰ О функцијама заложног права в. Д. Хибер и М. Живковић, *op. cit.*, 28-35.

²¹ В. чл. 141, ст. 3 ЗСП-а.

²² Ј. Вукотић, *op. cit.*, 207.

²³ “У тржишним условима...кредит постаје један од основних извора средстава за задовољење разноврсних савремених потреба човека...”, М. Лазић, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/2015, 556.

²⁴ Д. Хибер и М. Живковић, *op. cit.*, 30.

максимално осигурати правни положај повјериоца, а што мање отежати положај дужника све до фазе намирења.²⁵ Обезбјеђење потраживања представља један од услова за стварање правне сигурности и повјерења, као и подстицаја за улагање и оживљавање привреде на тржишним принципима у околностима ренесансе кредита са којом се суочавају земље у транзицији.²⁶ И не само земље у транзицији, јер у данашњим условима тржишне конкуренције све земље имају првенствени правнополитички циљ привлачење инвестиција путем ефикасног уређења средстава обезбјеђења кредита.²⁷

3. ПРЕДМЕТ ХИПОТЕКЕ

Из саме дефиниције хипотеке произилази да је то заложно право на непокретностима, а „*Непокретне ствари су оне које се не могу премештати с једног места на друго без оштећења њихове суштине.*“²⁸ Међутим, не могу све непокретности бити објекат хипотеке, већ само оне које се налазе у промету, које се могу отуђити и које нису изузете од извршења. Правну судбину непокретности, као главне ствари, дијеле њени саставни дијелови (припаци).²⁹ У функцији припатка непокретности су и покретне ствари које се називају „непокретности по намјени“ јер заједно са непокретношћу представљају економску, функционалну и правну цјелину.³⁰ Хипотека, дакле, обухвата и припатке непокретности, односно непокретности по намјени. Саставни дио непокретности (до одвајања) су и плодови (натурални и цивилни) па се хипотека протеже и на плодове.³¹ Као саставни дио непокретности третирају се и тзв. побољшања непокретности која повећавају њену вриједност након конституисања хипотеке. Побољшања непокретности су, такође, предмет хипотеке у складу с принципом екстензивности хипотеке, али под условом да побољшања припадају власнику хипотековане непокретности³².

²⁵ Д. Медић, „Хипотекарноправни однос као аспект садржине хипотеке“, *Српска правна мисао*, бр. 41/2007, 233; Д. Медић, „Предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 8/2006, 177-178; М. Лазих, *op. cit.*, 555 и даље.

²⁶ Д. Медић, *Хипотека и остала средства обезбјеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука, 2005., 17.

²⁷ Д. Хибер и М. Живковић, *op. cit.*, 225-226.

²⁸ С. Станковић и М. Орлић, *op. cit.*, 24.

²⁹ Чл. 11, ст. 2 ЗСП-а.

³⁰ В. чл. 11, ст. 4 ЗСП-а.

³¹ Чл. 12, ст. 3 ЗСП-а; Медић, Душко (2006), 179.

³² М. Лазих, *Садржина хипотеке*, магистарска теза, Ниш, 1994., 54.

Да би била предмет хипотеке, непокретност мора бити уписана у јавну евиденцију непокретности. Хипотека је земљишно-књижно право *par excellence* јер се конститутивно дејство уписа код хипотеке примјењује без изузетка и нема ванкњижних хипотека (нпр. законска хипотека се, такође, мора уписати)³³. Ово правило важи без изузетка када је земљиште предмет хипотеке, али у погледу зграда постоји изузетак. Правило је да се након завршетка зграде упише својина на згради, односно својина на посебном дијелу непокретности, а након тога и упис хипотеке. Међутим, због неопходне потребе кредитирања зграде у изградњи, односно посебног дијела непокретности, хипотека се успоставља и на становима, пословним просторима, гаражама и др. посебним дијеловима у изградњи.³⁴ Овдје треба имати у виду однос хипотеке на посебном дијелу непокретности са хипотеком која оптерећује цијелу зграду, јер инвеститор може хипотекарно оптеретити земљиште на којем гради зграду, а хипотека се по принципу екстензивност проширује и на изграђену зграду те је потребно купца стана (пословног простора, гараже) у таквој згради ослободити хипотеке која обезбјеђује кредит инвеститора, а омогућити упис хипотеке која обезбјеђује кредит купца стана.³⁵

Дакле, поред зграде као цјелине, предмет хипотеке могу бити и поједини дијелови зграде што је у складу са концепцијом етажне својине (својине на посебном дијелу непокретности), али је претходно потребан упис етажне својине у јавну евиденцију непокретности. Међутим, у систему постојеће јединствене евиденције успостављене Законом о премјеру и катастру Републике Српске³⁶ није на одговарајући начин омогућено хипотекарно залагање непокретности у етажној својини па се хипотека уписује у „Б“ (теретном) листу земљишно-књижног улошка земљишта са зградом у цјелини, а онда се врши упућивање на одговарајући подуложак „Б1“, који садржи податке о својини посебног дијела непокретности. То је у складу с концептом етажне својине по којој је сусвојина на земљишту са зградом главно право, а својина на посебном

³³ В. чл. 53 Закона о пореском поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14 и 44/16.

³⁴ Овдје се у ствари и не ради о хипотеци, већ о „забиљежби првенственог реда ради стицања заложног права“ која се евидентира у „В“ (теретном) листу земљишно-књижног улошка земљишта на којем се зграда гради; О. Станковић и М. Орлић, *op. cit.*, 357; Д. Хибер и М. Живковић, *op. cit.*, 235-240.

³⁵ Слична правна ситуација може настати и у случају изградње зграде на основу права грађења, те у том случају позицију инвеститора – власника земљишта преузима инвеститор – носилац права грађења.

³⁶ „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12.

дијелу непокретности споредно право.³⁷ Непокретности у етажној својини, иако самосталан објекат права својине (самостално земљишно-књижно тијело), налазе се у земљишно-књижном улошку земљишта заједно са зградом и за њих се не отвара нови земљишно-књижни уложак. Уколико се жели оптеретити један реални дио неког земљишно-књижног тијела мора се отцјепити тај дио и формирати ново земљишно-књижно тијело у новооснованом земљишно-књижном улошку.

Хипотека се може конституисати и на сувласничком дијелу непокретности без сагласности осталих сувласника,³⁸ а ако се залаже цијела ствар која је у сувласништву потребна је сагласност свих сувласника³⁹. Предмет хипотеке може бити и непокретност која је у заједничкој својини, те у том случају непокретност хипотекарно могу заложити само сви заједничари.⁴⁰

Власник (сувласник, заједничари) може хипотекарно оптеретити двије или више некретнина уписаних у различите земљишно-књижне улошке ради обезбјеђења једног потраживања (јединство каузе) и тада се ради о заједничкој (симултаној) хипотеци.⁴¹ Важи и обрнуто, тј. власник (сувласник, заједничари) може заложити једну непокретност за обезбјеђење два или више потраживања различитих повјерилаца и тада се ради о подхипотеци.⁴² Предмет хипотеке може бити и тзв. надхипотека, када хипотекарни повјерилац конституише хипотеку у корист новог хипотекарног повјериоца.⁴³ У ствари, због акцесорности хипотеке, хипотекарни повјерилац залаже потраживање које је обезбијеђено хипотеком.⁴⁴ Као практичан проблем код надхипотеке јавља се посебан упис новог заложног повјериоца, тј. дилема да ли упис надхипотеке има декларативно или конститутивно дејство.⁴⁵

³⁷ Чл. 80 ЗСП-а.

³⁸ Према чл. 6, ст. 1 Закона о хипотеци, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015, за хипотеку која се заснива на идеалном дијелу објекта изградњи потребна је сагласност свих сувласника; Д. Хибер и М. Живковић, *op. cit.*, 233.

³⁹ Чл. 32, ст. 1 ЗСП-а.

⁴⁰ Чл. 47, ст. 1 ЗСП-а.

⁴¹ Чл. 139, ст. 4 ЗСП-а; О. Станковић и М. Орлић, *op. cit.*, 272-273; Д. Медић (2006), 191-192.

⁴² Чл. 140, ст. 4 ЗСП-а.

⁴³ Л. Марковић, *op. cit.*, 539.

⁴⁴ П. Симонети, „Хипотекарно залагање некретнина и права грађења“, Зборник радова у поводу савјетовања „Заштита вјеровника“, Опатија, 28. и 29.03.1994., 5; О. Станковић и М. Орлић, *op. cit.*, 279.

⁴⁵ В. Пресуду Врховног суда Републике Српске бр. 57 0 Ps 090309 17 Rev. од 10.10.2017, према којој је упис надхипотеке конситутивног карактера и Пресуду

4. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА ГРАЂЕЊА

Право грађења је, према ЗСП, дефинисано као ограничено стварно право на нечијем земљишту које даје овлашћење титулару наведеног права да на површини земљишта или испод ње има властиту зграду, а власник земљишта дужан је то да трпи.⁴⁶

Правна природа права грађења је двојака; оно дјелује као ограничено стварно право али је истовремено и самостална непокретност у правном смислу. Конституисањем права грађења, титулар права ужива ограничено стварно право на земљишту и право својине на згради која је издрађена или која буде изграђена на земљишту оптерећеном правом грађења, као да је оно земљиште. Рефлексија истовременог и паралелног дјеловања оба права видљива је и код специфичаног начина уписа у земљишно-књижни уложак. Наиме, реализујући принцип тзв. двоструког уписа, право грађења се прво уписује у земљишно-књижни уложак земљишта као његово оптерећење и то са првим ранг мјестом, а потом се отвара нови земљишно-књижни уложак права грађења. У лист „А“ новооснованог земљишно-књижног улошка права грађења уписују се подаци о праву грађења и зграда која је изграђена или на којој је основано право грађења. Такође, овдје је потребно означити оптерећено земљиште и број земљишно-књижног улошка земљишта, као што се у теретном листу земљишта наводи број земљишно-књижног улошка права грађења. Међусобним упућивањем на земљишно-књижне улошке земљишта и права грађења постиже се потпуност и прегледност јавне евиденције и подвлачи неодвојива веза између права грађења и земљишта које оптерећује. У лист „Б“ права грађења уписује се носилац права грађења и свака наредна промјена носиоца у случају преноса права грађења, а у листу „В“ се уписују евентуална оптерећења права грађења.

Зграда⁴⁷ прирасла⁴⁸ или изграђена на праву грађења, припадност је права грађења као да је оно земљиште. На први поглед право грађења „одвајајући“ зграду од земљишта на којој је изграђена, нарушава прокламовани концепт правног јединства непокретности. Суштински, у

Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 I 223114 15 Gž., од 25.10.2017. године, према којој је упис надхипотеке декларативног карактера.

⁴⁶ Чл. 286, ст. 1. ЗСП-а

⁴⁷ С обзиром да ЗСП децидно не конкретизује појам зграде, под наведеним појмом можемо користити општеприхваћену дефиницију да је то сваки објекат трајне намјене.

⁴⁸ Чињеница да је на земљишту постојала зграда прије конституисања права грађења, не спречава дејство овог права. У том случају, зграда се "одваја" од земљишта и постаје прираштај права грађења.

овом случају долази само до инверзије између атракционе снаге земљишта и атракционе снаге права грађења. Дакле, право путем фикције конституише „вјештачку непокретност“ односно „правну непокретност“ и без одступања спроводи принцип *superfices solo cedit*, на мјесто природне долази „правна непокретност“ прије или након што је зграда изграђена.⁴⁹ Једнако као природна, и ова се фиктивна непокретност може отуђити, заложити и оптеретити са свим правима као што је то могуће и са природном непокретности.⁵⁰ Правна веза између права грађења и зграде која је његова припадност чвршћа је него природна веза између земљишта и зграде, јер се зграда може правом грађења одвојити од земљишта, а право грађења и зграду је немогуће одвојити.⁵¹

Нормирајући ову установу, законодавац је користио синтагму „нечије земљиште“ а не „туђе земљиште“⁵², из чега језичким тумачењем долазимо до закључка да се право грађења може основати како на туђем, тако и на властитом земљишу. Конституисањем права грађења у сопствено име, титулар права обезбјеђује првенствени ранг у јавној евиденцији, јер право грађења има приоритет у односу на друга ограничена стварна права. Право грађења се оснива с првим ранг мјестом и то мјесто задражава до екстабулације. Практично, ово значи да право грађења неће бити ограничено нити дерогирано другим ограниченим стварним правом. Оснивањем права грађења на сопственом земљишту би се, барем хипотетички, дала могућност титулару права грађења да хипотекарно заложи право грађења, умјесто залагања земљишта. У случају да носилац права грађења и сопственик земљишта, а који је уједно

⁴⁹ „Парадокс да је зграда (тјелесна ствар) саствани дио, односно припадност права грађења (нетјелесна стар), уклања се законском фикцијом према којој је право грађења отјеловљено право „као да је оно земљиште.“ П. Симонети, „Право власништва и право грађења страних особа на некретнинама у Републици Хрватској”, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, вол. 27, 1/06, 42.

⁵⁰ И. Бабић *et al.*, *op. cit.*, 686.

⁵¹ Р. Јотановић, „Право грађења према Закону о стварним правим Републике Српске“, Актуелна питања савременог законодавства, Београд, 2009., 86.

⁵² На исти начин је право грађења регулисано и у сусједној Републици Хрватској Законом о власништву и другим стварним правима, „Народне новине“ бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14. Појам „туђе земљиште“, у дефинсању права грађења као ограниченог стварног права, уочљив је у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије - ППЗРС, наводећи да је право грађења „...временски ограничено стварно право имаоца на туђем земљишту, да буде сопственик постојеће зграде, или да изгради нову зграду и стекне на њој право својине.“ Међутим, иако није предвиђено „изворно“ основати право грађења на властитом земљишту, то је могуће у случају престанка права грађења: „...али сопственик ако хоће задржати постојање права грађења на свом земљишту“, чл. 2037, ст. 3 ППЗРС.

и хипотекарни дужник, не измири своје обавезе по доспјелости, хипотекарном повјериоцу би припадало право да захтијева намирење свог потраживања из вриједности заложене непокретности (права грађења), а не земљишта.

5. ПРАВО ГРАЂЕЊА КАО ПРЕДМЕТ ХИПОТЕКЕ

С обзиром на своју (двоструку) правну природу, право грађење је истовремено и терет земљишта и непокретност у правном смислу.⁵³ Дакле, за разлику од земљишта које је, такође, непокретност али „природна“ непокретност, право грађења је „вјештачка“ непокретност („друго земљиште“, „правно земљиште“)⁵⁴ којој је такво својство омогућио законодавац. Самим тим што је изједначено са непокретношћу, право грађења може бити објекат стварних права,⁵⁵ односно хипотеке, али уз одређене специфичности у односу на непокретности као објекте хипотеке у класичном смислу.

Као што је претходно наведено, право грађења се може основати само с првим ранг мјестом у теретном листу земљишта које оптерећује, па уколико је на односном земљишту већ конституисано неко стварно право (право службености, хипотека), право грађења се може конституисати само испред тих постојећих стварних права уз пристанак овлашћеника тих права.⁵⁶ Овакво одређење је потребно како друга (постојећа) стварна права у случају њихове реализације не би угрозила право грађења и друга стварна права (службености, стварни терети, заложна права) која постоје у корист и на терет права грађења.⁵⁷ Приоритет права грађења у односу на друга стварна права која оптерећују земљиште подразумијева и приоритет стварних права која оптерећују право грађења у односу на стварна права која оптерећују земљиште. Тако ће хипотека конституисана на праву грађења имати предност у односу на хипотеку конституисану на земљишту оптерећеном правом грађења, јер је хипотекарни повјерилац на то пристао приликом оснивања права грађења.

Право грађења се у правном промету може „кретати“ на два начина: прво, самостално без изграђене зграде док се зграда не изгради и ако се изгради и друго, заједно са зградом која је прирасла или изграђена на праву грађења. Принцип *superficies solo cedit* код права грађења дјелује

⁵³ Чл. 286, ст. 2 ЗСП-а.

⁵⁴ Д. Медић (2006), 190; П. Симонети, „Право грађења – трајање и престанак“, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, вол. 32, бр. 1/2011, 7.

⁵⁵ Чл. 291, ЗСП-а.

⁵⁶ Чл. 294, ст. 3 ЗСП-а.

⁵⁷ П. Симонети (1994), 7 и (1999), 38.

између права грађења и зграде која је прирасла или изграђена на праву грађења,⁵⁸ као што без права грађења дјелује између земљишта и зграде изграђене на земљишту. У оба случаја зграда је неодојиво повезана са непокретношћу: земљиштем или правом грађења. Предмет хипотеке је, у принципу, право грађења као самостална непокретност у правном смислу, али дјеловањем начела екстензивности, хипотека обухвата и све припатке права грађења, а то је зграда прирасла или изграђена на праву грађења чиме се повећава вриједност хипотеке.⁵⁹

Према дефиницији право грађења је право имати зграду „...на површини земљишта или испод ње...“⁶⁰ што, хипотетички, може довести до тога да се на једном земљишту може основати једно право грађења на површини земљишта, а друго испод површине земљишта тако да једно лице има право грађења на површини земљишта, друго испод површине, а да је треће власник земљишта. У том случају објекат хипотеке може бити и право грађења подземног објекта, одвојено од хипотеке на праву грађења на површини земљишта.⁶¹

Као подврста права грађења регулисано је право надоградње, као „...право изградње једног или више посебних дијелова непокретности на постојећој згради.“⁶² Изградњом посебног дијела зграде носилац права надоградње стиче етажну својину на надограђеном дијелу. Као такво и право надоградње може бити објекат хипотеке заједно са припатком – надограђеним дијелом зграде у етажној својини (стан, пословна просторија, гаража).

Битна карактеристика права грађења је и његова трајност јер се само тако може остварити сврха права грађења, а то је изградња зграде. У нашем праву, право грађења је трајно право⁶³ што је од значаја и за носиоца права грађења, али и за правну сигурност хипотекарног повјериоца. У случају престанка права грађења престају и туђа стварна права која су била терет права грађења,⁶⁴ али ЗСП овдје регулише и једну одредбу заштитног карактера за хипотекарне повјериоце према којој ће заложно право теретити „...накнаду коју је власник дужан лицу чије је

⁵⁸ Чл. 289 ЗСП-а.

⁵⁹ Д. Медић (2006) 190.

⁶⁰ Чл. 286, ст. 1 ЗСП-а.

⁶¹ П. Симонети (1994), 8 и (1999), 40.

⁶² Чл. 302 ЗСП-а.

⁶³ За разлику нпр. од аустријског права гдје се право грађења може основати на период од 10 до 100 година, њемачког права у којем је овај период одређен између 75 и 99 година, пољског права са периодом од 40 до 99 година и сл., в. Р. Јотановић, *Право грађења*, магистарски рад, Београд, 2007., 167; П. Симонети (2001), 8. Према чл. 2033 ПГЗРС, право грађења се не може основати на рок дужи од 100 година.

⁶⁴ Чл. 301, ст. 1 ЗСП-а.

право грађења престало“⁶⁵.⁶⁶ Међутим, поставља се питање шта ће хипотека теретити ако те накнаде нема, а што ће бити случај кад зграда није ни изграђена. Нема никаквог правног основа да хипотека оптерећује земљиште на којем је престало правно грађења без изграђене зграде,⁶⁷ те у том случају хипотека престаје.⁶⁸ Хипотекарни повјерилац би се за овакве правне ситуације могао обезбиједити путем тзв. осигурања кредита, гдје би осигурана сума ступила на мјесто предмета хипотеке.

6. ПРАВНИ ОСНОВ И НАЧИН СТИЦАЊА ХИПОТЕКЕ НА ПРАВУ ГРАЂЕЊА

Хипотека се може основати правним послом, судском одлуком или законом.⁶⁹ У пракси најчешће је то уговор који мора бити сачињен у форми нотарски обрађене исправе, у складу с одредбама Закона о нотарима,⁷⁰ односно Закона о премјеру и катастру Републике Српске⁷¹. Оваква форма уговора је регулисана за све правне послове који за предмет имају „...*пренос или стицања својине или других стварних права на непокретностима*“,“⁷² а пошто је право грађења по својој правној природи непокретност онда се та форма односи и на уговор о оснивању (и отуђењу) права грађења, односно уговор о оснивању хипотеке на праву грађења.⁷³

Уговор којим се оснива хипотека на праву грађења мора да садржи све састојке који се захтијевају за табуларну исправу (укључујући и *causulu intabulandi*) потребну за упис у евиденцију непокретности у

⁶⁵ Чл. 301, ст. 2, а у вези са чл. 300, ст. 3 ЗСП-а; чл. 2039 ПГЗРС.

⁶⁶ Ради се о законској реалној (стварној) суброгацији гдје се мијења објекат хипотеке, в. И. Бабић, *Грађанско право, Књига 1 – Увод у грађанско право*, Бања Лука, 2011., 238 – 239.

⁶⁷ Чл. 301, стр. 3 ЗСП-а.

⁶⁸ Н. Гавела *et al.*, *Стварно право*, Загреб, 1998., 709; Д. Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2016., 426; П. Симонети (2001), 25.

⁶⁹ Чл. 145, ст. 1 ЗСП-а.

⁷⁰ Закон о нотарима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/04, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14 и 68/17.

⁷¹ Чл. 104 Закона о премјеру и катастру Републике Српске – ЗПКРС, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12.

⁷² Чл. 68, ст. 1, т. 4 Закона о нотарима.

⁷³ За разлику од обавезне нотарске форме за уговор о оснивању хипотеке на праву грађења, уговор о кредиту који му претходи се закључује у писаној форми, јер је већи значај форме за оснивање хипотеке него уговора о кредиту. Уговором о кредиту заснива се само облигационоправни однос, а уговором о оснивању хипотеке се ствара основ за стварноправни однос., в. П. Симонети (1999), 46-47.

складу с начелом одређености.⁷⁴ Посебно се наводе одредбе које се односе на ознаку непокретности која је предмет хипотеке, а то су подаци о земљишно-књижном улошку гдје је право грађења уписано као самостално земљишно-књижно тијело.⁷⁵ Ради веће правне сигурности хипотекарног повјериоца може се уговорити обавеза носиоца права грађења (хипотекарног дужника) да по завршетку изградње зграде, исту и упише у земљишно-књижни уложак права грађења, што је у складу с начелом поуздања⁷⁶ у јавну евиденцију непокретности. Такође, може се уговорити (што се углавном и практикује) могућност непосредног принудног извршења када нотарска исправа замјењује судску извршну исправу.

Уговором о хипотеци се не оснива хипотека већ се хипотекарни дужник само обавезује да ће основати хипотеку у корист хипотекарног повјериоца. Хипотека на праву грађења, као и свака друга хипотека, стиче се тек уписом у јавну евиденцију непокретности.⁷⁷ Право грађења у складу са својом правном природом (терет земљишта и самостална непокретност у правном смислу) има и двоструки упис у јавну евиденцију непокретности.⁷⁸ Као самостална непокретност у правном смислу представља посебно земљишно-књижно тијело у новооснованом земљишно-књижном улошку гдје се у лист „А“ уписује се право грађења, у лист „Б“ носилац права грађења, а у лист „В“ оптерећења права грађења. Поступајући *ex lege* нотари приликом сачињавања уговора о оснивању права грађења у дијелу који се односи на земљишно-књижне захтјеве, наводе обавезу оснивача права грађења за двоструким уписом права грађења. Поступајући на основу тог уговора, Подручне јединице Републичке управе за геодетске и имовинско-правне послове доносе Рјешење о дозволи уписа онако како то проистиче из земљишно-књижног захтјева наведеног у уговору. Међутим, информациони систем (софтвер) за јавну евиденцију непокретности који је у примјени у Републици Српској, технички не омогућава двоструки упис права грађења, а самим тим ни хипотеке на праву грађења јер се не отвара земљишно-књижни уложак права грађења у чијем теретном листу би се уписала хипотека. Умјесто тога, упис се проводи на начин да се само у теретном листу земљишта упише право грађења као терет земљишта без да се истовремено

⁷⁴ Чл. 60 и 103 ЗПКРС.

⁷⁵ Залогодавац се може обавезати да ће основати хипотеку и на праву грађења које у тренутку закључења уговора још није основано, П. Симонети (1999), 47.

⁷⁶ Чл. 56 ЗПКРС и чл. 55 и 56 ЗСП-а.

⁷⁷ Правно дејство уписа у јавну евиденцију непокретности настаје од тренутка подношења захтјева за упис.

⁷⁸ Чл. 294, ст. 1 ЗСП-а.

врши његов упис и као самосталног земљишно-књижног тијела. На тако уписаном праву грађења хипотека се, такође, уписује у теретни лист земљишта на којем је право грађења основано, али да би се разликовала од хипотеке на земљишту, врши се упућивање на подуложак „А1“ гдје су садржани подаци о згради и посебном дијелу зграде изграђене на праву грађења. *De facto* оваквим начином уписа хипотеке оптерећује се само зграда и посебни дијелови зграде изграђени на праву грађења, а не и само право грађења без зграде као објекат хипотеке. У пракси се за сада самостално оптерећење права грађења и не захтијева с обзиром на могућност да се хипотекарно оптерети и зграда, односно посебни дијелови зграде у изградњи у форми уписа забиљежбе првенственог реда заложног права.

7. РЕЗИМЕ

У Републици Српској и Босни и Херцеговини је извршена реформа стварног и земљишно-књижног права доношењем нове стварно-правне и земљишно-књижне легислативе. Једна од значајнијих новина јесте и успостављање правног дејства начела *superfices solo cedit* у пуном обиму, јер је овај принцип у претходном периоду био релативан разним облицима права кориштења која су постојала на земљишту. Начело правног јединства непокретности у свом општем смислу значи да све што је у трајној вези са земљиштем припада власнику земљишта као доминантном економском добру. То практично значи да не може једно лице бити власник земљишта, а друго лице власник зграде која је на површини земљишта, изнад или испод њега изграђена.

Међутим, поменутом реформом је у правни систем уведен и један нови правни институт – право грађења које омогућује правно раздвајање земљишта и зграде изграђене на том земљишту тако да принцип *superfices solo cedit* сада важи између права грађења и зграде, умјесто између земљишта и зграде. Оваквим регулисањем право грађења представља терет земљишта на којем се оснива, али и самосталну непокретност у правном смислу која преузима улогу земљишта као природне непокретности. Као самостална непокретност право грађења, као и свака друга непокретност може бити предмет хипотеке.

На право грађења као предмет хипотеке односи се све оно што важи и за друге непокретности које се хипотекарно оптерећују у погледу постојања главног потраживања, недјелљивости предмета залога (и потраживања), побољшање предмета хипотеке (екстензивност), могућност отуђења предмета залога итд. Истовремено право грађења с аспекта предмета хипотеке карактеришу и одређене специфичности. Прије свега, право грађења се може основати само с првим ранг мјестом стварних права која оптерећују земљиште како ова стварна права не би угрозила

егзистенцију самог права грађења. Самим тим и права конституисана у корист и на терет права грађења у погледу права грађења и зграде изграђене или прирасле праву грађења имају предност у односу на стварна права конституисана у корист и на терет земљишта.

Предмет хипотеке може бити право грађења без изграђене зграде или право грађења заједно са изграђеном зградом по принципу екстензивности. Из дефиниције права грађења (овлаштење изградње зграде на површини или испод ње) произилази да предмет хипотеке може бити и право грађења подземног објекта, одвојено од хипотеке на праву грађења на површини земљишта. Као посебан предмет хипотеке може бити оптерећена и подврста права грађења – право надоградње. У пракси је свеprisутно хипотекарно оптерећење зграда у изградњи путем тзв. забиљежбе првенственог реда заложног права. Ако се зграда гради на основу права грађења онда посебан проблем може бити однос хипотеке која оптерећује право грађења, а изградњом и зграду (по принципу екстензивности) и хипотеке која оптерећује посебан дио непокретности (стан, пословна просторија, гаража).

Постоје и одређени технички проблеми везани за сам упис права грађења у електронску јединствену евиденцију непокретности – катастар непокретности у Републици Српској које не омогућавају тзв. двоструки упис права грађења, односно отварање посебног земљишно-књижног улошка права грађења. Из тога проистиче и немогућност уписа хипотеке у земљишно-књижни уложак права грађења, због чега се овај упис спроводи у земљишно-књижном улошку оптерећеног земљишта.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић Илија *et al.*, *Коментар закона о стварним правима Републике Српске*, Сарајево, 2011.,
- Бабић Илија, *Грађанско право, Књига I – Увод у грађанско право*, Бања Лука, 2011.,
- Вукотић Јасмина, *Стицање земљишнокрњижних права уписом у јавне регистре*, докторска дисертација, Београд, 2012.,
- Гавела Никола *et al.*, *Стварно право*, Загреб, 1998.,
- И. Пухан, *Superficies solo cedit у: Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада I-III*, Том тећи, Београд 1978.,
- Јотановић Раденко, „Право грађења према Закону о стварним правима Републике Српске“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Београд, 2009.,
- Јотановић Раденко, „Право грађења“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/15.,
- Јотановић Раденко, *Право грађења*, магистарски рад, Београд, 2007.,
- Лазивић Мирослав, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70/2015.,
- Лазивић Мирослав, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.,
- Лазивић Мирослав, *Садржина хипотеке*, магистарска теза, Ниш, 1994.,
- Марковић Лазар, *Грађанско право, Прва књига – Општи део и Стварно право*, Београд, 1927.,
- Медић Душко, „Предмет хипотеке у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 8/2006.,
- Медић Душко, „Хипотекарноправни однос као аспект садржине хипотеке“, *Српска правна мисао*, бр. 41/2007.,
- Медић Душко, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука, 2016.,
- Медић Душко, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука, 2005.,
- Симонети Петар, „Право власништва и право грађења страних особа на некретнинама у Републици Хрватској“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, вол. 27, 1/06.,
- Симонети Петар, „Право грађења – трајање и престанак“, *Зборник Правног факултета у Ријеци*, вол. 32, бр. 1/2011.,
- Симонети Петар, „Хипотекарно залагање некретнина и права грађења“, *Зборник радова у поводу савјетовања „Заштита вјеровника“*, Опатија, 28. и 29.03.1994.,

Симонети Петар, „Хипотекарно залагање некретнина у Федерацији Босне и Херцеговине (с освртом на залагање права грађења *de lege ferenda*)“, *Правна мисао*, бр. 1-2/1999,

Станковић Обрен и Орлић Миодраг, *Стварно право*, Београд, 1996.,

Хибер Драгор и Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, Београд, 2015.,

Закон о власништву и другим стварним правима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, "Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ", бр. 11/2001, 8/2003, 40/2004 и 19/2007,

Закон о власништву и другим стварним правима, „Народне новине“ бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14,

Закон о грађевинском земљишту, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/03 и 112/06,

Закон о нотарима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 86/04, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14 И 68/17,

Закон о пореском поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14 и 44/16,

Закон о премјеру и катастру Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/12,

Закон о стварним правима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/2008, 3/2009 - испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015 и 18/2016 - одлука УС,

Закон о стварним правима, “Службене новине Федерације БиХ“, бр. 66/2013 и 100/2003,

Закон о основама својинскоправних односа, "Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90, "Службени лист СРЈ", бр. 29/96,

Закон о хипотеци, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 - одлука УС и 83/2015.

Radenko JOTANOVIĆ
Bosiljka ČUBRILOVIĆ

MORTGAGE ON THE RIGHT TO CONSTRUCTION

Summary

In the Republic of Srpska and Bosnia and Herzegovina, the reform of the real and land registry law was carried out by passing a new substantive and land registry legislation. One of the important novelties is the establishment of the legal effect principle superficies solo cedit to the full extent, because this principle was in the previous period accomplished by various forms of user laws that existed on the land. The principle of legal unity of real estate in its general sense means that everything that is permanently connected with land belongs to the owner of the land as the dominant economic asset. This practically means that one person can not own the land, and an other person owns the building that is on the surface of the land, above or below it.

However, by the aforementioned reform a new legal institute was introduced into the legal system - the right to construction that allows the legal separation of land and buildings built on that land. So the principle of superficies solo cedit is now valid between the right to construction and buildings, instead of land and buildings. By this regulation, the right to construction is the burden of land on which it is founded, but also an independent real estate in the legal sense which takes the role of land as a natural real estate.

As an independent real estate the right to construction, as well as any other immovable property, can be the subject of a mortgage. The right to construction as a mortgage subject refers to everything that is valid for others real estates that are mortgage burdened with the existence of the main receivables, the indivisibility of the subject of the pledge (and receivables), the improvement of the subject of the mortgage (extensiveness), the possibility of alienating objects of supply, etc. At the same time, the right to construction from the aspect of mortgage cases is characterized by certain specificities. First of all, the right to construction can be established only with the first rank of real rights that burden the land so that the real rights would not jeopardize the existence of the very right to construction. Consequently, rights are also constituted in favor of the rights of citizens regarding the right to build and build an construction or the approximate rights of construction have priority over real rights constituted for the benefit and burden of the land.

The subject of a mortgage may be the right of construction without building a building or the right of building together with the built building on

the principle of extensiveness. From the definition of the right to construction (the authority to construct a building on or below the surface) it follows that the subject of the mortgage may be the right to build an underground facility, separated from the mortgage on the right to build on the land surface. As a special object of a mortgage can be burdened and subgroup right to constructions - the right to upgrade. In practice, the ubiquitous mortgage burden of buildings under construction with so called recording of the priority order of the pledge right. If the building is built on the basis of the right to construction then a specific problem may be the relationship of a mortgage that burdens the right to build, and by building and the building (on the principle of extensiveness) and a mortgage that burdens a special part of the real estate (apartment, business premises, garage).

There are also certain technical problems related to the registration of the building rights in the electronic unique register of real estate - real estate Cadastre in the Republic of Srpska, which do not allow the so-called double entry of the right to build, as in the opening of a special land register book for building rights. For this reason and the impossibility of enrollment mortgage in the land-book on the right of construction, why this enrollment is carried out in the land register book of the loaded land.

Key words: *immovable property, mortgage, right to construction, mortgage on the right to construction*

Рад је предат 20. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Marija AMPOVSKA*

University “GoceDelchev” Shtip, Faculty of Law in Shtip, Republic of Macedonia

LAWYER’S PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE IN MACEDONIAN LAW

Summary: The focal point of the paper is the contract of liability insurance in Macedonian law that a lawyer is obligated to sign in order to start the duty. The paper reviews the legal sources that regulate this obligation in order to present the current legal solutions as well as to compare them to some of the modern legal system. The paper should answer if there is satisfactory level of legal regulation on the matter of lawyer’s compulsory liability insurance, as well as the level of legal compliance or non-compliance of legal regulation between them self, and on the other hand between provision consisted in laws and provision consisted in the autonomous sources of contractual law on insurance – the special conditions created by the insurers. The implementation of the legal provisions in this matter has arise certain issues and doubts in legal theory as well as in legal practice. The aim of the paper is to present an overview of solutions already presented in the legal literature, as well as to analyze the comparative legal systems in order to point some solutions *de lege ferenda*.

Keywords: *professional liability, obligatory insurance, third party, compensation of damage, Lawyers’ duties.*

1. INTRODUCTION

Generally speaking, professional liability exists whenever a holder of a particular profession will violate the Obligations that arise for him in the procedure of providing professional services to his users. Furthermore, professional liability may arise as civil liability, disciplinary liability and criminal liability. Each of the liabilities of the holders of the profession presupposes the existence of special legal rules that determine the conditions for the occurrence of liability, the procedure in which they are determined and the authorities competent for determining and imposing sanctions. The subject of interest for us is the civil liability of the lawyer for damage caused during the

* Assistant Professor, marija.ampovska@ugd.edu.mk

performance of his practice. In order to even start the practice, there is a condition for the right to practice, provided by the law, that lawyers must have a designated level of professional liability insurance. The lawyers are placed under the burden of entering into contracts which contain express requirements set mainly by the insurer, although both general and specific legal provision in this area is applicable too. In the Macedonian law the compulsory insurance of liability of the lawyers is provided with the Law on the profession of advocacy¹ (will be referred to as Law for advocacy)in article 37-a: "*The lawyer is obligated to have a liability insurance contract for the damage caused to third party intentionally during the lawyers practice. The contract for liability insurance for lawyers – members of a law firm and for lawyers working in that company is concluded by the company.*" This obligation also applies to a foreign lawyer and a law firm.² In this way, the damaged person, irrespective of the solvency of the lawyer, reimburses the damage caused to him by intention or gross negligence, up to the amount of the insured sum with the insurance company³ and at the same time strengthens the confidence in the advocacy and improves the independence and autonomy of the advocacy as a public service for legal assistance.⁴

2. LEGAL SOURCES OF LAWYER'S LIABILITY INSURANCE

By its legal nature, liability insurance of the lawyer is a liability insurance contract, and hence the basic legal source for its regulation is the Law on Obligations of Republic of Macedonia (will e referred as Law on Obligations in the paper).⁵ In the first place, the provisions on liability insurance⁶ are applicable, and since liability insurance is considered to be a subtype of property insurance, general provisions for property insurance⁷ as well as common provisions for property and persons insurances⁸ are applicable

¹ "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 59/2002, no.60/2006, no.29/2007, no.106/2008, no.135/2011, no.113/2012 and no.148/2015.

² Article 37-b from the Law on the profession of lawyer "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 59/2002, no.60/2006, no.29/2007, no.106/2008, no.135/2011, no.113/2012 and no.148/2015.

³ Loris Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 264.

⁴ Čurković Marjan, *Osiguranje od odgovornost pri obavljanju profesionalne djelatnosti, Pravo i porezi*, br. 5/1997, 39.

⁵ "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 and 123/130.

⁶ Articles 996 and 997 of the Law on Obligations.

⁷ Part 2 Section 1, article 980-985 of the Law on Obligations.

⁸ Article 953-979 of the Law on Obligations.

too. Regarding the application of the legal regulations as legal sources for regulating the liability insurance here, I would mention the possibility of applying the provisions of this law regarding *actio directa* – the damaged persons' right to a direct lawsuit under which: "*In the case of liability insurance, the damaged person may request directly from the insurer compensation for the damage that he suffered with the event for which the insured responds, but not exceeding the amount of the insurer's liability. The damaged person has, from the moment he became insured, his own right to compensation from insurance, and any subsequent change in the rights of the insured against the insurer is without prejudice to the right of the injured party to compensation.*"⁹ The claim for compensation of damages in these cases is based on the liability insurance contract, and the insurer is responsible for the damage incurred in the insured event only if the third injured party requests her compensation.¹⁰

Furthermore, as a result of the principle *lex specialis derogate lex generalis*, a priority in application of provision is reserved for the provisions of the Law on advocacy. This law provides compulsory liability insurance for damage caused with intention to third party by lawyers during their practice in order to start the practice. The regulation of liability insurance at the level of compulsory insurance in the Republic of Macedonia, in the legal theory and the court practice, is considered to arise from the constitutional ground for legal regulation of the lawyer's activity, which also implies the right of the state, that is, the legislator to provide greater protection of the citizens through guaranteeing compensation for damages caused by gross negligent and intentional work of lawyers. In this way, the compulsory liability insurance of the lawyer is not in the function of limiting lawyers in the performance of their activity and weakening their power, but in order to provide greater security and confidence of the citizens that they will receive the required legal assistance from the lawyer, without the danger that they will be damaged due to negligence.¹¹ The compulsory conclusion of a liability insurance contract is characteristic of several modern legal systems in Europe and the world, more precisely the same is envisaged in the German, Austrian, English, Swiss, Slavic, Serbian law and other legal systems.¹² Insurance specific conditions are

⁹ Article 997 Law on Obligations.

¹⁰ Article 996, Law on Obligations.

¹¹ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia No. 31/2007-0-0 од 12.09.2007 available on <http://www.ustavensud.mk/domino/WEBSUD.nsf/ffc0feee91d7bd9ac1256d280038c474/63b623544fc50c8fc12573940042a6b5?OpenDocument>, accessed on 13.03.2018.

¹² L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 267-268.

also the source of the liability insurance of the lawyer. It is foreseen in our Law on advocacy that the insurance conditions are determined by the insurance companies, in agreement with the Bar Association of the Republic of Macedonia, except in cases when the Bar Association carries out the insurance of the lawyers.¹³ In Macedonian law there are still no general conditions on lawyers' liability, only specific conditions for lawyers' liability insurance adopted by the insurers.¹⁴ In comparative legal systems we come across the practice of adopting general conditions for liability insurance of lawyers. Thus, in Croatian law, we meet the General Conditions of Lawyer's Professional Liability Insurance, adopted by the Croatian Insurance Bureau, in cooperation with the Ministry of Justice and the Croatian Bar Association. These conditions serve as a complement to the Law on Advocacy in Croatian Law, which regulates the matter of compulsory liability insurance only in one article, Article 44¹⁵. They are adopted in 1994¹⁶, in order to regulate this matter in more detail manner and they are mandatory for all insurance companies.¹⁷

¹³ Article 37-a (11) Law on the profession of lawyer.

¹⁴ The specific terms of the insurers are available at http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0ahUKEWj_jdLNkenZAhWLDyWkHdKrDcEQFghPMAg&url=http%3A%2F%2Fwww.uniqa.mk%2FRepository%2Fmedia_cnt%2FUNIQA-Macedonia-2018%2F35.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20odgovornost~20na~20advokati_hcm0105284.pdf&usq=AOvVaw3Qtag3VqUX81efjE3XTala, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&ved=0ahUKEWjCsL3hkenZAhWMCiwKHVa5CFk4ChAWCDUwAw&url=http%3A%2F%2Fwww.uniqa.mk%2FRepository%2Fmedia_cnt%2FUNIQA-Macedonia-2018%2F35.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20odgovornost~20na~20advokati_hcm0105284.pdf&usq=AOvVaw3Qtag3VqUX81efjE3XTala, http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKEWiem_rxkenZAhVBVywKHcY2A50QFgg_MAU&url=http%3A%2F%2Fwww.crosig.mk%2FDownload%2FGetFileUpload%3FdownloadId%3Da41bc574-c54f-4fc2-af51-de678b12e0f4&usq=AOvVaw39fpBKY68h7JUTCEwpDK3z, accessed on 13.03.2018.

¹⁵ Zakon o odvetništvu, NN, br. 9/94., 117/08., 50/09. I 75/09.

¹⁶ These terms were adopted at the same time with the adoption of the Croatian Law on Advocacy, although the relevant laws in this area were changing over the years, the terms remained unchanged. In the opinion of the legal theory, this led to their opposition to individual provisions of the Law on Obligatory Relations and even to the insurance profession, and there is a need for adopting new general terms for insurance in the field, see L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 266.

¹⁷ Marko Milošević, Mišo Mudrić, "Osiguranje profesionalne odgovornosti odvetnika u hrvatskome pravu i prikaz novije poredbene sudske prakse", *Zbornik radova: Dani hrvatskog osiguranja*, Zagreb, 2015, 11.

3. CONCLUSION OF A LIABILITY INSURANCE CONTRACT

The lawyer in the Macedonian law has an obligation for compulsory conclusion of a contract for liability insurance for damages that he would have done to third parties with intention during his practice. The conclusion of the contract is a prerequisite for starting a lawyer's activity and enrolling in the Directory of Lawyers.¹⁸ This provision includes the liability insurance of the lawyer in the order of so-called mandatory liability insurance because a legal provision requires the conclusion of a contract for one of the parties.¹⁹ The contracting party with a legal obligation to conclude the contract is legal or natural persons, or to be more precise:

- in the case of an individual practice this obligation is mandatory for the lawyer himself, and
- in the case of a law firm, the law firm has the obligation to conclude the liability insurance contract for lawyers - members of the law firm and for lawyers working in that company.²⁰

The Law on the profession lawyer determines the moment of concluding a contract of liability insurance of the lawyer, and in accordance with Article 37-a paragraph 12 it is the moment when the lawyer filed an insurance claim, regardless of whether a contract was reached at that time. It seems that this provision of the *lex specialis* for the perfection of the contract is contrary to the general law (*lex generalis*), the Law on Obligations, as well as to the special terms of the insurers. Namely, the provisions of *lex generalis* and our legal theory, have adopted the acceptance theory in relation to the issue of the moment of contract occurrence (perfection of a contract). According to this theory the contract was concluded at the moment when the sender of the offer received the written or telegram with which the recipient of the offer gives a statement of acceptance.²¹

On the other hand, within the special terms of the insurers we come across the provision that the insurance contract is concluded on the basis of an oral or written offer, and it is concluded when the contracting parties will sign an insurance policy. According to these, the insurer's obligation begins after the expiration of 24 hours from the day that the insurance contract is designated as

¹⁸ Article 37-a(1) and (2), Law on the profession of lawyer.

¹⁹ Ивица Јанковец, Зоран Миладиновић, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006, 356.

²⁰ Article 37-a (1) Law on the profession of lawyer.

²¹ Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право ЦЕППЕ*, Скопје, 2009, 462.

the beginning of the insurance, and terminates with the expiration of 24 hours from the day that the insurance contract is listed as the expiration date.²²

Regarding the form of the contract, if we consider the specific provisions regarding the liability insurance contract contained in our Law on obligations, there is no legal form of this agreement envisaged. This means that in the field of the property insurance contract, as well as liability insurance, as its subtype, the principle of informality of the contract is accepted, and the handover and signing of the insurance policy serves only to prove that the contract exists and proving its contents, that is, *forma ad probationem*. On the other hand, within the special terms of the insurers we meet with requests for fulfillment of a certain form when concluding an liability insurance contract, which form represents *forma ad solemnitatem*, that is, essential condition for the validity of the contract to be valid. The special terms stipulate that the contract is concluded when the contracting parties sign an insurance policy, or when in accordance with the Law on profession of lawyers, the lawyer or the bar association submit an insurance claim.²³ In these special terms, it is not entirely clear whether the moment of signing the policy is the decisive moment for the occurrence of the insurance contract, since it also mentions article 37-a paragraph 12 of the Law on the profession lawyer according to which the contract is concluded at the moment when the lawyer filed an insurance claim. These are two different moments of the occurrence of a liability insurance agreement and the uncertainty in the terms and the contradiction of the first part of the provision in the special terms, with the second part of the provision

²² Special terms obligatory liability of lawyers and law firms for damages caused to third parties during the practice Eurolink Insurance Skorje (Посебни услови за осигурување законска одговорност на адвокати и адвокатски друштва за штети сторени на трети лица во рамките на дејноста која ја вршат, ЕуролинкИншуранс, Скопје) <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj4yPWw8frZAhWNw6YKHYrkBOoQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.eurolink.com.mk%2Fuploads%2F13-11.pdf&usg=AOvVaw06Qde9YymPGALdQxYD3Ua6>, accessed on 20.03.2018; Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance (Посебни услови за осигурување одговорност на адвокати, Уника осигурување) http://www.uniqa.mk/repository/media_cnt/UNIQA-Macedonia-2018/35.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20odgovornost~20na~20advokati_hcm0105284.pdf, accessed on 20.03.2018; Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance (Посебни услови за осигурување од одговорност на адвокати, Кроација осигурување), <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiatY698vrZAhUwyKYKHxirCC0QFggI MA A&url=http%3A%2F%2Fwww.crosig.mk%2FDownload%2FGetFileUpload%3FdownloadId%3Da41bc574-c54f-4fc2-af51-de678b12e0f4&usg=AOvVaw39fpBKY68h7JUTCEwpDK3z>, accessed on 20.03.2018

²³ Article 6 Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance; article 7 Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance

leading to vagueness regarding the question: from which moment on the lawyer is considered to be insured. This can further result in double-sided insurance coverage or a "hole" in coverage, which can be negative for the lawyer both from the perspective of the potential liability for damages and from the aspect of disciplinary responsibility towards the Bar.²⁴

4. SUBJECTS -ENTITIES IN THE MATTER OF LAWYER'S LIABILITY INSURANCE CONTRACT

In the contract for liability insurance of the lawyer, three entities are included: insurer, insured person and third party, the damaged person. This is in line with the general learning of liability insurance where we have a lawful or contractual set of legal relationships between three persons: a insurer, as an entity that, by collecting a premium, assumes the property consequences of a predetermined harmful case; an insured person who is exempted from liability for damages if it occurs as a consequence of an event for which the insurer is responsible, and which is covered by the insurance; and a third party to whom compensation is paid in the event of damage.²⁵

As an insurer we have the legal entity that according to the Law on Insurance Supervision²⁶ is registered for performing insurance activities in the Republic of Macedonia. Pursuant to Article 37-a paragraph 8 of the Law on profession of lawyer, insurance of all lawyers in the Republic of Macedonia, can be taken over by the Bar Association of the Republic of Macedonia, and in that case the lawyers are obliged to pay the liability insurance fee to the Bar Association.²⁷ In any case, the insurer is obliged to conclude a liability insurance contract with the lawyer who will be addressed to them or with the Bar Association.

²⁴Ема Мендушић Шкугар, "Обавезно осигурање од одговорности одвјетника", *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Hrvatski dani osiguranja 2017*, Zagreb, 2017, 83-84.

²⁵ И. Јанковец, З.Миладиновић, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006, 353.

²⁶ "Official Gazette of Republic of Macedonia" no. 27/2002, 79/2007, 88/2008, 67/10, 44/11, 188/13, 43/14, 112/14, 153/15, 192/15 and 23/16.

²⁷ In our legal theory we come across the opinion that the role of the Bar Association in this particular case is not clear enough and it only opens the question if there is possibility for collective insurance, contracting the terms of insurance and others, see Liability for damage in legal profession, assistant professor Neda Zdraveva, Faculty of Law, Justinian the first, Скопје (Одговорност за штета во правната професија, доцент д-р Неда Здравена, Правен факултет Јустинијан Први Скопје), available at <http://www.jpacademy.gov.mk/upload/materijali%202015/PPP%20Doc.d-r%20Neda%20Zdraveva.pdf>, accessed on 06.03.2018.

The situation with the insured as the subject of this agreement is little different and more complicated. This is firstly because the insured at the same time can also appear as a contracting party for insurance. Namely, as a legal or natural person that is a contracting party when concluding an agreement with the insurer, there are three possible entities: 1) the lawyer in case when the insurance contract is concluded for his own account, and in this case he occurs in the role of the insured, 2) the law firm in case when it concludes a liability insurance contract for lawyers - members of the law firm and lawyers working in that company, and 3) the Bar Association of the Republic of Macedonia in case when and took over the insurance of all lawyers in the country which is a legal opportunity under Article 37 and paragraph 8 of Law on the profession of lawyer. In the second and third cases, the term contracting party of the insurance contract is used in order to distinguish it from the term insured because it is insurance for the benefit of a third, where the law firm and the Bar are appearing as insurance contractors on behalf of certain lawyers, members of the company, and employees of the company.²⁸ The special terms are not harmonized in terms of the manner in which the insured entity is determined. However, these inequalities are not essential for liability insurance, such as inequality in the determination of the term third party. Thus, while certain special terms in the most general way determine the notion of a third party as an insurance user who will suffer damage from performing lawyer's work²⁹, other special terms state and which persons will not be considered a third party. In certain circumstances, a third person is not considered as family members of the lawyer to a second hereditary order, employed by the lawyer or other employees with the sole attorney, that is, the law firm, as well as the founders of the law firm.³⁰ It seems that the determination of third-party entities is of particular importance for the liability insurance of the lawyer, which from the theoretical point of view depends primarily on the assumption of liability as a contractual liability or non-contractual liability of the lawyer. If the liability of the lawyer is considered as contractual liability as third parties will appear only persons in a contractual obligation with the lawyer. On the other hand, if the liability of the lawyer is treated as a non-contractual liability, the third person may appear outside the contract. Regarding this issue, the legal literature states that there are no clear boundaries between the contractual and the non-

²⁸L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 270.

²⁹ Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance.

³⁰ Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance; Special terms obligatory liability of lawyers and law firms for damages caused to third parties during the practice Eurolink Insurance Skopje.

contractual liability of the lawyer and should be decided on a case by case basis.³¹

5. OBJECT OF LIABILITY INSURANCE OF A LAWYER

Considering the fact that in the legal system of the Republic of Macedonia there are no general terms for regulating the liability insurance in lawyers' practice, the situation is quite expected when we come across non-compliance between the provision of the special terms on conceptual determination and legal regulation of the object of insurance. In general, they all differently determine the object that is insured, but by abstracting their provisions we can say that all the special terms speak about the existence of two elements that comprise the content of the object of insurance: the existence of legally regulated civil liability for damage and damage caused in the lawyer's practice. These two elements are also the assumptions that should exist for the existence of cover by the insurer. Namely, speaking of the first assumption, we can say that the existence of civil liability of the lawyer is determined by applying the rules for the occurrence of obligations as a result of causing damage and the rules for liability for compensation of damage contained in our Law on obligations, as well the rules contained in specific laws, such as the Law on the profession of lawyer, especially with regard to the issue of the existence of a harmful unlawful act. Regarding the manner of determining the existence of the liability of the lawyer, they would point out that it is not always necessary to make the determination through a court procedure. Namely, this conclusion also refers to the provisions of the special terms according to which: "Damages are determine and evaluate together by the insured and the insurer or their authorized representatives."³² If these entities can not agree in terms of determining the damage, it may be required to determine the damage and assess it by means of an expert report. However, determining the damage essentially involves determining the liability for damages, so in practice it may happen that the lawyer does not recognize his liability. In these cases it is necessary to

³¹ See S. Petrić, "Temeljne pretpostavke građansko pravne odgovornosti odvjetnika" *Pravo I porezi*, br. 12/2002, 41-44; also see L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 270.

³² Article 19 Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance; Article 15 Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance; Article 13 Terms of Lawyer's liability insurance Winner – Vienna Insurens Group Скопје (Услови за осигурување од одговорност на адвокати на Винер – Виена Иншуренсгруп Скопје), available at <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2017/02/%D0%A3%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8-%D0%90%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B8.pdf>, accessed on 23.03.2018.

establish the liability of the lawyer by a court procedure.³³ The second assumption is that the damage occurred during the practice.

6. FAULT LIABILITY

The liability of the lawyer, whether based on a tort or contract, is always a fault liability. Considering that in Macedonian law, as well as in most of the old and newer codes of the obligations law, two types of fault are known: intent and negligence³⁴, the question arises as to what kind of fault is required for the liability of the lawyer. The type of fault of a lawyer is firstly regulated by a general provision in the contract law contained in the Law on obligations, in Article 11 which regulates the conduct in the performance of obligations and in the application of rights. According to this article: "*The participant in the obligatory relationship is obliged to act with increased attention, in accordance with the rules of the profession and the customs (attention of a good expert) in carrying out the obligation of his professional activity.*" The demand for increased attention is one of the two requirements that make up the standard "due attention" and whose definition is essential for the determination of the contractual and non-contractual liability of the lawyer. The second element of this standard is the objectified request for knowledge and observance of the rules of the profession.³⁵ We can conclude that the liability of the lawyer occurs in any case when he did not deal with the attention of a good expert, and even more in the cases when he behaved with intent and gross negligence, as two harder types of fault. On the other hand, the liability of the lawyer for compulsory liability insurance in accordance with the Law on the profession of the lawyer concerns only liability insurance for damages that would be done to third parties with intention and during his practice. This method of determining liability insurance cases is called the method of positive numbering of damage compulsorily included in the cover from the insurer, which also leads to the conclusion that excluded from the object of insurance are the damages that the lawyer will cause with ordinary negligence, except in case when he / she has concluded a voluntary liability insurance contract. Further, analyzing the special terms, we can say that we come across provisions that the insurance

³³ Ćurković M., Osiguranje od odgovornost pri obavljanju profesionalne djelatnosti, *Pravo i porezi*, br. 5/1997, 40.

³⁴ Гале Галев, Јадранка Дабовиќ – Анастасовска, *Облигационо право*, Скопје, 2008, 574.

³⁵ S. Petrić, "Odgovornost odvjetnika za savjet i mišljenje" *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 37.

compensates the damage caused with gross negligence and intent,³⁶ as well as provisions that ensure the insured's liability for damages caused to third parties in the performance of the practice, if they are the consequence of intentional and unlawful conduct opposite of the regulations governing the lawyer's profession, or unlawful treatment or failure to act in accordance with the regulations governing the lawyer's profession, as well as damages caused by incorrect written legal advice and written opinions given by the insured with gross negligence or intent.³⁷

In the comparative law, we come across a reverse situation, which is a method of negative numbering of the intention and gross negligence, that is, exclusion of the damage caused by intent, gross negligence and fraud from the subject of compulsory liability insurance of the lawyer and liability insurance only in a case of damage caused by ordinary negligence. In comparative legal literature, the exclusion of damage caused by intent and gross negligence is considered to be one of the most commonly used, and less clear exclusions.³⁸

7. TYPES OF DAMAGE COVERED BY THE COMPULSORY LIABILITY INSURANCE OF THE LAWYER

It is a question that is regulated in the special terms of the insurers in the matter of compulsory liability insurance of the lawyer. The Law on the profession of the lawyer does not contain provisions on the type of damage that the lawyer is obliged to compensate in case of his / her liability. Regarding the legal regulations, applicable are the general provisions of the Law on obligations for property insurance, since the liability insurance is a subtype of property insurance, as well as the provisions on liability insurance. According to the general provisions for insurance of property in our law, the purpose of the insurance is to provide compensation for damage that occurred in the insured's property due to the occurrence of the insured event, and the amount of damage cannot be higher than the damage suffered by the insured with the occurrence of insured case.³⁹ However, the provisions of the agreement with stipulate underinsurance are valid too. Regarding the lost profit (*lucrum cessans*), as a type of material damage, the law stipulates that it will be

³⁶ Article 1(2) Special terms obligatory liability of lawyers and law firms for damages caused to third parties during the practice Eurolink Insurance Skopje.

³⁷ Article 2(1) Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance.

³⁸ E. Mendušić Škugar, "Obavezno osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Hrvatski dani osiguranja 2017*, Zagreb, 2017, 88.

³⁹ Article 981(1) and (2) Law on obligations.

compensated only if it is agreed upon.⁴⁰ Analyze of the special terms for liability insurance of the lawyer in the Macedonian law, lead to the conclusion that the only type of damage that the insurer is obligated to compensate to the third person on the basis of the liability insurance contract of the lawyer is pecuniary damage, that is, purely property damage. This is defined by the provision that we find in most of the special conditions that states that the insured event is considered to have occurred when the act was committed, that is, a failure occurred during the performance of the lawyer's activity that caused the property damage to a person.⁴¹ The non-pecuniary damage in the sense of the general theory of damages and Article 9-a of the Law on obligations as any violation of personal rights such as the right to life, physical and mental health, honor, reputation, dignity, personal name, privacy of personal and family life, freedom, intellectual creation and other personal rights, are not object to liability insurance of lawyers. Within the special terms, the non-pecuniary damage itself is subject to exclusion and is stated together with a number of other claims excluded from the insurance. The special terms using the method *numerus clausus* specify which damages are excluded from liability and this list of excluded claims from insurance under special terms is different, although it is undeniable overlapping of certain types of damages in most of the special terms in Macedonian law. However, we cannot speak of a single solution to this issue, which is a result of the lack of general terms for liability insurance of the lawyer. In legal literature we come across a division of such exclusions into: exclusions that are not disputable and exclusions that are disputed. Justifications are given to those exclusions that reflect the general law on obligations, such as damages arising from military or political risks or damages for which the injured party is fully responsible, as well as exclusions based on special law in this area, for example damages due to the denial of legal assistance for reasons prescribed by a certain legal act. The most significant disputable exclusions, or unjustified exclusions in the legal theory, include the exclusion of non-pecuniary damages, then damages caused by overstepping of the authorizations under the power of attorney and damages incurred as a consequence of intent, gross negligence and fraud.⁴²

⁴⁰ Article 981(4) and (5) Law on obligations.

⁴¹ Article 5(3) Special terms obligatory liability of lawyers and law firms for damages caused to third parties during the practice Eurolink Insurance Skopje; Article 5(4) Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance; Article 4(1) Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance.

⁴² E. Mendušić Škugar, "Obavezno osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Hrvatski dani osiguranja 2017*, Zagreb, 2017, 86.

8. MINIMUM AMOUNTS OF INSURED SUM FOR LIABILITY INSURANCE OF THE LAWYER

The sum insured is an amount determined by a contract or by a law that is considered an upper limit of the insurer's liability for compensation in the coverage of the insurance so that the insurer is obliged to pay compensation only up to the amount of the insured sum. On the other hand, the minimum amount of insurance is an amount that is legally prescribed as the lowest amount to which the insured amount must be stated when concluding a compulsory liability insurance contract. A special agreement or general terms of insurance may also provide for a higher amount of the insured amount, but not lower than the minimum amount prescribed by law.⁴³ In the Macedonian law, the minimum amount of insurance for which the lawyer is obliged to conclude a liability insurance contract is EUR 10 000. The lawyers who are founders of a law firm are also subject to this insurance and are obliged to make individual liability insurance. On the other hand, the lowest amount of insurance for which the law firm is obliged to conclude a contract for insurance against liability for damage is EUR 50 000. Comparing the lowest amounts of liability insurance of the lawyer in Macedonian law with the ones provided in German, Austrian, Slavic, Swiss and English law, the conclusion is that the amounts are very low.⁴⁴

9. CONCLUDING REMARKS

Analyze of the compulsory liability insurance of the lawyer under the Macedonian law showed that this institute is a place for improvement both in legislation and theory. Our conclusion is that in this particular case the institute compulsory liability insurance doesn't serve its purpose to the damaged person and to the insured person. The first problem is the confused regulation of the insurance. It is mainly provided by the provision consisted in the special terms. The nonexistence of general terms in this matter is causing legal insecurity both for third parties and lawyers as insured persons. Not everyone gets the same protection because the terms differ from one another. There is not only non-compliance between the terms provided by different insurers, but there is also non-compliance between them and the provisions in the general and special laws. Of course there is always the possibility for the judge to decline the application of some provisions from the special terms, as provided with *lex*

⁴³ L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 285.

⁴⁴ L. Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010, 287-288.

generalis. The conclusion is the existence of the need to revise the special terms in order to harmonize them with the general and specific legal rules and eliminate the ambiguities and contradictions between the provisions themselves, as well as the oppositions between the special terms and the legal regulations.

But, our remarks go also to the way that the essential element of the lawyer's liability are regulated. The insurance covers only the damage caused with intention and gross negligence. Uncovered with the compulsory insurance are all the cases of damage caused with ordinary negligence of the lawyers. These cases are more likely to happen in practice often than the intended damages and gross negligence resulted damages, but the insurance will cover them only if they are object of liability insurance contract determent on voluntary level. In this cases the general provision on fault liability and damage compensation are applicable but the success of the damaged person will depend, among the other requests of the law, and of the financial situation of the lawyer.

The other essential problem is the non-pecuniary damage that is not covered with the compulsory liability insurance. This suggests that the damaged person will never get the "full damage compensation" from the insurer.

However, before suggesting any changes, first in order is analyze of the court practice and the practice before the insurers, as well as study of the reasons for these exclusions (the ordinary negligence and non – pecuniary damage) before criticizing them.

BIBLIOGRAPHY

Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, Облигационо право ЦЕППЕ, Скопје, 2009;

Ивица Јанковец, Зоран Миладиновиќ, *Право осигурања*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006.

Ема Мендушиќ Шкугар, "Обавезно осигурање од одговорности одвјетника", *Zbornik radova s međunarodne znanstveno-stručne konferencije Hrvatski dani osiguranja 2017*, Zagreb, 2017.

Loris Belanić, "Osiguranje od odgovornosti odvjetnika", *Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci*, Rijeka, 2010.

Ћурковиќ Марјан, Осигурање од одговорност при обављању професионалне дјелатности, *Pravo i porezi*, br. 5/1997.

Law on insurance supervision, "Official Gazette of Republic of Macedonia" no. 27/2002, 79/2007, 88/2008, 67/10, 44/11, 188/13, 43/14, 112/14, 153/15, 192/15 and 23/16.

Law on obligations, "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 and 123/130.

Law on the profession of lawyer "Official Gazette of the Republic of Macedonia" no. 59/2002, no.60/2006, no.29/2007, no.106/2008, no.135/2011, no.113/2012 and no.148/2015.

Special terms for lawyer's liability insurance, Croatia Insurance (Посебни услови за осигуравање од одговорност на адвокати, Кроација осигуравање), <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwIatY698vrZAhUwyKYKHxirCC0QFggI1MAA&url=http%3A%2F%2Fwww.crosig.mk%2FDownload%2FGetFileUpload%3FdownloadId%3Da41bc574-c54f-4fc2-af51-de678b12e0f4&usg=AOvVaw39fpBKY68h7JUTCEwpDK3z>;

Special terms for lawyer's liability insurance, Uniqa Insurance (Посебни услови за осигуравање одговорност на адвокати, Уника осигуравање) http://www.uniqa.mk/repository/media cnt/UNIQA-Macedonia-2018/35.Posebni~20uslovi~20za~20osiguruvanje~20odgovornost~20na~20advokati_hcm0105284.pdf;

Special terms obligatory liability of lawyers and law firms for damages caused to third parties during the practice Eurolink Insurance Skorje (Посебни услови за осигуравање законска одговорност на адвокати и адвокатски друштва за штети сторени на трети лица во рамките на дејноста која ја вршат, Еуролинк Иншуранс, Скопје) <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj4yPWW8frZAhWNw6YKHyrkBOoQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.eurolink.com.mk%2Fuploads%2F13-11.pdf&usg=AOvVaw06Qde9YymPGALdQxYD3Ua6>;

Terms of Lawyer's liability insurance Winner – Viena Insurens Group Skopje (Услови за осигурување од одговорност на адвокати на Винер – Виена Иншуренсгруп Скопје), available at <http://www.winner.mk/wp-content/uploads/2017/02/%D0%A3%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B8-%D0%90%D0%B4%D0%B2%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B8.pdf>;

Марија АМПОВСКА

Доцент, Универзитет „Гоце Делчев“, Правни факултет, Штип

ОСИГУРАЊЕ ПРОФЕСИОНАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ АДВОКАТА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Апстракт: У раду је дат фокус на уговору о осигурању одговорности, у македонском праву, који је адвокат обавезан да потпише како би започео дужност. У раду се разматрају правни извори који регулишу ову обавезу како би се представила постојећа законска решења, као и упоредила са решењима у неким модерним правним системима. Рад треба да одговори да ли постоји задовољавајући ниво законске регулативе у вези са обавезним осигурањем од одговорности адвоката, као и то који је степен законске усклађености или неусклађености законске регулативе између њих самих, а са друге стране између одредби садржаних у законима и аутономним изворима уговорног права о осигурању - посебним условима које су створили осигуравачи. Са применом законских одредби у овој области појавила су се одређена питања и сумње у правној теорији, као и у правној пракси. Циљ рада је да се представи преглед решења која су већ представљена у правној литератури, као и да се анализирају компаративни правни системи како би указали на нека решења *de lege ferenda*.

Кључне речи: *професионална одговорност, обавезно осигурање, трећа страна, накнада штете, дужности адвоката.*

Рад је предат 27. априла 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Дарко ДИМОВСКИ*

Правни факултет Универзитета у Нишу

Петар ПЕШИЋ**

Лука АНЂЕЛКОВИЋ***

Виши суд у Нишу

ПРИСТАНАК У ОКВИРУ ОПШТЕ УРЕДБЕ О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: Општа уредба о заштити података Европске Уније која ступа на снагу 25. маја ове године са собом доноси корените промене у област права приватности и заштите података. Један од аспеката Уредбе који са собом доноси бројне контроверзе јесте и пристанак корисника на прикупљање и обраду података. Сада је дата знатно већа „моћ“ сваком лицу да може одредити да ли ће пристати на прикупљање и обраду података али и да одреди за које податке ће свој пристанак дати а за које ће исти ускратити. Истовремено, корисник ће имати могућност да у сваком тренутку повуче свој пристанак и то повлачење ће са собом носити и обавезу да се моментално престане са прикупљањем и обрадом података корисника. Сам пристанак је сада дефинисан на знатно јаснији начин, што носи са собом мање могућности за различита тумачења између земаља као што је то до сада био случај.

Значај ове Уредбе је и у томе што су казне за непоштовање одредби знатно веће и могу износити до двадесет милиона евра или до 4% глобалног годишњег промета прекршиоца, зависно од тога који износ је већи.

За Србију је ова уредба значајна у неколико праваца. Пре свега, јер ће се она примењивати на све оне који своју робу или услуге нуде унутар ЕУ без обзира што се налазе у Србији. Друго, кроз процес приступања ЕУ значајна је ова уредба јер представља пут који наши прописи требају следити како бисмо испунили захтеве у овој области. Треће, за сама лица је значајна јер ће им у пословању са субјектима са простора ЕУ, а међу којима је и добар део нама суседних земаља, ова уредба пружати заштиту.

* Доцент, darko.dimovski@yahoo.com

** Мастер права, ppesic@bettercollective.com

*** Мастер права, s92@gmail.com

Кључне речи: *Општа уредба о заштити података, Европска Унија, пристанак, заштита података, право на приватност.*

1. УВОД

Пристанак представља важан аспект Опште Уредбе о заштити података Европске Уније јер се њоме пристанак подиже на знатно виши ниво. Пристанак представља један од шест дозвољених основа за прикупљање и обраду података. Чињеница да постоји ограничен број основа на основу којих организације могу прикупљати и обрађивати личне податке физичких лица са територије ЕУ знатно подиже значај правилног сагледавања сваког од ових основа и њиховог правилног дефинисања како би се постигла пуна усаглашеност са Уредбом. На тај начин би се истовремено избегле потенцијално јако високе казне о којима ћемо касније писати.

Оно што је овде битно напоменути је и да иако је пристанак један од валидних основа за прикупљање и обраду података, то не значи да се он може увек и свуда користити. Наиме, пристанак се може применити као валидан основ ако су задовољени и остали критеријуми предвиђени Уредбом. Ти критеријуми се тичу неопходности прикупљања личних података и имања валидне сврхе због које се подаци обрађују. Тек уколико се испуне и ти додатни услови, пристанак ће моћи да се примени као један од основа за прикупљање података.

Сама уредба је прописала знатно строжије услове за валидан пристанак физичких лица за прикупљање и обраду података. Ти услови служе да се осигурају подаци и спречи неовлашћено прикупљање које би могло нанети штету лицима којим припадају подаци.

С обзиром да Општа уредба може бити примењена и на организације са територије Србије, сама тематика је итекако интересантна за проучавање и у нашој земљи. Уредба ће несумњиво морати да послужи и као основа за доношење новог Закона о заштити података о личности. Иако се тај Закон већ дуже време чека, практично од доношења Уредбе, још увек није донешен. Потреба за њим свакако постоји како би се наше организације које послују са Европском Унијом а и оне које би желеле да изађу на то велико тржиште у нашем окружењу лакше разумеле своје обавезе везане за обраду података физичких лица.

Надамо се да ће овај рад помоћи у разумевању ове комплексне теме и подстаћи на даље истраживање сваког ко буде прочитао.

2. ОПШТА УРЕДБА О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Општа уредба о заштити података Европске Уније¹ је донета 2016. године са периодом чекања до почетка примене од две године. Иако уредба ступа на снагу 25. маја 2018. Године, она је већ од самог доношења почела да задаје главобоље свима који на било који начин учествују у прикупљању и обради личних података лица са простора Европске Уније.

Жеља Европске Уније је да овом Уредбом уреди питање заштите података на један свеобухватан начин пружајући максимум заштите за оне чији подаци се обрађују.² Истовремено, јединствена регулатива омогућава бројне уштеде у новцу и времену у процесу усклађивања са правилима.

Јако је пуно занимљивих одредаба код ове Уредбе. Само подручје примене је интересантно јер је одређено да ће се она примењивати на све активности везане за обраду података, нарочито на понуду производа и услуга као и на посматрање понашања лица са простора ЕУ. Тако свеобухватна дефиниција је неминовно са собом носила и бројне "правничке" шале па је тако на интернету осванула слика на којој се два ванземаљца жале један другом због тога што сада морају да бележе све активности усмерене ка посматрању држављана из земаља ЕУ. Но, и поред тога уредба дефинитивно мења начин на који се лични подаци третирају.

Уредба са собом неминовно доноси и потешкоће, нарочито у овом периоду до ступања на снагу јер је јако пуно општих места у Уредби који са собом носе и могућност различитих тумачења. Како смерница и упутстава за примену бројних делова Уредбе и даље нема, то је бојазан од проблема у примени појачана. Опрезност код свих је подигнута на максималан ниво јер су казне које су прописане јако велике. За повреде одредби Уредбе предвиђена је казна до четири процената годишњег обрта или двадесет милиона еура зависно од тога који је износ већи. Овакве казне се могу показати смртоносним за огроман број компанија а опет недовољним да забрине оне највеће прикупљаче личних података попут друштвених мрежа.

¹Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC

, приступ: 26. фебруар 2018. године

² Вид. Рецитал 6 и 7 Уредбе

3. КЉУЧНЕ ПРОМЕНЕ КОЈЕ ДОНОСИ ОПШТА УРЕДВА О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА

Поред већ поменуте екстериторијалности односно примене и на организације које се налазе ван ЕУ као и знатно виших казни, уредба са собом доноси и друге промене које значајно мењају слику о заштити података.

Једна од таквих промена је и уведена обавеза обавештавања о упаду у базу података. Обавештење мора уследити у року од 72 сата од момента када је организација која прикупља податке сазнала да је дошло до упада у базу података. Такође, уведена је и обавеза да се лица чији се подаци прикупљају и обрађују у случају нарушавања сигурности података обавесте о таквом догађају "без непотребног одуговлачења".

Лица имају сада и право да траже увид у податке који су прикупљени о њима као и детаље о томе због чега се ти подаци чувају, где се чувају и који је разлог њиховог прикупљања и обраде. То право носи са собом и могућност добијања датотеке са сопственим подацима без накнаде и то у електронској форми.

Уредба доноси са собом и "право заборављања". Лица имају право да траже брисање својих података, забране њихово даље преношење трећим странама као и да се последично престане са обрадом података о тим лицима. Члан 17 Уредбе прописује у којим ситуацијама ово право може бити искоришћено. Да би се то право искористило потребно је да се ради, између осталог, о подацима који више нису релевантни за сврху за коју су прикупљени или су лица повукла свој пристанак за прикупљање и обраду података. У том захтеву за коришћење овог права, контролори података требају упоредити интересе лица које тражи коришћење овог права са "јавним интересом за доступношћу тих података"³.

Лица сада имају могућност да своје податке пренесу на друге субјекте, уз услов да претходно добију своје податке на медијуму који се редовно користи.

Концепт "приватности по дизајну" који је већ постојао одређено време, сада добија своје место у регулативи ЕУ. На овај начин, предвиђа се да се приватност података интегрише у сам дизајн система који прикупљају и обрађују податке физичких лица. Чланом 23 предвиђена је обавеза за контролоре података да се примене адекватне организационе и техничке мере које на ефикасан начин како би се заштитили подаци лица и захтеви Уредбе. Истовремено, подаци који се прикупљају морају бити само они најнеопходнији за прикупљање и обраду података и приступ

³Вид. чл. 17 Уредбе

њима мора бити ограничен на онај круг лица који су део процеса обраде података.

Уредба са собом односи обавезу која је постојала по тренутно важећој Директиви о заштити података а то је обавештавање надлежних државних органа држава чланица о активностима везаним за обраду података. Различити механизми обавештавања у различитим државама чланицама су представљали велики терет за све који прикупљају и обрађују податке. Уредба доноси обавезу стварања интерне процедуре чувања евиденције. Такође, уводи се функција Службеника за заштиту података. Службеник је обавезан за оне организације чије се главне активности састоје у редовном и систематском мониторингу лица од којих се прикупљају подаци. Потребно је да се ради о масовном прикупљању података, да се подаци односе на кривичне осуде или кривична дела или да се ради о специјалној категорији података. Службеник мора бити лице које је стручњак у области заштите података али може бити и лице запослено унутар организације. Контакт Службеника мора бити прослеђен надлежном државном органу за заштиту података. Службеник мора одговарати непосредно руководиоцима организације, имати адекватне ресурсе за обављање својих послова и не сме обављати друге послове који би били у сукобу интереса са пословима које обавља Службеник.

Ово су неке од најбитнијих промена које са собом доноси уредба, али свакако нису једине. У периоду који следи откриваће се све више аспеката Уредбе који ће променити "правила игре" у области заштите података.

4. ПРИСТАНАК У ОКВИРУ ОПШТЕ УРЕДБЕ О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Оно што је на први поглед видљиво јесте да је Општа уредба поставила висок стандард за пристанак. Жеља оваквог прописивања је била да се појединцу, чији се подаци прикупљају, омогући пуна контрола и изгради поверење у организације које прикупљају податке.⁴ Сама одредба гласи:

"Пристанак" корисника означава сваку слободно дату, конкретизовану, информисану и недвосмислено индикацију жеља

⁴Consultation: GDPR consent guidance, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2013551/draft-gdpr-consent-guidance-for-consultation-201703.pdf>, приступ: 17. фебруар 2018. године

корисника којом се, у форми изјаве или јасне позитивне акције, саглашава са процесуирањем личних података везаних за њу или њега.⁵

У самој одредби су видљиви елементи који могу помоћи у идентификовању корака који се требају предузети да би се прибавио адекватан пристанак корисника за прикупљање и обраду података. Четири главна елемента који се издвајају су слободно дат пристанак, конкретизован, информисан и недвосмислен. Сви они се морају посматрати заједно и тек испуњавањем свих услова можемо говорити о валидно прикупљеном пристанку, али ћемо их за потребе овог рада разложити на целине како би их подробније проучили.

Пре него што пређемо на њихову анализу треба нагласити да је правилно сагледавање ових елемената значајно како би се направиле адекватне промене у начину прикупљања пристанка од корисника. Сам начин прикупљања али и чувања пристанка се мора мењати како би се изашло у сусрет свим захтевима Уредбе.

4.1. Слободан пристанак

Први елемент за валидан пристанак подразумева да је пристанак слободно дат. То значи да корисник мора имати право избора и не сме бити под притиском да да свој пристанак. Ни у ком случају не сме због ускраћивања свог пристанка трпети негативне последице.⁶ Негативне последице могу бити разноврсне. У сваком случају, корисник мора имати могућност да свој пристанак ускрати или повуче и о томе мора бити обавештен. Повлачење пристанка не сме са собом носити никакве трошкове за корисника нити га стављати у неравноправан положај.

Упутство о пристанку које је објавио "Article 29 Working Party" даје одређене примере тога шта се сматра а шта не слободно датим пристанком. Тако се сматра да пристанак није слободан уколико је пристанак скопчан са прихватањем услова коришћења око којих нема преговора.⁷

Важан аспект слободног давања пристанка је и баланс моћи између корисника и организације која прикупља податке. Тако се рециталом 43 наводи да јавне власти не могу да се ослањају на пристанак као основ за прикупљање података јер важи претпоставка да су јавне власти у очигледно надмоћнијој позицији у односу на кориснике. Такође, иста претпоставка важи у односу између послодавца и запосленог. За запосленог се претпоставља да није у могућности да заиста одбије да да

⁵ Вид. чл. 4 Опште Уредбе

⁶ Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP187), p. 12

⁷ Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 17/EN WP259

свој пристанак послодавцу за прикупљање и обраду података. Због тога се пристанак запосленог генерално неће сматрати валидним основом за обраду података од стране послодавца. Изузеци ипак постоје и то у оним случајевима када корисник не може имати негативне последице уколико одбије да да свој пристанак на обраду података.

Још један битан аспект у оцени да ли је пристанак слободно дат је и да ли је пристанак за обраду података обавезан део закључивања уговора односно неопходан за извршење уговора. Сматра се да је овакво обавезивање непожељно у контексту Уредбе. Уредба у члану 7, став 4 управо о томе говори. Закључак који се изводи је да се не могу истовремено користити два основа за обраду података што јесу и уговор и пристанак. Самим тим, неопходно је одредити се за један од ова два. Такође, терминологију која се користи у овом случају треба на прави начин тумачити. Термин "неопходан за извршење уговора" сматра се да се треба тумачити стриктно.⁸ И у случају да је заиста обрада података неопходна за извршење уговора, сам уговор би онда требао служити као основ те не би имало сврхе тражити пристанак.

Грануларност је такође важна у оцени да ли је пристанак слободно дат или не. Рецитал 43 Уредбе наводи би корисници морали имати право избора при давању пристанка уколико се пристанак даје за обраду података за различите сврхе. Самим тим, организације које прикупљају податке од истог лица али за различите сврхе морају добити посебан пристанак за сваку од тих сврха прикупљања података.

4.2. Конкретизован пристанак

Овај услов подразумева да се пристанак даје за тачно одређену сврху за коју се прикупљају подаци. На тај начин се може остварити жеља да се кориснику да пуна контрола над својим подацима. Сврха због које се подаци прикупљају мора бити јасно назначена и сама сврха мора бити она која је подобна за прикупљање података. Оно што је овде битно нагласити јесте да сам пристанак за одређену сврху може подразумевати различите процесе обраде података докле год сви ти процеси служе истој сврси. Уколико се у неком тренутку након првобитног прикупљања података појави потреба да се ти подаци користе у још неке сврхе, тада организација треба тражити нови пристанак од корисника. Упит за нови пристанак мора садржати информације које се траже за пристанак.

⁸Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interest of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, adopted by WP29 on 9 April 2014, p. 16-17. (WP 217)

4.3. Информисан пристанак

Уредба у члану 5 се наводи принцип транспарентности као један од основних у читавом акту. Уз њега, на пиједестал основних начела подигнути су и принципи законитости и правичности. Овај принцип означава да корисник мора добити адекватне информације које би му омогућиле да разлучи шта добија а шта даје пристанком на обраду података. Те информације морају бити пружене од стране организације која прикупља податке и тражи пристанак од корисника. Тако се у Упутству о пристанку у оквиру Опште Уредбе наводе информације које у сваком случају морају бити дате кориснику и то су:

- 1) Идентитет контролора података који се прикупљају;
- 2) Сврха за обраду података због којих се тражи пристанак;
- 3) Који подаци ће бити прикупљани и коришћени;
- 4) Право да се повуче пристанак;
- 5) Информације о коришћењу података за одлуке које се базирају искључиво на аутоматском процесуирању, укључујући профилисање, на основу члана 22 ст. 2 Уредбе и

б) Ако је пристанак повезан за трансфере података, информације о потенцијалним ризицима трансфера података у треће земље уколико не постоје адекватне одлуке или заштитне мере као што је прописано чланом 49 ст. 1 тачком А;

Уколико ће се пристанком користити више различитих организација или ће се подаци преносити или бити процесуирани трећим организацијама које желе да користе оригинални пристанак, тада корисник треба добити информације о томе ко су те организације.

Сама уредба не прописује ни форму ни начин на који ће корисник бити информисан. У пракси, то значи да се информације могу презентовати у форми говорне или видео поруке, писано или на неки други начин. Уколико се пристанак тражи у оквиру уговора, у том случају пристанак мора бити јасно назначен и одвојен од остатка текста.

Оно што уредба прописује јесте да организације морају информације презентовати на јасан начин, користећи се једноставним (свакодневним) изразима који ће омогућити сваком, без обзира на ниво образовања, да схвати значај и последице пристанка. То подразумева да организације направи анализу корисника од којих се тражи пристанак како би тај информације биле разумљиве тој групи људи.

4.4. Недвосмислена индикација жеља

Овај услов подразумева да корисник мора предузети јасну, позитивну, акцију како би дао свој пристанак за прикупљање и обраду података. Према Рециталу 32, пристанак се даје у форми писане или усмене изјаве или електронским путем. Оно што се сада искључује по Уредби је коришћење унапред попуњених квадратића за пристанак. Такође, није могуће дати пристанак самим наставком коришћења услуге. Важно је нагласити да се пристанак не може прибавити тако што ће иста акција означавати саглашавање са условима коришћења и пристанак на прикупљање и обраду података.

Када се пристанак тражи електронским путем, сматра се да би било неопходно да захтев за престанком на неки начин прекине коришћење сервиса како би тај захтев био ефективан.⁹ Ипак, то није прописано тако те ће организације моћи да развију своје методе крећући се у оквирима задатим Уредбом. Потенцијално би могло доћи до прибављања престанка путем претраживача и подешавања унутар истог. Технологија у овом погледу се тек треба развијати, тако да то можемо очекивати да постане правило у будућности. Скоријој или ближој, показаће време.

4.5. Експлицитан пристанак

У одређеним ситуацијама, од корисника се тражи експлицитан пристанак. То су ситуације у којима су се појавили ризици по заштиту података. У Општој Уредби се потреба за експлицитним престанком наводи у члану 9 у погледу осетљивих категорија података, у члану 22 у погледу аутоматског доношења одлука што укључује и профилисање као и у члану 49 у погледу трансфера података. У погледу специјалних категорија података, пристанак није једини основ за прикупљање и обраду података, и у неким случајевим може бити неадекватан те се препоручује анализа са циљем утврђивања да ли користити пристанак као основ за прикупљање и обраду података за сврху за коју се исти прикупљају. Уредбом се чак даје могућност државама чланицама да пропишу да се пристанак неће сматрати валидним основом за обраду осетљивих података.¹⁰

У тим случајевима, захтева се да пристанак буде експлицитан и то се најлакше може постићи писаном изјавом корисника. Међутим,

⁹ Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 17/EN WP259, p. 17

¹⁰ Sandeep Mittal, Priyanka Sharma, "The Role of Consent in Legitimising The Processing of Personal Data Under The Current EU Data Protection Framework", *Asian Journal of Computer Science and Information Technology*, 2017, 76-78

пристанак може бити експлицитан и ако је прибављен на неки други начин. Примера је пуно, неки од њих укључују слање поруке преко електронске поште, отпремање скенираног документа са потписом или попуњавањем формулара у електронском облику. Оно што је важно за све ове примере је да организација може доказати да је корисник дао изричит пристанак за прикупљање и обраду података.

4.6. Додатни услови за добијање валидног пристанка

Већ је наведено да захтев за добијање пристанка и сам пристанак мора дати право кориснику да у сваком тренутку повуче свој пристанак. Кориснику те информације морају бити дате пре добијања пристанка а сам механизам повлачења пристанка мора бити доступан у сваком тренутку.

Од контролора података који се прикупљају путем пристанка се захтева да у сваком тренутку може доказати да је корисник дао свој пристанак за прикупљање и обраду података. Та обавеза није ближе одређена, али је ипак речено да организација мора имати могућност доказивања валидно датог пристанка за сво време за које траје процесуирање података за које је пристанак добијен. Након престанка процесуирања података, докази се требају чувати онолико колико је неопходно за испуњење законских обавеза у вези евентуалних правних захтева.

4.7. Трајање пристанка

Иако трајање пристанка није посебан услов за валидан пристанак, ипак смо издвојили ову тему за посебан одељак. Разлог за то се налази у важности потпуног покривања ове теме и схватању “Article 29 WP”. Наиме, није Уредбом прописано колико пристанак траје. И поред тога, поставља се логично питање поред свих осталих услова да ли сам пристанак може неограничено трајати. Схватање “Article 29 WP” је да се пристанак треба повремено обнављати како би корисник на тај начин остао и даље информисан о свим аспектима пристанка и како би му се дала могућност за промену мишљења. Ипак, и поред тога о дужини трајања пристанка велику улогу ће имати контекст, домашај оригиналног пристанка као и очекивања од корисника.

4.8. Повлачење пристанка

Као што смо већ рекли, корисници морају имати могућност повлачења пристанка у сваком тренутку. Само повлачење треба бити назначено и корисници о томе требају бити обавештени. Процес

повлачења пристанка треба бити подједнако лак као и само давање пристанка.

Последице повлачења пристанка су престанак процесуирања података а индиректно и брисање или анонимизирање од стране контролора података. До брисања или анонимизирања може доћи уколико контролор нема других основа за процесуирање података. Уколико постоје други основи, у том случају корисник треба бити информисан о томе.

4.9. Пристанак у специјалним ситуацијама

Постоји неколико специјалних ситуација у којима се може постављати питање пристанка и међу њима свакако најзначајније место заузимају пристанци узети од деце односно малолетних лица. Сматра се да лице старије од шеснаест година може дати валидан пристанак односно да је способно да схвати значај своје активности. За лица млађа од шеснаест година, пристанак дају њихови законски заступници. Године могу бити и различито одређене зависно од држава чланица, али ни у ком случају се не може сматрати валидним пристанак лица млађег од тринаест година. Уколико пристанак дају законски заступници, сами корисници ће морати да лично дају пристанак за обраду података након што напуне шеснаест година. Да би овакав пристанак био валидан, неопходно је да информације о пристанку буду презентоване на језику који је прилагођен деци.

Да би се могло говорити о валидном пристанку лица млађег од осамнаест година, потребно је пре тога утврдити године лица од кога се тражи пристанак. Организација која прикупља податке може предузети одређене радње како би утврдила године корисника. Тек након што се утврде године корисника, може се приступити прикупљању пристанка.

5. ЗАКЉУЧАК

Питање пристанка је у овом чланку обрађено са нагласком на анализу самих одредби и упутстава релевантних фактора у овој области који доприносе потпунијем разумевању одредби Опште Уредбе. Изнете су новине које се доносе Уредбом и како је само питање пристанка сада регулисано. Акцент је стављен на практичан аспект, како би се овај рад могао користити од стране организација које прикупљају податке у својој припреми за примену Уредбе.

Јако пуно прашина се подигло доношењем Опште Уредбе и иако ће она убрзо почети да се примењује ипак и даље је много отворених питања о томе шта треба учинити како би једна организација која прикупља податке била усаглашена са новим правилима. У процес

тумачења одредби су се укључили сви релевантни фактори а свакако су радови научне заједнице значајни ради давања једне шире димензије питању проучавања одредби овог прописа.

Након ревизије Опште Уредбе, можемо закључити да је питање пристанка на обраду података јако комплексно и захтеваће пажљиву и опсежну припрему како би организације које прикупљају личне податке спремно дочекале почетак примене Уредбе. Несумњиво је да ће проћи одређен период док се не у потпуности утврди пракса која ће бити важећа након 25. маја ове године. Међутим, то неће значити да је ово питање једном за свагда решено. Већ се дуже време говори о доношењу Уредбе о приватности на интернету. Том Уредбом се, у области пристанка, жели решити питање пристанка на “колачиће”.¹¹ Биће свакако занимљиво посматрати даљи развитак ове области, нарочито ако се има у виду да ће Општа уредба послужити као модел по коме ће се креирати нови Закон о заштити података о личности.

¹¹W. Gregory Voss, “First the GDPR, Now The Proposed Eprivacy Regulation”, *Journal of Internet Law*, 2017, 5

ЛИТЕРАТУРА

Consultation: GDPR consent guidance, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2013551/draft-gdpr-consent-guidance-for-consultation-201703.pdf>, приступ: 17. фебруар 2018. године

Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 17/EN WP259

Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 17/EN WP259

Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interest of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, adopted by WP29 on 9 April 2014, p. 16-17. (WP 217)

Opinion 15/2011 on the definition of consent (WP187)

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:119:TOC, приступ: 26. фебруар 2018. године

Sandeep Mittal, Priyanka Sharma, “The Role of Consent in Legitimising The Processing of Personal Data Under The Current EU Data Protection Framework”, *Asian Journal of Computer Science and Information Technology*, 2017, 76-78

W. Gregory Voss, “First the GDPR, Now The Proposed Eprivacy Regulation”, *Journal of Internet Law*, 2017, 5

Darko DIMOVSKI,
Faculty of Law, University of Nis

Petar PEŠIĆ
Luka ANĐELKOVIĆ

CONSENT IN THE GENERAL REGULATION ON DATA PROTECTION OF EUROPEAN UNION

Summary

Article focused on issue of Consent under General Data Protection Regulation (GDPR) which will come into force on 25th of May 2018. As GDPR has extra territorial application, it has application all over the world and Serbia, being outside of EU, is no exception. Topic was assessed from a regulatory and practical point of view as both the text of the Regulation and applicable guidances were reviewed in order to gain best possible understanding of the topic.

Consent is now regulated in a much more rigid sense. It requires careful consideration from all parties in order to ensure they are compliant and avoid hefty fines. Hence, proper understanding of all provisions of GDPR is necessary for achieving that goal. With that aim, an overview of regulation was made with reference to guidances issued by relevant stakeholders. In this article one can find useful tips for bringing its practice in line with GDPR requirements.

Issue of consent will undoubtedly be discussed further in the coming months. As things stand now, we will soon have to update this topic when new Eprivacy Regulation is adopted. Until then, organisations that obtain and process personal data should strive to be compliant with GDPR.

Key words: *General Data Protection Act, European Union, consent, data protection, right to privacy.*

Рад је предат 14. априла 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Срђан РАДУЛОВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

ОСОБЕНОСТИ У УНИВЕРЗАЛНОЈ ТЕНДЕНЦИЈИ ПООШТРАВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Апстракт: Идеја о апсолутној универзалности било којег правила, нарочито у форми коју је пропагирала природноправна мисао, по нама барем, није одржива. С друге стране, стојимо на становишту да је могуће говорити о „нижим“ степенима универзалности и разликовати појаве које су, на пример, само врменски или само просторно или само ситуационо универзалне. У ред временски универзалних појава спада и тенденција поштравања грађанскоправне одговорности.

Уколико у оквиру ове тенденције учимо особенисти које јој дају црту универзалности, сматрамо да је могуће пројектовати у ком правцу би се грађанскоправна одговорност даље могла развијати. Ипак, да бисмо то успели, потребно је учити и правилно оценити значај неких нових, не сасвим објашњених особенисти случајева поштравања одговорности.

Кључне речи: *штета, грађанскоправна одговорност, објективна одговорност, кривица, правичност, објективизација одговорности.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У оквиру теорије грађанског права говори се о уговорној и неговорној, то јест деликтној одговорности. Говори се о одговорности по основу кривице, реализације ризика и правичности. Говори се о индивидуалној одговорности, као и одговорности за другог. Међутим, иако не споримо постојање потребе за специјализацијом знања у овој области, у сталној потрази за различитим критеријумима класификације грађанскоправне одговорности, као да се заборавило како чиниоци поменутих класификација нису конкурентни једни другима, већ комплементарни. Другим речима, ни у једној од понуђених класификација – ништа другачија ситуација није ни у онима које нисмо поменули –

* Доцент, srdjan.radulovic@pr.ac.rs

ниједан облик одговорности својим постојањем не негира други, већ га коригује, допуњава и усавршава¹.

Иако сваки од поменутих система одговорности за проузроковану штету има исту сврху у правном поретку, разлике међу њима су бројне. Оне, међутим, нису последица непомирљивости основних концепата одговорности. Те разлике, уколико их посматрамо *in abstracto*, постоје ради допуне несавршености сваког од конкретних основа. Посматрано *in concreto*, разлике о којима говоримо – истина само уколико уважимо став да су различити основи одговорности међусобно комплементарне појаве – представљају особености сваког од система одговорности.

Може звучати парадоксално, но у поменутих особеностима осликава се и један тренутак универзалности, истина не универзалности у апсолутном смислу. Реч је о временски универзалној тенденцији поштравања грађанскоправне одговорности. Пратећи ову тенденцију, али и неке недовољно истражене појаве у савременом грађанском праву, можемо пројектовати будуће правце у развоју система грађанскоправне одговорности.

Дакле, сталним инсистирањем на различитим врстама и системима одговорности губи се из вида суштина, из чега даље произлази да је могућност правилног уочавања универзалних појава битно смањена. Апстрахујући разлике између различитих система одговорности, у стању смо да спознамо низ универзалних момената, но пре тога, прецизности ради, осећамо потребу да пажњу читаоца скренемо на наше поимање појмова: универзално и особено.

У ту сврху осврнимо се на сукоб између присталица правнопозитивистичке и јуснатуралистичке школе. У основи – ако занемаримо на тренутак прелазне варијанте представника теорије тзв. трећег пута који своја учења заснивају на херменеутици и/или егзегези норме – то је сукоб који се води између оних који право свде на једноставну једначину „право = важећа правна норма(е)“ и оних који верују у то да је право, то јест правна норма у стању да се издигне изнад позитивног права и постане универзална вредност из које ће се касније деривирати позитивноправне норме.

У том смислу, будући да смо мишљења како сукоб на релацији „природно право – правни позитивизам“ почива на неправилном поимању појмова универзално и особено, осећамо потребу да прецизирамо на шта

¹Занимљива је опаска о томе, конкретно у односу између објективне и субјективне одговорности, мада се иста може тумачити и шире, како између различитих основа одговорности не постоји чиста линија поделе, већ пре супстанцијални континуум. Bernhard Koch, HelmutKoziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, New York, 2002, 101.

тачно мислимо када говоримо о временској универзалности тенденције која је предмет нашег рада. Заправо, како бисмо доцније ставове боље разумели, сматрамо да је неопходно учинити двоструко прецизирање.

Најпре, у контексту честих приговора о томе како правници не знају шта је право, а следећи врло оштре ставове Карла Енгиша у погледу могућности супсумције чињеничног стања праву², нама делује као да право заиста не постоји као неки (мета)предмет који се као такав да самостално препознати теоретски, а нарочито не емпиријски³. Пре процеса проналажења права кроз индуктивно-дедуктивни модел супсумције чињеничног стања праву, право не постоји. Право, настаје у том сложеном процесу изналажења одговарајућег решења за конкретну правну ситуацију, али и тада не постоји самостално, већ само и искључиво уз случај са којим се доводи у везу. Конкретна позитивноправна норма, општа или посебна, под коју се подводи чињенично стање, није ништа друго до медијум, односно посредник између права и чињеничног стања у које се жели унети више правне извесности⁴.

Надовезујући се на претходно изнети став, можемо као исправну узети следећу релацију: будући да право не постоји ван индуктивно-дедуктивне релације са постојећим случајем, произлази и то да право не постоји као објекат, па следствено томе ни као универзална вредност. Наиме, да бисмо говорили о праву као универзалној вредности у смислу класичног природноправног учења, неопходно је да оно, најпре, постоји, а онда и да буде и просторно и временски и ситуационо непроменљиво. Будући да, како видимо, први услов није испуњен, илузорно је даље трагати за апсолутно универзалним правом. Ово тим пре јер апсолутна универзалност захтева и апсолутну објективност коју, са друге стране, није ни могуће постићи у процесу логичке супсумције коју судија врши, а која је нужно проткана бројним субјективностима: личним судијиним,

²Објашњење тих ставова вид. Артур Кауфман, *Право и разумевање права(основни проблеми херменеутичке филозофије права)*, Београд – Ваљево, 1998, 58-60.

³Наравно, говоримо о праву као појму који није изједначен са правном нормом, будући да нама заиста делује како се између појмова право и правна норма не треба постављати знак једнакости. Прецизније, ми искрено верујемо у то да право никако није прост збир важећих норми.

⁴Следећи исту логику, могло би се рећи како је правна норма, општа или посебна, медијум између друштвеног и правног, јер се однос који је формиран између одређених субјеката, кроз норму под коју се подводи, уколико се под њу у конкретном случају уопште може подвести, претвара у правни однос. На тај начин врши се специјализација тог односа. Чини нам се да такво резонување не би било погрешно.

обичајним, просторним, временским, као и оним које произлазе из контекста случаја или позитивне норме⁵.

Међутим, иако нам је врло блиско становиште о томе да право никако не може бити апсолутно, то јест троструко универзално, сматрамо како је могуће препознати, назовимо их тако, ниже степене универзалности права. Прецизније, право можда није у све три димензије универзално, но нама се чини како је могуће да оно буде само просторно, само временски или само ситуационо универзално⁶.

2. УНИВЕРЗАЛНОСТ ТЕНДЕНЦИЈЕ ПООШТРАВАЊА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ – ИНДИКАТОРИ ПОСТОЈАЊА ТЕНДЕНЦИЈЕ

У грађанском праву, такође, могуће је препознати моменте универзалности. У овом делу рада претендујемо на то да представимо управо такав један моменат. Овде ћемо, наиме, редове посветити, не просторној, не ни ситуационој, већ временској универзалности. Но, пажњу ваља обратити, пре свега, на објект универзалности. Наиме, у истраживањима која прате феноменологију универзалности у праву, прате се најчешће конкретне норме или вредности из којих оне извиру. Ми ћемо, међутим, направити одступање од уобичајеног приступа утолико што ће предмет наше анализе бити, не конкретна норма, већ тенденција у развоју те норме, односно групе правила.

⁵А. Кауфман, *Op. cit.*, 61.

⁶То можемо појаснити на примеру. Правила која се односе на аутономију пацијента у односу на ординирајућег медицинског посленика и интервенцију коју ваља преузети, иако нису одувек била прихваћена, постепено попримају карактеристике временски универзалне вредности. Ова правила, произлази из читавог низа докумената међународног и унутрашњег карактера, добијају карактер и просторно универзалних. Ипак, ова правила тешко да се могу означити као ситуационо универзална, будући да их законска норма у низу конкретних ситуација суспендује. Неке од тих ситуација су предвиђне ради несметаног спровођења грађанског поступка, извршења различитих кривичних санкција или обезбеђења остваривања циљева опште здравствене заштите. Из перспективе ситуационих одступања од просторно универзалних решења, рецимо, врло је интересантна и ситуација у којој пацијент није у стању да определи своју личност због стања у којем се налази, а које не дозвољава даље одлагање интервенције.

2.1. Ширење могућности преваљивања штетних последица са оштећеног на штетника

Из уводног излагања као сасвим оправдано произлази питање какве су могућности преваљивања штетних последица с оштећеног на штетника. Да ли су оне биле увек исте или су се евентуално мењале кроз различите периоде у развоју људског друштва? Трагајући за одговором на ова, али и низ других питања, долазимо до сазнања како та могућност није одувек била иста. Ова могућност је временом постајала значајно шира, јер се и број случајева у којима је неко лице могло бити позвано на одговорност постепено повећавао. Паралелно повећавао се и број лица која се на одговорност могу позвати. Другим речима, посматрано са временског аспекта, у грађанском праву можемо – уз напомену да тенденција није увек и искључиво имала облик праве, усходне и неиспрекидане линије – као универзалну препознати тенденцију поштравања одговорности за насталу штету.

Наиме, међу основима одговорности за насталу штету, историјскоправни значај кривице није споран, нарочито у земљама које су се развијале под утицајем римског права. Кривица је била, мада нећемо погрешити ако кажемо и остала, главни основ одговорности за насталу штету⁷. Она је основ који најбоље задовољава осећај правичности, будући да, кад постоји кривица, одговорност није спорна⁸. Ипак, одговорност за штету која се темељи на кривици штетника, то јест његовом психичком односу према насталој штети и вољном односу према радњи коју је предузео, врло брзо се показала као не сасвим адекватан основ одговорности⁹. Ово из разлога што је неодговорност за насталу штету била врло суверено правило, док је одговорност била куриозитет релативно малог броја случајева. У данашњем свету развијених међудржавних односа, промета, технологије, те индустријске

⁷Не треба овај став мешати и из њега извучити закључак како је кривица била први основ одговорности. Не, то је био објективна одговорност који се није темељио на ризику, већ на факту проузроковања штете, што је и логично, будући да је за поимање кривице био потребан далеко виши степен друштвене свести (вид. Наташа Лучић, Власник као субјект грађанскоправне одговорности од опасне ствари кроз правну теорију и судску праксу, *Правни вјесник*, 28 (1), 2012, 88).

⁸Михаило Константиновић, Основ одговорности за проузроковану штету, *Архив за праве и друштвене науке*, 3, Београд, 1952, 297.

⁹Мада је у француској правној теорији и даље имала озбиљну подршку. Вид. Henry Mazeud, Leon Mazeud, Andre Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 5ed, v1, Paris, 1957, 428.

глобализације, незамисливо је као критеријум одговорности узимати једино кривицу¹⁰.

У потрази за бољим, то јест прихватљивијим решењем, правна теорија, за њом и судска пракса и законодавац, покушали су да кривицу као врло ригидан и тешко остварив основ одговорности коригују. Оштрицу овог основа одговорности, најпре, покушали су да отупе без довођења у питање самог основа и његовог ауторитета. То је учињено тако што су, прво, уведени стандарди понашања као мера за процену кривице штетника, а друго, тако што су у законска решења имплентирана решења која постављају терет доказивања значајно другачије од традиционалног система. Увођењем стандарда који се кроз понашање лица морају остварити (добар домаћин, добар привредник, добар стручњак) без обзира на стварне могућности конкретног лица да тај стандард и достигне¹¹, а нарочито кроз претпоставку, па макар и најнижег степена кривице, иако се ишло на корекцију кривице као основа одговорности, суштински је покренут сложен процес њене објективизације, па самим тим и поштравања.

И заиста, суврено владајућа субјективна концепција одговорности у кривичном, није се могла одржати као неприкосновена и у грађанском праву, пре свега због различитости интереса, затим вредности коју ове гране права примарно претендују да заштите, али и начина на који то чине¹². Прецизније, махом као последица интензивирања научног и технолошког развоја, то јест као последица све чешћег човековог ослањања у свакодневним активностима на, рецимо тако, силе које није сасвим у стању да контролише, грађанскоправна одговорност морала

¹⁰*Ibid*, 88-89.

¹¹„Од појединца се, дакле, очекује висок ниво социјализације, пуна свест о томе шта је друштвено прихватљиво, размишљање о томе које је прикладно понашање за средину и ситуацију у којој се нашао [...] Шта је разумно и пажљиво не мења се у зависности од тога да ли је, на пример, човек слабовид. Разуман и пажљив слабовид човек не чини оно што, с обзиром на слабовидост, не може успешно извести. Он сам је тај који своју слабовидост има у виду, а не суд када утврђује има ли на његовој страни кривице“.

Вид. Марија Караникић, Кривица као основ грађанскоправне одговорности, *Правни живот*, 10, Београд, 2004, 456.

¹²Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право (општи део)*, Београд, 1986, 464-469; Јожеф Салма, Правне особине грађанско-правне одговорности (разграничење грађанско-правне од кривично-правне одговорности), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2, Нови Сад, 2008, 80 и даље; Ђорђе Сибиновић, *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправда*, Београд, 2006, 17-25.

јевити објективизована кроз теорију о реализацији створеног, одржаног и контролисаног ризика¹³.

Наравно, сасвим је јасно како увођење објективне одговорности као, на први поглед, дијаметрално супротног основа кривици, није било револуционарно. Оно сеодвијало по еволуционим постулатима који су се кретали, најпре у већ описаном правцу приближавања кривице објективној одговорности, затим и у правцу имплементације нешто умереније концепције објективне одговорности. Теорија умереног ризика, која је, према доступним подацима, најпре формулисана у француској судској пракси¹⁴, почивала је у највећој мери на способности конкретног лица које употребљава опасну ствар, то јест врши опасну делатност, да предвиди могућност реализације ризика и настанка штетних последица¹⁵.

Таква теорија ризика, заиста је била у правом смислу те речи прелаз између кривице и објективне одговорности, јер тај прелаз, како се наводи и није могао да буде одсечан. Ипак, потребе ширења могућности да једно лице одговара за штету коју је причинило учиниле су да се, у једном кратком временском тренутку сасвим задовољавајућа теорија умереног ризика, замени далеко оштријом варијантом. Тиме се грађанскоправна теорија врло одлучно удаљила од кривице као основа одговорности, који је, истина, опстао и успешно функционише, али не са значајем који је раније имао.

Објективна одговорност у обе своје варијанте, а нарочито оштријој, донела је повећање могућности успешног истицања одштетног

¹³О разлозима који оправдавају увођење и опстанак одговорности независној од кривице, детаљније: Bernhard Koch, Helmut Koziol, *Op. cit.*, 22.

¹⁴Чувена одлука француског Касационог суда којом је, мимо принципа установљених кроз важећи *Code Civile*, послодавац обавезан да раднику надокнади штету коју овај трпи услед експлозије котла без обзира на то што кривица на страни послодавца као штетника није утврђена као неспорна. Ова одлука послужила је као основ установљењу новог облика одговорности која, у односу на кривицу, није никакав супсидијеран облик одговорности, већ са њом потпуно равноправан.

Вид. Марија Караникић-Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009, 70.

Идеја о објективној одговорности била је позната већ у француској правној теорији, иако не сасвим прихваћена. Вид. H. Mazeud, L. Mazeud, A. Tunc, *Op. cit.*, 428 и даље.

¹⁵Слична истраживања потврђују како је имплементирање објективне одговорности било постепено. Ово најпре због тога што је у правној мисли и пракси прво заживела умерена теорија ризика, а затим и због тога што је она продирала, не као јединствена законска концепција, него као идеја уткана у појединачне институте чији је борј кроз доцније новеле растао.

Вид. Лејла Махир, О поријеклу и развоју института објективне одговорности за штету од дејства ствари у одштетном праву БИХ, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 12, год. 6, Зеница, 2013, 281 и даље.

захтева, у мери чак довољној да се може рећи како неодговорност није, као што је то раније био случај, правило¹⁶. Тас је превагнуо на страну одговорности као правила. А да се језичак на ваги додатно помери у корист одговорности утицало је и то што се доцније као правило прихватила претпоставка узрочности према којој се, увек када је штета настала у вези с коришћењем опасне ствари или обављањем опасне делатности, претпоставља да је штета последица реализације кроз ствар или делатност створеног ризика.

Олакшање положаја оштећеног у смислу непостојања обавезе да он доказује постојање узрочне везе између радње штетника и настале штете, те пребацивање терета доказивања на штетника који се одговорности може ослободити обарањем претпоставке узрочности, свакако може се тумачити као облик поштравања кроз објективну одговорност ионако поштрене одговорности. Штавише, склони смо мишљењу како се избегавање стварања листе опасних ствари и опасних делатности, па чак и избегавање давања опште дефиниције опасне ствари или делатности од стране законодавца, може тумачити као жеља законодавца да не сузи листом или дефиницијом простор за позивање на правила о објективној одговорности. Сасвим је јасна ствар да је постојећа тенденција поштравања одговорности на овај начин настављена, међутим, она није ту заустављена.

Одговорност се, наиме, даље поштравала кроз неке врло специфичне моменате унутар појединих правних система. У ред таквих момената које треба доживети као продужетак тенденције поштравања одговорности, по нашем мишљењу, спадају и отварање могућности за успешно захтевање надокнаде афекционе вредности уништене ствари, могућност одступања од правила да се вредност уништене ствари процењује према објективном критеријуму без вођења рачуна о конкретним околностима на страни оштећеног које оправдавају захтевање веће надокнаде, као и усвајање принципа потпуне надокнаде штете без обзира на, рецимо, степен кривице штетника.

Ипак, у овом моменту – иако се можда и може приговорити да је то куриозитет, најпре, нашег права, свакако је вредан разматрања у контексту рада – издвојићемо посебно један облик поштравања одговорности. Реч је о увођењу корективног основа одговорности, па чак и оне објективне, у виду одговорности по основу правичности. Овај основ одговорности повећава могућност успешног истицања одштетног захтева.

¹⁶Примећује се како поштравању одговорности доприноси и судска пракса појединих европских земаља која је појам опасне ствари значајно шири у конкретним ситуацијама.

Вид. Bernhard Koch, Helmut Koziol, *Op. cit.*, 14.

У својој ужој варијанти овај основ омогућава да се оштећени надокнади чак и од неурачунљивих лица или родитеља деликтно способног малолетника уколико је штета проузрокована противправно. У својој широј варијанти, теоретски барем, омогућава да се надокнада захтева чак и у оним случајевима када противправности уопште нема, макар не *in concreto*.

Најзад, излагање тешко да би могло бити комплетно уколико се из њега изостави могућност позивања на надокнаду штете због злоупотребе права. Иако је забрана злоупотребе права по много чему споран правни институт, његово присуство у законским текстовима, као и његова начелна прихваћеност и од судске праксе и од правне теорије, омогућавају да се надокнада штете може успешно захтевати чак од лица које је штету проузроковало вршећи радњу која му од стране правног поретка није забрањена или му је чак и изричито дозвољена. Да ли таква могућност и поред недостатка противправности¹⁷ значи ширење могућности да се терет настале штете превали на штетника? Апсолутно. Имајући наведено у виду, јасно је како се тенденција развијала и како је тежила успостављању одговорности за штету, те обавезу њене надокнаде као правила¹⁸. Ипак, тенденција је добила на замаху и на други начин.

2.2. Ширење круга лица која могу бити успешно позвана да штету надокнаде

Када кажемо поштравање одговорности, не мислимо буквално и искључиво на поштравање одговорности лица које је штету проузроковало. По нама појам поштравања одговорности којим у раду баратамо, морао би се интерпретирати шире, односно тако да обухвата и повећање могућности да за штету уопште било ко одговара.

Терет штете, наине, може се – најчешће то и јесте случај – превалити на штетника. Међутим, за разлику од кривичног права у којем као неприкосновен важи принцип индивидуалне одговорности, у

¹⁷У том контексту изузетно је занимљиво упоредити сазнања о правној природи „одговорности“, значају противправности и евентуалном основу њеног искључења код тзв. извора опасности штете.

Вид. Гале Галев, Одговорност за опасност штете, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 63 (3/4), Загреб, 2013, 626-627.

¹⁸Низ правила којима се, како се наводи, радикално шири домен грађанске одговорности на рачун традиционално прихваћених принципа одштетног права, може се наставити и кроз одредбе које се односе на спречавање предстојеће реалне штете кроз уклањање извора опасности или суздржавања од обављања одређене делатности.

Вид. *Ibid.*, 619-620.

грађанском праву тај принцип нема исти домашај¹⁹. Свакако, и у оквиру грађанског права важи као начелно правило да, ако се већ поставља питање одговорности, свако одговара искључиво за сопствено понашање и последице тог понашања. Ипак, ово правило познаје врло, можда не бројне, али правнополитички изузетно значајне изузетке. Неки од тих изузетака су: одговорност родитеља за штету коју деликтно неспособна деца проузрокују другом, одговорност за штету коју лица заосталог душевног развоја проузрокују, одговорност послодавца за штету коју његови запослени проузрокују другом, одговорност правног лица за своје органе и штете које они проузрокују, одговорност господара посла за помоћнике и штете коју они проузрокују, како лицу са којим је господар посла у облигационом односу, тако и лицима с којима није у таквом односу од раније²⁰.

Када у везу доведемо сазнања о одговорности за другог са потребом шире интерпретације појма поштравање одговорности, постаје сасвим јасно на шта мислимо. Наглашавамо, појам поштравања одговорности по нама значи, те га у том смислу и употребљавамо у раду, ширење могућности да се терет настале штете са оштећеног превали на другог, штетника или неко друго лице које уместо њега одговара.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

У завршном делу указаћемо, најпре, на темпоралну логику на којој идеја о тенденцији поштравања грађанскоправне одговорности почива, а затим и на разлоге због којих сматрамо како се, када говоримо о поштравању грађанскоправне одговорности, пре може говорити о тенденцији, него о процесу.

3.1. Основна логичка релација на којој почива тенденција о поштравању грађанскоправне одговорности

Тенденцију поштравања грађанскоправне одговорности учили смо, не кроз емпиријско, већ теоријско истраживање. Наиме, емиријско истраживање, свакако не чисто, било је донекле могуће у овом случају, међутим, оно би далеко премашило могућности овог рада. Оно би подразумевало комбинацију историјског и упоредноправног истраживања које, као прво, не би могуће било изразити у раду овог обима и

¹⁹Јожеф Салма, *Op. cit.*, 84 и даље.

²⁰То је тзв. поље примене грађанскоправне одговорности на темељу правнорелевантног односа између одговорног лица и штетника. Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Op. cit.*, 371-372.

усмерености, а као друго, то истраживање не би сасвим јасно указало на постојање предметне тенденције. Ово последње из разлога што би неуједначеност развоја појединих правних поредака и решења садржаних у њима пре нагласак ставили на одступања од тенденције, него на саму тенденцију.

Управо зато, логички, то јест чисто теоријски приступ показао се као бољи изнад свега због тога што нам омогућава да апстрахујемо и моменте који су деловали у правцу стагнације тенденције поштравања одговорности, али и оне моменте који су водили њеном ублажавању.

Логика је врло једноставна. Наиме, ако се некаква универзална црта у области грађанског права може издвојити, онда је то тенденција поштравања одговорности за насталу штету. Видимо из пређашњег излагања да постоје различити моменти на основу којих се може говорити о већем или мањем степену стргости правила о грађанској одговорности. Логика налаже да су они настајали онако како смо их и презентовали, тим редом дакле, јер није природно да се најоштрији могући облик одговорности коригује доцније онима који пружају мање могућности за успешно истицање одштетног захтева за конкретне ситуације. Другим речима, далеко више има смисла да се одговорност кроз различите институте поштравала, док никакве правнополитичке логике нема да су прво настали најоштрији облици одговорности, јер сви остали мање строги облици одговорности не би били потребни будући да је могућност истицања захтева кроз строжији облик сасвим довољна.

3.2. Поштравање грађанскоправне одговорности – тенденција или процес?

Иако на први поглед делује као да је свеједно да ли у конкретном случају употребљавамо израз тенденција или процес када говоримо о поштравању грађанскоправне одговорности, ми смо се за потребе овог рада одлучили за првопонуђени израз. Разлог за то је једноставан. Наиме, израз процес се у односу на израз тенденција разликује по томе што се процес у једном тренутку може окончати, што са тенденцијом није случај. Она је тежња коју није могуће остварити у потпуности јер јој недостаје крајњи циљ чије би остваривање означило крај тежње.

Иако никако није извесно да ли се за поштравање одговорности може рећи да нема крајњи циљ и да је оно само тежња, оно што је извесно јесте да она није окончана у овом тренутку развоја грађанског права. Учинило се у једном тренутку да је грађанска одговорност достигла свој врхунац, те да нема индиција да би се она могла даље поштравати, но евидентно је да то није случај. Индикаторе ове хипотезе налазимо у специфичним правним појавама као што су: *breed specific* регулатива, *dog*

specific регулатива²¹, а можда најпре регулатива која промовише идеју о заштити животне средине по систему „загађивач плаћа“ или „корисник плаћа“²². Ови облици објективне одговорности отварају питање да ли се у грађанском праву постепено уводе степени објективне одговорности, то јест да ли се објективна одговорност додатно објективизује²³, стога чини нам се да је, у пређашњем контексту, и даље упутније говорити о тенденцији, него о процесу пооштравања грађанскоправне одговорности.

²¹Вид. Срђан Радуловић, Dog specific регулатива као део одштетног права, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2017, 119-131.

²²Напуштањем антропоцентричне парадигме и окретањем, најпре екоцентричној, а затим и биоцентричној поставци, правна наука изнедрила је специфичан систем одговорности за наталу штету, то јест одговорности за будућу штету, па чак и у одсуству приватноправног одштетног захтева. О томе детаљније: Зоран Арсић, Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед делатности опасних по животну средину, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 48(1), Нови Сад, 2014, 97-101; Бојан Пајтић, Еколошка одговорност, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 45(3), Нови Сад, 2011, 521-523; Раденка Цветић, Одрживи развој и еколошка штета, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68, Ниш, 2014, 293-294

²³Таква тенденција примећена је у вези с одговорношћу за штету која се манифестује као загађење животне средине, за коју загађивач одговара по правилима о објективној одговорности, чак и у оним случајевима када се делатност, то јест ствар, којом је штета проузрокована уопште не сматра абнормалним извором опасности настанка штете. Вид. Предраг Стојановић, Илија Зиндовић, *Правна одговорност за развој и заштиту животне средине, Анали Правног факултета у Београду*, 63(1), Београд, 2015, 55.

ЛИТЕРАТУРА

Арсич Зоран, Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед делатности опасних по животну средину, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 48(1), Нови Сад, 2014, 91-103.

Галев Гале, Одговорност за опасност штете, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 63 (3/4), Загреб, 2013, 617-632

Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облигационо право (општи део)*, Београд, 1986.

Караникић Марија, Кривица као основ грађанскоправне одговорности, *Правни живот*, 10, Београд, 2004, 443-475.

Караникић-Мирић Марија, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009.

Кауфман Артур, *Право и разумевање права(основни проблеми херменеутичке филозофије права)*, Београд – Ваљево, 1998.

Константиновић Михаило, Основ одговорности за проузроковану штету, *Архив за праве и друштвене науке*,3, Београд, 1952, 296-306.

KochBernhard, Koziol Helmut(eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, New York, 2002.

Лучић Наташа, Власник као субјект грађанскоправне одговорности од опасне ствари кроз правну теорију и судску праксу, *Правни вјесник*, 28 (1), 2012, 87-122.

Махир Лејла, О поријеклу и развоју института објективне одговорности за штету од дејства ствари у одштетном праву БИХ, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 12, год. 6, Зеница, 2013, 279-294

Пајтић Бојан, Еколошка одговорност, *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 45(3), Нови Сад, 2011, 517-531.

Радуловић Срђан, Dog specific регулатива као део одштетног права, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2017, 119-131.

Салма Јожеф, Правне особине грађанско-правне одговорности (разграничење грађанско-правне од кривично-правне одговорности), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2, Нови Сад, 2008, 79-98.

Сибиновић Ђорђе, *Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправга*, Београд, 2006.

Стојановић Предраг, Зиндовић Илија, Правна одговорност за развој и заштиту животне средине, *Анали Правног факултета у Београду*, 63(1), Београд, 2015, 41-57.

Цветић Раденка, Одрживи развој и еколошка штета, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68, Ниш, 2014, 291-302.

MazeudHenri, MazeudLéon, TuncAndré, *Traitéthéorique et pratique de la responsabilitéciviledélictuelle et contractuelle*, 5ed,v1, Paris, 1957.

Srđan RADULOVIĆ

Assistant professor

Faculty of Law, University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SPECIFICS IN UNIVERSAL TENDENCY OF TIGHTENING OF CIVIL LIABILITY

Summary

The idea of absolute universality of any legal norm, especially in form propagated in natural law theories, is, at least, unsustainable. On the other hand, we believe that it is possible to recognize “lower” degrees of universality and distinguish phenomena which is, for example, only timely or only spatially or only situationally universal. Tendency of tightening civil liability is great example of time universality.

If within the framework of this tendency we recognize moments that give it a trait of universality, we believe that it is possible to accurately project direction in which civil liability could be developed further. However, in order to achieve this, we need to correctly assess the importance of some, not fully explained, special cases of civil liability.

Key words: damage, civil liability, strict liability, fault, fairness, objectification of civil liability.

Рад је предат 12. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Никола ИЛИЋ*

Универзитет у Београду, Правни факултет

ЗАШТИТА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ НА ОСНОВУ МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА**

Апстракт: У раду се разматарају могућности за правну заштиту интелектуалне својине на основу међународних инвестиционих споразума. У првом делу рада су објашњене основне разлике између националних закона и међународних инвестиционих споразума у погледу заштите интелектуалне својине, док се у другом делу детаљније разматрају правна дејстава та два извора права. Посебна пажња је усмерена на економске последице правних дејстава инвестиционих споразума, како би се дошло до закључка о оправданости проширивања обима правне заштите интелектуалне својине. Закључено је да ширење обима правне заштите интелектуалне својине на основу међународних инвестиционих споразума има занемарљив утицај на ниво страних улагања и да ствара штетне економске последице.

Кључне речи: *интелектуална својина, инвестициони споразуми, правна заштита.*

1. УВОД

У већини савремених правних система долази до убрзаног развоја правне заштите нематеријалних добара, пре свега, због велике економске вредности коју та добра могу да имају. Компаније које послују на националним или глобалним тржиштима, углавном своју репутацију и пословни успех стичу захваљујући патентима, жиговима, ауторском праву и другим субјективним правима интелектуалне својине. У великом броју случајева у пракси, вредност тих права битно утиче на укупну вредност фирме.¹

* Сарадник у настави, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs

** Чланак је настао као резултат рада на научном пројекту Правног факултета Универзитета у Београду – „Идентитетски преображај Србије“.

¹ Више о улагањима у нематеријална добра и вредности фирме, вид. J. Haskel, S. Westalke, *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton University Press, Princeton 2018, 23–34.

У правној теорији преовлађује став да права интелектуалне својине не би требало да служе искључиво као средство за присвајање економског профита и поред тога што суштински представљају изузетак, то јест *lex specialis* у односу на право конкуренције.² Ипак, у пракси долази до изражаја једно од основних правила правне херменеутике које подразумева да правне норме, од тренутка ступања на снагу, започињу аутентичан правни живот без обзира на то каква правна дејства је законодавац имао на уму. У вечитој борби између друштвеног и приватног интереса, оптималног приступа и упорног инсистирања на увећању обима правне заштите, неопходно је размотрити однос између различитих извора права који се односе на заштиту интелектуалне својине.³ Јер компромис који је постигнут на нивоу једног извора права, може бити нарушен кроз неуравнотежен развој различитих делова правног система. Другим речима, економске последице једног извора права могу бити модификоване услед интеракције правних дејстава више различитих извора права. До таквог неуравнотеженог развоја правног система углавном долази из два разлога – услед доношења нових закона који нису усаглашени са ранијим прописима, или потврђивањем међународних споразума који нису хармонизовани са важећим законима.

Међународни инвестициони споразуми и развој инвестиционе арбитраже је један од примера да правна дејства појединих извора права накнадно могу бити модификована у великој мери. У том смислу, циљ овог рада је да утврди разлике између домаћих закона и међународних инвестиционих споразума у погледу заштите интелектуалне својине (1), као и да начелно објасни однос између та два извора права (2). Након тога, биће створени услови за разматрање практичне примене појединих правних стандарда из међународних инвестиционих споразума (3), као и за разматрање најважнијих економских последица те примене (4). Следе закључна разматрања (5).

2. РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ЗАКОНА И МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА У ПОГЛЕДУ ЗАШТИТЕ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Како би биле размотрене кључне разлике, на првом месту је потребно дефинисати законе и међународне инвестиционе споразуме као

² Вид. С. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, ЈП Службени гласник, Београд 2014, 50–55, 250–252.

³ За потребе овог рада интелектуална својина подразумева правни однос у којем је субјект права овлашћен да присваја одређена нематеријална добра (нпр. проналазак, робну ознаку, ауторско дело).

два различита извора права (2.1.). Након тога, биће створени услови за детаљније разматрање разлика између та два извора права у погледу предмета (2.2.), циља (2.3.) и метода правне заштите (2.4.).

2.1. Два извора домаћег права

Начелно посматрано, однос између законских прописа којима се уређује заштита интелектуалне својине и међународних инвестиционих споразума зависи од дате државе, односно од посматраног правног система. У случају Србије, тај однос дефинише Устав из 2006. године, који прописује да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни споразуми саставни део националног правног поретка и да се непосредно примењују.⁴ У том смислу, потврђени међународни инвестициони споразуми и домаћи закони се могу дефинисати као два различита извора домаћег права. Суштинске разлике између та два извора права су у субјектима који утичу на њихово стварање, у територијалном важењу, као и у правној снази коју имају. Са једне стране, када су у питању међународни инвестициони споразуми, у њиховом стварању учествују две или више држава и територијално дејство је углавном ограничено на територије оних држава које су ратификовале дати споразум. Са друге стране, на стварање домаћих закона утиче искључиво домаћи законодавац и њихово дејство је ограничено на национални правни поредак. Као посебно занимљиво, издваја се питање правне снаге, тј. хијерархије између домаћих закона и потврђених међународних споразума. Чланом 16 Устава, установљено је начело еквиварианости међународног и унутрашњег права.⁵ Истовремено, члан 194 став 5 Устава успоставља јасну хијерархију: „Закон и други општи акти у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права“. У пракси се та хијерархија може спроводити у дело на два начина.⁶ Први начин подразумева да надлежни орган одбије да примени закон ако дође до закључка да је закон у супротности са потврђеном међународном споразумом, а други, да Уставни суд одлучи о питању сагласности.⁷ У оба случаја, јасне су практичне последице неусаглашености закона и

⁴ Вид. чл. 16. Устава РС, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

⁵ Вид. Р. Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички преглед“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 54–2/2006, стр. 10.

⁶ Вид. М. Младенов, „Статус међународних извора права у правном поретку Републике Србије“, *Право – теорија и пракса*, бр. 01–03/2014, 22.

⁷ Вид. члан 167, став 1 Устава РС.

потврђених међународних споразума који се односе на заштиту интелектуалне својине – суспензија правних дејстава закона. Ипак, готово да никада не долази до потпуне суспензије. Однос између правних дејстава домаћих закона и међународних инвестиционих споразума је много сложенији него што то на први поглед може да делује и због тога ће бити детаљније размотрен у трећем делу рада.

2.2. Предмет правне заштите

У погледу заштите интелектуалне својине, домаћи закони за предмет заштите углавном имају нематеријална добра (проналаске, робне ознаке, ауторска дела и слично). Тачније, законима се прописују услови које нематеријална добра суштински морају да испуне како би постала предмет заштите субјективних права интелектуалне својине. Ипак, у одређеним случајевима, национални закони којима се штити интелектуална својина могу имати и друге предмете заштите, као што је то случај са лојалном конкуренцијом.⁸ За разлику од домаћих закона, примарни предмет заштите међународних инвестиционих споразума су субјективна права интелектуалне својине, успостављена у складу законима. На тај начин, инвестиционим споразумима се на посредан начин штити интелектуална својина, због чега може доћи до делимичног преклапања предмета заштите два различита извора права. Мера у којој се та два предмета заштите преклапају, суштински дефинише правни однос између националних закона и међународних инвестиционих споразума, што ће бити детаљније размотрено у трећем делу рада.

2.2. Циљ правне заштите

У оквиру националног законодавства, циљ правне заштите интелектуалне својине зависи од конкретних нематеријалних добара која су предмет заштите. У том смислу, могу се уочити разлике у циљевима законске заштите творевина, псеудотворевина и ознака.⁹ Ипак, општи циљ законске заштите може се видети у стварању услова за комодификацију нематеријалних добара, путем конституисања субјективних права интелектуалне својине. Са друге стране, када су у питању међународни инвестициони споразуми, циљ заштите се огледа у превазилажењу

⁸ Вид. С. Марковић, Д. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 279–288.

⁹ Вид. С. Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, ЈП Службени гласник, Београд 2014, 50–55.

проблема територијалности субјективних права интелектуалне својине,¹⁰ као и у стварању повољније инвестиционе климе за стране улагаче.¹¹ Генерално посматрано, циљеви два извора домаћег права нису супротстављени, али то не значи да су увек и у потпуности усклађени. Усклађеност различитих циљева може додатно да утиче на формирање правног односа између та два извора права.

2.2. Метод правне заштите

У складу са предметима и циљевима заштите, национални закони и међународни инвестициони споразуми се битно разликују и у методу правне заштите. У случају закона, долази до успостављања искључивих права на основу којих се заштита интелектуалне остварује у одосу на друге учеснике на тржишту, углавном путем судске и управноправне заштите. У случају међународних инвестиционих споразума, правна заштита се остварује у односу на државу домаћина, првенствено путем покретања инвестиционе арбитраже или других механизма за решавање спорова, који нису у искључивој надлежности једне државе. У том смислу, могу се уочити два основна типа међународних инвестиционих споразума и два подметода правне заштите. Међународни мултилатерални споразуми о слободној трговини (енг. Free Trade Agreements) најчешће прописују минималне стандарде заштите који су обавезујући за све државе чланице,¹² док билатерални инвестициони споразуми (енг. Bilateral Investment Agreements) посредно штите интелектуалну својину, углавном тако што успостављена права интелектуалне својине правно квалификују као заштићену инвестицију.

¹⁰ Вид. А. Mühlendahl, D. Stauder, „Territorial Intellectual Property Rights in a Global Economy”, *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Springer, Berlin 6/2009, 653–673; J. Hosking, M. Perkams, “The Protection of Intellectual Property Rights Through International Investment Agreements: Only a Romance or True Love?”, *Transnational Dispute Management*, Voorburg 2(5)/2009, 3.

¹¹ Вид. Н. Tanaka, Т. Iwaisako, „Intellectual property rights and foreign direct investment: A welfare analysis“, *European Economic Review*, Vol. 67, 2014, 107–124; J. Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Springer, Hamburg 2011, 155–177.

¹² Поред минималних стандарда правне заштите, међународни споразуми о слободној трговини обично садрже начела националног третмана и најповлашћеније нације, која могу утицати на то да се обим правне заштите временом увећава.

3. ОДНОС ИЗМЕЂУ ЗАКОНА И МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА У ПОГЛЕДУ ЗАШТИТЕ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Правна дејства међународних инвестиционих споразума у великој мери зависе од односа који постоји између тих споразума и закона. Суштински посматрано, интеракција између та два извора права дефинише правну заштиту интелектуалне својине на основу међународних инвестиционих споразума. У том смислу, биће размотрена три основна вида интеракције између међународних инвестиционих споразума и националних закона, а то су: делегација (3.1.), аутономија (3.2.) и артикулација (3.3.).¹³

3.1. Делегација

Структура међународних инвестиционих споразума је често таква да не дозвољава детаљно одређивање и описивање предмета заштите. Због тога, у великом броју случајева, да би омогућиле функционалност споразума, уговорне стране често морају да се ослањају на дефиниције које садрже национална законодавства. Почевши од држављанства које је основни услов за стране инвеститоре да уживају правну заштиту на основу инвестиционих споразума, све до појединачних предмета заштите којима се на посредан или непосредан начин штити интелектуална својина, као што су дефиниције субјективних права. У пракси се могу уочити два вида делегације који дефинишу интеракцију између међународних споразума и националних закона – потпуна и делимична.

3.1.1. Потпуна делегација

У пракси се релативно ретко дешава да међународни инвестициони споразуми у потпуности препусте дефинисање инвестиција националним законима. Ипак, забележено је неколико примера, као што је билатерални инвестициони споразум (скраћено БИТ) закључен између Републике Бенин и Гане, који као инвестицију дефинише следеће: „[...] *права интелектуалне својине, [...] и сва слична права која су призната на основу националних закона обе уговорне стране*“.¹⁴ У том и сличним

¹³ Сличну систематику у погледу односа између закона и инвестиционих споразума користе: С. Carlos, V. Jorge, „Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?“, *Journal of International Economic Law*, 19/2016, 91–120.

¹⁴ Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government the Republic of Benin for the Promotion and Protection of Investments, 2001, члан 1, став 1.

случајевима, дефинисање и признање субјективних права од стране националних законодавстава чини конститутивни елемент заштићене инвестиције и, самим тим, правне заштите на основу инвестиционог споразума. У том смислу, изменама у оквиру националног законодавства је могуће утицати на обим правне заштите који је загарантован на основу споразума. Ипак, тај утицај је у пракси често ограничен обавезујућим минималним стандардима заштите из споразума о слободној трговини.

3.1.2. Делимична делегација

Случајеви у којима национални закони могу само делимично да утичу на правна дејства инвестиционих споразума су најчешћи у пракси. До такве ситуације обично долази услед комбинације правних дејстава више инвестиционих споразума. У том смислу, споразуми о слободној трговини могу наметнути одређене обавезе државама чланицама у погледу дефинисања услова за стицање права интелектуалне својине, док билатерални инвестициони споразуми могу квалификовати тако стечена права као заштићено улагање. Очигледан пример из арбитражне праксе је случај из 2014. године, *Eli Lilly v. Canada*,¹⁵ када је страни улагач покренуо арбитражни поступак против државе домаћина због измена услова за стицање патента. Наиме, инвеститор је тврдио да услови за стицање патента у Канади нису исти као у осталим земљама које су чланице NAFTA споразума.¹⁶ Према његовим наводима, одбијање поднете патентне пријаве је имало за последицу индиректну експропријацију патента (заштићене инвестиције) и настанак материјалне штете у износу од 500 милиона америчких долара.¹⁷ Коначном одлуком у покренутом арбитражном спору утврђено је да није било повреде права тужиоца, чиме је он обавезан да сноси трошкове арбитражног поступка, као и 75% трошкова заступања које је имала друга страна у спору. Ипак, тај случај представља пример делимичне делегације јер национални закони могу да одреде услове за стицање субјективних права интелектуалне својине, али уз поштовање минималних стандарда који су постављени у оквиру инвестиционог споразума. Уколико се установи да ти стандардни нису испоштовани, постојала би одговорност државе у односу на стране

¹⁵ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2.

¹⁶ Северноамерички споразум о слободној трговини (енг. The North American Free Trade Agreement), 1994.

¹⁷ Више о примени права у том инвестиционом спору, вид. R. Okediji, „Is Intellectual Property Investment? *Eli Lilly V. Canada and the International Intellectual Property System*”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 4(35)/2014.

инвеститоре, а у одређеним случајевима и у односу на друге државе – потписнице споразума о слободној трговини.

3.2. Аутономија

У случају појединих међународних инвестиционих споразума, однос са законима је уређен по принципу аутономије. Другим речима, предмет заштите је дефинисан у оквиру инвестиционог споразума, без ослањања на национално законодавство. Уколико дође до повреде заштићеног предмета, квалификовани инвеститор може уживати правну заштиту предвиђену споразумом независно од решења која прописују домаћи закони.¹⁸ У оквиру тог приступа, могу се разликовати суштинска и концептуална аутономија.

3.2.1. Суштинска аутономија

У складу са принципом суштинске аутономије, инвестиционим споразумима се не успостављају субјективна права интелектуалне својине. Ипак, сличан ефекат се постиже на посредан начин. Без упућивања на законске дефиниције, потписници инвестиционог споразума могу одредити појам инвестиције, тако да се он тумачи самостално и да може да подразумева нематеријална добра, као и субјективна права интелектуалне својине. На тај начин, сви инвеститори који су начинили инвестицију, у складу са дефиницијом из међународног инвестиционог споразума, уживају правну заштиту која је предвиђена тим споразумом. Типичан пример суштинске аутономије инвестиционог споразума је члан 25 ICSID конвенције,¹⁹ који предвиђа следеће: „Надлежност Центра обухвата сваки правни спор између државе потписнице и држављанина друге државе потписнице, који је настао непосредно из инвестиција и за који су се странке у спору писмено сагласиле да га изнесу пред Центар“. Појам инвестиције је додатно дефинисан кроз праксу арбитражних трибунала, а пре свега у случају *Salini v. Morocco*.²⁰ Тако инвестиција подразумева четири конститутивна елемента: 1) трајање инвестиционог подухвата, 2) постојање ризика, 3)

¹⁸ Вид. М. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 13.

¹⁹ Конвенција о решавању спорова између држава и држављана других држава (енг. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States*), Вашингтон, 1965.

²⁰ ICSID Case No. ARB/00/4, *Salini et al. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, para. 52.

ангажовање инвеститорових средстава и 4) допринос развоју државе домаћина. У случају *Fedax v. Venezuela*,²¹ успостављен је и додатни елемент, а то је 5) редовност профита од пословног подухвата.²² Уколико арбитражни трибунал процени да у конкретном правном спору постоји инвестиција, квалификовани инвеститор ће уживати све стандарде правне заштите који су предвиђени датим инвестиционим споразумом, независно од националних закона.²³

3.2.2. Концептуална аутономија

За разлику од суштинске, концептуална аутономија подразумева ослањање на опште дефиниције приликом тумачења међународних инвестиционих споразума. На пример, у поменутом случају *Eli Lilly v. Canada*, тужилац се позивао на ниво корисности (енг. utility) као услов за стицање патентне заштите, који би требало тумачити у складу са споразумом о слободној трговини и међународним правом интелектуалне својине. На тај начин, приликом интерпретације инвестиционог споразума, трибунали се не ослањају искључиво на споразум, већ и на опште дефиниције и институте који су успостављени у пракси. Тај приступ је карактеристичан за англосаксонски правни систем који почива на прецедентима и у великој мери је прихваћен у инвестиционој арбитражи. Међутим, мана тог приступа је то што инвестициона арбитража до данас није развијена у довољној мери. Арбитражни поступци који за предмет спора имају улагања у нематеријална добра (или у права интелектуалне својине) су релативно малобројни и ретки у пракси, због чега нису установљене опште дефиниције правних института које би могле да допринесу развоју концептуалне аутономије инвестиционих споразума. Ипак, то не значи да није дошло до одређеног развоја међународног права интелектуалне својине и стандарда правне заштите у пракси.²⁴

²¹ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3

²² Вид. R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 60–61; A. Grabowski, „The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law* 15/2014, 287–309

²³ Више о квалификацији субјективних права интелектуалне својине у складу са ICSID конвенцијом, вид. L. Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments – from Collision to Collaboration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, 20–28; R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 60–61.

²⁴ Вид. S. Rajec, „Evaluating Flexibility in International Patent Law“, *65 Hastings Law Journal*, 2013, 157.

3.3. Артикулација

У случајевима када инвестициони споразуми садрже аутономне дефиниције и не ослањају се на национално законодавство, може се уочити више начина за артикулацију различитих норми у оквиру инвестиционих споразума. Ти начини се могу разликовати према условима које је неопходно испунити да би постојала инвестиција у складу са одредбама споразума. У том смислу, поједини међународни инвестициони споразуми захтевају постојање фирме како би постојала инвестиција, док други захтевају искључиво постојање одређене имовине.

3.3.1. Фирма као услов за постојање инвестиције

Модел БИТ Јужноафричке развојне заједнице је типичан пример инвестиционог споразума чија дејства су условљена постојањем фирме на територији државе домаћина.²⁵ Наиме, споразум прво дефинише појам фирме, а затим дефинише и имовину коју фирма може поседовати, што се, све укупно, сматра заштићеном инвестицијом на основу БИТ-а.²⁶ Права интелектуалне својине се у тим случајевима обично наводе као заштићена имовина, међутим, због услова да власник те имовине мора бити фирма, физичка лица која су титулари права интелектуалне својине не могу уживати правну заштиту на основу инвестиционог споразума. Сличан приступ су заузеле и бројне друге државе, међу којима је и Индија са модел БИТ-ом из 2015. године.²⁷ При томе, Индија је заузела опрезнији став уводећи додатна ограничења као што су: пословање фирме у доброј вери (енг. *good faith*), постојање менаџмента и стварних пословних операција на територији државе пријема, као и значајан број запослених у фирми.²⁸ На тај начин, заштита интелектуалне својине је ускраћена физичким лицима – титуларима права интелектуалне својине, али и одређеном броју фирми које не испуњавају додатне критеријуме који су прописани БИТ-ом. Сматра се да је Индија усвојила такав приступ након што је седамнаест инвеститора поднело мултибилионске тужбе на основу раније важећег БИТ-а, због мера индијске владе које су се односиле на отказивање уговора о лиценци и увођење ретроактивних пореза.²⁹

²⁵ Southern African Development Community Model BIT, 2012, члан 2.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ India Model BIT, 2015, члан 1.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Вид. С. Carlos, V. Jorge, „Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?“, *Journal of International Economic Law*, 19/2016, 109–110.

3.3.2. Имовина као услов за постојање инвестиције

Највећи број инвестиционих споразума дефинише инвестицију тако што дефинише заштићену имовину. То је случај са српским моделом БИТ-ом из 2007. године, и са већином БИТ-ова који су тренутно на снази у Републици Србији.³⁰ У тим случајевима, субјективна права интелектуалне својине се обично експлицитно наводе као имовина која се сматра заштићеном инвестицијом. На тај начин, интелектуална својина је заштићена без обзира на својство власника, то јест без обзира на то да ли је титулар правно или физичко лице. Тако долази до успостављања веома широког обима правне заштите,³¹ који би могао бити сужен увођењем додатних услова које имовина мора да испуни да би била квалификована као заштићена инвестиција. Сличан предлог био је изнет приликом преговора у оквиру Организације за економску сарадњу и развој,³² када се преговарало о Мултилатералном инвестиционом споразуму.³³ Уколико додатна ограничења не буду уведена у модел БИТ и будуће билатералне инвестиционе споразуме у којима ће Србија бити једна од уговорних страна, постоји ризик да ће држава бити тужена од стране титулара права интелектуалне својине и да ће морати да надокнади проузроковану штету. Ипак, само установљавање одговорности државе у великој мери зависи од примене различитих правних стандарда из инвестиционих споразума.

4. ПРАКТИЧНА ПРИМЕНА СТАНДАРДА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ИЗ МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА

Услед недостатка релевантне арбитражне праксе, тешко је доносити једнозначне закључке о практичној примени међународних инвестиционих споразума и последичној заштити интелектуалне својине. Ипак, може се доћи до одређених закључака на основу неколико арбитражних поступака у којима су права интелектуалне својине квалификована као заштићена инвестиција.

³⁰ Закључно са 2018. годином, Србија је закључила 54 билатерална инвестициона споразума, од којих је 49 тренутно на снази. Више о дефиницијама инвестиције у тим споразумима, вид. Н.Илић, „Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: Current State of Affairs in Serbia“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Vol. 65, бр. 4, 2017, 158–161.

³¹ *Ibid.*, 157.

³² The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

³³ Вид. М. Schekulin, „Scope of the MAI: Definition of Investor and Investment“, *Multilateral Agreement on Investment State of Play as of February 1997*, OECD, Paris 1997, 12.

На пример, у недавно окончаном инвестиционом спору *Phillip Morris v. Uruguay*, арбитражни трибунал је квалификовао жиг као заштићену инвестицију на основу БИТ-а који је закључен између Швајцарске и Источне Републике Уругвај.³⁴ У том случају, влада Уругваја је имплементирала препоруке Светске здравствене организације и донела низ регулаторних мера које су погодиле тржиште дувана. Између осталог, било је забрањено конзумирање дувана на јавним местима, уведени су већи порези и забрањена је употреба различитих ознака за исти бренд цигарета. На основу тих мера, тужилац је тврдио да је дошло до повреде стандарда правне заштите из инвестиционог споразума, а пре свега, стандарда који се односе на фер и правичан третман, као и заштиту од експропријације.³⁵ Трибунал је 2016. године донео коначну одлуку у корист Уругваја и обавезао компанију *Phillip Morris* да плати трошкове суђења. Ипак, сама квалификација права интелектуалне својине као заштићених улагања и констатација да је могућа експропријација тих права,³⁶ створили су услове за успостављање одговорности државе, у случају да дође до повреде правних стандарда који су предвиђени међународним инвестиционим споразумом.³⁷

Када су у питању патенти, поред примене стандарда из инвестиционих споразума, посебно је занимљиво питање принудне лиценце.³⁸ То је правни институт који постоји у великом броју националних законодавстава и поред тога што је његова примена изразито мало заступљена. Један од најпознатијих случајева у пракси је из 2007. године, када је председник Бразила декретом дозволио производњу и увоз генеричног лека *Efavirenz* који се користи при лечењу пацијената који су

³⁴ Вид. *Phillip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, пара. 183, 234–236.

³⁵ *Ibid.*, пара. 281–285, 308–314; Више о појединачним стандардима правне заштите из инвестиционих споразума и субјективним правима интелектуалне својине: L. Vanhonnaeker, *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments – from Collision to Collaboration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, 37–101; A. Reinisch, *Standards of Protection*, Oxford University Press, New York 2008, 1–9

³⁶ *Ibid.*, пара. 274–280.

³⁷ Питање квалификације жига покренуто је и у случају *Shell v. Nicaragua* (ICSID Case No. ARB/06/14), када је тужилац тврдио да је дошло до повреде БИТ-а и да је његов жиг експрописан. Вид. L. Liberti, „Intellectual Property Rights in International Investment Agreements – An Overview”, *OECD Working Papers on International Investment* 2010/01, OECD Publishing, 16–17.

³⁸ Принудна лиценца може бити дефинисана као додела овлашћења трећим лицима да користе заштићени проналазак без сагласности титулара патента. Вид. A. Taubman, *A Practical Guide to Working with TRIPS*, Oxford University Press, Oxford 2011, 47.

заражени вирусом HIV-а. Та принудна лиценца је издата након што је титулар патента одбио да смањи цену лека са 580 на 400 америчких долара по паковању. У том и сличним случајевима, постављено је питање како принудна лиценца утиче на страна улагања.³⁹ Међутим, без обзира на економске последице, имајући у виду националне прописе и међународне инвестиционе споразуме, у случајевима који се односе на доделу принудне лиценце, обично не долази до повреде права страног улагача. Разлог за то је чињеница да институт принудне лиценце постоји у оквиру националног законодавства у тренутку улагања и да је улагач дужан да узме у обзир ризик да ће доћи до примене тог института. У прилог томе иде и чињеница да Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине предвиђа могућност употребе предмета заштите патента без сагласности титулара права.⁴⁰ Теоријски посматрано, делује да би могло да дође до повреде права улагача издавањем принудне лиценце једино у случају да дође до промене услова за доделу те лиценце, након улагања у земљу домаћина.

До сада је покренуто свега неколико арбитражних поступака у којима је разматрана заштита интелектуалне својине на основу инвестиционих споразума. Ипак, имајући у виду да је већ извршена правна квалификација субјективних права интелектуалне својине као заштићених улагања, може се закључити да може доћи до успостављања одговорности државе на основу међународних инвестиционих споразума. Тај закључак може бити додатни подстицај страним улагачима за покретање нових инвестиционих спорова и за даљи развој арбитражне праксе.

5. ЕКОНОМСКЕ ПОСЛЕДИЦЕ ЗАШТИТЕ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ НА ОСНОВУ МЕЂУНАРОДНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ СПОРАЗУМА

Посматрано из угла титулара права интелектуалне својине, сврха и основни циљ међународних инвестиционих споразума је превазилажење

³⁹ Вид. R. Bid, R. Cahoy, „The Impact of Compulsory Licensing on Foreign Direct Investment: A Collective Bargaining Approach“, *American Business Law Journal*, Vol. 45/2, 2008, 15–34.

⁴⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex IC, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125.

проблема територијалности,⁴¹ као и стварање бољих услова за стране улагаче.⁴² Међутим, поставља се питање – у којој мери су ти циљеви заиста остварени и какве су стварне економске последице заштите интелектуалне својине на основу међународних инвестиционих споразума?

Одговор на постављено питање у великој мери зависи од околности конкретног случаја, тачније од конкретног начина на који је уређен однос између закона и потврђених међународних инвестиционих споразума у датој држави. Са једне стране, уколико је тај однос дефинисан на основу принципа делегације, економске последице ће зависити од домаћег правног оквира и национални законодавац ће моћи самостално да одлучује о њиховој модификацији. Са друге стране, за случај да је однос између националних закона и инвестиционих споразума уређен по принципу аутономије, последице правне заштите интелектуалне својине на основу инвестиционих споразума зависиће искључиво од датих дефиниција у тим споразумима. При томе је потребно имати у виду различите могућности артикулације правних дејстава инвестиционих споразума који у великој мери почивају на принципу аутономије. Уколико је примарни циљ инвестиционе политике стварање бољих услова за стране улагаче, делује да најбоље резултате даје метод артикулације који захтева постојање фирме као *conditio sine qua non* заштићеног улагања. Тако би се минимизовао утицај билатералних инвестиционих споразума на националне законе, уз додатну заштиту само оних права интелектуалне својине која заиста могу да допринесу економском развоју државе домаћина. Другим речима, уколико се увећава обим правне заштите коју уживају титулара права интелектуалне својине, онда то увећање треба да буде ограничено само на оне случајеве у којима је оно компензовано знатним улагањима у држави домаћину. Наиме, у случајевима када се инвестиционим споразумом даје додатна заштита физичким лицима која су титулари права, без било каквих додатних услова, долази до нарушања статичке динамичност тржишта без увећања динамичке ефикасности. У тим случајевима, баланс између статичке и динамичке ефикасности тржишта, који је постигнут на основу закона, биће у великој мери нарушен кроз правна дејства инвестиционог споразума. Тиме се само

⁴¹ J. Hosking, M. Perkams, „The Protection of Intellectual Property Rights Through International Investment Agreements: Only a Romance or True Love?“, *Transnational Dispute Management*, 2(5), 2009, 3.

⁴² J. Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Springer, Hamburg 2011, 155–177.

даље наставља тренд ширења обима заштите интелектуалне својине за шта је веома тешко наћи рационално оправдање и објашњење.⁴³

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Заштита интелектуалне својине на основу међународних инвестиционих споразума је, сасвим извесно, тема која ће бити предмет детаљних разматрања у будућности. Утицај инвестиционих споразума на националне законе у области заштите интелектуалне својине до недавно је био готово занемарив. Међутим, са увећањем страних улагања и развојем инвестиционе арбитраже, може доћи до значајних промена.

У новонасталим околностима, пре свега је неопходно детаљно размотрити однос између инвестиционих споразума и националних закона, као два извора права који уређују заштиту интелектуалне својине. У правном систему Србије, закони морају бити у складу са потврђеним међународним споразумима, због чега ти споразуми могу знатно да утичу на заштиту интелектуалне својине. У којој мери ће бити модификована правна дејства закона зависи и од самог споразума, тачније од тога да ли се, и у којој мери, дефиниције из споразума ослањају на националне законе. Након излагања основних типова односа који могу бити успостављени између два извора права, може се доћи до закључка да су циљеви заштите та два извора усклађени у највећој мери у случајевима када је појам инвестиције у инвестиционом споразуму уско дефинисан. У том смислу, када се за постојање заштићене инвестиције захтева истовремено постојање правног лица на територији државе домаћина (као и одређен број запоследних, обим улагања и слично), било би оправдано евентуално проширење обима правне заштите интелектуалне својине. На тај начин би били створени подстицаји за нова страна улагања, уз минимално нарушавање равнотеже између статичке и динамичке ефикасности тржишта, која је успоставена на основу националних закона. У случајевима када је заштићено улагање релативно широко дефинисано, што је случај и у већини билатералних инвестиционих споразума који су ратификовани у Србији, долази до (претераног) задирања у ефикасност тржишта која је успостављена на основу закона, што није компензовано већим страним улагањима. Другим речима, уколико се претпостави да се држава суочава са незавидним избором – привлачење страних улагања или оптимална заштита интелектуалне својине, одређени уступци могу

⁴³ Вид. R. Posner, W. Landes, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 2003, 424.

бити оправдани. Ипак, никако се не може наћи оправдање за квалификовање субјективних права интелектуалне својине као заштићених улагања без било каквих додатних ограничења.

ЛИТЕРАТУРА

Илић Никола, „Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments: Current State of Affairs in Serbia“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Vol. 65, бр. 4, 2017.

Марковић Слободан, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, ЈП Службени гласник, Београд 2014.

Марковић Слободан, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014.

Марковић Ратко, „Устав Републике Србије из 2006 – критички преглед“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 54–2/2006.

Младенов Маријана, „Статус међународних извора права у правном поретку Републике Србије“, *Право – теорија и пракса*, бр. 01–03/2014.

Correa Carlos, Vinuales Jorge, „Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?“, *Journal of International Economic Law*, 19/2016, 91–120.

Dolzer Rudolf, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.

Haskel Jonathan, Westalke Stian, *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Princeton University Press, Princeton, London 2018.

Hosking James, Perkams Markus, “The Protection of Intellectual Property Rights Through International Investment Agreements: Only a Romance or True Love?”, *Transnational Dispute Management*, Voorburg 2(5)/2009.

Liberti Lahra, „Intellectual Property Rights in International Investment Agreements – An Overview“, *OECD Working Papers on International Investment* 2010/01, OECD Publishing.

Mühlendahl Alexander, Dieter Stauder, „Territorial Intellectual Property Rights in a Global Economy“, *MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Springer, Berlin 6/2009.

Okediji Ruth, „Is Intellectual Property Investment? Eli Lilly V. Canada and the International Intellectual Property System“, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 4(35)/2014.

Posner Richard, W. Landes, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 2003, 424.

Rajec Sarah, „Evaluating Flexibility in International Patent Law“, 65 *Hastings Law Journal*, 2013, 157.

Reinisch August, *Standards of Protection*, Oxford University Press, New York 2008, 1–9.

Sasse Jan Peter, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Springer, Hamburg 2011.

Schekulin Manfred, „Scope of the MAI: Definition of Investor and Investment“, *Multilateral Agreement on Investment State of Play as of February 1997*, OECD, Paris 1997.

Tanaka Hitoshi, Iwaisako Tatsuro, „Intellectual property rights and foreign direct investment: A welfare analysis“, *European Economic Review*, Vol. 67, 2014.

Vanhonnaeker, Lukas *Intellectual Property Rights as Foreign Direct Investments – from Collision to Collaboration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015.

Nikola ILIĆ

Teaching Associate, University of Belgrade Faculty of Law

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY THROUGH INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES

Summary

This paper deals with various possibilities of the legal protection of intellectual property through international investment agreements. The first part of the paper explains the basic differences between national laws and international investment treaties in terms of intellectual property protection, while the second part considers the legal effects of these two sources of law. Special attention has been paid to economic consequences of international investment treaties in order to derive a conclusion on the justification for the expansion of the scope of legal protection. It has been concluded that the expansion of the legal protection of intellectual property through international investment treaties has a negligible influence on the level of foreign investments and that it creates adverse economic consequences.

Key words: *intellectual property, international investment agreements, legal protection.*

Рад је предат 21. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

ПРАВО И ЕКОНОМИЈА

Оригиналан научни рад

Гордана ИЛИЋ ПОПОВ*

Универзитет у Београду, Правни факултет

ЕКОНОМСКА, СОЦИЈАЛНА И ПОЛИТИЧКА ФУНКЦИЈА ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ У СРБИЈИ**

Апстракт: Као локални порез, порез на имовину има важну улогу у фискалној децентрализацији, која се огледа и у његовом повећаном фискалном значају. „Видљивост“ при плаћању тај порез чини посебно непопуларним и код пореских обвезника и код носилаца локалне власти. Политичари зазиру од одговорности за рационално коришћење прикупљених прихода, а законску могућност да пореске стопе сниже испод највише прописане на централном нивоу често користе у политичке сврхе за придобијање гласова бирача на локалним изборима. У раду се, такође, испитују потенцијалне социјалне неправичности при опорезивању имовине. Имајући у виду да пореске олакшице представљају издатке за локалне буџете, ауторка анализира оправданост њихове примене са аспекта политичких, економских и социјалних циљева пореза на имовину у пореском систему Републике Србије.

Кључне речи: локална самоуправа; локалне финансије; порез на имовину; порез на непокретности; фискална децентрализација.

1. ПОРЕЗ НА ИМОВИНУ У ЛОКАЛНИМ ЈАВНИМ ФИНАНСИЈАМА

Фискална улога пореза на имовину у Србији добија на значају од 2006. године, када је из „режима“ уступљених прихода, тј. заједничког прихода Републике и општине, односно града постао изворни приход јединице локалне самоуправе.¹ Порез на имовину је једини порез који је прешао у надлежност локалних самоуправа.² У периоду између 2006. и

* Редовни професор, gordana@ius.bg.ac.rs

** Овај рад је настао као резултат истраживања на пројекту 179001, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

¹ Вид. чл. 6, тач. 1) Закона о финансирању локалне самоуправе – ЗФЛС, „Службени гласник РС“, бр. 62/06, 47/11, 93/12, 99/13, 125/14, 95/15, 83/16, 91/16, 104/16 и 96/17.

² Остали изворни фискални приходи јединица локалне самоуправе су: таксе (локалне административне таксе, локалне комуналне таксе, боравишна такса) и накнаде

2011. године приходи од пореза на имовину су реално порасли за 46%, док је њихов удео у укупним приходима локалне самоуправе повећан са 4,79% у 2006. години на 7,42% у 2011. години.³ Значај пореза на имовину као извора прихода локалних буџета порастао је са спровођењем фискалне децентрализације у земљи,⁴ што потврђује мишљења да се може користити као важан инструменат фискалне децентрализације.⁵ Јачање улоге локалне самоуправе претпоставило је и да имају сопствене изворе прихода, како би могле да финансирају локалне јавне расходе.⁶ Подаци говоре да је по основу пореза на имовину наплаћено 33,5 милијарди динара у 2016. години, што је тај порез, по фискалном учешћу, ставило на треће место у локалним буџетима, после пореза на доходак грађана⁷ (96,6 милијарди динара) и трансфера од других нивоа власти (41 милијарди динара).⁸

Фискално учешће пореза на имовину (пореза на непокретности)⁹ у бруто домаћем производу Републике Србије је у 2015. години износило 0,84%.¹⁰ Последњих година се запажа постепено повећање пореског прихода по том основу. У том смислу, приход од пореза на имовину, који је највећа ставка у категорији осталих пореских прихода (ван пореза на додату вредност, пореза на доходак грађана, акциза и пореза на добит

(накнаде за коришћење јавних добара, концесиона накнада и друге накнаде – накнада за заштиту и унапређење животне средине и др.). Вид. чл. 6, тач. 2)–7) ЗФЛС.

³ М. Arsić *et al.*, *Reforme poreza na imovinu u Srbiji: Rezultati i perspektive*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Beograd, 2012, 8.

⁴ О моделима фискалне децентрализације, вид.: Г. Илић-Попов, „Фискални односи у федеративној држави – са становишта јавних прихода“, *Иницијатива за фискалну децентрализацију: Прилози за конференцију* (ур. Б. Раичевић, Г. Илић-Попов), Магна Агенда, Београд, 2002, 85-86.

⁵ R. Bahl, S. Wallace, "A Paradigm for Taxation in Developing Countries", *Challenging the Conventional Wisdom on the Property Tax* (eds. R. Bahl, J. Martinez-Vazquez, J. Youngman), Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, 2010, 168-169.

⁶ Упор. К. Бранимир, М. Пјанић, Ј. Андрашић, „Структура и тренд јавних расхода у Републици Србији“, *Економија: теорија и пракса*, бр. 1/2016, 53-63.

⁷ Општинама припада 74% прихода од пореза на зараде који се плаћа према пребивалишту запосленог, градовима 77% и 66% граду Београду. Вид. чл. 35, ст. 1, тач. 1, подтач. (б) и ст. 2 ЗФЛС.

⁸ Д. Васиљевић, *Порез на имовину: Међународна искуства и пракса у Србији*, Стална конференција градова и општина, ФЕФА, Београд, 2017, 125-126.

⁹ Закон о порезима на имовину – ЗПИ, „Службени гласник РС“, бр. 26/01, „Службени лист СРЈ“, бр. 42/02 и „Службени гласник РС“, бр. 80/202, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13 и 68/14.

¹⁰ Д. Васиљевић, 125-126.

правних лица), у новембру месецу 2017. године је био виши за 6,3% номинално, односно за 4% реално у односу на исти период 2016. године.¹¹

2. ПРОГРЕСИВНОСТ ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ

Иако је изворни приход јединице локалне самоуправе, порез на имовину не припада систему сопствених пореза, већ систему пореског преклапања, с обзиром на то да јединица локалне самоуправе нема самосталност да одређује све битне елементе тога пореза, попут предмета опорезивања и пореских олакшица. Главни разлог за примену тог система је хармонизација пореских власти (централне и локалне) у држави, нижи административни трошкови, већа транспарентност, ефикаснија пореска контрола и др.¹²

Орган јединице локалне самоуправе надлежан за утврђивање, наплату и контролу изворних прихода јединице локалне самоуправе (Управа јавних прихода) одређује вредност непокретности,¹³ која представља основицу пореза на имовину за непокретности пореског обвезника који не води пословне књиге.¹⁴

Јединица локалне самоуправе може одређивати пореску стопу, али само до висине највише стопе прописане Законом о порезима на имовину на централном нивоу.¹⁵ Не само висина, него и тип пореске стопе зависе од тога ко се налази у улози пореског обвезника.¹⁶ Наиме, у случају обвезника који воде пословне књиге (правних лица и предузетника који порез на приходе од самосталне делатности плаћају према стварно оствареном приходу), без обзира да ли се предмет опорезивања односи на права (својине, закупа или коришћења) на земљишту (грађевинско, пољопривредно и шумско) или објекту (стамбене, пословне и друге зграде, станови, пословне просторије, гараже и други надземни и подземни грађевински објекти или њихови делови),¹⁷ стопа је пропорционална и јединица локалне самоуправе је може својом одлуком одредити највише до 0,4%.

¹¹ *Билтен јавних финансија*, Министарство финансија Републике Србије, новембар 2017, 12.

¹² М. Sabia, "Assigning Taxes in a Federal Context", *Fiscal Federalism in Economies in Transition*, ОЕСД, Paris, 1991, 20-21.

¹³ *Вредност непокретности се утврђује применом корисне површине, као и просечне цене квадратног метра одговарајуће непокретности у зони у којој се налази непокретност. Вид. чл. 6 ЗПИ.*

¹⁴ чл. 5 ЗПИ.

¹⁵ чл. 8 ЗФЛС.

¹⁶ чл. 11, ст. 1, тач. 1)-3) ЗПИ.

¹⁷ чл. 2, ст. 2 ЗПИ.

Међутим, ако се у улози обвезника налазе физичка лица и предузетници који порез на приходе од самосталне делатности плаћају према паушално утврђеном нето приходу, на права на земљишту се примењује пропорционална пореска стопа до 0,3%, док за опорезивање права на зградама, становима и другим објектима важи пореска прогресија, у рашчлањеном облику опредељеном према вредности непокретности. Наиме, у зависности од висине пореске основице, општине и градови могу одредити своје пореске стопе максимално до: 0,4% (за основицу до 10 милиона РСД), 0,6% (на претичући износ основице од 10 до 25 милиона РСД), 1% (на претичући износ основице од 25 до 50 милиона РСД) и 2% (на претичући износ основице преко 50 милиона РСД).

Поједини аутори сматрају да треба размотрити укидање прогресивног опорезивања имовине, јер би се тиме поједноставило администрирање.¹⁸ Иако пропорционално опорезивање јесте административно једноставније, наше мишљење је да пореска прогресија код опорезивања права на непокретностима (осим земљишта) физичких лица има оправдања, јер се њоме обезбеђује вертикална правичност.

3. ПОРЕЗ НА ИМОВИНУ И ЕКОНОМСКА КОНКУРЕНЦИЈА

Због немобилности основице, утицај пореза на имовину на алокацију ресурса је мали, што га чини економски ефикасним порезом. У литератури се срећу мишљења да „порез на имовину не ствара конкуренцију између централног и локалног нивоа власти, као ни конкуренцију између јединица локалне самоуправе, с обзиром на примену територијалног принципа.“¹⁹ Ако јединице локалне самоуправе не би биле везане горњим лимитом прописаним на централном нивоу власти, дошло би до пореске конкуренције између општина, односно градова, која би, шире гледано, могла да се неповољно одрази на политику економског и регионалног развоја у земљи.

Истраживања показују да је све већи број јединица локалне самоуправе у Србији које прописују стопу пореза на имовину нижу од законом прописаног максимума. Има оних општина и градова који су незнатно смањили допуштену пореску стопу, па су је утврдили, уместо 0,4%, у износу 0,38% или 0,37%. Таква смањења немају економски значај, и пре би се могла окарактерисати као политички демагошка мера.

¹⁸ М. Ђорђевић, Ј. Ђуровић-Тодоровић, З. Томић, „Начини повећања издашности пореза на имовину у Републици Србији”, *Нови Економист*, бр. 21/2017, 30.

¹⁹ Ц. М. Цвјетковић, *Порез на имовину у статистици* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 38.

Међутим, више од 36% јединица локалне самоуправе је за пореске обвезнике који не воде пословне књиге утврдило стопу у износу од 0,3%, па и ниже, што у односу на (законски) максималних 0,4% представља снижење од 25%. Истраживања, надаље, показују да општине много чешће одлучују да утврде мање стопе од законског максимума за физичка лица (48%) него за правна лица (11%).²⁰ Могло би да се постави питање да ли јединице локалне самоуправе снижавају стопу пореза на имовину само из политичких разлога, о чему ће касније бити више говора. Најзад, јединице локалне самоуправе (њих 52%) најчешће предвиђају ниже износе пореске стопе за права на земљишту. Разлог би могао да се нађе у околности да земљишта (пре свега, пољопривредно), по правилу, поседују физичка лица у руралним општинама, и то неретко стара лица, чији су приходи мали, па им се на тај начин олакшава порески терет.

Кроз различито одређивање пореске стопе од стране општине или града – иако у границама највише стопе предвиђене на централном нивоу – мишљења смо да се ипак може спроводити својеврсна пореска (и економска) конкуренција међу локалним пореским јурисдикцијама, која се одражава на њихове локалне буџете. Чињеница је да је код пореза на имовину пореска основица немобилна,²¹ пошто непокретности не могу да се „измештају“ у другу општину у којој се примењује нижа пореска стопа, да би се тако легитимно умањила пореска обавеза. Међутим, обвезници могу да буду мотивисани да инвестирају средства у куповину непокретности (на пример, викенд кућу, други стан у којем неће живети и др.) на територији општине или града где је стопа прописана у нижем проценту, па би тада та јединица локалне самоуправе, због територијалног принципа опорезивања, остваривала више прихода. Од износа расположивих финансијских средстава зависи у којој мери ће моћи да се задовоље локалне јавне потребе, што може да допринесе бржем или споријем економском развоју јединица локалне самоуправе.

Локалне самоуправе утврђују зоне на својој територији, као и просечне цене непокретности по зонама. У том смислу, праве се економске разлике међу пореским обвезницима који поседују непокретности унутар исте јединице локалне самоуправе тако што јединица локалне самоуправе утврђује различите коефицијенте за различите зоне на својој територији, имајући у виду комуналну опремљеност зоне, опремљеност јавним објектима и др.²² Тим коефицијентима се множи просечна цена одговарајуће непокретности,

²⁰ Д. Васиљевић, 226-227.

²¹ Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 95.

²² Коефицијенти се крећу у распону од 1,00 до 0,30. Вид. чл. 7а, ст. 3 ЗПИ.

чиме се добија вредност пореске основице, а, последично, износ пореза који обвезник треба да плати на годишњем нивоу. Такво „зонирање“ се може образложити разлозима вертикалне правичности, јер је претпоставка да је вредност непокретности већа уколико се налази у најопремљенијој зони, па износ пореза треба да буде већи. Мишљења смо да је такво решење исправно, јер и на уговорену цену при купопродаји непокретности утиче не само вредност непокретност *per se*, већ и локација на којој се она налази.

4. ПОТЕНЦИЈАЛНА СОЦИЈАЛНА НЕПРАВИЧНОСТ КОД ОПОРЕЗИВАЊА ИМОВИНЕ

Уколико не постоји потпуна и тачна евиденција свих непокретности на територији јединице локалне самоуправе могло би да се догоди да правичност у опорезивању имовине буде нарушена, и то како хоризонтална – уколико би се за имовину исте вредности плаћали различити износи пореза, тако и вертикална – ако би се за имовину различите вредности плаћао исти износ пореза. До тога може да дође када станова, куће и други објекти нису уопште евидентирани у катастру непокретности или се налазе у евиденцији, али са неверодостојним подацима (нпр. мања корисна површина, подаци о физичким карактеристикама објекта не одговарају реалним и др.). Претпостављамо да ће Закон о озакоњењу објеката²³ допринети да што мањи број непокретности остане изван система опорезивања, али закон сам по себи није довољан ако локални органи нису ефикасни. У том смислу, теренске пореске контроле треба да буду много чешће, како би се обезбедио што ажурнији попис новоизграђених и нелегализованих објеката, што има утицаја на повећање прихода од пореза на имовину у буџету јединице локалне самоуправе, али и на обезбеђење правичности у опорезивању.²⁴

Питање правичности се посебно поставља код физичких лица која су у обавези да плаћају порез на имовину, иако су власници непокретности која једва испуњава минималне услове за становање. Старија лица, код којих може да буде присутна несразмера између износа (малих) пензија и (велике) вредности непокретности коју поседују, доживљавају порез на имовину као неправичан намет.

Опорезивање имовине може да буде потенцијално неправично и у случају неадекватне процене вредности пореске основице. То се, пре свега, односи на ситуације када су вредности упоредивих непокретности

²³ „Службени гласник РС“, бр. 96/15.

²⁴ М. Ђорђевић, Ј. Ђуровић-Годоровић, З. Томић, 29.

(исте категорије обвезника) које се налазе на територији исте јединице локалне самоуправе процењене различито.²⁵ Може се, међутим, догодити да законодавац намерно различито вреднује непокретности правних и физичких лица, полазећи од тога да ће се у пословном објекту обављати профитна активност, док физичка лица непокретност користе за становање. Али, таква претпоставка не мора бити тачна, пошто физичко лице може да изда стан у закуп и оствари приход. Уколико су износи пореза различити за два иста пословна простора, само зато што је један у власништву привредног друштва, а други у својини предузетника–паушалца, то доводи до дискриминације пореских обвезника, која указује на неправичност пореза на имовину. Циљ тог пореза је да се опорезује поседовање имовине, као манифестације обвезникове економске снаге, а не да за исту непокретност (без обзира којој намени служи) порески обвезници, због различитог правног статуса, плаћају различите износе пореза.

5. ПОЛИТИЧКА НЕПОПУЛАРНОСТ ПОРЕЗА НА ИМОВИНУ

Порез на имовину спада у оне порезе, који важе за посебно непопуларне, како са становишта пореских обвезника, тако и са становишта (локалних) политичара. Порески обвезници се некада позивају на уставом гарантовано право на „мирно уживање својине и других имовинских права“²⁶ које, по њиховом мишљењу, искључује и плаћање пореза. Али, Устав такође предвиђа да је „обавеза плаћања пореза и других дажбина општа и заснива се на економској моћи обвезника“.²⁷ Имовина увећава економску снагу њеног власника и зато он има обавезу да периодично плаћа порез. У литератури се могу срести мишљења да „принудна наплата пореза на имовину, када се врши на непокретности коју обвезник користи представља кршење права на мирно уживање поседа.“²⁸ По нашем мишљењу, међутим, не може се говорити о кршењу тог уставног права, јер се принудна наплата било ког доспелог, а неплаћеног пореза (а не само пореза на имовину) врши из целокупне имовине пореског обвезника,²⁹ укључујући и његове непокретности.

²⁵ Д. Васиљевић, 92.

²⁶ чл. 58 Устава Републике Србије.

²⁷ чл. 91, ст. 2 Устава Републике Србије.

²⁸ Вид. М. Анђелковић, „Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима“, *Страни правни живот*, бр. 3/2008.

²⁹ Осим ствари физичког лица које су изузете од извршења. Вид. чл. 218 Закона о извршењу и обезбеђењу, „Службени гласник“, бр. 106/15, 106/16 и 113/17.

Иако погађа имовину, обвезници тај порез (као и друге порезе) плаћају, по правилу, из текућих прихода, што код њих ствара додатни отпор. Питање способности плаћања се, као што смо напред истакли, посебно поставља код старих лица која живе сама у станovima или кућама велике површине, тј. вредности. Њихови приходи (пензије) су релативно мали, па им порез на имовину представља велики терет. Економски је ефикасно да такво лице велики стан, који превазилази његове стамбене потребе, замени мањим, чија је вредност мања, а тиме ће и износ пореза бити мањи.³⁰ Порез на имовину на тај начин не постаје „реалан“, иако ће га лице убудуће плаћати из средстава остварених продајом имовине. Порез на имовину треба да подстакне рационално коришћење имовине.

Као непосредан порез,³¹ порез на имовину је „видљив“ за плаћање, за разлику од посредних пореза (порез на додату вредност, акцизе) који су укључени у продајну цену добра, па се плаћају „под анестезијом“. Порески објекат је, такође, видљив, па је теже избећи његово плаћање.³² Порез на имовину се плаћа по решењу надлежног органа, што такође обвезницима пружа бољи увид у износ који по том основу треба да плате, за разлику од пореза по одбитку, код којих се при исплати прихода обрачунава и плаћа порез, тако да порески обвезник, поготово када се у улози пореског плаца налази исплатилац прихода, ни не зна колики износ пореза је плаћен на приход који је остварио (по основу уговора о делу, ауторског хонорара и др.).³³

С друге стране, иако уз остале изворе прихода, порез на имовину обезбеђује средства за локални буџет, он није „омиљен“ носиоцима локалне власти. Извесније је преиспитивање њихове одговорности уколико обвезници сматрају да се приходи од тог локалног пореза не троше рационално.³⁴

Претпостављамо да, неретко, у позадини одређивања нижих пореских стопа од стране јединица локалне самоуправе стоје, пре свега, политички, а не економски или социјални разлози. Локални политичари сматрају да ће снижавањем пореског оптерећења придобити већу подршку грађана–бирача на наредним локалним изборима.

³⁰ Д. Васиљевић, 51.

³¹ У непосредне порезе спадају и порези на приходе, односно на доходак грађана, порез на добит правних лица, порези на употребу добара.

³² Ц.М.Цвјетковић, 27.

³³ Упор. Б. Беговић *et al.*, *Реформа пореског система (2)*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2004, 24.

³⁴ Вид. више: Д. Васиљевић, 92.

6. ПОЛИТИЧКИ, ЕКОНОМСКИ И СОЦИЈАЛНИ ЦИЉЕВИ ПОРЕСКИХ ОЛАКШИЦА

Пореске олакшице, уколико су добро осмишљене, могу да допринесу да порески обвезници радије прихвате порез на имовину. Иако свака пореска олакшица значи губитак потенцијалних пореских прихода,³⁵ такве мере пореске политике имају оправдање у постизању неких других циљева (економског, социјалног, политичког, културног, еколошког и др.). Међутим, ако су компликоване или недовољно транспарентне, уместо да обезбеде већу социјалну прихватљивост, оне могу да имају обрнути ефекат, тј. порески обвезници који немају право на подстицај тада сматрају да постоји неоправдано различит и неправичан порески третман.³⁶

Пореске олакшице прописује искључиво централна власт, и јединице локалне самоуправе не могу својим одлукама да уведе нове олакшице, нити да не примењују оне предвиђене чл. 12 и 13. ЗПИ. Локалне самоуправе то оцењују као „ограничавајући фактор у вођењу политике јавних прихода“.³⁷

У српском систему опорезивања имовине постоје две групе пореских олакшица. Прву групу чине пореска ослобођења (предметна и лична), тј. законом је предвиђено које (врсте) непокретности су ослобођене од пореза на имовину, односно који порески обвезници уживају право на ослобођење. Анализираћемо само пореска ослобођења која имају значај са аспекта политичке, социјалне и економске улоге пореза на имовину.

Од опорезивања су ослобођене непокретности дипломатских и конзуларних представништава страних држава, под условом реципроцитета, затим непокретности за које је међународним уговором који је закључила Република Србија уређено да се неће плаћати порез на имовину, као и склоништа људи и добара од ратних дејстава.³⁸ Та ослобођења су мотивисана политичким разлозима.

Мишљења смо да су код пореског ослобођења које се односи на обвезника, који је имао права својине на непокретности, коју без накнаде уступи на коришћење лицу прогнаном (из бивших Република СФРЈ) после 1. августа 1995. године, ако прогнано лице и чланови његовог породичног домаћинства не остварују приходе (изузев прихода

³⁵ *Tax Expenditures*, OECD, Paris, 1984, 17.

³⁶ Д. Васиљевић, 92.

³⁷ *Ibid.*, 230.

³⁸ чл. 12, ст. 1, тач. 2), 9) и 12) ЗПИ.

од земљишта које је предмет опорезивања),³⁹ присутни и политички и социјални разлози. На тај начин се подстиче обвезник, који у својини има више станова, да помогне решавање стамбених потреба лица, која су из политичких разлога, постала социјално угрожена. Уколико немају пријављено боравиште на адреси власникове непокретности, што се утврђује из њихове избегличке легитимације, односно уколико су избегличку легитимацију добили пре 1. августа 1995. године (када се не сматра да имају статус „прогнаног лица“), порески обвезник – власник стана нема право на пореско ослобођење.⁴⁰

Социјални разлози су определили законодавца да предвиди да обвезник не плаћа порез на имовину када укупна основица за све његове непокретности на територији (исте) јединице локалне самоуправе не прелази износ од 400.000 динара. Реч је, дакле, о обвезницима који поседују имовину мале вредности.⁴¹ Мишљења смо да у тај неопорезиви износ не треба укључити и основицу оних непокретности које су ослобођене по неком другом основу, што се из постојеће формулације одредбе чл. 12, ст. 2 ЗПИ не може закључити. Сем тога, износ од 400.000 динара није мењан још од 2004. године,⁴² тако да је то пореско ослобођење релевантно за станове мале површине и гараже који се налазе у неразвијеним општинама.

Порез на имовину се не плаћа на пољопривредно и шумско земљиште које се поново приводи намени, у циљу подстицања његовог продуктивног коришћења, и то у периоду од пет година, под условом да се не даје трајно другим лицима ради остваривања прихода.⁴³

Економска потреба да се развија пољопривреда оличена је кроз ослобођење од плаћања пореза на имовину објеката који су у власништву физичких лица или предузетника, који се користе искључиво за примарну пољопривредну производњу.⁴⁴ Да би могло да се оствари право на наведено пореско ослобођење, потребно је да кумулативно буду испуњени следећи услови: (1) Физичко лице мора да буде обвезник пореза на

³⁹ чл. 12, ст. 5 ЗПИ.

⁴⁰ Вид. Пресуда Врховног суда Србије У. 3541/02 од 25.3.2003. године.

⁴¹ Упор. Т. Levitas, D. Vasiljević, А. Бућић, „Porez na imovinu – analiza stanja i perspektiva reformi”, *Poreska politika u Srbiji – Pogled unapred* (red. Miloško Arsić), USAID Segа пројекат, Београд, 2010, 109-110.

⁴² Ц.М. Цвјетковић, 211-212.

⁴³ чл. 12, ст. 3 ЗПИ.

⁴⁴ чл. 12, ст. 1, тач. 10) ЗПИ. Вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00654/2017-04 од 15.9.2017. године.

доходак грађана на приходе од пољопривреде и шумарства,⁴⁵ односно обвезникова претежна регистрована делатност мора да буде пољопривреда; (2) Предмет опорезивања је право својине на пољопривредним објектима (објекти за смештај механизације, репроматеријала, смештај и чување готових пољопривредних производа, стаје за гајење стоке и др.);⁴⁶ (3) Такав објекат мора да се користи за примарну пољопривредну производњу; (4) Пољопривредни објекат не сме да буде уступљен другом лицу уз накнаду дуже од 183 дана у току 12 месеци.

Сем тога, економски је оријентисано и пореско ослобођење предвиђено за објекте који непосредно служе за обављање комуналних делатности,⁴⁷ под условом да се не дају трајно другим лицима ради остваривања прихода.⁴⁸

Другу групу пореских олакшица чине порески кредити, који значајно умањују порески терет власницима непокретности којима она служи за становање, док је порез већи за власнике који стан дају у закуп или у стану нико не станује.⁴⁹ Наиме, порез на имовину на стан у којем станује порески обвезник умањује се за 50%, с тим да умањење не може бити веће од 20.000 динара. У периоду између 1.01.2009. године и 1.01.2011. године било је предвиђено решење које се није могло сматрати правичним, јер су од њега највеће пореске уштеде (и користи) имали власници станова и кућа врло велике вредности. Тако се порез на право својине на стану у којем станује обвезник умањивао за 40% за обвезника и по 10% за сваког члана његовог домаћинства, а највише до 70% утврђеног пореза на имовину. Примера ради, на вредност непокретности од 10.000.000 РСД, у којој власник не живи, плаћао се порез у износу од 40.000 РСД. Ако је, пак, у таквој непокретности живео власник са три члана свог домаћинства, порез је износио 12.000 РСД, тј. био је за 28.000 РСД мањи због примене пореског кредита. При коришћењу пореског кредита ефективна пореска стопа је износила 0,12%, у односу на законску од 0,4%. Почев од 2011. године социјалне неправичности су ублажене, а

⁴⁵ Овде се огледа неконсистентност између различитих пореских закона: порез на приходе од пољопривреде и шумарства је укинут, па се ти приходи физичких лица (пољопривредника који не воде пословне књиге) од 2013. године подводе под приходе од самосталне делатности.

⁴⁶ чл. 26, ст. 2 Закона о пољопривредном земљишту, „Службени гласник РС“, бр. 62/06, 65/08, 41/09, 112/15 и 80/17.

⁴⁷ чл. 4, ст. 2 Закона о комуналним делатностима, „Службени гласник РС“, бр. 88/11 и 104/16.

⁴⁸ чл. 12, ст. 1, тач. 11) ЗПИ.

⁴⁹ Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-00250/2016-04 од 2.3.2016. године.

тима и регресивност пореза на имовину,⁵⁰ јер највиши износ пореског кредита није више процентуално одређен, већ у апсолутном износу (20.000 РСД).

Намеће се питање да ли је правично да се обвезнику који живи у иностранству порез на имовину умањује за, чак, половину обрачунатог износа само зато што му је пребивалиште пријављено на адреси непокретности на подручју општине или града у Србији, чији је власник.⁵¹ Но, јасно је да је у пракси тешко утврдити случајеве фиктивних пребивалишта.

Такође, утврђени порез на имовину на зграде и станове површине до 60 м², који се налазе у руралним општинама, у којима станују само лица која су старија од 65 година, умањује се за 75%, под условом да се не дају у закуп. Из законске формулације одредбе чл. 13, ст. 3 ЗПИ може да се закључи да обвезник може да користи порески кредит иако не станује у тој непокретности, већ ју је, без накнаде, дао на коришћење лицима старијим од 65 година.⁵²

7. ЗАКЉУЧАК

Порез на имовину је значајан инструмент приходне стране локалних јавних финансија у Србији, имајући у виду да јединице локалне самоуправе могу да, одређивањем висине пореске стопе и стопе амортизације, као и свеобухватним евидентирањем непокретности на њиховим територијама, утичу на износ наплаћених прихода. Сем тога, он им омогућава остваривање економских и социјалних циљева.

Мишљења смо да немобилност пореске основице и „видљивост“ пореза на имовину, упркос томе што је непопуларан порез, обезбеђују већу одговорност локалних власти у рационалном трошењу средстава, а које више нису претежно ослоњене на трансфере од централне власти. То доприноси не само развоју локалне демократије, већ и омогућава бржи економски развој јединица локалне самоуправе.

⁵⁰ Ц.М. Цвјетковић, 216-217.

⁵¹ Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-00387/2017-04 од 7.8.2017. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-01214/2016-04 од 1.2.2017. године.

⁵² Јавља се дилема да ли се олакшица примењује у случају једночланог „старачког домаћинства“. Вид. Ц.М. Цвјетковић, 219.

ЛИТЕРАТУРА

Анђелковић, Милева, „Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима“, *Страни правни живот*, бр. 3/2008.

Беговић, Борис, Бисић, Милица, Илић-Попов, Гордана, Мијатовић, Бошко, Поповић, Дејан, *Реформа пореског система (2)*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2004.

Васиљевић, Душан, *Порез на имовину: Међународна искуства и пракса у Србији*, Стална конференција градова и општина, ФЕФА, Београд, 2017.

Ђорђевић, Марина, Ђуровић-Тодоровић, Јадранка, Томић, Зоран, „Начини повећања издашности пореза на имовину у Републици Србији“, *Нови Економист*, бр. 21/2017.

Илић-Попов, Гордана, „Фискални односи у федеративној држави – са становишта јавних прихода“, *Иницијатива за фискалну децентрализацију: Прилози за конференцију* (ур. Божидар Раичевић, Гордана Илић-Попов), Магна Агенда, Београд, 2002.

Калаш, Бранимир, Пјанић, Милош, Андрашић, Јелена, „Структура и тренд јавних расхода у Републици Србији“, *Економија: теорија и пракса*, бр. 1/2016.

Поповић, Дејан, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.

Цвјетковић, Цвјетана М., *Порез на имовину у статистици* (докторска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.

Arsić, Miloško *et al.*, *Reforme poreza na imovinu u Srbiji: Rezultati i perspektive*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Beograd, 2012.

Bahl, Roy, Wallace, Sally, "A Paradigm for Taxation in Developing Countries", *Challenging the Conventional Wisdom on the Property Tax* (eds. Roy Bahl, Jorge Martinez-Vazquez, Joan Youngman), Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, 2010.

Levitas, Tony, Vasiljević, Dušan, Bučić, Aleksandar, „Porez na imovinu – analiza stanja i perspektiva reformi“, *Poreska politika u Srbiji - Pogled unapred* (red. Miloško Arsić), USAID Segal projekat, Beograd, 2010.

Sabia, M., "Assigning Taxes in a Federal Context", *Fiscal Federalism in Economies in Transition*, OECD, Paris, 1991.

Tax Expenditures, OECD, Paris, 1984.

Билтен јавних финансија, Министарство финансија Републике Србије, новембар 2017.

Gordana ILIĆ POPOV

Full professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

ECONOMIC, SOCIAL AND POLITICAL FUNCTION OF PROPERTY TAX IN SERBIA

Summary

As a local tax, property tax plays an important role in the fiscal decentralization, which is also reflected in its increased fiscal significance. "Visibility" at paying makes this tax particularly "unpopular" both for taxpayers and local government authorities. Politicians are shaking from the responsibility for the rational use of collected revenues, and the legal possibility of using tax rates lower than the highest one prescribed at the central level is often used for political purposes, i.e. for gaining more votes in the local elections. The paper also deals with the potential social inequities in the property taxation. Bearing in mind that the tax incentives represent expenditures for the local budgets, the author analyzes the justification of their implementation from the aspect of political, economic and social objectives of the property tax in the tax system of the Republic of Serbia.

Key words: *fiscal decentralization; local finance; local self-government; property tax; real estate tax.*

Рад је предат 9. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Љубиша ДАБИЋ*

Универзитет у Београду, Економски факултет

ЈАВНИ, ПРИВАТНИ И СОЦИЈАЛНИ СЕКТОР ПРИВРЕДЕ

Апстракт: У овом истраживању аутор је на једном месту поставио, супротставио, компаративно и мултидисциплинарно разматрао јавни, приватни и социјални (задружни) сектор националних привреда.

Основни циљ овог рада је разматрање и утврђивање критеријума који раздвајају ова три сектора привреде, њиховог појмовног одређења, разграничења, истицањем њихових главних обележја која их чине посебним и међусобно их одвајају.

Сврха овог рада је да се на једном месту анализирају сва три сектора привреде, са указивањем на специфичности сваког сектора привређивања појединачно, али и на њихову међузависност и повезаност.

У раду је коришћен правноаналитички, нормативни и компаративни метод.

Кључне речи: *јавни сектор, приватни сектор, социјални сектор, задружни сектор.*

1. УВОД

Традиционално и у савременим друштвима егзистирају јавни, приватни и социјални (задружни) сектор унутар националне привреде. Осим њиховог изучавања у правној и економској науци, они изазивају пажњу у социологији, али и у политикологији и филозофији. У области права, јавни сектор привреде је уређен са највећим бројем уставних одредаба. Друга два сектора се регулишу првенствено начелно, и кроз поједина питања, непосредно или посредно. Детаљније регулисање сва три сектора је предмет законских и других прописа. У области економије они су од значаја, и за макроекономске, и за микроекономске политике. Док се јавни сектор доминантно изучава у оквирима макроекономских дисциплина, дотле се друга два сектора изучавају у микроекономским.

Јавни сектор је заснован и почива на строгим императивним нормама, од којих се субјекти на које се те норме односе не могу изузети од њихове примене. Приватни и социјални сектор су претежно засновани на диспозитивним нормама. Први је у највећем броју земаља заснован на

* Редовни професор, ljadic@ekof.bg.ac.rs

отвореној тржишној привреди и слободи предузетништва, а други на задружним принципима, задружним вредностима и другим посебним принципима. Обављање делатности у јавном сектору не почива на предузећу, већ на принудном прикупљању средстава ради финансирања и остваривања заједничких и општих потреба грађана. У приватном сектору се обављање привредних делатности заснива искључиво на предузећу ради остваривања добити, а у социјалном сектору оно се налази само у основи обављања тих делатности. Поједини економски теоретичари, да би направили разлике између различитих врста послова у тржишним економијама, за критеријум узимају одговоре на следећа питања: ко је власник посла, ко контролише посао, ко купује производе или услуге одређеног посла, ко присваја профит? У зависности од одговора на постављена питања, могу се идентификовати три основна облика пословања: јавни, приватни и задружни (кооперативни)¹.

Три сектора привреде представљају саставне делове националне економије, са одређеним посебностима и самосталношћу у финансирању и функционисању. Међутим, они су у одређеном степену међузависни, условљавају се и подржавају на одређени начин.

У литератури о секторима привреде преовлађују истраживања о фрагментарном разматрању појмовног одређења ових сектора, у контексту неких других истраживаних питања, или се разматра сваки сектор посебно, или само поједина његова питања. У овом раду смо за предмет истраживања узели сва три сектора привређивања, ради утврђивања критеријума за њихово међусобно разграничење, као и њихова обележја и карактеристике које их чине посебним. У погледу појмовног одређења, приватни сектор је обрађен у мањем обиму, због његове постојаности и устаљености, док су друга два обрађена у незнатно већем обиму, због сталне потребе за њиховим преиспитивањем и развојем.

2. КРИТЕРИЈУМИ НА ОСНОВУ КОЈИХ СЕ ДИФЕРЕНЦИРАЈУ ТРИ СЕКТОРА ПРИВРЕЂИВАЊА

Већи је број критеријума на основу којих се може правити разграничење између три сектора привреде. Поједини од њих већ су били разматрани у литератури, по правилу са закључком да ниједан од њих не може да послужи без изузетка у њиховом међусобном разграничењу. На пример, у литератури је истакнуто да претходну дилему изазива „основа

¹ З. Закић, Ж. Стојановић, Ж. Арсенијевић, „Задругарство као трећи сектор привређивања – значај за конкурентност различитих привредних грана“, *Видици*, 3, Београд, 2007, 588.

идентификације: да ли јавни сектор обавља одређене делатности, или је за њега пресудно да се не остварује на основу приватне својине². У теорији су присутни одређени критеријуми на основу којих се може поларизовати национална привреда у три сектора, и то: облик својине на коме доминантно почивају; начин њиховог финансирања; начин на који се њима управља и др. Реч је о три приступа у њиховом диференцирању - правном, финансијском и функционалном.

Један од основних критеријума за постојање три сектора привређивања је доминантни облик својине на којем почивају. Јавни сектор је заснован на јавним облицима својине (државна, својина територијалних аутономија, градска, општинска), уз могућност уплива приватног капитала (приватна својина). Приватни сектор готово искључиво почива на приватној својини, уз незнатне изузетке да ангажује и друге облике својине. Социјални сектор привређивања је доминантно заснован на задружној својини, али и на другим облицима својине (јавна, приватна).

Полазећи од начина финансирања сектора привреде, јавни се финансира јавноправним средствима која држава прикупља преко пореза, доприноса, такси и других дажбина, али и узимањем међународних зајмова и кредита, као и емитовањем обвезница којима прикупља слободна новчана средства грађана и привредних субјеката. Приватни сектор се финансира приватним средствима својих оснивача, оствареном добити од обављања делатности, али и повлачењем кредита пословних банака и међународних финансијских институција. Социјални сектор се финансира приватним средствима задругара и чланова других социјалних група, примањем поклона и легата, финансијском потпором јавних власти, али и узимањем кредита.

У јавном сектору је управљање засновано на остваривању надлежности државних органа, органа територијалних аутономија и јединица локалне самоуправе и других јавноправних субјеката и ентитета. Њихове надлежности су утврђене уставом и законом, а њихово вршење је под државним надзором и контролом. Захтев је да истовремено са изградњом и развојем економичног, ефикасног, ефективног и одговорног јавног сектора, треба успоставити и одговарајуће механизме контроле који ће онемогућавати извршну и управну власт да се отргне надзору парламентарне власти. Једна од тих институција контроле над јавним финансијама у држави је врховна ревизорска институција³. У приватном

² С. Табороши, „Наш и упоредни концепт и пракса јавних предузећа“, *Право и привреда*, 3-6, Београд, 1995, 394.

³ Вид. Љ. Дабих, „Правни положај Државне ревизорске институције (у праву ревизије јавног сектора Републике Србије)“, у *Људска права – између идеала и*

сектору привређивања оснивачи привредних субјеката (власници капитала) управљају преко изабраних органа, који су првенствено под надзором посебно формираног органа привредног субјекта, али и под надзором државних органа у погледу законитости рада и пословања. У социјалном сектору основани субјекти управљају преко својих изабраних органа.

3. ЈАВНИ СЕКТОР ПРИВРЕДЕ

У привредама савременог света јавни сектор (*publice sector*), који се још назива државни сектор, предмет је интересовања правне науке (нпр. уставног, управног и финансијског права), економске науке (фискалне и монетарне економије, али и макроекономске политике) и других научних дисциплина. Према истраживањима одређених аутора у области економије, синтагму „јавни сектор“ је први пут употребио мађарски економиста (*Surányi-Unger*), 1952. године, у својој књизи „Компаративни економски системи“ (*Comparative Economics Systems*). Иако овај аутор није непосредно дефинисао јавни сектор, из садржине његовог рада може се закључити да је под јавним сектором обухватио све економске активности које се налазе под директном државном контролом⁴. Нажалост, и са уласком у XXI век, питање дефинисања јавног сектора остаје отворено.

Полазећи од институционалног и функционалног критеријума, у правној науци се јавни сектор може дефинисати као скуп општих правних норми којима се регулише законодавна, извршна и судска власт, као и територијална организација власти (савезна и/или републичка, територијална аутономија и локална самоуправа), укључујући и сва предузећа под контролом јавне власти (државна предузећа). Јавни сектор је понекад предмет дефинисања и у законодавству. На пример, у праву Србије он је оквирно и недовољно прецизно дефинисан у Закону о буџетском систему (2009), као „део националне економије који обухвата општи ниво државе, као и нефинансијска предузећа под контролом државе (јавна предузећа) која се примарно баве комерцијалним активностима“⁵. Иако је јавни сектор предмет дефинисања и у другим прописима у Србији, мора се констатовати да не постоји јединствена

изазова садашњости, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица, 2016, 621-650.

⁴ D. Jović, *Finansijsko izveštavanje i vrednovanje performansi entiteta javnog sektora* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu Ekonomski fakultet, Beograd, 2016, 5.

⁵ Закон о буџетском систему („Сл. гласник РС“, [54/2009](#), [73/2010](#), [101/2010](#), [101/2011](#), [93/2012](#), [62/2013](#), [63/2013](#), [108/2013](#), [142/2014](#), [68/2015](#)-други закон, [103/2015](#), [99/2016](#) и [113/2017](#)), чл. 2. ст. 1. тач. 13.

дефиниција. Штавише, оно што је и логично, сваки законодавац, полази од својих потреба у дефинисању јавног сектора, у зависности од материје коју регулише. Тако, законодавац се у Закону о начину одређивања максималног броја запослених у јавном сектору упушта у дефинисање предметног израза у негативном смислу, полазећи од дефиниције јавног сектора у Закону о буџетском систему⁶. И у другим законима се јавни сектор дефинише, директно или индиректно⁷.

Да би боље разумели суштину јавног сектора са становишта јавног права, треба га сместити у контекст јавноправног односа. Да би се правни однос подвео под јавноправни, није довољно да један од субјеката тог односа буде јавноправни, већ је неопходно да један од субјеката у односу на друге мора да има овлашћења власти, тј. да је у јачој позицији у односу на њих. Управо је поседовање јаче и више правне власти обележје сваког јавноправног односа у односу на приватноправни. Због природе такве власти, коју им признаје држава, јавноправни субјекти врше власт над свима који су им подвргнути⁸. И према нобеловцу *J. Stiglitz*-у постоје две значајне разлике између државних и приватних институција. Прва, појединци који управљају институцијама јавног сектора изабрани су или именовани од стране неког ко је директно или индиректно изабран на политичким изборима. Друга, држава поседује право да примора појединца или правно лице на одређено понашање, односно њена способност да спроводи мере принуде – обавеза плаћања пореза, одузимање имовине у општем интересу уз правичну накнаду (експропријација) и др.⁹ Због тога, у јавни сектор улазе све активности које се покрећу и реализују од државних органа и организација ради задовољења општих потреба грађана, а које због њихове природе не може да реализује приватни сектор.

Држава својом активношћу, уз помоћ својих органа, агенција, организација, предузећа и других ентитета, ствара јавноправна средства, која ставља под своју контролу и на располагање законом одређеним субјектима и енетитетима. Суштину јавноправних средстава чине државни приходи и расходи. Држава до својих прихода долази на принудан начин, убирањем пореза, царина, доприноса, такси и других

⁶ Закон о начину одређивања максималног броја запослених у јавном сектору („Сл. гласник РС“, бр. 68/2015 и 81/2016-одлука УС), чл. 1. став 2.

⁷ Вид. Закон о привременом уређивању основица за обрачун и исплату плата, односно зарада и других сталних примања код корисника јавних средстава („Сл. гласник РС“, 116/2014), чл. 2; Закон о систему плата запослених у јавном сектору („Сл. гласник РС“, 18/2016, 108/2016 и 113/2017), чл. 1. став 2.

⁸ Р. Марковић, *Уставно право*, Београд, 2011, 16-17.

⁹ J. E. Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, Beograd, 2004, 113-14.

прихода. Међутим, државна делатност у стварању јавноправних средстава нема за циљ стварање добити, већ искључиво задовољавање друштвених потреба. Због тога, две су основне карактеристике јавног сектора: финансира се из јавних прихода и функционише ради остваривања јавног (општег) интереса. Неефикасност овог сектора, укључујући погрешно донете инвестиционе одлуке у њему, могу да проузрокују далекосежне последице за друштво.

Много чешће је јавни сектор предмет дефинисања у научној и стручној литератури. У доктрини су најчешћи критеријуми за његово дефинисање следећи: власништво, начин финансирања, управљање и начин полагања рачуна, односно одговорност за поверене надлежности. Нажалост, ни један од ових критеријума није довољан да би се на основу њега одредиле „недвосмислене границе јавног сектора“¹⁰. Поједини аутори до појмовног одређења „јавног сектора“ настоје да дођу уз помоћ појма „јавних финансија“. Државне финансије називају јавним финансијама (јавна средства – државни приходи и расходи), и даље по њима „из појма *јавне финансије* произилази појам *јавни сектор*“. Јавни сектор дефинишу као „чист непрофитни сектор, који чини парламент, влада и државни енетитети“¹¹. Други аутори у дефинисању јавног сектора полазе од приватног сектора. Ако се под приватним сектором подразумевају све организације у којима су именовани власници капитала, онда под јавним сектором подводе све активности које се иницирају и реализују од стране државе са циљем да се задовоље све потребе грађана које по природи ствари не може да обезбеди приватни сектор¹². Традиционално, под јавним сектором се најчешће обухвата одређени део друштвених и економских активности које су у власништву и под контролом државе.

Јавни сектор је предмет дефинисања и у професионалној регулативи. Међународна федерација рачуновођа (*International Federation of Accountants - IFAC*) под овим изразом подводи „националне и регионалне (на пример државне, покрајинске, територијалне) државне органе, локалне органе (на пример градске, општинске) и са њима повезана правна лица (на пример агенције, одбори, комисије и предузећа)“¹³.

Колики је обим јавног сектора? Јавни сектор чине материјални и људски ресурси путем којих држава преко надлежних органа и

¹⁰ D. Jović, *op. cit.*, 6.

¹¹ V. Leko – D. Leko, *Metodologija državne revizije javnih sredstava*, Beograd, 2008, 9.

¹² M. Andrić, *Revizija javnog sektora*, Subotica, 2012, 13.

¹³ Savez računovođa i revizora Srbije, *Međunarodni standardi i saopštenja revizije, uveravanja i etike* (prevod sa engleskog jezika), Beograd, 2005, 134.

организација спроводи политике и управља државом у оквирима њених граница. Обим јавног сектора зависи од друштвено-економског и политичког система у једној држави. На пример, у јавни сектор Србије улазе ресурси на ниво Републике, територијалних аутономија и јединица локалне самоуправе. Шта чини јавни сектор, прецизније државу у САД? На ово питање понудио је одговор *J. Stiglitz*, полазећи у дефинисању државе од функционалног приступа. Држава од институција укључује: Конгрес и законодавна тела савезних држава и локалних власти, Председника, гувернере савезних држава и градоначелнике, судове и низ агенција. САД имају федерално државно уређење, а њене државне активности се одвијају на федералном нивоу, нивоу савезних држава и локалном. Федерална влада је задужена за националну одбрану, поштанску службу, штампање новца и регулисање трговине између савезних држава, као и са иностранством; док су савезне државе и локалне власти традиционално задужене за образовање, полицијску и ватрогасну службу и за обезбеђење осталих локалних услуга (услуге библиотеке, комуналне услуге)¹⁴.

У тржишним привредама под изразом „јавни сектор“ подразумева се део националне привреде за чије функционисање држава има непосредну одговорност. Јавни сектор привреде обухвата „централну и локалну државу, јавне корпорације и активности других јавних предузећа“¹⁵.

У англосаксонској литератури се могу идентификовати три приступа у дефинисању јавног сектора, и то: правни, финансијски и функционални. Према правном приступу, јавни сектор обухвата државне институционалне јединице и организације којима се управља путем јавног права. Према финансијском приступу, у јавни сектор се, осим институција и организација обухваћених правном дефиницијом, укључују и приватне организације које су доминантно финансиране јавноправним средствима, као и непрофитне организације које своје активности обављају у оквирима две делатности: образовање и здравствена заштита. Према функционалном приступу, за основни критеријум у дефинисању јавног сектора узима се подручје деловања у којем се обављају активности ентитета. Према овом приступу, јавни сектор обухвата све организације које своје активности обављају у областима јавне администрације, социјалне заштите, реда и закона, образовања, здравствене заштите, социјалних услуга и услуга културе, независно од извора финансирања и правни облик финансирања¹⁶.

¹⁴ J. E. Stiglitz, *op. cit.*, 12.

¹⁵ M. Milisavljević, „Јавно предузеће: карактеристике и performanse“, у *Положај и улога јавних предузећа у Србији* (Редактор: M. Milisavljević), Београд, 1995, 17.

¹⁶ D. Jović, *op. cit.*, 7.

Јавни сектор традиционално има две класичне функције: социјалну и редистрибутивну. Ова друга се реализује путем редистрибуције дохотка и друштвеног производа, тј. порезима и расходима. У савременим условима јавни сектор све више реализује још две: функцију развојне политике и функцију стабилizacione политике. Због тога, „развојна, стабилizaciona и редистрибутивна (социјална) функција јавног сектора постају јединствене, а често и основне полуге укупне макроекономске политике“¹⁷.

Постојање јавног сектора привреде и његова све интензивнија дерегулација¹⁸ у развијеним земљама је од значаја за привреду и друштво у целини¹⁹. Тај сектор привреде се од његовог настанка везује за монополе. Слична је ситуација и у привредама неразвијених земаља, земаља у развоју и бивших социјалистичких земаља, у којима се такође одвија све интензивнији процес дерегулације јавног сектора привреде, тј. све чешћа, обимнија и распрострањенија примена слободе предузетништва и конкуренције. Упоредо са дерегулацијом одвија се, у мањој или већој мери, процес приватизације субјеката јавног сектора. Укључивањем приватног капитала и приватних предузећа у јавни сектор привреде, ради обављања делатности од општег интереса (партнерство јавног и приватног²⁰, концесије²¹),

¹⁷ Ž. Ristić – D. Radovanović, *Javni sektor*, Beograd, 2008, 1.

¹⁸ Под „дерегулацијом“ се у економској доктрини подразумева „напуштање одређених облика државне регулативе и њихова замена конкуренцијом“. *Економска и пословна енциклопедија*, Београд, 1994, 183. У правној доктрини се под тим подразумева „повлачење државе из привредног живота, и то у више праваца – смањењем државне својине, контроле, као и обавеза предузећа према држави“. М. Трајковић, „Приватизација – основа тржишне реформе у земљама у транзицији“, *Право и привреда*, 5-8, Београд, 1997, 239.

¹⁹ Бујање дерегулације у многим индустријским гранама у САД и иностранству даје могућност за прикупљање грађе о еволуцији организације управљања и њеном прилагођавању окружењу. S. Kole and K. Lehn, „Deregulation, the Evolution of Corporation Governance Structure, and Survival“, *The American Economic Review*, 2, 1997, 2421. Вид. V. P. Navarro, „The Argument for Radical deregulation“, *Harvard Business Review*, 1, 1996, 112-125.

²⁰ Вид. Љ. Дабић, „Правне претпоставке за привлачење страних улагања у форми јавно-приватног партнерства и концесија и њихове карактеристике (Упоредноправни приступ)“, у *Possibilities and Perspectives for Foreign Direct Investments in the Republic of Serbia (edit. Pero Petrović)*, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, 2014, 185-212; Љ. Дабић, „Јавно-приватно партнерство и концесије (у законодавству и правној теорији)“, Друга свеска, у *Правне норме у времену и простору*, Прва и Друга свеска, Косовска Митровица, 2012, 49-74.

²¹ Вид. Љ. Дабић, *Концесије у праву земаља Централне и Источне Европе*, Институт за упоредно право (монографија 138), Београд, 2002.

подиже се ниво правне организације и управљања, повећава економичност и ефикасност пословања, и остварује добит.

У бившим земљама Централне и Источне Европе одвијао се процес редефинисања места и улоге државе као некадашњег основног креатора привредних активности²², на основама деловања тржишних законитости, ради подстицања конкуренције у јавном сектору привреде (рударство, енергетика, саобраћај, водопривреда, комуналне делатности и др.) и валоризације државне имовине. Паралелно са тим процесом приступило се изградњи новог законодавства, које је створило правни инструментаријум за укључивање приватног капитала у овај сектор привреде, преко приватно-правних субјеката у форми привредних друштава. Упоредо са дерегулацијом јавног сектора привреде одвијао се, у мањој или већој мери, процес приватизације „државних“ и „локалних“ јавних предузећа.

4. ПРИВАТНИ СЕКТОР ПРИВРЕДЕ

Израз „приватни сектор“ потиче од две латинске речи: *privatus* – лични, који није државни и *sector* – исечак. Приватни сектор се може дефинисати као део привреде у коме се производња робе и пружање услуга врши средствима за производњу која представљају приватну својину²³. Реч је о делу привреде у коме се економске активности обављају посредством и/или на основу приватне својине.

У правном смислу, приватни сектор може бити предмет начелног регулисања у највишем правном акту једне земље – уставу²⁴, а детаљније је уређен бројним законским и подзаконским прописима. У појединим државама се уставним нормама утврђију начела за приватни сектор привређивања: тржишна и отворена привреда, слобода предузетништва, слобода конкуренције, гаранитије за право приватне својине, равноправност домаћих и страних привредних субјеката, забрана успостављања монополског или доминантног положаја на тржишту и др. Бројним законским и подзаконским прописима се ближе уређују питања од значаја за овај сектор привређивања, нпр. правни положај привредних

²² Разлике у мишљењима у вези с улогом државе у привреди много су мање него пре сто година, када су се социјалисти залагали за доминантну улогу државе, а присталице *lese-fera* да се држава уопште не уплиће у привреду. Савремено редефинисање улоге државе одразило се у два иницијативама, дерегулацији и приватизацији. Ј. Е. Stiglitz, *op. cit.*, 11.

²³ С. Куколеча, *Организационо-пословни лексикон*, Београд, 1986, 1176.

²⁴ Вид. Љ. Дабић, „Предузетништво и право својине као уставна норма“, Округли сто *Уставне промене у нас* (Уредник: З. Исаиловић), Косовска Митровица, 27.02.2004. године, 75-86.

субјеката, послове који они закључују на тржишту поводом добара, услуга, новца и хартија од вредности, њихово опорезивање, кредитирање, осигурање имовине (делатности), вођење пословних књига, састављање финансијских извештаја, ревизија финансијског пословања привредних субјеката и др.

Приватни сектор, у економском смислу, обухвата део привреде који почива на отвореној тржишној привреди, слободи предузетништва и приватној својини, који није под контролом државе као што је то случај са јавним сектором²⁵.

Приватни сектор привреде почива на приватној својини, која представља економску основицу пословања сваког привредног субјекта и њихов је материјални супстрат. Почетни капитал привредног субјекта се формира улозима његових оснивача, који могу бити и физичка и правна лица, домаћа и страна, који уносе кроз улоге приватну својину у облику новца, ствари, имовинских права, хартија од вредности, удела или акција које имају у другим друштвима. На име унетог улога у привредни субјект оснивачи стичу удео или акције, а привредни субјект право својине над унетим. Пословањем привредног субјекта на тржишту његова почетна имовина се може увећати и служити за сопствени развој, али утиче и на развој друштва у целини.

Произведена добра (роба) и пружене услуге које привредни субјекти створе у приватном сектору улазе у њихову имовину, са којима могу слободно да располажу. Створена добра могу да послуже за даљи промет, у даљем процесу производње (готови производи, полупроизводи или сировине) или за крању потрошњу. Робу и услуге привредни субјекти пласирају на тржишту, на основу закључења уговора.

Ниво развијености приватног сектора националне привреде непосредно утиче на развијеност производних снага, стварање и увећање друштвеног производа (друштвеног богатства), извоза, промене друштвено-економске структуре у друштву, упошљавања неупошљене радне снаге и др.

Предузетничка делатност се у приватном сектору врши у некој од правних форми за индивидуално предузетништво (индивидуални трговац, односно предузетник²⁶) или колективно предузетништво (акционарско друштво, друштво са ограниченом одговорношћу, командитно друштво, командитно друштво на акције, ортачко друштво). Тим правним формама управља и руководи појединац или надлежни органи. Циљна функција

²⁵ Вид. В. Рауновић, *Preduzetništvo i upravljanje malim preduzećima*, CID, Ekonomski Fakultet, Beograd, 2012; N. Kuvačić, *Poduzetnička biblija*, Split, 2002. и др.

²⁶ Вид. Љ. Дабић, „Индивидуални предузетник као привредни субјект и као посебан правноорганизациони облик“, *Право и привреда*, 5-8, Београд, 2005, 164-185.

обављања предузетничке делатности у приватном сектору је максимизирање профита, а доминантно се обавља ради остваривања приватних интереса.

Области у којима се одвија предузетничка активност у приватном сектору су следеће: индустрија, пољопривреда, шумарство, рибарство, банкарство, осигурање, друге финансијске услуге, трговина, грађевинарство, саобраћај, комуналне услуге, туризам, издаваштво и др. У структуралном смислу, приватни сектор привреде почива на великим производно-технолошким системима, које истовремено опслужују микро, мала и средња предузећа²⁷.

Осим задовољења приватних интереса власника капитала, приватни сектор има и ширу друштвену улогу која се манифестује у афирмацији приватне иницијативности и предузетничког духа, раду, стваралаштву и другим вредностима за које се везује предузетништво.

5. СОЦИЈАЛНИ (ЗАДРУЖНИ) СЕКТОР ПРИВРЕДЕ

У односу на социјални сектор, у историјском контексту најпре је настао задружни сектор привређивања и искључиво се тако називао. У савременим условима привређивања, на крају XX и на почетку XXI века овај сектор обухвата осим задруга²⁸ и друге правне форме које реализују различите социјалне циљеве, због чега се све чешће назива социјални сектор привређивања. И у савременим условима је задружни сектор доминантан (преко 90%) унутар социјалног сектора. У организацији једног друштва, поред јавног и приватног сектора, социјални представља један од сектора привређивања ради остваривања одређених социјалних и економских активности од значаја за интересне групе и друштвену заједницу. Постојање трећег сектора заузима међупростор између приватног и државног сектора. Државни сектор карактеришу императивне норме, јавна власт и принуда, приватни слобода предузетништва, иницијативност и профитна оријентација, а социјални своје активности усмерава према задругама и другим добровољним организацијама.

Задружни сектор се традиционално дефинише као део привреде у коме производно, трговинско или кредитно пословање обављају задруге као организације посебног типа, сопственим радом и сопственим средствима²⁹. Задруге (кооперативе) се разликују од привредних друштава

²⁷ Вид. Љ. Дабић, „Појам и правне карактеристике малих предузећа“, *Право и привреда*, 5-8, Београд, 2000, 187-198.

²⁸ Вид. Љ. Дабић, „Задруга као посебан правноорганизациони облик (Упоредноправни приступ)“, *Право и привреда*, 4-6, Београд, 2011, 126-150.

²⁹ С. Куколеча, *op. cit.*, 1162.

по својим пословним циљевима, власништву, контроли и расподели бенефиција. „У том контексту могу се извући три принципа по којима се задруга разликује од корпорације на релацији односа: (1) корисник – власник; (2) корисник – контролор; (3) корисник – бенефицијент“³⁰. На основу овакве анализе се констатује: „задруга је корисник властитог и контролисаног пословања у коме се бенефиције дистрибуирају према коришћењу услуга асоцијације од стране чланова“³¹.

Да би дошли до одговора шта је социјални сектор привреде, претходно треба да одговоримо на питање шта је социјална економија³²? Она се још назива: трећим сектором, непрофитним сектором, (добро)вољним сектором или солидарним сектором³³. Треба запазити да су традиционални задружни систем вредности и начела пословања послужила за стварање савременог концепта тзв. социјалне економије, који је изграђен око задруга, узајамних друштава, удружења и фондација³⁴. Због тога треба констатовати да задруге представљају сврсиходан инструмент за конкретну реализацију тих начела.

Порекло и развој концепта социјалне економије везује се за развој капитализма у XVIII и XIX веку. То је период у којем се стварају групе за самопомоћ и друга удружења која се руководе начелима филантропије и милосрђа, односно то је период спонтане реакције радничких слојева у настојању да превазиђу тешкоће својих животних услова са појавом првобитне акумулације капитала³⁵. Настанак социјалних предузећа у Европи везује се за задруге, које су настале почетком XIX века. Осим задруга, претечом социјалних предузећа се сматрају и удружења која су

³⁰ З. Закић, Ж. Стојановић, Ж. Арсенијевић, *op. cit.*, 588.

³¹ *Ibid.*

³² Социјално предузетништво и социјална економија су врло блиски појмови, али социјална економија осим сличности у циљевима и начину организације, укључује ширу филозофску оријентацију у економској и социјалној области и историјску традицију засновану на удружењима грађана и задругама чији је систем вредности и начела пословања обликовало данашњи савремени концепт поимања социјалне економије. А. Nedanov, Ђ. Žutinić, S. Kuš, „Uloga zadruga u promicanju socijalne ekonomije i socijalno odgovornog poduzetništva“, u *Agricultural Economics and Rural Sociology*, 166, fusnota 3, http://sa.agr.hr/pdf/2014/sa2014_p0212.pdf, приступ 12.02.2018.

³³ Трећи сектор на нивоу Европске уније постао је тачка сусретања различитих концепата, првенствено непрофитног сектора и социјалне економије, који се у одређеним подручјима поклапају, али се не подударaju у потпуности. С. Rafael, M. J. Luis, „Socijalna ekonomija u Evropskoj uniji“, *Revija za socijalnu politiku*, 1, Zagreb, 2010, 118.

³⁴ С. Rafael, M. J. Luis, *Ibid*, 114.

³⁵ *Evropski pokret u Srbiji* (autori: M. Parun Kolin i N. Petrušić), *Socijalna preduzeća i uloga alternativne ekonomije u procesima evropskih integracija*, Beograd, 2008, 13.

имала филантропске циљеве. Ипак, као прекретницу у развоју социјалног предузетништва у Европи сматра се период током 80-тих година XX века, када су се многе земље суочиле са високом структуралном незапошљеношћу³⁶.

Историјски, социјална економија је у непосредној вези са настанком удружења грађана и задруга. Задружни принципи и задружне вредности представљају начела у пословању задруга и удружења грађана. На овим начелима се заснива успостављање савременог концепта социјалне економије, који окупља следеће правне форме: задруге, узајамна друштва, удружења грађана и фондације. Због тога се истиче у литератури да концепт развоја социјалне економије на нивоу ЕУ подразумева плурализам различитих организација трећег сектора, које су често хибридне природе, и зависно од традиције у једној друштвеној заједници, имају различиту улогу у земљама Уније³⁷.

Шта чини социјалну економију Европске уније? Одређивање социјалне економије на нивоу ЕУ засновано је на приручнику Европске комисије о подрачунима за фондације и друштва са узајамним учешћем и на формулацијама које су осмислиле организације које представљају социјалну економију у Европи. Најновије концептуално одређивање социјалне економије учиниле су њене организације у Повељи начела социјалне економије СЕР-СМАФ-а (*Charter of Principles of the Social Economy*)³⁸, коју развија Европска стална конференција задруга, узајамних друштва, удружења и фондација. Међутим, треба имати у виду да су назив „социјална економија“ и њен научни концепт различити од земље до земље ЕУ, али који по правилу „коегзистирају с другим појмовима и сличним концептима“³⁹.

Шта све обухвата задружни сектор? У савременим условима привређивања, с једне стране, овај сектор обухвата широку лепезу различитих организација – од малих произвођачких пољопривредних задруга, до великих задружних предузећа које броје на милионе чланова. Елементи идентитета задруге на основу којих је Међународни задружни савез (1995) дефинисао задругу имали су за циљ да обједине карактеристике разнородних облика организовања које се називају задругама, односно да идентификују основе за њихово раздвајање од

³⁶ A. Aleksić Mirić/L. Lebedinski, „Socijalno preduzetništvo u Srbiji: Pregled i perspektive“, u *Ekonomska politika Srbije u 2015. godini* (redaktori: B. Živković i B. Cerović), CID, Ekonomski Fakultet, Beograd, 2015, 220.

³⁷ C. Rafael, M. J. Luis, *Ibid*, 113.

³⁸ The Social Economy in the European Union, European Economic and Social Committee, European Union, 2012.

³⁹ C. Rafael, M. J. Luis, *Ibid*, , 121.

незадружних облика. „У ове елементе се, поред дефиниције задруге, убрајају задружне вредности и принципи“⁴⁰. С друге стране, данас се у економско развијеним земљама готово не може издвојити друштвено корисна делатност која се не би могла обављати преко неког облика кооперативног организовања. Различити правни облици задружног организовања заступљени су истовремено у примарном (пољопривреда, рибарство и шумарство), секундарном (индустријском) и терцијалном (услужном) сектору – банкарство, осигурање, друге финансијске услуге, потрошња, трговина, становање, здравство, социјална заштита, транспорт, комуналне услуге и друге бројне специфичне делатности, нпр. туризам, образовање, издаваштво и сл.⁴¹.

Социјална економија обухвата ширу лепезу економских активности у односу на задружни сектор, које се одвијају у простору између тржишта (приватног сектора), државе (јавног сектора) и нетржишног (непрофитног) сектора с циљем остварења одређених социјалних и економских погодности за друштво⁴². Социјални сектор обухвата велики број различитих социјалних, културних, образовних, спортских, здравствених, религијских, еколошких и сличних организација или група.

У правном смислу, задружни (социјални) сектор привреде почива на нормама објективног задружног права, чији се извори налазе у законима, подзаконским актима, али и аутономној регулативи субјеката који послују у овом сектору. Економску основу овог сектора чини задружна својина (неки други облик удруживања средстава његових чланова), коју формирају задругари (чланови удружења) личним и приватним средствима, која служи за обављање неке од делатности из овог сектора. Основни правни облик је задруга (или неки други правни облик), која обавља задружну делатност (неку другу дозвољену делатност), на задружним принципима и задружним вредностима. Осим циљне функције стицања профита, највећи број правних облика из овог сектора своје пословање заснива на принципу остваривања вишка прихода над расходима.

Ко су основни субјекти задружног сектора? Свака задруга као посебан организациони облик почива на задругарима, а два су основна субјекта задружног сектора: задруге и задружни савези. Одатле, кооперативни сектор чине организације задружног типа (различите врсте

⁴⁰ М. Николић, *Примена задружних вредности и принципа и њихов утицај на пословање пољопривредних задруга у Србији*, (докторска дисертација), Универзитет у Београду Пољопривредни факултет, Београд, 2014, III.

⁴¹ З. Закић, Ж. Стојановић, Ж. Арсенијевић, *op. cit.*, 589.

⁴² А. Nedanov, Ђ. Žutinić, S. Kuš, *op. cit.*, 166.

задруга) и организације које представљају различите облике струковног удруживања (различите врсте задружних савеза). Задруге се као посебне врсте организација суштински разликују од привредних друштава односно привредних субјеката, првенствено што се не оснивају на основу величине капитала, већ на удруживању задругара. Иако је и задругама потребан основни капитал за пословање, ипак основни разлог њиховог оснивања и пословања није остваривање добити. Још једна од битних карактеристика задруга произлази из чињенице да оне успешно послују у оквиру конкурентних услова привређивања, иако им превасходни циљ није висина оствареног профита. Због тога се задруге сврставају у тзв. непрофитне организације. Али, оне се разликују и од „непрофитних милосрдних организација“ чије се пословање заснива на донаторским фондовима⁴³.

Радна дефиница социјалне економије, предложена у студији ЕУ (2006)⁴⁴ гласи: Приватна, формално организована предузећа, која поседују аутономност одлучивања и слободу чланства, која су створена како би одговорила на потребе својих чланова на тржишту, производећи добра и пружајући услуге, осигурање и финансијска средства, где доношење одлуке и било која дистрибуција профита или вишкова међу члановима није директно повезана с капиталом или прилозима које сваки члан даје и где сваки члан има по један глас. Социјална економија такође укључује приватне, формално-организоване организације које имају аутономност доношења одлука и слободу чланства, које стварају нетржишне услуге за домаћинства, и чије вишкове, уколико постоје, не могу присвојити економски актери који их стварају, контролишу или финансирају⁴⁵.

У чему се огледа значај социјалног сектора? У протеклих двестотина година у развоју друштва, широка лепеза активности (тржишних и нетржишних), које су биле засноване првенствено на недобитном циљу, остваривана је ради реализације узајамног, заједничког или општег интереса. Све те активности довеле су до стварања трећег сектора.

У протеклим деценијама је социјални сектор ЕУ превазишао свој значај у квантитативном смислу. Он је наметнуо способност да у значајнијој мери доприноси разрешавању нарастајућих социјалних проблема и јачању стабилности и одрживог привредног развоја унутар

⁴³ З. Закић, Ж. Стојановић, Ж. Арсенијевић, *op. cit.*, 588.

⁴⁴ Радна дефиница социјалне економије предложена је за потребе Европског економског и социјалног одбора (EFSC). Она је припремљена од Међународног центра за истраживање и информације о јавној, социјалној и задружној економији (CIRIEC).

⁴⁵ C. Rafael, M. J. Luis, *op. cit.*, 116.

једне заједнице. Јачање његових институционалних капацитета доприносило је усклађивању пружања услуга у сагласности са потребама грађана, повећањем вредности привредних активности које су у функцији социјалних потреба, праведнијом расподелом друштвеног богатства, већој упошљености радне снаге и сл.

Социјални сектор се у Унији наметнуо као стуб друштвене корисности који стоји између приватног и јавног сектора. Област деловања социјалног сектора чине, заједно, старе и нове социјалне потребе. Ове потребе се подмирују преко предузећа која послују на тржишту, где највећи број задруга и узајамних друштава добијају већину својих ресурса, или путем удружења и фондација, од којих готово сви пружају нетржишне услуге појединцима, домаћинствима или породицама и најчешће добијају већину својих ресурса из донација, чланарине или субвенција⁴⁶.

У чему се огледају објективна ограничења јачања идентитета социјалног сектора? Неспорно је да су задруге, задружна начела и задружне вредности обликовале савремени концепт социјалне економије. Такође, социјална економија је нераскидиво повезана са задружним покретом и системом задругарства, због чега их треба јединствено истраживати и изучавати. Даље, задружни систем је традиционално чинио трећи сектор привређивања, који у савременим условима све више поприма преко социјалне економије елементе социјалног сектора. Најзад, огроман је друштвено-економски значај задружног сектора у реализацији концепта социјалне економије као непрофитног и добровољног трећег сектора.

Међутим, могућности и перспективе развоја социјалне економије у оквиру трећег сектора, њена институционална препознатљивост односно „видљивост“, различите су од земље до земље, у зависности од њиховог законског, фискалног и политичког оквира. Све то ствара објективна ограничења у њеном снажнијем и бржем развоју, као и у њеном економском значају. Према *Chaves*-у, савремени национални системи рачуна имају одговарајуће алатке за обраду главних ставки државне мешовите економије, с јасним приватним (капиталистичким) и јавним (интервенционистичким) сектором⁴⁷. Економски и друштвени допринос социјалне економије утеловљен је унутар поменутих сектора, због чега се тешко може препознати њихов стварни допринос националној привреди и друштву уопште.

⁴⁶ C. Rafael, M. J. Luis, *Ibid*, 118.

⁴⁷ A. Nedanov, Đ. Žutinić, S. Kuš, *op. cit.*, 169.

У неким државама у систему националних рачуна постоје два подсектора социјалне економије: подсектор тржишта или предузетништва (задруге, јавна трговачка друштва, командитна и узајамна друштва, као и организације социјалне економије) и нетржишни подсектор производње (удружења грађана, фондације, волонтерске организације или нпр. организације које пружају већину својих производа без накнаде или по цени која није економски значајна)⁴⁸.

6. СПЕЦИФИЧНОСТИ СЕКТОРА ПРИВРЕЂИВАЊА

Различите друштвено-економске околности су условиле настанак, јавног, приватног и социјалног сектора привреде. Настанак јавног сектора се везује за настанак државе као историјске и друштвене појаве. Почетак успостављања и формирања приватног сектора поклапа се са настанком приватне својине, робно-новчаних односа и тржишне привреде. Задружни сектор је продукт нарочитих друштвених околности на крају XXIII и на почетку XIX века. Настао је у периоду либералног капитализма, наглим индустријско-технолошким развојем привреде (увођењем нових технологија које су за последицу имале крупну производњу), обарањем надница запослених и масовним губљењем радних места у производњи. Наведено је имало за последицу осиромашење радника и чланова њихових породица. Социјални сектор представља ширење традиционалног задружног сектора привреде и његов својеврсни развој, продором у нове области активности, на крају XX и на почетку XXI века. С једне стране, ова три сектора су самостална и независна, а с друге, између њих постоји природна повезаност, испреплетеност, савезништво, сарадња и међусобна условљеност. У историјском контексту, повезаност ова три сектора, искључиво у идеолошком смислу, била је предмет разматрања непосредно после Другог светског рата, на примеру тадашње ФНРЈ⁴⁹.

Одлучујући мотиви за постојање и функционисање јавног сектора су реалне потребе једне друштвене заједнице, односно постојање економских мотива – задовољење заједничких и општих интереса грађана и других субјеката. У овом сектору су присутни и идеолошки (политички) мотиви, због чега трпи критику да је подложен политичкој злоупотреби и коришћењу јавних ресурса за остваривање приватних појединачних или групних циљева. Како је запажено у теорији, јавни сектор је сложен и

⁴⁸ А. Nedanov, Ђ. Žutinić, S. Kuš, *Ibid.*

⁴⁹ Вид. Б. Кидрич, „Државни, задружни и приватни сектор привреде“, *Народно задругарство*, бр. 1, Београд, 1947, 1-9; Г. Ивановски, „Однос државног и задружног сектора у Македонији“, *Народно задругарство*, 2, Београд, 1947, 9-17.

комплексан механизам по значају који има у управљању друштвеним и економским развојем, броју запослених у њему, обиму прикупљања финансијских средстава, управљању прикупљањем финансијских средстава и употреби финансијских и нефинансијских ресурса. Због таквог његовог великог значај, транспарентност и ефикасност јавног сектора представљају оквир и амбијент за трансформацију свих других сегмената у једној држави⁵⁰. Запослени у јавном сектору су заштићенији од могућности губљења радног места у односу на запослене у приватном сектору, а и отпремнине по основу губитка посла су често веће од законског минимума у приватном сектору. И поменути фактори утичу на атрактивност радних места и висок степен мотивисаности лица да се запошљавају у јавном сектору, односно на њихову демотивисаност да се запошљавају у приватном сектору. Такође, прекомерна јавна потрошња, недовољан квалитет производа и услуга, гломазна инфраструктура, недовољне инвестиције и нерационалности у јавном сектору имају за последицу угрожавање пословања у приватном сектору, укључујући непимерене фискалне и друге обавезе које државни органи намећу овом сектору.

За постојање и функционисање приватног сектора привреде одлучујући су економски мотиви – остваривање добити, укључујући и остваривање општег интереса. Постојањем и функционисањем социјалног сектора реализују се економски интереси задругара и других социјалних група, њихови заједнички социјални, културни и други интереси и потребе, али и друштвени циљеви.

Полазећи од броја запослених у овим секторима у тржишној привреди, највећи број ових лица ангажује приватни, затим јавни, и на крају, социјални сектор привреде.

На којим принципима почивају сектори привређивања? Јавни сектор традиционално и у савременим условима послује на недобитном принципу. Од њега у савременим условима постоји изузетак, јер се у одређеним областима недобитна функција замењује пожељном функцијом - остваривања вишка прихода над расходима, али и принципом стицања добити (нпр. регулаторна тела, агенције). Каква је улога и значај јавног сектора са становишта недобитног принципа пословања? Јавни сектор представља темељ сваке друштвене заједнице - државе. На њему почива свако организовано друштво. Представља својеврсну „државну делатност“ и најважнији чинилац у једној држави. Основица је и предуслов развоја сваке друштвене заједнице. Његова организованост, валоризованост, ефикасност и економичност у међузависности су са

⁵⁰ М. Andrić, *op. cit.*, 9.

степеном развијености производних снага и производних односа сваког друштва. Од ефикасности и ефективности јавног сектора зависи целокупни привредни и културни развој друштва (јавне службе, јавни ред и мир, добра и услуге од јавног значаја, инфраструктура, здравствене услуге, услуге образовања, науке и културе и др.). С друге стране, приватни сектор послује ради стицања добити, док социјални сектор послује на принципу остваривања вишка прихода над расходима, али у појединим делатностима и са функцијом стицања добити.

Јавни сектор реализује своју економску функцију путем задовољења општих друштвених потреба, односно потреба за које није заинтересован приватни сектор. Због тога је основна функција јавног сектора снабдевање грађана, других субјеката и ентитета јавним добрима и услугама, а његове основне карактеристике су централизованост система, мања или већа неекономичност, неефикасност и неефективност управљачких механизма и нетранспарентност.

Који се интереси реализују у поменутим секторима привреде? У јавном се доминантно остварује јавни интерес, а у приватном приватни, али и општи интерес. У социјалном сектору се доминантно остварује приватни интерес задругара и других чланова социјалних група, али и поједини заједнички и општи интереси.

Којом се врстом правних норми регулишу сектори националне привреде? Док је јавни сектор регулисан доминантно императивним нормама, дотле су друга два сектора регулисана претежно диспозитивним.

Како се финансирају сектори привређивања? Јавни сектор се финансира из јавних прихода, приватни из приватних извора, а социјални из приватне и личне својине задругара и чланова других социјалних група. Не може се говорити о искључивим начинима финансирања ових сектора, већ о доминантним, јер у јавном сектору уплив врши приватни капитал, у приватном сектору у ограниченом обиму јавноправна средства, али и други облици својине, док је у социјалном сектору могућ уплив јавноправних средстава, али и других облика својине. По пореклу, та средства су домаћа, али и страних држава и међународних финансијских организација.

У јавном сектору привреде се не ствара нова вредност или је то случај само у мањој мери. Нова вредност је продукт привређивања приватног сектора, а у незнатној мери и социјалног сектора. У крајњем случају, приватни сектор финансира јавни сектор, због чега је он терет приватном сектору. Приватни сектор одржава јавни у животу.

Какве су правне природе субјекти и други ентитети који послују у секторима привреде? У јавном сектору послују јавноправни субјекти, са изузетком јавних предузећа која су мешовите природе, у којима преовлађују јавноправни елементи. Ко је основни субјект привређивања у

јавном сектору? Јавна (државна) предузећа су основни субјекти јавног сектора у обављању делатности од јавног (општег) интереса. Њихов значај је вишеструк⁵¹. Поједине од тих делатности могу за приватна предузећа бити непривлачне због високог ризика. Затим, у појединим стратешким делатностима захтева се висок степен тајности. У трећој врсти делатности постоје у већем обиму јавна овлашћења. Ипак, одлучујући разлози придавања значаја јавним предузећима су привредно-политичке природе: одржавање одређеног обима и стандарда производа и услуга од јавног интереса и брига државе за унапређење неразвијених делатности и неразвијених подручја⁵². У приватном сектору послују приватноправни субјекти, уз незнатне изузетке. У социјалном сектору искључиво послују приватноправни субјекти.

Који су правни облици субјеката и других ентитета који послују у секторима привреде? У јавном сектору послују: државно-територијалне организације, државни органи, јавни фондови, централна банка, управне организације, агенције, регулаторна тела, јавне установе, јавна предузећа, политичке странке и друге организације и ентитети. У приватном сектору послују привредни субјекти: индивидуални предузетник (трговац на мало, трговац на велико, самостална радња, агенција, сервис, радионица, апотека, канцеларија, кабинет, студио, атеље и др.) и привредна друштва (акционарско друштво, друштво са ограниченом одговорношћу, командитно друштво, командитно друштво на акције, ортачко друштво), пословне банке, осигуравајућа друштва, лизинг компаније, инвестициони фондови, задруге и др. У социјалном сектору привреде послују: задруге задружни савези, узајамна друштва, удружења грађана, фондације и др.

Ко је одговоран за функционисање предметних сектора? За функционисање јавног сектора искључиво је одговорна држава са својим надлежним органима, за функционисање приватног сектора одговорни су власници капитала преко надлежних органа у привредним субјектима, а за функционисање задружног сектора одговорни су задругари преко органа задруге, односно чланови других социјалних група смештених у другим правним облицима.

7. ЗАКЉУЧАК

У савременим друштвима постоје три сектора привређивања унутар једне друштвене заједнице – јавни, приватни и социјални

⁵¹ Вид. Lj. Dabić, „Status javnih preduzeća u Republici Srbiji (SR Jugoslaviji) *de lege lata i de lege ferenda* – Upporednopravni pristup“, *Pravni život*, 11, Beograd, 2000, 79-97.

⁵² С. Шогоров, „Положај субјеката јавног сектора привреде у праву конкуренције“, *Право и привреда*, 3-6, Београд, 1995, 401.

(задружни) сектор. Сви имају своје утемељење и разлоге постојања, пословања и развоја. Чине саставне делове једне националне привреде, са одређеним посебностима и самосталношћу у финансирању и функционисању. Али, они се у одређеном степену међусобно условљавају, што их чини међузависним и повезаним. Такође, на одређени начин се међусобно подржавају.

Већи је број критеријума који могу да послуже за међусобно разграничење три предметна сектора привреде, нпр. својински облик на коме почивају, начин њиховог финансирања, начин управљања и други, увек са крајњим закључком да ниједан не може без резерве да послужи за њихово међусобно разграничење.

Традиционално, под јавним сектором се подразумева одређени део друштвених и економских активности које су у својини и под контролом државе. Обухвата оне материјалне и људске ресурсе преко којих надлежни државни органи, организације и ентитети спроводе политике и управљају државом у њеним границама.

Два су основна обележја јавног сектора, и то: да се финансира из јавних прихода и да функционише ради остваривања заједничких и општих интереса.

У савременим условима, осим социјалне и редистрибутивне функције, јавни сектор све више реализује функције развоја и стабилизационе политике. На тај начин, ове функције постају јединствене у једној држави. На развојној, стабилизационој и редистрибутивној функцији савремена држава креира и води макроекономске политике.

Приватни сектор привреде чини онај део националне привреде у којем се производња робе и пружање услуга врши средствима у приватној својини. Реч је о део привреде који се заснива на отвореној тржишној привреди, слободи предузетништва и приватној својини. Његова циљна функција је максимизација профита, а предузетничка делатност се обавља ради остваривања приватних интереса. Субјекти који се оснивају у овом сектору су по својој природи приватноправни. Они се оснивају у различитим правним формама, којима управљају оснивачи преко изабраних органа.

У историјском контексту, најпре је настао задружни сектор привређивања, а много касније социјални сектор привреде. Овај трећи сектор је заузео међупростор између приватног и јавног. У суштини, традиционални задружни систем вредности и његова начела пословања су креирала савремени концепт социјалне економије, који почива на задругама, узајамним друштвима, удружењима грађана и фондацијама. Социјални сектор обухвата плурализам субјеката, који су приватноправни и хибридне природе, са различитим улогама и значајем у конкретној држави.

Специфичности три сектора привреде се огледају у већем броју чињеница и фактора који их чине посебним. Прво, такав је случај са различитим друштвено-економским околностима које су условиле њихов настанак. Друго, различити су економски мотиви за њихов рад и пословање, односно циљне функције које реализују у друштвеној заједници. Треће, различити су принципи и начела на којима се одвија њихово пословање. Четврто, различити су интереси који се реализују у овим секторима, начин њиховог финансирања, природа норми којима су уређени, правна форма и природа субјеката који у њима послују и др.

Осим што су предметни сектори привреде самостални и независни, између њих постоји већи број разлика, али повезаност, испреплетеност, међусобна условљеност и сарадња.

ЛИТЕРАТУРА

Закић Зорка, Стојановић Жаклина, Арсенијевић Жељко, „Задругарство као трећи сектор привређивања – значај за конкурентност различитих привредних грана“, *Видици*, Београд, бр. 3/2007, стр. 587-597

Ивановски Георги, „Однос државног и задружног сектора у Македонији“, *Народно задругарство*, Београд, бр. 2/1947, стр. 9-17

Кидрич Борис, „Државни, задружни и приватни сектор привреде“, *Народно задругарство*, Београд, бр. 1/1947, стр. 1-9.

Куколеча Стеван, *Организационо-пословни лексикон*, Београд 1986
Марковић Ратко, *Уставно право*, Београд 2011.

Табороши Светислав, „Наш и упоредни концепт и пракса јавних предузећа“, *Право и привреда*, Београд, бр. 3-6/1995, стр. 391-399

The Social Economy in the European Union, European Economic and Social Committee (Authors: José Luis Monzón Campos - Rafael Chaves Ávila), European Union, 2012

Трајковић Миодраг, „Приватизација – основа тржишне реформе у земљама у транзицији“, *Право и привреда*, Београд, бр. 5-8/1997, стр. 237-243.

Шогоров Стеван, „Положај субјеката јавног сектора привреде у праву конкуренције“, *Право и привреда*, Београд, бр. 3-6/1995, стр. 400-407.

Aleksić Mirić Ana / Lebedinski Lara, „Socijalno preduzetništvo u Srbiji: Pregled i perspektive“, u *Ekonomska politika Srbije u 2015. godini* (Redaktori: B. Živković i B. Cerović), CID, Ekonomski Fakultet, Beograd, 2015, str. 219-228.

Andrić Mirko, *Revizija javnog sektora*, Subotica 2012.

Evropski pokret u Srbiji (autori: Marija Parun Kolin i Nevena Petrušić), *Socijalna preduzeća i uloga alternativne ekonomije u pocesima evropskih integracija*, Beograd 2008.

Chaves Rafael, Monzón José Luis, „Socijalna ekonomija u Evropskoj uniji“, *Revija za socijalnu politiku*, Zagreb, br. 1/2010, str. 113-138

Jović Danica, *Finansijsko izveštavanje i vrednovanje performansi entiteta javnog sektora* (doktorska disertacija), Beogradski univerzitet Ekonomski fakultet, Beograd 2016.

Kole Stacey and Lehn Kenneth, „Deregulation, the Evolution of Corporation Governance Structure, and Survival“, *The American Economic Review*, No. 2/1997, str. 2421-2436.

Leko Vera – Leko Danica, *Metodologija državne revizije javnih sredstava*, Beograd 2008.

Milislavljević Momčilo, „Javno preduzeće: karakteristike i performanse“, u *Položaj i uloga javnih preduzeća u Srbiji* (Redaktor: M. Milislavljević), Beograd 1995.

Navarro V. Peter, „The Argument for Radical deregulation“, *Harvard Business Review*, No. 1/1996, str. 112-125.

Nedanov Alesandar, Žutinić Đurđica, Kuš Sara, „Uloga zadruga u promicanju socijalne ekonomije i socijalno odgovornog poduzetništva“, u *Agricultural Economics and Rural Sociology*, str. 166-170 http://sa.agr.hr/pdf/2014/sa2014_p0212.pdf, pristup 12.02.2018.

Nikolić Marija, *Primena zadružnih vrednosti i principa i njihov uticaj na poslovanje poljoprivrednih zadruga u Srbiji*, (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu Poljoprivredni fakultet, Beograd 2014.

Ristić Žarko – Radovanović Dobrosav, *Javni sektor*, Beograd 2008.

Stiglitz E. Joseph, *Ekonomija javnog sektora*, Beograd, 2004.

Ljubiša DABIĆ

Full-time professor of Faculty of Economics at University of Belgrade

PUBLIC, PRIVATE AND SOCIAL SECTOR OF ECONOMY

Summary

In this paper, in the emphasis of his research, the author has observed public, private and social (cooperative) sectors of economy as part of the national economy. In the research he used a legal analytical, normative and comparative method.

The main goal of this paper is to consider and establish criteria that divides these three sectors of the economy, their conceptual definition, demarcation, the emphasis on their main features that make them unique and that separates them as well.

The purpose of this paper is to analyze all three sectors of the economy, pointing to the particularity of each sector of business individually, as well as to their interdependence and connectivity.

Keywords: *public sector, private sector, social sector, cooperative sector.*

Рад је предат 15. марта 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Оригиналан научни рад

Kristina MIŠEVA*

Faculty of Law, Goce Delčev University, Shtip

CONTEMPORARY TRENDS AND CHALLENGES OF THE CURRENT SYSTEM OF MANAGING AND FINANCING THE PUBLIC HEALTHCARE SYSTEM OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary: The protection and promotion of the public healthcare is a crucial goal of any modern socio-economic community. The role behind an institutional organization of each community is to set up a flexible healthcare system which effectively and efficiently works to harmonize the network of primary, secondary and tertiary health care; as well as public health and emergency healthcare. The aim of this paper is to examine the effectiveness and efficiency of the network at the secondary healthcare level, particularly hospital activity, with emphasis on the hospital healthcare activity in the eastern region of the Republic of Macedonia. Namely, can the method and form of healthcare institutions' management contribute to strengthening the organization or it obstructs achievements in meeting its inherent activities. A part of this paper focuses on the financing of the public healthcare system, as an essential aspect that can promote or hinder the functioning of the entire healthcare system.

Key words: *Public Healthcare, Health Protection, management, legislation, Financial reports*

INTRODUCTION

"The health of the population is not a coincidental situation. It is a central element in the economic productivity of that population [...] Therefore, the use of health care resources should not be understood as an expense or loss, but as an investment into accomplishing better results." - prof. Milton Roemer¹

The health of the population is a crucial segment of every democratic state; hence every state strives to strengthen its health system, improve the health services it offers and to promote public health. Therefore, the use of

* Assistant professor, kristina.miseva@ugd.edu.mk

¹ Professor Emeritus of the Department of Health Services, University of California – Los Angeles.

healthcare resources should not be understood as an expense or loss, but as an investment in the individuals in order to help them to achieve better results.

Inevitably, the legislative and executive authorities participate in reforming the national healthcare system and are supposed to help in optimizing the use of the health care resources of the country for the protection and promotion of human health. As a result, the evolution and organization of the health systems directly depends on the socio-economic development of the community. The transitional period in most of the countries on the European continent, especially the transitioning of a number of countries from the post-social system of organization, such as the Republic of Macedonia, imposed a need for reforms several spheres of public life, including healthcare.

CHAPTER 1

1. Institutional and legal framework of the public healthcare system in Macedonia

The way the health care system is organized and managed affects the health of the individual and the population in general. It also has an impact on the abilities and wellbeing of the health care workers. The physical, social, economic, and especially political environments are important determinants of the health of the individual and the community. Governments should strive to establish a national health policy, with strategy and plans, which should help provide primary health care to all people, but would also establish cross-sector cooperation between the public and non-governmental organization, the central and local authorities, as well as between the national and international entities. Social evolution directly affects medical evolution, which requires a functional and efficient health care system. Social advancement directly affects the medical advancement of a society, which is why a functional and efficient health care system is in order. Therefore, the investment in public health is an integral part of the socio-economic development of a community, and its financing is an essential mechanism.

The developed countries have made important conceptual changes in healthcare, including health objectives and changes made to the national legislation as the primary driver of national strategies. As a result, the need to manage the healthcare funds, and the financial and budgetary control of the public healthcare institutions are seen, primarily, as a public responsibility.

There are several phases of development that the healthcare system of the Republic of Macedonia has gone through since the country's independence. The development of the Macedonian healthcare system has been conditioned by many social and intrinsic factors which, to a greater or lesser extent, are dependent on the country's aspirations to join the EU. However, the phases mentioned below should not be taken as an absolute, nor necessarily

perceived through the prism of a set time frame, but only as an orienting indicator that depends on the social and economic factors and, of course, the socio-political priorities of the state. Therefore, the phases outlined below are to a greater or lesser degree limited by the foreign relations strategies and the current challenges faced by Republic of Macedonia in its attempt to join the European Union and closely align its care standards to those of the World Health Organization (WHO)².

- The first development phase of the public health system of the Republic of Macedonia is usually linked to its proclamation of independence in 1991 from the Yugoslav Federation. The established healthcare system and its legislature were a relapse from the Yugoslav state. According to the standards of that system, the health care system, including all aspects of the health care services organization was in the hands of the state. The system relied on its basic ideological premise that every citizen has the right to equal access to health services, and furthermore, the state is responsible for covering all research costs associated with staff training and delivery of services at central and local level.

During this period the health care system was obligatory and financed by the state.

Namely, the system of socialist health care insurance (known as the Bismarck model of health insurance)³ is characteristically funded by the health insurance fund, employee and employer contributions taken out of gross income. These health care contributions into the state fund were paid by all but used by those in need. The state exercised the regulatory and oversight role. Basically, the financing of the health care of the Republic of Serbia is based on this model, as more than 90% of the funds necessary to cover the needs of the compulsory health insurance are taken from the contributions into the compulsory health insurance fund. Precisely, the current financing of the health care system in Serbia has a mixed financing set up, because the funds come from this dedicated fund, as well as the state budget.⁴

The promotion of general health among the populace, disease prevention, as well as financing and subscription to health services are all in the service of the national interest. Therefore, it is no coincidence that in the early 20 century many European countries adopted a national health insurance system. As for the national legal framework, the basic law is the 1991 Health protection law, which nullified the healthcare law in Socialist Republic of Macedonia (Official Gazette of SRM 10/83, 43/85, 50/87, 27/88, 36/89 and

² In 1996 the WHO established a country office to support and improve the Macedonian health care system by aiding it with expertise and technical advice.

³ Svetlana Jovanovic et al. "Health care systems." *Engrami*, vol. 37, 2015, br. 1, pp.75-82

⁴ *Ibid*

42/90) and the law on the conditions and reimbursement of health services, (Official Gazette of SRM No. 15/76). The Health protection law, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.38/91, was amended several times 46/93, 55/95, 10/2004, 84/2005, 65/2005, 5/2007, 77/2008, 67/2009, 88/10, 44/11, 53/11.

According to the amendments and additions to the national legislation, this period covers the establishment of the first private health care institutions. The privatized health market introduced market economy into the field and a degree of competition where receiving health care services depended on the purchasing power of the patient. This new reality required a reorganization of the existing social values.

This opened the possibility for patients to choose the best service for their needs, and the provider in turn could offer the best health service to satisfy the expectations of the patient. Macedonia followed the required health reforms, which were an attempt to increase the quality of health care services for all, but in fact this increased the cost, as patients started to use the services in both the state and private health care institutions. This approach had an impact on the planning of health insurance systems in developing countries, which up until that point knew only of centralized healthcare system.

- The second phase incorporates the period after the signing of the Stabilization and Association Agreement 2001, which entered into force in 2004⁵. By the SAA Agreement, the Republic of Macedonia is obliged to improve the level of health and safety protection of its workers, using as a reference the protection requirements that exist in the European Community.⁶ This is a period when a restructuring of the existing health system based on public and private (primary and secondary) health care system was being established. The health system is organized at three levels (primary, secondary and tertiary level). In fact, this is a period when the Macedonian healthcare system emerged from the so-called traditional healthcare (a concept that defines public health as the health of the population and the community) and switched to the so-called New Public Health (a synthesis of the traditional public health – as it was known in the past few centuries – coupled and in interaction with biomedicine, clinical practice, economic and legal sciences, technological development, management, as well as the experience of health systems).⁷ This period saw the passing of the law on health insurance, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.25/2000, also amended and edited many times:

⁵ Stabilization and Association Agreement between the European Communities and its member states and the Former Yugoslav Republic of Macedonia. Official Journal of European Union. L84/13 from 20.03.2004

⁶ See article 168 (3) TFEU. Official Journal of the European Union. C115/123 from 2008

⁷ Tulucinski and Varavikova. (2003) "The new public health." *Studentski Zbor*. Skopje

96/2000, 50/2001, 11/2002,31/2003, 84/2005, 37/2006, 18/2007, 36/2007, 82/2008, 98/2008, 6/2009, 67/2009, 50/10, 156/10, 53/11, 26/12, 16/13, 91/13,187/13,43/14, 44/14, 97/14, 112/14, 113/14, 188/14, 20/15, 61/15 , 98/15, 129/15, 150/15, 154/15, 217/15, 27/16. To this day, there is no official consolidated version of the law.

The third phase commenced after the recommendation from the European Commission – gaining the status of open negotiations with the EU in 2009, although the health care system depends and is exclusively within the scope of the national legislation of each EU member state. In 2007, led by the EU health policy named Health 2020 and WHO strategy and priorities, the Ministry of Health of the Republic of Macedonia established a Health Strategy of the Republic of Macedonia 2020. This strategy carries out the vision for safe, efficient and just national Health Care System. In 2008, the Law on the protection of patients' rights entered into force.⁸In 2009, the Law on health care records was also passed with a few amendments.⁹In 2009 a new electronic Health Insurance Card was introduced. Before 2015 Macedonia signed agreements with eight EU member states regarding the usage of the European Health Insurance Card.¹⁰In 2010 the Public Health Law entered into force, which has been subject to several amendments as well.¹¹ In 2012 the current Law on health care was passed, and up to today it has been amendment over 10 times,¹²The Law on voluntary health care insurance,¹³ and over 20 laws and numerous bylaws were also instituted.¹⁴During this period in which a new pay model for doctors was introduced – salaries tied to contribution, i.e. the number of patients doctors see. This is characteristic of what is known as a National Health Service system (Beveridge model).¹⁵ The basic premises of

⁸ Law on patients' rights. *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No. 82/08, 12/09, 51/11.

⁹ "Law covering the records in health care." *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 20/2009, 53/11, 164/13, 150/15.

¹⁰ "Commission Staff Working Document: The Former Yugoslav Republic Of Macedonia Report." 2015. SWD(2015) 212 final, Brussels, 10.11.2015. pp. 34

¹¹ Public Health Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia* , No. 22/10; 136/11; 144/14; 149/15;

¹² Law on Health protection, *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No.43/12, 145/12, 87/13,164/13, 39/14,43/14, 188/14, 10/15,61/15, 61/15, 154/15, 192/15 37/16. This act has also been amended several times, however there is no consolidated version of this law.

¹³ Law for voluntary health insurance, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*No.145/12, 192/15

¹⁴ All Laws are published on the official website of the Ministry of Health of The Republic of Macedonia, up to 2015. For more see: <http://zdravstvo.gov.mk/zakoni-2/>

¹⁵ This model of health insurance was formally introduced in 1942 in England, by William Beveridge.

this model are: health care is financed from the national budget; free access to health services comprehensive coverage and equal access for all residents under the health care system.

- The fourth phase is the period the country is experiencing currently. In line with the strategic plans of the Ministry of Health¹⁶, and in accordance with the government programs and national strategy, the priorities are the improvement of the efficiency and functioning, as well as the financial control of the healthcare system. This is a phase in which key components of the World Health Organization and the European Health Policy named Health 2020¹⁷ are expected to be continuously implemented and respected in the Republic of Macedonia.

2. CHAPTER

Managing the public health care system in Macedonia

The management of healthcare institutions can be done in variety of ways, and research conducted by the World Health Organization suggests that an effective governance is compatible and in correlation with the socio-economic development of the state, its political development, public administration, the local sector, the private sector and, of course, the level of citizens' participation in the system.

Countries with weaker economies can promote and protect its citizens' health with good governance that would involve: setting state strategies and goals, as well as policy making, passing laws, by-laws, rules, decisions, and by appropriate allocation of resources with strategic goals and objectives in mind.¹⁸ Also in this type of countries, one should take into account the tendency to create public-private partnerships in healthcare, which requires a slightly different management.

Managing is a complex concept with political, economic, legal and institutional influences, multifaceted at all levels of the health system.¹⁹ At the micro level, the management of hospitals is entrusted to the Board of Directors.

¹⁶ Strategic plan of the Ministry of Health 2015-2017, 2016-2018, 2018-2019. Access at: <http://zdravstvo.gov.mk/strateski-plan-i-budzet/>

¹⁷ For the key components see: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-policy/health-2020-the-european-policy-for-health-and-well-being/about-health-2020/what-are-the-key-components-of-health-2020>

¹⁸ Baez-Camargo C, and Jacobs E. 2011. "A Framework to Assess Governance of Health Systems in Low Income Countries." *Basel Institute on Governance*.

¹⁹ Caulfield, T., Hort, K. "Governance and stewardship in mixed health systems in low and middle-income countries." *Nossal Institute for global health*. N. 24. December 2012. p. 2

It is a formal body of the public health institution in-charge of hiring the heads of hospitals.²⁰

With the amendments and additions to the Law on Health Care in 2004,²¹ for the first time in the history of the health care system the Management Board is mentioned as a separate body, a collective body of the healthcare institutions. What is lacking are specific provisions that indicate the manner of managing this body in liaison with the health institutions. Instead, the law refers to the bylaws deriving from the law itself. The Board of Directors is charged with the management of the public health institution.²² The Law on institutions establishes the number of members of the managing body from a minimum of 3 to a maximum of 15 members.²³ The number of members and the composition of the Board of Directors of the individual health institutions that provide health care is regulated by the amendments and supplements to the Law on Health Care, such as *lex specialis*. And of course, the current Law on Health Care precisely determines the number of the Board of Directors at five for public health institutions offering consulting services from specialists and athospitals.

The composition of the administrative body at these health care institutions is slightly different from those offering primary care.²⁴

The Managing Board is a collective body comprising of two representatives selected from the professional and competent public health professionals and three representatives from the founder (the Government of the Republic of Macedonia).²⁵ Specifically, a member of the Board of Directors of a public health institution can be anyone outside of the profession, as long as they have special competences (at least higher education). Two are selected from among the employees and three members are representatives of the founder. All are appointed by the founder, the Government of Macedonia.

The Law on Institutions and the Law on Health Care, as well as the bylaws governing the public healthcare institutions arising from these laws prohibit the appointment of a member of the Management Board if there is a conflict of interests. Conflict of interest situations are: the named person or a close person of the named person is employed or owns shares or investments in legal entities that manufacture or trade in medical products, medical devices or

²⁰ Article.6 from the law on changes and additions to the law on health care. No. 84/2005.

²¹ Article 16 of the law on changes and additions to the law on health care. Official Gazette of the Republic of Macedonia. No. 10/2004

²² Article 100, page.1 and Article 1, page 1 from the Statute of the Public Health Institution, Shtip.

²³ See article 42, page 2 Law on Institutions.

²⁴ See article 100, page 3.

²⁵ See article 100, page 2 Law on Health Care. No. 43/12

medical equipment; if the nominated person, personally or through a third person, has interests in the institution or can have any influence on the independence and impartiality of the management of the institution. The aforementioned situations could be used as reasons for the dismissal of a member of the Management Board before the duration of their appointment expires.²⁶

Considering this composition of the Management Board, it appears that the legislator has opted for a member board set up similarly to the forms of management found at trade companies, i.e. a set up mirroring the two-tier system management of trade companies.

Given the high level of responsibility carried by board members, one cannot but question whether the "good practices" of corporate governance of private companies would be beneficial to the management of public health institutions, given that their services are of general public interest. Although,

We talk about corporate governance in private healthcare service systems, so why cannot we talk about corporatization of the public health institutions?

These types of concepts of organizational reforms in the public health institutions have already been instituted in several developed systems. Some even argue that this is the best "middle road" approach to get rid of the deficiencies and the unsustainability faced by public healthcare institutions.

Good corporate governance is a fundamental prerequisite for the successful operation of any institution, whether it is in the public or private sector of ownership.

In line with the current Law on Health Protection of the Republic of Macedonia, "the executive body of the public health institution consists of two people who are equally responsible for the work and the legal responsibilities of the public health institution."²⁷ In other words, the rights and obligations of the directors, which stem from their regular work as a collective body are mutually conditioned. The basic duties of the executive body are to undertake measures to eliminate the irregularities in providing health care to the beneficiaries, while protecting the public interest.²⁸

²⁶ See article 102, Law on Health Care.

²⁷ Article 7, page 1. The law on changes and additions to the law on health care. *Official Gazette of the Republic of Macedonia.No.5/2007.*

²⁸ Article 53 Law on Health Care.*Official Gazette of the Republic of Macedonia.No. 38/91.*

3. CHAPTER Public Health Care financing

For every country the financing of the healthcare system poses a challenge, but also a difficulty. Each country strives to build a compatible and sustainable health system.

Hence, the functioning of the system as a whole is directly determined by the financial mechanism behind it. In order to provide sufficient funds for its sustainability it is necessary to find a balanced and comprehensive way of financing all of the components of the system.

Most often, the budget for public health care services can be drawn from taxes and/oremployer contributions to health insurance. Governments remain the main provider of finances and are primarily responsible for the management and development of the health infrastructure, the supply of health services and cost covering.²⁹

The financing of the Macedonian healthcare system comes from health insurance contributions that flow into the central state budget and the health insurance fund. Which means that the main funding source are health insurance contributions from salaries and other salary allowances to the State Health Fund. The State Health Fund functions on the principle of solidarity. At the moment there are four main funding sources: from the central budget, the health insurance fund, as well as self-financing and external programs. Specifically, the funds necessary for the continuous work of the public healthcare institutions in Macedonia come from: direct payments for health services, but these direct payments are covered by programs that are in direct agreements with the Fund; with funds from the measures and activities of the various programs; by payment for health services by the patients themselves, with personal funds of the insured persons covered by the compulsory health insurance, that is, with additional payments for a higher standard of health services in accordance with the regulations covering health insurance; from the assets of the insurance companies that offer additional health insurance; from the investment funds of the founder; from donations and gifts and, other sources.³⁰

However, over the past decade, the set targets for the budget have not been realized or funds were not sufficient, suggesting either that the annual projections were misleading or the control over the spending of funds was lacking. The principle of cost-effectiveness of the public healthcare institutions and the Fund, as well as the targeted spending of resources should be the main

²⁹ Theodore H. Tulchinsky, Elena A. Varavikova(2003) "The new public health." *Studentski Zbor*. Page 93.

³⁰ Article 16, and article 133. Law on Health Care of the Republic of Macedonia.

goal. Proper financial controls mean proper control of the adjustment of annual financial plans.

Aside from the previously mentioned functions, these controls should also serve a corrective purpose, more precisely to appear as a corrector of the irregularities in the financial activities at the inter-sectoral and inter-institutional level.

One of the reasons for this budget deficit is the increased number of unemployed people, the aging population and the labor migration to the European countries, which has been increasing in the last decade. Which means that the demographic structure is a key factor for a functioning and financially sustainable health system. The financial control in the social democratic countries guarantees to the individual a right to health care. The state accepts the obligation to provide sufficient, accessible and quality health care. However, the specialized health care and the demand for high-tech services by the citizens exceeds the budgetary and personnel capabilities even in highly developed economies, and in some cases even they face limited-resources problem. Hence, we can freely say that the financials of the current Macedonian health care system and its sustainability are under serious pressure and that the established system is hardly sustainable.

CONCLUSION

Structurally and organizationally, the health care system is one of the most complex social systems. This system depends on the socio-economic, political and social development of a country and is strongly influenced by the social values and applicable regulations, which is why the health infrastructure varies from state to state. The ongoing implementation of a set health policy plays a significant role in the creation of a sustainable health system. The realization of the basic goals (universality, efficiency, fairness, freedom of choice of services and providers) depends on the manner of managing and financing the public health care system. Which means that the modern health systems differ primarily in the methods used for collecting health care funds, as well as in the manner of paying the health care providers. In Macedonia, the state has a pronounced regulatory and supervisory role in the management of the public health system. As a result, finding a competitive management system of public health, alongside a balanced fundraising and financing, are necessary conditions for the successful functioning and upkeep of the Macedonian healthcare system.

REFERENCES

Theodore H. Tulchinsky, Elena A. Varavikova(2003) “The new public health.” *Studentskizbor*, Skopje.

Caulfield, T., Hort, K. “Governance and stewardship in mixed health systems in low and middle-income countries.” *Nossal Institute for global health*. N. 24. December 2012

Stabilization and Association Agreement between the European Communities and its member states and the Former Yugoslav Republic of Macedonia. Official Journal of European Union. L84/13

TFEU. *Official Journal of the European Union* , C115/123 from 2008

Law on Health Care. *Official Gazette of the Republic of Macedonia*. No. 38/91

Patients right Law. *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No. 82/08, 12/09, 51/11;

Law covering the records in health care. *Official Gazette of the Republic of Macedonia*. No. 20/2009, 53/11, 164/13, 150/15;

Commission Staff Working Document the Former Yugoslav Republic of Macedonia Report. 2015. SWD(2015) 212 final, Brussels

Public Health Act. *Official Gazette of the Republic of Macedonia*. No. 22/10; 136/11; 144/14; 149/15

Law on Health protection. *Official Gazette of the Republic of Macedonia*. No.43/12, 145/12, 87/13,164/13, 39/14,43/14, 188/14, 10/15,61/15, 61/15, 154/15, 192/15 37/16

Strategic Plan of the Ministry of Health. 2015-2017, 2016-2018, 2018-2019

Law for voluntary health insurance. *Official Gazette of the Republic of Macedonia* No.145/12, 192/15

Кристина МИШЕВА

Доцент

Универзитет „Гоце Делчев“, Правни факултет, Штип

САВРЕМЕНИ ТРЕНДОВИ И ИЗАЗОВИ ПОСТОЈЕЋЕГ СИСТЕМА УПРАВЉАЊА И ФИНАНСИРАЊА ЈАВНОГ ЗДРАВСТВЕНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Апстракт: Заштита и промоција јавног здравља јесте важан циљ било које социјално-економске заједнице. Улога која стоји иза институционализоване организације сваке заједнице јесте постављање флексибилног здравственог система, који ефикасно и ефектно ради на усклађивању мреже примарне, секундарне и терцијарне здравствене заштите; као и јавно здравље и хитну помоћ. Циљ овог рада јесте да испита ефектност и ефикасност мреже на нивоу секундарне здравствене заштите, посебно болничну активност са нагласком на болничку заштиту у истом региону Републике Македоније. Наиме, може ли начин рада и форма менаџмента институција јавне здравствене заштите допринети јачању организације или представљати препреку за испуњавање битних активности. Део овог рада се фокусира на финансирање јавног здравственог система као битног аспекта који може подстицати или ометати функционисање целокупног здравственог система.

Кључне речи: *јавно здравље, здравствена заштита, менаџмент, законодавство, финансијски извештаји.*

Рад је предат 30. априла 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ*

Горан МИЛОШЕВИЋ**

Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду

ПОРЕСКИ ТРЕТМАН ПРЕНОСА УЗ НАКНАДУ НЕПОКРЕТНОСТИ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА СА СТАНОВИШТА ПОРЕЗА НА КАПИТАЛНЕ ДОБИТКЕ

Апстракт: У раду се анализира порез на капиталне добитке којем су подвргнута физичка лица у случајевима преноса уз накнаду непокретности. Циљ рада је да се прикаже начин на који је регулисано ово питање у државама чланицама Уније, као и у Републици Србији, а све како би се унапредило српско законодавство у овој области и допринело његовој једнообразној примени.

Кључне речи: *капитални добици; порез на капиталне добитке; порески третман преноса непокретности; порез на доходак грађана.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Једно од основних правила пореског права јесте да свако увећање економске снаге пореског обвезника треба бити опорезовано, па, самим тим, и капитални добици, који се могу дефинисати као приход који настаје увећањем вредности појединих права из састава обвезникове имовине, односно као разлика између продајне и набавне цене одређених средстава, морају имати такав третман. По правилу се у законодавству сваке земље наводе средствачијим отуђењем настаје, односно не настаје капитални добитак.¹ У та средства се, по правилу, сврставају непокретности и одређене покретне ствари, као што суудели у капиталу правних лица, права интелектуалне својине и хартије од вредности.² У

* Асистент са докторатом, ccvjetkovic@pf.uns.ac.rs

** Редовни професор, g.milosevic@pf.uns.ac.rs

¹ Д. Поповић, Г. Илић Попов, „Опорезивање капиталних добитака привредних друштава од преноса акција уз накнаду“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2017, 6.

² Наравно, тиме се не затвара круг покретних ствари чијим отуђењем настаје капитални добитак. Примера ради, у Чешкој капитални добитак може настати и

овом раду пажња ће бити усмерена само на капиталне добитке које остварују физичка лица преносом уз накнаду непокретности.

Пораст вредности непокретности може да буде последица, не само различитих улагања пореског обвезника и шире друштвене заједнице (изградњом саобраћајница, повећањем комуналне опремљености и сл.), него и дејства тржишних сила. Дакле, за настанак капиталног добитка и његово опорезивање није важно да ли је до увећања вредности непокретности дошло под дејством фактора који су под контролом обвезника.³

Приликом опорезивања сваког капиталног добитка, па и оног насталог преносом уз накнаду непокретности, јавља се дилема да ли опорезовати реализовани или потенцијални капитални добитак.⁴ Иако би са теоретске тачке гледишта било идеално да се свако увећање вредности имовине опорезује, првенствено, због тешкоћа у вези са вредновањем и проблема у вези са ликвидношћу, у већини савремених пореских законодавстава спроводи се опорезивање само реализованих капиталних добитака.⁵ Држава на тај начин обезбеђује обвезницима бескаматни зајам који је усмерен на повећање продуктивности.⁶ Међутим, опорезивање капиталних добитака по реализацији ствара подстицај да се средства држе, односно ствара се ефекат затварања (енг. *lock in effect*).⁷ Како би се промет „откочио“, односно ублажио ефекат затварања, неретко се капитални добици подвргавају нижим стопама, односно изузимају од опорезивања по истеку одређеног периода власништва над одређеним средствима.⁸ Недостаци опорезивања капиталних добитака по реализацији везују се и за чињеницу да, због инфлације, често имају само номинални карактер, као и за то да одлагање плаћања пореза смањује садашњу вредност пореза, односно доводи до тога да је ефективна стопа нижа од законске, итд.⁹

продајом аутомобила, ако је период власништва краћи од 12 месеци. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, EY, London 2016, 338.

³ S. Surrey, „Definitional Problems in Capital Gains Taxation“, *Harvard Law Review* 6/56, 989.

⁴ Д. Поповић, Г. Илић Попов, *op. cit.*, 9.

⁵ О случајевима опорезивања потенцијалних капиталних добитака: Д. Поповић, Г. Илић Попов, *op. cit.*, 9-12.

⁶ J. Stiglitz, „Some Aspects of the Taxation of Capital Gains“, *Journal of Public Economics* 21/1983, 291.

⁷ *Ibid.*, 280-281.

⁸ S. Moore, P. Kerpen, *A Capital Gains Tax Cut: The Key to Economic Recovery*, IPI Center for Tax Analysis, Irving, Texas, 2001, 3.

⁹ G. Auten, „Capital Gains Taxation“, *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, (eds. J. Cordes, R. D. Ebel, J. G. Gravelle), Washington 1999, 59-60.

2. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА НАСТАЛИХ ПРЕНОСОМ УЗ НАКНАДУ НЕПОКРЕТНОСТИ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Иако највећи број чланица, попут Литваније, Луксембурга и Словеније, не прави разлику између пореског третмана капиталних добитака остварених преносом непокретности и капиталних добитака насталих преносом покретних ствари,¹⁰ међу чланицама је уочљив и тренд да се капитални добици настали отуђењем хартија од вредности неопорезују (нпр. Бугарска и Чешка), односно да се подвргавају нижим стопама (нпр. Хрватска, Шведска, Португал).¹¹ Међутим, како се често капитални добици остварени преносом непокретности, по испуњењу законом прописаних услова, изузимају од опорезивања,¹² тешко је дати коначну оцену у погледу тога да ли је њихов порески третман повољнији у поређењу са капиталним добицима насталим преносом покретних ствари.

2.1. Краткорочни и дугорочни капитални добици

Када су у питању капитални добици настали преносом уз накнаду непокретности, приликом одређивања пореског третмана, по правилу се води рачуна о времену држања непокретности, и то на начин да су повољнијем пореском третману подвргнути дугорочни капитални добици. Данска¹³ и Кипар¹⁴ су изузеци у том погледу.¹⁵

¹⁰ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway*, Edition 2016, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2016, 131, 137, 174.

¹¹ *Ibid.*, 59, 74, 64, 184, 158.

¹² Штавише, постоје и чланице у којима се опорезивање капиталних добитака насталих преносом уз накнаду непокретности не спроводи. Тако, у Румунији се приликом продаје непокретности плаћа само порез на пренос апсолутних права. Његова сличност са порезом на капиталне добитке је у томе што стопа овог пореза зависи од периода држања непокретности пре отуђења. Вид. *Ibid.*, 163.

¹³ У овој земљи привилеговани режим се обезбеђује само оним капиталним добицима који су остварени располагањем имовине која се користи за становање. Вид. *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2016), 79.

¹⁴ На Кипру се не води рачуна о периоду власништва пре продаје, већ се, узависности од врсте непокретности, прописује одбитак у апсолутном износу који обвезник има право само једном током животног века. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide* 2016-2017, 331.

¹⁵ Када су у питању нечланице Уније, ту спадају и Црна Гора и Република Српска. У Црној Гори дугорочни капитални добици се третирају на једнак начин као и краткорочни. Једино је предвиђено да се капитални добитак не опорезује ако је

Ако је период држања кратак, то имплицира да је могући обвезников мотив за продају непокретности стицање имовинске користи. То значи да би се могао ставити знак једнакости између тзв. шпекулативних¹⁶ и краткорочних, као и тзв. нешпекулативних и дугорочних капиталних добитака.¹⁷ Дакле, период власништва је најчешћи критеријум за откривање „шпекулативне“ природе капиталног добитка.¹⁸ Иако период власништва пре отуђења није увек најбољи показатељ намере да се продаји непокретности приступа искључиво због остваривања имовинске користи, услед тржишних осцилација, било је неопходно установити неко правило које би потпомогло да се „откочи“ промет непокретности.¹⁹ Поред периода власништва, као допунски, срећу се и други критеријуми. Примера ради, у Хрватској²⁰ и Грчкој²¹ се води рачуна о броју промета непокретности у петогодишњем периоду.

непокретност служила пореском обвезнику као једино и главно место становања (пребивалиште). Са друге стране, у Републици Српској није прописан приилеговани порески третман, ни за дугорочне капиталне добитке, ни за оне настале преносом уз накнду главног места становања. Вид. Чл. 37г Закона о порезу на доходак физичких лица, „Службени лист Црне Горе“, бр.065/01, 012/02, 037/04, 029/05, 078/06, 004/07, 86/09, 073/10, 040/11, 014/12, 006, 062/13, 060/14 079/15, 083/16; Закон о порезу на доходак, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/15.

¹⁶ Шпекулативни послови обухватају послове који се састоје у куповини и продаји средстава, са намером да се заради у разлици на цени. Вид. *Економска и пословна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд 1994, 1542.

¹⁷ Треба нагласити да је привилеговани режим опорезивања предвиђен и за дугорочне капиталне добитке настале отуђењем покретних ствари. Штавише, период чијим истеком капитални добитак постаје дугорочан за покретне ствари је, по правилу, краћи у поређењу са капиталним добицима насталим отуђењем непокретности.

¹⁸ Код покретних ствари тзв. шпекулативна природа капиталног добитка се може утврђивати и на друге начине. Илустрације ради, у Белгији капитални добици настали отуђењем удела имају шпекулативни карактер ако нису настали у оквиру уобичајеног управљања обвезниковим личним средствима. То значи да се опорезују само они капитални добици које појединац остварује у таквом обиму да суштински представљају професионални доходак. У пракси се под шпекулативне добитке подводе случајеви када је кратак рок између стицања и располагања, када постоји несразмера између набавне и продајне цене, када обвезник продаје средства учестало, када приступа закључивању зајмова из тих разлога, ако користи псеудопрофесионална средства (нпр. користи специјалне софтвере који обезбеђују релевантне тржишне податке), итд. Вид. Speculation, <http://www.taxbites.be/taxation/content/view/66/9/>, приступ: 23. јуни 2017. године.

¹⁹ Наравно, не може се занемарити ни чињеница да је у питању политички популарно решење.

²⁰ Наведено правило се не примењује ако се непокретности преносе на основу посебног закона, или ако се отуђују земљишта чија је појединачна површина до 250 m², а укупно до 1000 m². Ако се отуђује зграда са више станова или пословних

Рокови чијим протеком капитални добици постају дугорочни се разликују од чланицедо чланице. Неке од њих, попут Белгије, прописују различите рокове у зависности од врсте непокретности, па тако за грађевинске објекте у којима обвезник не станује износи пет година, а за земљиште десет година.²² У највећем броју чланица (Италија, Бугарска, Словачка, Пољска, Чешка, Летонија, итд.)²³ капитални добици се не опорезују ако су настали отуђењем непокретности које обвезник у свом власништву има барем пет година. У Немачкој и Финској тај рок износи десет година, с тим да се у Немачкој његовим истеком капитални добици уопште не опорезују, а у Финској се умањују за већи проценат.²⁴ Најкраћи рок од две године је прописан у Луксембургу и Естонији.²⁵

„Каскадни“ систем, тј. постепено повећање обима пореске олакшице са порастом периода власништва, присутан је, примера ради, у Француској, Грчкој, Мађарској и Словенији. Тако, у Француској се капитални добици умањују за сваку годину држања, почев од истека пете године власништва, што доводи до тога да се на непокретности које су у власништву 22 и више година не плаћа порез.²⁶ На сличан начин опорезивање капиталних добитака је регулисано и у Грчкој, Словенији и Мађарској, с тим да се протеком рока од 20 година у Словенији, односно 15 година у Мађарској, порез на капиталне добитке уопште не плаћа, а у Грчкој²⁷ је умањење капиталног добитка веће што је дужи период

простора, односно земљиште са више парцела, једном непокретношћу се сматра сваки стан, пословни простор односно парцела. Вид. Ћл. 58, ст. 3 Закона о порезу на доходак, „Narodne novine“, бр. 115/16.

²¹ Поред тога, води се рачуна и о висини оствареног капиталног добитка. Вид. *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway*, Edition 2014, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2014, 92.

²² *Taxation and Investment in Belgium 2017*, Deloitte, Brussels 2017, 26.

²³ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2016), 121, 68; *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 183, 1120, 1239, 787.

²⁴ *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 480, 427.

²⁵ *European Tax Handbook 2015*, 605; *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 395.

²⁶ Када је у питању плаћање дажбина социјалног карактера, они се не плаћају након истека рока од 30 година. Треба нагласити да ове дажбине нису доприноси за социјално осигурање, јер се не везују искључиво за остваривање права из социјалног осигурања. Поред тога, у Француској постоји и додатни порез када капитални добитак прелази 50000 евра. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 441-442.

²⁷ Примена пореза на капиталне добитке на непокретности у Грчкој је суспендована до краја 2017. године.

власништва.²⁸ Донекле специфичан начин регулисања опорезивања дугорочних капиталних добитака присутан је у Португалу. Наиме, у овој земљи је прописано да се капитални добици остварени располагањем непокретности (осим грађевинског земљишта) које су биле у власништву обвезника пре 1. јануара 1989. године не опорезују, као и да се само за онепокретности које се држе дуже од две године спроводи усклађивање набавне цене са инфлаторним кретањима.²⁹

У погледу оправданости увођења различитих стопа у зависности од периода држања средстава уопште, па и непокретности, у финансијској теорији постоје различита гледишта, од оног да је такво решење оправдано, какоби се умањио ефекат затварања, до гледишта да оно има регресиван учинак, јер су капитални добици углавном концентрисанији код обвезника са већом економском снагом него остале категорије дохотка.³⁰ Ако за дугорочне капиталне добитке није прописано изузимање, већ снижена стопа, протеком времена обвезници ће бити изложени ефективној стопи која је нижа од законске због временске вредности новца.³¹

2.2. Порески третман капиталних добитака насталих преносом уз накнаду непокретности које представљају место становања

У погледу пореског третмана капиталних добитака насталих преносом уз накнадунепокретности које представљају место становања у земљама чланицама Европске уније можемо уочити више решења. Једна крајност је да се они увек изузимају од опорезивања, без прописивања додатних услова (Луксембург),³² а друга да за њих није предвиђен посебан режим (Грчка).³³ На средини се налази решење да се плаћање пореза одлаже ако се средства остварена продајом сталног места становања уложе у стицање новог на подручју ЕЕА (Шведска),³⁴ као и

²⁸ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2014), 92.

²⁹ У сваком случају, када нису у питању непокретности намењене обављању пословне делатности, само 50% оствареног капиталног добитка се опорезује. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 1130-1131.

³⁰ G. Auten, 60.

³¹ *Taxation of Capital Gains of Individuals – Policy Considerations and Approaches*, OECD, 2006, Paris, 53.

³² Вид. *European Tax Handbook 2015*, 605.

³³ *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 522.

³⁴ Одложени добитак ће бити опорезив ако се нова непокретност прода. Одложени износ ствара камату коју плаћа обвезник. Вид. *Worldwide Personal Tax and*

највише заступљено решење које се састоји у прописивању знатно краћег периода власништва, у поређењу са периодом власништва за остале непокретности, чијим протеком се не спроводи опорезивање капиталних добитака. Примера ради, у Белгији се опорезивање не спроводи ако се непокретност која представља место становања, користи од стране власника непрекидно током периода од 12 месеци пре продаје,³⁵ у Чешкој, Хрватској и Финској две године,³⁶ у Бугарској три године,³⁷ а у Мађарској³⁸ и Летонији³⁹ пет година. У појединим земљама, попут Хрватске и Ирске, привилеговани режим је доступан и ако непокретност служи као место становања издржаваним члановима његове породице.⁴⁰ На Кипру се, као и код осталих непокретности, признаје одбитак, али у знатно већем износу (85430 евра наспрам 17086 евра односно 25629 евра), него за остале категорије непокретности, с тим да се, поред тога, захтева и непрекидни петогодишњи боравак.⁴¹ У појединим чланицама није прецизиран минимални период власништва да би капитални добитак настао отуђењем главног места становања остао ван обухвата опорезивања, већ је његово одређивање препуштено самим пореским органима (Француска),⁴² односно у појединим чланицама сесамо

Immigration Guide 2016-2017, 1323; *European Tax Handbook 2010*, IBDF, Amsterdam 2016, 815.

³⁵ *Taxation and Investment in Belgium 2017*, 26.

³⁶ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2016), 68; *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 427; Čl. 58, st. 2 Zakona о porezu на dohodak.

³⁷ *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 183.

³⁸ Чак и ако се прода пре истека тог рока, признаће се извесна умањења. Вид. *Taxes and Capital Gains Tax in Hungary*, <http://www.affidata.co.uk/sh/property-for-sale/property-taxes-in-hungary>, приступ: 25. јуни 2017. године.

³⁹ Иако се захтева да минимални период власништва буде пет година, обвезник у њој не мора да има пријављено место становања цео период власништва, већ је довољан период од 12 месеци пре продаје. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 787.

⁴⁰ Čl. 58, st. 2 Zakona о porezu на dohodak; *Guide to Capital Gains Tax*, Irish Tax and Customs, Dublin 2015, 15-16.

⁴¹ Као и код осталих категорија непокретности, реч је о износу одбитка на који обвезник има право само једном током животног века. Вид. *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 331.

⁴² У пракси се обично прихвата да је минимални период осам месеци. Међутим, и од овог правила постоје изузецију случајевима смрти супружника, промене посла, више силе и сл. Да би се непокретност квалификовала као главно место становања неопходно је да се користи на редовној основи све до тренутка продаје. То не значи да мора да буде коришћена у тренутку продаје (нпр. обвезник се може преселити у другу непокретност док је не прода). Ако је непокретност „други дом“ или непокретност која се изнајмљује, прописана су другачија правила.

захтева да се она користи за становање током целокупног (Данска), односно највећег дела (Италија) периода власништва.⁴³ Поједине чланице прописују и додатне услове. Тако, у Данској и УК је постављен захтев у погледу површине стамбеног објекта,⁴⁴ у Естонији и Ирској у погледу површине земљишта на којем се објекат налази,⁴⁵ у Словенији да се стамбени објекат може састојати од највише два стана,⁴⁶ у Шпанији да су обвезници лица старија од 65 година,⁴⁷ итд.

Иако су неке спроведене студије показале да порез на капиталне добитке може смањити резиденцијалну мобилност, односно бити препрека мењању места становања, не постоје и емпиријске потврде о величини ефекта затварања у овој области.⁴⁸

3. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА НАСТАЛИХ ПРЕНОСОМ УЗ НАКНАДУ НЕПОКРЕТНОСТИ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Опорезивање капиталних добитака физичких лица у Републици Србији је регулисано Законом о порезу на доходак грађана – ЗПДГ.⁴⁹ У српском пореском праву капиталним добитком сматра се разлика између продајне цене права, удела и хартија од вредности и њихове набавне цене, остварена продајом или другим преносом уз новчану или неновчану надокнадустварних права на непокретностима; ауторских и сродних права и права индустријске својине; удела у капиталу правних лица, акција и

⁴³ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2016), 79; *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 680; French Capital Gains Tax, <https://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/taxation/capital-gains-tax/rate/>, приступ: 25. јуни 2017. године.

⁴⁴ *Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway* (2016), 79; *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 1446.

⁴⁵ *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017*, 395; *Guide to Capital Gains Tax*, 15-16.

⁴⁶ Чл. 96 Закона о доhodnini, „Урадни лист РС“, шт. 13/11, 9/12, 24/12, 30/12, 40/12, 75/12, 94/12, 52/13, 96/13, 29/14, 50/14, 23/15, 55/15, 63/16, 69/17.

⁴⁷ Capital Gains Tax in Spain, <http://www.abacoadvisers.com/spain-explained/taxes/news/capital-gains-tax-in-spain>, приступ 28. јуни 2017. године.

⁴⁸ Per Lundborg, Per Skedinger, „Capital Gains Taxation and Residential Mobility in Sweden“, *Journal of Public Economics* 3/1998, 400.

⁴⁹ Вид. чл. 72а, ст. 1, тач. 1)-3), 5) Закона о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, „Службени гласник РС“, бр. 24/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 – испр., 31/09, 44/09, 18/10, 59/11, 91/11 – одлука УС, 7/12 – усклађени дин. износи, 93/12, 114/12 – одлука УС, 47/13, 48/13 – испр., 108/13, 57/14, 68/14 – др. закон, 5/15 – усклађени дин. износи, 112/15, 5/16 – усклађени дин. износи, 17/17 – усклађени дин. износи.

осталих хартија од вредности; инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова, откупљене од стране отвореног инвестиционог фонда, у складу са прописима којима се уређују инвестициони фондови.⁵⁰ У контексту рада, посматраћемо само капитални добитак који се може остварити преносом уз накнаду стварних права на непокретности.

3.1. Утврђивање продајне и набавне цене за сврху одређивања капиталног добитка

3.1.1. Утврђивање продајне цене

За сврху одређивања капиталног добитка продајном ценом се сматра уговорена цена, односно тржишна цена коју утврђује надлежни порески орган ако оцени да је уговорена цена нижа од тржишне. Као уговорена, односно тржишна цена узима се цена без пореза на пренос апсолутних права.⁵¹ У случају размене непокретности, продајном ценом се сматра тржишна цена права на непокретности која се размењује.⁵²

3.1.2. Утврђивање набавне цене

Набавном ценом сматра се цена по којој је обвезник стекао стварно право на непокретности.⁵³ Ако је исплаћивана у деловима, они се сабирају, а ако је исплаћена у неновчаном облику, преводи се у новчани еквивалент. Спорно је да ли се приликом утврђивања набавне вредности признају и трошкови адаптације, реконструкције, доградње или надоградње непокретности. Министарство финансија је поводом ове дилеме дало потврдан одговор.⁵⁴

Приликом одлучивања да ли ће се одређени трошкови признати за потребе утврђивања набавне цене, треба поћи од природе тих расхода. Ако су у питању трошковикоји „прате“ продају непокретности, али не утичу на повећање њене вредности, они се не би требали признати. Тако је Министарство финансија заузело став да ће, у случају непокретности коју је обвезник стекао у извршном поступку, а која је била оптерећена хипотеком, набавну цену чинити продајна цена утврђена судском

⁵⁰ Чл. 72 ст. 1-2 ЗПДГ.

⁵¹ Чл. 73, ст. 1-2 ЗПДГ.

⁵² Чл. 73, ст. 3 ЗПДГ.

⁵³ Чл. 74, ст. 1 ЗПДГ.

⁵⁴ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 414-00-94/2010-04 од 29.10.2010. године.

одлуком, а да се трошкови обвезника у виду плаћања хипотекарног дуга ради брисања хипотеке, као и плаћени порез на пренос апсолутних права не могу признати.⁵⁵ Сличан став је заузети поводом случаја када укупан износ купопродајне цене није припао власнику, већ је подељен са закупцем на неодређено време на основу претходно закљученог уговора.⁵⁶

Код преноса непокретности коју је обвезник сам изградио, набавну цену чини износ трошкова изградње, а ако их обвезник не докаже, набавну цену чиниће основица пореза на имовину у години настанка обавезе на основу пореза на имовину. Код непокретности у изградњи, набавну цену чини износ трошкова изградње које је обвезник имао до дана преноса и које може да документује.⁵⁷ Ако се врши продаја само једног стана који се налази у згради коју је обвезник изградио, набавна цена тог стана утврдиће се у односу на укупну набавну цену зграде, тј. набавну цену квадратног метра у тој згради.⁵⁸

У пракси се могу јавити неке специфичне ситуације када утврђивање набавне цене непокретности може да буде проблематично, посебно када су у питању непокретности које је обвезник изградио. У неколико случајева Министарство финансија се изјашњавало о набавној цени грађевинског објекта који се продаје заједно са земљиштем на којем се првобитно налазио други грађевински објекат који је срушен, ради изградње новог. Министарства финансија је сматрало да у том случају набавну цену чине трошкови куповине земљишта, односно вредност земљишта, трошкови рушења претходно саграђеног објекта, као и трошкови који су у непосредној вези са изградњом новог објекта, али не и вредност срушеног објекта, јер тај објекат није постојао у моменту изградње новог, односно зато што његова вредност ни на који начин није унета у вредност новог објекта.⁵⁹ Наведени став је потврђен и у касније донетом мишљењу.⁶⁰

Утврђивање набавне цене може да буде проблематично и код непокретности стечених на основу реституције. Министарство финансија

⁵⁵ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 430-03-45/2009-04 од 19.10.2009. године.

⁵⁶ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 414-00-75/2011-04 од 28.10.2011. године.

⁵⁷ Чл. 74, ст.1-3 ЗПДГ.

⁵⁸ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 430-07-140/2011-04 од 20.06.2011. године.

⁵⁹ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 414-00-68/2008-04 од 26.06.2008. године; *Мишљење Министарства финансија*, бр. 011-00-545/2013-04 од 23.04.2015. године.

⁶⁰ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 011-00-39/2017-04 од 30.03.2017. године.

је решило ову дилему и у свом мишљењу је истакло да се за сврху одређивања капиталног добитка набавном ценом сматра вредност,⁶¹ односно тржишна вредност⁶² непокретности на дан стицања.

Ако је непокретност обвезник стекао поклоном или наслеђем, набавном ценом сматра се цена по којој је поклонодавац, односно оставилац стекао стварно право на непокретности, а ако она не може да се утврди, онда ће се набавном ценом сматрати њихова тржишна вредност у моменту стицања од стране поклонодавца, односно оставиоца. Изузетно, ако је поклонодавац, односно оставилац стварно право на непокретности стекао пре 24. јануара 1994. године, набавну цену утврдиће надлежни порески орган према тржишној вредности на дан 24. јануара 1994. године.⁶³

Ако је непокретност стечена уговором о доживотном издржавању, набавном ценом сматра се тржишна цена која је узета или која је могла да буде узета као основица пореза на пренос апсолутних права у моменту стицања од стране обвезника.⁶⁴ Начин на који је формулисана ова законска одредба упућује на то да ће се одредбе о набавној цени непокретности примењивати у случајевима када је непокретност стечена уговором о доживотном издржавању независно од степена сродства са примаоцем доживотног издржавања, односно и у ситуацијама када је обвезник – давалац издржавања брачни друг или крвни сродник у правој линији. Упркос језичком тумачењу, мишљења смо да се овај случај може подвести под чл. 72а, ст.1, тач. 2), који прописује да капитални добитак неће постојати у случају када се пренос врши између брачних другова и крвних сродника у правој линији, јер нема основа за то да се уговор о доживотном издржавању, као теретни правни посао, другачије третира од неког другог преноса уз накнаду.

Правило је да се набавна цена увећава годишњим индексом потрошачких цена⁶⁵ од дана стицања до дана преноса, према подацима републичког органа надлежног за послове статистике. Једино када су у питању непокретности које обвезник сам изградио, набавна цена се ревалоризује за сваку годину, почевши од 1. јануара године која следи години у којој је извршено улагање до дана преноса.⁶⁶

⁶¹ Вид. *Мишљење Министарства финансија*, бр. 011-00-682/2012-04 од 30.10.2013. године

⁶² *Мишљење Министарства финансија*, бр. 430-00-74/2014-04 од 25.10.2016. године.

⁶³ Чл. 75, ст.1-2 ЗПДГ.

⁶⁴ Чл. 75, ст.3 ЗПДГ.

⁶⁵ До маја 2013. године било је прописано да се набавна цена непокретности умањује на основу амортизације.

⁶⁶ Чл. 74, ст.8-9 ЗПДГ.

3.2. Пореска основица, пореска стопа, пореске олакшице, пребијање капиталних губитака и капиталних добитака, настанак пореске обавезе

Опорезиви приход, на који се плаћа порез по стопи од 15%, чини капитални добитак, који је утврђен на претходно описан начин, тј. као разлика између продајне и набавне цене.⁶⁷

Српски законодавац предвиђа могућност да се капитални губитак може пребити са капиталним добитком, и то само у случају када обвезник прво оствари капитални губитак, а касније капитални добитак. Ако се и после пребијања исказе капитални губитак, допуштено је његово пребијање у наредних пет година,⁶⁸ почев од године у којој је остварен првобитни капитални губитак у вези са којим се врши пребијање са капиталним добитком.⁶⁹ Примера ради, ако је капитални губитак остварен у 2017. години, тај губитак се може пребити са капиталним добитком оствареним у 2017., 2018., 2019., 2020. и 2021. години.

Право на ослобођење од плаћања пореза на капиталне добитке има онај обвезник који средства остварена продајом непокретности уложи у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице, односно домаћинства, и то у року од 90 дана од дана продаје.⁷⁰ Обвезнику који то учини у року од 12 месеци⁷¹ од дана продаје признаје се право на повраћај.⁷² Ако обвезник у решавање свог стамбеног питања уложи само део средстава остварених продајом непокретности, пореска обавеза му се сразмерно умањује.⁷³

Пореска обавеза настаје у моменту преноса уз накнаду стварних права на непокретности. Порески обвезник је дужан да поднесе пореску

⁶⁷ Чл. 76-77 ЗПДГ.

⁶⁸ До октобра 2012. године било је прописано да се капитални губитак може пребити са капиталним добитком оствареним продајом другог права, удела или хартија од вредности у истој години.

⁶⁹ Чл. 78 ЗПДГ.

⁷⁰ Вид. Ц. Цејетковић, Л. Батуран, „Решавање стамбеног питања као основ пореских олакшица у српском систему пореза на доходак грађана“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1685-1698.

⁷¹ У Португалу и Шпанији тај рок је знатно дужи и износи пет, односно четири године, с тим да почиње тећи две године пре продаје (важи претпоставка да је тада обвезник огласио продају непокретности). Вид. *Worldwide Personal Guide – Income Tax, Social Security and Immigration* 2015-2016, Ernst & Young, London 2015, 1080; Capital Gains Tax, <https://www.angloinfo.com/spain/how-to/page/spain-money-general-taxes-capital-gains-tax>, 15. септембар 2016. године.

⁷² Вид. чл. 79, ст. 1-2 ЗПДГ.

⁷³ Чл. 80 ЗПДГ.

пријаву у року од 30 дана од дана када је остварио или започео остваривање прихода по основу преноса стварних права на непокретности.⁷⁴ То значи да рок за подношење пореске пријаве се везује за моменат остваривања прихода, а не за сам моменат закључења уговора, што је значајно у ситуацијама када се ови тренуци не подударају.

3.3. Случајеви када се капитални добитак неће утврђивати

Иако ЗПДГ дефинише капитални добитак као позитивну разлику између продајне и набавне цене (у овом контексту стварних права на непокретностима),⁷⁵ прописани су и случајеви када се упркос постојању позитивне разлике, неће сматрати да постоји капитални добитак, и то:

- када је непокретост стечена наслеђем у првом наследном реду;⁷⁶

Примера ради, примена ове одредбе доводи до тога да се капитални добитак неће утврђивати ако је продата непокретност коју је обвезник наследио од родитеља. Постојећа одредба је често мењана. Тако, једно време је било прописано да се неће сматрати да је капитални добитак остварен ако је стечен наслеђем, независно од наследног реда, а у једном периоду стицање права, удела или хартија од вредности наслеђем није имало утицај на то да ли ће постојати капитални добитак или не.⁷⁷

Ако се пође од тога да је намера српског законодавца да опорезује само „шпекулативне“ капиталне добитке, наведена одредба не иде у прилог таквој намери, јер она може да постоји и код отуђења непокретности стечених наслеђем у првом наследном реду.

- када се пренос непокретности врши између брачних другова и крвних сродника у правој линији;⁷⁸

Примера ради, када би деда пренео уз накнаду кућу својој унуци, као крвном сроднику у правој линији, капитални добитак се не би утврђивао.

- када се пренос непокретности врши између разведених брачних другова, а у непосредној је вези са разводом брака;⁷⁹

⁷⁴ Чл. 95, ст. 1, тач. 1) ЗПДГ.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Чл. 72а, ст. 1, тач. 1) ЗПДГ.

⁷⁷ Наиме, Законом о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 31/09, брисана је тачка 1 која је прописивала пореско изузимање од пореза на капиталне добитке остварене по основу преноса права, удела или хартија од вредности у случају њихове продаје, односно преноса трећем лицу уз накнаду од стране лица које их је стекло путем наслеђа. То значи да ако је капитални добитак стечен наслеђем у периоду од 8. маја 2008. до 30. маја 2013. године такав капитални добитак ће се опорезовати.

⁷⁸ Чл. 72а, ст. 1, тач. 2) ЗПДГ.

Као и у претходном случају, сматра се да капитални добитак не постоји ако се пренос непокретности врши између одређених лица. У упоредном праву, осим наведених, среће се и решење да се капитални добитак не опорезује ако се пренос врши између послодавца и запосленог, чланова партнерства и сл.⁸⁰

- када се врши пренос непокретности коју је обвезник пре преноса имао у свом власништву непрекидно најмање десет година.⁸¹

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Ако се има у виду начело правичности, сваки капитални добитак би се требао опорезовати. Међутим, у већини савремених пореских система капитални добици настали преносом уз накнаду непокретности уживају привилеговани порески третман ако су пре преноса биле у обвезниковом власништву током одређеног, релативно дужег, временског периода. Наиме, пошло се од претпоставке да је пренос уз накнаду непокретности у релативно кратком року од њеног стицања израз настојања за стицањем имовинске користи, а не израз реалних потреба пореског обвезника, па би се начелно могао ставити знак једнакости између краткорочних и „шпекулативних“ капиталних добитака, иако би несумњиво додатна, тј. допунска примена неких других критеријума, попут учесталости и броја непокретности које се отуђују у одређеном временском периоду, боље допринела утврђивању природе капиталног добитка. Привилегованим режимом дугорочних капиталних добитака настоји се ублажити и ефекат затварања.

Упоредноправна анализа показала је да се начин регулисања опорезивања капиталних добитка насталих преносом уз накнаду непокретности усрпском пореском праву донекле разликује од начина регулисања овог питања у чланицама Уније. Најважније разлике се огледају у томе што је у Републици Србији прописан јединствен период власништва чијим протеком не настају капитални добици за све покретне и непокретне ствари, у томешто порески третман капиталних добитака насталих преносом места становања није издвојен из општег пореског режима, као и у томе да је прописан релативно дуг период чијим истеком капитални добитак стиче „нешпекулативни“ карактер. Са друге стране, прописано је да се капиталним добитком не сматра позитивна разлика настала преносом непокретности између одређених лица, као и пренос непокретности стечених наслеђем у првом наследном реду, иако основ

⁷⁹ Чл. 72а, ст. 1, тач. 3) ЗПДГ.

⁸⁰ *Taxation of Capital Gains of Individuals – Policy Considerations and Approaches*, 109.

⁸¹ Вид. чл. 72а, ст. 1, тач. 5) ЗПДГ.

стицања и пренос између одређених лица не искључују њихов „шпекулативни“ карактер.

Анализа стручних мишљења Министарства финансија је показала да у пракси највише дилема има поводом признавања трошкова који увећавају набавну цену непокретности. Став овог органа је да увек треба поћи од природе ових расхода, тј. од тога да ли су у питању расходи који увећавају вредност непокретности.

ЛИТЕРАТУРА

Економска и пословна енциклопедија, Савремена администрација, Београд 1994.

Поповић Дејан, Илић Попов Гордана, „Опорезивање капиталних добитака привредних друштава од преноса акција уз накнаду“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2017.

Цвјетковић Цвјетана, Батуран Лука, „Решавање стамбеног питања као основ пореских олакшица у српском систему пореза на доходак грађана“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017.

Auten Gerald, “Capital Gains Taxation”, *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, (eds. J. Cordes, R. D. Ebel, J. G. Gravelle), Washington 1999.

European Tax Handbook 2015, IBDF, Amsterdam 2016.

Guide to Capital Gains Tax, Irish Tax and Customs, Dublin 2015.

LundborgPer, SkedingerPer, „Capital Gains Taxation and Residential Mobility in Sweden“, *Journal of Public Economics* 3/1998.

MooreStephen, KerpenPhil, *A Capital Gains Tax Cut: The Key to Economic Recovery*, IPI Center for Tax Analysis, Irving, Texas, 2001.

StiglitzJoseph, „Some Aspects of the Taxation of Capital Gains“, *Journal of Public Economics* 21/1983.

SurreyStanley, „Definitional Problems in Capital Gains Taxation“, *Harvard Law Review* 6/56.

Taxation and Investment in Belgium 2017, Deloitte, Brussels 2017.

Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway, Edition 2014, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2014.

Taxation Trends in the European Union – Data for EU Member States, Iceland and Norway, Edition 2016, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2016.

Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2016-2017, EY, London 2016.

Taxation of Capital Gains of Individuals – Policy Considerations and Approaches, OECD, 2006, Paris.

Правни прописи

Закон о порезу на доходак грађана, „Службени гласник РС“, бр.24/01, 80/02, 80/02 – др.закон, 135/04, 62/06, 65/06 – испр., 31/09, 44/09, 18/10, 59/11, 91/11 – одлука УС, 7/12 – усклађени дин. износи, 93/12, 114/12 – одлука УС, 47/13, 48/13 – испр., 108/13, 57/14, 68/14 – др. закон, 5/15– усклађени дин. износи, 112/15, 5/16 – усклађени дин. износи, 17/17 – усклађени дин. износи.

Закон о порезу на доходак физичких лица,,Службени лист Црне Горе“, бр.065/01, 012/02, 037/04, 029/05, 078/06, 004/07, 86/09, 073/10, 040/11, 014/12, 006, 062/13, 060/14 079/15, 083/16.

Закон о порезу на доходак, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 60/15.

Закон о porezu na dohodak, „Narodne novine“, br. 115/16.

Закон о dohodnini,,Uradni list RS“, št. 13/11, 9/12, 24/12, 30/12, 40/12, 75/12, 94/12, 52/13, 96/13, 29/14, 50/14, 23/15, 55/15, 63/16, 69/17.

Мишљења Министарства финансија:

Мишљење Министарства финансија, бр. 414-00-68/2008-04 од 26.06.2008. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 430-03-45/2009-04 од 19.10.2009. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 414-00-94/2010-04 од 29.10.2010. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 430-07-140/2011-04 од 20.06.2011. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 414-00-75/2011-04 од 28.10.2011. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-682/2012-04 од 30.10.2013. године

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-545/2013-04 од 23.04.2015. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 430-00-74/2014-04 од 25.10.2016. године.

Мишљење Министарства финансија, бр. 011-00-39/2017-04 од 30.03.2017. године.

Интернет извори:

Capital Gains Tax in Spain, <http://www.abacoadvisers.com/spain-explained/taxes/news/capital-gains-tax-in-spain>, приступ: 28. јуни 2017.

Capital Gains Tax, <https://www.angloinfo.com/spain/how-to/page/spain-money-general-taxes-capital-gains-tax>, приступ: 15. септембар 2016. године.

French Capital Gains Tax, <https://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/taxation/capital-gains-tax/rate/>, приступ: 25. јуни 2017. године.

Speculation, <http://www.taxbites.be/taxation/content/view/66/9/>, приступ: 23. јуни 2017. године.

Taxes and Capital Gains Tax in Hungary, <http://www.affidata.co.uk/sh/property-for-sale/property-taxes-in-hungary>, приступ: 25. јуни 2017. године.

Cvjetana CVJETKOVIĆ

Assistant with , University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad

Goran MILOŠEVIĆ

Full Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad

TAX TREATMENT OF SALES OF REAL ESTATE FORM THE ASPECT OF CAPITAL GAINS TAX

Summary

The subject of this paper is capital gains tax which is payable by individuals in the cases of sales of real estate. The aim of the paper is to show the way of regulation of this tax in the member states of the European Union, as well as in the Republic of Serbia, in order to advance Serbian legislation related to the capital gains tax and provide its uniform application.

Key words: *capital gains; capital gains tax; tax treatment of sales of real estate of individuals; income tax.*

Рад је предат 16. марта 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Зоран РИСТИЋ*

Привредна академија Нови Сад – Факултет савремених уметности,
Београд,

Висока струковна школа за предузетништво, Београд

УМЕТНОСТ КАО ИНВЕСТИЦИЈА – ПРАВНИ ОКВИР ЗА ПОДСТИЦАЊЕ ИНВЕСТИРАЊА У УМЕТНОСТ

Апстракт: У свету је присутан тренд пораста интереса за улагање у уметност, а предвиђа се да ће ово тржиште бити једно од важних сегмената улагања потенцијалних инвеститора у будућности. Улагање у уметност је уједно и улагање у развој културе једне земље, оно само по себи поседује културну и етичку димензију, која је императив у свим напредним друштвима. Они који поседују капитал (новац), теже да диверсификују своју имовину тиме што део инвестирају и у уметност верујући да ће вредност њиховог улагања током времена порасти. Полазећи од наведеног, овај рад је фокусиран на анализу правног оквира и кључних проблема инвестирања у уметност. Он завршава кратком анализом могућности за унапређење инвестирања у уметност у Републици Србији и препорукама које у пракси могу довести до тог унапређења.

Кључне речи: *инвестирање, уметнички ресурси и потенцијали, уметничка атракција.*

1. Увод

Људска природа је ретко вођена само хуманим мотивима, па је и улагање у уметност увек у себи имало и компоненту бизниса, са циљем да се путем уметности оствари профит. Инвестирање у уметност омогућава финансијску подршку очувању, ревитализацији и промоцији уметности и добара културне баштине, доприноси финансијској и организационој независности културних институција и организација. Адекватан правни оквир за инвестирање у уметност има не само материјалне већ и тзв. нематеријалне ефекте, као што су развијање свести и брига о сопственим уметничким вредностима, креирање културног идентитета и позитивног имица заједнице.

* Ванредни професор, zoranris@yahoo.com

Улагање у уметност је благо које остаје заувек.¹ Инвестиције су предуслов развоја уметности, а улагање у уметност истовремено резултат и фактор материјалног и духовног прогреса целокупног људског друштва. Улагањем у уметност улажемо у прошлост наше будућности. Само инвестицијама у уметност могу се развијати креативност, раскош фолклора, изобиле културног и уметничког богатства у музејима, историјским градовима и грађевинама које одишу споменичким и митским духом. Оригиналност, разноврсност и обиље таквих уметничких ресурса одређује и заинтересованост потенцијалних инвеститора у ову област. Од инвестиција уметност добија неопходан извор прихода, подстиче се професионално управљање културним добрима и њихов маркетинг, омогућује се боља контрола над коришћењем културних потенцијала и ствара се бољи имиџ уметности у јавности.

Где је граница између уметности и бизниса и ко одређује праву вредност уметничког дела? Стара предрасуда о уметницима који живе на рубу сиромаштва се данас изменила. Модерне технологије и тржишна правила, приморали су уметнике да све више размишљају као предузетници, а њихове потенцијалне финансијере да развијају нове механизме за инвестирање у уметничку индустрију, попут уметничких акцелератора, као и да остварени добитак не мере искључиво новцем. Уметнички ресурси постају интересантни инвеститорима планским обликовањем, а производ постају процесом презентације и интерпретације. Да би се повећао интерес инвеститора за уметност, ови производи се морају одржавати, обликовати и истицати. Важно је осигурати делотворан маркетиншки менаџмент уметничких производа, и у исто време инвеститорима осигурати сигуран правни оквир, различите погодности, привлачност и потенцијалну корист.

2. Историјски развој инвестирања у уметност

Уметност се може посматрати као скуп материјалних и духовних вредности (процеса, промена и творевина) које су настале као последица материјалне и духовне инвестиције човека у природи, друштву и мишљењу, а без којих не би могло постојати људско друштво ни у најједноставнијем облику организације. Инвестирање у уметност, било кроз форму арт (уметничког) фонда, било на традиционалан или неки други начин куповином од уметника, приватних власника, галериста..., има значајну будућност. Данас обрт новца у уметности доноси високе

¹ Доступно на адреси: https://www.b92.net/kultura/vesti.php?nav_category=270&yyyy=2014&mm=04&dd=21&nav_id=8388888 (датум приступа: 24.02.2018.)

зараде, а колекционарство више није само страст богатих већ и део стратегије инвестиционих фондова. Ради се о проширењу портфолија инвеститора, у којем ће место наћи поред акција, обвезница, некретнина... и уметност.²

Приступ уметности као инвестицији није нимало нов. Зарађивати новац продајом уметности је такође уметност.³ Многи велики уметници дугују свој развој и успех колекционарима - меценама, који су куповали њихова дела и тако им омогућавали да живе од свог рада. Вековима су то били црква и племство, а од почетка XIX в. ту улогу преузима настајућа буржоазија. Почетком XX в. богати амерички индустријалци купују уметничка дела и праве колекције да би доказали своју позицију културне елите, а не само новчане, а поредећи се са старом европском аристократијом. Касније, у другој половини XX в., као велики инвеститори у уметност, јављају се могли адвертајзинга и компјутерских софтвера, као што су *George Saatchi (Saatch & Saatchi)*, *Bernard Arnault (LVMH)*, *Francois Pinault (PPR, Sothebys, Gucci Group)* и *Bill Gates (Microsoft)*.

Новији феномен је класа инвеститора који потичу из *Hedge* и *Private Equity* фондова и великих *Asset* менаџмент фирми. *Hedge* фондови су најагресивнија врста инвеститора, који су специјализовани за одређени начин инвестирања у јавна и приватна предузећа, сировине и валуте, локално и глобално, са циљем да праве позитиван повраћај на инвестиције независно од стања у економији. Тај начин инвестирања последњих 20 година је креирао гиганте као што су *Soros*, *Paul Tudor Johnes*, *Steve Cohen*, *Stephen Swartzman*, *Luis Bacon* и многи други. *Hedge* фондови креирају огромну количину капитала за своје инвеститоре и у том процесу зарађују компензације од стотине милиона, а у неким случајевима и милијарде долара годишње. *Steve Cohen*, један од највећих бизнисмена у Америци данас, оснивач и главни менаџер *SAC Capital Partnersa*, фонда који му је донео милијарде долара, је један од највећих колекционара модерне уметности. Инвеститори попут њега имају "проблем" где да уложе толики капитал. Често је њихов избор управо улагање у уметност, посматрајући то као сигурну инвестицију. У овој класи инвеститори из

² Тако је на аукцији 2007. године, продата слика *M. Rothkoa White Center* и постигла невероватну цену од 72,84 мил. УСД, а претходни власник, *David Rockefeller* ју је купио 1960. године за 10.000 УСД.

³ Доступно на адреси: <http://www.dw.com/sr/investicije-u-umetnost/a-27853933> (датум приступа 24.02.2018.)

Америке доминирају због модерног тржишта капитала и напредне правне и финансијске регулативе.⁴

Уметност је 2015. године скоро потпуно инструментализована у економском смислу, без обзира на то да ли се финансира из приватног или јавног сектора.⁵ Уметничка дела се више не доживљавају само као објекти уживања, већ као алтернативни облик активе, који омогућава стварање веома занимљивих пословних прилика. Ревизорска кућа *Deloitte* у оквиру својих редовних годишњих финансијских извештаја, посебну пажњу усмерава управо на културу и уметност, сматрајући област њиховог стварања, деловања и размене засебним тржиштем.⁶ Опишљиве уметнине, попут слика и скулптура, посебно значајну улогу имају у управљању личном имовином, па у годинама кризе и економског успоравања многи инвеститори прибегавају куповини уметничких дела пре него племенитих метала, верујући да ће њихова вредност остати иста или временом расти. Вредност уметнина је директно везана за стање економије/привреде. Данашње веома високе вредности које уметничка дела постижу на аукцијама у *Christyju* и *Sothebyju* углавном финансирају људи који су капитал зарадили кроз тржишта капитала, или као власници компанија или кроз шпекулацију.

У многим земљама уметност је препозната као значајан фактор економског раста и развоја. Владе ових земаља подстичу и помажу организацију разних уметничких догађаја и развијају различите програме подршке уметности. Економски ефекти оваквих инвестиција су изнад очекивања.⁷ Да улагање у уметност има дугорочно изузетно позитивне ефекте на економију, открива и најновије немачко истраживање.⁸

⁴ Прилагођено према: <http://www.vreme.com/cms/view.php?id=5097155> (датум приступа 24. и 25.02.2018.)

⁵ Lind M., Minichbaue R. (2015), *Европске културне политике 2015*, Frieze Foundation. (str 4.)

⁶ Према *Deloitte*-овом извештају за 2016. год., чак 72% анкетираних инвеститора широм света истакло је да улаже у уметност „због својих интересовања, али и из инвестиционих разлога“, док је 6% њих изјавило да на тај начин искључиво „управља својим финансијама“. У истом извештају пише да је током прошле године приватно инвестирање у уметност само у САД било „тешко“ око 19 милијарди УСД, уз годишњи раст од 15%.

⁷ Само визуелна уметност је допринела запошљавању 37.000 људи у В. Британији и обезбедила профит од 1,9 млрд. фунти. Вредност „сектора“ визуелне уметности се у В. Британији процењује на око 8,5 млрд. фунти годишње. Доступно на адреси: http://www.artscouncil.org.uk/media/uploads/pdt/appendix_visualarts.pdf (датум приступа 03.03.2018.)

⁸ Студија под насловом "Музика у ваздуху: Социјални поврат инвестиција у култури" (*Music in the Air: Estimating the Social Return to Cultural Amenities*). Доступно на адреси:

У многим развијеним земљама визуелна уметност је препозната као значајан фактор економског раста и развоја. Владе развијених земаља подстичу и помажу организацију разних уметничке догађаја, и развијају различите програме подршке младим уметницима. Економски ефекти оваквих инвестиција су изнад очекивања – визуелна уметност је допринела запошљавању 37 000 људи, и обезбедила профит од 1.9 милијарди фунти. Вредност “сектора” визуелне уметности у Великој Британији се процењује на око 8.5 милијарди фунти годишње – све је више људи који купују уметничка дела, а креативне индустрије, које се ослањају на визуелну уметност, попут архитектуре, дизајна, реклама и компјутерских игара, из године у годину бележе све већи раст.

У многим развијеним земљама визуелна уметност је препозната као значајан фактор економског раста и развоја. Владе развијених земаља подстичу и помажу организацију разних уметничке догађаја, и развијају различите програме подршке младим уметницима. Економски ефекти оваквих инвестиција су изнад очекивања – визуелна уметност је допринела запошљавању 37 000 људи, и обезбедила профит од 1.9 милијарди фунти. Вредност “сектора” визуелне уметности у Великој Британији се процењује на око 8.5 милијарди фунти годишње – све је више људи који купују уметничка дела, а креативне индустрије, које се ослањају на визуелну уметност, попут архитектуре, дизајна, реклама и компјутерских игара, из године у годину бележе све већи раст.

Као и код осталих тржишта тако и на тржишту уметнина следећи фактори утичу на: богатство потенцијалних инвеститора или укупни ресурси који стоје на располагању; очекивана стопа поврата на улагање мерена у релативном односу на стопу поврата у остала улагања; ризик, односно степен неизвесности везан за очекивану стопу поврата; ликвидност, односно лакоћа којом се уметнина као облик имовине може претворити у готовину; укуси и преференције потрошача, те низ других мање важних фактора.⁹

http://www.rtv.rs/sr_lat/zivot/kultura/ulaganje-u-umetnost-podstice-ekonomiju_576946.html (датум приступа: 04.03.2018.)

⁹ Поповић М. (2008), Тржиште уметничких дела: случај ликовне уметности (стр. 29.). Доступно на адреси: http://www.repec.mnje.com/mje/2008/v04-n08/mje_2008_v04-n08-a08.pdf (датум приступа: 10.03.2018.)

3. Правни оквир и управљање улагањима у уметност

Основни принцип улагања у уметност је исти као код улагања на тржишту капитала-купити јефтино, а продати скупо. Питање је како проценити шта и када купити, односно кад продати? На тај начин инвестирање у уметност постаје слично инвестирању у акције или обвезнице на берзи. Међутим, код акција годишњи извештаји о пословању фирме дају оријентир за одлуку о куповини и могућем правцу кретања цене те акције у будућности. Код улагања у уметност нема годишњих извештаја - одлука је врло субјективна. Очигледно је да при процени уметничких производа перцептивни фактори имају изузетно значајнију улогу.¹⁰ У покушају да се смањи степен субјективности, последњих година на појединим тржиштима се истражују статистичке методе праћења цена, не би ли се пронашли неки објективни фактори релевантни за доношење одлуке о инвестирању у уметност. Као и на берзи, формиран су индекси, тако да постоји *Picasso* индекс или индекс Старих Мајстора. Многим инвеститорима који долазе из корпоративног света или света финансија управо одговара овакав систем у којем је све пренесено у цифре, индексе и графиконе. Али основни је проблем што једно Пикасово дело није исто што и било које друго његово дело. За разлику од акција - свака Мајкрософтова акција је иста као друга.

Неликвидност која карактерише уметност, представља истовремено и велику предност и велику ману при приступању уметности као инвестицији. Уметност спорије реагује на промене у економији, него нпр. некретнине, а много спорије него берзе. Ово значи да цене уметнина могу да остану неприродно депресирани, чак и кад цене других *asset* расту, или обрнуто. Тржиште и инвестирање у уметност је доживело бум осамдесетих година, а то се може посматрати као закаснела реакција на инфлацију из седамдесетих. Овај бум је доживео свој врхунац одмах после слома берзе 1987. год., а завршио се након колапса тржишта некретнина у раним деведесетим.¹¹

¹⁰ Стојиловић И., Јовановић Б., Станков Г, (2015)., Утицај информације на процену слике, Тематски зборник радова: О креативности и уметности – савремена психолошка истраживања, Филозофски факултет Ниш. (стр. 143).

¹¹ Док су људи који су купили уметнине током ниских фаза развоја овог циклуса успели много да зараде касније продајући та дела, они који су купили у време врхунца тог циклуса нису успели да поврате ни близу од уложеног, кад је циклус ушао у фазу опадања.

Због специфичности овог тржишта, држава мора законима да стимулише потенцијалне инвеститоре,¹² предузећа и корпорације који би инвестирали у уметност, а заузврат добили ослобађање или делимично ослобађање од пореза. Држава се на тај начин ослобађа обавезе да она улаже своја средства у уметност, а уметност добија на квалитету. Без адекватног закона који би регулисао област улагања у уметност, за ова улагања нема интереса.

Један од популарнијих финансијских модела створених за помоћ уметничким пројектима, има за циљ повезивање успешних искустава технолошких стартапова са такозваним креативним бизнисима. Тако је у Лондону основано неколико великих уметничких акцелератора, који по угледу на технолошке, окупљају младе уметнике на једном месту и „помажу им да се међусобно помажу“, тако да своје многобројне идеје преточе у реалност. Интерес инвеститора који стоје иза акцелератора је исти као и у случају њихових колега из сектора информационих технологија: младим ствараоцима је пружен креативни амбијент и могућност размене идеја са истомишљеницима, саветодавна и бирократска помоћ, неретко и финансијска, а заузврат организатори добијају удео у коначној вредности реализоване идеје. Иза већине енглеских акцелератора овог типа, један од најважнијих финансијера је држава, која је препознала да ће кроз овакав канал комуникације са младим ствараоцима допринети развоју националне културе у годинама које долазе.

На Западу је посебно раширена институција „анђела инвеститора“. У уметничком свету они су преузели улогу некадашњих мецена – уметницима које финансирају, осим новца за њихове пројекте, пружају савете и, што је још важније, важне контакте у пословном свету. Међутим, уметници и уметничке организације по својој дефиницији не остварују искључиво новчану зараду, па је и повраћај уложених средстава у њиховом случају нешто другачији него у класичној економији. Инвеститори у овом случају неће стећи новац, већ утицај, што је данас изузетно вредна валута, баш као што је то био кроз целу људску историју. Реч је, углавном, о мултимилionерима који о модерној уметности иначе знају мало, или не знају ништа, али својим новцем управљају по саветима стручњака како би повећали сопствени престиж или евентуално остварили (још један) одбитак од пореза.

Данас је уметност комерцијални производ, који се нуди инвеститорима. Међутим, није довољно имати само богато уметничко и

¹² Доступно на адреси: <http://www.info-evropa.rs/wp-content/uploads/2013/11/državna-pomoc-filmu-i-audiovizuelnim-deloma.pdf> (датум приступа 10.03.2018.)

опште културно наслеђе, њиме треба знати управљати. Да би се подстакао интерес за улагање у уметност, важно је осигурати адекватан правни оквир и делотворан маркетиншки менаџмент. У том смислу, главне компоненте уметничког производа су: квалитет промотивног материјала, прва визуална импресија, приступ, амбијент, излагање, презентација и интерпретација уметничких ресурса итд. Уметнички производ нису нпр. саме грађевине или предмети из прошлости већ је производ начин њихове интерпретације. Уметнички ресурси морају бити за инвеститоре и извор емоција, они морају пружити одређени доживљај - од ресурса створити атракцију.

Најпопуларнији вид финансирања уметничких пројеката, који је изникао захваљујући технолошкој револуцији у последњој деценији, је модел *crowdfundinga*, када пуно појединаца уложи део средстава за неког уметника. Најпознатија платформа овог типа је *Kickstarter*, због које су, пре неколико година, промењени закони о донацијама у већини америчких држава. Иако је на *Kickstarter*-у и сличним сервисима могуће уложити новац и у многе друге пројекте који немају везе са уметношћу, овакав начин финансирања је првобитно настао како би се помогло уметницима, који немају довољно средстава за свој рад.

Набројане врсте финансирања и правни оквир, често подразумевају да уметници морају на неки начин да ублаже своје виђење света, како би задовољили критеријуме својих улагача, било да је реч о великим инвеститорима, градским општинама или многобројној публици која улаже „динар дневно“ у њихове пројекте. Некада је вредност неког уметничког дела била мерена његовом аутентичношћу, а данас она зависи од захтева тржишта. Због тога и *Financial Times* закључује да је захваљујући променама у финансирању уметничких дела ово тржиште у протеклој деценији доживело раст без преседана у историји човечанства, али је истовремено утицало и на опадање значаја који су уметници имали у друштву и „отупело“ њихову критику у замену за прођу на тржишту и стабилан извор прихода.

4. Могућности за развој инвестирања у уметност у Србији

Бројни елементи уметности у Србији, као што су материјална и духовна уметност или манифестације, представљају значајан потенцијал за развој улагања потенцијалних инвеститора. Међутим, ови ресурси углавном нису претворени у осмишљене производе и још увек често чине само потенцијале, које је могуће развијати кроз улагања заинтересованих инвеститора. Добре иницијативе и пројекти улагања у уметност, још увек су на нивоу појединачних, без подстицајног правног окружења, континуираног маркетинга и синергије свих релевантних актера.

У Србији средства за финансирање или суфинансирање уметничких програма и пројеката обезбеђују се у буџету Републике, буџету аутономне покрајине и буџету јединица локалне самоуправе, а додељују се у складу са прописима којима се уређује контрола државне помоћи и другим законима.¹³

Политика и стратегија улагања у уметност није дефинисана ни на државном ни на локалном нивоу. Услед нејасних циљева и приоритета развоја у овој области, инвестиције у уметност се дешавају стихијски и без плана. Уметнички потенцијали Србије су велики, али су због недостатка планирања и недостаци у области подстицајне правне регулативе, менаџмента и тржишне орјентације велики.

Евидентан је недостатак систематских истраживања, евалуација и студија у области потенцијала који нуди уметност власницима капитала, а које би пружиле јасан увид у тренутно стање и дале основу за пројекцију краткорочних и дугорочних циљева улагања. Законодавство у Србији не стимулише уметничке институције на боље резултате, а касним доношењем одлука о финансирању чини програме, посебно уметничких догађања и манифестација, подложне променама. Потребно је доношење такве законске регулативе којом би се створио општи окир за подстицање развоја инвестиција у уметност, а посебно у делу регулисања како поделе одговорности тако и поделе добити међу главним актерима. У том смислу, држава има посебно велику улогу у развоју и потстицању улагања у уметност.

Добре примере других земаља треба применити и прилагодити расположивим уметничким ресурсима Србије. Прво треба идентификовати најатрактивније материјално, а нарочито нематеријално уметничко наслеђе и потенцијале Србије. Затим треба осмислити активан наћин интерпетације за привлачење улагача. Водећи се dobrим примерима других земаља и развијајући свест о значају инвестирања у развој уметности, Србија може да значајно унапреди, односно побољша своју позицију на овом све захтевнијем тржишту.

У Србији недостаје развијена галеријска сцена, као и вредносни параметри на тржишту у области уметности. Млади уметници тешко могу да живе од свог рада. Стране банке¹⁴ и корпорације нису кренуле у инвестирање у ову област, углавном зато што недостају законски прописане пореске олакшице које су главни мотив за такво улагање. Такође недостаје приватан новац, односно освешћена група инвеститора,

¹³ Закон о култури „Сл. гласник РС“, бр. 72/09, 13/16 и 30/16

¹⁴ Неке од највећих светских банака имају веома развијена одељења за инвестирање у уметност, док се у богатим економијама оснива све већи број финансијских институција којима је то једина област деловања.

који имају жељу да део свог капитала уложи у уметност. Вероватно би им лакше било кад би на уму имали речи *J. Paul Gettyja*: Варвари XX века не могу да се трансформишу у културна цивилизована људска бића док не почну да цене и воле уметност. Имајући при том, наравно, у виду и пореске олакшице (*tax shelter*) које су додатно веома мотивисале овог америчког богаташа у његовом развоју и љубави за уметност.

5. Закључна разматрања

За успешан пласман уметничког производа на тржиште потребно је познавати мотиве потенцијалних инвеститора, те располагати информацијама јесу ли они задовољни понуђеним. Уметнички производ треба формирати као атракцијски производ, важан је начин уметничке интерпретације места, историје, људи итд., јер се само тако може створити амбијент који привлачи улагаче. У складу са кретањима на тржишту, потребно је у осмишљавању уметничке понуде укључити све оне компоненте атрактивности које су инвеститорима важне.

Развој и раст инвестирања у уметност може се објаснити као последица ширих друштвених и економских трендова модерног времена, али и као фактор интеграције градова, држава и народа. Инвестирање у уметност се идеално уклапа у растући тренд глобализације, али и враћања старим вредностима које откривају оригиналност и специфичност. Како тржиште улагања у уметност расте, његов се фокус муњевито мења од преокупације и жеље инвеститора да поседује одређено уметничко дело, ка много ширем пољу и настојању да се оствари велики профит кроз улагања у уметност.

Консеквенца немогућности стандардизације вредности у области уметности и неликвидности овог тржишта, је и непостојање могућности да се прати вредност портфолија таквих *asseta*. Да би мерили своју перформансу током времена инвеститори би требало да су у стању да сазнају како се крећу цене уметнина које поседују. Али то је једино могуће сазнати чином продаје те уметнине. Са друге стране, многи стручњаци саветују да је немогуће успети у стварању профита улагањем у уметност, ако се уметност посматра искључиво као зарада. Често се каже да је на путу до зараде у свету уметности, један од пресудних фактора да инвеститор купије она дела ка којима има и иначе склоност, те ће с љубављу приступити прављењу колекције. Таква колекција има највеће шансе да увећа вредност и донесе висок поврат на инвестицију.¹⁵

¹⁵ Доступно на адреси: <http://bif.rs/2017/06/umetnost-trziste-uticaj-je-najvrednija-valuta/> (датум приступа: 10.03.2018.)

Инвестирање у уметност је шанса и српског, недовољно развијеног уметничког тржишта. Уметнички потенцијали недовољно су презентовани, интерпретирани и промовисани, тако да нису адекватно укључени у понуду која може да буде атрактивна за потенцијалне инвеститоре.

ЛИТЕРАТУРА

Поповић М. (2008), Тржиште уметничких дела: случај ликовне уметности http://www.repec.mnje.com/mje/2008/v04-n08/mje_2008_v04-n08-a08.pdf

Стојиловић И., Јовановић Б., Станков Г, (2015)., Утицај информације на процену слике, Тематски зборник радова: О креативности и уметности – савремена психолошка истраживања, Филозофски факултет Ниш.

Lind M., Minichbaue R. (2015), *Европске културне политике 2015*, Frieze Foundation.

Закон о култури „Сл. гласник РС“, бр. 72/09, 13/16 и 30/16

http://www.artscouncil.org.uk/media/uploads/pdt/appendix_visualarts.pdf

<http://bif.rs/2017/06/umetnost-trziste-uticaj-je-najvrednija-valuta/>

<http://www.dw.com/sr/investicije-u-umetnost/a-2785393>

<http://www.info-evropa.rs/wp-content/uploads/2013/11/drzavna-pomoc-filmu-i-audiovizuelnim-deloma.pdf>

http://www.rtv.rs/sr_lat/zivot/kultura/ulaganje-u-umetnost-podstice-ekonomiju_576946.html

<http://www.vreme.com/cms/view.php?id=509715>

https://www.b92.net/kultura/vesti.php?nav_category=270&yyyy=2014&mm=04&dd=21&nav_id=838888

Zoran RISTIĆ

**ART AS AN INVESTMENT - A LEGAL FRAMEWORK FOR
FOSTERING INVESTMENT IN ART**

Summary

There is a trend in the world of increasing interest in investing in art, and it is predicted that this market will be one of the important segments of the investment of potential investors in the future. Investing in art is also an investment in the development of a country's culture, it itself has a cultural and ethical dimension, which is an imperative in all advanced societies. Those who own capital (money) tend to diversify their assets by investing in the art, believing that the value of their investment will increase over time. Starting from the above, this paper focuses on analyzing the legal framework and key problems of investing in art. It concludes with a brief analysis of the possibilities for improving investment in art in the Republic of Serbia and recommendations that in practice can lead to this improvement.

Key words: *investment, artistic resources and potentials, artistic attraction.*

Рад је предат 29. априла 2018, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

Прегледни рад

Данијела ПЕТРОВИЋ*

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици

ПРИРОДНИ МОНОПОЛИ – РЕГУЛАЦИЈА ИЛИ ДЕРЕГУЛАЦИЈА

Апстракт: Питање регулисања монополског понашања уопште, али и природних монопола, *универзално* је питање са којим се сусрећу скоро све привреде савременог света. Решења које се примењују *особена* су и у складу са карактеристикама привреде својственим свакој од њих. У настојању да се оствари економски ефикасно решење у ограничавању тржишне моћи монополских предузећа, примењује се регулација, односно дерегулација. У условима постојања природног монопола неопходно је утврдити да ли су сви делови предузећа природни монопол, издвојити делове који нису и усмерити их на конкурентско тржиште, тј. извршити декомпозицију, а део који је природни монопол задржати под државном контролом. Од регулације до дерегулације постоји велика сива зона у којој већина данашњих економија егзистира у нади да ће пронаћи најбољи модел за олакшавање пословања предузећа, али и заштите интереса потрошача и јавног интереса.

Кључне речи: *природни монопол, државна интервенција, регулација, дерегулација.*

1. УВОД

Област која привлачи пажњу и врло често бива узрок полемика и расправа, у смислу начина на који треба да се регулише или дерегулише, јесте област *заштите конкуренције*, односно област регулисања монополског понашања. Држава настоји да ограничи тржишну моћ монопола и његове негативне последице (ограничење понуде и продају по монополским ценама), а да при томе не угрози одређене позитивне ефекте које монополи остварују (економију обима као последице дегресије фиксних трошкова, али и мотивацију за интензивна примењена истраживања). Постојање монопола, односно недостатак конкуренције, у условима статичке неефикасности, смањује подстицаје за динамички ефикасно понашање монополисте. Сама чињеница да интензивно истраживање и развој могу да доведу до монополског положаја онога ко је

* Асистент, danijela.petrovic@pr.ac.rs

улагао у истраживања, посебно ако су ефикасно заштићена патентна права, односно права интелектуалне својине, подстиче монополисту да улаже у развој, чиме се остварује позитиван ефекат монополисте на друштвено благостање. Када су у питању природни монополи, разлози њиховог постојања, али и начина на који се могу регулисати, мишљења економиста су подељена. На нека од њих, као и на постојећа решења у области природних монопола указаћемо у раду.

2. ПРИРОДНИ МОНОПОЛ

Пораст ефикасности производње који је условљен повећаним обимом производње, уз смањење износа просечних трошкова, а тиме и количине ангажованих ресурса по јединици производа представља *економију обима*. Економија обима може настати услед недељивости капацитета, повећаним могућностима специјализације која се остварује повећањем обима производње, деловањем физичких закона и сл.¹ Она је основна карактеристика производње, која неку групу, односно произвођача сврстава у *природни монопол*. Привредне гране у којима су растући приноси толико значајни да би у свакој регији требало да послује само једна фирма, зову се *природним монополима*.²

Постојање природног монопола остварује се када је једно предузеће у стању да цело тржиште снабдева добром или услугом уз ниже трошкове него што би могла да учине два или више предузећа, односно када величина тржишта не може допустити деловање више од једног предузећа. То значи да се у условима постојања природног монопола агрегатна тражња у целом обиму налази у зони економије обима, односно функцију трошкова карактеришу опадајући трошкови. У случају природног монопола није друштвено пожељно да на страни понуде постоји више од једног предузећа, односно конкуренција није одржива.

Основа за дефинисање постојања природног монопола до 80-их година двадесетог века били су опадајући трошкови. Неефикасна државна предузећа и неефикасна економска регулација условили су преиспитивање тог схватања, изражавајући сумњу да опадајући трошкови могу прецизно да идентификују природни монопол.

¹ Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 142-148.

² Ц. Стиглиц, *Економија јавног сектора*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 193.

Са аспекта друштвеног благостања, у условима економије обима функција трошкова је *субадитивна*, трошкови су нижи уколико производњу обавља један произвођач, него да то обављају два предузећа³:

$$C(q_1 + q_2) < C(q_1) + C(q_2)^4.$$

У условима постојања природног монопола могућа решења јесу *франшиза, контестибилно тржиште или конкуренција супститута* као облици конкуренције. Под франшизом се подразумева право снабдевања неког тржишта специфичном робом у одређеном периоду. Путем аукције коју води локална власт, и где се понуђачу највише цене даје право монополског снабдевања, додељује се франшиза. Код контестибилног тржишта постојање стварне или потенцијалне конкуренције приморава монополско предузеће да се ефикасно понаша и ценама покрива просечне трошкове. У случајевима када се разноврсни облици услуга боре за исто тржиште постоји конкуренција супститута.

Међутим, у условима постојања природног монопола конкуренција није одржива, јер је нерационално да постоје два или више предузећа која би задовољавала потребе становништва, а да постојећи капацитети нису у потпуности искоришћени. Уколико и постоји два или више предузећа подстицај за повећање обима производње довешће до истискивања конкурената са тржишта, било стечајем или ликвидацијом, било преузимањем или спајањем предузећа.

Под утицајем технологије и тражње природни монополи су подложни променама, једном дефинисана делатност као природни монопол може временом изгубити тај положај (пример фиксне телефоније). Сам појам природни монопол нема никакве везе са природним богатством, већ је његов настанак природан, нема никакве интервенције државе у процесу настајања. Као облик нарушавања конкуренције природни монопол није предмет заштите конкуренције, већ се јавља потреба за *регулацијом монопола*.⁵

³ Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *op. cit.*, 241.

⁴ *Ibid.*

⁵ Чињеница да се природни монополи најчешће регулишу као и то да најчешће јављају у оквиру инфраструктурних делатности условила је и формирање регулаторних агенција на светском нивоу од којих су најпознатије: **FCC** (Federal Communications Commission) – регулише везе и телекомуникације; **FERC** (Federal Energy Regulatory Commission) – регулише међудржавни пренос електричне енергије и природног гаса; **SEC** (Securities and Exchange Commission) – регулише продају вредносних папира; **FED** (Federal Reserve System) – контролише банкарске операције; **FDA** (Food and Drug Administration) – чијим се активностима настоји остварити заштита потрошача у области хране и лекова.

3. РЕГУЛАЦИЈА ПРИРОДНИХ МОНОПОЛА

С обзиром на то да монополи не остварују ефикасну алокацију ресурса, производе мање од друштвено пожељне количине, а наплаћују цене веће од маргиналног трошка, јасно је да постоји потреба за одређеном реакцијом државе, односно креатора њене политике. Та реакција се може испољити на један од четири начина:

- покушај да се монополизоване гране учине конкурентним;
- да регулишу понашање монопола;
- да нека приватна монополска предузећа претворе у јавна предузећа;
- да не учине ништа.

Регулација као начин којим држава може да утиче и ограничи монополистичко понашање, подразумева директну државну интервенцију којом се утиче на пословање предузећа. Регулација⁶ монопола, као и свака друга државна регулација, значи да су својинска права на регулисаном предузећу подељена између државе (агенције коју је држава основала) и власника предузећа.⁷ Регулисање монополског понашања остварује се применом *економске регулације*, која укључује надзор цена, улазних и излазних услова и *друштвене регулације* којом се регулише сигурност радника и потрошача као и заштитита околине. Економска регулација се најчешће посматра као процес који треба да надомести несавршености тржишта, односно несавршеност тржишта се решава заменом тржишног механизма у посматраној грани. Основна идеја економске регулације је да цену одреди на нивоу који би одредило и тржиште савршене конкуренције, како би се негативни ефекти монопола на друштвено благостање елиминисали. Несавршеност тржишта се поред економске регулације може отклонити или ублажити и правом

⁶„Регулација је резултат односа тражње интересних група (произвођача и потрошача) за регулацијом и понуде коју формира држава/политичари на регулаторном тржишту. Чикашка школа ЕАП премешта фокус размишљања са некадашњег схватања да се антимонополско законодавство бори против редистрибуције и да зато треба стриктно да буде регулисано и забрањено, на схватање да је улога антимонополског законодавства да подржава ефикасност јер се тиме подржавају интереси и произвођача и потрошача. Монопол се види као резултат процеса конкуренције који захтева снаге конкуренције које га могу неутралисати“, цитат преузет из: А. Јовановић, *Теоријске основе економске анализе права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998, 89.

⁷ А. Јовановић, *Увод у економску анализу права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998, 88.

конкуренције, којим се настоји да се исправе недостаци тржишта и створе услови за деловање конкуренције као процеса надметања, па се врло често поставља питање јесу ли ови начини елиминисања или ублажавања несавршености тржишта супститути или комплементи, да ли се искључују међусобно и који даје боље резултате у примени.

Примена и спровођење економске регулације захтева да се утврди да ли је монопол који се регулише природни, да ли постоје супститути производа које монополско предузеће производи, као и то да ли постоје услови за успостављање конкуренције за стицање монопола на тржишту на коме се регулација спроводи. Да би регулација имала смисла и могла да се спроведе, неопходно је да се изврше детаљна испитивања у наведеним областима како се не би по инерцији или без анализе трошкова и тражње закључивало да се ради о природном монополу.

Области у којима држава најчешће примењује регулацију јесу област електропривреде, производња и дистрибуција гаса, телекомуникације, железница, водоснабдевање. Осим природе делатности у којима је изражено присуство природних монопола, веома је важно и неопходно сагледати и власничку структуру природних монопола.⁸ На избор форме власништва утиче ефикасност коју монопол остварује, па се врло често приватно власништво сматра ефикаснијим обликом својине над монополом. Бројни примери показују да су држава и предузећа у њеном власништву неефикасна, било да се ради о погрешној политици набавки, кадровској политици и сл. Исто тако, јасно је да велики број приватних предузећа може да обави многе послове јефтиније од државних предузећа. Проблем је што је до чврстих доказа о неефикасности државе тешко доћи, јер државни и приватни сектор врло често не производе иста добра, због чега поређење није лако, а и када то чине мерење инпута није лако.⁹ Међутим, и државно власништво уколико транспарентно и по прописаним процедурама регулише функционисање монопола, може да буде ефикасно.¹⁰

Када је са аспекта Парето ефикасности непожељно да природни монополиста формира цену, а неизводљиво је принудити га да производи по конкурентској цени, држава може сама да обезбеђује производе и услуге монополског предузећа или да регулише приватна предузећа која ће те производе и услуге пружати. Оба начина имају предности и недостатке, и различито су заступљена у привредама.

⁸ Општи приступ финансијском пословању, доступно на сајту: <http://www.vps.ns.ac.rs>Materijali>mat16016>, приступ, 18. март, 2018.

⁹ Ц. Стиглиц, *op.cit.*, 201.

¹⁰ Г. Манкју М, Тејлор М, *Економија*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 330.

Регулисано предузеће које не може да тражи субвенције¹¹, а мора да оствури ненегативан профит, мора да послује на кривој просечног трошка или изнад ње. Ако услуге пружа свима који су спремни да за њих плате, онда мора да послује и на кривој тражње. Регулисано предузеће тада продаје производ према просечном трошку производње, покрива трошкове, али производи сувише мали аутпут у односу на ефикасан ниво аутпута.

Овакав начин формирања се најчешће среће код комуналних предузећа, где државни регулатори одређују цене које она могу да наплаћују, које најчешће обезбеђују нулту тачку рентабилитета, односно производњу која је једнака просечним трошковима. Проблем са којим се регулатори сусрећу јесте утврђивање стварних трошкова монополског предузећа.

Могућности у погледу *метода* регулације монопола, односно монополског понашања, јесу:

1. јавно предузеће (имплицитна регулација);
2. регулација заснована на контроли профитне стопе;
3. регулација заснована на постицајима;¹²
4. регулација стопом повраћаја на инвестирани капитал.¹³

Циљ и задатак регулације је максимизација друштвеног благостања, односно стварање услова да произвођачи присвајају профит у складу са трошковима прибављања капитала, а потрошачи плаћају цену коју би плаћали у условима постојања конкуренције.

4. ДЕРЕГУЛАЦИЈА КАО АЛТЕРНАТИВА РЕГУЛАЦИЈИ

Због недовољне ефикасности регулације у ограничавању и спречавању монополског понашања, економисти предлажу *дерегулацију*,

¹¹ Субвенција (lat. *subventio*, помоћ, државна помоћ у новцу) – трајна или привремена помоћ државе одређеним привредним гранама или културним, социјалним, просветним, здравственим, уметничким и сл. организацијама, с циљем да се унапреди њихова активност и развије до нивоа адекватног друштвеним потребама за таквом активношћу. Привредне субвенције имају најчешће циљ: развој производних снага у одређеним секторима привредних активности, одржање цена на нивоу адекватном куповној снази потрошача, без обзира на наиво трошкова истих производа итд. С. Куколеча, *Организационо-пословни лексикон*, Рад, Београд, 2006, 1473.

¹² Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *op. cit.*, 285.

¹³ Вид: Б. Ристић: „Аверч-Цонсонов модел понашања регулисаних предузећа“, *Економске идеје и пракса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, бр.18, 9.

односно *приватизацију*, као алтернативу.¹⁴ Међутим, како извршити дерегулацију ако постоји тржишни неуспех, односно монопол, као и то како спровести приватизацију ако нема конкуренције, јесу питања на која одговор није нимало лак. Решења треба тражити у контестабилности тржишта и дерегулацији, приватизацији са неким облицима регулације, али и у предузећима у мешовитом власништву са одговарајућим програмом регулације. Контестабилно тржиште подразумева постојање слободу уласка и изаска са тржишта, без трошкова, односно нема спречавања уласка, ни подстицања изласка. Контестабилно тржиште се може остварити приватизацијом, либерализацијом, дерегулацијом, али ни оно не гарантује потпуну ефикасност, већ захтева неки облик регулације.¹⁵

Постојање опасности да предузећа са великом тржишном моћи онемогућавају конкурентност и контестабилност захтевају примену *асиметричне регулације*¹⁶ између придошлица и староседелаца (контролисана цена или успоравање промена цена у односу на индекс цена на мало за константу x , која је нпр. стопа раста продуктивности у земљи како би се монопол натерао да обезбеди бар толики раст).

Један од прихваћених и најчешће коришћених примера природног монопола јесте сигурно производња електричне енергије, односно електроенергетски систем. Имајући у виду високе фиксне трошкове, карактеристичне за природни монопол, као и то да би трошкови производње били много већи у случају постојања две или више фирми у производњи електричне енергије, јасно указују на положај који енергетски систем има на тржишту. Основна идеја либерализације тржишта електричне енергије је одвајање преноса и дистрибуције од производње и продаје електричне енергије на тржишту, односно поделу електропривреде бар у три дела:

- производња електричне енергије;
- пренос;
- дистрибуција (трговина).

¹⁴ И. Бошњак, *Ефективност асиметричне конкуренције у телекомуникационом услуживању*, Промет, Загреб, 1991, вол. 3. бр. 1, 25-37.

¹⁵ Приватизација и монополи, <http://www.ekof.bg.ac.rs>stmen3-monopoli>, pristup: 21. март. 2018.

¹⁶ Регулација је асиметрична, будући да је у корист нових учесника на тржишту, а на штету („против“) доминантних оператора, М. Марковић, „Доминација јавног телекомуникационог оператора на релевантном тржишту“, *Правни живот*, бр. 11/2005. фн. 324.

Сваки од делова може се организовати као посебно предузеће, с тим што се у производњи може организовати више произвођача, односно може се приватизовати, код преноса, мрежа остаје државна, управљање може бити организовано као приватно, а код дистрибуције такође постоји могућност већег броја предузећа.¹⁷

Још један од начина који држава може да употреби у решавању проблема монопола јесте *јавно власништво*, уместо да регулише понашање природног монопола, којим руководи приватно предузећа држава може самостално да управља монополном. Овакво решење се карактеристично за многе европске земље у којима држава поседује и управља комуналним предузећима. Грана која је у власништву државе назива се национализована грана.¹⁸

Све земље имају законске могућности регулисања монополског понашања, као и тела задужена за *заштиту конкуренције*.¹⁹ Забраном спајања предузећа, кажњавањем оних за које се утврди да су одговорни за ограничавање конкуренције и слично, настоји се да се оствари деловање у *јавном интересу*.²⁰ Сложен систем државне регулативе који законодавац ствара како би симултано заштитио интересе произвођача и потрошача, представља основу те заштите. С обзиром на то да на одлуке о регулацији утичу и интересне групе, веома је важно да се јавни интерес колико год га сматрали идеалом, постави изнад приватних интереса група или појединаца који чине интересну групу.²¹ Иако се у пракси јавни интерес у

¹⁷ Приватизација и монополи, [http:// www.ekof.bg.ac.rs>stmen3-monopoli](http://www.ekof.bg.ac.rs>stmen3-monopoli), приступ: 21.03. 2018

¹⁸ Г. Манкју, М. Тејлор, *op. cit.*, 329.

¹⁹ Појам *политике заштите конкуренције* јесте шири појам од појма *права конкуренције*, јер обухвата, поред прописа којим се регулише заштита конкуренције и друге активности државе на плану заштите конкуренције. Рецимо, посебан вид активности државе на плану заштите конкуренције везан је управо за политику државне помоћи. Циљ права и политике заштите конкуренције јесте идентичан: заштита конкуренције, односно онемогућавање оних повреда конкуренције које могу умањити друштвено благостање. То онемогућавање постиже на два начина: спречавањем повреде конкуренције (*ex ante*), или ако до повреде дође, санкционисањем радњи или аката који су до тога довели (*ex post*). Вид.: Љ. Николић, А. Мојашевић, *Економија за правнике*, Медивест, Ниш, 2015, 331.

²⁰ *Јавни интерес* (lat. *interesum*, значај, удео, правичност добитак) – заједнички интерес појединаца и заједнички интерес свих или извесних друштвених заједница и организација, С. Куколеча, Београд, 2006, 550.

²¹ У литератури се наводи пример политичког притиска од стране појединих интересних група који се односио на контролу квалитета меса у Америци, где је због страха инспектора да ће радници изгубити посао, као и страха политичара да ће ти радници, односно синдикат моћи да покрену кампању против њих, контрола меса била заснована на визуелном прегледу, иако се зна да многи микроби нису видљиви

пуном смислу те речи не остварује, веома је важно да се законима и правом уопште настоји и тежи његовом остварењу.

Приликом утврђивања и дефинисања регулације и циљева који се њоме треба да постигну мора се имати у виду да регулација мора равномерно да испуњава дужности како према потрошачима тако и регулисаним компанијама, као и да балансира између трошкова и добити самог регулаторног система. Важно је нагласити да економска регулација није бесплатна и да је веома тешко утврдити и измерити ефекте њене примене.

5. ОДНОС ДРЖАВЕ И ТРЖИШТА У СЛУЧАЈУ МОНОПОЛА

Јасно је да су тржиште и држава неопходан услов функционисања привреде, као и то да њихова међусобна дејства и условљавања детерминису успех тог функционисања. Који је то оптималан однос у релацији држава-тржиште, имајући у виду значај тржишта и конкуренције уопште, као и неопходност државне интервенције, можда најбоље одсликава став либерала, који гласи: „Тржишта колико је могуће, државе колико мора.“²²

Веома је важно истаћи да је држава потиснула, односно ограничила тржишну саморегулацију, као што је и тржиште битно детерминисало улогу државе. У тој интеракцији деловања мора се имати у виду несавршеност и тржишта и државе, али и то да држава ствара институције које омогућавају деловање тржишта. Танка је граница која дели неопходну регулацију од штетних административних захтева, који одузимају ефикасност економији у целини. Да је институционална регулација неопходна указује и то што тржиште као систем релативно слободне утакмице, без правила може да буде злоупотребљено.

Треба нагласити значај и улогу владе у изградњи кредибилитета државе,²³ и указати на њене слабости и негативне ефекте на функционисање тржишта, односно привреде у целини.

Када су у питању монополи, мишљења економиста су подељена о томе да ли их треба регулисати и на који начин. По мишљењу неких од

голим оком, као и то да постоје бројни јефтинији и бољи начини контроле, прузето из Ц. Стиглиц, *op. cit.*, 201.

²² М. Секулић, „О држави и тржишту“, *Економске идеје и пракса*, Економски факултет Универзитета у Београду, 2015, бр. 16-17, 314.

²³ Финска не би била проглашена за најпожељнијом државом за живот, када је у питању концепт одрживог развоја, да није било доприноса њених влада у изградњи државног угледа и одрживости државних и других институција. Више о томе у: П. М. Ђукић, *Одрживи развој – утопија или шанса за Србију*, Технолошко-металуршки факултет, Универзитета у Београду, Београд, 2011, 53.

њих, са монополама се најбоље можемо изборити ако их изложимо конкуренцији,²⁴ јер је конкуренција снага која државним агенцијама не оставља други избор осим да се поправљају. Неки од њих, међу којима је и Хорас Греј оправдавају природне монополе. Он је у 20. веку писао „Судећи по процесу рационализације, људи су спремни да сеprotиве монополама генерално, али да оправдавају одређене врсте монопола... Пошто су ти монополи „природни“, а пошто је природа увек у праву, следило је да су то „добри“ монополи. Влада је зато добијала подршку за успоставу „добрих“ монопола.“²⁵

Чињеница да сви облици интервенције имају недостатке, као и то да узрокују трошкове, навела је део економиста на мишљење да влада и не треба да покушава да ублажи неефикасности монополског одређивања цене. Добитник Нобелове награде у области индустријске организације Џорџ Стиглер (Dzordz Stigler), у „Форчуновој енциклопедији економије“ пише:

„Чувена економска теорема гласи да ће привреда са конкурентним предузећима уз постојеће ресурсе остварити највећи доходак. Ниједна привреда у реалном свету неће до краја испунити услове ове теореме и ниједна привреда у реалном свету неће достићи идеални привреду – разлог се зове „тржишни неуспех“. По мом мишљењу, међутим, могућност постизања „тржишног неуспеха“ много је мања од постизања „политичког неуспеха“ који настаје услед мањкавих мера економске политике у реалним политичким системима.“²⁶

Наведено указује на то да на улогу владе не утичу само економско већ и политичко расуђивање.

По мишљењу многих економиста, економска предност природних монопола се временом услед напретка у технологији изгубила, па је замена регулације конкуренцијом решење које се само намеће. Пошто је увођен у једну индустрију за другом, концепт природног монопола је коначно еродирао. Електрична енергија, кабловска ТВ, телефонске услуге и пошта на путу су да буду дерегулисане, било законски било *de facto*, захваљујући технолошкој промени. Монополисти користе сваки ресурс да лобирају за одржавање својих монополских привилегија, али потенцијални добитци за потрошаче од слободног тржишта су сувише велики да би монополи и даље могли да се оправдају.²⁷

²⁴ Из извештаја Алберта Горе, Џ. Стиглиц, *op. cit.*, 200.

²⁵ Н. Греј, *The Passing of the Public Utility Concept*, у *Мит о природном монополу*, Т. Дилоренцо, katalaksija.com/2005/05/29/mit-o-prirodnom-monopolu/, приступ 24. март, 2018.

²⁶ Преузето из Г. Менкју, М. Тејлор, *op. cit.*, 331.

²⁷ *Ibid.*

Либерализација мрежних делатности (телекомуникације, поштанске услуге, енергија, транспорт) актуелна је последње три деценије 20. века. Најпре у САД, а касније и у Великој Британији улажу се велики напори у оспоравању монополског модела који је доминирао у овим областима, јер се сматрало да су ови монополи природни. Наиме, економисти су дошли до закључка да у неким сегментима тржишта мрежних делатности (локална петља у телекомуникацијама) могу имати обележја природног монопола, док су у другим она спорна. Нови учесници на тржишту би тешко супституисали петљу, али би конкуренција у областима пружања услуга, била могућа, па би у складу са тим требало стварати услове за њено деловање. Непостојање конкуренције показује да монополи нису имали подстицаја да изађу у сусрет захтевима корисника, тако да је све више потрошача незадовољних услугама и ценама које они пружају.²⁸

Врло брзо се увидело да процес либерализације, који је добијао на снази у САД и Великој Британији, има позитивне ефекте и да је увођење конкуренције у бројним областима довело до унапређења квалитета услуга и утврђивања цена на прихватљивом нивоу. Значајан допринос тим реформама дали су реформски процеси у сектору телекомуникација Велике Британије, који је био у власништву државе од 1880, а касније и државни монопол у оквиру поште. Пошта је била владин сектор све до 1960-их, када је постала државна компанија. Она је прво одвојена од државе 1979, а касније су формирана два сектора – поштански сектор и сектор телекомуникација, од којег је 1981. године формиран ВТ (British Telecommunications). Британска влада је дозволила компанији Mercury да конкурише ВТ-ју, на основу чега је укинут монопол националног оператера и успостављен дуопол систем. Законом о телекомуникацијама из 1984. године продато је 50,2% акција, чиме је извршена приватизација ВТ-ја, а Велика Британија постала прва земља у којој је укинут монопол државе у сектору телекомуникација. Истим законом формирано је независно регулаторно тело OFTEL и одвојене функције креирања политике и регулативе.

У Србији је извршена приватизација два вредна јавна предузећа која су функционисала као природни монополи, Телеком Србије и Нафтне индустрије Србије. Наиме, 1997. године преко Фонда за развој продато је 49% Телекома италијанско-грчком конзорцијуму за 1,717 милијарди марака. Децембра 2002. године Србија је откупила део власништва италијанског партнера, тако да је власник 80% капитала, док је власник

²⁸ М. Јанковић, Б. Одачић, М. Станковић: „Регулатива у сектору телекомуникација у ЕУ: кратак историјски преглед“, *ПосТел*, Београд, 259-270.

20% грчка компанија ОТЕ. Када је у питању НИС, упркос противљењу јаког лобија 2008. потписан је Меморандум, а онда и уговор о продаји 51% руском Гаспромнефту, за 400 милиона евра, уз обавезу модернизације у износу од најмање 500 милиона евра. Када су у питању приватизације у Србији генерално, па и за ове две компаније, остаје недовољно познато и јасно колико је новца заиста добијено као и како је тај новац потрошен.

Регулаторни процес у сектору телекомуникација у ЕУ конципиран је на либерализацији ранијег монополског сектора, мере хармонизације и правила конкуренције и део је концепта јединственог тржишта Европске заједнице.

Питање регулације функционисања великих система, односно јавних предузећа је актуелно и као захтев који ЕУ поставља пред Србију. ЕУ је Директивом Европског парламента и Савета о заједничким правилима за унутрашње тржиште електричне енергије и Уредбом Европског парламента и Савета о условима приступа мрежи за транспорт природног гаса²⁹ дефинисала оквире реструктурирања и демонополизације тржишта мрежних енергената, у циљу повећања ефикасности сектора и снижавања цена енергената.

По мишљењу појединих економиста природни монопол је економска фикција³⁰ која штити монополистичке привилегије, за коју нема места у економијама 21. века, за чија је тржишта карактеристична развијена конкуренција која је адекватно заштићена.

Однос тржиште – држава, уз изазове које намећу криза и бројне политичке турбуленције, треба да буде изазов у дефинисању нових стратегија, чији ће циљ бити благодостање потрошача и друштва у целини.

6. ЗАКЉУЧАК

Различита су мишљења економиста о потреби интервенције државе, толико различита да се понекад чини као непомирљив расцеп између либералних економиста и заговорника државне интервенције. Док либерали заговарају став да је тржиште ефикасније од интервенције, заговорници интервенције бране став о доминацији државне интервенције. Стање у коме се налази највећи број привреда показује на неопходност њиховог заједничког деловања.

²⁹ Међународни прописи и споразуми – Агенција за енергетику РС, www.aers.rs/www.aers.>Index, преузео, 24. март, 2018.

³⁰ Мит о природном монополу, Каталаксија, Т. Дилоренцо: katalaksija.com/2005/05/29/mit-o-prirodnom-monopolu/, приступ 24. март, 2018.

Државна интервенција против монопола уопште подразумева њихово укидање или регулисање њиховог понашања. Када је реч о природним монополима неопходно је утврдити да ли су сви делови предузећа природни монопол, издвојити делове који нису и усмерити их на конкурентско тржиште, тј извршити декомпозицију, а део који је природни монопол задржати под државном контролом. Економска предност природних монопола се временом услед напретка у технологији изгубила, па је замена регулације конкуренцијом решење које се само намеће.

У балансу између захтева тржишта, социјалне политике и захтева које ЕУ поставља, Србија треба да пронађе решење за реформу јавног сектора и регулацију природних монопола код нас.

ЛИТЕРАТУРА

Беговић Борис, Лабус Мирољуб, Јовановић Александра, *Економија за правнике*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008;

Бојан Ристић: *Аверч-Цонсонов модел понашања регулисаних предузећа*, Економске идеје и пракса, Београд, Економски факултет Универзитета у Београду, бр.18, 2015;

Бошњак Иван, *Ефективност асиметричне конкуренције у телекомуникационом услуживању*, Загреб, Промет, 1991;

Ђукић Петар, *Одрживи развој – утопија или шанса за Србију*, Технолошко-металуршки факултет, Универзитета у Београду, 2011;

Јанковић Милан, Одацић Борислав, Станковић Милан: *Регулатива у сектору телекомуникација у ЕУ: кратак историјски преглед*, *ПосТел*, 2010;

Јовановић Александра, *Увод у економску анализу права*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 1998;

Јовановић Александра, *Теоријске основе економске анализе права*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008;

Куколеча Стеван, *Организационо-пословни лексикон*, Београд, Рад, 2006;

Манкју Грегори, Тејлор Марк, *Економија*, Београд, Економски факултет Универзитета у Београду, 2016;

Марковић Мирјана, *Доминација јавног телекомуникационог оператора на релевантном тржишту*, Правни живот, бр. 11/2005;

Николић Љубица, Мојашевић Александар, *Економија за правнике*, Медивест, Ниш, 2015; Секулић Марко, *О држави и тржишту*, *Економске идеје и пракса*, Економски факултет Универзитета у Београду, 2015;

Стиглић Џозеф, *Економија јавног сектора*, Београд, Економски факултет Универзитета у Београду, 2008;

Општи приступ финансијском пословању, доступно на сајту: [www.vps.ns.ac.rs>Materijali>mat16016](http://www.vps.ns.ac.rs/Materijali/mat16016)

Међународни прописи и споразуми – Агенција за енергетику РС, доступно на сајту: www.aers.rswww.aers.>Index

Мит о природном монополу, Т. Дилоренцо, katalaksija.com/2005/05/29/mit-o-prirodnom-monopolu/

Danijela PETROVIC

Teaching Assistant, Faculty of Law,

University of Pristina temporarily settled in Kosovska Mitrovica

NATURAL MONOPOLY – REGULATION OR DEREGULATION

Summary

There are different opinions of economists about the need for state intervention, so different that sometimes seem like an irreconcilable cleavage between liberal economists and those who advocate for state intervention. While the liberals advocate the view that the market is more efficient than intervention, those who advocate the intervention defend the position of the dominance of state intervention.

The situation in which most of the economies are positioned shows the necessity of their joint action. State intervention against a monopoly, in general, implies their abolition or regulation of their behavior. When it comes to natural monopolies it is necessary to determine whether all shares of the company belongs to the natural monopoly, to separate shares that are not and to direct them to the competitive market, i.e. to carry out decomposition, and the share which is a natural monopoly to keep it under state control. The economic advantage of natural monopolies has been lost due to advances in technology, so the replacement of regulation with competition is a solution that only imposes itself.

In the balance between the market demands, the social policy and the requirements set by the EU, Serbia should find a solution for public sector reform and regulation of natural monopolies in our country.

Key words: *natural monopoly, state intervention, regulation, deregulation.*

Рад је предат 25. априла 2018. године, а након мишљења рецензената одлуком одговорног уредника одобрен за штампу.

РЕЦЕНЗЕНТИ ЗБОРНИКА РАДОВА СА НАУЧНЕ
КОНФЕРЕНЦИЈЕ *УНИВЕРЗАЛНО И ОСОБЕНО У ПРАВУ*

Проф. др Милева Анђелковић, редовна професорица Правног факултета Универзитета у Нишу,

Проф. др Ђорђе Блажић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Владимир Боранијашевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Душанка Јововић, редовна професорица Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Миомира Костић, редовна професорица Правног факултета Универзитета у Нишу,

Проф. др Марија Крвавац, редовна професорица Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Братислав Милановић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Владан Михајловић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Гордана Илић Попов, редовна професорица Правног факултета Универзитета у Београду,

Проф. др Слободан Панов, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду,

Проф. др Ирена Пејић, редовна професорица Правног факултета
Универзитета у Нишу,

Проф. др Бранко Ракић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду,

Проф. др Урош Шуваковић, редовни професор Учитељског
факултета Универзитета у Београду,

Проф. др Петар Анђелковић, ванредни професор Филозофског
факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици,

Проф. др Сава Аксић, ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици,

Проф. др Јелена Беловић, ванредна професорица Правног
факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици,

Проф. др Дејан Вучетић, ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу,

Проф. др Горан Јованић, ванредни професор Факултета за
специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у
Београду,

Проф. др Маша Кулаузов, ванредна професорица Правног
факултета Универзитета у Новом Саду,

Проф. др Дејан Мирковић, ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовској Митровици,

Проф. др Ђорђе Николић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу,

Проф. др Слободанка Ковачевић Перић, ванредна професорица Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Проф. др Олга Јовић Прлаиновић, ванредна професорица Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Др Срђан Словић, виши научни сарадник, Институт за српску културу Приштина/Лепосавић,

Доц. др Саша Атанасов, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Бојан Бојанић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Драган Благоић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Огњен Вујовић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Здравко Грујић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Сузана Димић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Андреја Катанчевић, Правни факултет Универзитета у Београду,

Доц. др Страхиња Миљковић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,

Доц. др Душко Челић, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

343.2(082)

347(082)

33(082)

НАУЧНИК скуп са међународним учешћем Универзално и особено у
праву (2018 ;
Косовска Митровица)
Зборник радова = Collection of Papers. Том 2 / Научник скуп са
међународним учешћем Универзално и особено у праву, Косовска
Митровица 2018
= Scientific Conference with International Participation Universally and
Particularity at Law ; [главни и одговорни уредник Огњен Вујовић]. -
Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет Универзитета,
2018
(Краљево : Кварк). - 545 стр. ; 25 cm

Тираж 50. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија
уз сваки рад.

ISBN 978-86-6083-054-0

1. Ур. ств. насл.

а) Кривично право - Зборници б) Грађанско право - Зборници с)

Економија - Зборници

COBISS.SR-ID 263362828