

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Ljubomir Stajić
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u
HeinOnline bazi: *International & Non-U. S. Law Journals*
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom
Proceedings of Novi Sad Faculty of Law dostupan je u *EBSCO*
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na
veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

LII 1 (2018)

NOVI SAD, 2018.

ZRPFNS, godina LII Novi Sad, br. 1 (2018)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

<i>Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor</i>	
Međusobni odnos Evropske konvencije o ljudskim pravima i Arhuske konvencije .	1
<i>Dr Predrag P. Jovanović, redovni profesor</i>	
Načelo jednakosti u radnom pravu	17
<i>Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor</i>	
Uticaj sukoba interesa koji proističu iz paralelnog obavljanja advokatske i arbitarske delatnosti na imenovanje arbitara	39
<i>Dr Dušan Ž. Nikolić, redovni profesor</i>	
<i>Sloboda D. Midorović, asistent</i>	
Savremena evropska pravna teorija o socijalnoj funkciji prava svojine: nemačka doktrina	61
<i>Dr Marija M. Salma, redovni profesor</i>	
Uticaj austrijskog prava na evoluciju srpskog parničnog postupka	73
<i>Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor</i>	
Borba protiv nasilja u porodici u praksi nadležnih organa u Novom Sadu	91
<i>Dr Dragiša S. Drakić, redovni profesor</i>	
<i>Dr Ivan D. Milić, asistent</i>	
Utvrđivanje istine u prekršajnom postupku – utvrđivanje prekršajne odgovornosti .	117
<i>Dr Branislav R. Ristivojević, redovni profesor</i>	
Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao?	129
<i>Dr Obrad M. Stevanović, redovni profesor</i>	
<i>Dr Dane R. Subošić, redovni profesor</i>	
<i>Dr Dalibor D. Kekić, docent</i>	
Specifične karakteristike Zakona o sprečavanju nasilja u porodici	145
<i>Dr Bojan L. Pajić, vanredni profesor</i>	
Pravno uređenje instituta jemstva i njegovih derivata – Problemi i predlozi de lege ferenda –	161

<i>Dr Janko P. Veselinović, vanredni profesor</i>	
<i>Dr Todor Đ. Marković, vanredni profesor</i>	
<i>Željko D. Kokot, student doktorskih studija</i>	
Ekonomske i pravne karakteristike osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva	173
<i>Dr Aleksandar L. Martinović, docent</i>	
Upravno-pravni aspekti uređenja prostora u Republici Srbiji – Postupak izdavanja građevinske dozvole	189
<i>Dr Bojan N. Tubić, docent</i>	
Nasilje u porodici u praksi Evropskog suda za ljudska prava	199
<i>Dr Oliver N. Lajić, docent</i>	
<i>Mr Dušan B. Aleksić</i>	
Matrični pristup u istraživanju privrednog kriminala – teorijsko praktični model . .	215
<i>Dr Zoran M. Kesić, docent</i>	
<i>Dr Darko R. Bikarević</i>	
Etiološka dimenzija nezakonite upotrebe sredstava prinude u postupanju policije . .	233
<i>Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent sa doktoratom</i>	
<i>Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom</i>	
Uloga ekonomskih instrumenata u upravljanju otpadnom ambalažom za piće	247
<i>Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom</i>	
Ispitivanje optužnice	263
<i>Dr Aleksandra T. Popović</i>	
Radnopravna zaštita trudnica i porodilja u pravu Republike Srbije i Evropske unije . .	291
<i>Dr Marija D. Mijatović, advokatski pripravnik</i>	
Aktuelnost principa UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore – efekti <i>bottom-up</i> metoda harmonizacije prava	309
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Čaba Červak, vanredni profesor</i>	
Etničke manjine u Mađarskoj	325
<i>Dr Andraš Teglaši, vanredni profesor</i>	
Praksa Ustavnog suda u oblasti ustavnosti parlamentarnog izbornog sistema Mađarske u periodu od 2012. do 2017. godine	339
ODELJAK ZA STUDENTE	
<i>Mr Mihailo V. Brkić, student doktorskih studija</i>	
Pravne škole sunitskog islama i osvrt na poreski pristup Ibn Taimije i Muhameda Abd Al-Vahaba	363
<i>Miodrag P. Čujić, student doktorskih studija</i>	
Analiza rada i perspektive stalnog međunarodnog krivičnog suda	383
<i>Minja B. Blažić Pavićević, student doktorskih studija</i>	
Obavezna stručna odbrana u krivičnom postupku	395

TABLE OF CONTENTS

<i>Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor</i>	
The Interrelationship between the European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention	1
<i>Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor</i>	
The Principle of Equality in Labour Law	17
<i>Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor</i>	
Conflict of Interest Arising from Acting as Both Counsel and Arbitrator and its Impact upon Appointment of Arbitrators	39
<i>Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Sloboda D. Midorović, Assistant</i>	
Contemporary European Legal Theory of the Social Function of Ownership: German Doctrine	61
<i>Marija M. Salma, Ph.D., Full Professor</i>	
Impact of the Austrian Law on the Development of the Serbian Civil Procedure . . .	73
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor</i>	
Fight against Domestic Violence in Practice of Competent Authorities in Novi Sad .	91
<i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant</i>	
Determination of a Truth in a Misdemeanour Procedure – Determination of a Misdemeanour Responsibility	117
<i>Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor</i>	
Is the New Law on Family Violence a Failure?	129
<i>Obrad M. Stevanović, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Dane R. Subošić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Dalibor D. Kekić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Specific Characteristics of the Law on the Prevention of Domestic Violence	145
<i>Bojan L. Pajić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Legal Regime of Guarantees and its Derivatives – Problems and proposals de lege ferenda –	161

<i>Janko P. Veselinović, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Todor Đ. Marković, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Željko D. Kokot, Ph.D. Student</i>	
Economic and Legal Characteristics of Whole Farm Revenue Insurance	173
<i>Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Administrative Law Aspects of Physical Planning in the Republic of Serbia – Building Permit Issuing Procedure	189
<i>Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Domestic Violence in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights .	199
<i>Oliver N. Lajić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
<i>Dušan B. Aleksić, LL.M.</i>	
Matrix based Approach to the Investigation of Economic Crime – Theoretical and Practical Model	215
<i>Zoran M. Kesić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
<i>Darko R. Bikarević, Ph.D.</i>	
Ethiological Dimension of Unlawful Use of Force in Policing	233
<i>Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.</i>	
<i>Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.</i>	
The Role of Economic Instruments in Beverage Containers Waste Management . .	247
<i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i>	
Examination of the Indictment	263
<i>Aleksandra T. Popović, Ph.D.</i>	
Labour Law Protection of Pregnant and Women who have recently given Birth in the Law of the Republic of Serbia and the European Union	291
<i>Marija D. Mijatović, Ph.D., Legal Trainee</i>	
The Currentness of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – Effects of Bottom-up Method of Law Harmonization	309
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Csaba Cservák, Ph.D., Associate Professor</i>	
Ethnic minorities in Hungary	325
<i>András Téglási, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Case Law of the Constitutional Court Regarding the Constitutionality of the Parliamentary Electoral System of Hungary between 2012 and 2017	339
SECTION FOR STUDENTS	
<i>Mihailo V. Brkić, LL.M., Ph.D. Student</i>	
The Rightful Sunni Schools of Law and Overview of the Ibn Taimiyah and Muhammad Abd al Wahhab Taxation Approach	363
<i>Miodrag P. Čujić, Ph.D. Student</i>	
Analysis Work and Prospects Permanent International Criminal Court	383
<i>Minja B. Blažić Pavićević, Ph.D. Student</i>	
Compulsory Defense in Criminal Proceedings	395

*Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Etinski@pf.uns.ac.rs*

THE INTERRELATIONSHIP BETWEEN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE AARHUS CONVENTION

Abstract: *The Taşkın case manifests mutual supportiveness of the Aarhus Convention and the European Convention on Human Rights as well as of the general international environmental and the right to private and family life. Interactions between the protection of the environment and human rights are complex and involve economic and political factors. Legal concepts of sustainable development, mutual supportiveness and balance of interests bring new principles governing the complex interactions. They are reflected in Taşkın.*

Keywords: *human rights, protection of environment, sustainable development, mutual supportiveness, balance of interests.*

INTRODUCTION¹

By referring to the Convention on Access to Information, Public Partnership in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (hereinafter: the Aarhus Convention) in interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: the European Convention on Human Rights or the ECHR) the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR) has established an interrelationship between the two conventions. For the time being, the interrelationship has manifested in a new content regarding the right to privacy, guaranteed by Article 8 of the ECHR and in increasing effectiveness of Articles 6 (8) and 9 (2) of the Aarhus Convention.

¹ The article has been prepared in the framework of the research project “Biomedicine, Protection of Environment and Law” No. 179079, financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia. (Rad je pripremljen u okviru projekta „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.)

Though the two conventions are human rights treaties, the ECHR is a human rights treaty of general application and the Aarhus Convention guarantees three specific human rights in environmental matters. The European Convention on Human Rights is based on the classic concept of understanding of a human right. The concept of a human right has been changed by the specific object and purpose of the Aarhus Convention. In spite of these and some other differences between the two conventions, they are in harmony and capable of mutual supportiveness.

The broader context of their interrelationship is the interrelationship between environmental law and human rights. In principle, environmental law and human rights provide each other indirect protection. Since the detrimental effects of pollution of the environment affect human rights, then consequently the prohibition of pollution protects not only the environment but also human rights. Protection of human rights can have positive effects on the environment in some cases. In fact the interactions between protection of the environment and human rights are very complex, involve a lot of varied interests and they are closely connected with economic and political issues.

The interrelationship between the two conventions will be explored as established in the *Taşkın and Others v. Turkey* case. The case reflects some elements of general concepts in relation to the protection of the environment and human rights. The article begins with a brief elaboration of the general concepts and continues by relevant references to the Aarhus Convention and the European Convention on Human Rights. Then, the case will be analyzed.

CONCEPTS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT, MUTUAL SUPPORTIVENESS AND BALANCE OF INTERESTS

The concepts of sustainable development, mutual supportiveness and balance of interests might be seen as the principles of new global governance, born in new understanding of global interdependence and, accordingly, new understanding of national interests, new rationality and new comprehension of justice. Awareness of global interdependence among human groups, national societies, and generations across economy, environment, human rights and security is visible in many international agreements. Even before the concepts were formulated in international documents, their spirit has appeared in the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the 1987 Montreal Protocol. The 1992 UN Convention on Climate Change, the 1997 Kyoto Protocol and the 2015 Paris Agreement are fully based on the principles of new global governance.

The legal concepts of harmonization of plurality of competing interests coming from the protection of the environment, economy and human rights are synthesized in the principle of sustainable development. In *Gabcikovo-Nagymaros*

Project the International Court of Justice states: “This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.”² The Court attributes legal effect to the concept since, referring to it, invites the parties to the dispute to explore the effect of the power plant on the environment. Sustainable development had been invoked again in *Pulp Mills on the River Uruguay* where the Court observed that the balance between economic development and environmental protection is the essence of sustainable development.³ It might be noted that the Court used the term “reconcile” in the first case and the term “balance” in the second, terms which do not necessarily have the same meaning.

The International Court of Justice has not elaborated further on the principle and has not connected the principle with human rights. However, the satisfaction of human needs and aspirations were determined as a landmark of sustainable development in the 1987 report “Our Common Future” of the World Commission on Environment and Development. “The exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development and institutional change” have to be in harmony and to “enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations.”⁴ The satisfaction of human needs and aspiration makes the substance of human rights.

Pavoni states that “the interpretative pillar of the principle of sustainable development” is the principle of mutual supportiveness.⁵ The *raison d’être* of the principle is reconciliation of competing interests.⁶ Pavoni sees the principle also as an embryo of an obligation of States to cooperate in good faith in law making process to remove conflicts between agreements that cannot be resolved by interpretation.⁷

Barrett Lydgate prefers the concept of balance of interests. She writes: “... rather than mutual supportiveness (or its converse, mutual unsupportiveness), a more productive concept to characterize the relationship between sustainable development’s pillars is that of balancing.”⁸ Her point is that the concept of balancing

² *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, para 140.

³ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay) Judgment of 20 April 2010, para 177.

⁴ Quoted by J. Verschuuren, *Sustainable Development and the Nature of Environmental Legal Principles*, PER/PELJ 1/2006, 2015, p. 215. See further on sustainable development at B. Tubić, *Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi Međunarodnog suda*, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2013, pp. 391 – 410.

⁵ R. Pavoni, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the ‘WTO-and-Competing-Regimes’ Debate?* *European Journal of International Law*, 3/2010, p. 662.

⁶ *Ibid.*, p. 666.

⁷ *Ibid.*, p. 666.

⁸ E. Barrett Lydgate, *Sustainable development in the WTO: from mutual supportiveness to balancing*, *World Trade Review*, 4/2012, p. 622.

helps not only when goals of sustainable development are in harmony but also when they are not and when it is necessary to prioritize some of them.⁹

Having decided to put the topic “Protection of the atmosphere” on its agenda and appointed Mr. Shinya Murase as Special Rapporteur, the International Law Commission (hereinafter: the ILC or the Commission) considered three reports and adopted provisionally several draft guidelines on the topic and commentaries thereto in the period 2014-2017.

Guideline 9 addresses an interrelationship between the rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law.¹⁰ The guideline consists of three paragraphs. The first relates to identification, interpretation and the application of the rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law.¹¹ The second is dedicated to development of all these rules. And the third requires that special consideration is given to persons and groups particularly vulnerable to atmospheric pollution and degradation when applying paragraphs 1 and 2.

The first paragraph instructs that the rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law should “be identified, interpreted and applied in order to give rise to a single set of compatible obligations, in line with the principles of harmonization and systemic integration, and with a view to avoiding conflicts.” It states further that the said operations have to be performed in accordance with the rules of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: the Vienna Convention) and in particular its Articles 30 and 31 (3, c) and the principles and rules of customary international law. Among “other relevant rules of international law” the first paragraph distinguishes specifically “the rules of international trade and investment law, of the law of the sea and of international human rights law”.

A commentary of the ILC on guideline 9 states that the arrangement of the interrelationship between the rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law has its origin in the conclusions of the Study Group of the ILC on fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international

⁹ *Ibid.*

¹⁰ RILC 2017, 155

¹¹ Paragraph 1 states: “The rules of international law relating to the protection of the atmosphere and other relevant rules of international law, including *inter alia* the rules of international trade and investment law, of the law of the sea and of international human rights law, should, to the extent possible, be identified, interpreted and applied in order to give rise to a single set of compatible obligations, in line with the principles of harmonization and systemic integration, and with a view to avoiding conflicts. This should be done in accordance with the relevant rules set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, including articles 30 and 31, paragraph 3 (c), and the principles and rules of customary international law.”

law. The Study Group differentiates relationships of interpretation and relationships of conflict. The relationships of interpretation exist when “one norm assists in the interpretation of another” so that “both norms are applied in conjunction.”¹² The relationships of conflict occur where two applicable norms lead to incompatible decisions “so that a choice must be made between them.”¹³ The text of the Study Group explains that a formula “a single set of compatible obligations” is expression of the principle of harmonization. The Study Group states further “when several norms bear on a single issue, they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations.”¹⁴

Two matters attract attention. The first relates to the distinction between relationships of interpretation and relationships of conflict. Does the distinction mean that relationships of conflict remain beyond interpretation and cannot be resolved by interpretation? We have seen that Pavoni thinks that such a situation can exist. It seems that the Study Group considers that relationships of conflict are regulated by a mechanism that secures harmony in the system of international law, consisting of *jus cogens*, Article 103 of the UN Charter and principles such as *lex specialis* or *lex posterior*. The second matter worth attention is that the ILC was inspired by the report of the Study Group in drafting guideline 9, but relationships of conflict were not addressed separately. Reference to Article 30 of the Vienna Convention in the first paragraph of guideline 9 discloses an opinion of the ILC that the text of paragraph 1 of guideline 9 encompasses resolution of relationships of conflict.

Considering the relationship between international environmental law and international trade law in the commentary of draft guideline 9, the ILC refers to “the concept of mutual supportiveness,” designed to reconcile the two branches of international law.¹⁵ The Commission finds the concept in the preamble of the 1994 Agreement establishing the WTO, in documents of the WTO Committee on Trade and Environment and in the 2001 Doha Ministerial Declaration. The ILC discusses certain issues relevant regarding the impact of environmental pollution on human rights, but not the concept of mutual supportiveness in that context.

The reports of the ILC are limited to the interrelationship between the rules of international law relating to the protection of atmosphere and other rules of international law but the elaboration on the interrelationship is of general importance. The third paragraph of guideline 9 requiring special consideration for persons and groups particularly vulnerable to pollution and degradation is of particular importance.

¹² YILC, 2006, vol. II, Part II, p. 178, para 251 (a, 2).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ YILC, 2006, vol. II, Part II, p. 178, para 251 (a, 4).

¹⁵ RILC, 2017, p. 157.

THE AARHUS CONVENTION

The Aarhus Convention tends to satisfy a need and aspiration of an individual not only to live in a healthy environment but also to be informed on and active in the preservation of the environment. The mentioned human need and aspiration has been legally articulated through three particular rights in environmental matters: the right to information, the right to participation in decision-making and the right to justice.

It might be said that the Aarhus Convention has been created to provide mutual supportiveness between protection of the environment and human rights and that it brings really benefits to bear on the two branches of law – environmental law and international human rights law. The protection of the environment is becoming more democratic and effective. It is a valuable benefit for environmental law. On the other hand, the Aarhus Convention recognizes a new international human right of individuals and NGO-s to participate in decision-making and extends the right to justice almost to the scope of *actio popularis*.¹⁶ By adapting the three human rights to the specific characteristics of its object and purpose, the Aarhus Convention changes a standard concept of human rights in respect of two important aspects – territorial jurisdiction and status of victim. The two issues are referred in the Report of the ILC related to Protection of atmosphere since the classic legal answers to them make obstacles for the establishment of interrelationship of mutual supportiveness between protection of atmosphere and protection of human rights.¹⁷ The Aarhus Convention has changed the answers and removed the obstacles.

The classic jurisdictional standard in regard to human rights restricts in fact responsibility of a State for human rights violation occurred on the territory of the State. A State is responsible effectively only for human right violation occurred on its territory or on the territory under its full jurisdiction. By departing from that jurisdictional standard, the Aarhus Convention reconciles the jurisdictional standard of human rights with the general rules of responsibility of States, according to which a State is responsible for any illegal act that can be attributed to it. Thus, under the Aarhus Convention the Party is responsible for its failure to satisfy an obligation, established by the Convention, not only to subjects under its jurisdiction but also to subjects on territories of other Parties.¹⁸

¹⁶ The Aarhus Compliance Committee considers that Article 9(3) does not oblige parties to provide *actio popularis* and that they can avoid *actio popularis* by employing criteria, such as “being affected or of having an interest“ *Belgium ACCC/2005/11; ECE/MP.PP/C.1/2006/4/Add.2, 28 July 2006, para. 35, Denmark ACCC/C/2006/18, ECE/MP.PP/2008/5/Add.4, 29 April 2008, para. 29, European Union ACCC/C/2008/32 (Part I), ECE/MP.PP/C.1/2011/4/Add.1, May 2011, para. 77.*

¹⁷ RILC 2017, p. 160.

¹⁸ R. Etinski, Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, pp. 84 – 86.

Global 2000/Friends of the Earth Austria, an NGO based in Austria submitted a communication to the Compliance Committee in 2009, claiming that Slovakia was in breach of Article 6 of the Aarhus Convention, since it had not provided for public participation in the decision-making process for the construction permits related to some units of Mochovce nuclear plant. It was done in collaboration with Friends of the Earth Europe, Greenpeace Slovakia and International, Za Matky Zem and VIA IURIS. The Compliance Committee found that the communication was admissible and found some failures of the Respondent to comply with provisions of the Convention.¹⁹ Three NGOs – Greenpeace Slovakia, Via Iuris and GLOBAL 2000/Friends of the Earth Austria – submitted a new communication to the Compliance Committee in 2013 alleging the failure of Slovakia to comply with the Convention's provisions on public participation and access to justice.²⁰ The Compliance Committee found again that the communication was admissible and that Slovakia failed to comply with some provisions of the Aarhus Convention. It should be noted that only Slovakian NGOs participated in internal proceedings. In spite of that the Compliance Committee recognized capacity of communicant to Austrian NGO. The legal ground for such approach might be found in Article 3 (9) of the Convention that secures enjoyment of the rights recognized by the Convention “without discrimination as to citizenship, nationality or domicile and, in the case of a legal person, without discrimination as to where it has its registered seat or an effective centre of its activities”.

There are two circumstances of importance for interpretation of the Aarhus Convention in respect of the scope of its application. The clause standard for many human rights treaties according to which a State Party is obliged to secure the rights guaranteed by the treaty to all persons under its jurisdiction or on its territory does not appear in the Aarhus Convention. Another circumstance is that the Preamble of the Aarhus Convention refers to the 1991 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, the 1992 Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents and the 1992 Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes. The transboundary context is a distinguished characteristic of the mentioned conventions. Having in view the text of Article 3 (9) of the Aarhus Convention and an absence of a territorial clause in it, transboundary context as the main feature of the objects of the referred conventions and the *Global 2000/Friends of the Earth Austria v. Slovakia* cases, the Aarhus Convention might be interpreted that

¹⁹ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2009/41 concerning compliance by Slovakia, adopted by the Compliance Committee on 17 December 2010, p. 12, para 69. All findings and recommendations of the Compliance Committee are available at <https://www.unece.org/env/pp/cc/com.html>.

²⁰ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2013/89 concerning compliance by Slovakia Adopted by the Compliance Committee on 19 June 2017.

responsibility of a Party for compliance with the provision of the Convention is not restricted solely to the public on the territory of the Party.

A status of victim of an applicant is one of the standard conditions for admissibility of an application in the proceedings for protection of human rights. It is established, for example, by Article 34 of the ECHR or by Article 1 of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. The procedure for the review of compliance of the Parties with the Aarhus Convention as it is established by the Annex to Decision I/7 on review of compliance, adopted at the meeting of the Parties in 2002, does not ask the status of the victim as a condition for admissibility of communication. According to point 18 of the Annex “communications may be brought before the Committee by one or more members of the public...” Members of the public are individuals and NGOs. In the above passage it is stated that the status of communicant was recognized for an Austrian NGO that did not participate in internal proceedings. However, in internal procedures as provided by Articles 6 and 9 (2 and 3), conditions that an individual is affected or is likely to be affected, or to have interest, are or may be foreseen.

The Aarhus Convention is not a classic international human right agreement that guarantees some human rights in the area of legal protection of the environment. It is inspired by design of general utility that will flow from a mutual reinforcement of the protection of human rights and protection of environment.

THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The ECHR is the first, classic, regional and the most effective international human rights treaty. The effectiveness of the Convention comes from the effectiveness of the European control mechanism as established by the Convention.²¹ The ECHR is a legislative, “open-texture” treaty. This characteristic is important in understanding its relationship with other international conventions, as established in the interoperation of the ECHR by the ECtHR. All issues of interpretation of the Convention will not be explored here but only these relevant in relation to the concept of mutual supportiveness.²²

The evolutive interpretation is one of landmarks of the ECHR.²³ The Convention was drafted in 1950. It goes without saying that in interim period the

²¹ R. Etinski, S. Đajić, Direct effect of the European Convention on Human Rights, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2015, pp. 93.

²² See more on interpretative practice of the ECtHR in R. Etinski, Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2017, pp. 1191 – 1194.

²³ S.C. Prebensen, ‘Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights’, in P. Mahoney *at al.*, (eds) *Protecting Human Rights: The European Perspective*, 2000, p. 1123; G. Letsas, The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR, *European Journal of*

European countries, as the Parties to the Convention, have changed and continue to change. The standards of human rights in national societies have advanced. The social development and progress of human right standards play an important role in the interpretation of the ECHR. The ECtHR noted that the Convention cannot be interpreted “solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago” and “the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards.”²⁴

The ECtHR uses plurality of sources to detect relevant development and new standards. International conventions, practice of the Parties, materials created in the Council of Europe and other international organizations, case law of other international courts and human rights bodies are among the sources. The ECtHR investigates those sources in search of common understanding of the Parties that the Court qualifies as a European consensus, broad consensus, widespread consensus, emerging consensus or common ground. Usually, consensus established in such a way plays a decisive role in the interpretation. It is not necessary that all Parties participate and accept consensus. Commonly, consensus among a majority is sufficient. The principle of effectiveness is also one of the important methods used by the ECtHR in interpreting the ECHR. The ECtHR has repeated many times that “that it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective and not theoretical and illusory.”²⁵

The ECtHR relies on Articles 31 – 33 of the Vienna Convention but, having in view specific characteristics of the ECHR, and that it serves as a constitutional instrument in European public order in the area of human rights, the ECtHR avails itself with some flexibility in application of the mentioned Articles. Thus, the ECtHR used the Aarhus Convention as the main instrument in interpretation of Article 8 of the ECHR in the *Taşkın and Others v. Turkey*²⁶ in spite of the fact that Turkey is not a Party to the Aarhus Convention. However, the great majority of Parties to the ECHR are the Parties to the Aarhus Convention. Consequently, the

International Law, 2/2004, p. 279; A. Mowbray, The Creativity of the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, 1/2005, p. 57; C.L. Rozakis, The European Judge as Comparatist, *Tulane Law Review*, 2005 – 2006, p. 257; P.M. Dupuy, Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy, in E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, pp. 133-136, G. Letsas, Strasbourg’s Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer, *European Journal of International Law*, 3/2010, p. 509; K. Dzehtsiarou, European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights, *German Law Journal*, 10/2011, p. 1730.

²⁴ *Loizidou v. Turkey*, (app. no. 15318/89), Judgment of 18 December 1996, at paras. 71, 31. All ECtHR decisions are available online at <http://hudoc.echr.coe.int/>.

²⁵ *Paposhvili v. Belgium*, (app. no. 41738/10), Judgment of 13 December 2016, at para 182; *Nada v. Switzerland*, (app. no. 10593/08), Judgment of 12 September 2012, para. 195.

²⁶ *Taşkın and Others v. Turkey* (app. no. 46117/99) Judgment of 10 November 2004.

Aarhus Convention is evidence of consensus among the majority of Parties. Or, in the *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* case²⁷ the ECtHR uses the Council of Europe Convention on Access to Official Documents in the interpretation of Article 10 of the ECHR, which was ratified at that time by seven Parties to the ECHR including Hungary. Obviously, the seven Parties do not make a majority, although in that case it was just one of many sources consulted by the ECtHR and it did not have decisive importance.

It might however be observed that the method used in the last two cases does not go beyond the limits of Articles 31 – 33 of the Vienna Convention. The method could be qualified as a supplementary means of interpretation. The enumeration of supplementary means of interpretation in Article 32 is not exhaustive. Supplementary means encompass all means beyond these enumerated in Article 31 which include various sources and methods that provide information on the intention of the parties, on the understanding of the parties of the text of a treaty or on legal and factual circumstance that the court can use to answer a submitted question. In the last two cases, and it is frequently the case, the provisions of the ECHR are obscure in respect to the submitted question, they do not give a clear and precise answer. Hence, the use of supplementary means is quite justified.

The ECHR does not protect the right to adequate environment, but the ECtHR has accepted that acts of a Party concerning environment can breach human rights guaranteed by the Convention.²⁸

TAŞKIN AND OTHERS V. TURKEY: A RELATIONSHIP OF MUTUAL SUPPORTIVENESS

The relationship between Articles 6 and 9 (2) of the Aarhus Convention and Article 8 of the ECHR as exists in *Taşkın and Others v. Turkey*²⁹ will be explored. It might be said the established relationship between the mentioned provisions by the ECtHR manifests mutual supportiveness.

Article 6 of the Aarhus Convention governs public participation in decisions on specific activities listed in Annex I thereto. Article 9(2) of the Aarhus Convention is dedicated to the access to justice in respect of decisions made under Article 6. Article 8 of the ECHR guarantees the right to respect for private and family life. The ECtHR has already found that Article 8 can be violated by failures of the Parties properly to apply environmental law. Thus it has already established

²⁷ *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, (app. no. 18030/11), Judgment of 8 November 2016.

²⁸ S. Đajić, *Pravo na zdravu životnu sredinu i Evropski sud za ljudska prava*, *Pravni život*, br.12, IV/2012, 277-290. I. Krstić, *Zaštita životne sredine u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava*, *Pravni život*, br. 9, I/ 2012, 645-661.

²⁹ See at f. 26.

in its case law that Article 8 implies some procedural and substantial obligations of the Parties regarding environmental issues. The *Taşkın and Others* case relates to the participation of the public in the decision-making of the Turkish authorities concerning a permit for construction of a gold mine.

In paragraph 119 of the judgment, considering the procedural aspect of compliance of Turkey with Article 8, the ECtHR states: "...the individuals concerned must also be able to appeal to the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision-making process."

The *Taşkın* case was not the first case where the ECtHR considers the procedural aspect of Article 8 of the ECHR in the context of environmental protection. The ECtHR explores the same issue in *Hatton and Others v. The United Kingdom*.³⁰ Paragraph 128 of the judgment states *inter alia*: "The applicants and persons in a similar situation thus had access to the Consultation Paper, and it would have been open to them to make any representations they felt appropriate. Had any representations not been taken into account, they could have challenged subsequent decisions, or the scheme itself, in the courts." The difference between the *Hatton* case and the *Taşkın* case is remarkable. In the first case a judicial challenge of a decision is possible when any representation of the public has not been taken into account. In the second case an appeal to a court is possible when concerned individuals claim "that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision-making process." "Sufficient weight" standard goes in favour of the individuals concerned and defines more seriously an obligation of a State authority in respect of the consideration of the interests and comments of the concerned individuals.

Article 6 (8) of the Aarhus Convention states: "Each Party shall ensure that in the decision due account is taken of the outcome of the public participation." Obviously, "due account" standard is broader and weaker than "sufficient weight". Article 9 (2) of the Aarhus Convention provides the qualified public with the access to justice "to challenge the substantive and procedural legality of any decision, act or omission subject to the provisions of article 6..."

The relevant interpretation of Article 6 (8) of the Aarhus Convention by the Aarhus Compliance Committee states that "the authority should be able to demonstrate how the comments were considered and why it did not follow the views expressed by the public" and "while it is impossible to accept in substance all the comments submitted ... the relevant authority must still seriously consider all the comments received."³¹ Serious consideration of all received comments might

³⁰ *Hatton and Others v. The United Kingdom* (app. no. 36022/97) GCh Judgment of 8 July 2003, para 128.

³¹ Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2012/70 concerning compliance by the Czech Republic adopted by the Compliance Committee on 20 December 2013, para 61.

imply attribution of sufficient weight to them but it is not necessary exclusive mode of serious consideration.

The ECtHR did not explain in the *Taşkın* judgment in what way it utilizes the Aarhus Convention in interpretation of Article 8 of the ECHR. It did not refer to any provision of Articles 31 – 33 of the Vienna Convention. The Aarhus Convention is referred in a rubric Law – “The relevant international texts on the right to a healthy environment” in the judgment together with the 1992 Rio Declaration on Environment and Development and Recommendation 1614 (2003) on Environment and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. The principle 10 of the Rio Declaration which is an embryo of the Aarhus Convention as well as a relevant part of the Recommendation is quoted. The content of the Aarhus Convention is summarized. No doubt that the invoked international texts and in particular the Aarhus Convention had an important role in the interpretation of Article 8 of the ECHR. The words “any decision, act or omission” from the quoted sentence from paragraph 119 of the *Taşkın* judgment appear by the same order in Article 9 (2) of the Aarhus Convention. The text of paragraph 119 of the judgment as whole is inspired by the Aarhus Convention. However, none of the invoked international texts require attribution of sufficient weight to the interests or comments of the public in the decision-making process.

For the explanation of an origin of the requirement concerning sufficient weight standard it might be useful to look at paragraph 119 as a whole.³² The first sentence instructs a State how to treat “complex issues of environmental and economic policy”. Investigations and studies have to be taken that will predict and evaluate the effects of the planned activities. A fair balance between the various conflicting interests has to be reached if the activities could damage the environment and violate individuals’ rights. The sentence reflects the present state of general international law as it has been established by the International Court of Justice in *Pulp Mills on the River Uruguay* and as it relates to an environmental impact assessment and the balance between economic activities and protection of

³² Paragraph 119 reads: “Where a State must determine complex issues of environmental and economic policy, the decision-making process must firstly involve appropriate investigations and studies in order to allow them to predict and evaluate in advance the effects of those activities which might damage the environment and infringe individuals’ rights and to enable them to strike a fair balance between the various conflicting interests at stake (see *Hatton and Others*, cited above, § 128). The importance of public access to the conclusions of such studies and to information which would enable members of the public to assess the danger to which they are exposed is beyond question (see, *mutatis mutandis*, *Guerra and Others v. Italy*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, p. 223, § 60, and *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-III, p. 1362, § 97). Lastly, the individuals concerned must also be able to appeal to the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests or their comments have not been given sufficient weight in the decision-making process (see, *mutatis mutandis*, *Hatton and Others*, cited above, § 127).”

environment as the substance of sustainable development. The second sentence emphasizes the importance of public access to the studies and information so that the public can assess the danger to which they are exposed. And the third sentence secures the right of individuals on judicial control over treatment of interests and comments of the public in the decision-making process. The second and third sentences are inspired by the Aarhus Convention.

The concept of fair balance is employed by the ECtHR in cases of conflict of legitimate interests, usually the private interest of an individual and the public interest of the community. In the *Hatton* case the ECtHR indicates that evaluation of relative weight of each interest is important for determination of fair balance.³³ Definition of relative weight of interest can also be a matter of European consensus. In the absence of consensus, the Parties enjoy the margin of appreciation whose breadth depends on a number of factors. When “an individual’s existence or identity is at stake” margin is restricted.³⁴

Thus, according to the ECtHR the existence or identity of individuals must have a particular weight in building fair balance between all involved interests. It is fully in line with the concept of sustainable development and with paragraph 3 of guideline 9 of the ILC’s draft on the protection of the atmosphere.

The standard of sufficient weight, proclaimed in the *Taşkın* case, might have some bearing on the effect of Articles 6 (8) and 9 (2) of the Aarhus Convention in the Parties to the ECHR. When applying the domestic provisions, which implement Articles 6 (8) and 9 (2), national authorities are under double controls – the Aarhus Convention and the ECHR, it is the Aarhus Compliance Committee and the ECtHR. In such a situation they have to reach a higher standard of sufficient weight.

CONCLUSION

The Aarhus Convention and the ECHR are human rights treaties. The first convention is a specific convention on the three human rights in environmental issues, inspired by mutual supportiveness of environmental law and international human rights law. The new right to participation in decision-making is recognized and the right to justice has been extended almost to the scope of *actio popularis*. The second Convention is characterized by general application, evolutive interpretation and effectiveness. When drafting the ECHR, their creators did not have in view their application on environmental matters. Over time the ECtHR has extended its application to environmental activities of the Parties when they interfere in guaranteed human rights.

³³ *Hatton and Others*, para. 125.

³⁴ *Evans v. The United Kingdom*, (app. np. 6339/05), Judgment of 10 April 2007, para 77.

Paragraph 119 of the judgment in the *Taşkın* case manifests mutual supportiveness of the two conventions and of international environmental law and international human rights law. It transfers the content of general obligations of States concerning the environmental impact assessment and the balance between economic interests and the protection of the environment, as the substance of sustainable development, into Article 8 of the ECHR on the right of private and family life. It also emphasizes the importance of public access to the studies and information on environmental issues and the importance of judicial control over the decision-making process that comes from the Aarhus Convention.

On the other hand, paragraph 119 establishes the standard of sufficient weight that national authorities have to attribute to the comments and interests of the public which has participated in the decision-making process concerning some environmental matters. National courts and ultimately the ECtHR control whether the national authorities attributed sufficient weight. The determination of relevant weight of involved interests can be a matter of a European consensus. In the case of absence of the European consensus, the Parties enjoy a margin of appreciation which is restricted when the existence or identity of individuals is threatened. The standard has been established as an element of a procedural obligation under Article 8 of the ECHR when it covers the environmental activities of the Parties.

The ECtHR referred to the Aarhus Convention in the *Taşkın* judgment and summarized its content. However, the standard of sufficient weight has not been explicated in relevant provisions of the Aarhus Convention in Articles 6 (8) and 9 (2) nor has it been proclaimed in jurisprudence of the Aarhus Compliance Committee. It comes out from the concept of fair balance, developed by the ECtHR to reconcile primarily a private interest of an individual and the public interest of a community.

When applying domestic provisions which implement relevant provisions of the Aarhus Convention, national authorities in countries that are the Parties to the Aarhus Convention and the ECHR are under the control of the two conventions, it is under control of the Aarhus Compliance Committee and the ECtHR. In such situations national authorities have to reach higher standard of sufficient weight.

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

Međusobni odnos Evropske konvencije o ljudskim pravima i Arhuske konvencije

Sažetak: *Evropska konvencija o ljudskim pravima i Arhuska konvencija pružaju međunarodnu zaštitu ljudskim pravima, prva kao opšta konvencija o ljudskim pravima, a druga kao specijalizovana za neka ljudska prava u stvarima zaštite životne sredine. Ispitivan je međusobni odnos dve konvencije kako ga je Evropski sud za ljudska prava uspostavio u predmetu Taşkın (Taşkın). Tumačeći član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima o pravu na privatnost i razmatrajući procesne obaveze koje su ovim članom predviđene za ugovornice, Evropski sud za ljudska prava se pozvao na odgovarajuće propise Arhuske konvencije. Imajući u vidu pomenute propise, običajna pravila o proceni uticaja na životnu sredinu i svoju raniju praksu o nalaženju ravnoteže između privatnog interesa pojedinca i javnog interesa zajednice, Evropski sud za ljudska prava je uspostavio standard odgovarajuće težine, koju javne vlasti ugovornica treba da pridaju komentarima i interesima javnosti u procesu odlučivanja o projektu koji može da ugrozi životnu sredinu. Težina koju javne vlasti treba da pridaju komentarima i interesima javnosti treba da odgovara važnost interesa koju javnost štiti. Sudska kontrola nad učešćem javnosti u procesu odlučivanja treba da obuhvati i to da li su nacionalne vlasti dale odgovarajuću težinu komentarima i interesima javnosti. Evropski sud za ljudska prava traži tako da ugovornice pridaju veći značaj komentarima i interesima javnosti u procesu odlučivanja, proširuje time sadržaj član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima već i povećava delotvornost odgovarajućih propisa Arhuske konvencije.*

Ključne reči: *ljudska prava; zaštita životne sredine; održivi razvoj; uzajamna podrška; ravnoteža interesa.*

Datum prijema rada: 07.05.2018.

*Dr Predrag P. Jovanović, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
P.Jovanovic@pf.uns.ac.rs*

NAČELO JEDNAKOSTI U RADNOM PRAVU

Sažetak: *Načelo jednakosti u radnom pravu tj. u oblasti zapošljavanja i rada, znači jednakost šansi u ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava u toj oblasti i ravnopravnost u korišćenju i zaštiti tih prava. Ovo načelo ima tri aspekta. Prvo, jednakost šansi u ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava i ravnopravnost pri korišćenju i zaštiti tih prava, kao glavni i afirmativni supstrat ovog načela. Drugo, zabrana diskriminacije pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava, kao zaštitni elemenat jednakosti i ravnopravnosti. Treće, pozitivna diskriminacija pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava, kao legitimna dopuna zabrane diskriminacije. Načelo jednakosti može ostvariti svoju svrsishodnost samo kroz paralelno ispoljavanje svih navedenih aspekata. Drugim rečima, aspekt jednakosti šansi i ravnopravnosti pri ostvarivanju pojedinih prava biva obezbeđen zabranom diskriminacije, a zabrana diskriminacije biva obezbeđena, odnosno dopunjena pozitivnom diskriminacijom. Shodno značaju koji ima, načelo jednakosti je sadržano u mnogim pravnim dokumentima (međunarodnim, evropskim i domaćim), a u kojima ovo načelo je prikazano kroz navedena tri aspekta.*

Ključne reči: *Jednakost, ravnopravnost, socijalnoekonomska prava, zapošljavanje, rad, diskriminacija, zabrana diskriminacije, pozitivna diskriminacija.*

1. UVODNE NAPOMENE

Načela radnog prava* predstavljaju pravnu i socijalno-političku platformu na osnovu koje se izgrađuju i funkcionišu svi radnopravni instituti (od zasnivanja do prestanka radnog odnosa). Među ostalim načelima i integrisano sa njima (pravo na rad sa slobodom rada, načelo zaštite zaposlenih na radu i njihovih prava po osnovu rada; načelo socijalno-materijalne sigurnosti; načelo uzajamnosti, solidarnosti

*e-mail: p.jovanovic@pf.uns.ac.rs

O načelima radnog prava vidi naš rad: Radno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2018, str.131.-168.

i humanizacije; itd.), nalazi se i načelo jednakosti u zapošljavanju i na radu. Bitno obeležje međusobnog odnosa ovih načela jeste njihova povezanost i uzajamnost. Povezanost i uzajamnost čini da su načela komplementarna u svojoj svrsishodnoj funkcionalnosti, jedno načelo ne može bez drugog. Na primer, pravo na rad bez jednakosti u zapošljavanju i u toku zaposlenja ne može se zamisliti, i obrnuto; ili, načelo socijalno-materijalne sigurnosti bez prava na rad i jednakosti u ostvarivanju tog prava; ili, socijalno-materijalna sigurnost bez zaštite zaposlenih na radu i u vezi sa radom; načelo uzajamnosti, solidarnosti i humanizacije bez pozitivne diskriminacije, i obrnuto; itd.

Načelo jednakosti u radnom pravu ima tri aspekta. *Prvo*, jednakost šansi u ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava i ravnopravnost pri korišćenju i zaštiti tih prava. *Drugo*, zabrana diskriminacije pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava. *Treće*, pozitivna diskriminacija pri ostvarivanju i zaštiti socijalno-ekonomskih prava. Ono što važi za sva pomenuta načela u vezi sa njihovom međusobnom povezanošću, važi i za navedene aspekte načela jednakosti. Dakle, načelo jednakosti može ostvariti svoju svrsishodnost samo kroz istovremeno ispoljavanje svih pomenutih aspekata. Preciznije rečeno, aspekt jednakosti šansi i ravnopravnosti pri ostvarivanju pojedinih prava biva obezbeđen zabranom diskriminacije, a zbarana diskriminacije biva obezbeđena, odnosno dopunjena pozitivnom diskriminacijom.

Sledstveno rečenom, cilj ovog rada biće u tome da se ukaže na međusobnu sadržinsku povezanost i ciljnu objedinjenost navedenih aspekata načela jednakosti, sa uporištima u međunarodnim, evropskim i domaćim pravnim dokumentima, uz primenu normativnog metoda.

2. JEDNAKOST I RAVNOPRAVNOST PRI OSTVARIVANJU I ZAŠTITI PRAVA

Pojam jednakosti, u pravnom smislu, podrazumeva da su svi građani jednaki „u očima zakona”. Posledično, iza ovoga stoji zabrana diskriminacije. Ali, zahtev za jednakošću kvalifikovan je pozivanjem na određene kriterijume po kojima samo jednake možemo tretirati jednako, a nejednake – nejednako. U radnom odnosu to je posebno izraženo, jer radnik i poslodavac niti su pravno niti faktički jednaki. Prema tome, sa jedne strane, o jednakosti možemo govoriti među radnicima (npr. za jednak rad – jednaka zarada) i, sa druge strane, o jednakosti među poslodavcima.¹ Na širem planu, svi građani, kao što rekosmo, treba da budu jednaki pred zakonom, rukovodeći se pritom određenim kriterijumima, tj.

¹ Radni odnos nije odnos među jednakima (odnos između radnika, ili odnos između poslodavca), mada u istoriji radnog prava bilo je i radnih odnosa kao međusobnih odnosa radnika (vreme socijalističkih društveno-svojinskih i samoupravnih odnosa).

ako imaju relevantan „zajednički imenilac”. Često kao zajednički imenilac dovoljno je imati svojstvo građana. Međutim, nije uvek tako. Taj imenilac (kriterijum) nije dovoljan, ili bolje rečeno nije uvek relevantan, na primer – kada je reč o religiji. Nema jednakosti ako svi građani mogu da idu u istu crkvu, već ako svako može da ide u svoju crkvu.² Ovde je kriterijum religija, a ne građanstvo.

Iz pojma jednakosti izvodi se pojam ravnopravnosti (ponekad se ovi pojmovi poistovećuju). Ravnopravnost podrazumeva da oni koji utvrđuju i sprovode pravo ne mogu vršiti diskriminaciju među ljudima, već prema svima moraju postupati u smislu propisa koji su istovetni za sve. Zakon ne može temeljiti svoja pravila na razlikama ili karakteristikama koje su nebitne ili nepravedne (u suprotnom imali bi „nepravedne i neispravne zakone”, jer „pravda je merilo ispravnosti zakona” – A. Ros). Ovde se krije i jedan subjektivni elemenat vezan za pojmove jednakosti i ravnopravnosti, a to je nepristrasnost i časnost (što podrazumeva ponašanje u skladu sa slovom i duhom zakona uz odsustvo diskriminacije). Nepristrasnost i časnost ne samo što se vezuju za pravne principe nediskriminacije, jednakosti i ravnopravnosti, već se ugrađuju i u pojam jednog individualnog fenomena, tj. svojstva – a to je moral i etičnost. Povratno, ili posledično gledano, moral i etičnost zahtevaju da njihova samospostojanost bude zaštićena kroz princip zabrane diskriminacije, uznemiravanja zlostavljanja na radu itd.

U teoriji, jednakost se vezuju za četiri elementa. To su: 1) jednakost svih u pravima i slobodama; 2) jednakost uslova u dostupnosti pravima i slobodama; 3) jednakost uslova u korišćenju (ostvarivanju) prava i sloboda; 4) jednakost u zaštiti prava i sloboda sudskim i vansudskim metodama.³ Na osnovu ove strukture jednakosti može se primetiti da se jednakost tiče, prevashodno, uslova pod kojima određena prava mogu da se steknu (jednakost šansi), a ravnopravnost se tiče uslova pod kojima se stečena prava koriste, ostvaruju i štite. To opet ukazuje na tesnu povezanost jednakosti i ravnopravnosti, s obzirom na činjenicu da jednom stečeno pravo (pod jednakim uslovima), neće puno vredeti ukoliko nemamo na raspolaganju instrumente za ravnopravno ostvarivanje i zaštitu tih prava. Pravo bez zaštite, često se pretvara u golo pravo – „ius nudum”.

Međutim, apsolutna jednakost i ravnopravnost svih u odnosu na sve, zapravo, jeste nepravda. Drugim rečima, zahtev za jednakošću sadržan u ideji pravde nije uperen apsolutno na svakoga i prema svemu sa jednakim udelima, jer jednakosti među nejednakima ne može biti. Ipak, postulat pravde nalaže i to da ne treba posebnim merama u duhu načela povoljnosti prema radnicima i merama u limitima poslodavčeve vlasti preterivati. Prvo, u duhu principa pravde i poslodavcu treba dati ono na šta ima pravo, s obzirom na ukupnu legalnost i legitimnost

² Miodrag A. Jovanović, priređivač, Kolektivna prava i pozitivna diskriminacija, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str.91.

³ Borivoje M. Šunderić, Pravo Međunarodne organizacije rada, Beograd, 2001, str. 175.

njegove svojinske vlasti (upravljačka, normativna, disciplinska vlast). Drugo, ovo je potrebno i iz praktičnih razloga, da se ne bi poslodavčeva motivacija za radno-pravnu upotrebu kapitala dovela u pitanje, a samim tim i socijalna sigurnost zaposlenih. Drugim rečima, posebne zaštitne mere prema radnicima (načelo povoljnosti) i limiti poslodavčeve vlasti moraju biti *pravedni, legalni i legitimni*. Pravedni – da svako optimalno dobije, po određenim kriterijumima i merilima, ono što mu pripada; legalni – znači unapred predviđeni propisima (kogentnim i autonomnim) i tako svima dostupni k znanju u momentu odlučivanja o radnopravnoj upotrebi kapitala i rada; legitimni – znači opravdani i dopušteni. Opravdanost i dopuštenost se vezuju za potrebe i prirodu procesa rada, interesne pozicije onih koji u tom procesu učestvuju, ali i za srazmernost prema cilju koji se želi postići određenim merama i ograničenjima (kolokvijalno: da ne bude više štete no koristi od tih mera i ograničenja).⁴

Dakle, uz uvažavanje zahteva pravde i uz uvažavanje činjenice da u radnom odnosu objektivno, *de facto* i pravno nisu jednaki zaposleni i njegov poslodavac, i uz opreznost koju nalažu principi legalnosti i legitimnosti, treba modifikovati načelo *jednakosti* (kao postulat pravde) u princip *in favorem laboratoris* kao radnopravni postulat, a koji podrazumeva favorizaciju, u propisima i kod tumačenja propisa, rada i onih koji vrše rad (radnici), jer su slabiji i u nepovoljnijem položaju u odnosu na one koji raspolažu kapitalom (poslodavci). Za tu modifikaciju, upravo zbog nejednakosti subjekata radnog odnosa i njihovog izrazitog interesnog sukoba, neophodna je upotreba vlasti, odnosno neophodan je eksplicitan državni intervencionizam (putem propisa) u regulisanju sistema radnih odnosa. Jer, ugovori o radu (individualni i kolektivni ugovori), koji baziraju na autonomiji volja radnika i poslodavaca i njihovih strukovnih kolektiviteta, ovde ne mogu puno pomoći, sobzirom da je volja poslodavaca jača. Tu i leži razlog da radno pravo mora biti, u osnovi, javno pravo, kako bi se princip jednakosti mogao modifikovati u princip *in favorem laboratoris*. Međutim, princip *in favorem laboratoris* ne može se shvatiti kao refleksija pozitivne diskriminacije, jer se razlozi njihovog postojanja i po ciljevima kojima teže suštinski razlikuju. Naime, ukratko (prostor ne dozvoljava šire razmatranje), najpre, radnici nisu u položaju nejednakih šansi u odnosu na poslodavce, pri ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava, već su upravo u položaju onakvih šansi kakve im obezbeđuju njihova socijalno-ekonomska prava po osnovu rada. Drugo, radnici su u nepovoljnijem položaju u odnosu na poslodavce ne iz subjektivnih razloga, tj. ne zato što su prethodno bili podvrgnuti diskriminaciji od strane poslodavaca, već zato što su njihova prava po osnovu rada objektivno „slabija” u odnosu na prava poslodavaca po osnovu svojine tj.

⁴ Više o tome: Predrag Jovanović, *Interesna obeležja radnog odnosa. Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br.4/2013, 23-24.

kapitala. Treće, potreba za principom *in favorem laboratoris* je opšta i trajna, dok je potreba za posebnim afirmativnim merama (pozitivnom diskriminacijom), uglavnom, privremena (dok se diskriminisana lica ne dovedu u jednak i ravnopravni položaj sa drugim licima), te nije opšta već posebna (odnosi se na neka lica i vezuje se samo za pojedibne situacije u kojima se ta lica mogu naći). Četvrto, princip *in favorem laboratoris* nema za cilj, kao mere pozitivne diskriminacije, da dovede radnike u ravnopravni položaj sa poslodavcima, niti je to moguće s obzirom da je pravo svojine poslodavca objektivno (iz razloga vezanih za tržišne zakonitosti ponude i tražnje za kapitalom i radnom snagom), jače od prava na rad i po osnovu rada, nego je cilj u tome da se ublaže radnopravne posledice te neravnopravnosti do nivoa koji obezbeđuje dostojanstven i pristojan rad radnika.⁵

3. ZABRANA DISKRIMINACIJE PRI OSTVARIVANJU I ZAŠTITI PRAVA

Zabrana diskriminacije je konstitutivni elemenat načela jednakosti, jer upravo kroz diskriminaciju se narušava jednakost i ravnopravnost građana u ostvarivanju njihovih prava. S obzirom na pomenuti značaj, zabrana diskriminacije je utemeljena u mnogim pravnim dokumentima (međunarodnim, evropskim i domaćim).

Povelja Ujedinjenih nacija (čl.1.) iz 1945. godine⁶ ističe da je osnovni cilj ove Organizacije u tome da potvrdi veru u osnovna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u ravnopravnost muškaraca i žena i nacija velikih i malih, da obezbedi ekonomski i socijalni napredak, te poboljšanje životnih uslova, da unapredi i podstiče poštovanje prava i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol jezik ili veru.

U Opštoj deklaraciji o pravima čoveka iz 1948. godine,⁷ kao opšti ideal koji treba da postignu svi narodi i sve nacije navodi se da svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji, bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje kože, pola, jezika, religije političkog ili svakog drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.

⁵ Dostojanstven i pristojan rad satkan je od više elemenata, sadržanih, pre svega, u dokumentima MOR-a (mogućnost i jednakost šansi za rad; jednakost na radu u slobodi i dostojanstvu uz odsustvo diskriminacije, uznemiravanja i zlostavljanja; produktivni životno svrsishodni rad; sigurnost i zaštita telesnog i moralnog integriteta na radu; stabilnost zaposlenja). Vidi: Slobodanka Perić, *Pristojan rad (rad dostojan čoveka)*, Beograd, 2013.

⁶ Povelja Ujedinjenih nacija, "S.I.I.FNRJ", br.4/1945.

⁷ Opšta deklaracija o pravima čoveka, proklamovana Rezolucijom Generalne skupštine OUN 217 A (III), ne podleže ratifikaciji jer se tretira kao opšti akt, a ne kao međunarodni ugovor.

Polazeći od navedenih principa iz Povelje i Opšte deklaracije, u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima⁸ i Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁹ ističe se da osnovni principi i ciljevi iz Povelje i Opšte deklaracije mogu biti realizovani samo ako se stvore uslovi koji omogućavaju svakome da uživa svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava i svoja građanska i politička prava.

Postoje i drugi međunarodni dokumenti posvećeni ovoj temi, a koji nas obavezuju, kao što su Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije,¹⁰ Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,¹¹ Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda,¹² Međunarodna konvencija o pravima osoba sa invaliditetom,¹³ Konvencija protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja UNESCO-a,¹⁴ itd.

Međunarodna organizacija rada (MOR) je svojom normativnom i drugim aktivnostima posvetila veliku pažnju načelu nediskriminacije i pružanja jednakih šansi tj. jednakog postupanja prema ljudima. Ovim načelom MOR želi da spreči *ratione personae* diskriminaciju pojedinih kategorija radnika (žena, stranaca, radnika invalida, migranata itd.) i da spreči *ratione materiae* određene vrste diskriminacije u odnosu na sve radnike na određenim područjima (prinudni rad, zapošljavanje i sloboda rada, socijalna sigurnost) te, konačno, da sprovede opšti princip zabrane diskriminacije u oblasti celine sistema radnih odnosa.¹⁵

U duhu predmeta rada MOR-a i polazeći od činjenice da se diskriminacija najčešće sreće u oblasti zapošljavanja i rada, iz normativne delatnosti MOR-a promoviu se, među više konvencija i preporuka,¹⁶ naročito sledeće: 1) Konvencija br.111 o zabrani diskriminacije u pogledu zapošljavanja i zanimanja;¹⁷ i 2) Konvencija br.100 o jednakosti nagrađivanja muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti.¹⁸ Ove dve konvencije ulaze u red osam fundamentalnih konvencija („*ius cogens*“ MOR-a). Njihova svrha je dvostruka: eliminacija diskrimi-

⁸ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, “Sl.I.SFRJ”, br.7/1971.

⁹ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, “Sl.I.SFRJ”, br.7/1971.

¹⁰ Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, “Sl.I.SFRJ”, br.6/1967.

¹¹ Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, “Sl.I.SFRJ”, 11/1981.

¹² Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda, “Sl.I.SFRJ”, br.11/1981.

¹³ Međunarodna konvencija o pravima osoba sa invaliditetom, “Sl.gl.RS”, br.42/2009.

¹⁴ Konvencija protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja, “Sl.I.SFRJ”, 4/1964.

¹⁵ Borivoje M. Šunderić, cit. delo, str.179.

¹⁶ Vidi i druge relevantne konvencije za ovu temu: Alferd Wisskirchen and Christian Hess, *Employers handbook on ILO standards-related activities*, ILO Geneva, 2001; Smernice o radnom zakonodavstvu, Međunarodna organizacija rada, Ženeva, 2001, str.284 i 285.

¹⁷ Konvencija br.111 o zabrani diskriminacije u pogledu zapošljavanja i zanimanja, “Sl.I.FNRJ”, br.3/61.

¹⁸ Konvencija br.100 o jednakosti nagrađivanja muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti, “Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ”, br.12 od 15. 05.1952.

nacije, sa jedne strane, i unapređivanje jednakosti pri zapošljavanju i na radu, sa druge strane, kao dve strane iste medalje.¹⁹

Konvencija br.111 definiše diskriminaciju (čl.1.) kao svako razlikovanje, isključenje i davanje prednosti na osnovu rase, boje, pola, vere, političkog mišljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla koji idu za tim da unište ili naruše jednakost mogućnosti ili postupanja u pogledu zapošljavanja ili zanimanja ili im štete.

Konvencija br.100 zabranjuje diskriminaciju u nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti. Insistira se na objektivnim kriterijumima za procenu poslova jednake vrednosti, koje treba urediti ili kogentnim ili autonomnim aktima, ali u svakom slučaju uz saradnju nadležnih vlasti sa zainteresovanim organizacijama radnika i poslodavaca.

U evropskom pravu, načelo nediskriminacije je utemeljeno na dokumentima OUN i MOR-a. Na primer, u evropskom nekomunitarnom pravu, čl.4. II dela Evropske socijalne povelje ponavlja Konvenciju MOR-a br. 100 u zahtevu jednakog plaćanja za rad jednake vrednosti.²⁰ Na liniji gore navedenih dokumenata OUN, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (član 14) promoviše princip da uživanje prava i sloboda iz ove Konvencije obezbeđuje se bez obzira na osnove kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko i drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

U evropskom komunitarnom pravu, načelo nediskriminacije je komplementarno sa načelom slobodnog kretanja radnika (sloboda kretanja podrazumeva načelo nediskriminacije, i obrnuto). U samom Ugovoru o osnivanju EEZ (član 48 tačka 2.) rečeno je da sloboda kretanja radnika zapravo znači ukidanje svake diskriminacije na osnovu državljanstva među radnicima država članica u vezi sa zapošljavanjem, uslovima rada i pravima po osnovu rada. Drugim rečima, slobodno kretanje radnika, kao jedna od fundamentalnih sloboda u pravu EU, ne može se ostvariti na pravi način bez zabrane diskriminacije i obezbeđivanja jednakih šansi tih radnika u postupcima ostvarivanja i zaštite njihovih prava u vezi sa radom. To se obezbeđuje na nekoliko načina: kroz jednak tretman svih građana – svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije; kroz jednak tretman muškaraca i žena u oblasti rada; i kroz posebne afirmativne mere.

Jednak pravni tretman svih građana, u komunitarnom pravu, kao što smo napred naveli, definisan je Ugovorom o osnivanju Zajednice (član 48), gde je jasno

¹⁹ Izgleda da MOR nije zadovoljna efektima u primeni svojih konvencija iz ofe sfere, te je 1998. godine usvojila Deklaraciju o osnovnim principima i pravima na radu „kao mekan pravni instrument koji ne zamenjuje postojeće pravne instrumente i nadzorne šeme, niti predviđa nove sankcije“, Steve Peers and Angela Ward, *The EU charter of fundamental rights, politics, law and policy*, Oxford and Portland Oregon, USA, 2004.

²⁰ Lammy Betten, Delma Mac Devitt, *The protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, str.115.

rečeno da ne može biti diskriminacije među radnicima zemalja članica po osnovu državljanstva u oblasti zapošljavanja i rada. Potom, u Amsterdamskom ugovoru iz 1997. godine, načelo nediskriminacije se smatra prioriternim načelom delovanja same EU, ali i zemalja članica, te u Povelji o osnovnim pravima EU iz 2000. godine (kao deklaratornom aktu) predstavljenoj u Nici kada je donesen i Ničanski sporazum. Konačno, Lisabonskim ugovorom iz 2007. godine (stupio na snagu 2009.), posebnom klauzulom, Povelji o osnovnim pravima EU data je snaga obavezujućeg akta, kojim se „pojedinac stavlja u središte svih aktivnosti utvrđivanjem statusa građanina Unije i stvaranjem prostora slobode, bezbednosti i pravde za sve“ (iz Preambule, stav 2.). U tom smislu, Povelja predstavlja odgovor na „krizu legitimiteta“ pred kraj XX veka na prostorima EU obezbeđivši, u odsustvu ustava EU, obavezujući pravni osnov za ljudska prava sa ekonomskim i socijalnim pravima u svojoj srži.²¹

Nediskriminacija među polovima je jedna od najstarijih pravnih tema u pravu EU. Nekoliko direktiva je posvećeno suzbijanju različitih oblika diskriminacije žena, među kojima se često izdvajaju dve ključne direktive – Direktiva 2000/78 i Direktiva 21006/54.²² Zabrana diskriminacije se proteže na sledeće važne oblasti: oblast zapošljavanja (dostupnost svih poslova pod jednakim uslovima, dostupnost osposobljavanja i napredovanja)²³; oblast pravnog položaja dok zaposlenost traje (jednakost u sticanju, ostvarivanju i zaštiti prava po osnovu rada jednake vrednosti)²⁴; oblast prestanka zaposlenja (nedopuštenost razloga za prestanak radnog odnosa po osnovu pola, trudnoće, porodijskog odustva)²⁵. Posebno mesto dato je jednakom plaćanju muškaraca i žena, i to kako u primarnim tako i u sekundarnim izvorima, te u odlukama Suda pravde EU.

Prema član 119 Ugovora o osnivanju Zajednice, jednako plaćanje bez diskriminacije po osnovu pola podrazumeva: zaradu za isti rad po učinku koji se vrednuje na osnovu istih mernih jedinica; zaradu koja se vrednuje istim vremenskim mernim jedinicama na istim poslovima i radnim mestima. Na ovoj liniji donese-

²¹ Tamara K. Hervey, and Jeff Kenner, editors, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2003, str.13.

²² Dr Senad Jašarević, *Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, br.3/2010, str.263.

²³ Direktiva br. 76/207 koja govori o jednakom pristupu zapošljavanju i uslovima rada, profesionalnom osposobljavanju i napredovanju; Direktiva br.2000/78 o uspostavljanju opšteg okvira za jednakost postupanja u zapošljavanju i zanimanju (više o tome: Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, str. 17 i dalje); Direktiva br.2006/54/EZ o principima jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja.

²⁴ Povelja o osnovnim pravima EU govori o jednakosti između muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja, u oblasti rada i uslova rada, te u oblasti nagrađivanja (član 23). Vidi: Andrew Charlesworth and Holly Cullen, *European Community Law*, Pitman Publishing, London, 2001, str. 360.

²⁵ Povelja o osnovnim pravima EU izričito predviđa zaštitu od nezakonitog otkaza, gde spada i otkaz motivisan razlozima vezanim za pol, trudnoću i materinstvo.

na je Direktiva br.75/117 (10. februara 1975) o približavanju zakonodavstava zemalja članica u pogledu jednakog plaćanja muškaraca i žena.²⁶ Najdirektniju potvrdu ovog principa Sud pravde je dao u poznatom slučaju *Defrene v Sabena* (1976)²⁷.

U našem pravu, o zabrani diskriminacije govori se u Ustavu i zakonskim aktima. Ustav Srbije (čl.21.) predviđa da su građani jednaki u slobodama, pravima i dužnostima i da imaju jednaku zaštitu pred državnim i drugim organima, bez obzira na rasu, pol, jezik, veru, političko ili drugo uverenje, obrazovanje, socijalno poreklo, imovno stanje i drugo lično svojstvo.

Zakon o radu (član 18) polazi od principa zabrane diskriminacije kao temeljnog principa čitavog sistema prava, obaveza i odgovornosti u individualnom radnom pravu. Na temelju nediskriminacije baziraju: uslovi za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla; uslovi rada i sva prava iz radnog odnosa; obrazovanje, usavršavanje i osposobljavanje; napredovanje na poslu; i prestanak radnog odnosa. Ovim Zakonom definisani su pojmovi: neposredna, posredna diskriminacija i uznemiravanje, uključujući i seksualno uznemiravanje u sferi rada. Neposredna diskriminacija jeste svako postupanje uzrokovano nekim od osnova diskriminacije koji se smatraju nedopuštenim (pol, jezik, rasa, vera, boja kože itd.), a kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji. Posredna diskriminacija postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica – lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja. Da ne bi došlo do diskriminacije, takve, naizgled neutralne, odredbe, treba uvek preispitivati iz ugla cilja koji se njima želi postići i prirode posla za koji se ta odredba vezuje, tj. da li je cilj legalan i legitiman i da li je „sporna” odredba nužna i primerena cilju i prirodi posla.²⁸

Uznemiravanje može biti opšte i seksualno. Opšte uznemiravanje jeste svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od nedopuštenih osnova za diskriminaciju, a koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižava-

²⁶ Roger Blanpain, Michele Colucci, *cit. delo*, str.16.

²⁷ Sem potvrde principa nediskriminacije po osnovu pola, Sud pravde je u slučaju *Defrenne* (stjuardesa koja je tužila svoju aviokompaniju (Sabena) za naknadu zbog niže zarade koju je ta kompanija njoj isplaćivala u odnosu na zarade koje je isplaćivala muškarcima), zauzeo i stav o direktnom dejstvu odredbe čl.119. Ugovora o osnivanju EEZ, koja govori o jednakosti plaćanja za isti rad bez obzira na pol. Vidi više: John Bowers and Simon Honeyball, *Labour Law*, Blacstone Press Limited, London, 1998, str.281. Steven D Anderman, *Labour Law*, Butterworths, London, 1992, str.208 i dalje;

²⁸ Dr Predrag Jovanović, Darko Božićić, Normativni okvir zašтите moralnog integriteta, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, br.4/2017, str.1243. i dalje.

juće ili uvredljivo okruženje. Seksualno uznemiravanje jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, te koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Definišući pojam uznemiravanja (opšteg i seksualnog) Zakon o radu se približava pojmu zlostavljanja na radu (mobinga), jer i za uznemiravanje i za mobing karakteristično je neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje. Prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu, seksualno uznemiravanje se tretira kao oblik zlostavljanja, u pogledu mehanizama zaštite.²⁹

4. POZITIVNA DISKRIMINACIJA PRI OSTVARIVANJU I ZAŠTITI PRAVA

4.1. Osnovni međunarodni i evropski pravni okviri

Pozitivna diskriminacija i zabrana diskriminacije su dva načela koja su uzročno-posledično povezana („dve strane iste medalje“). Diskriminacija rađa potrebu za pozitivnom diskriminacijom. Ta uzročno-posledična povezanost može se jasno sagledati i kroz pregled međunarodnih i domaćih pravnih izvora u kojima se gotovo paralelno govori sa jedne strane o načelu zabrane diskriminacije, koje često nije dovoljno da obezbedi one društvene vrednosti zbog kojih postoji, i sa druge strane o pozitivnoj diskriminaciji kao korektivu nesvrishodne primene načela zabrane diskriminacije. To je subjektivni razlog postojanja pozitivne diskriminacije. Međutim, potreba za pozitivnom diskriminacijom nastaje i iz objektivnih razloga koji dovode neka lica u položaj nejednakih šansi pri ostvarivanju određenih prava, naročito u sferi rada i ostvarivanja socijalno-ekonomskih prava i sloboda (sloboda rada, pravo na rad i zapošljavanje, pravo na pristojne i dostojanstvene uslove rada itd.). Tu se misli, pre svega, na razloge vezane za ponudu i tražnju na tržištu rada i kapitala za pojedinim stručnim profilima, što rezultira pojavom teže zapošljivih lica, prema kojima se takođe primenjuju mere pozitivne diskriminacije.

U sadržinskom smislu, pozitivna diskriminacija podrazumeva afirmativne mere, pozitivne akcije i postupke obezbeđivanja jednakosti i ravnopravnosti pojedinih grupa i pojedinaca, sa ostatkom društva, koji su *de facto* i suštinski u nepovoljnom položaju (položaju nejednakih šansi), u odnosu na druge pripadnike društva, u pogledu ostvarivanja i zaštite ljudskih prava i ravnopravnog učešća u ukupnom društvenom životu.³⁰ Sa tim u vezi otvara se pitanje – zašto su određene

²⁹ Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, „Sl.gl.RS“, br.36/2010, čl.3.

³⁰ U literaturi mogu se sresti i mišljenja da treba razlikovati „pozitivnu diskriminaciju“ od „pozitivne akcije.“ Kod pozitivne diskriminacije može se uzeti i manje kvalifikovani kandidat da

grupe ili pojedinci (etničke grupe, invalidi, žene) u nepovoljnom položaju ? Ne retko srećemo se sa odgovorom da su oni u nepovoljnom položaju zbog „disproporcionalnog efekta ili različitog uticaja prava”,³¹ a ovakav efekat ili uticaj prava je posledica njegove diskriminacione primene. Znači, diskriminaciona primena prava dovodi ljude do nepovoljnog položaja, a taj položaj uzrokuje potrebu za pozitivnom diskriminacijom, tj. za posebnim merama kojima se želi nepovoljni položaj ovih ljudi popraviti i dovesti na nivo jednakosti i ravnopravnosti sa drugima. Kada se taj nivo dostigne, onda prestaje potreba za daljom primenom afirmativnih mera (privremeni karakter pozitivne diskriminacije). U suprotnom, dalja primena afirmativnih mera, dovela bi do nove diskriminacije, tj. do diskriminacije većine u odnosu na manjinu koja koristi te mere. U tom smislu, oponenti pozitivne diskriminacije smatraju da je ona društveno „opasnija“ od obične ili klasične diskriminacije.

Međutim, u sferi zapošljavanja i rada pozitivna diskriminacija često ima posebna obelažja koja je čine specifičnom, te se njen privremeni karakter gubi. Na primer, kada je reč o invalidima i starijim radnicima kao korisnicima afirmativnih mera. Jer, invalidi su lica kod kojih postoje trajne promene u zdravstvenom stanju, a koje rezultiraju smanjivanjem njihovih radnih sposobnosti (ili potpunim gubitkom tih sposobnosti), te se ne može očekivati da se njihovo zdravstveno stanje popravi i da tako nestane potreba za merama pozitivne diskriminacije. Ili, kad su pitanju stariji radnici, kao korisnici posebnih mera, ne može se očekivati da ponovo postanu mladi.

Takođe, načelo pozitivne diskriminacije je prožeto i načelom uzajamnosti, solidarnosti i humanizacije, i obrnuto. Solidarnost je odrednica koja je čvrsto vezana za pozitivnu diskriminaciju. Pozitivna diskriminacija je, zapravo, izraz solidarnosti većine prema manjini ili pojedincima koji su u nepovoljnom položaju. Većina je solidarna, tj. pristaje na izvesno reduciranje svojih sloboda i prava posebnim merama, kako bi se tim merama uvećale šanse za ostvarivanje istih sloboda i prava drugim licima. Time se obezbeđuje socijalna kohezija, manifestuje spremnost da se pomogne i pruži podrška drugima koji su u nevolji. Solidarnost, kao svojstvo mera pozitivne diskriminacije, otkriva i druga svojstva ovih mera: moralnost, humanost, uzajamnost i razumevanje.

Treba ukazati i na razliku između pozitivne diskriminacije u oblasti zapošljavanja i rada i drugih mera kada se, u ovoj oblasti, takođe pravi razlika i daje prvenstvo određenim licima upravo sobzirom na osnovu nekih njihovih ličnih svojstava (pol, godine života), ukoliko priroda posla to zahteva i ukoliko je svrha

bi se obezbedila odgovarajuća zastupljenost, a kod pozitivne akcije, uz postojanje određenih kriterijuma, uzima se najbolji kandidat. Vidi: Gwyneth Pitt, *Employment Law*, Sweet – Maxwell, London, 1992, str.32.

³¹ Alan B. Morrison, editor, *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law, 1998, str.544.

koja se time želi postići opravdana. Razlika je u tome što ove druge mere, u odnosu na pozitivnu diskriminaciju, imaju različite uzroke (odsustvo diskriminacije) i ciljeve (ne teže uspostavljanju jednakosti i ravnopravnosti, već posebnoj zaštiti pojedinih kategorija radnika), te i karakteristične osobine (uvek su objektivno uslovljeni prirodom i potrebama posla; odlikuje ih trajnost), ali i te slučajeve, i njima saobrazne mere, propisi markiraju kao nediskriminaciju. Na primer, pravljenje razlike po osnovu stručnih znanja i radnih sposobnosti; po osnovu trudnoće – kada je u pitanju posao na kome je zabranjen rad trudnicama zbog štetnog dejstva uslova rada na trudnoću; po osnovu zdravstvenog stanja – kada je u pitanju posao letačkog osoblja; starosti – kada je u pitanju rad na pojedinim poslovima (vatrogasne službe, policija itd).

Međunarodna organizacija rada (MOR) posvetila je, takođe, odgovarajuću pažnju pitanju mera afirmativne akcije i kroz svoju naučno-istraživačku delatnost³² i kroz normativnu delatnost, obezbeđivši tako polaznu stručnu i normativnu platformu za definisanje nacionalnih politika i izradu zakona po ovom pitanju. Osnovni stav MOR- je da zabrana diskriminacije nije dovoljna garancija da obezbedi jednakost i ravnopravnost građana pred zakonom. *De facto* zaista postoji nejednakost, neravnopravnost, nepravičnost ukorenjena u višedecenijskoj prošlosti, a koju treba prevazići u decenijama koje slede. Za ispravku negativnosti potrebno je onoliko vremena koliko je bilo potrebno da do njih dođe. Standardna ciljna grupa afirmativnih mera su žene, manjine (jezičke, etničke, religijske), osobe sa invaliditetom.

Prema Konvenciji br.111 o zabrani diskriminacije u oblasti zapošljavanja i zanimanja (čl.4. i 5.), ne smatra se diskriminacijom razlikovanje, isključenje ili davanje prednosti po osnovu traženih kvalifikacija i sposobnosti za neko određeno zaposlenje. Takođe, ne smatraju se diskriminacijom ni posebne mere koje su namenjene da se vodi računa o posebnim potrebama određenih grupa lica, svrstanih po polu, godinama, invalidnosti, porodičnim obavezama. Pri utvrđivanju ovih posebnih mera sugerise se saradnja države sa socijalnim partnerima (radničkim i poslodavačkim strukovnim – sindikalnim organizacijama), pošto je i sama MOR, u organizacionom i funkcionalnom smislu, bazirana na principu tripartizma (trojnog partnerstva vlasti, poslodavaca i radnika u predstavljanju država članica). Takođe, Konvencija dozvoljava i primenu mera, koje neće biti smatrane diskriminacijom, prema licima čija se aktivnost smatra štetnom po opšte i legitimne interese države, kao i prema licima kojima je potrebna odgovarajuća zaštita i pomoć (lica u stanju socijalne potrebe i druga).

U evropskom pravu, pozitivna diskriminacija je prvenstveno bila usmerena u pravcu ostvarivanja suštinske jednakosti žena i muškaraca, a zatim i drugih tzv.

³² Na primer: J. Hodges – Aeberhard, C. Raskin, *Affirmative action in employment of ethnic minorities and persons with disabilities*, Geneva, 1994.

slabijih kategorija radnika (invalidi, deca i stariji radnici), te pojedinih društvenih grupa (etničke, religijske i druge). Osnovna pravna platforma za pozitivnu diskriminaciju data je u primarnim dokumentima EU. Najjaču podršku pruža Amsterdamski ugovor iz 1997. godine, koji predstavlja završnu konsolidaciju okvira socijalne politike EU insistirajući na određenim prioritetima. Jedan od prioriteta jeste suzbijanje svih oblika diskriminacije i neutralisanje njihovih posledica uz korišćenje mera pozitivne diskriminacije u sferi zanimanja i zapošljavanja.³³ Zatim, u čl.23. Povelje o osnovnim pravima EU, odnosno u Lisabonskom ugovoru, čiji je deo postala ova Povelja (čl. 6. Lisabonskog ugovora).³⁴ Ovim dokumentima širi se krug lica koja mogu biti obuhvaćena merama pozitivne diskriminacije. Pored pola, kao kriterijum za primenu mera uzimaju se invalidnost, uzrast, a zatim – rasa, etničko poreklo, religija, seksualna orijentacija. U Lisabonskom ugovoru se navodi da će se Unija zalagati za visoko-kompetativno socijalno-ekonomsko tržište, težeći, između ostalog, sprečavanju socijalne isključivosti i diskriminacije i afirmaciji socijalne pravde, ravnopravnosti između žena i muškaraca, solidarnosti između generacija i zaštiti prava deteta.

Preciznije rečeno, u duhu navedenih dokumenata EU, pozitivna duiskriminacija može se vršiti po različitim osnovima: životno doba, pol, etnička odnosno manjinska pripadnost, verska opredeljenost i ubeđenja, invalidnost itd.

Životno doba, tj. mlađa lica koja traže prvo zaposlenje ili starija lica od 50 godina mogu imati određene prioritete s ciljem da im se olakša pristup zapošljavanju.³⁵

Pol može biti osnov pozitivne diskriminacije ako je kod određenog pola prisutna manja zastupljenost u određenim delatnostima (manja zaposlenost žena u odnosu na muškarce u nekim profesijama).³⁶ Ovaj aspekt zaštite žena je, pored ostalih,³⁷ i ranije postojao. Posebno se izdvaja Direktiva br.76/207 o jednakom tretmanu muškaraca i žena u pristupu zaposlenju, profesionalnom osposobljavanju i napredovanju (čl.2. stav 4.), a po kojoj ne predstavlja diskriminaciju primena pozitivnih mera kojima se unapređuju jednake mogućnosti za muškarce i žene.³⁸ Pomenute odredbe Direktive tumačio je i Evropski sud pravde 1995. godine, u slu-

³³ Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, str.303.

³⁴ Lisabonski ugovor (OJ EU, C 306, od 17.12.2007.) sadrži niz odredaba i mera u Glavi X u kojoj se govori o socijalnoj politici, a kojima se želi obezbediti integracija osoba koje su isključene s tržišta rada, jednakost muškaraca i žena s obzirom na mogućnosti na tržištu rada i postupanja prema njima na radnom mestu, suzbijanju socijalne isključenosti itd.

³⁵ Direktiva 2000/78 o jednakosti šansi u zapošljavanju i zanimanju (član 6).

³⁶ Prema članu 23 Povelje o osnovnim pravima EU.

³⁷ Ostali aspekti zaštite žena su stariji i vezuju se za ulogu žene u biloškoj reprodukciji stanovništva (trudnoća, rađanje, materinstvo). Vidi: Paul Davies and Mark Freedland, *Labour Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979, str.287.

³⁸ Više o tome: Roger Blanpain, cit delo, str.303.

čaju *Kalanke and Freie Hansestadt Bremen (City of Bremen)*.³⁹ Zaključak Suda je da svaka apsolutna i bezuslovna prednost koja se daje ženama u odnosu na muškarce u pogledu zaposlenja, odudara od odredbe čl.2. stav 4. pomenute Direktive. Naime, potrebni su određeni relevantni kriterijumi, koji se mogu urediti nacionalnim zakonodavstvom, uz uvažavanje kojih se mogu primeniti mere pozitivne diskriminacije.⁴⁰ Kasnije, pozitivna diskriminacija nalazi svoje uporište i u Direktivi br.2000/78 o jednakosti šansi u zapošljavanju i zanimanju (čl.6.),⁴¹ kao i u Direktivi br.2006/54/EZ o principima jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i rada.⁴²

Etnička odnosno manjinska pripadnost, kao osnov pozitivne diskriminacije, obično se koristi kod pripadnika određenih etničkih ili manjinskih grupa kod kojih su naglašeniji određeni socijalno-ekonomski problemi (npr. problem nezaposlenosti).⁴³

Verska opredeljenost i ubeđenja mogu biti osnov pozitivne diskriminacije na dva načina. Prvi način je dominantan i koristi se pri zapošljavanju u verskim organizacijama i ustanovama (crkve), radi obezbeđivanja odgovarajuće lojalnosti prema poslu koji će se vršiti. Drugi način je izuzetan i rezultat je odgovarajućih tumačenja u evropskoj sudskoj praksi. Kao primer navodi se slučaj *Thlimmenos v Grčka* (odluka Evropskog suda za ljudska prava iz 2000. godine).⁴⁴

Invalidnost takođe može biti legitimni osnov za pozitivnu diskriminaciju, utemeljen na Direktivi 2000/78 o uspostavljanju opšteg okvira za jednakost postupanja u zapošljavanju i zanimanju. Direktiva sadrži opšti okvir za pozitivnu diskriminaciju invalida i za obaveze poslodavca u prilagođavanju radnih mesta za rad lica sa invaliditetom, a zemlje članice mogu predvideti veći stepen zaštite tih lica. U mnogim zemljama, kao i u našoj, doneseni su odgovarajući propisi o sprečavanju diskriminacije lica sa invaliditetom i o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju ovih lica. O tome u našoj zemlji biće više reči u tekstu koji sledi.

Savet Evrope, takođe, poklanja veliku pažnju pitanju jednakosti između žena i muškaraca i pitanju pozitivne diskriminacije u korist žena. Konceptualni okvir i metodologija postizanja ove jednakosti podrazumeva tri vrste instrume-

³⁹ Case C-450/93. Više o ovom slučaju u Roger Blanpain, cit. delo, str.532.

⁴⁰ Na primer, u slučaju *Kalanke* sud u Bremenu je pogrešio što je dao bezuslovnu – automatsku prednost ženi, u odnosu na muškarca koji je jednako ispunjavao uslove zaposlenja, iako je postojala nacionalna zakonska odredba po kojoj prednost žena ima u onim delatnostima gde su žene zastupljene manje od 50%. Očito, u konkretnom slučaju, nije se radilo o takvoj delatnosti.

⁴¹ Više o tome: Roger Blanpain, Michele Colucci, cit. delo, str.17 i dalje.

⁴² OJ L 204, 26. 07. 2006, p.23-36.

⁴³ Korišćenje određenih mera, sredstava i prioriteta pri zapošljavanju izbeglih i raseljenih lica, pripadnika etničkih manjina itd. Predrag Jovanović, *Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenog. Zbornik radova Pravnog fakulteta*, br.3/2011, 147.

⁴⁴ Više o tom slučaju u: Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, str.335. P. Jovanović, 2011, *op.cit.*, 147.

nata: 1) analitički; 2) obrazovni; i 3) konsultativni i participativni.⁴⁵ Analitički instrumenti su vezani za statistike u vezi polne pripadnosti i zastupljenosti u pojedinim sferama života i rada, pregledi, prognoze, finansijske analize itd. Obrazovni instrumenti se odnose na podizanje svesti sa ciljem da ljudi postanu „osećljivi” na pitanje pola i prenošenja znanja sa tim u vezi različitim edukativnim materijalima i postupcima. Konsultativne i participativne tehnike, između ostalog, podrazumevaju i „posebne mere koje osiguravaju učešće žena u telima koja donose odluke”.⁴⁶ U dokumentu pod nazivom Deklaracija o jednakosti između žena i muškaraca kao fundamentalnom kriterijumu demokratije (Istanbul 1997),⁴⁷ navodi se da stvarne demokratije nema bez ravnopravnosti muškaraca i žena i izbalansirane zastupljenosti polova, jer to vodi ka dubljem razumevanju pravde i univerzalnih ljudskih prava.

4.2. Osnovni domaći pravni okviri

Ustav Srbije⁴⁸ uvodi kao novinu pozitivne diskriminacije, u sadržinskom smislu kako je ovde prikazano. To se čini kroz odredbu čl. 21 stav 4. u kojoj se govori o tome da se ne smatraju diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima. Pored ove opšte odredbe, Ustav sadrži i posebne odredbe o zabrani polne diskriminacije (muškaraca i žena – čl.15.) i o zabrani diskriminacije po osnovu pripadnosti nacionalnoj manjini (čl.76. stav 2.), uz izričito ukazivanje na posebne mere afirmativne akcije kod nacionalnih manjina i uz podrazumevano njihovo postojanje kod ravnopravnosti polova. Naime, kada je u pitanju ravnopravnost polova, prema Ustavu (čl.15.), država jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti. Pritom, svakako, politika jednakih mogućnosti podrazumeva i mere afirmativne akcije, koje bi trebalo da otklone faktičku nejednakost između žena i muškaraca pri ostvarivanju ljudskih prava, a sobzirom i na to da je Republika Srbija zasnovana na vladavini prava i socijalnoj pravdi (čl. 1. Ustava). Vladavina prava i socijalna pravda upravo zahtevaju otklanjanje nejednakosti među građanima u ostvarivanju njihovih prava, čemu služe i mere pozitivne diskriminacije.

U našem pravu, pozitivnu diskriminaciju i posebne mere zaštite pojedinih kategorija lica i zaposlenih predviđaju i zakonski akti (sistemski i posebni). Zakon

⁴⁵ Zbornik dokumenata i tekstova Saveta Evrope o jednakosti među polovima, Završni izveštaj o aktivnostima Grupe specijalista za uvođenje trenda jednakosti među polovima, Council of Europe, Strasbur, februar 1999, str.11.

⁴⁶ Ibidem, str.12.

⁴⁷ Ibidem, str.18.

⁴⁸ Ustav Republike Srbije, „Sl.gl.RS“, br.98/2006.

o radu,⁴⁹ kao sistemski akt koji celovito reguliše sistem radnih odnosa, ne predviđa eksplicite pozitivnu diskriminaciju, u smislu njenog, ovde prikazanog, sadržinskog određenja, ali u poglavlju gde se govori o osnovnim pravima i obavezama (čl.22.), dopušta posebne mere kojima se želi obezbediti zaštita i pomoć određenim kategorijama zaposlenih, a posebno osobama sa invaliditetom, ženama za vreme trudnoće i porodijskog odsustva i odsustva sa rada zbog nege deteta i drugim radnicima. U čl. 12. st. 1. pominje i starost kao osnov obezbeđivanja određenih mera zaštite, mada za taj osnov više nigde u svom tekstu ne vezuje posebne mere zaštite.⁵⁰

Positivnom diskriminacijom u oblasti zapošljavanja i rada bave se posebni zakoni. Izdvajamo, prvo, Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti.⁵¹ Među osnovnim načelima (od ukupno šest), na kojima bazira ovaj Zakon, nalazi se i načelo pozitivne diskriminacije (afirmativne akcije) usmereno prema teže zapošljivim nezaposlenim licima. U teže zapošljiva lica spadaju nezaposleni koji zbog zdravstvenog stanja, nedovoljnog ili neodgovarajućeg obrazovanja, godina života, sociodemografskih karakteristika, regionalne ili profesionalne neusklađenosti ponude i tražnje na tržištu rada, ili drugih objektivnih okolnosti teže nalaze posao. Dakle, u ovu kategoriju lica ulaze ne samo lica koja se zbog svojih ličnih svojstava i karakteristika nalaze u nepovoljnom položaj pri zapošljavanju (godine života, zdravstveno stanje, nedovoljno obrazovanje), već i lica koja su u takvom položaju iz objektivnih razloga (sociodemografske karakteristike, neusklađenosti ponude i tražnje na tržištu rada). Takođe, mere afirmativne akcije mogu se prepoznati i u okviru mera aktivne politike zapošljavanja (čl.43. Zakona – profesionalna orijentacija, subvencije za zapošljavanje⁵² i podrška samozapošljavanju, kao i dodatno obrazovanje i obuka, a kod kojih prednost mogu imati teže zapošljiva lica).

Invalidi tradicionalno jesu korisnici mera pozitivne diskriminacije, jer zbog umanjениh radnih sposobnosti oni imaju umanjene (nejednake) šanse pri ostvarivanju prava u vezi sa zapošljavanjem i radom. Sa tim u vezi, važani zakoni su Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom,⁵³ Zakon o profesionalnoj rehabi-

⁴⁹ Zakon o radu, „Sl.gl.RS“, br.24/2005;61/2005;54/2009;32/2013;75/2014;13/2017.- odluka US.

⁵⁰ Ovo pod uslovom da starost ne shvatimo kao uzrast, već kao kasniju životnu dob. Uzrast koja se vezuje za mladu životnu dob (naročito maloletnici) svakako uzima se kao osnov posebne zaštite.

⁵¹ Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, „Sl.gl.RS“, br.36/2009; 88/2010;38/2015.

⁵² Na primer, Uredbom o podsticanju zapošljavanja („Sl.gl.RS“,br.32/011; 34/011.) preciziraju se mere subvencionisanog zapošljavanja. Recimo, poslodavac iz privatnog sektora koji zaposli na neodređeno vreme, odnosno određeno vreme, lice mlade od 30 godina ili starije od 45 godina, koje najmanje 6 meseci pre toga nije bilo u radnom odnosu, može pod uslovima i način predviđen Uredbom, da ostvari pravo na subvencionisanje ukupnog iznosa obračunatog poreza na zarade i ukupnog doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje.

⁵³ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, „Sl.gl.RS“, br.33/2006;13/2016.

litaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom,⁵⁴ i Zakon o radnom osposobljavanju i zapošljavanju invalida.⁵⁵

U svetlu naše teme, najpre izdvajamo Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom. Među ostalim odredbama koje govore o licima obuhvaćenim zabranom diskriminacije i o radnjama koje se smatraju diskriminacijom, nalaze se i odredbe koje govore o posebnim merama koje se ne smatraju diskriminacijom po osnovu invalidnosti. U čl.8. Zakona navodi se da ne predstavljaju diskriminaciju posebne mere koje imaju za cilj da poboljšaju položaj osoba sa invaliditetom, članova njihovih porodica i njihovih udruženja, do nivoa kada mogu da koriste svoja prava pod istim uslovima kao i ostali građanai. Ove odredbe mogu biti relevantne i sa aspekta posebne zaštite pojedinih kategorija lica (žena, starijih, pripadnika nacionalne manjine). Na primer, kada je u pitanju diskriminirana žena, kao pripadnica nacionalne manjine i kao osoba sa invaliditetom (problem višestruke diskriminacije).⁵⁶ U sferi rada ne smatra se diskriminacijom davanje prvenstva pri zapošljavanju, u skladu sa propisima koji govore o zapošljavanju osoba sa invaliditetom i preduzimanje drugih podsticajnih mera u toku trajanja zaposlenja.⁵⁷ Druge podsticajne mere (čitaj – afirmativne mere – pozitivna diskriminacija) u toku trajanja zaposlenja (trajanja radnog odnosa) treba urediti propisima koji regulišu radne odnose – Zakonom o radu, i to u skladu sa međunarodnim standardima, posebno u skladu sa Preporukom br.99 o stručnom osposobljavanju i preosposobljavanju invalida,⁵⁸ Konvencijom br.159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida⁵⁹ i Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom.⁶⁰ Ova poslednja Konvencija, kao posebnu meru zaštite invalida predviđa i „razumna prilagođavanja“, odnosno modifikovanja i usklađivanja procesa rada, mogućnostima invalida, što važeći Zakon o radu nema u vidu.

⁵⁴ Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, „Sl.gl.RS“, br.36/2009; 32/2013.

⁵⁵ Zakon o radnom osposobljavanju i zapošljavanju invalida, „Sl.gl.RS“, br.25/1996; 101/2005. Ovim Zakonom regulisana su pitanja vezana isključivo za radno osposobljavanje invalida i lica omeđenih u razvoju, u okviru preduzeća za radno osposobljavanje i zapošljavanje invalida, nakaon čega invalid dobija uverenje o završenom osposobljavanju sa navođenjem poslova koje može da obavlja u zavisnosti od psihofizičkih sposobnosti. U tom smislu i ovaj Zakon možemo tretirati kao akt kojim se uređuju mere posebne zaštite osoba sa invaliditetom, jer se osposobljavaju na poseban na čin za zapošljavanje i rad.

⁵⁶ Višestruka ili ukrštena diskriminacija (novina u našim propisima), kao diskriminacija po osnovu dva ili više ličnih svojstava, u Zakonu o zabrani diskriminacije iz 2009. godine (čl.13.) tretira se kao teški oblik diskriminacije.

⁵⁷ Vidi Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom; Zakon o radu, čl.101, 102.

⁵⁸ „Sl.l.FNRJ“, br.5/1985.

⁵⁹ „Sl.l.SFRJ“, br.3/1987.

⁶⁰ „Sl.gl.RS“, br.42/2009.

Prema Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, pozitivna diskriminacija osoba sa invaliditetom ogleda se naročito u pravima koje te osobe imaju i, naspram toga, obavezanma koje poslodavci imaju. Najvažnija prava su usmerena u pravcu profesionalne rehabilitacije i podsticanja njihovog zapošljavanja pod opštim i posebnim uslovima, te ostvarivanja mera aktivne politike zapošljavanja. Recipročno ovim pravima osoba sa invaliditetom, utvrđene su odgovarajuće obaveze poslodavaca i službi za zapošljavanje. Obavezi zapošljavanja podleže svaki poslodavac koji ima najmanje 20 zaposlenih, tj. koji ima od 20 do 40 dužan je da zaposli jednu osobu sa invaliditetom, a onaj koji ima 50 i više zaposlenih dužan je da zaposli najmanje dve osobe sa invaliditetom, i na svakih narednih započelih 50 zaposlenih još po jednu osobu sa invaliditetom (čl.24.).⁶¹ Mere aktivne politike zapošljavanja sprovode službe za zapošljavanje, o čemu je već bilo reči u smislu Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti.

Sledeći segment našeg pravnog okvira pozitivne diskriminacije u oblasti rada predstavlja Zakon o zabrani diskriminacije.⁶² U Zakonu se polazi od načela jednakosti (čl.4.), normirajući da su svi jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva, te da je svako dužan da poštuje načelo jednakosti, odnosno zabranu diskriminacije. Dakle, *opštost* zabrane diskriminacije bazira na tome da *svi* uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu i na tome da je *svako* dužan da to poštuje. Sa druge strane, Zakon o zabrani diskriminacije dozvoljava diskriminaciju kroz *posebne mere* (čl.14.), kojima odstupa od principa *opšte zabrane diskriminacije* tj. formalne jednakosti svih iz čl.4., jer pojedina lica, ili grupe lica, dovodi u privilegovan položaj u odnosu na ostale građane. Da bi se ovaj sukob *posebnih mera* sa principom *opšte zabrane diskriminacije* neutralisao, Zakon izričito navodi da se ne smatraju diskriminacijom posebne mere. Pritom, posredno su predviđeni i uslovi pod kojima posebne mere mogu biti legitimne i legalne, dakle nediskriminatorske. Ti uslovi su vezani za razloge zbog kojih se mere uvode i za ciljeve koje treba ostvariti njihovom primenom. Razlozi leže u *de facto* nejednakom položaju određenih lica ili grupa lica, u odnosu na druge, a ciljevi su postizanje pune ravnopravnosti tih lica sa ostalima, njihove zaštite i napretka. U tom smislu, prvo, neće se smatrati diskriminacijom pravljenje razlike, isključivanje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ako je svrha koja se time želi postići opravdana. Drugo, ne predstavlja diskriminaciju i preduzimanje posebnih mera zaštite prema pojedinim kategorijama rad-

⁶¹ Poslodavac koji ne izvrši ovu dužnost zapošljavanja, plaća penale u visini trostrukog iznosa minimalne zarade, za svaku osobu sa invaliditetom koju nije zaposlio. Naplaćena sredstva slivaju se u posebni budžetski fond odakle se finasira ostvarivanje pomenutih prava osoba sa invaliditetom.

⁶² Zakon o zabrani diskriminacije, „Sl.gl.RS“, br.22/2009.

nika (žene, trudnice, porodilje, roditelji, maloletnici, osobe sa invaliditetom i drugi). Treba podvući činjenicu da ovaj Zakon govori o zabrani diskriminacije i pozitivnoj diskriminaciji u oblasti rada, a ne samo u oblasti radnih odnosa. Prema tome, subjekti zaštite nisu samo zaposleni (lica u radnom odnosu), već i lica koja rade i žive od svog rada van radnog odnosa (lica u dopunskom radu, radu na privremenim i povremenim poslovima, radu po ugovoru o delu, lica koja obavljaju javnu funkciju, rade u vojsci itd.).

Na kraju, kao važan segment domaćeg pravnog okvira zabrane diskriminacije i pozitivne diskriminacije, izdvajamo još i Zakon o ravnopravnosti polova.⁶³ I za pitanje ravnopravnosti polova tradicionalno se vezuje problem diskriminacije i potreba za pozitivnom diskriminacijom. Pod *posebnim merama* podrazumevaju se mere privremenog karaktera usmerene na ukidanje nejednakosti i ubrzavanje i postizanje pune ravnopravnosti polova u praksi, a posebno u oblasti zapošljavanja i rada. Neka istraživanja kod nas pokazuju da je rodna neravnopravnost na tržištu rada izražena, te da je potrebno koristiti posebne mere za podsticanje zapošljavanja i samozapošljavanja žena (posebno žena sa sela, Romkinja, samohranih majki...), sve do njihove proporcionalne zastupljenosti u toj oblasti, analogno zastupljenosti u ukupnoj populaciji društva.⁶⁴

U smislu rečenog, poslodavac je dužan da prilikom zapošljavanja i zaposlenima, bez obzira na pol, obezbedi jednake mogućnosti i tretman, a u vezi sa ostvarivanjem prava na rad i prava iz radnog odnosa i po osnovu rada. Preciznije rečeno (shodno čl.15.), prilikom javnog oglašavanja poslova i uslova za njihovo obavljanje i odlučivanja o izboru lica koja traže zaposlenje radi zasnivanja radnog odnosa ili drugog vida radnog angažovanja, nije dozvoljeno pravljenje razlike po polu, osim ako postoje opravdani razlozi utvrđeni u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad. Takođe, shodno čl.16. – 21., pripadnost polu ne može biti smetnja napredovanja na poslu ili razlog za prestanak radnog odnosa, ili da se zaposleni proglasi viškom zaposlenih itd. Sa druge strane (čl.11. stav 2.), ne smatraju se diskriminacijom ili povredom principa jednakih mogućnosti: 1) posebne mere za povećanje zaposlenosti i mogućnosti zapošljavanja manje zaposlenog pola; 2) posebne mere za povećanje učešća manje zaposlenog pola u stručnom osposobljavanju i obezbeđivanju jednakih mogućnosti za napredovanje; 3) druge posebne mere, utvrđene u skladu sa zakonom. Posledično, odavde proizilaze određene

⁶³ Zakon o ravnopravnosti polova, „Sl.gl.RS“, br.104/2009. Naravno, postoje i drugi propisi koji, u širem pristupu našoj temi, mogu se imati u vidu: propisi iz oblasti prava socijalnog osiguranja – Zakon o zdravstvenom osiguranju, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju; propisi iz oblasti socijalne zaštite – Zakon o socijalnoj zaštiti; propisi iz oblasti obrazovanja – zakoni koji govore o osnovama sistema obrazovanja, srednjem i visokom obrazovanju, jer u svim ovim oblastima moguća je diskriminacija, a samim tim i potreba za pozitivnom diskriminacijom.

⁶⁴ Božo Milošević, Marica Šljukić, Tijana Vučević, Žene u zagrljaju diskriminacije, Novi Sad, 2011, str.183.

obaveze poslodavca. Poslodavac je dužan: 1) da vodi evidenciju o polnoj strukturi zaposlenih, u skladu sa zakonom kojim se uređuju evidencije u oblasti rada; i 2) da usvoji plan mera za otklanjanje i ublažavanje neravnomerne zastupljenosti polova za svaku kalendarsku godinu, ukoliko zapošljava više od 50 zaposlenih na neodređeno vreme.

5. ZAKLJUČAK

Načelo jednakosti u radnom pravu tj. u oblasti zapošljavanja i rada, znači jednakost šansi u ostvarivanju socijalno-ekonomskih prava u toj oblasti i ravnopravnost u korišćenju i zaštiti tih prava. Ovo načelo podrazumeva tri segmeta: a) jednakost i ravnopravnost pri ostvarivanju prava; b) zabranu diskriminacije pri ostvarivanju prava; i v) pozitivnu diskriminaciju pri ostvarivanju i zaštiti prava. Jedino kroz komplementarnost i ciljnu objedinjenost ovih segmenata, načelo jednakosti se može ostvariti. Sa druge strane, i sami navedeni segmenti načela jednakosti međusobno se podupiru. Tako, jednakost i ravnopravnost pri ostvarivanju pojedinih prava biva obezbeđen zabranom diskriminacije, a zbarana diskriminacije biva obezbeđena, odnosno dopunjena pozitivnom diskriminacijom.

Navedena komplementarnost segmenata načela jednakosti, jasno se mogla u ovom radu prepoznati i kroz pregled međunarodnih, evropskih i domaćih pravnih dokumenata, prikazanih ovde, a u kojima se, po pravilu, paralelno i istovremeno govori o jednakosti, zabrani diskriminacije i pozitivnoj diskriminaciji. To potvrđuje da navedeni segmenti nose iste pravne poruke i teže istom cilju, a to je obezbediti primenu načela jednakosti.

Iz sklopa međunarodnih izvora prikazani su najvažniji dokumenti OUN, MOR-a, SE i EU. Iz sklopa domaćih izvora prikazani su, pored Ustava, najvažniji zakoni koji posebno tangiraju pitanje pozitivne diskriminacije u oblasti rada, mada postoje i drugi propisi koji se, u širem kontekstu, mogu dovesti u vezu sa pozitivnom diskriminacijom, ali ne u sferi zapošljavanja i rada već u drugim sferama (socijalna zaštita, obrazovanje, građanska i politička prava itd.).

Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Jovanovic@pf.uns.ac.rs

The Principle of Equality in Labour Law

Abstract: *The principle of equality in labour law, i.e. in the field of employment and work, means the equality of chances in achieving socio-economic rights in that field and equal opportunities in title and protection of such rights. This principle has three aspects (elements): firstly, the equality of chances in achieving socio-economic rights and equalities when getting title and protecting those rights, as the main and affirmative substratum of this principle; secondly, the prohibition on discrimination when achieving and protecting socio-economic rights, as the protective element of equality and equal opportunities; thirdly, positive discrimination when getting title to and protecting socio-economic rights, as a legitimate addition to the prohibition on discrimination. The principle of equality can be purposeful only by parallelly exposing all of the named aspects. In other words, the equality aspect of chances and equal opportunities when getting title to certain rights is provided by prohibiting discrimination, and the prohibition on discrimination is provided and accompanied by positive discrimination. Due to its significance, the principle of equality is encompassed in many legal documents (international, European and domestic), and in the light of which this principle is shown in the three named aspects (elements).*

Keywords: *equality, equal opportunities, socio-economic rights, employment, work, discrimination, prohibition on discrimination, positive discrimination.*

Datum prijema rada: 21.05.2018.

*Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs*

UTICAJ SUKOB A INTERESA KOJI PROISTIČU IZ PARALELNOG OBAVLJANJA ADVOKATSKE I ARBITARSKE DELATNOSTI NA IMENOVANJE ARBITARA¹

Sažetak: Arbitraža je danas jedan od najzastupljivijih načina rešavanja međunarodnih sporova, kako trgovinskih tako i onih koji proističu iz stranih ulaganja. Od arbitara se očekuje da budu stručnjaci za arbitražu, da imaju arbitražno iskustvo i da poseduju značajne organizacione sposobnosti. Primetna je specijalizacija i profesionalizacija arbitarske funkcije. Većina međunarodnih arbitara u svetskim centrima arbitraže registrovani su kao advokati, ali se i kao advokati bave samo ili pretežno arbitražom. Zbog toga se može dogoditi da se u jednom arbitražnom postupku pojavljuju u funkciji arbitra, dok u drugom arbitražom postupku postupaju kao zastupnici stranaka. Opisana situacija može kod stranaka da izazove sumnju u nepristrasnost i nezavisnost arbitara. Pitanje sukoba interesa, kao pitanje arbitarske etike, od ključnog je značaja za očuvanje integriteta međunarodnog arbitražnog procesa. Neophodno je odrediti okvire u kojima se arbitri mogu paralelno baviti advokatskom i arbitarskom delatnošću kroz kategorizaciju činjenica i okolnosti koje moraju ili mogu dovesti do sukoba interesa kao osnova za izuzeće arbitra. Smernice o sukobu interesa u međunarodnim arbitražnim postupcima koje je donela Međunarodna advokatska komora (IBA) poklanjaju veliku pažnju ovoj vrsti sukoba interesa. Međutim, na osnovu analize može im se uputiti kritika da su u pogledu određenih okolnosti previše tolerantne ili da ne obuhvataju sve situacije koje se u praksi mogu pojaviti, a koje bi mogle negativno da utiču na integritet arbitražnog postupka.

Ključne reči: arbitar, arbitraža, sukobi interesa, Smernice IBA o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži

¹ Ovaj rad je nastao u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

UVOD

Veliki deo pravnih sporova iz privrednih odnosa sa inostranim elementom, koji obuhvataju trgovinu i ulaganja, rešava se arbitražom. U osnovi arbitraže nalazi se premisa da strankama sudi izabrani arbitar.²

Značaj izbora proističe iz nekoliko okolnosti i ne može se previše naglasiti. Prvo, arbitražni postupak je obično jednostepen.³ Državni sudovi mogu da preispituju arbitražne odluke u ograničenom obimu,⁴ a procesne naredbe arbitara uglavnom nisu podložne preispitivanju.⁵ Retko postoji prilika da se učinjene greške u utvrđivanju činjenica i primeni prava isprave. Stranke, po pravilu, nemaju mogućnost da tuže arbitra i da od njega traže naknadu štete zbog pogrešno donete odluke.⁶ Drugo, u pitanju su sporovi visoke vrednosti, od čijeg rešavanja često zavisi uspeh ili opstanak stranaka. Najveća infrastrukturna ulaganja i najznačajnije trgovinske transakcije obično u ugovornim dokumentima koji ih zaokružuju, sadrže arbitražnu klauzulu. Zbog toga stranke žele da imenuju iskusnu ličnost koja će brzo i tačno shvatiti suštinu njihovog spora, biti stručna i efikasna u njegovom rešavanju, i dovoljno autoritativna da se njena odluka, kada jednom bude doneta, ne može lako osporiti pred sudovima. Međutim, isto tako im je važno da ta ličnost bude nepristrasna i nezavisna u odlučivanju.⁷ Konačno, u doba investicione arbitraže, od arbitra se očekuje da ima i visoka moralna svojstva i određenu izuzetnost, čak i elitni status u profesiji,⁸ koji mu daje za pravo da sudi suverenim državama za kršenje međunarodnog prava. Sve veći zahtevi u odnosu na traženi profil arbitra i sve veći broj arbitražnih sporova, doveli su do specijalizacije ove delatnosti.

Istraživanja pokazuju da se glavnina savremenih arbitara regurutuje iz advokatske profesije, ali da se i kao advokati bave samo ili pretežno arbitražom.⁹ Po-

² V. npr. član V, stav 1, tačka d Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.

³ Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, 663.

⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, 2015, 591.

⁵ Sigvard Jarvin, To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review?, in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series, Volume 9, 372.

⁶ Pieter Sanders (ed.), *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration*, 1982, 143.

⁷ O nezavisnosti i nepristrasnosti arbitara v.: Jelena Perović, „Sumnja u nezavisnost ili nepristrasnost arbitra kao osnov zahteva za njegovo izuzeće“, *Pravni život* 11/2017, 66–69.

⁸ V. Konvenciju o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, čl. 14. stav 1: „Lica određena za listu moraju imati visoka moralna svojstva i priznatu stručnost u oblasti prava, trgovine, industrije ili finansija i biti takva da se može računati da će nezavisno odlučivati. Stručnost u oblasti prava je od naročitog značaja kod lica na listi arbitara.“

⁹ Ovo pokazuje i najnovija baza podataka časopisa *Global Arbitration Review – Arbitrator Research Tool* – koja sadrži niz podataka o arbitrima i njihove odgovore na različita pitanja kako

seban problem koji se javlja u vezi sa tim predstavlja mogućnost da se u nekim postupcima pojavljuju u funkciji arbitra, dok se u drugim postupcima pojavljuju kao punomoćnici stranaka. Dvostruke uloge mogu da izazovu sukobe interesa i da kod stranaka izazovu opravdanu sumnju u nepristrasnost i nezavisnost arbitara. Pitanje sukoba interesa, kao pitanje arbitarske etike, od ključnog je značaja za očuvanje integriteta međunarodnog arbitražnog procesa. Neophodno je odrediti okvire u kojima se arbitri mogu paralelno baviti advokatskom i arbitarskom delatnošću kroz kategorizaciju činjenica i okolnosti koje moraju ili mogu dovesti do sukoba interesa kao osnova za izuzeće arbitra. U kojim situacijama pravila etike zabranjuju da jedno lice istovremeno bude arbitar, odnosno član sudećeg tela, i zastupnik u nekom drugom sporu? Smernice o sukobu interesa u međunarodnim arbitražnim postupcima koje je donela Međunarodna advokatska komora (IBA) poklanjaju veliku pažnju ovoj vrsti sukoba interesa. Međutim, na osnovu analize može im se uputiti kritika da su u pogledu određenih okolnosti previše tolerantne ili da ne obuhvataju sve situacije koje se u praksi mogu pojaviti, a koje bi mogle negativno da utiču na integritet arbitražnog postupka.

U radu ćemo, prvo, ukratko navesti određena istraživanja koja potvrđuju pretpostavku da je u savremeno doba došlo do specijalizacije pravnika za obavljanje profesije arbitra i da se veliki broj profesionalnih arbitara istovremeno bavi i advokaturom (poglavlje 1). Zatim ćemo analizirati situacije sukoba interesa koje se javljaju zbog činjenice da se arbitri profesionalno bave tom delatnošću i zbog toga što se istovremeno bave i zastupanjem u arbitražnom postupku. Ta analiza biće podeljena na tri vrste odnosa: odnosi koji u takvoj konstelaciji mogu da postoje između arbitra i stranke, između arbitra i drugog arbitra i između arbitra i punomoćnika stranke (poglavlje 2). Na kraju ćemo govoriti o dužnostima koje arbitri imaju prema strankama u vezi sa saopštavanjem takvih činjenica i o posledicama nesaopštavanja (poglavlje 3). Izvešćemo i određene zaključke o tome da li se sve situacije sukoba interesa mogu normativno obuhvatiti.

1. SPECIJALIZACIJA PRAVNIKA ZA OBAVLJANJE PROFESIJE ARBITRA

Sociolog Iv Dezale (*Yves Dezalay*) i advokat Brajant Gart (*Bryant Garth*) u knjizi objavljenj 1996. godine pod nazivom „*Dealing in Virtue*“, izložili su rezultate naučno-istraživačkog rada o profilu i ličnim osobinama uspešnih arbitara u međunarodnim arbitražnim postupcima. Autori su došli do zaključka da se profil arbitara razvijao i menjao, te da su od početka sedamdesetih godina XX

bi se strankama koje treba da imenuju arbitra olakšalo pronalaženje odgovarajuće ličnosti. Jedno od pitanja na koja potencijalni arbitri treba da odgovore je i kada su postali članovi advokatske komore.

veka, pa do devedesetih godina XX veka postojale dve „generacije“ arbitara: prvu generaciju, nazvanu „*Grand Old Men*“, činili su proslavljeni pravници koji, doduše, nisu bili specijalizovani u oblasti arbitraže, ali ih je ugled u drugim oblastima prava činio dostojnim poverenja za obavljanje dužnosti arbitara, dok su pripadnici druge generacije, nazvani „tehnokrate“, gotovo isključivo svoje karijere posvetili oblasti arbitraže.¹⁰

Međutim, kraj XX i početak XXI veka doneli su dalji razvoj arbitražnog prava i prakse, te dalju proliferaciju arbitražnih institucija u svetu. Posledica toga bila je promena stava javnosti i stranaka prema arbitraži. Naime, rešavanje sporova putem arbitraže sada se doživljava tek kao još jedno poslovno pitanje koje treba rešiti na isti način kao i ostale poslovne probleme. S promenom stava o arbitraži, došlo je i do promene osobina koje se traže ili očekuju od arbitara, što je nagnalo neke autore da počnu da govore o „trećoj generaciji“ arbitara. O toj promenjenoj ulozi arbitara u postupku Švajcarac Tomas Šulc (*Thomas Schultz*) i Australijanac Robert Kovač (*Robert Kovacs*) sprovedi su „nadogradnju“ istraživanja Dezalea i Garta.¹¹

Rezultati istraživanja pokazali su da postoje kriterijumi na osnovu kojih se imenuju arbitri – u pitanju su lične osobine od značaja za ocenu kompetentnosti arbitara u arbitražnim postupcima. Među najznačajnije spadaju specijalizacija u oblasti arbitražnog prava i prakse, organizacione sposobnosti i iskustvo u svojstvu arbitra.¹²

Dokaze za iskustvenu tvrdnju da se u međunarodnim okvirima razvila profesija arbitra možemo naći na svakom koraku, u biografijama mnogih poznatih arbitara, ali i u jednom opsežnom sociološkom istraživanju o profilu i ličnim osobinama uspešnih arbitara koje je nedavno sproveo Florijan Grizel (*Florian Grisel*) i čije je rezultate izložio u članku pod naslovom „*Marginals and Elites in International Arbitration*.“¹³ Grizel je zasebno posmatrao istorijski razvoj arbitarske profesije u oblasti međunarodne trgovinske arbitraže, s jedne strane, i u oblasti međunarodne investicione arbitraže, s druge strane i ustanovio izvesne zakonitosti u pogledu profila arbitara od kojih poslednjih decenija gotovo da nije bilo odstupanja.

Autor je zaključio da današnju arbitarsku elitu u oblasti međunarodne arbitraže karakterišu veoma ujednačene odlike. Prvo, gotovo sva imena sa spiska najuspešnijih arbitara u oblasti međunarodne trgovinske arbitraže, su imena advokata pri čemu su mnogi od njih osnovali butik-kancelarije (engl. *boutique law firms*), s ciljem da se posvete isključivo pružanju neophodnih usluga u vezi s arbitražnim postupcima u kojima učestvuju u svojstvu arbitara ili punomoćnika. Druga zajednička odlika ovih ličnosti jeste njihovo istovremeno učešće u akademskoj za-

¹⁰ Ibidem, 21-24.

¹¹ T. Schultz, R. Kovacs, 163.

¹² Ibidem, 164-166.

¹³ F. Grisel, *Marginals and Elites in International Arbitration*, *Oxford Handbook of International Arbitration*, 2017. Dostupno na: https://www.academia.edu/34117818/Marginals_and_Elites_in_International_Arbitration.

jednici, bilo u obliku profesure, bilo objavljivanjem radova u oblasti međunarodne arbitraže. Konačno, treća zajednička odlika pripadnika arbitarske elite je čvrsta povezanost s vodećim arbitražnim institucijama, i to neretko u vidu predsedničkih, sekretarskih ili sličnih važnih funkcija u tim institucijama.¹⁴

Takođe, jedan od zaključaka Grizelovog istraživanja jeste da su profili elitnih investicionih arbitara izuzetno slični profilima elitnih trgovinskih arbitara, čak do te mere da postoji značajno preklapanje između pripadnika ove dve elite, pri čemu je primetan trend da uspešni trgovinski arbitri kasnije postanu uspešni i u oblasti investicione arbitraže. Grizel ukazuje na još jednu odliku ovih arbitara koja bi mogla tome da doprinese, a to je njihova „umreženost“ sa velikim globalnim advokatskim društvima.¹⁵ Globalna advokatska društva koje se bave i međunarodnom trgovinskom i investicionom arbitražom, predstavljaju dodirnu tačku između arbitarskih elita ove dve oblasti. Ova povezanost im omogućuje da trgovinske arbitre imenuju u investicionim sporovima, i, obratno, da investicione arbitre imenuju u trgovinskim.

Grizelovo istraživanje potvrđuje tezu o profesionalizaciji u domenu arbitraže.¹⁶ Većina arbitara se profesionalno bavi ovim poslom. Posebno je, s razvojem sistema investicione arbitraže, došlo do pojave čitave kategorije arbitara koji rade „puno radno vreme“ i koji se „gotovo pohlepno grabe za velike predmete.“¹⁷

Premda je primetan trend osnivanja butik-kancelarija specijalizovanih za oblast arbitraže, i to mahom u „arbitražnim središtima“ poput Pariza, Londona, Njujorka, i Vašingtona,¹⁸ većina elitnih arbitara radi ili je ranije radila u globalnim advokatskim društvima.¹⁹ Zastupnička funkcija u visokoprofilisanim međunarodnim sporovima takođe je koncentrisana u rukama globalnih advokatskih društava, po pravilu iz severne hemisfere, sa kojima su elitni arbitri umreženi, i u kojima su često i zaposleni.²⁰ Tri „najzauzetija“ advokatska društva, po navedenim podacima, jesu

¹⁴ F. Grisel, 226- 227.

¹⁵ O globalnim advokatskim društvima videti na Vikipediji:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_\(law_firms\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Magic_Circle_(law_firms))

¹⁶ O profesionalizaciji arbitarske delatnosti se puno piše u savremenoj pravnoj nauci. Možemo pomenuti i tekst Sara Dezalay; Yves Dezalay: *Professionals of International Justice: From the Shadow of State Diplomacy to the Pull of the Market for Commercial Arbitration*, u knjizi: *International Law as a Profession* (ed. Jean d'Aspremont, Tarcisio Gazzini, André Nollkaemper, Wouter Werner), 311-337. Autori upoređuju sadašnji model stvaranja i deljenja pravde u međunarodnom pravu sa advokatskim društvom sa Vol Strita (Wall Street) i kažu da je taj model stvoren upravo da bi se „olakšalo kretanje i akumulacija različitih oblika pravnog kapitala između korporacija, nauke i državne vlasti, 337.“

¹⁷ N. Ulmer, *The Cost Conundrum*, *Arbitration International*, Volume 26, Issue 2, 2010, 224.

¹⁸ P. Eberhardt, C. Olivet, *Profiting from Injustice*, *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*, 2012, 15.

¹⁹ F. Grisel, 245.

²⁰ Prema podacima objavljenim u prethodno citiranoj studiji, od 20 advokatskih društava koja se najčešće pojavljuju kao zastupnici u investicionoj arbitraži, čak 14 je sa sedištem u Sjedi-

britanski „Frešfilds Brukhaus Derindžer“ (engl. *Freshfields Bruckhaus Deringer*), te američka advokatska društva „Vajt end Kejs“ (engl. *White & Case*) i „King end Spolding“ (engl. *King & Spalding*), koja su u 2011. godini bila angažovana u čak 130 investicionih arbitražnih postupaka.²¹ Ilustrativan primer angažovanosti ove 3 advokatske kancelarije su i podaci sa internet stranice ICSID-a,²² koji je jedan od najznačajnijih foruma za rešavanje investicionih sporova, koji pokazuju da su se ove kancelarije ukupno 171 put pojavile pred ICSID-om kao punomoćnici bilo investitora – tužilaca, bilo tuženih država. Prema nekim procenama, štaviše, 25 od 30 slučajeva pred ICSID-om završe u rukama ovih globalnih advokatskih društava.²³

Istovremeno, među 42 elitna arbitra ICSID-a nalaze se mnogi advokati koji su bili zaposleni ili su još uvek zaposleni u globalnim advokatskim društvima.²⁴ Drugu veliku grupu čine eliti arbitri koji su otvorili sopstvene kancelarije koje se bave pretežno zastupanjem u arbitražnim postupcima.²⁵ Značajan broj arbitara svoju arbitarsku praksu obavljaju i u svojstvu engleskih baristera,²⁶ sa sedištem u nekoliko glavnih baristerskih odaja (engl. *barrister's chambers*) u Londonu,²⁷ a mnogi od njih su kao baristeri, nosioci elitne titule „kraljičinog advokata“ (engl. *Queen's Counsel, QC*).

Nesumnjivo je da ovakva „tržišna struktura međunarodne arbitraže“²⁸ doprinosi kvalitetu arbitražnih usluga, ali ima i negativne strane: rast troškova,²⁹ mešanje uloge arbitra i punomoćnika i moguće sukobe interesa.

njenim Američkim Državama, 3 sa sedištem u Ujedinjenom Kraljevstvu, 1 sa dvojnim sedištem u Sjedinjenim Američkim Državama i Ujedinjenom Kraljevstvu, te po 1 advokatsko društvo iz Francuske i Kanade. P. Eberhardt, C. Olivet, 20-21.

²¹ Ibidem, 8.

²² V. vebsajt ICSID-a <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> [18. oktobra 2017. godine].

²³ P. Eberhardt, C. Olivet, 22.

²⁴ Na primer, Čarls Brauer (*Charles Brower*) je bio partner u „Vajt end Kejsu“, Jan Polson (*Jan Paulsson*) je bio partner u „Frešfildsu“, pre nego što je 2014. sa dvojicom kolega otvorio butik-kancelariju „Tri krune“ (engl. *Three Crowns*), koja ima poslovne jedinice u Londonu, Parizu i Vašingtonu, Emanuel Gajar (*Emmanuel Gaillard*), partner je u „King end Spoldingu“ (engl. *King & Spalding*) itd. Opsežno istraživanje o ovoj pojavi sproveli su autori M. Langford, D. Behn, R. H. Lie, *The Revolving Door in International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, Volume 20, 2017, 301–331.

²⁵ Uz Jana Polsona, tu su i Garbijela Kaufman-Koler (*Gabrielle Kaufmann-Kohler*), Albert Jan Van den Berg (*Albert Jan van den Berg*) i Bernar Anotju (*Bernard Hanotiau*), Huan Fernandez-Armesto (*Juan Fernández-Armesto*), Stanimir Aleksandrov (*Stanimir Alexandrow*) i drugi.

²⁶ Na primer, Čarls Brauer (*Charles Brower*), Von Lou (*Vaughan Lowe*), Iv Fortje (*Yves Fortier*), Vivi Vider (*VV Veeder*), Zakari Daglas (*Zachary Douglas*) itd.

²⁷ To su: Essex Chambers, 20 Essex Street i Matrix Chambers.

²⁸ F. Grisel, 242.

²⁹ Prema podacima koje je prikupila Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (engl. *Organisation for Economic Co-operation and Development*), ukupni troškovi postupka u investicionim sporovima iznose, u proseku, oko 8 miliona američkih dolara, a mogu dostići i iznos od čak 30 miliona američkih dolara. Od ukupnih troškova postupka, oko 82 procenata čine troškovi punomoćnika, čije advokatske kancelarije, za svoje usluge, često naplaćuju satnice od 1000 američkih dolara po advokatu,

2. SUKOBİ INTERESA KOJI PROISTIČU IZ SPECIJALIZACIJE ZA OBAVLJANJE PROFESIJE ARBITRA

Članovi elitnog arbitarskog kluba vrlo se dobro poznaju, i čine pravu malu, čvrstu zajednicu,³⁰ po nekima i „mafiju.“³¹ Oni zajedno sede u istim arbitražnim većima, učestvuju u arbitražnim postupcima čas kao arbitri, čas kao punomoćnici, i ponekad jedni druge pozivaju da se pojave u arbitražnim postupcima u svojstvu eksperata. Oni su partneri u advokatskim društvima i često prelaze iz jednog društva u drugo, ili napuštaju globalno advokatsko društvo i osnivaju butik-kancelariju. U takvim uslovima, sukobi interesa postaju neminovni.

Dvostruka uloga koju jedna ličnost igra povlači za nju etička pitanja. Odluka koju donosi u svojstvu arbitra mogla bi da protivna interesima stranke koju zastupa u svojstvu zastupnika. Kod ostalih, može da se probudi sumnja o tome da arbitar ima interes da odluči o pravnom pitanju koje se javlja u određenom predmetu na određeni način, ukoliko je to isto pravno pitanje predmet spora u drugom arbitražnom postupku u kome se on javlja kao zastupnik.³² Po rečima jednog arbitra, simultano obavljanje funkcije advokata i arbitra je „sudar vozova koji samo što se nije desio“, jer je samo pitanje vremena kada će se obelodaniti da je arbitar koji je takođe postupao i kao advokat bio neposredno ili posredno zainteresovan za ishod spora.³³ Rizik da se to desi posebno je izražen u slučaju kada arbitri i zastupnici crpe veći deo svojih predmeta, svog posla, iz posebnog sistema arbitražnog rešavanja sporova, kao što je na primer ICSID (ICSID) ili KAS (CAS)³⁴, gde se određena pravna pitanja često ponavljaju i gde naredna imenovanja arbitara u velikoj meri zavise od kolega koji se bave istim poslom. U takvim okolnostima, stranke koje zastupaju advokati koji nisu iz istog kruga, lošije prolaze. Iz tog razloga, KAS je na primer u svom Pravilniku od 2010. godine potpuno ukinuo mogućnost da arbitri KAS-a zastupaju stranke u postupcima pred ovom arbitražnom institucijom.³⁵

pri čemu su neretko čitavi timovi advokata uključeni u postupak. Oko 16 procenata ukupnih troškova arbitražnog postupka čine honorari arbitara. OECD (2012) *Investor-State Dispute Settlement, Public Consultation*: 16 May – 9 July 2012, 18-19.

³⁰ Ibidem, 36.

³¹ D. Kapeliuk, The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, *Cornell Law Review*, Volume 96, Issue 1, 2010. Pojam „mafija“ pominje i F. Grisel, 221, kao i Sergio Puig, Social Capital in the Arbitration Market, *European Journal of International Law*, 2014, 423.

³² Philippe Sands, Conflict of Interest for Arbitrators and/or Counsel, u knjizi Meg Kinneer, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International 2015, 660.

³³ Ibidem, 666. Citirana opaska autora i arbitra Filipa Senda odnosi se na istovremeno obavljanje advokatske i arbitarske funkcije pojedinaca u okviru arbitražnih postupaka ICSID-a.

³⁴ Arbitražni sud za sport u Lozani (Court of Arbitration for Sport).

³⁵ Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes (2004, sa izmenama 2010), paragraf 18.

U Smernicama o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži (engl. *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*; u daljem tekstu: Smernice ili Smernice o sukobu interesa) koje je donela Međunarodna advokatska komora 2014. godine objašnjeno je kada se smatra da su arbitri u situaciji koja osnovano može da dovede u pitanje njihovu nepristrasnost i nezavisnost. Smernice nemaju obavezu snagu,³⁶ ali su koristan i široko prihvaćen dokument prilikom odlučivanja arbitara da li će prihvatiti funkciju, a imaju indikativnu vrednost i prilikom odlučivanja o izuzeću arbitara.³⁷

Usmerićemo pažnju na pravila Smernica o sukobu interesa koja se odnose na situacije kada je lice koje treba da bude imenovano za arbitra advokat koji se bavi arbitarskom delatnošću i zastupanjem stranaka u arbitražnim postupcima, kako bismo ustanovili kakve to posledice može da ima po njegovu nepristrasnost i nezavisnost. Izlaganje ćemo podeliti na tri dela: odnos arbitra i stranke (3.1.), odnos arbitra i drugog arbitra (3.2.) i odnos arbitra i punomoćnika stranke (3.3.).

Radi boljeg razumevanja, predstavimo ukratko strukturu ovog dokumenta. Smernice se sastoje iz dva dela. Prvi deo sadrži Opšte standarde koji se odnose na nepristrasnost i nezavisnost arbitara i dužnost saopštavanja relevantnih činjenica, dok drugi deo Smernica čine odredbe o Praktičnoj primeni Opštih standarda – to su, zapravo, instrukcione liste sa opisom okolnosti koje u praksi dovode ili mogu dovesti do sukoba interesa arbitara. Te liste su, kako slikovito navode autori Živković i Jovanović, „poput svetla na semaforu, podeljene u tri grupe: crvenu, narandžastu i zelenu.“³⁸ Crvenu listu čine one okolnosti koje stvaraju osnovanu sumnju u nezavisnost i nepristrasnost arbitra, pri čemu neke od njih nužno dovode do izuzeća arbitra, dok se u pogledu drugih stranke mogu odreći prava da traže izuzeće arbitra, uprkos tome što postoji osnovana sumnja u njegovu nezavisnost i nepristrasnost.³⁹ Oranž (narandžastu) listu čine one situacije u kojima „činjenice konkretnog slučaja u očima stranaka mogu da izazovu sumnju u nepristrasnost ili nezavisnost arbitra,“⁴⁰ ali u ovim okolnostima ne dolazi do automatskog zaključka o nepodobnosti arbitra za vršenje dužnosti niti se stvara pretpostavka da arbitar treba da se izuzme.⁴¹ Konačno, Zelenu listu čine one okolnosti

³⁶ V. Davor Babić, Zrinka Mustafa, Challenge of arbitrators under the 2011 Zagreb Arbitration Rules, Zbornik PFZ, 2/2015, 218.

³⁷ V. npr. Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern and Professor Guido Santiago Tawil, Arbitrators, 20 May 2011, pasus 74; Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV and Ramstein Trading Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/14/10, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Brigitte Stern, 9 June 2015, pasus 79.

³⁸ M. Jovanović, U. Živković, Sukob interesa kao osnov nepodobnosti za obavljanje dužnosti arbitra, *Pravni život br. 11/2013*, 342.

³⁹ Smernice, drugi deo, Primena opštih standarda, 2.

⁴⁰ Smernice, drugi deo, Primena opštih standarda, 3.

⁴¹ M. Jovanović, U. Živković, 343.

koje arbitar nije dužan da prijavi jer objektivno ne predstavljaju čak ni prividan sukob interesa.⁴²

2.1. Odnos arbitra i stranke

2.1.1. Odnos arbitra i stranke koji proističe iz činjenice da se arbitar paralelno bavi i pravnim zastupanjem

Arbitar koji se bavi i pravnim zastupanjem može doći u situaciju opisanu u Crvenoj listi, da klijent⁴³ kojeg inače redovno savetuje želi da on/ona bude njen arbitar u nekom sporu. Ovakvo imenovanje se ne sme prihvatiti ako potencijalni arbitar od savetovanja tog klijenta ostvaruje značajan dohodak, jer to predstavlja apsolutni razlog za izuzeće kojeg se stranke u arbitražnom sporu ne mogu odreći.⁴⁴ Naprotiv, ako arbitar od savetovanja tog klijenta ne ostvaruje značajan dohodak, stranke⁴⁵ se mogu odreći pozivanja na ovaj razlog za izuzeće.⁴⁶

Niz drugih bliskih odnosa sa strankom u sporu takođe su stavljeni u kategoriju razloga za izuzeće koji nisu apsolutni, odnosno kojih se stranke mogu odreći, ili čak u kategoriju odnosa koji ne stvaraju unapred pretpostavku da arbitar treba da se izuzme:

- ako je arbitar dao stranci pravni savet ili pravno mišljenje o konkretnom sporu u kome treba da bude arbitar;⁴⁷
- ako arbitar trenutno zastupa ili savetuje stranku ili lice povezano sa njom;⁴⁸
- ako je arbitar zastupao stranku u nekom drugom sporu, ali je sada više ne zastupa, ili je zastupao protivnika jedne od stranaka. Ovakav odnos treba da se prijavi samo ako je postojao u prethodne tri godine pre imenovanja;⁴⁹
- arbitar redovno zastupa jednu od stranaka, ali to zastupanje nema veze sa konkretnim sporom.⁵⁰

Navedene odnose, a posebno „redovno zastupanje“ stranke sa oranž liste, nije lako razlikovati od „redovnog savetovanja“ stranke sa crvene liste, što otvara prostor za nesigurnost.

Pojam stranke se proširuje na pravna i fizička lica koja kontrolišu privredno društvo i na eksterne finansijere. Ukoliko je jedna od stranaka u postupku pravno lice, svako pravno ili fizičko lice koje ima kontrolni uticaj na to pravno lice, ili koje ima neposredni ekonomski interes za donošenje odluke u arbitražnom po-

⁴² Ibidem, 344.

⁴³ Pod „klijentom“ se u ovom tekstu podrazumeva korisnik usluga advokata.

⁴⁴ Crvena lista, ¶ 1.4.

⁴⁵ Pod „strankom“ se u ovom tekstu podrazumeva učesnik u arbitražnom postupku.

⁴⁶ Crvena lista, ¶ 2.3.7.

⁴⁷ Crvena lista, ¶ 2.1.1.

⁴⁸ Crvena lista, ¶ 2.3.1.

⁴⁹ Oranž lista, ¶ 3.1.1. i 3.1.2.

⁵⁰ Oranž lista, ¶ 3.2.3.

stupku, ili dužnost da obešteti stranku ako bude doneta arbitražna odluka protiv nje, izjednačava se s tom strankom,⁵¹ pri čemu se pod pojmom „eksterni finansijer“ podrazumeva svako lice koje novcem ili drugim sredstvima pomaže tužilač-koj ili tuženoj strani u postupku i koje ima neposredan ekonomski interes za donošenje odluke u arbitražnom postupku ili dužnost da obešteti stranku u postupku u slučaju nepovoljne arbitražne odluke.⁵²

Jedna od stranaka može pokušati i da u toku postupka privuče arbitra koji se bavi zastupanjem na svoju stranu tako što će njemu ili njegovoj advokatskoj kancelariji obezbediti unosan posao, neki predmet koji nije u direktnoj vezi sa sporom u kome se on pojavljuje kao arbitar. Ovakav potez je deo gerilske taktike⁵³ koju advokati stranaka sve uspešnije primenjuju u međunarodnoj arbitraži. Ako arbitar prihvati klijenta kojeg mu je obezbedio advokat tužioca to bi moglo u očima druge stranke u sporu, da dovede u pitanje njegovu nepristrasnost i nezavisnost (mada na primer, ovakva situacija nije navedena u Oranž listi). S druge strane, u slučaju da posle saopštavanja ove činjenice druga strana prigovori, arbitar ima dužnost da odbije primamljivi posao, što bi kod njega moglo da stvori negativan odnos, negativnu predispoziciju, prema toj drugoj stranci.

2.1.2. Odnos arbitra i stranke koji proističe iz činjenice da je arbitar član advokatskog društva

U načelu, arbitar se identifikuje sa svojim advokatskim društvom. Delatnost arbitrovog advokatskog društva, prema tome, relevantna je za ocenu njegove nepristrasnosti i nezavisnosti. Ako se delatnost društva odnosi na (u originalu na engleskom: „*involves*“) jednu od stranaka, to može predstavljati izvor sukoba interesa. Smernicama je pojašnjeno da se u takvom slučaju sukob interesa ispituje u zavisnosti od konkretnih okolnosti. Reč „odnosi se na“ (to jest, „*involves*“) odabrana je zbog toga što ne mora uvek da bude reč o zastupanju klijenta već i o drugim vrstama poslovnih odnosa. Na primer, jedan od partnera ili advokata u arbitrovom društvu može biti imenovan za arbitra u drugom sporu u kome stranka učestvuje.⁵⁴ Ipak, tipična situacija sastoji se u tome da je arbitrovo advokatsko društvo u poslednje tri godine zastupalo jednu od stranaka ili sada zastupa jednu od stranaka ili da je zastupalo nekog trećeg protiv jedne od stranaka u nekoj drugoj stvari, bez učešća samog arbitra.⁵⁵ Ovakve veze ne dovode do pretpostavke da arbitar koji je član tog advokatskog društva treba da se izuzme.

⁵¹ Opšti standard 6 (b).

⁵² Objašnjenje Opšteg standarda 6 (b).

⁵³ O raznim vidovima gerilske taktike u arbitražnom postupku videti u knjizi: G. Horvath, S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

⁵⁴ Objašnjenje Opšteg standarda 6 (a). Oranž lista, ¶ 3.3.4.

⁵⁵ Oranž lista, ¶ 3.1.4. i 3.2.1.

Ozbiljnije posledice ima činjenica da je advokatsko društvo ranije učestvovalo u datom slučaju (*had a previous but terminated involvement*). Ova činjenica može lako poslužiti razlog za izuzeće, mada sam arbitar nije bio uključen u taj posao.⁵⁶

Arbitar može biti u sukobu interesa i u situaciji kada je stranka deo grupe društava sa kojom arbitrovo društvo ima određeni poslovni odnos.⁵⁷ Ako arbitrovo društvo redovno savetuje neko društvo koje pripada istoj grupi društava kao i stranka i od toga ostvaruje značajan dohodak, arbitar je „u crvenom“ i ne sme da prihvati funkciju. Isto važi i u slučaju kada arbitrovo društvo redovno savetuje ostala lica koja se izjednačavaju sa strankom. Arbitar, dakle, mora da ispita u svakom konkretnom slučaju da li je njegovo društvo, a ne samo on, u poslovnom odnosu sa nekim od ovih lica.⁵⁸ Globalna advokatska društva koja zbog same svoje veličine i filijala rasutih po celom svetu imaju veći potencijal da budu pravni savetnici grupi društava kojoj stranka pripada, a da arbitar nije upoznat sa tim, obično imaju softver pomoću koga arbitar može da proveri da li je neki advokat iz njegovog društva zastupao datu stranku ili lice povezano sa njom.

2.1.3. Odnos arbitra i stranke koji proističe iz činjenice da se arbitar profesionalno bavi arbitarskom delatnošću

Realnost je da se mnogi arbitri profesionalno bave ovim poslom, što, između ostalog, dovodi i do toga da ih stranke više puta imenuju za arbitre u različitim sporovima. Budući da se profesionalno bavi tim poslom i da taj posao zavisi od redovnih imenovanja, arbitar može postepeno postati zavisn od stranke koja ga imenuje i nastojati da odluka bude doneta u njenu korist kako bi sebi obezbedio dalja imenovanja.⁵⁹

Višestruka imenovanja (eng. „repeat appointments“) u očima stranaka izazivaju sumnju u nepristrasnost arbitra i često se javljaju kao razlog koji se navodi kada se zahteva izuzeće arbitra,⁶⁰ bez obzira što u Smernicama figuriraju na Oranž

⁵⁶ Crvena lista, ¶ 2.3.5.

⁵⁷ Opšti standard 6 (a).

⁵⁸ Crvena lista, ¶ 1.4.

⁵⁹ Videti primer iz domaće sudske prakse sa uzastopnim imenovanjem veštaka koji navode Pavić i Hiber: Vladimir Pavić; Dragor Hiber, *Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: Experiences from Post-Socialist Legal Systems*, u knjizi Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 28, Kluwer Law International 2013, 153.

⁶⁰ Pokušaji da se arbitri izuzmu iz ovih razloga, ostali su, bar u ICSID-u, bezuspešni. Kao primer se mogu navesti predmeti: *Saba Fakes v. Republic of Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal*, 26 April 2008, *Electrabel S.A. v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), *Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal*, 25 February 2008, i *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 December 2010.

listi (3.1.3.) i to samo za period od poslednje tri godine i pod uslovom da je bilo više od dva imenovanja od iste stranke. U Oranž listi se pominje još jedan sličan odnos u vezi sa višestrukim imenovanjima: potencijalni sukob interesa postoji ako arbitar trenutno učestvuje kao arbitar u drugoj arbitraži, ili je u poslednje tri godine učestvovao kao arbitar u drugoj arbitraži koja se odnosi na neko povezano pitanje, a u kojoj učestvuje jedna od stranaka ili lice povezano sa jednom od stranaka (3.1.5). Ova vrsta sukoba je takođe česta u praksi zbog toga što se povodom istog spornog odnosa može pokrenuti više arbitražnih postupaka.

2.2. Odnos arbitra i drugog arbitra u veću

2.2.1. Odnos arbitra i drugog arbitra u veću koji proističe iz činjenice da se arbitar paralelno bavi i zastupanjem

Istovremeno bavljenje arbitarskom delatnošću i zastupanjem u arbitražnim postupcima može da se kombinuje na različite načine i da dovede do niza situacija koje, bar na prvi pogled, liče na sukob interesa. Nisu sve, međutim, obuhvaćene Smernicama.

Na primer, arbitar u arbitražnom veću može tokom postupka da bude angažovan da zastupa neku drugu stranku u nekom drugom postupku u kome je njegov kolega iz arbitražnog veća arbitar pojedinac ili predsedavajući arbitar. Želja arbitra da se kao zastupnik približi ili dodvori kolegi koji odlučuje u tom drugom postupku može dovesti do toga da on kao arbitar u prvom arbitražnom postupku ne bude dovoljno samostalan u odlučivanju. U takvim okolnostima, stranka koja ga je imenovala mogla bi biti zainteresovana da sazna za njegov angažman u drugom postupku.

Ipak, Smernice ne zahtevaju saopštavanje činjenice da arbitar trenutno učestvuje u svojstvu punomoćnika u nekoj drugoj arbitraži u kojoj se drugi arbitar pojavljuje takođe u funkciji arbitra. Ova situacija nije pomenuta čak ni na Zelenoj listi.

Može se takođe desiti da su članovi arbitražnog veća ranije postupali ili trenutno postupaju zajedno kao zastupnici, odnosno advokati, neke druge stranke u nekom drugom postupku.⁶¹ Prilikom zajedničkog zastupanja, među njima se mogao stvoriti odnos prijateljstva ili netrpeljivosti koji bi mogao da nepovoljno utiče na integritet procesa odlučivanja o pravima stranaka u tekućem sporu.

2.2.2. Odnos arbitra i drugog arbitra u veću koji proističe iz činjenice da je arbitar član advokatskog društva

Slično kao i kod prethodne kategorije odnosa postavlja se pitanje da li je arbitar nezavisan ako je njegovo advokatsko društvo zastupnik u nekom drugom postup-

V. I. Laird, B. Sabahi, F. Sourgens, T. Weiler, eds, *Investment Treaty Arbitration and International Law, Jurisnet, LLC*, Volume 8, 2015, 47-48.

⁶¹ Oranž lista, ¶ 3.3.9.

ku u kome se jedan od njegovih kolega u veću takođe pojavljuje kao arbitar. Smernice se o ovoj situaciji ne izjašnjavaju.

S druge strane, primeri bliskog odnosa između arbitara koji su navedeni na Oranž listi, liče na situacije do kojih će retko doći u praksi, bar kada je reč o međunarodnim arbitražama: arbitar i drugi arbitar su advokati u istom advokatskom društvu ili članovi istih baristerskih odaja ili su u poslednje tri godine bili partneri u istom advokatskom društvu.⁶²

2.2.3. Odnos arbitra i drugog arbitra u veću koji proističe iz činjenice da se arbitar profesionalno bavi arbitarskom delatnošću

Profesionalno bavljenje arbitarskom delatnošću i ulazak u krug elitnih arbitara nosi sa sobom veliku verovatnoću da arbitar u više različitih postupaka istovremeno ili u kraćem vremenskom intervalu služi zajedno sa drugim arbitrom u veću. Smernice ne zahtevaju saopštavanje činjenice da arbitar trenutno učestvuje sa drugim članom veća u nekoj drugoj arbitraži, niti da je ranije, makar i često, sa njim učestvovao u istim arbitražama. Poznanstva i prijateljstva koja se stvaraju čestim zajedničkim radom u istim predmetima mogu da dovedu do toga da se u arbitražnom veću u kome zasedaju dva takva arbitra stvori neravnoteža,⁶³ tako da treći arbitar bude neravnopravan, ili čak izolovan. Zbog toga stranka koja je imenovala trećeg arbitra, može biti zainteresovana da sazna takve detalje. Bilo bi u skladu sa etikom arbitarske profesije da se takve činjenice saopšte.

2.3. Odnos arbitra i punomoćnika jedne od stranaka

2.3.1. Odnos arbitra i punomoćnika jedne od stranaka koji proističe iz činjenice da je arbitar član advokatskog društva

Odnos između arbitra i punomoćnika stranke često predstavlja izvor sukoba interesa što se može naslutiti već iz odredaba Smernica koje sadrže opšte standarde. Tamo se navodi da je stranka dužna da odmah saopšti ako postoji bilo kakav odnos između njenog punomoćnika i arbitra, uključujući tu i članstvo u istim baristerskim odajama.⁶⁴ Stranka treba to sama da učini prvom prilikom. Ova obaveza se odnosi i na situaciju kada stranka promeni pravnozastupnički tim u toku postupka.

Na Crvenoj listi razloga koji su po pretpostavci dovoljni da dođe do sukoba interesa i izuzeća arbitra, ali se mogu otkloniti, ističe se pre svega slučaj kada su arbitar i advokat jedne od stranaka članovi istog advokatskog društva.⁶⁵

Ranije je rečeno da su mnogi eliti arbitri članovi baristerskih odaja (engl. *barristers' chambers*) u Londonu. U Smernicama se objašnjava da se članstvo u

⁶² Oranž lista, ¶ 3.3.1., 3.3.2. i 3.3.3.

⁶³ Smernice, praktična primena Opštih standarda, ¶ 6.

⁶⁴ Opšti standard 7 (b), Oranž lista, ¶ 3.3.2.

⁶⁵ Crvena lista, ¶ 2.3.3.

istim baristerskim odajama ne može izjednačiti sa članstvom u advokatskim društvima za potrebe utvrđivanja sukoba interesa. Ipak, u zavisnosti od okolnosti u konkretnom predmetu, može da bude potrebno da se ova činjenica saopšti.⁶⁶

U pravnoj stvari tužioca Hrvatske Elektroprivrede, d.d. protiv tužene Republike Slovenije,⁶⁷ postavilo se pitanje prirode odnosa između jednog od punomoćnika tužene države i predsednika arbitražnog veća koji su pripadali istim baristerskim odajama, te pitanje posledica koje bi njihov odnos mogao da ima po relevantni arbitražni postupak. Od početka postupka, tužioca su zastupali advokati iz američke advokatskog društva „Hanton i Vilijams“ (engl. *Hunton & Williams*), dok su tuženu državu zastupali advokati iz advokatskog društva „Alen i Overi“ (engl. *Allen & Overy*) sa sedištem u Londonu. Problem je nastao kada su, nekoliko dana pre zakazanog početka usmene rasprave, punomoćnici tužene države dostavili spisak imena lica koja će prisustvovati usmenoj raspravi. Na tom spisku nalazio se i izvesni Dejvid Mildon (*David Mildon*), nosilac titule „kraljičinog advokata“ (*QC*), član ranije pomenutih baristerskih odaja Esekse u Londonu (engl. *Essex Court Chambers London*).⁶⁸ Sporna u toj situaciji bila je okolnost da je i predsednik arbitražnog veća, David A.R. Viljems, (*David A. R. Williams, QC*), bio član istih baristerskih odaja, doduše kao tzv. „door tenant“ (barister koji se ne bavi zastupanjem stranaka, već samo navodi svoje ime na vratima baristerskih odaja, a obavlja svoju arbitarsku ili medijatorsku praksu van tih odaja).⁶⁹

Nakon otkrivanja ove okolnosti, tužilac je u dopisu arbitražnom veću izrazio duboku zabrinutost zbog odluke tužene države da svega nekoliko dana pred početak usmene rasprave obavesti tužioca i arbitražno veće o svojoj nameri da na usmenoj raspravi koristi pravne usluge baristera Dejvida Mildona.⁷⁰ Tužilac je zahtevao, imajući u vidu Opšti standard 2(b)⁷¹ i stav 3.3.2.⁷² Oranž liste Smernica, da

⁶⁶ Objašnjenje Opšteg standarda 6 (a).

⁶⁷ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. the Republic of Slovenia* (ICSID Case No. ARB/05/24), *Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceedings*, 6 May 2008.

⁶⁸ Ibidem, ¶3.

⁶⁹ Baristerske odaje mogu da na ovaj način prime u članstvo samo bivše sudije, zaposlene baristere i advokate iz drugih jurisdikcija koji se bave arbitražom ili medijacijom. V. objašnjenje Odbora za standarde engleske advokatske komore (*Bar Standards Board*) dostupno na linku:

https://www.barstandardsboard.org.uk/media/1555638/16_-_door_tenants_and_associate_members_of_chambers.docx

⁷⁰ *Hrvatska Elektroprivreda*, ¶4.

⁷¹ Opšti standard 2 (b) predviđa da će arbitar odbiti imenovanje, odnosno da će se povući ako je postupak već otpočeo, ukoliko prilikom imenovanja postoje, ili su posle imenovanja nastale činjenice ili okolnosti koje bi, sa stanovišta razumnog trećeg lica, izazvale osnovanu sumnju u arbitrovu nepristrasnost ili nezavisnost, osim ukoliko se stranke nisu odrekle prava da traže izuzeće arbitra po tom osnovu u smislu Opšteg standarda 4.

⁷² Oranž lista ¶3.3.2. predviđa da se smatra da postoji odnos između arbitra i drugog arbitra ili punomoćnika stranke ukoliko su arbitar i drugi arbitar, odnosno punomoćnik stranke članovi istih baristerskih odaja.

tužena država što pre dostavi potpune podatke o ličnom i profesionalnom odnosu između Dejvida Mildona i predsednika arbitražnog veća, kao i bilo koje druge činjenice i okolnosti koje u očima razumnog trećeg lica mogu dovesti u osnovanu sumnju arbitrovu nepristrasnost i nezavisnost ukoliko bi se Dejvid Mildon pojavio kao punomoćnik tužene države na usmenoj raspravi, te sve podatke koji se odnose, s jedne strane, na predviđenu ulogu Dejvida Mildona na usmenoj raspravi i, s druge strane, na vreme kada je tačno Dejvid Mildon angažovan.⁷³

Predsednik arbitražnog veća odgovorio je na tužiočev dopis, istakavši da, do tog trenutka, nije znao da je Dejvid Mildon deo pravnog tima tužene države, da s njim nije ni u kakvom ličnom odnosu, a da se njihov profesionalni odnos zasniva isključivo na činjenici da je Dejvid Mildon član baristerskih odaja Esekse, dok je predsednik arbitražnog veća tzv. „*door tenant*“ u istim baristerskim odajama, te da smatra da ne postoje okolnosti koje bi uticale na njegovo nezavisno i nepristrasno postupanje u predmetnom postupku.

S druge strane, punomoćnici tužene države, u odgovoru na dopis, naveli su da nemaju obavezu da udovolje tužiočevom zahtevu za pružanjem traženih informacija, ali da je Dejvid Mildon svedjedno dobrovoljno udovoljio zahtevu, i da je potvrdio da je jedini profesionalni odnos između njega i predsednika arbitražnog veća to što su članovi istih baristerskih odaja, odnosno činjenica da se predsednik arbitražnog veća arbitražnom praksom bavi na istoj adresi na kojoj se Dejvid Mildon vodi kao jedan od samozaposlenih baristera (tzv. „*tenant*“), te da ne postoje nikakve njemu poznate činjenice ili okolnosti koje bi kod razumnog trećeg lica dovele u osnovanu sumnju nepristrasnost ili nezavisnost predsednika arbitražnog veća. Punomoćnici tužene države odbili su da pruže informacije o tome kada je Dejvid Mildon angažovan kao deo pravnog tima Republike Slovenije i koja će biti njegova uloga na usmenoj raspravi.

U sledećem dopisu, tužilac je ponovio svoje ranije stavove, istakavši da je za tužioca, kao stranku koja nije upoznata sa specifičnostima engleskog pravnog sistema, „činjenica da su predsednik arbitražnog veća, neko ko treba da predsedava važnom usmenom raspravom čiji je početak zakazan za manje od nedelju dana, i punomoćnik tužene države članovi istih ‘odaja,’ svakako razlog za veliku zabrinutost.“⁷⁴ Tužilac, dalje, navodi da je njegova bojazan opravdana, imajući u vidu da se u današnje vreme baristerske odaje često promovišu kolektivno, reklamirajući svoje članove i njihove profesionalne sposobnosti, te da Smernice Međunarodne advokatske komore u Opštim standardima 3 i 7 propisuju obavezu hitnog prijavljivanja relevantnih okolnosti od strane arbitara i stranaka u postupku, dok se iz referata radne grupe u vezi sa donošenjem Smernica vidi da bi „baristeri koji su članovi istih odaja trebalo da prijave te okolnosti čim postanu svesni učešća još jednog člana tih odaja u istom arbitražnom postupku, bilo u svojstvu

⁷³ Hrvatska Elektroprivreda, ¶4.

⁷⁴ Ibidem, ¶7.

arbitra, punomoćnika ili u nekom drugom svojstvu.“ Polazeći od takve situacije, tužilac je zahtevao od arbitražnog veća da donese odluku kojom se tuženoj državi zabranjuje da se služi pravnim uslugama Dejvida Mildona u daljem toku postupka.

U odgovoru na ovaj dopis, punomoćnici tužene države istakli su da se, suprotno navodima tužioca, navedene odredbe Smernica ne mogu primeniti u konkretnom slučaju, jer se Opšti standard 3 odnosi na arbitre, a Opšti standard 7 na stranke, dok Dejvid Mildon nije ni jedno ni drugo.

Konačno, odluku je moralo da donese arbitražno veće pre nego što je postupak napredovao u fazu usmene rasprave o meritumu spora. Zaključivši da je ovlašćeno da donese takvu odluku na osnovu Vašingtonske konvencije i Arbitražnih pravila ICSID-a, arbitražno veće upustilo se u analizu položaja baristera i baristerskih odaja, te posledica tog položaja po konkretni arbitražni postupak.

Arbitražno veće je prihvatilo da su baristeri samostalni praktičari, što znači da baristerske odaje ne predstavljaju advokatska ortačka društva u kojima su baristeri partneri ili zaposleni, ali je istaklo da takav položaj baristerskih odaja nije opštepoznat i opšteprihvaćen, a i same baristerske odaje su se promenile u uslovima savremenog tržišta profesionalnih usluga, tako da se često predstavljaju prema spoljnom svetu kao kolektivitet. Arbitražno veće dalje je primetilo da se ta promena karaktera baristerskih odaja odrazila i na referat radne grupe u vezi s donošenjem Smernica Međunarodne advokatske komore, u kojima se ističe da „postoji opravdan razlog da se baristerske odaje tretiraju na isti način kao advokatska društva.“⁷⁵

Imajući to u vidu, razumljiva je tužiočeva bojazan u vezi s eventualnim učešćem Dejvida Mildona u postupku, jer bi njegovo učešće u postupku u navedenom svojstvu zaista moglo kod razumnog trećeg lica izazvati sumnju u pogledu nezavisnosti i nepristrasnosti predsednika arbitražnog veća. Mada tužena država ima pravo da slobodno izabere svoje punomoćnike, što je fundamentalno pravo strana-ka, to pravo je, uslovno rečeno, apsolutno samo do konstituisanja arbitražnog veća, a potom nužno mora ustuknuti pred načelom nepromenljivosti pravilno konstituisanog arbitražnog veća iz člana 56, stava 1 Vašingtonske konvencije, što znači da tužena država „nema pravo da naknadno izmeni sastav svog pravnozasupničkog tima na način na koji bi se ugrozio status ili legitimitet arbitražnog veća.“⁷⁶

Kako je arbitražno veće našlo da odgovornost za neblagovremeno saopštavanje činjenice da je Dejvid Mildon deo pravnozasupničkog tima leži isključivo na tuženoj državi, moralo je, radi očuvanja integriteta postupka i arbitražne odluke, da obaveže tuženu državu da se u postupku ne koristi pravnim uslugama Dejvida Mildona.

U ovom slučaju načelo stalnosti funkcije punovažno izabranog arbitra je prevagnulo nad načelom slobode izbora punomoćnika, ali nije sigurno da bi uvek kada stranka koristi ovu vrstu gerilske taktike (iznenadnu promenu zastupničkog tima),

⁷⁵ O. L.O. De Witt Wijnen, N. Voser, N. Rao, 455.

⁷⁶ Ibidem, ¶26.

nadležno telo koje odlučuje o izuzeću arbitra dalo prednost upravo tom načelu. Mogući su i drukčiji ishodi. Na primer u predmetu *Vanessa protiv Venecuele*,⁷⁷ problem se pojavio u toku rasprave o nadležnosti, koja je održana skoro tri godine posle pokretanja postupka. Pre zakazane usmene rasprave, arbitražno veće je dobio od stranaka spisak učesnika u kojem se po prvi put navodilo ime zastupnika tužioca koji je imao lične i profesionalne veze sa dva arbitra u arbitražnom veću. Pošto su na početku rasprave saslušali šta stranke misle o ovom pitanju, arbitri su podneli ostavku. Novi Pravilnik Londonskog suda međunarodne arbitraže predviđa da sva-ka promena zastupnika ili dodavanje novog zastupnika u arbitražnom sporu stupa na snagu samo uz odobrenje arbitražnog suda. Arbitražni sud odlučuje da li će takvo odobrenje dati uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, pravo stranke da izabere svog zastupnika, fazu u kojoj se postupak nalazi i efikasnost postupka.⁷⁸

Pošto su mnogi elitni arbitri potekli iz globalnih advokatskih društava, da bi posle otvorili svoje male butik-kancelarije, možemo se zapitati da li činjenica da je punomoćnik stranke ranije bio partner ili zaposleni u istom globalnom advokatskom društvu kao arbitar treba da se saopštava ili je i to jedna od onih činjenica koje mogu da se prečute. Prema Smernicama, ako je proteklo više od tri godine od partnerstva ili druge vrste poslovne povezanosti, arbitar nije dužan da ih pominje.⁷⁹ Ipak, prijateljske veze nastale tokom dugogodišnjeg rada u advokatskom društvu, ne mogu se tek tako izbrisati i zaboraviti, te se čini da etika nalaže da se takve veze, ako postoje, saopšte strankama.⁸⁰

2.3.2. Odnos arbitra i punomoćnika stranke koji proističe iz činjenice da se arbitar profesionalno bavi arbitarskom delatnošću

Kao što smo ranije pomenuli jedan od odnosa koji se najčešće javlja u praksi odlučivanja o izuzeću je odnos između arbitra i punomoćnika stranke ili advokatskog društva koje zastupa stranku u sporu, koji nastaje usled višestrukih ime-

⁷⁷ *Vanessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, Award, pasusi 17–19 (Jan. 16, 2013).

⁷⁸ London Court of International Arbitration Rules, Arts. 18.3–18.4 (Oct. 1, 2014).

⁷⁹ Oranž lista, ¶ 3.3.3.

⁸⁰ U predmetu *Rompetrol protiv Rumunije* postavilo se pitanje da li tužilac može da imenuje za zastupnika advokata koji je pet godina (2004–2008) radio sa jednim od arbitara u istom advokatskom društvu. Rumunija se pozvala na odluku u predmetu *Hrvatska elektroprivreda protiv Slovenije* i tražila je da arbitražni sud isključi ovog zastupnika stranke iz postupka. U odluci donetoj 2010. godine, arbitražni tribunal je potvrdio da ima procesna ovlašćenja da isključi zastupnika stranke, ali da ta ovlašćenja treba koristiti samo kada postoji nadmoćna i neosporna potreba da se zaštititi suštinski integritet celokupnog postupka („should only be used when there is an “overriding and undeniable need to safeguard the essential integrity of the entire arbitral process.”), što, prema oceni arbitražnog suda ovde nije bio slučaj. V. *Rompetrol Group N.V. v. Romania*, (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel. <https://www.italaw.com/documents/RompetrolParticipation.pdf>

novanja. Ovaj odnos pomenut je u tački 3.3.8. Oranž liste Smernica.⁸¹ U predmetu *Tajdvoter protiv Venecuele*,⁸² dva preostala arbitra u veću odlučivali su o zahtevu za izuzeće svoje kolegince, arbitarke Brižite Stern, koji je podnet ne samo zbog činjenice da ju je Venecuela imenovala više puta u različitim sporovima, nego i zbog toga što je ova arbitarka dobila niz arbitarskih imenovanja od advokatskog društva „Kertis“ (engl. *Curtis Mallet-Provost*) koje je zastupalo Venecuelu. U odluci donetoj 2010. godine, preostala dva arbitra⁸³ su iznela sledeće zapažanje: „Potencijalni sukob interesa proističe iz višestrukih imenovanja iz sledećih razloga:

a) stavljanje u izgled stalnih i redovnih imenovanja, sa svim finansijskim koristima koje to donosi, može stvoriti odnos zavisnosti ili uticaja na rasuđivanje arbitra;

b) postoji bitan rizik da na arbitra mogu uticati spoljni faktori koji nisu sastavni deo predmeta, kao posledica saznanja koja će steći iz drugih predmeta.“⁸⁴

Brižit Stern nije izuzeta u ovom slučaju, kao ni u predmetu *Univerzal protiv Venecuele*⁸⁵ u kome je zahtev za izuzeće podnet iz sličnih razloga. Takođe, u junu 2013. godine je odbijen zahtev za izuzeće arbitra Franciska Orega Vikunje (*Francisco Orego Vicuña*) u predmetu *Rusoro protiv Venecuele*,⁸⁶ zbog više uzastopnih imenovanja za arbitra tužioca od advokatskog društva „Frešfilds.“ Ipak, predsednik Administrativnog saveta ICSID-a je u decembru 2013. godine u predmetu *Burlington protiv Ekvadora*⁸⁷ prihvatio zahtev za izuzeće ovog arbitra, između ostalog i zbog neprihvatljivo velikog broja imenovanja od tog poznatog advokatskog društva.

2.3.3. Odnos arbitra i punomoćnika koji proističe iz činjenice da se arbitar paralelno bavi i zastupanjem

Iznenaduje to što Smernice u drugom delu koji se odnosi na praktičnu primenu Opštih standarda izloženih u prvom delu, ne pridaju veliki značaj odnosu punomoćnika i arbitra koji se istovremeno bavi suđenjem i zastupanjem.

⁸¹ Na Oranž listi nije navedena situacija kada punomoćnik (ili stranka) dok je arbitražni postupak još u toku, imenuju istog arbitra u nekoj novoj arbitraži. Ona će biti obuhvaćena samo ako je to jedno od “višestrukih” imenovanja.

⁸² *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5), *Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 December 2010.

⁸³ Prema članu 58 Vašingtonske konvencije, rešenje o predlogu za izuzeće arbitra donose ostali članovi arbitražnog suda, uz određene izuzetke navedene u ovom članu.

⁸⁴ *Ibidem*, ¶ 62.

⁸⁵ *Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/9), *Decision on the Proposal for the Disqualification of two Members of the Arbitral Tribunal*, 20 May 2011.

⁸⁶ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), *Decision on the Proposal for the Disqualification of arbitrator Francisco Orego Vicuña*, 14 June 2013.

⁸⁷ *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), *Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orego Vicuña*, 13 December 2013.

Pominje se samo slučaj kada arbitar trenutno zastupa ili savetuje advokata ili advokatsko društvo koje zastupa jednu od stranka, što će se retko javiti u praksi.⁸⁸

Međutim, drukčiji sukobi interesa su verovatniji, a nisu pomenuti. Može se, na primer, dogoditi da je arbitar u nekom drugom sporu u svojstvu punomoćnika imenovao punomoćnika jedne od stranaka za arbitra, te da oni, shodno tome, u tom drugom sporu, imaju upravo obrnute uloge. Iz toga može slediti odnos međusobne lojalnosti – nastojanje da onaj koji će suditi klijentu arbitra u drugom sporu, bude zadovoljan odlukom prema njegovom klijentu u ovom sporu.

Jedan broj pravnih pitanja se često iznova i iznova pokreće u investicionim sporovima. Takva su npr. pitanja vremenske nadležnosti, pripisivanja, dejstva MFN klauzula, tumačenja FET-a i slično. Tipičan primer problema s kojim investicioni arbitar u takvoj situaciji može da se suoči, u svetlu zahteva da bude nepristrasan i nezavisan, jeste slučaj kada arbitar treba, bez predrasuda, da odluči o određenom pitanju o kome istovremeno iznosi svoj stav ili ga je iznosio kao punomoćnik u nekom drugom postupku (tzv. *issue conflict*).⁸⁹ Ovaj slučaj pominje se u uvodnim odredbama drugog dela Smernica, kao jedan od primera činjeničnih situacija koje nisu izričito navedene na Oranž listi, mada bi možda u određenim okolnostima, zasluživale da budu saopštene strankama.⁹⁰

3. DUŽNOST SAOPŠTAVANJA RELEVANTNIH ČINJENICA I POSLEDICE NESAOPŠTAVANJA

Arbitraža kao način rešavanja privrednih sporova postala je značajan deo savremenih pravnih sistema, zbog čega je ponekad nazivaju i „privatnim sudom.“ S obzirom na takvu prirodu arbitraže, arbitri, kao privatne sudije, imaju značajne etičke dužnosti kako prema strankama, tako i prema javnosti.

Etičke dužnosti arbitara ponekad su regulisane kodeksima profesionalne etike koje donose različita udruženja⁹¹ ili arbitražne institucije,⁹² a kao jedno od najznačajnijih pitanja koje je regulisano takvim kodeksima jeste pitanje sukoba interesa, koje je i centralno za ovaj rad. Isto tako, Smernice o sukobu interesa formulišu određene dužnosti arbitara u vezi sa sukobima interesa.

⁸⁸ Crvena lista, ¶ 2.3.2.

⁸⁹ Philippe Sands, 654.

⁹⁰ Praktična primena Opštih standarda, tač. 6. V. takođe P. Eberhardt, C. Olivet, 43.

⁹¹ Na primer, Kodeks etike arbitara u sporovima koji proističu iz privrednih odnosa (engl. *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*), čiji su donosioci Američko udruženje arbitara (engl. *American Arbitration Association*) i Američka advokatska komora (engl. *American Bar Association*).

⁹² Na primer, Kodeks etike arbitara koje je donela Milanska arbitražna komora (ital. *Camerale Arbitrale di Milano*).

Prema opštem pravilu iz Smernica, arbitar ne treba da prihvati imenovanje, a u slučaju da je postupak već u toku, treba da prekine svoj rad ukoliko sam posumnja u sopstvenu nepristrasnost i nezavisnost. Isto pravilo se primenjuje ako bi razumno treće lice, znajući za relevantne činjenice, imalo opravdanog osnova da posumnja u nezavisnost i nepristrasnost arbitra. Opravdan osnov za sumnju postoji ako je verovatno da bi na arbitra prilikom odlučivanja mogli uticati i drugi faktori osim argumenata o osnovanosti zahteva koji su iznele stranke.⁹³

Pre nego što prihvati imenovanje, arbitar je dužan da saopšti činjenice koje bi mogle dovesti u pitanje njegovu nepristrasnost i nezavisnost strankama, arbitražnoj instituciji (ako to predviđaju njena pravila) i organu imenovanja (ako taj organ postoji u datoj arbitraži), kao i drugim arbitrima u arbitražnom veću. Činjenice koje je tek kasnije saznao, dužan je da saopšti odmah po saznanju.⁹⁴ Podrazumeva se da arbitar koji saopštava takve činjenice smatra sebe podobnim za obavljanje funkcije, jer bi inače odbio imenovanje ili dao ostavku. Sumnja u pogledu toga da li neku činjenicu treba saopštiti, rešava se u korist saopštavanja, i bez obzira na to da li je postupak u već poodmakloj fazi.⁹⁵

Takođe, Smernicama je propisana i dužnost arbitara da preduzmu neophodne korake kako bi ustanovili postojanje eventualnih sukoba interesa i činjenica ili okolnosti koje razumno mogu dovesti u sumnju njihovu nepristrasnost ili nezavisnost, pri čemu je predviđeno da nedostatak saznanja o postojanju sukoba interesa ne opravdava njegovo neprijavljivanje ukoliko arbitar nije preduzeo adekvatne korake kako bi ustanovio da li takav sukob interesa postoji.⁹⁶

Treba ipak istaći da neprijavljivanje činjenica koje bi mogle da dovedu u sumnju njegovu/njenu nepristrasnost i nezavisnost nije samo po sebi razlog za izuzeće arbitra. Kao što se navodi u obrazloženju praktične primene pravila, “samo činjenice i okolnosti koje je on/ona propustio da saopšti mogu da dovedu do izuzeća.”⁹⁷

ZAKLJUČAK

Uspešan arbitar danas mora biti stručnjak za arbitražu i posedovati značajne organizacione sposobnosti. Većina arbitara se profesionalno bavi ovim poslom, često kao partneri u globalnim advokatskim društvima. Nije retko da isti advokati postupaju u arbitražnim postupcima čas kao arbitri, čas kao punomoćnici, a ponekad jedni druge pozivaju da se pojave u arbitražnim postupcima u svojstvu

⁹³ Opšti standard 2.

⁹⁴ O dužnosti arbitara da saopšte relevantne činjenice, videti detaljno, Jelena Perović, 69-72.

⁹⁵ Opšti standard 3.

⁹⁶ Opšti standard 7 (d).

⁹⁷ Praktična primena Opštih standarda, tač. 5.

eksperata. Zbog toga su sukobi interesa neminovni. Smernice o sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži koje je usvojila Međunarodna advokatska komora (IBA) identifikuju niz situacija u kojima arbitar koji je član advokatskog društva i koji se istovremeno bavi zastupanjem, može doći u sukob interesa, ali ostavljaju takođe niz situacija nepomenutih. One takođe formulišu dužnosti arbitara vezane za pojavu sukoba interesa, kao što su dužnost saopštavanja i dužnosti istraživanja činjenica i okolnosti koje bi mogle da dovedu u pitanje njihovu nepristrasnost i nezavisnost. Proučavanjem situacija koje su pomenute stiče se utisak da su Smernice veoma tolerantne u odnosu na ovu vrstu sukoba interesa. Većinom ih svrstavaju u one razloge koji ne predstavljaju *a priori* razlog za izuzeće (oranž lista) ili predstavljaju razlog za izuzeće kojeg se stranke mogu odreći. Samo jedna među situacijama ove vrste svrstana je u listu apsolutnih razloga za izuzeće. To se možda može objasniti time što su u sastavljanju smernica učestvovali upravo oni čije interese i sukobe interesa treba kontrolisati. Smernice je možda najbolje posmatrati kao pokazatelj da postoje beskrajne mogućnosti za sukob interesa između uloge arbitra i uloge advokata u međunarodnoj arbitraži, ali da će taj sukob retko predstavljati prepreku za obavljanje arbitarske delatnosti.

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

Conflict of Interest Arising from Acting as Both Counsel and Arbitrator and its Impact upon Appointment of Arbitrators

Abstract: *Arbitration has become a dominant dispute resolution mechanism, both in international commercial and investment matters. Despite the significant differences that exist between these two fields, a single profession of arbitrator has emerged, whose members are engaged in both commercial and investment disputes. The members of this profession often sit together in arbitral tribunals, or else appear before the arbitral tribunals as representatives of the parties. They are also inextricably interconnected with global law firms, which secure the position of the arbitrators through repeated appointments. Bearing this in mind, one can only conclude that opportunities for conflicts of interest to arise are virtually endless. With the aim of preventing and regulating such situations, attempts have been made to categorise the circumstances and facts that could constitute conflict of interest, which may, or in some cases must lead to the disqualification of the pertinent arbitrator from the proceedings. One example of such an attempt are the IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration. However, the Guidelines are subject to criticism as they can be considered, at times, too tolerant or oblivious of certain potentially suspect situations that are bound to arise in arbitration practice.*

Keywords: *arbitrator, arbitration, conflicts of interes, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.*

Datum prijema rada: 06.11.2017.

*Dr Dušan Ž. Nikolić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs*

*Sloboda D. Midorović, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
s.midorovic@pf.uns.ac.rs*

SAVREMENA EVROPSKA PRAVNA TEORIJA O SOCIJALNOJ FUNKCIJI PRAVA SVOJINE: NEMAČKA DOKTRINA¹

Sažetak: U Evropi je od sredine XIX veka počela da se razvija teorija o socijalnoj funkciji prava svojine. Plejada čuvenih evropskih mislilaca kojoj su pripadali Girke, Jering, Digi, Hedeman, Menger i Renner ukazala je na potrebu da se pojedini privatnopravni instituti ograniče u javnom interesu. Neke od tih ideja su nakon Prvog svetskog rata prihvatili kreatori pravnih sistema u više zemalja. Teorija o socijalnoj funkciji prava svojine je tako dobila odjeka i u čuvenom Vajmarskom ustavu iz 1919. godine.

Ograničenja prava svojine u opštem interesu postoje u svim savremenim pravnim sistemima. Ona su ustanovljena zakonom, a u nekim državama i ustavom, kao najvišim pravnim aktom. Ta činjenica ukazuje na značaj socijalne funkcije prava svojine. Sa istorijskog ali i pozitivnopravnog stanovišta posebnu pažnju iziskuju pravni sistem i pravna doktrina Nemačke. Polazište za regulisanje socijalne funkcije prava svojine u toj zemlji predstavlja član 14 Osnovnog zakona (Grundgesetz) iz 1949. U prvom stavu su zagarantovani pravo svojine i pravo nasleđivanja, ali je zakonodavcu dato i ovlašćenje da propiše njihovu sadržinu i ogra-

¹ Članak je rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu. Prof. dr Dušan Nikolić je napisao sledeće odeljke: 1. Uvod; 2. Utemeljenje i razvoj teorije o socijalnoj funkciji prava svojine; 6. Stratifikacija nemačkog društva i socijalna funkcija prava svojine. Sloboda Midorović je napisala sledeće odeljke: 3. Zakonodavna refleksija teorije o socijalnoj funkciji prava svojine; 4. Socijalna funkcija prava svojine u nemačkoj pravnoj teoriji i 5. Socijalna funkcija prava svojine u nemačkoj sudskoj praksi.

ničenja. U drugom stavu piše da pravo svojine obavezuje i da njegovo vršenje treba da bude na dobrobit zajednice. Barijeru nametanju svojinskih ograničenja postavljaju dve osnovne Ustavom zagarantovane vrednosti: ljudsko dostojanstvo (*die Würde des Menschen*) i pravo na slobodan razvoj ličnosti (*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*). Nemački sudovi štite pravo svojine kao instrument za ostvarenje dostojanstva, lične autonomije, privatnosti i kao pretpostavku za slobodan razvoj ličnosti. Sa druge strane, postoji tzv. institucionalna garancija (*Institutionsgarantie*) koja podrazumeva pravo države da uredi i ograniči neki institut u javnom interesu. Tako je u slučaju *Naßauskiesung* Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgericht*) našao da je pogrešna premisa Vrhovnog suda pravde (*Bundesgerichtshof*) da vlasniku zemljišta u skladu sa § 905 Nemačkog građanskog zakonika pripada pravo na korišćenje izvora vode koje se nalaze na toj parceli. Paragrafom 905 je propisano „pravo vlasnika zemljišta prostire se i na prostor iznad i ispod površine zemlje. Vlasnik međutim ne može zabraniti uticaje na tim visinama ili dubinama, ukoliko nema interesa za njihovo isključenje.“ U vezi sa ovim argumentom Ustavni sud je izneo stav da ne postoji podudarnost između građanskopravnog i ustavnopravnog pojma svojine. Osim toga, istakao je da poređenje nije primereno jer u vreme donošenja Nemačkog građanskog zakonika nije postojala potreba da se vlasnicima zemljišta ograniči korišćenje podzemnih voda. U međuvremenu su narasle potrebe industrije uslovile značajne promene koje su dovele do izmene pravne regulative. Savezni ustavni sud je osporenu meru smatrao dozvoljenim ograničenjem prava svojine u javnom interesu. U radu su navedeni i drugi primeri iz prakse sudova Nemačke koji se odnose na različite aspekte socijalne funkcije prava svojine.

Da bi se stekla realna i potpuna predstava o socijalnoj funkciji prava svojine u Nemačkoj, treba imati u vidu i pojedine institute privatnog prava, poput fideikomisa i porodičnih zadužbina, koje omogućuju da se veliki deo nacionalnog bogatstva izdvoji iz pravnog prometa u korist određenih slojeva stanovništva i pretvori u svojevrsna dobra mrtve ruke. Toj problematici je posvećen završni deo ovog rada.

Ključne reči: pravo svojine; socijalna funkcija; nemačko pravo

1. UVOD

Nakon gotovo pola veka dominacije dogmatike, u savremenoj civilistici su ponovo započete kompleksne rasprave u kojima se najčešće sučeljavaju i prožimaju stavovi zasnovani na postavkama filozofije prava, sociologije, ekonomije i pravne politike. Ta kvalitativna promena je nesumnjivo odraz zbivanja u društvu. Kompleksnije prilike iziskuju kompleksniji pristup. Osim toga, došlo je do promena i u pogledu tematike koja zaokuplja pažnju pravničke i šire javnosti. U središte interesovanja su ponovo dospele neke teme o kojima se dugo nije razgo-

varalo. Jedna od njih je socijalna funkcija prava svojine². Ključno pitanje je kakvu ulogu u pravnom sistemu ima taj institut, kakve efekte proizvodi i kakve efekte bi trebalo da proizvodi u određenom društvu, vremenu i prostoru. U uslovima drastične imovinske raslojenosti pojedinih društava i čovečanstva u celini, treba preispitati dominantni neoliberalni koncept prava svojine i uspostaviti balans između privatnih i javnih interesa. Pri tom treba imati u vidu iskustva iz prošlosti, kao i iskustva iz uporednog prava, među kojima su posebno važna ona koja imaju razvijene, stabilne i dobro organizovane države, poput Nemačke.

2. UTEMELJENJE I RAZVOJ TEORIJE O SOCIJALNOJ FUNKCIJI PRAVA SVOJINE³

U Evropi se, od Francuske buržoaske revolucije ciklično smenjuju dva modela svojinskih odnosa. Jedan karakterišu pravni i ekonomski liberalizam, a drugi, naglašeni državni intervencionizam.

Liberalni koncept prava svojine je ozvaničen francuskom *Deklaracijom o pravima čoveka i građanina* (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) iz 1789. godine, a potom preciznije uređen Francuskim građanskim zakonikom (*Code civil des Français*) iz 1804. godine. Njegovu suštinu određuju dve norme Napolenovog zakonika. Čuvenim članom 544 utvrđeno je da je svojina pravo uživanja i raspolaganja stvarima na najapsolutniji način, u granicama određenim zakonima i propisima.⁴ U sledećem, 545. članu rečeno je da niko ne može biti primoran da se odrekne svog vlasništva, izuzev zbog opšte koristi i uz prethodnu pravičnu naknadu.⁵ Pod uticajem francuske doktrine, u Evropi je dugo vladalo mišljenje da vlasnik ima punu slobodu u pogledu korišćenja stvari i da je u ostvarivanju svog prava ograničen isključivo pravima drugih lica. Međutim, na razmeđu XIX i XX veka pojavila se nova struja u pravnoj nauci, čiji su pripadnici smatrali da pravo svojine treba shvatiti na drugačiji način. Jedan od glavnih protagonista

² Maja 2011. godine na Univerzitetu Fordham (SAD), održan je simpozijum pod nazivom *Social Function of Property: A Comparative Perspective*. Septembra 2013. godine u Kongresnom centru Slovačke akademije nauka u Smolenicama, održan je međunarodni naučni skup *Weaker Party Protection in Private law*. Septembra 2017. godine, na istom mestu, održana je međunarodna naučna konferencija *XIII Dies Luby Iurisprudentiae: Social Function of Law and Growing Wealth Inequality*, pod uredništvom prof. dr Jana Lazara (Ján Lazar), nekadašnjeg predsednika radne grupe za izradu nacrtu novog Građanskog zakonika Slovačke.

³ Tekst ovog odeljka je većim delom preuzet iz: Dušan Nikolić, „Klimatske promene i građansko pravo – elementi za strategiju prilagođavanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4-2013, 69-70.

⁴ „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements“.

⁵ „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité“.

novog pristupa bio je nemački pravni teoretičar Oto fon Gierke (*Otto von Gierke*) koji je 1889. godine objavio studiju o socijalnoj ulozi privatnog prava.⁶ Posebnu pažnju na međunarodnom planu izazvali su radovi francuskog teoretičara Leona Digija (*Léon Duguit*). On je u okviru šest predavanja održanih u Buenos Airesu 1911. godine izneo mišljenje da svojina nije pravo u klasičnom smislu, već *socijalna funkcija* (*théorie de la fonction sociale du droit de la propriété*). Jedna od osnovnih teza je bila da vlasnik ne treba da ima punu slobodu u pogledu korišćenja stvari. Po Digiju, predmet prava svojine treba koristiti ne samo u privatnom, već i u javnom interesu. Država ima pravo (i zadatak) da vlasnika u tome ohrabri, a po potrebi i da ga kazni zbog zanemarivanja takve dužnosti. Osim toga, organi državne vlasti treba da odrede i način na koji će pravo biti ostvarivano u javnom interesu. To podrazumeva određivanje uslova za korišćenje određenih dobara i propisivanje odgovarajućih mera. Socijalnom funkcijom prava svojine i drugih privatnopravnih instituta bavio se i austrijski pravni teoretičar i političar Karl Renner (*Karl Renner*).⁷ Navedena razmišljanja nisu ostala na teorijskoj ravni. Ona su bila idejna (i ideološka) podloga za razvoj pravne regulative u većem broju zemalja, a u značajnoj meri su uticala i na kreiranje sudske prakse.⁸

3. ZAKONODAVNA REFLEKSIJA TEORIJE O SOCIJALNOJ FUNKCIJI PRAVA SVOJINE

Uvek kada zakonodavac vlasniku nalaže određeno ponašanje ili uzdržavanje od određenog ponašanja u odnosu na stvar, do izražaja dolaze naročiti interesi društvene zajednice i naročita socijalna funkcija prava svojine.

Ograničenja prava svojine u opštem interesu postoje u svim savremenim pravnim sistemima. Ona su ustanovljena zakonom, a u nekim državama i ustavom, kao najvišim pravnim aktom. Ta činjenica ukazuje na značaj koji se pridaje pravu svojine i njegovoj socijalnoj funkciji. Sa istorijskog ali i pozitivnopravnog staništa posebnu pažnju iziskuje pravni sistem Nemačke.

U nastavku rada analizirane su odredbe nemačkog Ustava (*Grundgesetz*) iz 1949. godine koje predstavljaju pravni osnov za nametanje vlasnicima socijalnih dužnosti (*Sozialpflichten*). Posebna pažnja posvećena je odnosu socijalne obaveze i eksproprijacije, te granicama do kojih je dozvoljeno ograničavati pravo svojine u interesu društvene zajednice. Navedena problematika je sagledana sa staništa važeće pravne regulative, aktuelnih teorijskih postavki i reprezentativne sudske prakse. U tom kontekstu izložena je argumentacija Saveznog ustavnog

⁶ Otto von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889.

⁷ Vid. Karl Renner, *Socijalna funkcija pravnih instituta*, Beograd 1960.

⁸ Vid. npr. Odluku Suda pravde Evropskih zajednica (EU) C-347/03, *Tocai – Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Agenzia regionale per lo sviluppo rurale*.

suda Nemačke (*Bundesverfassungsgericht*) iz dva slučaja koja su se ticala dozvoljenosti nametanja socijalnih obaveza vlasnicima. U završnom delu rada otvorena su neka pitanja koja se tiču socijalne funkcije prava svojine i instrumenata privatnog prava, poput fideikomisa i porodičnih zadužbina, koji omogućuju izuzimanje značajnog dela društvenog bogatstva iz pravnog prometa i njegovo pretvaranje u svojevrsna *dobra mrtve ruke*.

4. SOCIJALNA FUNKCIJA PRAVA SVOJINE U NEMAČKOJ PRAVNOJ TEORIJI

U ovom kontekstu posebno je značajan član 14 nemačkog Ustava.⁹ Njegovim prvim stavom se garantuje pravo svojine i pravo nasleđivanja i ujedno se daje mandat zakonodavcu da propiše njihovu sadržinu i ograničenja. Već iz ovog prvog stava proizlazi da se, s jedne strane pravo svojine garantuje, ali da, isto tako ta garancija ne predstavlja prepreku za zakonodavca da predvidi izvesna ograničenja svojinskih ovlašćenja. Drugi stav čl. 14 predstavlja direktan odraz ideje o socijalnoj funkciji svojine. Njime je predviđeno da svojina obavezuje i da njena upotreba istovremeno treba da bude na dobrobit zajednice. U poslednjem, trećem stavu čl. 14 dozvoljena je eksproprijacija u javnom interesu, s tim da se ona može sprovesti samo na osnovu zakona koji propisuje vrstu i obim naknade. Citirani član predstavlja deo šireg okvira koji je bio zamišljen u cilju da se Nemačka distancira od dešavanja tokom Drugog svetskog rata. U tom smislu, socijalna obaveza vlasnika može se shvatiti kao svojevrsna konkretizacija principa pravne države (*Rechtsstaat*) i države blagostanja (*Sozialstaat*) iz čl. 20 i 28(1) Ustava.

Svaki od navedenih stavova citiranog člana je bitan za analizu prakse Saveznog ustavnog suda Nemačke, a naročito za opredeljivanje granice između socijalne obaveze koja se vlasniku nameće i za koju mu, po pravilu, ne pripada pravo da potražuje naknadu i eksproprijacije, koja uvek povlači pravo na naknadu. Identifikovanje ove granice je naročito teško u graničnim slučajevima, naročito onda kada se ne radi direktno o ekproprijaciji, nego o merama koje se u efektima praktično izjednačavaju sa njom.¹⁰

Kao što je rečeno, nemački Ustav podvrgava pravo svojine tzv. socijalnoj obavezi. To znači da svako od svojinskih ovlašćenja može biti ograničeno u interesu društvene zajednice. Između mera koje imaju za posledicu ograničenja prava svojine na ime socijalne obaveze i eksproprijacije nema znaka jednakosti. U najvećem broju slučajeva vlasnik trpi ograničenja svojine na ime socijalne obaveze „na svoju štetu“. To znači da on najčešće sam snosi troškove mera koje mu u jav-

⁹ Vid. https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01/245122, 20. decembar 2017.

¹⁰ Wolfgang Lücke, *Sachenrecht*, 3. Auflage, C.H.Beck, München 2014, 48, 49.

nom interesu nameće zakonodavac. Izuzetno, ograničenja svojinskopравnih ovlašćenja na ime socijalne obaveze mogu da dovedu do primene izvesnih mera radi njihovog ublažavanja (*Ausgleichsbestimmungen*). To će biti slučaj samo u situaciji kada data obaveza, odnosno ograničenje opterećuje konkretnog vlasnika preko razumne mere.¹¹ Iz tog proizlazi da prilikom propisivanja socijalne obaveze treba voditi računa o principu srazmernosti (*Verhältnismäßigkeit*). Istovremeno, prilikom nametanja konkretne obaveze mora se voditi računa i o načelu pravne jednakosti (*der Gleichheitssatz*)¹² kao i o potrebi da se privatni interesi vlasnika dovedu u ravnotežu sa interesima društvene zajednice.¹³

Imajući u vidu da se prvim stavom čl. 14 garantuje pravo svojine uz istovremeno predviđanje mogućnosti njenog ograničenja, postavlja se pitanje gde se nalazi prag koji zakonodavac ne sme da pređe kada propisuje ograničenja prava svojine. Barijeru u nametanju svojinskih ograničenja postavljaju dve osnovne Ustavom zagarantovane vrednosti: ljudsko dostojanstvo (*die Würde des Menschen*)¹⁴ i pravo na slobodan razvoj ličnosti (*die freie Entfaltung der Persönlichkeit*)¹⁵. Dok god se ne dovedu u pitanje ova dva, iz ugla nemačkog Ustava osnovna ljudska prava, zakonodavac može da propisuje ograničenja prava svojine pozivajući se na to da ona podrazumeva obaveze koje vlasnik treba da ispuni prema društvu.¹⁶ Nemački sudovi, dakle, štite pravo svojine kao instrument za ostvarenje dostojanstva, lične autonomije, privatnosti i kao pretpostavku za slobodan razvoj ličnosti.¹⁷ „Svojina je osnovno ljudsko pravo koje je tesno povezano sa garantijom lične slobode. Njena svrha se ogleda u jemčenju slobode u imovinskopравnoj sferi kako bi vlasnik mogao samostalno da organizuje svoj život.“¹⁸

Budući da pravo svojine, s jedne strane, treba da osigura opstanak pojedinca, a da istovremeno služi i ostvarenju opštih interesa, u nemačkoj literaturi, a često i u obrazloženjima odluka sudova, svojina se posmatra kroz prizmu dve garantije. Prva je tzv. individualna garantija (*Bestandsgarantie*) kojom se garantuju ovlašćenja koja pripadaju pojedincu u konkretnom slučaju. Druga je tzv. institucionalna garantija (*Institutionsgarantie*) koja podrazumeva pravo države da uredi i ograniči neki institut, s tim da ograničenja ne smeju da zadiru u samu srž insti-

¹¹ *Ibid*, 48; BVerfGE 58, 137 Pflichtexemplar, pasus 50, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058137.html>, 27. decembra 2017.

¹² BVerfGE 58, 137, pasus 50.

¹³ *Ibid*, pasus 57.

¹⁴ Vid. čl. 1 Ustava Nemačke.

¹⁵ Vid. čl. 2 Ustava Nemačke.

¹⁶ Rebecca Lubens, „The Social Obligation of Property Ownership: A Comparison of German and U.S. Law“, *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol. 24, No. 2/2007, 389, 390.

¹⁷ Gregory Alexander, „Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example“, *Cornell Law Review* Vol. 88/2003, 739.

¹⁸ BVerfGE 24, 367 – Hamburgisches Deichordnungsgesetz, pasus 94, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024367.html>, 26. decembar 2017.

tuta (*Kernbestand*), odnosno ne smeju da ga liše svrhe njegovog postojanja.¹⁹ Odnos individualne i institucionalne garantije određuje meru preko koje zakonodavac ne može ograničavati pravo svojine, jer bi u suprotnom ono bilo u potpunosti obesmišljeno.²⁰ Prilikom procene koja ovlašćenja ulaze u nepovredivo jezgro prava svojine uzimaju se u obzir okolnosti konkretnog slučaja kao i subjektivna svojstva i potrebe svakog vlasnika ponaosob.²¹

5. SOCIJALNA FUNKCIJA PRAVA SVOJINE U NEMAČKOJ SUDSKOJ PRAKSI

U dosadašnjoj praksi nemačkih sudova značajan broj postupaka koji se tiču prava svojine vođeni su sa ciljem da se utvrdi da li je zakonodavac prekoračio svoja ovlašćenja iz člana 14 stav 1 i 2. Za većinu slučajeva zajedničko je pitanje da li zakonom nametnuto ograničenje svojine zadire u srž svojinskih ovlašćenja, ili je, pak, reč o ograničenju koje je vlasnik dužan da podnese kao svojevrsnu žrtvu zarad ostvarenja opštih interesa. U najistaknutijim slučajevima obrađena su pitanja koja se tiču: ograničenja prava svojine radi osiguranja nesmetanog vodosnabdevanja,²² sprovođenja mere konsolidacije zemljišta,²³ održavanja i očuvanja kulturnih dobara od strane vlasnika,²⁴ zaštitnog zakonodavstva namenjenog zakupcima koje se odnosi na limitiranje iznosa zakupnina²⁵ i na restriktivno postavljanje mogućnost otkaza ugovora o zakupu od strane zakupodavca.²⁶ Zbog ograničenosti prostora, ovde će biti izložena samo dva slučaja o kojima se izjasnio Savezni ustavni sud Nemačke i u kojima je zauzeo značajne stavove po pitanju granica zaštite svojine.

U slučaju *Naßauskiesung* (u prevodu: vađenje šljunka)²⁷ postavilo se pitanje da li su odredbe Zakona o vodama (*Wasserhaushaltsgesetz*), koje predviđaju podvođenje podzemnih voda pod javnopravni režim i samim tim njihovo isključenje iz korpusa vlasničkih ovlašćenja bez isplate naknade vlasnicima, u skladu sa čl. 14 nemačkog Ustava. Na osnovu spornog Zakona odbijen je zahtev tužioca kojim je traženo izdavanje dozvole za vađenje šljunka i peska sa njegove parcele.²⁸ Radilo se o privrednoj delatnosti koju je tužilac obavljao decenijama unazad i koja nužno podrazu-

¹⁹ <http://www.lexexakt.de/glossar/institutionellegarantie.php>.

²⁰ R. Lubens, 408.

²¹ *Ibid*; BVerfGE 68, 361.

²² BVerfGE 1981, 58.

²³ BVerfGE 2001, 104.

²⁴ BVerfGE 1999, 100.

²⁵ BVerfGE 1974, 37.

²⁶ BVerfGE 68, 361.

²⁷ BVerfGE 58, 300, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058300.html>, 4.1.2017.

²⁸ *Ibid*, pasus 1.

meva zadiranje u podzemne vode. Osporenim Zakonom je bilo predviđeno da treba odbiti izdavanje dozvole ukoliko nameravani način crpljenja vode može ugroziti blagostanje celokupne društvene zajednice, a naročito javno snabdevanje vodom. U konkretnom slučaju problem se sastojao u tome što su se parcele sa kojih je tužilac vadio šljunak nalazile u neposrednoj blizini zone zaštite oko preduzeća za snabdevanje stanovništva vodom. U bojazni da će nastavak obavljanja tužiočeve delatnosti dovesti do kontaminacije obližnjeg izvorišta za snabdevanje vodom, nadležni organ odbio je da izda traženu dozvolu.²⁹ Reagujući na ovu meru, tužilac je podneo tužbu protiv nadležne pokrajine tražeći isplatu odgovarajuće naknade, tvrdeći da zabrana izdavanja dozvole za vađenje šljunka predstavlja meru kojom je ekspropisana njegova nepokretnost.³⁰

U postupku za ocenu ustavnosti ključno je bilo pitanje da li se zakonsko izuzimanje mogućnosti zadiranja u podzemne vode smatra merom propisivanja sadržine i ograničenja prava svojine ili, pak, merom eksproprijacije. Od ove kvalifikacije zavisilo je pitanje da li tužiocu treba da pripadne pravo na naknadu, jer se ona može isplatiti samo u slučaju eksproprijacije, pod uslovom da je zakonom predviđena njena vrsta i visina. U toku postupka Savezni ustavni sud je našao da je pogrešna premisa Vrhovnog suda pravde (*Bundesgerichtshof*) da vlasniku zemljišta u skladu sa § 905 Nemačkog građanskog zakonika pripada pravo na korišćenje izvora vode koje se nalaze na toj parceli.³¹ Naime, prema § 905 „pravo vlasnika zemljišta prostire se i na prostor iznad i ispod površine zemlje. Vlasnik međutim ne može zabraniti uticaje na tim visinama ili dubinama, ukoliko nema interesa za njihovo isključenje.“³² U vezi sa ovim argumentom Ustavni sud je izneo stav da ne postoji podudarnost između građanskopravnog i ustavnopravnog pojma svojine.³³ Osim toga, Ustavni sud je istakao da poređenje nije primereno jer u vreme donošenja Nemačkog građanskog zakonika nije postojala potreba da se vlasnicima zemljišta ograniči korišćenje podzemnih voda. U međuvremenu su narasle potrebe industrije uslovile značajne promene koje su dovele do izmene pravne regulative.³⁴ Savezni ustavni sud je osporenu meru smatrao dozvoljenim ograničenjem prava svojine u javnom interesu. Istakao je da sporna mera ne predstavlja eksproprijaciju budući da vlasnik zemljišta i dalje može da ga koristi na sve druge načine koji ne podrazumevaju zadiranje u podzemne vode.³⁵ Sud je podvukao da čl. 14 st. 1 Ustava Nemačke garantuje samo jezgro, odnosno srž (*Kernbestand*) svojinskih ovlašćenja, i da u to jezgro ne ulaze ovlašćenja koja prema § 905 Ne-

²⁹ *Ibid*, pasusi 65–67.

³⁰ *Ibid*, pasus 68.

³¹ *Ibid*, pasus 85.

³² Vid. W. Lüke, 47, pasus 128.

³³ BVerfGE 58, 300, pasusi 162.

³⁴ BVerfGE 58, 300, pasusi 176, 178.

³⁵ *Ibid*, pasus 87.

mačkog građanskog zakonika pripadaju vlasniku zemljišta.³⁶ S obzirom na značaj podzemnih voda u sistemu javnog snabdevanja ne bi bilo opravdano prepustiti njihovu upotrebu slobodnom nahođenju pojedinca. Zbog toga se iz ugla ustavnog prava ne može osporiti mogućnost zakonodavca da podvede podzemne vode pod javnopravni režim.³⁷ „Iz ustavnopravne garantije prava svojine ne proističe pravo na onaj vid upotrebe stvari koji vlasniku omogućava da ostvari najveću moguću ekonomsku korist.“³⁸ Ukoliko je u nekom momentu tužiocu i pripadalo pravo na upotrebu podzemnih voda, to ne znači da mu je to pravo večno zagarantovano. Zakonodavac u skladu sa čl. 14 st. 1 Ustava može redefinisati pravnu poziciju vlasnika ukoliko to nalažu interesi zajednice. Ipak, u tom slučaju, zakonom treba predvideti odgovarajuće tranzicione mere kako bi se sprečilo urušavanje poverenja u stabilnost pravnog sistema.³⁹

Drugi slučaj se ticao Zakona o zaštiti spomenika kulture pokrajine *Rheinland-Pfalz*.⁴⁰ U toku postupka se postavilo pitanje da li je u skladu sa ustavnom garantijom svojine odredba koja predviđa da se uklanjanje spomenika kulture u privatnom vlasništvu može dozvoliti ako je to u javnom interesu, pri čemu Zakon nije predvideo da prilikom odlučivanja treba uvažiti i interese samog vlasnika.⁴¹ Dakle, da bi vlasnik smeo da ukloni objekat koji se prema Zakonu smatra spomenikom kulture, potrebna mu je dozvola nadležnog organa. U konkretnom slučaju u ulozi tužioca se našla firma koja je bila vlasnik vile s kraja XIX veka, korisne površine preko 950 m² koja je stajala prazna od 1981. godine.⁴² S obzirom na to da tužilac nije koristio vilu, te da nije mogao ni da nađe zainteresovane kupce ni zakupce, a da su troškovi njenog održavanja iznosili oko 300.000 nemačkih maraka godišnje, za tužioca je jedino racionalno rešenje bilo uklanjanje objekta. Međutim, njegov zahtev za rušenje vile bio je odbijen.⁴³

O spornom pitanju se izjasnio Savezni ustavni sudu sa zadatkom da oceni da li je protivna Ustavu odredba Zakona o održavanju spomenika kulture koja izdavanje odobrenja za rušenje nepokretnosti pod zaštitom uslovljava samo postojanjem opštih interesa uz potpuno ignorisanje privatnih interesa vlasnika spomenika kulture.⁴⁴ Sud je našao da se na ovaj način, iza zabrane rušenja faktički skriva mera koja ima uporediva dejstva sa eksproprijacijom.⁴⁵ Da li se u konkret-

³⁶ *Ibid*, pasus 94.

³⁷ *Ibid*, pasus 189.

³⁸ *Ibid*, pasus 191.

³⁹ *Ibid*, pasus 212.

⁴⁰ BVerfGE, 1999, 100, 226 – 248. http://www.bverfg.de/e/ls19990302_1bvl000791.html, 29. decembar 2017.

⁴¹ *Ibid*, pasus 2.

⁴² *Ibid*, pasus 45.

⁴³ *Ibid*, pasus 47.

⁴⁴ *Ibid*, pasus 53, 54.

⁴⁵ *Ibid*, pasus 56.

nom slučaju radi o ograničenjima svojinskih ovlašćenja na ime ispunjenja socijalne obaveze ili je, pak, reč o eksproprijaciji zavisi od toga šta je od prava svojine preostalo.⁴⁶ Prag je prekoračen onda kada usled ograničenja korišćenja više ne postoji mogućnost upotrebe objekta u privatne svrhe. Tada ispada da vlasnik održava spomenik kulture isključivo u opštem interesu a da sam nema nikakve koristi od toga.⁴⁷ Reč je o meri kojom se toliko duboko zadire u supstancu svojine, da se praktično vlasnik lišava mogućnost upotrebe objekta u privatne svrhe. Takve mere prelaze prag ustavnokomfornih odredaba kojima se propisuje sadržaj i ograničenja prava svojine.⁴⁸ Takva mera ne može se „izlečiti“ dosuđivanjem naknade, jer bi u tom slučaju individualni interesi vlasnika (*Bestandsgarantie*) bili u potpunosti istisnuti javnim interesima, koji po svom značaju ne zavređuju formalnu eksproprijaciju.⁴⁹ Prilikom propisivanja sadržaja i ograničenja svojine u smislu čl. 14 st. 1 rečenica 2 Ustava zakonodavac mora da uzme u obzir i interese vlasnika koji zavređuju zaštitu kao i interese društvene zajednice i da ih dovede u uravnotežen odnos.⁵⁰ Zaštita spomenika kulture predstavlja legitimnu brigu zakonodavca radi njihovog očuvanja koji opravdava nametanje ograničenja svojine u smislu čl. 14 st. 1 Ustava.⁵¹ Uslovljavanje preduzimanja značajnijih mera u pogledu spomenika kulture, uključujući i njihovo rušenje opravdano je podvrgnuto izdavanjem odobrenja i, po pravilu, uskraćivanje odobrenja ne predstavlja nesrazmerno opterećenje za vlasnika.⁵² Kada su u pitanju kulturna dobra, vlasnik mora da se pomiri sa tim da u svetlu čl. 14 st. 2 Ustava neće uvek moći da ostvaruje pravo svojine na rentabilan način, tim pre što ovaj član ne štiti upotrebu svojine u lukrativne svrhe.⁵³ Međutim, ukoliko usled zaštite spomenika kulture vlasniku ne preostaje nikakva mogućnost smislene upotrebe svojinskog objekta, ukoliko on ne može da iskoristi objekat svojine ni na jedan razuman način, niti može da ga otuđi, eliminiše se svaka njegova korisnost. Kada se uz to uzmu u obzir i mere održavanja koje za vlasnika predstavljaju teret koji on snosi isključivo u javnom interesu, radi se o pravnoj poziciji koja ne zavređuje da bude nazvana svojinom. Tada odbijanje izdavanja dozvole za rušenje prestaje da bude razumno. Ukoliko se, pak, radi o objektima izrazito naglašenog kulturnoistorijskog značaja, interes zajednice za njenim očuvanjem može se postići njegovom eksproprijacijom.⁵⁴

⁴⁶ *Ibid*, pasus 57.

⁴⁷ *Ibid*, pasus 57.

⁴⁸ *Ibid*, pasus 69.

⁴⁹ *Ibid*, pasus 70.

⁵⁰ *Ibid*, pasus 83.

⁵¹ *Ibid*, pasus 88.

⁵² *Ibid*, pasus 90.

⁵³ *Ibid*, pasus 91.

⁵⁴ *Ibid*, pasus 92.

6. STRATIFIKACIJA NEMAČKOG DRUŠTVA I SOCIJALNA FUNKCIJA PRAVA SVOJINE

U prethodnim odeljcima ovoga rada razmotreni su reprezentativni primeri ograničavanja prava svojine u javnom interesu. Oni potvrđuju činjenicu da su u nemačkom ustavnom i privatnom pravu razvijeni mehanizmi koji omogućuju državi da uspostavi ravnotežu između svojinskih ovlašćenja koja imaju vlasnici stvari i opravdanih potreba društvene zajednice. U skladu sa načelom pravne jednakosti, pred zakonom su svi jednaki. To bi trebalo da znači da svi ostvaruju svojinska ovlašćenja pod jednakim uslovima. Međutim, u nemačkom pravu paralelno postoje mehanizmi koji omogućuju da se određene imovinske celine, a time i deo društvenog bogatstva, dugoročnije ili čak i trajno izuzmu iz tržišne utakmice, odnosno, pravnog prometa. To za posledicu ima održavanje društvene strukture koja je karakteristična po visokom stepenu socijalne raslojenosti (stratifikacije).

Prema Izveštaju Centra OECD za mogućnosti i jednakost (*OECD Centre for Opportunity and Equality*) o uzrocima nejednakosti u Evropi, iz 2017. godine, navedeno je da je kapital najviše skoncentrisan na vrhu društvene strukture, odnosno, među najbogatijima, u Nemačkoj, Austriji i Holandiji.⁵⁵

Imovinski odnosi nisu statični i nepromenljivi. U većini zemalja postoje ustavne norme kojima se garantuju pravo svojine i sloboda raspolaganja imovinom (pravnim poslovima *inter vivos* i *mortis causa*). Tako je i u Nemačkoj. Međutim, u nemačkom pravnom sistemu i dalje postoji institut porodičnog fideikomisa, koji je bio karakterističan za feudalno društveno uređenje. Kao što je poznato, on omogućuje ostaviocu da svoju imovinu ostavi u nasleđe potomku koji stiče ograničenu pravo svojine na nasleđenim dobrima. Naslednik ne može raspolagati nasleđenom imovinom pravnim poslovima *inter vivos*, već je dužan da je očuva i prenese na svog potomka (najčešće najstarijeg muškog potomka – *princip primogeniture*). Njegovo pravo svojine je značajno suženo, a pravo raspolaganja svedeno na minimum.

Sličnu funkciju u nemačkom pravu imaju porodične zadužbine. One se osnivaju u korist sadašnjih i budućih članova određene porodice. Za razliku od porodičnog fideikomisa, izdvojena dobra ne ostaju u porodičnom vlasništvu, već postaju imovina zadužbine, kao pravnog lica. Međutim, ona služe isključivo za zadovoljavanje potreba i interesa uskog kruga beneficijara.⁵⁶

⁵⁵ Vid. *Understanding the Socio-economic Divide in Europe Background Report 26 January 2017* <https://www.oecd.org/els/soc/cope-divide-europe-2017-background-report.pdf>, 26. januar 2017. Nasuprot tome, u Velikoj Britaniji, u kojoj postoje najveće razlike u zaradama, distribucija bogatstva je na nivou proseka.

⁵⁶ Vid. Dušan Nikolić, „O porodičnim zadužbinama“, *Pravo, teorija i praksa* 12/1997, 65-69; Dušan Nikolić, „Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Tran-

Očigledno je da su opšta pravila kojima je na direktan ili indirektan način određena socijalna funkcija prava svojine u značajnoj meri ograničena drugim pravnim institutima koji omogućuju ustanovljavanje posebnog pravnog režima u korist užih društvenih grupa.

splant“, u: *Private Law in Eastern Europe*, (ed. Christa Jessel Holst, Rainer Kulms and Alexander Trunk), Mohr Sebeck Tubingen 2010, 259-267.; Dušan Nikolić, „Uticaj negativnih kamatnih stopa na rad zadužbina i fondacija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2015/4, 1509-1518.

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.rs

Contemporary European Legal Theory of the Social Function of Ownership: German Doctrine

Abstract: *Since the middle of XIX century the theory of the social function of ownership began to develop in Europe. An array of renowned European thinkers such as Gierke, Jhering, Duguit, Hedemann, Menger and Renner indicated the need to constrain specific private-law institutes in the public interest. Some of these ideas were embraced by the creators of the legal systems of several countries in the aftermath of the First World War. The theory of the social function of ownership, thus, was accepted in the famous Weimar Constitution.*

Limitations of ownership right in the public interest could be traced in all contemporary legal systems. They have been established by laws, whereas in some countries they have been envisaged in constitutions as the most supreme legal act. This fact underlines the importance of the social function of ownership. From the historic, as well as, currently applicable law point of view, German legal system and its doctrine deserve special attention. Starting point for social function of ownership in Germany presents Article 14 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz) from 1949. In its first paragraph the right to ownership and inheritance are guaranteed, whereby at the same time, the legislator is authorized to foresee their content and limits. In the second paragraph, it has been stipulated that the ownership right entails obligations and that it shall serve the public good. Nevertheless, two fundamental values guaranteed by the Constitution: human dignity (die Würde des Menschen) and the right to free development of personality (die freie Entfaltung der Persönlichkeit) shall be considered as barriers to the imposition of ownership limitations. Accordingly, German courts protect the ownership right in as much as it is necessary for the realization of human dignity, personal autonomy, privacy and free development of personality. On the other hand, the so called institutional guarantee (Institutionsgarantie) implies the right of the state to limit certain institute in the public interest. In

that sense, Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) took the stance in the case Naßauskiesung that the Supreme Court of Justice (Bundesgerichtshof) took the wrong view that the land owner enjoys, pursuant to § 905 of the German Civil Code, the right to use the water sources within specific land plot. Namely, § 905 envisages that “The right of the owner of a plot of land extends to the space above the surface and to the subsoil under the surface. However, the owner may not prohibit influences that are exercised at such a height or depth that he has no interest in excluding them”. Connected therewith, the Constitutional Court asserted that there is no coincidence between the civil law and constitutional law understanding of ownership. It, furthermore, contended that the comparison is not an appropriate one, given that, in the time when the German Civil Code was enacted the need to limit the right of the land owners to use underground water did not exist. Meanwhile, a rapid growth of industry led to the significant changes which caused also changes of legal regulations. Federal Constitutional Court, thus, viewed the disputed measure as an acceptable limitation of ownership right in the public interest. The paper also analyzes other examples from the German jurisprudence which pertain to the various aspects of the social function of ownership.

In order to gain a complete insight into the social function of ownership in Germany, one needs to consult some private law institutes such as fideicommissum and family endowments. They enable exclusion of large portions of national wealth from legal transactions in favor of certain social strata and turning it into the so called mortmain (dead hand). The last part of the article is dedicated to this matter.

Keywords: *ownership right; social function; German law.*

Datum prijema rada: 21.05.2018.

*Dr Marija M. Salma, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
salmamarija2@gmail.com*

UTICAJ AUSTRIJSKOG PRAVA NA EVOLUCIJU SRPSKOG PARNIČNOG POSTUPKA

Sažetak: Rad analizira evoluciju i strukturu srpskog građanskog procesnog zakonodavstva u svetlu uticaja austrijskog prava, tokom XIX i u prvoj i drugoj polovini XX veka, sve do danas. Rezultati istraživanja pokazuju vidan uticaj austrijskog Zakona o parničnom postupku iz 1895. godine, koji je u naučnoj literaturi ocenjen kao jedan od najmodernijih procesnih zakona. U tom svetlu sagledane su zajedničke karakteristike srpskih procesnih zakona iz 1853, 1860, 1865. godine koji su se takođe počeli orijentisati prema sudskom vođenju spora, što je naročito postignuto u zakonu Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine. Analiza takođe obuhvata razvoj i strukturu, osnovne institute procesnog zakonodavstva u drugoj Jugoslaviji (1956, 1976) a zatim i u Republici Srbiji Zakona o parničnom postupku iz 2004 i 2011 godine. Struktura, osnovni konvergentni instituti pokazuju, da je zajednička osnova te evolucije austrijski Zakon o parničnom postupku iz 1895. godine.

Ključne reči: austrijsko pravo, evolucija, srpski parnični postupak.

1. AUSTRIJSKO PRAVO

1.1. Staro austrijsko pravo

Nastojanje da se unifikuje parnično pravo u Habzburškoj monarhiji se vezuje za vladavinu *Marije Terezije*, kada započinju pripremni radovi. Donošenje prvog, koliko-toliko jedinstvenog zakona sledi međutim tek nakon njene smrti – Opšti sudski postupak iz 1781. godine (*Allgemeine Gerichtsordnung*).¹ Nedugo potom, 1796. godine, donosi se nov zakon, koji se malo razlikovao od spomenutog, sa planom da

¹ O istorijatu donošenja ovog zakona vid. Raban Freiherr von Canstein, *Lehrbuch des Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes I*, Berlin 1880, 163 i dalje.

važi na teritoriji Zapadne Galicije i Bukovine – Zapadnogalicijski sudski postupak (*Westgalizische Gerichtsordnung*).

Oba postupka su zasnovana na „opštem pravu“ (*gemeines Recht*), i predstavljaju poslednje kodifikacije koje su se zasnivale na tom modelu.²

Oni su se karakterisali posrednošću, pismenošću, legalnom (zakonskom ocenom dokaza), i razmernom pasivnošću suda. Već tokom 19. veka se pokazalo da je parnični postupak postao suviše spor i skup, a nije ni odgovarao potrebama izmenjenog industrijalizovanog društva.³

1.2. Klajnova reforma – važeći austrijski zakon

Nezadovoljstvo uređenjem parničnog postupka je godinama raslo, ali zakonodavni projekti nisu uspevali da postanu zakon. Prekretnica u razvoju je objavljivanje članka *Franca Klajna* (*Franz Klein*) u poznatom časopisu, kasnije u formi monografije, koji je bio programskog karaktera, što je vidljivo već iz naslova – „*Pro futuro. Razmišljanja o problemima reforme parničnog postupka*“.⁴ U njemu je izložena oštra kritika tadašnjeg shvatanja raspravnog načela, koje je bilo radikalno shvaćeno, čak i fetišizirano.⁵ *Klajn* je izložio i pogled na shvatanje postupka i ulogu suda, na taj način što je zaokružio ranija socijalna shvatanja i stremljenja.⁶ Ubrzo je pozvan u Ministarstvo pravde i poverena mu je izrada nacrtu novih zakona o parničnom postupku, o nadležnosti sudova i o izvršenju i obezbeđenju. Rezultat *Klajnovog* rada je opšepoznat: on je uz određene izmene usvojen kao set pravosudnih zakona, uključujući i Zakon o sudskom postupku u građanskim sporovima – Građanski parnični postupak, i Zakon o vršenju sudske vlasti i nadležnosti u građanskim stvarima – Jurisdikciona norma, oba iz 1895. godine.⁷ Uzor *Klajnu* je predstavljao nemački parnični postupak iz 1877. godine, koji je bio inspirisan i idejama poteklim iz Francuske.⁸ U tom smislu, i *Klajn* je preuzeo tada već uspostavljene koncepte usmenosti, neposrednosti i slobodne ocene dokaza. Međutim, odstupanja od nemačkog uzora su značajna, i ogledaju se u osnovnim principima.⁹

Osnovne ideje *Klajna* se ogledaju u shvatanju postupka i posledično uloge suda. Suprotno od tadašnje ekstremne liberalne doktrine, on cilj postupka ne vidi

² Hans Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990², 21.

³ Upor. H. Fasching, 21; Walter Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Zivilprozessrecht*, Wien 2009⁷, 2.

⁴ „*Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Österreich*“, *Juristische Blätter* 1891 = Wien 1891.

⁵ O tome vid. Marko Knežević, *Raspravno načelo u srpskom parničnom postupku*, Beograd 2016, 113 i dalje.

⁶ Vid. sa daljim upućivanjima M. Knežević (2016), 114 i dalje.

⁷ *Reichsgesetzblatt* 1895/113 i 1895/111.

⁸ Upor. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 2.

⁹ Upor. H. Fasching, 22.

u individualnoj pravnoj zaštiti, već u zaštiti objektivnog pravnog poretka, a tek kroz to i individualnu pravnu zaštitu. Postupak je „ustanova javnog dobra“.¹⁰ Zbog toga je veoma važno uređenje postupka, i uloge suda, koji će omogućiti donošenje presude koja će biti ispravna, tj. njena podloga će biti „materijalna istina“. U tom smislu svakako da je slobodna ocena dokaza nužna, što je konačno uvedeno u zakon iz 1895. godine. Takođe, sudija je dobio aktivnu ulogu koja se manifestuje u dva pravca. Prvo, to je dužnost pitanja (materijalno upravljanje parnicom), koja podrazumeva dužnost suda da postavljanjem pitanja utiče na stranke da dopune svoje tvrdnje i predlože dokaze (§ 182). Drugo, to je i ovlašćenje suda da izvede neke dokaze po službenoj dužnosti (§ 183). U tome se ogleda svakako saodgovornost suda. Međutim, *Klajn* nije uspostavio postupak u kojem važi istražno načelo, jer u njemu postoji i odgovornost stranaka (teret tvrdnje), kao i priznanje tvrdnji koje, po pravilu, vezuje sud.¹¹ Ma kako se nazivao taj model, u njemu je jasno postoji poslednja odgovornost stranaka za pravilno presuđenje – ukoliko stranke ne postave potrebne tvrdnje, donosi se presuda na osnovu tereta tvrdnje.¹²

Druga komponenta, ne manje važna, je ideja o brzom i jeftinom postupku.¹³ Kroz konkretno uređenje se vidi koliko je *Klajn* napravio kompromisa sa prvom idejom o stremljenju ka pravilnom presuđenju kroz utvrđivanje istine. Stranke imaju odgovornost da blagovremeno iznesu potreban procesni materijal, pa zato već od izvorne verzije postoji mogućnost neuvažavanja činjeničnih tvrdnji i dokaznih predloga u toku prvostepenog postupka (§ 179). Danas je ta ideja još uvek prisutna, i izričito je dovedena u vezu sa sudijskom dužnošću pitanja i zabranom donošenja presuda iznenađenja (§ 182a).¹⁴ Na kraju, zaključenjem glavne rasprave nastaje prekluzija – novote u žalbi (prizivu) su nedopuštene (§ 482 st. 2).¹⁵ To pokazuje konačno osnovnu ideju: prvostepeni postupak je mesto i vreme kada se raspravlja i kada se iznosi činjenični materijal. Sud ima dužnost da utiče na stranke da ga iznesu. Sve preko toga je odgovornost stranaka, i one ne mogu da posledice svog nemara i nedogovornosti saniraju kroz pravni lek. Kako to *Klajn* još ističe, u instancionom postupku se ne kontroliše stvarnost, već pravilnost prvostepenog postupka.¹⁶

¹⁰ Vid. Franz Klein, Friedrich Engel, *Der Zivilprozeß Oesterreichs*, Mannheim 1927, 187 i dalje

¹¹ Zbog toga sam *Klajn* govori o „kombinaciji raspravnog i istražnog načela“, upor. F. Klein, F. Engel, 325 i dalje.

¹² Tako W. Rechberger, D.-A. Simotta, 394, koji inače zastupaju tezu o „ublaženom istražnom načelu“ kao važećem.

¹³ Upor. Alan Uzelac, „Kroatien. Rezeption des Ideenguts von Franz Klein als Aufgabe für die Zukunft?“, u: Walter Rechberger (Hrsg.), *Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mittel- und Südsteuropa seit 1918*, Wien 2011, 175-201.

¹⁴ Vid. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 309 i dalje,

¹⁵ Vid. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 385, 531 i dalje.

¹⁶ Prema W. Rechberger, D.-A. Simotta, 519.

I pored veoma velikog broja izmena i dopuna zakona iz 1895. godine, do danas je sačuvana osnovna fizionomija i karakteristike *Klajnovog* modela u Austriji. On je i dalje, čini se, uzor i dika austrijskih pravnika, kako je to *Polak* (*Polak*) još 1903. godine istakao.¹⁷ Da on daje rezulate koji su reprezentivni u uporednom pravnom okviru, potvrđuje savremena austrijska literatura.

1.3. Uticaj austrijskog prava u okruženju

Reforma *Klajna* je izazvala veliku pažnju u okruženju Austrije, pre svega u Nemačkoj. Iako je on za polazište imao nemački postupak iz 1877, on je u bitnim stvarima pokušao da upravo sanira krizna mesta nemačkog prava.¹⁸ Zbog toga je austrijski postupak u godinama koje slede pokazao dobre rezultate, i postao je predmet rasprava u Nemačkoj. Idejne osnove *Klajna* su sve više dobijale pristalice, da bi konačno 20-ih i 30-ih godina prošlog veka našle svoje mesto u novelama nemačkog zakona, kroz uređenje pojedinačnih pitanja. Uvođenje jasnije dužnosti suda da postavlja pitanja, dužnosti stranaka da govore istinu, mogućnosti prekluzije iznošenja procesnog materijala, predstavljaju potvrdu za to, kao i uvođenje sudskog formalnog upravljanja parnicom.¹⁹

S druge strane, reformski poduhvati u tadašnjoj Ugarskoj su bili pod određenim uticajem *Klajnovih* ideja. Novi ugarski Građanski parnični postupak iz 1911. godine (*Polgári perrendtartásról szóló törvény*) predstavljao je kombinaciju modela tadašnjeg nemačkog i austrijskog postupka, a svakako rastanak sa starim austrijskim konceptom. Sistem pravnih lekova u smislu da je druga instanca nastavak raspravljanja, što podrazumeva dozvoljenost novota (nemački model),²⁰ je kombinovan sa jasnom aktivnom ulogom suda po *Klajnovoj* koncepciji, uključujući i sudsko upravljanje parnicom u formalnom smislu. Stoga se taj postupak iz današnje perspektive karakteriše kao jedan od najmodernijih parničnih postupaka u Evropi tog vremena.²¹ Ono što je izuzetno bitno za predmet ovog rada jeste okolnost da se taj postupak primenjivao na području Kasacionog suda, Odeljenje B. u Novom Sadu u Kraljevini SHS/Jugoslaviji, sve do početka primene prvog jugoslovenskog zakona. Na taj način je posredno izvršen austrijski uticaj na domaći pravni poredak.

¹⁷ Rudolph Pollak, *System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes*, Wien 1906, III.

¹⁸ H. Fasching, 22.

¹⁹ Vid. Christoph Althammer, „Der Einfluss fremder Rechtsordnungen auf die Entwicklung des deutschen Zivilprozessrechts“, u: Reinhold Geimer (Hrsg.), *Europäische und internationale Dimension des Rechts, FS für Daphne-Ariane Simotta*, Wien 2012, 3 i dalje; H. Fasching, 28;

²⁰ Vid. Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1936, 677.

²¹ Kengyel Miklós, *Magyar polgári eljárásjog*, Budapest 2006, 52-55. tač. 43, 46-47.

2. UTICAJ AUSTRIJSKOG PRAVA U KRALJEVINI SRBIJI

2.1. Prvi kodifikacioni pokušaji građanskog procesnog prava u Srbiji i uticaj starog austrijskog građanskog procesnog prava.

U Kneževini Srbiji prvi pokušaji kodifikacije građanskog sudskog postupka započeti su u periodu od 1829. do 1844. *Knjaz Miloš* je 1829. godine poslao knjigu na nemačkom sa naslovom „*Zivilgerichtsordnung*” šabačkom učitelju *Zaharijadesu*, da ga prevede, u cilju da se uvede građanski parnični postupak. Iako je knjaz sa prevodom bio zadovoljan, *Vuk Karadžić*, poznati reformator srpskog jezika, je kritikovao *Zaharijadesove* prevode, uključiv i ovaj, kao naivne, laičke, netačne, čak i smešne.²² Literatura navodi da se ne zna o kom se zakonu Austrije radi, da li o onom iz 1781. ili 1796. godine, ili o francuskom Zakoniku o građanskom sudskom postupku iz 1806 (*Code de procédure civil*). Potonji je inače preveden na nemački jezik. Austrijski zakoni se nisu tako zvali, jer nisu sadržali u svom nazivu termin „građanski/civilni”. Stoga se danas zaključuje da je to bio zasigurno nemački prevod francuskog zakonika.²³

Međutim, kasniji sled kodifikatorskog poduhvata nesumnjivo pokazuje austrijski uticaj. Rad na nacrtu građanskog postupka je 1838. poveren *Vasiliju Lazareviću*, a potom *Jovanu Hadžiću*.²⁴ Rezultati istraživanja pokazuju, iako nema sačuvanog nacrtu Hadžićevog nacrtu, da je on u velikoj meri koristio i austrijski Opšti građanski postupak iz 1781. godine. Taj tekst je kasnije temeljno pretresala komisija, koja je i sama imala u vidu tadašnje austrijsko pravo.²⁵ Ipak, ceo poduhvat nije doveo do donošenja zakona, već je odložen za kasnije vreme.

2.2. Tri procesna zakona Srbije (1853, 1860, 1865).

Bez obzira na nejasne početke i ogledne izvore kodifikacije srpskog parničnog postupka, u daljoj evoluciji, u drugoj polovini XIX veka, ipak se uznapredovalo u kodifikaciji te materije u Kneževini Srbiji, time što su nastala *tri zakona* koja su uređivala parnični postupak. Prvi je bio *Građanski sudski postupak od 21. oktobra 1853.* godine, drugi je bio *Građanski sudski postupak od 12. februara 1860.* godine, a treći je bio *Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama od 20. februara 1865.* godine. U oceni ovih zakona, naučna literatura u Srbiji ističe da je između ovih zakona bilo *značajnih razlika*, ali da se mogu uočiti njihove *zajedničke karakteristike*. Tako, u svima su tužbe klasifikovane po materijal-

²² Uroš Stanković, “Prvi pokušaji kodifikacije građanskog sudskog postupka u Srbiji (1829-1844)”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 491.

²³ U. Stanković (2012), 491; vid. i Uroš Stanković, „Nacrt Zakonika o građanskom sudskom postupku Jovana Hadžića (1845)”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2013, 495.

²⁴ Više: U. Stanković (2012), 490; U. Stanković (2013), 496 i dalje.

²⁵ U. Stanković (2013), 496 i dalje.

nopravnim kriterijumima, a ne na poželjnim procesnim principima. Zatim, postupci su bili karakteristični po tome što je zanačajan njihov deo bio pismeni, dakle uz odsustvo načela neposrednosti i usmenosti. To upućuje na to, da su prvi srpski zakoni o civilnoj proceduri bili zasnovani na tadašnjem austrijskom konceptu. Zakoni su predviđali formalan, strogi redosled preduzimanja parničnih radnji. Procesni i materijalnopравни prigovori su vezani rokovima, odnosno za pojedine stadijume postuka. U dokazanom postupku je preovladavala tzv. legalna ili vezana teorija dokaza, tako da ocena dokaza nije poverena sudu, već zakonu. Zakon je npr. odredio koliko svedoka treba da bi se iskaz smatrao dokazanim. Postupak je bio trostepen. Kasacionom sudu se protiv drugostepene odluke mogao podneti rekurs.²⁶ Inače, Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama od 1865. godine sadržao je 523 paragrafa, a pored njega bilo je znatnog broja donijih zakona koji su ga u svojim odredbama nadopunjavali. Značajne izmene i dopune su izvršene, već u vremenu Kraljevine SHS, *Uredbom o ubrzanju rada kod sudova od 22. VI. 1921. godine*.²⁷ Iz karakteristika prvih srpskih procesnih zakona proizilazi, da su oni zasnovani u osnovi na starijim austrijskim zakonima (1781, 1786) koji su prihvatili njihove brojne karakteristike, pa i dosta pasivnu ulogu suda u materijalnom upravljanju parnicom. S druge strane, i tadašnja literatura je isticala da je uzor svih postupaka bilo austrijsko pravo.²⁸ Ipak, ne treba smetnuti sa uma da tadašnji srpski postupak nije bio verna kopija austrijskog postupka. On je sadržao i uređenje koje je bilo izričito preuzeto iz francuskog prava, u vidu ograničenja dokazivanja svedocima u pogledu potraživanja do određenog iznosa.²⁹

3. UTICAJ AUSTRIJSKOG PRAVA U KRALJEVINI JUGOSLAVIJI

Za vreme kratkog trajanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (od 1918 do 1929) nije bilo zajedničkog procesnog zakonodavstva. Do 1929. godine, na svakom pravnom području je primenjivano odgovarajuće procesno zakonodavstvo, zatečeno u vreme ujedinjenja, sa određenim kasnijim izmenama. Rad na ujednačavanju procesnog zakonodavstva je počeo već na početku 20tih godina. Nije bilo sumnje da će se za

²⁶ Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010, 13.

²⁷ *Službene Novine* od 22. juna 1921, br. 155; vid. i Andra Đorđević, *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom za Kraljevinu Srbiju, knjiga prva, priredio D. Arandelović*, Beograd 1924², 2.

²⁸ O tome vid. Maša Kulauzov, *Postupak pred Apelacionim i Kasacionim sudom po Zakoniku o građanskom sudskom postupku iz 1865. godine*, Novi Sad 2015, 38 i dalje.

²⁹ Vid. Andra Đorđević, *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom za Kraljevinu Srbiju, knjiga druga, priredio D. Arandelović*, Beograd 1923², 90 i dalje.

podlogu novog, jedinstvenog parničnog prava uzeti koncept postupka u kojem vlada neposrednost, usmenost i slobodna ocena dokaza. U tom smislu, to je bio koncept tadašnjeg austrijskog zakona, koji je već važio na jednom pravnom području (Područje Stola sedmorice, Odeljenje B. [Apelacioni sudovi u Ljubljani i Splitu]), ali i koncept tadašnjeg ugarskog zakona, koji je važio na pravnom području Kasacionog suda, Odeljenje B. u Novom Sadu (današnja Vojvodina, bez Srema, ali sa Baranjom). Ono što je izgleda jedino bilo sporno, jeste pitanje ograničavanja dokazivanja svedocima – da li je trebao da se zadrži srpski koncept, preuzet iz francuskog prava, ili da se u potpunosti preuzme austrijski koncept pune slobodne ocene dokaza.³⁰

U 1929. godini je došlo do ukidanja centralnog parlamenta u Beogradu, u kome su manje ili više bili zastupljeni pripadnici svih, inače tradicionalno različitih pravnih područja, tako da je umesto parlamentarne monarhije, došlo do apsolutne, pri čemu je kralj umesto parlamenta preuzeo i zakonodavnu vlast. U poslednjem trenutku donet, zapravo je već iz kraljeve zakonodavne nadležnosti potekao, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnični postupak) od 13. jula 1929. godine.³¹ Posle godina odlaganja, on je stupio na snagu različito za pojedina područja. Na pravnom području Kasacionog suda, Odeljenje B. u Novom Sadu 1. aprila 1933, na području beogradskog Apelacionog suda 1. januara 1934, a na području skopskog Apelacionog suda 1. maja 1935. godine.³²

Ovaj zakon, opštepoznato je, predstavlja gotovo doslovan prevod austrijskih, *Klajnovih* zakona iz 1895. godine. Dva austrijska zakona, koja odvojeno regulišu pitanje nadležnosti, sastava suda i izuzeća sudija, i samog uređenja postupka, pretočena su u jedan zakon, pa stoga najveća razlika između jugoslovenskog i austrijskih zakona je u numeraciji odredaba. Samo se u pogledu pojedinih stvari odstupilo od izvornika, potput uređenja pitanja tzv. relativnog obaveznog advokatskog zastupanja.³³ Suštinski gledano, svakako, time je domaće pravo u potpunosti prihvatilo tada već moderne i dobro afirmisane tekovine. Prema izričitom stavu Ministarstva pravde, kao obrazloženje zašto je uzet *Klajnov* model kao uzor, „Austrijski Zakonik da je svojim modernim načelima najsigurniji temelj za valjano utvrđivanje materijalne istine, a s druge strane nastojao je da osigura brz i

³⁰ O tome vid. referate Dragoljuba Arandelovića, Srećka Culje i Vladimira Golje, u: *Spomenica prvog kongresa pravnika Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1926, 68 i dalje.

³¹ *Službene novine* iz 1929. 179-LXXV.

³² *Službene novine* iz 1932. 304-CXIV, i iz 1935. 4-I.

³³ Prema austrijskom zakonu, onda kada stranke imaju postulacionu sposobnost, ako žele punomoćnika, on mora da bude advokat. Taj koncept nije prihvaćen u Grpp, tako da je u tim slučajevima punomoćnik mogao da bude svako; vid. obrazloženje Ministarstva pravde u: Franja Goršić, *Komentar Građanskog parničnog postupka I*, Beograd 1933, 8 i dalje; upor. i Marko Knežević, „O novom uređenju voljnog zastupanja u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 691.

jednostavan postupak i da onemogućiti zatezanje parnice i šikane stranaka; ovo poslednje postigao je naročito time što je u znatnoj meri ograničio dispoziciju stranaka i uveo princip tako zvane prekluzije, tj. isključivanje uvažavanja činjenica i dokaza koji nisu izneseni na vreme, a u očitoj nameri da se tako odugovlači postupak³⁴.³⁴ Jugoslovenski postupak je postao preslikani austrijski, zaključno sa potpunim primatom slobodne ocene dokaza – srpski koncept nije bio prihvaćen, što je bilo praćeno negodovanjem srpske literature, koja je isticala i to da je tako nešto posledica i načina donošenja zakona – izostanak skupštinske rasprave.³⁵

Preuzimanje austrijskog prava nije jedini vid uticaja. Pored toga, veoma značajan faktor je bila kompletna orijentacija domaće literature na austrijsku, uključujući i tamošnju sudsku praksu. Ne samo da je preveden tada najobimniji i najbolji komentar (*Nojmanov komentar*),³⁶ već su i domaći autori izlagali materiju koristeći austrijske izvore. To bez sumnje pokazuju kako domaći komentari,³⁷ tako i udžbenici.³⁸ Na taj način je preuzeta i austrijska, bolje rečeno, germanska procesna doktrina.

4. UTICAJ AUSTRIJSKOG PRAVA U POSLERATNOJ JUGOSLAVIJI

4.1. Period pravnih pravila

Nakon Drugog svetskog rata je došlo do abrogacije predratnog pravnog sistema, ali su se pravni propisi iz tog perioda mogli primenjivati kao pravna pravila ukoliko nisu u suprotnosti sa sa ustavnim načelima. U tom smislu, odredbe Grpp su se primenjivale. Ipak, primena pravnih pravila je bila uslovljena i novim zakonskim propisima, tj. neki segmenti parničnog postupka su bili uređeni već prvim posleratnim zakonima. Tako je odmah uvedena, prema sovjetskom modelu, dvostепенost postupka i nov pravni lek, koji je pripada strankama, već javnom tužiocu ili predsedniku suda – kasaciona žalba, kasnije preoblikovana u zahtev za zaštitu zakonitosti. Time se nedvosmisleno izmenio sam koncept postupka, te je tadašnji parnični postupak napustio austrijski model. S druge strane, i pojedini instituti Grpp su bili okarakterisani kao nepodobni u novom društvenom sistemu. Tu treba izdvojiti kao markantna dva instituta: obavezno advokatsko zastupanje i

³⁴ Vid. F. Goršić, 5.

³⁵ O tome sa daljim upućivanjima vid. M. Knežević (2016), 251.

³⁶ Georg Najman, *Komentar Građanskog parničnog postupka I-II*, preveo Savo Gregović, Beograd 1935.

³⁷ Upor. F. Goršić, *passim*.

³⁸ Upor. Dragoljub Arandelović, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, I-III*, Beograd 1933; S. Culja, *passim*.

kontumacione presude (presude zbog propuštanja i izostanka). Prvi je bio neprihvatljiv iz ideoloških razloga, budući da je bilo kakav advokatski monopol značio „opstanak“ koncepta izrabljivanja radničke vlase od strane onih koji su .. S druge strane, kontumacione presude su bile nepojmljive spram tada uspostavljenog načela materijalne istine, preuzetog iz sovjetskog prava.³⁹ Međutim, kasniji razvoj, naročito politički (rastanak sa SSSR 1948), omogućio je da se jugoslovensko pravo oslobodi stega sovjetskog prava, tako da je kontumaciona presuda izričito uvedena u pravni sistem Zakonom o ubrzanju parničnog postupka iz 1955. godine.⁴⁰

4.2. Zakon o parničnom postupku iz 1956. godine

Rad na donošenju novog zakona kojim bi se uredio parnični postupak je otpočeo već 1945. i bio je izrazito politički determinisan. Sve do rastanka sa SSSR on je bio orijentisan ka sovjetskom pravu.⁴¹ Od 1948. godine, kao što je rečeno, ideoloških i političkih stega više nema, tako da su redaktori zakonodavnih projekata imali veću „slobodu“.⁴² Rezultat rada je donošenje Zakona o parničnom postupku 1956. godine.⁴³ Radi se o zakonu koji je imao za podlogu pre svega predratni Grpp, dakle austrijski koncept. U tom smislu, ponovo je uspostavljena trostepenost postupka (vraćena je revizija kao pravni lek, i to redovan). Osnovna dogmatička pitanja, tj. osnovni instituti i struktura postupka su ostali isti. Ipak, pojedini insituti su dobili drugačije uređenje, što je bilo uslovljeno ideološkim razlozima, čime se jugoslovenski koncept udaljio od austrijskog. Naglašavanje vrednosti „materijalne istine“ je dovelo do omogućavanja iznošenja novih činjenica i dokaza, bez ograničenja, u žalbi, a svakako da nije bilo nikakvih ograničenja iznošenja procesnog materijala tokom prvostepenog postupka. Na taj način se odstupilo od osnovnih postavki predratnog, dakle austrijskog koncepta, i to sa punom svešću o nužnosti kvalitativnog razlikovanja.⁴⁴

4.3. Zakon o parničnom postupku iz 1976. godine

Godine 1976. se donosi nov Zakon o parničnom postupku (ZPP 76),⁴⁵ koji je prema shvatanju tadašnje doktrine zapravo bio novela njegovog prethodnika. Novine koje je doneo, zapravo, pokazuju dalje udaljavanje od austrijskog koncepta. Prvo, u potpunosti je promenjen koncept žalbenog postupka. Iako je prema ZPP

³⁹ Upor. Samuel Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Sarajevo 1951, 242..

⁴⁰ *Službeni list FNRJ* 19/55.

⁴¹ Vid. Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 57.

⁴² Upor. S. Zuglia, 56 i dalje.

⁴³ *Službeni list FNRJ* 4/1957.

⁴⁴ Tako S. Zuglia, 56/57 ističe da postoji razlika između predratnog prava i ZPP 56 čak i onda kada odredbe isto glase, zbog drugačije vladajuće ideologije.

⁴⁵ *Službeni list SFRJ* 4/77.

56 žalbeni sud mogao sam da sanira greške u pogledu nepotpunog činjeničnog stanja, odnosno mogao je sam da izvodi i dokaze koji nisu bili izvedeni u prvostepenom postupku, u ZPP 76 je sprovedena radikalna koncepcija kontrolnog modela žalbenog postupka. Žalbeni sud nikako nije mogao da otklanja navedene greške prvostepenog suda, već je morao obavezno da ukida presudu i vraća predmet prvostepenom sudu.⁴⁶ Time je stvoren jedan od generatora dugog trajanja postupaka. Drugo, revizija je postala vanredni pravni lek, iako je zadržala istu fizionomiju kao i ranije – pravni lek kojim se napadaju drugostepene presude, i u kojem mogu da se ističu samo povrede prava (procesno i materijalnog), ne i pogrešno utvrđeno činjenično stanje. Time je postupak ipak fundamentalno promenjen, jer je pravnosnažnost nastupala već u drugom stepenu.

Kasnije promene ovog zakona nisu bile od tolike važnosti da može da se govori o menjanju koncepta. Osim učestalih menjanja cenzusa za izjavljivanje revizije, kao bitnu promenu treba navesti izričito uređenje presuđenja na osnovu tereta dokazivanja (čl. 221a ZPP 76). Ta promena je bila odgovor na nespremnost sudova da presuđuju na osnovu tereta dokazivanja onda kada nisu u stanju da steknu uverenje o istinitosti dokazne teme, iako je to ukorenjeno u svakom postupku u kojem ne postoji zakonska ocena dokaza.⁴⁷

4.4. Ocena modela postupka

Okolnost da su osnovna dogmatička pitanja i struktura postupka ostali neizmenjeni u odnosu na predratno pravo, tj. austrijsko pravo, vodi često u prividu da je zadržana nit. Ipak, skorašnja istraživanja dolaze do rezultata da i pored toga jugoslovenski postupak ovog vremena nije bio, koncepcijski, *Klajnov* model. Nepostojanje mehanizama kojima bi se zaista koncentrisala procesna građa u prvostepenom postupku (nepostojanje mogućnosti da se ne uvaže činjenice i dokazi tokom prvostepenog postupka, potpuna dozvljenost novota u žalbi), deformisalo je osnovnu *Klajnovu* ideju aktivnog prvostepenog sudije i odgovornosti stranaka, odnosno ideji koncentrisane glavne rasprave kao podlozi i garantu isprvnog i brzog presuđenja.⁴⁸ Sve i da je sudija ispunio svoju dužnost pitanja, a stranke ostale pasivne, one su mogle i kasnije da iznose procesni materijal i time odugovlače parnicu, pa čak i u žalbi, što je vodilo obaveznom ukidanju prvostepene presude.⁴⁹ K Tako nešto je strano austrijskom konceptu, i zato se ističe da je tadašnji jugoslovenski postupak bio, modelski, nešto treće u odnosu na austrijski (ali i nemački) i sovjetski postupak.⁵⁰

⁴⁶ Vid. Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa kasnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, 934.

⁴⁷ O kritici takvog pristupa sudske prakse vid. B. Poznić, 583.

⁴⁸ Upor. A. Uzelac 195.

⁴⁹ Upor. A. Uzelac 192 i dalje; M. Knežević (2016), 339 i dalje.

⁵⁰ M. Knežević (2016), 340.

5. UTICAJ AUSTRIJSKOG PRAVA U REPUBLICI SRBIJI

5.1. Zakon o parničnom postupku iz 2004.

Nakon 2000. artikuliše se ideja o nužnosti reforme parničnog postupka, prvenstveno zbog hroničnog problema dugog trajanja postupaka. Ratifikacija Evropske konvencije o ljudskim pravima⁵¹ je samo dodatno uticala na potrebu reforme, s obzirom da je pravo na suđenje u razumnom roku postalo osnovno ljudsko pravo. S druge strane, tokom priprema za reformu se izričito uobličila ideja o anahronosti postupka u kojem sud ima aktivnu ulogu, i u kojem uopšte postoji „načelo materijalne istine“. Rezultati skorašnjih istraživanja pokazuju da se na taj način, zapravo, isticalo i da je austrijski koncept „prevaziđen“, ako se pođe od toga da je njegova osnovna karakteristika i te kako aktivna uloga suda.⁵²

Rezultat reformskog poduhvata je prvi parnični zakon Republike Srbije – Zakon o parničnom postupku iz 2004 (ZPP 04).⁵³ Ni ovaj zakon u suštinskom smislu nije zaista nov – on je pre novela njegovog prethodnika, zakona iz 1976. godine. Međutim, novine su zaista značajne.

Bez sumnje promena uloge suda u procesu prikupljanja procesne građe je temeljno redefinisana. Sud više nije imao ovlašćenje, pa ni dužnost, da izvodi dokaze koje stranke nisu predložile (čl. 7 ZPP 04). Time se, kako je to jedinstveno shvaćeno u sudskoj praksi i stručnoj javnosti, ukinulo „načelo materijalne istine“. Međutim, odredbe o dužnosti suda da postavljanjem pitanja provocira stranke (dužnost pitanja, materijalno upravljanje parnicom) su zadržane (čl. 299 ZPP). Na redakcijskom planu to pokazuje da se tadašnji koncept nije u potpunosti udaljio od austrijskog, u kojem je, kao što je rečeno, aktivna uloga suda na tom polju osnovna karakteristika. Ipak, na podlozi promenjene ideje o važećem načelu, u sudskoj praksi i delu teorije materijalno upravljanje parnicom je postalo marginalno. Aktivna uloga suda je, za taj deo javnosti, postala neprihvatljiva.⁵⁴ Kao osnovna odlika takvog pristupa može da se označi neuviđanje uporednopravnih modela, u kojima je upravo suprotno. U tom smislu, glavna karakteristika donošenja ZPP 04 bi bilo izričito negiranje austrijskog uticaja.

S druge strane, može se reći da su druge novine ovog zakona, nesvesno zapravo i austrijski uticaji, ili su barem delimično vraćanje na osnovne *Klajnov*e ideje.

Prvo, uvedena je nova vrsta revizije – tzv. vanredna, posebna revizija. Ona je dopuštena, bez obzira na vrednost pobijanog dela presude, onda kada je potreb-

⁵¹ Službeni list SCG – Međunarodno ugovori 9/2003.

⁵² Upor. Marko Knežević (2016), 343 i dalje. Shvatanje da je aktivna uloga suda prevaziđena bilo je prisutno i u delu slovenačke literature, ali je tamošnja vladajuća struja uspeła da odbrani koncept; vid. Aleš Galič, „Pravo na saslušanje i pravna pravila“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2006, 480; Aleš Galič, „Ograničenje mogućnosti iznošenja novota i cilj parničnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2013, 807.

⁵³ Službeni glasnik RS (SG RS) 125/04

⁵⁴ Upor. samo odluku Ustavnog suda UŽ 1327/08, *Bilten Ustavnog suda* 2/2010, 430.

no rešavanje pravnih pitanja radi ujednačavanja sudske prakse i/ili razvoja prava (čl. 395 ZPP 04).⁵⁵ Radi se o institutu koji je prisutan u više pravnih sistema, uključujući i u Austriji. On nije izvorni *Klajnov* koncept, već je uveden postepeno 80tih godina prošlog veka, tako da je od tada to jedina vrsta revizije u Austriji.⁵⁶ Uvođenje ove revizije u domaći pravni sistem ipak nije bio izričiti austrijski uticaj, jer redaktori zakona uopšte nisu imali uvid u stanje u Austriji. To je bio rezultat preuzimanja rešenja iz drugih bivših jugoslovenskih država (npr. Hrvatska), a u kojima je uzor bilo zasigurno austrijsko pravo.⁵⁷

Drugo, ograničavanje novota u žalbi koje je uvedeno ovim zakonom, jeste vraćanje, iako nikako ne potpuno, na austrijski koncept žalbenog postupka, koji ima kontrolni karakter. Nove činjenice i dokazi mogu da se, prema ZPP 04, iznose u žalbi samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla da ih iznese tokom prvostepenog postupka (359 st. 1).⁵⁸

Treće, uvođenje obavezne drugostepene rasprave i zabrana ukidanja presude po žalbi, ako je jednom presuda već bila ukinuta (čl. 369 st. 3 ZPP 04), dovelo je do mogućnosti da se u tom slučaju na žalbenoj raspravi sanira i nepotpuno činjenično stanje, kao i relativno bitne povrede postupka.⁵⁹ I tako nešto predstavlja, svakako nesvesno, vraćanje na austrijski koncept žalbenog postupka. Međutim, i ova promena nije nikako rezultat austrijskog uticaja, jer redaktori nisu imali u vidu austrijski koncept.

Četvrto i poslednje, uvođenje presude zbog propuštanja odgovora na tužbu (čl. 338 ZPP 04),⁶⁰ predstavlja zapravo vraćanje na austrijski i predratni koncept.⁶¹ I za ovu novinu može da se kaže da je rezultat posrednog austrijskog uticaja, s obzirom da je i ona inspirisana rešenjima iz Hrvatske i Slovenije.

5.2. Zakon o parničnom postupku iz 2011.

Reforma koja je dobila svoj izraz u ZPP 04 očigledno da nije dala očekivane rezultate. Postupci su i dalje bili dugotrajni, pa je već ubrzo počelo da se govori o novoj reformi, koja je dovela do donošenja novog zakona – Zakona o parničnom

⁵⁵ O ovoj reviziji prema ZPP 04 vid. Aleksandar Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2007², 563 i dalje.

⁵⁶ Vid. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 552.

⁵⁷ Suprotno A. Jakšić, 563, po kojem je ova novina uvedena po ugledu na nemačko i austrijsko pravo.

⁵⁸ O tome više B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 398 i dalje.

⁵⁹ O tome vid. Ranko Keča, „O drugostepenoj raspravi u parničnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2006, 201 i dalje.

⁶⁰ O tome vid. Marija Salma, „Presuda zbog propuštanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2005, 217 i dalje.

⁶¹ O presudi zbog propuštanja odgovora na tužbu u austrijskom pravu vid. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 457 i dalje..

postupku iz 2011. godine (ZPP).⁶² U ovom zakonu, sudeći i po obrazloženju njegovog predloga, postoje izričiti austrijski uticaji.

I ovaj zakon u nomotehničkom smislu nije nov zakon. I on je pre novela svog prethodnika nego zaista nov zakon. Osnovne promene se nedvosmisleno odnose na uređenje prikupljanja procesnog materijala. Po prvi put se u posletaratom pravu uvodi i ograničenje iznošenja činjenica i dokaza u prvostepenom postupku. Stranke su dužne da ih iznesu na pripremnom ročištu, kada nastupa, načelno, prekluzija. Posle tog momenta mogu da se iznose činjenice i dokazi samo ako stranka bez svoje krivice nije mogla da ih iznese na pripremnom ročištu (čl. 314). Ova novina je dosta oštro kritikovana u delu teorije, pozivanjem i na *Klajnove* ideje o jedinstvu glavne rasprave.⁶³ U tom smislu moglo bi da se kaže da je novo uređenje upravo suprotno od austrijskog koncepta. Međutim, upravo je omogućavanje neuvažavanja zakasnelih činjeničnih tvrdnji i dokaznih predloga, konceptijski, vraćanje na austrijski model. U njemu već u izvornoj verziji postoji takva mogućnost, i uz menjanje samih odredaba i uslova, i danas postoji, kako je to već navedeno u ovom radu. Iako se u samom obrazloženju predloga ZPP ne spominje austrijsko pravo kao uzor čl. 314 ZPP, nema sumnje da su redaktori imali u vidu i austrijsko stanje.

Izričit austrijski uticaj postoji u redefinisaju pravila o vezanosti parničnog suda za utvrđenja krivičnog suda u osuđujućoj presudi (izvorni čl. 13). Po uzoru na austrijsko pravo, i to odluku tamošnjeg Ustavnog suda, uvedeno je bilo ograničenje vezanosti. Naime, parnični sud je vezan za osuđujuću krivičnu presudu samo onda kada se protiv stranke vodio krivični postupak. Takvo rešenje je bilo u skladu sa temeljnim ustavnim pravom na saslušanje, koje je deo prava na pravično suđenje iz čl. 6 st. 1 EKLJP, kako je to austrijski Ustavni sud smatrao 1990. godine.⁶⁴ Ipak, Novelom iz 2014.⁶⁵ ovaj koncept je ukinut, i vraćen je izričito sistem totalne vezanosti parničnog suda za osuđujuću krivičnu presudu, bez obzira da li je stranka imala mogućnost da utiče na njenu sadržinu (nov čl. 13 ZPP).

Na kraju, jedna od krupnijih novina, koja je takođe izazvala pažnju, ali i kritike u javnosti – uređenje punomoćničke sposobnosti – jeste suštinski austrijski uticaj. Uvedeno je kao osnovno pravilo da su stranke postulaciono sposobne do pravnosnažnog okončanja postupka (prvi i drugi stepen suđenja), ali da punomoćnik može da bude samo advokat, uz izuzetak za punomoćnike stranaka koje su pravna lica (izvorni čl. 85 ZPP). To je upravo austrijski koncept relativno oba-

⁶² SG RS 72/11. O zakonodavnom poduhvatu i kritici prekratkog rada na donošenju novog zakona, vid. Nikola Bodiřoga, *Novi Zakon o parničnom postupku*, Beograd 2012, 15 i dalje.

⁶³ Tako Vesna Rakić-Vodinelić, „Zakon o parničnom postupku Srbije 2011“, *Pravni zapisi* 2/2011, 520 i dalje.

⁶⁴ Vid. Obrazloženje Predloga ZPP, 102. O odluci austrijskog Ustavnog suda i stanju u Austriji nakon nje vid. W. Rechberger, D.-A. Simotta, 480 i dalje; M. Knežević (2016), 218 i dalje.

⁶⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, SG RS 55/14.

veznog advokatskog zastupanja, koji, kako je rečeno, nije bio prihvaćen u Grpp.⁶⁶ Ipak, Ustavni sud je 2013. smatrao da je takvo uređenje neustavno,⁶⁷ što je dovelo do novog uređenja u Noveli iz 2014. Sada postoje dodatni izuzeci pravila da punomoćnik može da bude samo advokat (nov čl. 85 ZPP). Prema tome, austrijski uticaj je i u ovom delu „izdržao“ samo dve godine.

6. ZAKLJUČAK

Kroz čitavu evoluciju domaćeg parničnog postupka je vidljiv austrijski uticaj, s tim da je intenzitet promenljiv. U periodu uspostavljanja parničnog prava nesumnjivo je da je postojao austrijski uticaj, i to uticaj starog austrijskog prava. Prvi nerealizovani zakonodavni projekti su bili inspirisani njime. Takođe, sva tri procesna zakona Kneževine Srbije su, u većoj ili manjoj meri, bili uspostavljeni na bazi austrijskog prava s kraja 18. veka. Najjači uticaj austrijskog prava, i to novog, *Klajnovog* modela, postoji u Kraljevini Jugoslaviji, kada je on doslovno preuzet. Time je u domaćem pravu prihvaćen koncept parničnog postupka tada već priznat kao napredan i poželjan. Uz to, prihvaćena je dogmatika austrijskog prava. Dalja evolucija domaćeg prava pokazuje, postepeno, udaljavanje od austrijskog prava. Sve promene koje slede nakon Drugog svetskog rata u socijalističkoj Jugoslaviji su upravo odstupanje od austrijskog koncepta, i pored toga što su osnovna dogmatička pitanja rešena na istovetan način. Jednom rečju, stvorio se sasvim nov model postupka koji uopšte nije zasnovan na osnovim idejama *Klajna*. Do ponovnog austrijskog uticaja, tj. vraćanja na austrijski model postupka u određenim segmentima, dolazi tek u zakonima nakon 2000. godine, ali ti uticaji i nisu potpuno svesni. Preuzimanjem rešenja iz bivših jugoslovnoskih država se zaobilaznim putem pokazivao austrijski uticaj. Na kraju, i pojedina rešenja u ZPP su bila izričito inspirisana austrijskim pravom.

⁶⁶ O ukazivanju na austrijski uticaj u tom pogledu vid. M. Knežević (2011), 691.

⁶⁷ IUz 51/12 SG RS 49/13.

Marija M. Salma, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
salmamarija2@gmail.com

Impact of the Austrian Law on the Development of the Serbian Civil Procedure

Abstract: *The work analyses the development and the structure of the Serbian civil procedure law in light of the impact of the Austrian law during 19th and in the first and second half of the 20th century up to the present day. The research results demonstrate the important impact of the Austrian Civil Procedure Law of 1895, which has been assessed in the scholar literature as one of the most modern procedural laws. In this light, all common features of the Serbian procedure laws of 1853, 1860, 1865 have been observed, which also started to focus on the court-led dispute, which has been achieved in particular in the law of the Kingdom of Yugoslavia of 1929. The analysis also encompasses the development and the structure, the fundamental concepts of the procedural legislation in the second Yugoslavia, and then in the Republic of Serbia. The structure, the essential converging concepts demonstrate that the common ground of this development was the Austrian Civil Procedure Law of 1895. This applies first of all to the first Federal Law on Civil Procedure of 1956, the Law on Civil Procedure of 1976, the Law on Civil Procedure of the Republic of Serbia of 2004 as well as the applicable law of 2011.*

Keywords: *Austrian law, evolution, Serbian procedural law.*

Datum prijema rada: 18.11.2017.

*Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

BORBA PROTIV NASILJA U PORODICI U PRAKSI NADLEŽNIH ORGANA U NOVOM SADU¹

Sažetak: *Unapređenje zakonskih rešenja i specijalizacija nadležnih organa u borbi protiv nasilja u porodici, poslednjih nekoliko godina predstavljaju značajnu novinu u vezi sa ovom problematikom. Najznačajniji korak u borbi protiv nasilja u porodici je bilo donošenje novog Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, čija primena je počela 01. juna 2017. godine. Nov Zakon je od donošenja predmet interesovanja stručne, a posebno opšte javnosti koja je iskazala velika očekivanja u smislu rezultata primene novih zakonskih rešenja. Osim toga, Zakon je izazvao i polemike u delu stručne javnosti, u smislu opravdanosti pojedinih rešenja. S obzirom na to da je veoma važno kakve rezultate su dala nova zakonska rešenja, posle skoro godinu dana od početka primene ovog Zakona, mogu se analizirati i izvesti prvi zaključci. Predmet ovog rada je upravo prikaz i analiza statističkih podataka o rezultatima rada policijskih, pravosudnih organa i Centra za socijalni rad na području grada Novog Sada u sprečavanju nasilja u porodici.*

Ključne reči: *nasilje u porodici, policija, sud, tužilaštvo, centar za socijalni rad.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Nasilje u porodici ne predstavlja novu negativnu društvenu pojavu, naprotiv, ono postoji od kada postoji i sama porodica. Međutim, poimanje i odnos prema ovoj problematici koja je prisutna u svim društvima su duboko uslovljeni socijal-

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na projektu Pravno-bezbednosni aspekti borbe protiv nasilja u porodici u cilju očuvanja porodice kao elementa održivog razvoja, koji finansira Autonomna pokrajina Vojvodina, Pokrajinski sekretarijat za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost, a čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

no-političkim, kulturnim i ekonomskim prilikama, što ima za posledicu i različit odnos samog društva (države) prema nasilju u porodici. Danas je jedno od najaktuelnijih pitanja, pitanje porodice. Vreme u kome živimo zahteva od svakog od nas temeljno preispitivanje sopstvenog života, jer pravila ponašanja, mišljenja i suđenja kakva su važila u prošlosti, više nisu aktuelna, a u granicama ovakvih razmišljanja o prošlosti, sadašnjosti i budućnosti čovečanstva, pre svega zapadnoevropskog, do skoro hrišćanskog, pitanje porodice, porodičnog vaspitanja, odnosa polova u porodici i njihovog pojedinačnog i zajedničkog odnosa prema deci predstavlja najsavremenije moguće pitanje². Jedno od važnih pitanja u ovim odnosima je stav prema nasilju u porodici.

Termin "*nasilje u porodici*" uobičajeno se koristi da označi zastrašujuće i uvredljivo ponašanje jednog ili više lica prema drugom licu u bilo kojoj vrsti intimnog, ličnog odnosa ili širem porodičnom odnosu.³ Žrtva nasilja u porodici može biti lice ženskog ili muškog pola, a u zavisnosti od istraživanja, radi se o licima ženskog pola u 90 – 95% slučajeva.⁴ Da bi se razumelo ko se može identifikovati kao žrtva nasilja u porodici, potrebno je posmatrati odnos između učinioca i žrtve. Najčešće se nasilje ispoljava između supružnika, ali žrtva može biti i dete, roditelji, babe i dede, lica u tazbinskom srodstvu, kao i druga lica koja žive u zajedničkom domaćinstvu ili drugoj trajnoj zajednici života (npr. cimeri). Osim supružnika u bračnoj zajednici, nasilje se ispoljava i prema licima u vanbračnoj zajednici, kao i u homoseksualnim zajednicama.⁵ Istraživanja pokazuju da čak oko 90% žrtava pati od direktnog fizičkog napada i povrede.⁶ Osim primarnih, odnosno neposrednih žrtava, postoje i *sekundarne žrtve*, odnosno lica koja su *posredno* pogođena emotivnim, fizičkim ili finansijskim posledicama nasilja u porodici (npr. deca u vrtiću koja prisustvuju sceni u kojoj njihovu vaspitačicu fizički napada njen suprug).⁷

Nasilje u porodici postalo je jedno od problema čijem istraživanju se posvećuje velika pažnja u naučnoj i stručnoj literaturi od 1970-ih godina, a i danas je aktuelan predmet pažnje zakonodavca, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou.

U pogledu zakonske regulative koja se odnosi na borbu protiv nasilja u porodici, u svetu, može se reći da postoje tri osnovna pristupa, odnosno modela: tzv. 1)

² M. Novković, *Porodični bukvar*, Beograd 2007, 5.

³ T. Prenzler, L. Fardell, „Situational prevention of domestic violence: A review of security based Programs“, *Aggression and Violent Behavior* 1/2017, 51.

⁴ P. Watkins, „Police Perspective: Discovering Hidden Truths in Domestic Violence Intervention“, *Journal of Family Violence* 1/2005, 47.

⁵ Vid. Federal Bureau of Investigation, *The structure of family violence: An analysis of selected incidents, Uniform Crime Reports*. United States Department of Justice, Washington, DC, 1999, 5.

⁶ Prenzler, Fardell, op.cit., 52.

⁷ Watkins, op.cit., 49.

normativni model Konvencije UN o ljudskim pravima, 2) obrazovni model Evropske unije i 3) zakonsko – tužilački model SAD-a.⁸ Iako prvobitno u Konvenciji o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija⁹ nije bilo predviđeno eksplicitno pravo žena, ono je uneto kasnije, tek posle Drugog svetskog rata. Ovaj dokument je predstavljao značajan prototip za nastajuće demokratije u svetu u izradi njihovih ustava sa rod-nim pravima. Što se tiče drugog modela, modela Evropske unije, on je poznat i kao obrazovni model za podizanje svesti. Njegova osnovna karakteristika je da je bor-ba protiv nasilja u porodici stvar nacionalnog interesa, a ne interesa policijske dr-žave i da je osnovni problem u vezi sa nasiljem u porodici taj što sputava žene u smislu ekonomske nezavisnosti, što je i dovoljan razlog da privatni život ne bude više stvar koja se sakriva od očiju javnosti. U ovom modelu se akcenat stavlja na realizaciju socijalno-ekonomskih programa i prevencije nasilja. Prednost ovog modela je i razvoj nevladinog sektora koji se bavi ovom problematikom. Nevladi-ne organizacije koje se bave prevencijom nasilja u porodici i pružanjem pomoći i podrške žrtvama nasilja imaju primarnu ulogu u podizanju svesti o porodičnom nasilju. Treći, zakonsko – tužilački model potiče iz SAD-a. Ovaj model je poznat kao model krivičnog gonjenja i kažnjavanja, a prevencija je samo nadogradnja na represivni sistem. Osnovna poruka koji ovaj model šalje nasilnicima jeste da je nacionalni interes da se izборi sa ovom negativnom društvenom pojavom. Kritika koja se upućuje ovom modelu je to da nadležni organi preduzimaju borbu za prava oštećenog lica (žrtve), kao i to da ovaj model omogućava policiji da uđe u kuće i vrši pretresanje proizvoljno i da neopravdano određuju pritvor, kao i da se podsti-če „špijuniranje“ (potkazivanje) komšija.¹⁰

Pronalaženje adekvatnog i efikasnog mehanizma reagovanja na problem nasilja u porodici je kompleksan zadatak za zakonodavca. Zakonodavna tenden-cija u poslednjih nekoliko decenija ogleda se u donošenju propisa kojima se nad-ležni organi ovlašćuju da aktivno učestvuju u rešavanju interpersonalnih sukoba u porodici. Zakoni o nasilju u porodici su pisani sa ciljem da ili smanjuju posle-dice nasilja nakon incidenta (npr. time što se sudovi ovlašćuju na izdavanje nalo-ga za zaštitu) ili da spreče ispoljavanje latentnog nasilja – primera radi, predviđa-nje nasilja u porodici kao krivičnog dela, umesto propisivanja prekršajne odgo-vornosti ima za cilj da se spreči nasilničko ponašanje prema članovima porodice propisivanjem strože sankcije.¹¹ Shodno ovim ciljevima, očekivalo bi se da „strikt-niji“ zakon utiče na ponašanje žrtava (u smislu prijavljivanja incidenta) i policijskih

⁸ *Comparative Perspectives of Law Preventing Domestic Violence*, 247, http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/149089/22/17_chapter%209.pdf

⁹ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

¹⁰ *Comparative Perspectives of Law Preventing Domestic Violence*, 248-249, http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/149089/22/17_chapter%209.pdf

¹¹ L. Dugan, „Domestic Violence Legislation: Exploring Its Impact on the Likelihood of Domestic Violence, Police Involvement, and Arrest“, *Criminology and public policy* 2/2003, 1993.

službenika (u smislu donošenja odluka o hapšenju), odnosno da se na taj način obezbedi da se žrtve osećaju sigurnije od momenta kada policija interveniše, a da se policija odlučnije opredeljuje na lišavanje slobode učinioca i podnošenje krivične prijave.

Pokazalo se da različite strategije imaju donekle uticaja na smanjenje stope nasilja u porodici, ali ne u dovoljnoj meri. Nije dokazano da je primarna prevencija, koja se ogleda u obrazovanju i javnim kampanjama, proizvela neposredni uticaj na smanjenje stope nasilja u porodici. Rezultati pojedinih studija pokazali su određene pozitivne uticaje sekundarne prevencije, koja obuhvata intervencije u slučaju nasilja u porodici radi sprečavanja ponovnog sukoba. Primera radi, pokazalo se da propisivanje obaveznog hapšenja učinioca od strane policije (umesto diskrecionog udaljavanja sa lica mesta, odnosno od lica -žrtve) ima direktan uticaj na smanjenje ponovnog izvršenja dela od strane istog lica.¹²

Iako „proaktivno“ zakonodavstvo o nasilju u porodici dobija široku podršku u mnogim državama, pa i kod nas, mali broj istraživanja je posvećen proceni njegove efikasnosti u smislu uticaja na ponašanje učinioca, oštećenog (žrtve) i nadležnih organa, prvenstveno policijskih službenika. U literaturi dominiraju dve istraživačke strategije koje ispituju efekte politike na nasilje u porodici. Prvi se oslanja na eksperimentalne ili opservacione podatke i uključuje samo pojedince za koje je poznato da ih je napao partner ili član porodice. Tako je u okviru jednog istraživanja, koje se oslanjalo na službeni policijski i sudski evidenciju u državi sa strogom kaznenom politikom, ispitivan odnos između hapšenja i uspešnog krivičnog gonjenja i verovatnoće da učinilac ponovo izvrši krivično delo. Rezultati su pokazali da će se uhapšena lica (bez kaznene evidencije) najverovatnije suzdržati od daljeg nasilničkog ponašanja. Druga strategija u istraživanju politike nasilja u porodici je da se prikupe podaci o svim licima koja žive na određenim lokalitetima, kako bi se ispitao uticaj kaznene politike na stopu ubistava intimnog partnera, a rezultati istraživanja su uglavnom pokazali da su u tim porodicama bili ranije registrovani interpersonalni sukobi, ali da je izostalo hapšenje učinioca.¹³

2. BORBA PROTIV NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI

U Republici Srbiji 2016. donet je nov Zakon o sprečavanju nasilja u porodici¹⁴ (u daljem tekstu Zakon), čija primena je započela 01.06.2017. godine. Ovim Za-

¹² Vid. J. Phillips et al, *Domestic violence: Issues and policy challenges*, 2015, https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp1516/DVIssues.

¹³ O ovome vid. Dugan, *op.cit.*, 285-286.

¹⁴ Službeni glasnik RS broj 94/2016.

konom je regulisano postupanje državnih organa i ustanova u sprečavanju nasilja u porodici i pružanju zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici.¹⁵

Međutim, i pre donošenja ovog Zakona u Srbiji su postojala zakonska rešenja koja su regulisala ovu problematiku (Krivični zakonik¹⁶, Zakonik o krivičnom postupku¹⁷, Porodični zakon¹⁸, Zakon o parničnom postupku¹⁹ i Zakon o policiji²⁰). Odluka zakonodavca da se odlučno i proaktivno bori protiv nasilja u porodici, između ostalog, bila je i posledica ratifikacije tzv. Istanbulske konvencije.²¹ Ova Konvencija traži od država utvrđivanje neprihvatljivosti opravdanja za bilo koji akt nasilja zasnovan na kulturi, običajima, veroispovesti ili takozvanoj „časti“, i države su dužne da reaguju adekvatno na takvo nasilje.²² U borbi protiv nasilja u porodici, imajući u vidu nova zakonska rešenja, može se zaključiti da se Srbija odlučila za model najbližiji tzv. *zakonsko-tužilačkom modelu* kakav postoji u SAD-u. Zakon o sprečavanju nasilja u porodici predstavlja *lex specialis* u odnosu na propise kojim se do sada uređivala ova problematika. Novim Zakonom se na jedan opšti i jedinstven način uređuje organizacija i postupanje državnih organa i ustanova radi efikasne prevencije, kao i hitne, pravovremene i delotvorne zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici.

Osnovna svrha Zakona je prevencija nasilja u porodici. U tom smislu je predviđen čitav niz mera i radnji nadležnih organa usmerenih na otkrivanje da li postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici, kao i na delovanje nadležnih organa u slučajevima kada je takva neposredna opasnost otkrivena. Neposredna opasnost je definisana Zakonom (član 3 stav 2) kao situacija koja postoji onda kada iz ponašanja potencijalnog učinioca i drugih okolnosti proizlazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici. Prema ovom Zakonu samo nasilje u porodici je alternativno određeno kao fizičko, seksualno, psihičko ili ekonomsko nasilje. Drugi uslov je postojanje konkretne, neposredne i određene veze između učinioca i same žrtve.

¹⁵ Primena Zakona je isključena ukoliko su maloletna lica izvršila nasilje u porodici.

¹⁶ Krivični zakonik, Službeni glasnik RS broj 85 /2005, 88/2005 – ispr., 107/2005- ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

¹⁷ Zakonik o krivičnom postupku, Službeni glasnik RS broj 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

¹⁸ Porodični zakon, Službeni glasnik RS broj 182005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

¹⁹ Zakon o parničnom postupku, Službeni glasnik RS broj 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014.

²⁰ Zakon o policiji, Službeni glasnik RS broj 6/2016 i 24/2018.

²¹ Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici potpisana je 11. maja 2011. u Istanbulu, zbog čega se naziva Istanbulska konvencija. Konvenciju je potpisalo do ove godine 46 država (među kojima je i Republika Srbija) i EU. Konvencija je stupila na snagu 1. avgusta 2014.

²² Savet Evrope, Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Istanbulska konvencija, Bezbedne od straha od nasilja, <https://rm.coe.int/168047a370>

Taj odnos može biti: bračni, vanbračni, partnerski, kao i odnos krvnog srodstva u pravoj liniji, u pobočnoj do drugog stepena, tazbinsko srodstvo do drugog stepena, odnos usvojioca, usvojenika, hranitelja ili hranjenika, kao i odnos suživota (sadašnjeg ili ranijeg) u zajedničkom domaćinstvu.

U pogledu primene ovog Zakona, važno je istaći da se on primenjuje kako na krivično delo nasilje u porodici, tako i na saradnju u sprečavanju nasilja u porodici i to u krivičnim postupcima za krivična dela taksativno nabrojana u članu 4. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici.²³

S obzirom na to da je preventivna svrha Zakona primarna, Zakonom se takođe predviđaju i mere zaštite i podrške žrtvama krivičnih dela na koja se naravno primenjuje ovaj Zakon.

Imajući u vidu činjenicu da se ovim novim Zakonom uvodi multisektorski rad, njegova osnovna prednost je u timskom radu. Timski rad podrazumeva tesnu saradnju nadležnih organa na svakom konkretnom slučaju, podelu nadležnosti i delokruga rada. S tim u vezi je izuzetno značajna saradnja, kao i međusobna komunikacija i pružanje povratnih informacija. Za rad svih nadležnih organa je propisana posebna vrsta disciplinske odgovornosti (član 6) u smislu da nepostupanje sudija, javnih tužilaca, njihovih zamenika u rokovima koji su određeni ovim Zakonom predstavlja disciplinski prekršaj.

Prema Zakonu nadležni organi i ustanove za sprečavanje nasilja u porodici, kao i pružanje zaštite i podrške žrtvama kako nasilja u porodici, tako i krivičnih dela određenih ovim zakonom su: policija, javna tužilaštva, sudovi opšte nadležnosti i prekršajni sudovi, kao nadležni državni organi, i centri za socijalni rad, kao ustanove.

Pored policijskih, pravosudnih organa i centara za socijalni rad, u sprečavanju nasilja u porodici učestvuju i druge ustanove u oblasti dečje zaštite, socijalne zaštite, obrazovanja, vaspitanja i zdravstva, kao i tela za rodnu ravnopravnost na nivou lokalnih samouprava i svi oni su označeni kao državni organi i ustanove nadležne za primenu ovog Zakona, a podršku žrtvama nasilja u porodici i žrtva-

²³ Proganjanje (član 138a Krivičnog zakonika); Silovanje (član 178. Krivičnog zakonika); Obljuba nad nemoćnim licem (član 179. Krivičnog zakonika); Obljuba nad detetom (član 180. Krivičnog zakonika); Obljuba zloupotrebom položaja (član 181. Krivičnog zakonika); Nedoovoljene polne radnje (član 182. Krivičnog zakonika); Polno uznemiravanje (član 182a Krivičnog zakonika); Podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (član 183. Krivičnog zakonika); Posredovanje u vršenju prostitucije (član 184. Krivičnog zakonika); Prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnih lica za pornografiju (član 185. Krivičnog zakonika); Navođenje deteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 185a Krivičnog zakonika); Zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica (član 193. Krivičnog zakonika); Nasilje u porodici (član 194. Krivičnog zakonika); Nedavanje izdržavanja (član 195. Krivičnog zakonika); Kršenje porodičnih obaveza (član 196. Krivičnog zakonika); Rodoskrvrnuće (član 197. Krivičnog zakonika); Trgovina ljudima (član 388. Krivičnog zakonika); kao i druga krivična dela, ukoliko je krivično delo posledica nasilja u porodici.

ma krivičnih dela određenih ovim Zakonom mogu da pruže i druga pravna i fizička lica i udruženja.

Organi nadležni za primenu ovog Zakona (policijski službenici, javni tužioci, zamenici javnih tužilaca, i sudije) obavezni su da prođu program specijalizovane obuke koji donosi Pravosudna akademija. Na ovaj način je specijalizacija navedenih organa jedinstvena i jednoobrazna. Samo sprovođenje obuke vrši Pravosudna akademija za javne tužioce, njihove zamenike i sudije, dok za policijske službenike to vrši Kriminalističko-policijska akademija.

Prevenција nasilja u porodici podrazumeva uspostavljanje specijalizovanih službi podrške za pružanje zdravstvene pomoći, kao i psihološkog i pravnog savetovanja prvenstveno za oštećena lica (žrtve). Međutim, izuzetno je važno i otklanjanje uzroka nasilja u porodici, ustanovljavanjem čitavog niza mera i aktivnosti koji su usmereni na „nasilnika“, kao što su npr. mere psihološkog savetovanja. U pojedinim gradovima u Srbiji (npr. Niš i Kragujevac) primenjuju se uspešno programi psiho-socijalnih tretmana namenjeni licima koja su se pokazali kao nasilni u odnosima u porodici.

Imajući u vidu da je za suzbijanje ove pojave predviđen timski, multisektorski rad, Zakonom je određeno imenovanje lica za vezu u policijskoj upravi, osnovnom i višem javnom tužilaštvu, osnovnom i višem sudu i centru za socijalni rad. Ova lica na dnevnom nivou razmenjuju obaveštenja i podatke koji su relevantni za sprečavanje nasilja u porodici, otkrivanje, gonjenje i suđenje za krivična dela određena ovim Zakonom, kao i za pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela.

Takođe, na području svakog osnovnog javnog tužilaštva obrazuje se grupa za koordinaciju i saradnju u čijoj nadležnosti je razmatranje svakog konkretnog slučaja nasilja u porodici koji nije okončan pravnosnažnom sudskom odlukom, kako u krivičnom, tako i u parničnom postupku. Takođe, grupa je zadužena za izradu individualnih planova zaštite i podrške žrtvama. U sastav ove grupe ulaze predstavnici osnovnih javnih tužilaštava, policijskih uprava i centara za socijalni rad, sa područja za koje se grupa obrazuje.

3. ULOGA POLICIJE U BORBI PROTIV NASILJA U PORODICI

Policija je nadležna za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela, identifikaciju i hvatanje učinilaca krivičnih dela. U tom smislu, policija je represivni organ. Međutim, ona ima i preventivnu ulogu, koja je posebno značajna kada je u pitanju krivično delo nasilje u porodici. Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici je uveden intenzivan proaktivan rad, a policija ima najvažniju ulogu da kao organ postupka proceni svaku konkretnu situaciju i na osnovu toga preduzme potrebne mere i radnje koje treba da obezbede da se nasilje u porodici ne desi ili ne ponovi.

Rešavanje interpersonalnih konflikata predstavlja jedan od najzastupljenijih poslova policijskih službenika na dnevnom nivou, a jedan od izuzetno prisutnih oblika sa kojima se u praksi susreću jeste nasilje u porodici. Ova uloga policije je veoma odgovorna jer je policijski službenik taj koji vrši primarnu procenu zatečenog stanja. Iako je Zakonom ova procena podvrgnuta višestrukoj kontroli (policija – javni tužilac – sud), ukoliko prva procena ne bude dobra, posledice mogu biti fatalne. To naravno ne znači da zbog toga treba otići u drugu krajnost, pa u svakom slučaju za koji je podneta prijava za nasilje u porodici, odmah, po sistemu automatizma, protiv lica za koje je podneta prijava, izreći jednu od predviđenih hitnih mera. Ovo iz razloga što izricanje hitnih mera bez osnova može da ima teške i nenadoknadle posledice. Zbog toga je izuzetno važno da policajac koji vrši procenu bude prvenstveno specijalizovan za to, a osim toga, takođe je veoma važno da ima životnog iskustva, i da bude nezavisan i nepristrasan po pitanju ove problematike, odnosno da nema predrasude po pitanju nasilja u porodici na osnovu tradicionalno, moralno-kulturoloških uverenja. Zakonom je propisano da svaki rukovodilac područne policijske uprave određuje policijske službenike koji moraju da završe specijalizovanu obuku. Ovi policijski službenici su nadležni za sprečavanje nasilja u porodici i pružanje zaštite žrtvama nasilja. Iako je uvek, kao i u svakom poslu, moguće napraviti grešku, potrebno je mogućnost greške svesti na minimum, a što se postiže upravo na taj način što je Zakonom obezbeđena višestruka kontrola procenjenog rizika i donete odluke.

Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici je propisana obaveza svakog lica koje ima saznanja o izvršenom krivičnom delu određenom ovim Zakonom da isto prijavi policiji ili javnom tužiocu. To se odnosi i na državne i druge organe koji su obavezni da bez odlaganja prijave ove slučajeve, ali i slučajeve neposredne opasnosti od nasilja u porodici. Nadležni državni organi i centri za socijalni rad su samim Zakonom obavezni da u okviru svog delokruga rada prepoznaju kako samo nasilje, tako i opasnost od njega. To nadležni organi vrše na osnovu prijave, uočavanjem tragova nasilja, kao i dugih okolnosti. Svaka prijava mora da bude prosleđena policiji koja se dalje dostavlja nadležnom policijskom službeniku.

Najčešći izvor saznanja za učinjeno krivično delo nasilje u porodici je krivična prijava žrtve. Žrtva nasilja u porodici ima najmanje tri razloga zbog kojih se obraća policiji: 1) traži pomoć u rešavanju sukoba koji je u toku, u posredovanju u konfliktu i sprečavanju budućih napada (da se zaustavi ili spreči nasilje u porodici); 2) očekuje retribuciju i zadovoljenje pravde (da se sankcioniše nasilje u porodici); 3) nastoji da zaštiti druge članove porodice. Razlozi zbog kojih se žrtva najčešće ne odlučuje da policiji prijavi nasilje u porodici mogu se svrstati u dve grupe: žrtva ne smatra da se radi o krivičnom delu, nego da je u pitanju privatna, intimna stvar ili žrtva nema poverenja u sistem da može da je zaštiti i da će učinilac biti kažnjen. Prilikom donošenja odluke da li da prijavi nasilje, žrtva se odlučuje da ne prijavi delo jer se plaši da bude osramoćena u društvu, ili želi da

zaštiti učinioca od krivičnog gonjenja, ili se plaši ponovnog i intenzivnijeg napada, ili ne želi da bude učesnik u krivičnom postupku. Žrtve su sklonije da prijave incident sa ozbiljnijim posledicama dok, s druge strane, oklevaju da prijave manje incidente.²⁴ U svakom slučaju, spremnost žrtve da prijavi incident u porodici je u direktnoj vezi sa spremnošću nadležnih organa da reaguju, načinom reagovanja i stepenom zaštite koji sistem pruža žrtvi.

Po dolasku na lice mesta, nakon prijave nasilja u porodici, prvo što policija uočava, po pravilu, je disfunkcionalna porodica čiji članovi su u sukobu. Delovanje policije usmereno je na uspostavljanje bezbednosti situacije, u smislu zaustavljanja nasilja, identifikovanje žrtve i pružanje pomoći učesnicima u konfliktu kroz prevazilaženje napetosti i preduzimanje radnji koje imaju za cilj da spreče da se konflikt ponovi. Pri rešavanju interpersonalnih konflikata policijski službenik odlučuje koje mere i radnje će preduzeti. Naime, radnje i mere koje policijski službenici primenjuju u postupanju u međuljudskim sukobima mogu se klasifikovati u dve opšte grupe: prinudni ili kontroli pristup i neprinudni ili podržavajući pristup. Prvi pristup obuhvata pretresanje i oduzimanje predmeta, hapšenje i upotrebu sile, pri čemu je naglašeno nametanje autoriteta ili uticaja nad učesnicima u konfliktu, kako bi se sprečili u daljem vršenju nasilja i kako bi se ostvarila kontrola nad konkretnom situacijom. Drugi pristup obuhvata savetovanje, pružanje fizičke pomoći i informacija, pokazivanje ljubaznosti i zabrinutosti, naglašeno pružanje emocionalne i psihološke podrške učesnicima u konfliktu.²⁵

Pojedini istraživači napravili su značajan broj studija u vezi sa procenom odgovora policije na nasilje u porodici. Proučavana je efikasnost različitih vrsta policijskih intervencija (npr. hapšenja, odvajanja i posredovanja) u sprečavanju kasnijeg nasilja. Iako su ove studije dovele do različitih rezultata u pogledu uslova za odvrćanje od hapšenja, zaključak je da kada je u pitanju nasilje u porodici, učinilac se, po pravilu, hapsi. Drugi pravac istraživanja fokusiran je na faktore koji su uticali na delovanje policije prema žrtvama i osumnjičenima tokom rešavanja konflikata. Prvenstveno je ispitivan uticaj sledećih faktora: karakteristike službenika policije (npr. pol, rasa, obrazovanje, policijsko iskustvo i sl.), građanskih i situacionih varijabli (npr. pol, rasa, ponašanje, preferencija žrtve, povreda i kooperativnost, odnos žrtve i prestupnika, prisustvo svedoka, prethodno izvršenje sličnih krivičnih dela, vrste upotrebe oružja/sile i slično), kao i organizacioni faktori i faktori u zajednici (npr. politika hapšenja, stepen urbanizacije i sl.). Treći pravac istraživanja je posvećen otkrivanju faktora koji utiču na stavove službenika policije prema nasilju u porodici ili na njihovu percepciju ove vrste konflikta.²⁶

²⁴ O navedenom, videti: R. Felson et al., „Reasons for Reporting and Not Reporting Domestic Violence to the Police“, *Criminology* 3/2002, 621.

²⁵ O ovome, videti: I. Sun, „Police response to victims of domestic and non-domestic violence“, *Journal of Health and Human Services Administration* 3/2006, 163.

²⁶ Ibidem, 158.

Prema našem Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici, policijski službenici imaju ovlašćenje da samoinicijativno ili na zahtev nadležnog policijskog službenika dovedu mogućeg učinioca u nadležnu organizacionu jedinicu policije radi vođenja postupka. Lice koje je dovedeno u policijsku stanicu ima pravo da bude poučeno o pravu na kontakt i korišćenje usluga branioca i pravne pomoći u skladu sa Ustavom i zakonima. Lice može biti zadržano radi vođenja postupka i to najviše osam sati.

Uhapšeno lice ima pravo da se izjasni o svim bitnim činjenicama. Policijski službenik treba da prikupi potrebna obaveštenja od drugih policijskih službenika, da izvrši procenu rizika²⁷ neposredne opasnosti od nasilja u porodici i da izrekne hitnu meru, ukoliko proceni da je to potrebno. Veoma značajno zakonsko rešenje se odnosi na mogućnost policijskog službenika, da pre procene rizika, ukoliko smatra da je to potrebno, zatraži mišljenje centra za socijalni rad.

Procena rizika se zasniva na svim dostupnim činjenicama, i to je hitna radnja, koja ne trpi odlaganje. Prilikom procene se uzimaju u obzir sledeće okolnosti: da li je mogući učinilac ranije ili neposredno pre procene rizika učinio nasilje u porodici i da li je spreman da ga ponovi, da li je pretio ubistvom ili samoubistvom, da li poseduje oružje, da li je mentalno bolestan ili zloupotrebljava psihoaktivne supstance, da li postoji sukob oko starateljstva nad detetom ili oko načina održavanja ličnih odnosa deteta i roditelja koji je mogući učinilac, da li je mogućem učiniocu izrečena hitna mera ili određena mera zaštite od nasilja u porodici, da li žrtva doživljava strah i kako ona procenjuje rizik od nasilja.

Po izvršenoj proceni, policijski službenik dostavlja osnovnom javnom tužiocu na čijem području se nalazi prebivalište, odnosno boravište žrtve, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju, sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega i procenu rizika, ukoliko ona ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja. U slučaju da se na osnovu procene ustanovi postojanje opasnosti koje nije neposredno, sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili opasnosti od njega i procenu rizika, policijski službenik dostavlja osnovnom javnom tužiocu i centru za socijalni rad.

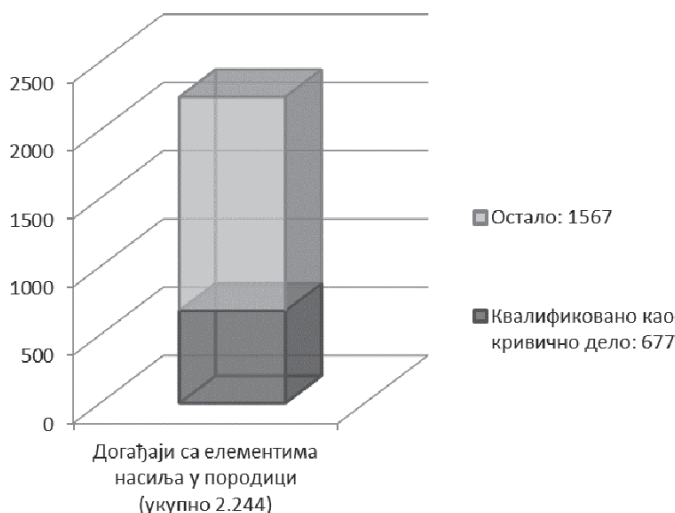
Po izvršenoj proceni rizika, donosi se odluka o eventualnom izricanju hitne mere. U ove mere spadaju: mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Mere mogu da se izreknu alternativno ili kumulativno. Mera traje 48 sati od uručjenja rešenja, a sud može da je produži za još 30 dana. U slučaju produženja hitne mere udaljenja iz stana, lice kome je mera izrečena ima pravo da u pratnji policijskih službenika uzme iz stana svoje neophodne lične stvari.

Prema podacima Policijske uprave u Novom Sadu²⁸ u periodu od 01. juna 2018. godine do 31. marta 2018. godine evidentirano je ukupno 2244 događaja sa

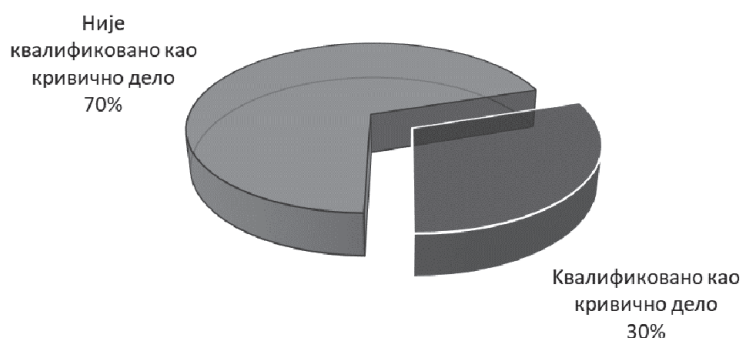
²⁷ U slučaju da učinilac nije doveden u policijsku organizacionu jedinicu, procenu rizika vrši odmah po prijemu obaveštenja o nasilju ili neposrednoj opasnosti od njega.

²⁸ Dopis Policijske uprave Novi Sad 03/30/500-231/18 od 14.05.2018. godine.

elementima nasilja u porodici, a od toga je nadležno javno tužilaštvo kvalifikovalo krivično delo nasilja u porodici u 677 slučajeva, što se može videti na sledećoj slici:



Квалификација догађаја са елементима насиља у породици



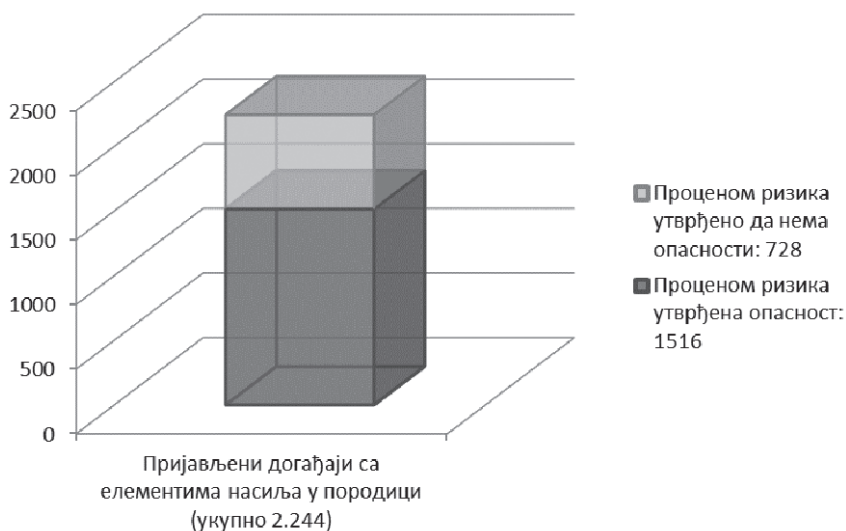
Iz navedenih podataka se jasno vidi da se od ukupnog broja prijavljenih slučajeva samo u 30% radilo o krivičnom delu nasilje u porodici.

Na ovom mestu je interesantno navedene podatke uporediti sa podacima Republičkog zavoda za statistiku RS za 2016. godinu²⁹ prema kojima je u 2016.

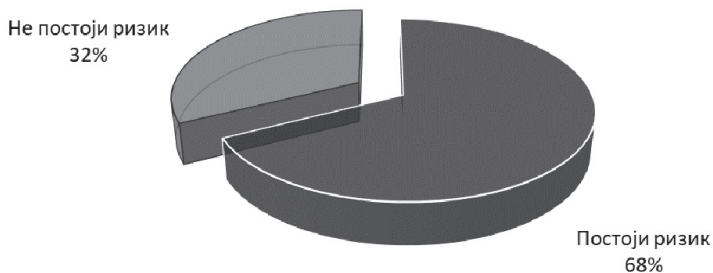
²⁹ <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>

godini u RS ukupno podneto 7244 krivičnih prijava za krivično delo nasilje u porodici, od čega je u samo 964 slučajeva krivična prijava odbačena iz razloga što prijavljeno delo nije bilo krivično delo. Iz navedenog se može izvesti zaključak da je nov Zakon bio povod za izuzetno veliki broj prijava događaja sa elementima nasilja u porodici koji nisu krivično delo, s obzirom na to da je samo na području PU Novi Sad za jednu godinu podneto skoro trećina u odnosu na broj prijava za isto krivično delo na području cele države u 2016. godini.

U PU Novi Sad, u navedenom periodu je vršena procena rizika u svakom pojedinačnom događaju sa elementima nasilja u porodici radi prevencije, odnosno sprečavanja eskalacije nasilja. Procenom rizika u 1516 slučajeva utvrđena je opasnost, dok je u 728 slučajeva utvrđeno da nema opasnosti.



Процена ризика догађаја
(укупно 2244 догађаја)



Od svih rizika najčešći su:

РИЗИК

Жртва доживљава страх од могућег учиниоца: 411

Узнемиравање: 308

Претња жртви и члановима породице: 295

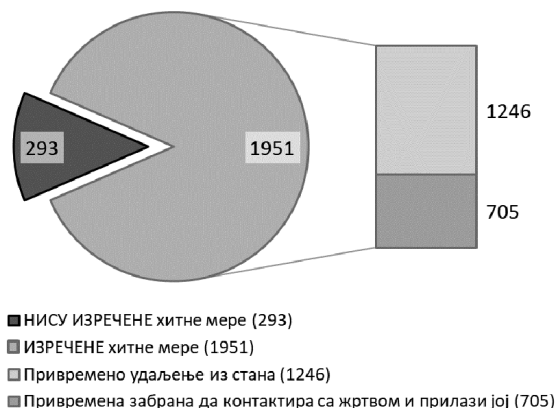
Конзумирање алкохола: 287

Раније понашање могућег учиниоца у односу на жртву: 109

Пolicija je u svim slučajevima nasilja u porodici u kojima je postupala, obaveštavala u skladu sa Zakonom Osnovno javno tužilaštvo u Novom Sadu i Centar za socijalni rad, a po potrebi i zdravstvene, prosvetne i druge ustanove i organizacije. U slučajevima u kojima je utvrđeno da postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici i u kojima su u skladu sa tim izricane hitne mere, sva dostupna obaveštenja policija je dostavljala Osnovnom javnom tužilaštvu – Grupi za koordinaciju i saradnju i Centru za socijalni rad.

U posmatranom periodu od ukupnog broja slučajeva nasilja u porodici u 1951 slučajeva primenjene su hitne mere u trajanju od 48 sati. Mera privremenog udaljenja učinioca iz stana izrečena je 1246 puta. Mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj izrečena je u 705 slučajeva.

Однос изречених хитних мера
(укупно 2.244 случаја)



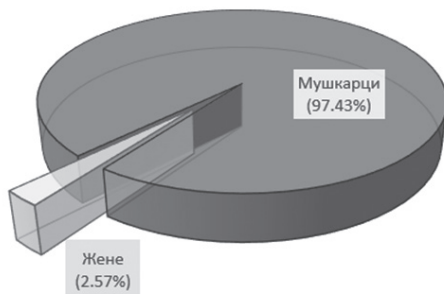
4. ULOGA JAVNOG TUŽIOCA U BORBI PROTIV NASILJA U PORODICI

Javno tužilaštvo je samostalni državni organ koji goni učinioce krivičnih dela i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti.³⁰ Kada je u pitanju nasilje u porodici, prema novom Zakonu, u svakom javnom tužilaštvu (osim tužilaštvu posebne nadležnosti) javni tužilac određuje zamenike javnog tužioca koji su završili specijalizovanu obuku u sprečavanju nasilja u porodici i gonjenju učinilaca krivičnih dela koji su određeni Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici.

Javni tužilac ima značajnu kontrolnu ulogu u vezi sa procenom rizika i određivanjem hitnih mera. Naime, posle prijema obaveštenja, procene rizika i naređenja, osnovni javni tužilac proučava obaveštenja i vrednuje procenu rizika nadležnog policijskog službenika. Ukoliko ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, dužan je da sudu podnese predlog da se hitna mera produži, u roku od 24 časa od uručjenja naređenja licu kome je izrečena hitna mera. Uz predlog, osnovni javni tužilac dostavlja sudu i procenu rizika nadležnog policijskog službenika, svoje vrednovanje njegove procene rizika i druge dokaze koji ukazuju na neposrednu opasnost od nasilja u porodici.

Prema podacima Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu³¹ u periodu od 01.06.2017. do 15.04.2018. godine Osnovno javno tužilaštvo u Novom Sadu je predložilo Osnovnom sudu u Novom Sadu produženje hitnih mera u 891 slučaja koje je izrekla PU Novi Sad za 798 lica muškog pola (97.43%) i 93 lica ženskog pola (2.57%).

ПОЛНА СТРУКТУРА лица према којима је ОЈТ
предложило ОС продужење мера које је изрекла ПУ
(01.07.2017-15.04.2018)



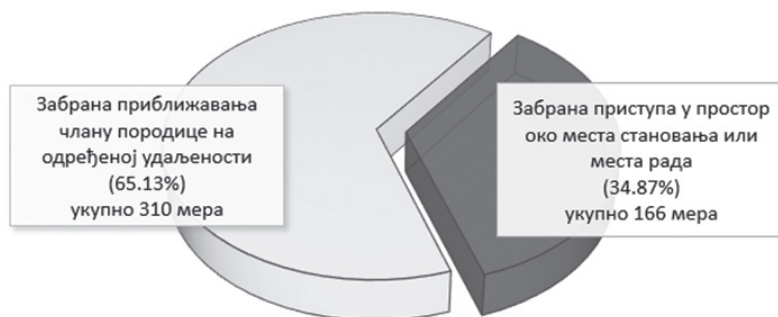
³⁰ Zakon o javnom tužilaštvu (član 2. stav 1), Službeni glasnik RS broj 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – dr.zakon, 101/2011, 38/2012 – odluka US, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – odluka US, 117-2014, 106-2015 i 63/2016 – odluka US.

³¹ Dopis Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu, broj PI 33/18 od 09.05.2018.

Polna struktura lica, kao socijalno obeležje se u sistematizaciji kriminogenih faktora ni u kom slučaju ne može smatrati uzrokom, ali može da upućuje na moguće uslove i posredno na etiološke činioce, pre svega socijalnih okolnosti izvršenja krivičnih dela, zbog toga su navedeni podaci značajni sa aspekta preduzimanja preventivnih mera. Evidentna je podela između muškaraca i žena prema njihovim zanimanjima i ulogama koje imaju u društvu, a s obzirom na to da muški poslovi pripadaju vrsti zanimanja koji dozvoljavaju kontrolisanu upotrebu agresije, ona često prelazi u različite vrste nasilja,³² što donekle može da obrazloži ubedljivo veći broj lica muškog pola kao učinioca nasilja u porodici.

U pogledu mera koje je izrekla Policijska uprava, a čije produženje je Osnovno javno tužilaštvo (dalje u tekstu OJT) u 2018. tražilo je: zabranu približavanja članu porodice na određenoj udaljenosti u 310 slučajeva (što predstavlja 65.13%), dok je zabranu pristupa u prostor oko mesta stanovanja ili mesta rada tražilo u 166 slučajeva (što predstavlja 34.87%).

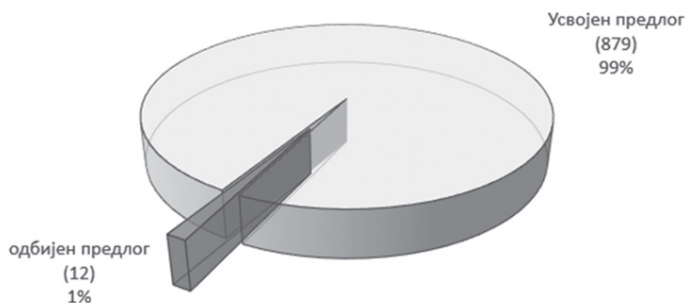
**ВРСТЕ МЕРА КОЈЕ ЈЕ ИЗРЕКЛА ПУ,
ЧИЈЕ ПРОДУЖЕЊЕ ЈЕ ОЈТ ТРАЖИЛО ОД ОС
(01.07.2017-15.04.2018)**



Imajući u vidu činjenicu da je javni tužilac prvi „kontrolor procene rizika i opravdanosti izrečene mere“ ovlašćenog policijskog službenika, značajan je podatak da je od ukupno 891 predloga za produženje mere koje su smatrali opravdanim, Osnovni sud u Novom Sadu u 879 (99%) slučajeva predlog OJT usvojio, a samo u 12 slučajeva (1%) predlog odbio:

³² M. Bošković, Kriminologija, Novi Sad 2011, str. 151, 153-154.

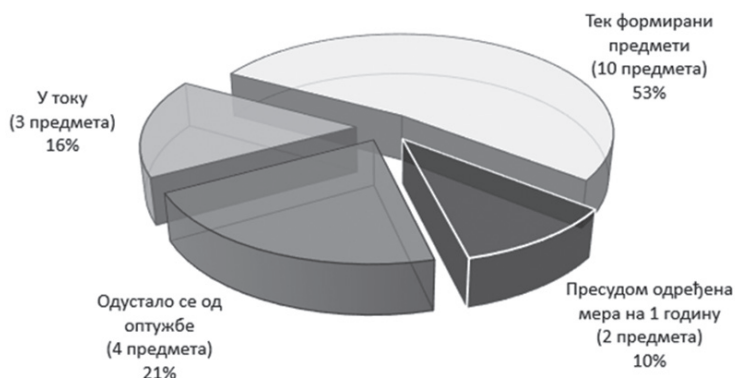
Однос предлога ЈТ (укупно 891 предлог) и одлука ОС



Уложено је 108 жалби на усвојене предлоге ОЈТ, од чега је 102 жалбе одбијено, а 6 усвојено. На основу ових података се види изузетно висок степен оправдане процене и правилне одлуке ОЈТ у случајевима насилја у породици.

Takođe, prema podacima Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu, U Osnovnom sudu u parničnom postupku u navedenom periodu odlučivalo se o 19 predmeta, koji se odnose na primenu mera zaštita od nasilja u porodici (čl.198. PZ), od toga je formirano 10 predmeta (u fazi su prikupljanja obaveštenja kako bi se podnela tužba sudu), od tužbe se odustalo u 4 predmeta, postupak je u toku za 3 predmeta, a samo u 2 predmeta sprovedena je presuda kojom su određene mere na jednu godinu, a što se može videti na sledećoj slici:

ГТ предмети у ОС у парничном поступку (укупно 19 предмета)



Mere koje se podnetim tužbama traže su: zabrana pristupa u kuću na određenoj udaljenosti i zabrana uznemiravanja.

5. ULOGA SUDA U SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

Postupanje u predmetima u vezi sa nasiljem u porodici u sudovima opšte nadležnosti je u nadležnosti sudija koji su završili specijalizovanu obuku. Kao predmeti sprečavanja nasilja u porodici smatraju se postupci za produženje hitne mere, i postupci za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici predviđenih Porodičnim zakonom.

O produženju hitne mere na predlog javnog tužioca, odlučuje sudija pojedinac, onog suda na čijem području se nalazi prebivalište, odnosno boravište oštećenog (žrtve). Odluku o produženju mere sudija donosi ukoliko, posle vrednovanja procene rizika nadležnog policijskog službenika, vrednovanja procene rizika osnovnog javnog tužioca, ocene priloženih dokaza i tvrdnji iz predloga osnovnog javnog tužioca i ocene izjašnjenja lica kome je hitna mera izrečena, ustanovi postojanje neposredne opasnosti od nasilja u porodici. U suprotnom, predlog se odbija kao neosnovan. Odluka o predlogu se donosi u formi rešenja i to bez održavanja ročišta, u roku od 24 sata od prijema predloga za produženje mere.

U krivičnom postupku koji se vodi za krivična dela određena ovim zakonom, sud je dužan da u roku od 24 sata odluči o predlogu javnog tužioca za određivanje mere zabrane prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem i posećivanja određenih mesta, mere zabrane napuštanja boravišta i mere zabrane napuštanja stana (čl.19.st.3 novog Zakona).

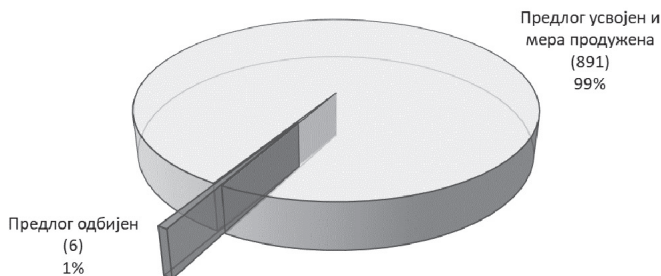
Osnovi javni tužilac i lice kome je izrečena hitna mera imaju pravo žalbe protiv rešenja osnovnog suda, koje nema suspenzivno dejstvo. Žalba se podnosi višem sudu, u roku od tri dana od dana prijema rešenja, a preko osnovnog suda koji je doneo rešenje. Osnovni sud dužan je da žalbu zajedno sa svim spisima predmeta prosledi višem sudu u roku od 12 sati od prijema žalbe. O žalbi odlučuje tročlano veće višeg suda, u roku od tri dana od dana prijema žalbe. Odluke koje viši sud može doneti po izjavljenoj žalbi su: odluka kojom se žalba odbija i potvrđuje rešenje osnovnog suda ili odluka kojom se žalba usvaja i preinačuje rešenje osnovnog suda. Viši sud ne može ukinuti rešenje osnovnog suda i predmet vratiti na ponovno postupanje.

Na postupak odlučivanja o produžavanju hitne mere shodno se primenjuje zakon kojim se uređuje parnični postupak, ako ovim zakonom nije drugačije određeno.

Na osnovu podataka Osnovnog suda u Novom Sadu³³ u periodu od 01.06.2017. do 15.04.2018. godine, prema Evidenciji o predlozima za produženje hitnih mera, podneto je 897 predloga, od čega je u 891 slučaju doneta odluka da se predlog usvoji i mera produži, a što iznosi 99% slučajeva, dok je u 6 slučajeva predlog odbijen (1%):

³³ Dopis Osnovnog suda u Novom Sadu broj: SU VIII-135/18 od 03.05.2018. godine.

**Одлуке ОС поводом предлога ЈТ
за продужење хитних мера
(897 предмета)**



Osnovnom sudu u Novom Sadu je podneto 120 žalbi, od čega je preko 95% potvrđenih odluka.

U 179 slučajeva je izrečena mera privremenog udaljenja učinioca iz stana, dok je u 324 slučaja izrečena mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj, što se može videti u sledećoj tabeli:

Однос изречених мера у ОС

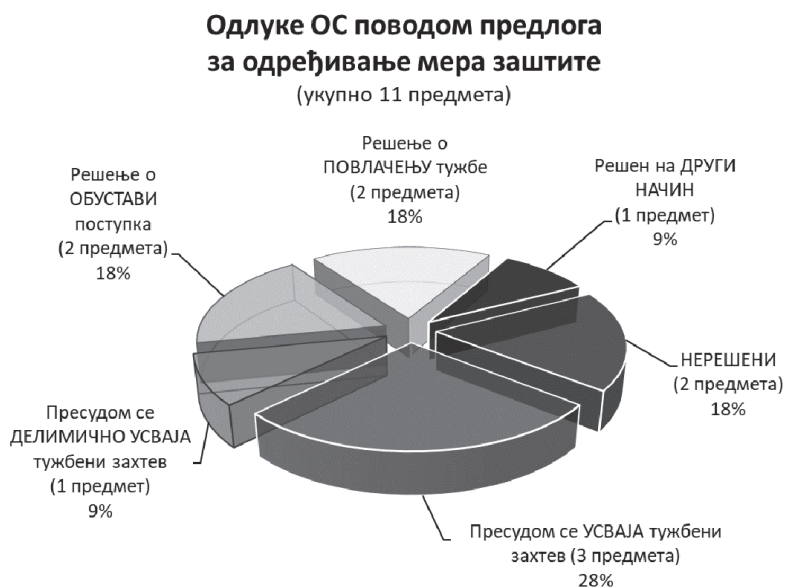
Мера привременог удаљења учиниоца из стана	Мера привремене забране учиниоцу да контактира са жртвом и да јој прилази
179	324

Iz Evidencije o određenim merama zaštite od nasilja u porodici, broj podnetih predloga za određivanje mere zaštite u porodici je 11, od toga su 9 podnosilaca fizička lica, u 2 slučaja podnosilac je Osnovno javno tužilaštvo:

**Однос ПОДНОСИЛАЦА
за одређивање мера заштите**

Физичка лица	Основно јавно тужилаштво
9	2

U tri predmeta je doneta presuda kojom se tužbeni zahtev usvaja, jedna presuda u kojoj se tužbeni zahtev delimično usvaja, dva rešenja kojima se postupak obustavlja, dva rešenja o povlačenju tužbe, jedan predmet je rešen na drugi način (preveden u običan P2 predmet i dva predmeta su nerešena. Odnos navedenih predmeta se može najbolje videti na sledećoj slici:



U pogledu broja podnetih žalbi, kojih je bilo dve, obe su potvrđene – presuda na osnovu rasprave – usvojeno.

Ovo se odnosi na parnični postupak.

6. ULOGA CENTRA ZA SOCIJALNI RAD U SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

Centar za socijalni rad je važan organ u sprečavanju nasilja u porodici. U okviru svakog centra postoji poseban tim stručnjaka koji pomažu u sprečavanju nasilja u porodici i pružaju podršku žrtvama nasilja u porodici.

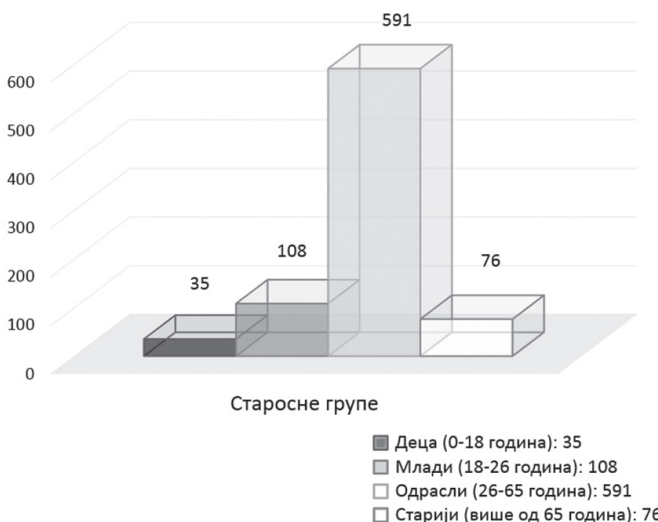
Prema podacima Centra za socijalni rad u Novom Sadu³⁴ u periodu od 01. juna 2017. do 15. aprila 2018. godine evidentirano je ukupno 810 žrtava nasilja u porodici. U pogledu strukture žrtava nasilja prema starosnim grupama i polu, radi se o sledećim kategorijama lica:

³⁴ Dopis Centra za socijalni rad grada Novog Sada broj: 20-55103-595/18 od 11.05.2018. godine.

- Deca (0-18 godina) – 35 (13 muškog i 22 ženskog pola)
- Mladi (18-26 godina) – 108 (27 muškog i 81 ženskog pola)
- Odrasli (26-65 godina) – 591 (114 muškog i 477 ženskog pola)
- Stariji (više od 65 godina) – 76 (32 muškog i 44 ženskog pola)

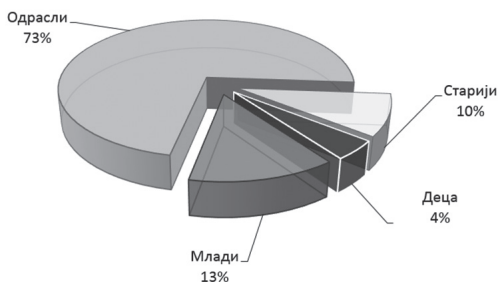
Iz navedenih podataka se jasno vidi da ima najviše žrtava ženskog pola, a da je nasiljem u porodici najviše pogođena starosna grupa između 26 i 65 godina.

Структура жртава насиља према старосним групама



U najvećem broju slučajeva žrtve su u 73% slučajeva odrasla lica, u 13% slučajeva mladi, u 10% slučajeva starija lica i u 4% slučajeva deca.

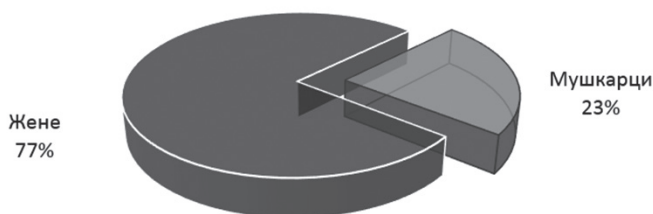
Структура жртава насиља према старосним групама
(изражена процентуално)



Na ovom mestu je interesantno uporediti navedene podatke se statističkim podacima u pogledu strukture žrtava nasilja prema starosnim grupama, odnosno njihov međusobni odnos, Republičkog zavoda za statistiku iz 2016. godine.³⁵ Naime, od ukupno 502 žrtve, 96.2% (483) su lica starija od 18 godina, 2.2% mladi (lica od 14 do 18 godina), dok 0.16% su deca (do 14 godina). Iz navedenog se jasno može zaključiti da takođe ubedljivo najveći broj žrtava čine odrasla i starija lica.

Što se tiče polne strukture, žrtve nasilja u porodici su u 77% slučajeva lica ženskog pola, a 23% slučajeva lica muškog pola, a sličan odnos je i prema podacima RZS iz 2016. godine³⁶ (374 lica ženskog pola (74.5%) i 128 lica muškog pola (25.5%).

Структура жртава насиља према полу
(изражена процентуално)



U pogledu broja individualnih planova zaštite i podrške žrtvi koji se izrađuju na koordinativnim sastancima OJT-a, CSR-a i Policije zaključno sa mesecom februarom 2018. godine izrađeno je 44 plana podrške i zaštite. U CSR Novi Sad se u stručnom postupku za nasilje u porodici, za svaku žrtvu, sačinjava individualni plan zaštite od nasilja u čijoj izradi učestvuje žrtva i voditelj slučaja.

Podaci koji se odnose na vrstu i broj planiranih mera zaštite kao i na planirani broj mera podrške žrtvi nasilja, još nisu dostupni jer su Centralnoj evidenciji o slučajevima nasilja u porodici, koja još uvek nije u potpunosti formirana (za koju je zaduženo Republičko javno tužilaštvo), zbog čega iz Centra za socijalni rad ne mogu da se dobiju tačni brojevi podaci.

U navedenim planovima zaštite i podrške kao mere zaštite/podrške, najčešće se planiraju sledeće mere:

³⁵ <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>

³⁶ <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20175629.pdf>

Планиране мере заштите	Вођење и праћење кривичног поступка (Тужилаштво)
	Оснаживање и психо-социјална подршка жртви (ЦСР)
	Покретање поступка за изрицање мера заштите од насиља у породици, у парничном поступку (ЦСР, жртва)
	Сарадња надлежних институција у вези достављања налаза и мишљења и других процена, као и размена сазнања (Полиција, Тужилаштво, ЦСР)
	Услуге смештаја у Сигурну женску кућу (ЦСР)
	Материјално и економско оснаживање жртве (ЦСР)

7. ULOGA PREKRŠAJNOG SUDA U BORBI PROTIV NASILJA U PORODICI

Uloga Prekršajnog suda u borbi protiv nasilja u porodici prema Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici se ogleda u vođenju prekršajnih postupaka protiv učinilaca prekršaja propisanih u tom Zakonu (član 36). Zakonom je propisano da će se za prekršaj kazniti lice koje prekrši hitnu meru koja mu je izrečena ili produžena i to kaznom zatvora do 60 dana. U slučaju kada prekršajni sud donese osuđujuću presudu, ona se može izvršiti i pre njene pravnosnažnosti, prema Zakonu o prekršajima. U Prekršajnom sudu u Novom Sadu³⁷ od početka primene Zakona do 31.03.2018. godine podneto je 83 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, od toga su dva zahteva prevedena u redovan postupak, kažnjeno je 77 lica, a oslobođeno svega 4 lica, što se može videti u sledećoj tabeli:

Захтеви за покретање прекршајног поступка	83
Кажњено	77
Ослобођено	4
Преведено у редован поступак	2

U pogledu kazni izrečenih u prekršajnim postupcima, u navedenom periodu, ukupno je kažnjeno 77 lica, od kojih je 76 lica (odnosno 99% lica) kažnjeno kaznom zatvora u trajanju od 5 do 50 dana, od čega je najviše izrečenih kazni za-

³⁷ Dopis Prekršajnog suda u Novom Sadu br. SU I-I 157/2018 od 16.05.2018. godine.

tvora u rasponu od 30-35 dana, a svega jedno lice je kažnjeno novčanom kaznom u iznosu od 20.000 dinara.



Takođe je propisano da će se novčanom kaznom od 50.000 do 150.000 dinara kazniti za prekršaj odgovorno lice u državnom i drugom organu, organizaciji i ustanovi koje policiji ili javnom tužiocu neodložno ne prijavi ili ne reaguje na prijavu ili opstruira prijavljivanje ili reagovanje na svako saznanje o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega. Ovih prekršaja nije bilo do sada u Prekršajnom sudu u Novom Sadu, prema podacima dobijenim od Prekršajnog suda.

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iako su od osamdesetih godina prošlog veka u velikom broju država usvojeni propisi radi unapređenja rada nadležnih organa u suzbijanju nasilja u porodici i zaštite žrtava ovog vida nasilja, vrlo malo empirijskih istraživanja je posvećeno ispitivanju načina na koji policija pruža pomoć žrtvama nasilja u porodici, u smislu da li se radnje policije razlikuju u odnosu na druge vrste interpersonalnih konflikata. Osim toga, izuzetno mali broj istraživanja je posvećen ispitivanju primene mera koje u sebi ne sadrže prinudu. Zbog toga će biti posebno važno sprovesti ovakva ili slična istraživanja kod nas, radi objektivnog sagledavanja efikasnosti i efektivnosti novo uvedenog sistema, kao i određivanja daljeg pravca razvoja zakonske regulative i postupanja nadležnih organa, a za šta je potrebno duže vreme primene Zakona. Značaj ovakvih istraživanja se najbolje može videti na primeru jednog istraživanja koje je sprovedeno u SAD-u, a koje se odnosilo na analizu postupanja policijskih službenika prilikom rešavanja sukoba (nasilja u

porodici). Prema ovom istraživanju, najčešći (ispunjeni) zahtevi žrtve za pomoć uključuju traženje informacija (13.3%), podnošenje krivične prijave (16.9%) i fizičku zaštitu (8.4%), dok najčešći (ispunjeni) zahtevi za kontrolom uključuju savetovanje ili ubeđivanje osumnjičenog da nešto učini ili ne učini (19.3%), obavezivanje da napusti lice mesta (13.3%) ili upozoravanje osumnjičenog da nešto učini ili ne učini (10.8%), kao i hapšenje osumnjičenog (10.8%). U pogledu primene neprinudnog pristupa, a bez prethodnog zahteva od strane žrtava preduzete su sledeće mere: u preko 51,5% policijski službenici su pružili pomoć žrtvama u pogledu načina rešavanja problema, u 38,4% slučajeva poučili su žrtve o tome da pozovu policiju ukoliko se sukob ponovi, u 30,6% pružena je uteha i umirenje žrtve, dok su žrtve upućene na rešavanje sukoba pravnim mehanizmima u 21,5% slučajeva. Policijske akcije tokom rešavanja sukoba su značajno uslovljene imovinskim stanjem žrtve i obrazovanjem službenika. Naime, pružanje informacija zavisi od starosne dobi žrtve, da li je žrtva povređena, obrazovanja policijskog službenika i oficirske jedinice – istraživanja su pokazala da je veća verovatnoća da će žrtva dobiti informacije ukoliko je bila mlađeg ili starijeg uzrasta, povređena, a službenik je imao visoko obrazovanje. Osim toga, službenici su bili skloniji da upute žrtve da koriste pravne mehanizme za rešavanje problema, ako je žrtva bila žena, ali ne siromašna, a službenik je imao visoko obrazovanje.³⁸

Kada je u pitanju primena novog Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, neophodno je da prođe određeno vreme da bi se pokazali efekti njegove primene. Iako rezultati primene novih zakonskih rešenja posle samo jedne godine nisu dovoljni donošenje generalnih zaključaka, oni su dovoljan i veoma značajan polazni osnov za dalja istraživanja, obimnija i kompleksnija, koja treba da se nadovežu na ova prvobitna. Prvi podaci na jednom reprezentativnom uzorku (teritorija grada Novog Sada) su značajan pokazatelj opravdanosti novih zakonskih rešenja, s obzirom na to koliko je broj prijavljenih krivičnih dela u pitanju, kao i izuzetnih rezultata rada nadležnih organa i to Policijske uprave, Osnovnog javnog tužilaštva, Osnovnog suda, Prekršajnog suda, i Centra za socijalni rad. Nova zakonska rešenja su evidentno pomogla građanima da se lakše odlučuju na podnošenje prijave za nasilje u porodici, ali isto tako je stručno i savesno postupanje nadležnih organa onemogućilo zloupotrebe u vezi sa podnetim prijavama. Iz odnosa prijavljenih slučajeva, izvršenih procena rizika, potvrđenih procena i donetih odluka za primenu hitnih mera, zaključuje se da je preventivna delatnost bila uspešna kada je u pitanju nasilje u porodici, kao i da se u svakom konkretnom slučaju postupalo sa maksimalnom pažnjom, te da se nije radilo po principu automatizma, već u skladu sa konkretnim okolnostima slučaja. Rezultati ovog rada mogu da posluže budućim istraživanjima ove vrste i da predstavljaju smernicu u daljem radu nadležnih organa.

³⁸ O ovome, videti: I. Sun, „Police response to victims of domestic and non-domestic violence“, *Journal of Health and Human Services Administration* 3/2006, 157-162.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Fight against Domestic Violence in Practice of Competent Authorities in Novi Sad

Abstract: *Improving legal solutions and the specialization of competent authorities in combating domestic violence, over the past few years, are an important novelty in relation to this issue. The most important step in the fight against domestic violence was the adoption of the new Law on the Prevention of Domestic Violence, which began into force on 1 June 2017. Since the adoption, the new law has been the object of interest of the professional, and especially the general public, who expressed great expectations in terms of the results of the implementation of new legal solutions. In addition, the Law has caused great controversy, especially in the part of the professional public, in the sense of justifying certain solutions. Since it is very important what kind of results were given new legal solutions, after almost a year from the beginning of the implementation of this Law, the conclusions of success can be analyzed and carried out. The subject of this paper is precisely the presentation and analysis of statistical data on the results of the work of police, judiciary bodies and the Center for Social Work in the area of the city of Novi Sad.*

Keywords: *domestic violence, police, court, prosecution, center for social work.*

Datum prijema rada: 19.06.2018.

*Dr Dragiša S. Drakić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Drakić@pf.uns.ac.rs*

*Dr Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

UTVRĐIVANJE ISTINE U PREKRŠAJNOM POSTUPKU – UTVRĐIVANJE PREKRŠAJNE ODGOVORNOSTI¹

Sažetak: *Prekršaji, kao vrsta kaznenih dela, u Republici Srbiji su dela koja se najčešće čine. Najveći broj lica koja se kazne za učinjeni prekršaj kažnjava se novčanom kaznom, dok je izricanje kazne zatvora retkost. Međutim, ne tako mali broj prekršajno kažnjenih lica, nalazi se na izdržavanju tzv. supletornog zatvora. Kao dela koja se najčešće čine i koja su manje društveno opasna, pojednostavljen je postupak utvrđivanja istine u prekršajnom postupku. Prekršajne sanckije izriče prekršajni sud, ali postoji mogućnost da i Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki izrekne novčanu kaznu. Osim toga, ovlašćeni organ odnosno ovlašćeno lice može da izda prekršajni nalog.*

Predmet pažnje autora jeste upravo postupak u kojem se utvrđuje istina od strane prekršajnog suda, a cilj je da se ukaže na određenje nedostatke koji se propisuju u aktuelnom Zakonu o prekršajima a koji otežavaju ili onemogućavaju utvrđivanje istine. Osim toga, autori u radu ukazuju i na određene nedostatke prilikom izdavanja prekršajnog naloga, gde je utvrđivanje istine zanemareno, a glavni cilj jeste da se učinilac kazni a izrečena novčana kazna u fiksnom iznosu što pre naplati.

Ključne reči: *istina, prekršaj, prekršajni nalog, dokazi, sporazum.*

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.

UMESTO UVODA

Iako se smatra da su prekršaji najblaža kaznena dela, gde prekršajne sankcije najmanje pogađaju učinioca prekršaja,² u ne tako malom broju slučajeva prekršaj može biti stroži od krivičnog dela, odnosno odgovornost za prekršaj može biti stroža od krivične odgovornosti.³ Sankcije koje su propisane za prekršaj nisu ni malo zanemarljive, a svako lice kome je izrečana sankcija postaje prekršajno kažnjeno lice. Postaje neko ko je učinio *kazneno delo*. Svako prekršajno kažnjeno lice upisuje se u registar sankcija na zakonom propisan vremenski period. Pojedinačnim zakonima, pa čak i nižim pravnim aktima propisuju se pravne posledice prekršajnog kažnjavanja.

Bez obzira na sve, zakonodavac je pošao od toga da prekršaji nisu toliko „značajni“, te nije ni posvetio naročitu pažnju prilikom donošenja Zakona o prekršajima.⁴ Nadalje, prekršaji mogu da se propišu zakonima, uredbama ali i pokrajinskim i lokalnim odlukama. Ne tako mali broj propisa u kojima su propisani prekršaji takođe imaju velike nedostatke. Tako se, na primer, lokalnim propisima propisuju kao prekršaji radnje koje po zakonu ne bi smele da budu prekršaj, a sankcije se propisuju na način koji je suprotan Zakonu o prekršajima. U „prekršajnim propisima“ nalaze se kontradiktornosti, a donosioci propisa su neretko nedorečeni, što utiče na pravnu (ne)sigurnost.

S obzirom na velike nedostatke u materijalnim odredbama „prekršajnih propisa“, trebalo bi da sam prekršajni postupak⁵ bude uređen na način da istina u njemu može da se utvrdi, kako u pogledu prekršaja tako i u pogledu prekršajne odgovornosti okrivljenog lica. Međutim, to nije slučaj sa našim aktuelnim Zakonom o prekršajima. Zakon o prekršajima ne uređuje u potpunosti prekršajni postupak, već se shodno primenjuju odredbe Zakonika o krivičnom postupku. Iako se ZP-om propisuje četrnaest načela prekršajnog postupka, u samom Zakonu najzastupljenije je načelo ekonomičnosti i efikasnosti. U jednom radu nije moguće ukazati na sve pojedinosti koje utiču na utvrđivanje istine u ovom kaznenom postupku, tako da ćemo u ovom radu ukazati na nekoliko, koje su po našem mišljenju najznačajnije.

² Prekršaji su manje ozbiljna kaznena dela. Roberts Jenny M, Why Misdemeanors Matter: Defining Effective Advocacy in the Lower Criminal Courts, *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, 2011, 290.

³ O tome vid. Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2016, 937-955; Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (II deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2017, 405-415.

⁴ Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (*Odluka Ustavnog suda*). (u daljem tekstu: Zakon o prekršajima ili ZP).

⁵ Prekršajni postupak je podvrsta krivičnog postupka. Vid. N. N. Kolakov, *Rassmotrenie del ob administrativnykh pravonarusheniyah*, Moskva, 2012, 11.

1. ORGANI NADLEŽNI ZA VOĐENJE PREKRŠAJNOG POSTUPKA – KO MOŽE DA „KAZNI“ UČINIOCA PREKRŠAJA?

Sudovi su samostalni i nezavisni državni organi koji vrše sudsku vlast.⁶ Okrivljenom licu zbog učinjenog krivičnog dela samo nadležni sud može da izrekne sankciju. Prekršajni postupak vode prekršajni sudovi, ali od ovog pravila postoje i izuzeci. Osim prekršajnog suda, novčanu kaznu može da izrekne i ovlašćen organ, odnosno ovlašćeno lice kao i Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Nije teško doći do zaključka da *istinu* o tome da li je učinjeno *kazneno delo* „najpouzdanije-najobjektivnije“ može da utvrdi sud. Međutim, sudski prekršajni postupak u poređenju sa *izdavanjem prekršajnog naloga* je neekonomičan i neefikasan.

Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki⁷ vodi prekršajni postupak u prvom stepenu za prekršaje propisane zakonom o javnim nabavkama. Prekršajni postupak vodi veće Republičke komisije u čijem radu ne mogu učestvovati članovi Republičke komisije koji su učestvovali u radu veća koje je odlučivalo u postupku zaštite prava u vezi sa istim postupkom nabavke. Prekršajni postupak pred Republičkom komisijom pokreće se na zahtev Uprave za javne nabavke, Državne revizorske institucije, drugog ovlašćenog organa ili po službenoj dužnosti, odmah po saznanju za prekršaj.⁸

Utvrđivanje *istine* o tome da li je učinjen prekršaj od strane ovlašćenog lica jeste u pojedinim slučajevima *problematično*. Ovlašćeni organ, odnosno ovlašćeno lice će izdati prekršajni nalog ukoliko je prekršaj iz njegove nadležnosti otkrio na jedan od sledećih načina: 1) neposrednim opažanjem policijskog službenika ili ovlašćenog službenog lica prilikom kontrole, nadzora i pregleda, kao i uvidom u službenu evidenciju nadležnog organa; 2) uvidom u podatke koji su dobijeni uz pomoć uređaja za nadzor ili merenje; 3) prilikom inspeksijskog ili drugog nadzora pregledom dokumentacije, prostorija i robe ili na drugi zakonom propisan način.⁹ Reč je o prekršajima koji se utvrđuju „na licu mesta“, gde ovlašćeno lice mora da izda prekršajni nalog, a lice kojem je izdat nalog nema mogućnost da se brani, odnosno nema pravo da dokazuje da nije kriv. Na primer, moguće je da postoji osnovi koji isključuju protivpravnost ili krivicu, ali to je prilikom izdavanja prekršajnog naloga irelevantno.

Prilikom izdavanja prekršajnog naloga ne postoji *tužilac* koje će da prekršajno goni učinioца prekršaja, niti *sudija* koje će da utvrdi da li je okrivljeni učinio prekršaj, već samo *ovlašćeno lice* izdaje prekršajni nalog. Iako ovlašćeno lice

⁶ Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, 74.

⁷ Zakon o javnim nabavkama, *Službeni glasnik RS*, br. 124/2012, 14/2015, 68/2015.

⁸ Čl. 165 Zakona o javnim nabavkama.

⁹ Čl. 169 Zakona o prekršajima.

može da izda prekršajni nalog za one prekršaje za koje je propisana novčana kazna u fiksnom iznosu, ipak je reč o strogim kaznama. Svakako da lice kojem je izdat prekršajni nalog može da podnese zahtev za sudsko odlučivanje.

1.1. Utvrđivanje prekršajne odgovornosti od strane „neovlašćenog lica“

S obzirom na to da se prekršaji mogu propisivati i lokalnim odlukama, u njima se propisuju prekršaji koji po zakonu ne bi smeli da se propišu kao ova vrsta kaznenih dela. Osim toga, postupak utvrđivanja istine se pojedinim lokalnim odlukama narušava. Radi se o tome da se *utvrđivanje istine* stavlja u nadležnost drugog „lica“. Kako se u nauci navodi: Poslednjih godina srpsko krivično pravo i pravo krivičnog postupka prolazi kroz veoma dinamičan period razvoja. Nacrti, predlozi izmena, dopuna ili promena, ili potpuno novi zakonski tekstovi su česti i teško je odupreti se utisku da smenjuju jedni druge velikom brzinom.¹⁰ Ovakav stav sasvim odgovara i propisima iz oblasti prekršajnog prava. U njima se mogu naći određene raznolikosti, a mi ćemo ukazati na dve lokalne odluke.

1. U prvom slučaju, lice koje je ovlašćeno za izdavanje prekršajnog naloga ne utvrđuje da li je jedno lice učinilo prekršaj ili nije, ali će se ipak izdati prekršajni nalog. Iako ovakvo rešenje deluje paradoksalno i suprotno svakoj logici, mi ćemo ukazati na jednu lokalnu odluku kojom je propisano takvo rešenje. Odlukom o javnom linijskom prevozu putnika na teritoriji grada Beograda¹¹ propisano je: ukoliko putnik ne poseduje važeću kartu i ne želi da kupi posebnu kartu, dužan je da kontroloru ili ovlašćenom licu pruži podatke o svom identitetu. Podatke o licu koje se u momentu kontrole zateklo u vozilu ili u rezervisanom prostoru, bez važeće karte i koje ne kupi posebnu kartu, kontrolor upisuje u službeni evidenciju i elektronskim putem stavlja na uvid komunalnoj policiji radi izdavanja prekršajnog naloga. Ovako sačinjen i elektronski potpisan prekršajni nalog šalje se elektronskim putem kontroloru na njegov prenosni uređaj, koji ga štampa i uručuje licu.¹² Iako je komunalna policija sačinila prekršajni nalog, *istinu* da je putnik učinio prekršaj, utvrdio je *kontrolor*.

¹⁰ Branislav Ristivojević, Istina kao glavna žrtva angloamerikanizacije domaćeg krivičnog prava: Darvinov rasad u srpskoj šumi, zbornik radova – *LV Redovno godišnje savetovanje udruženja – Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet* – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Zlatibor, septembar 2015, 3.

¹¹ Odluka o javnom linijskom prevozu putnika na teritoriji grada Beograda, *Službeni list grada Beograda*, br. 61/2009, 10/2011, 55/2011, 69/2014, 2/2015, 86/2016. Detaljno o ovome vid. Ivan Milić, Stefan Samardžić, Prekršajna odgovornost putnika u oblasti javnog prevoza, *Usluge i zaštita korisnika: Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 8. maja 2015. godine*, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, str. 143-159.

¹² Čl. 36a Odluke.

2. Kada je reč o prevozu putnika na teritoriji grada Novog Sad, lokalnom odlukom¹³ se propisuje malo modifikovano rešenje. Naime, putnik za vreme vožnje mora da ima važeću voznu kartu ili ispravu na osnovu koje ima pravo na prevoz i da je na zahtev vozača, konduktera i kontrolora pokaže, radi kontrole. Putnik koji se u vozilu zatekne bez važeće vozne karte, odnosno isprave na osnovu koje ima pravo na prevoz, dužan je, da na zahtev vozača, konduktera i kontrolora, u zavisnosti od načina organizacije naplate vozne karte, pokaže ličnu kartu ili drugu javnu ispravu o identifikaciji, i da plati voznu i posebnu kartu. Ukoliko putnik odbije da kupi posebnu kartu, kontrolor je dužan da sačini zapisnik. Podaci iz zapisnika o putnicima koji ne kupe posebnu kartu unose se u službeni evidenciju i *dostavljaju komunalnoj policiji*, radi izdavanja prekršajnog naloga.¹⁴ I u ovom slučaju komunalna policija izdaje *prekršajni nalog*, a istinu je utvrdio vozač, kondukter ili kontrolor.

1.2. Mogućnost utvrđivanja istine od strane prekršajnog suda

Ukoliko lice kojem je izdat prekršajni nalog smatra da nije kriv za učinjeni prekršaj (smatra da nije istina da je kriv), može da podnese zahtev za sudsko utvrđivanje istine. To čini na način, tako što u roku od *osam dana* od dana uručenja prekršajnog naloga, isti potpisuje i dostavlja nadležnom prekršajnom sudu. U praksi se mali broj lica, iako smatraju da nisu krivi, odlučuje da sud u prekršajnom postupku utvrđuje istinu, iz razloga neizvesnosti ishoda sudskog postupka kao i novčanih sredstava. Naime, ukoliko lice kojem je izdat prekršajni nalog, u roku od osam dana plati polovinu izrečene kazne oslobađa se plaćanja druge polovine. Ako, pak, zahteva sudsko utvrđivanje istine, rizikuje da se u tom postupku utvrdi da je kriv za učinjeni prekršaj, te da u tom slučaju plati *pun iznos izrečene kazne i sudske troškove*. Osim toga, ukoliko sud utvrdi da je lice kojem je izdat prekršajni nalog odgovorno za prekršaj, ne postoji mogućnost za oslobodenje ili za ublažavanje kazne. Takođe, sud u ovom slučaju ne može da izrekne ni opomenu, kao najblažu sankciju koja se može izreći punoletnim učinocima prekršaja.

1.3. Pojedine „posledice“ izdavanja prekršajnog naloga

Iako se možda na prvi pogled čini da prekršajni nalog i nema veliku „kazne-nopravnu represiju“ prema licu kojem je izdat, to se ipak samo čini. Ukoliko lice ne plati prekršajni nalog postoji mogućnost da se izrečena kazna prinudno naplati. Osim toga, fizičkom licu, preduzetniku i odgovornom licu u pravnom licu protiv koga je izdat prekršajni nalog neplaćena novčana kazna će se zameniti kaznom

¹³ Odluka o javnom prevozu putnika na teritoriji grada Novog Sada, *Službeni list grada Novog Sada*, br. 60/2010, 28/2014, 69/2014, 74/2016, “Službeni glasnik RS”, br. 104/2017 (Odluka Ustavnog suda), “Službeni list grada Novog Sada”, br. 54/2017 (Odluka Ustavnog suda).

¹⁴ Vid. čl. 36, 42, 43 Odluke.

zatvora ili radom u javnom interesu. Dakle, dolazi se do zaključka da se određeni broj lica nalazi na izdržavanju kazne zatvora, jer je „*utvrđeno*“ da su učinili prekršaj, kao jedno kazneno delo. Jedan broj lica koji se nalazi u kaznenim zavodima jesu upravo lica kojima je izdat prekršajni nalog, a ona iz različitih razloga nisu platili izrečenu kaznu. Ta lica su stekla status *prekršajno kažnjenih lica*, koja se upisuju u registar sankcija iz kojeg se brišu nakon četiri godine.¹⁵

2. GLAVNE PREPREKE KOJE SPREČAVAJU UTVRĐIVANJE ISTINE U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Iako smo rekli da se istina najobjektivnije i najnepristrasnije može utvrditi u prekršajnom postupku koji se vodi od strane prekršajnog suda, aktuelni Zakon o prekršajima sadrži određene odredbe koje mogu da dovedu do toga da se istina ni u prekršajnom postupku *ne utvrđuje*. Naime, da bi se utvrdila istina u prekršajnom postupku, potrebno je da se održi *pretres*.¹⁶ Pretres predstavlja deo prekršajnog postupka u kojem se u pravom smislu reči sudi, tokom kojeg se obezbeđuje i utvrđuje materijal za donošenje presude, a potvrđivanje prvostepene presude u mnogome zavisi od načina rukovođenja postupkom, vođenjem pretresa, u smislu nečinjenja nepotrebnih procesnih propusta koji bi se kasnije odražavali na odluku drugostepenog suda u postupku po žalbi.¹⁷ Međutim, prema ZP-u održavanje pretresa nije obavezano u prekršajnom postupku¹⁸, njegovo održavanje predstavlja samo mogućnost. Pretres se određuje *kada sud oceni* da je to potrebno radi pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja.¹⁹ Sud ima slobodu da odluči da li će ili neće održati pretres.

¹⁵ Vid. Ivan Milić, Evidencija prekršajno kažnjenih lica, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2015, 239-251.

¹⁶ Glavni pretres ima značaj glavnog i centralnog dijela krivičnog postupka na kojem se raspravlja o krivičnopravnom zahtjevu, tj. traže se odgovori na pitanja koja su u vezi s utvrđivanjem krivičnog djela, okolnostima pod kojim je djelo izvršeno, pitanjima vezanim za počinioca krivičnog djela i njegovu ličnost, te izricanje krivičnopravne sankcije. U procesnom smislu, glavni pretres je ročište na kojem se u okviru načela kontradiktornosti, neposrednosti, usmenosti i javnosti raspravlja o krivičnopravnom zahtjevu sadržanom u potvrđenoj ili na glavnom pretresu izmijenjenoj optužnici. Preuzeto od: Sabina Sarajlija, *Kriminalističke teme*, 3-4/2011, 118.

¹⁷ Iz Biltene Vrhovnog kasacionog suda, broj 2/2017, Intermex, Beograd – Autor teksta: Vesna Adamović, sudija Prekršajnog apelacionog suda.

¹⁸ Da li je pretres obavezan u svim predmetima? **PRAVNI STAV:** Prema važećem Zakonu o prekršajima, s obzirom da nezakazivanje pretresa ne predstavlja bitnu povredu odredaba prekršajnog postupka proizilazi zaključak da pretres nije obavezan u svakom predmetu. U prilog navedenog govore i odredbe čl. 85. i čl. 208. Zakona o prekršajima, te bi celishodnost zakazivanja pretresa bila cijenjena od strane sudije u svakom konkretnom predmetu. (Pravni stav zauzet na prvoj sednici sudija Višeg prekršajnog suda u Beogradu, 25. marta 2011. godine) – Pravni Informator, br. 3/2012, Intermex, Beograd, Priredio: Milan Milović.

¹⁹ Čl. 239 st. 1 ZP.

Da bi se utvrdila istina potrebno je da se okrivljeno lice sasluša, osim toga jedno od osnovnih prava okrivljenog jeste i pravo na odbranu. Međutim, ako uredno pozvani okrivljeni ne dođe i ne opravda izostanak ili u određenom roku ne da pisanu odbranu, a njegovo *saslušanje nije nužno* za utvrđivanje činjenica koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke, odluka se može doneti i *bez saslušanja* okrivljenog.²⁰ Nadalje, logično je da „ovlašćeno lice“ mora da zastupa optužbu, jer je jedno od osnovnih načela prekršajnog postupka upravo optužno načelo. Međutim, pretres se može održati bez prisustva podnosioca zahteva.²¹ Sada se dolazi do jedne „pravno čudne situacije“, koja se ogleda u tome da iako sudija zakaže pretres on se može održati iako se stranke nisu odazvale pozivu. Na ovaj način sud utvrđuje istinu, na pretresu bez stranaka.²²

3. (NE)MOGUĆNOST UTVRĐIVANJA ISTINE PUTEM VANREDNIH PRAVNIH LEKOVA

Iako je doneta pravnosnažna sudska odluka, postoje određeni mehanizmi da se i takva odluka „preispita“. Reč je o tome da i u prekršajnom pravu postoje vanredni pravni lekovi. Po Zakonu o prekršajima postoje dva vanredna pravna leka: 1. Zahtev za ponavljanje prekršajnog postupka; 2. Zahtev za zaštitu zakonitosti. Ako okrivljeni ili druga zakonom propisana lica smatraju da u pravnosnažnoj sudskoj odluci nije utvrđena istina, mogu da podnesu vanredni pravni lek, kako bi se preispitala doneta odluka. Kada je reč o prekršajno kažnjenom licu po ZP on nema pravo da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti. Prema Zakoniku o krivičnom²³ postupku zahtev za zaštitu zakonitosti mogu podneti Republički javni tužilac, okrivljeni i njegov branilac.²⁴ Prema novom Zakoniku, osim Republičkog javnog tužioca koji je bio eskluзивni zaštitnik zakonitosti i u čijim rukama je zahtev za zaštitu zakonitosti bio tradicionalno pravno sredstvo, okrivljeni i njegov branilac su takođe ovlašćeni da podnesu zahtev za zaštitu zakonitosti, s tim da okrivljeni može zahtev da podnese isključivo preko svog branioca.²⁵ S druge strane, prema Zakonu o prekršajima zahtev za zaštitu zakonitosti podiže samo Republički javni tužilac.²⁶ Ova-

²⁰ Čl. 93 st. 3 Zakona o prekršajima.

²¹ Čl. 240 ZP.

²² O tome koliko su ova rešenja u suprotnosti sa Ustavom RS vid. Ivan Milić, O nekim lošim rešenjima u Zakonu o prekršajima, Zbornik radova „Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme“, Kosovska Mitrovica, tom II, 2017, 131-144.

²³ Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

²⁴ Čl. 483 st. 1 Zakonika o krivičnom postupku.

²⁵ Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Krivično procesno pravo*, Novi Sad, 2015, 528.

²⁶ Čl. 285 st. 2 ZP.

kvim rešenjem Zakona o prekršajima prekršajno kažnjeno lice je u nepovoljnijem položaju, u odnosu na osuđeno lice u krivičnom postupku.²⁷

Iako smatra da prekršajni sud nije utvrdio istinu u pravnosnažnoj odluci, okrivljeni jedino u zakonom propisanom roku može da podnese zahtev za ponavljanje prekršanog postupka. Smatramo da okrivljeni može da podnese *inicijativu* Republičkom javnom tužiocu, kako bi on eventualno podneo zahtev za zaštitu zakonitosti.²⁸ Naime, Zahtev za zaštitu zakonitosti podiže Republički javni tužilac u roku od tri meseca od dana dostavljanja presude.²⁹ S obzirom na to da se RJT-u ne dostavlja presuda, on ni na koji način ne može da zna da li postoji osnov za podnošenje ovog vanrednog pravnog leka, pa nije teško doći do rešenja da će se u praksi „najčešće“ na osnovu inicijative okrivljenog RJT podnositi zahtev.

4. UTVRĐIVANJE ISTINE PRILIKOM SKLAPANJA SPORAZUMA O PRIZNANJU PREKRŠAJA

Po ugledu na Zakonik o krivičnom postupku i Zakonom o prekršajima se predviđa mogućnost sklapanja sporazuma o priznanju prekršaja. Kada se prekršajni postupak vodi za jedan prekršaj ili za više prekršaja u sticaju, ovlašćeni podnosilac zahteva, usmeno ili pisano, može predložiti okrivljenom ili njegovom braniocu zaključenje sporazuma o priznanju prekršaja, odnosno okrivljeni ili njegov branilac može ovlašćenom podnosiocu zahteva predložiti zaključenje takvog sporazuma.³⁰ Za razliku od krivičnog postupka, sporazum o priznanju prekršaja mogu da sklope okrivljeni i ovlašćeni podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka. Sporazum o priznanju prekršaja može da se sklopi za svaki učinjeni prekršaj nezavisno od toga

²⁷ Po zakonu o prekršajima iz 2005. godine prekršajno kažnjeno lice imalo je pravo na vanredni pravni lek *Zahtev za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude*. Članom 254 bilo je propisano: Zahtev za vanredno preispitivanje pravosnažne presude može se podneti protiv drugostepene presude zbog povrede zakona, a u slučaju i pod uslovima određenim ovim zakonom. Okrivljeni koji nije koristio redovni pravni lek protiv prvostepene odluke ne može podneti zahtev za vanredno preispitivanje pravosnažne presude, osim kad je samo po žalbi podnosioca zahteva izrečena stroža prekršajna sankcija iz člana 255. Zakona o prekršajima. Međutim, kasnijim izmenama i dopunama Zakona o prekršajima ovaj vanredni pravni lek je ukinut. Vid. Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 116/2008, 111/2009.

²⁸ *Iz sudske prakse*: **A)** Protiv pravnosnažnih odluka donetih u prekršajnom postupku zahtev za zaštitu zakonitosti podiže Republički javni tužilac u roku od tri meseca od dana dostavljanja presude. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, KZ-az Pr 4/15 od 11. 2. 2015). Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, 1. avgust 2017. **B)** Ovlašćenje za podizanje zahteva za zaštitu zakonitosti pripada isključivo Republičkom javnom tužiocu, a ne i okrivljenom koji ima samo mogućnost da nadležnom javnom tužiocu podnese inicijativu za podizanje zahteva za zaštitu zakonitosti. (Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Kzz Pr 2/15 od 28.01.2015). Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, 1. februar 2017.

²⁹ Čl. 285 st. 2 ZP.

³⁰ Čl. 233 st. 1 ZP.

koji je prekršaj učinjen, osim ako je reč o prekršaju za koji se izdaje prekršajni nalog. Prilikom sklapanja sporazuma „istinu utvrđuju“ ili bolje rečeno „o istini se dogovaraју“ okrivljeni i podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka.

Može se pretpostaviti da će samo ono okrivljeno lice koje je zaista krivo sklopiti sporazum o priznanju prekršaja. Međutim, ne isključuje se mogućnost da će i ono okrivljeno lice koje *nije krivo* sklopiti sporazum o priznanju prekršaja i postati prekršajno kažnjeno lice. Iako se mogu navesti mnogi razlozi, za prekršajni postupak je ipak karakterističan strah od prekršajne sankcije, kao i neizvesnost prekršajnog postupka. Nadalje, prilikom sklapanja sporazuma ovlašćeni podnosilac zahteva i okrivljeni se mogu saglasiti o izricanju okrivljenom kazne koja ne može biti ispod zakonskog minimuma propisanog članom 39. stav 1. ZP.³¹ Osim toga, na ovaj način se smanjuju i troškovi prekršajnog postupka.

Kod prekršaja iz oblasti bezbednosti javnog saobraćaja karakteristično je sklapanje sporazuma o priznanju prekršaja, i to iz razloga što se okrivljeni i podnosilac zahteva mogu sporazumeti da se zaštitna mera propisana za prekršaj za koji se okrivljeni tereti, izrekne u manjem obimu ili da se ne izrekne.³² Ova mogućnost postoji od donošenja Zakona o izmenama i dopunama Zakona o prekršajima.³³ Naime, prema Zakonu o bezbednosti saobraćaja na putevima³⁴ izricanje zaštitne mere „zabrana upravljanja motornim vozilom“ je obavezno, tako da učinilac prekršaja iz ove oblasti samo sklapanjem sporazuma o priznanju prekršaja može da izbegne izricanje ove mere. Reč je o meri koja može da traje i do jedne godine,³⁵ i koja u većini slučajeva teže pogađa učinioce od same izrečene novčane kazne.

5. UTVRĐIVANJE ISTINE OD STRANE PREKRŠAJNOG APELACIONOG SUDA U ROKU OD 48 ČASOVA

Neretko se dešava da su učinioci prekršaja, posebno oni iz oblasti bezbednosti javnog saobraćaja, stranci. Kako bi se obezbedilo njihovo prisustvo u pre-

³¹ Čl. 234 st. 2 ZP.

³² Čl. 234 st. 3 ZP.

³³ *Iz sudske prakse*: Sporazumom o priznanju prekršaja ne može se izbeći primena propisanih sankcija koje su po zakonu obavezne. *Iz obrazloženja*: Rešenjem prvostepenog prekršajnog suda odbijen je sporazum o priznanju prekršaja zaključen između ovlašćenog predstavnika podnosioca zahteva za pokretanje prekršajnog postupka i okrivljenog, jer nisu ispunjeni uslovi iz člana 236. Zakona o prekršajima, pošto se okrivljenom za prekršaj iz člana 332. stav 1. tačka 8. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima po zakonu mora izreći zaštitna mera zabrane upravljanja motornim vozilom u trajanju od najmanje od 30 dana, koju meru sporazum ne sadrži, pa je kao takav od strane prekršajnog suda odbijen kao neosnovan. (...). (Prekršajni apelacioni sud, Prž. 18638/15 od 12. oktobra 2015. godine) – Pravni Informator, br. 11/2015, Intermex, Beograd, Autor sentence: dr Tomica Delibašić. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, 1. februar 2017.

³⁴ Zakon o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – odluka US, 55/2014, 96/2015 – dr. zakon i 9/2016 – odluka US.

³⁵ Vid. čl. 58 ZP.

kršajnom postupku mogu se primeniti određene mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog. Takođe se mogu primeniti i mere kojima se obezbeđuje izvršenje prekršajne sankcije. Međutim, Zakonom o prekršajima se predviđa i izvršenje osuđujuće presude *pre pravnosnažnosti*³⁶, *i to ne samo kada je reč o stranim državljanima*. Osuđujuća presuda se može izvršiti i pre njene pravnosnažnosti u sledećim slučajevima: 1) ako okrivljeni ne može da dokaže svoj identitet ili nema prebivalište, ili ne živi na adresi na kojoj je prijavljen, ili ako ima prebivalište u inostranstvu ili ako odlazi u inostranstvo radi boravka, a sud nađe da postoji osnovana sumnja da će okrivljeni izbeći izvršenje izrečene sankcije; 2) ako je okrivljeni kažnjen za teži prekršaj iz oblasti javnog reda i mira, bezbednosti javnog saobraćaja ili teži prekršaj kojim se ugrožava život ili zdravlje ljudi ili ako to zahtevaju interesi opšte bezbednosti ili sigurnosti robnog i finansijskog prometa ili razlozi morala ili je kažnjen za prekršaj od kojeg mogu nastati teže posledice, a postoji osnovana sumnja da će nastaviti sa vršenjem prekršaja, ponoviti prekršaj ili da će izbeći izvršenje izrečene sankcije.³⁷ Ono što je sa utvrđivanjem istine u ovom slučaju specifično ogleda se u kratkoći rokova za žalbu, i posebno u roku u kojem drugostepeni sud mora da donese odluku. Naime, u ovom slučaju podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka može izjaviti žalbu u roku od 48 časova računajući od časa dostavljanja presude. S druge strane, ne određuje se rok u kojem *okrivljeno lice* može podneti žalbu, tako da treba prihvatiti da on to može učiniti u redovnom roku za podnošenje žalbe.

Ako okrivljeni izjavi žalbu protiv presude kojom je određeno izvršenje presude pre njene pravnosnažnosti, sud je dužan da žalbu sa spisom predmeta dostavi drugostepenom prekršajnom sudu u roku od 24 časa. S druge strane, drugostepeni prekršajni sud dužan je da o žalbi odluči i svoju presudu dostavi sudu u roku od 48 časova računajući od časa prijema spisa predmeta. Nije sporno da postoje razlozi za hitnost postupka, jer je pravnosnažnost presude nastupila pre izvršnosti,³⁸ ali ne možemo a da ne postavimo pitanje – da li je moguće da drugostepeni sud utvrdio istinu o ovom roku? Kako će da uspe da izvede određene dokaze u ovom roku, na primer ako je potrebno da sasluša svedoka? S tim u vezi, postoji bojazan da će drugostepeni sud po pravilu potvrđivati prvostepene odluke, s obzirom na to da nema vremena da utvrdi pravu istinu. Smatramo da uvek kada postoje uslovi da se izvršenje presude obezbedi na drugi način, posebno kada je izrečena kazna zatvora, treba primeniti mere za obezbeđenje izvršenja presude, a ne odlučivati da se presuda izvršava pre pravnosnažnosti.

³⁶ Vid. Snežana Bašić, Izvršenje novčane kazne i drugih novčanih iznosa sa osvrtnom na prinudnu naplatu na pokretnim i nepokretnim stvarima kažnjenog lica, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten*, br. 3/2014, 340.

³⁷ Čl. 308 Zakona o prekršajima.

³⁸ Posebno ako je okrivljenom licu izrečena zatvorska kazna.

UMESTO ZAKLJUČKA

Na osnovu svega iznetog u radu nije teško doći do zaključka da zakonodavac nije mnogo pažnje posvetio Zakonu o prekršajima. Kada je reč o istini, ona se može utvrđivati u prekršajnom postupku, pred Komisijom za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki i na način tako što se izdaje prekršajni nalog. U samom prekršajnom postupku najveći nedostatak je taj što sudija pretres ne mora da zakaže, ali i ako pretres zakaže na njemu ne moraju da budi prisutne stranke. Kada je reč o prekršajnom nalogu, ne može se sporiti da pojedinim licima odgovara takav način kažnjavanja s obzirom na njegovu izvesnost, dok je posebno pitanje da li je utvrđena istina. Osim toga, pojedinci prihvataju prekršajnu odgovornost jer smatraju da se plaćanjem polovine novčane kazne rešavaju svake dalje *posledice* kažnjavanja. Naime, lica kojima se izdaje prekršajni nalog ne upozoravaju se da će biti upisana u registar sankcija na četiri godine i da postoji mogućnost da trpe pravne posledice prekršajnog kažnjavanja. Možda je postupak utvrđivanja istine sveden na ovakav nivo pre svega iz razloga što su prekršaji najbrojnija kaznena dela, pa je u pojednostavljenoj proceduri najlakše odlučiti o kaznenom delu.

*Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Drakić@pf.uns.ac.rs*

*Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

Determination of a Truth in a Misdemeanour Procedure – Determination of a Misdemeanour Responsibility

Abstract: *Misdemeanours, as a type of criminal offenses, in the Republic of Serbia are the most frequently performed acts. The largest number of persons who are punished for the committed misdemeanour are fined, while prison sentences are rare. However, not so small number of misdemeanor sentenced persons are in the so-called fine default imprisonment. As the most commonly-occurring and less socially dangerous acts, the procedure for establishing the truth in the misdemeanor procedure is simplified. Misdemeanor sanctions are imposed by a misdemeanor court, but there is a possibility that the Republic Commission for the Protection of Rights in Public Procurement Procedures will impose a fine. In addition, the authorized body or an authorized person may issue a misdemeanor warrant.*

The object of attention is the procedure in which the truth is determined by the misdemeanor court, and the aim is to point out the deficiencies which are prescribed in the current Law on Misdemeanors that make it difficult or impossible to establish the truth. In addition, the authors also point out certain deficiencies in the issuance of a misdemeanor warrant, where the determination of the truth is neglected, and the main aim is to punish the perpetrator and charge a fine in the fixed amount as soon as possible.

Keywords: *truth, misdemeanor, misdemeanor warrant, evidence, agreement.*

Datum prijema rada: 26.03.2018.

*Dr Branislav R. Ristivojević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs*

DA LI JE ZAKON O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI ZAKAZAO?¹

Sažetak: *Pisac se u radu bavi mogućim uzorcima naglog povećanja broja ubistava i samoubistava u porodičnom nasilju u Srbiji o kome u poslednje vreme izveštavaju čak i organi zaduženi za njegovo sprovođenje. Prema njima broj ubistava u porodičnom nasilju naglo povećao. Ono što su mnogi izveštači ovih događaja zabeležili, ali tome nisu pridali naročitu važnost jeste podatak da je barem 2/3 izvršilaca tih ubistava odmah izvršilo i samoubistvo.*

Iz ovog podatka pisac izvodi zaključak da ih je po svemu sudeći, budući da su samoubice u pravilu očajni i beznadni ljudi, jedan krajnji bezizlaz iz životnih problema naveo na ovako ekstreman korak. Pisac vidi uzrok ovome u neopravdanim i nelegitimnim kvazisankcijama Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. Naime, hitne mere, kako ih naziva Zakon, su po svim svojim materijalnim sadržajima i odlikama krivične sankcije. I to vrlo teške sankcije. One koje oduzimaju čoveku mogućnost da vidi svoju porodicu i da živi u svojoj kući. Štaviše, one se izriču pojedincu koji ništa nije uradio, tzv. mogućem učiniocu nasilja u porodici. Na žalost, za razliku od klasičnih krivičnih sankcija koje se izriču od strane suda u krivičnom postupku, ove se izriču od strane policije nakon par desetina minuta razgovora sa čovekom koga Zakon naziva mogući učinilac nasilja u porodici. Rečju, zakonodavac je izmislio funkcionalni ekvivalent najtežih krivičnih sankcija neopterećen krivičnom procedurom odnosno neku vrstu kvazikazni koja se izriče kvaziučiniocu krivičnog dela u kvaziproceduri. Time je stvorio hibrid sa smrtonosnim posledicama. Krivična represija koja se doživljava od strane adresata krivičnog prava kao krajnje neopravdana i nelegitimna uvek vodi krajnjem

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na projektu Pravno-bezbednosni aspekti borbe protiv nasilja u porodici u cilju očuvanja porodice kao elementa održivog razvoja, koji finansira Autonomna pokrajina Vojvodina, Pokrajinski sekretarijat za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost, a čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

otporu i odbijanju koja ishoduje pogoršanjem i zaoštavanjem društvene pojave koju bi navodno da reši.

*Ovo dejstvo Zakona je pojačano uzbudljivim i enegičnim izveštavanjem srpskih medija o najnastranijim i najčudnijim slučajevima nasilja u porodici. Preuveličavanjem problema šalje se jedna iskrivljena slika ove patološke društvene pojave koja se mehanizmima Tardovog **Zakona imitacije** umnožava u žalosnoj ubilačko-samoubilačkom strasti. Zakonodavac je mora da do najvišeg stepena zaoštri bol, gnev i očajanje kada je uspeo na samo da navede ljude da ubijaju, nego i da okončaju svoje živote.*

Ključne reči: *femicid, siuicid, hitne mere, nasilje u porodici, kvazikazne.*

UVOD

Pod ovakvim ili sličnim naslovima se već od samog njegovog stupanja na snagu izveštava² o rezultatima primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici (u daljem tekstu: Zakon).³ Iako je pompezno najavljivan kao konačno rešenje za probleme porodičnog nasilja u Srbiji⁴ njegove manjkavosti su vidljive i jasne. One su ogledaju, na prvom mestu, u broju smrtnih ishoda koje imamo u porodičnom nasilju u Srbiji. Tako, prema vestima koje šire oni koji su zaduženi za njegovo sprovođenje, u Srbiji se nekoliko puta povećao broj ubijenih žena u porodičnom nasilju, u poređenje sa istim periodom prošle godine.⁵ Nažalost samo malobrojnima nije promakla činjenica da je u blizu 2/3 tih slučajeva ubistava žena, izvršilac ubistva nakon svog akta učinio i samoubistvo.⁶

² „Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao u praksi?“, *NI*, 7. jul 2017, <http://rs.n1info.com/a281692/Vesti/Vesti/Zakon-o-sprecavanju-nasilja-u-porodici-zakazao-u-praksi.html>, 22. maj 2018; „Ubijeno tri puta više žena nego prošle godine, da li je Zakon zakazao?“, *RTS*, 18. april 2018, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3109024/ubijeno-tri-puta--vise-zena-nego-prosle-godine-da-li-je-zakon-zakazao.html>, 22. maj 2018;

³ Zakon o sprečavanju nasilja u porodici – Zakon, *Službeni glasnik RS*, broj 94/16.

⁴ „Bravo državo, Nakon akcije Kurira usvojen Zakon o sprečavanju nasilja u porodici“, *Kurir*, 24. novembar 2016, <https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/2557015/kurir-tv-prenosi-uzivo--konferencija-u-palati-srbija-stefanovic-o-akciji-iskljuci-nasilje>, 22. maj 2018; „Od 1. juna nasilje više neće moći da se sakrije“, *Politika*, 27. maj 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/381535/Od-1-juna-nasilje-u-porodici-vise-nece-moci-da-se-sakrije>, 22. maj 2018.

⁵ Prema izjavi Vesne Stanojević „koordinatorke Savetovališta za nasilje u porodici“ datoj RTS-u ubijeno je 18 žena od početka godine, što je tri puta više nego prošle godine: fn 1; Prema izjavi Zorana Pašalića, Zaštitnika građana, ubijena 21 žena, što je u poređenju sa 29 za celu prošlu godinu „drastično povećanje“: „Pašalić: Od početka godine ubijena 21 žena“, *Danas*, 17. april 2018, <https://www.danas.rs/drustvo/pasalic-od-pocetka--godine-ubijena-21-zena/>, 22. maj 2018.

⁶ Podatak je iznet u formi zaključka na Konferenciji o femicidu u organizaciji Autonomnog ženskog centra: „Od početka godine ubijeno 20 žena“, *Politika*, 10. maj 2018, <http://www.politika.rs/scc/clanak/403471/Od-pocetka-godine-ubijeno-20-zena>, 22. maj 2018.

Ostavljajući na stranu sve metodološke i druge slične nedoumice i probleme neodgovarajućeg izvođenja zaključaka o kretanju stope neke vrste kriminaliteta, ostaje činjenica da je broj ubijenih žena značajno porastao u odnosu na isti period prošle godine. Takođe, po prvi put se da uočiti da izvršioci rečenih ubistava, nakon ovog akta izvršavaju i samoubistva.

Svrha ovog rada će biti da pokuša da pruži mogući odgovor na ova kretanja. Preciznije rečeno, rad će pružiti odgovor na pitanje zašto se neki odlučuju da ubiju ne samo svoje žene, nego i sebe nakon ubistva sopstvene žene? Iz odgovora na ovo pitanje će proizići i odgovor na pitanje zašto se uopšte odlučuju na prvi korak.

Ovim radom pisac ne želi da ponudi konačnu ocenu dejstava Zakona. O njegovim manjkavostima i problemima koje će stvoriti je već pisao, tako da za pisca ovi podaci, pod uslovom da su tačni, nisu iznenađenje.⁷ Ono što će ovim radom biti urađeno jeste dovođenje u vezu tih štetnih posledica Zakona koje je autor već predvideo sa poslednjim izveštajima o kretanju broja ubistava i samoubistava u porodičnom nasilju.

1. PRETPOSTAVLJENE ŠTETNE POSLEDICE ZAKONA

U pomenutim radovima pisac je predvideo kao ključnu štetnu posledicu Zakona rasturanje porodice. Iako je Zakon načelno, svojim nazivom, posvećen zaštiti porodice, u suštini, svojim rešenjima, on vodi ka njenoj eroziji. Razlog je koncepcija zakona u potpunosti oslonjena na ideju zaštite ljudskih prava tzv. žrtve nasilja u porodici, a koja, budući da vodi poreklo iz ideologije ekstremnog ili radikalnog feminizma, u njoj vidi samo ženu.⁸ Takođe, ova ideologija, u jednu neraskidivu celinu povezuje nasilju u porodici i seksualnu delinkvenciju, a uzrok tome traži u društvenim ustanovama koje naziva patrijarhalnim:

„Nejednaki odnosi moći između muškarca i žene oblikovani su i ugrađeni u društvene institucije kao što su porodica, pravni sistem, religiozni sistem i uverenja i ta patrijarhalnost društva je osnova muškog nasilja nad ženama.“⁹

Ovaj navod se ne nalazi u nekom tekstu neke NVO ekstremne feminističke orijentacije, već u zvaničnom materijalu za obuku zaposlenih u vaspitno-obrazov-

⁷ Branislav Ristivojević, „Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?“, *Crimen* 1/2017, 3-21; Branislav Ristivojević, „Rađanje porodičnog krivičnog prava u Srbiji: porodica kao njegova prva žrtva“, objavljeno u: *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti* (ur. Stanko Bejatović) 2017, 104-113.

⁸ Videti poglavlje pod nazivom: Kratka genealogija Zakona: B. Ristivojević (2017a), 5-6.

⁹ Ovaj kao i dva naknadna navoda preuzeti su navedenog Priručnika u izdanju Ministarstva prosvete i UNICEF-a iz 2015. godine. On je postao zvaničan materijal za obuku zaposlenih u vaspitno-obrazovnim ustanovama, ali i roditelja i đaka u „jačanju njihovih kapaciteta zaštite žrtava rodno zasnovanog nasilja“: Smiljana Grujić, *Priručnik za prevenciju rodno zasnovanog nasilja*, Beograd 2015, 5-6, 9.

nim ustanovama u Republici Srbiji koji nosi naziv „Priručnik za prevenciju rodno zasnovanog nasilja“. Na isti način kako država obučava zaposlene u školama i vrtićima, tako se i bori sa navodnim narastajućim talasom nasilja u porodici: ekstremno-feminističkim predrasudama o odnosima između polova.¹⁰ Rečju, Zakon se ne bavi zaštitom porodicom od nasilja već onim što ekstremna feministička ideologija naziva **rodno zasnovano nasilje**¹¹ tj. zaštitom žene od seksualnog nasilja. Zakonodavac pokušava da plaštom navodne brige za porodicu zaogrne pojam rodno zasnovanog nasilja kako bi ga lakše nakalemio u srpski pravni poredak. On i ne može da deluje drugačije nego ovako kako deluje. Ako je njegova stvarna svrha da zaštiti žene od seksualnog nasilja, a vrednosna potka Zakona izvor tog seksualnog nasilja vidi u patrijarhalnoj instituciji porodice, onda je način za rešenje problema tog nasilja demontaža porodice. Ako nema porodice, nema rodno zasnovanog nasilja, a ako njega nema, nema ni problema. Iz ovog razloga je pisac svojevremeno predvideo da će glavna žrtva ovog Zakona biti porodica, a ne nasilje.¹²

Mehanizmi Zakona kojim su stvorene pretpostavke za rasturanje i demontažu porodice, za potrebe ovog rada nisu važni i ne treba opterećivati čitaoca njihovim potpunim navođenjem, ali nije zgoreg podstići da su to, pored niza kvazikrivičnopravnih kategorija, kao najvažnije i istovremeno najpogubnije¹³ po porodicu u Srbiji kategorije *opasnost od nasilja u porodici*, *moгуći učinilac nasilja u porodici*, *procena nasilja u porodici* i najpogubnija među njima, ona koja je verujemo u najvećoj meri dovela do povećanja broja ubijenih žena i samoubistava izvršilaca rečenih ubistava, kategorija *hitne mere*.

2. HITNE MERE IZ ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI: NJIHOVA PRAVNA PRIRODA

Zakon poznaje dve¹⁴ vrste hitnih mera: 1) mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i 2) mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj.

¹⁰ Među piscima Zakona se nalaze i aktivisti NVO Incest trauma centar, iste one koja je pisala recenziju za Priručnik. Zato i ne treba da čudi da su ekstremni stavovi feminističkog „jevanđelja“ ugrađeni u oba akta.

¹¹ Za dobro i pregledno obrazloženje ovog pojma vidi: Ellen Willis, „Radical Feminism and Feminist Radicalism“, *Social Text* 9-10/1984, 91-118: „Radikalni feministi definišu silovanje i druge oblike muške agresivnosti kao oružje za sprovođenje muške nadmoći – za kažnjavanje ženskog ponašanja ili prosto podsećanje koje je gazda... ..radikalni feministi tvrdili su da je silovanje nasilje a ne seks... Ikonoklasti feminizma su implicitno izjednačavali heteroseksualnost sa silovanjem... Oni su stvorili „...neoviktorijansku karikaturu muške seksualne prirode i generalizovali je u sve patrijarhalne odnose... Sa ove tačke gledišta seksualno nasilje je esencija i svrha muške nadmoći, paradigmatična muška vrednost i stoga feministička glavna briga.“, 113-114.

¹² B. Ristivojević (2017b), 109.

¹³ B. Ristivojević (2017a), 11-18.

¹⁴ Zakon, čl. 17.

Zašto se mere nazivaju hitnim nije jasno. Niti Zakon niti Obrazloženje koje prati njegov Predlog¹⁵ to ne objašnjavaju. Ipak, Obrazloženje ima nekih naznaka šta one treba da predstavljaju. Tako prema njegovom slovu hitnim merama se učinilac nasilja:

„...lišava izvesnih prava na uštrb zaštite žrtve nasilja u strogo normiranom postupku. Hitne mere jesu jedan od instituta kojim se sprečava ponavljanje nasilja ili mogućnost da do njega dođe možda prvi put.“

Iz Obrazloženja saznajemo da hitne mere imaju „preventivni karakter“ i u slučajevima kada je „nasilje već usledilo“. Iz naziva hitnih mera je sasvim jasno u čemu je njihova sadržina. Prvom hitnom merom se ne dozvoljava licu kome je izrečena da boravi u sopstvenoj kući ili stanu. Drugom hitnom merom se ne dozvoljava licu kojem je izrečena da stupi u vezu nekim sredstvom opštenja, npr. telefonom, sa licem koje zakon naziva „žrtva nasilja“ ili da joj fizički priđe. Hitne mere prema slovu Obrazloženja imaju svrhu da zaštite žrtvu nasilja:

„Uskraćivanje određenih prava učinocu nasilja, koje se ispoljava u izricanju hitnih mera, predstavlja sprečavanje nasilja, ali i zaštitu žrtve od učinoca nasilja, dakle, meru zaštite žrtve.“¹⁶

Iz njihovog sadržaja i Obrazloženja se jasno vidi se da su hitne mere, koliko god da su maskirane drugim imenom, u stvari krivične sankcije. Njima se učinocu nasilja (Obrazloženje istrajava na tome da je učinilac nasilja učinilac krivičnog dela¹⁷) ograničavaju prava i slobode (represivne su), od njih očekuje specijalno preventivno dejstvo, izriču se u svrhu zaštite nekih vrednosti (svrha im je suzbijanje kriminaliteta) i ustanovljene su zakonom (nula poena sinne lege). Sve u svemu ovo je opis svih materijalnih sadržaja krivičnih sankcija. Ono što nedostaje da bi one bile krivične sankcije jesu formalni elementi pojma krivične sankcije: postupak u kome se izriču (krivični postupak) i organ koji ih izriče (sud).¹⁸ Rečju, hitne mere su u materijalnom smislu, odnosno po svojoj sadržini, krivične sankcije. Kada se pogleda katalog krivičnih sankcija KZ-a onda bi one najbliže bile merama bezbednosti i to konkretno meri bezbednosti *Zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim*.¹⁹

¹⁵ Predlog Zakona koji sadrži Obrazloženje je dostupan na internet stranici Narodne skupštine: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf, 24. maj 2018. U daljem tekstu: Obrazloženje.

¹⁶ Obrazloženje, 14.

¹⁷ Vidi fusnotu 19.

¹⁸ Potpuno o pojmu sankcije i njenim elementima: Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd 2013, 287.

¹⁹ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, čl. 89a.

Koji je razlog zbog kojeg zakonodavac propisuje sadržinski jednu te istu sankciju dva puta?

3. KOJA JE SVRHA DUPLIRANJA SANKCIJA U PRAVNOM PORETKU?

Svrha zbog koje zakonodavac dva puta propisuje jednu te istu sankciju jeste upravo pomenuti nedostatak formalnih pretpostavki za njihovo izricanje. O tome čitaocce podučava Obrazloženje koje kaže da:

„Važeći srpski pravni okvir, međutim, ne sadrži rešenja za slučaj kada se dogodi nasilje u porodici ili kada preti njegovo ponavljanje, dakle, kada postoji krivično delo, ali ne i zakonski osnov da se učiniocu nasilja odredi pritvor i tako on ukloni s poprišta nasilja... Jedan od ciljeva zakona o sprečavanju nasilja u porodici je da u naš pravni sistem unese standard prema kome učinilac nasilja ne sme da ostane kod kuće, ne samo kada je nasilje (time i krivično delo) već učinjeno, već i kada postoji neposredna opasnost od nastanka bilo kog oblika nasilja (krivičnog dela).“²⁰

U ovoj teško prohodnoj šumi reči kojom se Obrazloženje trudi da opiše svrhu Zakona, pa samim tim i svrhu hitnih mera kao jedinih sankcija koje Zakon poznaje, razaznaje se da je nužno odrediti pritvor učiniocu nasilja ili ga, udaljiti od kuće čak i kada nije ništa uradio, odnosno kada nikakvog nasilja nema, već postoji kategorija koju Zakon naziva „neposredna opasnost“ od nasilja. Ovo je ključan stav zakonodavca kada je ovaj Zakon u pitanju koji govori koliko je neznanja, predrasuda, ideološke ostrašćenosti i štetnog punitivog populizma ugrađeno u sadržaj Zakona. Ovim se Zakonom omogućuje izricanje jedne vrste klona ili ekvivalenta krivičnih sankcija (kvazikrivičnih sankcija?), ali se to vrši potpuno neopterećeno svim neophodnim pretpostavkama za izricanje pravih krivičnih sankcija koje zahteva krivični postupak.

Nije slučajno da se sticanje svih neophodnih uslova za izricanje krivičnih sankcija utvrđuje se u složenoj proceduri koju nazivamo krivični postupak. Razlog je činjenica da su krivične sankcije najrepresivniji mehanizam koji državi stoji na raspolaganju. Procedura njihovog izricanja je opterećena čitavim nizom međusobno suprotstavljenih i uravnoteženih prava i obaveza koje su osmišljene da se obezbedi najveće moguće jemstvo da se one neće izricati olako i da se država neće njima nepromišljeno koristiti. Jedino tako one imaju svrhu i smisao. Izricanje krivičnih sankcija mimo pomenute procedure izvrće njihovu svrhu i sadržinu

²⁰ Obrazloženje, 14.

naopako. Od mera koja imaju cilj da suzbijaju kriminalitet, one se pretvaraju u mere državno sankcionisanog nasilja i terora nad građanima. Rečju, umesto da sprečavaju kriminalitet one ga podstiču. Ovakva zloupotreba krivičnog prava, istoričarima je to dobro poznato, odlika je nedemokratskih i totalitarnih oblika vladavine i bila je uzrok za nemire, pobune i revolucije.

4. KOJE SU POSLEDICE OVIH KVAZIKRIVIČNIH SANKCIJA?

Utvrđivanje svih mogućih posledica korišćenja ovako nakaradno propisanog Zakona nisu cilj ovog rada već samo jedna, ona koja je postavljena u Uvodu rada. To je pitanje da li je moguće da je primena hitnih mera dovela do porasta broja ubijenih žena i samoubistava izvršilaca tih ubistava?

Očito su pisci Zakona mislili da se žrtva nasilja može zaštititi zabranom komunikacije sa licem koje Zakon naziva „mogući učinilac“ nasilja u porodici, kao i zabranom njegovog boravka u zajedničkom stanu. Nije nemoguće da stvari stoje tako. Fizičkim razdvajanjem ljudi oni se zaista mogu sprečiti da dođu u bilo kakav dodir. Na kraju krajeva, to je svrha mere bezbedosti iz KZ-a koja je bila uzor piscima Zakona. Pisci Zakona, međutim, u nepoznavanju osnovnih, davno uspostavljanih, praktično proverenih i još neosporenih načela politike suzbijanja kriminaliteta zaboravljaju na odnos koji jedna racionalna kriminalna politika uspostavlja između više različitih mera i mehanizama koje društvo ima na raspolaganju u svrhu socijalne kontrole kriminaliteta. Naime, odnos između ovih mera izgrađuje se na temelju načela ultima ratio odnosno načelo krajnjeg sredstva u primeni kaznene represije. Što je neka mera kaznene represije snažnija, što više zahvata u prava i slobode građana, to se ona kasnije koristi i obrnuto. Ovo stoga što korišćenje krivičnog prava ima čitav niz negativnih dejstava po društvo i pojedinca. Zato je ono supsidijarnog karaktera u odnosu na sva druga sredstva kojim se ta socijalna kontrola kriminaliteta može ostvariti. Štaviše, često se pribegavanje krivičnoj represiji u cilju rešavanja društvenih problema oni još više zaoštravaju.²¹ Da li je ovo ono što se desilo kao posledica primene Zakona? Da li je povećanje broja ubijenih u porodičnom nasilju posledica nelegitimnih mera represije koje država koristi na neodgovarajući način?

Sigurno je da malo koja nauka raspolaže metodologijom koja bi mogla da na to pitanje odgovori bez ostatka. Dodatno treba reći da bi svođenje složenog spleta okolnosti koji uslovljavaju činjenje nekog krivičnog dela na samo jedan uslov koji bi bio nazvan uzorkom pogrešno. Ipak, nije nemoguće, sa jednim solidnim procentom izvesnosti, reći da je onaj uslov koji je presudno doprineo da dođe do,

²¹ Zoran Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad 1991, 33-37.

kako mediji izveštavaju, dramatičnog povećanja broja ubistava u porodičnom nasilju bezglava i nepromišljena primena nelegitimih i neopravdanih represivnih mera novog Zakona. Do porasta broja ubijenih žena je došlo tek nakon primene Zakona. Pre njega nije bilo nikakvih znakova koji bi upućivali na to da je došlo do nekog naglog poremećaja u polju porodičnog nasilja kod nas. Jedini poremećaj je upravo Zakon i njegove hitne mere. Osim novog Zakona tu je i neverovatno povećanje obima izveštavanja u medijima o pomenutom kriminalitetu, sa naglaskom na najnastranije i najneobičnije njegove slučajeve (bez obzira što oni u ukupnoj njegovoj masi učestvuju zanemarljivo) koje je, sasvim mogućem, po zakonitostima Tardove tzv. *Teorije imitacije*²² dovelo do povećanja obima ovog kriminaliteta.

Dakle, vrlo je moguće da je do povećanja ubijenih u porodičnom nasilju došlo upravo što načelo poslednjeg sredstva nije uvaženo kod pisanja ovog Zakona. U praksi se ostvarilo upravo obrnuto načelo: neke kvazikrivične mere koje potpuno u sadržaju odgovaraju krivičnim sankcijama su od onoga što bi trebalo da budu, poslednjeg sredstva (ultima ratio) postale ne samo prvo sredstvo (prima ratio) već, po svemu sudeći, i jedino sredstvo (sola ratio). Na prvu naznaku nečijeg nezadovoljstva stanjem u porodici, prijava straha na primer, aktivira se i stavlja u pogon kvazikrivičnopravni mehanizmi koji vode kvazisankcijama. Najbolji dokaz toga je kategorija *mogućeg učinioca* koju poznaje Zakon.²³ Iako čovek ništa nije uradio (inače se ne bi zvao *mogući* učinilac) niti je koga maltretirao niti napao, samo na osnovu straha koji se pojavi kod žrtve²⁴ (strah je jedno od merila²⁵ kojim se policija rukovodi kada određuje hitne mere) dolazi do izricanja ovih kvazisankcija kojima se neko razdvaja od svoje dece (hitna mera zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu i prilazi joj) i izbacuje iz svoje kuće (hitna mera udaljenja učinioca iz stana). Rečju, za ono za šta je inače potreban čitav krivični postupak (ako je u pitanju izricanje mere bezbednosti zabrane komunikacije i približavanja oštećenom) ili brakorazvodni postupak (u slučaju razvoda braka i njemu svojstvene podele

²² Gabriel Tard je u svojim delima objašnjavao pojavu kriminaliteta putem zakona imitacije. Ljudi oponašaju odnosno imitiraju kriminalno ponašanje drugih ako su izloženi obaveštenjima, vestima ili bilo kakvoj predstavi o kriminalitetu drugih. Oponašanje se u slučaju zločina opredmećuje prvo u vidu mode, a zatim navike kriminalnog ponašanja. Oponašanje ide od viših i uticajnih slojeva u društvu ka nižim. Tard je imao snažan uticaj na stvaranje socioloških teorija kriminaliteta, a naročito tzv. Teorija učenja kriminalnog ponašanja: Milan Milutinović, *Kriminologija*, Beograd 1985, 117-118. Ti uticajni slojevi ili pojedinci su u ovom slučaju oni koji su prvi učinili ubistva u okviru porodičnog nasilja o kojim su mediji prenatraglašeno, prekomerno i preširoko izveštavali. Oni su tim izveštavanjem potpuno nesvesno i neželjeno dobili položaj tzv. *influensera*. To su ličnosti koje su svojim stvarnim ili pretpostavljenim položajem, autoritetom, znanjem ili uticajem u stanju da utiču na navike drugih.

²³ Zakon, čl. 3, st. 2.

²⁴ Ako je lice koje ništa nije uradilo Zakonom imenovano kao *mogući učinioca* nasilja, kako onda i žrtva nije *moguća žrtva*?

²⁵ „Pri proceni rizika naročito se vodi računa o tome... ...da li žrtva doživljava strah i kako ona procenjuje rizik od nasilja.“: Zakon, čl. 16.

imovine i određivanja starateljstva) u kojima se vodi kontradiktorna rasprava i svaka od zainteresovanih strana dobija priliku da odgovori na navode one druge pre nego što izgubi stan i decu, a koji se vode pred školovanim sudijama ili sudskim većima, sada treba pola sata razgovora sa običnim, na kratkim kursovima priučnim, policajcem. Ovaj nelogični i štetni preobražaj osnovnih krivičnihopravnih načela je vrlo verovatno sauzrokovao povećanje broja ubistava i samoubistava članova porodica. Naime, građani svako korišćenje sankcije (u ovom slučaju kvazisankcije) suprotno njenoj subsidijarnoj prirodi vide kao nelegitimno i neopravdano.²⁶ Može se samo zamisliti koliko ga građani posmatraju neopravdanim i nelegitimnim kada se ono koristi u porodici.

4.1. Da li je doživljaj nelegitimne i neopravdane sankcije najdramatičniji u porodici?

Porodica je izuzetno osetljiva, složena i slojevitija društvena ustanova. U duhovnom smislu, porodica je sigurno najintimnije i sigurno najbezbednije mesto u kojem čovek može da se nalazi. U njoj dobija podršku i potporu za sve svoje društvene poduhvate i pregnuća, ona ga čini hrabrijim i jačim. Istovremeno, koliko porodica čini čoveka jačim toliko ga čini i slabijim. Zahvaljujući zaštiti koju porodica pruža, on je u njoj i najogoljeniji i najranjiviji. Ovo stoga što je ona poslednji zabran i utočište čoveka pred spoljnim svetom, njegova brana i barijera pred najezdom vanjskih neprijatnosti. U njoj se nalaze njegovi voljeni, kakvi god bili, i u kojem se on, kakav god bio, sa njima pozajedničava u to više biće. U njemu on prolazi svoje najlepše, a nekada i svoje najtužnije trenutke. Nažalost, u nekim situacijama, tu će doživeti i svoje najgore trenutke i svoja najveća razočaranja. Čovek može da se oseća izdanim samo od onih kojima je mirne duše mogao da okrene leđa i kojima je poklonio svoje puno poverenje. U materijalnom smislu porodica je mesto u kome se prelama, stiže i sliva njegova celoživotna tekovina. Tu su oni sa kojima iz čiste požrtvovane ljubavi²⁷ deli plodove svog napornog rada i koji će ga i po smrti naslediti i uživati njegovo imanje. Najmanje što može da očekuje je zahvalnost, poštovanje i uvažavanje od onih sa kojima on rado bez naknade tokom života deli svoje blagostanje.

²⁶ Claus Roxin, *Sinn und Grenzen statlicher Strafe: Strafrechtliche Grundlagen-Probleme*, Berlin-New York 1973, 13-14.

²⁷ Srpski je siromašan rečima koje opisuju različite vrste ljubavi pa se stoga on služi pridevima uz imenicu ljubav. Njima se služi da bi dobio tanananost izraza i finoću jezika koja je neophodna da bi se razlikovale vrste ljubavi. Grčki je tu bogatiji izrazima. Ovde se radi o grčkom izrazu *agape*, što bi se u srpski najbliže prevelo kao požrtvovana ljubav, a koji se najbolje razume kada se suprotstavi *erosu*, strastvenoj ljubavi odnosno zaljubljenosti. Dobro objašnjenje ove razlike daje: Ilija Šugajev, *Jednom za ceo život: razgovori sa srednjoškolcima o braku, porodici i deci*, Beograd 2006, 3-13.

Rečju, svo se čovekovo postojanje i bitisanje iscrpljuje u dva vida, duhovnom i materijalnom. I oba se oduzimaju hitnim merama²⁸ potezom neukog i uplašenog pera nadležnog policijskog službenika²⁹ nakon razgovora sa čovekom koji ništa nije uradio (mogućim učiniocem) koji se obavlja u što kraćem roku.³⁰ Čitav jedan život, sva njegova postignuća i svi njegovi padovi, svi njegovi bilansi i računi svode se u nekoliko desetina minuta od strane policajca koji u toj porodici nikad u njoj živeo, nikad u nju ni kao željen gost ni kao ljuti neprijatelj nije bio, nikad u njoj teret i muku nije nosio, nikad se u njoj žrtvovao.

Nema drugog objašnjenja zašto je došlo do toga da se krajnje neprirodno, nekoliko puta poveća broj smrtnih ishoda kod porodičnog nasilja u Srbiji. Ne znači ovaj zaključak da je u svim tim slučajevima vođen postupak predviđen ovim Zakonom. Možda i nije i verovatno nije. To nije ni neophodno. Medijska halabuka koja prati novi Zakon, krajnji napor koji je država uložila da u opštoj javnosti predstavi mogućnosti novog Zakona ishodovao je generalnopreventivnim dejstvom. Nažalost, u pitanju je jedno, naročito, izopačeno generalnopreventivno dejstvo Zakona. Do njega je došlo zato što je sam Zakon izopačen. Svi su danas upoznati sa izopačenim dejstvom Zakona putem nelegitimih i neopravdanih hitnih mera. Svesni mogućnosti potpunog okončanja svih vrednih sadržaja u svojim životima, neki ljudi (od nekoliko desetina hiljada u čijim porodicama postoje problemi bez obzira da li se se vode postupci za izricanje kvazisankcija po novom Zakonu ili ne) suočeni sa potpunom negacijom svoje ličnosti postaju očajni i padaju u beznade. Tako je u nekoliko desetina porodica došlo je do ubistava žena i samoubistava muževa, ubica svojih žena. Niti jedno ubistvo žene u ovim slučajevima ne bi vodilo zaključku koji se izvodi u ovom tekstu. Ovom zaključku vodi podatak da su u velikoj većini tih slučajeva učinioci ubistava žena u porodičnom nasilju istovremeno izvršili samoubistva. Ubice ubijaju iz različitih razloga. Samoubice samo iz jednog, iz potpunog očaja, beznade i bezizlaza.

5. ZLOUPOTREBA HITNIH MERA KOJA MOŽE DA VODE DO PORASTA NASILJA U PORODICI

Jedan od štetnih dejstava bezglave primene Zakona pod parolom „nulte tolerancije nasilja“³¹ biće povećanje, ne samo broja ubistava i samoubistava u poro-

²⁸ Hitna mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu i prilazi joj; Hitna mera privremenog udaljenja učinioca iz stana; Zakon, čl. 16. st. 2.

²⁹ Zakon, čl. 13. st. 1.

³⁰ Zakon, čl. 15. st. 1.

³¹ „Stefanović: Treba nam nulta tolerancija nasilja, policija nema prava na grešku“, *Novosti*, 24. novembar 2017, <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:697612-Stefanovic-Treba-nam-nulta-tolerancija-nasilja-policija-nema-prava-na-gresku>, 9. jun 2018.

dičnom nasilju, već i uopšte obima nasilja u porodici. Prevelik teret stavljen je na pleća policije u slučajevima povodom kojih se vodi postupak po ovom zakonu. Proglašavajući policiju za bezgrešnu³² ministar očekuje previše od nje. Ni u najboljim uslovima policija nije bezgrešna, niti deluje i radi bez greške, a kamoli da na osnovu jednog kratkog razgovora potpuno pouzdano pretpostavi buduće ponašanje pojedinca. Svestan sve slabosti položaja u koji ga stavlja Zakon, s jedne strane nemogućnosti da proceni buduće nasilničko ponašanje, a s druge strane moguće kazne ako pogreši u proceni, svaki policijski službenik će određivati hitne mere, bez obzira da je bio u stanju da pravilno proceni njihovu potrebu ili ne.³³ Na taj način će svi slučajevi prijava za nasilju u porodici po ovom zakonu završavati sa hitnim merama bez obzira da li su zaista neophodne. To će dovesti do toga da se hitne mere tamo gde nisu potrebne doživljavaju kao nepravde i nelegitimne, o čemu je već pisano u tekstu, što će opet dovesti do odgovora i otpora onih koji su njima pogođeni. Ta reakcija može da se vrlo lako pretvori u novo nasilje odnosno Zakon vrlo lako svojim besmislenim rešenjima može da postane novi generator nasilja. U pitanju je isti izopačeni generalnpreventivni mehanizam delovanja zakona³⁴ za koji pisac ovog teksta misli da je izazvao poremećaj stope kriminaliteta o kojem izveštavaju mediji u Srbiji, a koji je povod za pisanje ovog teksta. Naravno, u slučaju ovog Zakona u pitanju je loš i štetan generalnpreventivni učinak.

Drugo štetno dejstvo primene Zakona biće brojne zloupotrebe ovako ishitrenih i nepromišljenih kvazisanakcija kao što su hitne mere. Iz razgovora sa policajcima koji vode postupke po novom Zakonu u različitim PU³⁵ autor saznaje da su ljudi vrlo brzo shvatili mogućnosti novog Zakona i da se njegove mogućnosti zloupotrebljavaju u brakorazvodnim parnicama. Naime, iz razloga koji su gore već opisani (strah od sopstvene odgovornosti) u slučaju svake prijave policija će odmah i bez mnogo razmišljanja određivati hitne mere. Ovo će zloupotrebljavati oni braćni partneri koji se spremaju za razvod. Naime, za dejstva brakorazvodne parnice koja su analogna hitnim merama (starateljstvo nad decom i isključivo raspolaganje bračnom imovinom³⁶) potrebno je par godina dugog, sporog i zamornog postupka,

³² Ibid.

³³ „Policajcu preti pet godina zatvora: Žrtva se žalila da je muž maltretira, on je procenio da nema rizika od nasilja u porodici. Dva dana kasnije je ubijena.“, *Blic*, 10 januar 2018, <https://www.blic.rs/vesti/hronika/policajcu-preti-pet-godina-zatvora-zrtva-se-zalila--da-je-muz-maltretira-on-procenio/8xs1h92>, 9. jun 2018.

³⁴ Zakoni imaju generalnpreventivno dejstvo kada se ne primenjuju (propisivanjem zakona građani imaju uvid u etički vrednosni poredak zakonodavca), tako je ono i zamišljeno, ali i kada se primenjuju (videvši primenu zakona građanin učvršćuje sopstvene etičke i vrednosne barijere kriminalitetu).

³⁵ U pitanju su kandidati na master studijama PF u NS koji rade master radove na temu analize prakse novog Zakona u različitim PU.

³⁶ Hitna mera zabrane kontaktiranja je ekvivalent starateljstva nad decom, dok je hitna mera zabrane boravka u stanu ekvivalent isključivog raspolaganja imovinom.

mnogo novca i živaca. Ovde se to sve rešava jednim telefonskim pozivom u kome se prijavi strah od drugog supružnika. I on rešava sve. Nema suda, nema postupka mirjenja, nema deljenja imovine, nema napornog natezanja oko doprinosa bračnoj tekovini. Želje onog supružnika koji je prvi okrenuo telefon policiji biće ispunjene u potpunosti i trenutno. Štaviše, što je neko manje doprineo zajedničkom bračnom životu, bilo duhovno u vidu brige oko dece, bilo materijalno u vidu rada i sticanja, imaće više podsticaja da posegne za lažnom prijavom. Manje je uložio pa manje može da izgubi, a pri tome dobija sve. Mehanizam izricanja hitnih mera će biti jedan od snažnih pokretača razvoda tamo gde nema razloga za tako nečim. A tamo gde ga možda i ima (loši porodični odnosi, promišljanja supružnika da li da se razilaze ili ne...) biće konačni i pretežni argument u nedoumici da li da se brak održi ili ne. Ovakve zloupotrebe Zakona će ishodovati u povećanju broja razvoda i povećanju obima nasilja u porodici kod onih lica koja su oštećena hitnim merama hitnim merama izrečenim na osnovu lažnih prijava.

ZAKLJUČAK

Nesporno je da su mehanizmi i generatori kriminalnog ponašanja složeni i mnogoznačni. Iz ovog razloga nije moguće jedan uslov proglasiti za pretežan ili isključivi kada nauka pokušava da razotkrije mehanizam koji uslovljava kretanje određene stope kriminaliteta. Ipak, u slučaju koji je povod za ovaj tekst neki od uslova koji utiču na povećanje se prosto nude za položaj pretežnog uslova (to znači uzroka) odnosno za „krivce“.

Razlog za uvođenje novog Zakona u srpski pravni poredak nije bio neki naročiti poremećaj stopi ove vrste kriminaliteta u zemlji.³⁷ Kao i u velikom broju drugih slučajeva Zakon je uveden kao posledica angažovanja ekstremno feminističkih nevladinih organizacija i njihovog uticaja na organe vlasti, a ne racionalne

³⁷ Zakonu je prethodila tzv. Nacionalna strategija za sprečavanje i suzbijanje nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima, (*Službeni glasnik RS*, broj. 27/2011, u daljem tekstu: Strategija). Strategija je izvela zaključak da je ovakav Zakon neophodan na osnovu istraživanja koja su blago rečeno nedovoljna za tako nešto, kako obimom i zahvatom tako i metodologijom. Tako Strategija u svom 5. delu koji nosi naziv *Analiza stanja* pominje samo 4 istraživanja. Prvo, Viktimološkog društva Srbije iz 2001. godine, na uzorku od 700 žena iz cele Srbije od kojih je 39% procenata odbilo da učestvuje. Drugo, Autonomnog ženskog centra iz 2003. godine, na uzorku od 1456 žena samo u Beogradu od kojih je 40% odbilo da učestvuje. Treće, Viktimološkog društva Srbije iz 2009. godine, na uzorku od 516 žena u AP Vojvodini od kojih je 43% odbilo da učestvuje. Četvrto, Romskog ženskog centra iz 2010. godine, na uzorku od 169 žena iz romske populacije od kojih je 11% odbilo da učestvuje. U periodu od 15 godina (12 od kada je delo uvedeno u krivično zakonodavstvo Srbije) samo 4 istraživanja, na ovako siromašnom uzorku, sa krajnje upitnom metodološkom osnovom jer su ispitanici isključivo žene, a u jednom isključivo romske žene, je blago rečeno nedovoljno za bilo kakav iole osnovan zaključak o stanju ove sociopatološke pojave u ravni cele Srbije. Tim pre nije dovoljno za ovako radikalne zahvate u pravni poredak.

kriminološke analize stanja određene vrste kriminaliteta.³⁸ Rečju, nije bilo nikakve posebne potrebe za ovim Zakonom. Nije utvrđeno ni na koji naučno verodostojan način da se stopa ove vrste kriminaliteta značajno promenila pa da je ovakav Zakon potreban ili neophodan. Jedini nesumnjiv poremećaj u oblasti ove vrste kriminaliteta, a koji se da ustanoviti običnim posmatranjem kao naučnom metodom, je sam Zakon i njegove hitne mere. Osim pomenutog da se ustanoviti, ovom istom metodom, jedna nezabeleženo velika medijska pažnja koja je data novom Zakonu i njegovim merama. Samim tim je i pojedinim slučajevima nasilja u porodici u kojim su vođeni postupci po novom Zakonu data prevelika i ničim zaslužena pažnja. Izgleda da je zakonodavac podlegao klasičnoj i u nauci već opisanoj pojavi **punitivnog populizma** koja je u Srbiji već davala svoje otrovne zakonodavne plodove.³⁹

Ovo su jedini novi činioци koji utiču na obim pojave nasilja u porodici u Srbiji. Apsolutno ništa drugo se ne da ustanoviti. Možda bi se ovom zaključku rada dalo prigovoriti da je on zasnovan na posmatranju kao jednoj relativno prostoj i greškama podložnoj naučnoj metodi. To je nesumnjivo tačno. Ali nije ništa pogrešnije od metode koju je primenio zakonodavac kada je zaključio da je ovaj Zakon neophodan Srbiji. Ne postoje nikakva dugoročna, opsežna i sveobuhvatna naučna istraživanja koja bi obuhvatala nasilje u porodici. Više zaključaka o kretanju nasilja u porodici zakonodavac preuzima iz novinarskih izveštaja ili manjkavih istraživanja feminističkih NVO nego iz ozbiljnih izvora. Stoga se metodologiji ovog rada nema prigovoriti više nego samom zakonodavnom postupku.⁴⁰

Ako se kao jedina odstupanja u oblasti ove vrste kriminaliteta daju primetiti sam Zakon i medijski balon koji ga okružuje, onda nema razumnijeg odgovora od onog koji upravo u njima vidi uzroke mogućeg porasta stope nasilja u porodici i ubistava u njemu. Rad je ponudio i odgovore kako je došlo do toga.

Hitne mere su kvazisankcije koje su sadržajno istovetne sa sankcijama krivičnog prava, ali se ne izriču u postupku koji njima pretodi. Sve složene i pažljive procedure koje su osmišljene sa ciljem da se spreči olako izricanje krivičnih sank-

³⁸ Zakon je oživotvorenje drugog cilja pomenutog u Strategiji („uvođenje novih rešenja... kojima se... obezbeđuje delotvorna zaštita žrtava nasilja“). Iz same Strategije saznajemo da su je „izradile predstavnici/e, eksperti/kinje organizacija civilnog društva, mreža organizacija i institucija koje se bave zaštitom žrtava seksualnog i rodno zasnovanog nasilja“ kao što su: Mreža Žene protiv nasilja, Labris, Incest trauma centar, Centar za promociju zdravlja žena, Oaza sigurnosti, Udruženje romkinja Osvit i druge: Strategija, str. VII. U pitanju su sve NVO ekstremnog feminističkog ustrojstva.

³⁹ Branislav Ristivojević, „Punitivni populizam srpskog zakonodavca: kritička analiza tzv. Marijinog zakona“, objavljeno u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena* (ur. Stanko Bejatović), Beograd 2013, 319-338.

⁴⁰ Vrlo je verovatno da se ima prigovoriti i manje zato što je pisac ovih redova u posmatranju neopterećen potrebom da opravda honorare koji su naplaćeni na projektima stranih, što državnih što NVO, organizacija kojima je finansirano uvođenje ovog Zakona u srpski pravni poredak.

cija odnosno da se dobro promisli da li će se one izreći ili postoje neke druge mere socijalne kontrole, makar i pravne, kojima bi neki kriminalitet mogao biti zahvaćen. Ovo sve se kod razumnih zakonodavaca i pravosudnih poredaka izvodi u cilju ostvarenja načela ultima ratio. Ovde toga nema. Nakon kratke telefonske prijave straha „žrtve“ od „mogućeg nasilnika“ ovaj biva izbačen iz sopstvenog stana i zabranjuje mu se komunikacija sa sopstvenom decom. Nije ni čudo da je došlo do toga da se hitne mere od strane adresata kojima su upućene doživljavaju kao krajnje nelegitimne i neopravdane, naročito u slučajevima kada se zloupotrebljavaju kao što su lažne prijave nasilja u svrhu ostvarivanja privilegija i pogodnosti u tekućoj ili planiranoj brakorazvodnoj parnici.

Koji bi drugi zaključak bio moguć da objasni kako se jedan broj ljudi koji u najvećem broju slučajeva do juče nisu ni planirali da ubiju svoje žene (povećanje je navodno 400%) odlučili da ubiju i njih i sebe? Niti jedan. Nema drugih poremećaja u srpskom društvu koji bi uputili na ovaj zaključak osim same činjenice da je Zakon usvojen i da se o njegovim dejstvima prekomerno i iskrivljeno (senzacionalistički) izveštava. Jedan broj ljudi koji su očekujući da će neopravdano biti pogođeni kvazisankecijom koja će im oduzeti sve u njihovim životima, po svemu sudeći u velikoj meri ohrabreni i vođeni slikom koja im se predstavlja sa elektronskih medija, odlučio da učini isto što i kvazisankecija njihovim životima: odlučio je da okonča sve.

Na samom kraju, kao neku vrstu svodenja zaključaka ovog rada, kojim se odgovornost za krajnje odstupanje u kretanju broja ubistava u porodičnom nasilju vidi u krajnje neodgovarajućoj državnoj odgovoru na isti, nije loše podsetiti se poznate misli već navedenog velikana kriminološke naučne misli Gabrijel Tarda:

„Kakva državna organizacija takav i kriminalitet.“⁴¹

⁴¹ M. Milutinović, 117.

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Is the New Law on Family Violence a Failure?

Abstract: *In this article author deals with the problem of a sudden increase of a number of women killed in family violence in Serbia. What was reported, but somehow fell out of a sight of all observers and commentators is that approximately 2/3 of perpetrators of these femicides committed suicide after initial deed.*

*Since there are no significant anomalies in Serbian society besides introduction of a new **Law on prevention of a family violence**, the reason for this abrupt explosion of this femicide/suicide combination must sit within it. Author argues that **urgent measures**, as the Law calls them, which are imposed on a **possible perpetrator** of a family violence, have in fact all material characteristics of a punishment, and these would be very heavy since one is forbidden from seeing his family or living within his apartment, but they are not pronounced in a court of law after a due criminal procedure. Moreover, individuals which are imposed to these urgent measures did not do anything bad since they are called by the Law the **possible perpetrators**. That means that they did not do anything but might, in the future, perpetrate some act of a family violence. So they are some sort of the quasi-perpetrators. Hence, a short conversation with a simple police officer leads to the effect which would normally first demand an act to have been done and then it would take a month of a contradictory presentation of a evidence before a competent court. Finally, there would be right to a appeal. It is no wonder that urgent measures are in fact seen as extremely illegitimate and unfounded, and as a form of quasi-punishments, they provoked this deadly reaction.*

Knowing that individuals who are prone to suicide are in such a despair, that they see the only exit from their living problems in complete nullity, we can only imagine in what an extreme scope of hopelessness they are brought, since they opted for a total nonexistence. In a sum, with the urgent measures lawgiver created functional equivalent of a harshest criminal penalties but without heavy burden of a criminal procedure. By this he created a mongrel with deadly consequences. Penal repression which is seen as a extremely illegitimate leads to extreme resistance and refusal whose final consequence could be deterioration and aggravation of a societal phenomenon which it allegedly tried to solve.

Keywords: *femicide, suicide, family violence, quasi-punishment, quasi-perpetrators.*

Datum prijema rada: 19.06.2018.

*Dr Obrad M. Stevanović, redovni profesor
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
obrad.stevanovic@kpa.edu.rs*

*Dr Dane R. Subošić, redovni profesor
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
dane.subosic@kpa.edu.rs*

*Dr Dalibor D. Kekić, docent
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
dalibor.kekic@kpa.edu.rs*

SPECIFIČNE KARAKTERISTIKE ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI¹

Sažetak: *Aktuelnim Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici načelno su uređeni organizacija, ciljevi i način postupanja nadležnih državnih organa i ustanova u sprečavanju te vrste nasilja i u zaštiti žrtava i u podršci žrtvama tog nasilja u Republici Srbiji. Iskustva nadležnih policijskih službenika, javnih tužilaca i sudija stečena tokom njihove specijalizovane obuke i u njihovoj devetomesečnoj praksi sprovođenja Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, ukazala su na neke od specifičnih karakteristika tog Zakona. Polazeći od tih iskustava, istraživanje čiji su rezultati prezentovani u radu bilo je usmereno na to, da se identifikuju i sistematizuju karakteristike Zakona o sprečavanju nasilja u porodici koje su od posebnog značaja za razumevanje njegove suštine, a time i za njegovo efektivno i efikasno sprovođenje. Rezultatima tako usmerenog istraživanja prezentovanim u*

¹ Rad je, rezultat istraživanja na projektu: „Upravljanje policijskom organizacijom u sprečavanju i suzbijanju pretnji bezbednosti u Republici Srbiji“ koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2015-2019) i na projektima koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije pod nazivima: „Kosovo i Metohija između nacionalnog identiteta i evrointegracija“ (br. III 47023; 2011–2018) i „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija“ (br. 179045; 2011–2017).

radu, kao posebno značajne karakteristike tog Zakona, opisane su: 1) težišna usmerenost Zakona na preventivno delovanje (**prevencija**) i na zaštitu žrtava nasilja (**protekcija**), 2) formalizacija postupka procene rizika i izricanja hitnih mera (**procesuiranje**), i 3) propisanost višeg nivoa stručnosti lica za vođenje postupka (**kompetetnost**) i obavezne koordinacije aktivnosti između nadležnih organa i ustanova u primeni Zakona (**integracija**).

Ključne reči: *Nasilje, porodica, žrtva, učinilac, prevencija, zaštita, procena, rizik, stručnost, koordinacija.*

UVOD

Nasilje u porodici kao socijalno-bezbednosni fenomen istorijski dugog trajanja, široko je rasprostranjeno i duboko ukorenjeno u kulturološkim obrascima i vrednostima skoro svih društvenih zajednica. Kao krajnje delikatani i negativnim nasleđem, stereotipima, predrasudama, kulturom poricanja i ćutanja i drugim običajima i tradicijom opterećen bezbednosni problem,² ta vrsta nasilja se, i početkom ovog veka, prepoznaje kao uzrok brojnih posledica kojima se ozbiljno ugrožava bezbednost, pre svega, žena i dece, a time i porodica pa i društvenih zajednica.³

Uprkos tome, pravno regulisanje sprećavanja porodićnog nasilja, uključujući posebno pravnu zaštitu žrtava tog nasilja, dugo su i u velikoj meri zanemarivani, kako na međunarodnopravnom tako i na nacionalnopravnom nivou. Sve do usvajanja *Konvencije Saveta Evrope o sprećavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbulska Konvencija)*,⁴ u ovoj oblasti nije postojao pravno-obavezujući međunarodnopravni instrument. Polazeći od obaveza preuzetih ratifikacijom te Konvencije, Republika Srbija je, *Zakonom o sprećavanju nasilja u porodici (u daljem tekstu: Zakon)*,⁵ pravno uredila organizaciju i postupanje državnih organa i ustanova u sprećavanju tog nasilja i u pružanju hitne, blagovremene i delotvorne zaštite i podrške njegovim žrtvama.

Iskustva nadležnih policijskih službenika, javnih tužilaca i sudija stećena tokom njihove specijalizovane obuke i u devetomesećnoj praksi primene Zakona,

² Više o tome, na primer, u: Sladana Dragišić Labaš, Viktimizovane i stigmatizovane žene u alkoholićarskom partnerstvu, *Sociološki pregled*, 1/2016, Filozofski fakultet u Beogradu, 41-58; i Ljubomir Stajić, „Odgovor države na nasilje u porodici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (PFNS)*, 3/2017, 659-660.

³ Uporediti sa: Obrazloženje Zakona o sprećavanju nasilja u porodici, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2675-16%20lat.pdf (25.11.2017.).

⁴ Konvencija je usvojena 11. maja 2011., a ratifikovana je 31. oktobra 2013. godine; Više o Konvenciji u: Gordana Gasmi, *Konvencija Saveta Evrope o sprećavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – pravni komentar*, Ministarstvo rada i socijalne politike R. Srbije, Beograd, 2012.

⁵ *Zakon o sprećavanju nasilja u porodici*, „Sl. glasnik RS“, br. 94/2016, ćl 2.

ukazala su na neke od njegovih specifičnih karakteristika. Polazeći od toga, a imajući u vidu i poznatu pravnu izreku: „*Ko samo reči zakonske znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao*“,⁶ istraživanje čiji su rezultati prezentovani u radu bilo je usmereno na to da se identifikuju, sistematizuju i naučno opišu karakteristike navedenog *Zakona* koje su od posebnog značaja za razumevanje njegove suštine i za njegovo efektivno i efikasno sprovođenje.

1. USMERENOST ZAKONA NA PREVENCIJU NASILJA

Usmerenost *Zakona* na prevenciju nasilja u porodici jasno je izražena njegovim nazivom, a određena je preciznije u njegovim uvodnim odredbama (čl. 1-3). Pre svega, delotvorno sprečavanje nasilja u porodici utvrđeno je tim odredbama kao osnovni cilj *Zakona*, a zatim i bliže određeno kao „skup mera kojima se otkriva da li preči neposredna opasnost od tog nasilja i skup mera koje se primenjuju kada je neposredna opasnost otkrivena“ (čl. 2 i čl. 3 st. 1). Takva – preventiva usmerenost *Zakona* dodatno se potvrđuje i pojmovnim određenjem neposredne opasnosti od nasilja u porodici, koja postoji „kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici“ (čl. 3, st. 2).

Prethodno navedeni skup mera kojima se otkriva da li preči neposredna opasnost od nasilja u porodici realizuje se, u osnovi: 1) *prepoznavanjem* tog nasilja ili opasnosti od njega – kao *Zakonom* (čl. 13, st. 3) propisanom obavezom nadležnih državnih organa (policije, javnih tužilaštava, sudova opšte nadležnosti i prekršajnih sudova) i ustanova (centara za socijalni rad), 2) neodložnim *prijavljivanjem* nasilja u porodici ili opasnosti od tog nasilja policiji ili javnom tužilaštvu – kao *Zakonom* (čl. 13 st. 1 i 2 i čl. 14 st. 1) propisanom obavezom svakoga (pojedinaца, državnih i drugih organa, organizacija i ustanova, uključujući i javna tužilaštva i sudove),⁷ pod pretnjom prekršajne odgovornosti zbog njihovog neprijavljivanja (čl. 36 st. 2), 3) *dovođenjem i zadržavanjem* mogućeg učinioca nasilja u porodici do osam sati – kao *Zakonom* (čl. 14) propisanom obavezom i ovlašćenjem svih policijskih službenika i 4) *procenjivanjem rizika*, odnosno postojanja neposredne opasnosti od tog nasilja, u svakom konkretnom (prijavljenom) slučaju – kao *Zakonom* (čl. 15-17) propisanom obavezom i ovlašćenjem nadležnih policijskih službenika.

⁶ „...ova pravna izreka nije Bogišićeva, a sreće se još u rimskom pravu kod Ulpinijana, tako da upućuje na *Dictaet regulae iuris* D. Stojčevića i A. Romca, zapravo na izreku koja se ovde navodi.“ (D. M. Luković, *Bogišićev zakonik, priprema i jezičko oblikovanje*, Posebna izdanja 105, Srpska akademija nauka i umetnosti, Balkanološki institut, Beograd 2009, 312).

⁷ Uporediti sa: G. B. Kovaček Stanić, „Porodičnopravna zaštita od nasilja u porodici u u srpskom i evropskom pravu“, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Pravni fakultet univerziteta u Novom sadu, 2016, str. 132.

Drugonavedeni skup mera koje se, prema odredbama čl. 17, 19, 25 st. 2 i 29-31, primenjuju kada je neposredna opasnost od nasilja u porodici otkrivena, realizuje se, pre svega: 1) *izricanjem i produžavanjem hitnih mera* mogućem učiniocu nasilja, 2) *uručivanjem mogućem učiniocu nasilja naređenja o izricanju hitnih mera i rešenja nadležnog suda o njihovom produženju*, 3) *dostavljanjem naređenja o izricanju hitnih mera nadležnom centru za socijalni rad i obaveštavanjem žrtve nasilja o izrečenim i produženim hitnim merama*, 4) *sprovođenjem izrečenih i produženih hitnih mera u skladu sa individualnim planovima zaštite žrtava i podrške žrtvama tog nasilja*, kao i 5) *obaveštavanjem žrtve nasilja o organima, pravnim licima i udrženjima koja joj pružaju zaštitu i podršku i o njenom pravu na besplatnu pravnu pomoć*.

Takvom fokusiranošću *Zakona*, težište u postupanju policije i drugih organa i ustanova nadležnih za sprečavanje nasilja u porodici, suštinski se prenosi sa tradicionalno prioritetnog prikupljanja dokaza i rasvetljavanja nasilja koje je izvršeno – u prošlosti (represivno delovanje) na prioritetno sprečavanje nasilja koje se može dogoditi – u budućnosti (preventivno delovanje).⁸ Primarni cilj takve promene prioriteta u postupanju nadležnih organa i ustanova je da se spreči buduće nasilje u porodici,⁹ odnosno da se to nasilje ne ponovi ili da se ne dogodi po prvi put, u vremenu koje neposredno predstoji.

Rangiranje prioriteta na takav način podrazumeva da je, za primenu *Zakona*, važnije to šta se može desiti u budućnosti, od toga šta se desilo u prošlosti. Saglasno tome, sa licem prijavljenim za nasilje u porodici, prioritetno se postupa kao sa potencijalnim – mogućim učiniocem tog nasilja, a sekundarno kao sa učiniocem već izvršenog nasilja (prekršiocem zakona). Tako shvaćeno prioritetno sprečavanje budućeg nasilja, ne podrazumeva i zanemarivanje ili isključivanje eventualno prekršaj-nopravno ili krivičnopravno procesuiranje istog lica za već izvršeno delo nasilja.

Prioritetna usmerenost *Zakona* na prevenciju nasilja u porodici ne dovodi se u pitanje, uprkos činjenici da se *Zakon*, u operativnom smislu, sprovodi i represivnim merama (dovođenje, zadržavanje, izricanje i sprovođenje hitnih mera) koje su policijski službenici dužni i ovlašćeni da preduzmu prema mogućem učiniocu nasilja. Uz to, preventivna usmerenost *Zakona* naglašava se i odredbom njegovog čl. 5, prema kojoj njegova primena ima prioritet u odnosu na primenu ostalih zakona,¹⁰ kao i odredbama čl. 12-13, 18-19 i 24-25 tog *Zakona*, kojima su propisane preventivne uloge u sprovođenju *Zakona*, čak i za tradicionalno i pretežno represivne državne organe, kao što su javna tužilaštva i sudovi.

⁸ Pri tome, treba imati u vidu da represija ima i preventivne efekte (Dane Subošić, *Organizacija i poslovi policije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2017, 124-129).

⁹ Obrazloženje Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2675-16%20lat.pdf (25.11.2017.).

¹⁰ Misli se pre svega na Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku, Porodični zakon i Zakon o policiji.

2. USMERENOST ZAKONA NA ZAŠTITU ŽRTAVA I NA PODRŠKU ŽRTVAMA NASILJA

Kao jedna od njegovih ključnih karakteristika, prioritetna usmerenost *Zakona* na zaštitu (*protekciju*) žrtava i na podršku žrtvama tog nasilja, indikovana je njegovim odredbama kojima su propisani: 1) prava (ovlašćenja) i dužnosti policijskih službenika, javnih tužilaca i sudova, 2) prava žrtve na obaveštenje i na besplatnu pravnu pomoć, 3) dužnosti nadležnih organa i ustanova da izrađuju i sprovedu individualne planove zaštite žrtava, 4) hitnost postupka po prijavi nasilja u porodici i 5) pojmovi žrtve i mogućeg učinioca nasilja u porodici.

Pre svega, članom 17 *Zakona*, propisano je *pravo (ovlašćenje) policijskih službenika* da, po prijavi nasilja u porodici, a u cilju zaštite žrtve, mogu dovesti mogućeg (prijavljenog) učinioca u službene prostorije policije, zadržati ga i izreći mu hitne mere – ako se za to steknu *Zakonom* propisani uslovi, nezavisno od toga da li u njegovom prethodnom ponašanju postoje ili ne postoje elementi krivičnog dela ili prekršaja. Pri tome, hitne mere se ne izriču kao kazna zbog izvršenog dela nasilja, već isključivo kao mera za sprečavanje mogućeg učinioca da nasilje izvrši (po prvi put) ili ponovi u vremenu koje neposredno predstoji. Sa istim ciljem, saglasno čl. 18-19, nadležni javni tužilac može predložiti, a nadležni sud može odlučiti da se izrečene hitne mere produže u trajanju od 30 dana.

S druge strane, *Zakonom* (čl. 29) je propisana dužnost državnih organa i ustanova nadležnih za njegovu primenu, da žrtvi nasilja u porodici, u prvom kontaktu sa njom, daju *potpuna obaveštenja* o organima, pravnim licima i udruženjima koji joj mogu pružiti zaštitu i podršku. Pravo žrtve nasilja u porodici na besplatnu pravnu pomoć prema posebnom zakonu, kao i dužnost nadležnog policijskog službenika da žrtvu tog nasilja obavesti o hitnoj meri koja je izrečena mogućem učiniocu nasilja, takođe su eksplicitno propisani *Zakonom* (čl. 30 i 17 st. 6).

Saglasno odredbi čl. 31 *Zakona*, *individualnim planom zaštite* i podrške žrtvi, grupa za koordinaciju i saradnju, utvrđuje: 1) konkretne mere zaštite i podrške žrtvi (i drugim članovima porodice kojima je podrška potrebna), 2) izvršioci tih mera, 3) rokove za njihovo preduzimanje, kao i 4) plan praćenja i procenjivanja delotvornosti planiranih i preduzetih mera. Tako planirane *mere zaštite i podrške* imaju za cilj da se: 1) pruži bezbednost žrtvi, 2) zaustavi nasilje, 3) spreči njegovo ponavljanje, 4) zaštite prava žrtve i 5) da se žrtvi pruži psihosocijalna i druga podrška radi njenog oporavka, osnaživanja i osamostaljivanja.

Fokus *Zakona* na *hitnost postupka* koji se vodi po prijavi nasilja u porodici, indikovana je brojnim odredbama tog *Zakona* (čl. 14, st. 2, čl. 18 st. 2 i čl. 19 st. 3), kojima su propisani kratki rokovi za postupanje policije, javnog tužilaštva i suda po prijavi nasilja u porodici, posebno za procenu rizika, izricanje i sprovođenje hitnih mera, kao okosnice mehanizma zaštite žrtava tog nasilja. Prema tim odredbama, nadležni policijski službenik je dužan da u roku od osam sati izvrši

procenu rizika i da donese odgovarajuću odluku o izricanju hitnih mera mogućem učiniocu nasilja. U narednih 24 časa, nadležni javni tužilac je u obavezi da done- se odluku o predlogu za produženje izrečene hitne mere, nakon čega je nadležni sudija, takođe u roku od 24 časa, u obavezi da odluči o predlogu javnog tužioca za produženje hitne mere.

Na hitnost postupka jasno ukazuju i ostale odredbe *Zakona* u kojima se, u različitim gramatičkim oblicima, koriste termini: „hitne mere“, „hitnost“, „odmah“, „brzo“, „bez odlaganja“, „neodložno“, „blagovremeno“. Tako se termin *hitne mere* koristi 44 puta u ukupno 39 članova *Zakona*, pri čemu se jedan od dva ključna cilja *Zakona* (čl. 2) formuliše kao *hitna, blagovremena* i delotvorna zaštita i podrška žrtvama nasilja u porodici, dok se dva podnaslova tog *Zakona* (ispred čl. 17 i 23) formulišu kao *Hitne mere* i kao *Hitnost u odlučivanju o merama za obezbeđenje prisustva okrivljenog*.¹¹

Odredbama *Zakona* (čl. 13, st 1, 2 i 5, čl. 14, st. 1 i čl. 36, st. 2.), propisane su i obaveze (dužnosti): 1) državnih organa i ustanova nadležnih za primenu *Zakona*, da *brzo*, delotvorno i koordinisano sprečavaju nasilje u porodici; 2) svako- ga, da policiji ili javnom tužiocu prijavi *bez odlaganja* nasilje u porodici ili nepo- srednu opasnost od njega; 3) državnih i drugih organa, organizacija i ustanova, da, pod pretnjom prekršajne odgovornosti, *neodložno* prijave policiji ili javnom tužiocu svako saznanje o tom nasilju ili o neposrednoj opasnosti od njega; 4) jav- nog tužioca, kome je prijavljeno nasilje ili neposredna opasnost od njega, da pri- javu *odmah* prosledi policijskim službenicima, kao i 5) dužnost svih policijskih službenika da o svakom nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega, *odmah* obaveste nadležnog policijskog službenika.

Zakonom (čl. 15 st. 1 i 2, čl. 16 st. 3 i čl. 17 st. 6), takođe je propisana dužnost nadležnih policijskih službenika: 1) da *odmah* po prijemu obaveštenja o nasilju u porodici ili o neposrednoj opasnosti od njega proceni rizik neposredne opasnosti od tog nasilja, nezavisno od toga da li je mogući učinilac doveden ili nije doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije, 2) da sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega sa procenom rizika – ako ona ukazu- je na neposrednu opasnost od tog nasilja, *odmah* dostavi nadležnom javnom tuži- ocu, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju, i 3) da naređenje o izricanju hitne mere, posle njegovog uručjenja mogućem učiniocu nasilja, *odmah* dostavi nadležnom javnom tužiocu, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju, kao i 4) da o izrečenoj hitnoj meri *odmah* pisano obavesti žrtvu nasilja.

Hitnost postupka indikuje se na specifičan način i odredbom *Zakona* (čl. 36 st. 2) prema kojoj se osuđujuća presuda mogućem učiniocu nasilja za prekršaj kršenja izrečene hitne mere može izvršiti i *pre njene pravnosnažnosti*. Uz sve navedeno, zakonska odredba kojom su pojmovi žrtve i mogućeg učinioca defini-

¹¹ Uporediti sa: G. B. Kovaček Stanić, str. 130.

sani tako da uključuju *širi krug lica* od uobičajenog i tradicionalnog shvatanja pojma člana porodice,¹² takođe potvrđuje težišnu usmerenost *Zakona* na zaštitu žrtava ili mogućih žrtava nasilja u porodici.

Takva usmerenost zakonskih rešenja na zaštitu žrtava nasilja u porodici podrazumeva, pre svega, prenošenje prioriteta, sa tradicionalno prioritetnog cilja da se učinilac izvršenog dela nasilja u porodici pronađe, procesuiri i kazni, na sada prioritetni cilj da se žrtva (i/ili moguća žrtva) zaštiti od budućeg nasilja.¹³ Na taj način, za razliku od prethodno uobičajene prakse, žrtve (i/ili moguće žrtve) nasilja u porodici postavljaju se u prvi red prioriteta, tako što se njihovoj bezbednosti (zaštiti i podršci) pridaje veći značaj i prioritet u odnosu na značaj i prioritet pronalaženja i procesuiranja učinioca već izvršenog ili mogućeg učinioca budućeg nasilja u porodici.

Naglašenom usmerenošću *Zakona* na zaštitu žrtava, njihova bezbednost (zaštita) od nasilja u porodici *Zakonom* se određuje kao *javni interes*, a ne samo kao privatni interes žrtve da ne bude žrtva. Cilj takvog shvatanja zaštite žrtava nasilja u porodici je da se to nasilje ubuduće ne dešava pod velom porodične tajne, odnosno skrivanjem istine „između četiri zida.“¹⁴ Odgovornost države za ostvarivanje tako postavljenog cilja, pravno je utemeljena ratifikacijom *Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*, kojom je utvrđen *princip dužne pažnje* („*due diligence*“, kontinuirane i potpune posvećenosti) državnih organa i ustanova savesnom ispunjavanju preuzetih obaveza u sprečavanju nasilja u porodici.¹⁵

Tim principom (dužne pažnje i savesnosti) utvrđena je obaveza (dužnost) države potpisnice *Konvencije* (čl. 5 st. 1 i 2): 1) da obezbedi da se njeni organi, zvaničnici, agenti, institucije i drugi akteri koji istupaju u ime države uzdrže od dela nasilja nad ženama, 2) da sprovede dužnu pažnju i savesnost u vezi sa delima nasilja obuhvaćenim *Konvencijom*, koja počinje nedržavni akteri, kao i 3) da organizuje odgovor na sve oblike nasilja obuhvaćene *Konvencijom*, tako da njeni nadležni organi mogu savesno da sprečavaju, istražuju i kažnjavaju dela porodičnog nasilja i da obezbede reparaciju za takva dela. U slučajevim kršenja tih obaveza država je odgovorna za čin nasilja, što bi inače bila isključiva odgovornost nedržavnih aktera.

¹² Prema odredbi čl. 3 st. 3 *Zakona*, „Nasilje u porodici, jeste akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja učinioca prema licu sa kojim se učinilac nalazi u sadašnjem ili ranijem bračnom ili vanbračnom ili partnerskom odnosu ili prema licu sa kojim je krvni srodnik u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog stepena ili sa kojim je srodnik po tzbini do drugog stepena ili kome je usvojitelj, usvojenik, hranjenik ili hranitelj ili prema drugom licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu.“ Uporediti sa: G. Kovaček Stanić, S. Samardžić, „Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVIII 2 (2014), str. 103-105

¹³ O tradicionalnom i modernom u radu policije videti šire u: D. Subošić, 132.

¹⁴ Uporediti sa: G. Kovaček Stanić, S. Samardžić, str. 100.

¹⁵ Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, „*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*“, broj 012/13, čl. 5.

3. FORMALIZOVANJE PROCENE RIZIKA I IZRICANJA HITNIH MERA

Formalizovanje tradicionalnog postupka procenjivanja (procene) rizika od nasilja u porodici i mogućnost izricanja hitnih mera mogućem učiniocu tog nasilja, kada su za to ispunjeni *Zakonom* predviđeni uslovi (*procesuiranje*), značajna je inovacija u policijskom postupanju.¹⁶ Njome je, suštinski, formalizovan prethodno uobičajeni postupak procene situacije kao osnova za donošenje odluka o policijskom postupanju po prijavi nasilja u porodici. Razumevanje te inovacije uslovljeno je razumevanjem pojmova: 1) rizika, 2) procenjivanja i procene rizika, 3) faktora rizika, 4) nivoa rizika, i 5) hitnih mera.

Pod *pojmom rizika*, u teorijskom smislu, podrazumeva se verovatnoća (mogućnost ili očekivanje)¹⁷ nastanka nepoželjnog događaja (opasnosti) u budućnosti. Polazeći od tako uopštenog određenja, *pojam rizika od nasilja u porodici* mogao bi se odrediti kao verovatnoća (mogućnost ili očekivanje) nastanka konkretnog događaja (opasnosti) kojim se to nasilje ispoljava. Međutim, prema odredbama *Zakona* (čl. 3 st.1), pojam tog rizika se implicitno određuje kao *neposredna opasnosti* od nasilja u porodici, koja postoji kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da to nasilje učini prvi put ili ponovi u vremenu koje neposredno postoji.

Prema relevantnom Standardu, *procenjivanje rizika* se određuje kao proces identifikovanja, analize i vrednovanja identifikovanog rizika.¹⁸ Rezultat tog procesa je *procena rizika* – kao formalni dokument kojom se utvrđuje ukupni nivo identifikovanog rizika i nivo njegove prihvatljivosti. Pri tome se ukupan nivo (težina) rizika određuje kombinovanjem verovatnoće nastupanja nepoželjnog događaja (opasnosti) i težine moguće posledice njegovog nastupanja, dok se nivo njegove prihvatljivosti svrstava u prihvatljiv ili neprihvatljiv.¹⁹

Za razliku od toga, procenjivanje rizika se, prema *Zakonu*, može odrediti kao proces u okviru kojeg nadležni policijski službenik upoređuje raspoložive podatke koji su prikupljeni po konkretnoj prijavi nasilja u porodici,²⁰ sa *faktori-*

¹⁶ O toj i ostalim inovacijama, više u: Lj. Stajić, 667-671.

¹⁷ Moguće je i neutralno shvatanje rizika kao (negativne ili pozitivne) devijacije – odstupanja od očekivanog (Srpski standard – SRPS A.L2.003, Institut za standardizaciju Srbije, Beograd, 2017, t. 3.1.5, str. 8).

¹⁸ Više o tome u: Dane Subošić, Obrad Stevanović, „Implementacija teorije rizika u Zakon o sprečavanju nasilja u porodici“, *Kultura polisa*, XV, br. 35, Novi Sad i Beograd 2018, 319-330; Grupa autora, *Procena rizika u zaštiti lica, imovine i poslovanja*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2016, 11.

¹⁹ Srpski standard – SRPS A.L2.003, Institut za standardizaciju Srbije, Beograd 2017, prilog A1 i A2, 24-26 i 49-50.

²⁰ Te podatke, nadležni policijski službenik prikuplja, pre svega, iz: prijave nasilja, razgovora sa žrtvom, izjašnjenja učinioca ili mogućeg učinioca nasilja i iz policijskih evidencija i dokumenta-

ma rizika koji su propisani *Zakonom*²¹ i sistematizovani odgovarajućom ček listom.²² Rezultat tako uopštene i pojednostavljene uporedne analize je *procena rizika* od nasilja u porodici koja, u suštini, predstavlja stav (zaključak) nadležnog policijskog službenika o tome, da li u konkretnom slučaju, postoji ili ne postoji *neposredna opasnost od nasilja u porodici*.

Tako određenu *procenu rizika*, nadležni policijski službenik zasniva na objektivnim činjenicama o tome, da li u konkretnom (prijavljenom) slučaju postoji ili ne postoji prisustvo *Zakonom* (čl. 16) propisanih faktora rizika, ali nezavisno od objektivnih činjenica u pogledu vrste, učestalosti i težine posledica prijavljenog nasilja. Pri tome se zaključuje da *neposredna opasnost* od nasilja u porodici: 1) *postoji* – kada činjenično stanje indicira prisustvo zakonom utvrđenih faktora rizika ili 2) *ne postoji* – kada činjenično stanje ne indicira prisustvo tih faktora u konkretnom (prijavljenom) slučaju nasilja.²³

Kako se u tako *Zakonom* propisanom postupku ne utvrđuju vrsta, učestalost i moguća težina posledica, a time ni *nivo rizika* od prijavljenog nasilja u porodici, već samo postojanje ili nepostojanje rizika, odnosno *neposredne opasnosti* od tog nasilja, procena rizika se suštinski svodi na zaključak o postojanju jedne od te dve moguće situacije. Upravo zbog toga, svaka procena rizika kojom nadležni policijski službenik utvrdi postojanje neposredne opasnosti od nasilja u porodici, nezavisno od njegove vrste i njegovog nivoa, predstavlja *neprihvatljiv rizik*, a time i formalni zakonski osnov i uslov za izricanje i sprovođenje *hitnih mera* kao ključnog instrumenta delotvorne (efektivne) i brze (efikasne) zaštite žrtve od budućeg nasilja u porodici.²⁴

Zakonom (čl. 15-17) je propisana mogućnost izricanja dve vrste *hitnih mera*, i to: 1) privremeno udaljenje (mogućeg) učinioca nasilja iz stana i 2) privremena

cije – uključujući posebno evidencije koje se vode u skladu sa čl. 32-34 *Zakonom* o sprečavanju nasilja u porodici.

²¹ *Zakonom* o sprečavanju nasilja u porodici, kao neki od faktora rizika, odnosno elemenata realne stvarnosti koji uzročno ili pogodujuće utiču na nastanak nasilja u porodici, propisani su: ranije učinjeno nasilje u porodici i spremnost mogućeg učinioca da to nasilje ponovi; ranije pretnje mogućeg učinioca ubistvom ili samoubistvom, posedovanje oružja ili mentalno oboljenje mogućeg učinioca, prethodno izrečene hitne mere ili mere zaštite od nasilja u porodici mogućem učiniocu, strah koji žrtva doživljava i procena žrtve da rizik od nasilja u porodici postoji (*“Sl. glasnik RS”*, br. 94/2016, čl. 16). Neki od tih faktora propisani su i Posebnim protokolom o postupanju policijskih službenika u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima (<https://www.sigurnakuca.net/upload/documents/PlaviTekst.pdf> (20.01.2018.), 11-12).

²² Ček lista predstavlja svojevrstan standard za procenu rizika od nasilja u porodici u konkretnom slučaju. Primer za to je standard iz Velike Britanije: Domestic Violence Risk Identification Matrix (DVRIM), poznat i kao *Barnardo's*, koji je namenjen za zaštitu dece od porodičnog nasilja (https://www.reducingtherisk.org.uk/cms/sites/reducingtherisk/files/folders/resources/risk_and_safety/Child_risk_indicator_matrix_and_next_steps_june_2010_A3.pdf (11.3.2018.)).

²³ Više o tome: D. Subošić, O. Stevanović, 319-330

²⁴ *Ibid.*

zabrana (mogućem) učiniocu nasilja da kontaktira žrtvu nasilja i da joj prilazi.²⁵ Cilj izricanja i sprovođenja tih hitnih mera je, da se obezbedi brza i delotvorna zaštita žrtava nasilja u porodici, koja u prethodnoj praksi njihove zaštite, nije mogla da se obezbedi primenom postojećih građanskopravnih, prekršajnopravnih i krivičnopravnih mehanizama.²⁶

Time se, suštinski, prevazilazi, ranije veoma izražen problem pravnog i *bezbednosnog* „vakuuma“ u zaštiti žrtava nasilja u porodici, posebno u periodu od prijave tog nasilja do otpočinjanja ili okončanja odgovarajućih sudskih postupaka. U tom periodu žrtve nasilja u porodici bile su naročito izložene opasnosti od tog nasilja: 1) kada nije postojao zakonski osnov za određivanje zadržavanja učiniocu prekršaja, odnosno zadržavanja ili pritvora učiniocu krivičnog dela, 2) u periodu do izricanja sankcije u prekršajnom ili krivičnom postupku ili 3) u periodu do izricanja neke od drugih zakonom predviđenih mera.

Prethodno opisano zakonsko rešenje, koje podrazumeva izricanje istih hitnih mera za vrlo različite vrste i nivoe rizika, suštinski predstavlja normativni izraz principa „*nulte tolerancije*“ na nasilje u porodici.²⁷ U praksi, ipak, treba imati u vidu dve teorijski nesporne činjenice. Prva se odnosi na to da rizik od nasilja u porodici teorijski uvek postoji, samo je nivo tog rizika različit (veoma mali ili zanemarljiv, mali, srednji, visok ili veoma visok). Druga, važnija činjenica, odnosi se na to da je rizik od nasilja u porodici objektivno promenljiva kategorija, što znači da njegov nivo – u teorijskom smislu i njegovo postojanje ili nepostojanje – u smislu *Zakona*, mogu varirati tokom vremena, zavisno od prisustva ili odsustva pojedinih uzročnih ili pogodujućih faktora.

4. STRUČNOST U VOĐENJU POSTUPKA I INTEGRACIJA AKTIVNOSTI U SPROVOĐENJU ZAKONA

Fokus zakonskih rešenja na *kompetentnost (stručnost)* u sprovođenju *Zakona* indikovao je odredbama tog *Zakona* (čl. 8-10) prema kojima u sprečavanju nasilja u porodici mogu da postupaju samo obučeni i formalno određeni („nadležni“) policijski službenici, javni tužioci (zamenici javnih tužilaca), sudije sudova opšte

²⁵ Uporediti sa: G. Kovaček Stanić, S. Samardžić, str. 105-109.

²⁶ Obrazloženje Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2675-16%20lat.pdf (25.11.2017.).

²⁷ Na takvo shvatanje zakonskog rešenja o privremenim merama jasno ukazuje i praksa nadležnih policijskih službenika u Republici Srbiji koji su, u periodu od 01.06.2017. do 31.12.2017. godine, izrekli čak 13.808 hitnih mera (61,64 dnevno, odnosno 2,28 dnevno po područnoj policijskoj upravi), od čega 4.469 (32,36% ili oko 1/3) mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i 9.339 (67,63% ili oko 2/3) mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i da joj prilazi. Pri tome, odlukom nadležnog suda produženeo je ukupno 7.762 (56,21%) hitnih mera. (Akt Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije 05 broj 050-95/18-1 od 09.01.2018.).

nadležnosti i sudije prekršajnih sudova. Kao poseban uslov za njihovo određivanje da postupaju u sprečavanju nasilja u porodici, *Zakonom* (čl. 28) je predviđena specijalizovana obuka koju, prema programu Pravosudne akademije, realizuju Pravostudna i Kriminalističko-policijska akademija koje polaznicima izdaju odgovarajući sertifikat o realizaciji te obuke.

Na taj način, u sprovođenje *Zakona* su implementirani i elementi upravljanja kvalitetom, kao specijalizovane menadžment discipline, sa ciljem jačanja kompetencija i senzibilizacije službenih lica, a time i profesionalizacije u radu organa i ustanova nadležnih za sprečavanje nasilja u porodici. Opravdanost potrebe za višim nivoom stručnih znanja u primeni *Zakona* proizilazi iz činjenice da je sprečavanje nasilja u porodici veoma aktuelna, teška, delikatna, ozbiljna i izazovna aktivnost (obaveza) policije, javnih tužilaštava, sudova i centara za socijalni rad, odnosno nadležnih policijskih službenika, javnih tužilaca i sudija. Pored stručnosti i senzibilizacije tih službenih lica, uspešno sprovođenje *Zakona* podrazumeva i njihovu posvećenost dužnoj pažnji, zakonitosti i etičnosti i njihovu motivisanost, kreativnost i saradnju u postupanju, ali i omogućava njihov profesionalni razvoj.

Integracija aktivnosti nadležnih organa i ustanova u sprovođenju *Zakona*, zasniva se na *Zakonom* (čl. 12) propisanoj obavezi tih organa i ustanova „da brzo, delotvorno i *koordinisano* sprečavaju nasilje u porodici (...) i da pruže žrtvi zaštitu, pravnu pomoć i psihosocijalnu i drugu podršku radi njenog oporavka, osnaživanja i osamostaljivanja“. Mada je, na nacionalnom nivou, i ranije bila predviđena brojnim protokolima,²⁸ saradnja kao vid koordinacije aktivnosti između organa i ustanova nadležnih za sprečavanje nasilja u porodici, danas se zasniva, pre svega, na odredbama *Konvencije* kojima se od zemalja potpisnica zahteva *koordinisani pristup* tih organa i ustanova u sprečavanju nasilja u porodici.²⁹

Ta vrsta saradnje, kao vid koordinacije aktivnosti, sa ciljem postizanja sinergijskog efekata u zaštiti žrtava i podršci žrtvama nasilja u porodici, suštinski se ostvaruje, „multisektorskom saradnjom u lokalnoj zajednici“.³⁰ U formalno-organizacionom smislu, ona je bliže uređena *Zakonom*, tako da se ostvaruje realizovanjem *Zakonom* propisanih aktivnosti *lica određenih za vezu i članova grupa za koordinaciju i saradnju*³¹ koje, u skladu sa *Zakonom* (čl. 24 st. 1 i 2 i čl. 26 st. 1 i 2), imenuju nadležni rukovodioci policije, javnih tužilaštava, sudova i centara za socijalni rad.³²

²⁸ Na primer: Opšti protokol o postupanju i saradnji ustanova, organa i organizacija u situacijama nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima. [https://www.minrzs.gov.rs/.../Opsti%20protokol%20nasilje%20u%20\(28.03.2018.\)](https://www.minrzs.gov.rs/.../Opsti%20protokol%20nasilje%20u%20(28.03.2018.)); i Poseban protokol o postupanju policijskih službenika u slučajevima nasilja nad ženama u porodici i u partnerskim odnosima, <https://www.sigurnakuca.net/upload/documents/PlaviTekst.pdf> (20.01.2018.).

²⁹ *Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*, „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 012/13, čl. 7.

³⁰ Uporediti: Zakon o policiji, „Sl. glasnik RS“, br. 6/2016, čl. 27 i 28.

³¹ Prema teoriji organizacije, saradnja se određuje kao vrsta koordinacije, zbog čega zakonska formulacija „koordinacija i saradnja“, predstavlja pleonazam.

³² Uporediti sa: G. B. Kovaček Stanić, str. 133.

Lica određena za vezu svakodnevno razmenjuju obaveštenja i podatke koji su bitni: 1) za sprečavanje nasilja u porodici, 2) za otkrivanje, gonjenje i suđenje za krivična dela određena *Zakonom* i 3) za pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih tim *Zakonom* (čl. 24 st. 3). *Grupa za koordinaciju i saradnju*, najmanje jednom u 15 dana, održava sastanke na kojima, pored ostalog, razmatra: 1) svaki slučaj nasilja u porodici koji nije okončan pravosnažnom sudskom odlukom, kao i 2) slučajeve kada treba da se pruži zaštita i podrška žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela iz *Zakona o sprečavanju nasilja u porodici* (čl. 25 st. 2 i 3).

Na značaj saradnje i koordinacije aktivnosti između organa i ustanova nadležnih za sprovođenje *Zakona*, ukazuju i odredbe čl. 24 st. 4, čl. 27 tog *Zakona*, prema kojima ministri nadležni za unutrašnje poslove, poslove pravosuđa i poslove porodične zaštite, sporazumno: 1) propisuju način razmenjivanja obaveštenja i podataka između lica određenih za vezu i 2) donose pravilnik o saradnji kojim se uređuju obaveze i saradnja državnih organa i ustanova pri sprečavanju nasilja u porodici i pružanju zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici.

Kako je predviđeno odredbama *Zakona* (čl. 25 st. 2 i 3), odgovarajućim poslovniciama o radu grupa za koordinaciju i saradnju bliže će se urediti način rada i odlučivanja na sastancima tih grupa, čime će se dodatno formalizovati koordinacija aktivnosti između državnih organa i ustanova nadležnih za sprečavanje nasilja u porodici. Realizovanjem tako formalizovane koordinacije između nadležnih državnih organa i ustanova, uz mogućnost korišćenja podataka iz odgovarajuće centralne elektronske evidencije koju, prema *Zakonu* (čl. 32-34), vodi Republičko javno tužilaštvo, u značajnoj meri biće prevaziđen ranije izražen problem preklapanja i/ili jaza u strukturiranju njihove odgovornosti.

ZAKLJUČCI

Sintezom rezultata sprovedenog istraživanja, kao posebno značajne karakteristike *Zakona* o sprečavanju nasilja u porodici, identifikovane su: 1) usmerenost *Zakona* na preventivno delovanje (**prevencija**) i na zaštitu žrtava nasilja (**protekcija**), 2) formalizacija postupka procene rizika i izricanja hitnih mera (**procesuiranje**), 3) propisanost višeg nivoa stručnosti službenih lica za primenu *Zakona* (**kompetetnost**) i 4) obavezne saradnje kao vida koordinacije aktivnosti, između nadležnih organa i ustanova u njegovoj primeni (**integracija**).

Fokusiranošću *Zakona* na *prevenciju*, prioritet u postupanju ostalih nadležnih organa i ustanova, suštinski se prenosi sa tradicionalno težišnog prikupljanja dokaza o nasilju u porodici izvršenom u prošlosti na sprečavanje nasilja koje se može dogoditi u budućnosti. Prioritetnom usmerenošću *Zakona* na zaštitu (*protekciju*) i podršku žrtvama nasilja u porodici, prioritet se prenosi sa tradicionalnog

fokusa na traganje za učiniocem ili mogućim učiniocem, na preduzimanje mera zaštite i podrške žrtvi (ili mogućoj žrtve) tog nasilja.

Tradicionalni neformalizovani postupak procenjivanja situacije i donošenja odluka o postupanju po prijavi nasilja u porodici, *Zakonom* je formalizovan tako da podrazumeva proces u okviru kojeg nadležni policijski službenik: 1) utvrđuje, da li u konkretnom (prijavljenom) slučaju, postoji ili ne postoji *neposredna opasnost od nasilja u porodici* i 2) naređenjem izriče propisane *hitne mere* mogućem učiniocu, kada procenom rizika utvrdi da neposredna opasnost od tog nasilja postoji. Fokusom zakonskih rešenja na *stručnost* službenih lica za primenu *Zakona*, stvorene su pravne pretpostavke za upravljanje kvalitetom u njegovoj primeni. Propisanom obavezom nadležnih organa i ustanova, da međusobno sarađuju i koordiniraju svoje aktivnosti, obezbeđeni su uslovi za njihovu neophodnu *integraciju* i za postizanje sinergijskog efekta u sprovođenju *Zakona*.

Takvim koncipiranjem zakonskih rešenja, stvoreni su uslovi za prevazilaženje nekih od ranije izraženih problema sprečavanja nasilja u porodici. Najznačajniji od njih su: 1) problem „tamne brojke“ kao posledice izostanka prijavljivanja i procesuiranja nasilja, zbog opštepoznatih stereotipa i predrasuda, 2) problem pravnog i bezbednosnog vakuuma u zaštiti žrtava, 3) problem nedovoljne kompetentnosti i odsustva saradnje između nosilaca sprečavanja nasilja u porodici i 4) problem preklapanja i/ili jaza u strukturiranju odgovornosti za zaštitu žrtava tog nasilja. Time su, istovremeno, stvorene pretpostavke za povećanje ukupnog učinka, odnosno pravovremenosti (efikasnosti) i delotvornosti (efektivnosti) u sprečavanju nasilja u porodici i u zaštiti žrtava tog nasilja.

*Obrad M. Stevanović, Ph.D., Full Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
obrad.stevanovic@kpa.edu.rs*

*Dane R. Subošić, Ph.D., Full Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
dane.subosic@kpa.edu.rs*

*Dalibor D. Kekić, Ph.D., Assistant Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
dalibor.kekic@kpa.edu.rs*

Specific Characteristics of the Law on the Prevention of Domestic Violence

Abstract: *The current Law on the Prevention of Domestic Violence basically regulates the organization, goals and manner of acting of competent state authorities and institutions in preventing this type of violence and in protecting victims and supporting victims of this violence in the Republic of Serbia. Experiences of competent police officers, prosecutors and judges acquired during their specialized training and nine-month practical implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence, confirmed some of the specific characteristics, but also pointed out some problems in the implementation of the Law. Starting from this, the research whose results were presented in the work was aimed at identifying, systematizing and scientifically describing the characteristics of the Law on the Prevention of Domestic Violence that are of particular importance for understanding its essence and for its effective and efficient implementation.*

*The results of such directed research, as particularly important characteristics of this Law, have been identified in the paper as well: 1) targeted the Law on preventive action (**prevention**) and higher level of expertise of officials for the application of protection of victims of violence (**protection**), 2) formalization of the risk assessment procedure and pronouncement of urgent measures (**processing**), 3) the statutory law (**competence**) cooperation and coordination of activities between competent authorities and institutions in its implementation (**integration**).*

Such a conception of legal solutions, conditions have been created to overcome some of the previously expressed problems of preventing domestic violence.

Najznačajniji od njih su: The most significant of these are: 1) the problem of “dark figures” as a consequence of the absence of reporting and processing of domestic violence, 2) the problem of legal and security vacuum in the protection of victims, 3) the problem of insufficient competence and the lack of cooperation between providers of prevention of domestic violence and 4) the problem of overlap and / or gap in the structure of responsibility for the protection of victims of this violence.

Keywords: *violence, family, victim, offender, prevention, protection, assessment, risk, expertise, coordination.*

Datum prijema rada: 10.04.2018.

*Dr Bojan L. Pajtić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs*

PRAVNO UREĐENJE INSTITUTA JEMSTVA I NJEGOVIH DERIVATA¹ – PROBLEMI I PREDLOZI DE LEGE FERENDA –

Sažetak: *Rad proučava isključivo institut jemstva kao sredstva obezbeđenja u građanskopravnom smislu, a ne i jemstvo u krivičnom postupku, niti jemstvo u carinskom postupku. Pored klasičnog jemstva, u pravnom prometu i praksi sve značajnije mesto zauzimaju derivati ovog instituta. Sa razvojem privrede i bankarskog poslovanja, razvijale su se i ustanove od kojih neke, zbog svojih karakteristika, obezbeđuju viši stepen pravne sigurnosti poverilaca, a druge pojednostavljuju i ubrzavaju postupak obezbeđivanja potraživanja. Ovaj rad je koncentrisan na najvažnije teorijske i praktične probleme koji proizlaze iz različitih doktrinarnih pristupa i nedorečenosti zakona u odnosu na jemstvo i institute koje možemo nazvati derivatima ovog pravnog posla. Naime, kakve pravne posledice nastupaju po ugovor o jemstvu, ako je jemac bio u zabludi u odnosu na poslovnu sposobnost dužnika iz osnovnog pravnog posla, misleći da ona nije ograničena? Ima li jemac pravo na subrogaciju u slučaju ispunjenja obaveze glavnog dužnika (lišenog poslovne sposobnosti), prema jemcu? Koje pravno dejstvo proizvodi jemčenje za naturalnu obligaciju? Verujem da će ovaj rad dati odgovore na neka od ovih pitanja, oko kojih ne postoji konsenzus, kako u pravnoj teoriji, tako ni u praksi.*

Ključne reči: *Jemstvo, obezbeđenje potraživanja, poslovna sposobnost, naturalne obligacije, Zakon o obligacionim odnosima.*

¹ Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

O JEMSTVU UOPŠTE

Predmet izučavanja u ovom radu je, isključivo, institut jemstva kao sredstva obezbeđenja u građanskopravnom smislu, a ne i jemstvo u krivičnom postupku (koje u srpskom krivičnom zakonodavstvu predstavlja supstituciju za pritvor), niti jemstvo u carinskom postupku. Kontinentalna doktrina i pravni sistemi prepoznaju dve osnovne vrste sredstava obezbeđenja potraživanja – realna, odnosno stvarna, i lična, odnosno personalna. Jasno je da je distinkcija izvršena na osnovu toga što se kod stvarnih sredstava stiču ovlašćenja na osnovu kojih poverilac dobija neko stvarno pravo na predmetu obezbeđenja, ako dužnik ne ispuni svoju prestaciju u ugovorom definisanom roku, a kod personalnih sredstava poverilac stiče ovlašćenje da, ukoliko obaveza nije blagovremeno izvršena od strane dužnika, od njega ili nekog trećeg lica zatraži ispunjenje. Tradicionalna podela u našoj pravnoj teoriji u najčešća stvarna sredstva obezbeđenja svrstava ručnu zalogu, hipoteku, kauciju i kaparu, a u najpoznatija lična sredstva jemstvo, ugovornu kaznu i odustanicu. U svojoj briljantnoj monografiji „Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja“, profesori Hiber i Živković zagovaraju drugačiju klasifikaciju, ističući razlike između sredstava obezbeđenja i sredstava učvršćenja potraživanja. Pored toga što zalogu i hipoteku svrstavaju u stvarna, a jemstvo i solidarnost dužnika u lična sredstva, analogno osnovnoj podeli sredstava obezbeđenja vrše i podelu sredstava učvršćenja potraživanja. Pa tako, prema ovoj školi mišljenja, prepoznamo realna odnosno stvarna sredstva učvršćenja (kaparu i kauciju) i personalna, odnosno lična sredstva učvršćenja potraživanja (ugovornu kaznu i odustanicu).²

Ugovorom o jemstvu se jemac obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini.³ Jemstvo je akcesorno sredstvo obezbeđenja, što znači da ugovor o jemstvu sledi pravnu sudbinu glavnog pravnog posla. Osnovni elementi ovog instituta, pored akcesornosti, su supsidijarnost (poverilac od jemca može zahtevati izvršenje obaveze tek nakon što je glavni dužnik ne ispuni u roku koji je opredeljen u pozivu koji je upućen pismenim putem)⁴ i regres (jemac koji je isplatio poveriocu njegovo potraživanje može zahtevati od dužnika da mu naknadi sve što je isplatio za njegov račun).⁵ Na jemca koji je namirio poveriočevo potraživanje prelazi to potraživanje sa svim sporednim pravima i garantijama njegovog ispunjenja.⁶ Prelaz poveriočevih prava na jemca nazivamo subrogacijom.

² Hiber Dragor, Živković Miloš, „Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja“, Pravni fakultet u Beogradu, 2015, str. 15-19.

³ Zakon o obligacionim odnosima, član 997.

⁴ ZOO, član 1004, stav 1.

⁵ ZOO, član 1013, stav 1.

⁶ ZOO, član 1003.

Motivi jemca da prihvati obavezu jemstva za dugovanje dužnika mogu biti različite prirode. Odgovor na pitanje motiva leži u odnosu između jemca i glavnog dužnika. Razlozi obavezivanja jemca mogu biti dobroćini (poklon), ali su, najčešće, teretni. Mogu se zasnivati na punomoćstvu, ugovoru o radu, čak i na poslovodstvu bez naloga. Međutim, možemo reći da je jemstvo apstraktno, budući da razlozi obavezivanja jemca po sebi ne utiču na postojanje jemstva.⁷

O DERIVATIMA UGOVORA O JEMSTVU

Pored klasičnog jemstva, u pravnom prometu i praksi sve značajnije mesto zauzimaju derivati ovog instituta.⁸ Sa razvojem privrede i bankarskog poslovanja, razvijale su se i ustanove od kojih neke, zbog svojih karakteristika, obezbeđuju viši stepen pravne sigurnosti poverilaca, a druge pojednostavljuju i ubrzavaju postupak obezbeđivanja potraživanja.

U prvu kategoriju "derivata" ugovora o jemstvu svrstavamo pojedina neakcesorna sredstva obezbeđenja, kao što je samostalno jemstvo, institut nastao u francuskom pravu („garantie autonome“).⁹ Ono se odnosi na obavezivanje koje ne deli pravnu sudbinu osnovnog pravnog posla, niti je od njega zavisno, iz čega proizlazi da jemac ne može ni da se poziva na prigovore iz njega. Takvo neakcesorno sredstvo obezbeđenja postoji oličeno u institutu bankarske garancije. Osnovne odredbe o bankarskoj garanciji pozicionirane su u Zakonu o obligacionim odnosima. Posebna pravila o ovom sredstvu obezbeđenja nalaze se u drugim zakonima, kao što su Carinski zakon i Zakon o deviznom poslovanju. Za ovaj institut privrednog, odnosno trgovačkog prava karakteristično je to da je obaveza banke garanta samostalna, a ne akcesorna. Ako obaveza iz osnovnog ugovora iz nekog razloga i prestane da postoji, obaveza banke garanta ostaje punovažna. Dakle, dok jemac odgovara za tuđu obavezu, banka kod bankarske garancije odgovara za svoju obligaciju i ispunjava svoju obligaciju. U ovome se ogleda i najvažnija razlika između jemstva i bankarske garancije kao njegovog svojevrsnog derivata. Garant će, stoga, odgovarati korisniku i kada treći, za čiju činidbu korisniku banka kao garant garantuje, u stvarnosti ništa ne duguje korisniku. Zbog svoje nezavisnosti od osnovnog odnosa, bankarskom garancijom ne osigurava se samo namirenje nekog korisnikovog postojećeg potraživanja, nego se njome korisniku pribavlja novo, samostalno potraživanje prema banci kao garantu, kojim

⁷ Šire o ovome: Salma Jožef, „Jemstvo“, Pravni život, broj 7-8/1993, Beograd, str. 719

⁸ Vid. detaljnije Bojan Pajtić, Odnos ugovora o jemstvu i srodnih instituta privrednog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta, 1/2015, str. 149-155.; Bojan Pajtić, Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima, Zbornik radova Pravnog fakulteta, 3/2015, str. 1127-1134.

⁹ Više o ovom pitanju videti kod: Philippe Simler, „Cautionnement et garanties autonomes“, Litec, Paris, 1999, str. 857.

se osigurava postojanje nekog korisnikovog potraživanja.”¹⁰ Code civil u paragrafu 2321. jasno govori o tome. U najvećoj državi anglosaksonskog pravnog sistema, Sjedinjenim Američkim Državama, međutim, izdavanje garancija koje po svojim osnovnim karakteristikama, odgovaraju bankarskim garancijama kontinentalnog prava, predstavlja delatnost osiguravajućih društava.¹¹

U drugu kategoriju derivata, koja omogućava mnogo efikasnije obezbeđivanje potraživanja nego klasičan ugovor o jemstvu (posebno onih potraživanja koja su nastala po osnovu zaključenog ugovora o kreditu), spada menično jemstvo. Ono isključuje potrebu sklapanja ugovora da bi došlo do obezbeđenja potraživanja. Menični jemac stiče taj status potpisivanjem menice.

PROBLEMI JEMČENJA ZA POSLOVNO NESPOSOBNOG DUŽNIKA

Prema ZOO, jemstvo se daje za punovažnu i dospelu obavezu dužnika.¹² Dakle, predmet jemstva je dužnikova obaveza prema poveriocu iz osnovnog ugovora. Ukoliko je jedna od ugovornih strana poslovno nesposobno lice, predmet obaveze jemca bi, prema opštem pravilu, bio nedopušten. Međutim, zakonodavac je kogentnom odredbom definisao pravilo da ona lica, koja se obavežu kao jemci za obavezu nekog poslovno nesposobnog lica, odgovaraju poveriocu isto kao jemci poslovno sposobnog lica.¹³ Ovakvo opredeljenje se odnosi, kako na maloletna lica, tako i na ona punoletna lica koja su lišena poslovne sposobnosti. Intencija zakonodavca prilikom implementiranja ovog člana u ZOO bila je da se, pre svega, zaštite maloletnici. Međutim, u pravnoj teoriji se često zaboravlja da ovakvo rešenje, svakako, ide u prilog i poveriocu koji je prilikom zaključenja pravnog posla bio savestan, jer jemstvo garantuje veću izvesnost da će svoje potraživanje uspeti da naplati. Navedeno rešenje nije karakteristično samo za naše pravo. I u uporednim pravnim sistemima nailazimo na slične odredbe. Tako, Austrijski građanski zakonik opredeljuje da onaj ko jemči za osobu koja „ne može sebe da obaveže“, odnosno, koja nije poslovno sposobna, odgovara kao solidarni dužnik za obavezu poslovno nesposobnog dužnika, čak i ukoliko mu nije bilo poznato da dužnik ne poseduje poslovnu sposobnost.¹⁴ Ovakav pristup je karakterističan i za francuski

¹⁰ Opširnije: Miladin Petar, „Bankarsko jemstvo na prvi poziv“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, broj 56, 2006, str. 341. i 342.

¹¹ Više detalja o ovom, ali i ostalim sredstvima obezbeđenja potraživanja u anglosaksonskom pravu videti kod: Eisenberg A. Melvin, „Contracts“, Gilbert Law summaries, Fourteenth Edition, Chicago, 2002, str. 181 – 218.

¹² ZOO, član 997.

¹³ ZOO, član 1000.

¹⁴ AGZ, paragraf 1352.

Code civil, prema kome obaveza jemca postoji čak i ukoliko ugovor može biti poništen zbog „određenog ličnog izuzetka“, pod tim podrazumevajući, pre svega, poslovnu nesposobnost. Code civil, za razliku od našeg Zakona o obligacionim odnosima, eksplicitno navodi maloletstvo kao primer ovakvog izuzetka.¹⁵ Pored navedenih pravnih propisa, odgovornost jemca za obavezu poslovno nesposobnog dužnika poznaju i španski Građanski zakonik (član 1824), italijanski Građanski zakonik (član 1939) i mnogi drugi pravni propisi.

Jasno je, na osnovu odredbe našeg zakona, da jemac jemči i za obaveze dužnika koji nije poslovno sposoban. Postavlja se, međutim, pitanje, kakve pravne posledice nastupaju po ugovor o jemstvu, ako je jemac bio u zabludi u odnosu na poslovnu sposobnost dužnika iz osnovnog pravnog posla, misleći da ona nije manjkava? Nema nikakve dileme da se ugovor o jemstvu sklapa s obzirom na ličnost dužnika. Tako, primera radi, u slučaju preuzimanja duga, odnosno, promene dužnika, jemstvo čak i prestaje, ex lege, ako jemac izričito ne pristane da odgovara i za novog dužnika.¹⁶ Jemcu nije svejedno za koga jemči, odnosno, nije mu svejedno da li je dužnik solventan i da li postoji mogućnost da će, nakon što je poveriocu isplatio dužnikovu obavezu i nakon što dođe do subrogacije, biti u mogućnosti da se regresira od glavnog dužnika. Prema tome, zabluda jemca o poslovnoj sposobnosti dužnika, nesumnjivo ima karakter zablude o ličnosti koja je, u ovom slučaju, bitna zabluda. U slučaju postojanja bitne zablude jedne od ugovornih strana, ugovor je rušljiv. Nije li to slučaj i sa ugovorom o jemstvu? Ili činjenica da se ZOO o ovom pitanju nije oglasio znači da jemac uvek i u svakom slučaju jemči za obavezu poslovno nesposobnog dužnika? Pojedini autori rešenje ove dileme pronalaze u opredeljenju da zabluda nije izvinjavajuća, jer su uzrast, odnosno, poslovna sposobnost lica za koja se jemči, „lako proverljiva činjenica“.¹⁷ Međutim, da li je baš tako? Ne možemo prenebrežniti da naš zakon, za razliku od Francuskog građanskog zakonika, nije rezervisao „privilegiju“ jemčenja za poslovno nesposobna lica – samo za maloletnike (iako, s razlogom, pretpostavljamo da je upravo to bila intencija zakonodavca). Punoletna lica lišena poslovne sposobnosti, takođe, spadaju u kategoriju onih za koje jemac jemči, bez obzira na manjkavost njihove volje i zrelosti. Činjenica da je neko lice u vanparničnom postupku nekada negde lišeno poslovne sposobnosti niti je lako proverljiva, niti se čak ni od dobrog domaćina ili dobrog privrednika očekuje da, prilikom zaključenja pravnog posla, proverava da li je njegov saugovarač bio podvrgnut takvom postupku pred sudom.

Pojedini autori zauzimaju stav da, budući da obaveza dužnika, koji nije poslovno sposoban, nije punovažna, jemstvo nije nastalo, niti proizvodi pravno

¹⁵ Code civil, paragraf 2289.

¹⁶ ZOO, član 449, stav 1.

¹⁷ Hiber Dragor, Živković Miloš, „Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja“, Pravni fakultet u Beogradu, 2015, str. 297.

dejstvo. Oni insistiraju na tome da u ovom slučaju govorimo o samostalnoj obavezi solidarne odgovornosti trećeg lica sa dužnikom, ili o institutu pristupanja dugu, a isključuju mogućnost da se radi o ugovoru o jemstvu.¹⁸ Prema ovim teoretičarima, jemac se pretvorio u dužnika, budući da nema pravo na regres ukoliko je ispunio obavezu prema poveriocu. Vođeni velikim brojem odstupanja od klasičnog ugovora o jemstvu, ističu da zbog situacije koja se veoma retko dešava u pravnom prometu, nije racionalno remetiti osnovne principe jemstva.¹⁹ Osnovna ideja ovog pristupa je da jemčenje za poslovno nesposobna lica ne treba da postoji kao izuzetak u pozitivnom pravu. Ne bismo se složili sa ovim stavom, zato što je, po našem mišljenju, opravdano u pravnom sistemu ostaviti mehanizam kojim se štite, pre svega, maloletna lica, kao posebno fragilna kategorija u pravnom prometu. Zakonodavac je, opredeljenjem da jemac za obavezu nekog poslovno nesposobnog lica, odgovara poveriocu isto kao jemac poslovno sposobnog lica, praktično, uspostavio ovakvo jemstvo kao neakcesorno, pri čemu je, vrlo jasno i “novog dužnika” za obavezu poslovno nesposobnog lica kvalifikovao kao jemca. Odsustvo akcesornosti još uvek ne znači da jemstva nema, niti je ovo jedino neakcesorno jemstvo u našem pravu i uporednom pravu i praksi. Primera radi i sama bankarska garancija predstavlja, svojevrsno, neakcesorno jemstvo. Nedoumice koje se javljaju u odnosu na obaveze poslovno nesposobnog dužnika mogu biti razrešene preuzimanjem rešenja koja postoje u nekim velikim građanskim kodifikacijama, kao što su Austrijski građanski zakonik i Francuski građanski zakonik.

Austrijski građanski zakonik je eksplicitnim određenjem da jemac odgovara za obavezu dužnika čak i ukoliko mu nije bilo poznato da on nije poslovno sposoban – jasno razrešio gore pomenutu dilemu o dejstvu zablude jemca na punovažnost ugovora o jemstvu. Problem se javlja kod onih pravnih propisa, među koje spada i naš ZOO, koji su po ovom, veoma važnom pitanju, ostali nedorečeni. Opravdano bi bilo da tvorci novog Građanskog zakonika Srbije u njega unesu opredeljenje, slično onom iz AGZ, da bi bile otklonjene sve potencijalne dileme, kako u teoriji, tako i u praksi. Da bi ovakvo rešenje bilo konzistentno i da bi intencija zaštite maloletnika bila potvrđena, pragmatično bi bilo uneti u naš pravni sistem i odredbu sličnu onoj koja već postoji u Francuskom građanskom zakoniku i rezervisati „privilegiju“ jemčenja za obaveze poslovno nesposobnih lica – samo za maloletnike.

U pravnoj nauci se susrećemo sa još jednom značajnom dilemom koja prati jemčenje za obavezu poslovno nesposobnog lica. Nedoumica se odnosi na pravo jemca na subrogaciju u slučaju ispunjenja obaveze glavnog dužnika prema poveriocu.²⁰

¹⁸ Vidi kod: Pavićević Božidar, „Komentar Zakona o obligacionim odnosima II“, redaktori Blagojević Borislav i Krulj Vrleta, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 586.

¹⁹ Vuković Mihajlo, „Obvezno pravo“, Knjiga II, Školska knjiga Zagreb, 1964, str. 183.

²⁰ O problemu subrogacije jemca u slučaju odsustva poslovne sposobnosti dužnika, videti kod: Apathy Peter, Riedler Andreas, „Bürgerliches Recht“, Verlag Österreich, Wien, 2015, str. 209-212.

Zakon o obligacionim odnosima je utvrdio da jemac, nakon ispunjenja, automatski preuzima ulogu poverioca. Dakle, na jemca koji je namirio poveriočevo potraživanje prelazi to potraživanje sa svim sporednim pravima i garantijama njegovog ispunjenja.²¹ Međutim, ukoliko je dužnik poslovno nesposobno lice (najčešće maloletno), njegova obaveza nije punovažna. To što ju je jemac ispunio prema poveriocu, ne znači da je preobrazio maloletnikovu obavezu i učinio je važećom,²² niti on to, kao treće lice u odnosu na poverioca i dužnika, s obzirom na relativno dejstvo obligacije, može učiniti. Prema tome, dužnik i nema obavezu prema jemcu, bez obzira što je ovaj namirio poveriočevo potraživanje. U ovoj situaciji, jemstvo ima isključivo dobročini karakter, pa se, sa pravom, može pretpostaviti da će ulogu jemca koji jemči za obavezu maloletnika, preuzeti, pre svega, neki njegov blizak srodnik, odnosno lice koje u odnosu na dete ima neku prirodnu obligaciju. S obzirom na ovu okolnost, ukoliko jemac koji nije znao za odsustvo poslovne sposobnosti dužnika, izvrši njegovu obavezu, ne može osnovano podići kondicionu tužbu (tužbu za povraćaj datog zbog pravno neosnovanog obogaćenja). Ovo napominjemo zbog toga što, kako smo već istakli, ZOO nije razrešio pravne posledice zablude jemca u odnosu na poslovnu nesposobnost dužnika.

Kada je u pitanju bankarska garancija (kao, u pravnom prometu najčešće korišćeni derivat ugovora o jemstvu), Zakon o obligacionim odnosima nije predvideo mogućnost da se ona da poslovno nesposobnom licu, pa da banka garant odgovara poveriocu isto kao banka garant poslovno sposobnog lica. Ovakvo opredeljenje zakonodavca je ispravno. Naime, za razliku od jemstva, koje može biti dobročin pravni posao, pa u tom slučaju jemac jemči za dug glavnog dužnika, zato što u odnosu na njega ima nameru darežljivosti (*animus donandi*), bankarska garancija nikada nema dobročin karakter.

PROBLEM JEMČENJA ZA PRIRODNU OBAVEZU

Još jedna dilema zaokuplja pažnju, kako domaće, tako i strane pravne nauke. Odnosi se na mogućnost jemčenja za prirodnu obavezu. Da bismo odgovorili na pitanje da li jemčenje za naturalnu obligaciju proizvodi dejstvo, moramo prvo definisati šta se smatra prirodnim obavezama, budući da teorija po tom pitanju nije jednodušna. Osnovna karakteristika naturalnih obligacija je postojanje duga na strani dužnika, ali i odsustvo njegove odgovornosti za dug. Potraživanje poverioca ima valjan osnov. Ono, međutim, ne može biti realizovano prinudnim sudskim putem. Preciznosti radi, iako zakonodavac nije uredio pitanje ove vrste obligacija posebnim članom ili odeljkom Zakona o obligacionim odnosima, upravo zbog valjane kauze prirodne obligacije je u naš pravni sistem uneo sankciju

²¹ ZOO, član 1003.

²² Slično ovome vidi kod: Hiber, Živković, str. 297.

posrednog karaktera. Tako je Zakon o obligacionim odnosima predvideo da se ne može “tražiti ono što je dato ili učinjeno na ime izvršenja neke prirodne obaveze ili neke moralne ili društvene dužnosti.”²³ Dakle, ukoliko je dužnik izvršio određenju prirodnu obligaciju, nezavisno od toga da li se radi o zastareloj obavezi, ili obligaciji zasnovanoj na planu etike, nema pravo da traži povraćaj datog koristeći kondikcionu tužbu koja se podnosi u slučajevima neosnovanog obogaćenja.

Tradicionalna nemačka doktrina razlikuje u svakoj obligaciji dva elementa: dugovanu činidbu (*Schuld*) i odgovornost (*Haftung*). Ova dva elementa idu redovno u korak jedan sa drugim, ali nisu nerazdvojivi. Teorija prirodne obligacije, koja je rimskog porekla, ali je preuzeta u kontinentalnim građanskim zakonima, pokazuje da dug može da postoji, ali da pritom poverilac ne mora nužno da ima pravo da zahteva izvršenje.²⁴ Prinuda koja postoji tada može biti samo moralne prirode: sam dužnik je ima na savesti, pri čemu je uvek slobodan da je ne ispuni.²⁵

Pojedini autori zagovaraju tezu, koja se čini ispravnom, da, zbog navedenog, termin prirodne obligacije valja zameniti pojmom „neutužive tražbine“, budući da utužive tražbine nikako ne možemo tretirati kao „neprirodne“. Prema pomenutim teoretičarima, moderni pravni sistemi u neutužive tražbine svrstavaju tri osnovne vrste tražbina: zastarele tražbine, tražbine iz ugovora o dopuštenoj igri i opkladi i tražbine iz ugovora koji nisu sklopljeni u odgovarajućoj formi.²⁶ Ne bismo se u potpunosti mogli složiti sa ovakvim, prilično restriktivnim pristupom. Naime, naturalne, odnosno, prirodne obligacije nisu samo one koje su zastarele, ili zasnovane mimo odgovarajuće forme. Naturalnim obligacijama možemo smatrati i one obaveze koje nisu zasnovane na ugovoru ili zakonskim odredbama, već su utemeljene u moralnim, odnosno, prirodnim dužnostima proizašlim iz porodičnih odnosa, običaja sredine ili sličnih okolnosti. Primera radi, izdržavanje ostarelog srodnika u odnosu na koga ne postoji zakonska obaveza izdržavanja, ali postoji moralna obaveza, jer je poverilac u ovom odnosu izdržavao dužnika dok je bio maloletan, svakako spada u naturalne obligacije. Dužnik, nakon što je ispuni, ne bi imao pravo da kondikcionom tužbom traži povraćaj datog, jer se kauza ove obligacije smatra valjanom, pa se ono što je potrošeno na ime izdržavanja poverioca nikako ne može „podvesti“ pod njegovo pravno neosnovano obogaćenje.²⁷

²³ Zakon o obligacionim odnosima, član 213.

²⁴ O odsustvu elementa prinude kod prirodnih obligacija u nemačkoj pravnoj doktrini videti kod: Brox Hans, Dietrich Walker Wolf, *Allegemeines Schuldrecht*, C.H.Beck, München, 2015, str. 17.

²⁵ Opširnije: Sériaux Alain, „Manuel de droit des obligations“, Presses Universitaires de France, 2014, str. 15.

²⁶ Opširnije o ovome videti kod: Jakov Radišić, „Obligaciono pravo“, Izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 2004, str. 47 i 48.

²⁷ U uporednoj literaturi nailazimo čak i na primere prema kojima se situacija u kojoj muškarac svojoj konkubini daje određene sume novca kao doprinos troškovima domaćinstva, odnosno, kao učešće u finansiranju kupovine zajedničkog stana – smatra prirodnom obligacijom. Povraćaj datog putem kondikcijske tužbe je nemoguć. Tako: Sériaux, str. 22.

Možemo se, međutim, složiti, da u pravnom prometu, kada su u pitanju naturalne obligacije, najčešće susrećemo upravo one koje su zastarele. Prema našem Zakonu o obligacionim odnosima, „zastarelošću prestaje pravo zahtevati ispunjenje obaveze.”²⁸ Zakonodavac je pod ovom definicijom podrazumevao odsustvo prava poverioca da sudskim putem traži ispunjenje obaveze, jer zastarelost upravo i nastupa kad protekne zakonom određeno vreme u kome je poverilac mogao zahtevati ispunjenje obligacije. Sud se ne može obazirati na zastarelost ako se dužnik nije na nju pozvao,²⁹ tako da, ukoliko je poverilac ipak pokrenuo parnični postupak da bi pred sudom realizovao svoje zastarelo potraživanje, a dužnik ne podnese prigovor zastarelosti, ipak postoji posredna, doduše, više hipotetička mogućnost da se i naturalna obligacija ispuni prinudnim sudskim izvršenjem. Naravno, mala je verovatnoća da će se ovakva situacija dogoditi, pa se u teoriji često navodi da “poverilac nema pravo da sudskim putem zahteva ispunjenje ovakve obligacije (on ne poseduje zahtev odnosno tužbu u materijalnom smislu reči), što znači da je takva obligacija lišena prisustva uobičajene pravne sankcije, ali ne i svake sankcije.”³⁰ Pored osude društvene sredine (ili, bar, jednog njenog dela), koja, po prirodi stvari, sleduje onim licima koja krše određene etičke standarde, moguće su i sankcije “karakteristične za pravni promet: prometni bojkot dužnika putem kolektivnih prekida poslovnih veza, putem tzv. crnih lista (koje su naročito praktikovane u međunarodnom privrednom prometu, ali su u nekim zemljama efikasan način sankcionisanja i u unutrašnjem prometu.”³¹

Prema svemu navedenom, prirodne obligacije se smatraju nepotpunim, jer ne sadrže sve potrebne elemente. Poseduju dug (Schuld), ali ne i odgovornost (Haftung). Da li je, dakle, moguće jemčiti za naturalnu obavezu?³² S obzirom da je zakonodavac jasno definisao da se jemstvo može dati za svaku punovažnu obavezu,³³ jasno je da naturalna obligacija, budući da njeno postojanje i osnov nisu sporni, predstavlja valjan predmet ugovora o jemstvu. Njena manjkavost u procesnom smislu, odnosno, njena „neutuživost“, međutim, stavljaju pod znak pitanja pravno dejstvo ugovora o jemstvu. Upravo na polju pravnog dejstva jemstva za prirodnu obavezu, podela ovih obligacija po osnovu nastanka dobija na značaju.

Kada su u pitanju one naturalne obligacije koje proizlaze iz zastarelih obaveza, Zakonom o obligacionim odnosima je definisano da zastarelošću obaveze glavnog dužnika zastareva i obaveza jemca.³⁴ To, praktično, znači da prigovor

²⁸ Zakon o obligacionim odnosima, član 360. stav 1.

²⁹ Zakon o obligacionim odnosima, član 360. stav 3.

³⁰ Vidi: Perović Slobodan, „Obligaciono pravo“, str. 79.

³¹ Opširnije: Salma Jožef, „Obligaciono pravo“, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2007, str. 60.

³² Opširnije o ovome videti kod: Dullinger Silvia, „Bürgerliches Recht“, Verlag Österreich GmbH, Wien, 2014, str. 12 i 13.

³³ ZOO, član 1001.

³⁴ ZOO, član 1019, stav 1.

zastarelosti prema poveriocu mogu podneti, kako dužnik, tako i jemac. Ukoliko govorimo o prirodnoj obavezi koja nema osnov u zastareloj obligaciji, možemo se složiti sa konstatacijom da ugovor o jemstvu neće proizvoditi pravna dejstva akcesornog pravnog posla, nego kontrakta kojim se preuzima samostalna obaveza, budući da je jemčeva odgovornost uslovljena nemogućnošću da se poverilac naplati od dužnika.³⁵ U svakom slučaju, ukoliko jemac izvrši zastarelu ili bilo koju drugu naturalnu obavezu, nema pravo na kondikcionu tužbu, kao što je nema ni dužniku istoj situaciji.

Što se bankarske garancije tiče, u Zakonu o obligacionim odnosima ne postoje odredbe koje bi opredelile da li davanje bankarske garancije za prirodnu obavezu proizvodi dejstvo. Napominjem da se ovo sredstvo obezbeđenja najčešće koristi radi apliciranja za određene kreditne linije u poljoprivredi ili privredi, kao i za zamašnije infrastrukturne poduhvate. Hipotetički je moguće zamisliti da bankarska garancija bude data za obezbeđenje neke naturalne obligacije. Ukoliko bi se tako nešto dogodilo, ona bi bila pravno valjana. Bankarska garancija je neakcesorna, pa je obaveza banke garanta samostalna. S obzirom na tu okolnost, ni zastarelost obaveze glavnog dužnika ne utiče na punovažnost ovog sredstva obezbeđenja. Naravno, ovakva situacija teško da je u praksi moguća, s obzirom na poslovne politike i stroge procedure bankarskih organizacija.

³⁵ Hiber, Živković, str. 304.

Bojan L. Pajtić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

Legal Regime of Guarantees and its Derivatives – Problems and proposals de lege ferenda –

Abstract: *This article is focused solely on the institute of guarantees as collateral in the civil sense, and not to bail in the criminal proceedings, either on bail in customs procedures. However, in addition to traditional guarantees in the legal transactions and practices, derivatives of this institute are increasingly important. With the development of economy and banking operations this institutions have been developed too. Due to its characteristics, this institutions enable a higher level of legal security of creditors and others, and simplify and accelerate the process of securing claims. This article is focused on the most important theoretical and practical problems arising from different doctrinal approaches and vagueness of the law in relation to guarantee and institutes that we can call the derivatives of this legal transaction. Specifically, what legal consequences occur after the contract of guarantee, if the guarantor was mistaken in relation to the debtor, thinking that he was not minor? Is guarantor subrogated in case of fulfillment of obligations of the principal debtor (deprived of legal capacity), according to the guarantor? What is the legal effect if guarantor has guaranteed for natural obligations? I believe that this article will provide answers to some of these questions, about which there is no consensus, both in legal theory and in practice.*

Keywords: *guarantee, securing claims, legal capacity, natural obligations, Law on Obligations.*

Datum prijema rada: 03.03.2018.

*Dr Janko P. Veselinović, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet u Novom Sadu
veselinovic.janko@gmail.com*

*Dr Todor Đ. Marković, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet u Novom Sadu
todor.markovic@polj.edu.rs*

*Željko D. Kokot, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Poljoprivredni fakultet u Novom Sadu
zeljko.kokot5@gmail.com*

EKONOMSKE I PRAVNE KARAKTERISTIKE OSIGURANJA PRIHODA CELOKUPNOG GAZDINSTVA

Sažetak: *Osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva predstavlja novi instrument za upravljanje rizikom u poljoprivredi. Osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva je tipičan primer principa univerzalnosti u osiguranju. Cilj osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva je da objedini sve rizike jednog gazdinstva koji se mogu osigurati pod jednom polisom. Na ovaj način se pokriva gubitak prihoda kod većine uzgajanih useva na gazdinstvu, životinja i neprerađenih životinjskih proizvoda, kao što su mleko i vuna. Ovaj tip osiguranja štiti od niskog prihoda usled gubitaka u proizvodnji, koji su posledica pada kvaliteta proizvoda i tržišne cene. Cilj je da se pruži zaštita od malog prihoda zbog proizvodnih gubitaka koji se mogu pripisati nezaobilaznim prirodnim katastrofama i tržišnim fluktuacijama koje utiču na prihod gazdinstva u osiguranoj godini. U radu su posmatrani pravni i ekonomski aspekti ove vrste osiguranja.*

Ključne reči: *osiguranje, celokupno gazdinstvo, prihod, usevi, plodovi.*

1. UVOD

Osiguranje useva i plodova jedan je od instrumenata za upravljanje rizikom. Generalno, osiguranje predstavlja finansijski aranžman kojim se preraspodeljuju troškovi neočekivanih gubitaka.¹ E.G. Rejda (E.G. Rejda) osiguranje definiše kao zajednicu pojedinaca koji su izloženi nepredviđenim rizicima i koji rizik prenose na osiguravajuće društvo, a osiguravajuće društvo prihvata da nadoknadi osiguraniku štetu, ako se dogodi nesreća, obezbedi ostale novčane naknade ako im se dogodi gubitak ili da im pruži usluge povezane sa rizikom.² Sa druge strane, osiguranjem pojedinac prenosi rizik nastanka velikog gubitka na osiguravača i obavezuje se da za to plati premiju osiguranja.³

Ukoliko se posmatra biljna proizvodnja, osiguranje useva i plodova može se definisati kao finansijski ugovor između poljoprivrednog proizvođača i osiguravajuće kuće, kojim poljoprivrednik na osiguravača prenosi rizik od nastupanja nekog štetnog događaja (grad, suša, poplava, mraz, oluja itd.), koji mu može naneti velike gubitke, a zauzvrat mu plaća premiju kao cenu osiguranja.⁴

Osiguranje useva i plodova, kao savremeni oblik ekonomske zaštite proizvodnje, predstavlja najbolji instrument za upravljanje rizikom u biljnoj proizvodnji.⁵ Sistemi osiguranja useva i plodova, između ostalog, mogu se podeliti na: osiguranje koje se odnosi na rezultate na individualnim gazdinstvima i osiguranje bazirano na podacima na nivou određenog regiona ili administrativne jedinice. Kad je reč o nivou poljoprivrednog gazdinstva može se razlikovati: osiguranje od jedne vrste rizika, kombinovano osiguranje, osiguranje prinosa, osiguranje prihoda, osiguranje prinosa celokupnog gazdinstva, kao i osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva, koje upravo predstavlja predmet istraživanja ovog rada.⁶ Generalno posmatrano, sva osiguranja mogu se nuditi po principu specijalizovanosti ili univerzalnosti. Osiguranje od jednog rizika (najčešće grada) tipičan je primer prvog principa, dok princip univerzalnosti uključuje zaštitu od većeg broja opasnosti i odgovarajući nivo pokrića,

¹ Mark S. Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance (9th Edition)*, Prentice Hall, New Jersey, 2007, 2.

² George E. Rejda, *Principles of Risk Management and Insurance*, Addison Wesley, New York, 2005, 15.

³ Ernst Berg, *Integriertes Risikomanagement: Notwendigkeit und Konzepte für die Landwirtschaft*, In: Deitmer, J. (Hrsg.): *Agrarökonomie im Wandel*. Tagungsband zum Fachkolloquium anlässlich des 80. Geburtstages von Prof. Em. Dr. Dr. h.c. Günter Steffen, 24.09.2004, 2005, 4.

⁴ Todor Marković, *Vremenski derivati i upravljanje rizikom u poljoprivredi*, Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2013, 34.

⁵ Todor Marković, *Vremenski derivati i upravljanje rizikom u poljoprivredi*, Poljoprivredni fakultet, Novi Sad, 2013, 34.

⁶ Maria Bielza, Josef Stroblmair, Javier Gallego, *Agricultural Risk Management in Europe*, 101st EAAE Seminar „Management of Climate Risks in Agriculture”, July 5-6, Berlin, 2007, 7.

pa se tu ubraja osiguranje garantovanog prinosa, osiguranje vrednosti proizvodnje, osiguranje neto prihoda itd.⁷

Pojava modernog upravljanja rizicima u poljoprivredi sve više postaje fokusirana na osiguranje ukupnog prihoda gazdinstva.⁸ Budući da većina rizika u poljoprivredi nije u savršenoj korelaciji, osiguranje celokupnog gazdinstva obezbeđuje efikasnije pokriće od osiguravanja svakog useva ili životinje posebnom polisom. Racio ovog modela osiguranja zasnovan je na jednostavnoj diversifikaciji i portfolio menadžmentu. Primera radi, ako poljoprivrednik uzgaja dva useva, A i B, polisa osiguranja zasnovana na ukupnom prihodu gazdinstva će biti jeftinija od zbira premija dva pojedinačna osiguranja za useve A i B koji obezbeđuje isti očekivani prihod. Ušteda je obrnuto proporcionalna korelaciji između prihoda analiziranih useva.⁹ To je samo jedna od prednosti osiguranja celokupnog gazdinstva. U nastavku će biti razmatrane i brojne druge prednosti ovog osiguranja. Sa ekonomske tačke gledišta, cilj rada jeste da predstavi teorijske osnove i praktičan primer funkcionisanja novog modela osiguranja koji se naziva Osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva.

Ovaj vid osiguranja celokupnog gazdinstva povezan je sa potrebom obezbeđenja veće sigurnosti seoskog stanovništva koje se bavi poljoprivredom. Na to ukazuju brojni autori. Tako se prema Đ. Popovu usled nedostatka strategije razvoja poljoprivrede i sela uz aktivnu pomoć državnih organa, banaka i lokalne samouprave nastavljaju procesi kojima će se na dugi rok najverovatnije onemogućiti revitalizacija stanovništva u selima.¹⁰ To je naročito važno jer prema obimu i strukturi raspoloživih poljoprivrednih površina Republika Srbija spada u red evropskih zemalja sa povoljnim zemljišnim resursima budući da raspolaže sa 0,7 hektara poljoprivrednog, odnosno 0,46 hektara oraničnog zemljišta po stanovniku.¹¹

Cilj pravne analize osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva je utvrđivanje mogućih dilema po pitanju sadržine ovog pravnog posla, ali i nuđenje praktičnih rešenja kako bi se ovaj tip osiguranja mogao primeniti u Republici Srbiji. Cilj rada sa

⁷ Gerd Weidenfeld, *All-Risks Versicherung*, Reihe Versicherungswirtschaft, Verlag J. Eul, Bergisch-Gladbach, 1991, Peter Schlieper, *Reduktion des pflanzlichen Produktionsrisikos durch eine Ertragsausfallversicherung*, Wiesbaden, 1997, In: Bauer, S., Hermann, R., Kuhlmann, F. (Hrsg.): *Markte der Agrar und Ernährungswirtschaft – Analyse, einzelwirtschaftliche Strategien, staatliche Einflußnahme*, Schriften der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften des Landbaues e.V., Bd. 33, Münster-Hiltrup, 219-232.

⁸ Calum G. Turvey, *Whole Farm Income Insurance*, The Journal of Risk and Insurance, Vol. 79, No. 2, 2012, 515-540.

⁹ Bielza Maria, Alberto Garido, *Evaluating the potential of whole-farm insurance over crop-specific insurance policies*, Spanish Journal of Agricultural Research, Vol. 7, No. 1, 2009, 3-11.

¹⁰ Đorđe Popov, *Uticaj tranzicije na stanje privrede Srbije*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1, 2013, 34.

¹¹ Danica Popov, *Zaštita, uređenje i korišćenje poljoprivrednog zemljišta u Republici Srbiji*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 3, 2014, 68.

pravne tačke gledišta je da pruži odgovore na pitanja u kom obimu pozitivno zakonodavstvo, ali i opšti uslovi poslovanja i praksa, stvaraju ili supstituišu mogućnost da se u Republici Srbiji razviju pravni instituti koji bi rizik poljoprivrednih gazdinstava smanjio.

U radu se pošlo od pretpostavke da je ovo pravno nedovoljno razvijen posao, ali da postoje razlozi da mu se posveti posebna pažnja, pogotovo zbog sve veće izloženosti rizicima poljoprivrednih gazdinstava, usled promene klime, ali i poremećaja na tržištu. Razjašnjenje pravnih dilema moglo bi da doprinese većoj zastupljenosti ovog tipa osiguranja.

2. MATERIJAL I METOD RADA

Za potrebe istraživanja korišćeni su podaci preuzeti sa individualnog poljoprivrednog gazdinstva koje se nalazi u selu Kruščić, opština Kula, zatim podaci Republičkog zavoda za statistiku, Produktne berze u Novom Sadu, kao i Ministarstva poljoprivrede SAD-a. Podaci su analizirani u periodu od pet godina (2010-2014). Na primeru pomenutog poljoprivrednog gazdinstva prikazan je model osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva. Za oblikovanje teorijskog dela rada upotrebljena je različita domaća i strana stručna literatura, pri čemu treba naglasiti da se jako mali broj domaćih autora bavi ovom problematikom.

Prilikom projektovanja očekivanog prihoda koriste se podaci o prosečno ostvarenom prihodu gazdinstva u prethodnih pet godina. Granični nivo računa se kao proizvod očekivanog prihoda i procentualnog nivoa pokrića. Iznos pokrića dobija se kao proizvod utvrđenog graničnog nivoa i stope isplate. Premija osiguranja, odnosno cena rizika, predstavlja proizvod iznosa pokrića i premijske stope. Dobijeni iznos treba umanjiti za 40%, s obzirom da taj deo država pokriva kroz subvencionisanje troškova premije. Na kraju, nedostatak prihoda računa se kao razlika graničnog nivoa i ostvarenog prihoda. Tako dobijena vrednost množi se sa stopom isplate da bi se dobila vrednost isplate iz osiguranja odnosno naknada štete.

3. OSNOVNE KARAKTERISTIKE OSIGURANJA (PRIHODA) CELOKUPNOG GAZDINSTVA

Osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva (u daljem tekstu OPCG) pokriva gubitke prihoda kod većine uzgajanih useva na gazdinstvu, životinja i neprerađenih životinjskih proizvoda, kao što su mleko i vuna. Ovaj tip osiguranja štiti od niskog prihoda usled gubitaka u proizvodnji, koji su posledica pada kvaliteta proizvoda i tržišne cene. Naime, cilj je da se pruži zaštita od malog prihoda zbog proizvodnih gubitaka koji se mogu pripisati nezaobilaznim prirodnim katastrofama i tržišnim fluktuacijama koje utiču na prihod gazdinstva u osiguranoj godini.

Proizvođači koji se opredele za ovaj vid osiguranja prihoda svog gazdinstva moraju da obezbede podatke o prihodima i rashodima gazdinstva u prethodnih 5 godina, prihodovni i troškovni plan za osiguranu godinu, i, ako se odluče za visoki nivo procenta pokrića, profile¹² za useve i plodove za prethodne 2 godine, kao i odgovarajuću potvrdu da su prijavljeni podaci tačni.¹³ Ceo prihod gazdinstva osiguran je pod jednom polisom. Gubici pojedinačnih useva se ne uzimaju u obzir, već je ukupan prihod gazdinstva taj koji određuje gubitke.

Proizvođači su u obavezi da, zajedno sa svojim agentima za osiguranje, prijave svaku robu koja generiše prihod, i to na koliko hektara (glava stoke i sl.) se proizvodi, ukupno očekivanu proizvodnju, očekivanu prodajnu cenu po jedinici proizvoda, kao i ukupnu vrednost svake robe. U tom procesu, treba voditi računa da se razlikuju očekivani prinosi i očekivane cene po klasama robe. Na primer, poljoprivrednik je u obavezi da posebno evidentira krupni krompir koji je namenjen prodaji za jelo, i sitan krompir koji će se koristiti za seme, odnosno za dalju reprodukciju. Na kraju se procene vrednosti za svaku robu sabiraju i na taj način se dobija ukupni očekivani prihod.

OPCG štiti gazdinstvo od gubitka prihoda koji je zaradilo ili očekuje da zaradi od:

- Robe koju gazdinstvo proizvodi u osiguranom periodu, bez obzira da li je roba prodana ili ne,
- Robu koju gazdinstvo kupuje za preprodaju u toku osiguranog perioda,
- Svih roba na gazdinstvu, osim drveta, šume, šumskih proizvoda, životinja za sport, izložbu, ili kućnih ljubimaca,

Naknada štete isplaćuje se poljoprivrednom proizvođaču (osiguraniku) kada je ukupan ostvaren prihod manji od graničnog nivoa prihoda za osiguranu godinu. Granični nivo ukazuje kada će početi isplata naknade štete i računa se kao proizvod planiranog (očekivanog) prihoda i procentualnog nivoa pokrića. Maksimalna isplata u SAD-u ograničena je na 8.500.000 USD.

Kada nastane stvarni gubitak, poljoprivredni proizvođač mora u roku od 72 sata prvo da obavesti svog agenta iz osiguravajuće kuće, a zatim, zajedno sa njim, da podnese „Stvarni robni izveštaj“. U ovom izveštaju, proizvođač (osiguranik) upisuje zasejanu površinu (broj stoke i sl.), požnjevenu površinu, ukupnu proizvodnju svake robe, cenu po jedinici prodatog proizvoda, i ukupnu vrednost svake robe.¹⁴

¹² Profili označavaju proizvedene robe (useve, plodove i stoku) uključujući terensku lokaciju, nivo proizvodnje, korišćene vrste tržišta i procenat marketinga prema vrsti tržišta, kao i beleške o načinu proizvodnje (organska, konvencionalna, u sistemu navodnjavanja itd.).

¹³ Agencija za upravljanje rizikom SAD (www.rma.usda.gov)

¹⁴ James B. Johnson, John P. Hewlett, Duane Griffith, *Adjusted Gross Revenue-Lite: A Whole Farm Revenue Insurance Available in Wyoming*, Agricultural Marketing Policy Paper, No. 24, 2008, 24.

U pravnom smislu „osiguranjem imovine obezbeđuje se naknada za štetu koja bi se desila u imovini osiguranika zbog nastupanja osiguranog slučaja“.¹⁵ Ako bi ovu definiciju primenili na osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva mogli bismo reći da se osiguranjem prihoda celokupnog gazdinstva obezbeđuje naknada za štetu koja bi se desila kod osiguranika usled manjih prihoda, u odnosu na prosečno ostvarene prihode celokupnog gazdinstva u odnosu na prethodni period, kod većine uzgajanih useva na gazdinstvu, kao i kod životinja i neprerađenih životinjskih proizvoda. Kao adekvatan prethodni referentni period mogu se uzeti prihodi u prethodnih pet godina. Neprerađeni životinjski proizvodi su stoka, mleko i drugo.

4. PREDNOSTI I NEDOSTACI OSIGURANJA PRIHODA CELOKUPNOG GAZDINSTVA

Glavne prednosti OPCG:

- Daje proizvođačima mogućnost da osiguraju širok spektar useva i stočarskih proizvoda koji se nisu mogli osigurati sa drugim modelima osiguranja,
- Obezbeđuje osiguranje proizvoda veće vrednosti koji su namenjeni za specijalizovana tržišta, kao što su jedinstvene sorte, organski proizvodi, seme i životinjski proizvodi koje su proizveli ljudi,
- Obezbeđuje viši nivo pokrića i državnu podršku za troškove premije,
- Nudi potencijalno smanjenje troškova za osiguranje, na osnovu popusta za diversifikaciju i mogućnost da se meša i povezuje sa drugim proizvodima osiguranja,
- Smanjuje rizik probanja (uvođenja) novih useva ili stočarskih proizvoda,
- Pобољшава mogućnosti osiguranja brzog širenja poslovanja.

Sledeće vrste gazdinstava mogu imati značajne prednosti od OPCG:

1. Izrazito diversifikovana gazdinstva,
2. Gazdinstva sa specifičnim usevima (proizvodima),
3. Gazdinstva koja prodaju na direktnim, specifičnim, regionalnim i lokalnim, tržištima, i tržištima koja su namenjena tradicionalnim gazdinstvima.

Glavni nedostaci OPCG:

- Zahteva veliku evidenciju,
- Zahteva da proizvođači obezbede potvrde o uplaćenom porezu u prethodnih pet godina,
- Pokriće za zaštitu od katastrofalnih rizika (CAT) nije dostupno.¹⁶

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 27/78, sa izmenama, čl. 925.

¹⁶ James B. Johnson, John P. Hewlett, Duane Griffith, *Adjusted Gross Revenue-Lite: A Whole Farm Revenue Insurance Available in Wyoming*, Agricultural Marketing Policy Paper, No. 24, 2008, 1.

OPCG ne pokriva gubitke koji se javljaju usled nemara, lošeg upravljanja, propusta u korišćenju preporučene poljoprivredne prakse, krađe ili neobjašnjivog nestanka. Takođe, neće biti nadoknađene štete ukoliko se gubici javljaju kao posledica nedostatka radne snage, zapuštenosti useva i sl.

Ne predviđa se isplata naknade proizvođačima koji nisu u mogućnosti da plasiraju robu na tržište zbog karantina, bojkota ili nemogućnosti naplate svojih potraživanja. Gubici koji su nastali kao posledica nedobijanja adekvatne cene za proizvode proizvođača takođe neće biti obeštećeni.

Potrebno je naglasiti da poljoprivredni proizvođač gubi pravo na nadoknadu gubitka ukoliko ne obezbedi adekvatnu evidenciju prilikom podizanja zahteva za naknadu pričinjene štete.¹⁷

5. PRIMER OSIGURANJA PRIHODA CELOKUPNOG GAZDINSTVA

Analizirano poljoprivredno gazdinstvo nalazi se u selu Kruščić, opština Kula. Gazdinstvo se bavi isključivo biljnom proizvodnjom, a u strukturi setve zastupljeni su kukuruz, suncokret i soja, koji se gaje na parcelama od 3, 5 i 2 hektara. U tabeli 1 dat je pregled prosečno ostvarenih prihoda celokupnog gazdinstva u prethodnih pet godina.

Tabela 1: Prosečno ostvaren prihod na nivou celog gazdinstva (2010-2014)

Godina	Prihod od proizvodnje kukuruza (RSD)	Prihod od proizvodnje soje (RSD)	Prihod od proizvodnje suncokreta (RSD)
2010	414.008	565.757	241.940
2011	746.790	225.556	265.822
2012	216.528	345.200	527.978
2013	404.918	779.153	147.015
2014	747.300	319.202	291.199
Prosek	505.909	446.974	294.790

Izvor: Proračun autora

OPCG dozvoljava mogućnost pokrića od najmanje 50%, a najviše 85% planiranog i očekivanog prihoda. Što je veća diversifikacija proizvodnje, to je i procentualni nivo pokrića veći. To praktično znači da proizvođač, koji želi da dobije

¹⁷ James B. Johnson, John P. Hewlett, Duane Griffith, *Adjusted Gross Revenue-Lite: A Whole Farm Revenue Insurance Available in Wyoming*, Agricultural Marketing Policy Paper, No. 24, 2008, 1.

najviši nivo pokrića, mora u svom portfoliju imati najmanje tri robe¹⁸ koje, svaka pojedinačno, značajno doprinose ukupnom prihodu. U analiziranom slučaju, s obzirom da poljoprivredno gazdinstvo gaji tri useva, na raspolaganju je najviši procentualni nivo pokrića, konkretno 80 i 85%.

Takođe, prilikom zaključivanja ugovora o osiguranju poljoprivrednom proizvođaču stoji na raspolaganju stopa isplate od 75% ili 90%. Stopa isplate označava koliko će proizvođač (osiguranik) dobiti za svaki dinar izgubljenog prihoda u osiguranoj godini. Drugim rečima, proizvođaču će biti nadoknađeno 75 ili 90 dinara za svakih 100 dinara izgubljenog prihoda, u zavisnosti od izabrane stope plaćanja. Ukoliko se izabere manja stopa isplate (75%) moguće je osigurati veći iznos očekivanog prihoda farme, i obrnuto.

Premija osiguranja temelji se na iznosu pokrića proizvođača, gde se pokriće računa kao proizvod očekivanog prihoda, procentualnog nivoa pokrića i stope isplate. Kada se utvrdi ukupan iznos pokrića, iznos ukupne premije računa se kao proizvod te vrednosti i utvrđene premijske stope.¹⁹ Bitno je naglasiti da Republika Srbija vrši subvencionisanje premije osiguranja u iznosu od 40%, pa će proizvođači platiti svega 60% ukupnog iznosa premije. Kada je reč o subvencionisanju premije, vlada SAD-a pokriva i do 80% ukupnog iznosa cene osiguranja, u zavisnosti od broja useva koji se gaje na datom gazdinstvu (Tabela 2).

Tabela 2: Procenti premije koje pokriva vlada SAD-a za OPG

Nivo pokrića	50%	55%	60%	65%	70%	75%	80%	85%
Osnovne subvencije – 1 usev	67%	64%	64%	59%	59%	55%	/	/
Subvencije za celokupno gazdinstvo – 2 useva	80%	80%	80%	80%	80%	80%	N/A	N/A
Subvencije za celokupno gazdinstvo – 3 useva	80%	80%	80%	80%	80%	80%	71%	56%

Izvor: Agencija za upravljanje rizikom SAD-a

Poljoprivredno gazdinstvo je, u analiziranoj proizvodnoj 2015. godini, u strukturi setve imalo zastupljeno kukuruz, na površini od 2 hektara, zatim soju, na površini od 3 hektara, i suncokret, na površini od 5 hektara. U tabeli 3 prik-

¹⁸ Pod pojmom „roba“ podrazumevaju se usevi, plodovi, stoka itd.

¹⁹ Premijska stopa utvrđuje se uz pomoć kalkulacije kojoj se može pristupiti preko sajta Ministarstva poljoprivrede SAD-a. Visina premijske stope zavisi od broja useva koji se gaje na gazdinstvu, vrste zastupljenih useva, administrativnog okruga u kome se gazdinstvo nalazi i od očekivanog (planiranog) prihoda na nivou celokupnog gazdinstva.

zani su ostvareni proizvodni rezultati na kraju godine. Proizvodna godina karakteriše se nižim prinosom u odnosu na prosečno ostvaren prinos u prethodnom petogodišnjem periodu, dok su otkupne cene na približno istom nivou u odnosu na petogodišnji prosek.

Na osnovu podataka iz prethodne tabele može se sastaviti obračun naknade iz osiguranja primenom modela OPCG. S obzirom da je na analiziranom gazdinstvu izražena diversifikacija proizvodnje koja se ogleda u tri zastupljena useva, poljoprivrednom proizvođaču se stavlja na raspolaganje 85% nivo pokrića, kao i stopa isplate od 90%. Očekivani prihod predstavlja vrednost prosečno ostvarenog prihoda u prethodnih pet godina. Postupak određivanja premijske stope je prethodno objašnjen. Međutim, treba naglasiti da upravo određivanje visine premijske stope predstavlja problem kod primene ovog vida osiguranja u Republici Srbiji. U SAD-u, gde je ovaj vid osiguranja i nastao, visina premijske stope se određuje u kalkulaciji koja je dostupna preko sajta Agencije za upravljanje rizikom, koja postoji u okviru Ministarstva poljoprivrede SAD-a. Dakle, da bi ovaj model osiguranja zaživeo i na tržištu osiguranja u Republici Srbiji, potrebno je, između ostalog, rešiti i način utvrđivanja visine premijske stope. U nastavku je prikazan obračun naknade iz osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva.

Tabela 3: Analiza ostvarenog prihoda u posmatranoj 2015. godini

Usev	Površina (ha)	Prinos (kg ha ⁻¹)	Cena (RSD kg ⁻¹)	Ostvaren prihod (RSD)
Kukuruz	2	7.310	15	219.300
Soja	3	2.690	39,2	316.344
Suncokret	5	2.200	36,6	402.600
Ukupno				938.244

Izvor: Proračun autora

Tabela 4 pokazuje celokupan postupak obračuna naknade iz osiguranja primenom modela OPCG. U proizvodnoj 2015. godini analizirano poljoprivredno gazdinstvo ostvarilo je ukupan prihod u iznosu od 938.244 dinara, što je za 122.277 dinara manje od graničnog nivoa, te se na osnovu toga može zaključiti da je došlo do nastanka osiguranog slučaja. Osiguravajuća kuća je u obavezi da poljoprivrednom proizvođaču, vlasniku gazdinstva, isplati naknadu u iznosu od 110.049 dinara. Ukupna isplata iz osiguranja direktno je zavisna od visine prinosa i tržišne cene zastupljenih useva. Sa povećanjem prinosa ili tržišne cene, isplata se postepeno smanjuje i u jednom trenutku jednaka je nuli, odnosno isplate iz osiguranja neće biti ukoliko ukupan ostvaren prihod gazdinstva dostigne granični nivo. Nezavisno od ostvarenog prihoda, osiguranici imaju obavezu prema osiguravaču u iznosu od 33.215 dinara, koliko iznosi premija osiguranja kada se odbije iznos koji pokriva država putem subvencija.

Tabela 4: Obračun naknade iz osiguranja primenom modela OPCG

Elementi ugovora	Vrednost
Očekivani prihod	1.247.673 RSD
Nivo pokrića	85%
Stopa isplate	90%
Granični nivo (Očekivani prihod – Nivo pokrića)	1.060.521 RSD
Pokriće (Granični nivo – Stopa isplate)	954.469 RSD
Premijska stopa	5,8%
Ukupna premija (Pokriće – Premijska stopa)	55.359 RSD
Iznos subvencije (40%)	22.144 RSD
Proizvođačeva premija	33.215 RSD
Ostvareni prihod	938.244 RSD
Nedostatak prihoda (Granični nivo – Ostvaren prihod)	122.277 RSD
Naknada štete (Nedostatak prihoda – Stopa isplate)	110.049 RSD

Izvor: Proračun autora

6. ZAKLJUČENJE UGOVORA O OSIGURANJU PRIHODA CELOKUPNOG GAZDINSTVA

Prihodi celokupnog gazdinstva mogu da variraju. Činjenica da je moguće da zbir prihoda kod većine uzgajanih useva na gazdinstvu, kao i kod životinja i neprerađenih životinjskih proizvoda bude manji u odnosu na prosečno ostvarene prihode celokupnog gazdinstva u prethodnih pet godina stvara rizik. Ta izvesnost da svaki pojedinac može pretrpeti štetu, ali da se sa sigurnošću ne može reći hoće li je pretrpeti, naziva se rizik.²⁰

Zakonska definicija polazi od toga da događaj s obzirom na koji se zaključuje osiguranje (osigurani slučaj) „mora biti budući, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača.“²¹ Rizik se može definisati i kao stanje u kome postoji mogućnost negativnog odstupanja od poželjnog ishoda koji očekujemo ili kome se nadamo.²² Pojedini autori rizik definišu kao neizvesnost u pogledu ostvarivanja nekog budućeg događaja.²³

²⁰ Todor Marković, Milenko Jovanović, *Razvoj osiguranja useva i plodova u Srbiji*, Agroeonomika, br. 36/1, 2007, 104.

²¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SRFJ* 29/78, sa izmenama (ZOO), čl 898, 1.

²² Emmet Vaughan, Therese Vaughan, *Osnove osiguranja i upravljanja rizicima*, MATE, Zagreb, 1995, 5.

²³ Jelena Kočović, Predrag Šulejić, *Osiguranje*, Ekonomski fakultet, Beograd, 2002, 58.

Osigurani slučaj prihoda celokupnog gazdinstva je budući, pošto se ugovor o osiguranju zaključuje pre njegovog nastupanja, po pravilu do kraja tekuće godine za narednu godinu.

Ugovor o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva je po svojoj pravnoj prirodi *sui generis*.²⁴ On u svojoj sadržini ima i elemente ugovora o osiguranju od vremenskih uslova, ali i od kolebanja cena na tržištu.

Ugovorne strane kod ugovora o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva, su sa jedne strane osiguravajuća organizacija, a sa druge strane poljoprivredno gazdinstvo, odnosno njegov vlasnik, koji ima interes da se ne dogodi osigurani slučaj, pošto bi inače pretrpeo neki materijalni gubitak. To znači da osiguranik može biti vlasnik poljoprivrednog gazdinstva, vlasnik zemljišta, ali i poljoprivrednik koji na tuđoj zemlji, po osnovu zakupa ili drugog pravno valjanog posla realizuje poljoprivrednu proizvodnju.

Ugovor o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva zaključuje se u pisanoj formi. Preciznije, ugovor o osiguranju je zaključen kada ugovarači potpišu polisu osiguranja ili list pokrića.²⁵

Osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva spada u red dobrovoljnih osiguranja. U našim propisima ne postoje odredbe koji bi eventualno uslovljavale davanje državnih subvencija obavezom osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima ugovor o osiguranju, odnosno polisa, treba da sadrži sledeće elemente: ugovorne strane, osiguranu stvar, odnosno osigurano lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, svotu osiguranja ili da je osiguravanje neograničeno, premija ili doprinos, datum izdavanja polise i potpise ugovornih strana.²⁶

Predmet ugovora o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva teoretski mogu biti svi prihodi celokupnog gazdinstva, to znači svi uzgajani usevi na gazdinstvu, kao i kod životinja i neprerađenih životinjskih proizvoda. U ovom radu koristi se termin „većina“, kako bismo izbegli složene slučajeve u kojima su neke biljne sorte ili životinjske vrste male po obimu, nestandardne ili ih nema u kompariranom petogodišnjem periodu. U praksi predmet osiguranja mogu biti samo one uzgajane sorte ili vrste, u okviru gazdinstva, koje osiguravajuće kuće imaju u svojoj ponudi osiguranja, odnosno one koje oni žele da osiguraju od ovog rizika. Osigurana stvar kod ovog ugovora je prihod celokupnog gazdinstva, ali je neophodno precizirati koji prihodi ulaze u taj okvir, odnosno potrebno je precizirati na koje se to uzgajane useve i životinje i neprerađene životinjske proizvode od-

²⁴ Slavko Carić, Miroslav Vitez, Vuk Raičević, Janko Veselinović, *Privredno pravo*, Fakultet za ekonomiju i inženjerski menadžment, Novi Sad, 2011.

²⁵ ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, sa izmenama, čl. 901, st.1.

²⁶ ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, sa izmenama, čl. 902.

nosi. Osigurana opasnost umanjeње prihoda celokupnog gazdinstva podrazumeva mogućnost da kod većine uzgajanih useva na gazdinstvu, životinja i neprerađanih životinjskih proizvoda prihod bude manji u odnosu na prosečno ostvarene prihode celokupnog gazdinstva, odnosno istih biljnih i životinjskih vrsta u prethodnih pet godina. Dakle za ispunjavanje uslova za nastanak štetnog događaja neophodno je da je ukupan ostvareni prihod manji od očekivanog prihoda (graničnog nivoa) za osiguranu godinu.

Premija osiguranja se i u ovom slučaju može predstaviti i kao cena rizika, jer je rizik najznačajniji element koji određuje visinu premije. Visina premije osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva zavisi od biljnih vrsta i životinja i neprerađanih životinjskih proizvoda koji se osiguravaju, ali i od ugovorene visine pokrića, geografskog područja na kojoj se rizik osigurava, oscilacije u prihodima u prethodnom periodu, planiranih prinosa i eventualno ugovorenih proizvođačkih cene useva, plodova i proizvoda.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima ugovor je zaključen kad ugovarači potpišu polisu osiguranja ili listu pokrića. Ukoliko osiguravač ne odbije ponudu koju je dobio od osiguranika, u zakonskom roku od osam dana ili kraćem roku koji je odredio osiguranik, u tom slučaju ugovor se smatra zaključenim danom kada je ponuda prispela osiguravaču.²⁷ Procena štete od rizika smanjenja prihoda celokupnog gazdinstva, po pravilu, vrši se u skladu sa opštim uslovima poslovanja osiguravača, u kojim su date odredbe o načinu utvrđivanja obima štete. Utvrđivanje i procenu štete vrše poljoprivredni i ekonomski stručnjaci osiguravača, a uzimajući u obzir relevantne podatke osiguranika i druge dostupne podatke, a eventualno i veštačenje. Procena štete realizuje se uz saradnju sa osiguranikom ili njegovim predstavnikom „radi pružanja potrebnih podataka za utvrđivanje osnova i visine štete“.²⁸

²⁷ ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, sa izmenama, čl. 901.

²⁸ Opšti uslovi osiguranja *Generali*, čl. 23. http://www.generali.rs/upload/documents/Uslovi/Poljoprivreda/TN-U-09-OU-01-04_Op%C3%85%C2%A1ti_uslovi_za_osiguranje_useva_i_plo-dova_1436955061.pdf, 27.02.2018.

Tabela 5. Primer ugovora o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva

Ugovor o osiguranju prihoda celokupnog gazdinstva	
(Osiguranik)	Ugovorne strane (Osiguravač)
Član 1. Predmet ugovora Predmet ovog ugovora je isplata novčane nadoknade Osiguravača Osiguraniku za slučaj da prihodi celokupnog gazdinstva u 2015. budu manji od očekivanog prihoda, koji predstavlja vrednost prosečno ostvarenog prihoda u prethodnih pet godina (2010-2014). Kao osnov za obračun celokupnog gazdinstva uzima se prihod kukuruza, soje i suncokreta. Osnov za isplatu je razlika između očekivanog prihoda i vrednosti prihoda ostvarenih u 2015. godini.	
Član 2. Očekivani prihod Očekivani prihod je 1.247.673 RSD. Očekivani prihod podrazumeva prihode na: 1. kukuruz 2 ha 2. soju 3 ha 3. suncokret 5 ha	
Član 3. Ostvareni prihod Ostvareni prihod utvrđuje se uzimajući u obzir ukupni rod sorti iz člana 2. Ugovora na celokupnoj površini, izraženog u kilogramima, i cenu na Produktnoj berzi u Novom Sadu, uzimajući srednju cenu, računajući od dana početka do dana završetka žetve. Dan početka žetve, imajući u vidu stvorene uslove zrelosti ploda i vremenske uslove, određuje Osiguranik, uz obaveštavanje Osiguravača, s tim da ukupno trajanje žetve ne bi trebalo da bude duže od 7 dana. Eventualne promene ovog roka, usled vremenskih i drugih okolnosti usaglašavaju Osiguranik i Osiguravač. Rod sorti utvrđuje se na bazi merenja prinosa na 10 referentnih mesta, na veličini od po 1 ha, a prosečni rod na tim parcelama množi se sa ukupnim brojem hektara na taj način se dobija ukupan rod. Ostvareni prihod se dobija množenjem ukupnog roda sa cenom na Produktnoj berzi u Novom Sadu. Cena na Produktnoj berzi utvrđuje se u skladu sa pravilima iz stava 1. ovog člana, a uzimajući u obzir zvanične podatke sa Produktne berze objavljene na zvaničnom sajtu Berze.	

Član 4. Premija Osiguranik prihoda celokupnog gazdinstva plaća Osiguravaču premiju na osnovu premijske stope od 5,8%. Ukupan iznos premije je 55.395 RSD. Premija se plaća u utvrđenim rokovima i to: 50% u roku od 30 dana od dana potpisivanja Ugovora, a 50% u roku od 120 dana od dana potpisivanja Ugovora.
Član 5. Nedostatak prihoda Osiguravač prihoda celokupnog gazdinstva obavezan je da Osiguraniku prihoda celokupnog gazdinstva plati novčani iznos koji odgovara razlici između očekivanog i ostvarenog prihoda, ukoliko je utvrđeni prihod manji od očekivanog prihoda celokupnog gazdinstva.
Član 6. Učešće Osiguranika u pokriću rizika Osiguranik učestvuje sa 10% u pokriću rizika.
Član 7. Kontrola primene agrotehničkih i drugih mera Osiguranik je dužan da sprovede agrotehničke mere najmanje na nivou realizovanom u prethodnom referentnom periodu, a prikaz tih mera je u prilogu ovog Ugovora i čini njegov sastavni deo. Ovlašćeno lice osiguravajuće organizacije vršiće kontrolu primene agrotehničkih mera, koje mogu uticati na prinos iz člana 2. ovog Ugovora.
Član 8. Rešavanje sporova Za rešavanje sporova vezano za ovaj Ugovor nadležna je <i>ad hoc</i> arbitraža koju će formirati ugovorne strane, tako što će svaka ugovorna strana imenovati po jednog arbitra, a imenovani arbitri će imenovati trećeg arbitra, ujedno i predsednika <i>ad hoc</i> arbitraže. Odluka <i>ad hoc</i> arbitraže ima snagu izvršne sudske presude. <i>Ad hoc</i> arbitraža primenjuje pravila Spoljnotrgovinske arbitraže Privredne komore Republike Srbije.
Član 9. Broj primeraka ugovora Ugovor je zaključen u 4 (četiri) primerka od kojih svaka ugovorna strana zadržava po 2 (dva) primerka.

Član 10.

Mesto i vreme zaključenja ugovora

Ugovor je zaključen u Novom Sadu, 17.11.2014. godine

Osiguranik
Potpis
Izvor: Autori

Osiguravač
Potpis

7. ZAKLJUČAK

Poljoprivredna proizvodnja, kao jedna od najvažnijih privrednih grana, suočava se sa mnogobrojnim proizvodnim rizicima. To se ogleda u direktnoj zavisnosti ostvarenih rezultata i vremenskih (ne)prilika. Za upravljanje vremenskim rizicima najefikasniji su različiti sistemi osiguranja. Jedan od novijih modela je i osiguranje prihoda celokupnog gazdinstva, koje je, nažalost, još uvek dostupno samo u SAD-u. Pojava modernog upravljanja rizicima u poljoprivredi sve više postaje fokusirana na osiguranje ukupnog prihoda gazdinstva. Cilj ovog sistema osiguranja jeste da se objedine svi rizici jednog gazdinstva pod jednu polisu, pri čemu se ostvaruju brojne prednosti u odnosu na klasično osiguranje, što je detaljno prikazano u samom radu.

Za razliku od klasičnog osiguranja, kod osiguranja prihoda celokupnog gazdinstva ne postoje problemi moralnog hazarda, negativne selekcije, geografskog baznog rizika, kao ni baznog rizika proizvodnje, što se može videti i na primeru analiziranog poljoprivrednog gazdinstva. Na kraju proizvodne godine utvrđuje se ukupan prihod gazdinstva i ukoliko je prihod ispod graničnog nivoa, koji se bazira na prihodovnom petogodišnjem proseku, osiguravač je u obavezi da poljoprivredniku nadoknadi štetu. U konkretnom slučaju, zbog nedostatka (manjka) prihoda u iznosu od 122.277 RSD, osiguravač je u obavezi da osiguraniku nadoknadi 110.049 RSD.

Jasnom strategijom na nivou države, uspostavljanjem pravnog okvira i finansijskim podsticajima, mogao bi se uspešno implementirati analizirani model osiguranja u Republici Srbiji, a samim tim i osigurati veliki broj poljoprivrednih proizvođača, koji svoju delatnost obavljaju u klimatski nestabilnim regionima.

*Janko P. Veselinović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture Novi Sad
veselinovic.janko@gmail.com*

*Todor Đ. Marković, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture Novi Sad
todor.markovic@polj.edu.rs*

*Željko D. Kokot, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Agriculture Novi Sad
zeljko.kokot5@gmail.com*

Economic and Legal Characteristics of Whole Farm Revenue Insurance²⁹

Abstract: *Whole-farm revenue insurance represents new risk management instrument in agriculture. Whole-farm revenue insurance is a typical example of the principle of universal insurance. The goal of whole-farm revenue insurance is to unify all the risks of single farm that can be insured under a single policy. In this way, a revenue loss is covered in the case of most cultivated crops on a farm, livestock and unprocessed animal products, such as milk and wool. This type of insurance protects from low revenue due to losses in production, which are the result of a fall in product quality and market price. The aim is to provide protection against small revenue due to production losses that can be attributed to the inevitable natural disasters and market fluctuations that affect the farm revenue in the insured year. The paper deals with the legal and economic aspects of this type of insurance.*

Keywords: *insurance, whole farm, revenue, crops, fruits.*

Datum prijema rada: 13.02.2018.

²⁹ *The paper is a result of the research conducted within the project III – 46006 of the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia titled Sustainable agriculture and rural development in order to achieve strategic goals of the Republic of Serbia in the Danube region and the project No. 47024 of the Ministry of Education and Science titled Social relations of Serbs and Croats, national identity and minority rights from the aspect of European integration.*

*Dr Aleksandar L. Martinović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

UPRAVNO-PRAVNI ASPEKTI UREĐENJA PROSTORA U REPUBLICI SRBIJI – POSTUPAK IZDAVANJA GRAĐEVINSKE DOZVOLE¹

Sažetak: *Jedna od osnovnih karakteristika normi upravnog prava jeste njihova mnogobrojnost. Pored opšteg dela upravnog prava (pravnih pravila koja važe za sve organe uprave i za sve pravne situacije u kojima postupaju svi organi uprave), važan deo pravnog sistema svake države, pa i Republike Srbije, jesu pravne norme posebnog dela upravnog prava, kojima se regulišu različite oblasti društvenog života, kao i nadležnost pojedinih organa uprave u tim oblastima. Pravno uređenje prostora je jedna od najvažnijih oblasti društvenog života kojima moderne države posvećuju posebnu pažnju. U pravnom sistemu Republike Srbije ova oblast je jedna od najvažnijih u kojima se pojavljuju norme posebnog dela upravnog prava. Od svih pitanja koja se uređuju ovim normama, tri pitanja su naročito važna: postupak izdavanja građevinske dozvole, postupak ozakonjenja (legalizacije) objekata i postupak konverzije građevinskog zemljišta. Sva tri postupka predstavljaju posebne upravne postupke.*

Ključne reči: *opšti deo upravnog prava, upravno pravo – posebni deo, pravno uređenje prostora, građevinska dozvola, ozakonjenje, konverzija.*

UVODNE NAPOMENE

Osnovne karakteristike normi upravnog prava u pravnoj književnosti su njihova mnogobrojnost i nekodifikovanost. „Ovo obeležje izvora upravnog prava nam govori o tome da postoji izuzetno veliki broj normi koje spadaju u ovu granu prava. Smatra se da više od dve trećine svih normi pravnog sistema spada u upravno pravo. One su sadržane u velikom broju različitih materijalnih propisa kojima

¹ Rad je rezultat rada na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“.

se uređuju odnosi u pojedinim oblastima društvenog života. One se, naravno, ne proučavaju sve u okviru *opšteg* dela upravnog prava, već one čine sadržinu upravnog prava u pojedinim posebnim oblastima.² Veoma važna oblast društvenog života u savremenim državama, koja je stoga regulisana posebnim upravno-pravnim normama, je oblast urbanizma i pravnog uređenja prostora. Naravno, i ovde dolazi do izražaja još jedna karakteristika izvora upravnog prava – njihova parcijalnost.³ Naime, regulativa koja definiše pravni režim ove oblasti društvenog života – urbanizma i uređenja prostora u Republici Srbiji sadržana je u velikom broju pravnih akata, kako zakona tako i podzakonskih akata. U radu naglasak će biti stavljen na bitan segment pravnog režima uređenja prostora kod nas, a to je postupak izdavanja građevinske dozvole. Pored ovog postupka, pravni režim uređenja prostora u Republici Srbiji regulišu još dva zakona, i to: postupak ozakonjenja (legalizacije) objekata⁴ i postupak koji uređuje pravni režim transformacije prava korišćenja na građevinskom zemljištu, u pravo svojine na građevinskom zemljištu, uz isplatu naknade (tzv. konverzija)⁵. Svaki od ovih postupaka predstavlja, zapravo, jedan od posebnih upravnih postupaka.⁶ Naučni značaj analiziranja ovih postupaka ogleda se u činjenici da pitanje uređenje prostora, kao važnog prirodnog i društvenog resursa, nema samo pravni značaj, već i politički, ekonomski, kulturološki i vojno-strateški značaj.

GRAĐEVINSKA DOZVOLA – ORGANI I POSTUPAK

Zakonom o planiranju i izgradnji⁷ definisani su organi nadležni za izdavanje građevinske dozvole, kao i sam postupak izdavanja građevinske dozvole. Već smo istakli da je postupak izdavanja građevinske dozvole poseban upravni postupak, na koji se odnosi odredba člana 3. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku („Pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom da se urede samo ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno, ako je to u

² Dragan Milkov: *Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja*, Novi Sad 2010, 49.

³ D. Milkov: *nav. delo*, 50.

⁴ Zakon o ozakonjenju, „Službeni glasnik RS“, br. 96/2015.

⁵ Zakon o pretvaranju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu uz naknadu, „Službeni glasnik RS“, br. 64/2015.

⁶ O odnosu opšteg upravnog postupka i posebnih upravnih postupaka više u: Dragan Milkov, Ratko Radošević: „Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – *Upravno postupanje*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2016, 733-752; D. Milkov: „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2013, 85-99; Zoran Lončar: „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2016, 1231-1249; Z. Lončar: „Odlučivanje u upravnom postupku“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2015, 179-195.

⁷ „Službeni glasnik RS“, br. 72/2009, 81/2009 – ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014 i 145/2014.

saglasnosti sa osnovnim načelima određenim ovim zakonom i ne smanjuje nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajemčenih ovim zakonom.“).⁸ Kada govorimo o organu nadležnom za izdavanje građevinske dozvole, treba istaći da je nadležnost podeljena između organa uprave na nivou republike, autonomne pokrajine, ali i organa uprave jedinica lokalne samouprave (opština, gradova i grada Beograda). Zakonom o planiranju i izgradnji nadležnost u postupku izdavanja građevinske dozvole prevashodno je poverena ministarstvu čiji resor obuhvataju poslovi građevinarstva.⁹

Član 133. Zakona o planiranju i izgradnji propisuje da se građevinska dozvola od strane nadležnog ministarstva izdaje se za izgradnju objekata, a zatim izričito nabraja vrste objekata za koje se građevinska dozvola može izdati. Uopšteno rečeno, radi se o objektima od posebnog značaja, kao što su visoke brane i akumulacije, ; nuklearni objekti i drugih objekti u kojima se proizvodi nuklearno gorivo, objekti za skladištenje radioaktivnih otpadnih materija, objekti u kojima se vrši prerada nafte i gasa, objekti koji služe za proizvodnju biodizela, zatim objekti hemijske industrije, crne i obojene metalurgije, kožarske i krznarske industrije, proizvodnje celuloze i papira. Pored toga, građevinska dozvola od strane nadležnog ministarstva se izdaje i za izgradnju stadiona za 10.000 i više gledalaca, objekata visine 50 i više metara, silosa kapaciteta preko 10.000 m³, objekata kazneno-popravnih ustanova, objekata za službene potrebe diplomatsko-konzularnih predstavništava stranih država, odnosno kancelarija međunarodnih organizacija u Republici Srbiji, ukoliko je to propisano bilateralnim sporazumom, kao i stambenih kompleksa višeporodičnog stanovanja kada je investitor Republika Srbija; termoelektrana i drugih objekata za proizvodnju električne energije, međuregionalnih i regionalnih objekata vodosnabdevanja i kanalizacije, regulacionih radova za zaštitu od velikih voda gradskih područja i ruralnih površina, objekata u granicama nepokretnih kulturnih dobara upisanih u Listu svetske kulturne i prirodne baštine, objekata u zaštićenoj okolini luka, i drugo.

Pored toga, organi uprave autonomne pokrajine, kao poverene upravne poslove, izdaju građevinske dozvole za izgradnju navedenih objekata u slučajevima kada se građenje objekata u celini vrši na teritoriji autonomne pokrajine. Nadležni organi jedinica lokalne samouprave izdaju građevinske dozvole za izgradnju objekata za koje nisu nadležni ni Republika Srbija, niti autonomna pokrajina, odnosno onih objekata za koji nisu određeni u članu 133. ovog zakona.

Građevinska dozvola se izdaje na osnovu podnetog zahteva investitora. Dužnost je investitora da uz ovaj zahtev nadležnom organu priloži projekat za gra-

⁸ Zakon o opštem upravnom postupku, „Službeni glasnik RS“, br. 18/2016.

⁹ Shodno Zakonu o ministarstvima („Službeni glasnik RS“, br. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/2015 – dr. zakon i 62/2017), poslovi građevinarstva u delokrugu su Ministarstva građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture.

devinsku dozvolu, zatim dokaz o odgovarajućem pravu na zemljištu ili objektu, kao i sve one dokaze koje propisuju podzakonski akti koji uređuju sadržinu građevinske dozvole i način njenog izdavanja. Izvod iz projekta za izdavanje građevinske dozvole, koji se prilaže uz zahtev, mora potpisati glavni projektant, i overiti pečatom lične licence. Pod „odgovarajućim pravom na zemljištu“, zakonodavac podrazumeva nekoliko različitih stvarnih prava i to na primer: pravo svojine, zatim pravo zakupa na građevinskom zemljištu u javnoj svojini, ali i neka druga prava. U slučaju da se zahtev podnosi radi dobijanja građevinske dozvole za tzv. linijske infrastrukturne objekte, članom 69. ovog zakona nabrojani su dokazi kojima se odgovarajuće pravo može dokazivati, između ostalih to su: rešenje o eksproprijaciji koje je steklo svojstvo pravnosnažnosti ili konačnosti, ugovor o pravu službenosti zaključen u skladu sa ovim zakonom, ugovor o zakupu na zemljištu u privatnoj svojini, i drugi. Važno je naglasiti da u slučaju izgradnje komunalne infrastrukture u regulaciji postojeće saobraćajnice, shodno faktičkom stanju na terenu, nije neophodno dostaviti dokaz o odgovarajućem pravu na zemljištu, odnosno objektu. Sa druge strane, kada se radovi izvode na građevinskom zemljištu ili objektu koji je u vlasništvu većeg broja lica, gorepomenuti dokaz o pravu predstavlja i saglasnost vlasnika, koja je overena na zakonom propisan način. Kada se radi o nadzidiavanju objekta, kao dokaz o pravu se prilaže ugovor koji je zaključen u skladu sa posebnim zakonom. S tim u vezi, važno je napomenuti postojanje određenih specifičnosti u slučaju izgradnje ili izvođenja radova na izgradnji objekata u funkciji službenih potreba diplomatsko-konzularnih predstavništava inostranih država, odnosno za službene potrebe predstavništava različitih međunarodnih organizacija u Republici Srbiji. Naime, kada je to međunarodnim bilateralnim sporazumom predviđeno, u slučaju reciprociteta sa konkretnom stranom državom, investitor neće imati obavezu da plati doprinose za uređivanje građevinskog zemljišta. Potvrdu o postojanju reciprociteta izdaje Ministarstvo spoljnih poslova. U slučaju izgradnje energetskih objekata, pre samog izdavanja građevinske dozvole, obaveza je investitora da dobije od nadležnog organa i priloži energetsku dozvolu, koja mora biti u skladu sa posebnim zakonom. Takođe, kada zahtev za izdavanje građevinske dozvole predviđa priključenje objekta na komunalnu ili drugu infrastrukturu, ioako ona nije izvedena u trenutku izdavanja lokacijskih uslova, potrebno je uz zahtev, priložiti poseban ugovor koji je zaključen između investitora i nadležnog imaooca javnih ovlašćenja. Ovaj ugovor po svojoj prirodi treba da bude takav da obavezuje ugovorne strane da do zajednički utvrđenog krajnjeg roka za okončanje radova na objektu za koji se traži građevinska dozvola, izvrše izgradnju kompletne infrastrukture koja je potrebna radi priključenja objekta. Nakon što primi zahtev za izdavanje građevinske dozvole, nadležni organ ima dužnost da proverí dostavljenu dokumentaciju. U slučaju ispunjenosti svih zakonom propisanih uslova, izdaje se rešenje o građevinskoj dozvoli.

Prema članu 136. Zakona o planiranju i izgradnji, ovo rešenje sadrži podatke koji se tiču: investitora, objekta na koje se odnosi rešenje o građenju, uz navođenje podataka o gabaritu, spratnosti, ukupnoj površini i predračunskoj vrednosti objekta, katastarske parcele na kojoj se nalazi objekat koji se gradi, objektu koji se uklanja ili rekonstruiše radi građenja, roku važenja građevinske dozvole i roku završetka građenja, priloge u obliku dokumentacije na osnovu koje se rešenje o građenju izdaje.

Bitno je uočiti da je rok za donošenje rešenja o izdavanju građevinske dozvole rekordno kratak, jer iznosi pet radnih dana od dana kada je zahtev podnet. Da bi rešenje o izdavanju građevinske dozvole bilo potpuno, neophodno je da sadrži sve zakonom propisane delove, i to lokacijske uslove, iznos doprinosa, izvod iz projekta i projekat za građevinsku dozvolu. Rešenje o izdavanju građevinske dozvole moguće je pobijati redovnim pravnim sredstvom, odnosno zakonom je dozvoljena žalba, za koju je propisan osmodnevni rok, koji počinje teći narednog dana od dana dostavljanja prvostepenog rešenja. Međutim, ukoliko se radi o rešenju donetom od strane nadležnog ministarstva, odnosno nadležnog organa autonomne pokrajine, žalbu nije moguće izjaviti, jer nije dozvoljena, već se može odmah tužbom pokrenuti upravni spor. Važno je naglasiti da se jedno rešenje o građevinskoj dozvoli izdaje za jedan objekat, odnosno za deo objekta, ukoliko on faktički egzistira kao celina, u tehničkom i funkcionalnom smislu, pri čemu je pravni osnov za izvođenje pripremnih radova na objektu građevinska dozvola.

Zakon o planiranju i izgradnji propisuje obavezu nadležnog organa da rešenje o građevinskoj dozvoli obavezno dostavi i inspekciji nadležnoj za nadzor nad izgradnjom objekata. Ukoliko rešenja donosi ministarstvo ili nadležni organ autonomne pokrajine, rešenje se, u svrhu informisanja, mora dostaviti onoj jedinici lokalne samouprave na čijoj se teritoriji vrši građenje objekta. Pored toga, dostavljanje rešenja o građevinskoj dozvoli vrši se i imaocima javnih ovlašćenja (preduzećima, odnosno organizacijama), ukoliko su oni nadležni za utvrđivanje projektnih uslova, kao i za priključenje objekata na infrastrukturni sistem, u cilju obaveštavanja. Trenutak građenja može da nastupi onda kada rešenje o građevinskoj dozvoli stekne svojstvo pravnosnažnosti i nakon što se izvrši prijava radova. Međutim, i samo konačno rešenje o građevinskog dozvoli može biti osnov koji investitoru omogućava da pristupi, pod uslovom da je investitor izvršio prijavu radova, s tim da investitor sam snosi rizik takvog postupka. Ukoliko je stranaka tužbom otpočela upravni spor, a što za posledicu može imati neotpočinjanje radova na građenju objekta, do sticanja pravnosnažnosti tužbom osporenog rešenja, investitor je ovlašćen da traži naknadu štete, ali i izgubljenju dobit u skladu sa pozitivnim propisima, ukoliko sud u upravnom sporu utvrdi da je podneta tužba neosnovana.

DRUGOSTEPENI POSTUPAK IZDAVANJA GRAĐEVINSKE DOZVOLE

Odredbama Zakona o planiranju i izgradnji propisana je i nadležnost za odlučivanje u drugom stepenu (po žalbi) u postupku izdavanja građevinske dozvole. O osnovanosti žalbe protiv rešenja o građevinskoj dozvoli, koje je doneo organ uprave jedinice lokalne samouprave, kao i protiv prvostepenog rešenja o odobrenju izvođenja radova istog organa, odlučuje Ministarstvo građevinarstva, saobraćaja i infrastrukture. Autonomnoj pokrajini zakonom je povereno pravo da rešava o žalbama izjavljenim na prvostepena rešenja o građevinskoj dozvoli jedinice lokalne samouprave, u slučaju građenja objekata na teritoriji autonomne pokrajine, kao i na prvostepena rešenja o odobrenju izvođenja radova na teritoriji autonomne pokrajine. Konačno, Gradu Beogradu je povereno odlučivanje po žalbama izjavljenim na prvostepena rešenja o građevinskoj dozvoli doneta za izvršenje građevinskih radova na objektima do 800 m² bruto razvijene građevinske površine, ali i na prvostepena rešenja o odobrenju izvođenja radova koji se izvode na teritoriji grada Beograda.¹⁰

VREMENSKO VAŽENJE GRAĐEVINSKE DOZVOLE

Analizom odredaba Zakona o planiranju i izgradnji nedvosmisleno se može zaključiti da građenje – pod uslovima koji su utvrđeni pravnim propisima – nije samo pravo, već i obaveza investitora kome je izdata građevinska dozvola. Stoga je logično zakonsko rešenje po kome će doći do prestanka važenja građevinske dozvole ukoliko se u roku o dve godine od pravnosnažnosti rešenja o izdavanju građevinske dozvole, ne započne građenje objekta. Nadležnost za donošenje rešenja kojim se utvrđuje prestanak važenja građevinske dozvole poverena je upravo organu koji je izdao građevinsku dozvolu. Prestanak važenja građevinske dozvole zakon je vezao za situaciju kada se po proteku roka od pet godina od pravnosnažnosti rešenja o izdavanju građevinske dozvole, ne izda upotrebna dozvola. Međutim, opisano zakonsko pravilo neće važiti za objekte i porodične zgrade ukoliko ih investitor gradi u cilju rešavanja sopstvenih stambenih potreba.

¹⁰ Ovde se, zapravo, radi o pravu Grada Beograda da odlučuje o žalbama na rešenja o građevinskoj dozvoli koje donose organi gradskih opština. Naime, u Beogradu je nadležnost za izdavanje građevinskih dozvola podeljena između Grada i gradskih opština. Prema članu 10. Statuta grada Beograda („Službeni list grada Beograda“, br. 14/2004), Grad „izdaje odobrenje za izgradnju objekata preko 800 m² bruto površine“, dok gradska opština „donosi rešenje u prvom stepenu za izgradnju i rekonstrukciju objekata do 800 m² bruto površine“ (član 12. Statuta grada Beograda). Praktično, rešenje iz Statuta grada Beograda preslikalo se u Zakon o planiranju i izgradnji.

Ovlašćenje nadležnog organa je da, povodom zahteva investitora, donese rešenje koje predstavlja odobrenje da pravnosnažna građevinska dozvola dve godine od ranije propisanog roka, ostaje na pravnoj snazi. U tom slučaju obaveza je investitora da prethodno dokaže da je konkretni objekat završen preko 80%. Isto ovlašćenje organa postoji i u slučaju kada se u toku postupka ustanovi da je konkretni objekat pod krovom, da je spoljna stolarija postavljena i da su izvršeni radovi na unutrašnjim instalacijama u pogledu razvoda kojima se omogućava priključenje objekta na eksternu mrežu infrastrukture. U slučaju da istekne rok važenja građevinske dozvole, investitor ima obavezu plaćanja naknade u iznosu koji je identičan iznosu poreza na imovinu, shodno zakonu koji uređuje plaćanje te poreske obaveze. Ova obavezu investitor uplaćuje na račun Poreske uprave, a obaveza traje do izdavanja nove građevinske dozvole za tu lokaciju. Činjenica da je građevinska dozvola prestala da važi utvrđuje se rešenjem organa nadležnog za izdavanje građevinske dozvole. Nakon nastupanja pravnosnažnosti rešenja o prestanku važenja građevinske dozvole vrši se njegovo dostavljanje nadležnoj organizacionoj jedinici Poreske uprave, zavisno od teritorije na kojoj se nalazi predmetni objekat.

NAROČITI SLUČAJEVI GRAĐENJA, ODNOSNO IZVOĐENJA RADOVA BEZ PRIBAVLJANJA GRAĐEVINSKE DOZVOLE

Zakon o planiranju i izgradnji predviđa i izuzetke od ustanovljenog pravila da se građenju može pristupiti tek po pravnosnažnosti rešenja o izdavanju građevinske dozvole. Ovo je propisano iz razloga postojanja situacija u kojima javni interes nalaže građenje, odnosno izvođenje radova bez prethodno pribavljene građevinske dozvole. Radi se o sledećim situacijama: a) kada se objekat gradi neposredno pred ili u toku elementarne nepogode, ili zbog otklanjanja štetnih posledica nepogoda, neposredno posle nastupanja posledica; b) kada je došlo do havarije na energetskim objektima ili telekomunikacionim sistemima; i v) u slučaju ratnog stanja ili neposredne ratne opasnosti. Ukoliko dođe do havarije na energetskim objektima i telekomunikacionim sistemima, vlasnik objekta, odnosno sistema ima dužnost da o nastaloj havariji što pre obavesti nadležnog građevinskog inspektora. Objekat koji je izgrađen u jednoj od navedenih situacija može ostati kao stalni, ukoliko se ispuni jedan uslov, a to je da u roku od godine dana od dana prestanka opasnosti koje su prouzrokovale njegovo građenje, odnosno izvođenje radova, investitor dobije građevinsku dozvolu. Ukoliko ovaj uslov ne ispuni, investitor ima dužnost da ukloni objekat u roku koji odredi građevinski inspektor, a koji u svakom slučaju može trajati najduže 30 dana.

PRIVREMENA GRAĐEVINSKA DOZVOLA

Odredbama Zakona o planiranju i izgradnji regulisan je i institut privremene građevinske dozvole. Do izdavanja ovakovog upravnog akta dolazi u slučaju izgradnje: fabrike betona, asfaltne baze, separacije agregata, samostojećih, ankerisanih meteoroloških anemometrijskih stubova, stubova za druge namene, privremenih saobraćajnica i priključaka, priključaka na komunalnu mrežu za građenje ili eksploataciju objekata, kao i za izvođenje istražnih radova na lokaciji, radi utvrđivanja uslova za izradu projekta za izvođenje i izmeštanje postojećih instalacija. Procedura izdavanja privremene građevinske dozvole identična je proceduri koja se primenjuje i za izdavanje klasične građevinske dozvole. Pored izgradnje objekata, do izdavanja privremene građevinske dozvole može doći i u slučaju preduzimanja radova na proizvodnim objektima ili objektima u funkciji proizvodnih objekata, uz uslov da je za te objekte već ranije podnet zahtev za legalizaciju, sve sa ciljem da se objekat dovede u funkcionalno stanje, da se nastavi ili obnovi proizvodnja. Gorenavedeni zakon propisuje i dužnost investitora da nakon okopnčanja svih radova u delu investicionog održavanja, adaptacije, rekonstrukcije ili pak sanacije, dostavi tehnički opis i popis izvedenih radova, i to organu nadležnom za poslove legalizacije, uz dostavljanje idejnog projekta, tj. projekta za izvođenje, u skladu sa vrstom radova koji se izvedeni. U slučaju da se radi o radovima na odgovarajućem objektu, za izdavanje privremene građevinske dozvole je bitno da je investitor u listu Katastra nepokretnosti upisan kao vlasnik upravo onog građevinskog zemljišta na kome je došlo do građenja objekta. U zavisnosti od toga o kojoj se vrsti objekata ili radova radi u konkretnom slučaju, rešenje o izdavanju privremene građevinske dozvole treba doneti za unapred precizno utvrđen period vremena u kome se građevinski objekat može da koristi, odnosno u kome mogu da se izvode određeni građevinski radovi, ali taj period može da traje najduže tri godine, počev od dana kada je doneta privremena građevinska dozvola. Kada investitor propusti da izvrši uklanjanje privremenog objekta u označenom roku, organ koji je doneo rešenje o izdavanju privremene građevinske dozvole, po službenoj dužnosti, dostavlja zahtev za uklanjanje objekta nadležnom građevinskom inspektoratu. U slučaju podnošenja žalbe protiv rešenja građevinskog inspektora zakon ne predviđa njeno suspenzivno dejstvo, odnosno žalba ne zadržava izvršenje rešenja o uklanjanju objekta. Od ovog pravila ipak postoji jedan izuzetak, i to u slučaju kada investitor podnese poseban zahtev, u kom slučaju može doći do produženja rešenja o privremenoj građevinskoj dozvoli – ali samo jedan put za vreme postupka – i to za tri godine. Po isteku na ovaj način produženog roka, zakonska pravila koja se odnose na uklanjanje privremenog objekta ponovo mogu da se primenjuju.

ZAKLJUČAK

Postupak izdavanja građevinske dozvole, postupak ozakonjenja i postupak konverzije predstavljaju posebne upravne postupke. Najšire posmatrano, svaki od ovih postupaka sastavni je deo pravnog režima uređenja prostora u Republici Srbiji. Uređenje prostora ima ne samo pravni, već generalno, i društveni značaj. Iz tog razloga je pravilna i dosledna primena pravnih propisa vezanih za ovu oblast od posebnog značaja. Važno je uočiti da su važeći pravni propisi koji regulišu oblast uređenja prostora u Republici Srbiji novijeg datuma, što za posledicu ima to da se upravna i sudska praksa u ovoj oblasti nisu do kraja iskristalisale. Ipak, to ne znači da upravna ili sudska praksa ne postoji. Presudom Upravnog suda 21U. 31467/2010 od 07. decembra 2011. godine utvrđeno je da „konverzija prava korišćenja u pravo svojine na neizgrađenom i izgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj svojini upisanom u korist gradskih opština, ne vrši se u korist gradskih opština već u korist grada u čijem su sastavu te gradske opštine.“¹¹ Pored toga Upravni sud je tumačenjem odredbe člana 48. stav 3. Zakona o planiranju i izgradnji koja se tiče pravnog karaktera zapisnika o proceni mogućnosti i uslova za izdavanje odobrenja za izgradnju i upotrebnu dozvolu zaključio da „zapisnik o proceni uslova i mogućnosti izdavanja odobrenja za izgradnju i upotrebnu dozvolu za objekte izgrađene, odnosno rekonstruisane bez građevinske dozvole, ne predstavlja upravni akt protiv koga je zaštita obezbeđena u upravnom sporu“ (Presuda Upravnog suda 9 Uvp. 1149/2010 (2008) od 29. aprila 2010. godine).¹² Zbog svega navedenog, za očekivati je da će zajedničko optimalno delovanje kvalitetnog zakonodavstva i upravne i sudske prakse dovesti do takvog nivoa uređenosti prostora koja je u službi ekonomskog i ukupnog društvenog razvoja Republike Srbije. A to znači, u krajnjem, na korist građana i privrednih subjekata.

¹¹ Upravni sud – Bilten sudske prakse br. 6, Beograd 2016, 222.

¹² Upravni sud – Bilten sudske prakse, 138.

*Aleksandar L. Martinović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs*

The Administrative Law Aspects of Physical Planning in the Republic of Serbia – Building Permit Issuing Procedure

Abstract: *One of the fundamental characteristics of the administrative law norms is its multiplicity. Alongside the General Part of the Administrative Law (legal norms applying to the administrative bodies including legal situations when all the administrative bodies act), an important part of legal order of every country, thus of the Republic of Serbia as well, are the norms falling within special part of the Administrative law, regulating different areas of social life, as well as the competences of the certain administrative bodies in those areas. Legal regulation of physical planning is among the most important areas of social life and it draws particular attention of the modern states. In legal order of the Republic of Serbia, this area is one of the most crucial when it comes to the special part of administrative law norms appearance. Out of all the issues regulated by these norms, there are three exceptionally important: building permit issuing procedure, legalization procedure and the procedure of building land conversion. Each represents a special administrative procedure.*

Keywords: *General part of the Administrative Law, Administrative law-special part, legal space regulation, building permits, legalization, conversion.*

Datum prijema rada: 22.02.2018.

*Dr Bojan N. Tubić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Tubic@pf.uns.ac.rs*

NASILJE U PORODICI U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA¹

Sažetak: *Ovaj rad se bavi pitanjem zaštite lica od nasilja u porodici u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Ono nije pomenuto u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, ali se u praksi Suda pojavio značajan broj slučajeva u kojima je on konstatovao da je došlo do kršenja pojedinih članova Konvencije, a u vezi sa nasiljem u porodici. U većem broju slučajeva država nije sprečila nasilje u porodici koje je dovelo do kršenja prava na život, ili je dovelo do nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja. Takođe, nasilje u porodici često dovodi do povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Država je dužna da zaštiti sva lica pod svojom jurisdikcijom kada postoji osnovana sumnja da njihova prava mogu da budu povređena. Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici predstavlja značajan instrument kojim se reguliše ovo pitanje i predstavlja pomak u pogledu zaštite žrtava nasilja u porodici.*

Ključne reči: *nasilje u porodici, Evropski sud za ljudska prava, Istanbulska konvencija.*

1. UVOD

Nasilje u porodici je negativna društvena pojava, koja poslednjih godina dobija sve više pažnje u javnosti. Ono je često shvatano kao privatna stvar u koju državni organi ne treba da se mešaju i za koju nisu odgovorni.² U poslednjih

¹ Rad je nastao kao rezultat rada na projektu Pravno-bezbednosni aspekti borbe protiv nasilja u porodici u cilju očuvanja porodice kao elementa održivog razvoja, koji finansira Autonomna pokrajina Vojvodina, Pokrajinski sekretarijat za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost, a čiji nosilac je Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

² Dorothy Q. Thomas and Michele E. Beasley, Domestic Violence as a Human Rights Issue, *Human Rights Quarterly*, 15/1993, 43.

nekoliko decenija se ovaj stav promenio i sve je više ukazivano na probleme u porodici i na težak položaj žena. Nasilje u porodici se danas posmatra i kao bezbednosni problem.³ Usledila je unutrašnja reakcija država članica na ovu pojavu, ali i njeno regulisanje na međunarodnom planu. Problemom nasilja u porodici bave se i pojedine međunarodne organizacije, a ono može da dođe i pred sudska tela koja su osnovana međunarodnim ugovorima. Na taj način se može, na jedan sveobuhvatan način, boriti protiv ove negativne društvene pojave. Posebno mesto u ovom sistemu zauzima svakako Savet Evrope, sa Evropskim sudom za ljudska prava. Iako u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija)⁴ nije posebno pomenuto nasilje u porodici, moguće je ukazati na praksu Suda u vezi sa drugim pravima garantovanim Konvencijom, a koja mogu da budu povređena u slučajevima nasilja u porodici. Poštujući ovu praksu, Republika Srbija bi mogla da predupredi predstavke Sudu u kojima bi se ona teretila za kršenje pojedinih članova Konvencije u ovim okolnostima.

2. BORBA PROTIV NASILJA U PORODICI U OKVIRU SAVETA EVROPE

Jedan od najznačajnijih međunarodnih ugovora koji se bavi pitanjem nasilja u porodici je Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici,⁵ koja je usvojena 2011. godine, a poznata je i pod nazivom Istanbulska konvencija. Ona je stupila na snagu 2014. godine. U članu 1(b) ovog ugovora se navodi da je jedan od njegovih ciljeva da doprinese eliminisanju svih oblika diskriminacije žena i da promoviše suštinsku jednakost između muškaraca i žena, uključujući i davanje većih ovlašćenja ženama.⁶ U članu 45 se navodi da će države ugovornice preduzeti sve neophodne legislativne i druge mere kako bi obezbedile da su kršenja ustanovljena u skladu sa ovom Konvencijom kažnjiva efikasnim i srazmernim sankcijama, uzimajući u obzir njihovu ozbiljnost.⁷ Republika Srbija je ratifikovala Istanbulsku konvenciju 2013. godine i jedna od obaveza koja proizlazi iz nje je i donošenje zakona kako bi se nacionalna regulativa uskladila sa njenim rešenjima.⁸

³ Ljubomir Stajić, *Odgovor države na nasilje u porodici, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2017, 659.

⁴ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“, br. 9/2003.

⁵ Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Službeni glasnik Republike Srbije, Međunarodni ugovori 12-13/2013.

⁶ Ibid., član 1b.

⁷ Ibid., član 45.

⁸ Branislav Ristivojević, Stefan Samardžić, *Zakon o sprečavanju nasilja u porodici – kritički osvrt iz ugla krivičnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2017, 1443.

U članu 3 Istanbulske konvencije se nasilje u porodici definiše kao „svaki akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja do kojeg dolazi u okviru porodice ili domaćinstva, odnosno između bivših ili sadašnjih supružnika ili partnera, nezavisno od toga da li počinitelj deli ili je delio isto boravište sa žrtvom.“⁹ Ono što ovu definiciju izdvaja u odnosu na druge jeste i pominjanje ekonomskog nasilja, jer svako zlostavljanje ima određene materijalne odnosno ekonomske implikacije.

Nasilje u porodici se u teoriji razlikuje od nasilja prema ženama. Ovo se može videti i u samom nazivu Istanbulske konvencije, a u članu 1 se navodi da je njen cilj sprečavanje i kažnjavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici, kao i stvaranje sveobuhvatnog okvira i mera za zaštitu i pomoć žrtvama nasilja nad ženama i domaćeg nasilja. U teoriji se postavljalo pitanje da li je ovakvo razlikovanje opravdano, jer se time ukazuje da nasilje u porodici nije povezano sa nekim osnovnim pojmovima nasilja protiv žena. Međutim, neki autori pozdravljaju ovakvo razlikovanje jer ono naglašava značaj koji Istanbulska konvencija pridaje borbi protiv nasilja u porodici, a time se svakako prihvata i činjenica da i muškarci takođe mogu da budu žrtve nasilja u porodici.¹⁰

Istanbulska konvencija nameće državama mnogo teže obaveze nego što je to ustanovljeno u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Zaštita pred Sudom je svakako potrebna jer pod njegovu nadležnost potpada 47 država što je više od trenutnog broja država ugovornica Istanbulske konvencije. Takođe, Istanbulska konvencija ne predviđa mehanizam za podnošenje individualnih predstavi u vezi sa njenim kršenjem. Ipak, u članu 21 se navodi da će države ugovornice obezbediti da žrtve dobiju informacije i da mogu da pristupe primenljivim regionalnim i međunarodnim mehanizmima za podnošenje predstavi.¹¹ Ovo uključuje postupke pred Evropskim sudom za ljudska prava i Komitetom za eliminisanje svih oblika diskriminacije žena.¹²

Postoje i drugi međunarodni ugovori koji se bave ovim pitanjem. Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena¹³ ne pominje nasilje u porodici, ali je Komitet ustanovljen ovom konvencijom izdao veoma značajnu Opštu preporuku 19 koja je tumačila da konvencija zabranjuje nasilje nad ženama u javnom i privatnom kontekstu. Takođe, u svojim komentarima na periodične izveštaje država članica, Komitet daje preporuke o merama koje države treba da preduzmu

⁹ Član 3 Istanbulske konvencije.

¹⁰ Ronagh McQuigg, A Contextual Analysis of the Council of Europe's Convention on Preventing and Combating Violence against Women, *International Human Rights Law Review*, 1/2012, 371.

¹¹ Član 21 Istanbulske konvencije.

¹² Ronagh McQuigg, *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Routledge, New York, 2017.

¹³ Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori 11/1981.

pri rešavanju pitanja nasilja u porodici, koje je bilo i predmet nekoliko pojedinačnih predstavki Komitetu.¹⁴ Na regionalnom planu, značajno je pomenuti Interameričku konvenciju o sprečavanju, kažnjavanju i eliminisanju nasilja nad ženama (poznata i pod imenom Konvencija iz Belema u Parau),¹⁵ koja je usvojena 1994. godine u okviru Organizacije američkih država, a stupila je na snagu godinu dana kasnije. U njoj se ne pominje termin nasilje u porodici, ali se ono može podvesti pod nasilje nad ženama generalno.

3. NASILJE U PORODICI U SLUČAJEVIMA KRŠENJA ČLANA 2 KONVENCIJE

Država je dužna da svakome obezbedi nesmetano uživanje prava na život, odnosno ne sme da oduzme život licima u okviru njene nadležnosti, a ukoliko zna da postoji ozbiljna pretnja po nečiji život, ili to može da zna, treba da preduzme sve što razumno može da bi spasila taj život. Pored toga, postoji i procesni aspekt člana 2 Konvencije, odnosno država mora da preduzme efikasnu istragu u svakom konkretnom slučaju a naročito se to traži u slučajevima kada postoji sumnja da su državni organi učestvovali u lišenju života nekog lica. U slučajevima nasilja u porodici svakako su najvažniji aspekti zaštite života lica izloženih nasilju u porodici i sprovođenje efikasne istrage u slučajevima lišenja života.

Jedan od najznačajnijih slučajeva iz ove oblasti je *Kontrova protiv Slovačke*,¹⁶ u kojem je Sud direktno i suštinski pomenuo pitanje nasilja u porodici. Podnositeljka predstave je 2. novembra 2002. godine podnela krivičnu prijavu protiv svog muža za napad i nanošenje telesnih povreda. U pratnji svog muža, ona je kasnije pokušala da povuče ovu prijavu. Ipak, ona je promenila svoj iskaz tako da su postupci njenog muža bili kvalifikovani kao manji prekršaji koji nisu zahtevali dalje postupanje. Dana 31. decembra 2002. godine, njen muž je ubio njihovu decu, ćerku i sina. Podnositeljka predstave je pokrenula postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava i navela da je policija, svesna nasilnog i pretećeg ponašanja njenog muža, propustila da preduzme odgovarajuće mere da zaštiti živote njene dece. Takođe, navela je da nije mogla da dobije odgovarajuću naknadu štete. Sud je u svojoj presudi našao da je došlo do kršenja člana 2 Konvencije u pogledu propusta državnih organa da zaštiti živote dece podnositeljke predstave. On je primetio da je situacija u njenoj porodici bila poznata lokalnoj policiji,

¹⁴ Ronagh McQuigg, *Domestic Violence as a Human Rights Issue: Rumor v. Italy*, *The European Journal of International Law* 26/2016, 1010.

¹⁵ Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html> (sajt posećen 28. aprila 2018. godine).

¹⁶ *Kontrova protiv Slovačke* (*Kontrovà v. Slovakia*), predstavka br. 7510/04, presuda od 31. maja 2007. godine.

s obzirom na krivičnu prijavu iz novembra 2002. godine, kao i telefonske pozive u decembru te godine. Policija je bila u obavezi da registruje krivičnu prijavu podnosioca predstavke i da odmah pokrene istragu i krivični postupak protiv muža podnositeljke predstavke. Takođe, bilo je potrebno da policija preduzme određene aktivnosti povodom navoda da on poseduje pušku i da preti da će je upotrebiti. Međutim, jedan od policijskih službenika je čak pomogao podnositeljski predstavke i njenom mužu da izmene krivičnu prijavu iz 2002. godine, kako bi se vodila kao lakši prekršaj. Sud je doneo odluku da je policija propustila da izvrši soje obaveze i kao direktna posledica tog propusta došlo je do ubistva dece. Sud je inače doneo odluku da je došlo i do povrede prava na efikasan pravni lek, jer je podnositeljka predstavke trebala da ima pravo da zahteva naknadu nematerijalne štete, ali joj takav pravni lek nije obezbeđen.

Takođe, i u slučaju Branko Tomašić i drugi protiv Hrvatske,¹⁷ Sud je doneo odluku da je došlo do kršenja člana 2 Konvencije, jer tužena država nije preduzela odgovarajuće mere da bi sprečila smrt deteta i majke i nije preduzela efikasnu istragu o odgovornosti države za njihovu smrt. Naime, u ovom slučaju podnosioci predstavke su bili rođaci jedne bebe i njene majke koje je ubio njihov otac odnosno suprug koji je potom izvršio samoubistvo. On je to učinio po izlasku iz zatvora gde je bio smešten zbog upućivanja pretnji smrću. Prvobitno je određeno da se podvrgne obaveznom psihijatrijskom lečenju tokom boravka u zatvoru i nakon puštanja na slobodu, ali je apelacioni sud naredio da se lečenje prekine nakon što je pušten na slobodu. Državni organi Hrvatske su bili svesni da su pretnje koje su im bile upućene bile ozbiljne i da su sve razumne mere trebale da budu preduzete kako bi se oni zaštitili. Takođe, Sud je ukazao i na druge nedostatke u ponašanju državnih vlasti. Naime, nije dokazano da je lečenje odgovornog lica bilo sprovedeno na odgovarajući način. U zatvoru je održano nekoliko sastanaka sa zatvorskim osobljem, koji nisu bili psihijatri, a nisu bile date ni smernice kako bi trebalo voditi postupak lečenja. Takođe, on nije bio ispitan pre puštanja na slobodu da li i dalje predstavlja rizik za porodicu. Sud je zaključio da su državne vlasti propustile da preduzmu odgovarajuće mere da zaštite njihove živote.

U slučaju Opuz protiv Turske¹⁸ podnositeljka predstavke i njena majka su tokom više godina bile izložene napadima i pretnjama od strane muža podnositeljke predstavke, što se često završavalo povredama koje su bile opasne po život. Uz samo jedan izuzetak, nije pokrenut postupak protiv njega jer su obe žene povlačile svoje prijave, iako su objašnjavale da ih je muž primorao da to urade, preteći da će ih ubiti. On je čak i ubo nožem svoju ženu sedam puta i izrečena mu je novčana kazna u protivvrednosti od 385 evra. Dve žene su podnosile brojne žalbe tvrdeći

¹⁷ Branko Tomašić i drugi protiv Hrvatske (Case of Branko Tomašić and Others v. Croatia), predstavka br. 46598/06, presuda od 15. januara 2009. godine, str. 24.

¹⁸ Opuz protiv Turske (Case of Opuz v. Turkey), predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009. godine.

da su im životi u opasnosti. Suprug je bio ispitivan i nakon toga pušten. Na kraju, kada su one pokušale da se odsele, suprug je ubio svoju taštu, tvrdeći da je u pitanju bila njegova čast. On je osuđen za ubistvo i izrečena mu je kazna doživotnog zatvora, ali je pušten dok se odlučivalo o njegovoj žalbi. Njegova supruga je u tom periodu tvrdila da je on nastavljao i dalje da joj preti. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 2 Konvencije u pogledu ubistva majke podnositeljke predstavke, kao i do kršenja člana 3 Konvencije u pogledu propusta države da zaštiti podnositeljku predstavke. On je zauzeo stav da je Turska propustila da uspostavi i primeni sistem za kažnjavanje nasilja u porodici i zaštitu žrtava. Državni organi nisu ni koristili zaštitne mere koje su im bile dostupne i prekidali su postupke kao „porodične stvari“ ignorišući razloge zbog kojih su prijave bivale povučene. Trebalo je da bude uspostavljen jedan pravni okvir koji bi omogućavao da krivični postupci budu pokrenuti bez obzira da li su prijave bile povučene.

Takođe, Sud je u ovom slučaju zauzeo stav, po prvi put kada je u pitanju nasilje u porodici, da je došlo do kršenja člana 14 Konvencije, odnosno do kršenja zabrane diskriminacije, u vezi sa članovima 2 i 3 Konvencije. On je primetio da nasilje u porodici pogađa uglavnom žene, dok je opšta i diskriminatorna sudska pasivnost u Turskoj stvorila pogodnu klimu za takvo ponašanje. Sud se ovde pozvao na izveštaje lokalnih, ali i međunarodnih nevladinih organizacija. Nasilje koje su pretrpele podnositeljka predstavke i njena majka bi moglo da bude posmatrano da je rodno zasnovano i diskriminatorno prema ženama. Sud je potvrdio da i muškarci mogu da budu žrtve nasilja u porodici, kao i deca, bilo direktno ili indirektno.¹⁹ Uprkos reformama koje je sprovela turska vlada prethodnih godina, preovlađujuća neaktivnost sudskog sistema i nekažnjavanje nasilnika, ukazuju na nedovoljnu posvećenost na strani državnih organa da preduzmu odgovarajuće mere kako bi odgovorile na nasilje u porodici.

U još nekoliko slučajeva protiv Turske, Sud je smatrao da je došlo do povrede prava na život. Tako, u slučaju Civek protiv Turske²⁰ Sud je našao naročito da iako su turske vlasti bile informisane o istinskoj i ozbiljnoj pretnji po život majke podnosioca predstavke i uprkos njenim konstantnim pritužbama na pretnje i uznemiravanje, one su propustile da preduzmu mere koje su im razumno bile dostupne kako bi se sprečilo njeno ubistvo.

Sud je utvrdio kršenje procesnog dela člana 2 Konvencije i u slučaju Durmaz protiv Turske,²¹ u pogledu propusta turskih vlasti da sprovedu efikasnu istragu o smrti ćerke podnosioca predstavke. Podnosilac predstavke je bio otac žene koja je umrla u bolnici nakon što ju je muž doveo na urgentno odeljenje, obaveštavajući lekare da je ona uzela prekomernu dozu lekova. Kada ga je policija ispitala

¹⁹ Ibid., pasus 132.

²⁰ Civek protiv Turske (Civek v. Turkey), predstavka br. 55354/11, presuda od 23. februara 2016. godine, str. 24.

²¹ Durmaz protiv Turske, (Durmaz v. Turkey), predstavka br. 3621/07, presuda od 13. novembra 2014. godine.

rekao je da su se posvađali tog dana i da ju je udario. Žena je preminula i njen otac je pokrenuo postupak kod tužioca tvrdeći da ona nije imala samoubilačke namere i navodeći da je muž odgovoran za njenu smrt. Istraga koju je sproveo tužilac pokazala je da je ona izvršila samoubistvo. Sud je smatrao da ova istraga nije bila efikasna. Slično kao u slučaju Opuz protiv Turske, Sud je primetio da nasilje u porodici pogađa uglavnom žene i da opšta i diskriminatorna sudska pasivnost u Turskoj stvara klimu pogodnu za nasilje u porodici. Ovo je ponovljeno i u slučaju Halime Kilič protiv Turske,²² u kojem se podnosilac predstavke obratio Sudu zbog smrti ćerke koju je ubio njen muž, uprkos tome što je podnela četiri prijave i dobila tri zaštitne mere. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 2 i člana 14 u vezi sa članom 2 Konvencije. On je našao da domaći postupci nisu udovoljili zahtevima člana 2, u pogledu obezbeđivanja zaštite ćerke podnosioca predstavke. Nacionalni organi nisu sankcionisali nepoštovanje zabrana od strane supruga žrtve i time su ih učinili neefikasnim, na taj način stvarajući okruženje nekažnjivosti, omogućavajući mu da nekažnjeno napada svoju suprugu.

U slučaju Talpis protiv Italije,²³ Sud je našao da je povređen član 2 Konvencije zbog ubistva sina podnositeljke predstavke i pokušaja njenog ubistva. On je smatrao da su, propuštanjem da se preduzme brza reakcija na osnovu pritužbe podnositeljke predstavke, državni organi Italije stvorili okolnosti u kojima je bilo nekažnjivo pribegavanje nasilju, što je na kraju dovelo do pokušaja ubistva podnositeljke predstavke i ubistva njenog sina. Državni organi su propustili da ispunе svoju obavezu da zaštite živote ovih lica. Sud je našao i da je došlo do kršenja člana 3 Konvencije, zbog propusta državnih organa da ispunе svoju obavezu zaštite podnosioca predstavke od akata nasilja u porodici. Sud je posebno primetio da je podnositeljka predstavke živela sa decom u okruženju nasilja koje je bilo dovoljno ozbiljno da bi se moglo nazvati nečovečnim postupanjem. Takođe, način na koji su državni organi vodili krivični postupak ukazivao je na pasivnost sudova što nije u skladu sa članom 3 Konvencije. Takođe, Sud je našao i da je došlo do diskriminacije u vezi sa članovima 2 i 3 Konvencije, nalazeći da je podnositeljka predstavke bila žrtva diskriminacije, kao žena, zbog neaktivnosti državnih organa koji su potcenili konkretno nasilje i tako ga u suštini podržali.

4. NASILJE U PORODICI U SLUČAJEVIMA KRŠENJA ČLANA 3 KONVENCIJE

Član 3 Konvencije zabranjuje mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Nasilje u porodici vrlo često podrazumeva postojanje ovih oblika

²² Haime Kilič protiv Turske (Halime Kilic v. Turkey), predstavka br. 63034/11, presuda od 28. juna 2016. godine.

²³ Talpis protiv Italije (Talpīs v. Italy), predstavka br. 41237/14, presuda od 2. marta 2017. godine.

ponašanja prema žrtvama. Na primer, u slučaju E.S. i drugi protiv Slovačke²⁴ prva podnositeljka predstavke je napustila svog muža i podnela krivičnu prijavu protiv njega za zlostavljanje nje i njene dece i za seksualno zlostavljanje jedne od njihovih ćerki. On je osuđen za nasilje i seksualno zlostavljanje dve godine kasnije. Zahtev podnositeljke predstavke da njen muž bude udaljen iz kuće je odbijen, uz argumentaciju nacionalnog suda da nije imao ovlašćenja da ograniči pristup njenog muža imovini. Prva podnositeljka predstavke i deca su bili primorani da se odsele od svoje porodice i prijatelja, a dvoje dece je moralo da promeni školu. Oni su se žalili da su državne vlasti propustile da ih zaštite na adekvatan način od nasilja u porodici. Sud je doneo odluku da je Slovačka propustila da im obezbedi neophodnu zaštitu protiv nasilja i da je time prekršila članove 3 i 8 Konvencije. On je primetio da su, s obzirom na prirodu i težinu optužbi, prva podnositeljka predstavke i njena deca tražili zaštitu odmah a ne godinu ili dve kasnije. Ona nije mogla da traži udaljavanje muža iz njihovog bračnog doma sve do izmena zakona iz 2003. godine. U tom periodu ona i njena deca su bila bez efikasne zaštite.

U slučaju E.M. protiv Rumunije,²⁵ podnositeljka predstavke je navela da istraga povodom njene krivične prijave za nasilje u porodici počinjeno u prisustvu njene ćerke, nije bila efikasna. Rumunski sudovi su odbacili njenu prijavu, jer nisu bili dokazani njeni navodi da je bila podvrgnuta nasilju od strane muža. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 3 Konvencije u procesnom delu, nalazeći da način na koji je istraga vođena nije pružao podnositeljki predstavke efikasnu zaštitu na osnovu člana 3. Ona je tražila pomoć i zaštitu od državnih organa za sebe i ćerku, protiv muževljevog agresivnog ponašanja. Iako je postojao zakonski okvir za saradnju između različitih organa, kao i za preduzimanje drugih vansudskih mera za identifikovanje i delovanje protiv nasilja u porodici, nisu preduzeti nikakvi koraci u tom pravcu. Do toga nije došlo, čak i ako su postojali medicinski dokazi za navode podnositeljke predstavke. Slično se desilo i u slučaju Valiulien protiv Litvanije,²⁶ povodom prijave žene koja je bila žrtva nasilja u porodici, gde su državni organi propustili da istraže njene tvrdnje o zlostavljanju i da utvrde odgovornost njenog partnera. Sud je smatrao da je došlo do odlaganja u krivičnom postupku, a javni tužilac je odlučio da prekine istragu, tako da praksa u konkretnom slučaju i način na koji su krivičnopravni mehanizmi implementirani, nisu obezbedili odgovarajuću zaštitu podnosiocu predstavke protiv akata nasilja. Zanimljivo je da Sud u ovoj presudi pominje i Istanbulsku konvenciju.²⁷

²⁴ E.S. i drugi protiv Slovačke (E.S. and Others v. Slovakia), predstavka br. 8227/04, presuda od 15. septembra 2009. godine.

²⁵ E.M. protiv Rumunije (E.M. v. Romania), predstavka br. 43994/05, presuda od 30. oktobra 2012. godine.

²⁶ Valiulien protiv Litvanije (Valiulienė v. Lithuania), predstavka br. 33234/07, presuda od 26. marta 2013. godine. Videti: Ronagh McQuigg, The European Court of Human Rights and Domestic Violence: Valiulienė v Lithuania, *The International Journal of Human Rights* 18/2014, 756-773.

²⁷ Valiulien protiv Litvanije, *ibid.*, pasus 41.

Pitanje nasilja u porodici javljalo se, na posredan način, i u slučajevima deportacija. Naime, u slučaju N protiv Švedske,²⁸ podnositeljka predstavke, državljanka Avganistana, došla je 2004. godine u Švedsku, sa mužem. Njihovi zahtevi za azil su odbijani nekoliko puta. Godinu dana kasnije, ona je napustila svog muža, a 2008. godine njen zahtev za razvod braka su odbili švedski sudovi, jer nisu bili nadležni da razvedu brak sve dok se podnositeljka predstavke ne naseli legalno u zemlji. Njen muž je obavestio nacionalni sud da se protivi razvodu. U međuvremenu, podnositeljka predstavke je bezuspešno zahtevala od Švedskog odbora za migracije da ponovo razmotri njen slučaj i da spreči njenu deportaciju, tvrdeći da rizikuje da joj se izrekne smrtna kazna u Avganistanu, jer je počinila preljubu, tako što je otpočela vezu sa jednim Šveđaninom i da ju je njena porodica odbacila. Sud je smatrao da bi deportacija podnositeljke predstavke iz Švedske u Avganistan predstavljala kršenje člana 3 Konvencije, jer je postojala osnovana sumnja da bi ukoliko bi bila deportovana u Avganistan ona bila suočena sa različitim vidovima represalija od strane njenog muža, njegove, ali i njene porodice, kao i od celog avganistanskog društva. Sve to se može podvesti pod član 3 Konvencije. Sud se pozvao na izveštaje u kojima se navodi da oko 80% avganistanskih žena biva pogođeno nasiljem u porodici i to aktima koje državne vlasti smatraju legitimnim i ne gone njihove počinioce. Takođe, žene ne mogu da odu u policiju ili sud bez pratnje muškarca. Sve to ukazuje na jedan opšti rizik za koji je Sud smatrao da ne sme da bude ignorisan.

U slučaju M.G. protiv Turske²⁹ radilo se o porodičnom nasilju koje je podnositeljka predstavke doživela tokom braka, pretnje koje su joj upućivane nakon razvoda. Ona je posebno kritikovala domaće organe jer su propustili da spreče nasilje kojem je bila podvrgnuta. Ona se takođe žalila na stalnu i sistematsku diskriminaciju u pogledu nasilja prema ženama u Turskoj. Sud je smatrao da je došlo o kršenju člana 3 Konvencije, jer način na koji su turske vlasti vodile krivični postupak nije mogao da bude posmatran kao zadovoljavajući prema zahtevima člana 3. On je posebno naglasio da su vlasti imale pasivan stav, jer je krivični postupak pokrenut više od pet godina i šest meseci nakon što je podnositeljka predstavke podnela prijavu protiv svog muža i da su postupci i dalje bili u toku kada je odluka Suda doneta. Takođe, Sud je našao da je došlo do povrede i člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije, jer je našao da je posle razvoda pa sve do stupanja na snagu novog zakona, što je bio period od oko 5 godina, postojeći zakonski okvir nije garantovao da podnositeljka predstavke, kao razvedena, može da ima korist od zaštitnih mera i primetio je da mnogo godina nakon što se obratila nacionalnim sudovima bila je primorana da živi u strahu od ponašanja svog bivšeg muža.

²⁸ N protiv Švedske (N. v. Sweden), predstavka br. 23505/09, presuda od 20. jula 2010. godine.

²⁹ M.G. protiv Turske (M.G. v. Turkey), predstavka br. 646/10, presuda od 22. marta 2016. godine.

U slučaju Eremia i drugi protiv Republike Moldavije³⁰ načinjen je pomak u pogledu priznavanja aspekta polne diskriminacije nasilja prema ženama. Naime, u ovom slučaju se radilo o predstavi jedne žene i njene dve ćerke koje su se žalile na propust moldavskih vlasti da ih zaštite od nasilnog ponašanja i zlostavljanja supruga odnosno oca, koji je bio policajac. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 3 Konvencije u pogledu prvog podnosioca predstavke, jer su i pored saznanja o zlostavljanju, državne vlasti propustile da preduzmu efikasne mere protiv njenog supruga i da je zaštite od daljeg nasilja u porodici. Takođe, došlo je i do povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života u pogledu ćerki, jer uprkos štetnim psihičkim posledicama po njih nastalih posmatranjem očevog nasilnog ponašanja nad njihovom majkom u porodičnom domu, učinjeno je jako malo ili gotovo ništa da bi se sprečilo ponavljanje takvog ponašanja. Sud je smatrao da je došlo i do povrede člana 14 u vezi sa članom 3 Konvencije, u pogledu prve podnositeljke predstavke, nalazeći da akti državnih organa nisu bili prosti propusti ili odlaganja u borbi sa nasiljem protiv nje, već su doprineli ponavljanju takvog nasilja i odražavali diskriminatoran stav prema podnositeljki predstavke kao ženi. Sud se pozvao na mišljenje Specijalnog izvestioca Ujedinjenih nacija o nasilju nad ženama, njegovim uzrocima i posledicama i zauzeo stav da je ono samo potvrdilo utisak da državni organi nisu u potpunosti razumeli ozbiljnost i obim problema nasilja u porodici u Moldaviji i njihove diskriminatorne posledice na žene. Ovo je potvrđeno i u drugim slučajevima protiv Moldavije.³¹

U slučaju D.M.D. protiv Rumunije³² podnosilac predstavke je pokrenuo postupak protiv svog oca za nasilje u porodici. Ove radnje su trajale osam godina i na kraju je otac osuđen za fizičko i psihičko zlostavljanje svog deteta. Podnosilac predstavke se žalio da su ti postupci neefikasni i da mu nije bila dodeljena naknada štete. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 3 Konvencije odnosno da je prekršena zabrana nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, jer je istraga o navodnom zlostavljanju trajala predugo i imala je i druge ozbiljne nedostatke. U tom smislu, on je naglasio da države članice treba da teže da zaštite dostojanstvo dece i da stvore odgovarajući pravni okvir da zaštite decu od nasilja u porodici. Sud je takođe našao da je došlo i do kršenja člana 6 stava 1 Konvencije, jer domaći sudovi nisu ispitali suštinu zahteva podnosioca predstavke o propustu da mu se dosudi naknada štete, uprkos tome što je jasno navedeno u domaćem pravu da imaju obavezu da donesu odluku o pitanju naknade štete u slučaju koji se odnosi na maloletno lice, čak i bez formalnog zahteva žrtve.

³⁰ Eremia i drugi protiv Republike Moldavije (Case of Eremia and Others v. The Republic of Moldova), predstavka br. 3564/11, presuda od 28. maja 2013. godine.

³¹ B. protiv Republike Moldavije (Case of B. V. The Republic of Moldova), predstavka br. 61382/09, presuda od 16. jula 2013. godine; Mudric protiv Republike Moldavije (Case of Mudric v. The Republic of Moldova), predstavka br. 74839/10, presuda od 16. jula 2013. godine.

³² D.M.D. protiv Rumunije (D.M.D. v. Romania), predstavka br. 23022/13, presuda od 3. oktobra 2017. godine.

Postoje i slučajevi u kojima je Sud doneo odluku da nije došlo do kršenja člana 3 Konvencije. U slučaju Rumor protiv Italije,³³ podnositeljka predstavke se žalila da su državne vlasti propustile da je podrže nakon ozbiljnog incidenta nasilja u porodici koji joj se desio u novembru 2008. godine, i da su propustile da je zaštite od daljeg nasilja. Ona je navela da njen bivši partner nije bio upućen na psihijatrijski tretman i da je nastavio da predstavlja pretnju i njoj i njenoj deci. Ona je dalje tvrdila da se prijemni centar koji je izabran za kućni pritvor njenog partnera nalazio samo 15 kilometara od njenog doma i da nije bio odgovarajući. Ona je dva puta bivala zastrašivana od strane zaposlenih u tom centru, što je predstavljalo kršenje sudske zabrane bilo kakvog kontakta sa njenim bivšim partnerom. Takođe, ona je navela da su ti propusti bili rezultat neadekvatnosti zakonodavnog okvira u Italiji u oblasti borbe protiv nasilja u porodici i da ju je to diskriminisalo kao ženu. Sud je smatrao da nije došlo do kršenja člana 3 Konvencije, niti člana 14 u vezi sa članom 3. Našao je da su italijanske vlasti stvorile zakonski okvir koji im je omogućavao da preduzimaju mere protiv lica koja su bila optužena za nasilje u porodici i da je taj okvir bio efikasan pri kažnjavanju počinioca krivičnog dela kod kojeg je podnositeljka predstavke bila žrtva i sprečavajući ponavljanje nasilnih napada na njen fizički integritet.

5. NASILJE U PORODICI U SLUČAJEVIMA KRŠENJA ČLANA 8 KONVENCIJE

Nasilje u porodici može da predstavlja povredu prava na porodičan život, koje je predviđeno članom 8 Konvencije. Država mora da obezbedi svima, u okviru svoje nadležnosti, da nesmetano uživaju i ovo pravo. Ukoliko ne reaguje na adekvatan način na slučajeve nasilja u porodici, ona ne poštuje obaveze iz Konvencije.

Na primer, u slučaju Eri protiv Irske podnositeljka predstavke je tražila da bude sudskim putem odvojena od svog muža, jer je on bio nasilan prema njoj, ali nije mogla da dobije pravnu pomoć u postupku pred Višim sudom Irske. Sud je smatrao da zaštita ljudskih prava ne sme da bude samo teoretska, već praktična i efikasna. U skladu sa tim, obaveza da se obezbedi poštovanje prava iz Konvencije ne znači samo da država treba samo da se uzdržava od mešanja u privatni ili porodični život, već može da zahteva od države da preduzme pozitivnu akciju, što je u konkretnom slučaju značilo da obezbedi pravnu pomoć kako bi omogućio ženi da traži odvajanje sudskim putem.³⁴

Još jedan slučaj koji se odnosio na nasilje u porodici je bio Bevakva i S. protiv Bugarske.³⁵ Prva podnositeljka predstavke je tvrdila da je suprug često tuče, napu-

³³ Rumor protiv Italije (Rumor v. Italy), predstavka br. 72964/10, presuda od 27. maja 2014. godine.

³⁴ Eri protiv Irske (Airey v. Ireland), predstavka br. 6289/73, presuda od 9. oktobra 1979. godine.

³⁵ Bevakva i S. protiv Bugarske (Bevacqua and S. v. Bulgaria), predstavka br. 71127/01, presuda od 12. juna 2008. godine.

stila ga je i podnela zahtev za razvod, odvođeci sa sobom njihovog trogodišnjeg sina. Provela je četiri dana u utočištu za zlostavljane žene sa svojim sinom, ali je navodno bila upozorena da može da se suoči sa optužbom za otmicu deteta, što je dovelo do donošenja sudske odluke o zajedničkom starateljstvu, koju njen suprug nije poštovao. Podnošenje tužbi protiv supruge za napad je, navodno, izazvalo dalje nasilje. Njen zahtev za privremeno starateljstvo nije tretiran kao prioritetan i na kraju je dobila starateljstvo tek kada je došlo do razvoda godinu dana kasnije. Sledeće godine, nju je ponovo pretukao njen bivši muž, a njeni zahtevi za pokretanjem krivičnog postupka su odbacivani uz argumentaciju da je to privatna stvar i da zahteva privatno gonjenje. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 8 Konvencije, imajući u vidu kumulativne efekte propusta domaćih sudova da usvoje privremene mere starateljstva bez odlaganja, u situaciji koja je pogodila podnosioc predstave i iznad svega dobrobit deteta i nedostatak adekvatnih mera od strane državnih organa u istom periodu, kao reakcija na ponašanje bivšeg supruge podnositeljke predstave. Prema mišljenju Suda ovo je dovelo do propusta da se pomogne podnosiocima predstave, suprotno pozitivnim obavezama države na osnovu člana 8 Konvencije, da se osigura poštovanje njihovog privatnog i porodičnog života.

U slučaju A protiv Hrvatske³⁶ podnositeljka predstave je tražila sudsku zabranu zbog toga što ju je bivši muž fizički maltretirao i pretio smrću. Odbijena je na osnovu toga što nije dokazala da postoji neposredan rizik po njen život. Sud je smatrao da je došlo do kršenja člana 8 Konvencije jer su državne vlasti propustile da primene mnoge mere koje su odredili domaći sudovi kako bi se zaštitila podnositeljka predstave, ili kako bi se rešili psihički problemi njenog bivšeg muža, koji su bili u korenu njegovog nasilnog ponašanja.

Takođe, u slučaju Kaluca protiv Mađarske³⁷ Sud je doneo odluku da su državni organi propustili da ispune svoje pozitivne obaveze u pogledu člana 8 Konvencije, jer nisu preduzeli neophodne mere da bi efikasno zaštitili podnositeljku predstave od stalnih fizičkih i psihičkih zlostavljanja u njenoj kući, iako je ona podnosila krivične prijave za napad protiv svog partnera i neprestano je tražila donošenje mere zabrane prilaska.

U slučaju Hajduova protiv Slovačke³⁸ podnositeljka predstave se žalila da su domaće vlasti propustile da udovolje svojoj zakonskoj obavezi da odrede zadržavanje njenog bivšeg muža u jednoj instituciji za psihijatrijsko lečenje, nakon krivične osude zbog toga što ju je zlostavljao i pretio joj. Sud je smatrao da nedostatak efikasnih mera kao odgovor na ponašanje bivšeg muža podnositeljke pred-

³⁶ A protiv Hrvatske (A. v. Croatia), predstavka br. 55164/08, presuda od 14. oktobra 2010. godine.

³⁷ Kaluca protiv Mađarske (Kaluca v. Hungary), predstavka br. 57693/10, presuda od 24. aprila 2012. godine.

³⁸ Hajduova protiv Slovačke (Hajduova v. Slovakia), predstavka br. 2660/03, presuda od 30. novembra 2010. godine.

stavke i naročito propust domaćih sudova da naredi njegovo zadržavanje zbog psihijatrijskog lečenja nakon što je osuđen, predstavljaju kršenje pozitivnih obaveza države na osnovu člana 8 Konvencije. Sud je posebno istakao da, iako se pretnje njenog bivšeg muža nisu nikada ostvarile, one su bile dovoljne da utiču na psihički integritet i dobrobit podnositeljke predstavke.

U slučaju I.C. protiv Ujedinjenog Kraljevstva,³⁹ podnositeljka predstavke i njen višegodišnji partner su dobili sina 2001. godine. Dve godine kasnije, socijalne službe su se zainteresovale za njih zbog incidenata, odnosno slučajeva nasilja u porodici i zloupotrebe alkohola koji su eskalirali od kraja 2007. godine i policija je više puta pozivana u njihov porodični dom. U junu 2008. godine, lokalne vlasti su dobile hitan nalog za zaštitu kada je dečak povređen tokom jedne od nasilnih situacija među roditeljima. Doneta je odluka da se dete da na usvajanje. Podnositeljka predstavke se žalila na odbijanje sudova da odrede procenu nje kao jedinog staraoca za njenog sina i da je njihov propust da uzmu u obzir sve relevantne faktore kada su donosili odluku o preseljenju deteta, prekršio njena prava na osnovu člana 8 Konvencije. Sud je smatrao da u ovom slučaju nije došlo do kršenja Konvencije, nalazeći da su razlozi za donošenje odluke o preseljenju bili relevantni i dovoljni i da je podnositeljki predstavke bila data svaka mogućnost da predstavi svoj slučaj i da je bila u potpunosti uključena u proces donošenja odluke. Sud je smatrao da je odluka nacionalnog sudije da bi veza podnositeljke predstavke sa ocem deteta predstavljala rizik za samo dete, bila razumna. U konkretnom slučaju je bilo bitno da se dete razvija u bezbednom okruženju. Podnositeljka predstavke takođe, nije koristila pomoć koja se pružala žrtvama nasilja u porodici, već se na kraju pomirila sa ocem deteta.

6. ZAKLJUČAK

Evropski sud za ljudska prava je do sada stvorio značajnu praksu kada su u pitanju slučajevi kršenja Konvencije koji su povezani sa nasiljem u porodici, iako sve do 2007. godine i presude u slučaju Kontrova protiv Slovačke ovaj pojam nije bio neposredno korišćen u terminologiji Suda. On ovu negativnu pojavu sankcioniše kroz proglašavanje države odgovornom za kršenja pojedinih članova Konvencije: prava na život, zabrane mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i drugih. Sud je zauzeo stav da je pitanje nasilja u porodici, koje može da ima različite oblike fizičkog i psihičkog nasilja, jedan opšti problem koji zabrinjava sve države članice i koji se ne pojavljuje uvek, jer se često dešava u privatnim odnosima, ili zatvore-

³⁹ I.C. protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Y.C. v. The United Kingdom), predstavka br. 4547/10, presuda od 13. marta 2012. godine.

nim krugovima. Takođe, nisu samo žene njime pogođene. Sud je u slučaju Opuz protiv Turske potvrdio da i muškarci mogu da budu žrtve nasilja u porodici, kao i deca koja su često žrtve bilo direktno ili indirektno.

Nekada se državi nameće nesrazmerno težak teret da dokaže da nije odgovorna za propuštanje da zaštiti nečija prava. Međutim, postoje situacije kada je nesporno da je država odgovorna jer ni pored učestalih apela od strane pojedinaca ona nije reagovala i zaštitila prava žrtava nasilja u porodici. Ovo se naročito odnosi na Tursku protiv koje je podnet srazmerno veliki broj predstavki koje su u vezi sa nasiljem u porodici.

U većini slučajeva Sud je našao da je država odgovorna za kršenje Konvencije. Međutim, postojali su slučajevi, kao na primer Rumor protiv Italije, gde je utvrđeno da je podnositeljka predstavke bila podvrgnuta nečovečnom i ponižavajućem postupanju, ali nije utvrđeno kršenje Konvencije, jer je Sud našao da je država ispunila sve svoje obaveze. Države naročito moraju da vode računa da prilikom deportacije nekih lica ona ne budu poslata u države u kojima mogu da budu izložena nasilju odnosno nečovečnom ili ponižavajućem postupanju.

Značajan doprinos borbi protiv nasilja u porodici dala je i Konvencija Saveća Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Nedostatak efikasnog mehanizma za primenu ove konvencije će svakako predstavljati problem, pa će Evropski sud za ljudska prava ostati važan forum za zaštitu prava lica pogođenih nasiljem u porodici. Praksa Suda predstavljaće i dalje značajan izvor za zakonodavstvo i praksu nacionalnih sudova država u cilju efikasnog ispunjavanja njihovih međunarodnih obaveza da zaštite pojedince od nasilja u porodici.

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Domestic Violence in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Abstract: *This paper deals with the issue of the protection of persons from domestic violence in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. It was not mentioned in the European Convention on Human Rights, but in the practice of the Court, there appeared a significant number of cases in which it stated that there had been violations of specific articles of the Convention in relation to domestic violence. In a large number of cases, the state did not prevent domestic violence that led to a violation of the right to life, or led to inhuman or degrading treatment. Also, domestic violence often leads to a violation of the right to respect for private and family life. The state is obliged to protect all persons under its jurisdiction when there is a reasonable suspicion that their rights may be violated. The Council of Europe's Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence is an important instrument that regulates this issue and is a step forward in the protection of victims of domestic violence.*

Keywords: *domestic violence, European Court of Human Rights, Istanbul Convention.*

Datum prijema rada: 23.05.2018.

*Dr Oliver N. Lajić, docent
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
oliverlajic@gmail.com*

*Mr Dušan B. Aleksić
Ministarstvo unutrašnjih poslova
dusanaleksic.ns@gmail.com*

MATRIČNI PRISTUP U ISTRAŽIVANJU PRIVREDNOG KRIMINALA – TEORIJSKO PRAKTIČNI MODEL¹

Sažetak: *Autori se u uvodnom delu rada bave opštim karakteristikama privrednog kriminala, a zatim ukazuju na činjenicu da se u literaturi uglavnom govori o apstraktnim i(li) teorijskim elementima ovog fenomena. Za razliku od takvog, oni nude nešto drugačiji pristup u osvetljavanju ove pojave, nastojeći da omoguće lakše shvatanje njegove suštine i načina istraživanja konkretnih krivičnih dela, kroz krajnje pojednostavljen grafički prikaz korpusa materijalnih radnji učinilaca i njihovih interakcija s robom, novcem i drugim akterima u poslovnim odnosima. Na taj način konstruišu svojevrsnu matricu, koju karakteriše jednostavnost i preglednost, što je čini podobnom za edukativne svrhe. Ponuđeni obrazac može predstavljati i model za dalja teorijska promišljanja, unapređenje i demistifikaciju metodike istraživanja privrednog kriminala.*

Gljučne reči: *privredni kriminal, istraživanje privrednog kriminala, matrični pristup, kriminalistička metodika, kriminalista.*

¹ Rad je rezultat rada na projektu „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija”, kojeg, pod pokroviteljstvom Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2017), kao i rada na projektu „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije”, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, ciklus naučnih istraživanja 2015–2019. godina.

UVOD

S intenzivnijim privrednim razvojem ostvarenim tokom 20. veka, sve veću pažnju naučne i stručne javnosti privlači i privredni kriminal. Radi se o fenomenu čije posledice izuzetno teško pogađaju svako društvo, a naročito ona sa slabijim stepenom uređenosti, odnosno izgrađenosti institucija. U tom smislu, naročito se ranjivim pokazuju društva u tranziciji, u kojima, da zlo bude veće, ovaj oblik kriminala postaje obrazac ponašanja koji se teško menja, uz najučestalije oblike delovanja kao što su podmićivanje, nepotizam i zloupotreba položaja za ličnu korist.² Svojevremeno je, od strane stručnjaka Saveta Evrope, materijalna šteta naneta u Srbiji usled ovog oblika kriminala u jednoj kalendarskoj godini procenjena na 300 do 500 miliona evra, pri čemu poseban problem predstavljaju finansijska krivična dela, u koje spadaju pranje novca i korupcija.³

Privredni kriminal nosi u sebi brojne kontroverze. Tako, iako je većina pisaca manje-više zastupala približne stavove u vezi njegovih karakteristika i pojava oblika u datom društveno-ekonomskom kontekstu, jedino oko čega su se autori mogli dogovoriti prilikom definisanja njegovog pojma jeste da je teško ili gotovo nemoguće odrediti njegovu konzistentnu definiciju.⁴ Smatra se da je glavni uzrok određenja pojma privrednog kriminala njegova kompleksnost, prilagodljivost društvenom i ekonomskom okruženju, brze transformacije njegovih pojava oblika koje prate promene u ekonomskom, političkom, socijalnom ili nekom drugom društvenom segmentu.⁵ U opticaju su termini privredni kriminal(itet), finansijski kriminal, privredna krivična dela, kriminal u privredi ili u vezi sa privredom, kriminal belog okovratnika itd. Očigledno je da ne postoji jedinstveno mišljenje oko pitanja koja dela nesumnjivo pripadaju u ovu kategoriju, a dodatni

² Srećko Novaković, Dragan Vukasović, Modaliteti finansijskog kriminala kod vlasničke transformacije kapitala u tranzicionim ekonomijama. *NBP – žurnal za kriminalistiku i pravo*, XIX (1), 2014, 174.

³ Council of Europe, *Organized crime situation report 2005 – Focus on the threat of economic crime*. Strasbourg, 2005, pp. 12, 64.

⁴ Vid. Muris Mujanović, Radikalne kriminološke teorije i teorije bijelog okovratnika – mogućnost primjene u slučajevima analiziranja organiziranog kriminala. *Društvena i tehnička istraživanja*, II (1), 2016, 49; Hajrija Sijerčić-Čolić, Uspješnost krivičnog postupka i krivična djela privrednog kriminala. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, LII (2), 2014, 12; Mile Šikman, Struktura i oblici ispoljavanja privrednog kriminala u Republici Srpskoj. *Bezbednost*, LV (2), 2013, 67; Muamer Nicević, Aleksandar R. Ivanović, Organizovani privredni kriminalitet kao faktor ugrožavanja ekonomske bezbednosti. *Ekonomski izazovi*, I (1), 2012, 89; Božidar Banović, *Obezbeđenje dokaza u kriminalističkoj obradi krivičnih dela privrednog kriminaliteta*. Beograd, 2002, 28; Miodrag Đošić, Otkrivanje privrednog kriminaliteta i obezbeđenje dokaza. *Bezbednost*, XII (1), 1970, 6-7.

⁵ Vid. H. Sijerčić-Čolić, Uspješnost krivičnog postupka i krivična djela privrednog kriminala. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, LII (2), 2014, 12.

problem koji je otežavao pristup definisanju oglada se u činjenici da se ovaj vid kriminala često prepliće sa krivičnim delima izvršenim od strane lica sa posebnim statusom, statusom službenih lica. Veoma često se privredni kriminal poistovećuje i sa korupcijom, odnosno razdvaja se od njega. Posebno pitanje za svakog autora je da li su privredni kriminal i korupcija jedno te isto ili se radi o dve pojave.

Kontroverze u vezi privrednog kriminala proizlaze i iz činjenice da su štete koje se nanose zajednici kroz ovaj vid nedozvoljenog delovanja izuzetno visoke, uz statistički mali broj otkrivenih dela i osuđenih lica u poređenju sa drugim formama kriminala. Slične zaključke izvode i autori iz zemalja bliskog okruženja, navodeći da se održava nizak stepen efikasnosti kod istraga za krivična dela privrednog kriminala, kao i procentualno najmanja zastupljenost okončanih istraga u toj oblasti.⁶ Primera radi, u Srbiji je tokom 2015. godine evidentirano 3174 krivičnih dela protiv privrede i 1709 krivičnih dela protiv službene dužnosti, dok je u istoj godini zabeleženo 55155 krivičnih dela protiv imovine.⁷ Prethodno izneti podaci o procenjenoj šteti i relativno malom broju otkrivenih dela i učinilaca apostrofiraju značaj suzbijanja privrednog kriminala i ukazuju na činjenicu da se tu, zapravo, u najvećem broju slučajeva radi o sofisticiranim načinima delovanja. Oni po pravilu podrazumevaju udruživanje i kontinuirano kriminalno delovanje više lica, što su karakteristike organizovanog privrednog kriminala, kao svojevrsnog specijaliteta u korpusu kriminala koji je u Srbiji doživeo ekspanziju u prethodnih nekoliko decenija. Istine radi, treba pomenuti da nije u pitanju srpski ekskluzivitet, tim pre što su se razvijene države u celom svetu već ranije iskusile gorke plodove ove pojave.

1. ODREĐIVANJE POJMA PRIVREDNOG KRIMINALA

Privredni kriminal, a posebno organizovani privredni kriminal predstavlja kompleksan fenomen, prilagodljiv društvenom i ekonomskom okruženju. Po pravilu, u njegovoj osnovi nalazi se težnja ka uticaju na donošenje državnih odluka u sferi politike i ekonomije.⁸ Svi se slažu da on predstavlja konstantnu opasnost za osnovne društvene vrednosti, uz neprocenjivu štetu koju nanosi društveno-ekonomskom sistemu i pojedincu i izuzetnu složenost otkrivanja i obezbeđenja dokaza.⁹ Privredni kriminal sa elementima organizovanog delovanja po pravilu za posledicu

⁶ H. Sijerčić-Čolić, Uspješnost krivičnog postupka i krivična djela privrednog kriminala. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, LII (2), 2014, 25.

⁷ Podaci preuzeti sa sajta Republičkog zavoda za statistiku www.stat.gov.rs 30. januara 2017. godine.

⁸ Goran Bošković, Darko Marinković, Oliver Lajić, *Finansijske istrage organizovanog kriminala*. Beograd, 2015, 70.

⁹ H. Sijerčić-Čolić, Uspješnost krivičnog postupka i krivična djela privrednog kriminala. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, LII (2), 2014, 12.

ima veću materijalnu štetu, dok se kao izvršioci javljaju lica iz viših društvenih slojeva, organa javne vlasti ili političkih struktura.¹⁰

Nicević i Ivanović odlaze i korak dalje i govore o zaštiti ekonomske bezbednosti kao segmentu nacionalne bezbednosti, između ostalog i kroz kriminalističku delatnost službi bezbednosti na polju sprečavanja i suzbijanja organizovanog privrednog kriminala.¹¹ Međutim, kako Mujanović sasvim opravdano primećuje, bez obzira na nesumnjivu veličinu finansijskog gubitka zbog kriminala belog okovratnika, ipak je taj gubitak manje važan u odnosu na društveni gubitak, odnosno gubitak zajednice. Naime, kriminal belog okovratnika narušava poverenje, stvara sumnju i nepoverenje, smanjuje društveni moral i izaziva neorganizovanost.¹² Ukoliko govorimo o društvima u tranziciji, čini se da je privredni kriminal jedan od bitnijih faktora koji širi defetizam u zajednici, anestetizira je i vodi u *circulus vitiosus* kontinuiranog boravka u nepromenjenom nepovoljnom stanju.

U literaturi se mogu pronaći faktori koji se označavaju kao bitni za ostvarivanje dobrih rezultata na planu suzbijanju ove pojave. Vrlo često autori koriste i negativan pristup, nabrajajući nedostatke, odnosno faktore čiji izostanak onemogućava adekvatnu reakciju ili nepravilnosti koje ometaju započete poslove. Neadekvatan pristup zahtevima za multidisciplinarnim angažovanjem u otkrivanju privrednog kriminala i obezbeđenju dokaza, nedovoljno strateško planiranje istraga za ova krivična dela, nepoznavanje forenzičkog računovodstva i dugotrajnost krivičnih postupaka¹³ samo su neki njih. Ovome treba dodati i visoku tamnu brojku, kao jedno od obeležja, pomognutu činjenicom da oštećeni iz različitih razloga ne prijavljuju uvek dela iz ove oblasti. Takođe, nije isključena ni autocenzura, naročito od strane korporacija, koje ne prijavljuju dela iz bojazni za ugled koji uživaju u poslovnom svetu i izbegavanje negativnog publiciteta.¹⁴ U pitanju je tzv. „reputacioni” rizik, naročito izražen u bankarskom sektoru.

Kada se sagleda sva složenost fenomena privrednog kriminala, o kojoj je samo nagovešteno u prethodnim redovima, može se zaključiti da privredni kriminal nije uvek lako uočiti, čak i kada postoje neposredna i relativno pouzdana saznanja da konkretno lice vrši dela iz ove sfere. Otuda je od suštinske važnosti za njegovo su-

¹⁰ M. Šikman, *Struktura i oblici ispoljavanja privrednog kriminala u Republici Srpskoj. Bezbednost*, LV (2), 2013, 64.

¹¹ M. Nicević, A. R. Ivanović, *Organizovani privredni kriminalitet kao faktor ugrožavanja ekonomske bezbednosti. Ekonomski izazovi*, I (1), 2012, 88.

¹² M. Mujanović, *Radikalne kriminološke teorije i teorije bijelog okovratnika – mogućnost primjene u slučajevima analiziranja organiziranog kriminala. Društvena i tehnička istraživanja*, II (1), 2016, 51.

¹³ H. Sijerčić-Čolić, *Uspješnost krivičnog postupka i krivična djela privrednog kriminala. Revija za kriminologiju i krivično pravo*, LII (2), 2014, 25.

¹⁴ M. Mujanović, *Radikalne kriminološke teorije i teorije bijelog okovratnika – mogućnost primjene u slučajevima analiziranja organiziranog kriminala. Društvena i tehnička istraživanja*, II (1), 2016, 51.

zbijanje, koje se u početnim fazama ogleda u kriminalističkom postupanju nadležnih policijskih službenika, pravilno uočavanje suštine privrednih odnosa, odnosno to-kova robe, novca, privredne dokumentacije, međusobnih odnosa učesnika u nekoj privrednoj delatnosti itd. Stručan i pouzdan istražni kadar predstavlja neophodan preduslov za uspeh konkretne kriminalističke istrage. U vezi kompetencija krimi-nalista u ovoj sferi kao relevantna mogu se postaviti brojna pitanja, počev od njiho-vog odabira prilikom zapošljavanja, prethodnog opšteg i stručnog obrazovanja, preko stručne edukacije i specijalizacije tokom rada, do ličnih afiniteta i zaintere-sovanosti za predmet istraživanja.

Imajući u vidu poznavanje pomenutih faktora u aktuelnom trenutku u Re-publici Srbiji, kao i činjenicu da se u literaturi uglavnom govori o apstraktnim i(li) teorijskim elementima privrednog kriminala, autori su se odlučili da ponude nešto drugačiji pristup u sagledavanju ovog fenomena. Naime, nastojanje autora je da krajnje pojednostavljenim grafičkim prikazom korpusa radnji učinilaca i njegovih interakcija s robom, novcem i drugim akterima u poslovnim odnosima, kao i dodatnim objašnjenjima, omoguće lakše shvatanje suštine krivičnih dela privrednog kriminala i načina njihovog istraživanja. Ovu svojevrsnu matricu ka-rakteriše jednostavnost i preglednost, te kao takva pogodna je za edukativne svrhe, ali i kao model za dalja teorijska promišljanja, unapređenje i demistifika-ciju kriminalističke metodike istraživanja privrednog kriminala.

2. UVOD U PROBLEM RAZUMEVANJA KRIMINALISTIČKE METODIKE ISTRAŽIVANJA KRIVIČNIH DELA PRIVREDNOG KRIMINALA

Tokom istraživanja privrednog kriminala policija, odnosno kriminalistički policajci – kriminalisti, postupajući po odredbama čl. 286. st. 1. Zakonika o kri-vičnom postupku¹⁵ (u daljem tekstu ZKP), preduzimaju mere neophodne da bi se otkrio učinilac krivičnog dela, njegovi pomagači i saučesnici, da bi se otkrili i obezbedili tragovi i predmeti krivičnog dela i prikupila sva obaveštenja koja mo-gu biti od interesa za budući krivični postupak pred nadležnim sudom. Šta ovo zapravo znači? Koje su to potrebne mere? Kako se te mere sprovode u delo? Šta u konkretnom slučaju radi kriminalista kada pred sobom ima krivičnu prijavu u vezi privrednog kriminala ili zahtev tužioca da preduzme potrebne mere? Ovo su samo neka od pitanja koja stoje na putu potpunog razumevanja postupka istraži-vanja privrednog kriminala u kriminalističkom smislu.

Da bi se ispunio svoju dužnost koja mu je poverena u ZKP i u Zakonu o po-liciji¹⁶ (u daljem tekstu ZP) potrebno je da kriminalista u istraživanju privrednog

¹⁵ Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014

¹⁶ Službeni glasnik RS, br. 6/2016.

kriminala preduzme niz aktivnosti u kojima će doći do činjenica i dokaza koji na nedvosmislen način, uz stručno i nepristrasno tumačenje, omogućuju pravno razjašnjenje tog kriminalnog događaja i objašnjenje svih relevantnih okolnosti. U tom postupku glavna orijentacija usmerena je ka pronalasku materijalnih tragova i lica čija obaveštenja mogu poslužiti u svrhu dolaska do odlučujućih činjenica vezanih za konkretan događaj, odnosno kriminalno ponašanje. U kolokvijalnom značenju ova aktivnost uobičajeno se naziva prikupljanje dokaza.¹⁷ Naime, materijalne manifestacije izvršenog krivičnog dela i informacije o izvršenom krivičnom delu mogu predstavljati izvor saznanja o nekom krivičnom događaju ili ponašanju, koji postoje nezavisno od sposobnosti kriminaliste da ih uvidi ili pronade. Na tom tragu je i stav Simonovića prema kojem organ postupka ne stvara dokaz svojom procesnom radnjom, nego ga konstatuje, u postupku propisanim zakonom,¹⁸ tako da se i upotreba pomenute sintagme „prikupljanje dokaza” nalazi ispravnom i opravdanom.

Postupanjem kriminalista stvaraju se preduslovi za vođenje krivičnog postupka od strane pravosudnih organa koji treba da utvrde da li je delo izvršeno. Krajnji cilj je izricanje sankcije učiniocu dela i specijalna i generalna prevencija, odnosno, u krajnjoj instanci ostvarenje funkcije krivičnog prava kroz zaštitu društva od kriminala (čl. 4. st. 2. KZ), mada bi laik u Srbiji mogao zaključiti i drugačije, npr. da se borba protiv kriminala vodi, umesto u sudnici – u medijima, putem novinskih naslova. Da bi tragovi i predmeti o relevantnom činjeničnom stanju mogli biti korišćeni od strane pravosudnih organa neophodno je na izvestan način prilagoditi ih za takvu upotrebu. Naime, od sudije se ne može očekivati da u isto vreme bude i ekonomista ili računovođa, te je poželjno da dokazi budu razumljivi i licu koje nema znanja iz pomenutih disciplina. Ukoliko to nije slučaj uvek postoji mogućnost preduzimanja veštačenja, što je sasvim legitiman način upravljanja sudskim postupkom, koji ga, s druge strane čini dugotrajnijim i skupljim.

Tokom kriminalističkog rada nije dovoljno prikupljanje bilo kakvih činjenica za koje kriminalista smatra da će biti od koristi, već se radi o bitnim činjenicama koje se moraju na adekvatan, zakonu zasnovan način i u skladu s pravilima struke fiksirati kako bi se kasnije mogli koristiti u krivičnom postupku u formi dokaza. Način fiksiranja je uslovljen samim karakterom dokaza te je za neke dovoljno da se samo obezbede, a neki se moraju i izvesti. Na jednoj strani su personalni ili lični dokazi, a na drugoj stvarni ili materijalni, pri čemu mehanizmi nastanka, karakteristike, metode prikupljanja dokazne informacije i njeno korišćenje kod ovih dveju vrsta dokaza bitno se razlikuju.¹⁹ U kriminalističkom radu

¹⁷ B. Banović, *Obezbeđenje dokaza u kriminalističkoj obradi krivičnih dela privrednog kriminaliteta*. Beograd, 2002, 191.

¹⁸ Branislav Simonović, *Kriminalistika*. Kragujevac, 2004, 65.

¹⁹ *Ibid.*, 134.

policije na prikupljanju dokaza nema šablona, ne može i ne sme ih biti. Ovo proizlazi iz činjenice da ne postoje dva identična slučaja u praksi, pa i onda kada je primenjena isti kriminalni obrazac ponašanja svaki slučaj će imati svoje osobenosti koje se mogu reflektovati i na planu pribavljanja dokaza. Pred kriminalistom je *put od sedam milja*, koji nije nimalo lak, s obzirom na to da se on suočava sa velikim brojem činjenica i podataka o poslovanju i samo dobro osmišljen postupak kriminalističke obrade može dovesti do toga da se tačno utvrdi činjenično stanje zasnovano na materijalnim tragovima koji su ostali iza izvršioca krivičnog dela.

Kao i svaki put, i ovaj započinje prvim korakom. Osnovni dokazni izvori kod krivičnih dela privrednog kriminaliteta najčešće su pismene isprave odnosno dokumenti (faktura, ugovor, nalog za knjiženje, zapisnik, popisne liste, itd.), tako da se uvid u dokumentaciju pojavljuje kao inicijalna mera. Specifično je da u postupku prikupljanja dokaza kriminalista nailazi na svojevrсни paradoks, koji počiva na činjenici da se prikrivenost dela zasniva upravo na postojanju velikog broja dostupnih dokumenata, pri čemu njihova brojnost i fragmentarnost čine srž prikrivenosti. Dakle, prikrivenost je sadržana u njihovoj brojnosti, otvorenosti i dostupnosti, jer se tragovi kriminalnih radnji u privrednom kriminalu prikrivaju po principu „da se od šume ne vidi drveće”. Mnoštvo podataka, informacija i činjenica o poslovnim događajima čine da se dokazi, posmatrano u krivičnopravnom smislu, razruđuju kroz dokumenata, poslovne evidencije i različite privredne subjekte, u tehničkom smislu. Veoma je redak slučaj da će se u privrednom kriminalitetu „na gomili” pronaći svi dokazi o učinjenom krivičnom delu.

Pored prikrivenosti, drugi, ne manje složen problem u vezi obezbeđenja dokaza kod krivičnih dela privrednog kriminala jeste njihovo tumačenje, odnosno analiza prikupljenih podataka.²⁰ Kao što je ranije rečeno, dokaze treba prilagoditi za kasniju upotrebu od strane pravosudnih organa, odnosno prikazati ih na takav način da lako mogu shvatiti njihovu suštinu, što nije uvek lak posao. Kriminalistički policajac, odnosno kriminalista koji radi na poslovima privrednog kriminala treba da poseduje visok stepen razumevanja privrednih odnosa, znanja iz poslovnih finansija, računovodstva, analize bilansa, javnih finansija, poreskog postupka i drugih disciplina ekonomije, kako bi bio u stanju da najpre uoči realizaciju kriminalne namere a kasnije i prezentuje situaciju nadležnim subjektima. Osim toga, mora da poseduje i znanja iz kriminalistike, odnosno mora dobro poznavati njenu taktiku, tehniku i metodiku.

U ostvarenju istog cilja kriminalistima može poslužiti i model o kojem će biti reči u tekstu. Dobrim delom on može olakšati sticanje adekvatne slike o fenomenu privrednog kriminala uopšte, kao i o istraživanju konkretnih krivičnih dela, a samim tim olakšati razumevanje ovih pojava od strane lica koja ne raspo-

²⁰ O ostalim karakteristikama privrednog kriminala videti šire: B. Banović, *Obezbeđenje dokaza u kriminalističkoj obradi krivičnih dela privrednog kriminaliteta*. Beograd, 2002, 29-43.

lažu uopšte ili na dovoljnom nivou znanjima iz ekonomskih disciplina. U isto vreme, sledeći predloženi obrazac, uz unošenje konkretnih parametara iz konkretnih (i relevantnih) poslovnih događaja u ovako načinjenu matricu moguće je i prezentovanje i olakšano razumevanje kriminalnih obrazaca ponašanja kod konkretnih krivičnih dela, uvek kada stečena saznanja treba prezentovati zainteresovanim subjektima, npr. javnom tužiocu tokom sprovođenja kriminalističke obrade ili istrage, ili tokom glavnog pretresa kada je neophodno da tužilac na jasan način iznese slučaj pred sud i uveri sudiju ili članove sudskog veća da je zaista izvršeno krivično delo privrednog kriminala. Dakle, matrica ne samo da predstavlja svojevrstan putokaz u istraživanju krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminala, već pronalazi svoju upotrebnu vrednost i prilikom sastavljanja izveštaja, krivičnih prijava i drugih relevantnih dokumenata koji predstavljaju krajnji rezultat uloženog intelektualnog i fizičkog napora kriminaliste tokom sprovođenja kriminalističke obrade.

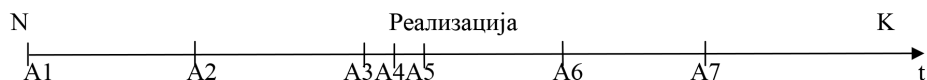
3. MATRIČNI PRISTUP U OTKRIVANJU I RAZJAŠNJAVANJU KRIVIČNIH DELA PRIVREDNOG KRIMINALA

Polazeći od osnovnih principa istraživanja privrednog kriminala neophodno je istaći da je to veoma kompleksna društvena pojava, kod koje je sasvim moguće, i u praksi vrlo često, da su manifestacije i posledice krajnje očigledne, a da se u momentu samog izvršenja ni najmanje ne sluti da se upravo radi o kriminalnoj aktivnosti. Ovo proizlazi iz činjenice da je jedna od najvažnijih aktivnosti izvršioca usmerena ka prikrivanju načina izvršenja krivičnog dela odnosno kriminalne sheme po kojoj deluje. Izvršilac, naime, preduzima veliki broj aktivnosti koje ostavljaju tragove različitog kvaliteta, u različito vreme, na različitim mestima, što čini njegovu delatnost kompleksnom. Pri tome, treba imati u vidu i da učinioci koriste sve veštine i znanja savremenih tehnologija, naučnih dostignuća, kako društvenih tako i prirodnih nauka, kako bi postigli svoj cilj. Imajući u vidu sve navedeno nije neuobičajeno da je učinilac koji se duži vremenski period bavio privrednim kriminalom ostao neotkriven, a da je stekao izuzetno bogatstvo i na kraju postao „ugledan član” društva.

Ljudska delatnost se odvija u odgovarajućem vremenskom kontekstu i ona može ostati zabeležena kroz odgovarajuću istoriju događaja. Tako, i svako krivično delo ima svoje vremenske odrednice. Pre preduzimanja radnji kojima formalno, u krivično-pravnom smislu, započelo izvršenje krivičnog dela, stvara se namera učinioca da učini određenu protivpravnu radnju. Ova namera je, po pravilu, usmerena ka pribavljanju imovinske ili kakve druge koristi za njega ili drugo lice (bilo pravno ili fizičko, bilo da je to pojedinac ili grupa). Izvršilac, dakle, preduzima radnje kako bi u budućem vremenu ostvario korist koja je protivpravna.

Njegovi postupci idu u pravcu sticanja koristi u što je moguće kraćem vremenu i sa što je moguće manje napora, a da pri tome, što je moguće duže vreme, ako je moguće i trajno, ostane neotkriven. Dakle, u pitanju su oportunisti, vrlo često sa visokim intelektualnim kapacitetima, a u ovim okolnostima jednim delom nalazi se i odgovor na ranije postavljeno pitanje zašto su istrage kriminala duge i neefikasne.

Vreme provedeno do sticanja koristi može se nazvati vremenom realizacije kriminalne aktivnosti. U toku te realizacije izvršilac preduzima niz aktivnosti kojima otklanja prepreke koje mu stoje na putu, uklanja do tada načinjene tragove i stvara uslove da se njegova protivpravna namera pretvori u konkretnu materijalnu korist. Učinioc tom prilikom preduzima niz raznovrsnih radnji koje se ogledaju u pravljenju kontakta sa osobama od interesa za njegovu aktivnost, preduzima simulovane i stvarne radnje u privrednom poslovanju, pravi stvarne ili lažne poslovne dogovore i ugovore, preduzima delimične poslovne poduhvate kako bi stvorio uverenje kod relevantnih subjekata da se radi o stvarnom poslu, a onda u jednom trenutku odustaje od njih ili dovodi oštećenog u takav položaja u kome ovaj, bez obzira na realne okolnosti, ima veliki stepen uverenja da će se posao uspešno okončati ili da je okončan. Pored toga, izvršilac po pravilu proizvodi veliki broj falsifikovanih dokumenata kojima „pokriva” svoje kriminalne aktivnosti i prikriva tragove, kako one koje je sam napravio, tako i druge, koji mogu da ga povežu sa krivičnim delom.



N – Намера за прибављањем користи

A1, A2, A3, A4, A5, A6, A7 – Активности које предузима учинилац

K – Корист

t – Време

Графикон 1. – Временска линија догађаја код извршења кривичног дела привредног криминала

Nakon što izvrši krivično delo i ostvari protivpravnu imovinsku korist izvršilac, ukoliko ne bude otkriven, a veoma često i ne bude, nastavlja sa vršenjem krivičnog dela ponavljajući obrazac onoliko puta koliko mu to okolnosti dozvole.

Postoje okolnosti u kojima žrtva, tj. oštećeni nikada ne otkrije kriminalnu radnju. Međutim, u velikom broju slučajeva kriminalna aktivnost biva otkrivena nakon protoka vremena koje nije unapred određivo i vezano je za svaki slučaj posebno. Vrlo česta prepreka otkrivanju kriminalne radnje učinioca predstavlja

pohlepa oštećenog, koja muti racionalno i objektivno rasuđivanje, s obzirom da oštećeniima u vidu ostvarenje visokog profita. U takvim slučajevima oštećeni, i pored signala upozorenja o potencijalnoj štetnosti poslovnog poduhvata koji do njega dopiru, nije u stanju da pravilno rasudi, upravo zbog očekivanja profita, potpomognutog obmanom potkrepljenom falsifikatima, kojima se izvršilac koristi tokom realizacije svoje kriminalne radnje.

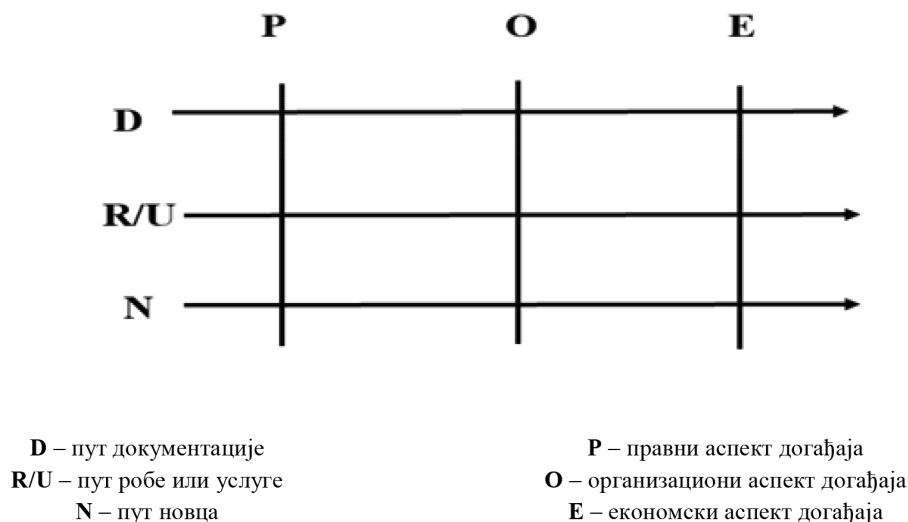
Nepostojanje kontrolnih i zaštitnih procedura, odnosno njihovo nepoštivanje takođe predstavljaju okolnosti koje omogućavaju da izvršilac ne bude otkriven ili bude otkriven nakon protoka dužeg vremena. Međutim, kada žrtva kriminalne aktivnosti, ili pak neka nadležna institucija (policija, interna kontrola, spoljna revizija, poreska uprava itd.) otkriju i prihvate te signale i upozorenja koje upućuju da je izvršno krivično delo, otpočinje formalni postupak istraživanja krivičnog dela privrednog kriminala. Jedan od osnovnih ciljeva primene kriminalističkih mera i radnji od strane policije je pronalaženje, otkrivanje i obezbeđivanje dokaza radi uspešnog vođenja krivičnog postupka. To je, uostalom, i jedan od najvažnijih zadataka kriminalistike kao nauke i kao praktične delatnosti, čijim se metodama koriste kriminalisti kada trebaju pronaći i obezbediti dokaze.

Iskustva iz prakse pokazuju da se mogu postaviti neka opšta pravila taktičkog postupanja, koja primenjena i prilagođena pojedinačnom slučaju, dovode do uspeha. Sažimajući praktična iskustva i kriminalistika je prepoznala načela koja su naročito bitna za predistražni postupak, bez čije primene praktični rad ne bi davao adekvatne rezultate. Sa stanovišta otkrivanja, razjašnjavanja dela i obezbeđenja dokaza kod dela privrednog kriminala od posebnog su značaja operativnost, metodičnost i temeljnost i upornost u radu, kao osnovna kriminalistička načela. Prevedena u praktičnu ravan, primena ovih načela podrazumeva preduzimanje odgovarajućih kriminalističkih mera i radnji čim se posumnja u postojanje krivičnog dela, što je osnovna pretpostavka uspeha, s tim da od prvog trenutka celokupno postupanje mora da teče metodično i po planu. U radu na otkrivanju i rasvetljavanju krivičnih dela i pronalaženju učinilaca, nedopustivi su brzopletost, improvizacija i površnost. Ako se želi uspeh, mora da se radi smišljeno, temeljno i uporno. To je jedini način da se dođe do rezultata.

Osnovna ideja koja je rukovodila autore u pisanju ovog teksta usmerena je ka definisanju osnovnih principa postupanja, ne samo u teorijskoj ravni, načelno vidljivoj u prethodnim redovima, nego i u praktičnoj ravni, kako bi se postavila osnova planskom, temeljnom i metodičnom postupanju kriminaliste koji se bavi istraživanjem privrednog kriminala. Ovo tim pre jer dosadašnja teorija i praksa nisu dale odgovor na pitanje kako treba da izgleda osnovni model koji bi se koristio kao preovlađujući u istraživanju krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminala.

Dakle, onog trenutka kada je krivično delo prijavljeno ili se došlo do saznanja da je izvršeno, kriminalista je upućen da preduzme mere na razjašnjavanju svih događaja koji su vezani za to delo. Kriminalista u prvoj fazi preduzima mere koje

se odnose na vrednosti prikazane po horizontali matrice (D; R/U; N) i one su vezane za utvrđivanje činjenica, prikupljanje podataka, fiksiranje dokaza, mesta, vremena i osoba koji imaju veze s prijavljenim krivičnim delom.



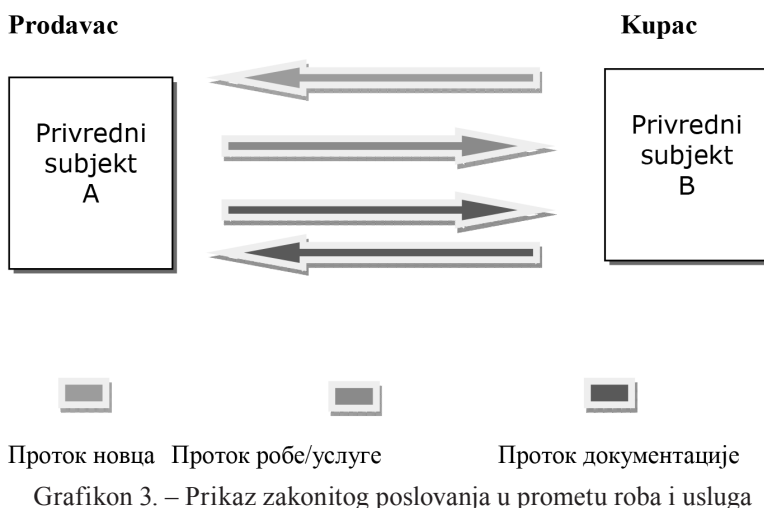
Grafikon 2. – Matrica otkrivanja i razjašnjavanja krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminala

Druga faza aktivnosti koje preduzima kriminalista odnose se na pojmove prikazane po vertikali matrice (P; O; E) i te aktivnosti su vezane za razjašnjavanje prikupljenih podataka. Ovo je faza analize koja se preduzima da bi se prikupljeni dokazi rastumačili kako bi u kasnijem postupku mogli biti na adekvatan način prezentovani najpre tužiocu a zatim i sudu i o njoj će biti reči u tekstu koji sledi. Bitno je napomenuti da se primena matrice odvija u kontekstu ranije opisane vremenske linije događaja. Uloga kriminaliste koji se bavi istraživanjem krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminala je da na jasan i nedvosmislen način utvrdi sve aktivnosti (npr. od A1 do A7) koje su preduzete od strane izvršioca i da, odgovarajući na zlatna pitanja kriminalistike u potpunosti razjasni delo privrednog kriminala.

Tokom istražnog procesa kriminalista treba najpre da identifikuje dokumentaciju koja je posredno ili neposredno vezana za poslovnu aktivnost za koju se sumnja da je kriminalnog karaktera. U tom smislu, preduzimaju se provere vezane za dokumentaciju, prikazanu na horizontali matrice. Kriminalista treba da koristeći veštine računovodstva na sistematski način i u skladu s pravilima te struke, identifikuje sve računovodstvene isprave koje u poslovnim knjigama opisuju poslovni događaj. Kriminalista treba da izvrši provere svih knjiženja i da ih zabeleži. Pored

toga, neophodno je da prikupi ugovore, dopise, poslovna pisma, fakture, otpremnice, te druga dokumenta ne bi li došao do spoznaje kakva je priroda poslovnog događaja i kako je on protekao, te kako je zabeležen. Ovim aktivnostima utvrdiće se da li relevantna dokumentacija postoji ili ne postoji. Kriminalista će zabeležiti mesto, vreme i način nastanka dokumentacije, čime će identifikovati dokazne izvore, a po potrebi će ih i oduzeti.

Dalje, kriminalista treba da na bazi prikupljene i analizirane dokumentacije utvrdi put robe ili usluge, zavisno o kakvoj vrsti privredne aktivnosti se radi. Preduzimaju se aktivnosti praćenja roba i usluga (R/U), prikazane po horizontali matrice. Ovo znači da je zadatak kriminaliste da, ukoliko se ukaže potreba za tim, neposredno i na licu mesta izvrši proveru prometa robe, pa ako postoji sumnja u istinitost prikazanog prometa, obide mesto odakle je prikazano da je roba otpremljena do mesta gde je roba primljena. Na ovaj način kriminalista deluje u pravcu nepobitnog utvrđivanja činjenica o prometu.



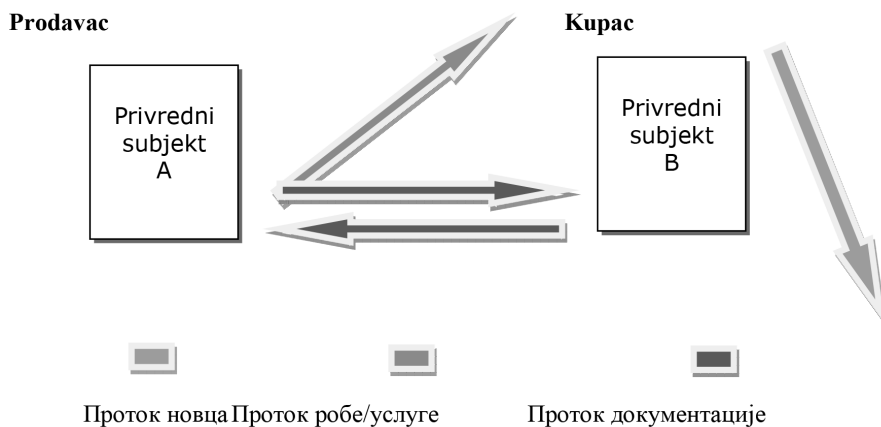
Grafikon 3. – Prikaz zakonitog poslovanja u prometu roba i usluga

Na kraju, kriminalista prati put novca, odnosno utvrđuje verodostojnost novčanih transakcija. U ovoj fazi kriminalističkog rada preduzimaju se aktivnosti provere kretanja novca (N), prikazane na horizontali matrice. Novčane transakcije se u načelu prate kroz promet tekućeg računa, te drugim dokumentima koji pokazuju promet, kao što je blagajna. Jednostavnije rečeno, kriminalista će pratiti novčane tokove koji su povezani sa konkretnom poslovnom aktivnošću, ali i svim drugim aktivnostima izvršioca, jer to mogu biti i aktivnosti koje nisu nužno vezane za sam poslovni događaj koji je predmet interesovanja, ali sa njim mogu biti posredno povezani. To npr. može biti konverzija novca u smislu pranja novca, tok novca koji

može predstavljati davanje mita, kao i neka nova kriminalna aktivnost učinioca ili aktivnost usmerena na prikrivanje prethodnog izvršenog krivičnog dela itd. Dakle, kriminalista treba da zabeleži novčane transakcije i fiksira (koliko je to moguće u trenutnim okolnostima) koja je krajnja destinacija novca. Bitno je razumeti da je „put novca” vrlo širok pojam, jer novac po pravilu „putuje” onim kanalima kojima najlakše stiže u ruke izvršioca dela. Zbog toga se vrlo često dešava da ovaj put ide „iz ruke u ruku” ili se obavlja putem platnog prometa – bezgotovinski ili gotovinski, ili u skladu sa savremenim trendovima, putem kanala koji su izvan platnog sistema naše zemlje (bitcoin, PayPal i sl.).

Imajući u vidu funkcionalno jedinstvo sva tri navedena dela poslovne aktivnosti mora se naglasiti da je međusobni odnos dokumentacije, robe i novca nerazdvojitiv i da svako odstupanje od jedinstvenog puta i pravca kretanja predstavlja „crvenu zastavu” za kriminalistu. Putanja dokumentacije, robe i novca može se zamisliti kao autoput sa tri trake sa koga nema odvajanja, jer svako odvajanje nekog od faktora mimo razumne ekonomske opravdanosti predstavlja sumnju u legalnost poslovnog poduhvata.

Postupajući na opisani način, prateći poslovne događaje po horizontali matrice, kriminalista dobija skup činjenica i podataka koji bi za laika malo šta značili. Ranije je već pomenuto da je uloga policije u istraživanju krivičnih dela privrednog kriminala da razjasni predmetni događaj i da na razumljiv način objasni i približi komplikovane poslovne transakcije licima koja nemaju odgovarajuća znanja i veštine iz ekonomije a smatraju se zainteresovanom stranom. Da bi se to desilo potrebne su dodatne analize. Ovde dolazimo do prethodno pomenute druge faze u primeni predloženog modela. Polazeći od matrice i posmatrajući elemente prikazane po vertikali, kriminalista će primeniti znanja iz pravnih, organizacionih i ekonomskih nauka.



Grafikon 4. – Prikaz nezakonitog poslovanja u prometu roba i usluga

Pre svega, kriminalista će izvršiti analizu pravnog aspekta događaja (P), koji je za istraživanje krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminala najvažniji. Pre svega, potrebno je vršiti analizu puta dokumentacije i izvršiti njenu kontrolu, u skladu sa svim relevantnim propisima koji su od značaja za oblast analize, bilo da su eksternog karaktera (ustav, zakoni, uredbe, pravilnici, naredbe, uputstva) ili internog karaktera (statut, pravilnici, odluke preduzeća). Kriminalista treba da utvrdi da li je, i ako jeste, u kom obimu i koji propis prekršen. Ovde se radi o bitnom detalju, jer je od najveće važnosti da se utvrdi da li je ili nije bilo kršenja zakona ili kakve ugovorne obaveze u konkretnoj poslovnoj aktivnosti. Ako je učinilac imao nameru da ostvari korist i kroz postupak realizacije sprovodio niz aktivnosti koje su ga kasnije dovele do toga da je stekao korist, a da na tom putu nije prekršio propise, niti izigrao poslovnih dogovor, kriminalista može samo da konstatuje da je osumnjičeni napravio dobar poslovni potez.

Prelaskom na organizacioni aspekt događaja (O), kriminalista će najpre identifikacijom organizacione strukture utvrditi na koji način je određeni poslovni subjekat ustrojen, kakva mu je formalna organizacija, ko je u organizaciji na određenom položaju i kakvi su interesi i kontakti pojedinaca u vezi sa konkretnim događajem. Osim toga, potrebno je da se utvrdi ko je u organizaciji odgovoran za izradu dokumenata, njihovo evidentiranje, arhiviranje i sl., zatim ko je odgovoran za prijem, skladištenje, čuvanje i otpremu robe, u čijoj zoni odgovornosti se nalazi plaćanje, ko ima ovlašćenje za prenos i podizanje novčanih sredstava itd. Kriminalista ima posebno važan zadatak da analizira ko je odgovoran za pojedine poslovne aktivnosti i da utvrdi da li je i šta tim povodom preduzeo. Neophodno je da kriminalista potpuno sagleda kakvi su formalni odnosi, ali se isto tako pridaje značaj i neformalnim odnosima i neformalnim organizacijama unutar kontrolisanog preduzeća. U ovoj fazi istraživanja identifikuje se položaj i uloga izvršioca krivičnog dela, a samim tim se ustanovljava da li je imao ili mogao imati saučesnika.

Na kraju, preduzimajući aktivnosti koje se odnose na ekonomski aspekt događaja (E), kriminalista će analizirati puni smisao poslovne aktivnosti, izvršiti sve potrebne analize i provere, nakon čega će steći kompletnu sliku poslovanja preduzeća koje je predmet proveru, analizu konkretnog poslovnog događaja i njegov uticaj na poslovanje i poslovni rezultat preduzeća. Ovo je najpre upućeno ka analizi finansijskog položaja preduzeća, a sve to kroz analizu finansijskih izveštaja. Ukoliko je to potrebno vršiće se izračunavanja likvidnosti, rentabilnosti i solventnosti primenom analitičkih procedura. Kako navodi Petković, analizom finansijskih izveštaja i upotrebom analitičkih procedura zasnovanih na informacijama dobijenim iz finansijskih izveštaja dobija se koristan alat u otkrivanju finansijskih malverzacija zbog njihove sposobnosti da prepoznaju neočekivane odnose koji nemaju razumnog objašnjenja. Zbog takvih osobina, analitičke procedure mogu biti potporni stub u otkrivanju sumnjivih područja poslovanja i podrške u donošenju zaključaka zasnovanih na dokazima.

Navedeni aspekt istraživanja krivičnih dela iz oblasti privrednog kriminaliteta u kriminalističkoj praksi srpske policije još uvek nije zaživeo i predstavlja jedan od najtežih i najzahtevnijih aspekata rada.

Ukratko rečeno izostavljanjem analize bilo kojeg od ova tri aspekta kriminalnog događaja (P; O; E) nikako se ne može potpuno utvrditi činjenično stanje, zapravo uopšte se ne može utvrditi bilo kakvo stanje koje bi bilo relevantno u kriminalističkom i krivičnopravnom smislu. Iz prethodno iznetog, a imajući u vidu osnovne postulate privredne aktivnosti, vidi se da se ova tri aspekta analize kriminalnog događaja kod privrednih delikata (pravni, organizacioni i ekonomski) međusobno prožimaju i čine jedinstvenu celinu, te da se potpuno jasna slika o konkretnom poslovnom događaju i/ili kriminalnoj aktivnosti umešanih lica jasno može steći samo ukoliko se svaki od tih aspekata detaljno istraži i shvati kao deo materijalnog korpusa koji čini suštinsku razliku između legalnog poslovanja i privrednog kriminala.

4. ZAKLJUČAK

U teoriji nema spora oko toga da privredni kriminal, a posebno organizovani privredni kriminal, predstavlja kompleksan fenomen, prilagodljiv društvenom i ekonomskom okruženju, pri čemu njegove posledice teško pogađaju sva društva, a izuzetno teško ona u tranziciji. Ovaj fenomen praćen je brojnim kontroverzama, kao što su nepostojanje jedinstvene definicije uprkos konsenzusu u vezi njegove suštine, izuzetno visoka društvena opasnost i visoki iznosi pričinjene štete uz relativno spore istrage i statistički mali broj osuđenih izvršilaca u poređenju sa drugim formama kriminala, vršenje od strane lica iz viših društvenih slojeva, organa javne vlasti ili političkih struktura itd. Nabrojane okolnosti, kao i bogata fenomenologija, čine da se privredni kriminal konstanto nalazi u zoni interesovanja naučne i stručne javnosti.

Kriminalistička nauka ustanovila je opšta kriminalistička pravila koja se odnose na istraživanje svih krivičnih dela, a primenu u istraživanju privrednih delikata naročito pronalaze načela operativnosti, metodičnosti i načelo temeljnosti i upornost u radu. Uvažavajući specifičnosti privrednog kriminala i navedena načela autori su razvili specifičan pristup u teorijsko-praktičnom pogledu na krivična dela privrednog kriminala, prepoznajući jedinstven obrazac prisutan u istraživanju ovih dela, nazivajući ga matričnim modelom (obrascem), odnosno matričnim pristupom. Ovaj obrazac može koristiti kriminalistima u istraživanju konkretnog krivičnog dela, a može predstavljati i model pogodan za prezentovanje rezultata sprovedenih istraživanja i dobijenih saznanja, uključujući dokazne izvore (npr. od strane policije javnom tužiocu ili od strane javnog tužioca tokom

iznošenja slučaja pred sud). Istovremeno, to je i model pogodan za dalja teorijska promišljanja.

Suština matričnog modela ogleda se u grafičkom, krajnje pojednostavljenom prikazu složenog korpusa radnji učinilaca i njegovih interakcija s robom, novcem i drugim akterima u poslovnim odnosima, kao i dodatnim objašnjenjima, kojima se omogućuje lakše shvatanje suštine pojedinačnih krivičnih dela i privrednog kriminala uopšte. Matrica po horizontali daje prikaz kretanja dokumentacije, robe ili usluga i novca među akterima privredne delatnosti, praćenu kroz određeni vremenski period. Značaj prikaza je u tom što daje praktično uputstvo u kom pravcu kriminalista treba da vodi svoje istraživanje. Poduprto vremenskom linijom aktivnosti učinioca dodatno se pojednostavljuje istraživanje. S druge strane, po vertikali matrice analiziraju se pravni, organizacioni i ekonomski aspekti relevantnih poslovnih događaja. Kako je to grafički prikazano, ovi aspekti se presecaju, tj. analize obuhvataju svaku pojedinačnu aktivnost, što u krajnjoj liniji dovodi do toga da se temeljnom analizom obuhvata kompletan poslovni poduhvat. Grafički prikaz konkretnog krivičnog dela zavisi od konkretnih okolnosti događaja koji ga prate i može se nadograđivati koliko god je to neophodno. Izostavljanjem bilo kojeg od šest pomenutih faktora kriminalista neće moći steći kompletnu sliku o aktivnosti koja je predmet istraživanja, odnosno događaj će ostati nerazjašnjen, što može značajno uticati na dalji tok postupka, odnosno izostanak daljih radnji iako se sumnja da se radi o kriminalnoj aktivnosti. Dakle, značaj ovog modela pronalazi se u tome što on kriminalisti služi kao svojevrsan podsetnik o okolnostima koja treba istražiti, dok, s druge strane može predstavljati i pouzdan grafički prikaz rezultata sprovedenog istraživanja. Matricu karakterišu preglednost, jednostavnost i visok nivo upotrebne vrednosti.

Oliver N. Lajić, Ph.D., Assistant Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
oliverlajic@gmail.com

Dušan B. Aleksić, LL.M.
Ministry of Internal Affairs
dusanaleksic.ns@gmail.com

Matrix based Approach to the Investigation of Economic Crime – Theoretical and Practical Model

Abstract: *The authors dealing with the general characteristics of economic crime in the introductory part of the paper, and then point to the fact that in literature generally it is talked about abstract and (or) the theoretical elements of this phenomenon. In contrast to this, they offer a somewhat different approach in highlighting this phenomenon, trying to provide an easier understanding of its essence and ways of investigating particular criminal offenses. In that context they introduced simplified graphical representation of a corpus of material actions of perpetrators and their interaction with the goods, money and other actors in the business relations. These relations are later object of investigations in the way described in the text. In order to easily show basic principles of the phenomenon, they construct a kind of matrix, characterized by simplicity and transparency, which makes it suitable for educational purposes. Offered form may represent a model for further theoretical considerations, improving of research methods of economic crime and its demystification, as well.*

Keywords: *economic crime, economic crime investigation, matrix approach, methodology of crime, criminal investigators.*

Datum prijema rada: 10.03.2017.

*Dr Zoran M. Kesić, docent
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
zoran.kesic@kpa.edu.rs*

*Dr Darko R. Bikarević
Ministarstvo unutrašnjih poslova
darko.bikarevic@yahoo.com*

ETIOLOŠKA DIMENZIJA NEZAKONITE UPOTREBE SREDSTAVA PRINUDE U POSTUPANJU POLICIJE¹

Sažetak: *Prinuda je nesumnjivo najeksplicitnije obeležje policijske profesije kroz koju se najčešće i definiše njena suština. Ona je ujedno i najdelikatniji segment postupanja policije, budući da se njenom primenom najozbiljnije zadire u sferu ljudskih prava i sloboda. Stoga i ne čudi zašto se većina istraživača, tragajući za razumevanjem rada policije i sistema vrednosti njenih pripadnika, uglavnom fokusira na neki od aspekata primene prinude. Zbog njene složenosti ova teme zahteva jedan širok naučni pristup, kao što je recimo onaj koji se neguje unutar kriminološke perspektive. Ako ovome dodamo činjenicu da je u našoj literaturi prilično zapostavljena ova perspektiva policijske prinude time i pisanje ovog rada dobija svoju opravdanost. Međutim, njegova svrha i zahtevan obim primoravaju nas da se u radu posvetimo samo jednom od kriminoloških aspekata konkretnog fenomena. U tom smislu nam se posebno važnim činilo razmatranje etiološke dimenzije nezakonite upotrebe sredstava prinude.*

Ključne reči: *policija, sredstva prinude, prekoračenje, zloupotreba, faktori.*

¹ Rad je rezultat naučno-istraživačkog projekta pod nazivom *Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije*, koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija iz Beograda. Ciklus naučnih istraživanja 2015-2019. godina. Rukovodilac projekta je prof. dr Biljana Simeunović-Patić.

1. UVOD

Zaštita ljudskih prava i sloboda svih građana je ono što demokratija prevashodno očekuje od policije. Činjenica je međutim da u srži policijske delatnosti stoji jedna velika protivrečnost. S jedne strane, za policiju se, zbog njene suštinski autoritarne delatnosti, može reći da predstavlja anomaliju u jednom demokratskom društvu, jer svojim radom ozbiljno zadire u sferu ljudskih prava, dok je, s druge strane, njeno postojanje neminovnost, jer ono obezbeđuje poštovanje tih istih ljudskih prava i sloboda. Drugim rečima, policija istovremeno predstavlja simbol zaštite sloboda i prava građana, ali i izvor njihovog ugrožavanja. Kao najindikativniji primer za to jeste upotreba sredstava prinude.

Priroda policijskog posla je takva da zahteva korišćenje prinude. I to nije sporno. Problem međutim predstavlja činjenica što se postojanje policije u društvu prevashodno pravda potrebom rešavanja problema u kojima je neophodna prinuda, čime se njenoj upotrebi uglavnom daje centralno mesto u radu policije. Ovome treba dodati kako se u današnjem postmodernom društvu, obeleženom konstantnom pojavom novih izvora i oblika ugrožavanja, policija nalazi pred sve ozbiljnijim iskušenjima kako da očuva nacionalnu bezbednost i sigurnost građana. U takvim okolnostima svođenje prinude na razumnu meru i na krajnje sredstvo kontrole predstavlja izuzetno težak zadatak, čineći ujedno izvesnijom i pojavu prekoračenja, ali i zloupotrebe ovog policijskog ovlašćenja. Time ova pojava postaje i značajan naučno-istraživački problem.

Zaokupljenost naučne i stručne javnosti policijskom prinudom, a posebno njenom nezakonitom upotrebom, dokazuje sve veći broj naučnih studija i monografskih dela u kojima se obrađuju teme kao što su nasilje policije, brutalnost, tortura i policijska ubistva. Iako se većina tih istraživanja i dalje sprovodi na području anglosaksonskih zemalja, a pre svega u SAD, u poslednje vreme je povećano interesovanje za proučavanjem ovih pojava i u našem regionu. Doduše, većina tih radova se uglavnom fokusira na analizu pravnih aspekata policijske prinude. Istina, i ovaj segment upotrebe sredstava prinude u postupanju policije je izuzetno važan za razumevanje konkretne pojave, ali budući da se njima nećemo baviti u ovom radu predlažemo čitaocima da se o tome detaljnije upoznaju, pre svega, iz pozitivno-pravnih propisa.²

Činjenica je da nezakonita upotreba sredstava prinude ne predstavlja samo pravni problem. Zapravo, ovde je reč o veoma složenoj pojavi, čije razmatranje zahteva jedan širi naučni pristup, kao što je recimo onaj koji se neguje unutar kriminološke perspektive. Ako ovome dodamo činjenicu da je u našoj literaturi prilično

² Ovde pre svega mislimo na sistemske zakone i podzakonske propise koji regulišu oblast rada policije, a kada je reč o Republici Srbiji posebno skrećemo pažnju na Zakon o policiji, Službeni glasnik RS br. 6/16, 24/18 i Pravilnik o tehničkim obeležjima i načinu upotrebe sredstava prinude, Službeni glasnik RS br. 19/07, 112/08 i 115/14.

zapoštlavljen ova perspektiva policijske prinude time i pisanje ovog rada dobija svoju opravdanost. Međutim, njegova svrha i zahtevan obim primoravaju nas da se u radu posvetimo samo jednom od kriminoloških aspekata nezakonite upotrebe sredstava prinude. U tom smislu nam se posebno važnim činilo razmatranje etiološke dimenzije konkretne pojave, budući da nam ona pruža mogućnost spoznaje korena (faktora nastanka) ovog vida protivzakonitog postupanja policije. Time se stiče bitan preduslov za definisanje konkretnih mera, a koje bi mogle predstavljati adekvatan i efikasan odgovor na konkretnu pojavu, prevashodno u smislu njenog sprečavanja.

2. SPECIFIČNOSTI KAUZALITETA POJEDINAČNIH VIDOVA NEZAKONITE UPOTREBE SREDSTAVA PRINUDE

Uzimajući u obzir svojstva izvršioca i specifičnu prirodu policijskog autoriteta, imajući pritom u vidu raznovrsnost sredstava prinude koja stoje na raspolaganju pripadnicima policije,³ moglo bi se zaključiti da prekoračenja i zloupotrebe ovog policijskog ovlašćenja imaju brojne manifestacije i varijacije. Poznato je da većina sredstava prinude u sebi sadrže fizičku komponentu, a koja inače najjasnije definiše njihovu prirodu, ali i posredstvom koje se najpreciznije može izraziti suštinski nasilan karakter policijske prinude. Stoga možemo zaključiti kako se nezakonita upotreba sredstava prinude može najbolje sagledati u kontekstu tzv. „fizičkog nasilja“ – postupci koji ishoduju fizičkim (telesnim) povredama ili smrću lica prema kome je sila korišćena.

U tom smislu se posebno izdvajaju policijska brutalnost i tortura. Reč je o pojavama koje povezuju brojne zajedničke karakteristike, a pre svih: • *status izvršioca* – policijski službenik, tačnije ovlašćeno službeno lice policije; • *okolnosti izvršenja* – tokom, ili neposredno u vezi sa vršenjem službene (policijske) dužnosti; • *radnja izvršenja* – primena ekstremno visokog, pre svega, fizičkog nasilja; • *oblik krivice (vinosti)* – svesno (namerno) kršenje dozvoljnih granica upotrebe sile, odnosno korišćenje sile u svrhe koje nisu dozvoljene i • *namera izvršioca* – dozvoljene granice upotrebe sile krše se s jasnom namerom da se konkretnom licu nanese ozbiljne povrede.

Uzimajući u obzir da sprovođenje torture (mučenja) u suštini podrazumeva jedan brutalan čin onda bi se moglo čak reći da je ovde reč o sinonimima. Štaviše, pojedini autori koriste pojam brutalnosti kao zajednički naziv za više u osnovi različitih oblika nezakonite upotrebe sredstava prinude, pa su tako na primer

³ Ilustracije radi, naš zakonodavac je stavio na raspolaganje pripadnicima policije sledeća sredstva prinude: 1) fizička snaga; 2) raspršivač sa nadražujućim sredstvom; 3) elektromagnetna sredstva; 4) službena palica; 5) sredstva za vezivanje; 6) specijalna vozila; 7) službeni psi; 8) službeni konji; 9) sredstva za zaprečavanje; 10) uređaji za izbacivanje mlazeva vode; 11) hemijska sredstva; 12) posebne vrste oružja i sredstva i 13) vatreno oružje /čl. 105 Zakona o policiji/.

ovim pojmom često objedinjeni i policijska tortura, pa čak i pojedini slučajevi lišenja života.⁴ Čak i da se složimo sa ovakvim stanovištem ostaje činjenica da se, posmatranjem brutalnosti policije u ovako širokom kontekstu previđaju njene brojne specifičnosti i razlike u odnosu na druge, inače veoma bliske policijske postupke. Zapravo, iskustva ranijih empirijskih istraživanja pokazuju učestalost nezavisnog sagledavanja policijske brutalnosti i torture, što je kao rezultat uslovalo potrebu preispitivanja njihovih međusobnih razlika.

Ovom prilikom skrećemo pažnju na nekoliko suštinskih razlika: • *definicija* – za razliku od brutalnosti, definicija torture je međunarodno prihvaćena i ima dodatni kvalitet da je dovoljno precizna.⁵ Razlog tome treba tražiti u činjenici da brutalnost predstavlja kriminološki pojam, dok je tortura zapravo pravna kategorija, zbog čega se i češće koristi u pravnim propisima. Stoga, kako zaključuje Babović, „kad se o ovakvoj vrsti nasilja raspravlja pojam ‘tortura’ bi mogao korisno zameniti upotrebu pojma ‘brutalnost’, koji inače izgleda prilično nejasno i eufemistično. Na taj način zlo bi se nazivalo svojim pravim imenom.“⁶ • *svrha (cilj) upotrebe* – primena torture u policijskoj praksi se najčešće vezuje za konkretan cilj (npr. iznuđivanje informacija), dok policijska brutalnost obično nema tako jasnu i unapred određenu svrhu; • *povod izvršenja* – policijsku torturu uglavnom pokreće „plemenit povod“ (npr. „obezbeđivanje“ dokaza neophodnih za rasvetljavanje konkretnog krivičnog dela) dok su kod policijske brutalnosti, koja uglavnom predstavlja emotivnu reakciju policajca na konkretan splet okolnosti, više izraženi lični motivi (npr. povraćaj autoriteta ili osveta); • *mesto (lokacija) dešavanja* – dok je za brutalnost gotovo prirodno da se dešava na javnom mestu, posebno kada se javnim eksponiranjem sile teži povratiti poljuljani autoritet, za primenu torture se svesno bira što skrivenija lokacija, jer su takva mesta pogodnija za nesmetano sprovođenje torture, dok se time istovremeno smanjuju šanse za njenim otkrivanjem, budući da se sprovodi daleko od „nepoželjnih pogleda“; • *reakcija (tolerancija)* – iako je legitimizacija nasilja jedna od bitnih karakteristika policijske potkulture, ona ipak varira u zavisnosti od samog vida nasilja, kao i načina njegove primene, a posebno od povoda takvog policijskog postupanja. Nesumnjivo najveći stepen tolerancije uživa nasilje čiji povod se može lako povezati sa „plemenitim“ namerama (npr. suzbijanje kriminaliteta), jer se takvo nasilje može i lakše racionalizovati, za razliku od nasilja motivisanog ličnim pobudama. Shodno tome bi se moglo logično očekivati da nivo tolerancije prema brutalnosti i torturi bude različit;

⁴ Sundiata Keita Cha-Jua, „Racism is a factor in Police Violence“ – in: *Police Brutality* (Fitzgerald, S., ed.), Greenhaven 2006, 55.

⁵ Vid. čl. 1 Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih i nečovečnih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (*Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*), ratifikovana Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 39/46 od 10. decembra 1984, a stupila na snagu 26. juna 1987. godine.

⁶ Budimir Babovic, „Police brutality or police torture“, *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management* 3/2000, 375.

• *nosilac odgovornosti* – za postojanje torture odgovorna je i vlada preko međunarodnih instrumenta, dok se kod brutalnosti odgovornost uglavno svodi na pojedince koji su je neposredno koristili.

Pri sagledavanju nezakonite upotrebe sredstava prinude posebno interesovanje pobuđuju one policijske intervencije koje su rezultovale smrću lica prema kom je sila korišćena. Ovde je vredno podsetiti da policijski službenici poseduju ovlašćenje da upotrebe i sredstva prinude koja odlikuju takve karakteristike zbog kojih se s pravom smatraju smrtonosnom silom. U tom smislu je svakako najindikativnije vatreno oružje. Međutim, iako predstavlja jedno ekskluzivno pravo, upotreba smrtonosne sile nije apsolutna i neograničena, već je zapravo njeno korišćenje jasno omeđeno pravnim normama, a čijim kršenjem policijski postupak stiče protivpravan karakter. Na osnovu toga se može zaključiti da neispunjenje ili nepostojanje pravnog osnova za korišćenje smrtnosno sile automatski čini i lišenje života nezakonitim. Time ovaj postupak službenika policije zapravo stiče svojstvo krivičnog dela, a za koje se u literaturi uglavnom koristi formulacija „policijsko ubistvo“ (engl. *police homicide*).⁷ Imajući u vidu težinu posledice smatramo da bi sve slučajeve nezakonitog postupanja policije sa smrtnim ishodom, pa čak i one u kojima je smrt nastupila kao posledica brutalnosti ili torture, trebalo tretirati kao poseban vid policijskog nasilja. Shodno tome, u nastavku izlaganja ćemo ukazati na neke specifičnosti kauzaliteta ova tri osobena, ali ujedno i najteža vida nezakonite upotrebe sredstava prinude u postupanju policije – brutalnosti, torture i nezakonitog lišenja života.

1.1. Brutalnost policije

Kada je reč o **policijskoj brutalnosti**, interesovanje za analiziranjem kauzalnosti ove pojave pravda se potrebom odgovaranja na brojna važna pitanja, kao što su na primer:

- da li je policijska brutalnost stvar lične sklonosti nekih policajaca ka nasilju;
- da li je to problem međuljudskog antagonizma između policije i određenih kategorija građana;
- da li je to problem formalne ili neformalne organizacije rada policije;
- da li je to odraz interesa moćnih društvenih grupa da se održi *status quo*.

⁷ Vid. Lawrence Sherman, "Execution without trial: Police Homicide and the constitution" – in: *Police Deviance*, (eds. T. Barker, D. Carter), Cincinnati 1986; Richard Parent, Simon Verdun-Jones, "Victim-precipitated homicide: police use of deadly force in British Columbia", *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management* 3/1998, 423-448; Brad Smith, "Structural and organizational predictors of homicide by police", *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management* 4/2004, 539-557; Daniel M. Brinks, *The Judicial Response to Police Killings in Latin America: Inequality and the Rule of Law*, New York 2008; Zoran Kesić, „Pravo na život u senci policijskih ubistava“, *Pravni život* God. 61, knj. 555, br. 9 (2012), 375-388; Zoran Kesić, „Razmatranje policijskih ubistava sa aspekta krivice“, *Pravni život* God. 62, knj. 563, br. 9 (2013), 235-246; Franklin E. Zimring, *When Police Kill*, London 2017.

Traganje za odgovorima na ova pitanja zahteva kompleksnu i sveobuhvatnu percepciju uslovljenosti, a koja je jedino izvodljiva kroz primenu multifaktorskog pristupa. Babović, konkretno, iznosi sledeće zaključke u tom pogledu:

- policijska brutalnost se može dogoditi u svakodnevnom radu policije na javnim mestima, ponekad bez očigledne potrebe i bez jasne svrhe;
- postoji rašireno mišljenje da policija veoma često koristi fizičku silu isključivo s ciljem da uspostavi svoj autoritet, dajući do znanja da ima legalno pravo na upotrebu sile;
- brutalnost je često posledica besa ili straha policajca od stvarnog ili zamišljenog napadača;
- policijska brutalnost bi se mogla objasniti zaključkom da je policijski rad sam po sebi brutalan i dehumaniziran, spojen sa frustracijom, fobijom, tenzijom i nesigurnošću u vezi ishoda neke akcije ili konflikta.⁸

Karakterističan primer multifaktorskog objašnjenja brutalnosti u radu američke policije zastupaju Holms (*Holmes*) i Smit (*Smith*). Svoje objašnjenje ovi autori samo delimično zasnivaju na argumentu kako su interesi manjina iz siromašnih delova grada i policije koja radi u tim delovima grada fundamentalno u konfliktu. Pored toga, oni uzimaju u obzir još tri socio-psihološka faktora, koja proizvode tenzije među grupama i jačaju članstvo u njima, a to su socijalni identitet, stereotipi i emocije. Time oni na jedan sistematičan način integrišu socijalnu, emotivnu i kognitivnu dinamiku nastajanja ove pojave u radu policije. Drugim rečima, oni identifikuju socijalne i psihološke uslove radne sredine, mentalne procese aktera događaja (posebno pripadnika policije), kao i njihove motive, a koji uzajamno deluju u stvaranju policijske brutalnosti.⁹

Činjenica je da objašnjenje kauzalnosti jednog tako kompleksnog fenomena kakva je policijska brutalnost, ali i nasilje policije generalno, nameće potrebu objedinjenog sagledavanja više faktora, odnosno njihovu integraciju. Ovakav pristup se čini jedino logičnim, posebno ako uzmemo u obzir činjenicu da ovakvi policijski incidenti obično nastaju kao plod delovanja više činilaca. Izvesno je, međutim, da određeni faktori u datom slučaju imaju neposredan (presudan) uticaj, dok drugi ostvaruju posredan (indirektan) doprinos pojavi brutalnosti. Sumirajući ključne faktore policijske brutalnosti Lundman (*Lundman*) izdvaja tri faktora koja, po njegovom mišljenju, presudno utiču na ovu pojavu:

- 1) *neprihvatanje policijskog autoriteta od strane građana* – osporavanje autoriteta policije i nepovino vanje njenim naređenjima često se tretira kao veliki izazov autoritetu policijskih službenika i policije kao organizacije;
- 2) *stav policije o ključnim društvenim vrednostima pojedinaca s kojima se policajci susreću* – hronični alkoholičari, skitnice, seksualni prestupnici i već

⁸ B. Babovic, 376.

⁹ Malcolm Holmes, Brad Smith, *Race and Police Brutality: Roots and Urban Dilemma*, New York 2008.

osvedočeni kriminalci predstavljaju „kandidate“ za prekomernu upotrebu sile u mnogo većem broju slučajeva nego uzorni građani;

- 3) *priroda policijskog odlučivanja* – činjenica da policajci moraju veoma često donositi odluke brzo i na osnovu ograničenog broja informacija.¹⁰

2.2. Policijska tortura

Prilikom razmatranja uslovljenosti **policijske torture** takođe je poželjno koristiti multifaktorski pristup. Pritom, ovde je važno praviti razliku između slučajeva u kojima službenici policije pribegavaju mučenju dobrovoljno, a to je najčešće onda kada su vođeni ličnim motivima (npr. osveta ili sprovođenje lične pravde), od slučajeva u kojima sprovođenje torture predstavlja izraz poslušnosti autoriteta (npr. kada mučitelj izvršava naređenja pretpostavljenog ili pak kada mučenje podrazumeva sprovođenje jasnih političkih ciljeva). Ova distinkcija nam pruža mogućnost da spoznamo određene razlike u kauzalnoj dinamici između pojedinih vidova policijske torture, kroz činjenicu da u njihovom nastanku presudan uticaj ne vrše isti faktori – u prvom slučaju takvu ulogu vrše unutrašnji, a u drugom spoljašnji faktori.

Kada je reč o identifikaciji ključnih determinanti policijske torture, primetno je da se većina autora fokusira na tumačenje torture kao zločina (iz) poslušnosti. Time se razumevanje ove pojave implicira, pre svega, u kontekstu jednog političkog procesa (koji daje povod za mučenje), kao i u kontekstu strukture autoriteta (unutar koje se sprovodi politika mučenja). Kelman (*Kelman*) smatra kako jedino fokusom na ovim strukturalnim faktorima mučenja možemo razumeti zašto nekolicina, možda i većina, mučitelja nisu sadisti nego obični ljudi, koji zapravo rade ono što shvataju da je njihov posao.¹¹

Posmatrajući policijsku torturu u kontekstu ovakvog obrazloženja mogli bismo zaključiti kako ona postaje gotovo uobičajen metod policijskog rada tamo gde postoje pogodni uslovi za njeno sprovođenje. Pritom, dejstvo ovih olakšavajućih okolnosti treba posmatrati na dva različita nivoa:

- *mikro nivo* – moralno oslobođenje mučitelja od posledica njegove radnje kroz različite procese racionalizacije i tehnike neutralizacije (npr. poricanje postojanja žrtve ili njena dehumanizacija);
- *makro nivo* – sprovođenje konkretnih političkih procesa ili formiranje osobene strukture autoriteta, a koje prouzrokuju, dozvoljavaju ili tolerišu delikte mučenja (npr. objava rata terorizmu ili sprovođenje tajnih operacija).¹²

¹⁰ Nav. prema: Darko Simović, Radomir Zekavica, *Policija i ljudska prava*, Beograd 2012, 145.

¹¹ Herbert C. Kelman, "The policy context of torture: A social-psychological analysis", *International Review of the Red Cross* 87 (2005), 127. (<http://scholar.harvard.edu/hckelman/files/PolicyContextTorture.pdf>, 27.5.'10).

¹² Vid. Martha Huggins, Mika Haritos-Fatouros, Philip Zimbardo, *Violence Workers – Police Torturers and Murderers*, Berkeley 2002; Lars Svendsen, *Filozofija zla* (orig. *Ondskapens*

Ovde svakako treba imati u vidu da nivo, stepen i intenzitet ispoljavanja mučenja nije konstantan, već da on varira u zavisnosti od brojnih faktora, a pre svih od ličnih karakteristika samih mučitelja. Tako na primer, individualne razlike u spremnosti pojedinaca da sprovedu mučenje mogu biti povezane sa njihovom podložnošću autoritetu, kao i sklonošću ka nasilju uopšte, ali i sa postojanjem ili izostankom osećaja sažaljenja prema žrtvi u konkretnom slučaju. U tom smislu ove razlike su moguće i u pogledu količine entuzijazma, marljivosti i inovativnosti koju mučitelji unose u sam čin mučenja.

Pored toga, oscilacije u sprovođenju mučenja mogu biti uslovljene i radnim okruženjem, kao i društvenim ambijentom u kom policija deluje, a koje je u značajnoj meri definisano aktuelnim političkim režimom. U tom smislu najveća izvesnost pojave mučenja postoji u totalitarnim društvima i državama s diktatorskim oblikom vladavine, budući da su u njima pomenute olakšavajuće okolnosti za sprovođenje mučenja eksplicitnije ispoljavaju, naročito prema tzv. „državnim neprijateljima“. S druge strane, za demokratske režime se obično smatra da predstavljaju politički ambijent unutar kog je poštovanje sloboda i prava građana potpuno zaganatovano. Stoga se logično može pretpostaviti da u takvim društvima tortura u policijskoj praksi i ne postoji. Međutim, upravo ovakva uverenja mogu predstavljati dovoljan povod za sprovođenje prikrivene i perfidne politike mučenja. Čak i ako se takva praksa otkrije ona se obično nastoji opravdati ostvarenjem nekih viših interesa (npr. suzbijanjem terorističkih aktivnosti, o čemu možda najbolje svedoče iskustva zatvora u Guantanamo zalivu na Kubi).¹³ Uzimajući sve ovo u obzir moglo bi se zaključiti da univerzalni nedostatak odgovornosti čini policijsku torturu gotovo savršenim zločinom u većini društava.

2.3. Nezakonita lišenja života

Prilikom sagledavanja kauzaliteta slučajeva **nezakonitog lišenja života** u postupanju policije bitno polazište predstavljaju, pre svih, oni faktori koji utiču na odluku službenika policije da upotrebi vatreno oružje. Istina je da ne rezultuju smrću svi slučajevi u kojima policijski službenici koriste vatreno oružje, ali takav ishod nesumnjivo postaje izvesniji s povećanjem učestalosti upotrebe ovog sredstva prinude u intervencijama policije. Prema nekim autorima sve faktore koji utiču na učestalost upotrebe vatrenog oružja, moguće je svrstati u sledeće tri grupe:

- 1) *faktori okruženje* – odnose se na područje u kojem policajac radi (ukupna stopa kriminaliteta, stopa nasilničkog kriminaliteta, ukupna stopa hapšenja,

filosofi, Universitetsflorlaget 2001, prevela s norveškog Nataša Ristivojević-Rajković), Beograd 2006; Philip Zimbardo, *Luciferov učinak : Kako dobri ljudi postaju zli*, (orig. The Lucifer Effect: Understanding how Good People turn Evil, New York 2008), Zagreb 2009.

¹³ Vid. Mohamed uld Slahi, *Dnevnik iz Gvantanamo* (orig.: Mohamedou Ould Slahi, *Guantanamo Diary*, prevod: Milica Cvetković), Beograd 2015.

stopa hapšenja zbog nasilničkih dela, stopa posedovanja vatrenog oružja kod građana);

- 2) *vrednosti zastupljene u policijskoj organizaciji* – normativna rešenja, politika o upotrebi vatrenog oružja (blaga ili restriktivna), uobičajena praksa i edukacija zaposlenih; i
- 3) *individualni faktori* – subjektivno viđenje problemske situacije, kao i lične karakteristike policajca (npr. pol ili radno iskustvo).¹⁴

Kada je reč o karakteristikama zajednice u kojoj policajac interveniše, u jednoj naučnoj studiji se iznose zapažanja kako policija naročito koristiti krajnje metode kada mora postupati sa nasilnom populacijom.¹⁵ Ovo objašnjenje logično implicira zaključak da se na područjima sa većim stepenom nasilničkog kriminaliteta može očekivati i češća upotreba smrtonosne sile prilikom postupanja policije. Tokom istog istraživanja je utvrđeno kako je upotreba smrtonosne sile manje verovatna u malim gradovima i ruralnim krajevima, što se objašnjava kao rezultat smanjene anonimnosti i jačeg uticaja mehanizama neformalne kontrole.¹⁶ To dalje implicira zaključak da se upotreba smrtonosne sile može najviše očekivati u najnaseljenijim jurisdikcijama, čime je i pojava nezakonitih lišenja života na ovim područjima najizvesnija.

Donošenje odluke o upotrebi smrtonosne sile, međutim, zavisi i od brojnih organizacionih faktora, a koji su povezani sa policijskom obukom i taktikom postupanja, kao i sa postojećom filozofijom rada, organizacionim pravilima i strukturi odgovornosti, a koja obezbeđuje zakonitu primenu sile kroz poštovanje određenih procedura. Ilustracije radi, u Velikoj Britaniji je ovaj proces povezan sa tradicionalnom paradigmom „rad policije uz saglasnost“ (engl. *policing by consent*). Govoreći o tome Panč ističe kako je ovaj svojevrsan „sporazum“ između policije, građana i države predstavljao svojevrsan test poštovanja granica u primeni smrtonosne sile.¹⁷

Doduše, poslednjih godina se, prevashodno pod uticajem sve izraženijih terorističkih pretnji, beleži trend kojim se uvode značajne promene u ovom segmentu policijskog delovanja. Kao posebno indikativan primer izdvaja se politika „pucaj da ubiješ“ (eng. *Shoot-to-kill Policies*),¹⁸ čija implementacija je u bitnoj meri

¹⁴ Roy Roberg, John Crank, Jack Kuykendall, *Policija i društvo* (orig.: *Police and Society* – second edition, New York, 2000, prevod: Dalibegović M.), Sarajevo 2004, 401.

¹⁵ David Jacobs, Robert O'Brien, "The determinants of deadly force: a structural analysis of police violence", *American Journal of Sociology* 1/1998, 845.

¹⁶ *Ibid.*, 846.

¹⁷ Maurice Punch, *Shoot to Kill – Police accountability, firearms and fatal force*, London 2011, 5.

¹⁸ Ova politika je uvedena u rad britanske policije nakon terorističkih napada u londonskom metrou 2005. godine, a prema kojoj se policajcima dozvoljava da osumnjičenim bombašima samoubicama bez upozorenja pucaju u glavu. Konkretnu politiku sačinjavaju dva protokola, a koja se koriste za dva različita scenarija: 1) *Protokol Clydesdale* – baziran je na procenama obaveštajnih službi o izvođenju samoubičakim napadima velikih razmera i primenjuje se po nalogu ko-

narušila tradicionalnu ravnotežu u primeni smrtonosne sile u radu britanske policije.

Prilikom razmatranja etiologije nezakonitih lišenja života posebnu pažnju privlače ambijentalni uslovi pod kojima se donosi konkretna odluka da se upotrebi vatreno oružje. Ovde posebno treba uzeti u obzir elemenat neizvesnosti, kao i prirodu interakcije između aktera, imajući u vidu da postojanje napada na policajca i tip oružja koji se tom prilikom koristi u bitnoj meri određuje izvesnost upotrebe vatrene oružja. Raznovrsne problemske situacije u kojima se policajci mogu naći i okolnosti pod kojim moraju da intervenišu (mračna ili slabo osvetljena mesta, oblasti sa visokom stopom kriminala i nasilja, ljuti ili ogorčeni građani koji ne pružaju podršku itd.) samo dodatno povećavaju strepnju i uznemirenost. Iako ovi faktori imaju uticaja na svakog pojedinca, policajci su skloni da u ovakvim okolnostima dožive veću uznemirenost, jer oni imaju manje izbora od građana da li da se upuste u opasnu situaciju ili ne. Međutim, Skolnik upozorava na činjenicu da kombinacija opasnosti i autoriteta u radu policije neminovno osujećuje proceduralnu regularnost. Kako objašnjava ovaj autor: „Opasnost obično donosi samoodbrambeno ponašanje, koje mora da bude impulsivno, jer opasnost stvara strah i uznemirenost.“¹⁹

Ponekad konkretne okolnosti u kojima policajci intervenišu mogu usloviti ozbiljan previd i greške, a koje u slučaju upotrebe vatrene oružja prouzrokuju čak i ljudske žrtve. U tom pogledu je interesantna sledeća konstatacija: „U magli ili izmaglici naizgled opasnog incidenta policajci pucaju jedni na druge, bivaju upućani svojim oružjem koje im je oduzeo napadač, pucaju na posmatrače, pucaju na ljude sa lažnim oružjem ili pištoljima igračkama, pucaju na ljude koji su nenaoružani, počinju da pucaju i ne mogu da se zaustave, pucaju na taoca umesto na otmičare i mogu pucati često ali slučajno i da ne pogode metu.“²⁰ Ovde je vredno ukazati na rezultate istraživanja koje je sproveo Aveni (*Aveni*) u policijskom odeljenju grada Njujorka. Tom prilikom je ovaj autor otkrio da se u 60% slučajeva incident desio u uslovima slabe vidljivosti, koja je značajno doprinela pogrešnoj proceni situacije. Pritom, u uslovima slabe vidljivosti greške policajaca, u vidu pucanja na nenaoružanu osobu ili osobu za koju je mislio da je naoružana, iako je u stvari u ruci držala neki drugi predmet, su se desile u 18, odnosno 33% slučajeva.²¹

Situacija u kojoj policajac uperi pištolj u neko lice, suočen sa odlukom da li da povuče obarač ili ne, nesumnjivo predstavlja trenutak prepun emocija. Pritom, ova-

mandne strukture za unapred planiranu operaciju; 2) *Protokol Kratos* – namenjen je za reagovanje u spontanim događajima, obično kada građani obaveštavaju policiju o postojanju opasnosti od delovanja bombaša samoubica ili mogućem korišćenju eksplozivnih naprava.

¹⁹ Jerome Skolnick, *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, New York 2011, 61.

²⁰ Randall Collins, *Violence: A Micro-sociological Theory*, Princeton 2008, 63.

²¹ Nav. prema: John Dempsey, Linda Forst, *An Introduction to Policing* – third edition, Belmont 2005, 395.

kve odluke se uglavnom donose kada je policajac pod velikim stresom, što ga čini otvorenim za uticaj različitih fizioloških i psiholoških faktora. Pored ovog segmenta, uticaj unutrašnjih faktora možemo posmatrati i preko ličnih karakteristika, osobina i sklonosti samih policijskih službenika. U tom pogledu su interesantni rezultati istraživanja koji otkrivaju kako su neki policajci skloni neopravdanom oklevanju prilikom upotrebe vatrenog oružja, dok su pak neki preterano samouvereni u rešavanju pojedinačnih incidenata, zbog čega i spremnije i lakše donose odluku da upotrebe smrtonosnu silu.²² Ovome treba dodati i otkriće da policajke ređe koriste smrtonosnu silu, za razliku od muškaraca, koji su skloniji personiziranju nasilnih susreta do tolike mere da takve susrete uglavnom karakterišu kao borbu za opstanak, kojom više upravljaju mačo pravila nego obuka i politika uprave.²³

3. ZAKLJUČAK

Nezakonita upotreba sredstava prinude, bez sumnje, predstavlja pojavu izuzetno složene kauzalnosti. Stoga, u pokušaju objašnjenja njenog nastanka treba uzeti u obzir različite etiološke perspektive, posmatrajući ih pojedinačno, ali i u njihovom jedinstvu. U tom pogledu čini nam se najprihvatljivijom ona podela koja polazi od **izvora (nosioca) kauzalnog uticaja**, a prema kojoj bi se svi faktori nezakonite upotrebe sredstava prinude mogli svrstati u sledeće tri grupe:

1) *lični (individualni) faktori* – individualne karakteristike samih policajaca, njihove lične osobine, sposobnosti, sklonosti i navike, a koje mogu dovesti do nezakonite upotrebe sile;

2) *organizacioni (mikrosocijalni) faktori* – formalni i neformalni aspekti policijske organizacije, kao i sistem vrednosti policijske supkulture, a koji bitno definišu ponašanje pripadnika policije i način njihovog postupanja, posebno u pogledu upotrebe sredstava prinude i

3) *društveno-ambijentalni (makrosocijalni) faktori* – opšte karakteristike šireg radnog okruženja, kao i socijalna dinamika koja nastaje u interakcijama između policije i građana, a koje su praćene upotrebom sredstava prinude.

Dalje treba uzeti u obzir činjenicu kako u nastanku neke pojave, pa i nezakonite upotrebe sile, jedni faktori imaju jači (presudniji, odlučujući) uticaj, dok drugi pak deluju sa manjom snagom, zbog čega ih s pravom možemo smatrati dopunskim faktorima. Postavlja se međutim pitanje na koji način izmeriti snagu uticaja svakog faktora ponaosob, kada se veoma dobro zna da više njih istovremeno doprinosi nastanku jedne pojave. Zastupajući jedan originalan multifaktorski pristup Milan

²² M. Punch, 116.

²³ Hans Toh, *Nasilnici: Jedan vid ispitivanja psihologije nasilja* (orig. H. Toch, *Violent men: An Inquiry into the Psychology of Violence*, New York, prevod: Petrović A.) Beograd 1978, 129.

Milutinović je izvršio značajan pomak u tom pogledu. Kako je svojevremeno istakao ovaj autor: „Etiološko izučavanje kriminalnog ponašanja mora se kretati u okviru istorijsko-genetičke i situacione analize i težiti da sazna, pre svega, neposredne uzroke, uslove i povode izvršenih krivičnih dela.“²⁴ Posmatrajući kauzalitet nezakonite upotrebe sredstava prinude u kontekstu ove perspektive pruža nam se mogućnost da identifikujemo ali i da, u zavisnosti od **jačine (snage) uticaja**, međusobno diferenciramo tri grupe faktora:

- 1) *uzroci* – faktori koji neposredno utiču na pojavu konkretnog policijskog prestupa (npr. pogrešna procena situacije od strane policijskog službenika);
- 2) *uslovi* – spoljne okolnosti koje omogućavaju dejstvo neposrednih faktora i izvršenje konkretnog dela u datom momentu (npr. intervencija u uslovima smanjene vidljivosti) i
- 3) *povodi* – faktori koje pokreću (motivisu) policijskog službenika na konkretan čin (npr. imperativ policijskog službenika da zaštiti svoju ili bezbednost ugroženog lica).

Ovde takođe treba imati u vidu da svaka pojedinačna intervencija policije neminovno predstavlja osobenu problemsku situaciju, budući da je prouzrokovana spletom različitih okolnosti. Samim tim je preporučljivo da se i kauzalitet prekoračenja i zloupotrebe sredstava prinude razmatra prevashodno na nivou **pojedinačne uzročnosti**, jer se na taj način mogu lakše identifikovati faktori koji su neposredno uticali na policijskog službenika da se u datom momentu ponaša protivno pravilima službe. Pored toga, koncept pojedinačne uzročnosti pruža nam mogućnost da spoznamo određene varijacije u postupanju, kao i razlike u intenzitetu i stepenu ispoljavanja konkretnog protivpravnog ponašanja između pojedinih policajaca. U krajnjem slučaju, na taj način je moguće identifikovati i određene oscilacije u ponašanju jednog policijskog službenika.

Bazirajući konkretno objašnjenje na sagledavanju pojedinačnih problemskih situacija moguće je ustanoviti i određene pravilnosti u nastanku pojedinih vidova nezakonite upotrebe sile, kao i okolnosti pod kojim najčešće dolazi do konkretnih policijskih prestupa. Drugim rečima, ovakav pristup nam pruža mogućnost da identifikujemo faktore koji su specifični samo za određene vidove nezakonite upotrebe sredstava prinude, čineći ujedno mogućom komparaciju kauzaliteta različitih oblika ovog vida protivzakonitog postupanja policije.

²⁴ Milan Milutinović, *Kriminologija*, Beograd 1985, 309.

Zoran M. Kesić, Ph.D., Assistant Professor
The Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
zoran.kesic@kpa.edu.rs

Darko R. Bikarević, Ph.D.
Ministry of Internal Affairs
darko.bikarevic@yahoo.com

Ethiological Dimension of Unlawful Use of Force in Policing

Abstract: *Coercion is undoubtedly the most explicit characteristic of police profession, which is often the base for defining its essence. It is, at the same time, the most delicate segment of police acts, having in mind that its use seriously interferes with human rights and freedoms. Therefore, it is not surprising that most researchers, in their quest to understand the work of the police and system of values of its members, are mostly focused on some of the aspects of using coercion. Although this paper is one in the series of such works, it still offers somewhat different approach to the concrete phenomenon in comparison to the one that dominates here, where the focus is mostly on discussing legal aspects and tactical-technical characteristics of police coercion. Due to its complexity and delicate nature, this topic requires a wider scientific approach, such as the one fostered within criminological perspective. If we add the fact that this perspective of police coercion is quite neglected in our literature, the writing of this paper gets its justification. However, its purpose and demanding scope force us to focus only on one criminological aspect of the concrete phenomenon. To that regard, discussion about aetiological dimension of illegal use of coercion measures seemed especially important. Thereby, due to its exceptionally complex causality, it was necessary to use multifactor approach in explaining the how this phenomenon occurs. Having this in mind, the paper points to some of the most important factors of illegal use of force in the acts of the police by looking at their mutual influence and contribution, firstly at general level, and then at the level of individual forms of this phenomenon in police such as brutality, torture and illegal deprivation of life.*

Keywords: *police, coercion measures, exceeding, abuse, factors.*

Datum prijema rada: 02.04.2018.

*Dr Cyjetana M. Cyjetković, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
C.Cyjetkovic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Luka O. Baturan, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
L.Baturan@pf.uns.ac.rs*

ULOGA EKONOMSKIH INSTRUMENATA U UPRAVLJANJU OTPADNOM AMBALAŽOM ZA PIĆE¹

Sažetak: *Ekonomski instrumenti postaju sve važniji deo politike zaštite životne sredine, pa se tako koriste i kao instrument upravljanja otpadnom ambalažom za piće. Međutim, oni mogu biti prepreka funkcionisanju unutrašnjeg tržišta Unije, pa se o njima nekoliko puta izjašnjavao Sud pravde Evropske unije. Cilj rada je da se utvrdi koji ekonomski instrumenti se primenjuju u uporednom pravu, prvenstveno u članicama Unije, kako bi se podstakli različiti oblici ponovnog iskorišćenja ambalaže za piće, kao i uslovi koje moraju ispuniti da bi bili u saglasnosti sa pravom Unije.*

Ključne reči: *ambalaža za piće; ekonomski instrumenti; proširena odgovornost proizvođača; sistem povraćaja depozita; ekološki porezi.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Rast životnog standarda i razvoj tehnologija doveo je do povećanog stvaranja ambalažnog otpada. Ako se posmatraju članice Evropske unije, prema podacima

¹ Rad je posvećen Projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ (evidencioni broj 179079), koji se u celosti finansira iz sredstava obezbeđenih od strane Ministarstva prosvete nauke i tehnološkog razvoja.

iz 2014. godine, stvoreno je 162,9 kilograma ambalažnog otpada po stanovniku,² s tim da je udeo ambalaže za piće u ukupnom ambalažnom otpadu oko 20%.³

Piće se može pakovati u jednokratnu i povratnu ambalažu.⁴ Ako se ima u vidu da odlaganje otpadne ambalaže na deponije, sa jedne strane, uzrokuje nepovoljne efekte po životnu sredinu, i da je, sa druge strane, u pitanju vredan resurs koji se može dalje iskorišćavati, trebalo bi težiti upotrebi povratne ambalaže i različitim oblicima daljeg iskorišćenja jednokratne ambalaže za piće. Tako, upotrebljene aluminijske konzerve se skoro u celosti mogu iskoristiti za proizvodnju novih, uz minimalan utrošak energije.⁵ Slično je i sa plastičnim (PET) flašama⁶ koje se mogu iskoristiti za proizvodnju različitih proizvoda, pa i novih flaša. Uprkos uvreženom mišljenju da su ekološki nepodobne, one su, upravo, zbog mogućnosti recikliranja ekološki prihvatljive, tj. postaju ekološki problem⁷ samo ako se sa njima adekvatno ne postupa.⁸ Godine 2016. na tlu Unije, po prvi put, više plastike je reciklirano nego što je odloženo na deponije.⁹ Tome je, svakako, doprinela i primena ekonomskih instrumenata.

Cilj rada je da se utvrdi koji od brojnih ekonomskih instrumenata se primenjuju u uporednom pravu, pre svega u članicama Unije, kako bi se podstakli različiti oblici ponovnog iskorišćenja ambalaže za piće, kao i da se sagledaju iskustva ovih zemalja u njihovoj primeni. Nastojaće se utvrditi i uslovi koje ekonomski instrumenti u oblasti upravljanja otpadnom ambalažom za piće moraju ispunjavati da bi bili u skladu sa pravom Unije.

² Najviše je stvoreno u Hrvatskoj, a najmanje u Nemačkoj. Vid. Packing Waste Statistics, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Packaging_waste_statistics, 4. mart 2018. godine.

³ Communication from the Commission — Beverage Packaging, Deposit Systems and Free Movement of Goods, *Official Journal of the European Union* S 107/1 of 9 May 2009.

⁴ Jednokratna ambalaža je projektovana radi korišćenja samo jednom, a povratna je ona koja se, nakon vraćanja od strane potrošača, ponovno upotrebljava za istu namenu. Vid. čl. 5, st. 1, tač. 2)-3) Zakona o ambalaži i ambalažnom otpadu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/09.

⁵ Vid. Palpa – Deposit Refund System, <https://www.palpa.fi/beverage-container-recycling/deposit-refund-system/>, 16. mart 2018. godine.

⁶ U pitanju su flaše koje su napravljene od polietilen-tereftalata, vrste plastike koja se danas najviše koristi. One su preplavile savremena tržišta, prvenstveno, zbog zbog niske cene proizvodnje, male težine, atraktivnog izgleda, otpornosti na udarce, lakoće transporta i sl. Vid. Jovan Sredojević *et al.*, Prijedlog sistema za upravljanje otpadnom PET ambalažom u zoni regionalne deponije „Mošćanica“, *Mašinstvo* 3/2016, 173.

⁷ Ne sme se zanemariti ni to da se plastika dobija iz neobnovljivih izvora energije.

⁸ Neadekvatan tretman se vezuje za njihovo odlaganje na deponije, jer zauzimaju veliki prostor i imaju veoma dug period razgradnje.

⁹ Po odlaganju plastike na deponije prednjače zemlje poput Hrvatske, Rumunije, Bugarske i Grčke, dok se na dnu lestvice nalaze Nemačka, Holandija, Danska i Austrija. Najviše stope recikliranja ubedljivo su u Češkoj i Nemačkoj. Vid. *Plastics – the Facts 2017*, Plastics Europe, Brussels 2018, 30, 32, 36.

2. PRIMENA EKONOMSKIH INSTRUMENATA U UPRAVLJANJU OTPADNOM AMBALAŽOM ZA PIĆE

Prirodna dobra su javna dobra koja se ne razmenjuju na tržištu, tj. nemaju svoju cenu, pa se otuda često nedovoljno racionalno koriste. Naime, korisnik životne sredine prilikom donošenja ekonomskih odluka ne uzima u obzir troškove povezane sa upotrebom životne sredine, odnosno on prebacuje na društvo (eksternalizuje) troškove koji su nastali njegovim aktivnostima.¹⁰ Upravo potreba za internalizacijom tih troškova, tj. negativnih ekoloških eksternalija¹¹ dovela je do primene ekonomskih instrumenata u politici zaštite životne sredine. Oni se zasnivaju na tome da se cenama odvrćaju potencijalni zagađivači od ekološki nepodobnih aktivnosti. Imaju dve osnovne funkcije: fiskalnu i ekološku, tj. oni obezbeđuju finansijska sredstva, ali i podstiču za postupanjem koje je „prijateljski“ nastrojeno prema životnoj sredini.¹²

U uporednom pravu sreću se brojni ekonomski instrumenti: prenosive dozvole,¹³ ekološki porezi shvaćeni u najširem smislu reči,¹⁴ ekološke subvencije i podsticaji, različiti vidovi odšteta i kompenzacija, takse za nepoštovanje ekoloških standarda, garancije izvršenja, proširena odgovornost proizvođača, itd.¹⁵ Pošto je otpad negativna ekološka eksternalija koja nastaje proizvodnjom, odnosno potrošnjom određenih dobara, primena ekonomskih instrumenata je zaživela i u politici upravljanja otpadom, pa i onim nastalim korišćenjem ambalaže za piće. Ipak najveći značaj u ovoj oblasti imaju porezi shvaćeni u najširem smislu reči i odgovornost proizvođača za specifične vrste otpada (ambalaža, vozila, itd.).¹⁶

2.1. Proširena odgovornost proizvođača

Koncept proširene odgovornosti proizvođača nastao je u Švedskoj početkom 90-ih godina 20. veka. Njegova suština je u premeštanju odgovornosti za proiz-

¹⁰ Gordana Ilić Popov, *Ekološki porezi*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2000, 27-28.

¹¹ Eksternalije predstavljaju pozitivne ili negativne učinke koji nastaju za treća lica u transakcijama između kupaca i prodavaca, a koja nisu obuhvaćena tržišnom cenom. Vid. *Ibid.*, 28.

¹² *Market-Based Instruments for Environmental Policy in Europe*, European Environment Agency, Copenhagen 2005, 13.

¹³ Vid. Luka Baturan, „Stvaranje tržišta prenosivih dozvola radi smanjenja emisija gasova koji proizvode efekat staklene bašte u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 509-521.

¹⁴ Vid. Cvjetana Cvjetković, „Ekološke naknade kao instrument zaštite životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 387-389.

¹⁵ *Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources Management in OECD Countries: A Survey*, OECD, Paris 1999, 15-49; *Market-Based Instruments for Environmental Policy in Europe*, 6; G. Ilić Popov, 77-218.

¹⁶ Emma Watkins et al., *Use of Economic Instruments and Waste Management Performances* – Final Report, European Commission, Brussels 2012, 3.

vode, odnosno za različite faze životnog ciklusa proizvoda, kao što su povraćaj, recikliranje i konačno odlaganje, na proizvođače ekološki nepodobnih proizvoda, umesto na potrošače i državu.¹⁷

I kod ovog ekonomskog instrumenta realizuje se princip „zagađivač plaća“, s tim da u ulozi zagađivača nije potrošač, već proizvođač, kao subjekt koji igra ključnu ulogu u izbegavanju zagađivanja, prvenstveno, kroz dizajn proizvoda koji udovoljava ekološkim zahtevima (eko-dizajn).¹⁸ Dakle, odgovornost proizvođača je ekonomska,¹⁹ jer snosi u celosti ili delimično troškove prikupljanja, recikliranja ili konačnog odlaganja proizvoda koje stavlja na tržište, tako da je motivisan da dizajnira proizvode koji traju duže i koji se lakše tretiraju posle upotrebe.²⁰

Odgovornost proizvođača može da bude individualna i kolektivna. Kod individualne odgovornosti proizvođač odgovara za sopstvene proizvode, a kod kolektivne proizvođači određene grupe proizvoda plaćaju naknadu za učešće u odgovarajućim organizacijama (eng. *Producer Responsibility Organisation* – PRO organizacije), koje preuzimaju odgovornost za aktivnosti svojih članova koje se odnose na ponovno iskorišćenje proizvoda i za ostvarivanje postavljenih ciljeva u pogledu stopa ponovnog iskorišćenja ambalaže. Iako individualna odgovornost obezbeđuje snažniji podsticaj za ekološki prihvatljivim promenama, i to zbog neposrednije veze sa pojedinačnim brendovima, retko se primenjuje, jer je ograničena na slučajeve prodaje proizvoda limitiranom krugu korisnika. Sa druge strane, najvažnija prednost kolektivne odgovornosti je troškovna efikasnost.²¹

Proširena odgovornost proizvođača se može javiti u različitim oblicima. Prvi oblik je „klasični“ vid proširene odgovornosti proizvođača (obaveza prihvatanja proizvoda), koji podrazumeva postavljanje obaveznih ili neobaveznih ciljeva u pogledu stope prikupljanja i ponovnog iskorišćenja određenih proizvoda i materijala i pripisivanje odgovornosti proizvođačima/trgovcima za tretman proizvoda po okončanju njihovog životnog veka, odnosno za ostvarivanje prethodno postavljenih ciljeva. Takav oblik proširene odgovornosti i odgovarajuća PRO organizacija se sreće, primera radi, u Belgiji. Drugi oblik podrazumeva obavezu

¹⁷ Thomas Lindhqvist, *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environmental Improvements of Product Systems*, Doctoral Dissertation, Lund University, Lund 2000, 29, 37-38.

¹⁸ *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility*, Final Report, European Commission – DG Environment, Brussels 2014, 6, 28-29.

¹⁹ Proizvođači mogu imati i druge vidove odgovornosti, kao što je informativna, što znači da moraju obavestiti javnosti o ekološkim obeležjima proizvoda koje proizvode. Vid. T. Lindhqvist, 39.

²⁰ *Ibid.*, 38.

²¹ Emma Watkins *et al.*, *EPR in the Plastic EU Strategy and the Circular Economy*, Institute for European Environmental Policy, Brussels-London 2017, 4, 20; *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility*, 29.

plaćanja „napredne“ naknade za članstvo u PRO organizacijama, čija visina zavisi od ekoloških obeležja ambalaže. Ilustracije radi, u Italiji i Francuskoj proizvođači i uvoznici plaćaju za članstvo naknadu čija visina zavisi od količine ambalaže stavljenе na tržište i vrste materijala od kojeg je napravljena, s tim da se može dodatno povećavati ili smanjivati u zavisnosti od toga da li se ambalaža može reciklirati, da li sadrži instrukcije o sortiranju i sl. Treći oblik je sistem povraćaja depozita.²²

S obzirom na to da treći oblik proširene odgovornosti proizvođača pokazuje izvesne osobenosti u poređenju sa druga dva „čista“ oblika, njegova detaljnija analiza zasluđuje posebnu pažnju.²³

2.1.1. Povraćaj depozita

Sistem povraćaja depozita karakteriše plaćanje dodatnog iznosa na cenu potencijalno zagađujućeg proizvoda, koji se vraća ako zagađivanje bude izbegnuto vraćanjem proizvoda ili njegovih ostataka.²⁴ U pitanju je svojevrsna kombinacija poreza po jedinici prodatog proizvoda i subvencije po jedinici vraćenog proizvoda.²⁵

Njegovo uvođenje može da bude obavezno i dobrovoljno. Primera radi, sistem povraćaja depozita je obavezan u Švedskoj i Estoniji,²⁶ dok u Finskoj nije.²⁷ Uprkos dobrovoljnosti, u Finskoj je najveći deo proizvođača i uvoznika u ovom sistemu, jer se na ambalažu za piće koja nije u njemu plaća akciza u iznosu od 0,51 evra po litru.²⁸

Što se tiče ambalaže za piće obuhvaćene sistemom povraćaja depozita, prisutna su raznolika rešenja. Tako, u Austriji je u ovaj sistem uključena samo povratna ambalaža, u Finskoj, Estoniji i Švedskoj obe vrste ambalaže (aluminijumske konzerve, PET flaše i staklene flaše), na Islandu i u Noreškoj samo jednokrat-

²² Vid. E. Watkins *et al.* (2017), 10-11, 35, 38-45.

²³ Povraćaj depozita bi se mogao tretirati više kao specifičan oblik proširene odgovornosti proizvođača. Vid. Emma Watkins *et al.* (2012), 6-7.

²⁴ Glossary of Statistical Terms, <https://stats.oecd.org/glossary/>, 18. mart 2018. godine.

²⁵ Margaret Walls, *Deposit-Refund Systems in Practice and Theory*, Resources for the Future, Washington D.C., 2011, 10.

²⁶ Pat McCloughan, *Report on the Proposed Deposit and Return System for Beverage Containers in Ireland*, Repak, Dublin 2017, 5.

²⁷ Najvažnija PRO organizacija koja upravlja ovim sistemom je PALPA. Godine 2004. ustanovljen je i sistem za ambalažu koja se može ponovo puniti, a kojim upravlja PRO organizacija *Ekopullo*, kao i sopstveni (interni), sistemi trgovaca na malo. Vid. Sarah Ettlinger, *Deposit Refund System (and Packaging Tax) in Finland*, Institute for European Environmental Policy, 2016, 1; Palpa – Deposit Refund System.

²⁸ S. Ettlinger, 2.

na ambalaža, a u Holandiji samo PET flaše.²⁹ U Hrvatskoj za povratnu ambalažu sistem povraćaja depozita nije obavezan, dok za jednokratnu ambalažu jeste.³⁰

Na visinu depozita koji se vraća potrošačima uglavnom uticaj imaju vrsta i zapremina ambalaže za piće. To je slučaj, na primer, u Finskoj.³¹ Međutim, sreću se i rešenja da je visina depozita ista za svu ambalažu, ali da uključivanje u sistem podrazumeva da je ona određene zapremine. Tako, u Hrvatskoj je u sistem povraćaja depozita uključena samo ona ambalaža za piće zapremine veće od 0,2 litra, a u Litvaniji između 0,1 i 3 litra.³²

Povraćaj otpadne ambalaže za piće može se vršiti na prodajnim mestima (ručno ili preko automata) ili u posebnim centrima,³³ kao što su tzv. reciklažna dvorišta.³⁴ Po pravilu, svaki prodavac koji prodaje piće ima obavezu da preuzme otpadnu ambalažu ako ispunjava prostorne i tehničke uslove za njeno preuzimanje i skladištenje.³⁵ Da bi se povratio depozit, ambalaža za piće mora ispunjavati određene uslove (mora biti ispraznjena, ne sme biti zgnječena, bar-kod mora biti vidljiv i čitljiv, itd.).³⁶

Stopa vraćanja ambalaže za piće koja je u sistemu povraćaja depozita je prilično visoka. Tako, u periodu od 2014. do 2016. godine, u Finskoj je za PET flaše iznosila 92%, za metalne konzerve između 96% i 97%, a za staklene flaša između 88% i 89%.³⁷ U Hrvatskoj je stopa vraćanja u 2014. godini iznosila 93,6%,³⁸ u Nemačkoj 98,5%, u Holandiji oko 95%, itd.³⁹ Na stopu povraćaja ne utiče samo visina depozita, nego i blizina i funkcionalnost sistema vraćanja, navike, stavovi

²⁹ *A European Refunding Scheme for Drinks Containers*, European Parliament, Luxembourg 2011, 12-15; Niek Deprez, *Deposit-Refund Schemes for One-Way Beverage Packaging*, Master Thesis, University of Gent, Gent 2016, 22.

³⁰ Čl. 14, st. 2, čl. 22, st. 1 Pravilnika o ambalaži i otpadnoj ambalaži i ambalažnom otpadu, *Narodne novine*, br. 88/15, 78/16, 116/17.

³¹ Tako, iznosi 0,10 evra za plastične boce manje od 0,35 litra, 0,2 evra za plastične boce 0,35-1 litra, a 0,40 evra za plastične boce preko 1 litra. Za sve staklene flaše iznosi 0,10 evra, a za metalne konzerve 0,15 evra po konzervi. Stope su iste i u alternativnom sistemu (Ekopullo), osim za staklene flaše za koje je propisan depozit u iznosu od 0,40 evra po litru. Vid. S. Ettlinger, 1-2.

³² Čl. 22, st. 2 Pravilnika o ambalaži i otpadnoj ambalaži i ambalažnom otpadu; Beverage Container Deposit Laws Worldwide, <http://www.bottlebill.org/legislation/world.htm>, 24. mart 2018. godine.

³³ Tako, domaćinstva u Finskoj vraćaju ambalažu na prodajnim mestima, a škole, restorani, hoteli i drugi slični subjekti preko dobavljača napitaka. Vid. Palpa – Deposit Refund System.

³⁴ To je slučaj u Hrvatskoj. Reč je o nadziranom ograđenom prostoru namenjenom odvojenom prikupljanju i privremenom skladištenju posebnih vrsta otpada. Vid. Gospodarenje otpadom, http://www.fzoeu.hr/hr/gospodarenje_otpadom/reciklazna_dvorista/, 23. mart 2018. godine.

³⁵ Čl. 24 Pravilnika o ambalaži i otpadnoj ambalaži i ambalažnom otpadu.

³⁶ Čl. 26 Pravilnika o ambalaži i otpadnoj ambalaži i ambalažnom otpadu.

³⁷ Palpa – Deposit Refund System.

³⁸ Vid. Gospodarenje otpadom, http://www.fzoeu.hr/hr/gospodarenje_otpadom/posebne_kategorije_otpada/ambalazni_otpad/, 27. mart 2018. godine.

³⁹ N. Deprez, 24, 26.

i ekološka svest građana, postojanje kampanja kojima se građani informišu i podsećaju na pravila sortiranja i značaj recikliranja uopšte, itd.⁴⁰

Ocena sistema povraćaja depozita za ambalažu za piće bila je predmet studije OECD-a, u kojoj je zaključeno da je u pitanju skup sistem⁴¹ koji zahteva postojanje razvijene infrastrukture za recikliranje, kao i da njegovo uvođenje ima smisla samo ako se želi smanjiti otpad od ambalaže za piće, odnosno ako je ova vrsta otpada ozbiljan problem. U protivnom, uvođenje depozita značajno ne bi povećalo stope recikliranja, jer one nisu značajno veće u zemljama koje imaju ovaj sistem.⁴²

2.2. Porezi

Pojedine države su se opredelile da uvedu poreze⁴³ na proizvode čije zbrinjavanje po okončanju veka trajanja nepovoljno deluje na životnu sredinu,⁴⁴ odnosno poreze koji prave razliku između sličnih proizvoda na osnovu ekoloških obeležja materijala od kojeg je napravljena ambalaža.⁴⁵ Ideja je da se uvođenjem posebne vrste poreza na ambalažu⁴⁶ internalizuju negativne ekološke eksternalije koje uzrokuje ambalaža za piće koja je okončala svoj životni vek.⁴⁷

Primeru radi, porez na ambalažu za piće se sreće u Norveškoj, s tim da je predviđeno izuzimanje od plaćanja ako je stopa recikliranja iznad 95%. Pored toga, postoji i dodatni porez koji se naplaćuje na svu jednokratnu ambalažu za piće nezavisno od stope recikliranja.⁴⁸ Slično rešenje je usvojeno i u Estoniji, gde se na svu ambalažu, pa i na ambalažu za piće, stavljenu na tržište plaća specifični porez, čiju osnovicu čini jedinica mere – kilogram,⁴⁹ s tim da su propisana izuzimanja u zavisnosti od toga da li su ostvareni postavljeni ciljevi u pogledu njenog ponovnog iskorišćenja.⁵⁰ Sreću se i rešenja, poput prethodno opisanog finskog, da se porez plaća samo na ambalažu za piće koja nije obuhvaćena sistemom povraćaja depozita.

⁴⁰ Palpa – Deposit Refund System.

⁴¹ Do ovog zaključka došlo se i nekim drugim studijama u kojima su analizirani danski, nemački i holandski sistemi povraćaja depozita. Vid. N. Deprez, 22, 24; P. McCloughan, 15-18.

⁴² P. McCloughan, 3, 19-20.

⁴³ Pod ovaj pojam podvode se i naknade i akcize

⁴⁴ Vid. Cvjetana Cvjetković, „Uloga poreza u upravljanju otpadom u državama članicama Evropske unije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 75/2017, 36.

⁴⁵ *A European Refunding Scheme for Drinks Containers*, 20-21.

⁴⁶ C. Cvjetković (2017), 40-41.

⁴⁷ Što se tiče korišćenja postojeće poreske strukture, teoretski bilo bi moguće da se sprovede diferencijacija stopa PDV za ambalažu za piće napravljenu od recikliranog materijala. Međutim, takvo rešenje ne bi obezbedilo ekološke dobrobiti, tako da se ne preporučuje. Vid. Magnus Hennlock *et al.*, *Economic Policy Instruments for Plastic Waste – A review with Nordic Perspectives*, TemaNord, Copenhagen 2014, 92.

⁴⁸ Bottle Bill Resources Guide – Norway, <http://www.bottlebill.org/legislation/world/norway.htm>, 26. mart 2018. godine.

⁴⁹ Stopa zavisi od vrste materijala. Vid. Bottle Bill Resources Guide – Estonia, <http://www.bottlebill.org/legislation/world/estonia.htm>, 26. mart 2018. godine.

⁵⁰ *Ibid.*

3. EKONOMSKI INSTRUMENTI U UPRAVLJANJU OTPADNOM AMBALAŽOM ZA PIĆE U PRAVU EVROPSKE UNIJE I PRAKSI SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

3.1. Propisi Evropske unije

Na nivou Unije usvojen je veliki broj direktiva koje se odnose na upravljanje otpadom.⁵¹ Kada je u pitanje ambalaža za piće, od posebnog značaja su Direktiva o otpadu, koja, između ostalog, uvodi i princip „zagađivač plaća“, princip proširene odgovornosti proizvođača i princip hijerarhije otpada,⁵² kao i Direktiva o ambalaži i ambalažnom otpadu (u daljem tekstu: Direktiva 94/62).⁵³

Direktiva 94/62 sadrži nekoliko odredaba koje su značajne u kontekstu ekonomskih instrumenata koji se koriste u upravljanju otpadnom ambalažom za piće. Tako, u čl. 1 je propisano da je njen cilj usklađivanje nacionalnih zakonodavstava u pogledu upravljanja ambalažom i ambalažnim otpadom, kako bi se doprinelo ciljevima zaštite životne sredine, sa jedne strane, i obezbedilo funkcionisanje unutrašnjeg tržišta Unije i izbegla ograničenja konkurencije i intrakomunitarne trgovine, sa druge strane. U čl. 5 je propisano da države članice mogu ohrabrivati sisteme ponovne upotrebe ambalaže, ali da oni moraju biti u saglasnosti sa primarnim pravom Unije. Čl. 7 propisuje da će države članice usvojiti odgovarajuće mere kako bi uspostavile sisteme za povraćaj i/ili prikupljanje korišćene ambalaže i/ili ambalažnog otpada, ali i sisteme ponovne upotrebe ili ponovnog iskorišćenja, uključujući i recikliranje, a sve kako bi se njime najadekvatnije upravljalo. Ovi sistemi treba da se jednako primenjuju na domaće i inostrane proizvode i da budu otvoreni za učešće svih ekonomskih subjekata i predstavnika vlasti. U čl. 18 je naglašeno da države članice neće sprečavati stavljanje na njihova tržišta ambalaže koja ispunjava uslove predviđene Direktivom 94/62.

3.2. Praksa Suda pravde Evropske unije

U stvaranju prava Unije značajnu ulogu ima Sud pravde Evropske unije (u daljem tekstu: Sud pravde) koji stavlja van snage nacionalno zakonodavstvo koje je u suprotnosti sa pravom Unije. Dosadašnje iskustvo u primeni Direktive 94/62 je pokazalo da naročito sektor ambalaže za piće može da naruši konkurenciju na

⁵¹ *Handbook on Implementation of EC Environmental Legislation*, European Commission, Brussels 2008, 397-593.

⁵² Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on Waste and Repealing Certain Directives, *Official Journal of the European Union* L 312 of 22 November 2008.

⁵³ European Parliament and Council Directive 94/62/EC of 20 December 1994 on Packaging and Packaging Waste, *Official Journal of the European Communities* L 365/10 of 31 December 1994.

tržištu Unije i da dovede do fragmentacije unutrašnjeg tržišta,⁵⁴ iako se ne može zanemariti njen doprinos ujednačenju stopa recikliranja među članicama.

Zajedničko tržište Unije pretpostavlja zabranu mera država članica koje dovede do nejednakog tretmana (diskriminacije) i ograničavanja (restrikcije) zagarantovanih sloboda.⁵⁵ Pored toga što UFEU propisuje osnove koji opravdavaju diskriminatorne nacionalne mere,⁵⁶ Sud pravde je razvio praksu po kojoj nacionalne restriktivne mere mogu opstati ako su ispunjeni određeni uslovi (eng. *rule of reason concept*), i to: ona se mora primenjivati na nediskriminatoran način; njeno postojanje mora nalagati javni interes; mora biti podesna za ostvarivanje cilja koji joj se pridaje; mora biti poštovan princip proporcionalnosti.⁵⁷

3.2.1. Slučaj C-302/86⁵⁸

U ovom slučaju osporena je odredba danskog zakonodavstva koja je ograničavala stavljanje na tržište pića u ambalaži koju nije odobrio nadležni organ.⁵⁹ Danska je obrazložila navedeno rešenje činjenicom da postojeći sistem povraćaja depozita ne bi funkcionisao ako bi broj odobrene ambalaže bio veći od 30. Pravilo je kasnije promenjeno tako da je, pod uslovom uspostavljanja sistema povraćaja depozita, i neodobrena ambalaža (osim metalne) mogla biti stavljena na tržište u količinama koje ne prelaze 3000 hektolitara godišnje po proizvođaču i za pića koja se prodaju od strane stranih proizvođača kako bi se testiralo tržište. Komisija je smatrala da se navedenim rešenjem narušava sloboda kretanja dobara, odnosno da se cilj zaštite životne sredine na koji se pozvala danska strana kao opravdanje za restriktivni tretman mogao postići na način koji je manje ograničavajući po intrakomunitarnu trgovinu. Istaknuto je da je inostranim proizvođačima otežan uvoz pića na dansko tržište, jer im se može uskratiti odobrenje i za ambalažu koja se može ponovo upotrebiti, tj. koja je ekološki podobna, a da druga opcija za njih (korišćenje samo odobrenih tipova ambalaže) stvara dodatne troškove. Sa druge strane, opredeljenje za korišćenje neodobrene ambalaže značiće izlaganje kvantitativnim ograničenjima.

⁵⁴ Najočitiji primer za to je prilagođavanje ambalaže zahtevima svakog pojedinačnog tržišta na koje se roba plasira. Vid. Communication from the Commission — Beverage Packaging, Deposit Systems and Free Movement of Goods.

⁵⁵ O pojmu diskriminacije i restrikcije: Cvjetana Cvjetković, „Diskriminatorni poreski tretman prenosa nepokretnosti sa stanovišta poreza na kapitalne dobitke u praksi Suda pravde Evropske unije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2017, 1139-1140.

⁵⁶ Vid. čl. 52 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁵⁷ Ben Terra, Peter Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 33-34.

⁵⁸ Judgment of the Court of 20 September 1988 in Case C-302/86.

⁵⁹ Davanje odobrenja se može uskratiti ako ambalaža nije tehnički podesna za sistem povraćaja, ako je ambalaža koja je podesna za istu upotrebu već odobrena i ako predviđeni sistem povraćaja ne obezbeđuje da se dovoljni udeo ambalaže ponovo koristi.

Sud pravde je bio gledišta da je ustanovljavanje sistema povraćaja depozita za neodobrenu ambalažu neophodan elemenat sistema koji ima za cilj da obezbedi ponovnu upotrebu ambalaže, odnosno da su eventualna ograničenja koja njegovo ustanovljavanje nameće opravdana ekološkim razlozima. Utvrđeno je da je taj sistem, iako ne obezbeđuje maksimalan stepen ponovne upotrebe,⁶⁰ podesan za ostvarivanje ekoloških ciljeva, ali da propisivanjem ograničenja u pogledu količine uvezenog pića u neodobrenoj ambalaži nije udovoljeno principu proporcionalnosti, tim više, jer će uvezeno piće imati mali udeo u ukupnoj potrošnji, prvenstveno, zbog obaveze uspostavljanja sistema povraćaja depozita. Dakle, Sud pravde je bio stava da je navedena odredba u suprotnosti sa zabranom kvantitativnog ograničenja uvoza.

3.2.2. Slučajevi S-463/01⁶¹ i S-309/02⁶²

U oba slučaja ispitivana je nemačka norma prema kojoj proizvođači i distributeri pića imaju obavezu da zamene učešće u globalnom sistemu za prikupljanje korišćene ambalaže sistemom povraćaja depozita ako udeo određenih pića (piva, vina, mineralne voda, sokova i vina) koja se pakuju u povratnu ambalažu padne ispod 72%, tokom dve uzastopne godine, i to u roku od šest meseci od dana objavljivanja takvog podatka.⁶³ Pošto su se ispunili zakonski uslovi, zahtevano je uspostavljanje sistema povraćaja depozita za jednokratnu ambalažu od 1. januara 2003. godine.

U slučaju S-463/01 Komisija je smatrala da se spomenutom normom dovodi u pitanje odredba primarnog prava o zabrani kvantitativnih ograničenja uvoza između država članica,⁶⁴ ali i sekundarno zakonodavstvo, i to o flaširanju prirodnih mineralnih voda, prema kojima se one moraju flaširati na izvoru⁶⁵ i čl. 1, 5 i 7 Direktive 94/62. Komisija je bila stava da nametanje obaveze korišćenja povratne ambalaže nije u skladu sa principom proporcionalnosti, jer će u ovom slučaju značiti da inostrani proizvođači moraju da šalju praznu ambalažu na udaljene destinacije, tj. mesto punjenja. Nemačka strana je tvrdila da oni na raspolaganju

⁶⁰ Prvenstveno zato što se kod neodobrena ambalaže, za razliku od odobrene, povraćaj može izvršiti samo kod onih trgovaca koji su prodali piće.

⁶¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 December 2004 in Case C-463/01.

⁶² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 December 2004 in Case C-309/02.

⁶³ Nakon što udeo povratne ambalaže padne ispod 72%, treba da se sprovede novo istraživanje, i to u roku od 12 meseci od objavljivanja takvog podatka. Ako i ono pokaže da je udeo povratne ambalaže na tržištu ispod 72%, treba da se ustanovi sistem povraćaja depozita u roku od šest meseci.

⁶⁴ Vid. čl. 34 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 326/49 of 26 October 2012.

⁶⁵ Article 3 of Council Directive of 15 July 1980 on the Approximation of the Laws of the Member States Relating to the Exploitation and Marketing of Natural Mineral Waters, *Official Journal of the European Communities* L 229/1 of 30 August 1980.

imaju i drugu opciju, a to je da koriste jednokratnu ambalažu, ali uz obavezu ustanovljavanja depozita.

Sud pravde je istakao da prelazak na sistem povraćaja depozita stvara dodatne troškove za svakog proizvođača i distributera, ali da su za proizvođače prirodne mineralne vode iz drugih članica ti troškovi veći zbog većeg stepena korišćenja jednokratne plastične ambalaže. Sa druge strane, prelazak na povratnu ambalažu vodio bi dodatnim troškovima, jer bi to, u svetlu pravila da voda mora biti flaširana na izvoru, značilo da se takva ambalaža mora transportovati na mesto punjenja. Sud pravde je, dakle, bio stava da nemačko rešenje, kada je u pitanju jednokratna ambalaža, predstavlja prepreku intrakomunitarnoj trgovini i da nije od značaja što se predviđa samo obaveza ustanovljavanje depozita, a ne i zabrana uvoza takve ambalaže. Ovaj organ je bio mišljenja da svaka mera koja ometa uvoz mora biti kvalifikovana kao mera koja dovodi do kvantitativne restrikcije, nezavisno od toga što je u pitanju „mala“ prepreka i što je moguće da proizvodi budu stavljeni na tržište na druge načine, tj. korišćenjem povratne ambalaže.

Sledeći korak je bio da se utvrdi da li ova restriktivna mera može proći *rule of reason* test. Sud pravde je istakao da navedeno rešenje opravdano ekološkim razlozima, jer povratna ambalaža ima ekološke prednosti nad jednokratnom, pa i po cenu da inostrani proizvođači moraju povratnu ambalažu transportovati na udaljene destinacije. Utvrdio je i da je ona podesna za realizaciju ekoloških ciljeva,⁶⁶ ali da tranzicioni period od šest meseci (između objavljivanja da povraćaj depozita mora da bude ustanovljen i njegove implementacije) nije dovoljan da omogućiti proizvođačima mineralne vode da prilagode svoju proizvodnju novom sistemu, tj. da nije udovoljeno principu proporcionalnosti.

U slučaju S-309/02 podnet je zahtev Sudu pravde da donese odluku o prethodnom pitanju koje se ticalo saglasnosti norme o određivanju kvota, odnosno udela povratne ambalaže na nemačkom tržištu i obaveze ustanovljavanja sistema povraćaja depozita sa čl. 1, 5, 7 i 18 Direktive 94/62 i čl. 28 ES (zabrana kvantitativnog ograničenja uvoza).

Podnosioci zahteva u glavnom postupku su izvozili pića u Nemačku koristeći jednokratnu ambalažu koja je bila podložna ponovnom iskorišćenju. Sve dok nije došlo do pada udela povratne ambalaže na nemačkom tržištu bili su izuzeti iz sistema povraćaja depozita.

Jedno od postavljenih pitanja je bilo da li je državama članicama dopušteno da favorizuju sisteme ponovne upotrebe ambalaže za piće u odnosu na jednokratnu ambalažu koja je podložna ponovnom iskorišćenju? Sud pravde je odgovorio

⁶⁶ Glavni argument je bio da ekološke prednosti sistema povraćaja depozita imaju značajnu prevagu u odnosu na činjenicu da određena ambalaža mora biti transportovana na mesto punjenja. Isključivanje iz ovog sistema pića koje se transportuje na udaljene destinacije bi narušilo konkurenciju i destimulisalo korišćenje povratne ambalaže, odnosno povećalo bi količinu odloženog otpada.

da Direktiva 94/62 ne ustanovljava hijerarhiju između ponovne upotrebe i ponovnog iskorišćenja ambalaže i da ne isključuje mere kojima je cilj da se promoviraju sistemi ponovne upotrebe ambalaže.

Povodom pitanja da li se proizvođačima i distributerima koji pića pakuju u jednokratnu ambalažu koja je podložna ponovom iskorišćenju može dopustiti da ispune svoje obaveze nastavkom učešća u postojećem sistemu prikupljanja ambalažnog otpada, Sud pravde je dao negativan odgovor, ali je istakao da je za prelazak na sistem povraćaja depozita bitno da budu ispunjeni određeni uslovi. Tako, novi sistem bi morao da bude podjednako podesan za ostvarivanje ciljeva Direktive 94/62, ne bi smeo da postoji vremenski diskontinuitet u zameni jednog sistema drugim, ekonomskim subjektima mora biti obezbeđeno suštinsko učestovanje u ovom sistemu pod jednakim uslovima, s tim da im mora biti ostavljen „razuman“ period za prilagođavanje metoda proizvodnje i distribucije zahtevima novog sistema. Kada su u pitanju potrošači, važno je da im se obezbedi dovoljan broj mesta za povraćaj ambalaže, tako da mogu vratiti svoj depozit i bez odlaska na inicijalno mesto kupovine.

Konačno, poslednje pitanje je bilo da li čl. 28 ES isključuje spomenutu nemačku normu? Sud pravde je pošao od toga da navedena odredba ima restriktivan karakter, jer prelazak na novi sistem uzrokuje dodatne troškove koji su veći za proizvođače i distributere iz drugih članica, i to zbog organizacije, transporta i većeg stepena korišćenja jednokratne ambalaže. Međutim, istaknuto je da je restrikcija opravdana ekološkim razlozima, oslanjajući se na argumentaciju o prednostima povratne ambalaže, ali da treba utvrditi⁶⁷ da li je udovoljeno principu proporcionalnosti, odnosno da li je proizvođačima i distributerima ostavljen „razuman“ tranzicioni period za prilagođavanje novom sistemu.⁶⁸ Ako je odgovor potvrdan, član 28 ES ne isključuje pravilo u pitanju.

3.2.3. Slučaj *S-198/14*⁶⁹

U ovom slučaju podnet je zahtev Sudu pravde da donese odluku o prethodnom pitanju koje se ticalo finske odredbe o akcizi na određenu ambalažu za piće.⁷⁰ Naime, radilo se o tome da je kompanija sa sedištem u Estoniji, koju vodi gospodin V., preko internet stranice prodavala finskim državljanima alkoholna pića. Pošto njihov uvoz nije prijavio finskim carinskim vlastima, oglašen je krivim za poresku utaju i

⁶⁷ To je prepušteno nacionalnom sudu koji je zatražio odluku u prethodnom pitanju, tj. ovaj organ treba da odredi da li je osporenom odredbom ostavljeno dovoljno vremena za suštinsko učestvovanje u sistemu povraćaja depozita.

⁶⁸ U odluci u slučaju C-463/01 Sud pravde je utvrdio da period od šest meseci ne udovoljava ovom načelu.

⁶⁹ Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 12 November 2015 in Case C-198/14.

⁷⁰ U radu neće biti razmotren zahtev za donošenje prethodne odluke koji se ticao finških propisa o alkoholu.

nepostojanje dozvole za prodaju alkohola. U žalbi je tražio ukidanje presude, a alternativno podnošenje zahteva Sudu pravde za donošenje odluke o prethodnom pitanju, jer je smatrao da je spomenuta odredba u suprotnosti sa pravom Unije.

Prema finskom zakonodavstvu obavezu učešća u sistemu povraćaja depozita proizvođači i uvoznici mogu ispuniti i stvaranjem odgovarajućih organizacija, ako bi im bilo neisplativo da sami osiguraju različite vidove ponovnog iskorišćenja ambalaže. Propisano je i da se obaveze u okviru tih organizacija moraju pravedno raspodeliti, vodeći računa o prirodi i obimu delatnosti, kao i da se svim subjektima mora osigurati pristup pod jednakim uslovima.

Sud koji je uputio zahtev smatrao je da primena nacionalnog zakonodavstva u glavnom postupku otvara nekoliko pitanja u pogledu prava Unije. U kontekstu akcize na ambalažu za piće od značaja su bila pitanja koja su se odnosila na to da li odredbe finskog zakonodavstva treba tumačiti u svetlu čl. 110 (jednak poreski tretman domaćih i proizvoda iz drugih članica) ili čl. 34 UFEU (zabrana kvantitativnih ograničenja uvoza), odnosno da li ove odredbe UFEU, kao i čl. 1, 7 i 15 Direktive 94/62 isključuju propis koji uvodi akcizu na određenu ambalažu za piće ako ona nije uključena u sistem povraćaja depozita?

Sud pravde je utvrdio da je ova akciza nacionalni porez i da je otuda treba ocenjivati sa stanovišta čl. 110 UFEU. Iako je gospodin V. isticao da su uslovi za izuzimanje od obaveze plaćanja akcize posredno diskriminatorni, jer se prodavac koji trgovinu obavlja putem interneta na njih nikada ne može pozvati, kao i da je sistem povraćaja preteran trošak za prodavce,⁷¹ Sud pravde nije bio takvog mišljenja. Naime, istaknuto je da i domaća i inostrana ambalaža imaju jednake mogućnosti da se na njih primeni izuzimanje. Što se tiče troškova i teškoća u pogledu uspostavljanja i funkcionisanja sistema povraćaja depozita, Sud pravde je istakao da, čak, i da se utvrdi njihovo postojanje, oni su istovetne i za male privredne subjekte sa sedištem u Finskoj i van nje. Zaključeno je, dakle, da nacionalni propis koji uvodi akcizu na određenu ambalažu za piće nije protivan pravu Unije, kao i da doprinosi realizaciji ciljeva postavljenih u Direktivi 94/62.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ekonomski instrumenti postaju sve važnije sredstvo u upravljanju otpadnom ambalažom za piće, jer je cilj svake države podsticanje korišćenja povratne ambalaže i različitih oblika ponovnog iskorišćenja jednokratne ambalaže

⁷¹ Gospodin V. je istakao da se navedeni argument posebno odnosi na one prodavce koji preko interneta obavljaju trgovinu iz druge države članice, jer oni moraju, ne samo da plate članarinu za učešće u ovom sistemu, već i da ispune druge obaveze (npr. da na ambalaži za piće navedu određene podatke, da podnesu garanciju i sl.). Sa druge strane, istakao je da uspostavljanje vlastitog sistema povraćaja nije za njih ekonomski isplativa opcija.

Uporednopravna analiza je pokazala da se od ekonomskih instrumenata u ovoj oblasti najčešće primenjuje sistem povraćaja depozita. Iako ovaj ekonomski instrument daje najveći podsticaj za ekološki poželjnim ponašanjem, u pitanju je skup sistem koji ne garantuje povećanje stopa recikliranja. Njegova implementacija se preporučuje u onim zemljama u kojima je otpadna ambalaža za piće ozbiljan problem, ali u kojima istovremeno postoji dobra infrastruktura za recikliranje i razvijena ekološka svest građana.

Porezi shvaćeni u najširem smislu reči se znatno ređe sreću i njihova primena je više neki vid kazne za neostvarivanje postavljenih ciljeva u pogledu stopa ponovnog iskorišćenja ambalaže za piće ili za neučestvovanje u sistemu povraćaja depozita. Uprkos tome što su načelno postavljeni kao prateći instrument nekim drugim ekonomskim instrumentima, Sud pravde je odlučivao o njihovoj saglasnosti sa pravom Unije, ne u kontekstu zabrane kvantitativnih ograničenja uvoza, kao što to čini kod sistema povraćaja depozita, već u kontekstu odredbe o jednakom poreskom tretmanu.

Da bi ekonomski instrumenti u oblasti upravljanja otpadnom ambalažom za piće opstali u kontekstu funkcionisanja unutrašnjeg tržišta Unije, bitno je da ne narušavaju osnovne slobode na kojima ono počiva, da ne narušavaju konkurenciju i da se jednako primenjuju na domaće i inostrane proizvode. Pored toga, kada je u pitanju sistem povraćaja depozita, Sud pravde smatra da je važno da bude podesan za ostvarivanje ciljeva Direktive 94/62, da je svim ekonomskim subjektima omogućeno da učestvuju u njemu pod jednakim uslovima i da im je ostavljen „razuman“ period za prilagođavanje novom sistemu. Kada su u pitanju potrošači, važno je da postoji dovoljan broj mesta za povraćaj ambalaže.

Analiza nekoliko odluka Suda pravde pokazala je da primena sistema povraćaja depozita, posebno kada je u pitanju jednokratna ambalaža, može da bude prepreka slobodi kretanja dobara. Razlog za to leži u činjenici da funkcionisanje ovog sistema stvara dodatne troškove, koji su veći za proizvođače i distributere iz drugih članica, i to zbog organizacije, transporta, prilagođavanja zahtevima svakog pojedinačnog tržišta i većeg stepena korišćenja jednokratne ambalaže. Međutim, s pozivom na *rule of reason* doktrinu Sud pravde je u nekoliko svojih odluka zauzeo stav da javni interes (zaštita životne sredine) nalaže uspostavljanje sistema povraćaja depozita, pa i po cenu ograničavanja slobode kretanja dobara. Međutim, da bi takav sistem opstao neophodno je da bude udovoljeno i principu proporcionalnosti. U analiziranim odlukama, Sud pravde je bio stanovišta da je ovaj uslov zadovoljen ako je proizvođačima ostavljen dovoljno dug tranzicioni period za prilagođavanje novom sistemu. Takođe, mišljenja je da države članice ne smeju nametati bilo kakva ograničenja u pogledu količine uvezenih pića ako je ambalaža obuhvaćena sistemom povraćaja depozita, nezavisno od toga što za tu ambalažu nije obezbeđen maksimalan stepen ponovne upotrebe. Ovakav stav je opravdan, jer je na članicama da ovaj ekonomski instrument učine efikasnim.

*Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs*

*Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs*

The Role of Economic Instruments in Beverage Containers Waste Management

Abstract: *Economic instruments are important part of environmental policy, so they are also used as the instrument in beverage containers waste management. The aim of the paper is twofold. Firstly, to determine which economic instruments are applied in comparative law, primarily in the EU Member States, in order to ensure different forms of recovering. Secondly, to determine conditions which economic instruments in this area must satisfy. Namely, they can be an obstacle to the single market, so in several cases Court of Justice gave rulings on compatibility of rules on economic instruments in beverage containers waste management with the EU law.*

Keywords: *beverage containers; economic instruments; extended producer responsibility; deposit refund system; environmental taxes.*

Datum prijema rada: 10.05.2018.

*Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

ISPITIVANJE OPTUŽNICE

Sažetak: *U savremenom krivičnom postupku nakon što je istraga završena i optužnica podignuta, potrebno je da određeni funkcionalni oblik suda prethodno kontroliše i ispita optužbu, odnosno, pre nego što otpočne suđenje u pravom smislu te reči, najpre se „sudi“ optužnom aktu i utvrđuje da li su ispunjeni uslovi da se okrivljeni izvede na glavni pretres. Na ovaj način je određena svrha sudske kontrole optužbe u smislu da se spreči neopravdano i nezakonito izvođenje okrivljenog na glavni pretres. Predmet ovog rada je analiza zakonskog uređenja ispitivanja optužnice u Zakoniku o krivičnom postupku, kao i analiza postupanja vanpretnog veća Višeg suda u Novom Sadu, a u vezi sa ispitivanjem optužnice.*

Ključne reči: *krivični postupak, optužnica, ispitivanje optužnice.*

1. UVOD

U savremenom krivičnom postupku nakon što je istraga završena i optužnica podignuta, glavni pretres se ne otvara odmah, nego je potrebno da određeni funkcionalni oblik suda prethodno kontroliše i ispita optužbu. Dakle, pre nego što otpočne suđenje u pravom smislu te reči, najpre se „sudi“ optužnom aktu i utvrđuje da li su ispunjeni uslovi da se okrivljeni izvede na glavni pretres, odnosno da li je ulazak u sledeću etapu *opravdan* i *zakonit*. Kontrola „opravdanosti“ optužbe podrazumeva sudske ispitivanje i ocenu osnovanosti optužbe, u smislu postojanja određenog stepena sumnje, dok kontrola zakonitosti optužbe obuhvata ispitivanje i ocenu uslova, kao i postojanje eventualnih smetnji za izvođenje okrivljenog na glavni pretres radi suđenja.¹ Na ovaj način je određena svrha sudske kontrole optužbe u smislu da *se spreči neopravdano i nezakonito izvođenje okrivljenog na glavni pretres*, ali ne i da se o osnovnom krivičnom predmetu donese

¹ V. Đurđić, „Optuženje“, *Unapređenje Zakonika o krivičnom postupku* (ur. M.Škulić et al.), Beograd 2015, 86.

meritorna odluka, jer je to cilj sudskog postupanja na glavnom pretresu. Pri tome, sudska kontrola optužbe nikako ne bi smela da se pretvori u presuđenje krivične stvari pre glavnog pretresa, već sud o upućivanju krivične stvari na glavni pretres, odlučuje na takav način da ne prejudicira donošenje meritorne odluke.

2. OPTUŽENJE U VAŽEĆEM PROCESNOM ZAKONODAVSTVU

U krivičnom procesnom pravu Republike Srbije² optuženje je faza prethodnog stadijuma krivičnog postupka, počev od koje se ostvaruje optužba u užem smislu (optužba), za razliku od istrage, koju karakteriše optužba u širem smislu (krivično gonjenje). To bi značilo da *u ovom procesnom momentu krivično gonjenje evoluira u optužbu*, kao rezultat jačanja činjeničnog supstrata, na kojem se temelji optužba.³

Faza optuženja se sastoji od podizanja optužnog akta i sudske kontrole optužbe, koja se sprovodi po službenoj dužnosti.⁴

2.1. Podizanje optužnice

Optužnica se podiže u redovnom (opštem) krivičnom postupku, po pravilu, nakon sprovedene istrage (član 331. stav 2. ZKP). Do podizanja optužnice može doći i ukoliko istraga nije vođena, pod uslovom da prikupljeni podaci pružaju dovoljno osnova za neposredno optuženje (član 331. stav 5. ZKP). Ukoliko je javni tužilac doneo naredbu o sprovođenju istrage, početak krivičnog postupka (u širem smislu) vezuje se za ovu aktivnost javnog tužioca, a ukoliko podizanju optužnice nije prethodila istraga, krivični postupak počinje potvrđivanjem optužnice (član 7 ZKP). U svakom slučaju, podizanje optužnice je *važan procesni momenat od kog se krivična stvar iznosi pred sud*.

Za podizanje optužnice potrebno je da se *ispune dva uslova*:

² Zakonik o krivičnom postupku („Sl.glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014) – u daljem tekstu ZKP.

³ Đurđić, *op.cit.*, 81.

⁴ Prema ZKP 2001 postupak stavljanja okrivljenog pod optužbu, kao faza prethodnog postupka, započinjala je podizanjem optužnice, posle sprovedene istrage ili neposredno (pod uslovima iz odredbe člana 244.), čemu je sledila sudska kontrola optužbe po prigovoru okrivljenog protiv optužnice ili privatne tužbe. Odredbe o optužnici i o prigovoru protiv optužnice shodno su se primenjivale i na privatnu tužbu (jer privatna tužba u redovnom postupku ima karakter optužnice), osim ako se podizala za krivično delo za koja se sprovodi skraćeni postupak (član 266. stav 2). (član 271-280) ili po službenoj dužnosti (član 281) a završavala se stupanjem optužnice na pravnu snagu (član 282) ili obustavom postupka.

- *materijalni uslov*, koji se ogleda u postojanju opravdane sumnje da je određeno lice učinilo krivično delo koje mu se stavlja na teret (član 331. stav 1. ZKP),⁵ i
- *formalni uslov*, koji podrazumeva da je javni tužilac podigao optužnicu u pisanoj formi, u zakonom propisanom roku.

Naime, nakon što je doneo naredbu o završetku istrage (kada nađe da je stvar u istrazi dovoljno razjašnjeno – član 310. stav 1. ZKP), javni tužilac treba u *određenom roku* da odluči da li će podignuti optužnicu i tražiti iznošenje krivične stvari pred sud na glavni pretres ili će odustati od gonjenja.⁶ Radi se o roku *od 15 dana od kada je završena istraga*, a koji rok se može u naročito složenim predmetima produžiti za još 30 dana, na osnovu odobrenja neposredno višeg javnog tužioca (član 331. stav 2. ZKP). Rokovi za podizanje optužnice nakon završetka istrage su instruktivnog karaktera, s obzirom na to da nepostupanje u datom roku ne dovodi do prekluzije, što svakako nije dobro rešenje u pogledu pravne sigurnosti okrivljenog i njegovog prava na odbranu, niti u pogledu zaštite interesa oštećenog, jer ovakvo rešenje doprinosi procesnoj neizvesnosti.⁷ Ovaj problem je donekle prevaziđen propisivanjem svojevrsnog kontrolnog mehanizma kroz predviđanje mogućnosti da, ukoliko javni tužilac ne bi podigao optužnicu u propisanom roku, odnosno ne bi izjavio da odustaje od krivičnog gonjenja, okrivljeni, njegov branilac i oštećeni⁸ mogu u roku od osam dana od dana isteka roka za podnošenje optužnice da podnesu prigovor neposredno višem javnom tužiocu.⁹ Okrivljeni i branilac ulaganjem prigovora nastoje da ostvare pravo

⁵ Materijalni uslov se, dakle, ogleda u postojanju skupa činjenica koje neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju i opravdavaju podizanje optužnice (član 2. stav 1. tačka 19 ZKP).

⁶ Ako javni tužilac po završetku istrage odustane od krivičnog gonjenja obavestiti će o tome osumnjičenog i oštećenog (član 310. stav 4. ZKP) u roku od osam dana i poučiti da može da podnese prigovor neposredno višem javnom tužiocu u roku od osam dana od dana kada je primio obaveštenje. Ako oštećeni nije obavešten, može da podnese prigovor u roku od tri meseca od dana kada je javni tužilac odustao od krivičnog gonjenja. Neposredno viši javni tužilac će u roku od 15 dana od dana prijema prigovora odbiti ili usvojiti prigovor rešenjem protiv kojeg nije dozvoljena žalba ni prigovor. Rešenjem kojim usvaja prigovor javni tužilac će izdati obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da preduzme, odnosno nastavi krivično gonjenje (član 51. ZKP). Za razliku od toga, ZKP 2001 predviđao mogućnost da oštećeni može preuzeti gonjenje od tužioca koji odustane od gonjenja u ovoj fazi postupka (član 61. ZKP 2001).

⁷ U pogledu neposrednog optuženja, nisu propisani čak ni instruktivni rokovi za podizanje optužnice, pa se prethodno pomenuti argument još u većoj meri odnosi na ovakvu mogućnost, jer niti je vođena istraga u kojoj bi u određenom trenutku okrivljeni bio upoznat sa tom činjenicom niti je propisano ikakvo vremensko ograničenje za aktiviranje mogućnosti neposrednog podizanja optužnice.

⁸ Oštećeni putem izjavljivanja ovog prigovora ne može da stekne svojstvo supsidijarnog tužioca.

⁹ Podnošenje prigovora je moguće iz razloga što je propisano da javni tužilac dostavlja naredbu o završetku istrage okrivljenom i braniocu, odnosno o tome obaveštava oštećenog (član 310. stav 1. ZKP). U slučaju da okrivljenom nije dostavljena naredba o završetku istrage koja je faktič-

okrivljenog na suđenje u razumnom roku i da „skrate rok za razmišljanje“ javnom tužiocu, dok oštećeni nastoji da izdejsstvuje krivično gonjenje.¹⁰ Povodom prigovora ovlašćenih lica, neposredno viši javni tužilac u roku od 15 dana od dana prijema prigovora može doneti rešenje o odbijanju ili usvajanju prigovora, protiv kojih nije dozvoljeno niti izjavljivanje žalbe niti prigovora.¹¹

Optužnica se *podnosi vanpretresnom veću* (član 21. stav 4. ZKP)¹² nadležnog suda koje vrši ispitivanje svake optužnice, koju javno tužilaštvo, koje postupa pred tim sudom, podigne. Uz optužnicu se veću dostavljaju i spisi sačinjeni tokom istrage od strane javnog tužioca (član 333. stav 1. ZKP), a koji materijal je potreban veću da bi moglo da utvrdi osnovanost iznošenja optužbe na glavni pretres.

Zakonik je, stavljajući vanraspravnom veću u nadležnost kontrolu i ispitivanje optužnice, zapravo predvideo dve faze ispitivanja optužbe. Naime, najpre se vrši preliminarno ispitivanje, odnosno kontrola formalne ispravnosti optužnice, a potom ispitivanje optužnice u suštinskom smislu. Za razliku od rešenja u prethodnom zakonskom tekstu,¹³ ispitivanje optužnice je prema važećem ZKP, bez obzira na to da li je okrivljeni iskoristio pravo da na optužnicu da odgovor, oba-

ki završena, odbrana bi imala mogućnost da podnese prigovor zbog nepravilnosti (član 312. ZKP), pa bi na posredan način bilo moguće izvršiti kontrolu blagovremenosti postupanja javnog tužioca u vezi sa podizanjem optužnice. Ukoliko pak, oštećeni nije obavešten o završetku istrage, za njega je predviđena mogućnost podnošenja prigovora u objektivnom roku od tri meseca od dana kada je javni tužilac doneo naredbu o završetku istrage (član 331. stav 3. ZKP).

¹⁰ M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2014, 348.

¹¹ To znači da je odluka neposredno višeg javnog tužioca konačna i pravnosnažna. Rešenjem neposredno višeg javnog tužioca kojim se usvaja prigovor kao osnovan, izdaje se obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da u određenom roku (koji ne može biti duži od 30 dana) podigne optužnicu (član 331. stav 4. ZKP). Na taj način se faktički produžava rok za podizanje optužnice. Ukoliko je doneto rešenje o odbijanju prigovora, Zakonikom nije uređeno pitanje koje su posledice po javnog tužioca, kao ni sudbina budućeg optužnog akta.

¹² U pogledu podnošenja optužnice sudu, prema ZKP 2001 optužnica se dostavljala predsedniku veća pred kojim će se održati glavni pretres (član 267. stav 2. ZKP 2001), dok se prema ZKP optužnica dostavlja vanraspravnom veću. Može se postaviti pitanje da li je rešenje iz ZKP 2001 bilo dobro. Ispitivanje optužnice i glavni pretres su dve odvojene faze krivičnog postupka i prethodno upoznavanje predsednika veća pred kojim je trebao da se održi glavni pretres mogao bi biti razlog za izuzeće sudije, predsednika pretresnog veća, je postojala sumnja u njegovu nepristrasnost. Stoga je rešenje iz ZKP o razdvajanju funkcionalne nadležnosti bolje postavljeno. Osim toga, izričito je predviđeno dasudija koji je odlučivao o potvrđivanju optužnice (kao član vanpretresnog veća) obavezno se izuzima od sudijske dužnosti postupanja u određenom predmetu u kasnijoj fazi postupka (član 37. stav 1. ZKP).

¹³ Prema ZKP 2001 nakon kontrole formalne ispravnosti optužnice koju je vršio predsednik veća po službenoj dužnosti, bila je predviđena mogućnost kontrole ispravnosti i osnovanosti optužnice povodom prigovora okrivljenog protiv optužnice, što je bilo detaljno regulisano odredbama zakona. Takođe, postojala je mogućnost da se ispitivanje optužnice vrši na inicijativu predsednika veća pred kojim će se održati glavni pretres. S obzirom na to da je ispitivanje optužnice po oba osnova bilo predviđeno samo kao mogućnost, moglo se desiti da na snagu stupi optužnica koja (osim formalne ispravnosti) nije bila predmet ispitivanja.

vezna faza, odnosno svaka optužnica se po službenoj dužnosti ispituje od strane vanraspravnog veća, što je svakako pohvalno rešenje.

2.2. Preliminarno ispitivanje optužnice

Odmah po prijemu optužnice veće ispituje da li je optužnica propisno sastavljena. Vanpretresno veće ispituje formalnu ispravnost optužnice *na sednici*. Na pitanje da li prilikom prvog formalnog ispitivanja optužnice sud sačinjava zapisnik o sednici veća, zapisnik o većanju i glasanju, službenu belešku ili ne, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav da se o sednici veća obavezno sačinjavaju i zapisnik o sednici i zapisnik o većanju i glasanju, jer se na osnovu zapisnika o sednici veća utvrđuje koji sudija je učestvovao u ispitivanju optužnice, kako taj sudija ne bi učestvovao u daljem radu po tom predmetu.¹⁴

Zakonikom je propisano šta optužnica mora, a šta može da sadrži (član 332. ZKP), a veće prilikom preliminarog ispitivanja utvrđuje da li optužni akt *sadrži sve zakonom predviđene obavezne elemente*. Ukoliko veće ustanovi da optužnica nije propisno sastavljena,¹⁵ vraća je tužiocu da ispravi nedostatke. „Optužnica se vraća tužiocu da ispravi nedostatke u formi rešenja, na koje nije dozvoljena žalba (član 333. stav 2. u vezi člana 465. stav 2. ZKP)“.¹⁶

Tužilac je dužan da ispravljenu optužnicu vrati u roku od tri dana, a koji rok se može iz opravdanih razloga, na zahtev tužioca, produžiti. Ukoliko bi javni tužilac propustio rok za ispravljanje, veće rešenjem odbacuje optužnicu (član 333. stav 3. ZKP)¹⁷, što je značajna mogućnost u cilju uspostavljanja procesne discipline i poboljšanja efikasnosti postupka¹⁸. Ipak, odbacivanje formalno neispravne

¹⁴ Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 2. i 4.12.2013. godine.

¹⁵ „Optužnica mora pored ostalog da sadrži i detaljne lične podatke o okrivljenom koji su precizno navedeni, pa ukoliko u odnosu na jednog ili više okrivljenih nije jasno navedeno da li su izvršene kazne zatvora na koje su ranije osuđeni, da li se nalaze u pritvoru ili na slobodi, u postupku ispitivanja optužnice, takva optužnica se mora vratiti nadležnom javnom tužiocu radi ispravljanja navedenih nedostataka. Optužnica mora, pored ostalog, da sadrži i zakonski naziv krivičnog dela, pa ukoliko se u odnosu na jednog od okrivljenih ne može jasno utvrditi koje mu je krivično delo stavljeno na teret, u postupku ispitivanja optužnice takva optužnica se mora vratiti nadležnom javnom tužiocu radi ispravljanja navedenih nedostataka“ (Rešenje Višeg suda u Valjevu, Kv. 61/2014 od 13.5.2014. godine). „Prilikom optuženja više lica kao saizvršioca u izvršenju krivičnog dela u optužnici se kod opisa radnje krivičnog dela mora konkretizovati radnja svakog od saizvršioca“ (Rešenje Višeg suda u Nišu Kž br. 346/14 od 22.04.2014. godine).

¹⁶ Stav zauzet na sednici održanoj 26.04.2012. godine posebnih odeljenja Višeg suda u Beogradu. Iz Biltena Višeg suda u Beogradu, broj 82/2012.

¹⁷ U slučaju propuštanja roka za ispravku od strane privatnog tužioca, smatra se da je odustao od gonjenja i optužba će rešenjem biti odbijena (član 333. ZKP).

¹⁸ Preliminarna kontrola se prema oba zakonska rešenja svodi na ispitivanje formalnih nedostataka, bez upuštanja u sadržinu i osnovanost optužnice. Nakon ispitivanja da li je optužnica

optužnice ne stvara *res iudicata* procesnu situaciju, pa je moguće da javni tužilac jednom odbačenu optužnicu ponovo podigne kao formalno ispravnu.^{19 20}

Pored toga što u preliminarnom ispitivanju optužnice veće kontroliše sadržinu optužnice u pogledu obaveznih elemenata, veće donosi odluke i povodom fakultativnih elemenata optužnice, a koji se odnose na određivanje pritvora ili puštanje okrivljenog na slobodu (član 334. ZKP).^{21 22}

propisno sastavljena i vraćanja tužiocu da u roku od tri dana ispravi nedostatke (a koji rok se iz opravdanih razloga mogao i može produžiti), za razliku od ZKP 2001 koji je ostavio ovo pitanje otvoreno, ZKP sadrži odredbu kojom je predviđena sankcija za nepostupanje u datom roku. Osim toga, ZKP 2001 se sadržao odredbu kojom je bilo predviđeno da se, ukoliko rok za ispravku optužnice propusti oštećeni kao tužilac ili privatni tužilac, smatra da je tužilac odustao od gonjenja pa se postupak obustavlja, dok ZKP 2011 odnosi samo na propuštanje privatnog tužioca (član 333. stav 3. ZKP), imajući u vidu da oštećeni pre potvrđivanja optužnice ni ne može steći svojstvo supsidijarnog tužioca. Rešenje u ZKP je naizgled dobro, ali treba imati u vidu da ne postoji smetnja da javni tužilac ponovo podnese optužnicu u istom predmetu, s obzirom na dejstvo rešenja o odbacivanju optužnice, pa predviđanje ovakve sankcije u Zakoniku ima više od psihološko dejstva na postupajućeg javnog tužioca.

¹⁹ Na pitanje kako postupiti u situaciji kada, prema odredbi člana 333. ZKP tužilac vrati optužnicu, koja je ponovo po oceni veća neuredna, ili uopšte ne postupi ili delimično postupi po nalogu suda iz rešenja kojim mu je optužnica vraćena radi ispravke, kao i kada u toku glavnog pretresa tužilac izmeni optužnicu u meri da ona postane neuredna, jer tada predsednik veća nema ovlašćenja da mu istu vrati, sudije Apelacionog suda u Beogradu su zauzele stav „da će se u izmenama i dopunama novog ZKP-a drugačije rešiti ovo pitanje, te da će sudija za prethodni postupak ispitivati formalnu ispravnost optužnice, a da će sudija pojedinac biti određen za potvrđivanje optužnice, kao i da će se propisati održavanje ročišta za potvrđivanje optužnice“ (Odgovor dat na radnom sastanku održanom dana 12.10.2012. godine, na kom su prisutne sudije Apelacionog suda u Beogradu su dale odgovore na spornapitanja koja su im dostavljena od strane sudija Posebnog odeljenja i Odeljenja za ratne zločine Višeg suda u Beogradu. Iz Biltene Višeg suda u Beogradu, broj 83/2012). Do ovakvih izmena, pak, nije do sada došlo, i pitanje zaista ostaje otvoreno, pa je na sudskoj praksi da se opredeli za određeno postupanje.

²⁰ Ako tužilac samo delimično ispravi nedostatke u optužnici, na koje je veće ukazalo (primenjujući čl. 333. stav 2.), isto veće će neurednu optužnicu ponovo vratiti tužilaštvu, uz upozorenje da će ista biti odbačena (prema st. 3 iste zakonske odredbe), a u vezi čl. 229. stav 3. u vezi stava 1. (urednost podnesaka), ukoliko ne postupi u skladu sa nalogom suda (Pravno shvatanje zauzeto na sednici održanoj 28.02.2012. godine posebnih odeljenja Višeg suda u Beogradu).

²¹ U pogledu odlučivanja o merama za obezbeđenje prisustva okrivljenog u vezi sa optuženjem i dostavljanja optužnice, ZKP 2001 i ZKP se ne razlikuju.

²² Tako, ukoliko je u optužnici stavljen predlog da se protiv okrivljenog odredi pritvor ili da se pusti na slobodu o tome, veće o predlogu rešava odmah, a najkasnije u roku od 48 časova. Međutim, veće treba da donese odluku u kratkom roku i ako nije stavljen nikav predlog, i to u jednom slučaju: ukoliko se okrivljeni nalazi u pritvoru, a u optužnici nije stavljen predlog da se pusti na slobodu, veće će po službenoj dužnosti, u roku od tri dana od dana prijema optužnice, ispitati da li još postoje razlozi za pritvor i doneti rešenje o produženju ili ukidanju pritvora. Kako o pritvoru odlučuje po službenoj dužnosti, veće može postojeće osnove za pritvor zameniti drugim osnovima, ukoliko nađe da oni postoje.

2.3. Dostavljanje optužnice okrivljenom i odgovor na optužnicu

Nakon preliminarnog ispitivanja u pogledu sadržine, optužnica, koja je formalno ispravna, dostavlja se okrivljenom.²³ To znači da se optužnica, u čijem sadržaju je bilo formalnih nedostataka, ne dostavlja okrivljenom pre nego što javni tužilac u propisanim rokovima ne vrati sudu ispravljenu optužnicu.

Okrivljeni ima pravo da podnese pisani odgovor na optužnicu u roku od osam dana od dana dostavljanja optužnice²⁴, o kom pravu mu se pouka dostavlja zajedno sa optužnicom²⁵. Starija sudska praksa je zauzela stav da činjenica da je sud u uputstvu o pravu na prigovor pogrešno označio pravno sredstvo kao žalbu, odnosno činjenica da je sam okrivljeni pogrešno upotrebio naziv pravnog sredstva, nije bio smetnja da se pravno sredstvo, uprkos pogrešnom nazivu, tretira kao prigovor i uzme u razmatranje. Osim toga, pogrešno naveden rok za podnošenje prigovora dat u uputstvu nije imao uticaja na blagovremenost prigovora, pa se smatralo da je prigovor blagovremen ako je dat u zakonskom roku ali i u dužem, u uputstvu pogrešno navedenom uputstvu.²⁶

Može se postaviti pitanje nedostavljanja pouke sa optužnicom – da li bi se moglo smatrati da je na taj način povređeno pravo okrivljenog na odbranu? Da li bi dostavljanje optužnice bez pouke o pravu na odgovor zahtevalo ponovno dostavljanje optužnice u skladu sa Zakonikom?²⁷ „ (...) neosnovani su žalbeni navodi

²³ Okrivljenom koji je na slobodi optužnica se dostavlja bez odlaganja (u naročito složenim predmetima u roku od najviše tri dana od dana prijema optužnice). Ako se okrivljeni nalazi u pritvoru, optužnica se dostavlja u roku od 24 časa od prijema optužnice, a ako je protiv okrivljenog određen pritvor rešenjem veća, optužnica se predaje okrivljenom prilikom njegovog hapšenja, zajedno sa rešenjem o određivanju pritvora (član 335. ZKP).

²⁴ „Zakonik o krivičnom postupku ne predviđa mogućnost ispitivanja optužnice u toku glavnog pretresa, već samo nakon dostavljanja optužnice okrivljenom, pa se nakon potvrđivanja optužnice ne može više odlučivati o odgovoru na optužnicu koji je podneo novi branilac okrivljenog“ (Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2. Po2 4/2014 od 4.2.2014. godine).

²⁵ Prilikom dostavljanja optužnice okrivljenom se prema ZKP 2001 dostavljala pouka o pravu da podnese prigovor protiv optužnice u roku od osam dana od dana dostavljanja, od kog prava se okrivljeni mogao odreći (član 271. ZKP 2001), dok mogućnost odricanja od prava na odgovor na optužnicu prema ZKP 2011 nije predviđena, što je donekle i logično.

²⁶ Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 513.

²⁷ Starija sudska praksa je nedostavljanje optužnice okrivljenom i održavanje glavnog pretresa pre stupanja optužnice na pravnu snagu svrstala u relativno bitne povrede krivičnog postupka. Naime, glavnog pretresa nije moglo biti ukoliko optužnica sa poukom o prigovoru nije dostavljena okrivljenom i stala na pravnu snagu protekom roka za izjavljivanje prigovora, odnosno izričitim odricanjem od prava na prigovor po prijemu optužnice ili donetim pravosnažnim rešenjem o odbačaju, odnosno odbijanju prigovora (Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 512.). Tako je Vrhovni sud utvrdio da postoji povreda postupka, jer optuženom nije dostavljena optužnica a održan je glavni pretres i izrečena presuda, ali i da povreda u konkretnom slučaju nije bitna, jer je okrivljeni imao priliku da se brani na glavnom pretresu, dok je u presudi donetoj povodom zahteva za zaštitu zakonitosti utvrđeno da je povreda i pored navedenih okolnosti bitna (VSJ Kž. 115/58 od 28.07.1958.).

branioca okrivljenog da optužnica u formalnom smislu ima nedostatke, jer ne sadrži pouku o pravu na podnošenje odgovora na optužnicu u roku od osam dana od dana dostavljanja optužnice, iz razloga što odredbom člana 332, ZKP koja se odnosi na sadržaj optužnice nije ni propisano da optužnica treba da sadrži pouku o pravu na podnošenje odgovora na optužnicu, već je odredbom člana 336. stav 1. ZKP, između ostalog, propisano da će okrivljenom, uz optužnicu, biti dostavljena i pouka o pravu na podnošenje odgovora²⁸

Odgovor na optužnicu može podneti i branilac, bez posebnog ovlašćenja okrivljenog, ali ne i protiv njegove volje. U odgovoru na optužnicu odbrana može iznositi prigovore ukazujući na neosnovanost tužbenog zahteva.²⁹

Može se postaviti pitanje stvarnog procesnog značaja odgovora na optužnicu kao adverzijalnog elementa u fazi optuženja, s obzirom na to da nisu propisane nikakve procesne posledice, ako sud ne uzme u obzir izjavljeni odgovor.³⁰ „Uvođenjem odgovora na optužnicu, umesto dosadašnjeg prigovora protiv optužnice, nastoji se osigurati načelo kontradiktornosti, istina na posredan način, kako bi arhitektura prethodnog krivičnog postupka bila u službi ideje o pravičnom postupku. Međutim, u Zakonu nije propisano šta odgovor treba da sadrži i kakvo dejstvo ima, niti se uopšte više pominje u zakonskom tekstu. ZKP 2001 je detaljno regulisao podnošenje prigovora protiv optužnice i odluke koje se donose povodom ovog pravnog sredstva.³¹ Bilo bi celishodno da je i u novom ZKP predvi-

Takođe, „postoji povreda odredaba krivičnog postupka ako je okrivljenom uručena optužnica i usmeno saopšten poziv za glavni pretres i odmah zatim održan glavni pretres“ (VSH Kzz. 21/78. Navedeno prema Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 512). Sud je dužan da prilikom dostavljanja optužnice pouči okrivljenog o njegovom pravu na upotrebu zakonom predviđenog zakonskog sredstva. „Ako je to propušteno, mora se izvršiti nova predaja sa uputsvom o prigovoru, i tek od tog dana teče rok za ulaganje prigovora“ (VS Slovenije Kž. 803/63 od 19.09.1963. Navedeno prema Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 513.).

²⁸ Rešenje Osnovnog suda u Kragujevcu Kv-1056/15 od 24.12.2015. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.2-61/16 od 22.01.2016. godine.

²⁹ ZKP 2001 je propisivao da ukoliko su od više okrivljenih samo neki podneli prigovor protiv optužnice, a razlozi zbog kojih je sud utvrdio da nema mesta optužbi koriste i nekim okrivljenim koji nisu podneli prigovor, veće je postupalo kao da su i oni prigovor podneli (član 278. ZKP 2001). ZKP 2011 ne predviđa ustanovu *beneficium cohaesionis* u pogledu odgovora na optužnicu, što bi bilo potrebno i korisno, s obzirom da je ona propisana i kod redovnih i vanrednih pravnih lekova.

³⁰ Đurđić, *op.cit.*, 81.

³¹ U prigovoru je okrivljeni mogao da traži da se a) izvrši bolje razjašnjenje stvari u cilju ispitivanja osnovanosti optužbe i da se dopuni istraga (član 273. stav 2. ZKP 2001); b) utvrdi da nema mesta optužbi i da se krivični postupak obustavi (član 274. ZKO 2001); v) označeni sud oglasi stvarno, odnosno mesno nenadležnim (član 373. stav 3. ZKP); g) uklone formalni nedostaci u optužnici (član 373. stav 2. ZKP 2001); d) izdvoje zapisnici i obaveštenja, koji se po zakonu moraju izdvojiti (član 373. stav 4. ZKP 2001). Mogući navodi u prigovoru (i zahtevu predesnika veća pred kojim će se održati glavni pretres) su izvedeni iz odluka koje su se prilikom ispitivanja optužnice, a povodom podnetog prigovora ili zahteva predesnika veća pred kojim će se održati glavni pretres, mogle doneti. Iste ove navode može okrivljeni navesti i u odgovoru

deno da veće neblagovremeni ili nedozvoljen odgovor odbaci rešenjem, na koje se ne bi mogla izjaviti žalba, tim pre što optužnicu ispituje i bez postojanja odgovora na optužnicu. Nije predviđeno, ni da je veće pozivnih sudija dužno da uzme u obzir odgovor na optužnicu, što bi bio minimum prilikom sudskog odlučivanja o opravdanosti i zakonitosti optužbe, niti su propisane posledice, ako veće u potpunosti zanemari postojanje odgovora okrivljenog, na optužbu javnog tužioca. „Ovako, bez nametanja obaveze da ga veće razmatra, odgovor okrivljenog na optužbu ostaće samo ukras, koji sudsku kontrolu optužbe treba da učini pravičnom i kontradiktornom, a da li će u sudskoj praksi takva i biti, prepušteno je sudijama da svojim ličnim stavom prema sudskoj kontroli optužbe, to i potvrde ili odbace“.³²

2.4. Ispitivanje optužnice u suštinskom smislu

Vanpretresno veće ispituje optužnicu i donosi odgovarajuću odluku u roku od 15 dana od isteka roka za dostavljanje odgovora (član 337. stav 1. ZKP).³³ Međutim, radi se o instruktivnom roku.³⁴

Ovo je obavezna faza kroz koju prolazi svaka optužnica, bez obzira da li ne odgovora na optužnicu bilo ili ne.

na optužnicu prema ZKP, polazeći od odluka koje prilikom ispitivanja optužnice veće može doneti, a razlika se ogleda u tome što veće po službenoj dužnosti i bez navoda u odgovoru ili bez odgovora na optužnicu, svakako mora doneti odluku, jer je ispitivanje optužnice obavezna faza krivičnog postupka i ne zavisi od izjavljene volje okrivljenog. Za razliku od sada važećeg zakonskog teksta, ZKP 2001 je propisivao da se neblagovremeni i prigovor izjavljen od strane neovlašćenog lica odbacuje rešenjem prilikom ispitivanja optužnice. Postajala je mogućnost da to učini predsednik veća pred kojim će se održati glavni pretres (član 272. stav 1. ZKP 2001), a ukoliko on to ne učini i neblagovremeni ili nedozvoljen prigovor sa spisima dostavi vanpreptersnom veću, veće je moglo odbaciti prigovor usled toga što je podnet mimo zakonskog roka ili od strane lica koje nije ovlašćeno za izjavljivanje prigovora (član 273. ZKP 2001). Protiv rešenja predsednika veća je žalbu bilo moguće izjaviti vanraspravnom veću (član 272. stav 1. ZKP 2001), a ukoliko je rešenje o odbacivanju prigovora donelo vanraspravno veće, žalba nije bila dozvoljena (član 280. ZKP).

³² Đurđić, *op.cit.*, 85.

³³ Prigovor se nije dostavljao suprotnoj strani (tužiocu) na odgovor, nego se pristupalo ispitivanju navoda u prigovoru, a tako je i prema ZKP 2011.

³⁴ „Kada veće donese odluku po isteku roka od 15 dana od isteka roka za podnošenje odgovora na optužnicu, navedeno ne predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 438. stav 2. tačka 3. Zakonika o krivičnom postupku jer se radi o instruktivnom roku, u okviru kog je određeno da bi procesnu radnju trebalo preduzeti ali zakonom nisu propisane nikave procesne posledice ukoliko se takva procesna radnja preduzme nakon isteka roka već nepoštovanje takvih rokova povlači jedino obavezu izjašnjavanja o razlozima za propuštanje, za razliku od prekluzivnih rokova, koji su zakonom propisani za izjavljivanje žalbe, preuzimanje krivičnog gonjenja i slično, gde se propuštanjem roka gubi pravo na njeno preduzimanje“ (Rešenje Apelacionog suda u Nišu 18Kž. 2 br. 310/14 od 27.03.2014. godine, rešenje Osnovnog suda u Prokuplju Kv. br. 627/13 od 10.02.2014. godine).

Veće ispituje optužnicu u sednici, bez prisustva opšte i stranačke javnosti, što znači da nije moguće kontradiktorno raspravljanje opravdanosti i zakonitosti izvođenja okrivljenog na glavni pretres.³⁵ Mogućnost da se na sednicu vanpretresnog veća na kojoj se ispituje optužnica trebalo je predvideti i u novom ZKP 2011, jer se na ovaj način istinski uvodi element kontradiktornosti.³⁶

Na sednici veće razmatra navode u optužnici, navode u odgovoru na optužnicu, kao i dokazni materijal prikupljen u toku istrage, i donosi odgovarajuću odluku. U postupku sudske kontrole optužbe, vanpretresno veće može doneti sledeće odluke: 1) odluku o nenadležnosti (član 337. stav 2. ZKP), 2) odluku kojom se naređuje dopuna ili sprovođenje istrage (član 337. stav 3. ZKP), 3) odluku o izdvajanju zapisnika, ili obaveštenja iz spisa predmeta (član 337. stav 6. ZKP), 4) odluku da nema mesta optužbi i da se postupak obustavlja (član 338. ZKP), 5) odluku o odbijanju neposredne optužbe (član 339. stav 1. ZKP), 6) odluku o odbacivanju optužnice (član 339. stav 2. ZKP), 7) odluku o potvrđivanju optužnice (član 340. ZKP), 8) osim toga, u ovoj fazi je moguće da veće, povodom navoda iz odgovora na optužnicu, vrati javnom tužiocu optužnicu na ispravku.

Kada se u fazi ispitivanja optužnice utvrdi da je ista nepotpuna i **vrati tužilaštvu radi ispravke**, na pitanje da li je posle ispravke treba dostaviti strankama sa poukom o pravu na odgovor, Vrhovni kasacioni sud je zauzeo stav da kada se optužnica povodom odgovora vrati tužiocu da ispravi nedostatke, izmenjena optužnica se dostavlja s poukom o pravu na podnošenje novog odgovora, samo ako se činjenični opis u optužnici izmenio u značajnoj meri, u suprotnom, optužnicu ne treba dostavljati.³⁷ Kada se optužnica, povodom odgovora, vrati tužiocu da ispravi nedostatke (po članu 333. stav 2), izmenjena optužnica (nikako to ne može biti nova optužnica), se dostavlja okrivljenom sa poukom o pravu na podnošenje odgovora (članu 336. stav 1), samo ukoliko se identitet optužnice izmenio u meri da je to opravdano³⁸, a u toj procesnoj situaciji „nije potrebno od okrivljenih ili branilaca, koji su ranije podneli odgovore, o kojima nije odlučeno “in meritum”, tražiti da se izjasne o tome da li ostaju pri ranijim odgovorima“.³⁹

³⁵ Vanpretresno veće je prema ZKP 2001, nakon što mu se dostavljen prigovor sa spisima dostavljen od strane predsednika veća pred kojim će se održati glavni pretres, odlučivalo o izjavljenom prigovoru na sednici, na koju je moglo pozvati stranke i branioca kako bi usmeno izložili svoje stavove (član 272. stav 3. ZKP 2001).

³⁶ Stoga bi uzimanje u obzir navoda u optužnici trebalo predvideti kao obavezu, kada već nema dosadašnje ovlašćenje veća da pozove stranke i branioca na sednicu, kako bi usmeno izložili svoje stavove. Vid. Đurđić, *op.cit.*, 92.

³⁷ Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 4.4.2014. godine.

³⁸ Stav zauzet na sednici održanoj 14.02.2012. godine posebnih odeljenja Višeg suda u Beogradu. Iz Biltene Višeg suda u Beogradu, broj 82/2012.

³⁹ Stav zauzet na sednici održanoj 21.02.2012. godine posebnih odeljenja Višeg suda u Beogradu. Iz Biltene Višeg suda u Beogradu, broj 82/2012.

Ukoliko veće utvrdi da je za krivično delo koje je predmet optužbe nadležan drugi sud, donosi **rešenje o nenadležnosti suda** i po pravnosnažnosti tog rešenja upućuje predmet nadležnom sudu.^{40 41}

Kad veće utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice, izdaje **naredbu javnom tužiocu da istragu dopuni, odnosno sprovede** (odnosno, privatnom tužiocu da prikupi određene dokaze). Javni tužilac, u roku od tri dana od dana kad mu je saopštena odluka veća, treba da donese naredbu o dopuni, odnosno sprovođenju istrage (odnosno, privatni tužilac u roku od 30 dana od dana saopštenja odluke treba da prikupi dokaze). Protiv ove odluke žalba nije dozvoljena, jer se radi o naredbi, ali veće može na zahtev tužioca iz opravdanih razloga produžiti navedeni rok (član 337. stav. 3 i 4). Sankcija za nepostupanje u navedenom roku za javnog tužioca ogleda se u dužnosti da o razlozima propuštanja obavesti višeg javnog tužioca, dok je sankcija za privatnog tužioca donošenje rešenja da se optužba odbija (usled pretpostavke da je odustao od gonjenja) (član 337. stav 5).⁴² Rešenje po kom nije predviđena efektnija sankcija za javnog tužioca u ovom slučaju je štetna, jer je javni tužilac mogao, odnosno može da drži okrivljenog u neizvesnosti. Ipak, iako propuštanje datog roka za javnog tužioca nema konkretne posledice, na posredan način je predviđena i sankcija za nepostupanje javnog tužioca po naredbi suda, jer je jedan od razloga za obustavu postupka nedostatak dokaza, odnosno na neispunjenost materijalnog uslova za iznošenje optužbe na glavni pretres.

Na pitanje kakvo je dejstvo optužnice podnete nakon dopune, odnosno sprovedene istrage, sudska praksa je zauzela jasan stav. Kada je nakon sprovedene dopune istrage podignuta nova optužnica protiv okrivljenog, egzistira samo jedan, novi optužni akt, i podizanjem te optužnice krenuo je da teče postupak stavljanja pod optužbu po tom optužnom aktu, suprotno navodima branioca da je, usled egzistiranja dve optužna akta, sud optužnicu (po sprovedenoj dopuni istrage) morao odbaciti kao nedozvoljenu.⁴³ Ukoliko vanpretresno veće, postupajući po optužnici

⁴⁰ Prema tsarom ZKP ako bi veće utvrdilo da je za postupanje nadležan drugi sud, oglasilo bi se nenadležnim i po pravosnažnosti rešenja bi uputio predmet nadležnom sudu, a protiv ovog rešenja bila je dozvoljena posebna žalba (član 280. ZKP 2001).

⁴¹ „Rešenjem osnovnog suda sud se oglasio stvarno nenadležnim za postupanje (ispitivanje optužnice) u ovoj pravnoj stvari i po pravosnažnosti rešenja spise dostavio višem sudu kao stvarno i mesno nadležnom sudu. Osnovano se žalbom branioca okrivljenog ističe da prvostepeni sud prilikom donošenja pobijanog rešenja nije bio propisno sastavljen, odnosno da ožalbeno rešenje nije moglo biti doneto od strane sudije – predsednika veća, jer odredbom člana 337. stav 1. ZKP propisano da će veće iz člana 21. stav 4. ispitivati optužnicu” (Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2 836/2014 od 24.4.2014. godine).

⁴² Ukoliko bi javni tužilac propustio rok, prema ZKP 2001 bila je propisana dužnost da o razlozima propuštanja obavesti višeg javnog tužioca, dok je sankcija za privatnog, odnosno supsidijarnog tužioca bila pretpostavka da su odustali od gonjenja i shodno tome, obustava postupka.

⁴³ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2. Pol 347/2013 od 28.8.2013. godine.

donese odluku u smislu člana 337, stav 3. ZKP, ne postavlja se pitanje da li se optužnica podneta nakon dopune istrage dostavlja suprotnoj strani na odgovor, jer svaka ispravljena i izmenjena optužnica se dostavlja na odgovor suprotnoj strani.⁴⁴

U starijoj praksi se kao problematično označeno pitanje trajanja pritvora u slučaju da sud vrati tužiocu optužnicu na ispravku, odnosno na dopunu.⁴⁵ Ovakva nedoumica ne bi trebalo da se pojavi u sudskoj praksi u vezi sa primenom, jer je jasno propisano da od predaje optužnice sudu pa do upućivanja okrivljenog na izdržavanje krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, pritvor se određuje

⁴⁴ Odgovori na sporna pravna pitanja u vezi sa sastancima predstavnika Viših sudova sa teritorije nadležnosti Apelacionog suda u Beogradu – Sednica Krivičnog odeljenja od 16. juna 2015. godine). Iz Biltena Apelacionog suda u Beogradu, broj 8/2016.

⁴⁵ Članom 146. ZKP 2001 bilo je predviđeno da je *posle predaje optužnice sudu* veće dužno da i bez predloga stranaka ispita da li još postoje razlozi za pritvor i da donese rešenje o produženju ili ukidanju pritvora, po isteku *svakih trideset dana do stupanja optužnice* na pravnu snagu. Naime, ...odlučujući o prigovoru protiv optužnice veće bi moglo oceniti da postoje određene pogreške ili nedostaci u optužnici ili u samom postupku, ili pak da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice. U tom slučaju je moglo vratiti optužnicu da se zapaženi nedostaci otklone, ili da se istraga dopuni, odnosno sprovede, a u takvoj situaciji tužilac je bio dužan da u roku od 3 dana od dana saopštenja odluke veća podnese ispravljenu optužnicu ili stavi zahtev za dopunu ili sprovođenje istrage (član 269. stav 2. ZKP). U vezi sa pritvorom nije bilo problema, ako treba samo otkloniti određene pogreške ili nedostatke u optužnici, jer se te pogreške i nedostaci mogu otkloniti u kratkom roku na i odluka veća o prigovoru protiv optužnice može biti doneta u kratkom roku. Međutim, situacija bi se mogla iskomplikovati u slučaju obaveze da se istraga dopuni ili sprovede. Ta dopuna odnosno sprovođenje istrage može ponekad trajati dosta dugo... U takvoj situaciji nastupa dilema o karakteru. odnosno režimu pritvora koji će trajati za vreme dopune odnosno sprovođenja istrage i do donošenja meritorne odluke o prigovoru protiv optužnice. Od odgovora na pitanje da li u tom slučaju važi režim pritvora u istrazi ili režim nakon podignute optužnice zavisi pre svega ukupna moguća dužina trajanja pritvora. a i to ko će u tom međuvremenu dok istraga traje i dok se ne donese meritorna odluka o prigovoru protiv optužnice odlučivati o ukidanju ili produženju pritvora. Praksa sudova u tom pogledu nije bila jedinstvena te se pojavila potreba da se o ovom pitanju zauzme načelni stav. Zajednička sednica se opredelila za stav da u ovoj procesnoj situaciji u celini važi režim pritvora posle podignute optužnice. kako u pogledu njegovog ukupnog trajanja, tako i u pogledu rokova u kojima se mora ispitivati da li još postoje razlozi za pritvor i ko o tome odlučuje. U opredeljenju za ovakav stav polazi se od nesporne činjenice da je istraga završena i da je nakon završetka istrage ovlašćeni tužilac podigao optužnicu. Po njegovoj oceni stanje stvari u do tada sprovedenoj istrazi je bilo razjašnjeno dovoljno da on može podići optužnicu. Na osnovu takve ocene on je optužnicu i podigao. Prema tome, optužnica kao samostalni pravni akt postoji i nije od odlučujućeg značaja što ona nije stupila na pravnu snagu. Istraga, odnosno dopuna istrage u ovom slučaju se vodila samo „radi boljeg razjašnjenja stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice“. Karakter i svrha takve istrage je u nečem drugom od redovne istrage koja se vodi da bi se stanje stvari razjasnilo u onoj meri koja je ovlašćenom tužiocu nužna za odluku o optuženju ili odluku o odustajanju od gonjenja. Veće može, dakle, oceniti da je potrebno dalje razjašnjenje stanja stari da bi se ispitala osnovanost optužnice i optužnicu vratiti da se istraga sprovede ili dopuni... pa se krivična stvar ipak u izvesnom smislu vraća u stanje istrage, ali se bez obzira na to u pogledu režima pritvora primenjuju odredbe člana 199. stav 2. ZKP (režim pritvora posle podizanja optužnice) (Stav zauzet na zajedničkoj sednici Saveznog, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 22. VI 1989. godine.)

je, produžava ili ukida rešenjem veća, po službenoj dužnosti ili na predlog stranaka i branioca, pri čemu je izričito propisano da je veće dužno da i bez predloga stranaka i branioca ispita da li još postoje razlozi za pritvor i da donese rešenje o produženju ili ukidanju pritvora, po isteku svakih 30 dana do potvrđivanja optužnice (član 216. ZKP). Ipak, na ovaj način nije ograničeno vreme trajanja pritvora.⁴⁶

Vraćanje optužnice vrši se sa ciljem da se otklone određene nejasnoće ili protivrešnosti koje veće uoči, ali veće ne bi smelo da naloži dopunu istrage ukoliko smatra da javni tužilac nije dostavio dovoljno dokaza za svoje tvrdnje. Mogućnost da sud u vezi sa ispitivanjem optužnice naredi dopunu ili sprovođenje istrage predstavlja odstupanje od zakonskog rešenja po kom je pokretanje, vođenje i završetak istrage u potpunosti u nadležnosti javnog tužioca, u čemu sud nema nikakva ovlašćenja, pa je nelogično da sada u ovoj fazi dobija priliku da se „meša“ u posao javnog tužioca naređivanjem da se preduzmu određene istražne radnje, odnosno sprovedu dokazi. Ovakva odluka je imala smisla samo dok je istragu sproveo istražni sudija, jer je sud je odlučivao o pokretanju istrage, pa je u postupku kontrole optužbe, sud i mogao da naredi da se istraga dopuni ili sprovede, ako istrage nije bilo.^{47 48}

Iz zakonskog teksta proizlazi mogućnost da sud vrati tužilaštvu optužnicu radi di dopune istrage, ali nejasno je kako to da sud nalaže tužilaštvu da pribavi određene dokaze i način na koji bi to trebalo da uradi, kada javnom tužiocu nalog može da sud uputi samo u smislu odredaba člana 302. ZKP i neposredno više javno tužioca na osnovu obaveznog uputstva. „Osim toga, vanraspravno veće, ne može se voditi time da je potrebno izvesti sve dokaze pre otpočinjanja glavnog pretresa iz više razloga. Najpre, krivični postupak je stupanjem na snagu važećeg Zakonika o krivičnom postupku postao stranački postupak u pravom smislu te reči. Samim tim, stranke su dužne da podnose dokaze na osnovu kojih će sud

⁴⁶ ...kada se optužnica, povodom odgovora, vrati tužiocu da ispravi nedostatke (po članu 333. stav 2.) nakon što tužilac podnese izmenjenu optužnicu, nije potrebno ispitivati postojanje razloga za pritvor po službenoj dužnosti, pre isteka roka od 30 dana iz poslednjeg rešenja o pritvoru, jer je veće iz člana 21. stav 4. dužno da izvrši ovo ispitivanje po isteku svakih 30 dana do potvrđivanja optužnice... (član 216. stav 3.) (Stav zauzet na sednici održanoj 14.02.2012. godine posebnih odeljenja Višeg suda u Beogradu. Iz Biltena Višeg suda u Beogradu, broj 82/2012).

⁴⁷ Đurđić, *op.cit.*, 95.

⁴⁸ Kad bi veće povodom prigovora utvrdilo da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice, vraćalo je optužnicu, da se istraga dopuni, odnosno sprovede. Iako u tekstu Zakona nije bilo naznačeno o kojoj vrsti odluke se radi, u ovim slučajevima donosila se naredba (Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 516.), a protiv koje nije postojala mogućnost ulaganja žalbe. U naredbi veća da se dopuni ili sprovede istraga veće je naznačavalo u kom smislu bi istragu trebalo dopuniti ili sprovesti, a tužilac je bio dužan da, u roku od tri dana od kad mu je saopštena odluka veća (rok se mogao iz opravdanih razloga produžiti), stavi zahtev za dopunu, odnosno sprovođenje istrage (istražnom sudiji).

tokom glavnog pretresa doneti odluku, samo i isključivo na osnovu podnetih dokaza. Nadalje, „prisiljavajući“ tužioca da izvede određene dokaze koje on nije želeo da izvede na glavnom pretresu, lišava ga taktike, koju suprotna strana svakako ima, jer svoje dokaze još nije ni prezentovala javnom tužiocu“.^{49 50}

Moguće je da u toku ispitivanja optužnice, **veće donese rešenje da nema mesta optužbi i da se krivični postupak obustavlja** ako ustanovi da: 1) delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti; 2) je krivično gonjenje zastarelo, ili da je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem, ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje; i 3) *nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet optužbe*.⁵¹

U vezi sa poslednjim osnovom za obustavu postupka, **veće odlučujući o optužnici nije ovlašćeno da ceni da li ima dovoljno dokaza da je okrivljeni izvršio delo koje mu se optužnicom stavlja na teret**,⁵² jer je to predmet suđenja na glavnom pretresu, nego **veće** samo procenjuje da li je javni tužilac prikupio dovoljno do-

⁴⁹ M. Vujanić-Đorđević, „Ispitivanje optužnice – problemi u praksi“, *Crimen* 2/2015, 191.

⁵⁰ „Samo je javni tužilac ovlašćen da nakon sprovedene istrage odluči koje će dokaze predložiti da se izvedu na glavnom pretresu i iz kojih razloga i ni u kom slučaju nije nijednom odredbom Zakonika o krivičnom postupku, vanpretresno **veće** ovlašćeno da tužiocu nalaže da izvede neki drugi dokaz, ukoliko javni tužilac smatra da će na osnovu predloženih dokaza dokazati da je okrivljeni izvršio krivično delo za koje ga je optužio“. *Op.cit.*, 194.

⁵¹ Rešavajući o prigovoru protiv optužnice, **veće** je moglo odlučiti da nema mesta optužbi i da se krivični postupak obustavlja ako je ustanovilo da: 1. delo koje je predmet optužbe nije krivično delo; 2. da postoje okolnosti koje isključuju krivičnu odgovornost da ne dolazi u obzir primena mera bezbednosti; 3. da je krivično gonjenje zastarelo, ili da je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem; ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje, 4. da nema dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za delo koje mu se stavlja na teret (član 274. stav 1. ZKP 2001). U slučaju postojanja okolnosti koje privremeno sprečavaju krivično gonjenje, **veće** nije utvrđivalo da nema mesta gonjenju, nego je odbacivalo optužnicu (član 274. stav 2. ZKP 2001). Odluku da nema dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za delo koje mu se stavlja na teret **veće** je donosilo kada bi ocenilo da dokazi navedeni u optužnici ne opravdavaju iznošenje stvari pred sud, pri čemu **veće** nije bilo ovlašćeno da ceni da li činjenice i okolnosti na kojima se optužnica zasniva pružaju pouzdan dokaz da je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret.

⁵² „Pogrešno se prvostepeni sud se, prilikom ispitivanja optužnice, upustio u ocenu dokaza prikupljenih u istrazi, što u ovoj fazi postupka nije dopušteno, te je zaključio da nema dovoljno dokaza koji bi potkrepili opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio krivično delo koje mu se optužnicom stavlja na teret i primenom čl. 337. st. 1. ZKP-a u vezi čl. 338. st. 1. tač. 3. ZKP-a našao da nema mesta optužbi i obustavio krivični postupak protiv okrivljenog. Prvostepeni sud se pri ispitivanju optužnice i oceni dovoljnosti dokaza za opravdanu sumnju, nije mogao upuštati u utvrđivanje činjenica koje proizlaze iz ocene kontradiktornih dokaza, niti utvrđivati postojanje subjektivnih elemenata krivičnog dela, jer je za takvu ocenu nadležno **veće** na glavnom pretresu u kontradiktornom postupku... U ovoj fazi postupka, **veće** ne može ceniti da li činjenice i okolnosti na kojima se optužnica zasniva pružaju pouzdan dokaz da je okrivljeni učinio krivično delo, niti da li su ispunjeni uslovi da bude oglašen krivim, te

kaza koji uopšte opravdavaju da se okrivljeni izvede pred sudeći sud.⁵³ U sudskoj praksi je jasno opredeljeno da „prilikom ispitivanja optužnice, veće isključivo ceni da li ima dovoljno dokaza da se osnovana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužnicom stavlja na teret, podigne do nivoa opravdane sumnje, koja je uslov za podizanje optužnice, a ocena svakog pojedinačnog dokaza, kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj vezi, biće izvršena tek nakon što svi dokazi budu izvedeni na glavnom pretresu“.^{54 55}

Ispitujući neposrednu optužnicu, veće može da utvrdi da nema dovoljno dokaza za poravdanu sumnju i tada ***rešenjem odbija optužbu***. Optužbu će odbiti i ako utvrdi u vezi sa neposrednom optužnicom i privatnom tužbom da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti, kao i da je krivično gonjenje zastarelo, ili da je delo obuhvaćeno amnestijom ili pomilovanjem, ili da postoje druge okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje.⁵⁶ Ukoliko, pak, ustanovi da nema zahteva ovlašćenog tužioca, potrebnog predloga ili odobrenja za krivično gonjenje, ili da postoje druge okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje, ***rešenjem optužnicu ili privatnu tužbu odbacuje***.

su navodi žalbe javnog tužioca osnovani“ (Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Kž. 765/14 od 05.09.2014. godine).

⁵³ Prilikom donošenja rešenja u vezi sa ispitivanjem optužnice sud je dužan da „utvrdi da li optužnica sadrži sve bitne elemente te da li ima dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da su okrivljeni učinili delo koje je predmet optužbe, pa je neprihvatljiv stav prvostepenog suda da će se sve činjenice na koje se pozivaju branioci u svojim odgovorima na predmetnu optužnicu raspraviti na glavnom pretresu, jer je upravo suština ove faze postupka shodno Zakoniku o krivičnom postupku koji je stupio na snagu 01.10.2013. godine da se pre glavnog pretresa optužnica ispita od strane vanraspravnog veća i utvrdi da li ista sadrži sve bitne elemente bića krivičnih dela koje se okrivljenima stavlja na teret, te da li do tada prikupljeni dokazi potkrepljuju opravdanu sumnju koja predstavlja viši stepen izvesnosti od osnovane sumnje neophodne za samo pokretanje krivičnog postupka (Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Kž 2 1265/14 od 05.08.2014. godine).

⁵⁴ Rešenje Višeg suda u Požarevcu 3 Kv 188/15 od 12.01.2016. godine.

⁵⁵ Vid. elemente u sadržaju rešenja o potvrđivanju optužnice u daljem tekstu rada (podnaslov 3).

⁵⁶ Kako krivični postupak počinje donošenjem naredbe o sprovođenju istrage (član 7, ZKP), u situaciji kada je podignuta optužnica bez sprovođenja istrage, a veće utvrdi da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet optužbe, a kako zakonodavac početak krivičnog postupka vezuje da otvaranje istragepredviđeno je da se u ovim slučajevima donosi odluka kojom se optužba odbija a ne da se obustavlja krivični postupak, s obzirom na to da je u teoriji nesporno da je krivični postupak trostrani odnos a u istrazi suda kao treće strane ni nema, pa se istraga kojom rukovodi javni tužilac ne bi ni trebalo smatrati fazom krivičnog postupka u užem smislu. „Saobrazno toj ideji, u jednom koherentnom sistemu kontrole optužbe, koji bi bio u harmoniji sa javno-tužilačkom istragom i adverzijalnim glavnim pretresom, odluke bi mogle biti sledeće: odluka o odbacivanju optužnice, odluka o odbijanju optužbe i odluka o potvrđivanju optužnice“. Đurđić, *op.cit.*, 96.

Ukoliko veće prilikom ispitivanja optužnice u suštinskom smislu ne donese nijednu od prethodno navedenih odluka, donosi **rešenje o potvrđivanju optužnice**,⁵⁷ čijim donošenjem započinje krivični (sudski) postupak.

Dakle, uslovi za donošenje ove odluke su negativno postavljeni u Zakoniku. Bilo bi ispravnije da je drugačije postupljeno, odnosno da je sud na osnovu raspoloživog dokaznog materijala stekao uverenje da postoji potreban stepen sumnje da se krivična stvar iznese na glavni pretres, a ne da nema mesta donošenju drugih odluka.⁵⁸ Na taj način bi i obrazloženje rešenja bilo drugačije i ne bi se svodilo na konstataciju da nema mesta donošenju drugih odluka i prosto nabrojanje dokaza koji opravdavaju sumnju, nego bi sud bio dužan „da obrazloži da je nadležan, da je utuženo delo krivično delo, da nema smetnji koje isključuju krivično gonjenje i da na osnovu sumarne ocene prikupljenih i izvedenih dokaza oceni i obrazloži, da je stekao uverenje o postojanju dovoljno osnovane sumnje da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret.”⁵⁹ S tim u vezi, „(...) pravilan je zaključak prvostepenog suda da će ocena biti predmet ocene veća na glavnom pretresu, kada će isti biti usmeno ispitani. Naime, rešenjem kojim se optužnica potvrđuje se ne utvrđuje krivica okrivljenog. Dakle, u konkretnom slučaju u obrazloženju rešenja kojim je optužnica potvrđena, utvrđeno je postojanje dokaza koji su navedeni, a koji potkrepljuju opravdanu sumnju da je okrivljeni izvršio krivično delo koje je predmet optužbe, što je niži nivo sumnje u odnosu na nivo izvesnosti koji je potreban kod osuđujuće presude. Dakle, prvostepeni sud svojim rešenjem nije izveo zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, već samo zaključuje da ima dovoljno dokaza koji dovode do stepena sumnje dovoljnog intenziteta da bi određena krivična stvar bila iznesena pred sud.”⁶⁰

Zakonik je jasno propisao da sva rešenja donesena u postupku ispitivanja optužnice, pa i rešenje o potvrđivanju optužnice, moraju biti obrazložena, ali tako da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koja će biti predmet raspravljanja

⁵⁷ Dakle, ne donosi se rešenje o odbijanju odgovora, kao što je bilo predviđeno ZKP 2001 da se donosi rešenje o odbijanju prigovora na optužnicu, što je logično, jer je predmet odlučivanja veća optužba, odnosno razmatranje da li je opravdano iznošenje stvari na glavni pretres povodom optužnice, a ne navodi u odgovoru na optužnicu, samim tim što je svaka optužnica predmet ispitivanja, bez obzira da li je odgovor bilo ili ne.

⁵⁸ Ovakvo negativno određenje uslova bilo je postavljeno i u ranijim zakonskim tekstovima.

⁵⁹ Đurđić, *op.cit.*, 97.

⁶⁰ Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Kž. 2 3672/13 od 23.12.2013. godine, kojim je potvrđeno rešenje Višeg suda u Novom Sadu posl. br. Kv. 1784/13 od 07.11.2013. godine.

na glavnom pretresu (član 342). Ovakav zahtev u praksi nije lako zadovoljiti.⁶¹ ⁶² Prilikom ispitivanja optužnice, veće isključivo ceni da li ima dovoljno dokaza da se osnovana sumnja da je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužnicom stavlja na teret podigne do nivoa opravdane sumnje koja je uslov za podizanje optužnice, a ocena svakog pojedinačnog dokaza kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj vezi, biće izvršena tek nakon što svi dokazi budu izvedeni na glavnom pretresu.⁶³ Ipak, „zaključak dat u rešenju o potvrđivanju optužnice da činjenice navedene u optužnici proizilaze iz dokaza prikupljenih u predistražnom i istražnom postupku i da je zato sumnja podignuta na nivo opravdane sumnje, faktički je obrazložen samo uopštenim formulacijama i pukim navođenjem dokaza koje je predložilo tužilaštvo. Ali, samo taksativno nabranje dokaza prikupljenih tokom datih faza krivičnog postupka, ne predstavlja odgovarajuće obrazloženje, pogotovo ako su u pitanju dokazi koji su prevashodno predloženi od strane tužilaštva“.⁶⁴

⁶¹ „(...) Osnovano se žalbom branioca okrivljenih ukazuje da je pobijano rešenje o potvrđivanju optužnice doneto uz bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, jer isto ne sadrži razloge o odlučnim činjenicama, s obzirom da su u obrazloženju rešenja samo nabrojani dokazi prikupljeni u istrazi, ali nisu navedene činjenice iz kojih proizilazi opravdana sumnja da su okrivljeni učinili krivična dela, kao materijalni uslov za podizanje optužnice... Naime, nabranjem samo dokaza na osnovu kojih je doneo odluku o potvrđivanju optužnice prvostepeni sud je propustio da iznese razloge o odlučnim činjenicama. Njegova obaveza je bila da u odnosu na svaki od bitnih elemenata krivičnog dela koje je okrivljenima stavljeno na teret navede konkretne dokaze na osnovu kojih zaključuje da postoji opravdana sumnja da su okrivljeni izvršili krivična dela koja su im stavljena na teret, bez ocene njihove verodostojnosti i ocene kontradiktornih dokaza, zbog čega je u takvoj situaciji ukidanje pobijanog rešenja nužno“ (Rešenje Višeg suda u Jagodini Kv.br.353/15 od 02.02.2016. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž2 br.306/16 od 07.04.2016. godine).

⁶² „Pravilno je prvostepeni sud prilikom obrazlaganja odluke o potvrđivanju optužnice, izneo razloge o odlučnim činjenicama i u odnosu na svaki od bitnih elemenata krivičnog dela koje je okrivljenima stavljeno na teret naveo je konkretne dokaze, bez ocene njihove verodostojnosti i bez ocene kontradiktornih dokaza, na osnovu kojih je zaključio da postoji opravdana sumnja da su okrivljeni izvršili po jedno krivično delo nedozvoljeno nošenje oružja i eksplozivnih materija iz čl. 348 st. 4 u vezi st. 3, 2 i 1 KZ-a, koje im je stavljeno na teret optužnicom javnog tužioca. Iz tog razloga ne stoji ni navodi iz žalbe branioca okrivljenih da je prvostepeni sud prostim nabranjem dokaza na osnovu kojih je doneo odluku o potvrđivanju optužnice propustio da donese odluku o odlučnim činjenicama i da u odnosu na svaki od bitnih elemenata krivičnog dela navede konkretne dokaze. Naime, prvostepeni sud je u obrazloženju pobijanog rešenja naveo dokaze koji su izvedeni u predistražnom i istražnom krivičnom postupku i u odnosu na svaki izvedeni dokaz izneo razloge o odlučnim činjenicama, na osnovu kojih je našao da činjenice koje proizilaze iz izvedenih dokaza neposredno potkrepljuju opravdanu sumnju da su okrivljeni izvršili krivično delo koje im se stavlja na teret, i to na taj način da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu, a što je sve u skladu sa odredbom čl. 342. Zakonika o krivičnom postupku, kojom je propisano da sva rešenja donesena u postupku ispitivanju optužnice moraju biti obrazložena ali tako da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu“ (Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Kž. 310/14 od 27.03.2014. godine)

⁶³ Rešenje Višeg suda u Požarevcu, Kv. 115/14 od 3. 10. 2014. godine.

⁶⁴ Rešenje Višeg suda u Valjevu Kv.120/14 od 3.10.2014. i rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 2511/14 od 25.12.2014. godine.

Protiv rešenja o potvrđivanju optužnice žalbu može izjaviti samo okrivljeni,⁶⁵ a protiv ostalih odluka tužilac (protiv odluke o nenadležnosti, odluke o obustavi postupka, odluke o odbijanju neposredne optužbe i odluke o odbacivanju optužnice).⁶⁶ O žalbama na rešenja doneta u vezi sa ispitivanjem optužnice odlučuje nadležni apelacioni sud.^{67 68}

⁶⁵ To što se protiv rešenja o potvrđivanju optužnice postoji mogućnost da okrivljeni izjavi žalbu je dobro zakonsko rešenje i u skladu je sa pravom okrivljenog na odbranu (za razliku od odredbe člana 280. ZKP 2001 po kom protiv rešenja o odbijanju prigovora protiv optužnice nije bila dozvoljena žalba).

⁶⁶ Navodi iz odgovora na optužnicu podnetog nakon pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju optužnice, kojima se ukazivalo na eventualne procesne nedostatke u toku istrage (okrivljeni nije imao branioca, iako je odbrana bila obavezna) i na nedozvoljenost dokaza na kojima se zasniva, nisu od uticaja na pravilnost rešenja. Pravilno je prvostepeni sud zaključio da će ostali eventualni procesni nedostaci, kao i pitanje dozvoljenosti dokaza predloženih od strane javnog tužioca, na koje je branilac ukazivao u predmetnom odgovoru, biti razmatrani u daljem toku postupka, pred raspravnim većem, budući da je nakon pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju optužnice započela nova faza krivičnog postupka, u okviru koje stranke i branilac imaju mogućnost da predlažu dokaze, kao i izdvajanje nezakonitih dokaza, pa su navodi u žalbi kojima se ukazivalo da prvostepeni sud nije cenio sve navode iz odgovora na optužnicu, ocenjeni kao bez značaja za drugačiju odluku (Rešenje Osnovnog suda u Užicu Kv-370/14 od 06.05.2015. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.2-593/15 od 10.06.2015. godine).

⁶⁷ ZKP 2001 je u članu 282. predviđao kada optužnica postaje pravosnažna. Optužnica nije stupala na snagu istekom roka za podnošenje prigovora. Ukoliko je protiv optužnice podnet prigovor, ona je stupala na snagu kada prigovor bude odbijen; ukoliko je prigovor protiv optužnice odbačen ili nije ni bio podnet, momenat stupanja optužnice stupa na snagu zavisio je od toga da li je predsednik veća pred kojim treba da se održi glavni pretres podneo zahtev za ispitivanje optužnice – ako je podneo zahtev, onda danom kada se veće složilo sa optužnicom (odnosno našlo da zahtev predsednika veća nije osnovan), a ako zahteva nije bilo, onda danom kad je predsednik veća odredio glavni pretres, odnosno najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema optužnice u sudu. Prema ZKP 2011 optužnica postaje pravosnažna njenim potvrđivanjem, odnosno sa pravosnažnošću rešenja o potvrđivanju optužnice.

⁶⁸ U ranijoj praksi sudova postojale su razlike u shvatanju o karakteru pravnih posledica ako se zakaže i održi glavni pretres, te donese osuđujuća presuda po optužnici koja nije stupila na pravnu snagu. Neki sudovi uzimali su da takvo postupanje predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 364. stav 1. tačka 5. Zakona o krivičnom postupku, a drugi da tu situaciju treba rešavati primenom odredaba člana 364. stav 2. Zakona o krivičnom postupku. Prema stavu zauzetom na sednici najviših sudova, stanovište da se time čini bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 364. stav 1. tačka 5. ZKP (da dok optužnica nije stupila na pravnu snagu, optužnice i nema) je neprihvatljivo, jer optužnica postoji iako nije stupila na pravnu snagu, ali ima druge nedostatke. Po drugom stanovištu, te povrede imaju relativni karakter. Ovo shvatanje uvažava značaj instituta stupanja optužnice na pravnu snagu, ali prema karakteru povreda odredaba ZKP-a koje se odnose na stupanje optužnice na pravnu snagu procenjuje da li je to bilo ili moglo biti od uticaja na pravilno i zakonito presuđenje. Ta ocena se mora zasnivati na sagledavanju svih okolnosti konkretnog slučaja. Posebno se mora imati u vidu da li je optuženom uručena optužnica i pružena mogućnost da stavi prigovor, zatim koliko mu je vremena ostavljeno za pripremanje odbrane, kakva je sadržina prigovora, te da li su na glavnom pretresu raspravljena i presudom rešena sva pitanja o kojima je trebalo odlučiti povodom prigovora na optužnicu (Zajednička sednica Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 27. i 28. V 1985. godine).

3. ISPITIVANJE OPTUŽNICA VIŠEG JAVNOG TUŽILAŠTVA PRED VANPRETRESNIM VEĆEM VIŠEG SUDA U NOVOM SADU⁶⁹

U 2014. godini Više javno tužilaštvo u Novom Sadu⁷⁰ podiglo je 99 optužnica, od kojih je potvrđeno 54 (54.5%), 2 optužnice vraćene su javnom tužilaštvu od strane vanpretoresnog veća Višeg suda u Novom Sadu radi ispravljanja formalnih nedostataka, a u 21 krivičnom predmetu (21.2%) je vanpretoresno veće donelo naredbu da optužnicu vrati tužilaštvu i naložilo mu da donese naredbu o dopuni istrage. Tokom 2015. godine od podignutih 140 optužnica, potvrđena je 91 (65%), 2 optužnice su vraćene tužilaštvu radi ispravke nedostataka u sadržini, a u 14 krivičnih predmeta (svega 10%) je vanpretoresno veće donelo naredbu da optužnicu vrati tužilaštvu i naložilo mu da donese naredbu o dopuni istrage. Od podignute 132 optužnice u 2016. godini 105 je potvrđeno odlukom vanpretoresnog veća (79.5%), a povodom svega 6 optužnica je veće naredilo tužilaštvu da donese naredbu o dopuni istrage (4.5%).

U okviru analiziranog perioda (2014, 2015 i 2016. godina) u svim slučajevima u kojima je sud naložio tužilaštvu da dopuni istragu, javno tužilaštvo je po-

⁶⁹ Na osnovu podataka dobijenih od Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu (dopis br. PI 58/17 od 21.07.2017. godine), Osnovno javno tužilaštvo je tokom 2014. godine podiglo 70 optužnica (12 neposrednih optužnica, a 58 nakon sprovedene istrage), tokom 2015. godine 145 (42 neposrednih optužnica, a 103 nakon sprovedene istrage) a tokom 2016. godine 84 optužnice (13 neposrednih optužnica, a 71 nakon sprovedene istrage). Prema podacima dobijenim iz Osnovnog suda u Novom Sadu (dopis br. Su VIII-162/2017 od 20.04.2017. godine) u toku 2014. godine preispitivano je 12 optužnica, u toku 2015. godine 125 i u toku 2016. godine 124 optužnice. Prema podacima Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu tokom 2014. i 2015. godine nijedna optužnica nije vraćena javnom tužiocu radi ispravljanja formalnih nedostataka, dok je u 2016. godini 7 optužnica vraćeno iz navedenog razloga. Osnovnom javnom tužilaštvu je vraćeno radi dopune, odnosno otvaranja istrage vraćeno 5 optužnica tokom 2014. godine, 12 tokom 2015. godine i 2 tokom 2016. godine. U pogledu broja potvrđenih optužnica i broja donetih rešenja da se obustavi postupak iz razloga što nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju u dopisu Javnog tužilaštva je navedeno da traženi podatak nije moguće dostaviti, jer se u tužilaštvu ne vodi takva evidencija, s obzirom na to da sud u prethodnom periodu nije obaveštavao tužilaštvo o tome. Prema podacima dobijenim iz Osnovnog suda u Novom Sadu tokom 2014. i 2015. godine nema donetih rešenja o odbijanju optužbe, dok su u 2016. godini doneta 3 takva rešenja. Što se tiče odbacivanja optužnice, u 2014. godini doneta je jedno rešenje, dva u toku 2015. i 3 u toku 2016. godine. U toku 2014. godine doneto je 6 rešenja o potvrđivanju optužnice, 74 tokom 2015. i 84 tokom 2016. godine. *Kako su podaci dobijeni iz Osnovnog suda u Novom Sadu i Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu nepotpuni (nisu dostavljeni svi traženi podaci) i međusobno neuporedivi, autor se opredelio da ih ne analizira u radu, iako je to bila početna intencija, jer se njihovom obradom ne bi mogli izvesti pravilni zaključci u vezi sa ispitivanjem optužnica Osnovnog javnog tužilaštva u Novom Sadu pred Osnovnim sudom u Novom Sadu (npr. moglo bi se zaključiti da se u toku 2014. godine od podignutih 70 optužnica ispitivalo samo 12).*

⁷⁰ Statistički podaci dobijeni su od Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu u dopisu v.f. Višeg javnog tužioca, br. A 222/17 od 18.07.2017. godine.

stupilo po naredbi vanpretresnog veća, donelo je naredbu o dopuni istrage, nakon čega su optužnice potvrđene. Ni u jednom krivičnom predmetu vanpretresno veće nije, ispitujući optužnicu, donelo odluku da obustavi postupak iz razloga što nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje mu se optužnicom stavlja na teret.

Može se uočiti da se svake godine povećao broj potvrđenih optužnica (uočava se procentualni rast od 54.5 do čak 79.5%), a da se smanjuje broj predmeta u kojima je vanpretresno veće naložilo tužilaštvu da dopuni istragu radi boljeg razjašnjenja stanja stvari (uočava se procentualno smanjenje od 21.2 do 4.5%). Prostom analizom prikazanih brojčanih podataka moglo bi se doći do zaključka da su optužnice u sve većem broju slučajeva sastavljene ispravno i da su potkrepljene dovoljnim kvalitetom i kvantitom dokaza prikupljenih u istrazi kojom rukovodi javni tužilac, te da je u svim ovim slučajevima opravdano i zakonito iznošenje optužbe na glavni pretres.

Ipak, da se zaključci ne bi zasnivali na prostim brojčanim podacima, a u cilju boljeg razumevanja postupanja veća iz člana 21. stav 4. ZKP u vezi sa ispitivanjem optužnice, pristupljeno je analizi rada vanpretresnog veća Višeg suda u Novom Sadu tokom 2014, 2015 i 2016. godine.⁷¹ Analizirajući 20 nasumično odabranih predmeta u kojima je vanpretresno veće Višeg suda u Novom Sadu donelo rešenje o potvrđivanju optužnice, moguće je izvesti određene zaključke.

Samo u 3 predmeta povodom podignute optužnice Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu *nije bilo odgovora odbrane* – u svim ovim slučajevima okrivljeni nije imao branioca – u tim predmetima veće nije donelo odluku da se istraga dopuni, niti da se optužnica ispravi, nego je potvrdilo optužnicu rešenjem (protiv kog niti u jednom slučaju nije uložena žalba od strane okrivljenog).

Protiv 17 optužnica *bilo je odgovora odbrane*.

Protiv jedne optužnice odgovor je podneo sam okrivljeni, ali su navodi iz njegovog odgovora ocenjeni kao neprihvatljivi (isti ovaj okrivljeni nije kasnije podneo žalbu na rešenje o potvrđivanju optužnice).

Odgovor je podnet od strane branioca okrivljenog u 16 slučajeva. U odgovoru na optužnicu se u 10 predmeta ukazuje se činjeničnu nepopunost optužnice: da „u istrazi nisu utvrđene činjenice od značaja za postojanje krivičnog dela“, da je „optužnicom nepotpuno i pogrešno utvrđeno činjenično stanje“, pa se traži od veća da predmet vrati tužilaštvu na dopunu istrage radi boljeg razjašnjenja stvari. U jednom odgovoru se ukazuje da iz dokaza prikupljenih u istrazi ne proizlazi da

⁷¹ Na osnovu molbe upućene Predsedniku Višeg suda u Novom Sadu, autoru je omogućeno ostvarivanje uvida u krivične predmete ovog suda. Namera autora je bila da ostvari uvid u nasumično izabranih 20 naredbi da se optužnica vrati javnom tužiocu radi dopune istrage, 20 rešenja o potvrđivanju optužnice, te 20 rešenja o obustavi postupka. Niti u jednom predmetu krivični postupak nije obustavljen u ovoj fazi, a broj drugih odluka koje veće može doneti u vezi sa ispitivanjem optužnice je neznatan, pa je shodno tome vršena prvenstveno analiza predmeta u kojim je rešenja o potvrđivanju optužnice.

je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret, pa se traži obustava postupka, dok se u 4 odgovora alternativno traži ili obustava postupka ili dopuna istrage. U jednom odgovoru se ukazuje da se optužnica zasniva na nedozvoljenom dokazu.

Navodi u odgovoru na optužnicu su u 10 predmeta ocenjeni kao neprihvatljivi, dok su u 7 predmeta ocenjeni kao osnovani, pa je veće:

- vratilo optužnicu tužilaštvu na dopunu istrage u 4 predmeta;
- vratilo optužnicu tužilaštvu radi ispravke optužnice u 2 predmeta;
- donelo rešenje o izdvajanju nedozvoljenih dokaza u 1 predmetu.⁷²

Ni u jednom predmetu nije, povodom navoda u odgovoru na optužnice, doneto rešenje o obustavi postupka.

Veće optužnicu zajedno sa celokupnim spisima vraća tužilaštvu dopisom u kom precizira u čemu se stastaje nedostaci koje je potrebno ispraviti. U ova dva predmeta radi se o sledećim nedostacima: „dodati JMBG u lične podatke okrivljenog“, „izmeniti stepen sumnje potreban za podizanje optužnice iz osnova sumnje u opravdanu sumnju“, „navesti podataka o tome da li se i od kada okrivljeni nalazi u pritvoru ili se nalazi na slobodi“, „uskладiti podatak o broju oduzetih mobilnih telefona iz obrazloženja optužnice sa istim podatkom iz dispozitiva kao i sa potvrdom o privremeno oduzetim predmetima i izveštajem o prikupljanju podataka iz mobilnih telefona i SIM kartica“, „ispraviti nedostatak u činjeničnom opisu optužnice koji se odnosi na vreme izvršenja krivičnog dela pod tačkom 2. dispozitiva optužnice, jer isto ne proizlazi iz dokaza u spisima predmeta“.

U predmetima u kojima je radi boljeg razjašnjenja stanja stvari veće ocenilo da je potrebna dopuna istrage, izdata je naredba javnom tužilaštvu. U naredbi se javnom tužilaštvu nalaže da u roku od 3 dana od prijema prepisa naredbe donese naredbu o dopuni istrage u okviru koje je neophodno da se preduzmu taksativno navedene dokazne radnje radi utvrđivanja tačno određenih činjenica. Pored toga, ova naredba sadrži i formulaciju po kojoj je „tužilaštvo dužno da preduzme i druge radnje za kojima se u toku postupka ukaže potreba“. Ipak, Tužilaštvo je u svim ovim slučajevima postupilo u skladu sa naredbom veća, te u datom roku donelo naredbu o dopuni istrage u okviru koje su preduzete dokazne radnje, tražene od strane veća. Iako je evidentna „moć“ data vanpretresnom veću, veće je iskoristilo mogućnost da naredi dopunu istrage radi boljeg razjašnjenja stvari samo povodom odgovora na optužnicu podnetog od strane branioca okrivljenog.

Analizirajući *rešenja o potvrđivanju optužnice*, u pogledu njihove sadržine uočeni su sledeći zajednički elementi:

1. *Uvod* – navodi se da je veće u određenom sastavu, u krivičnom poredmetu protiv okrivljenog „...“ zbog krivičnog dela „...“ iz člana „...“ KZ, ispitujući optužnicu Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu pos. br. KTI „...“ od „...“,

⁷² U ovom predmetu veće je, povodom navoda u odgovoru na optužnicu, donelo odluku da se iz spisa izdvoje izjave građana date u policiji, primenom člana 337. a u vezi sa članom 407. ZKP.

- po službenoj dužnosti, na sednici veća odražanoj dana „...“ donelo rešenje o potvrđivanju optužnice;
2. *Izreka* – „potvrđuje se optužnica Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu pos. br. KTI „...“ od „...“;
3. *Obrazloženje*:
- 3.1. Konstatacija da je „tužilaštvo dana „...“ pod posl. brojem „...“ podiglo optužnicu protiv okrivljenog „...“ zbog postojanja opravdane sumnje da je izvršio krivično delo „...“ iz člana „...“ KZ“;
- 3.2. Konstatacija o odgovoru na optužnicu:
- 3.2.1. „Odgovora na optužnicu nije bilo“;
- 3.2.2. „Odgovor na optužnicu je blagovremeno podneo branilac okrivljenog/ okrivljeni“, uz navođenje šta je u odgovoru podnosilac istakao;
- 3.3. Konstatacija da je veće pristupilo konačnom ispitivanju optužnice, uz formulaciju: „ispitujući na osnovu člana 337. ZKP optužnicu veće iz člana 21. stav 4. ZKP je razmotrilo spise predmeta“;
- 3.4. Konstatacija da postoji opravdana sumnja da je okrivljeni učinio delo koje mu se stavlja na teret, formulisanu na sledeći način: „veće je našlo da skup činjenica navedenih u optužnici, a koje proizlaze dokaza prikupljenih u istražnom postupku neporsedno potkrepljuju opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio krivično delo, koje mu se stavlja na teret“;
- 3.5. Nabranje dokaza prikupljenih u toku istrage, a iz kojih proizlazi opravdana sumnja („opravdana sumnja da je okrivljeni počinio krivično delo proizlazi iz: ...“);
- 3.6. Ukoliko je bilo odgovora na optužnicu, veće se osvrće na navode podnosioca, konstatujući da „ceneći navode odgovora na optužnicu, veće nalazi da se istima ne dovodi u sumnju osnovanost optuženja“, odnosno da su „navodi u odgovoru neprihvatljivi“, obrazlažući svoj stav;
- 3.7. Obrazloženje kako su cenjeni dokazi, ukazivanjem da je veće, preispitujući optužnicu, pre svega, „cenilo da li ima dovoljno dokaza da se osnovana sumnja da je okrivljeni počinio krivično delo koje mu se stavlja na teret, podigne do nivoa opravdane sumnje, koja je uslov za podizanje optužnice, a ocena svakog pojedinačnog dokaza, samostalno i u vezi sa ostalim dokazima, biće izvršena tek nakon što svi dokazi budu izvedeni u kontradiktornom postupku na glavnom pretresu“;
- 3.8. Obrazloženje zašto je doneto rešenje o potvrđivanju optužnice, a s obzirom da veće nije u konkretnom slučaju „utvrdilo da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice, a pri tome nije našlo ni da postoje zakonski razlozi koji bi mogli dovesti do obustave postupka“;

4. Pouka o pravnom leku – „protiv ovog rešenja žalbu može izjaviti okrivljeni i njegov branilac u roku od 3 dana od dana prijema rešenja Apelacionom sudu u Novom Sadu, a putem ovog suda“;
5. Potpis sudije – predsednika veća i pečat.

U 7 predmeta nije podneta *žalba na rešenje o potvrđivanju optužnice* (od toga u 4 predmeta okrivljeni nije imao branioca), dok je u 13 predmeta žalba na rešenje podneta. U žalbama se traži da drugostepeni sud preinači rešenje o potvrđivanju optužnice, tako što će odlučiti da nema mesta optužbi i obustaviti postupak protiv okrivljenog ili da rešenje ukine a predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje (i shodno tome, da naredi dopunu istrage radi boljeg razjašnjenja stvari).

U *svim predmetima žalba je odbijena kao neosnovana* od strane Apelacionog suda u Novom Sadu i rešenje o potvrđivanju optužnice Višeg suda u Novom Sadu je potvrđeno. Odlučujući o žalbi na rešenje o potvrđivanju optužnice, nakon što je ocenio navode iz žalbe i obrazložio zašto ih smatra neosnovanim, drugostepeni sud navodi da „kako u konkretnom slučaju nije potrebno bolje razjašnjenje stvari da bi se ispitala osnovanost optužnice, niti da se istraga dopuni, niti postoje drugi razlozi koji bi mogli da dovedu do obustave postupka, odnosno odbijanja optužbe, pravilno je prvostepeni sud postupio kada je odlučio da potvrdi predmetnu optužnicu“.

Pored ovih 20 analiziranih krivičnih predmeta, dodatno je ostvaren uvid u još 3 predmeta,⁷³ a u kojima je, povodom žalbe branioca, ukinuto rešenje o potvrđivanju optužnice i predmet upućen prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. Ovi predmeti su analizirani kako bi se uočili razlozi iz kojih je drugostepeni sud u usvojio žalbene navode branioca protiv rešenja o potvrđivanju optužnice.

U prvom predmetu branilac je u žalbi istakao da je veće iz člana 21. stav 4. ZKP potvrđujući optužnicu povredilo odredbu člana 342. ZKP, jer rešenje nije doneto na način da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koje će biti predmet raspravanja na glavnom pretresu, time što je navelo da je „istragom na nesumnjiv način utvrđeno da je okrivljena počinila delo za koje se tereti, iz čega proizlazi da je osumnjičena počinila delo koje joj se optužnicom stavlja na teret i tako ista biva osuđena i pre glavnog pretresa u krivičnom postupku, odnosno i pre donošenja pravnosnažne presude“. Apelacioni sud je stava da ovakva tvrdnja prvostepenog suda nije u skladu sa odredbom člana 338. stav 1. tačka 3. ZKP kao ni sa članom 34. stav 3. Ustava i da je vanpretresno veće povredilo pretpostavku nevinosti.

⁷³ Radi se o jedina 3 predmeta, u kojima je Apelacioni sud u Novom Sadu, uvažavanjem žalbe, ukinuo rešenje o potvrđivanju optužnice i vratio predmet prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje.

U drugom predmetu je uvažavanjem žalbi branilaca okrivljenih drugostepeni i sud ukinuo rešenje Višeg suda u Novom Sadu o potvrđivanju optužnice i predmet vratio na ponovno odlučivanje (da naredi dopunu istrage), jer se osnovano u žalbama ukazuje da su „nejasni razlozi navedeni u obrazloženju pobijanog rešenja, koji su rukovodili prvostepeni sud da oceni da u konkretnom slučaju ima dovoljno dokaza da se osnovana sumnja da su okrivljeni počinili krivična dela koja im se stvaljaju na teret podigne do nivoa opravdane sumnje“.

U trećem predmetu se Apelacioni sud još jasnije izjasnio kada je istakao da „ovaj sud smatra da je potrebno, ne samo navesti izvedene dokaze tako da se to svodi na puko nabranje istih, kao u obrazloženju navedenih rešenja, već je neophodno konkretizovati sadržinu ključnih dokaza koji upravo neposredno potkrepljuju opravdanu sumnju u opravdavaju podizanje optužbe, a što je izostalo u obrazloženju pobijanog rešenja“. Time što nisu, dakle, dali razlozi o odlučnim činjenicama, načinjena je bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Shodno navedenom, Apelacioni sud je prvostepeno rešenje ukinuo kako bi prvostepeni sud naveo jasne razloge u vezi svoje odluke o potvrđivanju optužnice.

4. ZAKLJUČAK

Prema ranijim zakonskim rešenjima je, pored ispitivanja zakonitosti i opravdanosti optužnice povodom prigovora protiv optužnice, postojalo ispitivanje zakonitosti i opravdanosti na inicijativu predsednika veća pred kojim je trebalo da se održi glavni pretres,⁷⁴ odnosno kontrola optužnice po službenoj dužnosti. Ova ustanova je uvedena zbog toga što su „prigovori bili u praksi retki, pa su se tek na glavnom pretresu utvrđivali nedostaci iz istrage koji se na glavnom pretresu ne mogu otkloniti ili sa velikim teškoćama i odugovlačenjem, a na glavni pretres su dolazili predmeti u kojima su postojali razlozi za obustavu postupka. Ustanova je bila zamišljena tako da olakša posao sudu na glavnom pretresu time što će se sprovesti što potpunije razjašnjenje stvari pre glavnog pretresa i da se spreči da površno i loše sastavljene optužnice izađu na glavni pretres“.⁷⁵

⁷⁴ Ukoliko je prigovor bio odbačen ili nije ni bio podnet, bila je predviđena mogućnost da predsednik veća pred kojim treba da se održi glavni pretres podnese vanpretresnom veću zahtev za ispitivanje optužnice, i to do određivanja glavnog pretresa, a najkasnije u roku od 30 dana od dana prijema optužnice u sudu (član 281. ZKP 2001). Vanpretresno veće je na zahtev predsednik veća pred kojim treba da se održi glavni pretres, ukoliko je predsednik veća takav zahtev podneo, odlučivalo o svakom pitanju o kome se na osnovu zakona moglo rešavati povodom prigovora. U tom slučaju bila je predviđena shodna primena odredaba člana 272. stav 2, članovi 273. do 276, članovi 279 i 280. ZKP. Ipak, s obzirom na to da nije predviđena i shodna primena člana 277 (odbijanje prigovora kao neosnovanog), veće je obavestavalo predsednika veća, koji je postavio zahtev, da nije našlo njegove razloge osnovanim, i to je obrazlagalo.

⁷⁵ T. Vasiljević, Komentar Zakona o krivičnom postupku, Beograd 1977, 321.

Kontrola optužnice po službenoj dužnosti je kritikovana zbog svojih nedostataka, jer se „ovakvo rešenje ne slaže sa principom optužbe, a s tim u vezi slabi odgovornost javnog tužioca. Drugi nedostatak je u tome što se sud zatrpava velikim brojem predmeta, što dovodi do odugovlačenja postupka“, pa „(...) nije u skladu sa načelom ekonomičnosti postupka. Treća loša strana je u tome što se ocena rezultata istrage ne može obaviti uspešno bez okrivljenog“.⁷⁶ Pravi cilj ustanove bio je u kontroli državnog tužioca da optužnicu podnosi tek nakon dovoljnog rasvetljavanja stvari u istrazi i da je sastavlja tako da može valjano poslužiti kao osnovica za raspravljanje na glavnom pretresu. Ipak, predsednik veća od koga je trebalo da potekne inicijativa, pretrpan poslom, a uz to vezan rokom, retko je koristio ovo svoje ovlašćenje.⁷⁷ Stoga bi izostavljanje kontrole optužnice na inicijativu predsednika veća pred kojim treba da se održi glavni pretres, i predviđanje obaveznog ispitivanja optužnice od strane vanpretresnog veća, odnosno pravog ispitivanja po službenoj dužnosti, moglo da se pokaže kao dobro rešenje, što je provereno u praksi postupanja sudova.

Na osnovu ostvarenog uvida u krivične predmete može se izvesti zaključak da okrivljeni koji u fazi ispitivanja optužnice nema branioca ne koristi pravo da podnese odgovor na optužnicu: samo u jednom predmetu okrivljeni je podneo odgovor na optužnicu, ali su njegovi navodi ocenjeni kao neosnovani. U predmetima u kojima okrivljeni nije imao branioca, pa nije ni podnet odgovor na optužnicu, iako veće ispituje optužnicu po službenoj dužnosti, veće nije primenilo nijednu „korektivnu meru“ u odnosu na optužnicu. Ovakvo postupanje veća, pak, ne znači da su u ovim predmetima optužnice bile nevaljane, ali ukoliko se to dovede u vezu sa tim da su predmeti vraćani na dopunu istrage samo povodom navoda u odgovoru na optužnicu koji je podneo branilac, može se postaviti pitanje stvarne zaštitne funkcije ispitivanja optužnice po službenoj dužnosti. Tim pre, što okrivljeni koji nema branioca ne koristi niti svoje pravo da uloži žalbu na rešenje o potvrđivanju optužnice (samo u jednom predmetu okrivljeni je, iako je imao branioca, sam podneo žalbu na rešenje o potvrđivanju optužnice, koja je odbijena). Zbog odgovornosti veća koje ispituje optužnicu po službenoj dužnosti, a koja mu je data odredbama Zakonika, smatramo da bi ispitivanju optužnice zaista trebalo da pristupi podrobno, naročito u slučajevima kada odgovora na optužnicu nije bilo.

Međutim, ostvarivanjem uvida u sadržaj rešenja o potvrđivanju optužnice, može se izvesti zaključak da se veće donekle suzdržava u „presuđivanju“ optužnici. Iz navedenog se može zaključiti da se ispitivanje optužnice vrši tako što se:

⁷⁶ V. Đurđić, *Prigovor protiv optužnice*, <https://www.google.rs/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4wr67tczVAhUDuxQKHcnWCqcQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.prafak.ni.ac.rs%2Ffiles%2Fzbornik%2Fsa-drzaj%2Fzbornici%2Fz16%2F20z16.pdf&usg=AFQjCNErCg4nmn0ad10jBEJh2g7sJPZJOg>, 355.

⁷⁷ Vasiljević, Grubač, *op.cit.*, 526.

- prosto nabrajaju dokazi izvedeni u istrazi – bez njihove ocene samostalno i dovođenjem u vezu jednu sa drugima – uz ogradu da će „ocena svakog pojedinačnog dokaza, samostalno i u vezi sa ostalim dokazima, biće izvršena tek nakon što svi dokazi budu izvedeni u kontradiktornom postupku na glavnom pretresu“ – što je svakako tačna konstatacija, ali predstavlja uklanjanje odgovornosti za ocenu dokaza koju je potrebno da veće izvrši u ovoj fazi postupka;
- uz konstataciju da veće ceni „da li ima dovoljno dokaza da se osnovana sumnja da je okrivljeni počinio krivično delo koje mu se stavlja na teret, podigne do nivoa opravdane sumnje, koja je uslov za podizanje optužnice“ – što je nedovoljno, iz razloga što je uslove za podizanje optužnice cenio javni tužilac, a sud treba da proceni da li su ispunjeni uslovi da podignutu optužnicu potvrdi i time je pravno osnaži.

Ukoliko se ovo dovede u vezu sa podacima o procentu potvrđenih optužnica i sa brojem ukinutih rešenja o potvrđivanju optužnica, zaista se može iskazati sumnja u celishodnost instituta ispitivanja optužnice po službenoj dužnosti i postaviti pitanje da li se rešenja o potvrđivanju optužnice donose po automatizmu.

Optužnice povodom kojih je rešenje o potvrđivanju u ovim slučajevima bilo ukinuto i vraćeno vanpretresnom veću na ponovno odlučivanje su potom bile potvrđene. Ipak, navedene odluke Apelacionog suda mogu se oceniti kao značajne, jer može imati pozitivan uticaj na postupanje veća prilikom ispitivanja optužnice u smislu da rešenje o potvrđivanju optužnice ne donesu olako, a naročito da se u obrazloženju rešenja pažnja pokloni oceni dokaza iz kojih proizlazi opravdana sumnja, što čini iznošenje optužbe na glavni pretres opravdanim i zakonitim.

U tradicionalnom mešovitom krivičnom postupku kontrola optužnice kao „medustadijum“ između istrage i glavnog pretresa onemogućava odražavanje pretresa zbog propusta ili pogrešaka u prethodnom postupku ili zbog postojanja zakonskih smetnji za meritorno odlučivanje u konkretnom predmetu. S tim u vezi, kontrolna funkcija ovog medustadijuma ogleda se u tome da nezavisni i nepristrasni sudski organ odluči o dopuštenosti i nužnosti daljeg krivičnog progona okrivljenog za krivično delo koje mu se optužnicom stavlja na teret⁷⁸. Predviđanje ispitivanja optužnice *ex officio* kao obavezne faze u svakom krivičnom predmetu, a od strane vanpretresnog veća, je, stoga, rešenje za pohvalu.

Moglo bi se problematizovati to što sud u ovoj fazi, odlučujući o tome da li postoji potreban stepen sumnje da je okrivljeni učinio delo koje mu se optužnicom stavlja na teret na neki način prejudicira odluku suda na glavnom pretresu, ali takva tvrdnja nije tačna, jer ova faza ne predstavlja donošenje odluke o krivičnoj stvari, nego „suđenje optužnom aktu“. Stoga je značajno funkcionalno razdvajanje nadležnosti između vanpretresnog i sudećeg veća (i odredbe o izuzeću sudije), kao i

⁷⁸ C. Roxin, B. Schunemann, *Strafverfahrensrecht*, Munchen 2009, 304.

odredba kojom je propisano da sva rešenja donesena u postupku ispitivanja optužnice moraju biti obrazložena, ali tako da se unapred ne utiče na rešavanje onih pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu (član 342. ZKP).

Zaštitna funkcija obaveznog ispitivanja svake optužnice ogleda se u zaštiti okrivljenog od neosnovanog i neopravdanog iznošenja krivičnog predmeta na glavni pretres i to je nesporno. Ipak, u vezi sa ispitivanjem optužnice ukazali bismo na problematiku primene načela kontradiktornosti kao jednog od elemenata prava na pravični postupak. Vanpretresno veće ispituje optužnicu na zatvorenoj sednici bez prisustva javnosti, Zakonikom nevezano razlozima i obimom utvrđenim u odgovoru na optužnicu. To znači da veće autonomno raspravlja o predmetu, bez obzira na sadržaj eventualno podnetog odgovora na optužnicu – veće se ne mora izjasniti o navodima odbrane sadržanim u odgovoru, a stranke nemaju mogućnost da prisustvuju sednici veća, a time ni da se izjasne o navodima protivne stranke i aktivno učestvuju u ovoj fazi postupka. Iz tog razloga smatramo da bi bilo potrebno da se predvidi da veće na sednicu na kojoj ispituje optužnicu poziva stranke (s tim da njihovo prisustvo ne treba da bude obavezno), jer je to potrebno radi boljeg razjašnjenja stvari u cilju donošenja odluke o opravdanosti, odnosno zakonitosti iznošenja krivične stvari na glavni pretres, s jedne strane, i radi obezbeđenja primene načela kontradiktornosti, s druge strane.

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Examination of the Indictment

Abstract: *In modern criminal procedure after the investigation has been completed and the indictment has been raised, it is necessary that a certain functional form of the court control and examine the indictment. Before the trial commences, first the indictment is being judged, in sense it has to be determined whether the conditions are met to bring the defendant before the main trial, and whether the entry into the next stage is justified and lawful. In this way, the purpose of the judicial review of the charge is determined in order to prevent the unjustified and unlawful execution of the defendant into the main trial. The subject of this paper is the analysis of the legal regulation of the examination of the indictment in the Criminal Procedure Code, as well as the analysis of the proceedings of the pre-trial court of the High Court in Novi Sad regarding the examination of the indictment.*

Keywords: *Criminal proceedings, indictment, examination of the indictment.*

Datum prijema rada: 10.08.2017.

Dr Aleksandra T. Popović
a_aleksandra@yahoo.com

RADNOPRAVNA ZAŠTITA TRUDNICA I PORODILJA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE I EVROPSKE UNIJE

Sažetak: Razmatranje radnopravne zaštite trudnica i porodilja u pravu Republike Srbije je kontinuirano aktuelno, imajući u vidu potrebu za unapređenje legislative i prakse, tako da je osvrst na pravo Evropske unije od posebnog značaja. Analiza posebne zaštite ove kategorije zaposlenih u *acquis communautaire*, neophodna je za utvrđivanje pravaca razvoja domaćeg pozitivnog prava i pronalaženje adekvatnih normativnih mera za pružanje esencijalne podrške. Pored legislativnog osvrta na vunerabilni status trudnica i porodilja, značajno je i posvećivanje pažnje praktičnoj implementaciji regulative, jer se na taj način sprečava diskriminacija pri zapošljavanju i na radu.

Ključne reči: radnopravna zaštita trudnica, radnopravna zaštita porodilja, radno pravo Republike Srbije, radno pravo Evropske unije.

1. RADNOPRAVNA ZAŠTITA TRUDNICA I PORODILJA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Posebna pažnja u okviru sistema radnopravne zaštite posvećuje se trudnicama i porodiljama, kao posebne vunerabilne kategorije. Pored toga, što je Ustavom Republike Srbije određeno, da država jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti, garantovano je i pravo na rad, slobodan izbor rada, dostupnost svih radnih mesta svima pod jednakim uslovima. Ustav Republike Srbije predviđa posebnu zaštitu žena na radu i posebne uslove rada, konkretizovanih u relevantnim zakonima, uz slobodu odlučivanja o rađanju dece. Naime, Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje dece, afirmativno im pomaže u tom procesu, između ostalog i ustavnom garancijom da se majkama pruža posebna podrška i zaštita pre i posle porođaja.¹ Sistem zdravstvene zaštite

¹ Ustav Republike Srbije predviđa i da se iz javnih prihoda ostvaruje zdravstvena zaštita (ako je u skladu sa zakonom ne ostvaruju na drugi način) trudnica, majki tokom porođajskog od-

obuhvata žene u vezi sa planiranjem porodice, kao i u toku trudnoće, porođaja i materinstva do 12 meseci nakon porođaja.²

1.1. Zabrana diskriminacije trudnica i porodilja

Zakon o radu Republike Srbije zabranjuje neposrednu i posrednu diskriminaciju lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, s obzirom na trudnoću i porodičnih obaveza u odnosu na: uslove za zapošljavanje i izbor kandidata; uslove rada i sva prava iz radnog odnosa; obrazovanje, osposobljavanje i usavršavanje; napredovanje na poslu i otkaz ugovora o radu.³ Neposredna diskriminacija trudnica i lica sa porodičnim obavezama, podrazumeva postupanje kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji, a posredna diskriminacija postoji kada određena naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi stavila lice u nepovoljniji položaj u odnosu na druga lica.⁴ Samim tim, ništave su odredbe ugovora o radu kojima se utvrđuje diskriminacija trudnica i lica sa porodičnim obavezama.⁵ Jedan od najčešćih oblika diskriminacije na tržištu rada je premeštaj zaposlene,

sustva i samohranim roditeljima sa decom do sedme godine. Čl. 15, čl. 60, čl. 63, čl. 66, st. 2 i čl. 68, st. 2 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

² Čl. 11, st. 2, tač. 2 Zakona o zdravstvenoj zaštiti, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 72/2009 – dr. zakon, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – dr. zakon, 93/2014, 96/2015, 106/2015 i 113/2017 – dr. zakon. Saglasno Zakonu o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja pravo na zdravstvenu zaštitu i pravo na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite (u sadržini, obimu i standardu koji su obuhvaćeni obavezanim zdravstvenim osiguranjem) obezbeđuje se za trudnice i porodilje bez obzira na osnov po kome su zdravstveno osigurani, ukoliko ova prava ne mogu da ostvare po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Predmetno pravo na zdravstvenu zaštitu trudnice i porodilje ostvaruju bez obzira na prethodni staž zdravstvenog osiguranja. Čl. 1 i čl. 3 Zakona o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2013.

³ Saglasno Konvenciji MOR-a broj 156 ostvarivanje stvarne jednakosti u pogledu mogućnosti i tretmana lica sa porodičnim obavezama i sprečavanje diskriminacije, postiže se preduzimanjem mera u cilju omogućavanja korišćenja prava na slobodan izbor zaposlenja, uz uvažavanje potreba u pogledu uslova zaposlenja i socijalne zaštite, a saglasno nacionalnim uslovima i mogućnostima država, a obuhvata i razvoj ili unapređenje službi i ustanova za brigu o deci i pomoć porodici. Čl. 4 i 5 Konvencije broj 156 od 23. juna 1981. o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice (radnici sa porodičnim obavezama), *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/87.

⁴ Jašarević Senad, „Zaštita jednakosti zaposlenih u dokumentima EU i Srbije“, *Radno i socijalno pravo* 1-6/2006, 174.

⁵ Podrška roditeljima u realizaciji porodičnih obaveza obezbeđuje se i pravima u oblasti društvene brige o deci, koja između ostalog obuhvata odmor i rekreaciju dece do 15 godina starosti u dečijem odmaralištu i regresiranje troškova boravka dece u predškolskoj ustanovi, odmora i rekreacije saglasno materijalnom položaju porodice. Čl. 11 Zakona o društvenoj brizi o deci, *Sl. glasnik RS*, br. 49/92, 29/93, 53/93, 67/93, 28/94, 47/94, 48/94, 25/96, 29/2001, 16/2002 – dr. zakon, 62/2003 – dr. zakon, 64/2003 – ispr. dr. zakona, 101/2005 – dr. zakon i 18/2010 – dr. zakon.

nakon povratka sa porodijskog i odsustva radi nege deteta na niže ili slabije plaćeno radno mesto u odnosu na ono na kom je radila pre korišćenja prava vezana za zaštitu trudnoće i materinstva. U praksi ovo diskriminatorsko postupanje prema zaposlenima od strane poslodavca, može da dovede i do odlaganja realizacije materinske uloge, a kod zaposlene koje su trudne čak i do razmatranje odluke o abortusu. Neretko zbog straha od otkaza, zaposlene nakon povratka sa porodijskog i odsustva sa rada radi nege deteta prihvataju raspoređivanje na niže, čak i slabije plaćeno radno mesto, što personalno doživljavaju kao svojevrsnu „kaznu“ koja je posledica trudnoće, jer bi zadržale radno mesto da nisu koristile odsustvo na koje su imale pravo. Mogućnost za poboljšanje materijalnog položaja zaposlene nadalje traže iniciranjem otkaza i pronalaženjem drugog posla ili radom u oblicima rada van radnog odnosa, što može da ima negativne implikacije na vršenje majčinske uloge. Zabrana diskriminacije treba da omogući zaposlenoj ženi, da po završetku porodijskog i odsustva radi nege deteta bude reintegrirana na radno mesto na koje je prethodno radila, izuzetno da bude premeštena na drugo mesto rada, samo ukoliko njeno radno mesto nije raspoloživo i bez bilo kakvih konsekvenci po zaradi.⁶ Celishodno bi bilo, da Zakon o radu⁷ izričito precizira i pravo zaposlene, da se po prestanku trudnoće i korišćenja porodijskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta⁸ vrati na isto ili odgovarajuće radno mesto sa istom platom kakvu je imala pre korišćenja odsustva.⁹

Pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva trudnicama i licima sa porodičnim obavezama u odnosu na određeni posao, ne smatra se diskriminacijom, pod uslovom da je njegova priroda takva ili se vrši u posebnim uslovima, tako da karakteristike povezane sa ovim statusima predstavljaju stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, kao i da je opravdana svrha koja se želi time postići.¹⁰ Samim tim, ne smatraju se diskriminacijom zakonske i odredbe opšteg akta i ugovora o radu, koje se odnose na posebnu zaštitu i pomoć žena za vreme porodijskog i odsustva sa rada radi nege deteta.

⁶ Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2016, 503-504.

⁷ Zakon o ravnopravnosti polova predviđa da odsustvovanje sa posla zbog trudnoće i roditeljstva ne sme da bude smetnja za izbor u više zvanje, napredovanje i stručno usavršavanje, a ni osnov za raspoređivanje na neodgovarajuće poslove. Čl. 16. Zakona o ravnopravnosti polova, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009.

⁸ Saglasno Konvenciji o zaštiti materinstva nakon isteka porodijskog odsustva, zaposlena ima pravo da se vrati na isto ili odgovarajuće radno mesto sa istom platom. Čl. 8, st. 2 Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 1/2010.

⁹ Dragana Radovanović „Posebna zaštita za vreme trudnoće i porođaja u svetlu Zakona o radu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 64/2013, 255.

¹⁰ Čl. 16, st. 3 Zakona o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, br. 22/2009.

Zaposlena trudnica ili porodilja, kao i one koje traže zaposlenje u slučajevima diskriminacije mogu da pokrenu pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete, s tim da ukoliko u toku postupka učine verovatnim da je izvršena diskriminacija, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja diskriminaciju je na poslodavcu.

Od posebnog značaja je ograničenje za poslodavca, da prilikom zasnivanja radnog odnosa ne može od kandidata da zahteva podatke o porodičnom statusu i planiranju porodice, kao i dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos. Isto tako, poslodavac zasnivanje radnog odnosa ne može da uslovljava testom trudnoće. Međutim, od ovog pravila propisan je izuzetak, da poslodavac može da uslovljava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće ukoliko je priroda poslova takva da postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta, a koji je rizik utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa.¹¹

1.2. Posebna zaštita trudnica i porodilja u pravu Republike Srbije

Pored opšte zaštite zaposlenih, Zakonom o radu garantovana je i posebna zaštita zaposlenoj ženi, koja se odnosi na očuvanje zdravstvenog i radnog integriteta¹² za vreme trudnoće i porođaja.¹³ Posebna zaštita zaposlene žene podrazumeva zabranu da radi na poslovima koji su štetni za njeno i zdravlje deteta za vreme trudnoće, s tim da se zaštita vezuje za prekovremeni i noćni rad, kao i za institut preraspodele radnog vremena, a propisana je i zaštita od otkaza. Zaštita zdravlja trudnice i deteta obezbeđuje se i plaćenim odsustvom sa rada u toku dana, radi obavljanja zdravstvenih pregleda, kao i pravom na odsustvo sa rada zbog bolesti i komplikacija u vezi sa trudnoćom uz naknadu zarade, a garantovano je i pravo na porodiljsko i odsustvo sa rada radi nege deteta. Ukoliko u praksi izostane poštovanje regulisanih prava trudnica i porodilja, zaštitu mogu da obezbede obraćanjem sindikatu, inspekciji rada, arbitraži i nadležnom sudu.¹⁴

¹¹ Čl. 18-22, čl. 23 i čl. 26 Zakona o radu, *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US i 113/2017 (u daljem tekstu: Zakon o radu).

¹² Predrag Jovanović, „Radnopravni tretman zdravstvene, radne sposobnosti i ličnog integriteta zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* Vol. 48 br. 3/2014, 43.

¹³ Opšta zaštita podrazumeva pravo zaposlenog na bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu, odnosno pravo da ne radi prekovremeno, ukoliko bi saglasno nalazu nadležnog zdravstvenog organa, takav rad mogao da pogorša njegovo zdravstveno stanje, kao i pravo zaposlenog sa zdravstvenim smetnjama da ne obavlja poslove koji bi izazvali pogoršanje njegovog zdravstvenog stanja ili posledice opasne za okolinu. Isto tako, poslove sa povećanim rizikom može da obavlja samo lice koje pored posebnih, ispunjava i uslove za rad u pogledu zdravstvenog stanja, psihofizičkih sposobnosti i doba života. Čl. 12, st. 2 i čl. 80-82 Zakona o radu.

¹⁴ D. Radovanović (2013), 252 – 254.

1.2.1. *Zaštita zaposlene za vreme trudnoće*

Materinstvo kao socijalni rizik je stanje u kom žena usled trudnoće, porođaja i nege deteta nije u mogućnosti (privremeno je nesposobna) da radi i ostvaruje zaradu, što predstavlja osnov za korišćenje socijalnih prestacija.¹⁵ Posebna zaštita zaposlene žene obuhvata zabranu za vreme trudnoće, da radi na poslovima koji su štetni za njeno i zdravlje deteta. Međutim, predmetna zabrana se vezuje isključivo za utvrđenu štetnost poslova nalazom nadležnog zdravstvenog organa. Naime, za vreme trudnoće žena ne sme da radi na radnom mestu za koje je procenom utvrđen rizik po bezbednost ili zdravlje od izlaganja: fizičkim štetnostima, kao što je rad u hiperbaričnoj sredini (na primer: rad u komorama pod pritiskom ili posao koji podrazumeva ronjenje); biološkim štetnostima poput toksoplazme i virusa rubeole (osim ako je vakcinacijom na odgovarajući način dokazano da su zaštićene od ovih štetnosti) i opasnim hemijskim materijama, kao što su olovo i njegovi derivati, ukoliko postoji opasnost od apsorpcije u ljudski organizam. Isto tako, za vreme trudnoće zaposlena žena ne može da obavlja podzemni rad u rudniku.¹⁶ Zaposlene za vreme trudnoće ne mogu da obavljaju poslove koji zahtevaju podizanje tereta ili na kojima postoji štetno zračenje ili izloženost visokim ili niskim ekstremnim temperaturama i vibracijama.¹⁷ Trudnicama u napred navedenim slučajevima, poslodavac je dužan da obezbedi obavljanje drugih odgovarajućih poslova, saglasno njihovoj stručnosti, radnim sposobnostima i zdravstvenom stanju. Ukoliko kod poslodavca ne postoje poslovi koje bi mogle trudnice da obavljaju, poslodavac je u obavezi da ih uputi na plaćeno odsustvo.¹⁸ Poslodavac je u obavezi da obezbedi da zaposlena žena za vreme trudnoće, bude u pismenoj formi obaveštena o rezultatima procene rizika na radnom mestu i o merama koje se preduzimaju u cilju otklanjanja istih, a radi povećanja bezbednosti i zdravlja na radu i pored osposobljenosti za bezbedan i zdrav rad.¹⁹

Zaštita zaposlene za vreme trudnoće obezbeđena je i vezano za prekovremeni i noćni rad, kao i u okviru instituta preraspodele radnog vremena. Zaposlena za vreme trudnoće ne može da radi duže od punog radnog vremena, ukoliko bi nadležni zdravstveni organ utvrdio da bi takav rad bio štetan za njeno i zdravlje deteta. Isto tako, zaposlena trudnica ne može da radi noću u periodu od 22,00 do 6,00 ča-

¹⁵ Branko Lubarda, *Uvod u radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2013, 451.

¹⁶ Čl. 5, st. 1 Pravilnika o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlene žene za vreme trudnoće, porodilje i zaposlene koja doji dete, *Sl. glasnik RS*, br. 102/2016.

¹⁷ Predrag Jovanović, „Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* Vol 45 br. 3/2011, 142.

¹⁸ Zoran Ivošević, Milan Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2016, 217.

¹⁹ Čl. 30, st. 3 Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005 i 91/2015.

sova narednog dana, pod uslovom da je nalazom nadležnog zdravstvenog organa utvrđen štetni uticaj na zdravlje.

Zaposlenoj ženi za vreme trudnoće samo uz pisanu saglasnost poslodavac može da izvrši preraspodelu radnog vremena, tako da ukupno radno vreme u periodu od šest meseci u toku kalendarske godine (osim ukoliko kolektivnim ugovorom nije utvrđeno da se preraspodela ne vezuje za kalendarsku godinu, odnosno da može trajati najduže devet meseci) u proseku ne bude duže od ugovorenog radnog vremena zaposlene.²⁰ Predmetnom odredbom vrši se zaštita trudnica uslovljavanjem preraspodele radnog vremena njenom pisanom saglasnošću, bez koje preraspodela ne proizvodi pravno dejstvo. Saglasnost da se izvrši preraspodela radnog vremena je opozivog karaktera, s tim da i opoziv mora da bude dat u pisanoj formi.²¹

Omogućavanjem zaposlenoj trudnici da u toku dana odsustvuje sa rada radi obavljanja zdravstvenih pregleda, obezbeđuje se adekvatna zaštita njenog i zdravlja deteta. Trudnica ima pravo da obavlja zdravstvene preglede u vezi sa održavanjem trudnoće, a koje je odredio izabrani lekar. Plaćeno odsustvo zaposlene trudnice, radi obavljanja napred navedenih pregleda podrazumeva pravo na naknadu zarade. Zaposlena za vreme trudnoće je u obavezi da blagovremeno obavesti poslodavca o nameri da koristi pravo na plaćeno odsustvo sa rada u toku dana, radi obavljanja zdravstvenih pregleda u vezi sa trudnoćom.²²

Zaposlena na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa ima pravo na odsustvo sa rada zbog bolesti i komplikacija u vezi sa trudnoćom, uz naknadu zarade. Ukoliko nastane privremena sprečenost za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće, za prvih 30 dana privremene sprečenosti za rad, obezbeđuje se naknada zarade u iznosu od 100% od osnova koju isplaćuje poslodavac iz svojih sredstava. Visina naknade zarade ostaje ista i iznosi 100% od utvrđenog osnova i ukoliko privremena sprečenost za rad usled bolesti ili komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće, traje duže od trideset dana. S tim, da se počev od trideset prvog dana privremene sprečenosti za rad iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja obezbeđuje iznos od 65% od osnova za naknadu zarade, a 35% iz sredstava budžeta Republike Srbije, tako što se sredstva prenose Republičkom fondu, koji u ime i za račun budžeta Republike uplaćuje sredstva na račun poslodavca.²³

²⁰ Čl. 57, st. 2 i 3, čl. 62, st. 1, čl. 90, st. 1 i čl. 92 Zakona o radu.

²¹ Z. Ivošević, M. Ivošević (2016), 221.

²² Čl. 90, st. 2 Zakona o radu.

²³ Čl. 96, st. 3-5 Zakona o zdravstvenom osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005, 109/2005 – ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 – odluka US, 106/2015 i 10/2016 – dr. zakon.

1.2.2. Pravo na porodiljsko i odsustvo sa rada radi nege deteta

Zaposlena žena ima pravo na porodiljsko odsustvo sa rada zbog trudnoće i porođaja, a ima i pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta. Pravo na porodiljsko odsustvo zaposlena žena stiče najranije 45 dana pre vremena određenog za porođaj, a na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Međutim, zaposlena žena ima obavezu da otpočne porodiljsko odsustvo 28 dana pre vremena određenog za porođaj.²⁴ Porodiljsko odsustvo traje do navršena tri meseca od dana porođaja.²⁵ Nakon isteka porodiljskog odsustva, zaposlena žena ima pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodiljskog odsustva. Samim tim, trajanje odsustva sa rada radi nege deteta vezuje se za početak porodiljskog odsustva tj. 45, odnosno obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj.²⁶ Pravo na porodiljsko odsustvo u trajanju do navršena 3 meseca od dana porođaja može da koristi i otac deteta. Porodiljsko odsustvo otac deteta može da koristi u slučaju kada majka napusti dete (što se može faktički dokazivati, najčešće izveštajima službe za socijalni rad), umre (dokazuje se izvodom iz matične knjige umrlih ili drugom ispravom) ili je iz drugih opravdanih razloga sprečena da koristi to pravo. Opravdana sprečenost majke da koristi porodiljsko odsustvo vezuje se za odsustvo zbog pritvora, izdržavanje kazne zatvora, teže bolesti, povrede ili drugog valjanog razloga, koji je onemogućava u korišćenju ovog prava. Otac deteta ima pravo na porodiljsko odsustvo i kada majka nije u radnom odnosu, što predstavlja njegovo izvorno, a ne supsidijarno pravo. Porodiljsko odsustvo za oca deteta čija majka nije u radnom odnosu traje do na-

²⁴ Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 2012.

²⁵ Regulisanje trajanja porodiljskog odsustva u pozitivnom pravu Republike Srbije uskladen je sa odredbama Konvencije o zaštiti materinstva Međunarodne organizacije rada, koja predviđa da na osnovu lekarske ili druge odgovarajuće potvrde u kojoj se navodi predviđeni datum porođaja, žena ima pravo na porodiljsko odsustvo u trajanju ne kraćem od 14 nedelja. Čl. 4, st. 1 Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 1/2010.

²⁶ U pravu Hrvatske zaposlena trudnica ima pravo na obavezno porodiljsko odsustvo u neprekidnom trajanju od 98 dana, od kojih 28 dana (izuzetno u zavisnosti od zdravstvenog stanja 45 dana) koristi pre dana očekivanog porođaja i 70 dana nakon rođenja deteta. Nakon proteka obaveznog porodiljskog odsustva, zaposlena ima pravo na odsustvo radi nege deteta do navršenih 6 meseci života deteta, koje pravo može pisanom izjavom preneti na oca deteta, uz njegovu prethodnu saglasnost, u celosti ili u vremenski ograničenom trajanju. Predmetno dodatno porodiljsko odsustvo zaposlena majka (ili otac), može da koristi i kao pravo na rad sa polovinom od punog radnog vremena. Isto tako, zaposlena majka (ili otac) ima pravo nakon navršenih 6 meseci života deteta da koristi rad sa polovinom radnog vremena, a najduže do navršenih 9 meseci života deteta. Zaposleni roditelj, nakon navršenih 6, odnosno u napred navedenom slučaju 9 meseci života deteta ima pravo na roditeljsko odsustvo sa rada koje na propisani način može da koristi do osme godine života deteta. Čl. 12-15 Zakona o roditeljnim i roditeljskim potporama, *Narodne novine* br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14 i 59/17.

vršena 3 meseca od dana porođaja. Za razliku od porodijskog odsustva čije korišćenje od strane oca deteta podrazumeva ispunjenje propisanih uslova, korišćenje prava na odsustvo radi nege deteta nije uslovljeno. Naime, otac u dogovoru sa majkom, može da koristi pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodijskog odsustva.²⁷

Pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka dve godine od dana otpočinjanja porodijskog odsustva ima zaposlena žena za treće i svako naredno novorođeno dete, ona koja u prvom porođaju rodi troje ili više dece, kao i zaposlena žena koja je rodila jedno, dvoje ili troje dece, a u narednom porođaju rodi dvoje ili više dece. U ovom slučaju trajanje porodijskog odsustva je identično kao i u slučaju rođenja jednog deteta (počinje najranije 45 dana, a obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj i traje do navršena 3 meseca od dana porođaja), međutim uvećava se trajanje odsustva sa rada radi nege deteta (za prvo i drugo dete odsustvo sa rada radi nege deteta traje do isteka 365 dana od dana otpočinjanja porodijskog odsustva, a za treće i svako naredno dete do isteka dve godine od dana otpočinjanja porodijskog odsustva). Otac trećeg i svakog narednog deteta može da koristi pravo na porodijsko odsustvo ukoliko majka nije u radnom odnosu ili u slučaju kada majka napusti dete, umre ili je iz drugih opravdanih razloga sprečena da koristi ovo pravo. S druge strane, pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta otac trećeg i svakog narednog deteta može da koristi bez uslovljavanja, u skladu sa dogovorom sa majkom deteta i to do isteka dve godine od dana otpočinjanja porodijskog odsustva.

Zaposlena žena ima pravo da koristi porodijsko odsustvo do navršena tri meseca od dana porođaja i u slučaju ako se dete rodi mrtvo ili umre pre isteka porodijskog odsustva.²⁸ U teoriji su prisutni stavovi da ovo naizgled jednako pravo stavlja u neravnotežan položaj u kontekstu cilja propisivanja (oporavak žene od preživljene traume usled smrti deteta) zaposlenu čije dete umre pred kraj porodijskog odsustva u odnosu na ženu koja rodi mrtvo dete, s obzirom na isto trajanje prava. Racionalno bi bilo prilagođavanje računanja trajanja porodijskog odsustva zaposlenoj kojoj dete umre pri kraju porodijskog odsustva, da bi imala dovoljno vremena da se oporavi od nastale tragedije. Specifičnost ovog prava sastoji se u tome što se koristi samostalno, a ne uz odsustvo sa rada radi nege deteta i ovo pravo pripada samo majci, a ne i ocu deteta.²⁹

Za vreme porodijskog odsustva sa rada radi nege deteta i odsustva sa rada radi posebne nege deteta, zaposlene ostvaruju naknadu zarade, odnosno naknadu plate, koje pravo ima i otac, jedan od usvojitelja, hranitelj, odnosno staratelj deteta, kada u skladu sa propisima o radu koriste predmetno odsustvo. Osnovica naknade zarade, odnosno naknade plate ne može biti veća od tri prosečne mesečne

²⁷ Z. Ivošević, M. Ivošević (2016), 224-228.

²⁸ Čl. 94a i čl. 95 Zakona o radu.

²⁹ Z. Ivošević, M. Ivošević (2016), 230-231.

zarade u Republici Srbiji, prema poslednjem objavljenom podatku republičkog organa nadležnog za poslove statistike na dan podnošenja zahteva, a utvrđuje se na osnovu zbira mesečnih osnovica na koji su plaćeni doprinosi na primanja koja imaju karakter zarade, za poslednjih 18 meseci koji prethode prvom mesecu otpočinjanja odsustva zbog komplikacija u vezi sa održavanjem trudnoće ili porodijskog odsustva, odnosno prethode mesecu otpočinjanja odsustva po zasnivanju radnog odnosa. Isto tako, definisano je da pun mesečni iznos naknade zarade, odnosno naknade plate za vreme porodijskog odsustva, ne može biti manji od minimalne zarade utvrđene na dan podnošenja zahteva, pod uslovom da je kod nadležnog organa evidentirano najmanje šest najnižih osnovica na koje su plaćeni doprinosi na primanja koja imaju karakter zarade. Od posebnog značaja je da ostale naknade po osnovu rođenja i nege deteta i posebne nege deteta može ostvariti majka i žena koja je usvojitelj, hranitelj ili staratelj deteta, koja je u periodu od 18 meseci pre rođenja deteta ostvarivala prihode po osnovu samostalnog obavljanja delatnosti, kao nosilac porodičnog poljoprivrednog gazdinstva (ima status lica koje samostalno obavlja delatnost), kao i prihode po osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova, ugovora o delu i autorskog ugovora, koja je u periodu od 24 meseca pre rođenja deteta bila poljoprivredni osiguranik, odnosno koja je nezaposlena u momentu rođenja deteta i nije ostvarila pravo na novčanu naknadu po osnovu nezaposlenosti. Pravo na ostale naknade po osnovu rođenja i nege deteta ostvaruje se u trajanju od godinu dana od dana rođenja deteta (bez obzira na red rođenja), s tim da majka ostvaruje ovo pravo u trajanju od tri meseca od dana rođenja deteta, ako se dete rodi mrtvo ili umre pre navršena tri meseca života, odnosno do smrti deteta ukoliko ono umre kasnije. Otac deteta ostvaruje pravo na ostale naknade po osnovu rođenja i nege deteta, ukoliko majka nije živa, ako je napustila dete ili ako je iz objektivnih razloga sprečena da neposredno brine o detetu.³⁰

1.2.3. Zaštita od otkaza ugovora o radu za vreme trudnoće, porodijskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta

Zaposlena žena za vreme trudnoće, porodijskog odsustva³¹ i odsustva sa rada radi nege deteta³² i zaposleni otac za vreme porodijskog odsustva koje ne

³⁰ Čl. 12-17 Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom, *Sl. glasnik RS*, br. 113/2017.

³¹ Zaštitu od otkaza predviđa i Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva i to za vreme trudnoće, porodijskog i odsustva u slučaju bolesti ili komplikacija, kao i u periodu nakon povratka zaposlene na posao. Otkaz zaposlene bi bio zakonit samo ukoliko je dat iz razloga koji nisu povezani sa trudnoćom ili porođajem, a teret dokazivanja snosi poslodavac. Čl. 8., st. 1 Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 183 o zaštiti materinstva, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 1/2010.

³² I pored toga, što se u sudskom postupku ispitivanja zakonitosti odluke o otkazu ugovora o radu primenjuje pravilo da se zakonitost ceni prema vremenu donošenja akta, Vrhovni kasacio-

može da koristi majka i odsustva sa rada radi nege deteta, zaštićeni su od otkaza ugovora o radu³³ za vreme trajanja predmeta zaštite.³⁴ Zaštita materinstva i porodičnih obaveza ubrajaju se u neopravdane otkazne razloge, jer se vezuju za lični diskriminirajući osnov.³⁵ Isto tako, navedenoj kategoriji zaposlenih produžava se radni odnos na određeno vreme do isteka korišćenja prava na odsustvo. Samim tim, ništavo je rešenje o otkazu ugovora o radu ako je na dan njegovog donošenja, poslodavcu bilo poznato postojanje napred navedenih okolnosti ili ako zaposleni u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa obavesti poslodavca o njihovom postojanju³⁶ i o tome dostavi odgovarajuću potvrdu ovlašćenog lekara ili drugog nadležnog organa.³⁷

Odsustvovanje zaposlenog sa rada zbog privremene sprečenosti za rad, trudnoće³⁸, porodiškog odsustva i nege deteta ne može da bude kriterijum za utvr-

ni sud je zauzeo stav da je rešenje o otkazu nezakonito zbog povrede čl. 187. stav 1 Zakona o radu, jer je poslodavac svojim postupanjem obesmislio posebnu zaštitu radnog odnosa. U konkretnom slučaju, poslodavac je usvojio Program rešavanja viška zaposlenih dok je zaposlena bila na odsustvu radi nege deteta i utvrdio da je višak, odnosno zaposlena za čijim radom je prestala potreba, ali je odložio donošenje rešenja o otkazu ugovora o radu do povratka zaposlene na rad i kada je odsustvo isteklo, a zaposlena se vratila na rad doneto je sporno rešenje. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 1639/2014 od 30.09.2015. godine (www.vk.sud.rs, 19. avgust 2017).

³³ Garantovana zaštita od otkaza za vreme trudnoće ne zavisi ni od slobodnih radnih mesta kod poslodavca. Za ocenu zakonitosti otkaza zaposlene za vreme trudnoće nije od značaja da li su postojala slobodna radna mesta kod poslodavca, na koje je zaposlena mogla biti raspoređena. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 584/2016 od 01.02.2017. godine (www.vk.sud.rs, 19. avgust 2017).

³⁴ U pravu Crne Gore poslodavac ne može da odbije da zaključi ugovor o radu sa trudnom ženom, niti joj može dati otkaz zbog trudnoće ili korišćenja porodiškog odsustva, odsustva sa rada zbog nege deteta i korišćenja roditeljskog odsustva (koja prava pripadaju i ocu deteta). I u pravu Crne Gore produžava se radni odnos na određeno vreme do isteka korišćenja prava na porodiško odsustvo, ukoliko ugovor o radu na određeno vreme ističe u periodu korišćenja ovog prava. Čl. 108, st. 1-4 Zakona o radu, *Sl. list CG*, br. 49/2008, 26/2009 – ispr., 88/2009 – dr. zakon, 26/2010 – dr. zakon, 59/2011, 66/2012, 31/2014 i 53/2014 – dr. zakon.

³⁵ Branko Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2012, 742.

³⁶ U situaciji kada zaposlenoj prestane radni odnos na određeno vreme istekom roka na koji je zasnovan, irelevantna je okolnost da poslodavac nije doneo rešenje kojim se zaposlenom otkazuje ugovor o radu, jer je takvo postupanje nepotrebno. Isto tako, nije od značaja ni okolnost da u trenutku obaveštavanja poslodavca i dostavljanja odgovarajuće potvrde trudnica nema status zaposlene, već radi po osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova, ukoliko obavesti poslodavca u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa na određeno vreme o postojanju trudnoće. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 1558/2015 od 02.12.2015. godine (www.vk.sud.rs, 19. avgust 2017).

³⁷ Čl. 187 Zakona o radu.

³⁸ Prilikom utvrđivanja viška zaposlenih i ukidanja radnih mesta usled ekonomskih i organizacionih promena, zaposlene mogu da budu obuhvaćene zaštitnim odredbama, samo ukoliko obaveste poslodavca o postojanju trudnoće i dostave odgovarajuće potvrde ovlašćenog lekara ili drugog nadležnog organa. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 2458/2015 od 14.04.2016. godine (www.vk.sud.rs, 19. avgust 2017).

divanje viška zaposlenih, jer bi predstavljalo diskriminaciono postupanje vezano za korišćenje prava zaposlenih koji im pripadaju.³⁹

2. RADNOPRAVNA ZAŠTITA TRUDNICA I PORODILJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

U pravu Evropske unije poklanja se velika pažnja principu jednakog tretmana u zaposlenju i zanimanju, kao i zabrani diskriminacije. Od posebnog značaja za razmatranje radnopravnog statusa trudnica i porodilja u pravu Evropske unije je Direktiva 92/85/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica i porodilja. Poslodavac samostalno ili putem službi za bezbednost i zdravlje na radu vrši procenu svake opasnosti za bezbednost ili zdravlje i svih posledica na trudnoću, odlučuje o merama koje treba da se preduzmu i obaveštava zaposlene koje uživaju posebnu zaštitu. Ukoliko rezultati procene ukazuju na postojanje opasnosti za bezbednost i zdravlje, poslodavac preduzima potrebne mere i vrši privremenu promenu uslova rada i/ili radnog vremena,⁴⁰ da bi se izbeglo izlaganje trudnica i porodilja opasnostima. Poslodavac je u obavezi da zaposlenu premesti na drugo radno mesto, ukoliko je promena uslova rada i/ili radnog vremena tehnički i/ili objektivno neizvodljiva. Nadalje, ukoliko je premeštaj na drugo radno mesto tehnički i/ili objektivno neizvodljiv, ili ne može da se zahteva iz dokazano opravdanih razloga, zaposlenoj se dodeljuje odsustvo u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom država članica Evropske unije za ceo vremenski period koji je potreban da se obezbedi zaštita njene bezbednosti i zdravlja. Rizici po bezbednost ili zdravlje trudnica od izlaganja štetnostima i uslovima rada propisani Direktivom 92/85/EEZ u potpunosti su transponovani u pravo Republike Srbije Pravilnikom o merama za bezbedan i zdrav rad zaposlene žene za vreme trudnoće, porodilje i zaposlene koja doji dete.

Ukoliko se na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa utvrdi da je štetan noćni rad za bezbednost i zdravlje zaposlene za vreme trudnoće i u periodu neposredno nakon porođaja u pravu Evropske unije preduzimaju se potrebne mere, koje podrazumevaju premeštaj na dnevni posao, odnosno odsustvo sa rada

³⁹ Čl. 157 Zakona o radu.

⁴⁰ Direktivom Saveta 89/391/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu regulisane su opšte obaveze poslodavaca u pogledu preduzimanja potrebnih mera za zaštitu bezbednosti i zdravlja zaposlenih, uključujući prevenciju profesionalnih rizika, pružanje informacija, obuke i potrebna sredstava. Čl. 6 Direktive Saveta 89/391 od 12. juna 1989. o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu (Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, *Official Journal of the European Communities*, L 183, 29. jun 1989.), 1–8.

ili produženje porodiljskog odsustva, kada je takav premeštaj tehnički i/ili objektivno neizvodljiv ili se ne može zahtevati iz dokazano opravdanih razloga.

Porodiljsko odsustvo u pravu Evropske unije traje najmanje 14 nedelja neprekidno, (mora da uključuje period od najmanje dve nedelje) koje se raspoređuju pre i/ili nakon porođaja, a određuje se saglasno nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom država članica.⁴¹ U skladu sa načelima jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu zapošljavanja i obavljanja zanimanja, pravo na porodiljsko odsustvo ima i otac deteta i ukoliko majka nije zaposlena ili ne obavlja nikakvu delatnost.⁴²

Trudnice u pravu Evropske unije (u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom) imaju pravo na plaćeno odsustvo s posla radi obavljanja trudničkih pregleda, ako se isti moraju obaviti u radno vreme.

Trudnicama i porodiljama u pravu Evropske unije garantuju se i prava vezana za ugovor o radu, uključujući redovnu isplatu plata i/ili pravo na odgovarajući dodatak. Pored svih prava vezano za ugovor o radu za vreme porodiljskog odsustva obezbeđuje se redovna isplata zarada i/ili pravo na odgovarajući dodatak u najmanje jednakom iznosu, koji bi zaposlena dobijala u slučaju prekida radne aktivnosti iz zdravstvenih razloga. Državama članicama Evropske unije pruženo je diskreciono pravo, da za isplatu zarade i dodataka trudnicama i porodiljama zahtevaju ispunjenje uslova, koji se regulišu nacionalnim zakonodavstvima. Međutim, Direktiva 92/85/EEZ propisuje ograničenje da ni u kom slučaju države članice ne smeju da uslovljavaju isplatu zarada i dodataka trudnicama i porodiljama, zaposlenošću u trajanju duže od 12 meseci neposredno pre očekivanog datuma porođaja.⁴³ Direktiva 2006/54/EZ predviđa da žena koja koristi porodiljsko odsustvo ima pravo po isteku istog, da se vrati na svoje ili istovetno radno mesto, pod uslovima koji za nju nisu manje povoljni i ima pravo da koristi sva poboljšanja radnih uslova na koja bi imala pravo za vreme odsustva.⁴⁴

⁴¹ Čl. 4-8 Direktive Saveta 92/85/EEZ od 19. oktobra 1992. o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja na radu zaposlenih trudnica, porodilja ili dojilja (deseta pojedinačna direktiva u smislu člana 16. stav 1. Direktive 89/391/EEZ), u daljem tekstu: Direktiva Saveta 92/85/EEZ – Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *Official Journal* L 348, 28/11/1992.

⁴² Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-222/14 (Konstantinos Maïstrellis v Ypourgos Dikaïosynis, Diafaneias kai Anthropon Dikaïomaton) od 16. jula 2015., *Digital reports* (Court Reports – general), ECLI identifier: ECLI:EU:C:2015:473.

⁴³ Čl. 9 i čl. 11 Direktive Saveta 92/85/EEZ.

⁴⁴ Čl. 15 Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 2006/54/EZ od 5. jula 2006. o implementaciji načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i zanimanja (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment

U cilju obezbeđivanja prava na bezbednost i zdravlje na radu trudnica i porođilja, države članice Evropske unije preduzimaju potrebne mere kako bi zabranile otpuštanje zaposlenih iz ove kategorije u periodu od početka trudnoće do kraja porođiljskog odsustva. Otkaz trudnicama i porođiljama može da se da samo u vanrednim slučajevima nevezanim za njihovo stanje, kada to dopušta nacionalno zakonodavstvo i/ili praksa, a po potrebi uz pristanak nadležnog organa. Ukoliko trudnica ili porođilja bude otpuštena u periodu od početka trudnoće do kraja porođiljskog odsustva (14 nedelja raspoređenih pre i/ili nakon porođaja), poslodavac mora pismeno da navede opravdane razloge za njeno otpuštanje i da ih potkrepi dokazima.⁴⁵ Sud pravde u svojoj praksi je zauzeo stav da član 10 Direktive 92/85/EEZ treba da se tumači tako da onemogućava otpuštanje zaposlene zbog trudnoće i u slučaju ako je angažovana na određeno vreme, nije obavestila poslodavca o postojanju trudnoće (iako je tu činjenicu znala u trenutku zaključenja ugovora o radu) i zbog trudnoće nije bila u mogućnosti da radi značajni deo perioda važenja ugovora.⁴⁶ Zanimljivo je da Sud pravde smatra da se čl. 45 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije mora tumačiti tako, da žena koja se odrekne posla ili traženja posla zbog fizičkih ograničenja kasnih faza trudnoće i posledica porođaja zadržava status „radnika“ u kontekstu slobode kretanja lica pod uslovom, da se vrati na posao ili da pronade drugi posao u razumnom periodu nakon rođenja deteta.⁴⁷

U svoj nacionalni pravni sistem države članice uvode potrebne mere kako bi se pružila pravna zaštita trudnicama i porođiljama (u sudskom postupku i/ili obraćanjem drugim nadležnim organima) koje smatraju da su im povređena garantovana prava ili da su oštećene zbog neispunjenja propisanih obaveza.⁴⁸

Revidirani Okvirni sporazum o porođiljskom odsustvu koji su zaključili BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC⁴⁹ propisuje minimalne zahteve s

of men and women in matters of employment and occupation), *Official Journal of the European Union* L 204, 26.7.2006.

⁴⁵ Roger Blanpain, *European labour law*, Kluwer Law International, Eleventh revised edition, Alphen aan den Rijn 2008, 568.

⁴⁶ Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-109/00 (Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)) od 04. oktobra 2001., *European Court reports* 2001, I-6993.

⁴⁷ Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-507/12 (Jessy Saint Prix v Secretary of State for Work and Pensions) od 19. juna 2014., *Digital reports* (Court Reports – general), ECLI identifier: ECLI:EU:C:2014:2007.

⁴⁸ Čl. 12 Direktive Saveta 92/85/EEZ.

⁴⁹ Ugovorom o funkcioniranju Evropske unije predviđena je mogućnost institucijama, da dopunjavaju delovanje država članica, između ostalog i na području ravnopravnosti muškaraca i žena u pogledu participacije na tržištu rada i postupanja na radnom mestu. Socijalni dijalog na nivou Unije može da dovede do ugovornih odnosa, uključujući i sporazume, a socijalni partneri mogu zahtevati da se odlukom Saveta na predlog Komisije sprovedu sporazumi koje su zaključili na

ciljem da se olakša zaposlenim roditeljima usklađivanje roditeljskih i profesionalnih obaveza, uzimajući u obzir sve veću raznolikost porodičnih struktura. Sporazumom su obuhvaćeni ne samo zaposleni koji su u radnom odnosu, već i sva lica koja imaju zaključen ugovor o radu, uključujući radnike koji rade skraćeno radno vreme, ugovorne radnike na određeno vreme ili lica koja ugovor o radu ili o radnom odnosu imaju sa agencijom za privremeno zapošljavanje, a saglasno zakonima, kolektivnim ugovorima, odnosno praksom država članica. Porodiljsko odsustvo pripada zaposlenim muškarcima i ženama za rođenje i nege deteta najkasnije do osme godine života, što određuju države članice i/ili socijalni partneri. Okvirni sporazum predviđa da porodiljsko odsustvo treba da traje najmanje četiri meseca, a ističe se da bi trebalo predvideti da barem jedan mesec bude neprenosiv u cilju promocije jednakih mogućnosti i ravnopravnog postupanja prema muškarcima i ženama.⁵⁰ Sud pravde Evropske unije istakao je da rođenje blizanaca ne daje pravo na duži period trajanja porodiljskog odsustva, saglasno broju rođene dece. Međutim, u kontekstu principa jednakog tretmana, nacionalni zakonodavac treba da uspostavi režim porodiljskog odsustva, koji obezbeđuje tretman roditelja blizanaca saglasno njihovim posebnim potrebama, a dužnost nacionalnih sudova je da utvrde da li propisi država članica ispunjavaju taj zahtev.⁵¹

Zakonima država članica i/ili kolektivnim ugovorima regulišu se uslovi za pristup korišćenju i pravila primene porodiljskog odsustva uz poštovanje minimalnih zahteva iz Sporazuma, uz mogućnost uvođenja i povoljnijih odredbi za zaposlene. Države članice i/ili socijalni partneri mogu posebno da odluče da li se porodiljsko odsustvo garantuje za lica koja rade puno ili skraćeno radno vreme, kao i da li će ovo pravo dodeliti zavisno od ispunjenja uslova vezano za trajanje zaposlenja i/ili službe, ali ne duže od godinu dana (posebno uzimajući u obzir zbir

nivou Unije. Čl. 153, st. 1 tač. (i), čl. 155 Prečišćenog teksta Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 202, 7.6.2016.). Direktivom 2010/18/EU stupio je na snagu revidirani Okvirni sporazum o porodiljskom odsustvu koji su 18. juna 2009. zaključile evropske organizacije socijalnih partnera (BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC) – u daljem tekstu: Sporazum o porodiljskom odsustvu. Čl. 1 Direktive Saveta 2010/18/EU od 8. marta 2010. o sprovođenju revidiranog Okvirnog sporazuma o porodiljskom odsustvu koji su zaključili BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC i o stavljanju van snage Direktive 96/34/EZ (Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC), *Official Journal of the European Union* L 68, 18.3.2010.

⁵⁰ Klauzule 1 i 2 Sporazuma o porodiljskom odsustvu.

⁵¹ Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-149/10 (Zoi Chatzi v Ypourgos Oikonomikon) od 16. septembra 2010., *European Court Reports* 2010 I-08489, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2010:534.

uzastopnih ugovora na određeno vreme kod istog poslodavca).⁵² Okolnosti u kojima se poslodavcu, nakon savetovanja u skladu sa nacionalnim pravom, kolektivnim ugovorima i/ili praksom, dopušta odlaganje davanja porodiljskog odsustva iz opravdanih funkcionalnih razloga, isto tako se određuju od strane država članica i/ili socijalnih partnera, kao i rokovi u kojima zaposleni moraju da obaveste poslodavca o korišćenju prava na porodiljsko odsustvo (navodeći početak i kraj odsustva). Države članice i/ili socijalni partneri uslove za korišćenje prava na porodiljsko odsustvo, po potrebi prilagođavaju potrebama roditelja dece sa invaliditetom ili dugotrajnom bolešću.⁵³

Zaposleni i poslodavci se podstiču da održavaju kontakt za vreme trajanja porodiljskog odsustva da bi se olakšao povratak na posao nakon njegovog isteka,⁵⁴ a mogu i da se dogovore o primerenim merama za ponovno uključanje u proces rada o čemu odlučuju obe zainteresovane strane, uzimajući u obzir nacionalno pravo, kolektivne ugovore i/ili praksu. Nakon okončanog porodiljskog odsustva korisnici imaju pravo da se vrate na isti posao ili ako to nije moguće, na istovetan ili sličan posao, u skladu sa njihovim ugovorom o radu ili o radnom odnosu. Korisnici prava na porodiljsko odsustvo po povratku na posao mogu na određeno vreme da zatraže promene radnog vremena i/ili rasporeda rada, a poslodavac nakon razmatranja zahteva donosi odluku, vodeći računa o svojim i o potrebama zaposlenih (na primer: poslodavac može da odobri zaposlenom rad sa nepunim radnim vremenom da bi uskladio profesionalne sa privatnim obavezama u pogledu rada institucija za čuvanje ili edukaciju dece).⁵⁵ Zaposlenima pripada i pravo na odsustvo (sa ograničenim trajanjem u toku godine i/ili vezano za određene slučajeve) zbog više sile iz hitnih porodičnih razloga u slučaju bolesti ili nesreće, zbog kojih je potrebno njihovo prisustvo. Države članice i/ili socijalni partneri da bi osigurali nesmetano korišćenje prava na porodiljsko odsustvo u praksi moraju da preduzmu potrebne mere, kako bi zaštitili zaposlene od postupaka, koji su za njih nepovoljniji ili od otpuštanja zbog prijavljene potrebe za korišćenje predmetnog prava.⁵⁶

⁵² Catherine Barnard, *EU employment law*, Oxford University Press, Fourth edition, Oxford 2012, 421.

⁵³ Klausula 3 Sporazuma o porodiljskom odsustvu.

⁵⁴ Sud pravde Evropske unije je zauzeo stav da žena koja koristi porodiljsko odsustvo ne može da bude isključena iz stručnog osposobljavanja, koje je sastavni deo njenog posla i koje je obavezno za dobijanje trajnog imenovanja na mesto službenika, kao i za poboljšanje njenih radnih uslova i pored obećanja da će biti obuhvaćena u okviru sledećeg osposobljavanja čiji je datum realizacije neizvestan. Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu C-595/12 (Loredana Napoli v Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria) od 6. marta 2014., *Digital reports* (Court Reports – general) ECLI identifier: ECLI:EU:C:2014:128.

⁵⁵ Anne Davies, *EU Labour Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012, 138.

⁵⁶ Klausule 5 – 7 Sporazuma o porodiljskom odsustvu.

ZAKLJUČAK

Eliminacija diskriminacije trudnica i porodilja pri zapošljavanju i na radu, predstavlja izraz načela jednakog tretmana i jednakih mogućnosti muškaraca i žena. Posebna zaštita trudnica i porodilja ne podrazumeva samo regulisanje zabrane diskriminacije, već i normiranje brojnih pratećih instituta koji bi zaštitili njihovu i bezbednost i zdravlje deteta, poput zabrane da rade na štetnim poslovima, zaštite od prekovremenog i noćnog rada, odnosno preraspodele radnog vremena uz saglasnost. Isto tako, zaštita zdravlja trudnice i deteta obezbeđuje se i plaćenim odsustvom sa rada u toku dana, radi obavljanja zdravstvenih pregleda, pravom na odsustvo sa rada zbog bolesti i komplikacija u vezi sa trudnoćom uz naknadu zarade, a od posebnog značaja su i pravo na porodiljsko i odsustvo sa rada radi nege deteta. Krucijalna prava vezuju se za posebnu zaštitu od otkaza ugovora o radu za vreme trudnoće, porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta, kao i za produženje radnog odnosa na određeno vreme do isteka korišćenja prava na odsustvo.

Iz razmatranih odredbi prava Evropske unije pouka za dalji razvoj prava Republike Srbije sastoji se u činjenici da regulisanje predmetne materije treba da ispunji cilj propisivanja zaštite, a to je očuvanje bezbednosti i zdravlja majke i deteta, odnosno pružanje potrebne nege detetu i to ne samo u teoriji, već i u praksi. Zadovoljavajući regulatorni nivo u domaćem pozitivnom pravu treba da bude samo osnov za afirmativni razvoj radnopravne zaštite trudnica i porodilja, jer pored diskriminatornog tretmana prilikom zapošljavanja, u praksi im je često onemogućeno usavršavanje i napredovanje. Isto tako, u praksi dolazi i do nepoštovanja prava na očuvanje istog ili istovetnog jednako plaćenog radnog mesta nakon povratka s odsustva, što ima posebno negativan uticaj na reintegraciju predmetne kategorije zaposlenih na tržištu rada, što nadalje ispoljava i negativne demografske konsekvence, jer su žene primorane da biraju između razvoja karijere i ostvarenja porodice. Samim tim, potrebna je kontinuirana edukacija žena koje planiraju potomstvo, trudnica i porodilja o njihovim pravima i obavezama, da bi u praksi mogle da koriste nepropisno postupanje poslodavaca ili da zatraže institucionalnu zaštitu povređenih prava. Pomirenje profesionalnih i porodičnih obaveza (posebno imajući u vidu krizu tradicionalnog koncepta porodice) i povećanje kompetitivnosti žena na tržištu rada, obezbedilo bi se i povećanjem broja ustanova za čuvanje i brigu o deci, kao i adaptacijom njihovog radnog vremena saglasno potrebama zaposlenih žena. U cilju demarginalizacije predmetne kategorije žena na tržištu rada, potrebno je promovisati uključenje očeva u ravnomernoj raspodeli porodičnih obaveza i korišćenje regulisanih odsustva radi nege i brige o deci.

Aleksandra T. Popović, Ph.D.
a_aleksandra@yahoo.com

Labour Law Protection of Pregnant and Women who have recently given Birth in the Law of the Republic of Serbia and the European Union

Abstract: *Consideration of the labor law protection of pregnant and women who have recently given birth in the law of the Republic of Serbia is a continuously current, taking into account the need for legislative and practice improvement, so a review of European union law is of special importance. An analysis of the special protection of this category of employees in *acquis communautaire* is necessary to determine the directions for the development of domestic positive law and to find adequate normative measures for providing essential support. In addition to the legislative review of the vulnerable status of pregnant and women who have recently given birth, it is also important to pay attention to the practical implementation of regulations, as this prevents discrimination in employment and at work.*

Keywords: *labour law protection of pregnant women, labour law protection of women who have recently given birth, labor law of the Republic of Serbia, labor law of the European union.*

Datum prijema rada: 31.08.2017.

Marija D. Mijatović, Ph.D., Legal Trainee
mrksicmarija@gmail.com

THE CURRENTNESS OF THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS – EFFECTS OF BOTTOM-UP METHOD OF LAW HARMONIZATION

Abstract: *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts have recently been published in their fourth edition, prompting the analysis of the origin of such a great success of this multifunctional instrument. Namely, this soft law regulation, although formally non-binding has significant de facto legal effects: it is a model law for many legal systems, it can be used as the law governing contracts, in processes before courts and arbitration tribunals, and as a means of interpretation and supplementation of uniform instruments. In this paper, the role of the so-called bottom-up approach was observed as an academic, non-sanctioned method of law harmonization that was applied in the making and developing of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. This regulation is an obvious example of advantages that can be achieved by the creative normative process of the most esteemed experts not limited by the political imperative of the states they hail from. Their results achieve success because of the quality of their solutions and by doing so they promote alternative methods of harmonization of international commercial law.*

Keywords: *bottom-up method, harmonization of law, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, soft law.*

1. BOTTOM-UP METHOD OF HARMONIZATION OF LAW

At the international level, theorists have been noting the striking reproduction of “manufacturers” of law, sources of law and privatization of legal regimes¹. Namely, different law harmonization methods appear in response to the need for

¹ Stefan Vogenauer, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann), Oxford 2006, 879.

converging national legal orders. In the European Union (hereinafter: the EU), they are implemented in general with primary, and more specifically, with secondary sources of law. On the wider, world level, international conventions prove to be the most effective means of unification. In these cases standard, traditional hard law sources are used with indisputable achievements. However, apart from the obvious advantages, these types of regulations are marked with certain shortcomings, prompting records of the “loss of momentum”² of conservative processes of unification of law. First of all, the process of their adoption is burdened by the need to reach a compromise among representatives of different legal systems, directly influencing the possibility of achieving innovative and precise normative solutions. Furthermore, the process of their adoption is often lengthy and administratively, bureaucratically and financially exhausting. Then, once adopted, a convention has to be ratified internally in the state, further extending the period of entry into force, with the constant possibility for the rules set out in it to become obsolete. Moreover, the increasingly complicated situation is contributed by many new international issues (for example, mixed contracts) on which states cannot reach an agreement, nor anticipate the effects of possible incorporation into their own system. Consequently, as a result of the partial overcoming of traditional law creation methods, the unconventional normative role of various international organizations and private bodies becomes stronger. For example, the process of spontaneous unification of international law by professional non-governmental organizations is already recognized as dominant and is also called private unification. Namely, the above factors have made room for more innovative types of legal activity, that is, different ways of achieving the same goals. It is about using relatively new and, from certain doctrinal points of view, controversial soft law instruments³ which are the basic way of “normative expression” of the advocates of the so-called bottom-up method of harmonization of law.

Bottom-up or ‘from below’ method, as an alternative approach to harmonization of law, is based on the activities of international governmental and non-governmental organizations and various non-legislative bodies (groups of legal theoreticians and practitioners) resulting in regulations whose application is only recommended (soft law) but which acquire credibility by justifiability of normative solutions. These are primarily private initiatives, with, as a rule, prominent lawyers standing behind. This is the reason why the names of the most deserving individuals are linked to projects (the most obvious example is Principles of Eu-

² Jurgens Basedow, “The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and Its Components”, *Legal Studies* 2/1998, 122.

³ Soft law sources are a set of non-binding rules of heterogeneous form (principles, model laws, model contracts, recommendations, etc.) that do not arise in the usual legislative processes but produce significant de facto legal effects.

ropean Contract Law – Lando Principles). Such a method implies the freedom of contracting parties and courts to apply such established regulations as chosen law, so it is also called optional. In any case, it is a supranational, non-centralistic, academic method of harmonization of law that is best implemented in the EU. It is also called the non-invasive method, and in relation to the “top-down” method, the distinction *imperio rationis* and *ratione imperii* is also used. Therefore, the essence of the bottom-up method is that professional and academic public should, on its own, formulate appropriate formally non-binding legal rules that would eventually gain in authority and be applied in practice.⁴ On the contrary, by top-down (invasive, centralistic) approach, uniform rules should be adopted by the authorities and imposed from the above by threat of sanctions (as is the case with conventions or national laws – hard law regulations).

The representatives of bottom-up method often perform selective harmonization as they are not conditionally required to harmonize entire fields. They also freely choose the highest quality provisions from all possible legal sources as they are not limited by attempts to imitate a law typical of a particular system,⁵ nor are they imposed to achieve maximum democratic compliance with existing national legislations. Thus, they are guided by the most current solutions that will correspond to the practice of businessmen, so by minimizing political constraints, the focus is shifted on the groundness and cost-effectiveness of the proposed provisions. By its content, bottom-up method corresponds to the so-called common core approach, which consists of a comparative analysis of certain systems aimed at determining the existence of similar norms⁶. Nevertheless, on the basis of the better rule approach, experts can also recognize that a more appropriate regulation of an issue is a solution that is specific or less represented, or which is an innovative common view.

Today the academic activity is organized into specific intellectual groups with specific research objectives.⁷ Certainly, the legislative role of legal science, even pretty widely interpreted, is a rather sensitive issue since it is not considered a formal source of law. Nevertheless, its contribution shows that legally usable solutions do not need to necessarily originate solely from an international or national legislative body. Namely, the bottom-up approach, along with soft law sources,

⁴ Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad 2008, 76.

⁵ This “freedom” in choice of both civil law and common law solutions is observed through the prism of interweaving processes of Americanization and Europeanization of laws.

⁶ In this context, the comparative method has gradually evolved from the opposing method to the integration method. Xavier Blanc Jouvan, “Reflections on the Common Core of a European Private Law Project”, *Global Jurist Frontiers* 1/2001, 54.

⁷ Examples include Pavia or Gandolfi Group working on the Project of the European Contract Code; The project of Common Core of European Private Law at the Law School in Trent; The European Civil Code project entrusted to the Study Group for the European Civil Code, etc.

corespondes to more spontaneous harmonization of law. Viewed strictly from a political point of view, the acceptance of normative standards in soft law forms can be understood as a recognition that firm state control over the international process of creating law has weakened or that the theory of monism, which considers the state the sole creator of law, is relativized. One thing is for sure – international, national and European Union levels are no longer the only normative possibilities as “the continuing coexistence of laws stems from conservative but also private international regulations.”⁸

Furthermore, the complexity of contemporary bottom-up processes of harmonization is noticeable in the case of the so-called new *lex mercatoria* (soft law in international commercial law).⁹ Namely, it develops at the crossroads of international organizations in the capacity of the so-called formulating agencies (e.g. International Institute for the Unification of Private Law – hereinafter referred to as: UNIDROIT, United Nations Commission on International Trade Law, hereinafter referred to as: UNCITRAL, International Chamber of Commerce, hereinafter referred to as: ICC),¹⁰ and *ad hoc* groups and private initiatives. In this way, a kind of autonomous international codification is carried out, expressing the interests of professional and business circles without the need for formal unification. The practice and acceptance of this alternative approach clearly show that the response to the harmonization needs of international commercial law lies in combining the bottom down and bottom-up methods and their hard law and soft law instruments.

Certain soft law acts in international commercial law have justified the bottom-up method to such an extent that it is argued that it is best to leave the formulation of international trade rules of a higher level of abstraction to theoreticians, while the governments (insufficiently motivated to dedicate themselves to projects whose ultimate goal is not a legal operational instrument) should regulate more detailed questions where the rules are mostly compulsory.¹¹ Specifically, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts that will be at the centre of further consideration are deemed the most successful example of this harmonization method.

⁸ Jan Smits, „The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward“, *European Review of Contract Law* Vol. 3, 2008, 270.

⁹ This source of law covers a wide body of rules: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law, Model Laws such as Model Law on International Commercial Arbitration and Model Contracts (primarily Geneva General Terms and Conditions and Type Contracts), Incoterms Rules, etc.

¹⁰ Term ‘formulating agency’ has been used lately for international organizations of importance for the formulation of legislative trade policy.

¹¹ Jose Angelo Estrella Faria, “Future Directions of Legal Harmonization and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?”, *Uniform Law Review* Vol. 14, 1-2/2009, 13.

2. THE DEVELOPMENT AND IMPORTANCE OF THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

UNIDROIT has made a capital contribution to the harmonization of commercial law by adopting the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (hereinafter: the UNIDROIT Principles).¹² The preparation of this regulation was delegated to the study group formed by experts in the field of international commercial and contract law from every continent (from civil law and common law systems, and socialist and market economies). The participants acted exclusively in private capacity, without the obligation to represent the interests of their governments, which was the backbone of the applied bottom-up method.

The legal sources of the project were primarily the American Uniform Commercial Code, the Restatement (Second) of the Law of Contracts, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods from 1980 (hereinafter: the Vienna Convention) and the non-legislative international commercial rules (Principles of European Contract Law). It was, precisely, the negative sides of the Vienna Convention (which was, off course, the exceptional bottom down harmonization achievement and the absolute legislative maximum at the moment) that “decided” that UNIDROIT should abandon the idea of a binding instrument and prepare the restatement of international contract law. Moreover, the non-binding nature of the UNIDROIT Principles seemed appealing, not problematic, and informal codification of transnational commercial law was called “the order of the day”.¹³ Considering that the UNIDROIT Principles were not intended to face the fate of a hard law instrument, it was possible (in the matter in which the field of application of these two regulations overlaps) to deal with issues not covered by the Convention (authority of agents, hardship, etc.) or which, as a consequence of compromise, needed to be further interpreted (e.g. the principle of good faith). Moreover, in addition to the basic and preferred approach – searching for a common core, exceptional rules that were considered the most suitable and did not represent the most common solutions, were adopted through the “better rule approach”. The group characterized its work as a functional legal comparison with the aim of creating a harmonized range of rules to be applied worldwide regardless of the legal traditions and economic and political conditions of the countries in which they will be implemented.

The first version of the UNIDROIT Principles was published in 1994. Having enjoyed great success, the conclusion was reached that they should be reworked

¹² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts from 2016, <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 24 January, 2018.

¹³ Klaus Peter Berger, “The Principles of European Contract Law and the Concept of the Creeping Codification of European Contract Law”, *European Review of Private Law* Vol. 9, 2001, 30.

and supplemented, so the new version appeared in 2004 (with new chapters on obligation set-off, limitations periods, etc.)¹⁴. By the third version of the Principles from 2010, the number of provisions increased from 185 to 211 (including rules of invalidity and conditions for concluding contracts and amending provisions regarding termination of contracts, restitution, etc.). The latest version from 2016 only marginally amended six provisions to take into account the specificity of long-term contracts.¹⁵

By their content, the UNIDROIT Principles relate to fundamental issues regarding international commercial contracts. They represent a transnational, flexible instrument that allows the convergence of national regulations and seeks to prevent the emergence of disputes. They are considered a particularly authoritative expression of the current consensus on international legal rules governing international commercial transactions. They are significant for the process of creating the so-called world traders' law and represent a non-legislative codification of the general part of the international commercial contracts law. Formulation of Article 1.7 of the Principles – the principle of good faith and fair dealing is called the Magna Charta of International Commercial Law, while some theoreticians consider the UNIDROIT principles a new *ius commune*.¹⁶ Solutions incorporated in them reflect the essence of modern business dealings. They are one of the most accepted and praised soft law regulations. They are not a rigid and limiting legal source, but leave a lot of room for adaptation; although they are of a dispensable nature, they can be deemed a step of capital importance towards the globalization of legal thinking.

The fact that the UNIDROIT Principles are a product of a group of independent experts who worked under the auspices of an international organization certainly has its own advantages. Not only has this paved the road towards greater discretion in acting, but it also enabled flexibility and quicker harmonization with the changing conditions of international commercial practice. In this regard, there is no fear of unjustified “pretending” to the regulation of a certain legal issue, since the UNIDROIT Principles will be applied only if they prove to be of quality and suitability for a specific situation and its subjects. Finally, UNIDROIT is free to make changes whenever it proves to be necessary or can simply remove those

¹⁴ Dušanka Đurdev, „Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo iz 2009. godine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 2/2010, 69.

¹⁵ Texts of the above versions of the UNIDROIT Principles are available at <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004>; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010>; <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 11 May, 2018.

¹⁶ Michael Joachim Bonell, “UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?”, *Uniform Law Review* Vol. 2, 1996, 245.

provisions found to be inadequate for the market, which is why they are already experiencing their fourth edition.

3. THE UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS FIELD OF APPLICATION

The data of the Center for Transnational Law and the UNILEX database are primarily used for the purpose of globally monitoring the implementation of the possible ways of applying the UNIDROIT Principles envisaged in the Preamble (paragraphs 1-7). Research shows that the UNIDROIT Principles are used in all imagined ways but due to the often contracted confidentiality or explicit non-stating of the UNIDROIT Principles as a source, it is not possible to accurately state how much they are actually used, so it is certain that this scope is even wider than the formally recorded. Given that the UNIDROIT Principles belong to soft law, they are applied on the basis of autonomy of the will. The Model Clauses for the implementation of the UNIDROIT Principles were published in 2013 and by their incorporation, the interested parties can most efficiently benefit from this multifunctional instrument.

3.1. The UNIDROIT Principles in the function of model law

The UNIDROIT Principles as model law affect the processes of legal reforms of states still adapting to modern normative standards as well as those with highly developed legal systems. In this capacity, they are shown as an exceptional soft law and bottom-up harmonization achievement.

Thus, for example, the UNIDROIT Principles have been referenced to when drafting the civil codes of the Czech Republic, Estonia, the Canadian province of Quebec, and the new codes of the Russian Federation and the Netherlands. The US Uniform Commercial Code has been revised in order to harmonize its provisions with the UNIDROIT Principles. The French-speaking countries of Africa have prepared their General Commercial Code under the influence of the UNIDROIT Principles.¹⁷ They were used in the Proposal for reform of the rules on interpreting legal acts published in 1996 by the Scottish Legal Commission, as well as in the Proposal for reform of the general rules on commercial contracts in the Spanish Commercial Code. They served as a modernization model for the contract law of the People's Republic of China, Mongolia, Georgia, Vietnam and as a form used for the adoption of the civil laws of Australia, Lithuania and Hungary.¹⁸ The German

¹⁷ Ivanka Spasić, „UNIDROIT – Doprinosi unifikaciji nekih od najvažnijih pitanja međunarodnog trgovinskog prava“, *Strani pravni život* 2/2009, 33.

¹⁸ Huang Dahan, „The UNIDROIT Principles and their Influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China“, *Uniform Law Review* Vol. 8, 2003, 107.

Civil Code was partly inspired by the contents of the UNIDROIT Principles, and they were also used during the modernization of contract law in the Organization for Economic Co-operation and Development and the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa¹⁹. Furthermore, the UNIDROIT Principles' provisions regarding the limitation periods were used in 2008 as an inspiration during the reform of the French law on statutes of limitations related to private-legal relations. Also, the International Chamber of Commerce in Paris created a Model Clause on Hardship, the solutions of which are inspired by the UNIDROIT Principles. They represent a significant reference of legal inspiration in other soft law projects within the EU, such as the Draft Common Frame of Reference for European Private Law²⁰ and the Principles of the European Insurance Contract Law.

3.2. The UNIDROIT Principles as applicable contract law

The UNIDROIT Principles are a law governing a contract when the parties incorporate them fully or partially into the contract, or when they are designated by the parties in a contractual clause as the law under which the contract is to be implemented and possible disputes are to be resolved. They are most often used in contracts for the international sale of goods, contracts for commercial agency and other forms of distribution and franchising contracts, but also with transport and insurance contracts.²¹ It is certainly easier for parties to use a ready-made source of provisions for their contract. In this way, they save time but also use tried-and-true provisions created by experts. Also, contracting parties belonging to different legal systems face the problem of different legal terminologies. Using the UNIDROIT Principles, they are enabled to use a legally neutral terminology variant available in all major languages of the world. Furthermore, in the case when two unequal parties negotiate, it is common for a stronger party to impose the choice of law. It can, however, do this in favour of regulating the contract by the UNIDROIT Principles to avoid its unpredictable national law.²² Also, for small and medium businesses, the UNIDROIT Principles are particularly appealing as these entities are not usually able to comparatively search through the laws to find the most suitable solution for them, so the UNIDROIT Principles are a significant, neutral and immediately ready set of rules. In this context, businesspeople in Serbia would certainly benefit from a more widespread turning to this instrument.

¹⁹ I. Spasić, 33.

²⁰ D. Đurđev, „Soft law u evropskom komunitarnom pravu“, *Zbornik radova PFNS* 1/2013, 107.

²¹ Radovan Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac 2012, 357.

²² For example, it is stated that „businessmen from Russia consider that the UNIDROIT Principles provide a better, more elaborate and generally accepted regulation of issues relating to business transactions.“ Alexander Komarov, „The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Russian View“, *Uniform Law Review* Vol. 1, 1996, 247.

3.3. The UNIDROIT Principles in proceedings before arbitration tribunals

Arbitration tribunals apply the UNIDROIT Principles: a) if the parties have specifically referred to their application in the event of a dispute;²³ b) if the parties have agreed to apply general legal principles, *lex mercatoria* and the like; c) where it is impossible to determine the governing law or the rule of governing law;²⁴ d) when they are used as sources of interpretation and supplementation of international uniform regulations.

The UNIDROIT Principles can be applied before arbitration tribunals since the laws of a large number of countries (based on the Model Law on International Commercial Arbitration from 1985) allow the parties to choose “legal rules” and not just the “law” of a country, leaving them to choose to turn to non-national and supranational rules.²⁵ Such an example was also followed in Serbia by the Law on Arbitration²⁶ and the Rules on Permanent Arbitration at the Serbian Chamber of Commerce.²⁷

It should be emphasized that arbitrators at the international level use the UNIDROIT Principles as an expression of general legal principles and *lex mercatoria*²⁸ to a significant extent, and future use will show whether they will firmly establish themselves as their best and most comprehensive expression. In any case, the practice pursued by arbitrators is an important indicator of the extent to which this soft law act is accepted by the business community as a manifestation of its general principles.

3.4. The UNIDROIT Principles as a means of interpreting and filling the voids of an international uniform law

Contracting parties may explicitly agree upon subsidiary application of the UNIDROIT Principles.²⁹ On the other hand, arbitrators are referring to their pro-

²³ For example, Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=863>, 23 January 2018.

²⁴ For example, the International Commercial Arbitration at the ICC decided to apply the provisions of Art. 4.1-4.3. of the UNIDROIT Principles to a contract whose applicable law was not determined and which had insufficiently strong links with the jurisdictions of Tanzania, France, Bermuda and Rwanda (ICC International Court of Arbitration No. 11265, 2003).

²⁵ The first laws that envisaged such an option were the laws of France, Switzerland and England.

²⁶ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 46/2006, čl. 50.

²⁷ Pravilnik o Stalnoj arbitraži pri Privrednoj komori Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 101/2016, čl. 42, st. 1.

²⁸ For example. Ad hoc arbitration San José, Costa Rica, 30/04/2001, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1100> 21 February, 2018.

²⁹ For example, ICC International Court of Arbitration no. 12460, 2004.

visions most often to fill in the legal gaps that exist in the Vienna Convention (which, for example, relate to the determination of interest rates, hardship, etc.).³⁰ A representative example of such a use is the case brought before the Belgian Court of Cassation between a Dutch and French company regarding the sale of steel pipes on the basis of a contract regulated by the Vienna Convention. Considering that it did not explicitly regulate the issue of hardship, pursuant to Art. 6.2.2 of the UNIDROIT Principles, it was decided to approve the seller's request to renegotiate the price due to an increase in the price of goods in the amount of 70 per cent.³¹ Similarly, the UNIDROIT Principles were used in a dispute concerning a contract regulated by the Vienna Convention as a normative framework and evidence of the existence of international practice regarding penalty payment due to late payment of the price (which is a subject not covered by the Vienna Convention).³²

Regarding the interpretation of the Vienna Convention using the UNIDROIT Principles, the greatest number of cases relate to the issue of good faith or the issues regarding which losses, in addition to loss of profit, are recoverable (for example, pursuant to Article 7.4.2 of the UNIDROIT Principles, damage includes any loss suffered and any benefit the damaged party was deprived of, that is, the principle of full compensation for damages is adopted). Article 7 of the Vienna Convention sets out three principles that must be respected in interpreting the Convention: promoting uniformity, respect for international character and respect for good faith and fairness in international trade. Theoreticians guided by these criteria justify the use of the UNIDROIT Principles in this context by the fact that they are the result of a comparative analysis and broad international discussion and that they are adapted to the needs of disputes arising from international commercial contracts to a greater extent than any particular national legal system.³³

Certainly important is the position of arbitrators who applied the relevant provisions of the UNIDROIT Principles in a dominant number of situations for the sake of interpreting or filling legal gaps without any reasoning³⁴ or because they consider them “one of the general principles under Art. 7. para. 2 of the Vienna Convention”.³⁵ There is even a recorded situation in which the arbitration tribunal stated it would “apply the general principles now contained in the UNIDROIT

³⁰ Jelena Vilus, „Načela međunarodnih trgovinskih ugovora“, *Pravni život* 11/1998, 415.

³¹ Court of Cassation of Belgium, *Scafom International BV vs Lorraine Tubes s.a.s.*, no. C.07.0289.N, Belgium, 19/06/2009.

³² International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, no. 229/1996, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=669>, 21 October 2017.

³³ Ole Lando, „The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*“, *Private Law in the International Arena* (ed. J. Basedow), Hague 2000, 396.

³⁴ ICC Award No. 8769 of December 1996, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 75.

³⁵ ICC Award No. 8128 of 1995, *Journal de droit international*, 1996, 1024.

Principles”³⁶ or that “when applying the Vienna Convention it is of informative significance to turn to the UNIDROIT Principles as they represent a globally reached consensus on the most fundamental issues of contract law”.³⁷ It is precisely the Vienna Convention that is negatively referred to as “being a convention that for some issues codifies the agreement that there is no agreement”³⁸, and even that “although it is a binding law, the Vienna Convention should be regarded as soft law.”³⁹

Still, the question of such a use of the UNIDROIT Principles is very delicate since, in addition to being soft law regulation, they are also regulation that came into existence after the Vienna Convention. However, in our opinion, there is no reason to ignore these use values of theirs as the UNIDROIT Principles are made analogously to this Convention and allowing for its shortcomings arising from the normative solutions of compromise character (in which case the provisions need to be further interpreted) or complete avoidance of the regulation of a legal issue due to the inability to reach a consensus (in which case it is necessary to fill in a legal gap). In addition to being an expression of fundamental principles of international contract commercial law accepted by the academic and business community, a valid basis for their application may be, first and foremost, a contractually expressed commitment of the parties to this regulation as an instrument used for interpreting provisions and/or filling gaps (in the case of regular application of contractual provisions and/or court/arbitration dispute). In practice, it has been shown that both domestic courts and arbitration tribunals have a highly favourable attitude towards this purpose of the UNIDROIT Principles, thus setting an excellent example of the complementary use of the top down and bottom up regulations.

3.5. Application of the UNIDROIT Principles by national courts

The UNIDROIT Principles are applied before national courts only in so far as they do not contravene the binding norms of the applicable law. However, there is a possibility that such treatment may be changed in the future.⁴⁰ Expectedly, UNIDROIT expresses strong support for this initiative, as it would provide the possibility of finding a neutral option focused on the special aspects of international business. Certainly, it is again a questionable use of the UNIDROIT Principles, which should, by some, be avoided by simple application of *lex fori*, but on the

³⁶ ICC Award No. 8817 of December 1997, *International Court of Arbitration Bulletin*, 75-78.

³⁷ ICC Award No. 9117 of March 1998, *International Court of Arbitration Bulletin*, 96-101.

³⁸ Joseph Loofkofsky, “Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules”, *The American Journal of Comparative Law* 2/1991, 404.

³⁹ Larry DiMatteo, *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge 2013, 11.

⁴⁰ The US Uniform Commercial Code envisages the possibility for parties to agree on the implementation of the UNIDROIT Principles, while in the EU there is a similar Commission’s initiative expressed in the Green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980.

other hand theorists advocate this application of the UNIDROIT Principles by “calling on the courts to renounce the trend of insisting on the application of domestic law in favor of a solution providing both an internationally accepted standard and an exceptional level of legal certainty.”⁴¹ Certainly, it is not likely that judges will soon give up the focus on their national systems, for the simple reason of being familiar with them.

However, the role that the UNIDROIT Principles may have in the context of interpreting and supplementing the principles of domestic law relevant for the contract is very important. This function of the UNIDROIT Principles has become widely recognized as the function of restatement. For example, it is stated that the UNIDROIT Principles are useful since national rules can prove to be too rigid for the context of international contracts, or that by using them the gap between domestic legal systems and *lex mercatoria* can be overcome.⁴² Certainly, in our opinion, at least informal consulting of this soft law instrument can be implied for the above purposes.

A significant indication is, undoubtedly, the fact that in the quite a number of cases⁴³ of their use, the UNIDROIT Principles were intended to interpret the domestic law and prove whether it is consistent with internationally accepted standards. Also, it should be noted that the interpretation and supplementation of individual national laws largely concerned the laws of England, Australia, France, Italy, the Netherlands and Switzerland, which confirms that even highly sophisticated legal systems do not always provide satisfactory answers to the needs of modern commercial transactions. In any case, this function of the UNIDROIT Principles in theory⁴⁴ is considered even more important than their role as the applicable contract law. And indeed, as restatements in the US practice, the UNIDROIT Principles are, by their very nature, the most appropriate to serve as a legal background for the application of domestic law in an international context, and as such can over time become a certain form of *ius commune* or general part of international contract law.

4. CONCLUSION

The UNIDROIT Principles represent an exceptional harmonizing fruition achieved through the use of bottom-up method. The quality of the solutions pre-

⁴¹ J. Basedow, “Germany”, *A New Approach to International Commercial Contracts* (ed. M. J. Bonell), London 1999, 147.

⁴² K. P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, London 1999, 184.

⁴³ For example. ICC International Court of Arbitration, no. 11869, 1998; then ICC International Court of Arbitration – Brussels no. 8240, 1995.

⁴⁴ M. J. Bonell, “The UNIDROIT Principles 2010: An International Restatement of Contract Law”, *Uniform Law Review* 2/2011, 24.

sented by this instrument is proved by their wide and multiple use in international commercial practice: as model laws for national laws, as the law governing contracts, in proceedings before courts and arbitration tribunals, and as a means of interpreting and supplementing uniform regulations. Furthermore, the importance of this soft law regulation is such that the academic community promotes the directions of its further development in the form of: 1) the UNCITRAL's convention on the general part of contract law; 2) formal usage of the UNIDROIT Principles as a means of interpreting and supplementing the Vienna Convention – by the UNCITRAL's recommendation; 3) formal acknowledgement of the right of parties to choose the UNIDROIT Principles as the law governing the contract and a means for mediation or conciliation; 4) the adoption of the UNIDROIT Principles as a model law in the narrower sense.⁴⁵

Such serious effects and perspective of the UNIDROIT Principles are seen as the result of an innovative form of harmonization of law. Namely, the backbone of the applied bottom-up method of law harmonization implied the release of the experts involved in the process of work on this regulation from political directives – they performed in private capacity. This has achieved objectivity in assessing the best normative solutions from both civil law and common law systems, but also in the introduction of novelties. Thus, the regulation is made that plays a more proactive rather than a reflexive role, whose main advantages are currency, flexibility, and the so-called plasticity. Namely, this is a highly efficient means adaptable to the quickly changing economic needs, as evidenced by the fact that in 2016 it was issued in its fourth edition. The legal doctrine finds that this soft law instrument is successful precisely due to the fact that it is not binding, does not represent a threat to national legal systems, but is rather a regulation appropriate for the practice of businessmen and not requiring any special formalities. With its help, harmonization is carried out in an unobtrusive, innovative and contemporary manner. The example of the relationship of the Vienna Convention and the UNIDROIT Principles is an important argument in favour of the use of the alternative bottom-up method as an approach complementary to the traditional bottom down aspects of harmonization of law.

⁴⁵ O. Lando, „Principles of European Contract Law and Unidroit Principles: Moving from Harmonisation to Unification?“, *Uniform Law Review* Vol. 11, 2003, 123.

Dr Marija D. Mijatović, advokatski pripravnik
mrksicmarija@gmail.com

Aktuelnost principa UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore – efekti *bottom-up* metoda harmonizacije prava

Sažetak: *Principi UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore nedavno su izdati u svom četvrtom izdanju što je povod za analizu porekla velikog uspeha ovog višenamenskog instrumenta. Naime, ovaj soft law propis, iako formalno neobavezujuć ima značajne de facto pravne efekte: model zakon je mnogim pravnim sistemima, koristi se kao merodavno ugovorno pravo, u sudskim i arbitražnim postupcima, te kao sredstvo tumačenja i dopune uniformnih instrumenata. U ovom radu posmatrana je uloga tzv. bottom-up pristupa kao akademskog, nesankcionisanog, „odozdo“ metoda harmonizacije prava čijom primenom su Principi UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore nastali i nastavljaju da se razvijaju. Ovaj propis je očigledan primer prednosti koje se mogu ostvariti putem normativnog stvaralačkog procesa najpriznatijih stručnjaka koji u svom radu nisu ograničeni političkom voljom institucija država iz kojih dolaze, te čiji rezultati uspeh postižu kvalitetnim rešenjima i na taj način promovišu alternativne vidove harmonizacije međunarodnog trgovinskog prava.*

Ključne reči: *bottom-up metod, harmonizacija prava, Principi UNIDROIT za međunarodne trgovinske ugovore, soft law.*

Datum prijema rada: 02.04.2018.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Csaba Cservák, Ph.D., Associate Professor
Károli Gáspár University of the Hungarian Reformed Church
Budapest
cservak.csaba@kre.hu

ETHNIC MINORITIES IN HUNGARY

Abstract: *National and ethnic minorities may be granted personal rights, collective rights and – the greatest benefit – autonomy. Autonomy itself can range from territorial to personal. The legitimacy of the former arises especially where members of an ethnic minority are living together in a territorial block, forming the majority population there. While countries tend to show less reluctance in granting personal autonomy, the notion of territorial autonomy often causes strong aversion. The new Fundamental Law of Hungary has received numerous attacks from the political landscape of Europe, partly from legal professionals, but mainly from politicians. Act CLXXIX of 2011, the legislation currently in effect on national and ethnic minority rights states that „cultural and linguistic diversity are wellsprings of prosperity, rather than division, and Hungary considers the cultural feats of its national minorities an organic part of its cultural heritage”. We can effectively proclaim with a certain sense of pride that Hungarian legislation practically realises cultural autonomy. The current law names the following communal (collective) national minority rights. The new electoral law of Hungary has managed to settle an old debt in creating the possibility of preferential parliamentary representation. National self-governments may run a national minority list, allowing voters to cast their ballots here, instead of traditional party lists.*

Keywords: *ethnic minorities, personal rights, collective rights, autonomy, new Fundamental Law of Hungary, self-governments, parliamentary representation.*

I. CONCEPT OF ETHNIC MINORITIES

According to international legal classifications, national and ethnic minorities may be granted personal rights, collective rights and – the greatest benefit – autonomy.¹

¹ Although there used to be historical periods when the collective aspects of national minority law were completely marginalised. See: FÁBIÁN Gyula-ÖTVÖS Patrícia – *Kisebbségi jog I. kötet* Komp-press korunk baráti társaság Kolozsvár, 2003. p. 35.

Autonomy itself can range from territorial to personal.² The legitimacy of the former arises especially where members of an ethnic minority are living together in a territorial block, forming the majority population there. While countries tend to show less reluctance in granting personal autonomy, the notion of territorial autonomy often causes strong aversion.³

Examples for personal autonomy can be found in the legal status of Lapps in Sweden, of Danes, Sorbs and Frisians in Germany, of Russians in Latvia and Lithuania and – soon to be detailed – in the case of Hungary's minorities.⁴

Regarding territorial autonomy, further differentiation can be made based on whether this autonomy is embedded into the administrative framework of the state itself. If this isn't the case, success requires a great deal of flexibility and active tolerance on the county's part. For the first category, examples include the Åland Islands in Finland, Corsica in France, as well as Catalonia and the Basque Country in Spain. The second case entails, among many others, the Feröer-Islands in Denmark and 225 Native American communities in the USA.⁵

² See: DOMONKOS Endre: *Nemzetközi autonómia-modellek és kisebbségi kérdés A katalán regionális autonómia és tapasztalatai* Ph.D. értekezés 2010. p. 24–25.

³ According to certain views, national minorities all but constitute their own distinct category within the separation of powers. Practically speaking, the ombudsman is part of the distribution of powers. The distribution of power, the separation of powers and checks and balances are closely related concepts deriving from coherent theoretical basis. However, their usage is often inconsistent and mixed up frequently in the legal jargon. Therefore, it is necessary to clarify their meanings. Although the theory of the distribution of power is a product of the Age of Enlightenment, its practical manifestation has been in existence for centuries. The divided power is necessarily restricted which is a prevention of the abuse of power and an institutionalized form of the protection against autocracy. Therefore it is unequivocal that the real implementation of the distribution of power had been in the center of efforts, much before it was defined. Contrary to popular belief, Montesquieu didn't establish the classic three branches of powers, but Aristotle did so. He mentioned deliberative body of public affairs, magistrates and judiciary which – considering the complex role of the parliament – is completely equal to the trinity of legislative, executive and judicial powers. Politeia was declared as the appropriate structure of power which is a mixture of democracy and oligarchy. Cicero, in his work *The State*, committed himself to such type of it in which there is an intermediate structure among the monarchy, the rule of aristocracy and the democracy. These two theories can be confidently regarded as a preliminary concept of the distribution of power, because the mixed state can only exist through the precise delimitation of the authority of various factors by involving them into the power in sociology-political sense. For several aspect in the theory of the distribution of power, it may be more appropriate to use the concept of the separation of the functions of power instead of the concept of the separation of powers. Because on one hand these patrons of the idea practically envisaged the separation of the function of legislative, executive and judicial powers among different bodies. They fought against the concentration of these three functions in one node, so that their aim was not the abolition of the relation of powers. See: CSERVÁK, CSABA: *The distribution of Power in Europe and in Central Europe – Separation of Power, Checks and Balances of the Power*; *Central European Political Science Review*, Vol. 15., 2014. Winter

⁴ DOMONKOS id. mű. p. 34–37.

⁵ DOMONKOS, p. 31–33.

The new Fundamental Law of Hungary has received numerous attacks from the political landscape of Europe, partly from legal professionals, but mainly from politicians. This begs an important question. Given that Hungary is a sovereign and independent nation, with no other polity possessing a right to influence its internal affairs, objections from other nations would only be justified if our country would infringe upon the rights of their own compatriots. Taking into account the number of grievances Hungarians living outside the country's borders are subjected to, the treatment of national minorities within Hungary itself could be deemed exemplary. The historical constitution⁶ of Hungary already carried significant traditions of minority protection⁷, such as the privileges issued to the Jassic and Cuman peoples⁸, as well as the special legal status of the Saxons⁹ in Transylvania.¹⁰

Act CLXXIX of 2011, the legislation currently in effect on national and ethnic minority rights states that „cultural and linguistic diversity are wellsprings of prosperity, rather than division, and Hungary considers the cultural feats of its national minorities an organic part of its cultural heritage”.¹¹

⁶ Part of our historical constitution is a collection of lessons written by Saint Stephen, the first king of Hungary to his son, Prince Imre; the sixth of which highlights the role played by national minorities, as well as their correct treatment from the part of the state.

⁷ Further reading on minority regulations in a historical context (in Hungarian): BÚZA László – *A kisebbségek jogi helyzete* MTA Bp. 1930.; *A magyar állam és a nemzetiségek – A magyarországi nemzetiségi kérdés történetének jogforrásai 1848-1993* Főszerkesztő: BALOGH Sándor, Napvilág Kiadó Budapest, 2002.; BINDORFFER Györgyi – *Kisebbség, politika, kisebbségpolitika – Nemzeti és etnikai közösségek kisebbségi önkormányzati autonómiája Magyarországon* Gondolat Kiadó-MTA Szociológiai Kutatóintézet, 2011.

⁸ The Cumans received their privileges in 1279 and the Jassics in 1323. They lost these privileges during the Habsburg era in 1702, but purchased them back from Queen Maria Theresa in 1745. This is called *redemptio*, or self-redemption. Their administrative privileges endured as long as the administrative reform of 1876. In 2014, the Hungarian parliament designated May 6 – the day Maria Theresa signed the document affirming the *redemptio* in 1745 – the memorial day of Jassic-Cuman self-redemption (Resolution 4/2014. (II. 7.)).

⁹ The Transylvanian Saxons settled in Transylvania during the reign of Géza II (r. 1141-1161). The *Andreanum*, their document of privileges originates from 1224, the reign of Andrew II. Also called *Goldener Freibrief* by the Saxons, the *Andreanum* granted all land between Szászváros (current-day Orăștie) and Barót (current-day Baraolt) to the Saxons and designated the Hungarian king and the count of Szeben (current-day Sibiu) their principal judges. The ruler was not allowed to give out the lands of the Saxons to anyone else and also granted the Saxons the right to select their own priests and judges. In exchange, they were required to pay a monetary tax, provide quarters and create a significant (around 500-strong) military force, when necessary. (See: *Erdély és népei*. Bp., 1941. (MAKSAY Ferenc: *A szászág megtelepülése*) – HANZÓ Lajos: *Az erdélyi szász önkormányzat kialakulása*. Szeged, 1941.).

¹⁰ It is to be noted that Hungarian legislation bore a pioneer role in an international context regarding minority protection, especially with its 16th-17th century policies guaranteeing the rights of religious minorities. See: FARKAS György Tamás: *A nemzetiségek alkotmányos jogállása Magyarországon, különös tekintettel a nemzetközi jog Hazánk szempontjából releváns jogforrásaira*. Kézirat, Budapest, 2014. p. 15-16.

¹¹ See the preamble of Act CLXXIX of 2011. The text of the law here harkens back to the lessons of Saint Stephen referring to national minorities as an enrichment to our country and its culture.

The new law in Hungary replaces the former terminology of „minority” with „national minority”, due to previous resentment about the Roma community being referred to as an ethnic minority group, as opposed to national minorities with nations of their own. „National minority” intends to signify that the group in question receives its privileges not only because it constitutes a numerically inferior group within society, but also because it is valuable to the nation. This value is something unique and distinct from the majority population; the cultural nuances embodied by the identity, the language and the historical traditions of national minorities.¹² (That being said, any potential measures of positive discrimination are justified exactly by their low numbers. The disenfranchisement of the majority population, on the other hand, is thankfully almost nonexistent in our time. The very thought is frighteningly alien to the spirit of modern democracy and the rule of law; such as the cases of ancient Sparta and the South African Republic of last century.)

Although it rarely surfaces in public speech, international jurisprudence usually distinguishes three types of minorities:

- those originally having belonged under the jurisdiction of one state, but annexation or border changes forced them under another,
- the inhabitants of a given area before the state of the current majority was founded there, and lastly,
- those who attained their citizenship after immigrating into the country.¹³

It goes without saying that in terms of personal rights, there can be no differentiation between individuals across these groups. When it comes to collective rights, however, further protection is necessary in the order of the list above, as justified by the more solidly formed identities of the former groups, not to mention their potential historical grievances, such as those of the Hungarians who found themselves outside the country’s current borders. While under a democratic rule of law, nobody may be discriminated against based on their ethnic origins, it is important to note that a state’s decision on which groups it favours with what benefits, particularly autonomy itself, remains a matter of efficiency and viability. (Jurisprudence could further diversify these categories, such as whether or not the home country of a national minority itself hosts a minority consisting of the other country’s compatriots. Under these terms, Hungarians and Romanians are effectively mutual minorities. It is also an important consideration whether a minority possesses a mother country at all, the lack of which necessitates even steadier protection.¹⁴)

¹² See: Act CLXXIX of 2011, Section 1, Subsection (1).

¹³ SZABADFALVI József: *Nemzetállam és szuverenitás* (In.: *Államelmélet*, szerk.: TAKÁCS Péter. Bíbor Kiadó, 1997. Miskolc) p. 137.

¹⁴ The external support of national minorities can naturally be amplified by way of heavy cooperation with their mother country. This is at its most efficient when the two countries border each other. See: FEJES Zsuzsanna: *Határok nélkül? A határon átnyúló együttműködések jogi és közigazgatási környezete Európában és Magyarországon*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 2013. p.

Regarding national minority rights, the author classifies them as either positive or negative rights. In this context, negative rights are understood as a lack of prohibition on the support a minority group can receive from its mother country. In the 21st century, it is unacceptable that possessing, for example, Hungarian citizenship would forfeit its bearer's citizenship in the country of their residence. It should be a given, at least, that states refrain from restricting the ability of their national minorities in maintaining contact with their brethren. (We are given an interesting synthesis between the issuing of citizenship to compatriots living abroad and the protection of national minorities in a recent Spanish proposal that endeavours to grant favourable citizenship acquisition procedures to the descendants of Sephardic Jews expelled during the 16th century.¹⁵)

Although it remains exceedingly hard to vindicate minority rights in an international context¹⁶, a state's willingness to provide and reinforce these rights beyond the bare minimum on its own initiative is a hallmark of its progressiveness.

The former Minority Act of Hungary stood on legal principles roughly identical to the current one. Accordingly, national minorities are „all groups of people who have lived in the territory of Hungary for at least one century, who represent a numerical minority in the country's population, whose members are Hungarian citizens, who are distinguished from the rest of the population by their own languages, cultures and traditions, who demonstrate a sense of belonging together that is aimed at preserving all of these and at expressing and protecting the interests of their historical communities”.¹⁷ The new legislation preserved the previously existing list of thirteen official minorities in its entirety, composed of the Bulgarian, Greek, Croatian, Polish, German, Armenian, Roma, Romanian, Ruthenian, Serb, Slovak, Slovene and Ukrainian communities.¹⁸ These national minorities enjoy full legal equality.¹⁹ On the other hand, international treaties also

239 and FEJES Zsuzsanna: *Határtalan lehetőségek: az együttműködés jogi feltételei a magyar-román-szerb hármashatár mentén*, In: SOÓS Edit-FEJES Zsuzsanna (szerk.) *Régió a hármashatár mentén*. p. 158, 2010 Szeged, Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, p. 103-118.

¹⁵ This proposal ended up being active legislation. See: <http://www.hirado.hu/2014/02/09/szefard-zsidok-leszarmazottai-spanyol-allampolgarok-lehetnek/>

¹⁶ Univerzális szinten a nemzetközi jog egyetlen pozitív jogi, tehát kikényszeríthető nemzetiségi jogi jogforrása a Magyarországon az 1976. évi 8. tvr.-el kihirdetett 1966-os Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmány 27. cikke. Ennek értelmében: olyan államokban, ahol a nemzeti, vallási vagy nyelvi kisebbségek élnek, az ilyen kisebbségekhez tartozó személyektől nem lehet megtagadni azt a jogot, hogy csoportjuk más tagjaival együttesen saját kultúrájuk legyen, hogy saját vallásukat vallják és gyakorolják, vagy hogy saját nyelvüket használják. See: FARKAS 2014. id. mű p. 30-31.

¹⁷ See: Act CLXXIX of 2011, Section 1, Subsection (1).

¹⁸ See: Act CLXXIX of 2011, Appendix 1.

¹⁹ As a curiosity, a Ministry of Interior draft in 1992 – while leaving the rest of them in a status similar to the current one – intended to classify Gypsies, Armenians and Jews as ethnic, rather than national minorities, with less numerous privileges. This was met with great outrage

created a group of so-called „chartal minorities” in Hungary. This group includes the Croatian, German, Romanian, Serb, Slovak and Slovene minorities, as well as Gypsies speaking Romani or Boyash as their first language; their legal protection²⁰ being a result of the signing of the European Charter for Regional or Minority Languages.²¹ (This was extended in 2008 to include the Romani and Boyash languages.)²²

The current law lists Bulgarian, Greek, Croatian, Polish, German, Armenian, Roma/Gypsy (Romani and Boyash, hereinafter: Roma), Romanian, Ruthenian, Serbian, Slovakian, Slovenian and Ukrainian as national minority languages. Within the Roma and the Armenian communities, the Hungarian language is also counted as such.²³

Consequently – even though practice on the matter is less than consistent – we can distinguish between the protection of national minorities, and that of their languages. The law takes note of the fact that for many Roma and Armenians, Hungarian is their true mother language. (The question begs itself whether the possession of a distinct language can even be a requirement to being categorised as a national minority.)

The list is, of course, a relative one, but it certainly stands to reason that these thirteen national minority groups preserved the rights they formerly acquired. The inclusion of additional national minority groups is also a possibility. Taking into account our common historical traditions and values, one could rightfully ponder why Italians were ranked below the other thirteen in importance. Certain organisations – arguing for the general sympathy felt towards Hungary in many Turkic countries – suggested the possible inclusion of Turks as well. As is natural after a 150-year period of occupation, there are Hungarians with recognised Turkish ancestry. The previous law already allowed an ethnic group with at least a hundred-year presence and a thousand signatories to petition for official recognition as a national minority.²⁴ This was taken up on, for example, by the Italians²⁵, the Aegean Greeks and the Russians²⁶, and one group even purported to be Huns

and the Jewish community – upon its own request – ended up being deemed a religious, rather than a national minority. (See: multiple chapters of BINDORFFER id. mű).

²⁰ Further reading on the role of the European Charter for Regional or Minority Languages in the international system of minority protection: SZALAYNÉ SÁNDOR Erzsébet – *A kisebbségvédelem nemzetközi jogi intézményrendszere a 20. században* Gondolat kiadói kör Budapest 2003.

²¹ See: Act XL of 1999, Section 3.

²² See: Act XLIII of 2008, Section 3.

²³ See: Act CLXXIX of 2011, Section 22, Subsection (1).

²⁴ See: Act LXXVII of 1993, Section 148, Subsection (3).

²⁵ Although the Italians were granted the National Electoral Commission's (OVB) permission in January 2008, they were unable to collect the minimum amount of signatures necessary on time. See: <http://www.nvi.hu/nepszav08/ovb/hu/osszefoglalo/20080825.pdf>, downloaded: September 16, 2014.

²⁶ The Russian request foundered on formalities, because despite being mandated to do so by law, the National Electoral Commission neglected to formally request the opinion of the Hungarian

while issuing the request.²⁷ Realisation was met with difficulties, however; illustrating the point that the popular initiation of the process isn't nearly as effective as outright legal codification through parliament. (In the absence of this hundred-year requirement, even the Chinese could step up with a claim.²⁸ The question is: where do we draw the line in the name of efficiency?)

The choice of which ethnic group to imbue with the recognition and protection of the law is a difficult one. To illustrate that, let us put forth a number of rhetorical questions. What is the main distinguishing factor between the already recognised national minorities and the rest of them listed above? The number of citizens identifying themselves with them? It is worth noting here that in this regard, different cultures present different attitudes. (For instance, whether it's important for someone to be German, or it's merely a case of possessing a German surname.) Are we only to study the number of indigenous Poles, or do we also count those who immigrated in the past fifty years? Can we discriminate against Italians and Turks whose original populations are low, but recently received a significant boost?²⁹ For some, it is perhaps only their names (or a family legend) that reminds them of their origins³⁰, and even in the „Thirteen”, many might only have responded positively for the sake of the benefits provided by the national minority status. These questions all highlight the relative and nuanced nature of these categories.

To continue with the questions, can it be a deciding factor whether the mother country of a given ethnicity is/was bordering Hungary? Despite many centuries of neighbourhood, Poland no longer falls into this category, and even Italy was once bordering the western reaches of the Kingdom of Hungary, with many joint rulers down the line.³¹ Not only was Turkey a neighbour, it even annexed our

Academy of Sciences (MTA). (MAJTÉNYI Balázs: *Nemzeti és etnikai kisebbségi jogok*, In.: JAKAB András: *Az Alkotmány kommentárja*, Századvég Kiadó, 2009. Budapest) p. 2408-2412.

²⁷ See: Resolution 32/2005. (IV. 27.).

²⁸ Interestingly, after helping to crush the Boxer Rebellion in 1901, the Austro-Hungarian Empire managed to acquire a concession of roughly a hundred hectares in the city of Tianjin, thus creating a „quasi-colony” with about 25,000 Chinese locals.

²⁹ It is even less justified to exclude the Turkish and Italian people from the list of beneficiaries based on population data. Taking into account recent arrivals, some of the established national minorities already fall into comparative numerical inferiority (see: http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/nepsz2011/nepsz_09_2011.pdf; downloaded: September 15, 2014).

³⁰ There are many Hungarians with Italian names, including notable jurists and composers. A few families also cultivate their Turkish roots from Ottoman times. The family of light cavalry lieutenant general Ferenc Czungenberg, originating from Csonka Bey, is but one of the many examples. See: BARCY Zoltán-SOMOGYI Győző: *Magyar huszárok*, Móra Ferenc Könyvkiadó, 1987. Budapest, p. 26), see: http://www.kislexikon.hu/olaszok_hazankban.html .

³¹ „Almost immediately after the birth of the Kingdom of Hungary, settlers (called *hospes* in Latin) started pouring in from the west continuously. A testament to their early presence is 35 settlement names with the Németi- prefix (meaning German) and 8 with Olasz- (Italian), originating

current capital under Suleiman I. Which brings us to our next point: can it possess any relevance whether the role of a given people has been positive in our history? Can we distinguish based on this? This is also a highly relative matter, especially since contemporary foreign affairs may suddenly boost the importance of any country significantly. Let us add that the role of our current neighbours also wasn't always a positive one, but we must look forward, not backward. To summarise: based on the above, it is the claims of Italians and Turks that would especially merit acknowledgement.

After the fall of Communism, the participation of minorities in public affairs, as guaranteed by the Constitution, was intended to be realised in the form of a collective ombudsman, into which all thirteen minorities were to delegate one representative. Later, political speech effectively washed together representation in public affairs with political representation, constantly stressing its need and importance. Parallel to this, an ombudsman responsible for minority affairs was created.³² The holder of this office was nominated by the president (ennyi, ugye?) and confirmed by a two-thirds majority in parliament. In practice, however, different interpretations on certain fundamental rights kept occurring between the general ombudsman and the minority affairs ombudsman regarding grievances issued by minority citizens. (It is difficult enough to ascertain whether these offences even happened due to their ethnic origins.) Under the aegis of the new Fundamental Law, the office of the ombudsman became monocratic („one-headed”).³³ This brings it under a unified direction, with the role of a separate minority affairs ombudsman being taken over by a deputy nominated by the singular ombudsman

from the 11th and 12th centuries. They were dispersed around the country, depending on when they arrived and where they were needed. The newcomers were Germans, Italians (which, under medieval terminology, also included Walloons) Czechs, Poles and other neighbouring peoples. Most of them were farmers, but merchants also arrived in plentiful numbers. It was the latter group that came to form the core of the newly founded cities.

Among the more minor groups were those Italians that came to the Kingdom of Hungary to participate in trade and other financial matters during the 14th and 15th centuries. (During this era, Italians were living in virtually every country in Europe.) In 1402, the Italian community in Buda supported Ladislaus of Naples over Sigismund of Luxemburg during their succession conflict, for which the victorious Sigismund cast many of them into prison. Local Germans exploited the opportunity and largely took over their chamber offices, allowing them to control the mining operations of gold, silver and copper. The Italians soon regained these posts, and from that point forward, these two groups alternately controlled the mines of Hungary.” See: DRASKÓCZY István: *Kisebbségek az Árpád-kori Magyarországon*, Draskóczy <http://epa.oszk.hu/00400/00462/00007/4.htm>, downloaded: September 16, 2014).

³² The office of the ombudsman of minority affairs was created by the Act on the Rights of National and Ethnic Minorities in 1993 (Act LXXVII of 1993). According to this, the ombudsman of minority affairs was essentially subject to the same regulations as the general ombudsman (Act LIX of 1993). Because the election of the first minority affairs ombudsman required a two-thirds majority in parliament, it only came about in 1995, for various political reasons.

³³ See: The Fundamental Law of Hungary, Article 30, Section (1).

himself and confirmed, as before, through a two-thirds parliamentary vote. This deputy commissioner of fundamental rights is responsible for the legal protection of national minorities living in Hungary, monitoring their situation, guaranteeing their rights and taking all measures prescribed by law. In the event that the deputy possesses a degree of independence – the Hungarian law currently in effect allows for this – this model is well-suited to provide efficient legal protection for national minorities. (We can add here that even though the situation of Hungarians living there would strongly justify it, neither the Slovakian, nor the Romanian constitution has yet created such an institution.³⁴)

In one of his previous publications, the author of this work suggested the inclusion of minorities in a theoretical second chamber of parliament, with a serious role to play there.³⁵

II. CURRENT LEGISLATION ON NATIONAL MINORITY RIGHTS IN HUNGARY

Observing the individual aspect of national minority law, it is clear that the right of the individual to identify with a national minority is exclusive and inalienable. No one can be forced to make a statement regarding their identification with national minorities, although certain legislation may require such definitive statements in order for the citizen to exercise certain national minority rights.

Personal national minority rights are the following. The right of national identification and the right to declare oneself belonging to a national minority – with certain exceptions explicitly stated by the law – do not prevent the recognition of dual or multiple national identities. Any person belonging to a national minority has the right to:

³⁴ In the academic literature of constitutional law, the ombudsman has long constituted a widely accepted category. Persons holding this position are given a diverse array of titles worldwide. In Hungary, they are the Commissioner for Fundamental Rights, in the Ukraine the Parliament Commissioner for Human Rights, and in Poland – until recently – the Advocate for Citizens' Rights. They are named High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation and in Azerbaijan, while Spain, Czechia and Slovakia use 'Defender of the People' or 'Public Defender of Rights'. In Albania and Croatia, it is the People's Advocate, and in Macedonia, the People's Attorney. France, Belgium and Luxembourg call it Mediator. Portugal refers to the post as 'Justice Provider'.

The office was first installed in early 1700s Sweden, though similar state functions had already existed earlier. International organisations advocating for human rights (among others) routinely call upon their member states to create such offices. Both the Council of Europe and its handbook dealing with administrative requirements touch upon the topic, with the Council having issued an official recommendation to establish ombudsmen.

See: CSERVÁK Csaba: *Az ombudsmantól az Alkotmánybíróságig – Az alapvető jogok védelmének rendszere*, Budapest, Licitum-Art, 2013. p. 45-48, p. 241.

³⁵ See: CSERVÁK Csaba PhD dissertation 2010. p. 89-90.

- use their mother language in both spoken and written word, to discover, preserve, cultivate and pass on their history, culture and traditions;
- learn their mother language, to participate in public education and cultural events held in that language;
- equal opportunity in education and cultural services, which the state is obligated to provide for with efficient measures;
- special protection of their personal data regarding their national minority status, as detailed in provisions laid down in a specific law.³⁶

Members of a national minority are entitled to use their family- and personal names according to the rules of their mother language, which entails naming and registering their children the same way. In addition, members of a national minority must have their national family traditions respected, and be allowed to cultivate their familial connections, conduct their family celebrations in their own language and organise any religious ceremonies pertaining to the above. Their participation in public life – based on their national identity – may not be restricted. Finally, within the appropriate legal boundaries, they are allowed to form associations and political parties in order to express and defend their collective interests.

We can effectively proclaim with a certain sense of pride that Hungarian legislation practically realises cultural autonomy. The current law names the following **communal (collective) national minority rights**. To preserve, cultivate, strengthen and pass on their identity, to safeguard and advance their historical traditions and their language, and to protect and proliferate the material and spiritual aspects of their culture are all inalienable rights of national minorities.

While practicing their naming rights, national minorities are also entitled to use historical settlement names, street names and geographical markers. It is also within their right to create and direct certain institutions, or to take them over from other administrative units, as well as to organise national minority kindergartens, primary schools, secondary- and high schools, specialised schools and higher education. In addition to this, their respective national self-governments may initiate and participate in the organisation of supplementary national minority education.

Within the limits of its laws, Hungary guarantees the rights of national minorities to hold undisturbed public events and celebrations, to maintain and preserve their architectural, cultural, funerary and religious traditions, and to use their various symbols. National minority organisations may also establish and maintain extensive and direct international connections.

³⁶ Regarding information privacy rights, the current minority act allows citizens to voluntarily and anonymously identify as members of a national minority during official acts of data collection. According to Act CXII of 2011 on Informational Self-Determination and the Freedom of Information, this data can be used when determining the amount of government support granted to national minorities and during the process of supervising the proper allocation these resources.

National minorities have the right to *access and relay information* in their own language, whether it be *through traditional press or modern mass-communication and media services*. The state is obligated to provide access for recurring national minority-language broadcasts in both radio and audiovisual format in a way that enables full access to such services in all relevant regions inhabited by the respective national minority.

Local national minority self-governments – under the principle of cultural autonomy – have, among others, the following matters in their jurisdiction:

- the creation of national minority institutions,
- the creation of awards and the determination of the requirements and rules of their issuing,
- the creation of national minority scholarships and contests.

In addition to the above and excepting matters purely within the purview of central authorities, local national minority self-governments may take on voluntary tasks pertaining to educational and cultural administration, local traditional and electronic media, the cultivation of traditions, the dissemination of information, social integration, cultural-, social- and youth activity administration, public employment programmes, urban planning and other areas.

The new electoral law of Hungary has managed to settle an old debt³⁷ in creating the possibility of preferential parliamentary³⁸ representation³⁹. National self-governments may run a national minority list, allowing voters to cast their ballots here, instead of traditional party lists.⁴⁰ With a little simplification⁴¹, the process can be summarised in that a preferential mandate is acquired when a national minority list manages to attain one-fourth of the proportional quota (calculated from the number of votes per mandate).⁴² This presents an extraordinary oppor-

³⁷ See: FARKAS György Tamás: *A nemzetiségek parlamenti képvisellete Hazánkban és a környező országokban*, (szerk: Erik STENPIEN – MISKOLCI Bodnár Péter) Jog és Állam X. Jogász Doktoranduszok Országos Szakmai Találkozója 2015/20. szám KRE-ÁJK Budapest, 2015. p. 16-18.

³⁸ Section 68, Subsection (1) of the Constitution of Hungary, modified by Act XXXI of 1989, defined national minorities as constituent elements of the Hungarian state (this terminology was later copied by the Fundamental Law replacing the Constitution). From this wording, in Resolution 35/1992 (VI. 10.), the Constitutional Court of Hungary (AB) ruled that national minorities are entitled to parliamentary representation and found the legislature's neglect in providing for it unconstitutional. This was only recently remedied, when an electoral law (Act CCIII of 2011) made it possible to create national minority lists during general elections. This already underwent „live testing” during the parliamentary elections of 2014.

³⁹ Immediately after the fall of Communism, a law was enacted that (would have) provided national minorities with parliamentary representation, but it was repealed before it could be realised. See: FARKAS 2014. id. mű. p. 63-64.

⁴⁰ See: Act CCIII of 2011, Section 12, Subsection (2).

⁴¹ See in greater detail: CSERVÁK Csaba: *Választási rendszerek – és az új magyar megoldás* (In: szerk. RIXER Ádám: *Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére*, KRE-ÁJK, Budapest, 2012.), p. 291-307.

⁴² See: Act CCIII of 2011, Section 16/D.

tunity. One of the great questions of elections to come will be the extent to which national minorities will be able to influence public life thanks to this policy.⁴³

Our country can be proud of its legislation on national minority protection. This, of course, doesn't mean that the system – according to the needs of national minorities and without going against the will of the majority – cannot be improved even further. Cooperation with national minorities isn't purely a matter of law, but also diplomacy. In treating them well enough, the state will be able to utilise its national minorities in international mediation.⁴⁴

⁴³ The presence of a voting system favouring proportionality provides a crucial benefit for national minorities in the pursuit of their interests. According to the time-honoured view, in a proportional/party-list system, citizens are only entitled to vote on party-created lists, with no ability to influence who their vote personally benefits. Is this truly the case, even today?

The question of vote structuring determines how many votes a single citizen is allowed to cast, and how. There exist single-vote and multiple-vote systems. The latter can be broken down further into preferential models, models that enable the cumulation of votes and models that allow for vote splitting. In the first case, voters are entitled to make modifications on the party list, swaying them towards their preferred candidate. In the second case, it is possible to reinforce the position of one candidate by allocating them extra votes, further increasing their chance to gain a mandate. Lastly, the third model opens up the aforementioned possibilities in the case of lists as well.

In terms of the right of voters to bring about such modifications, the various preferential systems paint a colourful picture worldwide. Only one preferred candidate can be designated in Austria, while the same number is four in Italy. It is possible to split votes in Switzerland and Luxembourg, giving each voter as many votes as there are mandates to gain in a district, which can be cast for different parties. By now, in most Western European countries, allowing citizens to influence party list compositions has become common practice. In Belgium, the influence of preferential votes determines almost fifty percent of the order of candidates on party lists. The German system remains almost the only one disallowing this practice, its single districts purporting to substitute for the lack of choice between individual persons.

Since the fall of Communism, a number of Central-Eastern European countries also implemented ways to create more flexible party lists. In Poland, citizens must select a name from a regional party list, an act with which they also cast their vote for that candidate's party itself. Similarly, the Slovene model divides electoral districts into single-member constituencies, in which single candidates are also the nominees of their respective party lists. Again, voting for a candidate is also voting for a party list. Mandate distribution is based on the proportion of ballots cast for each party list, giving successfully acquired mandates to candidates having won the greatest number of votes on their respective lists. Czechia and Slovakia also allow their voters to influence the prearranged order of party lists. Each citizen may designate four candidates they have especial preference for. Such preferential votes will result in the acquisition of a mandate in the event that at least ten percent of voters in the district cast such a vote, and the candidate in question managed to seize at least ten percent of all the preferential votes his party received. Austria operates similarly, except it requires an amount of preferential votes equal to at least half of what is necessary for a single district mandate, or one-sixth their total number cast in their party's favour. Finland's „flexible list” enables party list rankings to be molded entirely by voter will; on each ballot, the candidates of parties are merely displayed in alphabetical order.

⁴⁴ This may well occur in the Ramil Safarov case, which caused a diplomatic gaffe between Hungary and Armenia.

As a conclusion, we can consider the level of national minority protection more than sufficient and in tune with our historical traditions in this regard. Consensus on the need to preserve this protection is wide-scale. It goes against the values of every decent person to offend minorities. The problem begins only when certain people use their national (minority) status as a shield against completely legal procedures. This custom can potentially erode said consensus on minority protection. From this point forward, however, it is their personal behaviour, and not their origins that falls subject to rightful criticism.

Dr Čaba Červák, vanredni profesor
Univerzitet Karoli Gašpar u Budimpešti
Pravni fakultet
cservak.csaba@kre.hu

Etničke manjine u Mađarskoj

Sažetak: Nacionalnim i etničkim manjinama mogu biti garantovana lična prava, kolektivna prava i – najveća pogodnost – autonomija. Autonomija sama po sebi može biti u rasponu od teritorijalne do personalne. Legitimnost prve od prethodno dve navedene se javlja posebno kada članovi jedne etničke manjine žive zajedno u teritorijalnom bloku, obrazujući većinu populacije na tom području. Dok države imaju običaj da pokazuju manje nevoljnosti u garantovanju personalne autonomije, pojam teritorijalne autonomije obično uzrokuje jaku odbojnost. Novi Osnovni zakon Mađarske pretrpeo je brojne napade od strane političkog okruženja Evrope, delom od strane stručne javnosti, ali većinom od strane političara. Akt CLXXIX od 2011. godine, trenutno važeći propis o pravima nacionalnih i etničkih manjina propisuje da „kulturalna i jezička različitost predstavlja izvor napretka, više nego podela, i Mađarska posmatra kulturalna postignuća svojih nacionalnih manjina kao organski deo svog kulturnog nasleđa“. Možemo efikasno proglasiti, sa izvesnim smislom ponosa, da mađarski propisi praktično realizuju kulturnu autonomiju. Trenutni zakon imenuje sledeća komunalna (kolektivna) prava nacionalnih manjina. Novi izborni zakon Mađarske uspeo je da okonča staru dilemu o stvaranju mogućnosti o preferencijalnom parlamentarnom predstavljanju. Nacionalne samouprave mogu kandidovati listu nacionalnih manjina, dajući mogućnost glasačima da daju svoj glas ovoj listi, umesto tradicionalnim listama koje predlažu političke stranke.

Ključne reči: etničke manjine, lična prava, kolektivna prava, autonomija, novi Osnovni zakon Mađarske, samouprava, parlamentarno predstavljanje.

Datum prijema rada: 09.12.2017.

*András Téglási, Ph.D., Associate Professor
National University of Public Service, Budapest
Faculty of Science of Public Governance and Administration
Teglasi.Andras@uni-nke.hu*

THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT REGARDING THE CONSTITUTIONALITY OF THE PARLIAMENTARY ELECTORAL SYSTEM OF HUNGARY BETWEEN 2012 AND 2017¹

Abstract: *Hungary's new constitution (also known as the Basic Law or Fundamental Law) reformed the rules governing the election of members of parliament. The Hungarian parliament further reshaped these rules with two subsequent pieces of legislation: the Act CCIII of 2011 on the election of members of parliament, and the Act XXXVI of 2013 on Electoral Procedure. The material and procedural rules for the elections have introduced new features into the electoral system which many have criticized for constitutional considerations. This paper systematically introduces the Hungarian Constitutional Court's decisions on legal norms for parliamentary elections as they have developed since the adoption of the act on electoral procedures.*

Keywords: *Hungary, constitutional courts, electoral procedures, electoral systems.*

INTRODUCTION

When the Parliament adopted the new constitution of Hungary (also called the Basic Law or the Fundamental Law), in 2011, it also reformed the rules governing the election of members of parliament through two major pieces of legislation: first, the Act CCIII of 2011 on the election of members of parliament (hereinafter also abbreviated as: „Vjt.”),² and then the Act XXXVI of 2013 on Electoral Procedure

¹ „ SUPPORTED BY THE ÚNKP-17-4-III-NKE-3 NEW NATIONAL EXCELLENCE PROGRAM OF THE MINISTRY OF HUMAN CAPACITIES”

² Ákos Cserny, Iván Halász Iván, András Téglási András: A képvisleti demokrácia érvényesülése. A választójog és a választásokkal kapcsolatos szabályozás. In: Ákos Cserny (ed.): *Alkotmányjog*. Nemzeti Közszolgálati Egyetem, Budapest 2014. 136.

(hereinafter also abbreviated as: Ve.). Many criticized the new material and procedural rules for elections for being unconstitutional.³

The Constitutional Court of Hungary (hereinafter also abbreviated as: „CC”) has been examining changes to the electoral law since the Parliament first adopted the act on electoral procedures. This article systematically introduces the CC’s decisions on legal norms for parliamentary elections in the period before Hungary’s 2018 parliamentary elections.⁴

1. DECISION 1/2013. (I. 7.) AB – PRELIMINARY REVIEW SUBMITTED BY THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC

1.1. The case

The Parliament adopted the Act on the Electoral Procedure (hereinafter: “Act”) at its session of 26 November 2012. The Speaker of the Parliament sent the Act to the President of the Republic for signing and ordering its promulgation. The President of the Republic turned, within the period specified for this purpose (i.e. 5 days⁵)

³ See the major changes and their criticisms up to the 2014 elections: Ákos Cserny, Téglási András: “Certain Elements of the Transformed Hungarian Electoral System in the Light of the Experience of the 2014 Elections.” *Osteuropa-Recht* 3/2015 335-362.; Csaba Cservák: Választási rendszerek – és az új magyar megoldás (Electoral systems – the new Hungarian solution), in: Ádám Rixer (ed.): *Állam és közösség: Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére*. Károli Gáspár Református Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar, Budapest 2012, 289–290.; Csaba Cservák: Unconventional Electoral Systems: And The Hungarian Solution. *International Journal Of Humanities And Social Science Invention* 2/2017 21-29.; Csaba Cservák: A Historical Overview of the Emergence of Certain Electoral Systems. *Journal On European History Of Law* 2/2017. 50-57.; András Patyi, Zsuzsanna Fejes: „Xiongyali yihui xuanjufa biange de fenxi yu zhanwang.”= Some Changes in Hungarian Parliamentary Electoral Law – JOURNAL OF EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW / HUADONG ZHENGFA DAXUE XUEBAO 2017;(6) pp. 116-134. (2017). Concerning the changes in referendum law see: András Patyi: EL REGLAMENTO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS REFERÉNDUMS NACIONALES Y LOCALES EN HUNGRÍA DESDE LA TRANSICIÓN POLÍTICA DE 1989 HASTA LA ACTUALIDAD. In: Gerardo Romero Altamirano, Gema N Morales Martínez (ed.): *Mecanismos de Participación Ciudadana. Una Experiencia Global*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017. pp. 181-211.

⁴ This paper only examines the period 2012-2017, analyzing only judgments that have been subject to norm control and deals only with parliamentary election rules. Thus, we do not mention either the orders of the CC that do not carry out substantive investigations or the CC decisions on electoral and electoral law based on constitutional complaints. Due to the scope of the topic of this paper, we do not discuss the 26/2014. (VII.23) AB and Decision 3002/2015. (I.12.) AB as they did not examine rules related to the election of members of the parliamentary assembly, but rather the rules that govern the election of the members of the Budapest Assembly.

⁵ According to Article 6 para. (3) of the Basic Law: „The President of the Republic shall sign the Act within five days of receiving it and order its publication.”

to the CC on the basis of Article 6 para. (4) of the Basic Law.⁶ The President of the Republic initiated the preliminary review of many sections of the Act not yet promulgated with regard to their compatibility with the Basic Law.

1.2. Establishments of the CC – central registry to vote

The Act regulates the central registry of names as the fundament of exercising the right to vote. There are several provisions in the Act requiring citizens to request registration in the central registry as a precondition of exercising their right to vote. Thus the Act sets an extra-statutory condition for exercising the right to vote granted as a fundamental right in Article XXIII of the Basic Law.

In reviewing the compatibility of the Act with the Basic Law, the CC took due account of foreign examples of legally-mandated voter registration systems. In this context, prior to the review of the provisions on the merits, the CC held it important to establish that the constitutionality of a specific legal institution in any state depends on how it fits into the state's constitution, its legal system, and its historical and political context. Therefore, although the CC acknowledges that taking foreign experiences into account may help to evaluate certain regulatory solutions, it does not consider foreign examples in themselves as determining factors with regard to the review of constitutionality (compliance with the Basic Law).

First of all, the CC had to decide on the applicability of its previous case law, passed before the Basic Law, to the present case. The right to vote was enshrined as a fundamental right in Article 70 of the previous Constitution, similarly acknowledging the right to vote of those who have suffrage under Article XXIII of the Basic Law. The contents of Article 70 of the Constitution were similar to that of the Basic Law also with regard to restricting the right to vote; neither did the Constitution contain any requirement about linking the right to vote to submitting a request for registration in the central electoral register. That said neither constitutional text links the right to vote with submitting a request for registration to the central electoral register. At the same time, with respect to Hungarian citizens, the Basic Law does not prescribe a Hungarian domicile as a precondition of the right to vote, nonetheless it grants the right to vote to a group of Hungarian citizens who did not have suffrage before, i.e. citizens living outside Hungary's borders but do not have an address in Hungary. With regard to the majority of constituents, however, the contents of the regulations on the right to vote is the same both in Article XXIII of the Basic Law and in Article 70 of the old constitution. Therefore the CC's interpretation of the law as contained in its previous decisions

⁶ According to Article 6 para. (4) of the Basic Law: „If the President of the Republic considers an Act or any of its provisions to be contrary to the Fundamental Law, and no examination pursuant to paragraph (2) has been conducted, he or she shall send the Act to the CC for an examination of its conformity with the Fundamental Law.”

is to be followed in the course of reviewing the present case, too. This means that the Court decided its previous case law would apply to considering new electoral legislation.

The CC established that voting citizens have an influence on the composition of the supreme body of state power and popular representation by exercising their active voting rights every four years. Therefore, “any restriction on the equality or generality of this right can only be accepted as constitutional on the basis of a significant reason of principle.”⁷ Later in the decision, the Courts states: “A stable, lawful and predictably operating election system is an indispensable precondition of a political system based on the principle of democracy.” Articulating the electors’ will through elections ‘constitutes, legalizes and legitimizes’ the representative bodies exercising public power.”⁸

Consequently, the right to vote is a fundamental right that must be enforced through state regulation, i.e. the conditions of exercising it shall be granted by the State. In this respect the right to vote is a fundamental right having a twofold function; on the side of the electors it embodies participation in public affairs and an indirect form of making decisions through public authority, and from the state’s vantage point it acts as a tool for establishing and legitimizing representative government. The subjective side of the right to vote⁹ is suffrage, as the fundamental political right of the citizen. Suffrage is a fundamental right acknowledged in the Basic Law, guaranteeing the enforcement of the principle of popular sovereignty. The subjective side of suffrage basically contains the freedom of the electors to decide whether they exercise their right to vote or not, and for whom they cast their votes.

The State must be active in facilitating citizens’ exercise of their right to vote. The right to vote has a side of institutional protection where the State must create and enforce the regulations allowing and facilitating the exercising the right to vote. It follows that the state may not hinder the exercise of the right to vote, in a manner restricting participation at the elections contrary to the Basic Law. Thus the enforceability of the right to vote as a subjective right depends on the precondition of the State guaranteeing its exercise and providing adequate guarantees to it.

⁷ Decision 6/1991. (II. 28.) AB, ABH 1991, 19, 20.

⁸ Decision 39/2002. (IX. 25.) AB, ABH 2002, 273, 279.

⁹ The Hungarian CC differentiates the „subjective side” of a fundamental right and its „institutional aspects”. The subjective side refers to a person’s individual subjective, justiciable right, as one aspect of a fundamental right, which is not necessarily of the same extent as its objective aspects (i.e. the institutional protection of a fundamental right). See this differentiation regarding the right to life in Decision 64/1991 of the Hungarian CC: László Sólyom, Georg Brunner, Stephen G. Breyer: *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian CC*. The University of Michigan, 2000. p. 186.; regarding the right to property: László Sólyom, Georg Brunner, Stephen G. Breyer: *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian CC*. The University of Michigan, 2000. p. 182-183.

However, the Court's decision also included the important following statement: „The Parliament has a wide scale of discretion in establishing the system of election and the rules of procedure of the election. The legislator is free to define the constituency systems and the rules pertaining to the nomination of candidates, voting and the obtainment of mandates. The Parliament may exercise this freedom of discretion in establishing the rules of election only within the constitutional limits, and it is required to adopt rules that do not violate the provisions of the Constitution and do not unconstitutionally restrict any fundamental right regulated in the Constitution.”¹⁰

It follows from the practice of the CC that the right to vote plays an important role in enforcing an effectively functioning democracy. General and equal suffrage must be fully secured in order to guarantee the unquestionable legitimacy of the elected (legislative) power and the decisions (Acts) adopted by it. In other words, although the State enjoys a wide scale of discretion regarding the adoption of concrete regulations, the conditions of exercising the right to vote may not hinder the free expression of the people's will; they also may not hamper the freedom of determination manifested in the right to vote. A single election rule or a specific legal institution of election law can rarely be regarded as one restricting the freedom of elections. The totality of the election rules should meet the requirement of facilitating – above all – the free expression of the electors' preferences.

Therefore, in the opinion of the CC, the constitutional requirement about the closedness of the causes of exclusion from the right to vote (that said the conditions of the electoral rights constitute a closed system, therefore exclusion from the right to vote is possible only in the cases expressly mentioned in the Constitution) is to be followed both on the basis of the Basic Law and on the former practice of the CC. With this statement the CC's decided whether or not certain rules violate the right to vote depends on whether they conflict with the Fundamental Law or the precedent set by the CC. At the same time, the CC points out that the concrete method and the detailed regulations on exercising the right to vote are to be regulated in an Act of Parliament, on the basis of Article XXIII of the Basic Law and Article I para. (3), which concerns restrictions of fundamental rights.

As mentioned earlier, the Act introduces an active method of election registration, making the exercising one's right to vote conditional upon filing a request for registration in the electoral register, either through submission to a notary, by mail in a specific scope, or through the electronic gateway. However, in the case of Hungarian citizens having a domicile in Hungary – as explained below – *there is no constitutionally justifiable reason for excluding from the exercising of the right to vote those who have not asked for registration in the electoral register*. On the basis of the freedom of the right to vote, the CC established that Section 82 para. (3) of the Act was contrary to Article XXIII of the Basic Law.

¹⁰ ABH 1996, 509, 513.

Ever since the free parliamentary elections in 1990 electors living in Hungary have been able to exercise their right to vote without an obligation of registration. This manner of exercising the right to vote has become a regular feature of the election procedure. However, it is not possible to decrease without justification the partial rights developed in the area of exercising the right to vote, and they could only be restricted in compliance with the Basic Law, in line with Article I para. (3). The State has to grant to all persons, having a right to vote, the enforcement of the freedom of determination manifested in the right to vote, as a part of the State's obligation of institutional protection.

The CC established the following in its reasoning: it is a constitutional requirement following from Article XXIII of the Basic Law that the rules of the electoral procedure should facilitate the exercising of the right to vote. As a related constitutional requirement, the necessary data of all persons, having a right to vote according to the registry maintained by the State, shall be entered into the central registry of names, thus granting the equal exercising of the right to vote for all persons having suffrage.

Section 88 para. (1) of the Act is considered as a disproportionate restriction of the right granted in Article XXIII of the Basic Law, as it requires the submission of the request at the notary competent according to the address of the elector.

Thus, according to the Act, those electors who have both a registered domicile and a registered place of residence, they can only file the request with the notary for their given jurisdiction. The court ruled that this represents a disproportionate burden for electors as a precondition of exercising their right to vote. Accordingly, the CC established that Section 88 para. (1) of the Act is contrary to the Basic Law.

In the present case, the CC established that there is no justification to exclude electors living in Hungary from registration because they do not have an address, as opposed to those who do. Section 91 para. (2) of the Act itself contains offers a basis for personal registration if someone's personal identity can be verified beyond doubt, but other data found in their request are uncertain. Taking this into account, it is an unjustified restriction not to grant the possibility of personal registration, similarly to Section 91 para. (2) of the Act, for the electors living in Hungary and not having an address. Accordingly the CC established that Section 92 of the Act is an instance of negative discrimination because it excludes electors living in Hungary without addresses from requesting registration in the central registry.. In this respect, Section 92 para. (3) of the Act is contrary to Article XV para. (2) of the Basic Law in the context of Article XXIII. At the same time, the CC established that no negative discrimination can be established on the basis of Article XV para. (2) of the Basic Law due to providing the possibility of registration in mail by Section 92 of the Act, with regard to the affected persons, i.e. the electors living in Hungary without having an address.

1.3. Establishments of the CC – political advertisement

According to Section 151 para. (1) of the Act, during the campaign period only public service media is allowed to disseminate political advertisements. The provision prohibits this type of political communication in any other media, including private television and radio stations. This prohibition seems to restrict the very forms of media that are likely to reach most of the population. Therefore, the prohibition significantly restricts political expression during the course of the election campaign.

CCIn the course of examining previous rules on political advertising in the media, the CC has stated the following:

The media has a particularly important role in influencing the opinion of the public, and it is of prominent importance that in the period of election campaigns the right to the freedom of expression and the right to have information on data of public interest should be enforced in the framework of broadcasting.¹¹

The freedom of expression by political parties is particularly important because it is the constitutional duty of the parties to contribute to forming and manifesting the people's will. The CC explained when it interpreted the similar provision of the former Constitution that „the parties' role played in forming the people's will includes the communication and the promotion of this activity by way of public advertisements.”¹²

As recalled by the CC, the the media's considerable influence may justify using legislation to impose certain extra obligations – with due respect to the equal opportunities of the competing political parties – even if the campaign activities are not restricted in general. However, with regard to the aim of allowing the free formation and the expression of the voters' will, it is gravely disproportionate to ban political advertisements on the wide scale as specified in Section 151 para. (1) of the Act, especially when the legislator has significantly eliminated the restrictions applicable to the campaign activities. With regard to the diverse relations between political advertisements, the freedom of expression and the freedom of the press, such advertisements cannot be constitutionally prohibited, as found in the Act under review, even outside the scope of the public service media.

However the CC established that Section 151 para. (1) of the Act does not serve the purpose of providing balanced information—indeed, its result is to the contrary. The provision's prohibition on private media political advertisements is not only likely to influence the voters' will, but also inform them, with regard to

¹¹ Decision 60/2003. (XI. 26.) AB, ABH 2003, 620, 621.

¹² Decision 44/2008. (IV. 17.) AB, ABH 2008, 459, 463.

the media type that can reach the widest scope of electors. Accordingly, the CC established that the Act's prohibition was contrary to the Basic Law.

The President of the Republic challenged in his petition in particular Section 151 para. (3) of the Act as well. According to this provision, in the 48 hours leading up to an election, the public service media is likewise barred from disseminating political advertisements. The CC established in the respect of Section 151 para. (3) of the Act, that it was not a disproportionate restriction in itself if the broadcasting of political advertisements was fully prohibited in the media services within 48 hours prior to the elections. Such a restriction can be justified with the aim of avoiding influencing the voters' expression of their will. Nevertheless, CCBasic LawBasic Lawbecause of the way the provision on private media, discussed above, and Section 151 para. (3) might interact to completely limit political advertisement immediately ahead of elections, the Court ruled Section 151 para. (3) unconstitutional.

The CC then examined Section 152 para. (5) of the Act, prohibiting cinemas from showing political advertisements during the campaign period. The CC established that in the case of the cinemas there are not any special reasons that might justify the particular restrictions applicable in the case of media services. Therefore, in this case, – taking into account in particular that the legislator abolishes the general restriction on campaign activities – there is no constitutional justification for the ban on political advertisements. Thus Section 152 para. (5) of the Act is unconstitutional.

1.4. Establishments of the CC – disclosing of opinion-poll results

The Act also restricts the disclosure of opinion-poll results on the grounds that this restriction is necessary for the undisturbed implementation of elections. However, it is a legitimate constitutional question whether the given aim – to secure the undisturbed expression of the voters' will – could only be reached by imposing such a restriction on the fundamental freedom of expression and the freedom of the press.

The CC holds that restricting the freedom of expression, the freedom of the press and the freedom of information in the manner specified in Section 8 para. (1) of the Act XXXVI of 2013 on Electoral Procedure is unconstitutional, even if one admits that the opinion-poll results have an influence on the voters' behaviour. Although the undisturbed implementation of the elections is a legitimate, constitutionally acceptable, aim for the restriction, the prohibition of 8 to 6 days is disproportionate with this objective. The Constitution protects the expression of the independently-formed opinion of the public built upon as broad information as possible.

The CC established that the restriction of six days contained in Section 154 para. (1) of the Act restricts the freedom of expression and the freedom of the press not unnecessarily but disproportionately, thus violating Article I para. (3) and Article IX of the Basic Law.

1.5. Five dissenting opinions and one concurring reasoning

A concurring reasoning by Péter Kovács, Judge of the CC, has been attached to the decision. He provides a more detailed analysis of the case-law of the ECHR. After completing his mandate, he was elected to be Judge of the International Criminal Court.

Dissenting opinions by István Balsai, Egon Dienes-Oehm, Barnabás Lenkóvics, Béla Pokol, and by Mária Szívós, all Judges of the CC, have been attached to the decision.

2. CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO. 3141/2014. (V. 9.) AB – THE „WINNER-COMPENSATION”

In this decision the CC examined the provisions of the Act on the Elections of Parliament Members concerning the winner compensation and declared that they do not violate the constitutional requirements of the equality of the right to vote.

2.1. The antecedents of the case

The constitutional complaint was submitted by an opposition political party against § 15 (1) (b) of Act CCIII of 2011 on the elections of members of parliament. According to the text of the challenged provisions:

„§ 15 (1) Surplus votes in any single-member constituency shall include:
(...) b) the number of votes remaining after deducting the number of votes for the runner-up candidate plus one from the number of votes for the candidate who won the mandate.”

The applicants contended that the provision of the concerned Act is contrary to the requirement of the equality of right to vote. In their view, the mandates that may be won from the party list by the surplus votes are meant to be a compensation in connection with the votes cast in the individual constituency. However, the compensation of the winner without any constitutional reason restricts the requirement of the equal weight of votes.

2.2. Findings of the CC – equal suffrage

The CC pointed out to the fact that because the Vjt. regulates a mixed electoral system in Hungary, it combines some of the characteristic elements of the majoritarian and proportional electoral system.¹³

In accordance with its case law, the CC pointed out that the Basic Law does not contain detailed provisions about the electoral system itself, prescribing only some electoral principles. Therefore, the Parliament has wide discretion to decide on the electoral system, the rules of the electoral procedure and the order of the distribution of mandates. However, this hardly means that the requirements of the Basic Law should not be taken into account.

The CC also pointed out that the principle of equality of right to vote as stipulated in Article 2 para (1) of the Basic Law,¹⁴ is not a fundamental right but a constitutional principle, a guarantee governed by the Basic Law. Therefore, its violation shall not be judged according to the necessity and proportionality test set out in Article I (3) of the Basic Law.¹⁵

When examining the equality of the right to vote, the CC looked through its previous case law. The equality of the right to vote as a constitutional principle necessitates the equal value of individual votes (and thus the exclusion of plural voting rights) as an absolute requirement, and the relative equal weight of votes if possible. The equality of the right to vote does not mean that expressed political wills prevail equally without any derogation.

The CC cited its previous decision no. 22/2005. (VI.17.) AB, which established the following: the equal value of votes means that all voting citizens have the

¹³ The parliament features 106 district mandates and 93 party-list mandates. Voters cast two votes in national elections: one for representatives in the voters' individual constituency, and one for party lists. Individual constituencies are awarded on a winner-take-all basis. The votes are aggregated across the country and additional parliamentary seats are awarded to parties based on these results, above and beyond the seats won in the individual districts. The unique feature of the election system is the winner compensation. Previously parties were compensated by gaining extra votes in their party list totals, which occurs when their candidates win a lower share of individual constituencies than the popular vote would predict. Under the new election system, the party winning an individual constituency will be awarded not only that particular mandate, but also extra points in the party-list calculations when it wins by more votes than needed.

¹⁴ According to Art. 2 para (1) of the Fundamental Law of Hungary: „Members of Parliament shall be elected by direct and secret ballot by citizens eligible to vote, on the basis of universal and equal suffrage, in elections which guarantee free expression of voters' will, in a manner laid down in a cardinal Act.”

¹⁵ According to Art. I para (3) of the Fundamental Law of Hungary: „A fundamental right may only be restricted in order to allow the exercise of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent that is absolutely necessary, proportionately to the objective pursued, and respecting the essential content of such fundamental right.”

same number of votes, and, in counting the votes, all votes have the same value.¹⁶ However, from the point of view of equality in terms of content, the actual number of votes it takes to secure a mandate in the course of the parliamentary elections is irrelevant. In majority-based systems, inevitably, different numbers of votes result in a mandate even in constituencies of the same size, as the number of and the level of support for the competing candidates (parties) may differ in the various constituencies, and there may be different numbers of voting citizens actually participating in the voting. As a consequence, the requirement that the votes be “preferably of equal weight” and “of almost the same weight” cannot be applied to the actual votes – for single-member candidates and regional lists – cast by voting citizens and to their interrelations. Differences caused by the rate of participation at the elections and by the activity of voting citizens, as well as the actual distribution of votes do not influence the enforcement of the principle of equal voting rights resulting from the Constitution. In sum, the practice of the CC does not require the „effective equality” of the right to vote.

In the view of the CC, the application of the majoritarian, proportional or the mixed electoral system does not mean the violation of the equal weight of the votes. The challenged provision does not obstruct the right of the petitioners to vote and stand as candidates in parliamentary elections. Also, the provision does not undermine the equal chances of the candidates prior to the elections. According to the CC, the actual system does not support the organisation whose candidate won the relative majority during the elections. Instead, it supports the organisation that nominated the winner candidate in the individual constituency. This is not necessarily the same organisation with the relative majority regarding the final result of the elections. Furthermore, only a significant number of extra votes cast for the winner candidate results in a mandate.

2.3. Findings of the CC – „Winner Compensation”

The CC established that the provisions of the Act on the Elections of Parliament Members concerning the winner compensation do not violate the constitutional requirements of the equality of the right to vote.

2.4. Three dissenting opinions and a concurring reasoning

Judge Béla Pokol judge attached concurring opinion and Judges András Bragyova, László Kiss and Miklós Lévy judges attached dissenting opinion to the decision.

¹⁶ See the translation of this decision in English at the official website of the CC of Hungary (https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0022_2005.pdf)

3. CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS NO. 3001/2015. (I. 12.) AB
AND 3176/2015. (IX. 23.) AB – REPAYMENT OF SUBSIDIES
OF MP CANDIDATES

3.1. The antecedents of the case

A Judge of the Administrative and Labor Court of Kecskemét and the Judge of the Municipal Administrative and Labor Court presented a judicial initiative with the suspension of the case pending before them, requesting the annulment of § 8 (4) a) the Act LXXXVII of 2013 on the transparency of the campaign expenses of the election of MPs. According to the challenged legal provision: „8. § (4) If the candidate (a) does not acquire at least 2% of the valid votes cast in the constituency, [...] he shall repay the subsidy under § 1 to the Treasury.”

3.2. The statements of the CC – necessity and proportionality

One of the three panels of the CC ruled that it is clear from the text of the Act that its subject is not nomination of candidates but the equal distribution of campaign financing for those who have already been nominated. It follows that each candidate decides whether or not he or she is eligible according to the law and whether he or she is using state aid or waiving the subsidy for the benefit of his or her party. The Act therefore does not exclude that the candidate himself finances his campaign on his own behalf. As a result, the application of the provision under consideration, that is, the enforcement of the repayment obligation discussed above may not arise. In accordance with the requirement of Article I (3) of the Basic Law,¹⁷ the CC has examined whether the potential repayment obligation of the campaign finance restricts passive voting rights (i.e. the right to be elected) to the extent that is absolutely necessary and proportionately to the objective pursued.

In this case, the CC considered the regulation of campaign financing to be part of the way the state facilitates the exercise of a fundamental right and the realization of the rights of those concerned, in this case: by candidates. In this context, the CC also emphasized that Article 8 para. (4) (a) of the Act does not regulate nomination (becoming a candidate), but imposes an obligation of a financial nature for those who have already been nominated. This shall be applied to the candidate if he or she does not receive at least 2% of the valid votes cast. The constitutional concern is that this type of repayment obligation might have a

¹⁷ Art. I para (3) of the Fundamental Law reads as follows: „The rules relating to fundamental rights and obligations shall be laid down in Acts. A fundamental right may only be restricted in order to allow the exercise of another fundamental right or to protect a constitutional value, to the extent that is absolutely necessary, proportionately to the objective pursued, and respecting the essential content of such fundamental right.”

deterrent effect on the specific exercise of passive voting rights, that is to say, it might unconstitutionally limit a fundamental right.

The CC held that the protection of the fairness of the election and the function of electoral process in ensuring democratic legitimacy forms a constitutional value that can limit the unlimited realization of passive voting rights. Nomination of candidates could become unlimited, furthermore businesslike, if there were no austerity conditions associated with the financial support of candidates, the enforcement of which is indispensable for public finances. Each candidate can predict if he or she does not win the support of a specific part of the voters, he or she is likely to lose funding as a result. The state wants to achieve conditions that provide candidates with an equal chance to persuade voters. If a candidate cannot take advantage of this opportunity, he or she loses the support. Still, this candidate could have exercised his or her passive voting right during the electoral process. Therefore, the CC has established the necessity of the regulation under Article I (3) of the Basic Law.

With respect to the proportionality of the restriction, the CC has taken into account the following: the imposition of an excessively high amount of electoral support on the non-repayment of the aid would, on the one hand, empty out the campaign financing and, secondly, it would indeed be capable of unduly reducing the inclination to become eligible (i.e. candidates' inclination to run for office). The 2% subsidy threshold under the legislation under review can most likely be reached by winning less than a thousand voters. According to 6. § of Vjt., a nomination of at least five hundred voters is required for becoming a candidate. That is, the number of the funding threshold is higher, but it is not likely to be more than double that of the subsidy threshold. Undoubtedly, in case of the increased number of voters, this threshold also increases, but it cannot be more than two thousand even with full participation (i.e. 100% turnout). As a result of the investigation, the CC found that the regulations in question were in conformity with the requirement of Article I (3) of the Basic Law in respect of passive voting rights, and therefore remain within the limits of the proportionate purpose to be achieved. The Judicial Initiative was therefore rejected by Constitutional Court in Decision no. 3001/2015. (I.12.) AB.

3.3. The statements of the CC – the right to property and equality of opportunity

The CC also produced substantive findings about the other judicial initiative. In relation to property rights, the CC pointed out that campaign financing involves a complex set of financial factors. One of the elements of these factors is that support from the central budget can be made on the basis of the Act on the initiative of the candidates. In other words according to the Act, the candidates can ask for/

use support from the central budget. This aid is therefore made for specific public law purposes, with a voluntary commitment, under certain statutory conditions, and with the risk of being repayable in the absence of a sufficient level of electoral support. The subsidized person (ie. the candidate) does not acquire a free disposable property right that can provide a free provision, but can use it only for the aim pursued, with close settlement (strict account). In this sense, therefore, the Constitutional Court did not consider the financial support to be in a constitutional relationship with the right to property protected by the Basic Law.

Regarding the relationship between equal opportunities and funding, the CC indicated the following. Article XV para (4) of the Basic Law declares that the State shall promote the achievement of equality of opportunity. This requirement is implied in campaign finance regulation as follows: every candidate, regardless of the degree of electoral support that is shown in the candidacy, is eligible for equal budget support. Thus, the state ensures the neutrality (impartiality) of election campaign financing, and through this political pluralism in the elections. There is no appreciable constitutional relationship between Article XV. para (4) of the Basic Law and the challenged legal provision. Therefore the second judicial initiative was also rejected by the CC in Decision 3176/2015. (IX.23.) AB.

4. CONSTITUTIONAL COURT DECISION NO. 3086/2016. (IV. 26.) AB – THE POSSIBILITY OF VOTING IN THE LETTER (BY MAIL)

4.1. The antecedent of the case

The petitioner is a voter who has an address in Hungary¹⁸ but is abroad on the day of election. According to the Hungarian electoral law, he can only vote at the foreign representation.¹⁹ However, those who do not have an address in Hungary and are also abroad on the day of the election have the right to vote by mail. According to the petitioner this legal rule infringes the constitutional requirement of equality²⁰ and his right to vote guaranteed by Article XXIII. of the Basic Law.²¹

¹⁸ According to the law 'Address in Hungary' shall mean the address of a registered domicile in Hungary, or, in the case of persons with no registered domicile in Hungary or abroad, the address of a registered residence in Hungary.

¹⁹ According to the law 'Foreign representation' shall mean the diplomatic and consular mission of Hungary operating abroad, set up based on a Government decision.

²⁰ Article XV para (1) Everyone shall be equal before the law. Every human being shall have legal capacity.

(2) Hungary shall guarantee the fundamental rights to everyone without any discrimination, in particular on grounds of race, colour, sex, disability, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or any other status.

²¹ Article XXIII para (1): Every adult Hungarian citizen shall have the right to vote and to stand as a candidate in elections of Members of Parliament, local government representatives and mayors, and of Members of the European Parliament.

The case with the increased media coverage was dealt with by the CC six times in two and a half years. The latter figure is remarkably high and reflects the complex judgment of the case.

4.2. The statements of the CC – homogeneous grouping

The CC considered the question of voting by mail as a procedural, technical rule. Voters residing abroad on the voting day (whether or not they have an address in Hungary) are in a comparable situation and form a homogeneous group.²² However, the distinction between them does not concern the essential content of fundamental rights; voters with permanent residency abroad on the day of voting can exercise their right to vote; according to their choice, they may cast their votes at the Delegation or go home and vote in Hungary. Voter's right to vote as a constituent part of a voter who resides abroad on the day of the vote is complete and consequently does not affect or limit the difference in the procedural rule that is being challenged. This means – in other words – that voters residing abroad on election day thus have full access to their right to vote, so the claim made above is baseless.

The challenged regulation contains a different procedural (technical) rule for the members of the homogeneous group regarding the way (method) of voting, but an impartial analysis can identify a reasonable cause for this distinction.²³

²² The CC examines the constitutionality of differentiation by applying a discrimination test. With respect to fundamental rights the necessity and proportionality test is used; in the case of non-fundamental rights the so-called reasonableness test is applied. In this latter case the first step of the examination by the CC is formation of a group. A homogeneous group of subjects needs to be set up who share certain characteristics that are relevant for the regulation concerned, because discrimination can only occur with respect to persons who are in comparable situations. There is discrimination either if different treatment is given to persons who belong to the same homogeneous group or if persons who belong to different homogeneous groups get identical treatment by disregarding significant differences. Márta Dezső, Bernadette Somody, Attila Vincze, Eszter Bodnár, Nóra Novoszádek, Beatrix Vissy: *Constitutional Law in Hungary*. Kluwer Law International. The Netherlands 2010. 262.

²³ According to the interpretation of the Hungarian CC the prohibition of differentiation is not absolute. It follows from the right to human dignity that everyone has to be treated as a person of equal dignity by law. Discrimination related to non-fundamental rights is unconstitutional if it violates the right to human dignity. If the differentiation is arbitrary or unjustified, that is to say, an impartial analysis cannot identify a reasonable cause, then it infringes the right to human dignity, because in that case it is certain that the persons concerned were not treated as persons of equal dignity and their points of view were not evaluated with the same attention and equity. Hence, it follows that with respect to a right that does not qualify as a fundamental right, discrimination is unconstitutional if it lacks a reasonable motivation. Márta Dezső, Bernadette Somody, Attila Vincze, Eszter Bodnár, Nóra Novoszádek, Beatrix Vissy: *Constitutional Law in Hungary*. Kluwer Law International. The Netherlands 2010. 262.

4.3. The statements of the CC – the intensity of the relationship with the state

The CC considered that a distinction could be drawn between the members of the homogeneous group regarding the intensity of their relationship with the state. In the case of a voter with a permanent residence, the relationship is more direct, resulting from his or her habitual long-term residence in Hungary. The permanent residence regarding participation in public affairs also involves a more intensive relationship with the state, with its electoral system and the relevant legal regulations. This means – in other words – that those citizens who maintain permanent residences in Hungary are more likely to engage in public affairs, and thus to also have a more intensive relationship with the state.

Allowing voting by mail for voters who reside abroad but who do not have a permanent address on the day of the vote seems to be a procedural (technical) rule granting an advantage, promoting the exercise of a fundamental right. In the view of the CC, it can not be considered solely on its own abstracted from the regulatory environment; this is accompanied by the restriction (lack of completeness) of the essential content of the fundamental right, with which voters with permanent address (as the members a homogeneous group, such as the complainant) does not have to count.

4.4. The statements of the CC – signaling, message to the legislator

It is relatively rare when the decision of the CC contains a message beyond the holdings. In the last paragraph of its decision, the CC pointed out that the legislator can change his discretionary decision, if he considers its technical and security conditions, and, if he considers it necessary, he can introduce legislation that would allow voting by mail for all voters residing abroad regardless of their place of residence. However, the possible modification of the procedural (technical) rule for voting discussed above is a discretionary decision of the legislator. From this “message” it may also be concluded that the generalization or even complete abolition of voting by mail may be in line with the Basic Law.

4.5. Five dissenting opinions and seven concurring reasoning

Egon Dienes-Oehm and András Zs. Varga in their concurring reasonings, pointed out that the distinction made between voters by law was not based on the method of voting (i.e. in letter or not) but on the existence or absence of a permanent residence in Hungary. This distinction is a procedural rule which, in itself, cannot conflict with Articles XV and XXIII of the Basic Law, since, in this case,

it is only the determination of certain technical conditions for the exercise of the right to vote. Hungarian citizens with and without permanent addresses in Hungary cannot be considered a homogeneous group with respect to Article XV of the Basic Law. The distinction is based on reasonable and constitutional grounds set out in the Avowal of National Faith (preamble) of the Basic Law.

In László Salamon's concurring reasoning he pointed out that it is an essential theoretical question that the challenged regulation of the method of voting is not a restriction (constraint) on the right to vote but the establishment of the conditions for exercising the right to vote. The distinction between the two concepts is a constitutionally relevant distinction. In his concurring reasoning, Tamás Sulyok explicated the practice of the ECHR. István Balsai, Imre Juhász and Mária Szívós agreed with the holdings of the decisions, but they would have preferred to reject the petition without examining it on the merits. Ágnes Czine, Miklós Lévy, István Stumpf, Péter Szalay and Béla Pokol, in their dissenting opinions, stated that the CC would have had to declare an omission on the part of the law-maker that results in violating the Basic Law. In this case, only a small majority of the members of the CC supported the majority decision. This fact is indicated by the five dissents and seven concurring reasoning, and by the fact that the Court discussed the case six times.

5. 3211/2016. (X. 26.) AB – HOLDING AN ELECTORAL MEETING

5.1. The antecedent of the case

A Hungarian opposition political party submitted a constitutional complaint against the judgment of the Curia (Hungary's Supreme Court). According to the Curia, the event announced by the petitioner at 16:00 on October 2, 2016, at Kosuth tér (Budapest's main square at the Parliament), is considered as an electoral meeting on the basis of § 140 (d) of the Act on Electoral Procedure. Therefore, the Curia concluded that the event violated the law, according to which an election meeting could not be held on the day of the vote, so the National Election Commission lawfully asked the petitioner to refrain from holding the event and forbade him from continuing to organize it.

5.2. The statements of the CC – proportionality of the restriction on holding an electoral meeting

According to the first two sentences of § 145 (1) of the Act on Electoral Procedure, „Election rallies may be held during the campaign period. Election rallies shall not be held on the day of voting. Election rallies shall be public. The organiser of the rally shall arrange for the maintenance of order”. Regarding this regulation,

the petitioner challenged the restriction contained in the latter sentence. The CC established the following; the challenged provision is one of the cornerstones of the institutional protection of voting rights. Due to the short duration of the prohibition (i.e. 19 hours) the restriction is limited only to a small fraction of the duration of the campaign. The limitation of the freedom of peaceful assembly for a few hours therefore does not affect the essential content of the fundamental right.

The challenged provision temporarily restricted the freedom of peaceful assembly in order for the elections to be conducted smoothly and in order to achieve the will of the electors. The prohibition helps voters consider their opinions independently of new influences in the hours before the election. According to the reasoning of the petitioner, the electoral assemblies held on the day of voting have only a low influence of the voters. However, according to the CC, this is only an assumption, which is not capable of supporting the disproportionality of the restriction. It thus rejected the constitutional complaint in a five-member panel.

6. CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS NO. 19/2016. (X. 28.)
AND 20/2016. (X. 28.) AB – POLITICAL ADVERTISEMENT
OR ADVERTISEMENT FOR THE SOCIAL GOOD?

6.1. The antecedent of the case

The basis of the process was the following: individuals submitted objections to a company providing linear media services (i.e. media service provider providing linear media services) because, in their view, the contested programs were classified as political advertisement and not as advertisements for the social good. Therefore, the individuals argued, these programs should not have been broadcast. The National Election Commission rejected the objections in both cases but the Curia found that broadcasting these programs infringed the electoral law regarding the publication of political advertising. In both cases, a business organization providing linear media services has submitted a constitutional complaint alleging that the decisions of the Curia infringe their right to media editing, guaranteed by Article IX of the Basic Law.²⁴

6.2. The statements of the CC – surplus obligations of the broadcaster

In the reasoning of its decision, the CC pointed out that at the time of the referendum, no other content could be attributed to the concept of political adver-

²⁴ According to this article "Everyone shall have the right to freely express their opinion." (Article IX para 1)

tising under the Constitution than the content should be attributed to during election-time. According to the CC's conclusion, the decision of the Curia is capable of restraining the broadcaster from broadcasting advertisement for the social good. In its interpretation, the Curia's judgment infringed the broadcaster's freedom to edit media content (i.e. its editorial independence), as protected by Article IX of the Basic Law.

6.3. The statement of the CC – an important procedural issue

During the proceeding the CC noticed insufficiency of legal rules regarding publication of decisions taken during the legal remedy procedure, thus the Court ordered constitutional review of § 232 of the Act on Electoral Process.²⁵ The legal basis of this review was § 28 (1) of the Act on CC which declares that in proceedings aimed at the review of a judicial decision, the CC may also carry out the examination of the conformity of the legal regulation with the Basic Law.

As a result of this *ex officio* examination the CC declared an omission on the part of the law-maker that results in violating the Basic Law, because the law-maker failed to enact such legal rules that would guarantee that the decisions of the second-instance electoral commission and the review court shall be communicated to all those, to whom these holdings of these decisions concern. Therefore, in its decision no 6/2017. (III.10) AB called upon the Parliament that committed the omission to perform its task for enacting such law.

6.4. Dissenting opinions

Ágnes Czine, Béla Pokol, István Stumpf, Tamás Sulyok and Péter Szalay made a dissenting opinion on the decisions because they disagreed with the annulment the Curia's judgments.

²⁵ § 232 of the Act of Electoral Process reads: (1) The resolution adopted in the appellate procedure shall be communicated by the election commission that proceeded in the second instance to the appellant and those to whom the resolution of the first instance had been communicated.

(2) The election commission, when acting in a procedure of second instance and after its resolution became final, shall send back the documents sent to aid in adjudicating the appeal, along with the resolution, to the election commission that proceeded in the first instance.

(3) The decision adopted in the course of the judicial review shall be communicated by the court to the submitter of the request and those to whom the resolution of second instance had been communicated.

(4) Except for personal data, the court shall publish its decision.

(5) No further legal remedy shall be available with regard to court decisions.

(6) The court shall send back to the election commission that issued the reviewed resolution the documents sent to aid in adjudicating the request for judicial review – together with the court's decision – after the passing of the deadline available for constitutional complaints or in case a constitutional complaint has been filed, after it has been returned from the CC.

CONCLUSIONS

In this paper, we introduced and analyzed those Hungarian Constitutional Court cases that examined the legislation on the electoral system and were decided after the entry into force of the new Constitution of Hungary (called the Basic of Fundamental Law) in 2012. Based on this analysis, it can be observed primarily that between 2012 and 2017 the Constitutional Court examined the constitutionality electoral norms of Hungary in eight significant decisions on the merit. When making these decisions, the Constitutional Court repeatedly returned to its decisions based on the previous Constitution, to its caselaw of the two decades preceding the Fundamental Law, despite the fact that the Court itself recognized the textual changes of the provisions of the former Constitution and the Fundamental Law on the electoral law. Among the most important principles developed by the former Constitutional Court case, the most significant was that „The Parliament has a wide scale of discretion in establishing the system of election and the rules of procedure for the election. The legislature is free to define the constituency systems and the rules pertaining to the nomination of candidates, voting and the obtainment of mandates. The Parliament may exercise this freedom of discretion in establishing the rules of election only within the constitutional limits, and it is required to adopt rules that do not violate the provisions of the Constitution and do not unconstitutionally restrict any fundamental right regulated in the Constitution.” This basic principle was established previously in 1996 and became a consistent practice of the Constitutional Court and this statement was confirmed even after the entry into force of the Fundamental Law (for the first time in Decision 1/2013. AB.)

From the analyzed decisions it can also be concluded that the Constitutional Court, in accordance with its previous practice, made its decisions in accordance with the constitutional provisions, taking into account the international standards, such as the Venice Commission’s Code of Good Practice in Electoral Matters and the European Court of Human Rights’ caselaw.

It is also apparent from the analyzed judgments that relatively few unanimous decisions have been made, in many cases dissenting opinions and concurring reasonings were attached by some justices to the majority decision. Furthermore, we could find such decision, where the number of justices attaching dissenting opinions and concurring reasonings exceeded the number of the justices adopting the majority decision. This phenomenon clearly indicates the division of thought within the Constitutional Court, and this might also bring some changes and reconsideration of the majority’s opinion in the future.

*Dr Andraš Teglaši, vanredni profesor
Nacionalni univerzitet za državnu službu, Budimpešta
Fakultet za pravne nauke i državnu upravu
Teglas.Andras@uni-nke.hu*

**Praksa Ustavnog suda u oblasti ustavnosti
parlamentarnog izbornog sistema Mađarske u periodu
od 2012. do 2017. godine**

Sažetak: *Novi Mađarski ustav (takođe poznat kao Osnovni zakon ili Fundamentalni zakon) izmenio je pravila koja se odnose na izbor članova parlamenta. Mađarski parlament je, nadalje, preoblikovao ta pravila naknadnim donošenjem dva zakonska akta: Akta CCIII od 2011. godine o izboru članova parlamenta, i Akta XXXVI od 2013. godine o izbornom postupku. Materijalna i procesna pravila izbora unela su nove karakteristike u izborni sistem koje su mnogi kritikovali iz ustavnih razloga. Rad na sistematski način prikazuje odluke Ustavnog suda Mađarske o pravnim normama koje regulišu parlamentarne izbore kako su se razvijale od momenta usvajanja akta o izbornom postupku.*

Ključne reči: *Mađarska, ustavni sudovi, izborni postupci, izborni sistemi.*

Datum prijema rada: 24.05.2018.

ODELJAK ZA STUDENTE

*Mr Mihailo V. Brkić, student doktorskih studija
Univerzitet u Beogradu
Fakultet političkih nauka
brkic.mihailo@gmail.com*

PRAVNE ŠKOLE SUNITSKOG ISLAMA I OSVRT NA PORESKI PRISTUP IBN TAIMIJE I MUHAMEDA ABD AL-VAHABA

Sažetak: *Ovaj rad daje prikaz dominantnih pravnih škola sunitskog islama i duodecimalnih šiita – džafarita. Istraživanje posebno ukazuje na koncepcije poreske politike Ibn Taimije, koji se, među srednjovekovnim muslimanskim teolozima i naučnicima, najviše bavio pitanjem oporezivanja.¹ Radovi Ibn Taimije, nastavljača hanbalitske škole, značajno su uticali na stvaranje doktrine i učenje Muhameda Abdul Vahaba i vahabitskog verskog pokreta u celini, koji je od samih početaka imao političke naznake. Vahabizam je danas vladajuća doktrina islama u Kraljevini Saudijskoj Arabiji. Ima veliki uticaj na verska, pravna, politička i ekonomska pitanja, kao i ukupan društveni život, i u drugim arapskim monarhijama Persijskog zaliva, koje objedinjava članstvo u Zalivskom savetu za saradnju – Gulf Cooperation Council (GCC).*

Ključne reči: *šerijat, fikh, porez, Ibn Taimija, vahabizam.*

1. UVOD

Islamsko pravo je, u svom najvećem delu, u regulisanju pitanja i problema koja se tiču svetovnih stvari prilagodljivo i određuje samo opšte pravce delanja.²

¹ Puno ime Ibn Taimije u engleskoj transkripciji glasi Taqi al-Din Ahmad bin ‘Abd al-Halim ibn Taimiyah. Podatak o imenu Ibn Taimije dat je na osnovu: Đuro Benić, „Islamska ekonomska misao u Srednjem vijeku“, *Ekonomski pregled*, Zagreb, 68/2017, 577. Đuro Benić, (redovni profesor u trajnom zvanju, Sveučilište u Dubrovniku, Odjel za ekonomiju i poslovnu ekonomiju) Ibn Taimijino ime alternativno navodi i kao **Ibn Tajmija** i **Ibn Tejmiye**. U nastavku rada **koristićemo opciju Ibn Taimija**.

² Muhamed Hašim Kamali, „Zakon i društvo – Uzajamni odnos objave i nezavisnog rasuđivanja u šerijatu“. *Oksfordska istorija islama*, poglavlje 3, (ur Džon L. Espozito), Klio, 2. srpsko

Međutim, prihvatajući takvu ocenu islamskog prava, njega ne bismo smeli u potpunosti izjednačiti sa šerijatom. Šerijat je onaj deo islamskog pravnog sistema koji je u čvršćoj vezi sa božanskom objavom, to je pravo koje proističe iz samog teksta Kurana. Sa druge strane, postoji deo pravnog sistema islama koji je nastao kao posledica delovanja ljudskog razuma i on se naziva fikih. On u sebi sadrži određenu meru slobodnog rasuđivanja i ispravnosti ponašanja koja nastaje na osnovu takvog rasuđivanja. Fikh ispravnost neke ljudske akcije klasifikuje kroz pet ocena, odnosno kriterijumima obaveznosti, preporučljivosti, dopuštenosti, osuđivanja i zabrane.³

Ako bismo se pozabavili odnosom i uticajem islamskog prava na tako svetovne fenomene kao što su to pitanja sakupljanja poreza, ili poreske i ekonomske politike u opšte, možemo konstatovati da je islamsko poresko pravo oblast kojom se u većoj meri bavi fikih, a manje šerijat, osim kada je u pitanju zakat. Tekst Kurana utvrđuje zakat (zekat) kao jedan od *Pet stubova islama*.⁴ Zakat u suštini podrazumeva obavezu milodara, kojim bogatiji pripadnici muslimanske zajednice daruju siromašniji. Koliko god priroda zakata delovala svetovno njegova je objava božanska, jer je sastavni deo kuranskog teksta. Kao takav, zakat je u suštini božijim providenjem utvrđen porez. On se kao porez sigurno može svrstati, u skladu sa fikhom, pod kriterijum obaveznosti. Na suprot zakatu, akcize npr. na alkohol, budući da su fiskalna obaveza na promet robe čija je konzumacija Kuranom nedopustiva, svakako jesu u kategoriji zabranjenog. Porezi bi, dakle, ocenjivani kriterijumima fikha mogli biti obavezni, neki drugi preporučljivi, neki prosto dopušteni tj. tolerisani, primena pojedinih bi bila za osudu, a neki bi porezi jednostavno, u islamskom kontekstu, bili nedopustivi i zbog toga zabranjeni. Postavlja se pitanje da li bi fikih u potpunosti mogao da oceni moralnu ispravnost i pravnu prihvatljivost svake dažbine koja je uobičajena u savremenim poreskim sistemima. Naime, u uslovima postojanja državnog poretka zasnovanog na islamskom pravu, može se javiti problem koncipiranja i primene drugih, a pre svega ličnih poreza, tj. onih koji prevazilaze okvire zakata. Spomenimo, na primer, opravdanost uvođenja poreza na ukupan prihod građana, ne samo iz ugla fikha,

izdanje, Beograd 2016, 125.

³ *Ibid.*, 126

⁴ U javnosti, van muslimanskog društvenog kruga, oko značenja poruka *Pet stubova islama* ima nedoumica, pa i potpuno pogrešnih tumačenja. Najveća se odnosi na *Prvi stub islama*, a to je prizivanje i potvrda Boga i božijeg poslanika Muhameda. Naime, vernik molitvom i njenim rečima potvrđuje da nema drugog boga osim Alaha, koga je Muhamed poslanik. Na arapskom jeziku bog se zove alahom, bez obzira na to da li ga u molitvom prizivaju muslimanski ili hrišćanski vernici. *Prvi stub islama* treba shvatiti kao ispovedanje vere u monoteizam. Dakle, vere u jednog boga. Molitva zapravo kaže da nema boga osim jednoga Boga, koga je prorok Muhamed izaslanik na zemlji. *Drugi stub islama* je obaveza vernika da se Bogu moli pet puta dnevno. *Treći stub* je zakat, *Četvrti* je dnevni post tokom celog svetog meseca Ramazana. *Peti stub* je obaveza vernika da bar jednom u životu, ako im materijalne prilike to dopuštaju, odu na hadžiluk u Meku.

nego i mogućnost postojanja takvog poreza na osnovu slova Kurana i njegove definicije zakata.

Razmatranje pitanja odnosa islamskog prava prema fenomenu oporezivanja i poreskoj politici u opšte, aktuelizovano je 2016.g. koordinisanom odlukom arapskih monarhija Persijskog zaliva da od 2018.g. otpočnu sa primenom poreza na dodatu vrednost (PDV, odnosno VAT – Value Added Tax) na određene robe i usluge.⁵ Te zemlje, koje objedinjava članstvo u Zalivskom savetu za saradnju – Gulf Cooperation Council (GCC)⁶, odlučile su se na promenu poreske politike zbog budžetske neravnoteže izazvane opadajućim prihodima od prodaje nafte i prirodnog gasa i istovremenog jačanja populacionog pritiska domaćeg stanovništva i uvezene radne snage. Da li naredne akcije u poreskoj reformi zemalja GCC mogu doći u koliziju sa okvirom islamskog prava koji predstavlja legislativnu osnovu i za njihovu poresku politiku? Da li u nekoj od ovih zemalja, a posebno u onoj ključnoj, Saudijskoj Arabiji, reforma može biti limitirana, pre svega kada je u pitanju lično oporezivanje, usled uticaja vladajućeg vahabističkog, religijsko-ideološkog modela? Kroz pregled istorijskog razvoja islamske pravne nauke, ovaj rad ukazuje na neke probleme koje vahabistički pravno-politički model, kao vladajući u Kraljevini Saudijskoj Arabiji i delu Zaliva, može da postavi pred zakonodavce i poreske reformatore. Rad, takođe, ukazuje na činjenicu da iako kulturološki bliske, zemlje GCC istorijski ne baštine iste pravne škole na svojim teritorijama. U zavisnosti od toga koliki značaj pojedine pravne škole, tradicionalno prisutne u tim zemljama, daju analogijama i saglasnostima mišljenja svojih veroučitelja, njihovi tako nastali pravni sistemi mogli bi biti manje ili više fleksibilni i u svojim poreskim politikama.

Rad se detaljnije bavi učenjem neohanbalita Ibn Taimije i to iz dva razloga. Prvi leži u tome da je Ibn Taimija, među tradicionalnim teolozima sunitskog islama, bio možda i najveći posvećenik izučavanja javnih finansija i u opšte fenomena poreske politike islamske države. Drugi i svakako ne manje značajan razlog bavljenja Ibn Taimijinim učenjem, je činjenica da su njegovi radovi u velikoj meri uticali na Muhameda Abd Al-Vahaba, utemeljivača vahabizma. Vahabizam je ne samo vladajuća ideologija Kraljevine Saudijske Arabije, nego je i familijarno nasleđe dinastije Al-Sauda. U tom smislu, politika ove države, pa i ona poreska, osim po cenu dubokog unutrašnjeg konflikta, ne može biti u koliziji sa vahabizmom. Sa druge strane vahabizam, po svojoj suštini, podrazumeva najdoslednije, čak i bukvalno čitanje i primenu slova Kurana. Takvo čitanje svete knjige svakako se odnosi i na one delove teksta koji se bave oporezivanjem. S toga

⁵ Počevši od januara 2018. PDV su počele da primenjuju Saudijska Arabija, Ujedinjeni Arapski Emirati i Bahrein, dok su vlasti preostalih zalivskih monarhije izrazile spremnost da PDV uvedu tokom godine.

⁶ Članice GCC su: Kraljevina Saudijska Arabija, Sultanat Oman, Kraljevina Bahrein, Država Kuvajt, Država Katar, Ujedinjeni Arapski Emirati (UAE).

se poreski reformatori u Kraljevini suočavaju sa rizikom da modernizacijom fiskalnog sistema izazovu negativnu reakciju političke zajednice, koja je utemeljena na antiinovativnom društvenom nasleđu vahabizma.

2. IZVORI ISLAMSKOG PRAVA

Islamsko pravo, kao što smo već ukazali, temelji se na božanskoj objavi i ljudskom razumu. Onaj deo islamskog prava koji je u čvršćoj vezi sa objavom naziva se šerijat, a deo prava koji je u glavnom proizvod ljudskog razuma naziva se fikh.⁷ Bez obzira na to da li razmatramo sadržaj šerijata ili fikha ključni izvor islamskog prava je tekst samog Kurana. Međutim, dok suštinu šerijata čine jasne zapovesti sadržane u Kuranu i suni, odnosno sunetima,⁸ fikh predstavlja poznavanje praktičnih odredbi šerijata.⁹ Fikh je istovremeno pravna nauka i sistem pomoću koga je šarija prenesena kasnijim generacijama.¹⁰

Filip Hiti u svom klasičnom delu *Istorija Arapa* objašnjava da su suneti dela, izreke i prećutna odobravanja Prorokova.¹¹ Suneti su u početku islama prenošeni usmenim putem. Međutim, tokom drugog veka po Hidžri, suneti su u hadisima dobili svoj pisani oblik.¹² Hadisi su, dakle, verodostojan zapis nekog Prorokovog dela ili njegove izreke. Kako dalje F. Hiti objašnjava, hadisima se u širem smislu mogu smatrati i verodostojni zapisi dela, ili izreka, ma kog od Prorokovih drugova, ili naslednika. Hiti to ilustruje rečima: „U hadisima govori prorok Muhamed, a u Kuranu sam Alah.“¹³ U trećem veku po Hidžri izvršena je kompilacija raznih zbirki hadisa u šest knjiga koje su potom postale standardne i kao takve izvor islamskog prava.¹⁴

Hiti ukazuje da su osim Kurana i tradicije, tj. suna i hadisa, izvori islamskog prava još i analogna dedukcija tj. analogija i sveopšti pristanak, odnosno saglasnost mišljenja (idžma) veroučitelja.¹⁵ Jedan od uzroka šizme između šiita i sunita je upravo fenomen analogne dedukcije u tumačenju Kurana. Šiitsko pravo, priznaje lično rasuđivanje kao izvor zakona i sredstvo saznavanja šerijata, a zaključivanje po analogiji odbacuje, jer ga poistovećuje sa nagađanjem, o čemu je

⁷ M. H. Kamali, 123.

⁸ *Ibid.*, 124.

⁹ *Ibid.*, 126.

¹⁰ Filip Hiti, *Istorija Arapa – Od najstarijih vremena do danas*, 2. Fototipsko izdanje, Veselin Masleša, Sarajevo 1983, 359.

¹¹ *Ibid.*, 357.

¹² Hidžra, tj. preseljenje Muhameda i njegovih sledbenika iz Meke u Medinu, dogodila se 622. g.n.e.

¹³ F. Hiti, 357.

¹⁴ *Ibid.*, 358.

¹⁵ *Ibid.*, 360.

pisao šesti šiitski imam Džafar al Sadik (699-765). Ipak, bez obzira na međusobne razlike obe glavne grane islama, dakle u celini i šiiti i suniti, daju presudan značaj tekstu Kurana, kao izvoru islamskog prava. U tom smislu može se reći da je islamsko pravo neodvojivo od religije i da stoji u bližoj vezi sa njom nego sa naukom. M. H. Kamali konstatuje da tvrdnja da islamsko pravo potiče od Boga i da je sastavni deo vere, podrazumeva da je pridržavanje njegovih odredbi zakonska i religijska obaveza muslimana.¹⁶ Međutim, obim Kuranskog teksta, koji se neposredno odnosi na pravila kojima se uređuju svetovna pitanja i problemi, nije velik. Od oko šest hiljada stihova tj. ajeta koliko ih Kuran ima, svega njih dvestotinak ima eksplicitno legislativni karakter i to u najvećem delu u okviru druge i četvrte sure¹⁷ tj. na samom početku objave Knjige, Muhamedu.

3. PRAVNE ŠKOLE SUNITSKOG ISLAMA

U okviru sunitskog islama razvile su se četiri prihvaćene pravne škole tumačenja Kurana i hadisa, sve nazvane po imenima svojih osnivača. Ove se škole razlikuju najviše po tome da li i koliko pribegavaju pravnom teoretisanju odnosno spekulaciji u tumačenju problema koje Kuran nije eksplicitno, svojim tekstom, objasnio i obuhvatio.

M. H. Kamali podelu ovih škola vidi u diferencijaciji versko-pravnih delatnika na dve osnovne grupe, koje imaju i geografsko ishodište. Prvu grupu čine tradicionalisti, koncentrisani u Meki, Medini i u opšte Hidžazu, tj. onome što je danas Saudijska Arabija. Druga grupa su racionalisti, čija su geografska uporišta gradovi u Iraku, Kufa i Basra. Tradicionalisti su se uglavnom oslanjali na tekstove Kurana i suna, odnosno hadisa, i protivili su se korišćenju ličnog rasuđivanja. Racionalisti su bili naklonjeni slobodnoj primeni ličnog mišljenja, kada sveti tekstovi nisu dovoljno jasno rasvetljavali postavljeni problem.¹⁸

3.1. Hanafiti

Hanafijska (hanefitska), najstarija, ili kako je još zovu iračka škola, zasnovana je na principu analogne dedukcije, odnosno verskopravnog tumačenja po sličnosti (kijas).¹⁹ Anri Laust (Henry Laoust), ovu školu smatra racionalističkom, jer ličnu procenu uvažava kao jedan od izvora svog pravnog učenja.²⁰ Naučna

¹⁶ M. H. Kamali, 146.

¹⁷ F. Hiti, 360.

¹⁸ M. H. Kamali, 128.

¹⁹ *Ibid.*, 130.

²⁰ Henry Laoust, *Raskoli u islamu*, prevod sa francuskog Tarik Haverić, Naprijed, Zagreb 1989, 86.

percepcija na Zapadu zato hanafijsku školu vidi kao, uslovno rečeno, najliberalniju. Laust je naziva i školom slobodnog mnjenja (raj/ra'y).²¹

Škola je nazvana po svom osnivaču Abu-Hanifi el Numan ibn Sabitu²² (699-767.g.n.e.), prvom i kako se smatra najuticajnijem pravniku islama. Kako isti-če Vinsent Dž. Kornel (Vincent J. Cornell)²³, Abu Hanifa ima rezerve prema hadisima kao izvorima legislative, pa pri formiranju versko-pravnih mišljenja veći značaj daje tumačenju po analogiji pravnih stručnjaka. Ovo osporavanje važnosti hadisa ne dolazi otuda što Abu Hanifa ne uvažava pravovaljanost, ili nužnost hadisa samih po sebi, nego zato što u velikom broju slučajeva sumnja u njihovu autentičnost.²⁴ Ova škola ima među sunitima najveći broj sledbenika.

Hanefitska škola bila je široko rasprostranjena na teritorijama Otomanskog carstva. Iz tog istorijskog razloga ona je danas prisutna u našim krajevima, kao i Turskoj, Jordanu i Libanu. Hanefiti su preovladavajuća škola i u sunitskim republikama bivšeg SSSR, Avganistanu i Pakistanu.²⁵

3.2. Malikiti

Malikitska škola, nazvana je po svom osnivaču Malik ibn Anasu (715-795.g.n.e.). Iako i malikitska škola ima određeni kritički stav prema nekim hadisima, ona, kao izvoru prava, hadisima pridaje posebnu važnost i to naročito onima koji se odnose na zajedničku tradiciju Prorokovog grada Medine, što naglašava V. Dž. Kornel.²⁶ Zato se ovaj pravac još naziva i *medinska škola*.

Malikitska škola smatra se konzervativnom u odnosu na hanafijsku školu, i, na liniji pomenute Kamalijeve podele, ubraja se u tradicionalističke škole. Ova škola poseban značaj daje idžmi, odnosno verodostojnom konsenzusu – usaglašenosti mišljenja islamskih pravnika u Medini.²⁷ Uz hadise, osnivač škole Malik se obilno koristio i vlastitim sudom, kako primećuje Laust.²⁸

Malikitska škola istorijski se razvila u Hidžazu (Meka i Medina, zapadni deo današnje Saudijske Arabije), Egiptu i Basri (jug Iraka), kao i muslimanskoj Španiji²⁹. Danas ova škola ima prevlast u Maroku, Alžiru, Tunisu, severnom Egiptu, Sudanu, Bahreinu i Kuvajtu³⁰ i u nekim emiratima koji su u sastavu UAE.

²¹ *Ibid.*, 85.

²² Abu-Hanifino prezime Kamali definiše kao Sabit, Hiti ga oslovljava sa Tabit.

²³ Vinsent Dž. Kornel „Plod drveta saznanja – Odnos vere i prakse u islamu“, *Oksfordska istorija islama, poglavlje 2* (ur Džon L. Espozito), Klio, 2. srpsko izdanje, Beograd 2016, 112.

²⁴ A. Laust, 86.

²⁵ M. H. Kamali, 129 i F. Hiti, 361.

²⁶ V. Dž. Kornel, 112.

²⁷ M. H. Kamali, 129.

²⁸ A. Laust, 88.

²⁹ *Ibid.*, 89.

³⁰ M. H. Kamali, 129.

3.3. Šafiti

Šafijska škola prema F. Hitiju pokušava da nađe zlatnu sredinu između dve prethodno pomenute škole.³¹ Trasiranje puta šafijske škole između tradicionalista i racionalista potvrđuje i Kamali.³² Laust ocenjuje da je Al-Šafija nastojao da da podjednak udeo svetopisnoj predaji i pojedinačnom rasuđivanju.³³ Po Laustu je ova škola u svakom slučaju tradicionalistička i verna slovu Kurana i žive predaje (suni), a nenaklonjena spekulativnoj teologiji, ali ne i u potpunosti oponentna takvom pravnom teoretisanju. Osnivač šafijskog pravca Muhamed ibn-Idris al-Šafija (767-820. g.n.e), bio je učenik Malikijev. Kako ukazuju V. Dž. Kornel i M. H. Kamali, Al-Šafija je uspostavio hijerarhijski model, odnosno metodologiju kojom se utvrđuje redosled značaja izvora islamskog prava. Taj model danas prihvataju sve škole sunitiskog islama i to tako što je osnovni izvor prava Kuran, potom Prorokova suna, pa onda tumačenje po analogiji i obavezujući konsenzus³⁴. Nije bez značaja da je poreklo Al-Šafije u plemenu Kurejš, dakle istom onom iz koga je potekao i sam Prorok, o čemu podatak daje F. Hiti.³⁵ Ova je škola prisutna u severnom delu egipatskog priobalja Crvenog mora, uključujući delove Sinaja i Palestine, Sirije i Jordana, zatim na zapadnoj obali Saudijske Arabije i istočnoj obali Afrike, obalnom delu Indije, kao i Indoneziji i Maleziji.³⁶

3.4. Hanbaliti

El-Šafijev savremenik, Ahmed ibn Hanbal (780-855.g.n.e.) osnovao je četvrtu i najmlađu školu, koja se naziva hanbalitska. Ibn Hanbal je u mnoštvu primljenih predaja birao učenja, koja su mu se činila najslbližnja Kuranu i Prorokovom nauku, ali je u okviru svetopisanih podataka bio spreman da upotrebi i lični sud (rej/ra'y).³⁷ Ibn Hanbala, Laust ne dovodi u vezu ni sa jednom od prethodne tri škole.³⁸ Smatra da od hanafita Ibn Hanbala udaljuje nepoverenje prema pojmu slobodne procene (istihsan). Malikijsku školu, Hanbal istina smatra dostojnom najvećeg poverenja, ali Laust ukazuje da suštinski ta Hanbalova ocena predstavlja opšte mesto koje mali-kijsku školu ne izdvaja od drugih škola. Laust, takođe, ukazuje da Hanbal suprotno nekim mišljenjima nije sledbenik Al-Šafije, jer je čak zabranjivao prepisivanje njegovih dela, polazeći od toga da verniku, kome je stalo da sledi predaju, prepis bilo čijeg dela nije potreban, nego da svoj stav treba da zasnuje na objektivnoj realnosti

³¹ F. Hiti, 361.

³² M.H. Kamali, 129.

³³ A. Laust, 90.

³⁴ V. Dž. Kornel, 113.

³⁵ F. Hiti, 361.

³⁶ *Ibid.*, 361 i M. H. Kamali, 130.

³⁷ A. Laust, 112.

³⁸ *Ibid.*

sadržaja Kurana i hadisa. Laust u tom smislu citira izvorni tekst iz Ibn Hanbalovih dela: „Da se Bog opisuje onako kako se sam opisao u Kuranu i kako ga je Prorok opisao u živoj predaji (suna)“.³⁹ Međutim, V.Dž. Kornel ocenjuje da se Hanbalovo učenje oslanja na pomenuti Al-Šafijev model rangiranja značaja izvora prava. Međutim, kako Kornel primećuje, hanbalitska škola samo izuzetno pribegava tumačenju po analogijama.⁴⁰ Kamali ističe da je cilj hanbalitske škole da svoje učenje u što većoj meri zasniva na presedanima navedenim u Kuranu i hadisima i da ne želi da se oslanja na lično rasuđivanje.⁴¹ Na isti pristup hanbalitske škole, precizno ukazuje F. Hiti. On naglašava da se Ibn Hanbal beskompromino držao slova hadisa,⁴² što je, mada u manjoj meri, nedostatak i malikijske i šafijске škole na koji ukazuje i Kornel.

Analizirajući ove nalaze osvrnućemo se na analogiju i lično rasuđivanje kao izvore islamskog prava. Iako bliski, jer analogija podrazumeva lično rasuđivanje, odnosno odluku da se na osnovu analogije donese lični sud o nekom novom fenomenu, čini se da u hanbalitskom kontekstu postoji jasna linija koja razdvaja ova dva izvora islamskog prava. Hanbaliti prihvataju samo analogiju, a i nju samo izuzetno tj. samo onda kada nema drugog načina da se kroz šarijat, ili idžmu, donese sud. Bilo kakva primisao skretanja u lično rasuđivanje o tekstu Kurana, van analogijskog konteksta, je apsolutno zabranjena. Laust ukazuje na krajnju strogost Ahmada ibn Hanbala u osudi teoloških pravaca koji se krive za uvođenje novotarija u islam.⁴³ Osuda takvih ideoloških skretanja pojedinaca, ili grupa vernika, čije se vladanje ili mišljenje mogu učiniti raskolničkim, može da dovede do takfira tj. proterivanja takvih lica iz zajednice vernika. Međutim, kako Laust ukazuje, to je više teorijska postavka Ibn Hanbala, dok bi u praksi nepravoverni musliman, ili grupa vernika, pre mogli biti sistemski marginalizovani unutar zajednice, nego bukvalno izopšteni iz nje.⁴⁴

Upravo po pitanjima izopštenja (takfira) i novotarija (bide) postoji direktna veza između hanbalizma i vahabizma. Veza je i geografska. Hanbalitska škola je istorijski rasprostranjena upravo na teritorijama na kojima je gotovo hiljadu godina kasnije, koristeći učenja ibn Hanbala, propovedao Muhamed Abdul Vahab, tj. u kontinentalnom delu današnje Kraljevine Saudijske Arabije (KSA), uključujući i Rijad. U kojoj meri se hanbalizam može smatrati rodonačelnikom vahabizma biće više reči kasnije, ali treba imati u vidu mišljenje Kamalija da se broj sledbenika Ibn Hanbala smanjivao sve do pojave vahabitskog puritanskog pokreta na Arabijskom poluostrvu, koji je od 18. veka hanbalitskoj školi dao novi podstrek.⁴⁵ Hanbalitska škola danas preovlađuje osim u KSA još i u Kataru i nekim drugim

³⁹ *Ibid.*, 113.

⁴⁰ V. Dž. Kornel, 113.

⁴¹ M. H. Kamali, 130.

⁴² F. Hiti, 361.

⁴³ A. Laust, str 114.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ M. H. Kamali 130.

Zalivskim emiratima, a po M. H. Kamaliju i u Omanu⁴⁶ s tim da Kamali u svom radu nije ukazao na činjenicu da su Omanci u većini ibaditi, tj. da nisu suniti.

3.4.1. Šiiti džafariti, ili duodecimalni šiiti

Kornel ukazuje na moguće postojanje veze u tumačenju značaja pojedinih izvora islamskog prava između hanbalitske škole i najbrojnije šiitske strukture, džafarita. Naime, po njemu, džafariti, ili tzv. duodecimalni šiiti u velikoj mjeri slede metodologiju hanbalitske škole islamskog prava, ali u svoju zbirku hadisa uključuju i predanja dvanaest šiitskih imama.⁴⁷ Zbog analiziranja prethodne tvrdnje Kornela, treba imati u vidu da šiitsko pravo, kako ističe M. H. Kamali,⁴⁸ priznaje lično rasuđivanje kao izvor zakona i sredstvo saznavanja šerijata, ali zaključivanje po analogiji odbacuje, jer ga poistovećuje sa nagađanjem, o čemu je pisao šesti imam Džafar al Sadik i što smo spomenuli ranije u tekstu.

Ukoliko se viđenje Kamalija i Kornela uporedi, može se zaključiti da su šiiti-džafariti u nedostatku rešenja zasnovanog na šarijatu, dakle tekstu Kurana, sunama, hadisima i idžmi, tj. konsenzusu veroučitelja, skloniji ličnom rasuđivanju, a suniti-hanbaliti analogiji. Ovaj osvrt daje ilustraciju kompleksnosti sunitsko-šiitskih odnosa. Treba imati u vidu činjenicu da danas između potomaka hanbalita i džafarita postoji ogroman politički jaz, koji se jasno vidi kroz sukobljavanje Saudijske Arabije i Irana, savremenih država koje možemo smatrati političkim potomcima te dve škole islamskog prava.

O džafariti treba reći i to da su oni najbrojnija šiitska zajednica u svetu. Zastupljeni su kao većinsko stanovništvo u Iranu i Iraku. Naziv dvanaestnici su dobili na osnovu verovanja da je posle šestog imama Džafara Al Sadika (699-765) i još pet imama njegovih naslednika, poslednji od njih Hasan al-Askari, koji je umro 873. g. bez dece, navodno ipak imao muškog potomka. Šiiti koji su tvrdili i objavili da poslednji jedanaesti imam Hasan ipak ima sina, Muhameda, ali da je ovaj skriven, postali su oni koje danas zovemo duodecimalnima, odnosno šiitima dvanaestnicima. Ovi šiiti veruju da će se taj skriveni dvanaesti imam Muhamed, pojaviti kao Mahdi (upućeni, dugo očekivani) i da će biti Gospodar vremena (Sahib al-zaman). Ovo verovanje u buduću presudnu ulogu Mahdija prisutno je i kod mnogih sunitskih muslimana na Arabijskom poluostrvu. Prema tome verovanju Mahdi je budući veliki islamski vladar, koji će ujediniti ceo svet i osloboditi ga od nepravde i zla. Pojava Mahdija dogodiće se u vremena neposredno pre Sudnjeg dana. Tada će Mahdi najaviti i dolazak, tj. drugi silazak Isusa Hrista na Zemlju.⁴⁹

⁴⁶ *Ibid.*, 131.

⁴⁷ V. Dž. Kornel, 113.

⁴⁸ M. H. Kamali, 137.

⁴⁹ Ovu verziju predanja o Mahdiju ispričao mi je u Kuvajtu, sunitski sagovornik, Muhamed Ali Al K. Interesantno je njegovo zapažanje da predanje o Mahdiju, odnosno pomenutoj borbi

3.5. Neohanbaliti

Anri Laust, u pomenutom delu *Raskoli u islamu*, definiše Ibn Taimiju kao rodonačelnika tzv. neohanbalitskog učenja. Treba imati u vidu da je Ibn Taimija na istorijsku pozornicu stupio skoro pet stotina godina nakon Ibn Hanbala. Ibn Taimija se posebno bavio poreskom politikom i fenomenom javnih finansija, postajući tako rodonačelnik ideje islamske države blagostanja. O njegovom doprinosu konceptu islamskog oporezivanja kasnije će biti više reči u ovom radu.

Muhamed Abd al Vahab, za pola milenijuma mlađi sledbenik Ibn Taimije, može takođe biti smatran neohanbalitom, istina uz rezerve o kojima će više reči biti u sledećem potpoglavlju. Hanbalitskoj školi Ibn Taimija i Abd al Vahab dali su i svoje autentične doprinose. U sunitskim zajednicama, društveni uticaj radova te dvojice teologa postao je veći posthumno nego što je bio među njihovim savremenikima.

3.6. Vahabiti

Vahabizam je proizvod obnoviteljskog pokreta u islamu⁵⁰, nastalog u 18. veku. Predstavlja se kao najautentičnije čitanje islama⁵¹. Utemeljivač pokreta je Muhamed Abd al-Vahab (Abdulvahab), rođen 1703.g u mestu Al Ujajna⁵² (oblast Nadžd, na istoku današnje Kraljevine Saudijske Arabije). Njegov otac bio je mesni kadija, koji je kao pravnik pripadao hanbalitskoj školi (madhabu). Učenje hanbalitska škole bilo je široko rasprostranjeno u oblasti Nadžd.⁵³ Tokom kasnijeg četvorogodišnjeg boravka u Medini, Abdulvahab je proučavao radove Ibn Taimije (1263-1328), pomenute značajne figure sunitskog islama, teologa i tumača šarije, čiji je uticaj u islamskom svetu posthumno postao mnogo veći nego za života.⁵⁴

dobra i zla i spasenju pravednika, govori i o tome da će na kraju vremena i sveta svi verujući monoteisti, u stvari biti muslimani, jer su oni jedini u veri ispravni i dosledni obožavaoci jednog i jedinstvenog Boga.

⁵⁰ Tarik Kulenović, *Politički-islam*, 108: „VAHABIZAM – pokret za reformu muslimanskih društava s izvoristhem u današnjoj Saudijskoj Arabiji. Izvorni vahabizam proizlazi iz saveza Muhammeda abd el ibn Vahaba i Muhameda ibn Sauda, iz kojeg je potekla i današnja Saudijska Arabija. Internet sajt: <http://www.skripta.info/wp-content/uploads/2016/03/Tarik-Kulenovic-Politički-islam.pdf>. Pregled 10.01.2018.

⁵¹ Afshin Shahi, *The Politics of Truth Management in Saudi Arabia*, Routledge, Abingdon UK 2013, 46.

⁵² Al Ujajna je naselje koje se nalazi pedesetak kilometara severoistočno od današeg grada Rijada.

⁵³ Hamid Algar, *Wahhabism: A Critical Essay*, Islamic Publications International, Oneonta, NY 2002, 6.

⁵⁴ *Ibid.*, 8.

Kao i Tajmija pre njega, Abdulvahab veruje da istorijski period u kome prorok Muhamed boravi u Medini, predstavlja idealno doba islama. Ovaj period započinje polovinom 622. g.n.e., Hidžrom – tj. izlaskom, odnosno, begom Božjeg poslanika Muhameda iz Meke u Medinu (tada oazu Jestrib), pred progoniteljima, politeistima iz Muhamedovog plemena Kurejš. Medinski period završava se Prokovim pobedonosnim povratkom u Meku 630. g.n.e. Treba imati u vidu da upravo medinske sure Kurana⁵⁵ tj. sure od II do IX, daju niz instrukcija vernicima o pravilima života zajednice, organizaciji i odnosima u porodici, kao i ponašanju muslimana kao pojedinaca.

Međutim, kako Hamid Algar (Hamid Algar)⁵⁶ ocenjuje, Abdulvahabovo učenje, odnosno vahabizam, pokret je bez pedigree, došao ni iz čega i to ne samo u smislu da je iznikao iz pustinjske pustoši Nadžda nego i zato što mu nedostaje suštinski prethodnik u istoriji islama.⁵⁷

3.6.1. *Takfirizam*

Vahabizam je nastao kao pokret teološke reforme sa ciljem da pozove (poziv/ da'va) vernike na obnovu „pravog“ značenja monoteizma, odnosno verovanja u jednog Boga (tavhid, tahid), čime bi se dekonstruisale „tradicionalističke“ prakse, odnosno običaji, koji su u međuvremenu zaživele među muslimanima.⁵⁸ Te prakse po verovanju vahabista predstavljaju odstupanja od prave vere. U tom smislu Abdulvahab i njegovi sledbenici na tragu su ranijeg Tajmijinog viđenja monoteizma.⁵⁹ Takav „ekstremni“ monoteizam, ima između ostalog za posledicu i takfirizam. Takfirizam, odnosno takfir, predstavlja kontroverzni teološki koncept koji na muslimane koji ne slede vahabističku doktrinu i njenu praksu gleda kao

⁵⁵ Tekst Kurana po verovanju muslimana predstavlja bukvalnu Božiju reč, objavljeno Božijem poslaniku Muhamedu.

⁵⁶ Hamid Algar je profesor na departmanu za Bliskoistočne studije na Berkliju (Hamid Algar, Professor of Persian and Islamic Studies. Department of Near Eastern Studies, University of California, Berkeley)

⁵⁷ H. Algar, 10: „Wahhabism is essentially a movement without pedigree; it came out of nowhere in the sense not only of emerging from the wastelands of Najd, but also its lack of substantial precedent in Islamic history.“

⁵⁸ Ahmad Moussalli, *Wahhabism, Salafism and Islamism: Who Is The Enemy?* Conflicts Forum: Beirut – London – Washington 2009, 4.

⁵⁹ Vahabiti se, kao i Tajmija ranije, na suprot hrišćanske bogoslužbene prakse koja glorifikuje obožavanja svetih mesta i događaja, protive posećivanju Prorokovog groba i slavljenju njegovog rođendana, smatrajući takve aktivnosti idolatrijom. U tom smislu vahabiti osuđuju muslimane koji ukazuju počast pokojnicima, ili podižu nadgrobne spomenike, kao i one koji praznuju svetkovine posveće svecima, ili anđelima. Takva obožavanja, po učenju Abdulvahaba, ugrožavaju pokornost Bogu, pošto stvaraju sentimente kojima se narušava celovitost osećaja potpune posvećenosti Svevišnjem (odnosnom jednom i jedinom Bogu tj. Alahu, kako se monoteistički bog zove, bez obzira na to da li ga prizivaju muslimanski ili hrišćanski vernici, čiji je maternji jezik arapski).

na kafire (nevernike)⁶⁰. Takfirizam se još naziva i doktrinom izopštenja.⁶¹ Takfir podrazumeva izopštenje, odnosno proterivanje lica koja ostupaju od vere, iz zajednice vernika. Međutim, moguća je i obratna odluka. Pravi vernik, ukoliko živi u većinskom neverničkom (kafirskom) društvu, odaziva se pozivu i samog sebe izopštava. On tada napušta takvo grešno okruženje i naseljava se, poželjno sa porodicom, u izolovanim zajednicama, gde će se boriti protiv svih nevernika, uključujući i lažne vernike, tj. one koji se izdaju za muslimane, a to u stvari nisu.

3.6.2. Salafisti

Za Tajmiju i potom Abdulvhaba, medinski period, Muhamedovog života i rada, uzor je po kojem bi sva islamska društva trajno trebalo da se organizuju. Za pomenute bogoslove „medinski model“ je idealan društveni poredak kome treba težiti i koga treba slediti. Ovo viđenje je i suština salafističke doktrine (al-salaf al-salih – pobožni preci u smislu pravedni, odnosno ispravni)⁶², koja se zasniva na uverenju da potomci treba da uče i da se trude da u svemu prate i dostignu pretke, odnosno da izgrade društvo što približnije onom prvobitnom, savršenom društvu Muhamedovih sledbenika u Medini. U tom smislu, kako Ahmed Musali⁶³ konstatuje, svi vahabiti su po pravilu salafisti, ali nisu svi salafisti vahabiti.⁶⁴ Iako vahabizam sebe smatra istinskim salafističkim pokretom, Hamid Algar ističe da sve do 60-ih godina 20. veka u javnosti nije bilo bližih asocijacija salafista sa vahabizmom.⁶⁵

⁶⁰ Ibrahim A. Karawan, *Takfīr*. In John L. Esposito. The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World. Oxford: Oxford University Press. 1995.

⁶¹ Graeme Wood, *Što ISIS stvarno želi?* The Atlantic 2015., prevod sa engleskog Marijan Martinović, tekst na: <http://www.theatlantic.com/features/archive/2015/02/what-isis-really-wants/384980/> pregled 20.10.2016.

⁶² „Salafizam je trend koji je u konceptu al-salaf al-salih (the pious predecessors) tražio instrument kojim bi se razumela istinita interpretacija i praksa Islama i odbacilo kumulirano iskustvo muslimanske zajednice. Sa jedne strane koncept je korišćen kako bi se muslimani najpre „očistili“ od sadašnjih tumačenja istorije, teologije, pravne nauke i sudske prakse, a potom uputili na regresivne verske, moralne i socijalne putanje – što je slučaj sa vahabizmom, ili se usmerili ka progresivnim političkim, društvenim, religijskim i moralnim stazama – kao u slučaju islamističkih reformista i modernista, Dž. Afganija, M. Igbala, M. Abdua i M.R. Ride.... **Posledično tome, koncept al salaf, društvo, ili pojedinca, može voditi napred, ili nazad**...Pomenuti reformisti, iako ih zovu očevima salafije (salafiyya), zapravo za razliku od salafista/vahabista nisu zamrznuti u istoriji i idealima prve tri generacije islama“. Ahmad Moussalli, *Wahhabism, Salafism and Islamism: Who Is The Enemy?*, Conflicts Forum: Beirut – London – Washington, 2009, 11-12.

⁶³ Profesor Ahmed Moussalli, American University Beirut, Lebanon

⁶⁴ A. Moussalli, 3.

⁶⁵ H. Algar, 47: “it was not until the 1960’s that a closer association of salafis with Wahhabism came about.”

4. IBN TAIMIJIN I VAHABISTIČKI PRISTUP OPOREZIVANJU

Ibn Taimijin pristup islamskoj poreskoj politici, dat u nastavku rada, oslonjen je na knjigu Abdul Azim Islahija *Ekonomski koncept Ibn Taimije*.⁶⁶ Ovo delo A. A. Islahija koristio je i Đuro Benić, u svom prethodno pomenutom radu.

Islahi je razasute radove Ibn Taimije sabrao na jednom mestu, preveo sa arapskog na engleski jezik i objavio kao celovit prikaz Taimijine ekonomske misli. Benić ukazuje: „*Većinu razmatranja iz područja ekonomije Ibn Taimija dao je u dvije knjige: Al-Hisbah FI 'l-Islam (Javne dužnosti u islamu: institucija hisbaha).*⁶⁷ i *Al-Siyasah al-Shariyah FI Islah al-Rai wa'l-Raiyah (Javni i privatni zakoni u islamu)*“.⁶⁸ Benić skreće pažnju da u prvoj knjizi Ibn Taimija raspravlja o delovanju tržišta i razlozima za direktnu intervenciju države na tržištu, osvrćući se pri tom i na specifičnu islamsku administrativnu instituciju – hisbah. U drugoj knjizi Taimija se bavi ekonomikom javnog sektora, odnosno bavi se pitanjima javne potrošnje, poreza, zaduživanja, uloge i funkcija novca, kamate, smanjenja vrednosti valute, infrastrukture, raspodele dohotka, siromaštva i dr.⁶⁹

Ibn Taimijin (puno ime bilo mu je Taki ad-Din Ahmad ibn Taimija) koncept izgradnje javnih finansija teži ravnoteži u zadovoljavanju opšteg i pojedinačnih interesa, odnosno usaglašavanju potreba islamske države i njenih državljana – članova muslimanske zajednice. Taj koncept ilustruju stavovi Ibn Taimije, koje citira A. A. Islahi na osnovnu izvornog teksta Taimijinih dela: „Društvom moraju vladati velikodušnost i dobročinstva. Ljudi bi trebalo da potrebe drugih stave ispred svojih potreba. Za svaku je osudu pohlepa za novcem i tvrdičluk. Lukuzan način života, sa druge strane, treba izbegavati. Najbolja je politika srednjeg puta.“⁷⁰ Na osnovu prethodnih navoda može se zaključiti da Ibn Taimija, stvaralac iz poznog 13. i ranog 14. veka (1263-1328), ima vrlo jasan stav o potrebi usaglašavanja javne i privatne potrošnje. On osuđuje prekomernu ličnu potrošnju, ali i istu takvu štedljivost, dajući prednost javnom interesu nad pojedinačnim potrebama članova

⁶⁶ Abdul Azim Islahi *Economic Concepts of Ibn Taimiyah*, Leicester, The Islamic Foundation, 1988/1408 H. Reprinted 1996/1417 H. Abdul Azim Islahi (r. 1950) profesor na Islamskom ekonomskom institutu, Univerzitet Kralja Abdulaziza, Džeda, Saudijska Arabija (The Islamic Economics Institute, King Abdulaziz University, Jeddah, KSA). Doktorirao 1981.g. na Muslimanskom Univerzitet u Aligarhu, Utar Pradeš, Indija (The Aligarh Muslim University, India). Međunarodni autoritet na polju izučavanja istorije islamske ekonomske misli.

⁶⁷ Objavljena na engleskom kao: Ibn Taymiya, *Public Duties in Islam: The Institution of the Hisbah*, Islamic Foundation, Leicester 2007.

⁶⁸ Đ. Benić, 578.

⁶⁹ S. M. Ghazanfar, “Medieval Islamic Thought – Filling the Great Gap in European Economics”, *Explorations in medieval Arab-Islamic economic thought: some aspects of Ibn Taimiyah's economics*, Taylor & Francis Group, London 2003, 58; Navedeno prema: Đ. Benić, 578.

⁷⁰ Ibn Taimiyah, *Al-Siyasah al-Shar'iyah*, Dar al-Sha'b, Cairo 1971, 153. Navedeno prema: A. A. Islahi, 137.

muslimanske zajednice. Zagovarajući politiku srednjeg puta, Ibn Taimija, na neki način, ukazuje na model države blagostanja, kao države koja se stara da kroz svoje delovanje obezbedi dobar životni standard i materijalnu sigurnost svojih građana. U tom smislu, mereno današnjim standardima, Ibn Taimijina idealna država i njena finansijska politika predstavljaju neku vrstu kejnzijanskog modela. Takva Taimijina država nalazi se na suprot onome što u savremenom ekonomskom i društvenom smislu predstavlja liberalna država, koju karakteriše između ostalog i mlako oporezivanje imovine bogatih. Sa druge strane, Ibn Taimiju ne treba smatrati zagovornikom nekakve socijalističke islamske države, koja bi težila egalitarnosti. On polazi od stanovišta da su socijalne razlike proizvod Božije odluke. Cilj poreske politike, upotrebom ličnih poreza i njihovom primenom na boljestojeće delove zajednice, nalazi se u uravnoteženju opšteg društvenog standarda, a ne u eliminaciji socijalnih razlika. Ibn Taimija zato kaže: „Kada je Alah stvorio dve vrste ljudi – bogate i siromašne – načinio je zakat obavezom za bogate i pravom za siromašne.“⁷¹ Jasno se iz prethodnog citata sagledava da poreski koncept Ibn Taimije ne želi da eliminiše socijalne razlike, ali insistirajući na ličnom oporezivanju bogatih kroz zakat (milodar), on teži ublažavanju socijalne polarizacije i eliminisanju ekstremnog bogatstva i siromaštava u društvu. Primena Ibn Taimijinog poreskog koncepta bi u nekoj idealnoj završnici vodila ka stvaranju svojevrсне islamske države blagostanja.

A. A. Islahi u pomenutom radu ukazuje na specifičan elemenat kompleksnosti ne samo islamskog oporezivanja, nego i islamske ekonomske politike u celini. Ističe da Ibn Taimijina razmatranja o ekonomskim pitanjima **sadrž** **svuda prisutan stav da su ekonomija i religija neodvojivi.**⁷² Kako ocenjuje Islahi ne radi se tu o idiosinkraziji nego je takvo jedinstvo karakteristika samog islama.⁷³ Međutim, Ibn Taimija pošto se posebno bavio javnom potrošnjom, koju je razvrstao u široke kategorije korisnika, shvata da za potrebe takvog obima potrošnje možda neće biti dovoljno sredstava iz prihoda koji su predviđeni šarijom. On zastupa stanovište da je legitimno muslimanima uvoditi i druge finansijske obaveze, osim onih utvrđenih zakatom.⁷⁴ Taimija žestoko kritikuje mislioce koji su osporavali pravo državi da uvede nove poreze muslimanskim podanicima.⁷⁵

⁷¹ *Ibid.*, 138

⁷² Pri tome A.A. Islahi skreće pažnju i da Ibn Taimijina ekonomska razmatranja nisu sažeta u okviru jednog njegovog rada nego su razasuta na različitim mestima u Taimijinim delima.

⁷³ A. A. Islahi, 177. Islahi upotrebljava reč idiosyncrasy u originalnom tekstu na engleskom jeziku. Ograđujući se od idiosinkrazije, u suštini naglašava da je spoj ekonomije i religije u islamu prirodan, odnosno nije reč o nekakvoj ekscentričnosti islama. Naime, pošto je Kuran direktno božije slovo, fenomeni kojima se Kuran bavi, pa tako i ekonomija, uvek u sebi imaju božiju promisao. Iz Kurana, dakle, ne proističe samo duhovni aspekt vere nego i svetovne akcije vernika, pa time i njihova ponašanja u domenu privređivanja.

⁷⁴ *Ibid.*, 219

⁷⁵ *Ibid.*, 220. “He strongly criticizes the thinkers who deny the right of the state to impose new taxes.”

Taimija zakat vidi kao opštu dažbinu koja se uvodi na ukupnu imovinu poreskog obveznika. Obveznik je odrasli musliman vernik, koji ima poslovnu sposobnost. Poreska osnovica je imovina, čija je vrednost iznad šarijom propisanog minimuma. Ova vrsta poreza bi u današnjem smislu bila porez na imovinu, ili *wealth tax* u akglo-saksonskoj terminologiji. Međutim, uvođenje poreske obaveze muslimanu iznad visine zakata, proističe, po Taimiji, ne iz toga što postoji neka mera imovine, ili bogatstva iznad minimuma, nego zato što postoji narastajuća potreba u društvu. A. A. Islahi, pozivajući se na Taimijine radove, za tu narastajuću potrebu uzima kao primer trošak, ili drugu pomoć koja se daje rođacima u slučaju vanrednih nesrećnih okolnosti. U takvim slučajevima je imovina preduslov za pomoć bližnjima, a ne osnova za finansijsku obavezu. Zato je po Ibn Taimiji jasno da postoje i druge poreske obaveze osim zakata, kada naraste društvena potreba, što je ispravan odgovor koji šerijat naglašava bez obzira na to koliko je pojedinačno bogatstvo nekog člana muslimanske zajednice.⁷⁶ Sa druge strane, uvođenje zakata ostvaruje se na osnovu činjenice da neko poseduje bogatstvo, odnosno imovinu, na nekom nivou iznad minimalnog, tako da je obaveza plaćanja zakata prisutna čak i ako u konkretnom gradu, ili posmatranoj muslimanskoj zajednici, nema korisnika sredstva prikupljenih zakatom. Tada zakat, odnosno sredstva njime prikupljena, treba potrošiti u nekoj drugoj sredini. A. A. Islahi ukazuje da je pre Ibn Taimije još samo Ibn Hazm⁷⁷ snažno zagovarao potrebu za dodatnim oporezivanjem, izvan okvira zakata, rečima da je u svakoj zemlji dužnost bogatih da pomažu siromašnima, a da je pravo vladara da ih na to prinudi, ukoliko zakat i drugi javni prihodi nisu dovoljni.⁷⁸

4.1. Bid'a (inovativnost) u vahabitskoj doktrini i oporezivanje

Imajući u vidu navedena stajališta o vezama ekonomije i religije, može se zaključiti da i Muhamed Abd Al-Vahab, kao ideološki nastavljac Ibn Taimije, odnosno vahabiti kao njihovi zajednički sledbenici, nesumnjivo polazi od Kurana kao okvira unutar koga treba da budu uređena pitanja privređivanja i ekonomske preraspodele. U tom smislu sveti spisi su osnova ukupne ekonomske politike islamske države. Oporezivanje tako postaje instrument verske doktrine pomoću koga se istovremeno regulišu odnosi unutar zajednice muslimana i izgrađuje

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Abū Muḥammad 'Alī ibn Aḥmad ibn Sa'īd ibn Ḥazm, poznat i kao Al-Andalusī az-Zāhirī (994–1064.g), Andaluzijski pesnik, istoričar, teolog, filozof i pravnik, rođen u Kordobi. Inicijalno sledbenik malikijske škole, prešao je u šafijsku da bi negde oko trideset godine postao sledbenik zahirijske škole. Ova škola iako nije jedna od četiri prihvađene sunitске škole oslanja se na literarno, jasno i neskriveno značenje odnosno tumačenje Kurana (zahirija). Na osnovu: "From Malikism to Shafi'ism to Zahirism: The Conversions of Ibn Hazm," strane 73-87. *Conversions islamiques. Identites religieuses en Islam mediterraneen*, ed. Mercedes Garcia-Arenal. Paris: 2001

⁷⁸ A. A. Islahi, 220

islamska država, a na šerijatu koncipirano i u skladu sa njim sprovedeno oporezivanje, učvršćuje islamsku zajednicu, kao i muslimana – pojedinca, u veri u jednog boga i Muhameda kao njegovog poslanika.

Sa druge strane i za razliku od Ibn Taimije, čiji pristup uvažava činjenicu da ekonomska politika iako u osnovi uređena Kuranom ipak jeste deo socijalne realnosti, te se sa njom mora usklađivati, vahabiti generalno imaju nefleksibilan odnos prema svim društvenim pojavama, za koje opravdano ili ne, smatraju da nisu u skladu sa slovom Kurana i ponašanjem i praksom ranog islama.

Aktivnosti i običaji koje vahabiti smatraju neislamskim ponašanjem, zbog koga musliman, iako pojavno vernik, u suštini može biti smatran nevernikom,⁷⁹ su širk ili politeizam, kufr – neverovanje u Boga, ridda – apostaza ili otpadništvo i bid'a – inovacije.⁸⁰

Bid'a, odnosno antiinovativnosti vahabističkog učenja („svaka inovacija je greška“),⁸¹ mogla bi se pojaviti kao ograničavajući faktor u koncipiranju poreskih oblika, koji su u vezi sa ličnim oporezivanjem, ali nisu deo sistema zakata. Kao prilog ovoj tvrdnji ilustrativno je predavanje šeika Nuh Mim Kelera (Nuh Ha Mim Keller) sa Notingem i Trent univerziteta (Nottingham and Trent University).⁸² Šeik Keler se osvrće na hadis u kome Prorok kaže: „Pazite se stvari koje su tek počele, svaka inovacija je stranputica“.⁸³ Da bi se ovaj hadis razumeo Keler upu-

⁷⁹ H. Algar, *Wahhabism: A Critical Essay*, na strani 67. ističe da je stvar zajedničkog iskustva muslimana da vahabiti i oni pod njihovim uticajem godinama vrlo lako optužuju druge vernike za mnogoboštvo i neprihvatljive novotarije („First, it is a matter of common Muslim experience that Wahhabis and those under their influence have been liberal with accusations of shirk and bid'a for many years.”)

⁸⁰ A. Moussalli, 4; <http://seekershub.org/ans-blog/2011/03/31/the-concept-of-bida-in-the-islamic-sharia-2/>

⁸¹ www.islamlaws.com › Islamic Info

04.03.2011. – This Wahhabi ideology is also followed by the present-day Kingdom of Saudi Arabia, where consequently the concept of bid'a in its negative sense plays a prominent part in religious and social discourse. An interesting example of this is the official view on the celebration of the birthday (mawlid) of the prophet Muhammad, an opinion that was voiced often by the Grand Mufti of the Kingdom, 'Abd al-'Aziz ibn Baz (1910–1999). This festival is strictly forbidden, because it is regarded as a bid'a, “while every bid'a is an error.” Despite the enormous respect for the Prophet, Wahhabis reject celebrating his mawlid because it is rightly understood as a later innovation. On the whole, however, in present-day Islam only a minority adhere to this limited, negative interpretation of the concept of bid'a, while the majority of Muslims approves of a flexible interpretation, which is more compatible with modern beliefs and practices Karawan, Ibrahim A. (1995). “Takfir”. In John L. Esposito. *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*. Oxford: Oxford University Press.

⁸² Predavanje na veb stranici www.masud.co.uk › Shaikh Nuh Ha Mim Keller *The Cocept og Bid'a in Ilslamic Sharia*, Nottingham and Trent University on Wednesday 25th January 1995, pregledano 18.10.2017.

⁸³ We are now able to return to the hadith with which I began my talk tonight, in which the Prophet (Allah bless him and give him peace) said, “. . . Beware of matters newly begun, for every innovation is misguidance”.

čuje na tumačenja klasičnog teologa islama, šeiha Muhameda Jurdanija⁸⁴, koji kaže da se treba čuvati stvari koje ranije nisu postojale, tj. stvari koje postoje u islamskoj praksi, a koje su u koliziji sa Svetim zakonom. To znači da se pomenuti hadis odnosi na običajne fenomene koji su se javili tokom istorijskog razvoja arapskog i islamskog društva, a koji nisu utvrđeni tekstem Kurana. Zato sve inovacije (bid'a) Jurdani svrstava u pet odrednica Svetog zakona, pozivajući se pri tome na podelu bid'a u učenju klasičnog teologa, pravnika i lidera šafijske škole iz 13. veka Iz al-Din bin Abd as-Salema⁸⁵. Po al-Salemu, inovacije mogu biti obavezne, zatim nezakonite odnosno zabranjene, preporučljive, one koje stvaraju nelagodnost, i dopuštene, što je u potpunom skladu sa u radu već prikazanim kriterijumima fikha.⁸⁶ Ova podela na prihvatljive i neprihvatljive inovacije je jasnije definisana u *Kritičkom eseju o vahabizmu* Hamida Algara. On se osvrće na već pomenutog Abd as-Salema i njegovo određenje o dobrim inovacijama (bid'a hasana), koje se može razumeti kao stav kojim se inovacije svrstavaju u pet grupa: obavezne, preporučljive, dozvoljene, one čiju primenu treba obeshrabrati i one zabranjene.⁸⁷ Keler prenosi Jurdanijevu klasifikaciju bid'a po kojoj u tu prvu grupu, onih ne samo dopuštenih, nego i obaveznih inovacija, spadaju bid'a koje se moraju primeniti. To su inovacije koje se odnose na zapise Kurana i pisane zakone islama, ukoliko postoji strah da je nešto od originalnih zapisa izgubljeno, kao i jezička proučavanja kojima bi se arapski tekst Kurana i suna ispravnije razumeo.⁸⁸ Keler ukazuje da Jurdani u drugu grupu, ili nezakonite, odnosno nedopuštene

⁸⁴ Egipatski teolog, šafijske škole, umro početkom 20. veka

⁸⁵ Izz al-Din 'Abd al-'Aziz ibn 'Abd al-Salam ibn Abi 'l-Qasim ibn al-Hasan al-Dimashqi, Sultan al-'Ulama, Abu Muhammad al-Sulami, (r. 1181 Damask – u. 1262 Kairo).

⁸⁶ We are now able to return to the hadith with which I began my talk tonight, in which the Prophet (Allah bless him and give him peace) said, "... Beware of matters newly begun, for every innovation is misguidance". And understand it as expounded by a classic scholar of Islam, Sheikh Muhammad Jurdani, who said: "Beware of matters newly begun", distance yourselves and be wary of matters newly innovated that did not previously exist", i.e. things invented in Islam that contravene the Sacred Law, "for every innovation is misguidance" meaning that every innovation is the opposite of the truth, i.e. falsehood, a hadith that has been related elsewhere as: "for every newly begun matter is innovation, every innovation is misguidance, and every misguidance is in hell" meaning that everyone who is misguided, whether through himself or by following another, is in hell, the hadith referring to matters that are not good innovations with a basis in Sacred Law. It has been stated (by Izz ibn Abd al-Salam) that innovations (bida) fall under the five headings of the Sacred Law (n: i.e. the obligatory, unlawful, recommended, offensive, and permissible):

⁸⁷ Rahmi Yaran, "Bid'at," Tiirkiye Diyanet Vakfı Islam Ansik/opedisi, VI, 129; navedeno prema: H. Algar, 35.

⁸⁸ (1) The first category comprises innovations that are obligatory, such as recording the Qur'an and the laws of Islam in writing when it was feared that something might be lost from them; the study of the disciplines of Arabic that are necessary to understand the Qur'an and sunna such as grammar, word declension, and lexicography; hadith classification to distinguish between genuine and spurious prophetic traditions; and the philosophical refutations of arguments advanced by the Mu'tazilites and the like.

inovacije, **eksplicitno svrstava neislamske poreze i namete**, odnosno **dažbine koje daju vlastni položaj u Svetom zakonu onima kojima to ne pripada**.⁸⁹ Ovaj stav treba razumeti tako što je u tekstu Kurana zakonodavac sam Alah, te slovo zakona može menjati jedino On, a ne neko zemaljsko biće, makar to bio i vladar. Inovacije tako, samim tim što su po božijem zakonu nezakonite, obavezuju vernika da ih ne primenjuje. Jurdanijevo tumačenje bid'ea u vezi sa porezima je posebno značajno, jer je on sledbenik šafijske škole koja je istorijska osnova za kasniju hanbalitsku školu, na čijim je tradicijama doktrinu zasnovao i Muhamed Abd al Vahab. Al Vahab se opredelio da inovacije tj. novotarije (ne)prihvata hronološki. Bid'a je, po vahabitskom učenju, svaka inovacija koja se kao verska praksa, ili religijski koncept, pojavila posle trećeg veka islamske ere.⁹⁰ Od tog perioda, po vahabitima bid'a je uvek negativan koncept, pa u tom smislu nijedna inovativnost nije dopuštena.⁹¹ Nesumnjivo da bi u tom kontekstu i bida, tj. novotarija

⁸⁹ (2) The second category is that of unlawful innovations such as non- Islamic taxes and levies, giving positions of authority in Sacred Law to those unfit for them, and devoting ones time to learning the beliefs of heretical sects that contravene the tenets of faith of Ahl al-Sunna.

⁹⁰ H. Algar, 35: "Muhammad b. 'Abd alWahhab opted for an entirely negative and chronologically defined understanding of the concept: bid'a was whatever religious practice or concept had come into being after the third century of the Islamic era."

⁹¹ Vahabistička definicija termina inovacije, odnosno novotarije, kao i potvrda negativnog određenja vahabita prema bidu odnosno inovacijama može se naći <http://www.putvjernika.com/forums/topic/da-li-u-islam-u-postoji-lijepa-novotarija/page/2> stranica postavljena 25.01.2013. u 15:16 č. u okviru rasprave na temu:

DA LI U ISLAMU POSTOJI LIJEPA NOVOTARIJA? Anonimni autor sajta *Put vjernika* objašnjava jezička značenja novotarija odnosno inovacija: „JEZIČKO ZNAČENJE NOVOTARIJA: Nekoliko je termina koji definišu novotariju u jezičkom značenju, od njih su:

- Počinjanje ili osnivanje nečega novog, odnosno nešto što nije prethodno bilo
- Inovacija

Dakle, novotarija u jeziku označava inoviranje vjere poslije upotpunjenja, ili ono što je izumljeno poslije Vjerovjesnika, sallallahu alejhi ve sellem, u vidu različitih strasti i djela. U osnovi novotarija (ar. bid'at) označava činjenje nečeg novog bez prethodnoga primjera.

ŠERIJATSKO ILI TERMINOLOŠKO ZNAČENJE NOVOTARIJE:

Ima više definicija novotarija u šerijatskoj terminologiji, dok svaka prethodnu definiciju upotpunjuju i dodatno definiše.

Šejhul-Islam Ibn Tejmije, rahmetullahi alejhi (Allah mu se smilovao) kaže: „Novotarija u vjeri je ono što nije propisao Allah i Njegov Poslanik, sallallahu alejhi ve sellem, ili ono što nije naredeno kao obaveza ili pohvalno djelo.” A također rekao je: „Dvije su vrste novotarija: Prva vrsta se odnosi na izreke i uvjerenja, a druga na djela i ibadete. Druga vrsta podrazumijeva prvu, kao što prva poziva u drugu.” Jedna od osnovni definicija novotarije (ar. Bid'a) jeste da je to: “Novoosmišljeni (novoosnovan, izumljeni) put kojim se želi i cilja približavanja i obožavanje Allaha, azze ve dželle.” Dakle, prethodno definicija novotarije označava da ona nije Šerijatski (vjerski) utemeljena i da nema niti jednog validnog dokaza iz Kur'ana, niti Sunneta, a niti je bila poznata u vremenu Allahova Poslanika, sallallahu alejhi ve sellem, koji bi je opravdao ili pak stavio u krug stvari koje su šerijatski dozvoljene. Također, ono što se razumije iz prethodne definicije novotarije jeste da u nju **ne ulaze (ne ubrajaju se) naučno-tehnički pronalasci i nova otkrića** – tj. duhovne stvari ne potpadaju pod ovu definiciju.“

u vezi sa porezom koji je već utvrđen Kuranom, bila nedopustiva. Ako je zakat, ili neki drugi porez, precizno oblikovan svetim kuranskim tekstom i sunama, dakle Alahovim zakonoustrojtstvom, onda svetovni zakonodavac nema mogućnosti da takve dažbine inovira i nameće ih kao poresku obavezu vernicima.

5. ZAKLJUČAK

Rigidno tumačenje bid'a, odnosno stav da je svaka novotarija tj. inovacija štetna pojava, mogao bi biti ograničavajući faktor, koji nameće vahabistička doktrina u vezi sa nesumnjivom potrebom za poreskom reformom, u arapskim monarhijama Zaliva. Ovaj problem se posebno odnosi na pitanja koncipiranja novih poreskih oblika koji se tiču ličnog oporezivanja, a nisu zakat. Kao jedan od *pet stubova islama*, zakat ne može biti inoviran, niti može biti uneta „novotarija“ nekog drugog ličnog poreskog oblika, a da se istovremeno ne uđe u koliziju sa vahabističkom doktrinom neprihvatanja bid'a. Da bi se ovaj problem prevazišao i da bi se proširenjem ličnih poreskih oblika sankcionisala ekonomski, krajnje neracionalna materijalna potrošnja žitelja arapskih monarhija Zaliva, tamošnji zakonodavci stoje pred izazovom ulaska u teološke rasprave sa vahabističkom ulemom, što može imati političke posledice. Koncipiranje poreskog zakonodavstva i politike u skladu sa viđenjem Ibn Taimijinog islamskog oporezivanja, moglo bi da pomiri savremene zahteve budžetske ravnoteže i tradicionalni pristup nepriko-snovesti Kurana, suna i hadisa kao izvora prava.

Otuda, za posmatrača van islamskog sveta, čudna i nerazumljiva sklonost vahabita u zemljama Zaliva ka materijalnim novotarijama, kao što su npr. skupi automobili, ili mobilni telefoni, uz istovremenu izrazitu nesklonost inovativnosti (novotarijama) u stvarima koje se tiču društvenih odnosa.

Mihailo V. Brkić, LL.M., Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Political Sciences
brkic.mihailo@gmail.com

The Rightful Sunni Schools of Law and Overview of the Ibn Taimiyah and Muhammad Abd al Wahhab Taxation Approach

Abstract: *This paper “The Rightful Sunni Schools of Law and Overview of the Ibn Taimiyah and Muhammad Abd al Wahhab Taxation Approach” gives an overview on the main Sunni Islam law schools. It refers also on the duodecimal Shi’ism wing. It especially emphasize the tax concept of Ibn Taimiyah. Among the medieval Islamic scholars, Ibn Taimiyah was the most devoted to the taxation issues. The works of Ibn Taymiyah, as a neohanbalite scholar, had the great impact on the foundation and development of the Mohamed Abd al Wahhab’s teaching. His teaching and Wahhabi movement in general have always had a political aim. Wahhabism is the ruling Islamic doctrine in the Kingdom of Saudi Arabia. It has also a great influence on the religious, legislative, political, economical and social issues in the other Gulf Cooperation Council (GCC) countries.*

Keywords: *Sharia, Fiqh, Tax, Ibn Taimiyah, Wahhabism.*

Datum prijema rada: 17.04.2018.

Miodrag P. Čujić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni Fakultet u Novom Sadu
miodragcujic@gmail.com

ANALIZA RADA I PERSPEKTIVE STALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Sažetak: *Ideja o formiranju Stalnog međunarodnog krivičnog suda dostigla je kulminaciju zahvaljujući Rimskom statutu. Balansiranje između dva pravna sistema bio je pokušaj uvođenja kompromisa kako u formalnom, tako i u materijalnom smislu. Rimski statut predstavljao je ugovor kojim su buduće članice, potpisnici, bez obzira na postojeće razlike, prihvatile obaveze koje će obezbediti jednakost svih pred Stalnim međunarodnim krivičnim sudom (u daljem tekstu MKS). Zamisao, i pojedini slučajevi izvedeni pred ovaj sud, predstavljali su početak nove međunarodne sudske prakse. Međutim, okolnosti političkog karaktera, prožete uslovno rečeno rasnim i regionalnim osobenostima, donele su razdor naizgled idealnom rešenju postupaka protiv inkriminiranih dela međunarodnog krivičnog prava. Činioci i faktori koji su doveli do krize i potencijalno uzdrmali temelje Stalnog međunarodnog krivičnog suda ukazuju na potrebne uvođenja novih obrazaca za postizanje međunarodne pravde.*

Ključne reči: *Rimski statut, pravosuđe, kredibilitet, članstvo.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Međunarodni krivični sudovi svoju ulogu i funkcionalnost vezuju za vreme u kome su nastali. U svom evolutivnom ciklusu međunarodni krivični sudovi su predstavljali instrument u rukama pobednika, odnosno onih političkih subjekata čije su vizije išle u smeru suprotnom od onoga što su sami proklamovali u Univerzalnoj deklaraciji UN. Iako je Rimski statut u mnogim pitanjima tražio kompromis anglosaksonskog i kontinentalnog pravnog sistema, ne može se reći da je u potpunosti odgovorio na sva očekivanja svojih potpisnika. I pored detaljnog definisanja svake odredbe ostalo je otvoreno pitanje o tome da li postoji „...*mogućnost da se*

*ispuni normativni potencijal našeg vremena uspostavljanjem MKS, pre nego što se politički vetrovi ponovo promene.*¹ Problem ne proizilazi samo iz vremena nastanka i sadržine normi, već i iz volje i mehanizama kojima će se politička pozadina neutralisati. Nemoguće je govoriti o postojanju povrede međunarodnog prava, ako norme predstavljaju samo formu koja se zaobilazi ili oblikuje po potrebi političkih apetita. Pozadina određenih postupaka može biti predstavljena kao maska ključnog predmeta rasprave pred međunarodnim sudom. Belgijska vlada se izvinila 2002. godine za komplikacije izazvane povodom ubistva prvog predsjednika nezavisnog Konga, Patrisa Lumumbe, kao i zanemarivanja genocida u Ruandi 1994. godine, ali izvinjenje je izostalo za rane godine dvadesetog veka i kriminalni kolonijalni režim Leopolda II, učinjen na štetu civilnog stanovništva u Kongu.² Da li to znači da su politički interesi ispred prava? Izvinjenjem se ne postiže svrha prava, a prikrivanje zločina ne samo da narušava pravne i etičke norme, već stvara novi zločin, odobravanje duplih standarda u tumačenju „opravdanih i neopravdanih“ zločina.

Tokom Reganove i Buševe administracije oko milion i po ljudi ubila je Južnoafrička Republika samo u zemljama u okruženju.³ U funkcionisanju međunarodnih krivičnih sudova, veliku ulogu svakako imaju odredbe Haških i Ženevskih konvencija. Četvrta ženevska konvencija striktno zabranjuje apsolutno sve što SAD i Izrael rade na okupiranim teritorijama, uključujući i naselja koja su uspostavljena i proširena uz finansiranje i punu podršku SAD, što je pojačano pod Klintonom i Barakom za vreme pregovora u Kemp Dejvidu.⁴ Iz ovakvih činjenica proizilazi retoričko pitanje da li Nobelova nagrada za mir treba da unapredi primenu međunarodnih propisa ili ih suspenduje u izuzetnim slučajevima? Izgovori „humanitarne krize“ i „terorizma“ su iskorišćeni za zloupotrebu odredbe čl. 2 st. 1 tač. 7 Povelje UN. Takvi koncepti očigledni su na primeru bivše Jugoslavije, Ruande, Iraka, Avganistana, Sirije. Urušavanjem suvereniteta državnosti, rušio se i institucionalni sistem država, tako da je princip komplementarnosti direktno doveden u pitanje.

Po principu „komplementarnosti“ MKS će biti ovlašćen da deluje samo kada nacionalni pravosudni sistemi nisu dostupni za to.⁵ U tom smislu nadležnost naci-

¹ S. B. Sewall, C. Kayson, *The United States and the International Criminal Court: National Security and International Law*, American Academy of Arts and Sciences, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham 2000, 32.

² R. E. Howard – Hassmann, A. P. Lombardo, *Reparations to Africa*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2008, 103.

³ Noam Čomski, *Kontrola medija: Spektakularna dostignuća propagande*, Rubikon, Novi Sad 2009, 48-49.

⁴ Ibid., 84.

⁵ W. Driscoll, J. Zompetti, S. Zompetti, *The International Criminal Court: Global Politics and the Quest for Justice*, The International Debate Education Association, New York 2004, 129.

onalnih sudova direktno se diskvalifikuje i po automatizmu se stvara mogućnost za isključivu nadležnost Stalnog međunarodnog krivičnog suda.

Nadležnost ovog Suda uređena je Rimskim statutom. U periodu od 30. oktobra 1998. do 31. decembra 2000. godine pristupni ugovor Rimskom statutu potpisan je od strane 139 država, čak i od strane država koje su glasale protiv Rimskog statuta, SAD-a i Izraela.⁶ Trenutno Rimski statut MKS ima 139 potpisnika i 124 ratifikacija.⁷ Efikasnost Stalnog međunarodnog krivičnog suda ne može se potvrditi ako se ima u vidu veliki broj slučajeva u kojima nije ispoštovano načelo suđenja u razumnom roku. Na to je uticao niz činilaca i okolnosti, koje su postojeći entuzijazam vrlo brzo zamenile razočarenjem. To se moglo zaključiti iz promene stavova zvanične politike predstavnika pojedinih država koje su izrazile nameru da napuste ideju o postojanju Međunarodnog krivičnog suda. Rasplinjavanje MKS moguće je naslutiti na osnovu istupanja pojedinih država iz Afričke unije (Južnoafrička Republika, Burundija, Gambija), odbijanje ratifikacije Rimskog statuta od strane Ruske Federacije i čvrstog stava SAD-a, Izraela i Kine o nena-dležnosti Stalnog međunarodnog krivičnog suda u odnosu na njihove državljane.

Nemogućnost unifikacije krivičnog pravosuđa po prvobitnoj zamisli, proizilazi iz niza činjenica i okolnosti, tako da je neophodno izvođenje novih ideja, koje će uticati na reorganizaciju međunarodnog pravosuđa.

2. ČINIOCI I OKOLNOSTI KOJI UTIČU NA KREDIBILITET STALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Kredibilitet suda, bez obzira da li je on nacionalnog ili međunarodnog karaktera zavisi od njegove objektivnosti, pravičnosti i spremnosti da dosegne istinu. Ova, uslovno rečeno, načelna pitanja mogu se postići usklađivanjem njihovih činilaca i faktora.

2.1. Činioci kredibiliteta Stalnog međunarodnog krivičnog suda

Svi činioci Međunarodnog krivičnog suda mogu se sagledati kroz uređenje: (1) elemenata krivičnog materijalnog prava; (2) krivično-procesnih elemenata i (3) pitanja tehničkog karaktera.

⁶ W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University press, Oxford 2016, 27.

⁷ Coalition for the International Criminal Court – A Universal Court with Global Support, Ratification and Implementation, Ratification of the Rome Statute <http://iccnow.org/?mod=rome-ratification>, 23. februar 2017.

Osnove krivično-materijalnog prava delimično su definisane čl. 5 Rimskog statuta. Nastala pravna praznina predstavlja efikasan izgovor za političku dominaciju, jer odugovlačenjem rešenja agresije stvara se vakum za zloupotrebu Rimskog statuta. Na Konferenciji Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda u Kampali 2010. godine, raspravljano je o zločinu agresije, gde su čl. 8 bis u okviru Elemenata zločina definisane radnje izvršenja.⁸ Onog trenutka kada se ova odredba bude implementirala u Rimski statut, biće moguće govoriti o jednom vidu krivičnopravne zaštite.

Rimski statut je specifičan po tome što predstavlja formu ugovora, gde se ugovorne strane dobrovoljno obavezuju na podređenost jednom međunarodnom krivičnom sudu, bez posredstva i uticaja bilo kog subjekta. Da li to znači da je Stalni međunarodni krivični sud u potpunosti nezavistan? Da li je njegova nadležnost izuzeta od uticaja UN? Da li svi subjekti u postupku, odnosno oni koji mogu da se dovedu u vezu sa postupkom imaju isti pravni status pred Međunarodnim krivičnim sudom? Dok god su veliki ulozi u pitanju, u prvom redu mir i sloboda, ali i politički interesi, teško je govoriti o potpunoj nezavisnosti međunarodnih krivičnih sudova.

U Preambuli Sporazuma između Međunarodnog krivičnog suda i UN, naglašena je Rezolucija Generalne skupštine 58/79 od 9. decembra 2003. godine, u kojoj se poziva na zaključke povodom njihove saradnje.⁹ U okviru čl. 1 Sporazuma naglašena je svrha koja se sastoji u „definisanju uslova pod kojima se Ujedinjene nacije i MKS mogu dovesti u vezu.“¹⁰ Sporazum kroz mnoge odredbe, poput čl. 6 ukazuje na diskreciju Suda, što je u konkretnoj odredbi naglašeno tako da Sud može podneti izveštaj Ujedinjenim nacijama posredstvom Generalne skupštine.¹¹ Iako je na ovaj način data veća sloboda Međunarodnom krivičnom sudu, ona je ipak ograničena stegama prethodno donetih Rezolucija Saveta bezbednosti.

Pokušaj izdvajanja Međunarodnog krivičnog suda od uticaja međunarodnih subjekta, sastoji se u određivanju statusnog značaja tužioca, zamenika tužioca, registratora, uključujući Sudsko veće i osoblje koje pomaže izlaganju odbrane, svedoka, žrtava, eksperata, što se može zaključiti u sadržini Sporazuma o privilegijama i imunitetu Međunarodnog krivičnog suda.¹² Svako rešenje, pa i ovo,

⁸ Elements of Crimes, International Criminal Court, The Hague 2013, 31.

⁹ Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations, http://legal.un.org/ola/media/UN-ICC_Cooperation/UN-ICC_Relationship_Agreement.pdf, 24. februar 2017.

¹⁰ Ibid., 1.

¹¹ Ibid., 3.

¹² Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/23F24FDC-E9C2-4C43-BE19-A19F5DDE8882/140090/Agreement_on_Priv_and_Imm_120704EN.pdf, 25. februar 2017.

može imati pozitivne i negativne posledice. Ustupanjem više prava određenom subjektu, smanjuju se obaveze koje proizilaze iz njegove funkcije. Posledice se manifestuju ne samo na njihovu procesnu, već i na njihovu moralnu pozadinu.

Krivično-procesni elementi Međunarodnog krivičnog suda su kompromis anglosaksonskog i kontinentalnog prava. Rešenja propisana Rimskim statutom trebala su da preduprede probleme *ad hoc* sudova i spreče eventualnu proizvoljnost i protivrečnost dopuna i promena Pravila o postupku i dokazima. Na primer Pravilom br. 8 konstatovano je da: „*Predsedništvo, na osnovu predloga sekretara, sastavlja nacrt Kodeksa profesionalnog ponašanja Veća, nakon konsultacije sa tužiocem...sekretar treba da obavi konsultacije u skladu sa pravilom 20...zatim Nacrt kodeksa prenosi u Skupštinu država članica, u cilju usvajanja...kodeks mora da sadrži procedure za njegove izmene i dopune.*“¹³ Na ovaj način krivično-procesni subjekti nisu prepušteni proizvoljnosti, kako u statusnom, tako i u funkcionalnom smislu, ali s druge strane, ako se svaka delatnost podređuje novim procedurama i donošenju novih pravila, ona time gubi svoju diskreciju, tako da prethodno utvrđeni problem velike diskrecije, odnosno prava subjekata, prerasta u preterano ograničenje obaveza tih subjekata.

Pitanja tehničkog karaktera nisu vezana samo za formalne procedure između subjekata međunarodnog krivičnog suda, već i za pitanja nastanka, unapređivanja i opstanka jedne međunarodne organizacije. Takvo pitanje je pitanje finansiranja organizacije. Na osnovu sadržine čl. 115 Rimskog statuta, sredstva MKS pokrivaju se iz procenjenih doprinosa država članica, kao i sredstava Ujedinjenih nacija, u odnosu na troškove nastale u realizaciji sudskih predmeta.¹⁴ Kontradiktornost ove odredbe uočava se u čl. 116 Rimskog statuta, koji omogućava primenu i korišćenje dobrovoljnih priloga vlada, međunarodnih organizacija, pojedinaca, korporacija i drugih osoba u skladu sa kriterijumima koje prihvati Skupština država članica.¹⁵ Ovo pitanje, slično je regulisano i u mnogim drugim međunarodnim organizacijama. Međutim, da li je shodno prirodi Međunarodnog krivičnog suda takvo rešenje moguće, ili je nametnuto? Tehnička pitanja finansiranja generalno se oslanjaju na način obezbeđenja sredstava, dok se funkcija kontrole svodi isključivo na internu kontrolu Registratora.¹⁶ Da bi se ovi problemi neutralisali potrebna je revizija kontrolnih mehanizama.

¹³ Rules of Procedure and Evidence, International Criminal Court, The Hague 2013, 3.

¹⁴ Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, Sl. List SRJ – Međunarodni ugovori, br.5/2001.

¹⁵ Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, Sl. List SRJ – Međunarodni ugovori, br.5/2001, čl.116.

¹⁶ Financial Regulations and Rules, Regulation 10, Internal control, p.289-290, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D4B6E16A-BD66-46AF-BB43-8D4C3F069786/281202/FRRENG0705.pdf>, 25. februar 2017.

2.2. Okolnosti kredibiliteta Stalnog međunarodnog krivičnog suda

Kada bi Međunarodni krivični sud imao svojstvo živog organizma, njegovi subjekti bi predstavljali organe tog sistema, ali ako taj sistem nema uređenu formu postupanja, ceo taj organizam bio bi beskoristan. On treba da funkcioniše. Da bi se pokrenuo ciklus jednog sistema potreban je impuls, inicijator, koji će održavati vitalnost i funkcionalnost svih organa. Sposobnost pokretanja i kontinuiranog održavanja stabilnosti svakog sistema zavisice od faktora koji ga iniciraju, primenjuju i razvijaju. Ako je propisana samo forma koja se u praksi primenjuje selektivno, neće moći da odgovori na udare koje nameću novi svetski društveno-politički izazovi. Da bi se to izbeglo potrebno je uskladiti činioce i faktore koji eliminišu potencijalne probleme. Potrebno je sagledati okolnosti od značaja za očuvanje kredibiliteta Međunarodnog krivičnog suda i to s aspekta njegove (1) unutrašnje i (2) spoljne osobenosti.

Unutrašnje karakteristike neretko se poistovećuju sa motivisanošću. Jedan od glavnih motiva moguće je prepoznati u izjavi Vudro Vilsona povodom Lige naroda, koja se generalizuje u smislu da „...*će pružiti i malim i velikim državama uzajamnu garanciju za političku nezavisnost i teritorijalni integritet*.“¹⁷ Moglo bi se reći da je unutrašnji pokretač potpisnika Rimskog statuta postizanje jednakosti bez obzira na ekonomske, političke i vojne potencijale. Unutrašnji motivi mogu biti i posledica suprotstavljenih stavova, težnja ka jačanju individualne ekonomske, političke i vojne moći. U sukobu motivacionih pokretača stvaraju se konflikti dvostrukih standarda, koji se neposredno manifestuju u nametanju idejnih rešenja vodećih svetskih lidera. Takvi postupci predstavljaju spoljne faktore.

Spoljne karakteristike mogu se predstaviti kao „*ideološka ofanziva koja stvara himerična čudovišta, a zatim kampanje koje moraju da ih slome*.“¹⁸ Favorizovanje strana u postupku, produbljuje konflikt, funkciju MKS iskrivljuje, a suverenitet institucije instrumentalizacije.

U odnosu unutrašnjih i spoljnih okolnosti mogu se izvesti razlozi istupanja pojedinih država Afričke unije. Majkal Masuča, ministra pravde i propratne službe Južnoafričke Republike, saopštio je da: „...*primena Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, 2002. godine, je u sukobu i u skladu sa odredbama dipolmat-skog imuniteta i privilegija...U cilju da se obezbedi trajna sposobnost Južne Afrike da sprovede aktivne diplomatske odnose, zakon predlaže ukidanje implementacije Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda*...“¹⁹ Formalni razlog istupanja iz

¹⁷ Đura Popović, *Liga naroda: njen postanak, uređenje i rad*, Srpska književna zadruga, Beograd 1930, 25.

¹⁸ N. Čomski, 39.

¹⁹ Briefing to the media by Minister Michael Masutha on the matter of International Criminal Court and Sudanese President Omar Al Bashir, 21 October 2016, <http://www.dirco.gov.za/docs/speeches/2016/masu1021.htm>, 26. februar 2017.

Afričke unije, za Južnoafričku Republiku predstavlja sukob Bečke konvencije i Rimskog statuta, međutim stvarni razlog mogao bi biti mnogo kompleksniji. Negativno iskustvo ove države, kao kolonije sa izraženim uticajem nemilosrdnog aparhejda, odražava se i danas kroz konstatacije dnevne štampe da je „*Međunarodni krivični sud, u stvari sud bledolikih*“. Ovakva tvrdnja afričkih zvaničnika je opravdana, ako se ima u vidu da izuzev Gruzije, situacije koje su pod istragom Međunarodnog krivičnog suda imaju akcenat u odnosu na: Centralnu Afričku Republiku, Mali, Obalu Slonovače, Libiju, Keniju, Darfur (Sudan), Ugandu i Demokratsku Republiku Kongo.²⁰

Ruska Federacija je saglasna sa formalnim razlozima Južnoafričke Republike da su povređene odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu od 1969. godine, tvrdeći da Sud nije ispunio očekivanja da postane istinski nezavisan, autoritativni međunarodni sud, što se odrazilo na njegovu neefikasnost i jednostranost.²¹ Argumenti Ruske Federacije sastoje se u kritikama režima Sakašvilija u odnosu na Tshinval, ubistva ruskih mirovnjaka i optužbama Suda protiv milicije Južne Osetije i ruskih vojnika, dok se eventualno istraživanje delovanja i naredbi gruzijskih zvaničnika prepuštaju gruzijskom pravosuđu.²² Izvedenim argumentima neposredno je dovedeno u pitanje postojanje pristrasnosti Međunarodnog suda i uvođenje „dvostrukih standarda“ u kreiranju optužnice.

Na osnovu izjave Džona Boltona, američkog podsekretara za Kontrolu naoružanja i međunarodnu bezbednost: „*SAD je odlučila da MKS ima neprihvatljive posledice za njen nacionalni suverenitet. Konkretno, MKS je organizacija čija pravila idu protiv osnovnih Američkih pojmova suvereniteta, kontrole i ravnoteže i nacionalne nezavisnosti. To je sporazum koji je štetan za nacionalni interes SAD...*“²³ Ove reči su utemeljene na stavu američkog Kongresa, predsednika SAD-a, kao i njegove administracije, koji se ne obaziru na obaveze potpisanog ugovora, već isključivo na sadržinu Ustava SAD-a i njegove amandmane. Ključni segment doktrine

SAD ogleda se u „kontroli i ravnoteži“. Razlike u interesnim sferama predstavljaju isključivo spoljni faktor koji utiče na kredibilitet Međunarodnog krivičnog suda i razgradnju globalizacije, veštačke tvorevine, kojom se prividno štite nejak od zveckanja oružjem jakih militantnih organizacija. Ovakvim konceptima nameće se potreba preispitivanja uloge Međunarodnog suda i Ujedinjenih nacija.

²⁰ http://www.icc-cpi.int/investigations_and_cases, 26. februar 2017.

²¹ Statement by the Russian Foreign Ministry, 2111, 16. November 2016., http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2523566, 26. februar 2017.

²² Statement by the Russian Foreign Ministry, 2111, 16. November 2016., http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2523566, 26. februar 2017.

²³ D. McGoldrick, P.J. Rowe, E. Donnelly, The Permanent International Criminal Court: Legal And Policy Issues, Hart Publishing, Oregon 2004, 446.

3. EFIKASNOST U RADU MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Utvrdjivanje efikasnosti MKS-a zahteva temeljan pristup, kako u odredbama materijalno-procesnog prava tako i u neposrednoj funkciji svih subjekata u realizaciji svakog postupka pojedinačno. Međutim, ako bi se efikasnost rada Međunarodnog krivičnog suda sagledala isključivo sa procesnog aspekta, isti se ne bi mogao pohvaliti za učinkom koji se očekuje od ovakve institucije.

	Broj slučajeva
Kompletirana optužnica	5
Pretpretresno veće	9
Slučajevi u toku	5
U žalbenom postupku	1
Okončani postupci	3
UKUPNO:	23

Tabela br. 1. Slučajevi pred Međunarodnim krivičnim sudom²⁴

Probleme neefikasnosti suda ne bi trebalo tražiti toliko u odredbama materijalno-procesnog prava Rimskog statuta, koliko u ljudskom faktoru. Naime, neblagovremeno iniciranje postupka uglavnom je uslovljeno dugim procesom prikupljanja dokaza, dok je suđenje u nerazumnom, relativno dugom postupku posledica nemogućnosti obezbeđenja prisustva okrivljenog i usklađivanje glavnog postupka sa Pravilima postupka i izvođenja dokaza.

4. RIZICI I PRETNJE U SLUČAJU GAŠENJA STALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

U potrazi za razlozima koji su uticali na gubljenje suverenosti međunarodnih krivičnih sudova, zapravo se traga za odgovorima o potencijalnim uzročnicima nestanka takvih sudova. Ta kauzalna veza mogla bi se identifikovati kroz četiri segmenta:

- (1) uopšten cilj sa širokom klauzulom propisan Poveljom UN;
- (2) patronatska uloga Ujedinjenih nacija u odnosu na međunarodne sudove;
- (3) nepotpuno definisana uloga kontrolnih mehanizama;
- (4) velika diskrecija i uticaj vojno-političkog aparata.

²⁴ www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx.

U okviru Komiteta Generalne skupštine za neotuđiva prava palestinskog naroda, Hasan Rouhani je konstatovao da „*zbog brutalne vojne agresije nastale u 2014. godini u pojasu Gaze, više od 2.200 Palestinaca je ubijeno, više od pola miliona raseljeno, a hiljade palestinskih domova i imovina, uključujući prostorije Ujedinjenih nacija, napadnuti su i uništeni.*“²⁵ U ovim aktima direktno su izraženi elementi genocida i agresije. Međutim, reakcija tužilaštva i iniciranje postupka pred Stalnim međunarodnim krivičnim sudom je iz nekog razloga izostala.

Na plenarnoj sednici Generalne skupštine UN, predsednik 71. zasedanja, Piter Tomson ukazao je na činjenicu da: „*Okupacija palestinske teritorije od 1967. godine nastavlja da krši osnovne principe Ujedinjenih nacija, uključujući i one koje se odnose na teritorijalni integritet, neprihvatljivosti sticanja teritorije ratom, jednakih prava i samoopredeljenja naroda.*“²⁶ Jedna od mera bila je „*zamrzavanje izgradnje izraelskih naselja na palestinskoj teritoriji za koju je Generalna skupština više puta potvrdila da je nezakonita.*“²⁷ Na ovom primeru ističe se svesno odugovlačenje tužilaštva da preduzme mere iz svoje nadležnosti, čime se neposredno stvaraju potencijalni uslovi za proširenje ratnih žarišta.

Na sastanku Saveta bezbednosti održanom 18. decembra 2015. godine povodom postizanja mirovnog procesa u Siriji, potvrđena je neophodnost dijaloga Vlade i opozicije, međutim problem se ogledao u podeljenosti članica Saveta bezbednosti o ulozi aktuelnog predsednika Sirije i nametanja spoljnog rešenja.²⁸ Takav stav manifestuje se na konfrontaciju unutar UN, a Sud koji je na izvestan način podređen UN je bio blokiran, jer pred sobom nema čistu situaciju o povredi međunarodnog prava. Politički interesi u Savetu bezbednosti zbog toga predstavljaju potencijalnu opasnost u marginalizovanju poštovanja međunarodnog humanitarnog prava.

Sukob opšteg i nacionalnog interesa u UN su potencijalni rizik i pretnja koji dovode do usporavanja, stagnacije, i gašenja Međunarodnih krivičnih sudova, a manifestuju se kao proizvod:

²⁵ General Assembly Committee on the Inalienable Rights of the Palestinian People, At Meeting for International Day of Solidarity, Palestinian Permanent Observer Calls on International Powers to End Biased Policies in Applying Justice, 23 November 2015, <https://www.un.org/press/en/2015/gapal1350.doc.htm>, 28. februar 2017.

²⁶ Statment by Peter Thomson, President of the 71st Session of the General Assembly, at General Asseblly meeting on Question of Palestine and the Situation in the Middle East, 29 November 2016,

<http://www.un.org/pga/71/2016/11/29/general-assembly-plenary-on-question-of-palestine-and-situation-in-the-middle-east/>, 28. februar 2017.

²⁷ Ibid.

²⁸ Security Council Unanimously Adopts Resolution 2254 (2015), Endorsing Rod Map for Peace Process in

Syria, Setting Timetable for Talk, 18 December 2015., <http://www.un.org/press/en/2015/sc12171.doc.htm>, 28. februar 2017.

- (1) velike fleksibilnosti u pokretanju, vođenju, pa čak i okončanju krivičnog postupka;
- (2) političke pristrasnosti;
- (3) mehanizma kontrole u skladu sa atributom vojne nadmoći.

Postojeći rizici i potencijalne pretnje mogle bi se odraziti na formiranje dva bloka: (a) koji bi se zalagao za poštovanje Međunarodnog humanitarnog prava i (b) koji bi izgovor Međunarodnog humanitarnog prava koristio za učvršćivanje svoje liderske pozicije.

5. REORGANIZACIJA MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA PREDUSLOV EFIKASNOSTI MODERNOG PRAVOSUĐA

Problem funkcionisanja Međunarodnog krivičnog suda sastoji se u neskladu nacionalnih interesa sa osnovnim principima UN i činjenici da se autonomija Suda krnji političkim uticajem unutar UN i van njenih okvira. Da bi se sprečili politički pritisci na ishod postupka potrebno je definisati mere kojima bi se unapredio kontrolni mehanizam.

Učestalost oružanih sukoba na određenom prostoru direktno implicira aktiviranje nadležnosti MKS-a na užem regionu. U tom smislu teritorijalna nadležnost Međunarodnog krivičnog suda mogla bi se preneti na Regionalne sudove međunarodnog karaktera. Prednost takvih sudova bila bi u ekonomičnosti i efikasnosti. Poznavanje prilika i okolnosti na određenom, užem prostoru, omogućava brže utvrđivanje činjenica i dokaza, što doprinosi skraćenju vremena za podizanje optužnice, realizaciju i okončanje postupka.

Efikasnost zavisi i od trenutka podizanja optužnice kao i donošenja prvostepene presude. U tom smislu kadrovska politika treba da je usmerena ka prevazilaženju razlika između pravnih sistema i implementaciji znanja običajnih pravnih pravila, specifičnih za određen region, čime bi se sprečio odugovlačenje postupka. Regionalni sudovi međunarodnog karaktera ne bi ugasili postojeći Međunarodni krivični sud, već bi transformisali njegovu funkciju. Postojeći Sud mogao bi biti drugostepeni organ za odluke u Regionalnim krivičnim sudovima, dok bi ujedno imao i funkciju prvostepenog organa u donošenju presude za krivično delo Agresije, imajući u vidu ograničen broj izvršioca ovog dela (šef države ili predstavnik vlade).

Kontrolni mehanizmi mogli bi se sastojati u preventivnom paketu novčanih kazni (penala) koje direktno pogađaju BDP samo jedne države u pokušaju prikrivanja ili saizvršenja krivičnog dela protiv međunarodnog prava. U okviru blokada trgovine i naplate usluga telekomunikacije i saobraćaja, direktno se pogađa ekonomija celog Regiona, te države u regionu bile bi aktivno uključene u postupak obezbeđenja i pro-

cesuiranja konkretnog izvršioca krivičnog dela. Svaka zloupotreba po automatizmu bi se sastojala u prekidu svih političko-ekonomskih vidova saradnje i to od strane svih članica regiona prema liderima države koji podržavaju inkriminisano delovanje.

Kontrolni mehanizmi bi trebalo da se usklade između Regionalnih sudova i Stalnog međunarodnog krivičnog suda, s tim da nacionalni sudovi, a posebno oni čiji su državljani uključeni u postupak, mogu da ostvare uvid u podneske, optužnicu i administrativnu dokumentaciju, radi uočavanja formalnih i materijalnih propusta i sprečavanja mogućih zloupotreba.

Izvedeni predlozi uticali bi na jačanje procesne uloge subjekata u postupku, što bi istovremeno u dovoljnoj meri umanjilo delovanje političkih struja i time indirektno sprečio ili ograničio širenje oružanih sukoba.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Međunarodni krivični sud gubi kredibilitet, jer je prerasta u instituciju selektivne pravičnosti i interesnu sferu političkih oponenta. Ovaj Sud ne bi smeo da liči, kako vladika Nikolaj Velimirović kaže, na grimizne bogataše koji žive sa lažnim ubeđenjima da je ovaj svet jedna razbijena lađa, bez kapetana, bez krme i krmanoša, jedna pustolovina koja tone i propada, kojom se koriste samo oni koji što više iz nje zgrabe i prenesu u svoj čamac.

Da bi se to sprečilo neophodno je preispitati strukturalne i funkcionalne elemente Međunarodnog krivičnog suda, uzroke, faktore i činioce njegove neefikasnosti. Takvom analizom izdvojili bi se prioriteti i izrada projekata operativnog karaktera.

Operativni projekti mogli bi se usmeriti na radnje koje prethode pokretanju krivičnog postupka, razradili bi metodologiju i instrumente koji bi se pokazali efektivnim i efikasnim, naročito na nivou regiona.

Iz operativnih projekata mogli bi se razvijati strategijski koncept. O postignutim rezultatima u regionu na periodičnim sastancima menjala bi se iskustva na jačanju univerzalnih preporuka za izgradnju i implementaciju strategijskog koncepta. Postignuti rezultati ne treba da se svode samo na analitički prikaz, već na praktičnu metodologiju koja garantuje uspeh u svim regionima.

Bitno je naglasiti da bez obzira na pripadnost određenom pravnom sistemu, neophodna je unifikacija u smislu da se zadrži ista skala sankcija u odnosu na dela protiv međunarodnog prava.

Da bi se izbegla konfrontacija potrebno je definisati pravni položaj svih subjekata, njihovu nadležnost, kroz usklađivanje Kodeksa ponašanja, čime se reguliše i jedan poseban vid specifične moralne samokontrole i disciplinske mere kršenja osnovnih načela, čime se kompromitovani subjekti po automatizmu isključuju.

Kredibilitet Stalnog međunarodnog krivičnog suda moguće je očuvati ukoliko se politika zameni pravom. Na taj način moglo bi se povratiti poverenje u ulogu ove institucije i vera u čovečanstvo i rešavanje konflikta bez oružanih sukoba.

Miodrag P. Ćujić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
miodragcujic@gmail.com

Analysis Work and Prospects Permanent International Criminal Court

Abstract: *The idea of the establishment of a Permanent International Criminal Court reached its peak thanks to the Rome Statute. Balancing between the two legal systems was an attempt to introduce a compromise the introduction of formal as well as in the material sense. The Rome Statute was a treaty by which future members, signatories, regardless of the existing differences, accept the obligations that will ensure the equality of all before the Permanent International Criminal Court. The idea of the individual cases brought before this court represented the beginning of a new international jurisprudence, however, the circumstances of a political nature, prose tentatively racial and regional peculiarities introduced come to look on the look ideal solution proceedings against the alleged work of international criminal law. Actors and factors leading up to the crisis and potentially undermine the Permanent International Criminal Court indicate necessary to introduce new forms of achieving international justice.*

Keywords: *the Rome Statute, justice, credibility, membership.*

Datum prijema rada: 20.06.2017.

*Minja B. Blažić Pavićević, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
minjablazic@hotmail.com*

OBAVEZNA STRUČNA ODBRANA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *Pravo na odbranu predstavlja jedno od osnovnih zagarantovanih ljudskih prava, a čini ga pravo okrivljenog da se sam brani, pravo da angažuje branioca kog sam izabere, odnosno da mu stručna pomoć bude obezbeđena od strane postavljenog branioca, koji će zastupati interese okrivljenog u krivičnom postupku. Krivičnoprocesna teorija odbranu svrstava u jednu od najznačajnijih funkcija krivičnog postupka, a uloge i mogućnosti branioca su se menjale kroz razvoj instituta odbrane u krivičnom postupku. Pored pitanja prava na odbranu i uloge i funkcije branioca, predmet ovog rada je obavezna stručna odbrana punoletnih lica okrivljenih za krivična dela, posmatrana kroz istorijski razvoj instituta obavezne odbrane, međunarodnu i domaću regulativu, pojedine uporednopravne primere regulative instituta obavezne stručne odbrane, kao i stavove i standarde Evropskog suda za ljudska prava po pitanju obavezne stručne odbrane. Imajući u vidu da pravo na odbranu uz stručnu pomoć branioca doprinosi ostvarenju pravičnog postupka i omogućava jednak odnos snaga, kao i da je potreba za ujednačavanjem kriterijuma obavezne stručne odbrane prepoznata od strane Evropskog parlamenta koji nastoji da pitanje obavezne stručne odbrane reguliše kroz posebnu direktivu, pitanje obavezne stručne odbrane će biti sagledno i kroz potrebu za usaglašavanjem domaćeg zakonodavstva sa stavovima i standardima Evropskog suda za ljudska prava i predlozima de lege ferenda.*

Ključne reči: *branilac, obavezna stručna odbrana, odbrana po službenoj dužnosti, krivični postupak.*

1. PRAVO NA ODBRANU

Pravo na odbranu u savremenim demokratskim poretcima predstavlja jedno od osnovnih prava zagarantovanih okrivljenom licu i to kao pravo okrivljenog da

se sam brani, angažuje branioca koga izabere, odnosno da se brani uz pomoć postavljene branioca koji će stručno i savesno zastupati interese okrivljenog, odnosno savetovati i preduzimati radnje koje su u najboljem interesu okrivljenog.

Pravo na odbranu je zagarantovano najvišim pravnim aktima, regulativom koja normira krivični postupak, ali i međunarodnim dokumentima kao što su Univerzalna Deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EKLJP) koji garantuju okrivljenom pravo na odbranu i pristup braniocu¹. Komunitarno pravo kroz Direktivu Evropske Unije 2013/48/EU² reguliše pitanje pristupa braniocu u krivičnom postupku, odnosno ovo pravo svrstava u minimum zagarantovanih prava osumnjičenim i osuđenim licima. Pravo na pristup braniocu se garantuje od momenta koji prethodi davanju prvog iskaza pred policijom, odnosno garantuje obavljanje poverljivog razgovora u fazi predistražnog, odnosno postupka koji predhodi krivičnom postupku. Direktiva 2013/48/EU ne reguliše slučajeve obavezne odbrane, već ovo pitanje ostavlja u nadležnosti država članica, ali obavezuje države članice da informišu svakog okrivljenog o pravu na stručnu pomoć, odnosno informacije učine dostupnim kako bi se olakšalo ostvarivanje prava na pristup braniocu. Rezolucija Evropske Unije C 295/1 predviđa da je pravo na pravni savet branioca u najranijoj fazi krivičnog postupka fundamentalno u ostvarenju pravičnog postupka³. Obavezu obaveštavanja o pravu na pristup braniocu, ali i besplatan pravni savet predviđa i Direktiva 2012/13/EU⁴.

Iako je stav Evropske Unije bio da se pitanje kriterijuma obavezne stručne odbrane treba regulisati nacionalnim zakonodavstvima država članica, razlike u zakonodavstvu, problemi u praksi, sve češća primena Evropskog naloga za hapšenje, ali i proširivanje polja nadležnosti Unije u odnosu na države članice, rezultirale su potrebom za uniformnim normiranjem obavezne stručne odbrane kroz posebnu Direktivu, koju priprema Evropski Parlament.

¹ Vid. The Universal Declaration of human rights, proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948, General Assembly resolution 217 A (art.11) ; International Covenant on Civil and Political Rights, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) (art. 14) ; Zakon o ratifikaciji Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori* br. 9/2013, 5/2005- ispravka i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 12/2010 (čl.6)

² Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, *Official Journal of the European Union* L 294/1.

³ Resolution of Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural of suspected or a accused in criminal proceedings 2009/C, *Official Journal of the European Union* C295/1.

⁴ Direktiva 2012/13/EU Evropskog parlamenta i veća o pravu na informisanje u krivičnom postupku, *Službeni list Evropske Unije* L 142/1.

Pitanje prava na odbranu okrivljenih u krivičnom postupku se zasniva na postulatu da su sva lica jednaka u pravima, te da se jednakost mora odnositi i na različite situacije u kojima se lica mogu naći uključujući i postojanje krivične stvari, odnosno krivičnog postupka. U direktnoj vezi sa pravom na odbranu je i pravičnost postupka, koja se može ostvariti samo ukoliko pravo na odbranu ne zavisi od finansijskog aspekta, odnosno ukoliko se ne zasniva na pitanju koliko pravde možeš sebi priuštiti⁵. Većina autora koji se bave ovim pitanjem i uopšte krivičnoprocesnom funkcijom branioca su mišljenja da se pravičnost postupka i jednakost stranaka u postupku ne može ostvariti bez stručne i savesne pomoći branioca. Odbrana okrivljenog u krivičnom postupku se može posmatrati kao jedna od osnovnih funkcija krivičnog postupka i to na temelju činjenice da gde postoji optužba, mora postojati i odbrana. U tom smislu ukoliko se sa jedne strane nalazi tužilac, a sa druge strane okrivljeni, koji nema pomoć stručnog lica postupak ne može biti pravičan, odnosno odnos snaga je u položaju neravnopravnosti, te su mali izgledi za efikasnim suprotstavljanjem i zaštitom interesa i prava okrivljenog. U krivičnom postupku se sa jedne strane nalazi tužilac, kao zastupnik državnog i društvenog interesa, a sa druge strane okrivljeni kao zastupnik sopstvenih interesa. Društveni interes se ogleda u suzbijanju, prevenciji i represiji kriminaliteta, odnosno šire posmatrano neželjenog ponašanja, a individualni interes se sastoji u zaštiti i ostvarenju ličnih prava, koji predstavlja i društvenu obavezu. Upravo sprega između ostvarenja društvenog interesa i ostvarenja ličnih prava predstavlja prostor u kom najznačajniju ulogu ima branilac. Sa druge strane se može postaviti pitanje da li volja okrivljenog, koja se hipotetički može ogledati u neprihvatanju stručne pomoći, može imati primat u odnosu na obavezu stručne odbrane, odnosno na pravičnost postupka. Takođe se može postaviti pitanje da li ustanovljeno pravo treba tumačiti u kontekstu mogućnosti ili interesa. Nesumnjivo da volja treba imati primat u odnosu na zagarantovano pravo, ali samo ukoliko je opravdano volju posmatrati iznad interesa.

Imajući u vidu navedeno, branilac se može posmatrati kao ključan faktor u ostvarenju pravičnog postupka, poštovanju prava i zakonitom sprovođenju postupka, ali i faktor koji doprinosi praktičnom ostvarenju osnovnih načela krivičnog postupka.

2. BRANILAC

Pravo na odbranu se sa stanovišta pojedinačnog, ali i javnog interesa u svom punom obimu, a u najboljem interesu okrivljenog, može ostvariti uz pomoć stručnog branioca. U nameri celokupnog sagledavanja instituta obavezne stručne odbrane, potrebno je pre svega nešto reći o braniocu u krivičnom postupku.

⁵ Leroy D. Clark „All Defendants, Rich and Poor, Should Get Appointed Counsel in Criminal Cases: the Route to True Equal Justice“ *81. Marquette Law Review* 47 (1997) 47.

Teorija poznaje različite definicije, uloge i ciljeve branioca, kao i način vršenja i funkciju odbrane. Branilac se može definisati kao procesni punomoćnik okrivljenog koji svojim pravnim znanjem i vještinama pomaže okrivljenom u pronalaženju i utvrđivanju činjenica primenom propisa i korišćenjem procesnih prava, a sve u cilju zastupanja najboljeg interesa okrivljenog⁶. Branilac se takođe može definisati i kao pravno obrazovano fizičko lice, koje se profesionalno bavi advokaturom i koje na osnovu izdatog punomoćja ili donetog rešenja suda, zajedno sa okrivljenim ili nezavisno od okrivljenog, ali u njegovom interesu, vrši funkciju odbrane u krivičnom postupku, odnosno pomaže okrivljenom u odbrani, te se preduzimanjem krivično-procesnih radnji stara o procesnoj i pravnoj zaštiti prava i interesa okrivljenog⁷. Iako većina autora smatra da je branilac punomoćnik okrivljenog, postoje i mišljenja da branilac ne može biti ni punomoćnik, a ni zastupnik okrivljenog i to zbog specifičnog ličnog karaktera krivičnopravne odgovornosti okrivljenog, te da bi ispravno bilo branioca tretirati kao stručnog pomagača, koji deluje pored okrivljenog i autonoman je u odnosu na javnog tužioca, sud i okrivljenog⁸. Pomaganjem okrivljenom prevazilazi se neravnoteža između javnog tužioca i okrivljenog lica, odnosno omogućava se odnos „jednako oružja” između stranaka⁹.

Procesna i pravna priroda branioca se može posmatrati kao uloga pomagača, zastupnika, potpore i podrške i organa pravne pomoći¹⁰, a postoje i mišljenja da se uloga branioca može posmatrati iz psihološkog ugla¹¹, odnosno da je branilac objektivno nepristrasno lice, humanitarnog ugla da je branilac potpora okrivljenom u vrlo specifičnoj i stresnoj situaciji i strukturalnog ugla¹² odnosno da branilac omogućava okrivljenom efikasno učestvovanje u postupku. Funkcija branioca i domet branioca se mogu posmatrati kroz radnje koje se preduzimaju u korist okrivljenog i to radnje pronalaženja i utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza, a sve u cilju donošenja najpovoljnije odluke za okrivljenog.

Iako je uloga branioca da koristeći mogućnosti poznavanja propisa, dokaznih sredstava, veštine ispitivanja i zaključivanja, omogućiti okrivljenom najbolju mo-

⁶ Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Narodne novine, Zagreb 2010, 222.

⁷ Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo I*, Centar za izdavačku delatnost pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2014, 212.

⁸ Milan Škulić, Tatjana Bugarški, *Krivično procesno pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 194.

⁹ Laura Valković „Pravo na pristup branitelju u svetlu presude Dvorski protiv Hrvatske“ *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu* (Zagreb) 2/2016, 340.

¹⁰ S. Brkić, 211.

¹¹ Laura Valković, Zoran Burić „Primjena izabranih elemenata prava ne formalnu odbranu iz prakse Evropskog suda za ljudska prava u Hrvatskom kaznenom postupku“ *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb) br.2/2011, 522.

¹² Stefan Trechsel „Human Rights in Criminal Proceedings“ *Oxford University Press*, New York 2005, 244.

guću odbranu, postoje i autori koji su mišljenja da se uloga branioca sastoji i iz pronalaženja praznina i grešaka organa koji preduzmaju radnje u konkretnom predmetu, a sve u cilju donošenja oslobađajuće presude ili izricanja blaže kazne¹³. Pored navedenih stavova postoje i vrlo slični stavovi zabeleženi u američkoj sudskoj praksi koji braniocima opisuju kao „hitnu pomoć” čiji je isključivi interes prodaja najvećem ponuđaču¹⁴, ali i stavovi kao što su da je pravo na odbranu potreba, a ne luksuz¹⁵.

3. OBAVEZNA STRUČNA ODBRANA

Istorijski razvoj instituta obavezne odbrane se može posmatrati još u doba Antičke Grčke, za koji određeni izvori navode da su branioci bili postavljani od strane opština¹⁶, ali i da je odbrana bila formalnost, odnosno da branilac nije mogao u velikoj meri da utiče na ishod postupka¹⁷, odnosno da nije mogao da iznosi stvarne dokaze koji bi bitno uticali na sudsku odluku¹⁸. U starom Rimu u doba principata obavezna odbrana pred carskim sudom za krivična dela iz oblasti ratnog prava bila je zabranjena, mada je akuzatorski postupak u načelu poznavao fakultativnu odbranu, ali i dodeljivanje branioca po službenoj dužnosti u određenim slučajevima¹⁹. Uloga branioca, kao stručnog lica se može posmatrati kao kretanje od nemogućnosti uticaja na ishod postupka, učešće u pismenoj odbrani, davanje završne reči, obaveznost stručne pomoći kod određene vrste i težine krivičnih dela, obaveznost stručne pomoći u slučajevima telesnih nedostataka okrivljenog, pa sve do savremenih tendencije dominantnog učešća branioca u krivičnom postupku.

Savremena krivičnoprocesna teorija i zakonodavstvo poznaju institute lične odbrane i stručne odbrane, koju može vršiti izabrani ili postavljeni branilac. Stručna

¹³ Vid. Samuel A. Alito „The Role of the Lawyer in the Criminal Justice System“ *Criminal Law & Procedure Practice Group Newsletter* vol. 2, Issue 3, 1998, <https://fedsoc.org/commentary/publications/the-role-of-the-lawyer-in-the-criminal-justice-system>, 25. Januar 2018, William W. Schwarzer „Dealing with Incompetent Counsel – The Trial Judge’s Role“ 93 *Harvard Law Review* 633, 1980.

¹⁴ L. D. Clark, 48.

¹⁵ *Gideon v. Wainwright*, Corrections director No.155, Supreme Court of United States, Decision 18 March 1963.

¹⁶ Vid. Radisav Celić, *Odbrana okrivljenog po službenoj dužnosti*, magistarski rad, Slovo, Kraljevo 1972.

¹⁷ Vid. Ištvan Feješ „Položaj okrivljenog u istrazi u nekim istorijskim modelima krivičnog postupka“ *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 4/2014, 108.

¹⁸ Marcus Tullius Cicero, *Cicero On the Ideal Orator (De Oratore)* Oxford University Press, New York 2001, I x. 42-44.

¹⁹ Zorica Mršević, *Obavezna odbrana u krivičnom postupku*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1986, 68-69.

odbrana se može definisati kao odbrana koju okrivljenom pruža branilac, kao nezavistan, samostalan i stručan pružalac pravne pomoći²⁰. Stručna odbrana se u teoriji najčešće naziva i formalna odbrana i može biti fakultativna, obavezna i formalna odbrana siromašnih. Obavezna stručna odbrana se može definisati kao obavezna odbrana okrivljenog uz pomoć branioca u slučajevima koji su predviđeni zakonom. Osnov propisivanja obavezne stručne odbrane zavisi od kriterijuma obaveznosti, koji se mogu zasnivati na ličnim osobinama okrivljenog koji zahtevaju stručnu pomoć, kao što su fizički ili psihički nedostaci, visina zaprećene kazne ili sudska nadležnost, kriterijum lišenja slobode, koji je uslovljen ograničavanjem prava na slobodu kretanja, ali i razlozima koji su uslovljeni potrebom sprovođenja postupka i ispunjenjem procesnih uslova, kao što je suđenje u odsustvu i prisustvo glavnom pretresu. Procesno-pravni osnov postavljanja branioca u krivičnom postupku²¹ se zasniva na odluci o postavljanju branioca u slučajevima obavezne odbrane, odnosno prema Zakoniku o krivičnom postupku²² (u daljem tekstu: ZKP) rešenju o postavljanju branioca po službenoj dužnosti. Uslovi za postavljanje branioca po službenoj dužnosti su da se radi o zakonom predviđenim razlozima za obaveznu stručnu odbranu i da okrivljeni nema izabranog branioca, ovlašćenog punomoćjem okrivljenog ili njemu bliskih lica.

U cilju celokupnog sagledavanja instituta obavezne stručne odbrane u nastavku će se razmotriti pitanje instituta obavezne stručne odbrane u domaćem zakonodavstvu, pojedinim rešenjima uporednopravnog zakonodavstva, značajni stavovi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) i prakse američkih sudova.

3.1. Obavezna stručna odbrana u Republici Srbiji

Institut obavezne stručne odbrane u domaćem zakonodavstvu poznao je još Zakon o krivičnom sudskom postupku iz 1865. i prema odredbama ovog Zakona obavezna odbrana je bila vezivana za kritrijume težine krivičnog dela, ličnosti okrivljenog, zdravstveno stanje, pol, odsutnost i poznavanje jezika²³. Zakonik o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije iz 1929.²⁴ kao razloge za obaveznu odbranu predviđao je težinu krivičnog dela i ličnost okrivljenog. Svi kasniji zakoni koji su regulisali krivični postupak, a koji su važili na teritoriji današnje Republike Srbije poznavali su institut obavezne odbrane, osim u periodu

²⁰ M. Škulić, T. Bugarski, 187.

²¹ S. Brkić, 213.

²² Zakonik o krivičnom postupku-ZKP, *Sl. glasnik RS* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

²³ Z. Mršević, 76.

²⁴ Zakonik o sudskom krivičnom postupku za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, *Izdanje i štampa državne štamparije*, Beograd 1929.

narodnooslobodilačke borbe, predratnog i posleratnog perioda kada su postojeće okolnosti uslovile stavljanje brzine postupka ispred poštovanja prava.

Prema važećem ZKP²⁵ okrivljeni u krivičnom postupku mora imati branioca ukoliko je nem, gluv, slep, nesposoban da se sam uspešno brani, u slučaju kada se krivični postupak vodi zbog krivičnog dela za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju od osam godina ili teža kazna, ukoliko je lišen slobode ili mu je izrečena mera zabrane napuštanja stana, ako mu se sudi u odsustvu, odnosno ukoliko se glavni pretres održava u odustnosti okrivljenog koju je sam prouzrokovao, odnosno ukoliko se glavni pretres održava u odusutnosti, ukoliko je okrivljeni udaljen iz sudnice, ukoliko se vodi postupak izricanja mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i u slučaju pregovaranja sa javnim tužiocem o zaključenju sporazuma. Branilac koji se postavlja okrivljenom se naziva branilac po službenoj dužnosti i može biti postavljen od strane nadležnog javnog tužioca, odnosno predsednika suda, u zavisnosti od faze u kojoj se krivični postupak nalazi, a po redosledu sa spiska advokata koji dostavlja advokatska komora. Prava i dužnosti branioca po službenoj dužnosti se ne razlikuju u odnosu na prava i dužnosti izabranog branioca, ali su razlozi za razrešenje branioca po službenoj dužnosti prošireni i na angažovanje izabranog branioca i nepružanje pravne pomoći stručno, savesno i blagovremeno. Veoma je značajno istaći da obavezna odbrana traje do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, što znači da se ne odnosi na postupke po vanrednim pravnim lekovima²⁶.

Prema odredbama ZKP-a advokatska komora je dužna da vodi spisak branioca po službenoj dužnosti. U sastavu Advokatske komore Srbije su advokatske komore Beograda, Vojvodine, Kosova i Metohije, Kragujevca, Zaječara, Čačka, Niša, Šapca i Požarevca²⁷. Advokatska komora Beograda na svom spisku advokata po službenoj dužnosti ima upisanih 1721 advokata, Advokatska komora Vojvodine 1301 advokata, Advokatska komora Kragujevca 263 advokata, Advokatska komora Zaječara 181 advokata, Advokatska komora Čačka 506 advokata, Advokatska komora Niša 917 advokata, Advokatska komora Šapca 283 advokata i Advokatska komora Požarevca 266 advokata²⁸.

Novine koje je uveo ZKP, a pre svega novine koje se odnose na predistražni i istražni postupak izmenile su i uređenje pitanja nadležnosti za postavljanje branioca po službenoj dužnosti. U tom smislu branilac po službenoj dužnosti, prema odredbama ZKP-a može biti postavljen od strane javnog tužioca ili predsednika suda, što je u praksi u značajnoj meri umanjilo broj branioca koji su imenovani

²⁵ ZKP, čl. 74.

²⁶ Tatjana Bugarski „Zahtev za zaštitu zakonitosti” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 1/2016, 94.

²⁷ Zakon o advokaturi, *Sl. glasnik RS* br. 31/2011 i 24/2012 – odluka US.

²⁸ <https://aks.org.rs/cir/%d0%ba%d0%be%d0%bc%d0%be%d1%80%d0%b5/#>, 25 Januar 2018.

od strane suda. Naime najveći broj branilaca je imenovan od strane tužilaštva, pa čak i pozivan direktno od strane nadležne policijske uprave, a kasnije rešenjem o postavljenju i formalno postavljan od strane tužilaštva. Većina branioca koji su postavljeni od strane suda su postavljeni u situacijama kada je otkazano punomoćje izabranom braniocu, a u slučajevima obavezne stručne odbrane. Navedena novina je takođe uticala i na pitanje kom organu će branilac po službenoj dužnosti dostaviti zahtev za naknadu troškova. U tom smislu ukoliko postavljeni branilac prisustvuje samo saslušanju osumnjičenog u predistražnom postupku, a istraga se ne pokrene ili izabrani branilac dostavi punomoćje za zastupanje, zahtev za naknadu troškova će se dostaviti nadležnoj policijskoj upravi. Na primer prema podacima MUP-Policijske uprave Šabac u 2016. je podneto 342 zahteva za naknadu troškova, a u 2017. je podneto 243 zahteva za naknadu troškova²⁹. Ukoliko se branilac po službenoj dužnosti postavi rešenjem javnog tužioca, zahtev će se podneti nadležnom javnom tužilaštvu samo ukoliko se ne podigne optužnica, odnosno ukoliko se ne zaključi sporazum između javnog tužioca i okrivljenog, ukoliko izabrani branilac dostavi svoje punomoćje, odnosno ukoliko prestanu razlozi za obaveznu stručnu odbranu. Praksa Prvog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu jeste da ukoliko se zaključi sporazum, o kom odlučuje sudija za prethodni postupak troškovi angažovanja branioca po službenoj dužnosti padaju na teret suda. Bez obzira na činjenicu da li je branilac po službenoj dužnosti postavljen od strane tužilaštva ili suda, nakon podizanja optužnice, branilac po službenoj dužnosti će zahtev za naknadu troškova dostaviti postupajućem sudu. Takođe je značajno istaći i da branilac po službenoj dužnosti ima pravo na novčanu nagradu u iznosu od 50% nagrade³⁰ predviđene Tarifom o nagradama i naknadama troškova za rad advokata³¹.

Prema podacima Advokatske komore Zaječara u periodu od 01.01.2015. do 31.12.2015. Osnovni sud u Zaječaru je postavio ukupno 53 branioca po službenoj dužnosti, s tim što su pojedini branioci bili postavljeni jednom, a neki čak i više puta, Viši sud u Zaječaru 13, Osnovno javno tužilaštvo u Zaječaru 47, Više javno tužilaštvo u Zaječaru 39, a policija 20³².

Prema podacima Višeg suda u Kragujevcu u 2015. i 2016. predsednik Višeg suda u Kragujevcu je postavio po 20 branioca po službenoj dužnosti, a u 2017. ukupno 23 branioca po službenoj dužnosti. Branioci po službenoj dužnosti su najčešće postavljeni kod krivičnih dela zloupotrebe službenog položaja, a najma-

²⁹ Podaci pribavljeni od MUP – Policijske uprave Šabac dana 29. januara 2018, broj 403-1306/18.

³⁰ Pravilnik o visini nagrade za rad advokata za odbrane po službenoj dužnosti, *Sl. glasnik RS* br. 23/2014.

³¹ Tarifa o nagradama i naknadama troškova za rad advokata, *Sl. glasnik RS* br. 121/2012.

³² http://www.advkomza.rs/index_files/Dokumentacija.htm, 25. Januar 2018.

nje kod krivičnih dela silovanja i ubistva. Znatno veći broj branilaca po službenoj dužnosti postavljen je od strane Višeg javnog tužilaštva u Kragujevcu³³.

Na osnovu prikupljenih podataka se može zaključiti da se okrivljeni u krivičnom postupku mnogo češće opredeljuju za izabranog branioca, nego za branioca koji im može biti postavljen po službenoj dužnosti.

3.2. Obavezna stručna odbrana u uporednopravnom zakonodavstvu i praksa Evropskog suda za ljudska prava

Uporednopravna zakonodavstva Evropskih zemalja takođe poznaju institut obavezne stručne odbrane, ali kriterijume obaveznosti regulišu na različite načine. Zakon o krivičnom postupku Republike Albanije predviđa da postupajući sud, tužilaštvo i policija mogu postaviti branioca sa spiska dostavljenog od advokatske komore u slučajevima kada okrivljeni nije izabrao branioca, ili je ostao bez branioca, ukoliko ga okrivljeni zatraži. Obavezna odbrana je predviđena u slučajevima suđenja licu koje zbog mentalnog ili psihičkog poremećaja nije u stanju da se samostalno brani³⁴. Zakon o krivičnom postupku Finske predviđa da se na zahtev okrivljenog, javni branilac imenuje u slučajevima lišenja slobode i optužbe za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju ne manjem od četiri meseca. Obavezna stručna odbrana se određuje kada okrivljeni ne može sam da se brani, kada javni branilac koji zastupa interes okrivljenog nije dovoljno stručan, odnosno nije u stanju da ga brani na odgovarajući način, ali i iz drugih posebnih razloga³⁵. Zakonik o krivičnom postupku Portugala predviđa mogućnost postavljanja branioca, a obaveznu odbranu predviđa tokom svih saslušanja i svih procesnih radnji, pogotovo ukoliko je lice nepismeno, ne govori jezik, odnosno ima čulno i govorno oštećenje, tokom suđenja u odsustvu, u žalbenom postupku, od momenta formalnog podizanja optužnice, ali i kada sud oceni da postoje okolnosti koje ukazuju na potrebu za stručnom odbranom³⁶. Zakon o krivičnom postupku Češke predviđa da okrivljeni mora imati branioca u slučaju određenja pritvora i zaštitnih mera koje se odnose na lišenje slobode, pa čak i ukoliko se mera izvršava u zdravstvenoj ustanovi, u slučaju pravne nesposobnosti, odnosno nemogućnosti za samostalnu odbranu, uslovljenu psihičkim nedostatkom, u slučaju suđenja u odsustvu i pregovaranja o sporazumu, odnosno ukoliko mu se sudi za delo za koje je predviđena kazna u najmanjem trajanju od pet godina zatvora. Okrivljeni mora imati branioca ukoliko se nalazi u pritvoru, a sudi mu se po skraćenom postupku, u

³³ <http://www.visisudkg.net/>, 25. Januar 2018.

³⁴ Criminal procedure Code of The Republic of Albania, Law no. 7905, 1995, amandmend no. 21/2014, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

³⁵ Criminal procedure Act, 689/1997 amandments up to 733/2015, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

³⁶ Code of Criminal procedure, Decree-law no. 78/87, amending 58/2015, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

postupku ekstradicije, u postupku za priznanje stranih sudskih odluka kojima se izriče kazna zatvora, u postupcima po vanrednim pravnim lekovima, ali predviđa i mogućnost odricanja od prava na branioca u određenim slučajevima obavezne odbrane u formi pismene izjave ili usmene izjave pred organom koji vodi postupak³⁷. Zakon o krivičnom postupku Estonije predviđa da okrivljenom može biti postavljen branilac ukoliko to okrivljeni zatraži, kao i u slučajevima obavezne odbrane. Takođe predviđa i mogućnost da u slučaju saslušanja svedoka, kada u konkrentnoj krivičnoj stvari nema osumnjičenog, potencijalno osumnjičenom licu advokatska komora imenuje branioca. Ovaj zakon takođe predviđa i mogućnost imenovanja zamenskog branioca postavljenom braniocu³⁸. Zakon o krivičnom postupku Nemačke predviđa obaveznu odbranu u slučajevima kada se glavni pretres odvija pred Regionalnim i Višim Regionalnim sudom, u svim postupcima kada se okrivljeni tereti da je izvršio krivično delo, u slučajevima kada se može izreći mera zabrane obavljanja delatnosti, u slučajevima lišenja slobode odnosno određenja pritvora, kao i kada je pomoć branioca potrebna zbog težine krivičnog dela i kompleksne činjenične i pravne osnove, odnosno u slučaju kada je jasno da se okrivljeni ne može sam braniti³⁹. Zakon o krivičnom postupku Rumunije predviđa obaveznu odbranu kada sud smatra da okrivljeni ne može sam pripremiti i izneti odbranu, kada se okrivljenom licu odredi pritvor, odnosno kada mu se može izreći kazna zatvora u najmanjem trajanju od pet godina⁴⁰. Zakon o krivičnom postupku Švajcarske konfederacije predviđa da branilac mora biti postavljen kada se okrivljeni nalazi u pritvoru duže od deset dana, kada se okrivljenom može izreći kazna zatvora u trajanju od najmanje godinu dana, ili mera proгона iz zemlje, kada fizičko ili psihičko stanje okrivljenog onemogućava samostalno zatupanje pred sudom, kao i kada se postupak vodi po skraćenom postupku, koji se ne može odnositi na optužbe kojima javni tužilac predlaže kaznu u trajanju dužem od pet godina zatvora⁴¹. Zakon o krivičnom postupku Republike Hrvatske predviđa obaveznu odbranu kada je okrivljeni nem, gluv, slep, ne može sam da se brani, za dela koja su u nadležnosti Županijskog suda tokom trajanja čitavog postupka, odnosno za teža dela i kod izjavljivanja vanrednih pravnih lekova, od donošenja odluke o određenju pritvora ili istražnog zatvora, od dostavljanja optužnice za delo za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina, suđenja u odsustvu, prego-

³⁷ Code of Criminal procedure of The Czech Republik 1961, amended 2012, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

³⁸ Code of Criminal Procedure RT I 2003. 27, 166, amended 2017, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

³⁹ The German Code of Criminal Procedure, *Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt*, Part I p. 1074, 1319, 410.

⁴⁰ Law #135 of 1 July 2010 of the Criminal Pcedure Code, *Official Journal of Romania*, amending act Law #63/2012, #255/2013, Government Emergency Order #116/2013, #3/2014.

⁴¹ Criminal Procedure Code of Swiss Confederation 2007, amended 2017, <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 20. Januar 2018.

varanja o priznanju, za dela koja se gone po službenoj dužnosti kada je lice lišeno slobode, kao i u slučaju kada okrivljeni ili izabrani branilac nepotrebno svojim radnjama odugovlače okončanje krivičnog postupaka⁴². Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine previđa obavezu postavljanja branioca u slučajevima kada je okrivljeni gluv, nem, slep, kada mu se može izreći kazna zatvora u trajanju od preko deset godina, ali i mogućnost postavljanja branioca zbog složenosti predmeta, odnosno drugih okolnosti u interesu pravde. Okrivljenom će se predočiti lista branioca, te ukoliko sam ne izabere, branilac će mu biti postavljen⁴³.

Analizom uporednog krivičnog procesnog zakonodavstva može se zaključiti da je visina zaprećene kazne, kao uslov obavezne stručne odbrane, u uporedno-pravnom zakonodavstvu znatno niža u odnosu na domaće zakonodavstvo. Imajući u vidu činjenicu da je stručna odbrana uvek poželjna u krivičnom postupku, ali i mišljenja pojedinih autora da je obavezna stručna odbrana protivna prirodi prava na branioca, da iziskuje velike troškove i da je nepotrebna kod pojedinih lakših slučajeva⁴⁴ postavlja se pitanje zašto uporednopravno zakonodavstvo sadrži niže kriterijume u pogledu visine zaprećene kazne, proširuje institut obavezne stručne odbrane na sve faze krivičnog postupka, pa i postupke po vanrednim pravnim lekovima.

Pored pojedinih primera uporednopravne regulative važno je osvrnuti se i na praksu ESLJP⁴⁵ odnosno stav suda u odnosu na obaveznu stručnu odbranu. Naime pored mišljenja da se pravo na stručnu pomoć mora obezbediti i u fazi koja predhodi krivičnom postupku⁴⁶ obaveza postavljanja branioca „kada interesi pravde to zahtevaju”⁴⁷ se tumači u odnosu na težinu moguće sankcije, vrstu krivičnog dela, složenost i posebnost postupka i sposobnost okrivljenog da sam zastupa svoje interese u postupku⁴⁸. Kao što se može videti upravo standard složenosti i posebnosti postupka predstavlja promenljivu kategoriju, koja se može

⁴² Zakon o kaznenom postupku, *Narodne novine* br.152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17.

⁴³ Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13.

⁴⁴ M. Škulić, T. Bugarski, 187-188.

⁴⁵ Evropski sud za ljudska prava ustanovljen je čl. 19 Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – Zakon o ratifikaciji Evropske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl.list SCG – Međunarodni ugovori* br. 9/2013, 5/2005-ispravka i *Sl.glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 12/2010.

⁴⁶ Case Salduz v. Turkey, app. no. 36391/02, Judgement 27 November 2011.

⁴⁷ EKLJP članom 6 garantuje pravo na pravično suđenje, a stavom 3c garantuje da svako ko je optužen za krivično delo ima pravo da se lično brani ili preko branioca koga sam izabere ili ukoliko nema dovoljno sredstava da plati pravnu pomoć, pomoć dobije besplatno, a kada interesi pravde to zahtevaju.

⁴⁸ U predmetu Zdravko Stanev v. Bulgaria, app. no. 32238/04, Judgement 03 November 2012, ESLJP je zauzeo stav da okrivljeni nije poznavao pravila o prihvatljivosti dokaza, pravila krivičnog

različito tumačiti od slučaja do slučaja, te ista može predstavljati problem u praksi, ali i neizvesnost u pogledu ishoda postupka.

Imajući u vidu odredbe ZKP-a, kao i uporednopravnu analizu može se zaključiti da samo države regiona, odnosno Republika Srbija, Republika Hrvatska i Federacija Bosne i Hercegovine postavljaju kriterijum visine zaprećene kazne znatno više u odnosu na ostala analizirana evropska zakonodavstva. Takođe je značajno ukazati i na činjenicu da je stav ESLJP da se prilikom ocene potrebe obavezne stručne odbrane mora voditi računa o složenosti postupka, što nije kriterijum koji poznaje domaće zakonodavstvo.

Imajući u vidu činjenicu da se ni jedna presuda ESLJP protiv Republike Srbije, ali ni upućene predstavke nisu odnosile na pitanje povrede prava na odbranu garantovanog članom 6 stavom 3c EKLJP, ali i stanje domaćeg zakonodavstva i dosadašnju praksu ESLJP, možemo zaključiti da su odredbe ZKP-a u pogledu ovog pitanja delimično usaglašene, te da postoji potreba za daljim usaglašavanjem.

3.3. Obavezna stručna odbrana u američkoj sudskoj praksi

Analizirajući uporednopravnu regulativu i uporednopravnu sudsku praksu kroz odluke ESLJP došlo se do zaključka da u sudskoj praksi evropskih zemalja obavezna stručna odbrana, kao i odbrana od strane izabranog branioca jeste bila korišćena i ostvarivana kao pravo, ali i da postoji dosta predmeta u kojima su okrivljeni samostalno zastupali svoje interese, odnosno iznosili odbranu *per se*. Za razliku od prakse evropskih sudova u praksi američkih sudova branilac je prisutan u skoro svakom krivičnom postupku. U prilog ovoj tvrdnji govori i činjenica da je već šezdesetih godina dvadesetog veka u američkoj sudskoj praksi bio uvrežen stav da potreba za odbranom postoji kada je lice lišeno slobode, ali i u svim situacijama kada se sa druge strane nalazi država, koju zastupa tužilac kao stručno lice⁴⁹. Značajno je istaći da su američki sudovi i pre donošenja šestog amandmana⁵⁰ koji okrivljenom u krivičnom postupku garantuje i pravo na pravnu pomoć u odbrani, zauzimali stav da okrivljeni u krivičnom postupku treba imati branioca, kao stručnog pomagača.

I pored zagaranovanog prava, ostvarivanje ovog prava je u praksi veoma složeno i zavisi od pitanja ko će platiti troškove angažovanja stručnog branioca. U tom smislu u pojedinim državama oformljene su kancelarije za odbranu, u drugima postoje spiskovi advokata koji brane okrivljene, a koji su prihvatili da brane

postupka i pravila o dokazivanju namere, kao i da mu je bilo omogućeno pravo na pristup braniocu stručno lice bi se moglo efikasno suprotstaviti argumentima tužilaštva.

⁴⁹ Steven Duke „The Right to Appointed Counsel: Argersinger and Beyond“ *The American Criminal Law Review* 601, 1974-1975, 603-607.

⁵⁰ Amendment VI to the Constitution of the United States, Bill of Rights, 15 December 1971, https://www.usconstitution.net/xconst_Am6.html , 26. januar 2018.

okrivljene, kada nemaju izabranog branioca, a u nekim državama angažovanje branioca predstavlja javni trošak. U praksi američkih sudova, a imajući u vidu da je sudska praksa neposredan izvor prava, stav suda da je stručna odbrana obavezna zasnivao se na najrazličitijim formulacijama, kao što su „kada zbunjenost ili neznanje može dovesti do priznanja, ili izricanja veće kazne, odnosno kada bi prisustvo advokata omogućilo okrivljenom da zna kako da se brani”⁵¹. Odluke Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država sadrže različita tumačenja ostvarivanja prava na branioca, odnosno potrebu da okrivljeni ima obaveznu stručnu pomoć i to u slučajevima kada okrivljeni ima problema sa sluhom⁵², prilikom izjašnjavanja o krivici, odnosno tokom davanja iskaza, tokom suđenja⁵³, tokom izricanja presude, u žalbenom postupku⁵⁴, u slučajevima davanja jemstva. Iako se brojni autori u analizama sudskih odluka vrlo često pozivaju na to da je branilac postavljen zato što okrivljeni nema sredstava za angažovanje branioca, analizirane odluke u svojim obrazloženjima ne navode da je razlog postavljanja branioca nemanje sredstava, već razloge kao što su postojanje ozbiljne federalne optužbe⁵⁵, potreba za iznošenjem odbrane uz stručnu pomoć branioca, ili jednostavno pozivanje na šesti amandman.

Imajući u vidu da je u američkom pravnom sistemu učestvovanje branioca u krivičnom postupku učestala pojava, sprovedeno je i istraživanje u državi Ajo-va na temu koji su postavljeni branioci u žalbenom postupku efikasniji, da li su to državni branioci koji učestvuju u postupku po žalbi ili branioci postavljeni od strane suda. Studija koja je obuhvatala period od dve godine je pokazala da se državni branioci više zalažu i da ostvaruju povoljnije rezultate za okrivljenog u krivičnom postupku⁵⁶.

4. ZAKLJUČAK

Analizirajući domaće zakonodavstvo, uporednopravnu i međunarodnu regulativu, sudske prakse i različite stavove domaćih, inostranih i međunarodnih sudova može se zaključiti da postoji tendencija ka proširivanju instituta obavezne stručne odbrane. Naime pravo na odbranu jeste tretirano kao jedno od osnovnih ljudskih prava, ali se može zaključiti da teorija i praksa imaju intenciju da pravo

⁵¹ Hamilton v. Alabama, No. 32. Supreme Court of United States, 368 U.S. 52 (1961)

⁵² White v. Maryland, No. 600, Supreme Court of United States. 373 U.S. 59 (1963)

⁵³ Gideon v. Wainwright, correction director No. 155, Supreme Court of United States 372 U.S. 355 (1963)

⁵⁴ Douglas et al. v. California No.34, Supreme Court of United States 372 U.S. 355 (1963)

⁵⁵ Powell v. Alabama, Supreme Court of United States 287 U.S. 45 (1932)

⁵⁶ Tyler J. Buller „Public Defenders and Appointed Counsel in Criminal Appeals: The Iowa Experience“ *The Journal of Appellate practice and process*, Vol. 16, No.2, Iowa 2015, 1.

na obaveznu stručnu odbranu posmatraju kao način ostvarenja prava na odbranu, ali i kao uslov ostvarenja pravičnog postupka.

Ukoliko se postavi pitanje kriterijuma za obaveznu stručnu odbranu, ali i usklađenosti domaćeg zakonodavstva sa zakonodavstvom država članica Evropske Unije može se zaključiti da je visina zaprećene kazne, kao uslov za obaveznu stručnu odbranu dosta niža u odnosu na kriterijum koji predviđa ZKP. Analizirajući praksu ESLJP i kriterijum složenosti postupka, kao uslov obavezne stručne odbrane, evidentno je da postoji potreba za usaglašavanjem domaćeg zakonodavstva sa ovim standardom ESLJP. Kako je već i navedeno ni jedna presuda ESLJP protiv Republike Srbije, kao ni upućene predstave nisu se odnosile na pitanje povrede prava na odbranu garantovanog članom 6 stavom 3c EKLJP, ali je nesumnjivo da je ESLJP u postupcima koji su prema kriterijumima suda bili složeni, a nisu bili obuhvaćeni uslovima obavezne stručne odbrane prema odredbama nacionalnih zakonodavstava, utvrđivao postojanje povrede i obavezivao države na naknadu. Veoma je značajan i stav ESLJP da se obavezna stručna odbrana ne odnosi samo na prvostepene postupke, već i na postupke po redovnim i vanrednim pravnim lekovima⁵⁷. Pored ovog pitanja značajno je ukazati i na kriterijum delotvornosti odbrane, odnosno da je u slučaju nepružanja delotvorne odbrane od strane postavljenog branioca⁵⁸, ESLJP takođe utvrđivao postojanje povrede i obavezivao države na naknadu. Iako sudska praksa u Republici Srbiji ne predstavlja izvor prava, mora se uzeti u obzir činjenica da su odluke ESLJP obavezujuće za Visoke strane ugovornice, pa samim tim i Republiku Srbiju koja je ratifikovala EKLJP, kao i da se naknade isplaćuju iz državnog budžeta, te da bi usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa standardima ESLJP moglo imati i praktičan značaj.

Imajući u vidu da je Evropski Parlament spoznao potrebu za unifikacijom odredbi o obaveznoj stručnoj odbrani, nesumnjivo je da će buduća Direktiva Evropske Unije ujednačiti regulativu, kao i sudsku praksu, a sa druge strane imajući u vidu želju Republike Srbije za članstvom u uniji i da će postojati potreba za izmenama domaćeg zakonodavstva. U tom smislu veoma je značajno razmotriti potrebe izmena zakonodavstva po pitanju kriterijuma obavezne stručne odbrane, koji bi se pre svega odnosili na uvođenje kriterijuma složenosti postupka, postupke po vanrednim pravnim lekovima, ali i regulisanja pitanja delotvornosti odbrane, koja nesumnjivo pogađa lični interes, ali može biti i od javnog značaja.

Unifikacija regulative obavezne stručne odbrane je veoma značajna i zbog međunarodne krivičnopravne pomoći, ali i policijske i tužilačke saradnje. Funkcionisanje Evropskog naloga za hapšenje, pribavljanje dokaza u krivičnim postup-

⁵⁷ Vid. Case Zahirović v. Croatia, app. 58590/11, 25 April 2013, Case Croissant v. Germany, app. 13611/88, 25 Septeber 1992, Case Quaranta v. Swizerland, app. 12744/84, 24 May 1991, Case Twalib v. Greece, app. 24295/94, 9 June 1998.

⁵⁸ Vid. Case Daud v. Portugal, app. 22600/93, 21 April 1998, Case Sannino v. Italy, app. 30961/03, 27 April 2006, Case of Zdravko Stanev v. Bulgaria, app.32238/04, 03 November 2012.

cima, ali i obezbeđivanje njihove prihvatljivosti takođe može biti uslovljeno i poštovanjem prava na obaveznu stručnu odbranu u krivičnom postupku. Kako bi pravni sistem funkcionisao, ali i kako bi se međunarodna saradnja nesmetano odvijala, unapređivala i davala željene rezultate neophodno je voditi računa o svim segmentima postupka, uključujući i stručnu odbranu okrivljenog lica.

Minja B. Blažić Pavićević, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
minjablazic@hotmail.com

Compulsory Defense in Criminal Proceedings

Abstract: *Right on defense is one of the basic guaranteed human rights and it is based on a right of the defendant to defend himself, to hire a representative which he would select and a right for appointed defense counsel which would represent his interests in criminal proceedings. Criminal proceeding's theory puts defense on one of the most important functions of the criminal procedure and a role and abilities of defender changed with the development of the institute of defense in criminal proceedings. Alongside the issue of defense in criminal proceedings, this article will also deal with the matter of compulsory defense of adults in criminal proceedings seen from the point of view of historical evolution of the compulsory defense, international and domestic legislature alongside some examples of comparative legislature on compulsory defense and standards and practice of European Court of Human Rights that deal with the matter of compulsory defense. Having in mind that right on defense leads to achievement of fair procedure and allows the equal power ratio during the proceedings, as well as the need of equalizing the criteria's considering compulsory defense that is recognized by the European parliament, which strives to regulate a matter of compulsory defense by a special regulative, the question of compulsory defense will be dealt with a need of harmonization of domestic legislature with standards of European court of human rights and proposals de lege ferenda.*

Keywords: *defense, compulsory defense, appointed defense counsel, criminal proceedings.*

Datum prijema rada: 12.04.2018.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU
ZBORNİK RADOVA

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje PupiĆ (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr MomĆilo GrubaĆ (1989–1990), prof. dr Jovan MunĆan (1991–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006),
prof. dr Dragiša DrakiĆ (2006–2013).

Ćlanovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir StajiĆ, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija),
prof. dr Wilhelm Brauner (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),
prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Heinz Mayer (Austrija),
prof. dr Peter Mader (Austrija), prof. dr Suphawatchara Malanond (Tajland),
prof. dr Branislav RistivojeviĆ, prof. dr Tatjana Bugarski, mr Radmila Dabanović

Menadžer časopisa

Dr Luka Baturan

Sekretarijat Uredništva

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana ĆoriĆ, doc. dr Bojan Tubić,
doc. dr Marko Knežević, dr Cvjetana Cvjetković, dr Uroš Stanković,
dr Milana PisariĆ, dr Nataša RajiĆ, dr Stefan Samardžić,
Sandra Samardžić, Ratko Radošević, Bojana RistiĆ

Kompjuterska obrada teksta

Vladimir VatiĆ, „Grafit“

Štampa:

„Futura“, Petrovaradin
Tiraž: 200 primeraka

2018