

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 76 | ГОДИНА LVI | 2017

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

Nº 76 | YEAR LVI | 2017

НИШ, 2017.

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2017.

### Издавач

Правни факултет у Нишу

### За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

### Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Уредници броја

Проф. др Саша Кнежевић

Проф. др Маја Настић

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Мирослав Лазић  
Проф. др Марина Димитријевић  
Проф. др Небојша Раичевић  
Доц. др Душица Миладиновић  
Стефановић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

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

**Секретар Редакционог одбора:** Доц. др Милош Прица

**Преводи:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Медивест Ниш, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу  
под називом Collection of papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан  
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

## COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2017

### **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

### **For the Publisher:**

Prof. dr Saša Knežević, Dean

### **Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

### **Issue Editorial**

Prof. dr Saša Knežević

Prof. dr Maja Nastić

### Editorial Board of the Law Faculty Journal

#### **Editorial Board Members (Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Marina Dimitrijević

Prof. dr Nebojša Raičević

Doc. dr Dušica Miladinović  
Stefanović

#### **Editorial Board Members (international):**

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

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

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

Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation

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

Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:** Miloš Prica, LL.D.

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medivest Niš, **Circulation:** 100

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)

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

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

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

# САДРЖАЈ

Уводна реч.....XVII

Реч уредника конференције.....XX

ТЕМА БРОЈА

**ГЛОБАЛИЗАЦИЈА И ПРАВО**

## ЈАВНОПРАВНА СЕСИЈА

**Др Маријана Пајванчић,**  
Људска права у контексту глобализације ..... 1

**Др Драган Симеуновић,**  
Релације националне државе и глобализације  
у времену великих миграција .....17

**Др Ирена Пејић,**  
Унифицирање устава у глобалним размерама ..... 35

**Др Радомир В. Лукић**  
Национално право и глобализација .....51

**Др Оливер Николић,**  
**Др Ана Човић,**  
Уставно судство на прагу двадесет првог века..... 69

**Др Маја Настић,**  
Опште бирачко право у ери глобализације:  
гласање дијаспоре ..... 83

**Др Јелена Вучковић,**  
Уставни принцип поделе власти и глобализација .....101

**Др Зоран Јовановски,**  
Употреба силе против недржавних актера на основу  
међународног права у условима глобализације..... 125

**Др Сузана Медар,**  
Утопијски „прелудијум“ свеопште глобализације..... 135

**Др Слободанка Ковачевић Перић,**  
Радноправне последице кривичног дела на раду  
(оправданост отказа)..... 155

**Др Наталија Жунић,**  
Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације  
жена и њена улога у артикулацији концепта  
дискриминације и афирмацији политичких права жена..169

**Др Весна Стојановић,**  
Положај особа са инвалидитетом у међународним  
документима и домаћем законодавству..... 193

## **КРИВИЧНОПРАВНА СЕСИЈА**

**Др Драган Јовашевић,**  
Савремено кривично право као израз глобализације ... 209

**Др Душица Миладиновић Стефановић,**  
Истанбулска конвенција и кривичноправна  
заштита жена од насиља у Републици Србији .....231

**Мирјана Средојевић,**  
Кривичноправна заштита малолетног лица  
од запуштања и злостављања ..... 253

**Др Снежана Бркић,**  
Могућности и границе американизације  
главног претреса према ЗКП Србије из 2011. године..... 271

**Др Младенка Говедарица,**  
Право на суђење без одгађања..... 287

**Dr Saša Knežević,**  
**Dr. Vanda Božić,**  
**Dr Željko Nikač,**  
Globalni i regionalni aspekt pravnog i institucionalnog  
okvira za suzbijanje trgovine ljudima..... 295

**Др Дарко Симовић,**  
**Др Биљана Симеуновић Патић,**  
Физичко кажњавање у светлу права детета.....319

**Др Дејан Мировић,**  
Стални Међународни кривични суд и Србија ..... 341

<b>Др Мирослав Лазић,</b> Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација .....	353
<b>Др Михајло Цветковић,</b> Глобализација уговорног права: подстицаји, препреке и неочекивани исходи** .....	371
<b>Др Ивана Симоновић,</b> Дужност међусобног обавештавања и правне последице њене повреде.....	389
<b>Др Станка Стјепановић,</b> Глобализација као узрок десекуларизације брачног права .....	413
<b>Др Јелена Видић-Трнинић,</b> Усмено завештање у праву Србије и осталим савременим правима Европе .....	421
<b>Др Ђорђе Л. Николић,</b> Правна природа грађанскоправне одговорности медицинских посленика .....	447
<b>Др Срђан Радуловић,</b> Аутономни концепт односа лекара и пацијента као продукт другог таласа глобализације .....	467
<b>Милица Вучковић,</b> Грађанскоправна одговорност за нежељени живот .....	479
<b>Др Анђелија Тасић,</b> Извођење доказа у иностранству у грађанским и трговинским стварима – утицај међународних и регионалних докумената на национално законодавство .....	495
<b>Др Наташа Стојановић,</b> Овлашћења јавних бележника у уређењу породичноправних односа у државама на простору бивше СФРЈ .....	511

**Др Соња Лучић,**  
Право библиотеке да дигитализује дело које се налази у  
њеном фонду с циљем да га стави на располагање путем  
посебних уређаја..... 537

**Др Александар Ђорђевић,**  
Рецепција грчко-римског (византијског) приватног  
права у Душановом законодавству ..... 549

## ТРГОВИНСКО-ПРАВНА СЕСИЈА

**Др Александар Ђирић,**  
Утицај глобализације на правну регулативу  
међународних економских односа ..... 563

**Др Милева Анђелковић,**  
Изазови савремених пореских реформи ..... 595

**Др Срђан Голубовић,**  
Утицај глобалне финансијске кризе на  
еволуцију улоге централне банке ..... 611

**Др Марина Димитријевић,**  
Реформисање модела јавног буџетирања  
као глобални тренд ..... 625

**Др Александар С. Мојашевић,**  
**Др Љубица Николић,**  
Онлајн систем решавања спорова  
и електронска трговина ..... 641

**Др Марко Димитријевић,**  
Монетарни суверенитет у условима глобализованих  
економских и финансијских односа ..... 659

**Др Свјетлана Ивановић,**  
Казнена накнада штете у праву  
интелектуалне својине ..... 675

**Marija Ampovska, LL.D.**  
INSURANCE POOLS: Followers of classical  
insurance contracts in the field of nuclear law..... 693

<b>Др Милица Панић,</b> Право потрошача на одустанак од уговора о продаји на даљину путем интернета.....	707
<b>Др Ивана Ракић,</b> Заједничко улагање (joint venture) као предмет контроле у праву конкуренције ЕУ: примена full-function критеријума .....	731
<b>Мр Ђорђе Мариловић,</b> Опорезивање прихода из страних извора порезом на доходак у Републици Српској.....	747
<b>Упутство за ауторе.....</b>	767





# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... XVIII

Conference Editors Introductory Note..... XX

## MAIN TOPIC

## GLOBALISATION AND LAW

### Public Law Session

**Marijana Pajvančić,**  
Human Rights in the context of Globalization..... 1

**Dragan Simeunović,**  
Relations between nation-state and globalization in  
times of great migrations..... 16

**Irena Pejić,**  
Constitutional Unification on the Global Scale.....35

**Radomir Lukić,**  
National Law and Globalization .....51

**Oliver Nikolić,**  
**Ana Čović,**  
Constitutional Judiciary at the outset of the 21st century.....59

**Maja Nastić,**  
Universal Suffrage in the Globalization Era: Diaspora Voting... 83

**Jelena Vučković,**  
Constitutional Principle of Separation of  
Powers and Globalization..... 101

**Zoran Jovanovski,**  
Use of Force against Non-state Actors under the  
International Law in the Globalized World..... 125

**Suzana Medar,**  
Utopian Prelude to a General Globalization .....135

**Slobodanka Kovačević Perić,**  
Labour and Employment Law Implications of a Criminal  
Offence at Work: Justification for Dismissal .....155

**Natalija Žunić,**  
The Convention on the Elimination of All Forms of  
Discrimination against Women, and its role in defining the  
concept of discrimination and promoting women's political  
rights..... 169

**Vesna Stojanović,**  
The Status of Persons with Disabilities in International  
Documents and in National Legislation .....193

## **Criminal Law Session**

**Dragan Jovašević,**  
Contemporary Criminal Law as a Reflection of Globalization 207

**Dušica Miladinović-Stefanović,**  
The Istanbul Convention and Criminal Law Protection of  
Women against Violence in the Republic of Serbia..... 229

**Mirjana Sredojević,**  
Criminal Law Protection of Minors from  
Neglect and Abuse.....251

**Snežana Brkić,**  
Possibilities and Limitations of Americanization of  
Trial Proceedings under the 2011 Serbian Criminal  
Procedure Code ..... 269

**Mladenka Govedarica,**  
The Right to be Tried without Undue Delay..... 285

**Saša Knežević,**  
**Vanda Božić,**  
**Željko Nikač,**  
Global and Regional Aspects of Normative and Institutional  
Framework for Combating Human Trafficking .....293

**Darko Simović,**  
**Biljana Simeunović Patić,**  
Corporal Punishment in light of Children's Rights..... 317

**Dejan Mirović,**  
The International Criminal Court and Serbia .....339

## Civil Law Session

**Miroslav Lazić,**  
Ownership on Construction Land and Urban  
Compassation in the Republic of Serbia..... 349

**Mihajlo Cvetković,**  
Globalization of Contract Law: Incentives, Obstacles  
and Unexpected Outcomes ..... 367

**Ivana Simonović,**  
Duty to inform and legal consequences  
of breaching this duty ..... 385

**Stanka Stjepanović,**  
Globalization as a Reason for  
Desecularization of Marital Law..... 409

**Jelena Vidić-Trninić,**  
Oral Testament in Serbian Law and other  
Modern European Legislations .....417

**Dorđe L. Nikolić,**  
Legal Nature of Civil Liability Of Medical Professionals..... 443

**Srđan Radulović,**  
Autonomy-based Doctor-Patient Relationship as a  
Product of the Second Wave of Globalization..... 463

**Milica Vučković,**  
Civil Liability for Wrongful Life .....475

**Anđelija Tasić,**  
Taking of Evidence abroad in Civil and Commercial Matters:  
The Influence of International and Regional Documents on  
Serbian Legislation .....491

**Nataša Stojanović,**  
The Notary Public Authorities in Family-law Matters in the  
former SFRY countries ..... 507

**Sonja Lučić,**  
The Right of a Library to Digitise a Work from its Collection  
in order to make it available via Dedicated Terminals .....533

**Aleksandar Đorđević,**  
The Reception of Greco-Roman (Byzantine) Private Law in  
Tsar Dušan's Legislation..... 545

## Trade and Economic Law Session

**Aleksandar Ćirić,**  
The Influence of Globalization on Legal Regulation of  
International Economic Relations .....557

**Mileva Anđelković,**  
Challenges of Contemporary Tax Reforms ..... 589

**Srđan Golubović,**  
The Impact of the Global Financial Crisis on the  
Evolving Role of Central Banks..... 605

**Marina Dimitrijević,**  
Reforming the Model of Public Budgeting  
as a Global Trend .....619

**Aleksandar S. Mojašević,**  
**Ljubica Nikolić,**  
Online Dispute Resolution and Eletronic Commerce .....635

**Marko Dimitrijević,**  
Monetary Sovereignty in Conditions of Globalised  
Economic and Financial Relations.....653

**Svjetlana Ivanović,**  
Punitive Damages in Intellectual Property Law..... 669

<b>Marija Ampovska,</b> Zajednički fondovi osiguranja: Sledbenici klasičnog osiguranja u oblasti nuklearnog prava.....	687
<b>Milica Panić,</b> The Consumer's Right to Withdraw from Distance Sales Contracts via the Internet .....	701
<b>Ivana Rakić,</b> Joint Venture Control under the EU Competition Law: Application of the Full-Function Criteria.....	725
<b>Đorđe Marilović,</b> Foreign Income Taxation by Income Tax in the Republic of Srpska .....	741
<b>Guidelines for Authors.....</b>	769

## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Тема Зборника радова Правног факултета у Нишу број 76/2017 посвећена је Међународној научној конференцији „Глобализација и право“ која је одржана 21. и 22. априла 2017. године на Правном факултету у Нишу. У овој свесци можете прочитати део радова изложених на Међународној научној конференцији на српском језику. Радови су систематизовани у четири целине и прате структуру Конференције организоване по сесијама: Јавноправна, Кривичноправна, Грађанскоправна и Трговинско-економска сесија. Радови осталих учесника Конференције на енглеском језику доступни су у посебној монографској публикацији у издању Центра за публикације Правног факултета у Нишу.

У Нишу, децембар, 2017. године

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

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (No. 76/2017) is a thematic collection of articles from the International Scientific Conference "Globalisation and Law", held at the Law Faculty in Niš on 21st-22nd April 2017. This issue includes the scientific papers which were presented at the Conference in Serbian. The papers are classified into four sections, in compliance with the organizational structure of the Conference thematic sessions: Public Law, Criminal Law, Civil Law, and Trade Law and Economics. The Conference papers presented in English will be published in a separate monograph which will be issued by the Publication Center of the Law Faculty in Niš.

Niš, December 2017

Prof. Irena Pejić, LL.D.  
Editor-in-Chief



ТЕМА БРОЈА

---

**ГЛОБАЛИЗАЦИЈА И ПРАВО**

## Реч уредника Конференције

Међународна научна конференција “Глобализација и право”, одржана је на Правном факултету у Нишу 21-22. априла 2017. године. Тема Конференције је својом актуелношћу и могућношћу свеобухватног приступа, окупила велики број иностраних и домаћих стручњака. Глобализација је посматрана не само као глобализација тржишта већ као процес свеукупног друштвеног, културног, економског, политичког, војног и правног повезивања и интегрисања у међународну заједницу. Аутори радова презентованих на Конференцији анализирали су главне карактеристике глобализације, њене негативне и позитивне учинке, указујући да она са собом носи интеркативни однос са другим упоредним процесима трансформације светског система, као што су драматичан пораст неједнакости између богатих и сиромашних земаља, етнички сукоби, масовне миграције на међународном плану, организовани злочин на глобалном ниову. Интеракција и повезивање друштвених односа на светском ниову захтева и неку врсту правне глобализације: унификације и усаглашавања правних система.

Општи је утисак да је Конференција постигла висок научни ниво, што потврђује и објављивање седамдесет научних радова у два зборника: тематски зборник са радовима на енглеском језику и радови на српском језику у оквиру Зборника радова Правног факултета у Нишу. Објављивање наведених зборника има за циљ да резултате истраживања учесника Конференције учине доступним научној, стручној и широј јавности, како би се подстакла научна и стручна расправа о теоријским и практичним проблемима које глобализација са собом носи.

*УРЕДНИЦИ*

*Проф. др Саша Кнежевић, декан Факултета*

*Проф. др Маја Настић, продекан за наставу и научни рад*

### **Editors-in-Chief Introductory Note**

The International Scientific Conference “Globalization and Law” was held at the Faculty of Law, University of Niš on 21st-22nd April 2017. The contemporary nature of the Conference topic and the authors’ comprehensive approach to a wide range of contemporary issues has contributed to gathering a large number of foreign and domestic experts. Globalization has been observed not only as the globalization of the economic market but also as a process of overall social, cultural, economic, political, military and legal cooperation, interconnectedness and integration into the international community. The authors of the presented papers have analyzed the main characteristics of globalization, its negative and positive effects, and its interaction with other comparative processes related to the transformation of the world system, such as: a dramatic increase in inequality between the rich and poor countries, ethnic conflicts, mass migrations at the international level, organized crime on the global scale, etc. The interaction and social cooperation at the global level call for a kind of legal globalization, which is embodied in the unification and harmonization of legal systems.

There is a general impression that the Conference has been highly successful in terms of the attained level of scientific research, which is substantiated by more than 70 scientific papers published in two thematic Collections of Papers of the Law Faculty in Niš: a collection of papers in English and a collection of papers in Serbian. The publication of these collections of papers aims to make the the Conference participants’ research results available to the scientific, professional and general public, for the purpose of encouraging scientific and professional discussion on the theoretical and practical issues underlying the globalization process.

***Editors-in-Chief***

*Prof Saša Knežević, LL.D.,  
Dean of the Faculty of Law, University of Niš*

*Prof. Maja Nastić, LL.D.,  
Vice Dean of Studies and Scientific Research,  
Faculty of Law, University of Niš*

# ЈАВНОПРАВНА СЕСИЈА



**Др Маријана Пајванчић,\***  
Редовна професорка Правног факултета,  
Универзитет у Новом Саду (у пензији)

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776001P

UDK: 342.72/.73  
Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ЉУДСКА ПРАВА У КОНТЕКСТУ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ**

**Апстракт:** Људска права чине вредности (гарантовање људских права и њихова заштита) прихваћене и на глобалном и на регионалним нивоима, али и у националним оквирима. Ове вредности добијају универзално значење и повезују свет, а њихово позитивирање у међународним документима о људским правима утиче на национална законодавства. Процес глобализације, његов садржај и ток, као и утицај на уставно гарантовање, садржај и заштиту људских права у унутрашњем праву у средишту је пажње у овом прилогу.

**Кључне речи:** конституционализација људских права, интернационализација људских права, односи глобализације и националног правног система.

### **1. Од конституционализације до интернационализације људских права**

Процесу интернационализације људских права претходио је (готово век и по) процес конституционализације људских права, започет Декларацијом о правима грађана (1789. године) / Декларацијом о правима грађанки (1789. године)<sup>1</sup> и Декларацијом о независности (1776. године) као несумњиво најважнијим документима који претходе доношењу првих устава, најпре на тлу Европе и Северне Америке, у којима су сажете кључне вредности на којима почива модерна уставна држава. Људска права као темељне вредности које све до данас остају суштинска одлика конституционализма позитивирана су у првим уставима донетим крајем XVIII и у првој половини

\* marijana.pajvancic@gmail.com

1 Олимпија де Гуж (1775–1793), француска новинарка и књижевница, оснивачица и активисткиња женских политичких кружока између 1789. и 1793. године.

XIX века.<sup>2</sup> Заједничка карактеристика ових устава су гаранције основних личних и политичких права, али не и социјално-економских права.

Након тога, процес конституционализације људских права проширио се на све континенте и текао је још током читавог века. Овај процес настављен је током друге половине XIX века у Европи<sup>3</sup> и Америци,<sup>4</sup> али се проширио и на Азију<sup>5</sup>, Африку<sup>6</sup> и Аустралију<sup>7</sup> где је само неколико земаља у том периоду усвојило прве уставе. Током прве половине XX века процес конституционализације људских права је интензивирао,<sup>8</sup> а током друге половине XX века, посебно након распада колонијализма када су многе азијске<sup>9</sup> и афричке<sup>10</sup> државе донеле своје прве уставе, приведен је крају. Заједничка карактеристика ових устава огледа се у томе што се у највећем

2 Први уставни на тлу Европе су устави Француске (1791), Пољске (1791), Швајцарске (1798), Холандије (1798), Шпаније (1812), Норвешке (1814), Португалије (1822), Белгије (1831), Србије (1835), Немачке (1848), Данске (1849), Италије (1861) и др. Први уставни на тлу Америке су устави САД (1787), Хаитија (1805), Венецуеле (1811), Мексика (1812), Чилеа (1812), Парагваја (1813), Перуа (1813), Аргентине (1819), Колумбије (1819), Никарагве (1821), Бразила (1822), Костарике (1824), Хондураса (1825), Уругваја (1830), Еквадора (1830), Доминиканске Републике (1844), Гватемале (1847). На тлу Африке у овом периоду свој устав донела је само Либериа (1847).

3 Међу европским земљама у том периоду своје прве уставе доносе Румунија (1886), Луксембург (1868), Бугарска (1879) и др.

4 На америчком континенту своје прве уставе у овом периоду доносе Панама (1863), Канада (1867), Салвадор (1879); Гвајана (1891).

5 У Азији у том периоду своје прве уставе донели су Јапан (1899) и Турска (1876).

6 У Африци само је Египат у том периоду усвојио свој први устав (1866).

7 На тлу Аустралије први устав усвојен је на Новом Зеланду (1852).

8 У том периоду прве уставе усвојиле су следеће европске државе: Русија (1906), Монако (1911), Албанија (1914), Финска (1919), Мађарска (1919), Естонија (1920), Лихтенштајн (1921), Малта (1921), Ирска (1922), Летонија (1922), Литванија (1922) и др. На америчком континенту своје прве уставе донела је Куба (1901). На тлу Азије своје прве уставе донели су: Авганистан (1921), Монголија (1924), Ирак (1925), Либан (1926), Саудијска Арабија (1926), Тајланд (1932), Филипини (1935). У Африци први устав донела је Етиопија (1931).

9 Своје прве уставе доносе нпр.: Индонезија (1945), Јордан (1946), Вијетнам (1946), Камбоџа (1947), Лаос (1947), Бурма (1947), ДР Кореја (1948), Јужна Кореја (1948), Непал (1948), Индија (1950), Пакистан (1956), Малезија (1957), Брунеј (1959), Сингапур (1959) и др.

10 Своје прве уставе доносе нпр.: Гамбија (1954), Судан (1956), Тунис (1957), Гана (1957), а након стицања независности после 60-их година XX века још и Мали (1960), Нигерија (1960), Обала Слоноваче (1960), Чад (1960), Сијера Леоне (1961), Габон (1961), Мауританија (1961), Мароко (1962), Алжир (1963), Замбија (1968) и др., а процес усвајања устава приводи се крају деведесетих година XX века када своје прве уставе доносе Бенин (1990), Конго (1991), Џибути и Маурицијус (1992), Сејшели (1993) и Малдиви (1994).

броју устава поред гарантовања основних личних и политичких права гарантују и основна социјална и економска права.

Кратак увид у процес конституционализације људских права показује да су људска права и њихово гарантовање уставом као основним и највишим правним актом политичке заједнице и модерне државе постепено прихваћени од стране највећег броја држава. И управо трај процес конституционализације људских права показује да су људска права (најпре основна лична и политичка права, а потом и основна социјална и економска права), као темељна вредност модерних држава, постала заједнички именитељ који повезује свет на глобалном нивоу и могли бисмо рећи да су први корак ка глобализацији.

## **2. Интернационализација људских права као универзалних вредности**

Интернационализација људских права је процес који започиње након Другог светског рата. Процес универзализације људских права посебно је био подстакнут масовним кршењем људских права током Другог светског рата које је показало да се гарантовање и заштита људских права не сме „препустити“ само државама појединачно, будући да су људска права универзалне вредности и да је стога ове вредности потребно гарантовати и заштитити на глобалном нивоу.

Спознаја да су људска права универзалне вредности које припадају сваком људском бићу, као и да су ове вредности једнако значајне не само за сваку индивидуу већ и за човечанство у целини, резултирала је започињањем процеса установљавања стандарда људских права и њихове заштите у документима који гарантују људска права, усвојеним у оквиру ОУН као међународне организације која окупља највећи број држава у свету. Две су групе извора: правни извори који укључују универзалне и регионалне међународне конвенције и које установљавају стандарде људских права и политички документи који утврђују правце развоја и стратегије.

### ***2.1. Универзалне и регионалне међународне конвенције о људским правима***

Процес универзализације људских права започиње након Другог светског рата, усвајањем општих међународних докумената о људским правима под окриљем организације Уједињених нација, пре свега усвајањем

Универзалне декларације о људским правима.<sup>11</sup> Потом следе свакако два најзначајнија документа ОУН о људским правима који установљавају стандарде гарантовања основних људских права: Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који гарантује основна лична и политичка права<sup>12</sup>, и пратећи протоколи уз овај документ који утврђују стандарде и процедуре праћења примене људских права и њихово поштовање од стране држава које су ратификовале овај документ (обавеза извештавања о примени људских права и упућивање препорука након разматрања извештаја) и установљава тело (Комитет за људска права) који надзире поштовање стандарда људских права и разматра представке упућене од стране држава<sup>13</sup>, и Међународни пакт о социјалним, економским и културним правима<sup>14</sup>.

Поред гарантовања људских права, у протоколима који прате ове документе установљавају се механизми својеврсног надзора и праћења примене и поштовања међународних стандарда људских права у државама које су прихватиле и ратификовале ове документе. Ови механизми укључују обавезу држава да континуирано прате остваривање људских права, што укључује интерни мониторинг примене људских права и обавезу државе да периодично извештава Комитет за људска права о томе, и екстерни мониторинг Комитета за људска права над остваривањем преузетих обавеза, који укључује право Комитета за људска права да, на основу увида и расправе о извештају који доставља држава, упућује своје препоруке за унапређење остваривања људских права, као и да под условима и по поступку прописаном међународним документом води поступак и решава о представкама против држава које су му непосредно упућене. У

---

11 Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. XII 1948. године.

12 Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А (XXI) од 16. XII 1966. године. Ступио на снагу 23. III 1976. године, ратификован *Службени лист СФРЈ – међународни уговори*, бр. 7/1971.

13 Факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање усвојен резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А (XXI) од 16. XII 1966. године, ступио на снагу 23. III 1976. године; Други факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација бр. 44/128 од 15. XII 1989, ступио на снагу 14. VII 1990.

14 Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А (XXI) од 16. XII 1966. године. Ступио на снагу 3. I 1976. године. Ратификован *Службени лист СФРЈ – међународни уговори* бр. 7/1971.



међународним конвенцијама<sup>15</sup> или пратећим протоколима уз конвенције које регулишу посебна права или се односе на посебне субјекте и њихова права<sup>16</sup> овакве надлежности имају и специјализоване (под)комитете ОУН.

Други корак су посебни (специјализовани) документи у којима се постепено изграђују и ближе операционализују стандарди људских права с обзиром на конкретне околности (прилике) које су изазвале усвајање међународног документа; с обзиром на поједина, посебно значајна основна људска права; с обзиром на посебно рањиве субјекте и могућности да и практично реализују општегарантована људска права као и гарантовање посебних права овим субјектима.

Околности које су повод за усвајање међународних докумената везаних за људска права су различите. Тако су нпр. трагична искуства Другог светског рата била подстицај за усвајање Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида<sup>17</sup>, Међународна конвенција о статусу избеглица<sup>18</sup> и др.

Међу посебним документима издвајају се они документи чија је специфичност да се фокусирају само на нека, посебно значајна основна људска права која су по својој природи примарна претпоставка за остваривање свих других људских права. Стога се ова права и стандарди које укључује садржај ових права регулишу посебним међународним документима. То је, на пример, право на достојанство и елементарну заштиту психичког и физичког интегритета личности (нпр. односи Конвенција против мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих казни или поступака),<sup>19</sup> слобода одлучивања о склапању брака (нпр. Конвенција о пристанку на

---

15 Нпр. Конвенцијом о правима детета II део чл. 43 – 46 установљен је Комитет за права детета.

16 Нпр. протоколом 25 уз Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена установљен је Комитет за елиминисање дискриминације жена.

17 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 260 А (III) од 9. децембра 1948. године. Ступила на снагу 12. I 1951. године. Ратификована *Службени весник президијума Народне скупштине ФНРЈ* бр. 2/1950.

18 Конвенција о статусу избеглица са Завршним актом Конференције опуномоћеника Уједињених нација о статусу избеглица и лица без држављанства (апатрида), са прилозима, Женева 28. VI 1951. године. Конференција опуномоћеника сазвана је резолуцијом 429 (V) Генералне скупштине Уједињених нација од 14. XII 1950. године, како би се завршила редакција и потписала Конвенција о статусу избеглица. Ступила на снагу 22. IV 1954. године, ратификована *Службени лист ФНРЈ – међународни уговори* бр. 7/1960.

19 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених бр 39/46 од 10. XII 1984. године, ратификована, *Службени лист СРЈ* бр. 9/1991.

брак, минималној старости за склапање брака и регистравању брака<sup>20)</sup> или пак права новије генерације као што су на пример право на здраву животну средину (нпр. Конвенција о приступу информацијама о животnoj средини, учешћу јавности у доношењу одлука и приступу правди),<sup>21</sup> очување и заштита природних ресурса (воде, ваздуха, тла и др.), биљног и животињског света који су данас регулисани великим бројем међународних докумената.<sup>22</sup>

Чињеница да сви субјекти којима се међународним документима гарантују основна људска права немају једнаке могућности да та права ефективно и користе под једнаким условима као и сви други, нарочито када се ради о посебно рањивим групама или изразито неједнаком друштвеном положају у коме се оне налазе, подстакла је усвајање низа међународних докумената који утврђују и операционализују стандарде везане за право на равноправност без дискриминације по било ком личном својству. Садржај ових међународних докумената фокусиран је на људска права одређених (посебно рањивих) субјеката. Међу овим документима су на пример: Међународна конвенција о статусу избеглица<sup>23</sup> и протокол о статусу избеглица уз ову конвенцију<sup>24</sup>, Међународна конвенција о укидању

---

20 Усвојена 1962. године, ратификована *Службени лист СФРЈ – међународни уговори и други споразуми*, бр. 13/1964.

21 Конвенција о приступу информацијама о животnoj средини, учешћу јавности у доношењу одлука и приступу правди (Архуска конвенција) 25. VI 1998. године, ратификована *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 38/09.

22 Нпр., Оквирна конвенција о климатским променама, Рио де Жанеиро, ступила на снагу марта 1994. године. Кјото протокол уз ову конвенцију усвојен децембра 1997. године, ступио на снагу 2005. године, ратификована и Оквирна конвенција и Кјото протокол *Службени гласник РС*, бр. 88/2007 и 38/2009; Конвенција о дуготрајним органским загађујућим супстанцама (Стокхолмска конвенција) усвојена 22. V 2001. године, ступила на снагу 17. V 2004. године. Ратификована 2009. године *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/09; ), Конвенцију о биолошкој разноврсности, Рио де Жанеиро (5. VI 1992) ратификована *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/2001.

23 Конвенција о статусу избеглица са Завршним актом Конференције опуномоћеника Уједињених нација о статусу избеглица и лица без држављанства (апатрида), са прилозима, сачињена је у Женеви 28. VI 1951. године. Конференција је сазвана резолуцијом 429 (V) Генералне скупштине Уједињених нација од 14. XII 1950. године, да би се завршила редакција и потписала Конвенција. Ступила на снагу 22. VI 1954. године. Ратификована 1960. године, *Службени лист ФНРЈ – међународни уговори* бр. 7/1960.

24 Ступио на снагу 4. IV 1967. године.

свих облика расне дискриминације,<sup>25</sup> Конвенција о политичким правима жена<sup>26</sup>, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена<sup>27</sup> и Факултативни протокол уз ову конвенцију,<sup>28</sup> Конвенција о правима детета,<sup>29</sup> Конвенција о заштити права особа са инвалидитетом.<sup>30</sup>

Паралелно са универзалним међународним конвенцијама о људским правима поступно се успостављају регионални системи људских права који установљавају и обликују стандарде људских права полазећи од универзалних докумената о људским правима али и од конкретних прилика на регионалном нивоу. Регионални системи људских права прате основни правац у погледу садржаја гаранција људских права и динамику процеса који се одвија у оквиру универзалног система људских права.

У оквиру Савета Европе најпре се усвајају општи документи који гарантују основна људска права (Европска конвенција за заштиту основних људских права и слобода и пратећи протоколи уз ову конвенцију<sup>31</sup> и Ревидирана Европска социјална повеља)<sup>32</sup> или штите само поједина посебно важна основна људска права (нпр. Конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања и пратећи протоколи уз

---

25 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2106 А (XX) од 21. XII 1965. године. Ступила на снагу 4. I 1969. године, ратификована *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* бр. 6/1971. године.

26 Усвојена и отворена за потписивање 31. III 1953. Ратификована *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори* бр. 7/1954. године.

27 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 34/180 од 18. XII 1979. године. Ступила на снагу 3. IX 1981. године, ратификована, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* бр. 11/1981.

28 Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 54/4, анекс, ступио на снагу 22. XII 2000. године.

29 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 44/25 од 20. XI 1989. године. Ступила на снагу 2. IX 1990. године, ратификована *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990. године и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96 и 2/97.

30 Усвојена и отворена за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација на 61. заседању, 13. XII 2006. године, ратификована *Службени гласник РС*, бр. 42/2009.

31 Усвојена у Риму, 4. XI 1950. године, ступила на снагу 3. IX 1953. године, ратификована *Службени лист СЦГ – међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 и *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 12/2010.

32 Ратификована *Службени гласник РС – међународни уговори*, бр. 42/2009.

конвенцију,<sup>33</sup> Конвенција о борби против трговине људима,<sup>34</sup> Европска конвенција о екстрадицији<sup>35</sup> и др.)

Еволуцију гарантовања и заштите људских права на регионалном нивоу карактерише усвајање конвенција које гарантују и посебно штите права одређених субјеката: деце (Европска конвенција о вршењу дечијих права,<sup>36</sup> Конвенција о заштити деце од сексуалне експлоатације и сексуалног злостављања<sup>37</sup> и др.); припадника националних мањина (Европска повеља о регионалним или мањинским језицима,<sup>38</sup> Оквирна конвенција за заштиту националних мањина<sup>39</sup> и др.); жена (Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици<sup>40</sup>).

Гарантовање људских права новије генерације, међу којима су биомедицина и генетске технологије (нпр. Конвенција о људским правима у биомедицини<sup>41</sup>); одрживи развој (нпр. Конвенција о сарадњи за заштиту и одрживо коришћење реке Дунав<sup>42</sup>), заштита природних ресурса (нпр. Европска конвенција о пределу,<sup>43</sup> Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта,<sup>44</sup> Конвенција о прекограничном загађивању ваздуха на велике даљине и о дугоричном финансирању Програма сарадње за праћење и процену прекограничног преноса

---

33 Усвојена у Стразбуру 26. XI 1987. године, измењена и допуњена Протоколом 1 и Протоколом 2, 4. 11. 1993. године, ратификована *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003.

34 Усвојена 16. V 2005. године у Варшави, ратификована *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 19/2009.

35 Усвојена 13. XII 1957. године Паризу и протоколи уз конвенцију, ратификована *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 10/2001.

36 Усвојена у Стразбуру 25. I 1996. године и отворена за потписивање.

37 Усвојена 20. X 2007. године и отворена за потписивање.

38 Усвојена у Стразбуру 5. XI 1992. године, ратификована 2005. године, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/2005.

39 Усвојена у Стразбуру 10. XI 1994. године, ратификована 1998. године *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/98.

40 Усвојена у Истанбулу 11. V 2011. године, *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 12/2013.

41 Усвојена у Овиједу 4. 04. 1997, ратификована 2010. године *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

42 Усвојена у Софији, 29. VI 1994. године, ступила је на снагу октобра 1998. године, ратификована 30. 01. 2003. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2003.

43 Усвојена у Фиренци 20. X 2000. године. Ратификована 2011. *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 4/2011.

44 Ратификована 2007. године, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 102/2007.

загађујућих материја у ваздуху на велике даљине у Европи<sup>45</sup> и др.) одликује и регионалне међународне документе о људским правима.

У оквиру регионалног, у првом реду европског, система људских права новум су међународни документи који установљавају одређене стандарде људских права која се остварују у јавном животу, али регулишу и основне институционалне аранжмане (организација јавних власти), као и начин остваривања ових права у политичком животу заједнице (нпр. Европска повеља о локалној самоуправи,<sup>46</sup> Европска повеља о родној равноправности на локалном нивоу<sup>47</sup>).

### **3. Стратегије - програмски и усмеравајући документи**

Поред универзалних и регионалних међународних конвенција о људским правима у којима се обликују и на међународном плану позитивирају и јемче стандарди људских права, установљавају инструменти за праћење примене и поштовања ових стандарда од стране држава чланица као и заштита људских права пред међународним институцијама, укључујући и заштиту пред међународним судовима, приметно је да, већ крајем XX века, на међународним плану започиње и процес усвајања стратешких планских докумената који дефинишу циљеве и правце активности (политике) и начине деловања како би се остварили циљеви постављени у стратешким документима. То говори да се на међународном плану (на глобалном и регионалном нивоу), а на основу увида у стање људских права у одређеним областима, плански и на организован начин делује на реализацији утврђених политика у тим областима људских права.

Садржај стратешких докумената који утврђују циљеве политика, активности које је потребно предузети да би се реализовали постављени циљеви и носиоце тих активности показује да су они фокусирани на елементарна људска права.

Бројни међународни стратешки документи односе се на право на здраву животну средину и њено очување „ради интереса самог човечанства“<sup>48</sup>,

---

45 Ратификована 1987. године, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/87.

46 Усвојена у Стразбуру 1985. године, ратификована *Службени гласник РС – међународни уговори*, бр. 70/2007.

47 <http://www.skgo.org/publications/download/311>

48 Убрзо након усвајања документа (1983. године) ОУН формира Комисију за животну средину и развој на чијем је челу био премијер Норвешке Гро Харлем Брундтланд по коме је комисија названа „Брундтландова комисија“. Комисија је први извештај под називом „Заједничка будућност“ поднела 1987. године. У извештају је први пут употребљен израз одрживи развој који је дефинисан као „развој у правцу задовољавања

како се наглашава у светској стратегији очувања природе.<sup>49</sup> Здрава животна средина и њено очување као развојног ресурса су окосница стратегије одрживог развоја чије принципе, циљеве, активности које је потребно предузети и актере одређује више стратешких докумената (нпр. Декларација о животној средини и развоју<sup>50</sup>; Акциони план одрживог развоја за 21. век<sup>51</sup>; документи „ Рио+5“<sup>52</sup>, „Рио+10“<sup>53</sup> и „Рио +20“<sup>54</sup> и др.).

То су надаље и глобалне стратегије које утврђују најважније циљеве развоја, идентификују најважније препреке које стоје на путу остваривања тих циљева и маркирају области и ресурсе значајне за њихово остваривање (нпр. Миленијумска декларација<sup>55</sup> и Миленијумски циљеви,<sup>56</sup> Агенда одрживог развоја УН 2015–2030.<sup>57</sup> и др.), али и стратегије које се односе на права специфична по субјектима којима се гарантују (Пекиншка декларација и платформа за акцију<sup>58</sup>).

Стратешки документи усвајају се и на регионалном нивоу. Њихов садржај односи се на права на здраву животну средину и одрживи развој (нпр.

---

потреба садашњих генерација не угрожавајући могућност будућим да задовоље њихове потребе”. <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>.

49 Усвојена 1980. године UNCED <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>

50 Документ је усвојен на конференцији Уједињених нација, која је окупила највећи број учесника и чија средишња тема значајна за читаво човечанство је била одрживи развој, одржана је у Рио де Жанеиру 1992. године. Позната је и под називом „Рио декларација“.

51 Усвојен 1997. године. Познат је под називом „Агенда 21“.

52 Усвојен у Њујорку 1997.

53 Документ усвојен на самиту у Јоханесбургу 2002. године, познат је под називом „Рио + 10“. Он се ослања на тековине Декларације о животној средини и развоју усвојеној у Рију 1992. године.

[http://www.johannesburgsummit.org/html/basic\\_info/unced.html](http://www.johannesburgsummit.org/html/basic_info/unced.html)

54 Dokument „Budućnost kakvu želimo“ познат под називом „Rio+20“, усвојен је 2012. године. UNCSД <http://www.uncsd2012.org/www.un.org/futurewewant>

55 Milenijumska deklaracija усвојена 2000. године, поставља 8 глобалних циљева фокусирана је на проблем сиромаштва посебно на земље у развоју, а које би требало остварити до 2015. године.

<http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>

56 MDGs <http://www.undp.org/content/undp/en/home/mdgoverview.html>

57 Усвојена у Њујорку 2015. године, представља наставак Миленијумских циљева 2000–2015. Садржи 17 развојних циљева који обавезују све чланице УН и не односе се само на земље у развоју. <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>

58 Свакако најважнији стратешки документ везан за положај жена и њихова права. Усвојена на IV Светској конференцији о женама 1995. године.

[http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinska\\_deklaracija.pdf](http://www.e-jednakost.org.rs/kurs/kurs/download/pekinska_deklaracija.pdf)

Европска стратегија одрживог развоја<sup>59</sup> и Ревидирана стратегија одрживог развоја<sup>60</sup>), на поједина, посебно значајна права (нпр. Европска стратегија запошљавања,<sup>61</sup> Стратегија Европа 2010–2020.<sup>62</sup>) или се односи на посебне субјекте права (нпр. Европска стратегија за особе са инвалидитетом 2010–2020;<sup>63</sup> Акциони план 2004. за унапређење равноправности полова;<sup>64</sup> Декларација и програм акције – демократизација, спречавање конфликата и изградња мира: перспективе и улога жена;<sup>65</sup> и др.)

Ови стратешки документи, како универзални тако и регионални, непосредно су утицали и утичу на усвајање сличних докумената у земљама чланицама међународних организација. То је утицало да се на националном нивоу у стратешким документима обликују и формулишу правци политика у различитим доменима људских права као и да се начини, динамика остваривања постављених циљева и актери тог процеса ближе одреде у акционим плановима за спровођење стратегија.

#### 4. Утицај међународне регулативе на унутрашње право

Паралелно са усвајањем универзалних и регионалних међународних докумената о људским правима, пратећих протокола који установљавају начин и инструменте примене међународних стандарда људских права као и њихову заштиту, започео је и поступно текао и процес преузимања и имплементације међународних стандарда људских права у унутрашње право. Тако интернационализација људских права и стандарди људских права утврђени у међународном праву непосредно утичу на унутрашње право, пре свега на уставно право држава које су чланице ових међународних организација.

У савременој уставности међународно право, под условима које прописује устав, постаје део унутрашњег права. Статус међународних извора

---

59 <http://ec.europa.eu/environment/eussd/>

60 EU Revidirana strategija odrzivog razvoja: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st10/st10917.en06.pdf>

61 Усвојена 1997. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=hr>

62 <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=hr>

63 <http://www.noois.rs/medjunarodni-propisi/91-evropska-strategija-za-osobe-sa-invaliditetom-2010-2020>

64 Усвојен у Софији 2004. године. Решење министарског већа ОЕБС – бр. 14/04.

65 Усвојена на Петој европској конференцији министара о једнакости између жена и мушкараца (Скопје 22–23 И 2003). Извор: *Родна равноправност у међународним документима – Савет Европе*, књига II, Канцеларија за родну равноправност Владе Републике Црне Горе, Подгорица 2005. стр. 28–40.

људских права у правном систему утврђује устав, било општом нормом,<sup>66</sup> било одредбама у којима се изричито прописује да ови извори права имају примат над националним законодавством.<sup>67</sup>

Неки устави ближе и експлицитно утврђују услове под којима међународна конвенција постаје део унутрашњег права. Ови услови везују се за:

– ратификацију међународне конвенције<sup>68</sup> као прописивање посебних услова чије испуњавање се захтева за ратификацију међународне конвенције (нпр. оцена сагласности међународне конвенције са уставом,<sup>69</sup> расписивање факултативног референдума пре ратификације међународне конвенције,<sup>70</sup> квалификовану већину неопходну за одлуку о ратификацији одређених међународних уговора – уговори којима се на међународне

---

66 „Правни поредак Италије усклађује се са општепризнатим принципима међународног права.“ (чл. 10 Устава Италије)

67 „Опште одредбе међународног права су део Савезног закона. Оне су надређене законима и из њих произлазе права и дужности грађана СР Немачке.“ (чл. 25 Устава СР Немачке), Права човека бр. 9–10/2004 стр. 127 до 182; „Потврђени и објављени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни су дио унутрашњег правног поретка, имају примат над домаћим законодавством и непосредно се примјењују када односе уређују друкчије од унутрашњег законодавства.“ (чл. 9 Устава Црне Горе)

68 „Ратификован међународни уговор, по његовом објављивању ... у Дневнику Закона, постаје део националног правног поретка и непосредно се примењује. Међународни уговор ратификован по законом израженој претходној сагласности има првенство над законом, ако се тај закон не може ускладити са уговором. Ако то проистиче од Републике Пољске ратификованог уговора који конституише међународну организацију, право утврђено њоме примењује се непосредно, и има предност у случају колизије са законима.“ (чл. 91 Устава Пољске) Права човека бр. 2–3/2003.

69 „Ако Уставни савет коме се обрате Председник Републике, први министар или председник једног од домова, изјави да нека међународна обавеза садржи одредбу супротну Уставу овлашћење за ратификовање, односно потврду може бити дато само после измене Устава.“ (чл. 54 Устава Француске); „1. Закључивање неког међународног уговора који садржи одредбе супротне Уставу захтева претходну уставну ревизију. 2. Влада или било који од домова могу се обратити Уставном суду да се изјасни да ли оваква супротност постоји или не.“ (чл. 95 Устава Шпаније) Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1979. стр. 553–602

70 „Пре ратификације међународног уговора (уговор којим се преноси извршавање дела суверених права на међународне организације) државни збор може да распише референдум. Предлог је на референдуму прихваћен уколико за њега гласа већина бирача, који су ваљано гласали. Државни збор је везан за исход референдума. Уколико је референдум био изведен, у погледу закона о ратификацији таквог међународног уговора није допуштено расписати референдум.“ (чл. 3а, ст. 2 Устава Словеније)



организације преноси део суверених права или ступање у одбранбени савез са државама<sup>71</sup> и др.);

– обавезу објављивања међународне конвенције у службеном гласилу;<sup>72</sup>

– принцип реципроцитета;<sup>73</sup>

– непосредну примену међународног уговора и његову супремацију над националним законодавством само у случају када постоји колизија националног закона са међународним уговором;<sup>74</sup>

– изричито везивање примата међународног над унутрашњим правом за људска права и њихову интерпретацију;<sup>75</sup>

– заштиту и очување посебних уставних вредности које се у уставу експлицитно наводе, а које међународна конвенција не може угрозити.<sup>76</sup>

---

71 „Словенија може међународним уговором који ратификује државни збор 2/3 већином гласова свих посланика да пренесе извршавање дела суверених права на међународне организације које се заснивају на поштовању људских права и основних слобода, демократије и начела правне државе, као и да ступи у одбранбени савез са државама које се заснивају на поштовању тих вредности.“ (чл. 3а, ст. 1 Устава Словеније)

72 „1. Пуноважно закључени међународни уговори, пошто буду званично објављени у Шпанији, чине део унутрашњег правног поретка. Њихове одредбе могу бити укинуте, измењене или обустављене само на начин предвиђен самим уговорима или сагласно општим правилима међународног права.“ (чл. 96 Устава Шпаније); Члан 91, став 1 Устава Пољске.

73 „Уговори или споразуми који су на редован начин ратификовани, односно потврђени, имају, од тренутка свог објављивања, већу снагу од закона, под условом да споразум, односно уговор, примењује и друга страна.“ (чл. 55 Устава Француске), Права човека, бр. 7--/2003 стр. 140-147)

74 Члан 91, став 3 Устава Пољске.

75 „Норме које се односе на основна права и слободу које Устав признаје, тумаче сагласно Свеопштој декларацији права човека и међународним уговорима и конвенцијама које се односе на ова питања, а које је Шпанија ратификовала“. (чл. 10, ст. 2 Устава Шпаније); „Права и слободу остварују се на основу Устава и потврђених међународних споразума“. (чл. 17, ст. 1 Устава Црне Горе)

76 Устав СР Немачке не допушта да се измена Устава до које би дошло у случају прихватања међународне конвенције која би налагала измену устава, ако се та измена односи на *принципе наведене у члану 1 – заштита људског достојанства* „1. Достојанство човека је неповредиво. Обавеза свих државних институција је да га поштују и штите. 2. Немачки народ се стога залаже за неповредива и неотуђива људска права као основу сваке људске заједнице, мир и праведност у свету. 3. Основна права која следе обавезују законодавну, извршну и судску власт, као непосредно важеће право.“ *и члану 20 – право на отпор* „1. СР Немачка је демократска и социјална држава. 2. Сва државна власт полази од народа. Њу народ спроводи изборима и гласањима, као и преко посебних законодавних органа, извршне власти и органа за изрицање пресуде.

## 5. Закључак

Процес интегрисања међународних стандарда људских права као универзалних вредности у национални правни систем повезује државе света. Садржај и вредности (људска права) које стоје у основи овог процеса и које су језгро повезивања држава су само наставак процеса глобализације људских права, започетог пре више од два века конституционализацијом људских права, потом њиховом интернационализацијом и универзализацијом, да би се данас са глобалног нивоа интегрисала у национална законодавства. Поступност тога процеса, основне карактеристике појединих етапа у том процесу, и примере који то илуструју желели смо да прикажемо у овом прилогу.

---

3. Законодавство је везано Уставом, а извршна власт и судска власт за закон и право.

4. Ако друга помоћ није могућа, сви Немци имају право на отпор свакоме ко покуша да учине уставни поредак СР Немачке“. (чл. 23 Устава СР Немачке), *Prava čoveka* br. 9–10/2004 str. 127 do 182.

**Marijana Pajvančić, LL.D.**

*Full Professor (retired),*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

## **HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION**

### **Summary**

*The focal point of the author's attention in this article is the impact of the globalization process on the constitutional guarantees, content and protection of human rights in domestic law. In the light of comparative constitutionality, the article focuses on the following issues:*

- 1. International human rights standards (legal sources and their status in national law) and their impact on internal law, particularly on the constitutional guarantees of human rights and their protection.*
- 2. Acceptance and implementation of international human rights standards in domestic law (the constitution and laws).*
- 3. Internal (state) control (on the basis of accepted international obligations) and external control (by international bodies, monitoring the implementation of international human rights standards in domestic law). Special attention is given to reporting on the implementation of international human rights standards and recommendations of international bodies that oversee the implementation of international standards.*
- 4. Protection of human rights in domestic law (by courts and the Constitutional Court) and the international protection of human rights (before international courts), and relations between international law and domestic law.*

**Keywords:** *globalization, human rights, constitutional guarantees, international standards, internal law.*



**Др Драган Симеуновић,\***

Редовни професор Факултета политичких наука,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrgfni1776017S

UDK: 321.011:342.7

UDK: 342.15:314.74

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **РЕЛАЦИЈЕ НАЦИОНАЛНЕ ДРЖАВЕ И ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ У ВРЕМЕНУ ВЕЛИКИХ МИГРАЦИЈА\*\***

**Апстракт:** Иако је почетак глобализације најавио брзи крај националне државе и њеног суверенитета, па у крајњем и нације као њеног носиоца, то се није догодило. Тачније, све што је имало национални предзнак пружило је највећи могући отпор глобализацији. То је имало за резултат да је глобализација као процес највише успеха имала на економском, а далеко мање на политичком и нарочито на безбедносном плану.

Време великих миграција у коме се управо налазимо донело је нови, велики и последично још несагледиви изазов не само глобализацији као процесу, већ и глобализму као идеологији и “новом светском поретку” као политичко-правној конструкцији глобалног система. Управо су националне државе, и то и оне мале, а не само неке од највећих, биле те које су усред окриља ЕУ бациле рукавицу глобалним обрасцима и направиле снажан заокрет ка националном интересу, обнови националног суверенитета и националних вредности, иако је до скоро изгледало да су се многе од тих “ренационалних” држава биле потпуно утопиле у европско као наднационално заједништво и заједницу ненационалног суверенитета. Све је очигледније да су миграције и разне могуће опасности које оне собом доносе биле само повод за реитеративну обнову концепта националне државе и њених граница не само на тлу Европе већ и шире у подручјима захваћеним миграционим токовима.

**Кључне речи:** национална држава, суверенитет, глобализација, САД, миграције, ЕУ, Европа.

\* dragan.simeun@gmail.com

\*\* Рад је настао у оквиру научноистраживачког пројекта Универзитета у Београду – Факултета политичких наука, *Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту* (евиденциони број: 179076), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Увод

Хенри Кисинџер можда и није у праву кад мисли да се баш у „сваком веку“ догађа да се „појављује једна земља која поседује моћ и вољу, као и интелектуалну и моралну снагу да у складу са сопственим системом вредности обликује читав међународни поредак“ (Кисинџер, 1999: 5), али је потпуно у праву у томе да се то догађа и понавља.

Иако не постоји било каква врста временске правилности у појављивању тог феномена који себе увек види као „нови поредак света“, одувек је постојала „воља за моћ“ најјачих држава на свету (односно, бар оних које су себе сматрале најјачим), као што су постојали и њихови планови и покушаји да свет уреде према својим назорима, потребама и интересима. Та историјска чињеница је изграђивана војним, политичким и културним доминацијама старих Персијанаца, Грка, Римљана и других народа, а оверавана мачевима војсковођа попут Александра Македонског, Цезара и Наполеона, све до савремених као друголиких, а у бити истоврсних освајачких похода.

Садашња најјача сила света, САД, такође има такве планове и такву вољу, и као и претходне светски доминантне силе, има и своје савезнике и следбенике, а и своје непријатеље.

Непријатељи најјачих ретко када се легитимишу као такви, напосто из страха од најјачих. Многи пријатељи најјачих пак нису искрено на њиховој страни већ су принципијелно на страни сваког оног ко је најјачи, јер у томе виде пут за остваривање својих интереса. Уосталом, у људској природи је да се воле победници и да се сви лако идентификују са њима, па чак и поражени.

Та настојања САД и око њих формално и неформално окупљених земаља данас се називају различитим терминима, од којих се најчешће срећу следећа три: глобализам, глобализација и нови светски поредак (Симеуновић, 1995: 45). Они се често користе без довољно разумевања, чак и као синоними, што ствара појмовну збрку. Зато је потребно нагласити да се ради о три различита појма који су сродни по томе што се односе на садржински испреплетене феномене. Њихови појмовни садржаји су слични, али они се не поклапају у потпуности, већ се само пресецају.

Глобализам је идеологија, глобализација је процес реализације идеолошких премиса глобализма, а нови светски поредак је систем у настајању (Симеуновић, 2014: 103–140).

## 2. Глобализација

Глобализација је процес повезаног деловања политичких, економских и војних активности низа политичких, војних и економских субјеката на челу са САД као државом-носиоцем глобализације, којима се усмерава кретање укупног људског друштва у правцу реализовања поставки идеологије глобализма (Бжежински, 2004: 100). Замајац глобализације су велике мултинационалне компаније са седиштем у САД или у Западној Европи. Испољава се, пре свега, у реализовању економских циљева уз политичку и војну потпору земаља носилаца глобализације.

Економски циљеви глобализације су јединствено светско тржиште, трговина без граница, интернационализација производње помоћу директних инвестиција мултинационалних компанија и градња једног свеобухватног система интегрисаних финансијских тржишта. Смисао тога је постизање што већег профита доласком до што јефтинијих сировина, посебно енергената, коришћењем што јефтиније радне снаге уз друговрсна минимална улагања.

Глобализација се може означити као процес ширења светске заједнице демократских тржишно оријентисаних земаља, који се остварује на економском, политичком, културном и сваком другом плану.

Обухват тог процеса је глобалан, јер се његово реализовање планира у светским размерама, односно, како то прецизно формулише Бил Клинтон, док „сваки човек на свету“ (Кисинџер, 1999: 716) не буде могао да ужива све предности такве и те заједнице живећи у њој.

Хенри Кисинџер сматра да су међународни односи тек у нашем добу први пут у историји „заиста постали глобални. Комуникације су тренутне, светска привреда функционише истовремено на свим континентима“ (Кисинџер, 1999: 10). Осим тога, многи други проблеми попут заштите човекове околине, демографске експлозије, миграција, спречавања ширења разних болести, тероризма и слично, одиста су таквог карактера да морају и једино могу да се решавају на светском нивоу.

Да је глобализација пре свега економски процес, види се и из тога што је она на економском плану све време била такорећи незаустављива. Уосталом, сви отпори глобализацији су најпре политичке природе, рецимо око одржања суверенитета, а скоро да уопште нису економског карактера. И Русија и Кина су потпуно прихватиле глобализацију као економску неминовност. У том смислу она је већ скоро остварени економски поредак света.

## **2.1. Национална држава као препрека глобализацији**

Што се пак тиче оних димензија глобализације у којима се она исказује као процес десуверенизације и денационализације држава, отпори су, и свакако ће и убудуће бити, далеко израженији. У том смислу се као снажна препрека глобализацији јавља национална држава са њеним концептом суверености, националних граница и релативно самосталном политиком, као и тежњом да сама управља својом привредом чиме доказује самосталност. Врата за глобализацију таквих држава су још затворенија уколико је у њима развијен национализам. Све је то управо оно што успорава кретање роба и људи и тиме смањује профит. Елите које стоје на челу мултинационалних корпорација не желе да деле и да губе ако не морају, а не морају јер је таква констелација међународних односа да постоји само једна велика сила којој тренутно нико није раван. Ерозија суверенитета, као преживеле категорије, и одузимање аутономије националним државама у погледу вођења економске политике се зато постављају као веома важни циљеви глобализације.

Разумљиво је да се све земље не понашају једнако, а још мање кооперативно када је реч о губитку суверенитета. Зато САД као највећа сила-носилац глобализације прилази десуверенизацији и денационализацији као „неистовременом поступку“ (Zürn, 1998: 299) користећи разноврсне методе, од „добровољне капитулације“, о којој радо говори Збигњев Бжежински, до привољавања силом.

При том се морају имати у виду и прикривени отпори оних који су на страни глобализације. Рецимо, многе европске земље које због великих разлика у моћи не могу да рачунају са одржањем свог суверенитета пред налетом глобализације, данас дискретно, под маском права на сопствену миграциону политику, врше процес разноврсне ресуверенизације, и то кроз глобалистичке наднационалне заједнице попут Европске уније, која им омогућује да спасу бар део онога што су изгубиле као националне државе (Kreile, 1999: 607). Преношењем државних компетенција на ЕУ, што се рецимо види из коњуктуре принципа супсидијарности<sup>1</sup>, стварањем две врсте граница, меких између „нас“ и тврдих између „нас“ и „њих“, оријентацијом на идеале затворене планске привреде, европске државе су, иако главни заговорници глобализације уз САД, ипак, показале тенденције ка локализму, макар се он односио на цео континент.

---

1 Супсидијарност одређујемо као преношење одређених функција националне државе некој међународној организацији, институцији или некој другој држави услед тога што она не може да их ваљано остварује.



Посебно тежак ударац глобалном концепту који негује Европска унија отворено су задале бројне земље Централне и Источне Европе, у првом реду Мађарска, Пољска и Словачка, у погледу извршавања одлука Брисела које се тичу политике ЕУ према миграцијама. Међутим, погодности које доноси глобализација крупним играчима у светској привреди нагоне и те државе да се ипак не отклањају од центара глобализације, јер то од њих тражи њихова привредна и финансијска елита. Рецимо, глобализована финансијска тржишта омогућују да се државни дефицити лако могу покривати, што већини влада слабих држава (у које спадају и наведене) знатно олакшава да воде релативно успешну политику и тако одржавају углед пред својим бирачима, иако су свесне да то води тоталној зависности од страних инвеститора (Cohen, 1998: 150), као и да отежава одлучивање у интернационализованој производњи, а понегде и било какав утицај на њу у смислу усмеравања њених ефеката у „националну“ касу.

## **2.2. Глобализација као мрежа међузависности неједнаких**

Глобализација не подразумева стварање универзалне државне заједнице, па ни универзалност на сваком плану. Она је више, како је дефинише Џозеф Нај, „мрежа међузависности“. Међузависност се огледа у ситуацијама у којима догађаји у различитим деловима света, као и њихови учесници утичу једни на друге (Нај, 2006: 265). Проблем са немалим бројем националних држава је у томе што оне одбијају да буду пуки реципијенти, и мада не показују амбиције да креирају токове те међузависности, настоје да одлуке које се тичу неког њиховог добра дефинисаног као „национални интерес“ доносе саме.

Глобализација бар за сада, и поред бројних страхова њених противника да би се то могло догодити, не показује усмереност ка стварању светске државе, већ само глобалног друштва и његовог поретка као система понашања и вредности, уређеним по правилима носилаца глобализације. Очигледно је да се у скорој будућности не може десити оно што је као „деспотију из које се не може изаћи“ описао почетком 19. века први познати критичар концепта светске државе Анселм Фојербах, описавши је као државу (*Weltstaat*) у којој „само један самостално дела“ и „само један за све мисли и о свему одлучује, док сви преостали трпе, служе и слушају“. Такву државу је Фојербах, критикујући Наполеонову идеју о светској држави, назвао „гробницом човечанства“. Светска владавина води ка привидној владавини правом, а стварној владавини силом и зато, сматра Фојербах, човечанству заправо треба **глобално право**, а не глобална владавина. С обзиром на јуристичку и другу традицију, није случајно што је баш ЕУ била иницијатор стварања једног, најзад регуларног, а не више *ad hoc*,

међународног кривичног суда који би важио за све, а не само за „велике мале“ кривце, дакле суда са глобалним важењем, и није случајно што су баш САД одбиле да се прикључе тој акцији којом су руководиле УН. Разумљиво је да онај ко има мању моћ тежи да обузда већу моћ помоћу права, али је разумљиво и то да онај ко располаже највећом силом не жели да буде спутан никаквом новом одговорношћу, нарочито не неком међународног карактера.

Политика глобализације је моћна полука економске глобализације која јој крчи пут, а служи и као њен коректор уколико је то потребно. Садржи се у промоцији и наметању идеолошких поставки глобализма као неолиберализма, систематичном и надзираном демократизовању држава и у повећању значаја међународних организација моћи, као што су НАТО, Међународни монетарни фонд, Светска банка, Светска трговинска организација и сл.

Уколико политика не може да савлада отпоре који стоје на путу глобализацији, њени носиоци се служе и војном силом. Да би се остварило глобално уређење света, неопходно је увођење правила по којима ће свет функционисати а то понекад може да обезбеди само сила. Најважније правило је апсолутно поштовање воље најјачег изражено у максималној кооперативности. У сврхе постизања тога се воде ратови и врше тзв. хуманитарне интервенције. Приватизација рата и утицај мултинационалних корпорација у конфликтима огледају се и у све већем ангажовању тзв. корпорацијских војника, односно припадника приватних војних и безбедносних компанија. На пример, у току 2008. године, у Ираку је било 30.000 најамника и они су чинили другу по величини војну силу у тој земљи.<sup>2</sup>

На плану културе глобализација се после информатичке револуције шири муњевито коришћењем интернета и других комуникационих достигнућа, као што су сателитска телевизија или мобилна телефонија. Информација о свему битном што се догађа на свету доступна је свима у форми вести или чатовања на електронским медијима. Свет је одиста постао „глобално село“ захваљујући експанзији комуникационе технологије. Ипак, и ту постоји доминација ако не и надзор, јер девет десетина информационих капацитета на свету држе САД.

И на другим плановима културе је слична ситуација. Холивуд произведе четири петине свих филмова на свету. Резултат тога је да некада моћне националне филмске индустрије попут француске скоро да више и не производе филмове. Енглески језик је језик не само дипломатије и бизниса

---

2 Према: *Report of Congressional Research Service*, 2008.

већ и интернета. Долар је опште платежно средство свуда на свету. Бжежински наводи да сваке године пола милиона младих из целог света хрли у Америку ради студирања (Бжежински, 2001: 28). Чињеница да амерички културни образац има велику привлачност за младе нараштаје широм света се очигледно не рефлектује само у „мекдоналдизацији“ света, култу кока-коле и брендovима спортске одеће.

Што се тиче односа глобализације и религије, и поред страховања да је глобализација баук који ће поништавајући националну државу, поништити и њену религију, хришћански теоретичарски кругови, урачунав и православне, не деле те страхове. Први разлог томе је што религије нису националне, односно нису ограничене на једну државу, а други је што глобализација инсистира на суживоту сваке врсте, па и на религијском. Отуда следи и закључак грчког митрополита Јована Зизјуласа да глобализација, и поред тога што је у бити велики изазов „омогућује свим религијама ... да живе с другим религијама и другим културама, као и да сарађују“<sup>3</sup>. Нешто другачије стоји ствар са исламом, из чијег крила долази озбиљан отпор глобализацији и као идеји и као пракси, било да је реч о исламским државама, било да је реч о мигрантима муслиманске вере, који се управо из тог разлога тешко интегришу у западна друштва.

Присталице глобализације истичу њену важност за уклањање свих препрека „слободној трговини“. Такође сматрају да ће глобализација учинити свет демократским, подстаћи запосленост, одрживост развоја, смањити међунационалне и међуверске тензије, допринети потпуној заштити сваковрсних мањина, помоћи очувању светског мира, макар и силом, и подићи општи стандард живота. Присталице глобализације су свуда у свету махом из редова политичара и имућних слојева јер нити је тешко водити лојалну политику у оквиру глобалистичке породице нити богаћење (екстра профит) може да смета богатим.

Противници глобализације, сконцентрисани у широкој лепези од исламских фундаменталиста на Истоку до антиглобалистичких покрета на Западу, сматрају да она доноси неслободу малим народима и земљама, да потиरे националне културне и верске идентитете, да користи само акционарима мултинационалних корпорација, да ће увећати незапосленост широм света, допринети убрзавању загађења земље, воде и ваздуха, стварању озонских рупа, глобалном загревању, нестанку многих биљних и животињских врста и порасту беде и криминала. Противници глобализације су махом из редова обичног света, урачунав и нешто интелектуалаца. Џозеф Нај сматра

---

3 Интервју са митрополитом пергамским Јованом Зизјуласом поводом међународног симпозиона Епархије браничевске СПЦ, *Искон*, фебруар, 2005, стр. 76–77.

да би учесталост финансијских криза и драстични пораст незапослености могли проузроковати велике покрете маса ради отпора глобализацији (Нај, 2006: 254).

Нови светски поредак је још недовршени систем света који као поредак космополитске демократије подразумева изградњу одређених правила понашања за све и усвајање одређених вредности од стране свих. То не значи да сви треба да се понашају исто. Тај поредак је, наиме, систем неједнаких, и по њиховом богатству и по њиховом учешћу у креирању политике светског друштва. Ако је истина да су тај поредак смислили најбогатији и најмоћнији људи на свету, онда је сасвим логично да су га смислили не зато да друге изједначе са собом, већ да увећају своју моћ и богатство. Најсматра за својство глобализације то што је „прати све шири јаз између богатих и сиромашних. Она не подразумева ни једнообразност ни једнакост“. Правила понашања се зато већ сада деле на она правила која су за привилеговане и на она која су за остале. То је најбоље изразио један од заговорника глобализације рекавши да ће свет морати да се навикне на дупле стандарде.

Различит однос према малим земљама и народима условљен је не само интересом САД већ и ставом малих земаља и народа према САД. Уколико мале земље и народи виде у САД и њиховој политици моћно окриље, оне су онда добродошле и заштићене, и то не било како већ *егидом*, Зевсовим чаробним штитом који омогућује не само апсолутну заштиту од свакога већ и безбрижан напад заштићених „малиша“ на своје противнике. Они са друге стране штита аутоматски постају „лоши“. Њихова кривица је садржана већ у њиховом кашњењу. Ко пре постане члан моћне „глобалне породице“, он је не само у споровима са неглобализованим, већ и са касније глобализованим државама увек у праву.

### **3. Настанак нових и ресуверенизација глобализованих националних држава**

Све садашње форме отпора глобализацији, од протеста антиглобалистичких покрета до исламистичког и анархистичког тероризма, не делују као озбиљне препреке које би је могле зауставити, већ је једино ометају у њеном напредовању.

Оно што је једино угрожава јесте настанак нових и ресуверенизација старих, већ глобализованих националних држава.

Масовни настанак нових националних држава је најважнији у низу све више наговештаја да садашњи, иако у много чему недовољно легитимизиран и

недовољно гарантован, ипак релативно стабилан однос распоређености нација и других етничких група у држави и њихове садашње границе неће дуго потрајати, и да се стање умереног задовољства етничитета због разлога етничке ситуираности све више претвара у стање етничког незадовољства и могуће националистичке експлозије планетарних размера.

Поседовање национално-статусних права, па ни једнаких, није више довољно. Држава или аутономија блиска државно посебном статусу је, по свему судећи, будућа мета етничке хидре која је све спремнија да баци рукавицу не само досадашњој државној организацији света, већ и надирућој глобализацији. Раскорак бројности од 3.600, све „освешћенијих“, етничких група (уз сталну тенденцију рађања „нових“), и њихове распоређености у оквиру „свега“ 179 држава света, све више се, и то не само услед све изразитије гласности испољавања жеља државно неафирмисаних етничких група да престану бити тек „могуће нације“, него и услед стицања цивилизацијских услова за то (нпр. услед уважавања чињенице да су бројне границе земаља у развоју, нарочито у Африци, на Блиском и Средњем Истоку, повлачене „колонијалним лењиром“, без нарочитог вођења рачуна о етничким, прецизније речено, тада племенским разграничењима и односима, или пак услед све изразитије међународно-субјективне толеранције интерпретирања, а тиме и доживљавања признавања права на етничку посебност као права на прерастање у нацију), претвара у опасност и реалност новог тренда који је снажно обележио већ крај 20. и почетак 21. века – масовно стварање и још масовније покушавање стварања нових националних држава сепарацијама мирним путем или насиљем, као и интензивирање међународних подупирања или спречавања тих напора.

Оснажење национализама малих, до скоро маргинализованих група, и њихових партикуларистичких идентитета је дубоко сложен и противуречан процес. Он обнавља и етничко дисидентство у „примиреним“ етнитетима као што су баскијски, корзикански, каталонијски, шкотски или ирски, као што га и рађа у оним етничким групама које су сматране традиционално политички неамбициозним попут ромске.

Свако чињење од стране великих неке етничкети на плану његовог осамостаљења и подржављења одмах повлачи захтев за сличним поступањем у случају других. Некадашње питање „Ако може да буде независна Екваторијална Гвинеја, зашто не би могла да буде и Каталонија?“ , такорећи јуче преобликовано у питање „Ако острва Фици могу да стекну независност зашто то не би могла и Шкотска?“, данас на више страна одјекује као „Ако може Косово, зашто не бисмо могли и ми?“.

Мада није спорно да глобална економија пружа шансу за размах малих народа и развој регионалних економија, а тиме и за цивилизацијско дозревање закаснелих нација, оне у свом настојању да имају сопствену државу морају имати у виду садашње неписано правило конструктора и промотера глобализације чијем се резолуцијском озакоњењу од стране ОУН иначе тежи, а које гласи да нема сепарације без ослањања на највеће силе „новог светског поретка“ и прихватања потпуне зависности од њих када је реч о будућности њихових, новоуспостављаних националних држава. Дакле, интерес великих се исказује и овде као критеријум за помагање малих и закаснелих народа неовисно од оправданости њихових жеља. Неприхватање тих услова води међународном установљавању „националне кривице“, а сваки отпор, па и отпор културној и језичкој доминацији, сматра се политичким грехом.

Могућност настанка великог броја нових националних држава је у директној вези са могућим распадом не само великих, већ и малих федеративних држава уколико се налазе у зони конфликта или у осетљивој геополитичкој зони. Миграције само убрзавају такве процесе. Лоше дефинисане границе у прошлости су такође озбиљан повод за сепаратистичко редефинисање бројних националних држава. Ипак, у томе коначну реч нема побуњени етницитет.

По свему судећи, опстанак или нестајање етнички сложених држава силом или милом, остаће по свој прилици као и сада врло зависни од сагласности, односно различитости интереса, као и од односа снага више међународних субјеката, и биће, као рецимо сада у погледу евентуалног стварања државе Курдистан на тлу Сирије и Ирака, посебно зависни од усклађености интереса тих држава са интересима господара „новог светског поретка“. И овде се очитује једно правило. Међу мигрантима скоро да и нема Курда. Државе се праве од оних који остају, јер је њима препуштена пуста земља.

За сада развој оваквих процеса успоравају нека настојања која, истини за вољу, немају превеликог одјека у политичким решењима не само носилаца глобализације него и у решењима других земаља. Међу тим, претежно интересно фондираним настојањима, вредна су теоријске пажње она која заговарају одржавање и стварање етничких консоцијација у којима би суживот различитих етничких група на принципу равноправности имао то више изгледа на успех што буде више равноправности. Ова лепа теоријска поставка у пракси за сада наилази на тај неразрешиви проблем да ко год има вишак права и моћи не жели да их се одрекне другачије до формално, а етнички федерализам не успева уколико се заснује на било чијој владавини, па и владавини већине.

Ако се пак оствари предвиђање некадашњег генералног секретара УН Бутроса Галија изречено у форми страховања средином 1992. г., постаће коначном истином и теза Карла Фридриха о национализму као најјачој снази планете (Friedrich, 1968: 30). У анализи почетака тога процеса који ће се можда зауставити а можда и неће, али који је неспорно започео, биће све јасније да никакав дух национализма светских размера није пуштен из боце него да је то немистични процес интересне трансформације људског друштва у, не само она нова обличја која је пред њега поставила постиндустријска организација живота друштва, него и у она чија је одлика занемаривање интереса и потреба етничитета у име брзине и профита, што неумитно резултира конвулзијама њихове спонтане саморазвојности и интервенционизмом у функцији њиховог подржављења као тренутно најбржег и политички најпрофитабилнијег решења, којим се проблеми тих етничитета уствари не решавају него тек зачињу. Зато ће се, уколико се овај процес не заустави, као највећи проблем глобализације поставити једнога дана питање организације света као „разбијеног огледала“, што као задатак, бар за сада, потпуно надмашује могућности сваке силе, а што не значи само информационо, војно, технолошки и привредно најразвијенијих земаља него и њихових међународних економских, политичких и војних организација и савеза. Нестабилности разбијеног огледала највише доприноси кретање његових делића. Неки то зову миграције.

#### **4. Борба глобалног и националног у времену великих миграција и аномалија**

Борба глобалног и националног је у ствари борба општег и посебног. Ако би се уништило посебно, опште би престало бити опште јер се не би више имало од чега разликовати. Та два идентитета се заправо условљавају и зависе један од другог. Осим тога, као што и заступници посебног греше, нестанак општег не би нимало помогао посебном, већ би га напротив дегенерисао. Отуда је перспектива борбе националног и глобалног, опстајање и једног и другог, борба у којој не може потпуно победити нико већ само може превладавати било генерално било на неким тачкама Земљиног шара. Нити се могу Французи одрећи свог језика и своје раскошне, иако разбарушене културе, нити Енглези желе да се одрекну волана на десној страни као ни много чега другог што припада њиховој традицији, а тешко је и помислити да би засад врло неспешна интеграција миграната муслимана у западним друштвима могла да доведе бар до симболичног броја оних који су напустили ислам као своју веру. Као што се да видети, пракса надметања глобалног као општег и националног као

посебног је условљена пре свега положајем у ком се налази нација. То се нарочито добро види данас у Европи у условима велике миграционе кризе.

Миграције које су пре пар године запљуснуле Европу и које још трају, пригушене лабавим европско-турским уговором о задржавању мигрантског тока у замену за пар милијарди евра и за непрецизно увећање шанси за улазак у ЕУ, показале су разне слабости важећег концепта европске заједнице као узора глобализационе теорије и праксе. Слабости су се најлакше виделе у бројним аномалијама које су пратиле миграциону кризу.

У настојању да обуздају и контролишу енорман прилив миграната у земље Европске уније, многе од њених чланица су у недостатку општег и обавезујућег става почеле да предузимају солитарне државне мере на том плану које често не само да нису имале жељени ефекат, већ су и допринеле мењању слике о демократском статусу тих земаља и указале на бројне раскорак између прокламованих принципа и прописа ЕУ и антимиграционе праксе.

На основу анализе догађаја у протеклих пола године може се са сигурношћу рећи да су се у Европи поводом миграција догађале и даље догађају велике политичке и друговрсне аномалије које угрожавају њен статус барјактара глобализације.

Главна аномалија је у томе што се забраном проласка избеглица крши глобални принцип слободе кретања људи, роба и идеја на коме је базиран концепт ЕУ, затим свакако је велика аномалија садржана у чињеницима да у демократској Европи 21. века имамо непоштовање људских права миграната, а нарочито права на натурализацију, као и пораст ксенофобије, што политику мржње према странцима и суседима практикују земље којима су пуна уста демократије и које су другима, па и нама, давале силне лекције о толеранцији. Услед свог актуелног антимиграционог понашања такве земље почињу стога да личе на учитеље који подучавају друге лекцији коју сами нису савладали.

Није ли аномалија то што зидове на својим границама подижу земље попут Мађарске, Хрватске и Словеније у којима избеглице уопште не намеравају да остану већ само теже да кроз њих што пре прођу. Историјска је аномалија што су захтев ЕУ да прихвате по квотама један део избеглица одбиле земље попут Мађарске, Словачке, Чешке и Пољске из којих су својевремено многи бирали пут избеглиштва<sup>4</sup>, као и то што земље које одбијају да приме избеглице тиме показују да имају једностран однос са ЕУ – хоће само

---

<sup>4</sup> Кроз Југославију је у време дубоке кризе у совјетско-мађарским односима 1956. године, само из Мађарске прошло 20.000 избеглица – мађарских држављана.



корист од ЕУ без намере да узврате солидарношћу на њене потребе када је она као заједница у проблему. Тиме показују да сматрају да чланство у ЕУ није повезано са имањем извесних одговорности. Свакако да је аномалија и то што је Европа као најуређенији континент света испољила потпуну неспремност и висок степен неорганизованости, па и превелике изненађености, а неке чланице ЕУ чак и панику у суочавању са мигрантским таласом иако он увећано тече још од 2011, а интензивно од 2014. године. Европа ће морати да се запита да ли је аномалија или природна реакција то што се отписана национална држава и одбачени национални суверенитет као анахроне појаве преко ноћи враћају на велика врата у политички живот Европе кроз саможиве одлуке земаља чланица Уније, кроз подизање жичаних ограда кроз које тече електрична струја, и обнављање граница и граничара не само између Мађарске, Словеније и Хрватске, већ и између тако демократски напредних и етнички и историјски блиских земаља као што су Немачка и Аустрија.

Аномалија је и одлука ЕУ да се сви мигранти који нису из Авганистана, Ирака или Сирије прогласе за економске мигранте, чиме се одабиром земље порекла врши дискриминација једног броја националних држава и њихових држављана и нарушава право миграната да као појединци приступе азилним процедурама, што је UNHCR као одлуку критиковао.

Аномалија је и то што велик, ако не и највећи терет мигрантске кризе, засад носе земље које нису ни на који начин допринеле стварању кризних жаришта у Ираку, Либији и Сирији, а још мање су допринеле беди у афричким државама из којих избеглице највише долазе у Европу, те што су највише погођене мигрантским таласом оне европске државе које, попут Грчке, нису ништа профитирале од ратова који су се у тим кризним жариштима водили или воде.

И поред гордог посртања глобализације као праксе у условима миграционе кризе, она многим и даље изгледа не само као историјски незадржива, већ и као веома корисна на општем економском плану. Многи верују да ће она бар на том плану сигурно победити, ако већ није. Иако ислам упозорава да је “брзина савезник ђавола”, све убрзанији свет тражи све бржи и бржи проток роба и људи.

Са друге стране, националне државе са губитком суверенитета не губе само на царинама и државним дажбинама, већ и на угледу у сопственом народу који је свестан да су оне постале механизми испражњени од реалне моћи. Стога не чуди што је повратак националној држави и суверености од политичара типа Виктора Орбана створио националне спасиоце и хероје. Истина је да ресуверенизиране државе не могу дуго

истрајати у инсистирању на својој апсолутној суверености, а истовремено бити и чланице ЕУ. Пре или касније оне ће се морати одрећи и оне количине суверености коју су приграбиле назад да би спречиле уливање мигрантских токова у своја дворишта. Остаје им да нађу начин како да одрже илузију код својих присталица да је ресуверенизација коју су делом постигле тотална и трајна. У том циљу оне могу наћи нови смисао свог ресуверенизационог експеримента у томе што ће се њихове одлуке на том плану тицати национално специфичне духовности и културе, што ће себе прогласити да су чувари и одгајивачи духа нације и њених посебности, помагачи опстајања „њене“ религије, уопште њеног идентитета и сл.

Такође су и оне религије које се као израз посебности везују за нације и етничке групе једнако као и нација доживљене, како уочава Владета Јеротић, као „највећа сметња за пуно остваривање великолепних планова западних, у првом реду америчких моћника“, сметња, „које су ови горди и агресивни цареви `новог светског поретка` веома добро свесни“ (Јеротић, 2000: 32). Религијско-философска мисао Европе која подржава глобализацију види излаз из те супротстављености разноврсности религија и глобализације у стварању једне нове „универзалне религије“ за цео свет у којој би се могле наћи кључне поставке свих садашњих религија „под условом да се одрекну својих верских и националних оригиналних одлика“ (Јеротић, 2000: 32). Међутим, није ли пројектовани крај глобализације свет без Бога? Ако је судити по изразито глобализованим срединама попут атеизиране Европе, одсуство Бога је карактеристика глобализације. Не ствара се нови светски поредак да би њиме управљао Бог, већ најмоћнији међу људима.

Сви ипак далеко више причају о материјалном него о духовном осиромашењу света. Пажњу највише заокупља пад животног стандарда и свуда растућа незапосленост. Много се говори и пише и о повећању разлика између богатих и сиромашних. Већ сада 1% човечанства располаже са 93% општег светског богатства, а тај тренд се наставља. Од највећег стратешког значаја по човечанство је питање „Да ли је на помолу нови економски империјализам или ново ропство?“. (Осић, 2016: 119). Тек повремено се са правом диже бука због нестанка многих животињских и биљних врста због којих свет у целини постаје сиромашнији. Ипак, одиста највеће и непоправљиво осиромашење ће се десити ако се истопи и нестане бескрајна разноврсност духа и све садашње шаренило етноса утопи у један монолитни идентитет роботизованог света. За сада, од 6.000 језика колико тренутно постоји на свету, сваке две недеље ишчезне један. Енглески језик све више и више говоре не само деца и млади, већ и старији у скоро свим земљама света. Разумљиво, енглески је језик интернета, а без њега се више не може замислити наш живот. Глобализација, која је

управо и започела ширењем енглеског језика почетком 20. века, тиме се потврђује као заокружујући општесветски процес који има своје посебне законитости.

Парадокс је у чињеници "истовременог повећања и смањења света: растом броја људи, нових држава, количине новца, уз краће дистанце и мањак времена потребног за реаговање" (Parag, 2009: IX).

На плану моћи и суверенитета судбине нација и националних држава ће бити као посебне, неминовно различите. Одувек је заправо свако био суверен онолико колико је могао, а данас је та чињеница само разголићена. Једна мала земља је, рецимо, одувек била суверена у односу на неку још слабију и мању, и то под условом да та мања нема моћног савезника. Међутим, данас многе мале земље имају великог савезника коме су поклониле свој суверенитет. Могло би се рећи да су трампиле релативну самосталност и слободу за релативну сигурност. Ако би се скинуо илузорни вео са приче о томе да је свака држава суверена, видело би се да на свету има свега неколико држава које одлуке доносе потпуно самостално, и да је тако одувек било. Сувереност је одувек била исказивана у односу на некога, а само код ретких, оних најјачих или код "отпадника", у односу на све.

## 5. Закључак

Иако је почетак глобализације најавио брзи крај националне државе, њеног суверенитета, па, у крајњем, и нације као њеног носиоца, то се није догодило. Глобалисти су са правом видели у нацији, национализму и националној држави свог највећег противника, и са правом су им објавили рат до истребљења у циљу своје победе. И одиста, све што је имало национални предзнак пружило је у последњим деценијама двадесетог и првим деценијама двадесет првог века највећи могући отпор глобализацији, без обзира на отворену или миметичку форму у којој се то збива. То је имало за резултат да је глобализација као процес највише успеха имала на економском, а далеко мање на политичком и нарочито на безбедносном плану.

Време великих миграција у коме се управо налазимо донело је нови, велики и последично још несагледиви изазов не само глобализацији као процесу, већ и глобализму као идеологији и "новом светском поретку", као политичко-правној конструкцији глобалног система. Управо су националне државе, и то и оне мале, биле те које су усред свог ЕУ-окриља бациле рукавицу глобалним обрасцима и направиле снажан политички заокрет ка националном интересу, обнови националног суверенитета

и националних вредности, иако је до скоро изгледало да су се многе од тих “ренационалних” држава биле потпуно утопиле у европско као наднационално заједништво и заједницу ненационалног суверенитета. Све је очигледније да су миграције и разне могуће опасности које оне собом доносе биле не само разлог за бројне политичке и правне аномалије, већ и повод за реитеративну обнову концепта националне државе и њених граница не само на тлу Европе, већ и шире у подручјима захваћеним миграционим токовима. Ипак, судбина тог процеса да се лако предвидети. У питању је ускоинтересна, а не на идеолошким премисама утемељена реитерација, која ће увенути када и миграције усахну. Оно што је важно јесте подука центрима глобализма да су прерано отписали националну државу и да ће она у будућности зацело бити оснаживана и другим поводима када у питању буде било задовољење националног као посебнодржаваног интереса који се у заједници не може задовољити, или бар не у мери која неком посебном друштву одговара.

Захваљујући миграционој кризи се потврдило да је глобализација процес који тренутно нема конкуренцију, али и то да она има своју алтернативу у јачању националне државе, притом не у усамљеној већ у кооперативној. “Ренационална” држава по правилу има али не испољава дефицит војне и политичке моћи, а економску моћ и даље увећава сарадњом са глобалним миљеом. Мађарска је избегла санкције господара Европе тако што је, пославши хиљаду својих војника у Авганистан, ушла под егидо САД и постала недодирљива.

Мигрантска криза показује да сукоб глобализације и нације до сад није донео апсолутну превагу ниједном полу, како националном, тако ни глобалном, а да миграциона збивања која га прате подразумевају корекцију неких глобалистичких идеја, рецимо оне „да су етничке везе осуђене да у процесу модернизације ишчезну“ (Путиња, Стреф-Фенар, 1997: 32).

За веровати је да ће релације националне државе и глобализације још врло дуго обележавати њихов паралелан ход уз нешто подметања ноге са обеју страна. У оној мери у којој успеју искористити оног другог за своје циљеве, напредоваће или назадоваће и нација и глобализација, али ниједна од њих неће победити. Овакве какве су сада оне и те како захтевају адаптацију времену будућем, које неће требати победнике већ далеко више умеће сваковрсног преживљавања.

## Литература

Бжежински, З. (2004). *Амерички избор: глобална доминација или глобално вођство*. Подгорица: ЦИД

Бжежински, З. (2001). *Велика шаховска табла*. Бања Лука: „Романов“

Интервју са митрополитом пергамским Јованом Зизјуласом поводом међународног симпозиона Епархије браничевске СПЦ. (фeбруар, 2005). *Искон*

Јеротић, В. (2000). *Вера и нација* Београд: Арс Libri

Кисинџер, Х. (1999). *Дипломатија I*. Београд: Верзалпрес

Kreile, M. (1999). Globalisierung und europäische Integration. У W. Merkel und A. Busch (Hrsg.), *Demokratie in Ost und West*. Frankfurt am Main: Suhrkamp

Нај, Џ. (2006). *Како разумевати међународне односе*. Београд

Osić, Č. (2016). Kriza smisla: Kraj rada ili novo ropstvo?, *Crimen*. 2(VII). 119–127

Parag, K. (2009). *The Second World: How Emerging Powers Are Redefining Global Competition In The Twenty-First Century*. London: Penguin Books

Путиња, Ф., Стреф-Фенар, Ж. (1997). *Теорије о етницитету*. Београд: Библиотека XX век

*Report of Congressional Research Service*. (2008)

Симеуновић, Д. (2014). *Нација и глобализација*. Београд: Просвета

Simeunović, D. (1995). *Le Nouvel Ordre Mondial l'Etat-Nation*. Paris – Guernes: Dialogue

Zürn, M. (1998). Schwarz-Rot-Grün-Braun: Reaktionsweisen auf Denationalisierung. У U. Beck (Hg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*. Frankfurt am Main

Cohen, D. (1998). *Fehldiagnose Globalisierung*, Frankfurt am Main

Friedrich, C. (1968). *Trends of Federalism in Theory and Practice*. New York

**Dragan Simeunović, PhD**

*Full Professor,*

*Faculty of Political Sciences, University of Belgrade*

**RELATIONS BETWEEN NATION-STATE AND  
GLOBALIZATION IN TIMES OF GREAT MIGRATIONS**

**Summary**

*Although the beginning of globalization announced the near end of the nation-state, its sovereignty and even of the nation as its bearer, it has never happened. More precisely, everything 'national' was the focal point and the vessel of the most persistent resistance to globalization. In consequence, globalization as a process was the most successful in the economic domain, much less in the political, and especially security domains. The era of great migrations, which we are witnessing right now, has brought a new, big and consequentially even less foreseeable challenge to globalization as a process, as well as to globalism as an ideology, and the "new world order" as a political and legal construction of the global system. It was actually the nation-states (the small as well as the biggest ones) that challenged global patterns from the shelter of EU and made a strong turn to national interests, the revival of national sovereignty and national values, even though it seemed only until recently that many of those "re-nation-states" were completely submerged into the European Union, as the supranational community and the community of non-national sovereignty. More and more obviously, migrations and various potential dangers they bring along are just a cause for reiterative restoration of the nation-state and its borders, not only on European soil but also in all areas affected by the migration flows.*

**Keywords:** *nation-state, sovereignty, globalization, migrations, EU, Europe.*

**Др Ирина Пејић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776035P

UDK: 342.4

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УНИФИЦИРАЊЕ УСТАВА У ГЛОБАЛНИМ РАЗМЕРАМА\*\***

**Апстракт:** Рад представља покушај да се пружи сажета анализа о томе у којој мери савремени уставни пресликани обрасци са преузетим основним начелима чија примена у различитим друштвеним срединама ствара услове за развитак особеног „политичког“ устава. Након начелног разматрања процеса унифицирања устава у глобалним размерама и фактора који утичу на то, у раду се разматрају примери успешне и мање успешне уставне праксе као израза глобализације у праву. Посебно се излаже о праву на људско достојанство као значајном достигнућу у процесу унифицирања и глобализације уставног права, док се као пример неуспешног утицаја наводи спровођење децентрализације и територијалне регионализације која, упркос својим теоријским предностима, у уставној пракси даје последице супротне очекиваним.

**Кључне речи:** Глобализација, устав, упоредно право, право на људско достојанство, децентрализација.

### **1. Увод**

Доношење првих устава и спровођење темељних уставних промена представљено је у теорији као иницијални чин уставотворне власти која функционално треба да оправда постојање националне заједнице и њеног идентитета. Међутим, у савременим условима глобализације традиционална функција устава задржана је само у процедуралном смислу. Уставотворац је задржао улогу *constituent power* која му је намењена само

\* irena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство за науку и технолошки развој РС у пројектном циклусу 2011–2017.

са разлогом да обезбеди нормативни оквир за функционисање државе. Супстанцијална страна уставног креирања правног поретка постепено се мењала, да би у условима „конституционализације“ међународног права и „глобализације“ међународног поретка она била значајно ослабљена. Изворна функција уставотворне власти садржана је у „креирању“ уставног поретка, што је престало да буде *in rerum natura* „уставотворства“ јер устав настаје „позајмљивањем“ правних решења која се сматрају провереним и прихватљивим тамо где дуги низ година постоји пракса њихове примене. Због тога се у упоредном уставном праву појавио израз „миграција уставних идеја“ (Choudhry, 2006; Schauer, 2005: 907), који би требало да објасни процесе у савременим државама приликом доношења нових устава. Могло би се говорити о два смера „миграције“: први, који се односи на поменути супстанцијалну страну уставотворне власти, која је сведена на преузимање правних принципа по принципу „шведског стола“, и други, према начину примене и тумачења уставних норми од стране редовних и уставног суда, који све више воде рачуна о искуству и судској пракси упоредних система. Становиште о „миграцији уставних идеја“ употпуњено је гледиштем да државе са изграђеним уставним идентитетом имају неупоредиво јаче бране у процесу „позајмљивања“ од оних које нису успеле да изграде свој уставни идентитет (Schauer, 2005: 907). У том смислу чини се да нормативно истраживање устава (конституција са великим почетним словом „У“) мора бити замењено истраживањем уставне праксе (конституција у стварности – са малим почетним словом „у“), (Law, Versteeg, 2011: 1169). Символично и на овај начин указује се на све већи степен функционалне ерозије уставотворне власти. Процес унифицирања у домену устава може имати своје предности, као када се ради о успостављању гаранција људских права, док се, са друге стране, јављају и мање успешни примери, односно када се „захтевани“ модели, као на пример децентрализација у вертикалној организацији власти, вештачки пресађују и изазивају последице у скали од очекиваних позитивних до нежељених.

## **2. Конституционализација у глобалним условима**

Токови модерног конституционализма значајно су допринели да се схвати значај устава као бране арбитрерној власти у државама које немају традицију у практиковању демократске уставности. Међутим, процес глобализације изазвао је праву збрку у теоријском поимању устава у системима који имају дугу традицију. Извор националног устава лежи у уставотворној власти која оличава и сједињава све оно што представља



историју и политичку традицију нације.<sup>1</sup> Отуда се отвара потреба преиспитивања класичне теорије о уставотворној власти као оригинерној власти која обезбеђује функционисање државе у границама права, а уз сагласност грађана као изворних носилаца власти. Овај проблем постаје очигледан у процесу глобализације међународног поретка у коме грађани, као носиоци власти, нису одобрили доношење одређених правила, а ипак су дужни да се њих придржавају. У том смислу, Ненад Димитријевић (2015: 230–231) отвара значајна питања о савременом конституционализму: прво, о потреби да се размотри и одбрани „државни конституционализам“, и друго, о потреби да се дискутује о „глобалном конституционализму“. Док се на првом нивоу захтева јачање „леgitимне супремације уставне демократије у држави у односу према својој територији и грађанству, као и учвршћивање позиције државе као главног актера међународног права“, дотле се други ниво преиспитивања односи на уставне институције и праксу супра-националних организација који нужно захтева и преиспитивање основних постулата демократије. У савременој конституционалној теорији појављује се нови аспект посматрања, тзв. конституционални плурализам који тражи преиспитивање традиционалних постулата, као што су сувереност и уставотворна власт. Једно од гледишта је и теорија дуализма у светском поретку (Cohen, 2012: 66–76) по којој се овај поредак састоји од међународне заједнице држава и глобалне политичке заједнице у којој људска права и глобалне институције утичу на право, политику и културу суверених држава. Ово гледиште о конституционализацији глобалних институција могло би се уклопити у оквир уставног плурализма.

У светлу уставне глобализације отвара се питање уставне легитимације и могућности да се моћ народа, традиционална *volonté générale*, спроведе у државама које више немају изгледа да саме одлучују о својим основним правним начелима и уставним вредностима. Једно је питање шта се дешава са уставотворном влашћу (*constituent power*) када она једнократно исцрпи свој потенцијал и донесе први или нови уставни акт државе, а друго је питање да ли иста власт губи свој легитимацијски основ јер је она на одређени начин отуђена од свог „чеда“, препуштајући уставним органима да тумаче правна начела и стварају тзв. живи устав? Дакле, овде се отвара потреба преиспитивања могућности уставотворне власти не само у иницијалној фази, приликом доношења првог устава, већ и њене моћи у условима када постоји глобални или интернационални

1 Као што је Ј. Хабермас објаснио, грађани нације често користе уставни дискурс као средство да „објасне начин на који они желе да разумеју сами себе као грађане специфичне републике, као становнике специфичне регије, као наследника специфичне културе, чију традиција они желе да наставе и коју они желе да прекину, и како они желе да се носе са својом историјом.“ (Према Choudhry, 1999: 822)

оквир који онемогућава креативну способност њене изворне функције. Иако су међународни извори у хијерархији извора уставног права испод устава (има примера да имају снагу уставног правила), они одређују законодавну политику и динамику законодавства, па чак могу ићи и мимо онога што је била изворна намера уставотворца. Може се десити да међународноправни извори, чак и кад то није формална уставна претпоставка, доведу до промене устава да би се законом могла уредити одређена област друштвених односа на глобално прихватљив начин. То се у великој мери коси са традиционалним гледиштем (Sieyès, 1789) да је свака нација потпуно ослобођена било каквих формалних стега у погледу успостављања свог правног поретка.

Социолошко гледиште о глобализацији и њеном утицају на право указује на глобализацију као последицу економске доминације великих сила (као, на пример, постојање агенција за помоћ великих система као што су САД, УК или Европска унија, затим приватне фондације, па чак и агенције Уједињених нација). Националним субјектима се препушта само да пронађу начин да примене оно што је циљ глобалних сила, при чему је потпуно изузета могућност да се одбрани посебност на периферији, односно на територији суверене државе. У поређењу са ером колонизације, могло би се рећи да утицај глобализације има сличне импликације на право. Тако је закон „представљен“ као сам по себи аутономан, универзалан, безличан, супериоран и преносив из система у систем (Halliday, Osinsky, 2006: 455). Као што је у доба просветитељства придржавање основних начела о приватној својини и слободи предузетништва, грађанским и политичким правима значило одраз модерности, тако се у доба глобализације очекује испуњење одређених правних принципа као одраз рационалности и могућности да држава постане део глобалне заједнице. Бројна истраживања, како правна тако и социолошка, указују на показатеље који би могли да обезбеде правну „трансплантацију“ из једног система у други: 1. уколико су одабрани модели добровољно преузети након подробног разматрања алтернативних решења, 2. уколико постоји сличност између правних система земаља које се угледају и „угледних“ примера, 3. уколико земља „домаћин“ сама тражи, а не намећу јој се решења, 4. ако су правни посредници довољно упознати са законом и могу да га прилагоде локалним условима, 5. ако постоји изграђена институционална структура која може да изнесе преузета решења, и 6. ако грађани имају неко искуство са применом правних принципа (Berkowitz, Pistor, Richard, 2003: 165–195). Уколико се занемаре ови услови, „трансплантација“ у праву неће имати успешан исход. На темељу ових истраживања, говори се о три таласа правне „трансплантације“. Први талас је настао као последица

империјализма и обухвата период од 1890. до 1914. године, када је у великој мери вршена рецепција француског и енглеског права у земљама Латинске Америке, Азије и Африке. Други талас је настао након Другог светског рата, када се нарочито истакао утицај САД, мада њихов правни образац није могао једноставно да буде преузет, па су се земље и даље ослањале на своје раније узоре. Трећи талас је последица слома реалсоцијализма и великог броја источноевропских и земаља бившег Совјетског Савеза које су пронашле своје узоре у западноевропском и америчком правном систему (Berkowitz, Pistoric, Richard, 2003: 165–166).

Нови уставни донети у ери глобализације постају једнообразни – изоморфни, што указује на глобални утицај демократизације, идеологије људских права и економског неолиберализма (Go, 2003: 71). Устави земаља у транзицији углавном су прављени „*a la carte*“, односно као оброк састављен од различитих јела, јер се правни механизми преузимају из других система не водећи рачуна да ли они могу да функционишу као целина у конкретном правном окружењу (Elster, 1992: 15). Преузимајући „проверена“ решења, а често и под утицајем „међународног“ фактора у конституционализацији поретка, уставни се граде од „идеалних“ нормативних конструкција којима се са аспекта правне теорије нема шта приговорити, осим што њима недостаје упориште у друштвеној стварности. Отуда се такви уставни не могу одбранити ни од мањих удара у политичком животу, а камоли од озбиљних економских и друштвених померања.

За правнике компарација међу уставима је углавном доктринарна и она се реализује упоређивањем текстова и писаних извора. Отуда и настаје проблем када треба компарирати “живи” устав, односно када треба сагледати његову примену, нарочито кроз праксу уставних и редовних судова. Како поједини аутори тврде, упоређивање је могуће само на микро плану, док се на макро плану компаративисти тешко одлучују на компарирање уставних чинилаца као што су уставна култура, уставне вредности, уставни морал и друго. Мора се признати да је упоредно истраживање добило нову димензију која је последица глобализације у свим друштвеним сферама, па и у области права. У том светлу постаје јасније колико је *common law* систем последњих година извршио утицај на структуру *civil law* система под окриљем судске праксе и створио услове за примену судског прецедента. У европском континенталном праву то је *explicite* учињено позивањем на одлуке Европског суда за људска права, што значи да судски прецедент улази непосредно у домен националног права. Због тога извори уставног права у својој класичној хијерархијској шеми задржавају претежно формално значење, док се судска пракса доживљава као суштински важан елемент креирања правног поретка.

Глобализација праксе у модерном конституционализму представља нову снагу са којом се мора рачунати приликом тумачења уставних норми. Могло би се наћи доста примера у којима судови користе компаративну јуриспруденцију приликом уставне интерпретације. То је у значајној мери видљиво у пракси уставних судова који су по природи ствари овлашћени на тумачење и интерпретацију уставних одредаба. У тзв. уставним споровима уставни судови у континенталном систему или редовни судови у англосаксонском систему имају задатак да легитимизирају акте које доносе политичке власти, законодавна и извршна. У том смислу може се преиспитивати легитимацијски оквир јавне власти и јустификација која се очекује од аката јавних власти (Choudhry, 1999: 819). На претходно се надовезује питање правичности у тумачењу уставних норми када се приликом интерпретације главна аргументација тражи у упоредним системима или упоредном праву. Ово питање је можда још и актуелније у системима са старим или „неписаним“ уставом где, на пример, историјско или оригинерно тумачење (једно од оних које примењују америчке судије) има своју сврху уколико се након доношења устава и протеча одређеног времена, поред изворних циљева уставотворца, као основа за тумачење узимају добра искуства из других уставних система (Choudhry, 1999: 822).

Дакле, утицај глобализације у домену уставног права може бити посматран кроз призму деловања политичких власти, законодавне и извршне, као и кроз призму тумачења права од стране судске власти. На терену законодавне власти приликом остваривања тзв. законодавне политике постало је очигледно угледање на „трендове“ у спровођењу одређених уставноправних начела. То је јасно испољено у процесу децентрализације и регионализације, што се сматра последицом унифицирања устава у глобалним размерама и испуњавања одређених политичких захтева без обзира на друштвене услове у којима је то (не)спроводиво. Са друге стране, у процесу унифицирања устава у другој половини двадесетог века несумњиво је правно достигнуће проглашење права на људско достојанство и успостављени систем заштите права у националним и међународним размерама који је развијен под утицајем доктрине о људским правима.

### **3. Право на људско достојанство – позитиван пример унифицирања**

У грађанским уставима донетим после Другог светског рата, као и у међународним изворима људских права, на примарном месту у систематизацији личних права која имају обележје «одбрамбених» права нашло се људско достојанство. Оно је обезбедило позицију не само «новог» субјективног права, већ и квалитет општег начела правне државе. Људско до-

стојанство је установљено као мерило и вредност поретка људских права у уставној држави. Право човека на неприкосновеност достојанства, као основно лично право, и гаранције «људског достојанства», као уставни принцип, уклопљени су у савремени концепт уставне државе која почива на принципима владавине права. Уставне гаранције неприкосновености људског достојанства отвориле су питање односа државе према појединцу и значаја права негативног статуса (*status negativus*) за функционисање правне државе.

У историјском развоју грађанске државе на место традиционалне доктрине о „природним правима“, која је доминирала у процесу њихове конституционализације, ступила је идеја о „људским правима“ која представља израз интернационализације основних права у савременој уставној држави. Данас су људска права оно што су под тим појмом подразумевали класици конституционализма, када су користили израз „природна права“. Као и природна права, тако се и људска права „морају извести из природног стања (тј. из потребе и способности) људи као таквих, било онаких какви су данас или онаких какви су у стању да постану“ (*C. B. Macpherson*), (*Cranston*, 1991: 34). Осим значаја људских права у националном поретку као претпоставке правне државе и као темеља уставне демократије, људска права се сматрају зачетком процеса „интернационализације“ демократије.

Упоредо са развојем уставне државе и процесом интернационализације, мењао се начин дефинисања природе „људских“ права. Природа људских права не одређује се више примарно кроз њихов појам, који је данас готово неспоран, већ кроз дејство људских права, које захтева активну улогу државе у стварању правног и политичког амбијента за остваривање гарантованих права. Непосредна примена уставних норми о људским правима, односно директно дејство људских права, уставни је принцип који је настао у новије доба. Послератни грађански устави (Немачка, Италија, Шпанија, а од 70-их година и Француска) установили су правило о „директном дејству“ људских права, које захтева уставнојудску заштиту уставом гарантованих права и слобода грађана (*Sweet*, 2004: 93). Има мишљења да се нормама о људским правима мора дати супрапозитивна снага, која произилази из њиховог својства „природног права“ које је старије не само од државе, већ и од самог консензуса слободних грађана на коме се темељи устав (*Neuman*, 2002/2003: 1868).

Концепт „људског достојанства“, као фундаментално правило људских права и основа уставних слобода, правно је формулисан у чл. 1 Универзалне декларације о људским правима (1948): „Сва људска бића рађају

се слободна и једнака у достојанству и правима.<sup>2</sup> Међутим, прави извор интернационализације „људског достојанства“, као посебне вредности националног и међународног правног поретка, налази се у Повељи Уједињених нација (1945) која је у својој преамбули позвала на васпостављање „вере у основна права човека, у достојанство и вредности људске личности ...“.<sup>3</sup> Мада се прве уставне гаранције достојанства могу наћи у неким уставима с почетка двадесетог века,<sup>4</sup> процес конституционализације људског достојанства као основног права и примарне вредности у правној држави започео је после Другог светског рата. Први европски устав који је отворио пут конституционализацији људског достојанства, био је немачки устав – Основни закон Савезне Републике Немачке (1949). У првом члану Основног закона наводи се да је људско достојанство вредност демократског и социјалног поретка Немачке. Сличну правну формулацију садрже устави Шпаније (1978) и Португала (1976), док италијански Устав (1947) то чини подвлачећи истовремено значај „социјалног“ и „људског“ достојанства.<sup>5</sup> Заједничко овим грађанским уставима је да су донети у два таласа демократизације после Другог светског рата, након периода диктаторских режима у којима су страдала првенствено људска права, као и да су то уставни документи на које су утицали спољни чиниоци уклапајући их у токове нове интернационалне заједнице.

У источноевропским уставима постсоцијалистичких земаља људско достојанство је заштићено као вредност уставног система, истичући то у самој преамбули устава (Устав Бугарске, 1991) или је ова вредност проглашена на самом почетку нормативног дела устава приликом дефинисања принципа на којима почива уставни поредак (чл. 1 Устава Румуније, 1991). Неприкосновеност људског достојанства представља мерило у гарантовању принципа једнакости грађана (чл. 12 Устава Словачке, 1992, Повеља о људским правима и слободама Чешке, 1993) или је дефинисано као природни и правни извор свих људских права (чл. 30 Устава Пољске, 1997). Устав Руске Федерације обавезује државу да штити људско достојанство и не сме чинити ништа што би га угрозило (чл. 21 Устава Русије, 1993).

2 Усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 10. децембра 1948. године (*Universal Declaration of Human Rights*).

3 Усвојена 26. јуна 1945. године, а ступила на снагу 24. октобра 1945. године (*The Charter of the United Nations*).

4 Под утицајем нових идеја о социјалној правди или под окриљем ставова доминантне религије (као што је то био случај у католичким земљама), неки уставни донети на почетку 20. века гарантовали су директно или индиректно човеку право на достојан живот (Вајмарски устав 1919, Устав Финске 1919, Устав Ирске 1937).

5 Чл. 1 Основног закона Немачке, чл. 10 Устава Шпаније, чл. 1 Устава Португала, чл. 41 Устава Италије.

Тиме се упућује да право на људско достојанство спада у групу права негативног статуса која су апсолутно заштићена, а дужност је државе да се уздржава од радњи којима може нарушити индивидуалну сферу слобода и права грађана. У новом мађарском Уставу (проглашен 25. 04. 2011. године, ступио на снагу 01. 01. 2012. године), људско достојанство је основна вредност на коју се позива у уставној преамбули, као и у одељку о људским правима. Међутим, појам „људског“ у правној категорији „достојанства“ обухвата и фетус од његовог зачећа, па је тако мађарски Устав, иако један од најмлађих европских устава, унео конфузију у правном тумачењу права на превремену прекид трудноће.

Погрешно би било задржати се на пуком побрајању уставних норми које гарантују неприкосновеност људског достојанства као основно људско право. Као универзална вредност уставног поретка, људско достојанство представља резон и мерило тумачења свих уставних норми, како оних којима се гарантују људска права, тако и оних којима се уређује систем власти у држави. За већину правника концепт „људског достојанства“ фундиран је на свеукупности уставних гаранција основних права и слобода, мада је он истовремено претпоставка и услов њиховог остваривања. Зато се може рећи да достојанство човека одређује „садржај, ширину и границе свих других права“ (G. Dürig, наведено према Bognetti, 2005: 90), односно да оно представља апсолутну вредност у релативном окружењу правних правила којима је профилисан уставни поредак. Достојанство човека поставља границе деловања и начин поступања институција које могу на било који начин да повреду физичке или менталне слободе појединца. Са друге стране, у односима између субјеката права достојанство је основни принцип који представља правичну и крајњу границу у уживању индивидуалних права и слобода (Bognetti, 2005: 91).

Иако се у уставној класификацији право на достојанство може сврстати у основна лична права, ово право има јаку социјалну димензију, можда и више од осталих уставом гарантованих права. На ову особеност личних права указао је још у 17. веку Томас Хобс (1991: 66), који је достојанство посматрао као «јавно добро човека», које треба да буде заштићено «у» заједници и «од» заједнице. Социјални аспект права на достојанство произилази из «способности појединца да живи пристojно (долично) у друштву».

Ретроспективни поглед на уставно нормирање и уставносудску заштиту људског достојанства указује да је напор био усмерен на јачање ове универзалне вредности кроз заштиту основних права, постављајући истовремено стандард у остваривању индивидуалних права. У исто време, развијена је садржина и значење генералних уставних принципа, који су

успостављени као основне вредности после Другог светског рата. Први кораци начињени су у пракси уставних судова после „слома“ људских права у Другом светском рату. То је утицало на имплементацију нових правила, и то најпре у области кривичног права, којима је заштићено људско достојанство. Уследило је екстензивно тумачење уставних принципа у области социјалног система, којима је држава преузела одговорност за заштиту „социјалног достојанства“ својих грађана (на пример, гарантовањем права на пристојно становање). У новије доба, људско достојанство добија нову димензију кроз заштиту права у области генетског инжињеринга.

#### **4. Регионализација у сувереним државама – слабости унифицирања устава**

У новије време принцип децентрализације и процес регионализације често добијају предзнак „модерна идеја нашег доба“ (Hutchcroft, 2001: 23). Талас политичке и административне децентрализације захватио је велики број земаља света у другој половини двадесетог века.<sup>6</sup> Идеја децентрализације развијена је у неколико праваца у различитим уставним и политичким системима. Тешко је утврдити јединствени модел децентрализације, а још теже издвојити најбоље елементе модела који би били одговарајући за све уставне системе. Ово је посебно важно за земље које су после раскида са социјализмом увеле модел грађанске демократије и истовремено отпочеле процес европске интеграције. Процес децентрализације власти, односно преношење одређених надлежности са централних на ниже територијалне ауторитете, постао је један од важних услова демократизације, али се проблем отворио на нивоу утврђивања ширине и начина преношења овлашћења централне власти на ниже нивое одлучивања.

Европска унија охрабрује и подржава процесе регионализације не само у државама чланицама, већ и у осталим европским државама.<sup>7</sup> Једна од теорија о настанку и развоју европске интеграције после Другог светског рата заснована је на идејама регионализације и глобализације, које су имале за исход настанак Европске заједнице и потом Уније. Регионализам у смислу окупљања географски упућених земаља користи се као израз

---

<sup>6</sup> У једној студији Светске банке наводи се податак да је 63 од укупно 75 земаља у свету са преко пет милиона становника, а које су сврстане у земље у развоју и транзицији, извршило значајну децентрализацију преносећи политичку власт са централних власти на локалне ауторитете. (Hutchcroft, 2001: 23)

<sup>7</sup> То је јасно изражено у политици ЕЗ од установљавања Фонда за европски регионални развој 1975. године.



консолидације и обједињавања различитих економских аранжмана касних 80-их година прошлог века.<sup>8</sup> Појам Европа-региона добија све више на економском и политичком значају, јер регионално повезивање обезбеђује непосредну сарадњу и креирање политике од стране грађана и европске администрације. То не умањује утицај државних ауторитета, али грађанима европских земаља пружа могућност да изразе своје потребе и развију свест о припадности, нарочито у оквиру Уније. Јачање демократске репрезентације и институционалног капацитета на нивоу региона одговара основним циљевима Европске уније. Територијална организација заснована на регионализацији у државама чланицама обезбеђује „имплементацију европског принципа супсидијарности“ и преко регионалних ауторитета омогућава учешће у „партнерској“ одговорности за развој и имплементацију регионалне политике (Legendijk, 2003: 4).

Државе источне Европе нашле су се деведесетих година прошлог века у процесу грађанске конституционализације. Један од показатеља демократизације представљао је и ниво развијености нижих ауторитета и њихов однос према централним државним органима. У процесу демократске транзиције централна власт је преузела иницијативу и старање о питањима у домену националне политике. Међутим, ако политика делује глобално, последице овог развоја испољавају се локално и погађају грађане директно. Ту је настао значајан судар између централне и локалних власти. Систем локалне самоуправе у доба социјалистичке уставности био је директно под утицајем централних партијских органа и лојалност према централној власти никада није доведена у питање. Урушавањем овог система нестао је привид склада и организованости, јер су компетиција и утакмица постали релевантни на свим нивоима организовања ауторитета, од локалних до централних. Велики број посткомунистичких земаља окренуо се новим принципима територијалног организовања, а све инспирисане жељом за улазак у Европску унију. У процесу прикључења Унији источноевропске државе имале су пред собом задатак да изврше структурне промене у области територијалне организације државе (Keating & Hughes, 2003: 89–105). Оне су предузеле кораке у нормативној сфери, претежно у оквиру постојећих устава донетих у последњој деценији прошлог века, а данас су ови региони видљиви на мапи Европе и активни на европској економској сцени.

---

8 Претечу институционализованог регионалног повезивања у Европској унији представља Скупштина европских региона као облик повезивања географских региона лоцираних у Европи, док је половином деведесетих година образован Конгрес општина и региона у чији састав улазе локална и регионална представништва држава чланица Савета Европе. (Rosamond, 2000: 179)

Први кораци које су источноевропске државе предузеле почетком деведесетих година произашли су из два захтева. Прво, почетак реконструкције уставног система и успостављање основних принципа грађанске демократије у области људских права, организације власти и демократизације, као и реконструкција принципа локалне самоуправе и територијалног уређења по узору на западноевропске системе. Друго, процес интеграције и улазаку токове прикључења Унији обухватио је процес установљавања и организовања регионалних јединица и унапређења локалне самоуправе (Marcou, 2002: 13). Ипак, требало би уважити значајну чињеницу да Европска унија има ширу и утицајнију моћ у погледу земаља које се налазе у поступку придруживања него што је то случај са земљама које су већ интегрисане. Наиме, питање унутрашње територијалне организације и децентрализације државе спада у област државног суверенитета и о томе све државе чланице самостално одлучују у складу са својим уставним одредбама. Старе државе чланице су у одређеној мери ово питање већ уредиле, док су државе које се налазе у поступку преговарања и приступања под јачим утицајем европских власти и европске политике у погледу структурирања и примене принципа децентрализације. Треба узети у обзир и чињеницу да се процесом придруживања Европској унији очекују највеће промене управо на нивоу регионалних власти које ће бити субјекат дубоких промена, а њихов уставни статус је мање консолидован него у старим државама чланицама (Brusis, 2003: 89–105).

Не само да процес интеграције нових држава у Европску унију претпоставља децентрализацију као један од основних услова, већ и обрнуто, ефекти европске интеграције могу се видети управо на нивоу територијалних (регионалних) и локалних јединица (Hughes, Sasse & Gordon, 2002: 1–3). Оно што би били претпостављени ефекти од придруживања Унији, а који би се директно одразили на ниво локалних и регионалних власти су следећи: 1) суштинска корист од европских структурних фондова и 2) значајна промена односа централних власти према локалним и регионалним ауторитетима у погледу прерасподеле трошкова и средстава. Европска унија је у процесу проширивања заинтересована за комуникацију са нижим ауторитетима, локалним и регионалним, зато што се очекује да ће они значајно утицати на образовање и профилисање јавног мњења. Томе треба додати да се на овај начин утиче на очекивану референдумску подршку приликом интеграције и прихватања основних правила Уније.

Упркос покушају унифицирања, може се уочити велика разлика у степену децентрализације унутар Европске уније, што указује да у овој области не постоји јединствени модел за све државе. Са једне стране налазе се државе које имају федерални систем (Аустрија, Немачка, Белгија), затим

државе са високим степеном децентрализације (Шпанија, Италија, Уједињено Краљевство) и државе које су задржале централизован модел (Француска, Ирска). Принцип супсидијарности и формирање Комитета региона у Савету Европе имају велики утицај на развој и повећање значаја регионалних власти у Европи. Још увек се, међутим, не може говорити о јединственом “европском калупу” регионалне организације како у државама чланицама, тако и у државама које се кандидују. Зато су модели децентрализације у новим чланицама отворени за дискусију, при чему се полази од специфичних историјских, политичких, економских и других околности које стварају услове за увођење тзв. међунивоа власти и ауторитета у држави (Hughes, Sasse & Gordon, 2002: 1–3).

## 5. Закључак

Последица процеса глобализације у домену уставотворне власти је преузимање постојећих образаца без обзира на конкретне услове и друштвени амбијент у коме уставне институције треба да функционишу. Утолико се проблем глобализације у домену разматрања уставног права на темељу нормативног оквира више не може третирати само компаративно, упоређивањем уставних текстова, већ и на основу уставног практиковања одређених правних начела, као и правила политичке игре која диктирају носиоци политичких процеса.

Један од позитивних примера унифицирања устава донетих после Другог светског рата, као и у међународним изворима људских права, је то што се на примарном месту у систематизацији личних права, која имају обележје «одбрамбених» права, нашло људско достојанство. Оно је обезбедило позицију не само «новог» субјективног права, већ и квалитет општег начела правне државе. Људско достојанство је установљено као мерило и вредност поретка људских права у уставној држави. Право човека на неприкосновеност достојанства, као основно лично право, и гаранције «људског достојанства», као уставни принцип, уклопљени су у савремени концепт уставне државе која почива на принципима владавине права. Уставне гаранције неприкосновености људског достојанства отвориле су питање односа државе према појединцу и, у том контексту, преиспитивање значаја права негативног статуса (*status negativus*) за функционисање правне државе. Минимална садржина ове уставне вредности обухвата три елемента: прво, право сваког да ужива гаранције као људско биће; друго, да ова суштинска вредност човека буде поштована од других, једнаких чланова заједнице; и треће, да ова вредност буде заштићена «од» државе, тј. од сваког мешања или ограничавања од стране носилаца власти.

Са друге стране, процеси интернационализације и глобализације довели су до нових форми „притисака“ на уставотворну власт у погледу државног уређења, односно профилисања вертикалне организације власти. Тако је начело децентрализације „преплавило“ већину европских држава након Другог светског рата, што је подразумевало преношење овлашћења централне власти, у већем или мањем обиму, на ниже нивое одлучивања. Међутим, у процесу практиковања овог уставног начела отвориле су се „замке“ децентрализације које су захватиле и земље са дугом традицијом у грађанској уставности и примени принципа правне државе. У савременој литератури постоји мноштво аргумената у корист децентрализације, што се често правда крунским доказом, тј. потребом уласка у систем Европске уније. Међутим, „замке“ децентрализације су јасне и оне се огледају у томе што уставни системи који нису „зрели“ у свим сегментима демократизације могу имати проблем у погледу слабљења ионако крхких уставних институција и њиховог капацитета власти на нижим нивоима организовања. Осим тога, утврђивање оптималне величине јединица територијалне аутономије може слабити очекивани економски учинак, нарочито у односу на постојећу структуру и мрежу локалне самоуправе.

## Литература

Berkowitz, D., Pistorc, K., Richard, J.F. (2003). "Economic development, legality, and the transplant effect". *European Economic Review*. 47. 165–195.

Bognetti, G. (2005). "The concept of human dignity in European and US constitutionalism". In G.Nolte, (ed.) *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 85–107.

Brusis, M. (2005). "The Instrumental Use of European Union Conditionality: Regionalization in the Czech Republic and Slovakia". *East European Politics and Societies*. Vol. 19. No. 2. 291–316.

Go, J. (2003). „A Globalizing Constitutionalism? - Views from the Postcolony, 1945-2000“. *International Sociology*. Vol. 18. No. 1. 71–96.

Dimitrijević, N. (2015). „Constitutional theory in times of crisis: Power, law and morality“. *Philosophy and Social Criticism*. 42(3). 227–245.

Elster, J. (1992). „Making sense of constitution-making“. *East European Constitutional Review*. Vol. 1. No. 1. 15–17.

Keating, M., Hughes, J. (eds). (2003). *The Regional Challenge in Central and Eastern Europe, Territorial Restructuring European Integration*. Paris: Presses interuniversitaires européennes.

- Law, D. S., Versteeg, M. (2011). "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism". *California Law Review*. No. 99. 1163–1258.
- Legendijk, A., "Regionalisation in Europe. Stories, institutions and boundaries". In H. V. Houtum, O. Kramsh, W. Zierhofer (eds.). *Bordering Space*. Ashgate. 77–92.
- Marcou, G. (2002). *Regionalization for Development and Accession to the European Union: a Comparative Perspective*. Budapest. Local Government and Public Service Reform Initiative.
- Neuman, G. L. (2002/2003). "Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance". *Stanford Law Review*. Vol. 55. 1863–1900.
- Rosamond, B. (2000). *Theories of European Integration*. New York: Palgrave.
- Sieyès, E. J. (1789). *What is the Third Estate?* (<http://pages.uoregon.edu/dlubke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>)
- Schauer, F. (2005). "On the Migration of Constitutional Ideas". *Constitutional Law Review*. No. 37. pp. 907–919.
- Sweet, A.S. (2004). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford Scholarship Online.
- Halliday, T.C., Osinsky, P. (2006). „Globalization of Law“. *Annual Review of Sociology*. Vol. 32. 447–470.
- Hobs, T. (1991). *Levijatan*, Niš; Gradina.
- Hutchcroft, P.D. (2001). "Centralization and Decentralization in Administration and Politics: Assessing Territorial Dimensions of Authority and Power". *Governance: An International Journal of Policy and Administration*. Vol. 14. No. 1. 23–53.
- Hughes, J., Sasse, G., Gordon, C. (2002). "The Ambivalence of Conditionality: Europeanization and Regionalization in Central and Eastern Europe". *ECPR Joint Sessions Turin*, London School of Economics, European Institute and Department of Government.
- Cohen, J. L. (2012). *Globalization and sovereignty – Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*. Cambridge University Press.
- Cranston, M. (1991). „У чему се састоје људска права“. у В. Василијевић (ур). *Права човека – Зборник докумената о правима човека*. Београд: Прометеј.
- Choudhry, S. (ed.). (2006). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press.
- Choudhry, S. (1999). "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*. No. 74. 820–892.

**Irena Pejić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **CONSTITUTIONAL UNIFICATION ON THE GLOBAL SCALE**

### **Summary**

*In constitutional theory, the adoption of the first constitutions or the implementation of radical constitutional changes is qualified as the initial act of confirming the constituent power, which shall functionally justify the existence of the national community and its identity. However, as a result of globalization, this function of the constitution may be retained only in procedural terms, which implies that the constituent power “plays” the intended role only formally in order to stabilize and strengthen the regulatory framework for the operation of the state and the exercise of its sovereignty. On the other hand, the substantive aspect of constitutional creation of the legal order has been weakening for years and has almost disappeared in the conditions of constitutionalization of international law and globalization of international legal order. Namely, as the constitution-makers are unable to exercise their original “constitutional design” function of “creating” the constitutional order, they have to resort to “borrowing” the constitutional solutions that are considered to be acceptable and proven in practice. In comparative constitutional law, Frederick Schauer uses the new term “migration of constitutional ideas” as an attempt to explain (in milder terms) what has been happening in countries that have experienced a complete constitutional revision.*

*The substantive aspect of the constituent power has been reduced to the level of borrowing legal principles from the “buffet”, although it also does not entail/imply full freedom of choice; namely, the “menu” is limited depending on the position of the specific state in international relations (e.g. the state’s position in the European integration process). Therefore, it seems that the normative analysis of the Constitution (with a capital letter “C”) must be replaced by the analysis of the constitutional practice (constitution in reality - with a small letter “c”), given the fact that in the course of its development the constitutional order has spun out of control of constitution-makers and is now operating as the so-called “living constitution”. It all points to a significant erosion of the traditional constituent power, if not in its entirety, then at least in terms of some of its functions.*

**Keywords:** *Constitution, globalization, comparative constitutional law.*

**Др Радомир В. Лукић\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776051L

UDK: 342.22

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **НАЦИОНАЛНО ПРАВО И ГЛОБАЛИЗАЦИЈА\*\***

**Апстракт:** У раду се испитују међусобне везе глобализације, државе и националног права, са циљем да се одговори на питање каква судбина чека национално право у ери глобализације. Полази се од претпоставке да судбина националног права зависи од судбине националне државе. Ако национална држава слаби и „изумире“, иста судбина чека и национално право. Пошто је глобализација процес без јасног концепта и крајњег циља, национална држава, национално право имају будућност, као и до сада. Могућности за стварање светске власти, светске државе и глобалног права као система универзалних норми за сада нису велике. Исто вреди и за могућност да добровољним консензусом држава буде створен униформни и универзални систем правни норми за цели свет. Но, то не значи да до конвергенције међу националним правним системима или појединим њиховим правним гранама неће долазити.

**Кључне речи:** глобализација, национална држава, национално право, глобализација права, рецепција права, правни трансплантни.

---

\* radomir.v.lukic@pravni.ues.rs.ba

\*\* Одабрани наслов прилога могао је да гласи и нешто другачије да је синтагма „национално право“ замењена неком другом, подједнако легитимном синтагмом, која би заобилазла атрибутивни префикс „национално“ и да је употребљен други префикс са истим значењем, као, на пример, префикс „унутрашње“, „интерно“, „локално“, „муниципално“ итд. Међутим, одлучио сам се за означени префикс некако по инерцији навикнутог коришћења, без свесног или подсвесног оријентисања на евентуални одлучујући значај одабраног атрибутивног префикса „национално“ и његово готово уобичајно и подразумевано значење, које првенствено упућује на судбоносну везу између нације и државе, те националне државе и њеног права. Мада, са друге стране, овај префикс више него други наведени одговара појму глобализације као њему контраран појам.

## 1. Увод

Већ релативно дуго, термини и речи, термини (и појмови) светски систем, глобализација, глобализам, мондијализација, интернационализација, транснационализација, денационализација, наднационализација, дерегулација, десуверенизација и детериторијализација, у односу и вези са терминима и појмовима националног права, међународног права, транснационалног права и наднационалног права, предмет су сталног интересовања разних друштвених наука. Интересовања се испољавају у широком распону од социјалне футурологије, преко геополитике, све до покушаја озбиљнијег и утемељенијег научног проучавања промена које су наступиле и које ускоро реално могу да се очекују у постојећем поретку светског друштва држава, али и у националној држави.

Међу бројним питањима која се у оваквом окружењу веома често постављају су и питања о томе како глобализација може да утиче на природу права, основ његове обавезности и основ његовог важења, његову садржину, тј. правне институте и правну технику, па тиме и на судбину националног права, у свим видовима и облицима таквог утицаја, и да ли глобализација у свом коначном исходу може да доведе до нестанка националног права и замени га неким универзалним „глобалним“ правом. И, уопште, а више од претходног, може ли глобализација да донесе неку капиталну, епохалну и до сада невиђену промену у општем концепту права, основу његовог важења и основу његове обавезности, правним институтима јавног права и приватног права и односу према моралу. Списак могућих озбиљних и важних питања није ни издалека исцрпљен овим која су постављена у горњим редовима, а ни сам рад неће се бавити свим тим питањима.

У изузетно нараслој литератури о односу глобализације и права значајно место заузимају радови који су посвећени питању судбине националног права (и националне државе) у ери глобализације. Овим скромним радом придружујемо се онима који су покушали да дају делимичне и ограничене увиде у горње питање. Поглед који се нуди у овом раду далеко је од обухватног, целовитог и довршеног, јер глобализација права је вишедимензионалан и комплексан процес.

Наслов рада не упућује прецизно на његову садржину, на неки начин је прешироко. Иза њега се налази скроман покушај да се сагледа однос онога што се под глобализацијом подразумева према националном праву кога ствара национална држава, па одатле и однос глобализације према националној држави.



## 2. Глобализација

Сваки говор о судбини националног (унутрашњег, муниципалног, локалног) права у временима глобализације свакако захтева претходно опредељење у односу на саму глобализацију, тј. њено (појмовно) одређење. Од тога шта се подразумева под термином и речју глобализација увелико зависе и могући одговори на питање какву судбину очекује национално право у таквом глобалном и глобализацијском окружењу.

Међутим, у том погледу ситуација није сјајна, једнозначна и монолитна. Заправо, на делу је све супротно томе. Као, уосталом, и у бројним другим питањима и са бројним другим појмовима који се на овај или онај начин везују за промене, развој, прогрес, регрес и сличне садржајно-временско-просторне концепте. У погледу глобализације постоје многи неспоразуми, разлике, концепцијски сукоби и неразумевања. Она почињу од питања да ли је (данашња) глобализација нова историјска појава, или је она на, другачији начин поновљена, историји већ позната појава, преко питања да ли се она односи само на промене заиста глобалног домета или и на све регионалне, наднационалне и субнационалне промене које доводе у питање концепт, функције и улогу националне државе, па све до њеног садржајног, временског и просторног одређивања. У складу са тим постоје и многи (прилично различити) одговори на ова и (бројна) друга, овде неизречена, али веома важна питања. Свакако да рад овог обима и основног предмета, који се тиче будућности националног права у процесу глобализације, није најпогодније место за иоле обухватније анализирање постојећих одређења (и дефиниција) глобализације, због чега се, у сврху расправе о основном предмету овог рада, дају само њихове благе контуре, односно недовољно омеђене силуете те проблематике.

Реч глобализација је први употребио и њен концепт први развио Роналд Робертсон у два своја рада, једном из 1966. и другом из 1968. године (Милардовић, Њавро, 1999: 9). Иако многи сматрају да је глобализација настала тек у другој половини двадесетог века, као (готово „природан“) последични производ неслућених техничких и технолошких промена, које су „сабиле“ (и смањиле) време и простор, и као јединствен, непоновљив, неизбежан и незаустављив историјски процес, постоје основани и добро аргументовани ставови о томе да је, заправо, данас на делу већ друга, трећа, односно четврта по реду глобализација, пошто су претходне две, односно три (зависно од аутора који се баве овим проблемом) остварене у 14, 18. и 19. веку (Сантос, 2002: 16; Mark, 2001: 177; Kennedy, 2006: 19). Садашњи талас глобализације се код већине аутора разликује од претходна два, односно три таласа незабележеним сабијањем (компресијом) времена

и простора који допушта да се и без физичког присуства у неком делу света на њега утиче од субјекта који је физички веома удаљен, због чега је данашња глобализација „неумољива интеграција тржишта, националних држава и технологија у степену који до сада није виђен“ (цитирано према Mark, 2001: 1177). Неки разлику треће (четврте) глобализације у односу на прве две/три налазе само у томе што је текућа трећа, односно четврта глобализација у свему или највише „америчка глобализација“, док претходне две, односно три то нису биле, па је, према тим схватањима, садашњи „талас глобализације“ у ствари „американизација света“ (Mattei, 2003: 383–384; Twinig, 2000: 4; Nader 1998: 751, 754; Shapiro, 1993: 47–48, 61–64).

Под (општим појмом) глобализације у литератури постоје различита одређења садржаја и обима овог појма, од којих нека међусобно кореспондирају, док са другима то није случај. Разликовање је у тој мери велико да логички можемо да говоримо о терминолошкој збрци, а језички о појави синонимије у речи „глобализација“.

Наиме, неки аутори под глобализацијом подразумевају тек, односно само односе међузависности и међусобних утицаја, тј. као „процес растуће повезаности међу друштвима тако да догађаји у једном делу света имају све више и више утицаја на веома удаљене људе и друштва“ (Smith, 2005: 8; Гиденс, 2001: 59).

До таквог, у досадашњој људској историји незабележеног, раста међусобног утицаја друштава и њихових националних држава долази, пре свега, због веома великог броја формалних (и формализованих), као и неформалних транснационалних акција различитих државних и недржавних актера, које превазилазе границе националних држава и немогућности националних држава да контролишу и усмеравају све такве транснационалне акције и подвргну их свом властитом правном режиму. Међусобни утицај друштава и националних држава знатно се повећава ширењем економског, политичког и културног либерализма, који се појављује у облику (правне) дерегулације, односно као препуштање великог, па и претежног броја тих односа слободном уређивању од стране њихових учесника, појединаца и њихових удружења, невладиних организација пре свих других, у облику привредних друштава и грађанских националних и међународних невладиних организација. Овакав став води и ка посебном просторном и структурном обухвату процеса који се подводе под процесе глобализације, па се под њима подразумева сваки процес који просторно и структурно надраста, надилази и прераста границе и поредак националне државе, због чега се у садржај појма глобализације уврштавају и процеси

интернационалног (у смислу вестфалског међународног поретка), супранационалног, регионалног и дијаспорног (углавном у смислу економске и политичке миграције) домета. По њима, у текућем времену, огромна већина процеса који надрастају границе националне државе одвија се управо на тим равнима, укључујући и субнационалну раван, посебно у контексту међународне сарадње субнационалних јединца (Twining, 2009: 4).

Други у глобализацији виде процес који већ сигурно води ка успостављању једног јединственог (светског) поретка због ширења глобалних проблема и глобалних потреба које националне државе као такве не могу да решавају саме, без једног транснационалног поретка, чије је скоро будуће обликовање већ сасвим извесно. Данашњи проблеми који захтевају глобално решавање су еколошки (планетарни) проблеми, светско тржиште, заштита од геноцида и других злочина против човечности и међународног мира, миграције људи, трговина људима, накнада деликтне штете у транснационалним правним односима и тероризам. Трећи у глобализацији виде чак и сам такав (већ) установљени глобални (светски) поредак или барем његове основе, на којима ће се градити целовита институционализација глобалног поретка. Овакво поимање глобализације подразумева глобализацију у буквалном смислу те речи, као процес који буквално захвата „свет ако целину“, као једно, који, дакле, не заобилази ниједан њен део, већ у сваком њеном углу производи исте последице и подлеже истом режиму.

Са доста разлога може да се закључи да је глобализација вишестран процес који (још увек) није постао учвршћен поредак. Она је, такође, још увек, неразговоран и недовољно јасан концепт, и поред тога што је широко третирана и чак у свакодневном говору скоро незаобилазна. Она још увек остаје недовољно откривен и обликован процес и недовољно промишљен и недовршен концепт. Одатле, о постојању неког општеприхваћеног плана и концепта глобализације, дакако, још увек не може ни да се говори.

Међутим, и поред тога, постоји потреба да се процеси, облици, садржаји и последице све веће сарадње држава и недржавних актера и њихових транснационалних веза и односа објективно утврђују и критички промишљају, пошто је очигледно да ти процеси постоје, као и глобални проблеми за чије је решавање нужна сарадња свих постојећих држава.

О глобализацији постоје и међусобно супротстављени ставови у новијој литератури, што је у вези са односом разних аутора према глобализацији и њеним вредностима, које Д. Хелд дели на хиперглобалисте, трансформационисте и скептике (McGrew, Goldblatt, Perraton, 1999: 3–11).

Доста грубо поједностављујући помену те разлике међу присталицама та три односа према глобализацији, могло би да се каже да хиперглобалисти негују дискурс о глобализацији који у глобализацији види либерализацију и глобалну интеграцију тржишта са правом које га регулише, као природним правом, неизбежан и неповратан (иреверзибилан) процес промена досадашњег света, „природан развој“ за који човек није уопште одговоран (јер је настао без човекове воље и његовог деловања), којим човек не може да управља (пошто се ради о „неуправљивом“, „природном“ процесу), корист за свакога у/на свету и прогресивно ширење либералне демократије у свету.

Скептици сматрају да је то поглед на глобализационе процесе одозго и управо у тим (и још неким) елементима глобалистичког дискурса виде, заправо, елементе идеологије, а не научног односа према феномену све веће сарадње и међуделовања данашњих људи, држава и недржавних субјеката (Steger 2002: 67–68).

Критике које се упућују постојећим концептима и пракси, односно праксама глобализације (а неки аутори говоре чак и о постојању више глобализација у различитим областима друштвеног и државног деловања, а не о једној, јединственој и монолитној глобализацији, јер она, по њима, као таква и не постоји) често су обухватне и у приличној мери реалне. Иако се међусобно разликују, ипак почивају на неким значајним заједничким елементима. Неке од критика почивају на „погледу одоздо“, односно на погледу оних који тим процесима губе и који су у подређеној улози (Santos, Rodriguez-Garavito, 2005: 2–6, 10).

При томе, првенствено се ради о критичком односу према (крајњем) либерализму, односно данас преовлађујућем практичном економском, социјалном и политичком неолиберализму, на коме почива текућа глобализација. Таквом концепту глобализације приговара се да је хегемонистички, наметан одозго, те да је насилно униформан и унификујући, и да, на крају, корист не доноси свима, већ само малом броју људи са „запада“ кугле. Поглед на данашњу глобализацију „одоздо“ је, према таквим критичарима, сасвим другачији. Ако се можда донекле и може прихватити став да је крај „хладног рата“, који се код пропонената глобализације и глобализма узима као час када су услови за ширење и развој глобализације поново настали, не може се избећи тврдња да је „буђењем“ уместо ранијег сукоба Запад-Исток настао нови, истина делом другачији, сукоб Север-Југ. Тврди се да се заправо не ради о глобализацији на новим (праведнијим) основама, већ о „западнизацији“ (вестернизацији) и американизацији незападног дела света. Зато је

постојећи и наметани концепт неприхватљив. Међутим, код критичара не постоји потпуни анимозитет према глобализацији, али глобализацији која је нехегемонистичка.

Хиперглобалисти одговарају скептицима, тј. критичарима наметаног концепта глобализације да критикујући текућу глобализацију заступају државоцентричан модел „регулације“ и политичке организације, који је превазиђен зато што је дисфункционалан према растућим проблемима који надилазе структурне могућности и капацитете националне државе.

### **3. Национална држава у процесима глобализације**

Иако има схватања да је држава уопште, као најапстрактнији појам који се тиче организованог и на принуди, па у коначном и на физичкој сили, заснованог политичког организовања друштва, стара колико и сама политичка власт, ипак је национална држава са свим својим (данашњим) својствима појава новијег доба и везује се за настанак модерне државе. Она је „стара“, дакле, тек нешто више од двеста година. Са њом се појавило и национално право, као њена творевина, без обзира да ли је у његовом стварању преовладавао природноправни (који инсистира на откривању права, а не на његовом стварању од стране државе), историјскоправни или пак позитивистички приступ.

За националну државу и нацију везана су бројна и сложена питања, на која ни до данас нема задовољавајућег научног и теоријског одговора. Почев од узрока и услова њеног настанка, па све до њене сврхе и међусобних односа држава. Сва су везана и за право које национална држава сама ствара и примењује или које други стварају а држава га само примењује. Иако је код различитих народа настајала у различитим историјским и социјалним околностима, задатак националне државе је био да одређеној (великој) социјалној групи, која је била повезана различитим објективним и субјективним елементима, обезбеди политичку самосталност, заштити њене интересе и обезбеди јој развој, у односу на друге такве велике групе које су такође формирале своје националне државе. Иако у време настанка првих националних држава није било изричито спомињано и прокламовано, као што је то чињено после Првог светског рата и, посебно, Другог светског рата, у подлози свега стајало је (неизречено али на неки начин подразумевано) право на самоопредељење, које је подразумевало право на слободан избор будућности нације, на самосталност и на (само)организацију своје државе. Требало је да национална држава изрази, јемчи и заштити самосвојност и особеност нације као посебне социјалне групе и да заштити њене заједничке интересе у свим сферама

друштвеног живота, од економије, преко политике, културе, све до права и субјективног осећања властите вредности. Утолико је и државно право требало да све то изрази и јемчи: општост и уједначавање у националној држави, а посебност у односу на друге национале државе. Све то је било изражено како у унутрашњем праву, тако и у међународном праву, појмом (унутрашње и спољашње) суверености државе.

Међутим, и поред горких искустава светске историје са апсолутизацијом суверености државе (како, уосталом, бива и са свим другим појмовима и институтима када се схватају и примењују на апсолутан, ничим ограничен, односно на неограничен начин), од самих почетака постојања модерне државе нације, односно модерних држава нација, постоје токови који сведоче о постојању сродних правних института, па и правних система, иако би, можда, апсолутизација државне суверености упутила на закључак да ће нације државе да се веома много разликују једна од друге и да ће тешко бити да се пронађу две исте или високо сличне државноправне „мустре“. До појава сличности струкура, организација и права у модерној држави дошло је због постојања сарадње и коегзистенције модерних држава, које су, мање-или више, увек биле упућене на међусобну сарадњу и неку врсту удруживања, али и због општег културног напретка. До сличности је долазило и због тзв. „колонијалне глобализације“, којом су метрополе директно „трансплантовале“ своје структуре, организацију и право у колоније, елиминишући дотадашњи поредак у колонијама и правила којима је он успостављен и репродукован. Ипак, и поред тога, постојале су и знатне разлике, у тзв. другом социјалистичком свету, чији се географски распоред сузио после пада Берлинског зида и „гвоздене завесе“ уопште, као синонима за изолацију СССР и његових „сателита“ и одбијање вредности и права западног света. Разлике су постојале и пре успостављања „гвоздене завесе“, а не само од њеног успостављања и почивале су на разлици правних традиција и правних култура у свету, које су се одржале и до данас у неким правним гранама и областима, у неким модерним државама. Разлике су се, осим традицијом и културом, правдале и правном сувереношћу државе која јој је начелно омогућавала да ствара право какво жели.

Данас се у делу литературе о држави, постмодерности и глобализацији у питање доводи управо концепт суверености државе. Глобализација се, како истичу неки аутори, добрим делом заснива на њеном конфронтирању са националном државом и захтеву да она буде трансформисана (Armin von Bogdandy, 2004: 886–888). Појављују се и ставови о томе да држава, заправо, располаже ограниченом сувереношћу, до које долази због транснационализације и глобализације.

Међутим, други држе да је глобализација већ сада довољно одмакла од своје почетне дефиниције високог међусобног утицаја друштава једних на друге због „компресије простора и времена“, и да се већ називају контуре тзв. транснационалне државе, односно државе која „превазилази националну државу“ која јој је подређена и која националну државу већ држи под својом политичком контролом (Аспекти глобализације, 2003: 248–9).

Чак се и Маркс на неки начин васкрсава, јер се понекада опет говори о одумирању (или изумирању) државе, за сада само националне државе (Петровић, 2003: 287; Сантос, 2002: 26), у корист транснационалне државе. Заметак транснационалне државе често се проналази на примеру Европске уније. Транснационална држава се, ипак, замишља углавном као супердржава, а не као облик њеног превазилажења „нечим“ што означава нов квалитет.

Трећи оцењују да глобализам и глобализација неће још увек довести у питање сам опстанак националне државе, али ће да доведу до њеног редефинисања, односно трансформисања, пре свега путем денационализације и дерегулације државног уређивања низа прекограничних и транснационалних односа и денационализације целог низа питања, односно правних ствари из досадашње надлежности, односно јурисдикције националне државе и њихове транснационализације. То се у првом реду односи на губитак надлежности суверене државне власти над економским односима, с обзиром да се глобализација прво појавила управо у економским односима, благодарећи, како се каже, међународној расподели рада и транснационалном кретању финансијског капитала. Одатле се губитак надлежности шири на људска права и слободе и даље на нове правне институте који припадају националном уставном праву, националном управном праву и националном приватном праву.

На тај начин ће да дође и до измене концепта националног права. Наиме, сматра се да ће изменом концепта надлежности државе, тј. јурисдикције државе, тако што ће се регулаторна активност (правно уређивање транснационалних односа) реалоцирати, односно изместити у транснационална тела, а при томе, посебно и целовито у економским односима, националне државе ће својим административним и техничким апаратом да служе једино као извршни сервис транснационалних регулаторних (Сантос, 2002: 52) за извршавање њихових регулатива, односно њихових правних аката. На тај начин би и националне државе нестале као данашње националне државе и постале би само територијалне јединице без аутономије, рекло би се централизовани органи централне

трансационалне власти, као регионалне власти или чак као светске власти.

Међутим, постоји и знатна опозиција горњим мање или више оптимистичким оценама о садашњем и будућем успеху глобализације, која истиче да је национална држава још увек основна политичка и правна јединица савременог друштва и да ће будућност глобализације у крајњем да зависи управо од националне државе, односно од националних држава, од чије воље, односно од чијих воља ће да зависи како будућност националне државе, једнако тако и будућност трансационалних и наднационалних творевина и њихових регулаторних система, како се о праву говори и како се у теорији међународних односа право назива. Наравно, то се чини без потпуних и дубоких увида у идеју права, појам права, структуру права, правни систем, правну норму и научни систем права. У теорији међународних односа право је, чини се, још увек само покорни и послушни слуга који беспоговорно извршава налоге теорије међународних односа, без своје „душе“ и без својих идеја и вредности, те пуки тзв. „регулаторни механизам“.

Приказана схема схватања о глобализацији и њеним односима према националној држави и националном праву је веома грубо скицирана, и када би била приказана иоле детаљније, задобила би понешто, мада не и суштински другачије контуре.

#### 4. Глобализација права

Као и код општег појма глобализације, приликом разматрања утицаја глобализације на право, на прво место долази питање шта је глобализација права, односно како тај појам може да се одреди. Од тога зависи сваки даљи говор и расправљање о глобализацији права. Да ли глобализација права кореспондира са општим појмом глобализације?

Као што се може и очекивати с обзиром на разлике у дефинисању појма 'глобализација', о садржини и обиму појма 'глобализација' права не постоји јединствен став. Разлике су, рекло би се, приличне, а ставови на неки начин опречни.

На једној страни је став по коме се под глобализацијом права подразумева да „цели свет живи под једним јединственим сетом правних правила (*a single set of legal rules*)“, који „може да буде наметнут од једног јединственог (*a singl*) принудног чиниоца, усвојен путем консензуса или да стигне путем паралелног развоја у свим деловима света (*globe*)“ (Shapiro, 1993: 37). Одатле произилази да до успостављања једног јединственог светског,



глобалног поретка може да дође путем режима међународног права, или путем успостављања једне светске законодавне и извршне власти (*a single global law giver and enforcer*), или путем снажног консензуса националних држава, употребом тзв. „меког“ права (*soft law*) (Shapiro, 1993: 37). Видљиво је да заступници оваквих идеја срж глобализације права виде у постојању јединственог „сета“ правних прописа под којим би модерни свет деловао, док начин остварења ове идеје о јединственом сету правних прописа за цео свет, мање-више, и није толико битан. Свеједно је, при томе, да ли ће до таквог стања једнообразности, односно унификације права да дође путем извора (постојећег система) међународног права, деловањем једне светске законодавне и извршне власти или пак консензусом постојећих националних држава. Важна је само потпуна унификација правних прописа, односно формалних извора права, њихова садржинска истоветност за цео свет. Наравно, како се национално право у ипак преовлађујућем позитивноправном дискурсу везује за националну државу, на другом крају су схватања која у националној држави виде још увек основну и незамењиву институцију.

Међутим, иако се код таквих аутора говори о релативном комфору који је за глобализацију права наступио после краја ере биполаризације и хладног рата, ипак се закључује да се при таквом стању пре може говорити о (развоју) међународног права, него о (правој) глобализацији права, а једно од другог се квалитативно разликује (Shapiro, 1993: 37). Из тога, односно из ове танане разлике коју заступници овог правца праве између (даљег прогресивног) развоја међународног права и глобализације права, посредно може да се закључи да они под глобализацијом права у ужем или правом смислу ипак подразумевају управо и једино успостављање јединственог светског правног поретка путем успостављања једне јединствене светске законодавне и извршне власти која ће да буде у стању да употребом принуде издејствује покоравање таквим правним правилима, односно правним заповестима и правним требањима. Успостављање јединственог сета светских, тј. глобалних правних прописа, односно формалних извора права, у облику извора међународног права или консензусом постојећих националних држава је, на неки начин, споредни, али, на крају крајева, ипак прихватљив начин постизања униформности, односно унификације правних правила за све постојеће националне државе.

Заступници оваквог схватања свесни су у исто време и садашње извесне неизвесности достизања таквог циља, због бројних препрека које стоје на путу, а пре свега другог због постојања различитих правних култура (и различитих правних поредака), па и делова света у којима постоји „култура“ „не права“ (*a regime of non-law*), као и делова света у којима не

постоји владавина права. Због тога се често говори о томе да се идеја глобализације права знатно сужава од првобитне идеје успостављања јединствених правних извора за цео свет, на, реално гледајући, узак географски простор који обухвата Северну Америку, Европу, Аустралију и Нови Зеланд, а с обзиром на изворишта правних култура која су у питању, тај простор се још више сужава(о) и обухвата(о) само Сједињене Америчке Државе и Западну Европу (Shapiro, 1993: 378).

Истовремено, није узак само садашњи географски простор за глобализацију права, већ је сужен и круг „правних феномена“ (у смислу правних института) који могу да буду обухваћени глобализацијом права. Поред, како је речено, поменутог знатног географског сужавања „кугле“ (*globe*) као простора за глобализацију права, глобализација се код низа аутора сужава и предметно, односно садржајно, на само одређене правне феномене (правне институте, правне гране, а код неких аутора, и на правне области), док је у другим (непобројаним) правним гранама и областима могућност глобализације знатно ограничена или, барем у овом тренутку, немогућа. При томе говори се већма о глобализацији трговачког (пословног) права (*lex mercatoiria*), јавног права (људске слободе и права, ограничена државна власт, делимично и организација власти, улога правосуђа, а судова посебно) и права заштите појединаца у модерним индустријским друштвима (*protective law*; заштита потрошача, одштетно право, заштита човекове околине и др.), те, на крају, и о глобализацији правничке професије и правних (адвокатских) фирми, ширењем делатности страних правних фирми на нематичне државе, односно државе изван државе матичне регистрације (Sapiro, 1993; Twining, 2009: 4)

Можда је ово потоње, морам истаћи, песимистично одређење обима „света“ и садржаја права за глобализацију права уједно и у великој мери реално гледање на могућу, али не и извесну, непосредну будућност глобализације права. Наравно, овакав став је у најужој вези са раније изнесеним ставовима о садашњости и будућности, судбини државе уопште, а националне државе, као њене врсте, напосе.

Када су у питању модуси, односно начини остваривања униформности, конвергенције, сродности, приближавања (*proximity*) права у модерном свету глобализације, онда се говори о неколико могућих исхода и употреби одређених (правнотехничких) средстава. Горе поменути начин униформисања права у модерном свету путем успостављања једног законодавца, једне извршне власти и једног судског система, који би као јединствена организација – светска (космополитска) држава – располагали и могућношћу употребе силе, није, по свему судећи, реалан, ни у даљој, а камоли у блиској и ближој будућности (Орловић, 2010: 279–281).

Стога за глобализацију права преостаје евентуално коришћење других средстава *de iure* и *de facto* унификације, тј. униформности, приближавања и хармонизације права. Она су, мање-више, већ позната правној историји и до сада су коришћена у различитим историјским периодима, тек уз понеко ново средство.

На првом месту остају мултилатерални (а, у некој мери, и билатерални) међународни уговори којима се уређују питања јавног права и приватног права (у овом оквиру, међународног приватног права, пре свега), као међународни уговори о успостављању и деловању међународних организација и одлуке њихових органа. Њихов општи значај није опао, што једнако вреди и за њихову могућу улогу у глобализацији права, с обзиром на то да глобализација на неки начин обухвата и транснационалну регионализацију. Одржавање значаја међународноправних инструмената заснива се на одржавању међународног система држава, а одатле и улоге саме државе као такве, а националне државе посебно. Како каже Малком Д. Еванс, настанак „Империје светска држава“ довео би до смрти како државе уопште, тако, а и због тога, до смрти самог међународног (јавног) права (Evans, 2003: 208)

Како то није случај, значај међународноправних инструмената, а међународних уговора посебно, за уједначавање права и даље је веома велики, јер „време смрти међународног права“ још није наступило, пошто глобализација (још увек?) није довела до стварања „антивестфалског“, односно „невестфалског“ поретка уместо још увек постојећег вестфалског система суверених држава (Evans, 2003: 94–5)

У најужој вези са дерегулацијом економских односа и препуштањем њиховог нормативног уређивања приватноправним субјектима, као средство унификације права, као једном од процеса глобализације, у овој области служе и (пословни) уговори приватног права, тј. пословног права (*business law*), посебно они у којима је барем једна од уговорних страна мултинационална односно транснационална корпорација, без обзира што се ради о правним пословима као појединачним правним актима. Они служе доста видном уједначавању права у овој правној грани, које је често израз економске неравноправности уговорних страна.

У новије време значајну улогу у глобализацији права, схваћеној као унификација, приближавања, тј. конвергенција и хармонизација, али и као „ширење“ права (*diffusion of law*) има и тзв. меко право (Вукадиновић, 2012: 39, 42–43; Halliday and Osinsky, 2006: 460–462). Оно за разлику од тзв. тврдог права, нема (правну) снагу правне обавезности, али му значајно место у покушајима глобализације права обезбеђују други

реално важни елементи, као што су, у првом реду, моћ, значај, фактички утицај и приморавање на прихватање норми субјеката који закључују тзв. међународне инструменте, као један од облика меког права (Рачић, 2015: 29–35).

Упоредно право, са друге стране, указује и на старе, већ опробане начине ширења правних норми одређених националних права на друга национална права, позната већ стотинама година, какви су рецепција права и правни транспланти. Дејвид М. Вокер истиче следеће: „Рецепција се, осим у познатом коришћењу које се односи на римско право, данас користи и у још једном значењу. Оно најчешће обухвата „преузимање супстанцијалног обима начела, идеја, норми и техника из западних правних система, нарочито из енглеског, француског и холандског права, у правне системе које су развили колонизатори из ових земаља на територијама у Африци, Индији, југоисточној Азији“ (Walker, 1987: 1042). У овом смислу други аутори говоре о колонијалној глобализацији права и постколонијалној глобализацији права (Halliday, Osinsky, 2006: 455–456).

Правни транспланти су изван сфере међународноправних инструмената и међународних инструмената и, у основи, тичу се само два национална права, националног права узора и националног права преузимања (овај поступак се често назива и поступком опонашања или поступком имитације). Овај начин процеса глобализације права користи се веома често, а у новије време и путем различитих програма помоћи коју мање развијеним (периферним) (Halliday, Osinsky, 2006: 460). Тада заиста може да се говори о вестернизацији истока и југа „кугле“. У литератури која се бави проучавањем процеса глобализације права говори се да у том процесу постоје два, односно три кључна места: глобални центри, полупериферија глобализације и периферија глобализације. Само помињање таквих места глобализације речито говори о вредностима, правцима и (једном) смеру жељене глобализације права.

Међутим, има и аутора који са више обзира и опреза, без једностраности разматрају процесе глобализације права. То чине, као Вилијам Твининг, полазећи од идеје правног плурализма, који сем формалног права обухвата и недржавно право (*non-state law*), што их води ка закључку да на тај начин мора да се гледа и на глобализацију права, која је због тога двосмерна, а не једносмерна. Други смер тече реком недржавног права које се шири заједно са миграцијама, чему је пример неформално ширење исламског права, по коме, тачније по делу његових норми, заиста живе бројни припадници исламске вероисповести у западним државама (Twining, 2009: 17), и поред правног система државе у којој бораве или пребивају или чији су чак држављани.

## 5. Закључак

Глобализација је још увек недовољно јасан појам и концепт. Сагласност, чини се, једино постоји о томе да је реч о процесу, односно релативно усклађеним процесима. Његов садржај и обим, те, коначно, и циљеви још увек нису утврђени на иоле уочљивији начин. У најужем смислу он обухвата глобализацију економских односа и успостављање светског тржишта. У ширем он обухва вредности, политику и културу. О његовом садржају и формама још увек не постоји унисоност. Исто је и са појмом глобализације права. Она „пати“ од истих недостатака појмовне нејасности и неразговорности као и глобализација.

Глобализација права најчешће се схвата као успостављање униформног светског система правних норми, при чему је небитно како се до њега долази: да ли образовањем „једне власти“ која га принудно намеће, да ли добровољним или „добровољним“ прихватањем норми (путем различитих облика преузимања норми из другог националног права или пак путем међународних уговора). Битно је само да се остварује најшира униформност, односно унификација права.

Приметно је да се код велике већине аутора предметни захват глобализације права сужава у односу на познате и постојеће правне области и правне гране, и понајвише усредсређује на пословно право, компатибилно са економском идејом успостављања глобалног односно светског тржишта и његове правне заштите, иако се уз то говори и о глобализацији либералне демократије и конституционализма, кривичноправне забране геноцида и злочина против човечности, заштити рањивих друштвених група (заштита правног положаја жена, а посебно заштита жена од насиља, заштита потрошача, заштита здравља на раду, тј. заштита тзв. „професионалног здравља“, заштита грађана од тероризма).

Међутим, очигледно је да глобализација, а са њом и глобализација права, решавајући неке проблеме и задовољавајући неке потребе савременог света, истовремено стварају друге проблеме, као што су сиромаштво Југа, неравноправност Југа у односу на Север, сукоб различитих култура и правних култура (С. Хантингтон би рекао „сукоб цивилизација“), неравномерну расподелу богатства, елиминацију елементарне и нужне редистрибуције богатства кроз јавне финансије, и друго, што не само да успорава, него на неки начин и концептуално доводи у питање глобализацију и „трансформацију“ националне државе, до озбиљне сумње у оцену да се ради о незауостављивом објективном процесу. Утолико улога националног права остаје још увек незамењива, како у питању основа важења, тако, мада нешто мањим делом, и у питању основа обавезности.

## Литература

- Bogdandy, A. V. (2004). Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law, *The European Journal of International Law* Vol. 15 no.5 © EJIL
- Вукадиновић, Р. (2012). Пословно право. Крагујевац: Удружење за европско право – Центар за право ЕУ.
- Гиденс, Е. (2001), Социологија, Подгорица-Бања Лука: ЦИД и Романов.
- Evans, M. D. (2003). *International Law*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Kennedy, D. (2006), Three Globalisation of Law and Legal Thought, *duncankennedy.net/.../Three%20Globalizations%20of%20La, 2006*.
- Mark, S. (2001). Harmonization or Homogenization? The Globalization of Law and Legal Ethics – An Australian Viewpoint. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 34.
- Mattei, U. (2003). A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance, *HeinOnline -- 10 Indiana Journal of Global Legal Studies*.
- McGrew, A., Goldblatt, D., Perraton. J.(1999). *Global Transformations. Politics, Economics, Culture*. Stanford University Press.
- Милардовић, А., Њавро, Ђ. (1999). Глобализација. У: Глобализација. приредио Милардовић, А., Осијек-Загреб-Сплит: Пан либер.
- Nader, L. (19987). Comments at Symposium on Comparative Law, 46 AM. J. COMP. L.
- Петровић, В. (2003). Глобализација и будућност, у Аспекти глобализације. Приређивачи Павићевић, В., Петровић, В., Пантелић, И., Ситарски, М., Миловановић, Г. Београд: Досије.
- Појмовник глобализације (2003). у Аспекти глобализације. Приређивачи Павићевић, В. и остали, Београд: Досије, Београд.
- Орловић, С. (2010). Држава у процесу глобализације, у: Политиколошки огледи. Београд: Службени гласник.
- Рачић, О. (2015). Међународно право: стварност и илузије. Београд: Службени гласник, Београд.
- Сантос, Б. В. Д. С. (2002). Процеси глобализације, Реч, часопис за књижевност и културу, и друштвена питања, по 8/14, 2002.

Santos, B. B. D. S. and Rodrigz-Garavilo C. (2005). *Law and Globalisation from Below. Towerds a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shapiro, M. (1993). *The Globalization of Law*, 1 Ind. J. Global Legal Stud. 37. available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/399>.

Smith, S. and Baylis, J. (2005). *The Globaliyation of the World Politisc*“. Oxford: Oxford University Press.

Steger, M. B. (2002). *Globalism: The New Market Ideology*, Logos a journal of modern society & culture, summer 2002, volume one - issue three.

Twinig, W. (2000), *Globalisation& Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.

Twining, W. (2008). *Globalisation and legal scholarship, Montesquieu Lecture*. <https://lapa.princeton.edu/uploads/2011-0210%20Twining%20Paper.pdf2009>

Halliday, T. C. and Osinsky, P. (2006). *Globalization of Law*. Annu. Rev. Sociol. 2006. 32.

Walker, D. M. (1987). *The Oxford Comnpanion to Law*.Oxford: Clarendon Press.

**Radomir V. Lukić, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

## **NATIONAL LAW AND GLOBALIZATION**

### **Summary**

*The term globalization has multiple meanings, such as: the process of globalization, global integration, structure of globalization, or global institutions. In each of these, the term globalization is insufficiently precisely and unequivocally defined; therefore, its meaning remains somewhat vague. It is clear, however, that the meaning and the usage of the term range from different forms of interdependence between nation states and national societies, which are part of the modern world, to the meaning of the world as a "global village".*

*Several different general theories on globalization have been proposed. They are mainly concerned with future existence of the nation state and national law, but also with the future existence of international law which is still centered around a nation state. In simple terms, some theorists claim that globalization will not lead to dissolution of the nation state and national law, whereas others argue that it inevitably leads to creation of world government, cosmopolitan government and cosmopolitan law which will mark the end of national law in modern state and international law as we know it today.*

*National law is to a certain extent correlated to the nation state. It has been developed as a manifestation of state sovereignty of national state from its outset onwards, in the form of a system of general and special provisions which govern all social relations and social processes significant to national society in compliance with the system of values accepted by that society. Therefore, one of the major tasks of general theory of law is to examine how the process of globalization affects national law, its subject matter, scope, sustainability, independence and uniqueness. This paper offers a limited insight into possible answers to the questions raised.*

**Keywords:** *nation state, national law, sovereignty, globalization, self-determination, values, national interest, transnational, supranational.*



**Др Оливер Николић,\***  
Научни сарадник,  
Института за упоредно право у Београду

**Др Ана Човић,\***  
Научни сарадник,  
Института за упоредно право у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776069N

UDK: 342.565.2"20"  
Раđ примљен: 01.10.2017.  
Раđ прихваћен: 30.11.2017.

## УСТАВНО СУДСТВО НА ПРАГУ ДВАДЕСЕТ ПРВОГ ВЕКА

**Апстракт:** Успостављање уставног судства и његово инкорпорирање у систем власти модерне државе представљало је радикални преокрет у механизму обезбеђивања и заштите устава и уставности. Уставност постојања и повезаност уставног судства и правне државе (владавине права) и демократског поретка, као и сама демократска природа и легитимност уставног судства су и били и остали основ његовог развоја и ширења у свету.

У току вишестепенијског постојања уставно судство је постајало неопходан елемент власти у све већем броју држава на разним континентима. Пре свега, по природи ствари, реч је о демократским земљама, али уставно судство је (ређе) бивало успостављено и у мање демократским, па и у прикривеним или отвореним аутократским државама, и то са циљем да се прикрије недемократска суштина тих држава. Крајем двадесетог века, са променом социјалистичког система власти у тим државама, као један од главних гараната демократичности, оснивају се уставни судови.

Истовремено, развој уставног судства је доживео, не само "техничко" усавршавање свог механизма и функционисања, већ и једну врсту еволуције, нарочито у погледу своје надлежности. Установљавањем уставне жалбе, као и поступањем по уставној жалби, омогућено је уставним судовима да знатно прошире своје деловање у домену заштите устава и уставности и то заштитом основних људских права и слобода грађана, што је, нарочито у последњим деценијама постајало круцијални елемент владавине права (правне државе) и

---

\* oliver\_nikolic@yahoo.com

\*\* tankosicana@yahoo.com

њеног демократског поретка. То је значајно допринело комплетирању заштите устава као *lex superior*-а и уставности (и законитости), чиме је легитимност и демократска вредност уставног судства знатно појачана.

**Кључне речи:** уставно судство, правна држава, владавина права, демократија, уставна жалба, ампаро, људска права и слобода грађана.

## 1. Увод

Рођен на идеји и визији ("гарантије Устава") Ханса Келсена, а отелотворен први пут у историји светске уставности у аустријском Уставу од 1920. године, уставни суд се, после скоро сто година постојања, на прагу двадесет првог века афирмисао као темељни стуб владавине права (правне државе) у бројним државама широм света. У теорији уставног права је с правом речено: "Један од најзначајнијих феномена у еволуцији једног растућег броја европских земаља после Другог светског рата је установљен рађањем и ширењем система уставног судства" (Cappelletti, 1981: 625). Разлог за такво квалификовање институције уставног судства лежи у чињеници да је успостављање уставног судства и његово инкорпорирање у систем власти модерне државе представљало изразито радикалан чин са значењем преокрета у развоју механизма обезбеђења и заштите устава као *lex superior*-а и уставности уопште.

## 2. Уставно судство, владавина права и демократија

Уставно судство је тековина модерног времена у коме је развој уставности и демократије уопште, а посебно владавине права, императивно тражио модернији и ефикаснији (и потпунији) механизам заштите и обезбеђења устава и уставности, поред оног који је у пракси већ постојао.

Наиме, ако смисао и суштина владавине права, уопштено речено, лежи у ограничавању власти (и моћи уопште) државе путем правних норми, у ограничавању свих њених органа, законодавних и извршних, тј. законодавне и извршне власти, и њиховом стављању под право, онда је била јасно да до тада познати механизми то нису, нити су могли то да у потпуности и ефикасно остваре, односно постигну. То тим пре ако се има у виду да владавина права значи (и претпоставља) примену и заштиту права и слобода човека и грађанина, њихову правну сигурност, пуно стварање њихове једнакости и сл.

При томе, само по себи се подразумева да тако схваћена владавина права императивно претпоставља постојање демократског устава као

lex superior-а и принципа уставности и законитости, али и њихову пуну примену у пракси, као и ефикасну заштиту. То онда указује, као што је општепознато, и на чињеницу да владавина права може да постоји само у демократским државама, али и да истинска демократија не може да постоји без владавине права као свог саставног (суштинског) дела.

Отуда, решење горе постављеног проблема тражења и налажења неког новог, снажнијег и ефикаснијег механизма заштите устава и уставности, демократије и владавине права је нађено у успостављању једног новог органа – уставног судства, као специфичног и специјализованог инструмента те заштите (В. Николић, 1995: 177, Garlicki, Zakrewski, 1985: 24).

Императивни захтев за заштиту устава и уставности намеће уставном суду задатак да контролише примену устава, односно да контролише и одлучује о сагласности закона, других законских и уопште нормативних аката и радњи и отклања (односно спречава) све повреде устава и принципа уставности. То, уз друге његове функције (решавање сукоба надлежности и спорова између органа, изборних спорова, и друго), управо и даје пуни легитимитет уставном суду, у читавом механизму државне власти. То тим пре што уставни суд, као што је познато, не оцењује целисходност тих аката, нити на било који начин ствара (пише) устав, односно закон или неки други нормативни акт и тиме преузима, односно учествује у вршењу уставотворне и законодавне (друге нормативне) функције (В. Николић, 1996: 370). Све то и говори у прилог става изнетог у теорији уставног права (Capelleti, 1982: 494) да уставни суд није како је речено нека "виша власт", изнад, односно супериорна у односу на друге власти (законодавну и извршну) у читавој државној организацији. Уосталом, сама природа и положај у државном механизму, као и начин поступања и дејство његових одлука, чине да је, како је истакнуто, уставни суд један специфичан орган, одвојен и различит како од законодавне и извршне власти, тако и од редовних и других судова. Наиме, како је у теорији (В. Favoreu, Gaia, Ghevontian, Mestre, Pfersmann, Roux, Scoffoni, 1999: 241, Weber, 1985: 46, Николић О. 1995: 259) аргументима и чврсто израженим ставовима утврђено, уставни суд одликује (обележава) више битних карактеристика. Уставни суд је, између осталог, потпуно независан орган, како у погледу свог деловања и одлучивања, тако и свог општег статуса и статуса његових чланова. Та вишеструка независност у читавом државном механизму се односи на независност у односу на било који орган – законодавни, извршни, судски и други. У вези са овом његовом карактеристиком је и његова неодговорност било према коме у систему државне власти, што и чини апсолутно нужну претпоставку његовог деловања у вршењу уставом одређене функције. С тим у вези битно обележје његовог постојања и деловања је његова

везаност за устав. Све то и чини да у читавом државном механизму уставни суд представља један недвојбено признати ауторитет.

Општи закључак који се сам по себи намеће, а у уставно правној теорији (В. Favoreu, 1986: 45, Cappelletti, 1986: 291, Николић, 1999: 309, Николић О. 2001: 37) утврђен је као апсолутно неспоран став, јесте легитимитет уставног судства. У прилог неспорног легитимитета уставног судства говоре његове бројне карактеристике, горе наведене, које се односе на све аспекте његовог постојања и деловања при чему је видљива њихова потпуна усаглашеност са идејом владавине права (и демократије уопште). Штавише, са пуно права се може рећи да институција уставног судства непосредно доприноси остваривању владавине права (и демократије). Тако, уставно судство и постаје значајан елемент демократског система и темељни стуб владавине права. Тиме је легитимитет уставног судства у потпуности потврђен.

Овакав општи поглед на институцију уставног судства не значи, нити може да значи, да су уставни судови који данас постоје у свету у свему исти. Постоје разлике између њих у погледу функције коју врше, па и организације, поступка рада и друго. Заједнички елемент који чини суштину ове институције потврђују изнете карактеристике уставних судова, а тиме и његово место и улогу у читавом државном и правном поретку. То и чини основ за даљи развој и ширење уставног судства у свету.

### **3. Појава злоупотребе уставног судства**

У току свог вишедеценијског постојања уставно судство је, као прикладна и ефикасна институција заштите устава и уставности, постајало саставни део државног система у све већем броју држава на разним континентима. Може се запазити да су завршетак Другог светског рата, потпуни слом фашистичких сила на војном пољу и затирање национализма као стравичне пошасте људске цивилизације представљали почетак обнове и ширења уставности у Европи и ван ње, као и образовање уставних судова у све већем броју земаља у свету. У неким земљама у којима су између два светска рата (Аустрија, Шпанија) под налетом фашизма били укинута уставни судови, приступило се њиховом поновном успостављању, док се у низу земаља први пут установљавају уставни судови.

Реч је, по природи ствари, о успостављању уставних судова у демократским земљама са демократским уставом и развијеном уставношћу. Међутим, веома је карактеристично (и неочекивано) да је уставно судство бивало (додуше спорадично) успостављано или остављено да постоји и у недемократским државама, па и у земљама са отвореном диктатуром

(на пример, у Чилеу Уставом од 1980. године, у време Пиночеовог суровог диктаторског режима; у Грчкој 1968. године, у време владавине војне хунте). Уставни судови су успостављени и у неким другим државама које нису имале диктаторске режиме, али никако се не би могле окарактерисати као демократске државе. Тако је нпр. у Мадагаскару 1959. године успостављен орган уставносудске заштите под именом Врховни савет институција, да би се од 1975. године преименовао у Високи уставни суд. Интересантно је да је у Републици Кореји уставно судство предвиђено Уставом од 1948. године, у виду Уставног савета, односно од 1961. године Уставног суда, али заправо никада није заживело као уставносудска институција (у периоду од 1948. до 1987. донето је само осам судских одлука). У Сирији је 1973. године успостављен Врховни уставни суд, исто као и у Египту са истим називом само шест година касније, 1979. године, док је у осталим афричким, азијским и латиноамеричким државама уставни суд основан тек деведесетих година прошлог века.

Увођење уставних судову у оваквим земљама било је, по свему судећи, мотивисано намером да се прикрије прави (недемократски) карактер тих режима или пак постојањем лажног "убеђења" тамошњих властодржаца да уставно судство може да функционише у њиховим државама.

Остављајући по страни питање (иначе битно по својој природи) карактера самог устава и уставности у овим државама, нужно избија на видело чињеница да уставно судство није, нити је могло у овим државама са оваквим режимима, да нађе своје право место и изврши своју функцију коју, иначе, остварује у демократским земљама.

Јасно је да карактер било каквог ауторитарног и њему сличних режима искључује могућност постојања и деловања уставног суда. Пре свега, у условима постојања недемократског устројства држава и свемоћи диктатора вође, хунте и сл., уставно судство не може да нађе своје место нити да изврши своју функцију. Независност уставног судства као *conditio sine qua non* његовог постојања и деловања се директно коси са апсолутном влашћу режима. При томе, без обзира на формално утврђен начин избора (именовање) судија уставног суда, тај избор (именовање) је, по природи ствари, у оваквим режимима резултат воље (самовоље) режимских власти. О обезбеђивању извршења одлука уставног суда се не може ни говорити. Једном речју, институција уставног судства директно противречи карактеру ауторитарних и њему сличних режима, те уставно судство у њима и не може да заживи. То и даје за право мишљењу да се ради о злоупотреби ове драгоцене демократске институције. Нажалост, у историји модерне државе није непозната појава злоупотребе (и

извитоперавања) појединих демократских институција и принципа (у домену изборног система, референдума, итд.).

Откривање узрока који су доводили до злоупотребе (и извитоперавања) институције уставног судства потврђује познати став теорије уставног права, приказан на претходним страницама, да успостављање, постојање и деловање уставног суда нужно претпоставља постојање једног демократског амбијента, тј. демократског поретка, као што и демократска држава претпоставља снажну и ефикасну заштиту устава као *lex superior*-а и уставности. Другим речима, то је став о нужној повезаности (па и условљености) уставног судства и демократије (и владавине права). Тако је уставно судство и нашло (и налази) своје право место у низу демократских земаља, али не и у државама у којима демократија није успостављена нити заживела владавина права.

У бившим социјалистичким земљама нису ни постојали реални услови за успостављање уставних судова као инструмента заштите устава и уставности. Наиме, недемократски систем власти уопште, а посебно чињеница да се стварна власт налазила у партијским органима, а у крајњој линији у врховном органу партије и њеном вођи, искључивали су било какву могућност постојања једног независног органа (уставног суда) који би вршио контролу и заштиту устава (без обзира о каквом се уставу ради) и уставности (посебно и права и слободе грађана).

Интересантно је да је у тадашњој совјетској теорији заступан став да разлог непостојања уставног судства у тој земљи лежи у његовој неспојивости са принципом демократског јединства власти. Тако, В. А. Туманов пише: "... Ова позиција се објашњава улогом коју играју представнички органи у социјалистичком политичком систему и у структури социјалистичке државе.... сва власт припада Совјетима депутата народа ... Сви други органи државе су подређени контроли Совјета депутата народа и пред њима одговорни. И насупрот, представнички органи не могу бити контролисани од било кога изван представничког система. Одатле произилази нелегитимност права судске контроле (чак и уставних судова)" (Туманов, 1986: 113). Међутим, треба напоменути, принцип демократског јединства власти у СССР-у (као ни у другим социјалистичким земљама) није био доследно спроведен, с обзиром на поменуто свемоћ партијских органа на свим нивоима власти, а посебно концентрацију власти и моћи уопште у централном органу Партије и њеном вођи. Ипак, упркос свему што је речено, у оквиру социјалистичког блока уставни суд је био предвиђен у Чехословачкој 1968. године, али никада није био образован, а затим и у Пољској 1982. године. Међутим, у овој земљи Уставни суд није доносио дефинитивне одлуке о неуставности закона – оне су морале бити поднете

пољском парламенту (Сејму). У социјалистичкој Југославији Уставни суд је успостављен још 1963. године, али Југославија је била земља ван совјетског блока.

Распад и пропаст комунистичког режима у Совјетском Савезу и земљама читавог социјалистичког блока у Источној Европи и на Балкану, неминовно је довео до наглог ширења (и прихватања) идеје о уставном судству и до успостављања уставних судова у већини ових држава. У уставно правној литератури је констатовано да то "сведочи о тежњи постсоцијалистичких држава да усвоје оне узоре западног уставног судства који најпотпуније одговарају захтевима савременог конституционализма као теорије и праксе ограничавања самовоље са циљем да се обезбеди индивидуална слобода" (Зоркин, 2014: 49)<sup>1</sup>.

Међутим, у процесу транзиције ове земље су се, по природи ствари, суочавале са бројним објективним тешкоћама, што је неминовно стварало и извесне разноврсне проблеме у раду новоуспостављених уставних судова (В. Зоркин, 2014: 49, Vasilescu, 1995: 143). Истовремено, процес транзиције је постепено доводио и до све успешније стабилизације ових земаља. Отуда, у перспективи, успостављање уставног судства у земљама транзиције као саставног дела читавог државног механизма са функцијом обезбеђења и заштите њихових устава и принципа уставности (и законитости) значи и утемељење уставног судства као стуба владавине права.

#### **4. Еволуција улоге уставног судства**

Конституционализација права и слобода човека и грађана, започета крајем осамнаестог века доношењем првих декларација о правима и слободама уношеним у прве уставе тога доба, а настављена током деветнаестог и двадесетог века доношењем устава у великом броју држава, довела је до све успешнијег и ефикаснијег гарантовања тих права и слобода од стране устава чији су саставни део дефинитивно постали. Истине ради, ваља рећи да у ранијим периодима нису били ретки уставни који су, у већој или мањој мери, игнорисали права и слободе, гарантовањем мањег броја права и слобода или пак непотпуним гарантовањем. Међутим, са жаљењем се мора констатовати да се у читавом протеклом периоду у низу држава усталила пракса (трајнија или повремена) ускраћивања, ограничавања и кршења прокламованих права и слобода. Отуда и напори да се у што већој мери и ефикасније стане на пут овим појавама довели су до разних активности

---

<sup>1</sup> Иначе, Зоркин у ове земље сврстава: Албанију, Јерменију, Азербејџан, Хрватску, Чешку, Грузију, Мађарску, Киргистан, Летонију, Црну Гору, Пољску, Румунију, Русију, Србију, Словачку, Словенију, Македонију и Украјину.

и стварања бројних инструмената усмерених на јачање гаранција права и слобода и њихове потпуније заштите.

У том погледу, процес интернационализације права и слобода као, могло би се рећи, нужна реакција на недовољне резултате у обезбеђењу и заштити права и слобода и њиховог остварења у пракси низа држава, нарочито је у последње време (од средине двадесетог века) доживео значајан узлет у свету. Из овог процеса се временом изродио огроман број разних међународних докумената (декларација, конвенција, пактова и друго), почев од Универзалне декларације о људским правима из 1948. године и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. Део овог процеса последњих деценија је било и образовање међународних институција (пре свега судова). Наравно, све је то било праћено и тенденцијом увођења и гарантовања нових права и слобода.

Успостављање уставног судства у све већем броју држава широм света, истовремено је значило и усавршавање његове организације и начина рада, као што је, а то је од посебне важности, доживело и једну врсту еволуције своје улоге у остваривању суштинске функције – заштита устава и уставности. Реч је о извесном проширивању надлежности уставног суда. То се односи нарочито на увођење уставне жалбе, поред већ постојећих сличних надлежности уставних судова у неким земљама (нпр., *amparo*).

Стављањем у надлежност уставних судова поступања и одлучивања о уставној жалби, омогућено је уставним судовима да знатно прошире своју активност у домену заштите устава и уставности, и то непосредном заштитом права и слобода, човека и грађанина. "Ако се има у виду да уставни судови највише времена и енергије посвећују решавању спорова поводом уставних жалби, којима се тражи заштита Уставом гарантованих основних људских права и правично задовољење у случају утврђивања њихове повреде, онда се лако може закључити да је у пракси уставног правосуђа заштита темељних људских права и јавних слобода заправо више него доминантна функција уставних судова" (Стојановић, 2016: 10). Огромној важности ове надлежности уставних судова говори и податак о правој "поплави" уставних жалби. Примера ради, "... чињеница је да број уставних жалби грађана (у Србији) драматично расте из године у годину. На крају 2015. године Уставни суд је имао у раду, било пренетих, било примљених, укупно 21.057 предмета по уставним жалбама. До тог датума, усвојено је чак 1.164 уставних жалби..." (Стојановић, 2016: 209).

Овакав закључак о важности и ефектима уставне жалбе у оквиру активности Уставног суда, а у циљу остварења његове улоге у заштити устава и уставности као и законитости, а посебно у заштити људских



права слобода и обезбеђењу њиховог остварења у свакодневној пракси, произилази из саме природе овог значајног правног инструмента – уставне жалбе.

Наиме, уставна жалба данас представља потпуно нову надлежност знатног броја уставних судова у Европи, па и шире. Међутим, покушаји овакве и сличне заштите људских права и слобода потичу још из ранијих периода, па и оних врло далеких. Посебно се помиње *amparo* примењиван још у средњем веку (14– 16. век), а који је и данас ефикасно средство заштите људских права и слобода, не само у Шпанији, земљи свог порекла, већ посебно и у државама Латинске Америке, као и другим државама са шпанског говорног подручја (нпр. Филипини). У историји (и науци) је забележена појава постојања процесних института усмерених да обезбеде заштиту права и слобода у више устава током 19. века, а затим и у првој половини 20. века (В. опширније Ђурић, 2000: 32). Додуше у науци постоје и мишљења да је "шпански *recurso de amparo*" утемељен на основу мексичког *ampara* (уведеног Уставом Мексика од 1857. године), али се тај утицај изгубио након шпанског грађанског рата (В. Ferrer Mac-Gregor, 2000: 27).

Иако се у пракси уставна жалба, као инструмент заштите уставом зајемчених људских права и слобода, у потпуности афирмисала и постала, како је поменуто, део редовне надлежности уставних судова, у теорији уставног права се није дошло до једног јединственог појма уставне жалбе (В. приказ различитих мишљења, Ђурић, 2000: 23–31). Разлике у схватањима, истини за вољу, и нису тако велике, поготово не доводе до неких драстичних супротстављања. Те разлике у схватањима и одређивању појма уставне жалбе су, могло би се рећи, углавном последица чињенице да сама уставна жалба као процесни инструмент и део надлежности уставног суда није у потпуности иста у разним земљама. Постоје разлике у самом бићу уставне жалбе, предмету уставне жалбе, персоналним претпоставкама за уставну жалбу, поступању по уставној жалби, дејству одлука донетих по уставној жалби и др. Наравно, разлике у схватању и одређивању појма уставне жалбе проистичу и из различитих индивидуалних приступа појединих аутора у оцени и вредновању читавог корпуса питања везаних за уставну жалбу.

Ипак, нека обележја и елементи уставне жалбе се истичу као доминантни и то, по свему судећи, најзначајнији, представљају заједнички основ за поимање уставне жалбе. Тако се у поимању уставне жалбе нарочито истичу следећа њена обележја. Поступак по уставној жалби је основ за остваривање непосредне заштите прокламованих права и слобода. Дакле, заштита људских права и слобода се не остварује (обезбеђује) неким посредним

путем што се постиже вршењем осталих функција уставног суда. То несумњиво представља једно од круцијалних вредности уставне жалбе као процесног средства за заштиту прокламованих права и слобода уопште. То тим пре, ако се има у виду друго важно обележје уставне жалбе – правом на подношење (коришћење) уставне жалбе, као процесним средством заштите, располаже сваки појединац у намери да заштити своја уставом загарантована права и слободе и то чини, у суштини, на један једноставан начин "без посебних формалности и трошкова" (Стојановић, 2016: 66). Ако се томе дода и чињеница од превасходног значаја – предмет уставне жалбе (у принципу) су сви појединачни правни акти које доносе државни органи, али и организације које располажу јавним овлашћењима, као и службене радње државних органа. Најзад, мада не и последње, у земљама у којима је установљена уставна жалба, поступање по њој је редовни и саставни део целокупне надлежности Уставног суда. То онда само потврђује изузетну важност проширивања надлежности уставног суда, што на одређени начин и доприноси еволуцији улоге уставног судства.

## 5. Закључак

Имајући у виду све што је речено, може се закључити да драгоцен, односно непроцењив допринос заштити права и слобода у низу земаља данас представља активност уставног суда у поступању и одлучивању о уставној жалби. Ваља уважити мишљење Драгана Стојановића који пише: "Са овом функцијом уставни суд се од институције којој се намењује решавање за државу 'крупних' уставних спорова све више претвара у 'суд обичних људи', институцију од које грађани очекују, који се осећају жртвама противправног понашања јавних власти, да коначно дођу до правде, да достигну заштиту повређених Уставом зајемчених права и добију правично задовољење" (Стојановић, 2016: 10).

Ако је то тако, а по свему судећи то јесте тако, може се (и мора) прихватити став да је управо поступање и одлучивање о уставној жалби значајно допринело употпуњавању и комплетирању функције уставног судства – заштите устава као *lex superior*-а и принципа уставности (и законитости), а заштита и обезбеђење људских права и слобода постала круцијални елемент владавине права и демократског устројства државе и друштва. Тако се и на овај начин потврђује легитимитет и демократски значај уставног судства, а то уверљиво говори о перспективи даљег развоја и ширења уставног судства на прагу двадесет и првог века. Зато Francisco Fernandez Segado и закључује: "Један од најзначајнијих феномена уставног правног поретка нашег времена је била универзализација уставног судства" (Segado, 2004: 501).

## Литература

- Cappelletti, M. (1986). Rapport général. U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Прир.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (стр. 285–301) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Capelletti, M. (1982). Communication orale. U L. Favoreu (Прир.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. (стр. 494–501). Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Cappelletti, M. (1981). Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, 2, 625–658.
- Ђурић, В. (2000) *Уставна жалба*. Београд: Београдски центар за људска права
- Favoreu, L., Gaia, P., Ghevontian, R., Mestre, J.-L., Pfersmann, O., Roux, A., Scoffoni, G. (1999). *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Favoreu, L. (1986). Europe Occidentale, U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Прир.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (стр. 17–71) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Ferrer Mac-Gregor (2000). *La accion constitucional de amparo en Mexico y Espana - Estudio de Derecho Comparado*, Mexico: Porrúa
- Garlicki L., Zakrewski. W. (1985). La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Paris, Aix-en-Provence. 17–39.
- Николић, О. (2001). Осамдесет година уставног судства. *Архив за правне и друштвене науке*. Београд, 1, 33–47.
- Николић, О. (1995). Независност уставног судства и положај судија у уставном систему. *Правни живот*. Београд, 12, 259–271.
- Николић, П. (1999). La légitimité de la justice constitutionnelle et la démocratie. U P. Fraisseix (Прир.), *Droit constitutionnel - Mélanges Patrice Gélard*, (стр. 307–313) Paris: Montchrestien
- Николић, П. (1996). *Уставно право*. Београд: Просвета.
- Николић П. (1995). Нужности легитимност уставног судства у демократским системима. *Правни живот*, Београд, 12, 177–185.
- Segdo, F.F. (2004). La justice constitutionnelle devant le XXIe siècle. У С. Ђорђевић (Прир.), *Устав Lex superior* (стр. 501–545) Београд: Удружење за уставно право Србије

- Стојановић, Д. (2016). *Уставно правосуђе*. Ниш: Правни факултет у Нишу
- Vasilescu, F. (1995). Le rôle des cours constitutionnelles dans la période de transition vers une société démocratique. *Revue Roumaine des Sciences juridiques*. VI, 2, 143–150
- Туманов, V.A. (1986). Le cas de l'Union soviétique. U L. Favoreu, J.-A. Jolowicz (Прир.), *Le controle juridictionnel des lois - Légitimité, effectivité et développements récents*. (стр. 113–119) Paris, Aix-en-Provence: Economica, Presses universitaire
- Зоркин, В. Д. (2014). Уставно судство земаља нове демократије: изазови и перспективе. У Д. Слијепчевић (Прир.), *Положај и перспектива уставног судства*. (стр. 47–69), Београд: Уставни суд Републике Србије
- Weber, A. (1985), Le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d' Europe Occidentale, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Paris, Aix-en-Provence. 39–77.

**Oliver Nikolić, LL.D.**

*Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade*

**Ana Čović, LL.D.**

*Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade*

## **CONSTITUTIONAL JUDICIARY AT THE OUTSET OF THE 21<sup>ST</sup> CENTURY**

### **Summary**

*The establishment of constitutional judiciary and its incorporation into the system of government of the modern state was a radical shift in the mechanism of providing for the protection of the constitution and constitutionality. The interconnection of the constitutional judiciary and the legal state (the rule of law) and democratic order, as well as the democratic nature and legitimacy of the constitutional judiciary, have been and remained the cornerstone of its development and expansion worldwide.*

*Within several decades of its existence, the constitutional judiciary has become a necessary element of governing power in a growing number of countries on different continents. As a rule, the constitutional judiciary was first established in democratic countries, but there were also (rare) cases where it was established in less democratic countries, and even in covert or openly autocratic regimes in order to disguise the undemocratic essence of such countries. At the end of the 20<sup>th</sup> century, a number of socialist countries changed their socialist system of government and established constitutional courts as one of the main guarantors of democracy.*

*At the same time, the development of the constitutional judiciary experienced not only “technical” improvement of its mechanism and operation but also a kind of an evolution, especially in terms of its jurisdiction. By establishing the constitutional complaint and enabling the constitutional courts to act upon the constitutional complaint, the constitutional judiciary have been enabled to significantly expand their activities in the field of protection of the constitution and the constitutionality; it especially refers to the protection of basic human rights and freedoms of citizens, which has become (particularly in recent decades) a crucial element of the rule of law (legal state) and its democratic order. It has considerably contributed to the completion of the protection of the constitution as *lex superior* and constitutionality (and legality), all of which significantly enhanced the legitimacy and the democratic value of the constitutional judiciary.*

**Keywords:** *constitutional judiciary, rule of law, constitutionality, legality, human rights.*



**Др Маја Настић\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776083N

UDK: 342.8-054.72  
Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ОПШТЕ БИРАЧКО ПРАВО У ЕРИ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ: ГЛАСАЊЕ ДИЈАСПОРЕ\*\***

**Апстракт:** Гласање дијаспоре (екстерно гласање, гласање исељеника) је начин да се обезбеди реализација бирачког права за све оне грађане који привремено или трајно бораве ван своје земље. У фокусу овог рада јесу неки важни аспекти гласања дијаспоре: услови за стицање и реализацију бирачког права, начин на који се гласови екстерних бирача трансформишу у посланичка места, као и какви су стварни ефекти овог гласања на целокупан изборни резултат. Имајући у виду да су изменама изборног закона 2004. године створени услови за гласање дијаспоре на изборима који се одржавају у Србији, намера нам је да анализирамо на који начин је омогућена реализација бирачког права наших држављана у иностранству и какви су стварни ефекти таквог гласања.

**Кључне речи:** дијаспора, бирачко право, избори.

### **1. Увод**

У ери глобализације принцип општег бирачког права може бити остварен уколико грађани који живе у иностранству имају право гласа на изборима који се одржавају у земљи порекла. Велике миграције, као неизбежан пратилац глобализације, намећу потребу за пуним препознавањем њихових политичких права. За означавање права којима се грађанима у иностранству омогућава да гласају на изборима у држави порекла користе се различити термини: екстерно гласање, гласање дијаспоре, гласање

---

\* маја@prafak.ni.ac.rs

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

исељеника, гласање одсутних, гласање емиграната, гласање ван државе, гласање на даљину (Lafleur, 2013: 17). Ми ћемо најчешће употребљавати термине екстерно гласање и гласање дијаспоре за означавање одредби или поступака који омогућавају да сви бирачи, који су, привремено или трајно, ван земље могу да остваре своје бирачко право ван територије државе порекла (Nohlen, et al: 2007: 65).

Када је реч о дијаспори, она се може дефинисати као „социјално-политичка формација настала добровољним или присилним исељавањем припадника једне етничке, односно националне заједнице, као ‘ентитет’ чији припадници одржавају редовне или повремене везе са својом домовином и са групама истог етничког порекла у другим земљама“ (Kasapović, 2010: 17). Дијаспора се може идентификовати и као друштвени колективитет који егзистира преко граница држава и који је успео током времена да одржи колективни, културни или регионални идентитет кроз осећај унутрашње кохезије и одрживих веза са стварном или замишљеном домовином, и показују способност да изразе колективне интересе чланова друштвене заједнице кроз развијање организационих оквира и транснационалних веза (Kainova, 2009: 45). Најједноставније речено, појам дијаспоре се може односити на етно-националне групе које имају пребивалиште ван територије своје земље.

## **2. Екстерно гласање – историјски аспект настанка**

Екстерно гласање, односно гласање дијаспоре посматрамо као одговор националне државе на глобализационе изазове који су праћени великом миграцијом становништва, како би се подстакла мигрантска лојалност. Овакав вид гласања је релативно нова појава; до 80-их година прошлог века о томе се врло мало говорило, да би ово питање добило на значају након политичких промена током 90-их година прошлог века (Nohlen, 2007: 65). Но, корене екстерног гласања можемо наћи још у периоду Римског царства. Тако, наводи се да је екстерно гласање заправо први пут примењено у време римског цара Августа, када су чланови локалног сената у 28 новоуспостављених колонија могли да гласају за кандидате за градске службенике Рима и да их на дан избора пошаљу у Рим. У новије време Грчка је 1844. године озаконила право Грка који су живели у дијаспори да гласају за Националну скупштину. Позната је примена екстерног гласања 1862. године, када је Висконсин постао прва од неколико америчких држава које су омогућиле гласање одсутних, а које се односило на војнике који су се током грађанског рата борили на страни Уније. У контексту наведених политичких догађаја, републиканци су подржали „екстерно“



законодавство јер су пошли од тога да ће војници вероватно подржати републиканског председника Абрахама Линколна. Крајем 19. и почетком 20. века, Нови Зеланд, Аустралија и Исланд омогућавају гласање својим морнарима. Велика Британија је 1918. године дала право гласа војном особљу у иностранству, које је могло гласати преко својих пуномоћника у земљи (Kasapović, 2010: 21).

Екстерно гласање у контексту „милитантног“ гласања било је посебно актуелно током Првог светског рата с обзиром на број људи који је учествовао у оружаним сукобима. У Уједињеном Краљевству се, услед политичких захтева, уводи гласање војног персонала, које се спроводи путем посредника. Гласање путем поште за војнике, морнаре и остале који раде у иностранству на питањима од националног значаја одвија се у Уједињеном Краљевству почев од 1945. године са тронедељним размаком између гласања у земљи и бројања гласова, како би се вратили гласачки листићи из иностранства. Нови Зеланд, који је још 1890. године омогућио поморцима да гласају, током рата је право гласа проширио на све војнике, а не само на оне који су навршили 21 годину. Француска је увела екстерно гласање 1924. године, када су француски администратори у окупираном Рајнланду могли да гласају путем поште; гласање преко пуномоћника за све војнике је уведено 1946. године, да би од 1951. године гласање путем поште и гласање путем пуномоћника било доступно бирачима различитих категорија, укључујући и оне који су на државној или војној служби (Ellis, 2007: 41–43).

Имајући у виду наведене примере, може се рећи да је гласање које се одвијало ван државе било у функцији препознавања оних који су активно учествовали у рату и тиме значајно допринели својој држави. У Шпанији, међутим, до увођења екстерног гласања долази 1978. године, што је имало симболичан значај јер је његово укључивање у демократски устав требало да значи *ex post* признавање емиграције након Другог светског рата. Али, има и примера држава које дуго нису познавале овај облик гласања. У Аустрији, на пример, све до 1989. године, грађани који нису имали стално пребивалиште у овој држави били су искључени из бирачке евиденције и тиме лишени бирчког права. Међутим, Уставни суд Аустрије<sup>1</sup> нашао је да то представља повреду принципа једнакости грађана и уставне одредбе којом се бирачког права могу лишити само лица осуђена на казну затвора. Након тога, спроведене су измене закона како би се омогућило и грађанима који се налазе у иностранству да буду уписани у бирачки списак. У примени је гласање путем поште (Stern, Valchars, 2013).

---

1 Одлука Уставног суда Аустрије VfSLg 12.023/1989 Извор: <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=1311-Austria-FRACIT.pdf>

Након 2000. године знатно је порастао број држава које уводе овај начин гласања. Према подацима из 2007. године, 115 држава има одредбе којима се омогућава гласање бирачима који се налазе у иностранству. Екстерно гласање је најчешће заступљено у Европи, али је присутно и на осталим континентима. Највећи број држава чланица Европске уније препознаје предности екстерног гласања. У Белгији грађани са пребивалиштем у иностранству могу гласати и на савезним изборима, почев од 1989. године. Услов је да имају бирачку способност и да буду регистровани у конзулату <sup>2</sup>. У Румунији, почев од 1990. године, могуће је екстерно гласање. У Уставу ове државе јасно се истиче да држава подржава јачање веза са Румунима у иностранству и да ће подржати одржавање њиховог етничког, лингвистичког и религијског идентитета. У периоду од 1990. до 2008. године гласови из иностранства додавани су изборној јединици у Букурешту. Како од 2004. године расте интересовање доносиоца одлука за овај вид гласања, то се одражава на нови изборни закон из 2008. године. Овим законом се уводе изборне јединице за гласове из иностранства. Први пут дијаспора је добила директне представнике у румунском парламенту: четири посланика и два сенатора. Екстерно гласање је дозвољено на председничким, парламентарним и изборима за Европски парламент. Од метода гласања у примени су лично, гласање путем поште, преко пуномоћника, електронско, као и гласање путем факса (Buren, 2011: 95). Чешка и Пољска захтевају да они који привремено живе у иностранству буду регистровани у амбасади или конзулату у држави свог пребивалишта. Дозвољено је само лично гласање, док гласање путем поште или преко пуномоћника није могуће. У Чешкој, дозвољено је само гласање у амбасадама и конзулатима, док Пољска успоставља бирачка места и у пољским клубовима и емигрантским удружењима у државама са великим бројем емигрантске популације (Fidrmus, Doyle, 2005). У Бугарској, такође, грађани могу гласати на посебним бирачким местима у амбасадама и конзулатима.

На основу података Института за демократију и изборе из децембра 2014. године, само две државе не дозвољавају екстерно гласање, и то су Малта и Грчка. Но, има примера да је дозвољено екстерно гласање, али се примењује на врло рестриктиван начин и доступно је само одређеној категорији бирача, као што су војници и дипломатски службеници.

---

2 OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights. Belgium, Parliamentary Elections, 10. june 2007. Final Report [www.osce/odhir/elections/belgium/28213](http://www.osce/odhir/elections/belgium/28213). Преузето 27. 09. 2017.

### 3. Екстерно гласање и изборни дизајн

У последње две деценије, екстерно гласање је доживело квантитативне и квалитативне трансформације. Сада је то право грађана који живе ван територије своје државе да буду препознати као њени формални чланови, независно од њихове жеље за повратком и њихове повезаности са државом матицом. Гласање дијаспоре превазилази уске оквире административно-техничких процедура које се тичу регистрације, начина гласања, бројања гласова, и дефинише се као активно и пасивно бирачко право квалификованих појединаца да учествују на изборима и на референдуму чији су држављани, али у којој немају пребивалиште. Поседовање држављанства државе на чијим се изборима учествује, али у којој не постоји пребивалиште је централна карактеристика екстерног гласања и по томе се јасно разликује од гласања странаца и гласања емиграната у држави у којој се пребива. Екстерно гласање у наведеном контексту израз је дубоких промена у свету, економских, политичких и културних, које настају као последица глобализације, масовних миграција из неразвијених у развијене земље у потрази са послом, професионалним напредовањем. Опсег становништва обухваћен овим видом гласања далеко превазилази раније оквире гласања војног и дипломатско-конзуларног особља, и обухвата и економске исељенике, раднике мигранте, стручњаке у потрази за бољим и плаћенијим пословима, студенте (Kasapović, 2010: 22).

Имајући у виду број држава у којима је уведено гласање дијаспоре, може се рећи да је оваква политика широко прихваћена. Но, свакако, овај вид гласања прате и бројни изазови. Навешћемо неке: грађани који живе ван државе гласају на изборима у својој држави порекла, али остају ван домашаја последица свог гласања; интегритет изборног процеса је много теже гарантовати када су бирачи расути у различитим деловима света. Овде треба додати и гледиште према коме исељеницима, који више не плаћају домаће порезе, не треба омогућити пуно уживање политичких права, сходно принципу „No Taxation Without Representation” (Buren, 2011: 88). Но, на страни држава које су се определиле за увођење екстерног гласања су следећи разлози. Прво, државе на тај начин обнављају везе са исељеницима, посебно са оним који су напустили земљу због бившег репресивног режима или услед неповољних историјских околности. Циљ је успостављање транснационалне нације изграђивањем институција како би се ојачале симболичне везе са државом порекла (Buren, 2011: 87). Друго, државе желе да осигурају новчани прилив из иностранства. Државе су заинтересоване да контролишу или да чак сузбију политичке дисиденте и да их мобилишу за подршку, као и да бране интересе миграната у земљи домаћина. То може бити учињено обезбеђивањем институционалних

могућности за мигранте како би достигли друштвену покретљивост, како би се борили против предрасуда повезаних са њиховим транзиционим статусом. То може да помогне члановима дијаспоре да се укључе у модерну економију (Bugen, 2011: 89).

Екстерно гласање је начин да се осигура реализација бирачког права за оне грађане који живе ван државе, али и да се повећа политичка партиципација и ојача поверење у изборни процес и демократски поредак. Остваривање бирачког права дијаспоре ослања се на концепт универзалног права гласа. Опште бирачко право је кључни елемент савремених демократија и општеприхваћени принцип изборног система. Опште бирачко право може и треба да буде подвргнуто ограничењима каква су: старосна доб, држављанство и пребивалиште, уз могућност одузимања права да се бира и буде биран (Настих, 2014:193). Ограничења која су допуштена у контексту остваривања општег права гласа применљива су и на грађане у иностранству (минимална старосна доб, кривична неосуђиваност, пословна способност). Но, пребивалиште, као један од класичних услова за остваривање општег права гласа, није спојив са овим видом гласања. Такође, није искључено да постоје и нека специфична ограничења у погледу ове категорије бирача. То се може односити на дужину времена коју грађани проводе ван своје државе порекла. У Аустралији, на пример, максимална дужина боравка је 6 година; у Канади 5 година, док је у Уједињеном Краљевству 15 година (Fierro, Morales Gratschew, 2007: 20).

Имајући у виду на чему се базира гласање дијаспоре, можемо приметити да је у основи овог гласања концепт етичког држављанства, који подразумева да су држављани сви припадници насловне националне заједнице одређене државе. Концепт етичког држављанства потискује класичан концепт територијалног држављанства. Држављанин није само онај ко је рођен на тлу државе, има у њој пребивалиште и члан је политичке заједнице, већ и онај ко је члан националне или етничке заједнице независно од места боравка. Држављанство стечено пореклом (*ius sanguinis*) постаје доминантан извор ширења бирачког права (Kasapovic, 2010: 22 ).

Гласање дијаспоре услед бројних специфичности које га прате захтева постојање адекватног нормативног оквира. У неким државама гласање дијаспоре је регулисано уставом, као највишим правним актом, док је у другим ова материја предмет законодавног регулисања. Свакако, за истинску реализацију екстерног гласања неопходан је одговарајући законодавни оквир, у коме ће детаљно бити разрађене све одредбе везане за уживање и реализацију права гласа дијаспоре.

Избори који се одржавају ван граница обично намећу велике организационе и техничке припреме и изискују веће трошкове него што је то случај са изборима који се одвијају унутар граница једне државе. У светлу ових околности, кључни проблем је гарантовати остваривање принципа општег, једнаког и тајног гласања, обезбедити једнакост изборног такмичења и спречити повреду изборног закона. Успостављање екстерног гласања намеће потребу посебног регистровања ових бирача.

Екстерно гласање може бити омогућено свим бирачима који живе ван државне територије, или, како је наведено раније, могу постојати ограничења. Сви ови услови треба да буду детаљно регулисани изборним законом. Пожељно је да сви бирачи имају, колико је то могуће, једнаке могућности за гласање. Но, свакако, потребно је извесно прилагођавање које је специфично за екстерно гласање, а које се тиче географске локације бирача, сигурности у транспортовању гласачких листића. Стога, сасвим је разумљиво што се у неким случајевима усвајају изузетне процедуре како би обухват ових бирача био већи. Постоји више модалитета гласања који се могу примењивати када говоримо о гласању из иностранства. То су: лично гласање у дипломатским мисијама или на другим одговарајућим местима, гласање путем поште, гласање преко пуномоћника, електронско гласање и гласање путем факса. Најчешће је у примени лично гласање у дипломатским мисијама и на другим означеним местима, док је најређе у примени гласање путем пуномоћника. Уобичајена је комбинација два или више модалитета гласања, најчешће личног и гласања путем поште. Када се гласање организује у дипломатско-конзуларним представништвима, обично се захтева да постоји одређени минимални број регистрованих бирача.

Регистрација бирача који живе у иностранству може бити активна или пасивна. Пасивна регистрација бирача подразумева да се бирачи из иностранства додају на постојећи бирачки списак, при чему није потребно да се додатно ангажују нити да изразе жељу да учествују на изборима. Активна регистрација бирача из иностранства ставља их у позицију да морају да буду регистровани уколико желе да гласају.

Врло важан институционални аспект екстерног гласања односи се на начин на који се гласови бирача трансформишу у посланичка места. Могуће су две опције: постојање посебних изборних јединица за гласање дијаспоре или да се гласови дијаспоре додељују постојећим изборним јединицама, најчешће према последњем пребивалишту бирача. Свака од ових опција има своју логику. У првој се наглашава специјални, екстратериторијални карактер екстерног гласања, док се у другој наглашава повезаност

грађана са државом матицом. Посебне изборне јединице за грађане из иностранства воде јачању веза екстерних бирача са националном политичком заједницом, чиме се промовише њихова законодавна агенда и остварује директна интервенција у процесу одлучивања у погледу тема од националног значаја.

У Италији је право гласа италијанских држављана који живе у иностранству регулисано уставом. Сходно чл. 48 Устава, утврђено је да бирачко право имају сви пунолетни грађани и грађанке. Устав упућују на закон који одређује средства и начин спровођења бирачког права грађана са пребивалиштем у иностранству. У циљу спровођења тог права, основана је организација која представља бирачко тело у иностранству, под називом Естеро (Circcoscrizione Estero) и која има своја посланичка места, чији је број одређен уставним нормама у складу са законом. Бирачко право, а то важи за све, не може бити органичено осим у случају да је грађанин законски неспособан за гласање, у случају неопозиве кривичне пресуде или у случају моралне недостојности предвиђених законом. Сходно чл. 56 Устава Италије<sup>3</sup>, Доњи дом парламента има 630 посланика, од којих су 12 из организације Естеро. Грађани који живе у иностранству представљени су и у Горњем дому, Сенату. Број сенатора је 315, и од тог броја је њих шесторо из организације Естеро. Овакав уставни оквир је праћен одговарајућим законима којима се разрађује право гласа дијаспоре и утврђује начин њеног представљања. Наиме, грађани у иностранству распоређени су у четири посебне изборне јединице: прва обухвата бираче у Европи (са Русијом и Турском), друга, у Јужној Америци, а трећа је за Северну и Централну Америку, док четврта покрива подручје Африке, Азије, Океаније и Антарктика. Екстерно гласање је први пут примењено на референдуму одржаном у мају 2003. године (Fierro, et al 2007: 28).

У Европској унији, поред Италије, још три државе имају парламенте у којима седе представници дијаспоре. То су Француска, Хрватска и Португал. У Француској дијаспора има своје представнике у Сенату још од 1948. године, те се може рећи да ова држава представља пионира у укључивању дијаспоре у представничко тело. Уставом је утврђен број од 3 сенатора, а онда је он постепено растао и дошао до броја 12. Међутим, сенаторе не бирају директно Французи у иностранству, већ су они изабрани од стране посебног тела које броји 155 чланова и у коме је представљено око 2 милиона бирача који живе ван територија Француске. Почев од 2012. године, дијаспора има своје представнике у Националној скупштини. Током мандата председника Саркозија (*Nicolas Sarkozy*) донета је одлука о увођењу 11 места за посланике „из иностранства“. Узрок томе је значајан

3 Извор: [formazionecivica.lepida.it/constituzione/c20.pdf](http://formazionecivica.lepida.it/constituzione/c20.pdf) Преузето: 25. 09. 2017.

пораст броја грађана који се селе у иностранство, како у Европску унију, тако и у Северну Америку, као и у традиционалне регије севера Африке и подсахарске Африке. Да би се квалификовали за гласање, француски држављани морају да се региструју у конзулату земље у којој су се настанили. Изборне јединице су, као и у Италији, утврђене на географској основи; једна, обухвата САД и Канаду; друга, Мексико и читаву Латинску Америку; трећа, северну Европу, која укључује и Уједињено Краљевство; четврта обухвата земље Бенелукса; пета, Андору, Монако, Португал и Шпанију; шеста, Лихтенштајн и Швајцарску; седма, Централну и Источну Европу; осма, Јужну Европу, Израел и Турску; девета, северозападну Африку, десета, Централну, Источну, Јужну Африку, и део Средњег истока, и једанаеста, Белорусију, Украјину, Русију, Молдавију, Океанију и већи део Азије. У свакој изборној јединици бира се по један посланик<sup>4</sup>.

Грађани Португала који живе у иностранству представљени су у Представничком дому почев од 1976. године. Они су распоређени у две изборне јединице; једна је за Европу, а друга за остатак света. У свакој изборној јединици бирају се по два посланика, али под условом да је гласало најмање 55.000 бирача у тој јединици. Ако је гласало мање бирача, онда ће бити додељено само једно место<sup>5</sup>.

Давање права гласа дијаспори у Хрватској се дешава током 90-их година прошлог века. ХДЗ, као водећа политичка партија, била је заинтересована да што већи број Хрвата ван Хрватске стекне њено држављанство и бирачко право (Nohlen, Grotz, 2007: 73). Бирачко право дијаспоре је представљало израз захвалности Хрватске за велики допринос који је дала националној економији. Исељеници су слали новац својим породицама и улагали новац у локалне, националне објекте, а затим и у државноправни пројекат и хрватску економију (Kasapović, 2010: 23). Дијаспора 1995. године добија фиксних 10% заступника у Сабору, који су бирани у једној изборној јединици, која је обухватала читав свет, да би 2011. године тај број био смањен на 3 заступника, који се такође бирају у једној изборној јединици.

Укључивање дијаспоре у представничка тела доводи до трансформације традиционалног парламента у космонационални парламент (cosmonational parliament) (Laguette, 2013: 47). Овакав парламент треба разликовати од транснационалног парламента, који постоји у оквиру Савета Европе или НАТО-а. Управо се гласање дијаспоре најчешће односи на парламентарне

---

4 Извор: <https://www.fifthandahalfrepublic.com/words/2017/6/5/diaspora-representation-les-franais-tablis-hors-de-la-france> Преузето 27. 09. 2017.

5 Извор: [https://www.overseasvotefoundation.org/files/Diasporas\\_Represented\\_in\\_their\\_Home\\_Country\\_Parliaments.pdf](https://www.overseasvotefoundation.org/files/Diasporas_Represented_in_their_Home_Country_Parliaments.pdf) Преузето 25. 09. 2017.

изборе, али је могуће и да дијаспора бира председника републике, као и да се изјашњава на референдуму.

Остваривање права гласа дијаспоре најчешће подразумева њихову регистрацију у оквиру посебног бирачког списка. Према томе како су постављени захтеви за регистрацију бирача, то се директно одржава на опсег грађана у дијаспори који ће њоме бити обухваћени. Најчешће, она подразумева да се грађани у иностранству пријављују, односно подносе захтев да би гласали на изборима у својој земљи. У неким државама, попут Уједињеног Краљевства, претходни услов да би неко био уписан у бирачки списак дијаспоре јесте да је био уписан у бирачки списак у Уједињеном Краљевству и да од тренутка њиховог боравка у Уједињеном Краљевству и боравка у иностранству није прошло више од 15 година, или уколико су били сувише млади пре свог одласка из Британије и напунили су 18 година у иностранству, онда је услов да је њихов родитељ/старатељ био на бирачком списку (Green, 2007: 101). Шведска признаје право гласа најдуже 10 година, након чега се бирачи из иностранства бришу из регистра. Португал условљава доделу бирачког права доказом да постоји ефективна веза исељеника са националном заједницом, знањем протугалског језика и ограниченим боравком у иностранству у трајању од 10 односно 15 година (Kasarić, 2010: 22).

Иако није чест случај да гласови дијаспоре одлучујуће утичу на исход избора у земљи матици, то није без преседана. У Италији, на изборима одржаним 2006. године, дијаспора је помогла у конституисању „танке“ већине у Сенату, које је довело до формирања владе Романа Продија (Arcioni, 2006). То је био случај и са Хрватском 90-их година прошлог века. У том периоду, некадашњи хрватски председник Фрањо Туђман веома је користио наклоност Хрвата који живе ван граница државе. Председничке изборе у Румунији одржане 2009. године карактерисала је поларизација политичке сцене. Трајан Басеску, актуелни председник из Демократско-либералне партије, добио је минималну предност над кандидатом Социјално-демократске партије Дан Мирча Ђаоном, некадашњим шефом дипломатије и лидером највеће опозиционе партије. Кључну улогу у избору Басескуа одиграла је управо румунска дијаспора.

#### **4. Гласање дијаспоре на изборима у Србији**

Србија је једно од најпознатијих емиграционих подручја, чија дијаспора је једна од најбројнијих на свету. Она у апсолутном смислу није велика као што су дијаспоре неких бројних народа. Али, дијаспора је значајна у релативном смислу, односно представља велики део српског народа. О



броју припадника дијаспоре не постоје прецизни подаци, али процењује се да број лица српског порекла у иностранству износи око 4 милиона, што значи да готово трећина нашег становништва живи изван граница Републике Србије.<sup>6</sup>

Нормативни оквир који дефинише положај дијаспоре је утврђен Уставом, као највишим правним актом. Наиме, већ у оквиру начела Устава, у члану 13 истиче се да Република Србија штити права и интересе својих држављана у иностранству; Република Србија развија и унапређује односе Срба који живе у иностранству са матичном државом. Србија је 2011. године донела и Стратегију очувања и јачања односа матичне државе и дијаспоре и матичне државе у Срба у региону.<sup>7</sup> Основни циљ доношења овог документа је успостављање и очување континуитета и јачање односа матичне државе и дијаспоре, као и матичне државе и Срба у региону.

Први системски закон о односима између матичне државе и дијаспоре, и матичне државе и Срба у региону је Закон о дијаспори и Србима у региону, који је донет такође 2011. године. Овим законом, под појмом дијаспоре подразумевају се држављани Републике Србије који живе у иностранству и припадници српског народа, иселјеници са територије Републике Србије и из региона и њихови потомци. Под појмом Срба у региону, у складу са наведеним законом, подразумевају се припадници српског народа који живе у Републици Словенији, Републици Хрватској, Босни и Херцеговини, Црној Гори, Републици Македонији, Румунији, Републици Албанији и Републици Мађарској (чл. 2 Закона). Овим законом уводи се Скупштина дијаспоре и Срба у региону, као највише представничко тело дијаспоре и Срба у региону, коју чини 45 делегата. Надлежност Скупштине је да утврђује проблеме дијаспоре и Срба у региону, предлаже мере за њихово превазилажење, даје смернице за израду Стратегије, бира савете дијаспоре и Срба у региону, надзире њихов рад и одлучује о престанку мандата њихових чланова.

Када говоримо о гласању дијаспоре на изборима који се дешавају у Србији, треба напоменути да оно налази своју ограничену примену. Наиме, грађанима наше земље који привремено или стално бораве у иностранству изменама изборног закона из 2004. године омогућено је да буду уписани у посебан бирачки списак и да гласају у земљи у којој имају пребивалиште. Гласање у иностранству спроводи се према изборним правилима која важе и за гласање у земљи, уз извесне специфичности. Грађани у дијаспори уписују се у бирачки списак према свом последњем пребивалишту пре

---

6 [http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija\\_mvd2011.pdf](http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija_mvd2011.pdf)

7 [http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija\\_mvd2011.pdf](http://dijaspora.gov.rs/wp-content/uploads/2012/12/strategija_mvd2011.pdf)

одласка у иностранство, односно према последњем пребивалишту једног од родитеља. Да би припадник српске дијаспоре остварио бирачко право у иностранству, мора да се одазове позиву Министарства спољних послова Србије. Наиме, дан након расписивања избора у Србији, дипломатско-конзуларна представништва наше државе обавештавају бираче који имају боравиште у иностранству да преко њих могу поднети захтев да се у бирачки списак упише податак да ће на предстојећим изборима гласати у иностранству.<sup>8</sup> Овакав захтев, сходно Закону о јединственом бирачком списку, може се упутити најкасније пет дана пре дана закључења бирачког списка. Дипломатско-конзуларно представништво коме је поднет овакав захтев о томе обавештава општинску, односно градску управу надлежну према месту пребивалишта бирача. То значи да су бирачи у иностранству део јединствене евиденције бирача; једино се у бирачки списак уписује податак да ће бирач гласати према месту пребивалишта које се налази у иностранству. У случају да лице није уписано у јединствени бирачки списак, за одлучивање по захтеву за упис података о томе да ће бирач гласати у иностранству неопходно је претходно спровести поступак уписа у јединствени бирачки списак. У том случају, захтев за упис података да ће бирач гласати у иностранству доставља се истовремено са захтевом за упис у јединствени бирачки списак.

Министарство надлежно за послове управе припрема и оверава посебне изводе из бирачког списка за гласање ових бирача и доставља их Републичкој изборној комисији (РИК), која посебне изводе заједно са осталим изборним материјалом доставља Министарству спољних послова. Чланове бирачког одбора у сталном саставу у иностранству именује РИК, на предлог министарства надлежног за иностране послове. Бирачки одбор у проширеном саставу чини по један представник подносиоца изборне листе чија је листа проглашена. Чланове бирачког одбора у проширеном саставу у иностранству именује РИК, на предлог подносиоца изборне листе чија је листа проглашена. Председник бирачког одбора именује се, по правилу, из реда дипломираних правника запослених у дипломатско-конзуларном представништву (чл. 73 а ЗИНП). Када говоримо о самом гласању, треба имати у виду разлику у часовним зонама у којима се налазе бирачка места у иностранству. Зато, гласање траје два дана и мора да се заврши истог дана и часа по локалном времену које одговара завршетку гласања у Републици Србији. У државама које се налазе у часовним зонама

---

8 Овај захтев мора да садржи следеће податке: име и презиме, име једног родитеља, ЈМБГ, општину, односно град и адресу пребивалишта бирача у земљи, као и податке о општини, односно граду и адреси боравишта у иностранству према којој ће бирач гласати на предстојећим изборима.

западно од централноевропске часовне зоне, којој припада и Србија, гласање се одвија дан раније, од 7.00 до 20.00 часова по локалном времену, док се у државама које су у источним часовним зонама гласање обавља истог датума који је одређен за гласање у Србији, такође, у времену од 7.00 до 20.00 часова по локалном времену

Овакав систем регистрације бирача одвраћа велики број њих који имају пребивалиште у иностранству од учешћа у изборном поступку. Наиме, иако су уписани у бирачки списак, поводом сваких избора мора се забележити да се они пријављују за гласање према месту пребивалишта у иностранству, чиме се оптерећују и бирачи и изборна администрација. Бирачима у иностранству омогућено је да учествују на парламентарним и председничким изборима, као и на референдуму. Имајући у виду динамику спровођења (ванредних) парламентарних избора у Србији у последњих неколико година (2012, 2014, 2016), у комбинацији са (редовним) председничким изборима, одржаним 2017. године, јасно је у којој мери овакав систем регистрације бирача неповољно утиче на заинтересованост бирача који су у иностранству да гласају. Уколико се томе дода и чињеница да бирачи који имају боравиште у иностранству гласају у дипломатско-конзуларним представништвима Републике Србије и на посебним бирачким местима која одређује РИК, јасно је због чега учешће ових бирача више има симболичан него реалан значај. Наш законодавац се определио само за модел личног гласања у контролисаним условима, без могућности примене алтернативних видова гласања, као што су гласање путем поште или електронско гласање. Како бирачка места могу бити отворена само у дипломатско-конзуларном представништву и уколико је број пријављених бирача већи од 100, врло често се дешава да су она веома удаљена од места пребивалишта наших држављана у иностранству; готово да је лакше доћи у Србију и гласати, него гласати у земљи пребивалишта. Овде је реч о тзв. „функционалним“ апстинентима. Бирачи не излазе на изборе јер су материјални и временски трошкови партиципације већи од изборне добити и изборне мотивације.<sup>9</sup> Уколико заиста постоји намера да се омогући гласање дијаспоре на националним изборима, неопходно је изборним законодавством предвидети отварање бирачких места и ван дипломатско-конзуларних представништава или се определити за друге моделе гласања.

Илустроваћемо то и конкретним подацима са одржаних председничких и парламентарних избора. Наиме, на изборима за председника Србије одржаним 2004. године први пут је омогућено гласање дијаспоре. Тада, у бирачки списак је уписано 10.080 бирача, а гласало је њих 8.508 бирача.

<sup>9</sup> <http://cesid.bg..28>

Следећи пут, на референдуму о Уставу Србије одржаном 2006. године, гласало је само 2. 960 грађана. На парламентарним изборима одржаним 24. априла (и 4. маја) 2016. године, отворена су бирачка места у следећим државама: Аустрији, Белгији, Босни и Херцеговини, Великој Британији, Италији, Јужноафричкој Републици, Канади, Македонији, Румунији, Руској Федерацији, СР Немачкој, Словачкој, Словенији, Турској, Уједињеним Арапским Емиратима, Француској, Холандији, Хрватској, Црној Гори, Чешкој Републици и Швајцарској. У наставку следе подаци о броју отворених бирачких места и броју уписаних и изашлих бирача.

назив државе	број бирачких места	број уписаних бирача	број гласалих
Аустрија	1	557	476
Белгија	1	188	163
БиХ	2	668	601
Велика Британија	1	260	209
Италија	4	812	629
Јужноафричка републ.	1	168	101
Канада	1	214	119
Македонија	1	147	130
Румунија	1	150	54
Руска федерација	1	191	164
СР Немачка	6	1822	1430
САД	3	415	275
Словачка	1	102	63
Словенија	1	147	107
Турска	1	193	113
УАЕ	1	197	113
Француска	2	456	374
Холандија	1	187	158
Хрватска	1	193	86
Црна Гора	2	686	361
Чешка Република	1	157	135
Швајцарска	3	561	432
укупан број	37	8498	6293

Извор: <http://www.rik.parlament.gov.rs/izbori-za-narodne-poslanike-2016-rezultati.php>

Можемо приметити да је највећи број бирача пријављених за гласање са пребивалиштем у Немачкој (1822), где је отворен и највећи број бирачких места (6); укупан број уписаних бирача на свих 37 бирачких места организованих у иностранству је 8.498, а број гласалих нешто мањи 6.293. У Извештају РИК-а о укупним резултатима избора за народне

посланике наводи се да је број бирача уписаних у бирачки списак 6.739.441; укупан број бирача који су гласали 3.778.923. То значи да је удео бирача из иностранства у укупном броју бирача свега 0,12%, односно удео гласова из иностранства у укупном броју бирача који су гласали је скромних 0,17%.

У којој мери дијаспора није заинтересована за учешће на изборима који се одржавају у Србији можемо видети ако број регистрованих бирача упоредимо са бројем држављана Републике Србије који бораве у иностранству. Навешћемо податке којима располаже Eurostat <sup>10</sup>.

Табела 3: Држављани Републике Србије према земљама највеће емиграције у 2011. години и по основу одобрења привременог боравка, извор: <http://err.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/populations/data/database>

земље дестинације у ЕУ	укупно	спајање породице	школовање	рад	други разлози	избеглички статус
СР Немачка	247.035	81.381	611	1.598	159.558	2.261
Аустрија	111.403	10.443	917	327	99.716	0
Италија	58.379	25.148	747	29.977	1.314	794
Француска	34.427	7.972	166	579	20.128	5.442
Шведска	10.381	6.025	77	349	781	407
Словенија	8.387	1.233	195	3.186	3.771	5
Грчка	3.766	2.194	181	897	494	0
Шпанија	3.246	742	211	275	1.972	36
Словачка	4.103	281	25	275	3.517	5
Чешка	2.301	938	114	388	857	1

Можемо приметити да највећи број наших држављана привремено борави у Немачкој, и тај број износи око 250.000. На парламентарним изборима одржаним 2016. године, у овој држави је отворен највећи број бирачких места, али је укупан број регистрованих бирача био свега 1.822. Слична ситуација је и са Италијом, где борави око 60.000 наших грађана, а интересовање за учешће на изборима изразило је њих 800. У Аустрији борави преко 100.000 наших грађана, а на последњим парламентарним изборима уписано је тек нешто више од 500 бирача.

Разлози за изборну апстиненцију бирача са пребивалиштем у иностранству за изборе који се организују у Србији су бројни: од техничких до оних суштинске природе. Имајући у виду веома мали број бирачких места на којима се избори организују, одлука да учествују на изборима често може бити у директној вези са значајним финансијским издацима, али и огромним утрошком времена несвојственим изборној партиципацији. Бирачи у иностранству нису посебно мотивисани за учешће на изборима

10 Агенција за статистику Европске уније

услед тога што и политичке странке у изборној кампањи не допиру до ове циљне групе и не представљају понуде које ће бити усмерене ка овим бирачима. Политичке странке, вероватно имајући у виду мали процентни удео бирача из иностранства у укупном броју гласова, не желе да улажу новац и енергију у покушаје да пружи више информација грађанима у дијаспори поводом предстојећих избора. Осим тога, гласови бирача из иностранства не могу одлучујуће утицати на исходе избора, као што се дешавало у неким другим, раније поменути, државама.

Када је реч о томе како се гласови придружују осталим гласовима, ситуација је једноставна услед примене постојећег изборног система. Чисти, пропорционални избори у којима је читава држава једна изборна јединица не стварају проблеме када су у питању гласови дијаспоре. Наиме, сви гласови бирача, где год да су прикупљени, збрајају се и претварају у мандате на једном месту.

## 5. Закључне напомене

Гласање дијаспоре је начин на који националне државе настоје да се суоче са глобализацијским изазовима и миграцијама становништва. Последњих година дијаспора је почела да игра много активнију улогу у политици како у земљи порекла, тако и у земљи свог пребивалишта. Позитивна страна укључивања дијаспоре у политички живот државе порекла је у томе што дијаспора може да гради мостове између држава и да помогне у промовисању демократије, како у држави у којој борави, тако и у држави свог порекла. Велики број држава, посебно на подручју Европске уније, определио се да омогући гласање дијаспоре на националним изборима. У различитим државама у примени су различити модалитети гласања и различит начин трансформације ових гласова у посланичка места, што је у извесној мери условљено и применом одговарајућег изборног система.

Србија припада групи држава које формално допуштају својим држављанима који имају пребивалиште у иностранству да гласају на националним изборима. Међутим, систем регистрације бирача и начин гласања креиран је тако да не подстиче и суштинско учешће наших држављана у иностранству да гласају на изборима. Најбоља потврда тога је несразмерно мали број грађана Србије који су уписани у бирачки списак за гласање у иностранству у односу на њихов стварни број.

## Литература

Buren, T. (2011): Political participation by the Romanian Diaspora, U: Sum P., King R., *Romania under Basescu: Aspirations, Achievements and Frustrations Durint His First Predsedential Term*, Lanham, Lexington Books, 83–105.

Ellis, A. (2007): The history and politics of external voting, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 41–63.

Green P (2007): Entitlement to vote, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 89–103.

Fierro N.C, Morales I., Gratschew M. (2007): External voting: a comparative overview, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 11–34.

Fidrmus, J; Doyle, O: (2005): Voice of the diaspora: An analysis of migrant voting behaviour, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/39603/1/51293259X.pdf>, Преузето 27. 08. 2017.

Lafleur, J.M. (2013): Transnational Politics and the State: The external Voting Rights of Diaspora, New York, Taylor & Francis

Kasapović, M. (2010): Tko i kako predstavlja „dijasporu“, *Političke analize*, 3, 15–19.

Kasapović, M. (2010): Hrvati, hrvatski državljani i dijaspora, *Političke analize*, 2, 21–24.

Koinova, M. (2009): Diasporas and democratization in the post-communist world, *Communist and Post-Communist Studies*, 42, 41–64.

Dieter N., Grotz, F.(2007): The legal framework and an overview of electoral legislation, *Voting from abroad* (The International IDEA Handbook), Stockholm, International Institut for Democracy and Electoral Assistance, 65–76.

Laguerre, M.(2013): Parliament and Diaspora in Europe, Palgrave Macmillane

Настић, М. (2014): Изборна правила у Србији и европски стандарди: опште право гласа; *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68, 187–205.

Stern J., Gerd V., Access to Electoral Rights Austria, <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=1311-Austria-FRACIT.pdf> . Преузето 27. 09. 2017.

Одлука Уставног суда Аустрије VfSLg 12.023/1989

**Maја Nastić, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **UNIVERSAL SUFFRAGE IN THE GLOBALIZATION ERA: DIASPORA VOTING**

### **Summary**

*In the era of globalization, the principle of universal suffrage can be achieved if citizens who live abroad are eligible to vote in the elections held in the country of their origin. Large population migrations, which inevitably accompany globalization processes, impose the need for full recognition of their political rights. Diaspora (external) voting is a way to ensure the exercise of the right to vote for all citizens who are temporarily or permanently residing outside their country of origin. External voting is seen as an integral part of universal suffrage. It can be made accessible to all citizens residing outside the national territory or there may be certain restrictions on the entitlement to vote externally.*

*The largest number of EU countries recognizes the advantages of external voting, as evidenced by recent changes in their election laws. Citizens who live abroad may be enabled to vote if a specific number of them have been registered by the representatives of the diplomatic mission in the country of residence, and their right to vote may be time-limited. A particularly important aspect of external voting refers to the way in which the external voters' ballots are transformed into seats in Parliament. Thus, there are two options: establishing extraterritorial electoral units, or counting the votes of external voters in the existing constituencies. Another very important issue is whether diaspora voting contributes to exercising the diaspora voting rights, and whether it increases the legitimacy of the democratic system or, in turn, reduces it.*

*The focal point of this article are some key elements of diaspora voting in Serbian elections: whether and under what conditions the diaspora voters may vote, what is the dynamics of such participation and what is the turnout, and what are the organizational and technical challenges posed by the external voting. Under the amended 2004 Act on Elections of Member of Parliament, Serbian citizens residing abroad are enabled to vote in elections held in Serbia. In this article, the author examines the relevant legal provisions on the exercise of the active voting right of Serbian citizens living abroad and analyzes the actual effects of diaspora voting right on the elections in Serbia.*

**Keywords:** *universal suffrage, globalization, political rights, diaspora voting, external voting, Serbian legislation.*



**Др Јелена Вучковић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776101V

UDK: 342.33

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УСТАВНИ ПРИНЦИП ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ И ГЛОБАЛИЗАЦИЈА**

**Апстракт:** Глобализација као друштвени феномен јавља се нарочито последњих деценија двадесетог века променом односа светских сила и завршетком хладног рата, уз растући тренд развитка информационих друштава, напретка технологије, јачања неолибералног концепта државе, да би данас био актуелан подједнако као и онда када се појавио. Овај феномен снажно је утицао на правно уређење држава кроз читав систем писаних и неписаних норми које имају наднационални карактер, а постају део националних система. Деловањем Уједињених нација, развојем и ширењем Европске уније, у правне системе појединих држава уводе се најпре одредбе о људским правима које имају униформни карактер, да би се затим наметнуо читав низ међународних докумената који у различитим областима намећу стандарде квалитета, дефинишу и забрањују начин употребе појединих института, прописујући обавезу усклађивања домаћих регула са прихваћеним међународним правилима. Концепт света као "глобалног села" неминовно је означио промену уставног уређења држава које желе да буду део овог концепта и то увођењем државних органа и недржавних јавних субјеката који треба да омогуће остваривање овог циља.

Концепт глобализације утицао је и на Устав Републике Србије из 2006. на видљив начин, кроз одредбе о људским правима, увођење у хијерархију правних норми општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора, увођење институција за заштиту људских права попут заштитника грађана, систем органа који треба да обезбеде независност правосуђа (Високи савет судства, Државно веће тужилаштва), али и стварањем услова за формирање читавог низа државних и недржавних јавних субјеката који располажу квазизаконодавним и квазисудским овлашћењима, попут

---

\* v\_jelena0405@yahoo.com

*јавних агенција. Све то поставља питање њиховог позиционирања у уставном систему Републике Србије посматрано са аспекта поделе власти. Да ли ови органи, уведени у домаћи уставноправни систем, могу бити дефинисани као део једне од грана власти или ћемо их одредити као посебну, четврту грану власти? Да ли је концепт поделе власти у савременим уставним системима уопште и могуће схватити у духу Монтескјеа и Русоа?*

*У контексту глобализације интересантно је преиспитати и однос постојећих грана власти и њихове равнотеже и међусобне контроле. Видљиво је и очигледно слабљење парламентарних и демократских органа уз тенденцију јачања извршне власти. Све то ствара нестабилност и нефункционалност домаћег правног система уз видљив утицај политике и неформалних центара моћи. Идеја глобализације као почетно позитивна и усмерена на глобално уједначавање квалитета живота сваког појединца, отворила је низ дилема на које ћемо покушати да дамо одговоре.*

**Кључне речи:** *глобализација, подела власти, устав, уставни системи, људска права, заштитник грађана, јавне агенције.*

## **1. Агенцификација као глобални процес**

### **1.1. Појам и проблем глобалног тренда**

Промена социјалног амбијента, која се одиграла током XX и почетком XXI века, изазвала је регулисање дотада нерегулисаних области друштвеног живота и довела је до промене карактера савремене државе. Промене, које се тичу утицаја ратова, економске кризе и потреси светских размера, потреба за економским и друштвеним планирањем, социјална политика, екологија, култура и спорт, број информација потребних да се покрену ресурси, довеле су до јачања извршне власти, како у организационо структуралном смислу, тако што је она постала структурално сложенија и дивергентнија, односно у квалитативном смислу, јер је ојачала свој функционални капацитет моћи. У тако сложеном и конфликтном амбијенту настао је глобални процес агенцификације (Thiel, 2011:17).

Агенцификација је глобални процес који је обележио развој управних система широм света, од почетка 80-их година XX века. Њега карактерише трансферисање централних државних активности на велики број различитих агенцијских тела. Стварају се посебне управне организације

агенцијског типа, које својим функционисањем утичу и мењају односе у институционалној арили, како у националним управним системима, тако и на супранационалном нивоу. Савремени свет је постао свет агенција (Verhoest, Thiel, Bouckaert, Paegreid, 2011: 3). Агенције су део политичког дизајна парламентарних демократских система.

Агенције се могу наћи у различитим облицима на различитим нивоима државно-правне делатности. Поред регулаторних агенција, које су најзначајнији облик агенцијског деловања, без којих се квалитетна јавна управа не може замислити, агенције се могу пронаћи на сваком кораку, од органа државне управе до недржавних облика јавног управљања и локалне самоуправе. Има агенција које нису само синоним „тајне“ државне моћи (агенције државне безбедности, националне сигурности и др.) већ има агенција које су противтежа извршној власти, које ограничавају „слободу“ креирања јавних политика и доношења одлука, које су супротне циљевима „добре управе“.

Процес агенцификације се јавља под утицајем глобалне концепције Новог јавног менаџмента (*New public managment*) и новог схватања улоге државе, тзв. „регулаторне државе“. Регулаторна држава почива на идеји поверавања послова регулације посебним телима, односно организацијама које су стручне и релативно аутономне од евентуалних политичких утицаја, како би се осигурала тржишна утакмица између даваоца јавне услуге, односно заштитила права корисника или запослених (Мајоне, 1997: 139–167; Леви-Фаур, 2004).

Овим процесима остварује се заправо управна децентрализација као део процеса агенцификације, којим се политички вођена централна управа разбија на мање делове, с одређеним степеном политичке аутономије, високим захтевима професионализма и позиционирања у институционални механизам посебног надзора и одговорности за резултате рада агенција. Тако се као социјална и економска нужност и намећу основне карактеристике агенција, као што су: професионализам, специјализација за одређену област, стручност, динамичност у раду и већи или мањи степен менаџерске и политичке аутономије (Копрић, Марчетић, 2000: 25–82; Pollitt, 2007).

Процес агенцификације уобличава нови модел тзв. агенцијске управе у којем се агенције постављају као алтернатива класичним управним организацијама – министарствима. Министарства остају мултифункционалне, велике организације са статусом органа државне управе, које интегришу обликовање јавних политика, регулацију и имплементацију, које су подвргнуте хијерархијској контроли и

политичком вођству. Насупрот њима јавне агенције су специјализоване, мање организације, које су пре свега усмерене на имплементацију, уз контролу резултата и стручно вођство. Њима се додају регулаторни али и квазисудски послови (Pollitt, Bouckaert, 2004).

Између државно-правних система постоје бројне разлике у агенцификацији јер свака земља има своју политичку историју и правну традицију, специфичност уставног и политичко-административног система и културе. Међутим, и поред тога, могу се уочити и бројне сличности овог глобалног процеса.

### **1.2. Разлози и глобални процеси агенцификације**

То су захтеви “Новог јавног менаџмента” (*New Public Management*), који афирмише економичност, ефикасност и ефективност, продуктивност и профитабилност управног система и јавног сектора у целини. Он на деловање јавне управе примењује начела која се користе у приватном сектору.<sup>1</sup> Требало је решити кључно питање: шта држава треба да финансира и да ради, шта држава треба да финансира, али не ради, и шта држава не треба ни да финансира ни да ради. Његове мере спроводиле су конзервативне политичке странке најпре у Великој Британији и САД, а касније на Новом Зеланду, у Аустралији и Канади са циљем да на принципима економичности појачају квалитет јавних услуга и тако задобију поверење (легитимитет) грађана.

Доктрина новог јавног менаџмента фокус ставља на управљање а не на политику, на оцењивање перформанси, односно контролу резултата (*performance management*) и ефикасност рада управног система, на оснивање све већег броја јавних агенција, које делују на принципу рационалности и контроле трошкова, на увођење квази тржишта и конкурентности унутар јавног сектора и на укључивање приватног сектора у обезбеђивање јавних услуга („contracting out“). На тај начин Нови јавни менаџмент директно утиче и потпомаже процес агенцификације јер су се јавне агенције показале као најадекватнија форма за остваривање ових циљева. Агенције постају доминантни и незаобилазни део нове јавне управе.

---

1 У Великој Британији (Маргарет Тачер) уведе се промене у деловању јавног сектора а једна од најзначајнијих је увођење „Next Steps Agencies“. Ради се о формирању низа административних агенција, па их 2004. има преко 120, чиме се врши реструктурисање управног система због његове веће рационалности. Задржавају се само оне функције и надлежности за које је оправдано да остају у тој структури. На другој страни, оснивају се јавне агенције, на које се преноси део задатака и функција државне управе, јер су јавне услуге корисницима потребне, али не да их обезбеђује непосредно држава (Verhoest et al. 2011: 57).

У правној теорији постоји неколико схватања која се баве разлозима агенцификације. Сва она полазе од става да централизована и бирократска државна управа, која не може да ефикасно и делотворно врши своју функцију, треба да буде структурално и функционално трансформисана. Јавне агенције су управо та функционална форма.

Тако, теорија „*buffer*” полази од тога да су јавне агенције основане са циљем да се обезбеди заштита од превелике политизације државне управе, која се показала штетна нарочито у оним управним ресорима који обављају превасходно стручне послове. Стручност и професионалност вршења управних послова је доведена у питање због политизације државне управе, односно штетног политичког утицаја који је игнорисао професионални приступ и евалуацију јавне политике. Јавне агенције треба да буду заштићене од политичког утицаја, нарочито извршно-оперативне службе. Дакле, политизација је разлог агенцификације, односно настанка аутономних агенцијских тела (Лилић, 2009: 278). Проблем је што и онда када се успостави систем агенција, треба стално и изнова настојати да се уклони политички утицај на дизајнирање и контролу агенција (Peters, 2011: 8).

Према теорији „*escape*”, јавне агенције се оснивају са циљем да отклоне недостатке традиционално споре и неефикасне државне управе. Најзад, теорија „*back double*” смисао оснивања агенција налази у потреби ефикасне јавне службе и задовољавања потреба корисника – грађана (Craig, 2003: 92).

Основни разлози глобалне агенцификације су: већа специјализација јер органи управе имају широке надлежности, што их спречава да се специјализирају за обављање широке палете послова, флексибилно управљање, пословање и финасирање у односу на строга и стриктна правила управно-правног режима, који важи за органе управе, корисници услуга могу да утичу на пословање агенција и тако на квалитено задовољавање њихових потреба (партиципација у управљању пословима агенције), деполитизација у раду агенција, транспарентност и самосталност рада агенција и растерећење државне администрације (Милосављевић, 2002: 98).

Међутим, у сваком уставном и управном систему постоје конкретни историјски, политички, економски и традиционално-културни разлози, који негде делују јаче или слабије. Они детерминишу порекло, положај, функције, аутономију, па и контролу јавних агенција у конкретној правно-политичкој институционалној арени сваке државе.

Тако, агенције као посебна врста државних органа и институција јавног права, настале су крајем XIX века у Сједињеним Америчким Државама,

установљавањем посебне агенције у области транспорта – *Међудржавне комисије за трговину* (Мартиновић, 2012: 392). Комисија је основана одлуком Конгреса као независна регулаторна агенција, независна од извршне власти, и постаје први пример независног регулаторног тела.<sup>2</sup> Међутим, агенције у САД нису имале једнак статус јер поред независних регулаторних тела, један број агенција је у саставу извршних департмана (пандан министарствима у Европи). Иако примарно настале у англосаксонском управно-политичком систему, оне су део традиције и скандинавских земаља и чине део институционалног пејзажа свих управних традиција. То је захтевало координацију сектора јавне политике, које су оперативно реализовале агенције, и владе, као и нове начине контроле резултата (Pollitt, 2007).

У европским државама оснивају се бројне јавне агенције и истовремено проширују се њихове надлежности. Јавне агенције у Европи настају на таласу концепта – новог јавног менаџмента, који је био узрокован економским факторима и буџетским притиском.<sup>3</sup> Европске регулацијске агенције развиле су се по узору на независне агенције у САД, па је тако америчко искуство пресађено уз одређена прилагођавања на европско тло. Јавне агенције се јављају у Европи од 1959. године и посебно бележе свој раст осамдесетих година двадесетог века. Само током 1980. године у Великој Британији било их је око две хиљаде, од чега 489 извршних тела (оперативне и регулаторне агенције) и 1561 саветодавно тело (Васовић, 2008: 359). У периоду после Другог светског рата, услед повећане улоге државе у сфери економије и социјалне политике, у Великој Британији образован је велики број тзв. недепартманских јавних тела, односно агенција, у оним областима друштвеног живота у којима се директна контрола и одговорност министара сматрала непрактичном и непожељном. Њихов број тешко је егзактно утврдити. У Великој Британији и неким другим државама, регулаторна тела немају независну природу.<sup>4</sup>

2 Тако је 1887. године основана Комисија за регулисање промета железницом, путевима и рекама (*Interstate Commerce Commission*, скраћено ICC), а 1934. године и Комисија за регулисање телеграфских, телефонских и радио веза (*Federal Communications Commission*). ICC је регулисала железнички транспорт између савезних држава а касније је њена надлежност и одговорност проширена на транспорт нафте (1906), друмски саобраћај (1935) и водени сабраћај (1940).

3 На критици новог јавног менаџмента развила се доктрина добре управе (*Good Governance*), која настоји да повећа ефикасност и демократичност државе и њене администрације, појача квалитет јавних услуга и придобије нови легитимитет грађана. Правне и социјалне вредности су делимично маргинализоване.

4 Државну управу Велике Британије, у организационом смислу, чине централни управни ресори (министарства, државни секретаријати, секретаријати), као и бројни

Такво становиште се од 80-их година прошлог века постепено мења али опрезно и само у неким областима, тамо где то захтева тржиште и глобална економска кретања (Adler, 2009: 83–84).

Настанак и развој независних регулаторних агенција је последица концепцијског преображаја система државне управе, као централизоване структуре, која је кочила реформе, а сама није била у стању да нађе решење, пре свега за нагомилане економске проблеме. Задатак јавног сектора је да праведно, економично и ефикасно пружа услуге грађанима. Тако су јавне агенције основане као јавни сервиси у појединим друштвеним областима и снабдевене су пренетим јавним овлашћењима. Такве агенције управљају одређеним сегментима тржишта и доносе прописе (регулаторне акте) ради њиховог регулисања.

Процес настанка и јачања капацитета јавних агенција у Европи није текао истовремено и уједначено у свим државама. Тако у Великој Британији јавне агенције су од самог почетка настајале као саставни део одређене политичке идеологије. Друга је ситуација била у Француској и Немачкој, где јавне агенције нису постојале, јер концепт централизоване државне управе није давао простора за какве друге „независне“ организационе форме. Централизована и хијерархијски устројена ресорна државна управа створена је на темељу чврсте поделе власти. У таквом институционалном амбијенту јавне агенције су биле сувишна тела. Са друге стране, централизована државна управа уобличена кроз министарску ресорну управу добро је радила свој посао, односно њихова делотворност и стручност није доведена у питање. Политички утицај је сматран потребним и пожељним коректором бирократизоване управне машине. Државна управа је функционисала у оквиру јасно утврђене надлежности и није се осећала потреба за јавним агенцијама. Због тога су се јавне агенције у овим функционалним државним управним системима (Немачка и Француска) почеле уводити постепено и опрезно. Чињеница је да их и данас нема тако пуно. За разлику од САД, које имају другачије правно-политичко искуство, увођење агенција у институционалну арену неких европских држава може често створити проблеме (Давинић, 2004: 51). Међутим, заједничко је свим јавним агенцијама у европским државама да настају као нова независна управна тела са високим степеном професионалности и политичке аутономије. Њихов је задатак да регулишу и контролишу нове секторе тржишта на подручју јавних служби, односно служби од општег интереса (Копрић, Муса, Ђулабић, 2008: 647–688). Та нова институционална инфраструктура има задатак да регулаторно делује на национално тржиште.

---

органи управе у форми комисија, комитета и савета (Шупут, 2010: 2).

У Европској унији агенције су погодно средство за решавање проблема наднационалне институционалне арене, поделе власти између чланица и Уније, као и ограничења надлежности за одлучивање које постављају оснивачки уговори. Данас има око четрдесет европских агенција који показују степен европске агенцификације (Муса, 2009). Стварање регулаторних агенција у ЕУ је саставни део процеса уобличавања институционалне инфраструктуре у ЕУ. Број јавних агенција у ЕУ се постепено повећава. Највећи део послова европских агенција одвија се сарадњом са истоименим или одговарајућим агенцијама у државама чланицама.

У постсоцијалистичким земљама Источне и Југоисточне Европе одвија се процес транзиције, који обухвата не само политичку промену система већ и ширу и дубљу економску промену, као и промену свих других аспеката друштвеног живота, дакле, ради се о целокупној промени друштвеног система. Главни проблем су велики губици, неодрживост система и наслеђена „монолитност“. Постоји нераздвајање функција одређивања јавне политике у одређеној области, регулације у тој области и функције непосредног пружања услуга у истој. Долази до стварања нових институција на развалинама старих, што представља својеврсни неоинституционализам. Јавне агенције се уводе нагло и оне следе постојећу структуру класичне ресорне државне управе.

Можемо уочити више разлога за процес наглог увођења агенција у државама које су изашле из социјалистичких политичких система и уводе капитализам. Најпре, недостатак сложене институционалне инфраструктуре у сектору државне управе је разлог стварања агенција које преузимају послове министарских ресора. Међутим, то није потпуно тачно јер бивше социјалистичке државе итекако имају сложен и хијерархијски устројен систем државне управе. Оно што му заправо недостаје, није сложена или боље рећи гломазна организациона инфраструктура, већ функционална усмереност управног система на нове социјалне и, пре свега, економске циљеве. Постоји сложена организациона структура, али она није довољно делотворна у вршењу својих задатака у новим сложеним социјалним условима.

Друга група разлога енормне појаве агенција у бившим социјалистичким земљама је недовољна стручност и оспособљеност државних, односно јавних службеника у постојећим министарствима и јавним службама, да решавају проблеме у новим економским условима, од привреде, саобраћаја и тржишта до здравства, образовања и сложених система јавних служби (енергетика, телекомуникације и сл.). Тако је укључивање у поједине



реформске и финансијске токове (нпр. иностране донације и финансијска помоћ) захтевало оснивање посебних организација ван формалног система државне управе (министарства). С друге стране, паралелно са постојећим министарствима, стварају се агенције као мале експертске јединице за ефикасно и стручно решавање проблема, на које не може да одговори неефикасна бирократска инерција. Овде се крије други разлог стварања агенција, а то је потреба за дерегулацијом и напуштање централизованог начина управљања појединим управним ресорима и прелазак на тржишно (менаџерско) управљање, у мери колико то одговара природи саме управне области (нпр. област енергетике, телекомуникација и сл.) (Лилић, 2009: 279).

Трећа група разлога појаве агенција у земљама бившег социјализма је недостатак политичког поверења у старе кадрове, односно систем државне управе, чији јавни службеници треба да носе и енергизирају дрштвене промене. Због тога се стварају агенције као мали и експертски тимови који се моментално укључују у решавање комплексних питања и захтева друштвеног развоја. Политичко неповерење у кадрове и институције претходног режима, као и њихова објективна некомпетеност јесу главни разлози појаве агенција, које ничу „као печурке после кише“.

Према томе, разлози оснивања јавних агенција су, без сумње, веома бројни, и то: перманентно повећање и усложњавање управних послова и задатака, односно комплексност свеукупне управне активности на свим нивоима (централном и локалном), проналажење нових функционалних форми (Лилић, 2009: 277), потреба да се поједноставе управне процедуре и обезбеди ефикасна и оперативна администрација, потреба за растерећењем органа државне управе (министарстава), недостатак политичке непристрасности, знања, искуства и времена државних службеника у постојећим органима државне управе за обављање нових и сложених управних послова (нпр. у области радиодифузије, борбе против корупције и др.), потреба за функционалном децентрализацијом јавне управе, потреба за прагматичким и стваралачким регулаторним деловањем на подзаконском нивоу и потреба за суптилним, посредним и перманентно дозираним утицајем државе на тржиште (Томић, 2009: 172).

## **2. Агенцификација као изазов правној држави и подели власти**

### ***2.1. Пренормирана надлежност и одсуство контроле***

Класификација јавних агенција и подела надлежности између њих и у односу према министарствима представља кључно питање у дизајнирању

агенцијског пејзажа у свакој земљи. Тиме се дефинишу међусобни агенцијски односи, као и односи са министарствима.

Појава јавних агенција настаје као последица и потреба структуралних и интересних промена савременог капитализма, који налази своје упориште у јавним службама, односно у пружању јавних услуга. Док је стари тип капитализма мотивацију профитом налазио у производним делатностима, модерни капитализам се оријентише на услужне делатности, које не траже велика улагања јер имају већ изграђену инфраструктуру (телекомуникације, снабдевање водом и гасом, образовање, пошта и сл.). У таквим условима намеће се потреба за успостављањем равнотеже између интереса за увећање профита у услужним делатностима и интереса грађана да се одржи квалитет услуга. Питање је ко ће ту интересну равнотежу успоставити, контролисати, одржавати и решавати бројне сукобе интереса. Показало се да то треба да буду институције које су независне од државе, која је раније имала монополистички положај у пружању услуга грађанима, али независне и од предузетника (бизниса), који у својој жељи за екстрапрофитом могу угрозити интересну позицију грађана као корисника услуга (потрошача). За одржавање овог социјалног баланса решење је нађено у независним регулаторним телима и бројним јавним агенцијама, као заштитним телима грађана али и општих јавних интереса (Вучковић, 2013: 187).

Јавне агенције имају бројне надлежности и различите функције. Оне обављају низ различитих задатака, ауторитативних и неауторитативних, управних и стручних (Пусић, Иванишевић, Павић, Рамљак, 1988). У широкој лепези послова јавних агенција можемо разликовати: управну функцију, нормативно-регулаторну функцију и квазисудску функцију. Агенцијска овлашћења су најпре управна овлашћења јер агенције врше класичне управне послове, где спада доношење управних аката и управни, односно инспекцијски надзор. Подзаконска овлашћења су регулаторног карактера, којима се ствара тзв. секундарно законодавство. Судска овлашћења која се одељују неким агенцијама састоје се у овлашћењу да покрећу прекршајне и кривичне поступке.

На тај начин агенције функционално обједињавају не само послове управне власти, јер врше класичне управне послове, већ имају и нормативну функцију, која је део законодавне функције. Агенције врше *нормативно-регулаторну функцију*, доносећи акте општег карактера (правилнике).<sup>5</sup>

---

5 На пример, послови регулације (регулаторне функције) Агенције за електронске комуникације и поштанску делатност у Црној Гори јесу регулисање јавне фиксне телекомуникационе мреже или регулисање радио-спектра, итд.

Овде се мисли на независне регулаторне агенције које имају капацитет (надлежност) за вршење регулаторне функције, али и већу ефикасност у примени политике када решавају појединачне случајеве. Оне своју регулаторну власт остварују у мање формалним процедурама него друге организације извршне власти. Међутим, независне регулаторне агенције имају и друга овлашћења.

Агенције врше управну (извршну) функцију и као управне организације „*sui generis*“ имају значајна управна овлашћења: решавају и одлучују у појединачним ситуацијама, дају и одузимају лиценце оператору, врше управни надзор (могу наредити отклањање недостатака, забранити градњу објекта, забранити рад станице без дозволе), воде регистре, издају сертификате, обављају трансфер средстава, пружају услуге одређеним корисницима, врше стандардизацију, обављају стручно аналитичке послове, прикупљају информације, врше праћења, евалуације, итд.<sup>6</sup> Према томе, агенције као независна тела преузимају овлашћења многих државних органа. При томе, агенцијска контролна овлашћења су важна за одржавање система функционисања на принципу кочница и равнотежа.

Поред управне контроле, регулаторне агенције имају и овлашћења која има судска власт (арбитража, медијација, одлучивање у споровима, и сл.). Наиме, регулаторне агенције у својој надлежности имају и квазисудске инструменте, што представља феномен агенцификације саме судске функције.<sup>7</sup> Законодавац је, давањем квазисудских надлежности агенцијама, допринео специјализацији вршења судске функције у појединим агенцијским стварима и „растеретио“ судове у делу решавања спорова у области које регулишу агенције. Међутим, питање је да ли се мислило на неповредивост судске функције. Решавање спорова је обично одговорност регулатора (Дујић, Марковић, 2006: 1555–1580). То су послови из судске надлежности. Агенције врше *квазисудску функцију*, тако што решавају спорове између различитих субјеката, који су у позицији даваоца и корисника јавних услуга (сервиса). Тако, у телекомуникационим активностима између корисника и оператора, између оператора, између

---

6 Тако, Међудржавна трговачка комисија у САД прима, анализира и обрађује хиљаде поднесака, прима жалбе и спроводи истраге.

7 Пример за такав вид надлежности је регулаторна Агенција за телекомуникације у Црној Гори. Наиме, у члану 12, ст. 1, тачка 22 *Закона о телекомуникацијама* прописано је да Агенција решава спорове између субјеката у телекомуникационим активностима (између корисника и оператора, оператора и власника објекта или земљишта). Агенција у том случају решава спорове, што је апсолутно у домену надлежности судства, па би се могло закључити да агенције директно одлучују о питањима која су у судској надлежности. Сличан је случај и са Агенцијом за енергетику, која такође решава спорове настале у области енергетских делатности.

оператора и власника објекта или земљишта. Дакле, агенција има положај органа који решава њихове спорове. Прекршајни послови показују још једну димензију проширене надлежности агенција, а то су прерогативе судске функције или власти, с обзиром на то да је прекршајна функција у судској надлежности. Свакако, чини се да судску функцију не врше само судови, већ и агенције, што је супротно строгом принципу поделе власти.

Према томе, код регулаторних агенција у једном органу имамо елементе и управне и судске и законодавне васти, чиме се показује тенденција концентрације власти. То је велика опасност јер се под изговором ефикасне и експертске агенцијске управе изнутра руше темељи поделе власти, а то подразумева и контроле свих и сваке власти и њене одговорности пред органима друге државно-правне власти (Рајванчић, 2012: 103).

Регулаторне агенције су обично основане од стране законодавца ради регулисања одређеног тржишта (телекомуникација, промета, финансијског тржишта) или осигурања одређених социјалних циљева (нпр. заштите корисника, сигурности на раду и сл.). Ове агенције имају широка квазилегислативна овлашћења, која се врше доношењем прописа, којима се спроводи, тумачи или прописује јавна политика у различитим областима. Ови прописи имају снагу и дејство закона и проистичу из квазилегислативних овлашћења поверених регулаторним агенцијама од стране законодавне власти. Регулаторне агенције својим прописима генералне важности (општи правни акти) регулишу, нпр. исправност воде, хране и ваздуха, безбедност радних просторија, превозних средстава, производа које грађани користе, затим, банкарско пословање, пољопривреду, индустрију и друге области економског живота, односно тако агенције уређују јавно понашање.

Код регулаторних агенција нагласак је мање на контрактуализацији, с обзиром да су одговорне парламенту, а више на уској *специјализацији* запослених као и *колегијалном водству професионалаца*, што им даје легитимитет и темељ је њихове контроле (Муса, 2009).

Регулаторне агенције своје прописе доносе у одговарајућим поступцима. У већини држава саме агенције су развиле сопствене поступке доношења прописа. У неким државама агенцијске процедуре су обједињене и стандардизоване, као нпр. у САД, где пре усвајања Закона о управном поступку (1946) није постојао стандардизован поступак доношења прописа у федералним агенцијама.

Прописи америчких федералних агенција могу бити: *правнообавезујући*, који имају екстерно дејство јер утврђују права и обавезе за државу и за лица изван агенција и *правнонеобавезујући*, где спадају: интерпретативни прописи

и опште одредбе о политици, које утврђују правац у коме агенција намерава да искористи своја квазилегислативна овлашћења. Правнообавезујуће су: легислативни прописи, који уређују јавно понашање и правно су обавезујући као и закони донети од стране Конгреса и процедурални прописи, којим се регулише организација и рад унутар агенције. Разлика између ових група прописа је и у томе што Закон о управном поступку САД предвиђа одређену врсту поступка за легислативне прописе, као најважније, док се остали прописи (процедурални, интерпретативни прописи и опште одредбе о политици) доносе по посебном (слободном) поступку (Давинић, 2004: 120).

Улога агенција је вишеструка. С обзиром на то да функционишу на начелима специјализације и професионализације, јавне агенције обезбеђују јефтиније и квалитетније услуге грађанима, транспарентније пословање, мање су подложне корупцији од државне администрације и смањен је политички утицај. На изванредан начин јавне агенције развлашћују и обуздавају извршну власт. Трансфером јавноправних овлашћења, послови из надлежности државне управе преносе се на независне агенције. У одређеним случајевима, јавне независне агенције могу имати и контролна овлашћења над управом. Оне имају важну улогу и у парламентарном надзору над управом, па се о њима говори као о „четвртој власти“. Јавне агенције директно или индиректно партиципирају у функционисању поделе власти и заштити људских права.

Наведене заслуге у побољшању квалитета тржишних услуга и развоју демократије допринеле су популарности независних агенција. Међутим, данас смо суочени с појавом хиперпродукције јавних агенција. Доктрина и пракса агенцификације је у динамичном кретању, што отежава теоријску евалуацију (Бребан, 2002: 65). Истовремено, агенцификација показује своје негативне стране и опасности што изазива супротне тенденције у многим државама.

## **2.2. Агенцификација политике**

Политичка последица начела поделе власти јесте исти ниво државних власти, али само у хоризонталној равни организационе шеме. Организационом структуром где су законодавна, извршна и судска власт на подједнакој висини, а што треба да важи и за све органе и институције које су део сваке од ове три гране власти. Дакле, хоризонтална равнотежа покрива целокупну организациону шему сваке власти, па и агенцијске власти, било да се схвата као четврта грана власти, било да се сматра делом организационе шеме извршне власти. Тиме се само теоријски избегава

надмоћ носиоца једне власти и са њом повезаних других друштвених субјеката, пре свега политичких партија.

Стварање агенција као независних (аутономних) јавних тела у протеклих тридесет година је резултирало отварањем проблема агенцификације и њеним ефектима на политичку контролу. У правном смислу, у позадини процеса агенцификације у европским државама одвија се процес преношења (делегације) овлашћења агенцијама. Делегација овлашћења на агенције отвара следеће питање – зашто политичари делегирају одређене задатке агенцијама уместо да за њихово извршење ангажују министарску бирократију? Истовремено законодавац даје широка овлашћења јавним агенцијама са великим дискреционим овлашћењима, уместо да дају прецизну правну регулативу за њихово функционисање. Дакле, питање које се логички намеће је зашто политичари креирају формално независне агенције, уместо да постоје агенције које могу бити хијерархијски контролисане од стране политичара.

Политичка контрола надлежних министарстава над јавним агенцијама је условљена обимом контролних овлашћења министарстава али и ограничењима практичне и фактичке примене политичке контроле према агенцијама. Могућност министарстава да се ангажују у контролним активностима је пре свега условљена природом њиховог основног задатка, као што су разне врсте техничких и рутинских послова, на пример, писање нацрта закона и прописа, одговора на разна парламентарна питања или пак политичких говора за ministre и обављање других сличних послова. Ови бројни политичко-технички послови су веома непредвидљиви и службеници имају велики притисак због временског ограничења за њихову реализацију, а што им у крајњој линији оставља мало времена за контролне активности. Иако службеници министарстава у процесу одлучивања имају кратко време за оријентацију и фокусирање на решавање политичких проблема, пратећи и политичку логику („разлог“) у процесу доношења одлука, они због велике одговорности за политичке послове, мало времена посвећују суштинској контроли агенција (Vach, 2012). Политичка логика доношења одлука у министарствима је другачија од професионалног пружања сервиса које врше службеници агенција. Многе агенције обављају високо компликоване техничке и научне задатке, који су једва разумљиви за политичаре и бирократе општег формата. За службенике министарстава контрола агенција је једна на листи обавеза, која није високо рангирана на листи њихових приоритета.

Пракса показује да удвостручавање или дуплирање агенцијских послова повећава политичку контролу над агенцијама. Ово зато што

повећање надлежности агенцијама доноси више аутономије. Међутим, агенцијска аутономија и политичка контрола су блиско повезане и могу се посматрати као антиподи једног управног система. Политичка контрола над агенцијама може се остваривати од стране различитих органа у одређеној институционалној арили. Њу могу вршити министарства, влада, парламент, медији и јавно мњење. Такав институционални дизајн је уобичајен у парламентарним демократијама.

Основна идеја приликом увођења агенцијског модела јавне администрације је стварање релативно самосталних јавних тела која треба дистанцирати у односу на друге организационе форме које су владине организације (Verhoest, 2011: 69). Немају све агенције подједнак степен аутономије. Заправо, компаративном анализом уставних и управних система можемо уочити различити степен аутономије. Постоје различити услови који утичу на аутономност деловања агенцијских тела а ти услови нису статични. Не само ако посматрамо различите уставне и управне системе, већ и у једној држави у истом агенцијском моделу постоје агенције које немају подједнаки степен аутономије, јер имају слаб политички утицај клијентелних група или једноставно немају такав престиж какав имају неке успешне организације (нпр. *Federal Bureau of Investigation* или *The Food and Drug Administration* у САД). Аутономија агенција је јако крхка јер се може повећавати и смањивати у одређеној земљи зависно од промена у економској и политичкој сфери. Тако, економска криза у 2008. години утицала је на сужавање агенцијске аутономије, јер су се Федералне резерве (*Federal Reserve*) почеле много више да мешају у вођење федералне политике а тиме и у агенцијску политику. Интересантно је да је у време економске кризе тридесетих година 20. века, дошло до повећања броја агенција због потребе да се професионално, квалитетно и ефикасно решавају нагомилани проблеми и створе услови за очување друштвеног поретка. Дакле, економска криза је енергизирала агенцификацију. Други екстреман пример је када је Бушова администрација након Једанаестог септембра спојила око двадесет различитих организација у један департаман (министарство) (Verhoest, 2011: 70). Централизација је супротан процес од агенцификације.

Самосталност као организационо обележје јавних агенција и независност у раду, као функционално њихово обележје, чине атрибуте којима се манифестује аутономија јавних агенција. Треба правити разлику између ова два појма који прате положај агенција а то су самосталност и независност. Најпре, агенције уживају у оквиру своје надлежности *самосталност* у обављању послова. Самосталност је “правно обезбеђена могућност доношења одлука без ичијег утицаја” (Милков, 1983: 1294).

Сваки државни орган има свој одређени круг послова и задатака који обавља у складу са законом, стручно и професионално, поштујући кодекс понашања државних службеника и функционера управе као етичких принципа и стандарда понашања. Да би се управни послови могли обављати законито, професионално и етички коректно потребна је самосталност у раду. Та правна самосталност, што значи у границама закона (супротно – прекорачење овлашћења) и у складу са законским циљем (супротно – злоупотреба овлашћења), јесте и услов за конкретну одговорност агенцијских (државних) службеника. Према томе, самосталност је битно обележје агенција али и свих државних органа и организација.

Међутим, други је смисао израза „независност“. Тако, органи управе нису и независни у свом раду, што је обележје судова као државних органа. Судови су самостални и независни у вршењу судске функције јер се на њих не може утицати ни на општи начин. Органи управе су само самостални и на њих се може утицати општим смерницама, упутствима и сл. од стране виших органа управе (министарстава) и у крајњој линији Влада је та која усмерава политички па и правним актима и координира рад министарских ресора, дакле управне власти.

Што се тиче агенција, и то не свих, већ само независних регулаторних агенција (тела), оне имају и независност али је ово обележје променљиво, зависно од економских и политичких фактора, који могу сужавати или проширивати аутономију агенција. Друго, перманентан је утицај и законодавне и извршне власти које контролишу рад агенција. Са друге стране, извршне агенције су саставни део министарске извршне структуре, па код њих и нема независности или бар не толике као код „независних“ регулаторних тела. Друго, самосталност извршних агенција није у колизији са принципом хијерархије јер агенцијски службеници задржавају право да самостално и компетентно решавају у конкретним управним стварима. Старешина агенцијског тела може давати упутства за решавање конкретних предмета али не и да нареди како ће се решити конкретни случај.<sup>8</sup>

Баланс (равнотежа) између аутономије и контроле у односима између агенција и министарстава може бити различит. Реч је о једном мултидимензионалном коцепту. Тако агенција може имати малу аутономију у доношењу одлука управљања (персоналне и финансијске)

---

8 Међутим, треба правити разлику између политичког утицаја (политизације) и политичке контроле. Политички утицај на делокруг јавне агенције може бити позитиван или добар и негативан или лош. Лош утицај је последица лоше политике. Политички утицај је шири појам али се он у пракси у крајњој линији своди на контролу или се тако схвата.



али велику аутономију у примени јавне политике (Bach, 2012). Међутим, то отвара питање да ли се заправо ради о разним облицима формалне независности.

Тако у Немачкој федералне агенције директно извештавају федерална министарства. Овај приступ има озбиљна ограничења у контексту парламентарне демократије. Постоји схватање да политичка контрола агенција у парламентарним демократијама треба да буде фокусирана на односе министарства и агенција. Међутим, ту се не стаје. Јавне агенције у парламентарним демократијама су примарно контролисане од стране надлежних министарстава, којима оне одговарају пре парламента. Тежиште је на политичкој контроли министарске бирократије јер у парламентарним демократијама постоји „индиректна контрола“ законодавног тела над агенцијама. Насупрот томе у САД Конгрес може вршити директну контролу над федералним агенцијама.

Анализа односа политичке контроле и агенцијске аутономије показује да што је више аутономије или независности агенција то је политичка контрола мања и обрнуто. Политичка контрола је успостављена да би ограничавала независност агенција. Међутим, питање је само да ли се аутономија агенција може мерити или сагледавати у односу на фактор контроле било које врсте, или се аутономија „мери“ и другим параметрима.

Транспарентност агенција и јасна правила („правна држава“) по којима раде доприносе независности агенција. Међутим, агенције нису независне јер трпе утицај других институција у арили правних и политичких односа, а у том амбијенту утицаја веома утицајно делује влада и тржиште (економска моћ). Агенције су изложене обостраном и истовременом утицају и владе и тржишта, на шта указује концепт Новог јавног менаџмента.

Међутим, постоји и обрнути однос утицаја који нам показује како агенцификација утиче на политичке институције. Агенције утичу на политику и политичке институције тако што припремају и предлажу нацрте закона и других прописа, доносе опште акте, утичу на креирање јавне политике али истовремено активно учествују у њиховој имплементацији. То је нарочито посао тзв. извршних агенција. Оно што је од суштинске важности је да ваља уочити је да агенцификација утиче на политичку дискрецију, која није мала, па се зато мора контролисати правом. То је захтев правне државе и система поделе власти. Политичка дискреција је присутна не само у министарствима када се оснива агенцијско тело и креира њена кадровска структура, посебно руководећи менаџмент, већ ту дискрецију интериоризује сама агенција када доноси своје одлуке у конкретним правним питањима. Баш зато што агенцијска

власт (прикривено) ангажује толику количину политичке дискреције (нпр. Агенција за борбу против корупције или Републичка радио-дифузна агенција у Србији) њене „чисто“ правне и непристрасне одлуке бивају само тренутне политичке одлуке, које брзо „изгледе“. То поткопава агенцијску независност. Оне су само средство у рукама политике чији су стварни актери негде у министарствима, политичким странкама, влади или неким другим „независним“ телима (нпр. Безбедносно информативна агенција). Најзад, политичку дискрецију видимо често у употреби у рукама политизоване послушне извршне власти која доноси одлуке о судбини неких независних тела.

Институционална деполитизација агенција је истовремено и персонална деполитизација која треба да спречи политичка постављења и она се гарантује одредбом по којој је неспојиво истовремено обављање функције у регулаторном телу и у политичкој странци. Персонална независност гарантује се забраном сукоба интереса, статусним погодностима у виду трајања мандата чланова органа агенција, одређивањем нивоа зарада запослених и другим мерама.

Важан аспект и предуслов политичке аутономије је и финансијска аутономија. Отуда треба сагледати и питање финансирања агенција. Имајући у виду да агенција није класични државни орган управе, јер она има својство правног лица, она у функцији своје стварне самосталности треба да се превасходно финансира из својих властитих средстава, а само мањим делом из буџета.<sup>9</sup>

### 3. Закључак

Јавне агенције директно или индиректно учествују у функционисању поделе власти. Међутим, присуство јавних агенција у институционалној арени прети да наруши најпре саму бицефалну структуру извршне власти. Наиме, осим владе и председника државе, стварају се нова тела – агенције, које оснива сама влада и снабдева их јаким извршним овлашћењима. Осим тога, јавне агенције не само што ремете традиционалну структуру извршне власти, већ на неки начин „отварају“ извршну власт и везују је са законодавном па и судском. Заправо на једном месту, у једној

---

9 У свету (нпр. у оквиру држава чланица организације ОЕЦД) постоје два доминантна начина за финансирање регулатора: (1) финансирање из такси и директних доприноса од оператора са лиценцом на основу њиховог прихода и (2) дотације из централног државног буџета. Уколико буџет регулаторне агенције зависи од дотације из државног буџета, влада је у могућности да употреби дискреционо право и контролише „независно“ регулаторно тело. Ово је иначе главни начин контроле регулаторних тела у САД.

институцији – регулаторној јавној агенцији, спајају се све три врсте овлашћења (извршна, квазизаконодавна и квазисудска). Импутирање и институционално уобличавање агенција је реструктурисање извршне власти, које доводи до радикалних ефеката. То није само мењање традиционалног „комуницирања” између грана власти, већ се промене у релацијама управних, извршних, судских државних органа и законодавца, претварају у много озбиљнији феномен.

То је процес реструктурисања саме класичне поделе власти. Тај „тектонски” тихи процес намеће закључак да подела власти није „готова ствар”, већ жив, динамичан и променљив политичко-правни процес у свом извору. Друго, данашња подела власти није одувек постојала, а свакако неће бити вечита. Агенције су можда најаву да подела власти какву смо познавали полако креће у архиву правно-политичких концепција.

Поставља се питање да ли агенције представљају посебну и релативно самосталну грану власти и да ли њихово постојање у институционалној арени нарушава принцип поделе власти, самосталност и независност институција, које су главни носиоци осталих грана власти. Постојање јавних агенција и велики капацитет овлашћења, нарочито независних регулаторних тела, наводи на закључак да се ради о „четвртој” грани власти која је са осталима у односу контроле и равнотеже моћи. Међутим, често се и неким институцијама које су релативно нове а имају немали утицај у институционалној арени приписује положај самосталне гране власти (нпр. медији).

Друга дилема је да присуство агенција и капацитет овлашћења ремети „чисту” поделу власти. Пренормиране надлежности јавних агенција стварају проблем како и где сместити нормативне, управне и квазисудске надлежности јавних агенција. Којој грани власти припадају те институционалне творевине које нарушавају „чисту” тродеобну поделу власти.

Извориште јавних агенција је у управној, односно извршној власти. То важи без обзира на то ко је њихов оснивач: влада, скупштина или шеф државе. Капацитетом моћи оне „искачу” из класичне поделе, али то само потврђује историјску чињеницу да је систем поделе власти „жива ствар”. Капацитет агенцијске аутономије и моћи је променљива јер зависи од бројних економских, политичких и других фактора. Међутим, важно је да систем „контроле и равнотеже” (*check and balances*) функционише и да постоје институције које утичу, контролишу и усмеравају агенције, као што и оне повратно делују у процесу агенцификације.

## Литература

Adler, J. (2009). *Constitutional and Administrative Law*, Palgrave Macmillan, London.

Bach, T. (2012). *The political control of government agencies: The effect of structure and task on ministry-agency-relations in Germany*, Paper prepared for TED, Budapest.

Бребан, Г. (2002). *Административно право Француске*, „Службени лист СРЈ“, Београд, ЦИД, Подгорица.

Васовић, В. *Савремене демократије I*, Београд, 2008, стр. 359.

Verhoest, K. Thiel, S. Bouckaert, G. Laegreid, P. (2011). *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Вучковић, Ј. (2013). *Положај јавних агенција у систему поделе власти*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду.

Давинић, М. (2004). *Концепција управног права САД*, Досије, Београд.

Дујић, С. Марковић, М. (2006). *Јавне (регулаторне) агенције*, Архив за правне и друштвене науке, 2006, вол. 92, бр. 3–4, Београд.

Копрић, И. Марчетић, Г. (2000). *Криза социјалне државе, реформе јавне управе и хрватско управно особље*. Хрватска јавна управа бр. 1.

Копрић, Муса, Ђулабић, В. (2008). *Еуропски стандарди регулације служби од опћег интереса*, Хрватска јавна управа бр. 3.

Лилић, С. (2009). *Управно право и Управно процесно право*, Правни факултет у Београду/Службени гласник, Београд.

Majone, G. (1996). *Regulating Europe*, London/New York: Routledge; Jordana, 1996; J. i D. Levi-Faur, ur. *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2004.

Majone, G. (1997). *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, Journal of Public Policy, 2.

Мартиновић, А. (2012). *Правна природа агенција у правном систему Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2.

Милков, Д. (1983). *Самосталност органа управе у вршењу управне делатности*, Правни живот бр. 12, Београд.

Милосављевић, Б. *Управно право*, Београд, 2008, стр. 172, Ги Брабен, *Административно право Француске*, Подгорица, 2002.

Муса, А. (2009). *Еуропеизација и агенцијски модел јавне управе*, Докторска дисертација. Правни факултет: Загреб.

Pajvančić, M. (2012). *National Assembly as a Legislator: Achievements and Limitations*, Public Law in Serbia: Twenty Years After, European Public Law Series, Bibliothèque de Droit Public Européen, Volume CI, Esperia Publications Ltd, London.

Peters, B.G. (2011). *The Politics and Management of Agencies*, Transylvanian Review of administrative Sciences, Accent Publisher, 2011.

Pollitt, C. Bouckaert, G. (2004). *Public Management Reform: a Comparative Analysis*. Oxford, Oxford University Press.

Pollitt, C. (2007). *Decentralization: a central concept in contemporary public management*. U: E. Ferlie, L. E. Lynn i C. Pollitt, ur. *Oxford Handbook of Public Management*. Oxford, Oxford University Press.

Pollitt, C. (2007). *Castles Built on Sand? Agencies in Latvia*. U: C. Pollitt i C. Talbot, ur., *Unbundled Government. A Critical Analysis of the Global Trend to Agencies, Quangos and Contractualisation*, London/New York: Routledge.

Пусић, Е. Иванишевић, С. Павић, Ж. Рамљак, М. (1988). *Управни системи*, Загреб.

Томић, З. (2009). *Опште управно право* (организационо, материјално, процесно), Београд.

Thiel, S. (2011). *Comparing Agencification in Central Eastern Europe and Western European Countries: Fundamentally Alike in Unimportant Respects?*, Transylvanian Review of administrative Sciences, Accent Publisher.

Craig, P. P. (2003). *Administrative Law*, Sweet&Maxwell, London.

Шупут, Д. (2010). *Самостална регулаторна тела у правном систему Републике Србије, Телекомуникације*, [http://www.file:///C:/Document and Settings/user/Desktop/mr dejan suput sa...](http://www.file:///C:/Document and Settings/user/Desktop/mr dejan suput sa.../), /преузето 15. 11. 2010/.

**Jelena Vučković, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Kragujevac

## **CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND GLOBALIZATION**

### **Summary**

*Globalization as a social phenomenon rose to prominence in the last decades of the 20<sup>th</sup> century, due to the changing relations between the world superpowers and ending of the cold war, the growing trend of development of information societies, the rapid progress of technologies, and strengthening the neoliberal concept of state. This phenomenon is equally topical as it was at its outset. Globalization has strongly affected the legal regulation of states through an entire system of written and unwritten norms of a supranational character, which are gradually becoming part of the national systems. The first stage in this process was embodied in the activities of the United Nations and the development and expansion of the European Union law in the legal systems of individual countries first by introducing human rights provisions of a uniform nature. It was followed-up by superimposing a wide range of international documents in various fields in order to establish quality standards, define and prohibit the usage of individual institutes, all of which imply an obligation to harmonize the national regulations with the accepted international rules. The concept of the world as a "global village" inevitably marked the change of the constitutional order of states wishing to be part of this concept; to facilitate the achievement of this goal, they had to introduce state bodies and non-state public entities.*

*The process of globalization exerted a visible impact on the 2006 Constitution of the Republic of Serbia through a number of provisions pertaining to: human rights; the introduction of the hierarchy of legal norms, generally accepted rules of international law and ratified international agreements; the introduction of institutions for the protection of human rights, such as the Ombudsman; a system of state authorities that need to ensure the independence of the judiciary (High Council of the Judiciary, State Prosecutor's Office); and providing conditions for establishing a number of state and non-state public entities that have quasi-legislative and quasi-judicial powers, such as a public agencies. All this raises the question of their positioning in the constitutional system of the Republic of Serbia, perceived from the point of view of the separation of powers. Can these bodies, introduced in the national constitutional law system, be defined as part of one of the branches of government, or shall they be classified them as a separate fourth branch of Go-*

*vernment? Is it still possible to understand the concept of separation of powers in modern constitutional systems in the spirit of Montesquieu and Rousseau?*

*In the context of globalization, it is interesting to examine the relationship of the existing branches of government, their balance and mutual control. Weakening of parliamentary and democratic bodies is clear and evident along with a tendency of strengthening the executive branch. All this creates instability and dysfunctionality of national legal systems with visible influence of politics and informal centres of power. The idea of globalization as initially positive development, focused on the global standards and the quality of life of each individual, has opened a number of questions that will be addressed in this paper.*

**Keywords:** *globalization, separation of powers, Constitution, constitutional systems, human rights, Ombudsman, public agencies.*





**Др Зоран Јовановски,\***  
Доцент Војне академије „Ген. Михаило Апостолски“  
– Скопље, Република Македонија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776125J

UDK: 355.011:327.88  
UDK:341.3:327.88

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УПОТРЕБА СИЛЕ ПРОТИВ НЕДРЖАВНИХ АКТЕРА НА ОСНОВУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У УСЛОВИМА ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ**

***Апстракт:** Недржавни актери имају историју постојања (покрет Црвеног крста, верске и хуманитарне организације, фондације, терористичке групе, итд.), али њихова улога је добила сасвим друго значење у ери глобализације, после пада тзв. „Гвоздене завесе“.*

*Вероватно ће остати отворена дилема да ли су недржавни актери последица или узрок глобализације. Још важније питање ће бити њихов правни статус, јер свет каквог га знамо и системи колективне безбедности који се јављају после Другог светског рата нису били дизајнирани да се обрачунавају са недржавним актерима или појединцима, него са државама.*

*После 9/11, насилни недржавни актери добијају на значају још важнију улогу у оквиру пријетње националној и међународној безбедности, а у овом моменту се УН као систем колективне одбране суочава са правном дилемом о начинима суочавања са феноменом ИСИЛ-а (тзв. “Исламске државе” или ДАЕШ), с обзиром на то да оно што се догађа на Блиском истоку, представља претњу светском миру и безбедности. Текуће стање у Сирији отвара Пандорину кутију по питањима суверенитета, државности, одговорности да се заштити поредак и грађани, као и дозволе за употребу силе против недржавних актера и како да се приступи њиховом субјективитету и *ius standi in iudicio* према међународном праву.*

***Кључне речи:** глобализација, актери, тероризам, сила, право.*

---

\* zoranjovanovski43@gmail.com

## 1. Увод

Са падом тзв. „Гвоздене завесе” започиње тренд глобализације у којој се појављују и недржавни актери, који немају увек позитивну „улогу”. Покрет Црвеног крста и Црвеног полумесеца су хуманитарне организације које имају позитивну тенденцију усмерену према заштити људског здравља и живота, као и обезбеђивању поштовања човека, олакшавања људске патње без разлике на боју коже, верску припадност и политичку оријентацију. Уколико би се узели одређени недржавни актери, као што су криминалне и терористичке структуре које делују на регионалном, међународном па и на глобалном нивоу, јасно се може уочити да немају сви недржавни актери позитивну тенденцију.

Овде се слободно може поставити питање: Да ли су недржавни актери последица саме глобализације? Ако се узме у обзир да је политика саме глобализације на неки начин позитивна и да је сама појава тог тренда позитивна, онда нису реално сагледане и негативне стране и последице исте. С обзиром на то, слободно може да се каже да по завршетку Другог светског рата и са подизањем, односно нестанком „Гвоздене завесе” колективни безбедносни систем није био спреман да адекватно одговори на изазове или глобална кретања, било да су латентни, видљиви или чак хипотетички, а који су долазили од стране недржавних актера који нису имали позитивну тенденцију.

После нестанка тзв. „Гвоздене завесе” започиње процес глобализације који све више и више узима мах-а, све до данашњег дана када је глобализација дубоко продрла и прихваћена као тренд од многих савремених и демократских држава широм света.

После напада на Светски трговински центар у Њујорку 2001. године, јасно може да се забележи да тероризам добија једну нову форму и нову динамику, те се тако, паралелно са усавршавањем саме глобализације, појављује и савремени тероризам, односно паралелно са напредовањем саме глобализације појављују се многи недржавни актери који су креирали групе, односно чврсте криминалистичке структуре које имају тенденцију да се шире као епидемија и да завладају светом.

У сваком случају, недржавни актери као појам не представљају потешкоћу, потешкоћу представља њихов правни статус у међународној заједници као и употреба силе над истим.

## 2. Глобализација

Појам „Гвоздена завеса” је први пут употребио Винстон Черчил 1946. године на једном од својих предавања у САД после Другог светског рата. Било је скоро па немогуће да се уђе у неку од земаља СССР-а, из разлога што је на границама држава СССР-а била постављена тешка артиљерија. По завршетку Другог светског рата, тзв. „Гвоздена завеса” је нестала и наступила је ера глобализације.

Грађани једне државе доживљавају глобализацију вишедимензионално, тачније: као грађани једне земље, они су срећни што су у могућности да инвестирају у друге земље и да конзумирају производе других земаља. Власници фирми осећају конкуренцију, стварају се победници или губитници у веома кратком року, односно фирме опстају или пропадају. Долази се до закључка да средња класа „изумире”. Даље, јавља се етничко намећање неке стандардне културе од стране земаља лидера у свету.

Са процесом глобализације се намећу одређене норме живота у правцу стварања нових глобалних норми и стандарда, односно постиже се велика униформност, интегрисаност и комуникативност која омогућава да се свет доживљава као једно велико глобално село.<sup>1</sup> Нажалост, ове глобалне норме и стандарди бивају прихватани и од најмлађе популације, која се најчешће упознаје с њима преко медија и интернета.

Уколико би се глобализација гледала са безбедносног аспекта, онда би могло да се прича о њој као о једном од разлога нарушавања безбедности: глобалне, међународне, регионалне, националне и индивидуалне.

Ако се узме у обзир горе написано, односно да се свет понаша као једно велико глобално село, онда овакво стање значајно олакшава посао одређеним недржавним актерима који имају негативне тенденције и чије понашање и деловање представљају претњу за глобални и међународни мир. Уколико су угрожени глобални и међународни мир, онда је угрожен и регионални, национални и индивидуални мир јер су они тесно, односно кохезивно повезани.

Ако се погледа са правног и кривично-правног аспекта, јављају се дилеме о томе да ли сме да се употреби сила против недржавних актера који имају негативне тенденције приликом свог деловања и на који начин би то могло да се изведе, јер они у суштини немају правни статус по међународном јавном и међународном кривичном праву.

---

1 Аслимоски, П. *Социологија*. стр. 28

Више је него јасно да недржавни актери који су део једне терористичке структуре врше тешка кривична дела, гдје са друге стране, будући да исти недржавни актери, њихове структуре и деловања нису нити инкриминисани, нити су део одређеног закона. То представља велику потешкоћу у односу на њихово санкционисање према међународном јавном и међународном кривичном праву и поред тога што се извршавањем одређених кривичних дела крши и повређује диспозиција међународног кривичног права.

### 3. Тероризам

Потреба за дефинисањем тероризма произилази из чињенице да је неопходно да се дефинише одговарајуће понашање које није прихватљиво и које се сматра за противзаконито од стране система криминалистичког, односно кривичног права сваке државе. Тероризам, као врло опасан извор угрожавања националне безбедности, неминовно долази у судар са правним поретком сваке државе.<sup>2</sup>

Као разлози за стварање тероризма наводе се следеће две групе околности:

Објективне околности, неправда и несавршенство у економској сфери и политичком уређењу друштва, нефункционалност његових институција, недовољно образовање, сиромаштво, изолација појединаца и друштвених група, корупција, последице постконфликтне освете. Овде може да се узме као пример случај у Куманову у Републици Македонији као последица конфликта из 2001. године. Уколико се не поштује историја, она се рефлектује у садашњости или будућности путем опште друштвене фрустрације, функционисања недемократских институција, етничких конфликта, постојања система формалне демократије, губљења поверења у политички систем, легитимност државне власти итд.

Субјективне околности, где се подразумева узимање правде у своје руке, пошто према проценама ових актера такво стање може да се промени само насиљем као јединственим и крајњим леком, најбржом, најобухватнијом, најефикаснијом и у датим критичним околностима једином могућом и ефикасном варијантом дејстава и реализације постављених циљева.

Најзначајни фактори који у великој мери придонесе стварању терористичког насиља су:

- политички – репресивна и корумпирана власт;
- друштвени – непостојање средње класе или тотална дискриминација;

---

2 Котовчевски, 2005:324.

- економски – крајње (неподношљиво) сиромаштво, односно тотално осиромашење становништва и висока незапосленост;
- идеолошки – постојање политичке филозофије са јако израженом опозицијом;
- геополитички – присуство великог броја становника других држава, грађански и други видови конфликта у непосредном окружењу;
- верски – верски конфликти или верско насиље;
- спољашни- спољашна подршка активностима дисидената.

Тероризам се може дефинисати као акт физичког насиља, чији циљ је да се њиме проузрокују јаке психичке последице код веће групе људи, са наодом да ће они помагати да се одржи или промени однос који је важан за постизање политичких циљева. При томе такав акт није оправдан општим интересима који су одређени независно од истог и није извршен по правилима која се уобичајено примењују на друштвене видове извршавања власти.

Већу претњу од овог представља тероризам на глобалном и међународном нивоу. Овај вид тероризма од стране недржавних актера је први пут регистрован као терористички акт који је иза себе оставио огромну људску и материјалну штету, а то је терористички акт у Њујорку 2001. године.

На одређени начин, глобализација олакшава посао недржавним актерима који су део терористичких структура тиме што им омогућава лакше кретање из државе у државу. Овде може да се узме у обзир и интернет, али не са његовим позитивним већ са негативним странама, које искоришћавају одређени недржавни актери.

#### **4. Међународно право и употреба оружаних снага у борби против савременог тероризма**

Према мишљењу и констатацијама Европске уније и Организације уједињених нација, тероризам представља озбиљну повреду човекових права, основних човекових слобода, као и принципа демократије и слободе.

„Еволуција права употребе силе у оквиру међународног права не своди се само на покушаје успостављених одредби које нису предвиђени Повељом УН. После терористичких напада на Светски трговински центар у Њујорку 11. септембра 2001, сузбијање тероризма у ЕУ и земљама чланица добија нову динамику.”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Retried 10 March 2017, from <http://eprints.ugd.edu.mk/1846/3/Zbornik-VtoraMegKonferencija.pdf>, p. 11.

„Право на самоодбрану предвиђено чланом 51 Повеље ОУН је још увек инхерентно и заснива се на идеји за самопомоћ и у више наврата се примењивало без дозволе Савета безбедности ОУН. Примена силе на основу права на самоодбрану у борби против тероризма у пракси указује на проширење примене овог права у погледу на постојећи концепт предвиђен чланом 51 Повеље ОУН.”<sup>4</sup>

У горе написаном, први параграф се односи на пример из праксе примењен при употреби силе на Авганистан. Сила је била употребљена без дозволе Савета безбедности. Употреба силе против тероризма у „глобалном рату против тероризма” је оправдана правом на самоодбрану. Савет безбедности је у своје две резолуције потврдио оправданост употребе силе у име права на самоодбрану.

Употреба силе против недржавних актера на основу права на самоодбрану у борби против тероризма је у суштини члан 5 Повеље. У досадашњој пракси може се уочити да САД и Израел правдају употребу силе против недржавних актера чланом 51 ове Повеље. САД стално дају акценат намери да преко оружаних снага обесхрабрују и спречавају будуће терористичке нападе у САД, као и у другим земљама чланицама Организације уједињених нација.

Члан 51 Повеље Организације уједињених нација гласи:

„Сагласно овој Повељи, ништа неће спречити инхерентно право на индивидуалну и колективну самоодбрану у случају оружаног напада на чланицу Уједињених нација, све док Савет безбедности не предузме неопходне мере за одржавање светског мира и безбедности. О предузетим мерама примене права на самоодбрану, чланице ће одмах обавестити Савет безбедности и ни у ком случају неће продужити акцију која би спречила Савет безбедности да на основу Повеље оствари своју надлежност и одговорност за одржавање и успостављање светског мира и безбедности”.<sup>5</sup>

Колективна самоодбрана може да се активира и на одређени посебни захтев од стране земље која је оштећена, уколико колективна самоодбрана није активирана од стране земаља чланица, односно савезничких земаља и уколико за то постоји посебан договор.

Индивидуално право на самоодбрану према члану 51 Повеље прекида се онда када Савет безбедности предузме све неопходне мере против државе нападача. По тим преузетим мерама, индивидуално право на самоодбрану прераста у колективно право на самоодбрану.

---

4 IBID, p. 11.

5 IBID, p. 12.

У овом члану је јасно да постојаће право на самоодбрану не сме да се злоупотребљава, односно да оно не може да се примењује и користи за освајање туђих територија или да се позива на нешто што се десило у прошлости. Па тако, свака земља која искористи ово право сагласно члану ОУН обавезно треба да извести Савет безбедности уколико је већ преузела одређене мере и активности, или да опет активира надлежност Савета безбедности.

„Уколико држава не извести Савет безбедности о предузетим мерама чак и уколико остварује право на самоодбрану, она је под основаном сумњом у вези оправданости оружане интервенције. Наиме, Међународни војни трибунал у Нирнбергу сматра да: «... за утврђивање да ли је једна акција, за коју постоји изјава да је предузета у име самоодбране, агресивна или одбрамбена, она мора да буде предмет детаљне истраге и пресуде».<sup>6</sup>

Ако се направи анализа горе написаног, може да се закључи да је право на самоодбрану легално уколико је напад још увек актуелан и у току. Право на самоодбрану ни у једном другом случају не сме да се примени уколико је одређени напад био или ће бити предузет у једној држави. Ипак, и даље остаје дилема: „Да ли може да се примени право на самоодбрану уколико постоји видљива озбиљна претња?”

Борба и сузбијање тероризма били су главна тема на Европском савету у Тампереу одржаном 1999. године, као и на Европском савету у Санта Марији де Феири 2000. године. Одредбе за сузбијање тероризма су садржане у више правних аката земаља чланица ЕУ. Овде се убраја и Договор о Европолу после измена на основу одлуке Савета од трећег децембра 1998. године. Задатак Европола је да се бави кривичним делима која су извршена или могу да буду извршена у оквиру терористичких дејстава против живота, телесне неповредивости и личне слободе.

„Према члану 1, свака земља чланица треба да преузме потребне мере, да она криминална дејства која према правним прописима одређених држава, која преко начина њиховог извршења или контекста могу озбиљно да угрозе неку земљу или међународну организацију. Када исте мере буду извршене са циљем да се становништво застраши на озбиљан начин или да се нека међународна организација незаконито принуди да уради нешто, са циљем да се озбиљно дестабилизују или униште основне социјалне структуре одређене земље, (напади на одређено лице који могу да доведу до смрти, напади на телесну неповредивост одређеног лица, киднаповање или уценивање, озбиљно уништавање владине институције или јавне установе, превозних средстава инфраструктуре, укључујући систем за

---

6 IBID

информације, чврста платформа која се налази на континенталном копну, јавно место или приватна својина, који могу да угрозе човеков живот или да доведу до великих економских губитака, заробљавање ваздухопловних и водених превозних средстава или других јавних превозних, односно транспортних средстава, производња, поседовање, куповање, транспорт, набављање или употреба борбеног оружја, експлозивних материја, атомског, биолошког, хемијског оружја као и истраживање и развој у вези биолошког и хемијског оружја, ослобођење штетних материја, проузроковање пожара, поплава или експлозија, ако се притом угрожава човеков живот, спречава или прекида снабдевање водом струјом или другим природним ресурсима важним за живот. Као терористичка кривична дела се кажњавају и кривична дела која су извршена са намером да се заплаши становништво и да се озбиљно оштете или униште политичке, економске или друштвене структуре земље.”<sup>7</sup>

Горе поменута кривична дела могу да буду извршена од стране недржавног актера (појединца) или од стране криминалне структуре недржавних актера (организација).

## 5. Закључак

Глобализација као тренд и као покрет има позитивне и негативне стране. У данашњем свету све више се актуелизују негативне стране глобализације. Овде се поставља питање: „Зашто је тако”? Много се лако може добити одговор уколико извршимо ретроспективу и у даљој прошлости, а не само у ближој. Наиме, рат у Сирији је имао велике импликације у земљама широм света, притом не искључујући ни Републику Македонију. Мигрантска криза узима све већи замах, а са њом почињу да се јављају и терористички акти у међународној заједници.

Европска унија и Организација уједињених нација су јединствене у ставу да за масовну претњу усмерену према међународној заједници треба да се делује преко предузимања договорених казнено-правних мера између држава.

Године 2001, од стране Европског савета је направљен план који је конгломерат мера и дејстава за борбу против тероризма и његово сузбијања.

Одавде се може слободно закључити да у случајевима терористичких напада, право на самоодбрану не би требало да се односи само на државе, већ и на недржавне актере, уколико су они “нападаци”. „Таква пракса држава је регистрована пре 1945. године, као и после ступања Повеље

---

7 IBID p. 15-16.



ОУН-а на снагу. Употреба силе на туђој територији у борби против тероризма од стране САД почиње да се практикује још пре 11. септембра 2001. године, односно још 14. априла 1986. године, када су САД извршиле серију напада на селектоване циљеве у Либији. Ови напади су уследили после терористичког напада 5. априла исте године у дискотеци у Берлину.”<sup>8</sup>

Горе поменуто наводи на констатацију да су недржавни актери, са њиховим утицајем у прошлости и данас, главна тема у Европској унији као и у Организацији уједињених нација. И поред тога што они немају правни статус, против њих се у одређеним случајевима могу употребити оружане снаге или се изрећи одговарајуће казнене санкције, како путем одређених повеља и институцијалних закона, тако и преко правилне употребе међународног кривичног права и међународног јавног права.

### Литература

Аслимоски, П. (1995). Социологија.

Аврамов, С., Креќа, М. (2007). *Међународно Јавно право*. Београд.

Котовчевски, М. (2005). *Тероризмот-современо светско зло*. Скопје.

Мицковски, Н. (2007). *Компјутерскикриминалитет*. Авторизирани предавања. ФОН универзитет.

Спасески, Ј. (2005). *Македонија столб на безбедноста и мирот на балканот*. Скопје.

Stojanovic, Z. (1998). *Terorizam I srodnikrivicnidela, Terorizam I srodnakrivicnadelata – teorija I praksa*. Beograd.

Фрчкоски, Д. Љ., Тупурковски, В., Ортаковски, В. (1995). *Међународно Јавно Право*. Табернаку. Скопје.

10 March 2017, from [http://www.dejanlucic.net/sr/Ukljucen\\_HAARP\\_centar\\_i\\_u\\_Srbiji.html](http://www.dejanlucic.net/sr/Ukljucen_HAARP_centar_i_u_Srbiji.html)

5 March 2017, from <http://istokpavlovic.com/beleske/pismo-iz-stenforda>

13 March 2017, from <http://eprints.ugd.edu.mk/10358/1/%D0%A3%D0%9D%D0%98%D0%92%D0%95%D0%A0%D0%97%D0%98%D0%A2%D0%95%D0%A2%20%E2%80%9E%D0%93%D0%9E%D0%A6%D0%95%20%D0%94%D0%95%D0%9B%D0%A7%D0%95%D0%92%E2%80%9C%20%E2%80%93%20%D0%A8%D0%A2%D0%98%D0%9F.pdf>

7 March 2017, from

<http://eprints.ugd.edu.mk/1846/3/Zbornik-VtoraMegKonferencija.pdf>

---

8 IBID p.16.

**Zoran Jovanovski, LL.D.**

Assistant Professor,

Military Academy "General Mihailo Apostolski", Skopje,

Republic of Macedonia

## **USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS UNDER THE INTERNATIONAL LAW IN THE GLOBALIZED WORLD**

### **Summary**

*The non-state actors have a history of existence (the Red Cross movement, religious and charity organizations, foundations, terrorist groups, etc.) but their role has a completely different meaning and importance in the era of globalization, after the fall of the "Iron curtain". Probably, an open dilemma will remain if the non-state actors are the products or the trigger of globalization; however, a more important question would be their legal status, given that the world as we know and the system of collective security that arise after the World War II was not meant to deal with non-state actors or individuals but with states. Since 9/11, the violent non-state actors have received an even more important role within national and international security. Currently, the UN as a system of collective defense faces the legal dilemma how to approach the ISIL or DAES forces, considering that what happens in the Middle East is certainly a threat to the global peace and security. The ongoing situation in Syria opened the "Pandora's Box" over the questions of sovereignty, statehoods, the responsibility to protect, as well as the permissibility of the use of force against non-state actors, their subjectivity and ius standi in iudicio under the international law.*

**Keywords:** globalization, actors, terrorism, force, law.

**Др Сузана Медар,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776135M

UDK: 342.1:316.324  
Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УТОПИЈСКИ „ПРЕЛУДИЈУМ“ СВЕОПШТЕ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ**

**Апстракт:** Свеопшта глобализација је од извесних друштвених слојева жељени али неостварљиви циљ. Нижи степени глобализације су могући и остварљиви. Може се у литератури пронаћи и поистовећивање глобализације са остваривањем улоге САД као упадљиво доминантних у међународним односима, односно њихове водеће позиције у процесу глобализације, па се чак и сам процес глобализације често назива американизацијом. Оно што је непобитна чињеница јесте да у стварном, динамичном свету нема само слагања, хармоније и мира већ и надметања, сукоба и ратова. Неки о 21. веку говоре као о новом стогодишњем рату, ружном времену хаоса, немира и насиља на многим местима планете. Драматичне социјалне борбе око глобализације – њеног демократског или репресивног, хуманијег или асоцијалног, мултиполарног или униполарног лика – постају нови кључ разумевања друштвених збивања. Док једни у глобализацији виде објективан и спонтан планетарни процес, за друге је она искључиво пројект доминације Запада.

**Кључне речи:** држава, глобализација, утопија.

### **1. Увод**

Повод за постављање „тезе“ у наслову дало нам је одређење утопије као „мисаоно делатног узлета над постојећим“. Чини се да у глобализацији као идеји и пракси постоји тако схваћена утопија. Наиме, глобализација стално тежи да шири своје могућности не би ли дошла до свеопште. Има у овоме, чини се, нечег од Аристотелове ентелехије. Искористили смо музички термин прелудијум због његове сликовитости. Прелудијум као музичка предигра, уводна музика, треба да покаже такав, само у теорији права,

---

\* medars@prafak.ni.ac.rs

покушај спајања и упоређивања утопије и глобализације. Специфичност глобализације као утопије је у томе што место њеног дешавања нису ни острво ни град већ цео свет. Отуда космополитизам као карактеристика свеопште глобализације.

Глобализација је збивање које обухвата све друштвене процесе и односе планетарног карактера, мењајући далекосежно природу националне државе и међународног поретка. Та промена није само добровољна, већ често драматична и крвава јер се врши путем сукоба, разарања и ратова. Глобализација се дешава свим људима, али њу много боље осећају, схватају и разумеју они појединци и друштвени слојеви који чине елиту неке заједнице или државе, док домашаји глобализације на локалном нивоу још нису толико снажни и далекосежни. „Међутим, услед многих сложених разлика, глобализација, нажалост, прави расцепљен и противуречан свет“ (Кајтез, 2010, 151). Губитници глобализације сматрају да свет није праведан и да планетарни процеси богате чине још богатијим док сиромашни остају на маргинама живота.

## 2. Појам глобализације

Појам „глобализација“ као и сродни појмови „глобализам“ и „мондијализам“ појавио се у академским расправама крајем осамдесетих и почетком деведесетих година прошлог века, да би се њиме означио феномен растућих интегративних промена савременог света. Сама реч „глобализација“ потиче од латинске речи *globus*, што значи Земља, земаљска кугла, округло или лоптасто небеско тело у свемиру. По томе, дакле, глобализација обухвата све друштвене процесе и односе који имају планетарни карактер, који се манифестује у свим аспектима светских збивања. Неки еминентни аутори говоре да је глобализација синоним за „свет без граница“. Глобализација, као један од кључних феномена данашњице, примарно утиче на обликовање друштвене стварности, најважнијих појава и процеса у савременом свету. Глобализација се, својим бројним појавним облицима, реализовала готово у свим сегментима људског живота. Њена свеобухватност и свеprisутност учинила је овај процес једним од најактуелнијих и у академским круговима, захваљујући чему је концепт глобализације у последњих двадесетак година постао „светски интелектуални хит“ (Вулетић, 2003, 10).

„Упостављање поузданих теоријских упоришта која омогућавају разумевање глобализације, одвија се у отежаним условима из најмање два разлога“ (Новаковић, 2012, 21). Први разлог је парадоксалан јер потиче из саме хиперпродукције унутар дискурса о глобализацији. То изазива извесну „какофонију“ покушаја да се оствари допринос дефинисању

глобализације, задатак разумевања глобализације чини сложеним и може деловати збуњујуће, нарочито за лаички део читалаца или недовољно опрезне истраживаче“ (Новаковић, 2012, 21). Други фактор отежаног дефинисања глобализације лежи у чињеници да је сам појам глобализације начињен од противуречности. Одговори на најважнија питања које отвара глобализација потичу директно из дуалистичке структуре упитаности о овој теми.

У изразито хетерогеном дискурсу о глобализацији, чини се да је најприхватљивија подела аутора на: 1) „скептике“, 2) „глобалисте“, односно „хиперглобалисте“, 3) „антиглобалисте“ и 4) „трансформационалисте“ (Дабовић, 2008, 168). Скептици негирају постојање глобализације као друштвеног феномена, чак сматрају да је глобализација фикција, само имагинарни предмет теоријске дебате. Они сматрају да „међузависност није својствена само најновијем, глобалном друштву и да су његови главни акти националне владе“ (Вуковић, 2008, 200). Као потврда оваквим ставовима истиче се да за већину земаља спољна трговина доноси мањи део укупних прихода, при чему се највећи део спољнотрговинске размене не одвија широм света, већ међу регионима, као што су Европа, Америка и Азија са Пацификом.

Међу теоретичарима који прихватају постојање глобализације као друштвеног феномена постоји подвојеност по питању карактера глобализације. На једном теоријском полу су аутори који су означени као глобалисти, односно хиперглобалисти са екстремно про-глобалистичким ставовима. Сви они сматрају да је глобализација објективни планетарни процес, односно актуелна фаза развоја људског друштва, те стога историјска нужност. „Глобализација је догађање које није ствар воље нити избора, већ цивилизацијска тековина која се реализује подједнако у свим друштвеним сферама“ (Fredman, 2000, 126). Глобалисти углавном указују на позитивне ефекте ширења идеологије неолиберализма и тржишне економије. Они се при томе залажу за ширење глобализације у смеру „одозго према доле“, односно од влада, међународних институција и мултинационалних корпорација према становништву, као и од развијених држава према неразвијеним.

Антиглобалисти познају само негативне аспекте глобализације. Они се опредељују за смер ширења „одоздо према горе“, односно од самосвесних појединаца и неформалних група према владама држава и међународним институцијама. Антиглобалисти сматрају да се бројни негативни ефекти глобализације (све израженија дискрепанција између најсиромашнијих и најбогатијих држава, примери оружаних интервенција великих сила

према малим народима без одобрења међународне организације итд.) могу надоместити само сасвим супротним обликом светске интеграције, који би се заснивао на начелима истинске демократије, поштовању гласа слабијих и сиромашних земаља у међународним односима, поштовању националних културних традиција и сл.

Трансформационалисти заступају избалансирани приступ те глобализацију посматрају свеобухватно, као процес који има вишеструке узроке и који се огледа у свим друштвеним областима. Ови аутори превазилазе и постојеће разликовање на позитивно и негативно виђење глобализације, као и на успостављање глобализације „одозго“ или „одоздо“. Један од најзначајних теоретичара овог усмерења је Ентони Гиденс (Anthony Giddens) по коме глобализација није само један процес већ комплексан сет процеса. Он широко посматра и проблем неједнакости који проузрокује глобализација, сматрајући да је ширење неједнакости много озбиљнији проблем с којим се суочава светско друштво и да се за то не могу једноставно окривити богате земље. Гиденс сматра да глобализација није, бар не за сада, глобални поредак који је вођен колективном људском вољом, већ да се тај поредак појављује у архаичном, непредвидивом облику ношен мешавином економских, технолошких и културних императива.

Од домаћих аутора осврнућемо се на дефиниције појма глобализације Мирослава Печујлића и Душана Дабовића. Печујлић сматра да је за правилно разумевање глобализације неопходно разликовање, с једне стране, објективног процеса и с друге стране, форме коју међузависност и глобални поредак задобијају. „Глобализација као објективни процес представља универзално и трајно стремљење човечанства, почев од првих усамљених група хомонида, преко архаичних империја, до модерног светског поретка који карактерише међузависност све ширег круга друштава, односно компресије времена и простора, уз успон трансационалних сила и институција“ (Печујлић, 2005, 17). Друго, и по Печујлићу пресудно обележје глобализације јесте форма, односно карактер који глобализација задобија, јер „међузависност, сама по себи, не одређује аутоматски карактер повезаности, она може задобити демократске или ауторитарне, асоцијалне или хуманије форме“ (Печујлић, 2005, 18). Дабовић се углавном бави глобализацијом права, али у систематском духу даје и дефиницију глобализације уопште: „глобализацију можемо дефинисати као глобални друштвени процес са субјективним елементима који производи позитивне и негативне последице у свим друштвеним областима, при чему су последице истовремено његови узроци, што доводи до убрзања овог процеса“ (Дабовић, 2007, 17).

Глобализација као синоним за „свет без граница“ се од аутора до аутора различито схвата, зависно од тога да ли се она сматра процесом или пројектом. Наиме, уколико се глобализација посматра као процес она је неизбежна. Ово је мишљење већине аутора. Уколико се пак глобализација схвата као пројект, она није неизбежна, односно неопходна. И у погледу времена настанка глобализације постоји несагласност. Ту, пре свега, треба разликовати идеју глобализације од глобализације као специфичног реалног поретка. „Очигледно је да су идеје глобализације давно посејане у људском роду у идеји, *утопији* (подвукла С. М.), вољи за моћи и трајном стремљењу људског трагања, али и да су се потребе, нужне и довољне претпоставке за њен планетарни замах створиле после докидања биполарности света и пада Берлинског зида“ (Кајтез, 2010, 157).

### **2.1. Основни видови глобализације**

Видови, односно врсте глобализације се могу препознавати по различитим критеријумима. Најпре, обим глобализације, демократски или ауторитарни карактер глобализације, области у којима је глобализација присутна итд. Што се тиче првог набројаног критеријума, обима глобализације, она се може ширити на већи или мањи круг субјеката. Овде се могу разликовати свеопшта глобализација која обухвата све уже ентитете, били то појединци или државе и нације. По овом критеријуму глобализација се може представити сликом концентричних кругова, мањих ка центру, већих, односно обухватнијих ка удаљенијим концентричним круговима.

Што се другог критеријума тиче, свакако је пожељно да глобализација има демократски карактер. За светски поредак и међународни мир је опасност кад глобализација поприми ауторитарни карактер. Постоје четири основне карактеристике ауторитарне глобализације. Наиме, данас је на делу глобализација сиромаштва великих размера, с једне стране, а стицање огромног богатства уске елите моћи, с друге стране. Јаз између богатих и сиромашних све више расте, тако да богати постају још богатији а сиромашни још сиромашнији. Друга карактеристика ауторитарне глобализације своди се на све веће заштрављање културних конфликта, етничке сукобе, конфронтирање цивилизација. У том контексту, у виду реакције на глобализацију ничу национализми, као подлога за конфликте и сукобе. По неким теоретичарима, процес глобализације може довести до грађанског рата светских размера. Трећа карактеристика указује на супротстављање тенденција ка стварању ауторитарне светске државе и тенденција изграђивања глобалне демократије. „Док на једној страни уочавамо милитантно крило глобалне елитне моћи (САД), које тежи да буде пресудни субјект одлучивања, на другој страни видимо Европску унију,

која се, заступајући заједнички (подељени) суверенитет, појављује као снажан заступник демократске транслационе политичке организације“ (Кајтез, 2010, 156). И најзад, четврта карактеристика која се тиче значајног заокрета ка централној улози војне силе у свету, нарочито после терористичког чина од 11. септембра 2001. године, када нова америчка војна доктрина допушта употребу нуклеарног оружја, сврставајући га у категорију конвенционалног оружја.

У погледу области које захвата глобализација постоји мање-више јединственост код аутора. Готово сви сматрају да се ради о сложеном процесу који обухвата области социјалног, економског и културног. Неки овој тријади додају још неке области као што су политика, право, идеологија, екологија, наука, религија, забава, спорт, медији... “Глобализација је један композитни проблем са социјалним, економским, политичким, културним али и идеолошким, технолошким и психолошким компонентама“ (Јовановић, 2017, 98). Оно што је, такође, константа код готово свих аутора јесте чињеница да се економска глобализација сматра основном, базичном. Тзв. економизација је *primus* мотор глобализације. Циљ економске глобализације је формирање једног, тј. глобалног тржишта. То је само језгро глобализације. Управо, економија јесте област у којој се глобализација најпре појавила и у којој је најдаље одмакла. Израз економска глобализација данас се користи да се једним именом означе сви процеси којима се националне економије интегришу у токове светске економије. „У савременом смислу, глобализација у области економије означава пораст интеграције економија широм света, посебно у области трговине и финансијских токова. Термин се односи и на кретање људи (радне снаге) и знања (технологије) преко међународних граница“ (Новакровић, 2012, 33). Иако је блиска појму међународне економије, глобална се од ње разликује јер се не одвија између неколико држава, већ су њоме обухваћене готове све државе које наступају на глобалном тржишту као новом економском простору.

### *2.1.1. Глобализација права*

Глобализација права је интегрални део процеса глобализације као процеса друштвене трансформације савременог света, те су „објективни и субјективни узроци и последице процеса глобализације истовремено узроци и последице глобалног усклађивања права“ (Дабовић, 2008А, 178). У литератури се помиње и обухватање свих држава под један „политичко-правни кишобран“. Правна глобализација је од свих других најблискија са политичком која значи растућу међузависност политичких заједница и ширење демократског уређења. То доводи до прогресивног



слабљења суверенитета држава, при чему долази до преношења њиховог суверенитета на међународни ниво, уз повећање броја међународних организација. Највећи помак у том смислу, учинила је Европска унија, прерастајући из економске заједнице у унију са зачетком државне творевине. Међутим, без обзира на растући интегративни процес треба „прихватити реалност да су суверене националне државе још увек, у великој мери, субјекти међународног права и носиоци правног система на својој државној територији, те да су, у том смислу, субјекти међународне интеграције у области права“ (Дабовић, 2008Б, 472).

„У савременом праву се истовремено рефлектују процеси глобализације у свим друштвеним областима и генерише даљи ток ових процеса“ (Дабовић, 2007, 18). При томе, и само право доживљава трансформацију, тако да се све више губи разлика између међународног и националног права. Процес глобализације међународног права запажа се у константном развоју ове гране права и то почев од завршетка Другог светског рата, а још интензивније од почетка последње декаде 20. века. Развој се огледа на глобалном и регионалном плану, и то како у квантитативном тако и у квалитативном смислу. Наиме, у овом периоду долази до наглог повећања броја усвојених међународноправних докумената, пре свега у оквиру ОУН. Основани су нови судови и уопште повећан је број међународних арбитража. Помак у квалитативном смислу се огледа, пре свега, у томе да се, за разлику од традиционалног система међународног права, у коме су субјекти биле искључиво међународно признате државе, надлежност међународног права све више проширује директно на појединце. Такође, видљив је и тренд пораста значаја тзв „меког права“ (soft law), односно норми које за државе нису правно обавезујуће, али које одражавају спремност држава да партиципирају у међународној заједници.

У истраживању глобализације права, треба одговорити макар на два питања: једно су друштвени узроци а друго последице феномена усклађивања права у контексту процеса глобализације. Сви узроци усклађивања права у процесу глобализације могу се поделити на објективне и субјективне. У духовној сфери је посебно тешко разликовати ове изворе, јер је на делу динамични процес преклапања и међуутицаја. У сваком случају, треба нагласити да разлике између објективних и субјективних узрока нису истовремено разлике између материјалних и духовних творевина, јер објективни узроци могу бити не само материјалне него и духовне творевине. С друге стране, субјективни узроци за своју основу увек имају само духовне творевине, биле оне рационалне или ирационалне.

Постоје „четири основне групе објективних (друштвених) узрока – технолошки, економски, међународнополитички и културни“ (Дабовић, 2007, 33). Сви они не делују самостално на развој, односно преузимање права, већ посредно, преко „правних института“ (Ренер, 1977, 4). Последњих деценија 20. века и почетком 21. века, експлозивни развој нових технологија је омогућио изузетно убрзање процеса глобализације. Нове технологије, пре свега информационе технологије и биотехнологија, омогућавају „неслућени друштвени напредак, који се огледа у компресији времена и простора, али и у побољшању здравља људи, ширењу знања, економском расту и директнијој партиципацији грађана у њиховим заједницама, те су међу примарним чиниоцима убрзања процеса глобализације“ (Печујлић, 2005, 55).

Економија је, уз технологију, у процесу глобализације свакако најекспониранији чинилац трансформације савременог света. Аутори коју одлучујућу улогу у процесу глобализације придају економским чиниоцима означавају се као „економски детерминисти“. Међу њима је познат Френсис Фукујама, аутор теорије о крају историје. Он, наиме, сматра да глобализација не доноси ништа ново, осим развоја светског тржишта капитала. Иако су овакви ставови неодмерени и једностранни, чињеница је да је са распадом Источног блока успостављено јединствено тржиште робе, услуга и капитала, а напредним технолошким достигнућима је омогућена њихова све снажнија експанзија. Економски чиниоци су најизраженији у областима финансија, трговине, производње, регионалног економског повезивања и пословања транснационалних компанија. Економски чиниоци глобализације су, с обзиром на то да је трансформација права интегрални део процеса глобализације, истовремено и чиниоци феномена уједначавања права на глобалном нивоу путем преузимања. При томе, економски чиниоци глобализације су истовремено и последице, што доводи до убрзања овог процеса.

Процес глобализације у области политике обухвата два елемента: растућу међузависност политичких заједница и ширење демократског уређења. За процес растуће међузависности политичких заједница везује се прогресивно слабење суверенитета држава, при чему долази до преношења суверенитета на међународни ниво, уз повећање броја међународних организација. У том погледу, највећи помак је учинила Европска унија, прерастајући из економске заједнице у унију са зачетком државне творевине. Постоје различита схватања у погледу судбине суверенитета националних држава у процесу глобализације. Поменућемо само једно, аутора Даниела Бела који је утврдио да је у развијеним друштвима Запада политичка форма националне државе постала сувише

мала да реши велике проблеме и истовремено сувише велика да реши мале проблеме. Што се демократизације у свету, односно ширења демократског уређења тиче оно се везује за последње две декаде у 20. веку. Овде треба бити врло опрезан јер за демократско уређење није довољно само постојање слободних избора. Под велом демократије се и у међународним, као и у националним оквирима може дешавати стварно сужавање демократског процеса, елитизам, корупција, неодговорност и гола борба за власт.

Европска унија је један од најизразитијих примера развоја процеса глобализације. За нас су посебно значајни механизми усклађивања права трећих земаља са правом Европске уније, јер смо, као и скоро све земље у транзицији, услед предности које пружа чланство у Унији, изразили жељу да јој се прикључимо. У зависности од „националног правног система, језика и других околности, право ЕУ се може увести у национални правни систем методом преношења или методом преформулисања“ (Дабовић, 2007, 95). Могуће је и комбиновање ових метода. Најкраће речено, преношење може значити копирање правног текста реч по реч у национални пропис или стављање референце на међународни пропис у националном пропису. Преформулација се преферира ако се жели очувати интегритет националног правног система и дух правног језика. На тај начин могу се изоставити непотребне одредбе и уобличити прописи према националном моделу. Од самог прописа зависи који ће од ових метода за уношење у национални правни систем бити одабран. Опште је правило да се примењује метод преформулације, али је остављено земљама кандидатима да саме о томе одлуче. Преношење се као метод препоручује само код врло дугих врло стручних текстова, као што су неки правилници.

Најзад, ту је културна глобализација као успостављање хуманистичког система вредности као доминантног у контексту глобалног усклађивања права. Културни аспект глобализације је у дебати о глобализацији мање заступљен што не значи да је мање битан. Разлог за то је овај аспект глобализације много суптилнији и прикривенији од осталих. По Дабовићу „културну трансформацију савременог света карактеришу контрадикторни процеси: (1) истовремено јачање космополитске културе и културно фрагментовање до нивоа етичких заједница, као и (2) ширење културних образаца из развијених земаља према земљама у развоју, који истовремено имају карактер хуманистичких вредности и масовне културе“ (Дабовић, 1997, 101). По питању карактера система вредности који се преноси из развијених земаља ка земљама у развоју, међу теоретичарима не постоји сагласност. Неки теоретичари сматрају да је последњих деценија 20. и почетком 21. века у најразвијеним земљама у току процес трансформације доминантног вредносног система у правцу

јачања хуманистичких вредности: живот као основна људска вредност, здравље и очување животне средине. Наиме, у развијеним земљама је материјални раст достигао максимум и стога се квалитет више не може мерити растом материјалне производње, већ окретањем новим, нематеријалним вредностима.

Глобално усклађивање права је условљено, поред објективних, и субјективним чиниоцима. Некад је тешко установити разлику међу њима. За разлику од објективних, друштвених узрока, који на усклађивање права утичу углавном посредно, путем правних института, субјективни узроци могу утицати непосредно, одређујући преузимање конкретних правних решења. При томе до изражаја долази интеракција субјективних и објективних узрока, тако што су субјективни узроци детерминисани објективним, односно објективни узроци усмеравају деловање субјективних узрока. У карактеристичне субјективне узроке усклађивања права у процесу глобализације спада најпре „пројекат“ глобализације, односно свесно усмерена акција друштвених група и појединаца у правцу ширења глобализације. Ту је, даље, правно-техничка помоћ коју земљама у развоју обезбеђују развијене земље и међународне владине и невладине организације. И, најзад, правна професија која у процесу глобализације доживљава трансформацију у правцу све веће интеграције на међународном плану. То се чини кроз ширење знања страних језика, коришћење интернета за добијање информација и комуникацију са колегама у иностранству, похађање међународних семинара, саветовања, специјализација и сл.

Усклађивање права на глобалном нивоу најчешће производи позитивне последице на земљу примаоца. Међутим, то је и тло на којем лако „расте“ дискрепанца у свим друштвеним областима, а пре свега у области економије, између развијених држава, с једне стране, и земаља у развоју, с друге стране. Тиме глобално усклађивање права може допринети формализовању неизбалансираног односа ове две групације земаља. Због тога би пут ка успостављању глобалног, пре свега економског, баланса требало да води управо преко измена међународноправних инструмената у правцу повољнијег међународног положаја земаља у развоју. То укључује омогућавање овим земљама да примењују флексибилније програме структуралног прилагођавања и њихов повољнији третман на светском тржишту. Такође, усклађивањем права у политичкој сфери долази до демократизације друштава, али може доћи и до губитка суверености националних држава, што може произвести различите негативне последице на земљу примаоца. Усклађивање права у културној области може допринети уједначавању вредносних система и бољој комуникацији између различитих друштава, али може водити и у културну хегемонију.

### 3. О утопији

Питање о суштини утопије је питање о смислу човековог живота, о смислу постојања и саморазумевања људског бића у свету лишеном многих претпоставки за потпуни људски живот. Сама реч утопија (u-topos) је грчког порекла и значи не-место, место које не постоји. У ширу употребу ова реч је ушла као наслов књиге Томаса Мора – „Утопија“, која се појавила 1516. године (Мор, 1964, 39–169). Пун назив дела је „De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia“. Морово „нигде“ доживљавамо као збиљско, али недостижно „другде“. По Марксу се у Моровој „Утопији“ већ налази мисао коју ће он три и по века касније формулисати у „Капиталу“, наиме мисао да „царство слободе у ствари почиње тек тамо где престаје рад који је одређен невољом и спољашњом сврсисходношћу; по природи ствари, оно, дакле, лежи са оне стране области саме материјалне производње“ (Маркс, 1948, 711).

Савремена теорија под утопијом, најчешће, подразумева „мисаони делатни узлет над оним што је дато“ (Докнић, 2004, 11). Ванредно важно питање односа стварности и утопије заснива се на Хегеловим појмовима непрекидног развоја због чега је управо тај однос једна од вечитих људских тема. Утопија је могућа и остварива жеља и тежња, коју је на основу закона свеукупног развојка могуће практично остварити, зато што „оно што се никада и нигде није догодило то једино никад не застарева“ (Блох, 1973, 729).

У односу на горње одређење утопије треба учинити извесно појашњење. Наиме, веома је раширена употреба ове речи по којој она означава нешто ништавно и ефемерно, односно сваки онај предлог за реформу који изгледа тешко остварити. Разлог за то је, најчешће, несвесно мешање појмова утопије и утопистичког. „Утопистички појам значи третирање утопије као празне апстракције и њене неприпадности постојећем“ (Докнић, 2004, 31). Замењивањем појма утопијског са утопистичким, утопијско мишљење, као битно револуционарно, проглашава се за апстрактно. Утопија је „представа о нечему што не постоји, али и представа која се ограничава на друштвене релације, на оно што бисмо уз помоћ природних и људских средстава која нам очигледно стоје на располагању, могли да остваримо“ (Густавсон, 1985, 116).

Шта у одређеном случају треба сматрати утопијским а шта утопистичким, зависи од ступња егзистенцијалне стварности. Јасно је да ће они слојеви који заступају постојећи друштвени поредак доживљавати као стварне оне друштвене форме чији су они носиоци, а проглашавати сваку промену за утопистичку. С друге стране, слојеви у опозицији, већ окренути према

новим тенденцијама, нове идеје доживљавају утопијски, значи као нешто што има могућности да се у будућности оствари.

Карактеристика писаних утопија јесте да се дешавају на удаљеним местима, на далеким острвима или у непознатим градовима. Ово се посебно односи на писане утопије из ранијег временског периода до 19. века. За ово постоје одговарајући разлози. Што се острва тиче, оно „ствара осећај уточишта. Живот на острву изазива осећај вечне садашњости, то је непрекидно трајање“ (Докнић, 2004, 25). Осим на острву писци првих утопија слику идеалног друштва смештају међу градске зидине. И за Аристотела и за Платона границе идеалног су биле границе града. Живот у граду је живот у заједници. Град је зидом ограђен од осталог света, сваки субјект има своје место, дужности, циљеве, део је хијерархијске структуре. У граду се налази владар и сва власт, тако да је град инкарнација Космоса.

„Утопијска је она свест која *није* конгруентна са ‘бићем’ које ту свест окружава“ (Манхајм, 1968, 157). Наиме, за објашњавање постојеће друштвене ситуације постоје две врсте идеја. С једне стране су оне које одговарају конкретном друштвеном поретку, „које су конгруентне са стварношћу“, по Мајнхајму „адекватне идеје“ (Манхајм, 1968, 159). С друге стране, постоје идеје које трансцендирају стварност и то су, по истом писцу, идеологије и утопије. У свом делу Манхајм даје дефиницију идеологије као идеје „која *de facto* никакада не остварује своје замисли“ (Манхајм, 1968, 157), а утопије дефинише као идеје којима „полази за руком да постојећу историјску стварност преобразе путем акције у правцу сопствене замисли“ (Манхајм, 1968, 157).

Утопијска оријентација трансцендира стварност мењајући је. Схватање утопије по коме она трансцендира и мења постојећи поредак значајно је по томе што полази од конкретне, историјски одређене егзистенције. Најчешће се водећа утопија јави као жељени сан, фантазија у глави појединаца, да би потом прерасла у политичко хтење широких слојева. Ефикасна утопија не може бити дуже само дело појединаца, већ треба да постане део свести читавих слојева, да их покрене на практичну делатност, јер једино тако могу променити егзистенцију. „Егзистенција рађа утопије, а ове разарају егзистенцију у смеру следеће егзистенције“ (Манхајм, 1968, 166). Ако сваки важећи и делујући поредак назовемо „топија“, онда жељене слике постају утопије онде где добијају револуционарну функцију.

Манхајм разликује четири типа утопијске свести дате у њиховој друштвено-историјској условљености: „а) оргијастички хилијазам анабаптиста, б) либерално-хуманитарна идеја, в) конзервативна идеја и г) социјалистичко-комунистичка утопија“ (Манхајм, 1968, 172–200).

Први наведени тип утопијске свести је екстреман, будући да он сам није стварао историју али се његово присуство одражавало на његове противнике. Наиме, оргијастичко-хилијастички оптимизам је био узрок за појаву конзервативизма и политичког реализма. Овај облик утопијске свести почиње покретом Томе Минцера чија је побуна разбила мисао о хиљадугодишњем царству, о статичности друштва и показала да промене морају да се дешавају сада и овде и потребом за активним деловањем испунила целокупно друштво. „*Апсолутна присутност* јесте стварно и можда једино директно обележје хилијастичког доживљаја“ (Манхајм, 1968, 175). Оно што хилијаста очекује јесте спајање са садашњошћу. Зато његово свакидашње време не испуњава оптимистичко надање у будућност нити романтичко сећање. Овде је реч о ишчекивању, о непрестаној напетости и приправности, због чега се остало време за њега не диференцира.

Утопија либерално-хуманитарне свести јесте идеја, и то не грчко-платонска идеја у њеном статичком и пластичном обиљу као праслика свих ствари, него као пуки регулатив за све што постоји на овоме свету, као формална смерница која је одмакнута у бесконачну даљину са које нас покреће. У Француској током револуције идејна утопија је добила врло оштро контурисан рационални облик. У Немачкој се пут напретка није тражио у спољашњим догађајима, у револуцијама, већ само у унутрашњим својствима и преображајима човека. За разлику од хилијазма, либерална идеја има позитиван став према свакидашњици услед чега либерал критикује али не спаљује све мостове за оним што је сада и овде. Потичући из сфере политике, хуманистичка идеја је испунила све сфере друштвено-културног живота и кулминирала у идеалистичкој филозофији. Носилац нове, модерне био је грађански сталеж који је имао намеру да обори црквено-теолошку слику света. Идеја напретка је окосница либералне идеје и успоставља се чврста спона између циља и егзистенције.

Трећи облик утопијске свести је конзервативна идеја. „Док за хилијастичко доживљавање трајност уопште није постојала, а за либерала само ако се из ње почев од сада рађа напредак, дотле је за конзервативца све што постоји набијено плодном позитивношћу, само зато што је настало полако и постепено“ (Манхајм, 1968, 191). Конзервативна свест по себи не садржи никакву утопију, јер се у идеалном случају по својој структури потпуно поклапа са стварношћу којом влада у сваком датом случају. Тек противкретање опозиционих слојева и њихова тенденција за разарање постојећег доводе, тако рећи споља, до тога да конзервативна свест осети да је њено владање егзистенцијом проблематично, те почиње да у историјско-филозофском смислу размишља о самој себи и да ствара извесну противутопију. Алудирајући на Хегелову Минервину сову, Манхајм

каже да „у случају конзервативне свести Минервина сова заиста почиње да лети само кад се спусти сутон“ (Манхајм, 1968, 188).

Четврти облик утопијске свести по Мајнхајму је социјалистичко-комунистичка утопија. Утопијски елемент у социјализму настао је синтезом свих облика утопије који су до тада постојали у друштвеном простору. Однос према либералној идеји је двојак. Заједништво је у томе што се заснивају на истом циљу, будућем царству слободе и једнакости. Разлика је у томе што је за социјализам тај тренутак потпуно одређен, а то је пропаст капиталистичког система. Конзервативизам одбацује либералну идеју као бесперспективну, чинећи тако основу мимоилажења и са социјалистичком идејом. Разлика социјалистичке утопије у односу на све пређашње је у томе што су оне имале као покретачки принцип спиритуално, док она велича материјални принцип. Марксистичко-социјалистичка свест инсистира на дијалектичкој вези утопије и стварности, да идеја живи у унутрашњој вези са стварним збивањима, али не као „формални и трансцедентни регулатив, него као тенденција која сама себе стално коригује према овој стварности“ (Маркс, Енгелс, 1950, 123).

Средином 20. века преовладавало је мишљење да је време утопија прошло. Основ за ово схватање налазио се у постојању све већег броја људи који су овладали својом егзистенцијом и еволутивним путем ишли ка решавању својих друштвених проблема. Међутим, суштински је нестанак утопије немогућ: „потпуно нестајање утопије значило би преображај целокупне људске природе и људског развитака. Нестанак утопије значи једну статичну објективност у којој сам човек постаје ствар. Тако би настао највећи парадокс који се може замислити, наиме да човек који најрационалније овладава стварима постаје човек нагона, да човек који је након толико дугог развитака, херојског и пуног жртава, достигао највиши степен свести – на коме историја већ није слепа судбина него сопствена творевина – да тај човек са нестанком различитих облика утопије губи вољу за историју а тиме и поглед на историју“ (Манхајм, 1968, 211–212).

Човек мора увек да „нађе оно право ради чега треба живети, бити организован, јер тако пробијамо метафизички конститутивне путеве, зовемо оно што не постоји и уграђујемо у себе све то, тражимо тамо оно истинито, стварно, где ишчезава пука чињеничност – *incipit vita nova*“ (Блох, 1972, 47). Интересантно је Блохово схватање по коме само уметност може да буде утопија. Ради се о уметности у једном специфичном схватању, не о уметности у професионално-радном облику, већ о ономе што се може призвати кроз доброту, музику, метафизику, али се земаљски не може остварити. То је уметност као утопијски принцип великог и трајног остварења бесконачног у коначном.



По критеријуму основног циља који се састоји у промени постојећег стања, „постоје две утопије: систематска и усмерена“ (Viagne, 1985, 141). Логично, систематска утопија настоји да промени читав друштвени систем. Она полази од неке жеље и изграђује једно имагинарно друштво, чија је сврха да ту жељу озакони и оснажи. Усмерена утопија пак настоји да наметне утопијске елементе тамо где се не захтева целовито остварење. Она дејствује истовремено на више тачака и управо тај плуралитет утопијског омогућава решавање стварних проблема без пресије.

Утопија има „три уопштене карактеристике: позитивну, негативну и трансцендентност“ (Tilih, 1985, 150–155). Ова тријада се и даље дели по истом принципу, тако да унутар сваке од ових карактеристика постоје по три особености. Позитивне карактеристике утопије су истинитост, плодотворност и снага. Утопија је истинита јер испољава оно што је унутрашњи циљ човека и оно што представља његово испуњење као личности. Ово одређење је валидно и на личном и на друштвеном плану, јер друштвено одређена утопија губи своју истину ако у исто време не усређује појединца. Плодотворност као позитивна карактеристика утопије значи њену способност да открива могућност за промену. Наиме, остварење утопије је могуће само у напону између прошлости и будућности, у откривању могућности. Тамо где нема антиципирајуће утопије да отвори могућност, постоји стагнирајућа стерилна садашњост. Снага, као трећа позитивна карактеристика утопије, јесте моћ утопије да мења, да преображава дато. Корен утопијске снаге лежи у суштинском, онтолошком незадовољству у свим правцима његовог деловања, економском, интелектуалном и религијском. Сви велики утопијски покрети, као што су хришћански, буржоаски или социјалистички су на тај начин остваривали свој циљ. Носиоци преображаваја, при томе, нису били они чији је основ незадовољства економски, већ они који су целином своје личности довољно снажни да преобрате стварност и постигну напредак али не само у промени економског стања.

Негативне карактеристике утопије се налазе у њеној неистинитости, неплодотворности и немоћи. Свака утопија представља суд онесавршености садашњости као покушај да се из тог стања изађе. Неистинитост утопије је у њеном лажном сагледавању човека, јер она заборавља на његову отуђеност и ограниченост од сопствене немогућности. Жеље које су у утопији нереалне су узрок њене неплодотворности. У томе је извор фантастичних утопија које не потврђују суштинске могућности већ све фантастично преувеличавају. Немоћ, као трећа негативна карактеристика утопије, огледа се у чињеници да негативни садржај неистине и неплодотворности неизбежно води у разочарење. Због негативних

особености, те неиспуњености утопије, остаје празан простор подложен разним утицајима новостворених друштвених група.

Трансцендентност се код утопије јавља утолико што и за њу важи оно што важи за сваку појаву, наиме настојање да се трансцендира јер у супротном постаје затворена у себе, престаје да живи. Утопија се зато увек налази на путу између своје могућности и своје немогућности. Постоји неколико облика трансценденције утопије. Први је делимичан и он се увек задржава на нивоу политичког. Други, виши степен, је радикална трансценденција, која осим политичког обухвата и економске, интелектуалне и религиозне елементе. Трећи ступањ је ступањ визионарског откривања, апокалиптичко откривање нечега што не постоји у историји. Четврти, крајњи вид трансценденције је мистичан. Ту већ и термин утопија није примењив јер испуњавање такве „утопије“ искључује све коначне садржаје. Прва два ступња трансцендентности су првенствено друштвено-политичког садржаја, више реални, тако да утопија у њима испољава своје позитивне и негативне карактеристике. У трећем, а посебно у четвртом ступњу, утопија се приближава мистичној негацији саме утопије. Због трансцендентности која прелази у мистичност на утопију се гледа као на неистину, пориче се њена плодотворност и њена моћ. Истицањем мистичних карактеристика утопије, постиже се пасивност у друштву, слаби револуционарна акција и долази до преовлађивања реакционарног и конзервативног мишљења.

#### **4. Закључак**

Повезивање утопије и глобализације на систематски начин не налазимо ни у домаћој ни у иностраној литератури. Стога и наш покушај именујемо „прелудијумом“ у смислу уводног и кратког. Помињање утопије у дискурску о глобализацији има на уму лаичко схватање утопијског као немогућег, неостваривог. „Највећи утопијски пројекат, како свих времена тако и свих историја, назива се глобализација. То што се од прије неких тридесет година одређује као глобализација утопија је свих утопија“ (Јовановић, 2017, 97). Аутор, међутим, остаје на овим „великим“ речима не експлицирајући свој став. Или сведочанство Мандера да су визије које дочаравају заговорници глобализације „непогрешиво позитивне, чак утопистичке: глобализација ће бити лек за све наше болести“ (Мандер, 2003, 6). Срели смо у литератури о глобализацији и помињање утопије али у негативном контексту. Тако, у уводу четвртог дела, малочас наведеног, зборника „Глобализација“, под називом „Кораца према поновној локализацији“, приређивачи Џ. Мандер и Е. Голдсмит налазе да је локална привреда „много успешнији правац кретања него онај који се тренутно промовише, очигледно утопијски,

глобално централизован, експанзионистички модел“. Или: „Почетна слика о глобализацији као извору светског мира и прогреса изгубила се, уступајући место неким ликовима „црних утопија“ који далеко превазилазе и Орвелова мрачна очекивања“ (Кајтез, 2010, 154).

Када се тематизује однос утопије и глобализације треба, најпре, подсетити на разлику утопијског и утопистичког. Овде остављамо по страни утопистичко где се утопија третира као празна апстракција која не припада постојећем. Утопијско као предлог, пројекат који је тешко остварив, даје такав карактер и глобализацији. Међутим, ту треба чинити разлику између свеоште глобализације и оне која обухвата само поједине области. Глобализација, пре свега свеопшта, тј. она која обухвата све ентитете свих области у којима се појављује – неостварива је. Бар не у скорије време у противуречности света који на разним странама потресају сецесије и ратови. Међутим, ниже степене глобализације и глобализацију у ужим областима могуће је остварити. Ради се о, напред реченој, разлици између системске, односно свеобухватне и усмерене, парцијалне утопије. Друго је питање колико је то сврсисходно. Наиме, постоји један немали круг аутора који сматрају да глобализација води у „ћорсокак“ и да се треба окренути локалном. „Аргументи за промену смерница – то јест за напуштање глобалне привреде у настајању у прилог локализованог, на заједници заснованог, веома уразноличеног привреди – можда и јесу крајње убедљиви, али таква промена очигледно није у интересу мултинационалних корпорација или влада које она доводи на власт“ (Норбег-Хоџ, 2003, 385).

Покушаћемо да у пар редова применимо схватање о карактеристикама утопије на глобализацију као могућу утопију. Што се позитивних карактеристика утопија тиче, видели смо да се оне састоје у истинитости, плодотворности и снази. Негативне су супротне овима: неистинитост, неплодотворност и немоћ. Ове опозитне карактеристике, позитивне и негативне, могу се упаривати и посматрати заједно а није искључено да утопија уопште, па и глобализација као утопија, садржи и позитивне и негативне карактеристике. Глобализација је истинита утолико што испољава испуњење човека као личности, јер човек захтева потпору, заштиту које му нуде организације различитог степена општости. У крајњој линији, човек жели да буде грађанин света. Међутим, глобализација је у извесној мери и неистинита, јер лажно сагледава човека, заборављајући на његову отуђеност. Ово је једна од тежишних тачки критичара глобализације који налазе срећну алтернативу у локалном.

Глобализација је несумњиво плодотворна јер антиципира даље могућности свог развоја. Она је сва у напону између прошлости и будућности, њене жеље су реално остварљиве. Истинска глобализација је далеко од фантастичних утопија које не потврђују суштинске могућности већ све преувеличавају. Колико је утопијска глобализација моћна? Глобализација је моћна, односно снажна утолико што мења дато мењајући и своје облике.

## Литература

Блох, Е. (1972). *Дух утопије*. Београд: БИГЗ

Блох, Е. (1973). *Тибингенски увод у филозофију*. Београд: Нолит

Viagne, Ž., N. (1985). Утопија и аутопија. *Књижевна критика* 2/85. 131–150.

Вулетић, В. (2006). *Глобализација: актуелне дебате*. Зрењанин: Градска народна библиотека "Жарко Зрењанин"

Вуковић, М. (2008). Глобализација и екологизам маргинализованих друштвених група. *Изазови и домети савремене социологије друштвеног развоја*. Филозофски факултет у Нишу. 195–209.

Густавсон, Л. (1985). Утопије. *Књижевна критика* 2/85. 108–131.

Дабовић, Д. (2007). *Глобализација права. Усклађивање права у савременом свету*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник“

Дабовић, Д. (2008А). Усклађивање права у процесу глобализације. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LVI). 165–180.

Дабовић, Д. (2008Б). Хармонизација права у савременом свету. *Правни живот*. 14(VI)

Докнић, Б. (2004). *О утопији*. Београд: ИГП Прометеј

Јовановић, Б. (2017). *Разумијевање глобализације* [www.maticacrnogorska.me/files/69/06%20bojan%20jovanovic.pdf](http://www.maticacrnogorska.me/files/69/06%20bojan%20jovanovic.pdf)

Кајтез, И. (2010). Да ли је глобализација крива за све несреће садашњег света. *Годишњак ФБ*. 151–172.

Мандер, Џ. (2003). Суочавање са надолazeћим таласом. У Џ. Мандер и Е. Голдсмит (Прир.), *Глобализација* (стр. 5–27). Београд: Clío

Манхајм, К. (1968). *Идеологија и утопија*. Београд: Нолит

Маркс, К. (1948). *Капитал*. Београд: Култура

- Маркс, К., Енгелс, Ф. (1950). *Изабрана дела II*. Београд: Култура
- Мор, Томас. (1964). *Утопија. О најбољем уређењу државе и о новом острву Утопији*. Београд: Култура
- Новаковић, Д. (2012). *Међународни односи и глобализација*. Београд: Задужбина Андрејевић
- Норберт-Хоц, Х. (2003) Промена правца. Од глобалне зависности ка локалној међузависности. У Џ. Мандер и Е. Голдсмит (Прир.), *Глобализација* (стр. 385–404) Београд: Clío
- Печујлић, М. (2005). *Глобализација: два лика света*. Београд: Гутенбергова галаксија
- Tilih, P. (1985). Критика и оправдање утопије. *Књижевна критика* 2/85. 150–168.
- Ренер, К. (1997) *Социјална функција правних института*, Београд: Плато
- Friedman, T. L. (2000). *The Lexus and the Olive Tree*. New York: Anchor Books

**Suzana Medar, LL.D.**  
Assistant Professor  
Faculty of Law, University of Niš

## **UTOPIAN PRELUDE TO A GENERAL GLOBALIZATION**

### **Summary**

*From the outset of its development, human civilisation has witnessed different forms of social and political organization aimed at unifying people in respective societies. In general, they mutually differ in quantity and program commitments. At the international level, the subjects of globalization are states. However, globalization has its limitations in terms of failing to ensure the global development. This idea is embodied in the concept of utopia as an unrealized idea which is commonly perceived in modern theory as a philosophical, thought-driven and operationalised “flight” over the given reality. The utopian perception of the world is shattered, to a greater or lesser extent, by secession.*

**Keywords:** state, globalization, utopia.



**Др Слободанка Ковачевић Перић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1776155K

UDK: 331.644.7

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **РАДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА НА РАДУ (ОПРАВДАНОСТ ОТКАЗА)**

**Апстракт:** Законске одредбе о престанку радног односа имају за циљ да положај запослених поставе што стабилније и чврстије, да им обезбеде постојаност у радним односима како би на тај начин несметано уживали своје право на рад, а са друге стране, заштита радног односа и потреба стабилности запослења не сме урушити легитимне интересе послодавца базирани на „неповредивости“ приватне својине. Изменама и допунама Закона о раду 2014. године, српско радноправно законодавство кренуло је у другом смеру – ка тенденцијама које дестабилизују положај запослених у радном односу и дају „већу слободу“ послодавцу код отказивања уговора о раду.

Аутор у раду анализира последице кривичног дела на раду кроз ставове *pro et contra*. Наиме, у смислу одредбе члана 179, став 3, тач. 5 Закона о раду, послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело (чл. 179, ст. 3, тач. 5). Аутор заступа став да је таква одредба несагласна са идејом владавине права, законитости, правне сигурности и другим вредностима људских права оличеним и у принципу „пресумпције невиности“.

**Кључне речи:** кривично дело на раду, кривични поступак, отказ.

---

\* slobodanka.peric@pr.ac.rs

## 1. Увод

Када се разматрају радноправне последице кривичног дела које је учињено на раду или у вези са радом, независност и самосталност дисциплинске одговорности према кривичној одговорности, кумулативност и комплементарност поступака је основно полазиште и примарни аспект. Из повреде радне обавезе и непоштовања прописане радне дисциплине, проистичу, поред дисциплинске, и друге врсте одговорности (правне и ванправне). Оне се могу преплитати или додиривати. Притом, сваки облик одговорности има свој основ, своју сврху и поступак одлучивања о истој, јер је за свако кажњиво дело општим прописима утврђено биће тог дела. Следствено томе, у случају да радња повреде радне обавезе представља и обележје неког кажњивог дела нпр., штете, кривичног дела, прекршаја, привредног преступа, запослени ће одговарати кумулативно (паралелно) – и дисциплински и за причињену штету, и кривично, и прекршајно, и за привредни преступ. Када се анализира однос одговорности за учињено дисциплинско и кривично дело, и у смислу прецедента ове две врсте одговорности су независне правне одговорности, па одустанак јавног тужиоца од гоњења нема значај за валидност одлуке о изреченој дисциплинској мери за радњу због које је био покренут и кривични поступак.<sup>1</sup>

Са аспекта радноправних последица, кривично дело на раду или у вези са радом је само један од оправданих (ваљаних) разлога предвиђених законом, који доводи или може да доведе до отказа, односно до престанка радног односа.

## 2. Кривично дело на раду као оправдан отказни разлог: особености

Да би отказ уговора о раду био законит потребно је да постоји оправдан разлог (ваљани разлог)<sup>2</sup> за отказ. Случајеви када се отказни разлог сматра оправданим таксативно су прописани Законом о раду.<sup>3</sup> То значи да послодавац може да откаже уговор о раду *само у случајевима и под условима*

---

1 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4532/1993 од 09. 03. 1994. године.

2 Законски ослонац за разликовање „оправданог отказа“ од „неоправданог отказа“ је Конвенција МОР-а, бр.158. о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/84. Сходно члану 4. Конвенције оправданост отказа условљена је постојањем ваљаног разлога везаног: а) за способност запосленог; или б) за понашање запосленог; или в) за оперативне потребе предузећа, установе или службе, при чему су нека лична стања, својства или понашања запосленог унапред искључена као ваљан разлог за раскидање радног односа на иницијативу послодавца.

3 Чл. 179. Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 75/14



утврђеним законом. Законске одредбе о механизму отказа уговора о раду на иницијативу послодавца имају за циљ да положај запосленог поставе што стабилније и чвршће, да им обезбеде постојаност у радним односима, а са друге стране заштита запослења не сме урушити легитимне интересе послодавца базиране на „неповредивости“ приватне својине. Таква нормативна опредељеност последица је економске и правне субординације запослених у радном односу. Из тог разлога, правни поредак је у домену људских права на раду склон да пружа нешто јачу заштиту раднику у радном односу у односу на послодавца, са позивом на *favor laborem*. Стога се механизам раскида уговора о раду на иницијативу послодавца и ограничење нормативне и дисциплинске власти послодавца у радном односу мора посматрати са аспекта заштите запослења, која проистиче из стабилности запослења као аспекта начела права на рад.

Изменама и допунама Закона о раду 2014. године<sup>4</sup> српско радноправно законодавство кренуло је у другом смеру – ка тенденцијама које дестабилизују положај запослених у радном односу и дају већу „слободу“ послодавцу код отказивања уговора о раду. Такав смисао и домашај радноправних норми даје једну нову димензију радноправним нормама, које попримају више „меркантилистички приступ“, насупрот историјским коренима радног права као заштитног законодавства.

Кривично дело на раду или у вези са радом као отказни разлог није новина у нашој радноправној регулативи. На истоветан начин су и Закон о раду из 2005. године<sup>5</sup> и Закон о раду из 2001. године<sup>6</sup> прописивали да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца. Један од оправданих разлога, предвиђен овом регулативом, јесте кривично дело на раду или у вези са радом.

У истом маниру су и одредбе Закона о раду из 2014. године. Кривично дело учињено на раду или у вези са радом је, сходно члану 179 Закона, оправдан отказни разлог у два сегмента/аспекта: (а) као оправдани разлог који се односи на понашање запосленог, и (б) као оправдани разлог који се односи на непоштовање радне дисциплине.

а) У првом случају, послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако је *правноснажно осуђен за кривично дело на раду или у вези са радом*.<sup>7</sup>

---

4 Сл. гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14

5 Чл. 179, ст. 1, тач. 4 Закона о раду, Сл. гласник РС, бр. 24/05, 61/05

6 Чл. 101, ст. 1, тач. 5 Закона о раду, Сл. гласник РС, бр. 70/01, 73/01

7 Чл. 179, ст. 1, тач. 2

б) У другом случају, послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако његово *понашање представља радњу извршења кривичног дела* учињеног на раду и у вези са радом, *независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак* за кривично дело.<sup>8</sup> Дакле, кривично дело као основ за отказ јавља се у случају када постоји правноснажна осуђујућа пресуда којом је утврђена кривица за кривично дело и/или када постоји само радња кривичног дела, без обзира да ли је покренут кривични поступак за утврђивање истог.

### **2.1. Правноснажна судска пресуда за учињено кривично дело као отказни разлог**

Запослени је крив за учињено кривично дело уколико је кривица утврђена правноснажном судском пресудом. Послодавац, сагласно закону, може запосленом да откаже уговор о раду ако је *правноснажно осуђен за кривично дело* на раду или у вези са радом.<sup>9</sup> Са аспекта дисциплинске одговорности, да би учињено кривично дело било оправдан разлог да послодавац откаже уговор о раду запосленом услови су: (1) да је кривично дело учињено од стране запосленог (да постоји кривица запосленог), и (2) да је то дело утврђено прописима у области кривичног законодавства. Први услов *кривица* запосленог за учињено кривично дело утврђује се према прописима у области кривичног законодавства, односно у кривичном поступку пред надлежним судским органима. Тиме се потврђује независност и самосталност дисциплинског од кривичног поступка, о чему је било речи у уводном делу. Други услов који мора да се испуни да би кривично дело представљало основ за отказ уговора о раду од стране послодавца јесте да је то дело утврђено као кажњиво дело према правним прописима у области кривичног законодавства. Кривични законик Србије<sup>10</sup> предвиђа кривична дела којима се штити област радних односа као и односи на раду и поводом рада у оквиру Главе XVI. Глава шеснаест Кривичног законика носи наслов „Кривична дела против права по основу рада“ у којој се као кривична дела наводе: Повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања; Повреда права при запошљавању и за време незапослености; Повреда права на управљање; Повреда права на штрајк; Злоупотреба права на штрајк; Злоупотреба права из социјалног осигурања; Непредузимање мера заштите на раду.<sup>11</sup> Поред прописаних кривичних дела која се

8 Чл. 179, ст. 3, тач. 5

9 Чл. 179, ст. 1, тач. 2

10 *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14

11 Чл. 163–169 Кривичног законика Србије

експлицитно односе на област радних односа и друга кривична дела могу да услове дисциплинску одговорност (крађа, фалсификовање, лишење живота, обљуба злоупотребом положаја и др.). Из наведеног проистиче да послодавац не може да квалификује одређену радњу као кривично дело на раду или у вези са радом – то је искључива надлежност кривичног суда, а не парничног суда у парничном поступку оцене законитости отказа, пошто постојање кривичног дела не представља претходно питање које суд решава у поступку по тужби за поништај отказа уговора о раду због кривичног дела на раду или у вези са радом.<sup>12</sup> Ова одредница у складу је са начелом пресумпције невиности у поступку утврђивања кривичне одговорности.

На основу правноснажне пресуде којом је утврђена кривица запосленог за учињено кривично дело на раду, послодавац може да откаже уговор о раду запосленом. Из наведне одредбе Закона о раду<sup>13</sup> јасно проистиче да правне последице осуде за учињено кривично дело не изриче суд одлуком о кривичној одговорности запосленог, већ послодавац на основу закона. Може се закључити да извршење кривичног дела *може да има за последицу* престанак радног односа, тј. отказ уговора о раду, само ако послодавац запосленом откаже уговор о раду, дакле и не мора. То је још један сегмент који указује на независност и самосталност дисциплинског од кривичног поступка. Међутим, иако је на нивоу *lex specialis* прописано да се казне и мере упозорења могу изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело,<sup>14</sup> и да правне последице осуде наступају даном правноснажности пресуде,<sup>15</sup> Закон о раду предвиђа и другу могућност – отказ због понашања које представља радњу извршења кривичног дела.

## **2.2. Радња извршења кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом као оправдани отказни разлог**

Радњу извршења кривичног дела законодавац предвиђа као оправдани отказни разлог који се односи на непоштовање радне дисциплине.<sup>16</sup> У смислу Закона о раду непоштовање радне дисциплине је оправдан отказни

---

12 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. II 383/06 од 11. 11. 2005. године

13 Чл. 179, ст. 1, тач. 2

14 Чл. 2 КЗС

15 Чл. 96 КЗС

16 Према Закону о раду послодавац *може да откаже уговор о раду* запосленом који *не поштује радну дисциплину*, чл 179, ст. 3.

разлог због кога се може отказати уговор о раду или изрећи „друга законом предвиђена мера“.<sup>17</sup>

Радна дисциплина, односно дисциплина понашања на раду и ван рада ја саставни део извршавања радне обавезе коју је радник преузео закључивањем уговора о раду. Шта се сматра „непоштовањем радне дисциплине“, односно, под „понашањем запосленог због кога он не може да настави рад код послодавца“, треба да дефинише послодавац својим актом – општим актом или уговором о раду. Да би послодавац могао да изрекне отказ уговора о раду запосленом који не поштује радне дисциплину, потребно је да се испуне два услова, то су: (1) да је актом послодавца *прописано* шта се *сматра непоштовањем радне дисциплине*, односно прописано понашање запосленог; (2) да је дошло до *повреде* тако утврђене радне дисциплине, односно до повреде таквог понашања. Из наведеног проистиче да послодавац *не може да откаже уговор о раду* по основу непоштовања радне дисциплине, односно понашања запосленог, *уколико не донесе акт којим прописује правила понашања*.<sup>18</sup> Исто је и у смислу судске праксе, „незаконито је решење о отказу уговора о раду због непоштовања радне дисциплине ако у његовом образложењу послодавац није навео радњу непоштовања радне дисциплине, понашање запосленог због кога не може да настави рад и начин повреде радне дисциплине“.<sup>19</sup>

Насупрот правној ситуацији, где је оправданост отказа условљена правноснажном пресудом за кривично дело на раду или у вези са радом, Закон о раду прописује могућност да послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут

---

17 У смислу одредбе члана 179а Закона о раду, послодавац може, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, да уместо отказа уговора о раду, запосленом изрекне једну од следећих мера: 1) привремено удаљење са рада без накнаде зараде, у трајању од једног до 15 радних дана; 2) новчану казну у висини до 20% основне зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца, која се извршава обуставом од зараде, на основу решења послодавца о изреченој мери; 3) опомену са најавом отказа у којој се наводи да ће послодавац запосленом отказати уговор о раду без поновног упозорења, ако у наредном року од шест месеци учини исту повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине.

18 Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-946/2006-02 од 26. 09. 2006. године.

19 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1712/2005 од 08. 02. 2006. године

кривични поступак за кривично дело.<sup>20</sup> У овом случају, за отказ уговора о раду запосленом *довољно је да понашање* запосленог представља *радњу извршења кривичног дела – није потребно да је покренут кривични поступак* за кривично дело.<sup>21</sup> Нејасно је да ли послодавац аутоматски отказује радни однос ако у радњи повреди има обележја кривичног дела, с обзиром да за отказ није потребно да је покренут кривични поступак за учињено кривично дело или може да откаже уговор о раду ако је започето кривично гоњење за радњу кривично дело. Премда, у смислу одредбе члана 165 Закона о раду којом је регулисан институт удаљења запосленог, запослени може бити привремено удаљен са рада ако је против њега започето кривично гоњење у складу са законом због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом. Дакле, запослени може или да добије отказ због постојања радње кривичног дела или може да буде удаљен са рада ако је започето кривично гоњење. Такве нормативне одреднице додатно чине контрадикторним ове две правне ситуације, пре свега са аспекта правних последица на радни однос. Наиме, ове радноправне норме имају несразмерне (и нелогичне) последице, сагледано кроз призму кривичног законодавства. Радња извршења кривичног дела на раду има теже радноправне последице (доводи до отказа) од започетог кривичног гоњења, дакле када постоје основи сумње да је учињено кривично дело (доводи до удаљења у смислу члана 165 Закона о раду). Да појаснимо, сходно Законика о кривичном поступку<sup>22</sup>, „покретање кривичног поступка“ и „започето кривично гоњење“ су две одвојене процедуралне фазе. *Кривични поступак је покренут*: (1) доношењем наредбе о спровођењу истраге; (2) потврђивањем оптужнице којој није претходила истрага; (3) доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога у скраћеном поступку; (4) одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције у скраћеном поступку; (5) одређивањем главног претреса у поступку за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења. *Кривично гоњење започиње*: (1) првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим закоником ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело; (2) подношењем приватне тужбе.

Одређену дозу произвољности даље ствара и сама конотација одредбе члана 179, ст. 3 у којој се наводи да „послодавац може да откаже уговор

---

20 В. члан 179, ст. 3, тач. 5 Закона о раду

21 Чл. 179, ст. 3, тач. 5 Закона о раду

22 Чл. 7 Законика о кривичном поступку. *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13

о раду“. Дакле, послодавац може али и не мора да откаже уговор о раду. Основано се може закључити да овај отказни разлог постоји у зависности од *bona fides* послодавца. Неспорно је, сходно закону, да послодавац може да откаже уговор о раду запосленом уколико запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом. Међутим, у пракси може да буде спорно квалификовање радње којом запослени нарушавајући радну дисциплину уједно чини кривично дело на раду или у вези са радом, с обзиром на то да се за отказ уговора о раду не захтева да је покренут кривични поступак у циљу утврђивања постојања бића кривичног дела, тј. не захтева се утврђена кривица запосленог за кривично дело учињено на раду или у вези са радом, већ је отказ оправдан уколико његово *понашање представља радњу извршења кривичног дела* – претпостављена, хипотетичка одговорност.

Да ли радња недисциплине представља и радњу извршења кривичног дела утврђује послодавац,<sup>23</sup> а не суд правноснажном пресудом. Тиме се послодавцу дају надлежности које су, сходно Законику о кривичном поступку, део тужилачке функције (јавног и приватног тужиоца) што доприноси да један законом прописан поступак добије атрибуте инквизиторности и арбитрерности. У смислу одредбе Законика,<sup>24</sup> овлашћени тужилац као субјект који има ингеренцију за предузимање и почетак кривичног гоњења за кривична дела за која се гони по службеној дужности је јавни тужилац, а за кривична дела за која се гони по приватној тужби овлашћени тужилац је приватни тужилац. Јавни тужилац је дужан да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности. За поједина кривична дела, када је то прописано законом, јавни тужилац може предузети кривично гоњење само на основу предлога оштећеног.<sup>25</sup>

### 3. Судска пракса и мишљења струке – *pro et contra*

„Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину, ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело“ – о правном основу ове одредбе у теорији и пракси постоје ставови *pro et contra*.

23 У смислу члана 175, ст. 3, тач. 5 Закона о раду

24 В. члан 5 Законика о кривичном поступку

25 Чл. 6 Законика о кривичном поступку

Са становишта судске праксе – кривично дело је основ за отказ уговора о раду запосленом само уколико је кривица утврђена осуђујућом правноснажном пресудом. Врховни касациони суд Србије је у пресуди из 2005. године заузео правни став сходно којем је „*правноснажна осуђујућа пресуда услов за отказ уговора о раду запосленом због учињеног кривичног дела на раду или у вези са радом*“.<sup>26</sup>

Насупрот томе, поједини аутори подржавају став да правноснажна осуђујућа пресуда не мора да буде услов за отказ када је у питању кривично дело на раду или у вези са радом. Аргумент за такво опредељење темеље на схватању да послодавац не користи овај отказни разлог „ради утврђивања да ли је запослени кривично одговоран за учињено кривично дело, да би се њему изрекла одговарајућа кривична санкција, већ је то у функцији одговора на питање: да ли је остварена материјална претпоставка од које зависи и право на употребу отказа од стране послодавца. Сходно томе, мишљење је ових аутора, „зашто би запослени који је извршио радње које садрже елементе кривичног дела на раду или у вези са радом био награђен задржавањем у радном односу до кривичне пресуде донете у кривичном поступку, а до тог поступка и не мора доћи“ (Ивошевић, Ивошевић, 2006: 366).<sup>27</sup> Сличан став и даље заступају З. Ивошевић и М. Ивошевић, констатујући да „овај отказни разлог не треба схватити у смислу одговорности за учињено кривично дело него у смислу извршења радње кривичног дела. Одговорност за учињено кривично дело утврђује суд, па то није посао оног ко одлучује о правима, обавезама и одговорностима из радног односа. Али, онај ко о томе одлучује може утврђивати да ли одређени отказни разлог постоји или не постоји. Ако је радња било ког кривичног дела предвиђена као отказни разлог, онда ће надлежни орган послодавца или сам послодавац моћи да испитује да ли у чињењу или нечињењу запосленог има елемената који образују биће кривичног дела, па ако нађе да тих елемената има, онда ће донети решење о отказу уговора о раду због непоштовања радне дисциплине, а не због учињеног кривичног дела“ (Ивошевић, Ивошевић, 2015: 411–412).

Уважавајући ставове „за“ и „против“ наведене одредбе, мишљења смо да је ово својеврстан правни *nonsense* и једна од најспорнијих одредби у

---

26 *Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије*, утврђено на седници од 30. 11. 2004. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2005, стр. 35.

27 О томе више: З. Ивошевић и М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 366–367; Б. Живковић, *Кривично дело на раду или у вези са радом као разлог за отказ уговора о раду*, Правна пракса, бр. 5/2006, стр. 36–40; Д. Хаџи Танчић, *Кривично дело на раду или у вези са радом*, Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права XIII, Београд, бр. 1/2009, стр. 183–186.

радноправној регулативи, јер уводи санкцију за „хипотетичку – недоказану кривицу“ (мишљење аутора: С. П). Пре свега јер противуречи уставности, законитости, људским правима, правној сигурности – владавини права. Мора се нагласити, да се кривични поступак као и остали поступци за утврђивање одговорности заснива на одређеним начелима, принципима, руководним идејама. То су захтеви владавине права. Владавина права подразумева, између осталог, и одговарајући правни поступак (*due process of law*), односно постојање правила о непристрасном и правичном поступку, уз истовремена јемства правне сигурности и индивидуалне слободе. Са тог гледишта спорна је природа квалификовања кажњивог дела за отказ запосленом, односно право послодавца да утврђује постојање обележја кривичног дела у радњи повреди радне обавезе. За отказ уговора о раду довољно је да у повреди радне обавезе постоји обележје кривичног дела, што аутоматски даје оправдан основ послодавцу да откаже уговор о раду запосленом. Није потребно утврдити кривицу у судском поступку, што је супротно начелу пресумпције невиности, права на одбрану и независности дисциплинског и кривичног поступка. Суштина претпоставке невиности, као једне од значајнијих тековина правне државе и демократског друштва, најчешће се изражава правилом да се свако сматра невиним, и да га нико не може сматрати кривим, док се правноснажном судском одлуком од стране надлежног суда не утврди његова кривица (Крапац, 2010: 388). Пресумпција – претпоставка невиности, као једно од фундаменталних људских права, садржано је у најважнијим међународним и домаћим документима: у чл. 11 Опште декларације о правима човека из 1948. године; чл. 6 Европске конвенције о људским правима из 1950. године;<sup>28</sup> Повеља о основним правима у ЕУ из 2000. године, Глава 6, насловљена „Правда“, чл. 48. носи наслов „Претпоставка невиности и право на одбрану“; чл. 34, ст. 3 Устав Републике Србије<sup>29</sup> и чл. 3 Законика о кривичном поступку<sup>30</sup> прописују: „Свако се сматра невиним за кривично дело, док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда“. Насупрот томе, са аспекта одредбе члана 179, ст. 3, тач. 5 Закона о раду, запослени се сматра кривим док се не докаже супротно.

28 Чл. 6, ст. 2 Европске конвенције о људским правима, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003. Сходно овој одредби: „Свако има право да се правично и јавно у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона, одлучи о његовим грађанским правим и обавезама или о кривичној оптужби против њега [...]. Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним док се не докаже да је крив на основу закона“.

29 Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

30 Сентенца преузета: *Пресуда Врховног касационог суда*, Рев 2. 700/2013 од 11. 12. 2013. године.



Садржину претпоставке невиности дефинисао је Европски суд за људска права, у сопственој јуриспруденцији. Према ставу Суда, она инволвира следеће: поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, правило да терет доказивања лежи на тужиоцу и да ризик недоказаности (сумња у постојање одлучних чињеница) мора ићи у корист настојања за хуманизацијом положаја окривљеног у кривичном поступку, у односу на некадашњи инквизициони поступак. Како је претпоставка невиности у тесној вези са општим постулатом правичности, она је један од стандарда који скупа творе право на правично суђење (Илић, 2012: 571). Претпоставка невиности представља обориву правну пресумпцију, с обзиром на то да важи априори, пре и у току вођења кривичног поступка, док се супротно не утврди, правноснажном осуђујућом пресудом (Илић, 2012: 574). Поред тога, овај правни стандард представља значајну процесну гаранцију окривљеном, којом се јемчи заштита личности у кривичном поступку, отклањају предрасуде према окривљеном и којом се омогућава (макар формална) равноправност окривљеног у спору са тужиоцем (Илић, 2012: 574).

Не улазећи у даљу полемику у погледу оправданости ставова *pro et contra*, у правном смислу посматрано једно је неспорно, ако би се решење о спровођењу истраге, оптужница или неправноснажна пресуда верификовали као доказ да је учињено кривично дело, учинила би се повреда пресумпције невиности. Такође, не може се пренебрегнути чињеница да би се овом одредбом послодавцу дале прерогативе које су искључиво резервисане за истражну и судску надлежност. Када се ове надлежности придодају осталим надлежностима послодавца у радном односу (нормативна, управљачка, дисциплинска), *de facto* то може да доведе до арбитрерности, самовоље послодавца што ће створити климу правне несигурности, јер ће утврђивање радње кривичног дела у повреди радне обавезе да зависи од *bona fides* послодавца.

О уставности ове одредбе огласио се Уставни суд. У предметима оцене уставности закона Уставни суд је на 20. седници, одржаној 17. новембра 2016. године, утврдио да одредба члана 179, став 3, тачка 5 Закона о раду, која предвиђа да „послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину, и то: ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело“, није у сагласности са Уставом Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/06).<sup>31</sup>

---

31 Пресуда Уставног суда: IУz-424/2014, на 20. седници одржаној 17. новембра 2016. године.

#### 4. Закључна разматрања

„Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који не поштује радну дисциплину ако његово понашање представља радњу извршења кривичног дела учињеног на раду и у вези са радом, независно од тога да ли је против запосленог покренут кривични поступак за кривично дело“. Ова одредба представља једну од најспорнијих у нашој радноправној регулативи, пре свега јер противречи уставности, законитости, правној сигурности, људским правима, индивидуалним слободама – владавини права. Уколико би се отказ базирао на таквим основама, то би значило инквизиторност поступка отказа јер се послодавцу дају судијске – тужилачке прерогативе. То би водило у арбитрерност поступка отказа, јер од воље послодавца зависи да ли ће запосленом дати отказ уколико постоји радња повреде. Такво селективно поступање према одговорности запослених отвара питање дискриминације; затим, одговорност за претпостављену кривицу за кривично дело, пре него што се правноснажно одлучи о нечијој одговорности, девалвира принцип пресумпције невиности и права на одбрану – постају обориве правне претпоставке. Даље, наведене одредбе постављају својеврсну „виртуелну дисциплинску одговорност“, њима се дају већа дискрециона права послодавцу код отпуштања запослених – отказ чине флексибилнијим, насупрот међународној регулативи. Напушта се принцип *in dubio pro laboris* (у сумњи блаже по радника), што додатно дестабилизује положај запосленог у радном односу. Може се рећи да су универзална људска права потиснута пред економским интересима послодавца. Овакав смисао и домашја радноправних норми којим се економски сегмент ставља испред права на рад, уводи нас у *меркантилистички приступ радном праву* [Ковачевић Периф, 2016: 651].

Постојање обележја кривичног дела у радњи повреде радне обавезе на раду или у вези са радом, без обзира да ли је покренут кривични поступак, није оправдан основ за отказ, што је потврдио и Уставни суд, оценивши ову одредбу неуставном.

#### Литература

Билтен судске праксе Врховног суда Републике Србије, бр. 1/2005.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9 (2003).

Живковић, Б. [2016]. Кривично дело на раду или у вези са радом као разлог за отказ уговора о раду, *Правна пракса*, бр. 5. 36–40.

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 75 (2014).

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24 (2005), 61 (2005).

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 70 (2001), 73 (2001).

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2011), 101 (2011), 121 (2012), 32 (2013) и 45 (2013).

Ивошевић, З., Ивошевић, М. [2006]. *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд.

Ивошевић, З., Ивошевић, М., [2015]. *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд.

Илић, И. [2012]. Претпоставка невиности окривљеног и право на јавно информисање, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. LXI. 571–586.

Ковачевић Перић, С. [2016]. Отказ од стране послодавца. *Право и привреда*. бр. 4–6. 641–651.

Крапац, Д. [2010]. *Казнено процесно право*, прва књига: Институције, Загреб, 2010.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006).

Пресуда Уставног суда IУz-424/2014, на 20. седници одржаној 17. новембра 2016. године.

Пресуда Врховног касационог суда Рев 2. 700/2013 од 11. 12. 2013. године.

Хаџи Танчић, Д. [2009]. *Кривично дело на раду или у вези са радом*, Радно и социјално право. XIII, бр. 1. 183–186.

**Slobodanka Kovačević-Perić, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,*

*University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)*

**LABOUR AND EMPLOYMENT LAW IMPLICATIONS OF A CRIMINAL  
OFFENCE AT WORK: JUSTIFICATION FOR DISMISSAL**

**Summary**

*Legal provisions on the termination of employment are intended to ensure a stable and strong position of employees, and to provide stability in labour relations in order to enable workers to freely exercise their right to work. On the other hand, the protection of employment must not undermine a legitimate interest of employers based on the “inviolability” of private property. The changes and amendments envisaged in the 2014 Labour Act brought about a change of direction in the Serbian labour legislation which is embodied in the tendencies that destabilize the position of employees and provide greater “freedom” to the employer in respect of termination of an employment contract.*

*In this paper, the author analyzes the consequences of a criminal offense committed at work, by presenting both pro and contra arguments on this issue. Specifically, pursuant to Article 179 Labour Act, an employer may terminate the employment contract of employees who do not respect the work discipline if their behavior represents an act of committing a criminal offense at work and/or related to work, regardless of whether an employee is prosecuted for a criminal offense (Article 179, paragraph 3, item 5 LA). The author argues that such a provision is incompatible with the principles of legality, the rule of law, legal certainty and other values associated with human rights, which are embodied in the principle of the “presumption of innocence”.*

**Keywords:** *criminal offense at work, criminal proceedings, dismissal.*

**Др Наталија Жунић,\***  
Доценткиња Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776169Z

UDK: 342.7-055.2:32

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **КОНВЕНЦИЈА О ЕЛИМИНАЦИЈИ СВИХ ОБЛИКА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ЖЕНА И ЊЕНА УЛОГА У АРТИКУЛАЦИЈИ КОНЦЕПТА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И АФИРМАЦИЈИ ПОЛИТИЧКИХ ПРАВА ЖЕНА\*\***

**Апстракт:** У раду анализирамо улогу и домете Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена и утицаја Конвенције на препознавање и артикулацију развоја политичких права жена и њиховог друштвеног значаја. Елиминисање дискриминације жена у политици, као процес изградње демократског и хуманог друштва, утемељено је, на институционалном нивоу, кроз процес рада међународних организација, где су се формирали и дефинисали међународни правни стандарди из области политичких права жена. Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена настала је кроз дуги процес разматрања, тумачења, дефинисања и јачања легислативног оквира регулисања дискриминације жена на међународном нивоу и она је широко прихваћени међународни, обавезујући, документ којим се артикулишу и бране права жена, принцип на недискриминацију и равноправност мушкараца и жена у друштвеној заједници. Рад смо структурисали у односу на два централна питања. Једно обухвата и бави се концептом дискриминације жена, а друго питање се односи на посебан проблем дискриминације жена у политичком животу, односно, на начин остваривања политичких права жена. Наш задатак је био да покажемо како су ова питања утемељена у Конвенцији о елиминацији свих облика дискриминације жена и да ли је ова конвенција „још један неиспуњени договор“.

**Кључне речи:** Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, дискриминација жена, жене у политици, политичка права жена.

\* natalija1954@gmail.com

\*\* Чланак др Наталије Жунић резултат је рада на пројекту бр. 179046: «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Увод

Опште право гласа било је дуго привилегија мушкараца, и када у историјском оквиру разматрамо еволуцију права гласа јасно се уочава како и колико дуго су жене биле искључене из политичког грађанства. Морало је да прође много времена да жене добију политичка права, како би постале пуноправне грађанке. Од правне, де јуре равноправности, до фактичке политичке равноправности мушкараца и жена протекао је дуг историјски период. Женске кампање за учествовање жена у јавном и политичком животу почињу од XIX века, иду дуж целог XX века и трају до данас. Између осталог, оне су у функцији идејне и стратешке подршке раду међународних институција у дефинисању стандарда о политичком репрезентовању жена и учешћу жена у јавним пословима.

„Период од Француске револуције до Другог светског рата био је мрачно доба концепта људских права“ (Freeman, 2011: 37). Међународна заједница се после цивилизацијске катаклизме II светског рата посветила изградњи принципа поштовања и заштите људских права, а затим и женских права, као једном од својих основних циљева. Кључни допринос изградњи новог концепта људских права дале су Уједињене нације. Повезом УН дефинисан је садржај људских права, који је наставио да се изграђује кроз „универзална морална права“ Универзалне декларације о људским правима, затим кроз инструменте Уједињених нација као што су Међународни пакт о грађанским и политичким правима са факултативним протоколима, Конвенција о политичким правима жена, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, да набројимо само оне које су окупљене око статуса политичких права жена.

Без обзира што данас припадност мушком роду ни у једној европској земљи, или земљама либералне демократије, није услов политичког грађанства, право равноправног учешћа жена у политичком животу заједнице за многе жене остаје само право у теорији и правној норми (Sineau, 2003: 12). Елиминисање дискриминације жена у политици део је истинског развоја демократије и хуманог односа према свим грађанима друштва. На институционалном нивоу оно је утемељено кроз рад међународних организација, где су се формирали и дефинисали међународни правни стандарди из области политичких права жена.<sup>1</sup> Међународни правни стандарди у овој сфери постали су у институционалном и вредносном

---

1 Теоретичари међународног права дефинишу међународне стандарде као: „... стандарди тј. појмови који норме међународног права садрже без посебног дефинисања“ (Димитријевић, В. Поповић, Д. Папић, Т. Петровић, В., 2006: 68).

Међународни стандарди су део обавеза на које држава пристаје и она их се придржава у правном и политичком смислу.

смислу део домаће легислативе политичких права жена. Ратификацијом међународних уговора, они су уведени у правни поредак Србије, и она се обавезала да своје законодавство и праксу усклади са међународним стандардима и приступи јачању идеје и праксе родне равноправности у политици и политичком одлучивању.

На концептима једнакости и недискриминације, као централним идејама Универзалне декларације, засновани су сви међународни споразуми. Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)<sup>2</sup> настала је кроз дуги процес разматрања, тумачења, дефинисања и јачања легислативног оквира регулисања дискриминације жена на међународном нивоу. Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена или Женска конвенција или Повеља о женским правима је широко прихваћени међународни, обавезујући, документ којим се артикулишу и бране права жена, принцип недискриминације и равноправности мушкараца и жена у друштвеној заједници.<sup>3</sup> У контексту заснивања и развоја међународних правних стандарда, Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена је фундаментални, стожерни, најобухватнији и најзначајнији универзални међународни инструмент којим се гарантује равноправност

---

2 Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) – CEDAW. Ову Конвенцију је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација, 18. децембра 1979. године у Њујорку. Преузето 25. 5. 2013. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13)

СФРЈ је потписала Конвенцију јула 1980. године и ратификовала 1981. године. Конвенција је ступила на снагу 1982. године. СФРЈ је ратификовала Конвенцију, Законом о ратификацији конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена. (Међународни уговори. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 11. 1981)

У СРЈ и државној заједници СЦГ по основу сукцесије важила је Конвенција, да би по истом основу наставила да важи и данас у Републици Србији. Савезна Република Југославија је 2002. године ратификовала Опциони протокол уз Конвенцију. После иступања Црне Горе из државне заједнице СЦГ, није било потребно да Република Србија поново приступа *Опционом протоколу* јер је она, као правни следбеник државне заједнице, у складу са чл. 60 Уставне повеље државне заједнице СЦГ, наследила њен међународноправни субјективитет и међународне документе. Ово је констатовано на седници Другог ванредног заседања Народне скупштине Републике Србије, одржаној 5. јуна 2006. године.

3 Конвенцију о елиминацији свих облика дискриминације жена усвојила је Генерална скупштина са 130 гласова за, 10 уздржаних и са ниједним гласом против. Конвенција је данас широко прихваћена у целом свету, до априла 2015. године она се примењује у 188 држава света, на основу ратификације, потписивања или сукцесије. Преузето 18. 8. 2015. [treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV8&chapter=4&lang=en#13](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV8&chapter=4&lang=en#13)

мушкараца и жена.<sup>4</sup> Међутим, можемо и да се хеуристички запитамо, погледамо ли глобалну родну статистику и индекс дискриминације жена и/или достигнуту родну равноправност – да ли је ова Конвенција «још један неиспуњени договор»? Где се данас, посматрано из перспективе глобалних и посебних родних односа, после неколико деценија од усвајања Конвенције, налазе друштва и државе које су потписале Конвенцију? Како су се на нивоу друштвених пракси и јавних политика реализовала права и стандарди о уклањању свих облика дискриминације жена? И, наравно, како су се у пракси Одбора за уклањање свих облика дискриминације жена издиференцирале државе које су додатно квалификоване и класификоване с обзиром на опште и посебне препоруке за државе странке?

## **2. Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена као инструмент операционализације концепта дискриминације жена и заштите права жена**

Иновативност и актуалност *Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена*, као посебног међународног инструмента за елиминацију дискриминације и заштиту женских права, налази се „у кораку испред“ осталих међународних инструмената. Нови аспекти у третирању дискриминације, као што је наглашавање концепта једнакости, диференцирање непосредне и посредне дискриминације, као и у том контексту уочавање родно неутралних правних норми и њених последица, представљају квалитативни скок. Речју, Конвенцијом се даје нови угао посматрања дискриминације жена, гарантују нова права и пројектује другачија перцепција правног регулисања дискриминације жена.

Сам ток процеса *de iure* и *de facto* равноправности жена и мушкараца постиже се новим политикама елиминације свих облика дискриминације над женама, које садрже, како све одговарајуће законодавне, тако и све посебне мере (позитивна акција, афирмативна акција – прописи, одлуке, критеријуми, пракса, и др.) дефинисане Конвенцијом. Конвенција је по својој организационој структури један динамичан инструмент, који од заснивања (1979. године) ради са Комитетом за уклањање дискриминације жена<sup>5</sup> и другим актерима на националном и међународном нивоу, на

---

4 „Ова Женска Повеља Права стоји као прекретница. Она одражава принцип универзалности и недељивости права, која припадају свим народима, ниједној култури и заједничка су за оба пола“. (Кофи Анан, генерални секретар Уједињених нација, 10. децембар 1999)

5 Постоји 10 надзорних тела за праћење примене кључних међународних докумената из области заштите људских права. Та тела сачињавају независни експерти, бирани,



увиду у основне категорије и аспекте дискриминације жена, на њиховом разумевању и анализи суштинског садржаја чланова Конвенције, специфичних одлика дискриминације жена и инструмената за борбу против дискриминације жена.

Структуру Конвенције<sup>6</sup> (Мршевић, 2000: 129–140) чини Преамбула и тридесет оперативних чланова, од којих првих шеснаест обухвата концепт дискриминације, дефиницију дискриминације жена и права жена у различитим областима приватног и јавног живота. У Преамбули Конвенције скреће се позорност на идеју једнаких права жена и мушкараца, тако што се тиме указује на континуираност принципа и водећих идеја из Повеље УН и Универзалне декларације, као и на обавезу држава потписница Конвенције да обезбеде равноправност жена и мушкараца како би они уживали сва права. Такође, наглашава се и упозорава на чињеницу да је дискриминација жена раширена појава, упркос постојању великог броја инструмента који је забрањују и гарантују једнака права мушкараца и жена. У том контексту се концепт родне равноправности утемељује као *sine qua non* даљег развоја друштва, у свим његовим родним аспектима и димензијама.

Извесно је да промена правних норми и институционалног оквира није довољан и гарантован услов да дискриминација буде искорењена. Зато Преамбула укључује и образлаже социокултурну димензију деконструисаних традиционалних улога жена и мушкараца у приватној и јавној сфери друштва и њену ресоцијализацијску улогу у процесу долажења до пуне равноправности мушкараца и жена. Тако се Конвенција показује и као један нови нормативни дискурс, који захвата широко поље саме трансформације институционалног капацитета друштва и његовог културног хабитуса, у име и корист слободе и равноправности жена и мушкараца.

Први део Конвенције од 1. члана до 5. члана чине правила која успостављају и формирају општа начела на којима се заснивају права гарантована Конвенцијом (Мршевић, 2000: 129–140)<sup>7</sup>. У овом делу посебно су наглашени и

---

обично, сваке четири године.

6 Текст Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена преузет је, и у тексту цитирани његови чланови, из књиге Мршевић. З. (2000). *Женска права у међународном праву*. Бања Лука: Хелсиншки парламент грађана, Удружене жене.

7 Структура рада и методолошки концепт рада налажу да нагласимо како други део Конвенције (чланови од 7 до 9) установљава и разматра моделе елиминисања дискриминације жена у политичком и јавном животу, као детерминирајућем чиниоцу депривације жена у јавној сфери и да ћемо о њима расправљати као о централној теми нашег рада. У овом раду нећемо се бавити трећим делом Конвенције. Само ћемо напоменути, због датог континуитета аналитичког оквира, да се он односи на неколико сегмената живота жена у које спада област образовања, запошљавања, здравља,

издвојени следећи сегменти значајни за утврђивање и развој равноправности мушкараца и жена: дефиниција дискриминације (члан 1); политика елиминације дискриминације жена и интеграција принципа једнакости у национална законодавства (члан 2); развој и еманципација жена у свим областима живота (члан 3); привремене посебне мере са циљем убрзања *de facto* једнакости између мушкараца и жена (члан 4); мере које ће елиминисати предрасуде, обичаје, као и социјалне и културне праксе које се заснивају на стереотипним улогама мушкараца и жена (члан 5). Сматрамо да је значајно за разумевање друштвене и политичке перспективе женских права и родне равноправности имати у виду да општа уводна начела садрже одредбе које представљају општи оквир за све посебне гаранције садржане у Конвенцији. Општа уводна начела «уређују најважније институте, одређују значење појмова и термина који се користе у Конвенцији и дефинишу основне принципе и општа правила релевантна за целокупни садржај Конвенције. Општа правила се примењују субсидијерно уз све друге чланове Конвенције» (Пајванчић, 2010: 24).

Систем заштите права из Конвенције додатно је ојачан усвајањем Опционог или Факултативног протокола уз Конвенцију о уклањању свих облика дискриминације жена.<sup>8</sup> Опциони протокол уводи за државе које га прихвате додатни међународни надзор заштите конвенцијских права, са циљем да се размотри напредак остварен у његовој имплементацији, који спроводи Комитет за уклањање дискриминације жена. Треба нагласити да се Факултативним протоколом свака држава странка обавезује да ће јавност сопствене државе упознати с Конвенцијом и Протоколом, да ће је промовисати и омогућити публицитет у јавности и олакшати приступ информацијама о ставовима и препорукама Одбора УН за укидање свих облика дискриминације жена.

И на крају, примарни задатак Комитета за уклањање дискриминације жена је разматрање извештаја о законодавним, судским, управним и другим мерама које су државе предузеле ради примене Конвенције. Конвенција обезбеђује да све државе потписнице прихвате мере за елиминацију дискриминације жена и државе су, такође, обавезне да предузму афирмативне мере које унапређују равноправност између жена и мушкараца.

---

економски, друштвени живот и живот жена на селу (чланови од 10 до 14 Конвенције). У тој области Конвенције тражи се од држава чланица да предузму све одговарајуће мере за елиминацију дискриминације жена у области образовања, запошљавања, здравственог, економског и друштвеног живота (члан 10 до 13).

<sup>8</sup> Опциони или Факултативни протокол уз Конвенцију о уклањању свих облика дискриминације жена усвојен је 1999. године, а ступио је на снагу децембра 2000. године. Преузето 8. 5. 2014. <http://legal.un.org/avl/ha/cedaw/cedaw.html>

### 3. Концепт дискриминације у CEDAW

Језгро или „срж“ Конвенције чине чланови 1 до 5 и 24 (Мршевић, 2000: 129–140). Они представљају генерални интерпретативни оквир за све битне чланове Конвенције и управо је то тазлог да се у дебату о анализи политичких права жена из Конвенције узму у разматрање кључне категорије и концепције из тих чланова. Дакле, како се у раду бавимо дискриминацијом жена у политичком животу, сматрамо да је сврховито, с обзиром на крајњи циљ, разложити важну парадигматичну дефиницију дискриминације жена у овом документу. Концепт дискриминације жена дефинисан у члану 1 од суштинског је значаја за Конвенцију, зато што „скоро сваки супстанцијални члан из уговора идентификује укидање такве дискриминације као језгро обавеза држава уговорница“ (Freeman, Chinkin, Beate, 2012: 52). Шта је дискриминација и у којим аспектима социјалног живота се она артикулише? На то питање Конвенција даје широку дефиницију дискриминације над женама, као „(...) свако разликовање, искључивање или ограничавање на основу пола које има ефекат или циљ да угрози или онемогући признање, уживање или остваривање од стране жена, без обзира на њихов брачни статус, а на основу једнакости мушкараца и жена, људских права и основних слобода у политичком, економском, социјалном, културном, грађанском или било ком другом пољу“ (члан 1) (Мршевић, 2000: 129–140). У Општој препоруци 25 Комитет каже да Конвенција превазилази или надилази појам дискриминације који је у употреби у многим националним и међународним правним нормама и стандардима. Битна разлика огледала се у томе што су такви стандарди и норме забрањивали дискриминацију на основу пола и штитили мушкарце и жене на основу произвољних, нефер, и/или неоправданих разлика, док се Конвенција фокусира на дискриминацију жена, истичући да су жене патиле и настављају да пате од разних облика дискриминације зато што су жене.<sup>9</sup> У члану 2 (Мршевић, 2000: 129–140) Конвенције разматрају се обавезе које државе чланице треба да предузимају у борби против дискриминације. За промену контекста дискриминације жена од суштинског значаја је захтев упућен државама, да промене законе и укажу на антидискриминационе праксе на пољу женских права. Дакле, државе су обавезне да гарантују принцип равноправности полова и ефикасну правну заштиту једнаких права (у оквиру устава и одговарајућих законских аката). Међутим, дискриминацију, на шта смо већ указали и што је постала социјална чињеница таквих

---

9 General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, Retrieved 15. April 2014, from, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28English%29.pdf>

акција на нивоу права, није могуће искоренити само прописима и правним актима. *Sine qua* поп стварања антидискриминационог друштвеног оквира је укидање, промена или измена оних традиционалних обичаја и пракси који су део дискриминације жена. Пресудну улогу, дакле, нема само измена прописа, већ одлучујућу улогу треба да преузме непосредно ангажовање државних институција. Члан 3 (Мршевић, 2000: 129–140) Конвенције уставнољавља суштинску обавезу држава да у свим областима друштва, као и у законодавној сфери, предузму одговарајуће мере да се обезбеди развој и еманципација жена. Са чланом 4 (Мршевић, 2000: 129–140) Конвенције уводе се нови механизми у регулисању положаја жена, и то су привремене посебне мере, са којима Конвенција добија један виши и напреднији ниво у заступању и реализацији суштинске равноправности жена. Комитет се посебним мерама бавио у Општој препоруци 5, у којој се каже да државе потписнице више користе привремене посебне мере, као што су позитивне акције<sup>10</sup>, преференцијални третман или систем квота за унапређење интеграције жена у образовању, економији, политици и запошљавању.<sup>11</sup> Конвенција уочава интерес који није дискриминаторан, и државама сугерише да уведу мере које ће довести до *de facto* равноправности жена онда када *de jure* равноправност није показала успешне резултате. Карактеристике привремених мера односе се на њихов привремени карактер и њихов циљ огледа се у убрзању достизања фактичке равноправности жена. Комитет сматра да није довољно обезбедити једнак третман жена и мушкарца у строго формално-правном смислу. Једнаке шансе дају једнаке резултате – никако се не смеју игнорисати разлике које постоје у свим сегментима,

10 Термин афирмативна акција се користи у Сједињеним Америчким Државама и у бројним документима Уједињених нација, док је термин позитивна акција у широкој употреби у Европи, као и у многим документима Уједињених нација. Међутим, термин позитивна акција користи се у још једном другом смислу у међународном праву људских права, да се опише „позитивна акција државе“ (обавеза државе да покрене акцију, насупрот обавези државе да се уздржи од акција). Стога, израз позитивне мере двосмислен је утолико што његово значење није ограничено на привремене посебне мере у смислу из члана 4, став 1 Конвенције. Изразе „обрнута дискриминација“ или „позитивна дискриминација“ један број коментатора је критиковао као неприкладне. (General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), Retrieved 15. April 2014, from, /tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\_Global/INT\_CEDAW\_GEC\_3733\_E.pdf

11 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Seventh session (1988), General recommendation No. 5: Temporary special measures. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

јавним и приватним, живота жена и мушкараца. На мети Конвенције су сви контексти и дискриминаторне димензије прошлости и садашњости живота жена, који женама отежавају или ускраћују уживање њихових људских права и основних слобода, укључујући и отклањање узрока и последица њихове *de facto* или суштинске неједнакости. Стога, примена привремених посебних мера<sup>12</sup> у складу је са Конвенцијом, и она је једно од средстава за реализацију *de facto* или суштинске равноправности жена, пре него изузетак од норме недискриминације и једнакости.<sup>13</sup>

Члан 24 (Мршевић, 2000: 129–140) Конвенције обавезује државе да усвоје све потребне мере како би се остварила сва права призната у Конвенцији. Комитет у Општој препоруци 25 указује на три обавезе које треба да буду у фокусу рада држава уговорница како би се елиминисала дискриминација над женама. Те обавезе треба спроводити на интегрисан начин и проширити изван (чисто) формалних законских обавеза једнаког третмана жена са мушкарцима. Прво, обавеза државе потписнице је да осигура да у законима не постоји директна/непосредна или индиректна/посредна дискриминација жена и да су жене заштићене од дискриминације. Дискриминацију жена могу да почине јавне власти, судство, организације, предузетници или физичка лица у јавном простору, као и од дешавања из сфере приватног, од стране надлежних судова, санкцијама и другим правним средствима. Друго, обавеза државе потписнице је да *de facto* побољша положај жена и то кроз конкретне и ефикасне политике и програме. Треће, обавеза државе потписнице је да се активно бави мењањем постојећих родних односа и родно заснованих стереотипа о женама, који не утичу само на положај жена на индивидуалном нивоу, него су устројени кроз законе, правне и

---

12 На простору праксе и права Европске уније примењује се термин позитивна акција и позитивне мере, док се у међународноправним документима срећемо са термином посебне мере, који је у употреби и у нашем законодавству. У неким правним списима можемо видети да се афирмативне мере дефинишу под одредницом позитивна дискриминација, а у употреби је и термин обрнута дискриминација. Такође, можемо наићи и да се за афирмативне мере употребљавају називи неких посебних типова афирмативних мера, на пример квоте, преференцијални третман или резервације. У академском простору постоје велике дебате и разлике у практичној примени посебних мера за побољшање статуса жена. Али, наравно, треба и нагласити да се посебне мере не сматрају дискриминацијом, већ се оне уводе ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица, односно групе лица која се налазе у неједнаком положају.

13 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraph 14. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

друштвене структуре и институције.<sup>14</sup> Важан носећи члан Конвенције, члан 5<sup>15</sup> говори о детерминирајућој снази социјално-културног контекста у производњи стереотипне представе о жени и месту жене у друштву. Зато Општа препорука 19<sup>16</sup> упозорава да дискриминаторне праксе засноване на стереотипима и предрасудама према женама производе насиље над женама и доводе до потчињеног положаја жена у свим областима друштва. Да ли су забрана дискриминације или посебне мере нулта тачка којима се постиже да жене не буду дискриминисане? Или је то и сам процес промена укупног друштвеног контекста, његових мизогиних пракси, ставова и обичаја који производе и генеришу дискриминацију и маргинализацију жена?

#### 4. CEDAW и право жена на политичку репрезентацију

Промењени дискурс политичких права жена није био само део промена у теоријским истраживањима политике, већ је омогућио и усмерио даљи друштвени и правни развој, као и динамичну институционалну легитимизацију политичких права жена на међународном и националном нивоу. На том путу освајања политичких права жена угаони камен представља CEDAW или Женска повеља, и то пре свега њен сегмент о политичким правима жена, односно други део Конвенције (чланови од 7 до 9).<sup>17</sup> Наиме, његова линија «одбране» политичких права жена установљава

---

14 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraph 3–7. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

15 Члан 5 наводи да државе чланице предузимају све подесне мере:

(а) ради измене друштвених и културних обичаја у погледу понашања мушкараца и жена да би се отклониле предрасуде, као и уобичајена и свака друга пракса заснована на схватању о инфериорности или супериорности једног или другог пола или традиционалној улози мушкараца, односно жена;

(б) да породично васпитање обухвати и правилно схватање материнства као друштвене функције и признање заједничке одговорности мушкараца и жена у подизању и развоју деце, подразумевајући да се у свим случајевима мора, пре свега, водити рачуна о интересима детета.

16 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Eleventh session (1992)\*General recommendation No. 19: Violence against women, 11. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3731\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf)

17 У члану 8 Конвенције наводи се да је нужно обезбеђивање права жени да под једнаким условима са мушкарцима гласа на свим изборима, јавним референдумима и буде бирана у сва јавна изборна тела, учествује у формулисању и примени владине

и разматра моделе елиминисања дискриминације жена у политичком и јавном животу, као детерминирајућем чиниоцу депривације жена у јавној сфери која се нужно рефлектује на све области живота жена. Угаони камен анализе политичких права жена у оквиру Конвенције је члан 7 (Мршевић, 2000: 132)<sup>18</sup> у којем се непосредно дотиче питање права жена на политичку репрезентацију и учешћа жена у политичком и јавном животу. Место овог члана и приоритет који му се даје у структури Конвенције, одмах после оквирних чланова Конвенције, говори о круцијалном значају одредби о статусу и правима жена у политичком животу као суштинским претпоставкама свих осталих права жена у друштву.

Члан 7 Конвенције детаљно је анализиран у Општој препоруци 23<sup>19</sup> у којој се сматра да је обавеза државе да предузме све неходне мере да би се спречила дискриминација и како би се обезбедила суштинска једнакост мушкараца и жена у свим областима политичког и јавног живота. У Препоруци стоји да је политички и јавни живот земље широк појам. Употреба политичке моћи односи се, нарочито, на коришћење законодавне, судске, извршне и административне моћи. Овај појам покрива све аспекте јавне управе, као и одређивање и спровођење политике на међународном, државном, регионалном и локалном нивоу. Он, такође, обухвата и многе делове и аспекте грађанског друштва – јавна већа и локални савети, активности организација као што су политичке странке, струковни синдикати,

---

политике, као и у вршењу свих јавних служби и јавних функција на свим владиним нивоима. Такође, да буде равноправна учесница у раду невладиних организација и удружења у политичком и јавном животу земље. Затим, жене са мушкарцима треба да равноправно и без дискриминације представљају своје владе на међународном нивоу и у раду међународних организација. Члан 9 Конвенције односи се на једнака права мушкараца и жена у погледу статуса држављанства, као и када је у питању држављанство њихове деце (Мршевић, 2000: 132).

18 Члан 7 (Мршевић, 2000: 132).

Државе потписнице предузеће све одговарајуће мере како би сузбиле дискриминацију жена у политичком и јавном животу земље, а нарочито ће женама да обезбеде да равноправно са мушкарцима имају право:

- а) да гласају на свим изборима и јавним изјашњавањима, и да буду биране за сва тела која се бирају јавним гласањем;
- б) да учествују у формулисању владине политике и њеном спровођењу и да имају јавне положаје и обављају јавне функције на свим нивоима власти; ц) да учествују у раду невладиних организација и удружења која се баве политичким и јавним животом земље (Мршевић, 2000: 132).

19 General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997)\*General recommendation No. 23: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

струковна или индустријска удружења, организације жена, локалне организације и друге организације које се баве јавним или политичким животом.<sup>20</sup> Да би се остварила равноправност и у пракси, Коментар предвиђа и испуњавање обавеза на поштеним периодичним изборима, поштовање принципа општег права гласа и тајности гласања, гарантовање изражавања слободне воље гласачког тела, на начин како то одређују међународни уговори о људским правима, као што је члан 21 Опште декларације о људским правима и члан 25 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.<sup>21</sup>

Општа препорука 23 Комитета у неколико значајних ставова и запажања говори о раздвојености сфере јавног и приватног живота, односно родној подели сфера друштвеног живота на – мушке/јавне и женске/приватне. Сматра се да је одсуство жена из јавне сфере довело до неучествовања жена у процесу доношења одлука, што је довело до ускраћених животних шанси и остварења могућности жена. „Мушке” и „женске” сфере живота дефинисане кроз културне и религијске ставове и вредности, као и родне стереотипе, одредиле су и позиције жена и мушкараца у сферама и структурама политичке моћи.<sup>22</sup>

Како демократија подразумева равноправно учешће свих грађана и грађанки у процесу доношења одлука, у Препоруци се сматра да је само у социјалним околностима једнаког учешћа целе заједнице могуће да буде остварена њена права и трајна снага. И друштва, историјски гледано, са тзв. стабилним демократијама нису успела да потпуно и равноправно воде рачуна о интересима мушкараца и жена. Друштва у којима жене не учествују у јавном животу и доношењу одлука, не могу да се именују демократским. Концепт демократије имаће право и динамичко значење и трајно дејство, тек када у доношењу одлука буду подједнако учествовали мушкарци и жене, и када се у одлукама које се доносе буде равноправно водило рачуна о интересима оба пола.<sup>23</sup>

---

20 General recommendation No. 23-5: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

21 General recommendation No. 23-6: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

22 General recommendation No. 23-8/12: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

23 General recommendation No. 23-13/14: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/)



Уклањање препрека и увођење привремених посебних мера које подстичу равноправно учешће мушкараца и жена у јавном животу друштва, нужни су предуслови за постизање истинске равноправности у политичком животу. Да би се превазишла индиректна дискриминација и неутралисале последице вековне доминације мушкараца у јавној сфери, женама је потребна помоћ и подршка друштва у ширем смислу. То је онда задатак држава потписница Конвенције, као и политичких странака и званичника држава. Обавеза држава је да обезбеде поштовање привремених посебних мера, уважавајући принцип равноправности и његову усаглашеност са уставним принципима око гарантовања равноправности свим грађанима.<sup>24</sup>

Јаз између *de jure* и *de facto*, нормативног и стварног, учешћа и положаја жена у политици, и како га елиминисати – представља централни проблем. Истраживања су показала да када жене нису заступљене у представничким телима сразмерно њиховом броју у општој популацији, онда је њихова искљученост неправедна, на тај начин се смањује укупни квалитет политичке дебате и подрива смисао демократског легитимитета. Ниво учешћа жена од 30% и више процената (као „критична маса“ жена у политици) повећава број женских представница и резултира повећањем заинтересованости за заступање политичких интереса жена. Увођење родне перспективе је процес унапређења и обнове демократије и друштвеног напретка.<sup>25</sup> Родна перспектива и право на једнака политичка права жена се у Општој препоруци 23 Комитета за елиминацију дискриминације жена представљају као обавеза државе да, у оквиру устава или закона, предузме све одговарајуће кораке како би жене на једнаким основама са мушкарцима имале право да гласају на свим изборима и референдумима, као и да могу бити биране.<sup>26</sup>

---

INT\_CEDAW\_GEC\_4736\_E.pdf

24 General recommendation No. 23–15: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

25 General recommendation No. 23–16/17: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

26 У време социјализма се у Националном извештају о имплементацији Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена, у вези са чланом 7, који се односи на предузимање мера за отклањање дискриминације жена у политичком и јавном животу земље, наводе одредбе Устава СФРЈ и устава република и аутономних покрајина. При томе се посебно наглашава да је одговарајућим одредбама Устава, и у прилогу Извештају наведеним републичким и покрајинским законима, обезбеђена потпуна једнакост полова у поступку гласања на изборима и јавним референдумима, као могућност бирања у свим телима која се бирају путем јавних избора. Међутим, и поред прокламоване једнакости, у *Извештају* се у одговору на овај члан сасвим уопштено констатује да је

Држава треба да омогући да ова права жене уживају и *de jure* и *de facto*.<sup>27</sup> Имајући у виду да број жена у политици нема изражену узлазну линију (нпр. до паритета!), уводе се различите мере у политици како би се постигла родна равнотежа у политичким институцијама. Квоте представљају један такав механизам да се повећа, и чува, присуство жена у парламентима. У данашње време квоте се уводе широм света. Постоје многи аргументи за и против увођења квота. Једно од питања је и: које врсте квота су довеле до значајног повећања у политичком представљању жена у пракси? Затим, које квоте најбоље функционишу у различитим изборним системима и како оне могу бити ефикасно спроведене (Dahlerup, 2005: 141–151)? Дакле, обавеза државе је да за фактичку равноправност успостави оне мере које укључују и привремене посебне мере из члана 4 Конвенције. По неким извештајима и анализама, примена квота, или других посебних мера, као „лек“ за подзаступљеност жена у политици, показала се као пример добре праксе у решавању „демократског дефицита“ модерних друштава данашњице.<sup>28</sup>

Међутим, имамо и друга академска становишта која кажу да данашњи историјски ниво жена у националним парламентима много дугује глобалном ширењу родних квота, а овај, заузврат, много дугује концепту „критичне масе“. Наиме, у првих неколико година на почетку XXI века, изборне родне квоте су уведене у невероватном броју земаља широм света. Онда је могло чак да се говори о «квота грозници». У Европи су, међутим, квоте биле прилично непопуларне, осим на Балкану.

У западној Европи, квоте углавном узимају облик добровољних партијских квота, Белгија и Француска су изузетак. У веома малом броју партија централне и источне Европе су одобрена правила о квотама, и нема законске регулативе о родним квотама за парламент (Ballington, Binda, 2005: 12–14). Међународне организације, транснационалне мреже, политичари, женски активисти, па чак и обични грађани тврде да жене треба да чине 30% свих

---

учешће жена преко делегатског система недовољно, с обзиром на чињеницу колико оне доприносе друштвено-економском животу земље. *Nacionalni izveštaj o implementaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena* (1983). Ljubljana: Jugoslovenski centar za teoriju i praksu samoupravljanja Edvard Kardelj. (str.194–210)

27 General recommendation No. 23-18: Political and public life. Retrieved 15. April 2012, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

28 Више о томе и у: Schöpp-Schilling, B. (2005). The Role of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Monitoring Procedures for Achieving Gender Equality in Political Representation. U Ballington J., Binda F., (ed.) *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series* (p. 14-32). International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

политичких тела, магични број где су жене законодавци рекле да би могле да направе неку суштинску разлику.

Као појам, критична маса је у великом оптицају у стварном свету, међутим, многи истраживачи преиспитују његову корист и релевантност за анализу законодавног понашања жена. Заиста, како број студија расте, све је очигледније да не постоји ниједан универзални однос између процента жена изабраних на политичку функцију и пролаза законодавних бенефиција за жене као групу. У неким случајевима, жене су способне да заједно ефикасније раде када њихов број расте, али у другим, жене се појављују, оне су присутне и разлика је, у ствари, понекад била већа када чине мањину законодаваца! Питање је, да ли због њиховог повећаног броја изазивају реакцију међу мушким законодавцима, или зато што њихов увећани број омогућава појединим женама да следе и друге циљеве политике? Ове противречности изнуђују питање: Треба ли да феминисткиње одустану од критичне масе? Или, да ли постоје разлози – или теоретски или практични – за задржавање концепта у расправама о политичкој заступљености жена?<sup>29</sup>

Имплементација родне перспективе у процес формулисања политике на свим нивоима, као и сама идеја родне равноправности у том контексту, морају да буду део општеприхваћеног начина рада у сфери политике (члан 7, тачка б Конвенције).<sup>30</sup> На највишим позицијама моћи, најчешће и традиционално, нема жена, оне не учествују у доношењу најважнијих одлука, па су државе уговорнице дужне, када је то у њиховој моћи, да на та места постављају жене и сарађују и прихватају савете група које заступају ставове жена и њихове интересе. Такође, дужне су да утврде и отклоне баријере које спречавају пуно учешће жена у владиним политикама. Само повећање учешћа жена у политици и већа заступљеност у политичкој хијерархији чине да државне политике буду делотворне.<sup>31</sup> Важну улогу у конструисању политичке родне хијерархије имају политичке партије, као главни „чувари капија“ за улазак жена у политику. У том смислу, политичке странке су дужне да обезбеде постављање жена на страначке спискове, кандидовање за изборе где имају шансе за успех, да обезбеде равноправно

---

29 Више о томе у: Childs, S., Krook, M. L. (2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. (4). 522–530.

30 General recommendation No. 23, paragraph 24–25. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

31 General recommendation No. 23, paragraph 26–27. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

учешће са мушкарцима у саветодавним телима владе и прихватање ставова група које заступају жене. Владе треба да освешћено подржавају овакве иницијативе, утичу на јавно мњење, такође, мењају ставове који дискриминишу жене или онемогућавају укључење жена у политички и јавни живот. Када се оваква врста родноравноправне политике усвоји у државној и административној сфери, онда треба да се поштују одређена правила. Наиме, када су кандидати подједнако квалификовани, предност се даје женском кандидату; ни мушкарци, ни жене не треба да представљају мање од 40% било ког јавног тела; треба одредити квоте за чланове кабинета и кандидате за обављање јавних функција; консултовати женске организације да би се обезбедило учешће квалификованих жена у јавним телима; стварање и вођење регистара о квалификацијама жена да би се ефективније извео процес номинавања жена у јавна тела; подстицање приватних организација да за саветничка тела кандидују стручне жене.<sup>32</sup>

За доследно политичко репрезентовање жена важна је њихова позиција и рад унутар политичких партија, члан 7, тачка ц (Мршевић, 2000: 132). Жене су, по правилу, мање заступљени пол на високим позицијама у хијерархији политичких партија, па у том смислу партије треба покренути да усвоје посебне мере како би се превазишла маргинализација жена унутар партија и обезбедила њихова равноправна репрезентација на високим страначким позицијама и изборним кандидатурама. У Препоруци се каже да политичке странке треба да усвоје делотворне мере – доступност информација и финансијска и друга средства, да би се превазишле баријере и жене биле у истој статусној позицији са мушкарцима у политичким партијама. Наводе се и мере предузете од неких политичких партија: одређени број или проценат положаја резервисати за жене у извршним телима и обезбедити бројчани баланс мушкараца и жена кандидата на изборима, уважити кандидатуре жена и обезбедити им повољна места у изборним јединицама и страначким листама. Дру Далеруп сматра да су некада политичке странке вратари за улазак на политичку сцену, због њихове контроле процеса номинације. Улога бирача често није одлучујућа, као што мислимо. О томе ко ће бити изабран, понекад одлучују именована у одборима политичких партија – у селекцији кандидата за добре или лоше изборне јединице (у смислу вероватноће самог избора кандидата). Пре избора и биралишта, политичке странке обично знају која су седишта «сигурна». У свим системима, важно је да се испита ко стварно врши контролу над процесом именована. За Д. Далеруп је, такође, важна регулативна и

32 General recommendation No. 28–29. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

корективна улога јавности, као што су женске групе и женски покрет. У земљама са високим нивоом заступљености жена, женске организације су те које стално постављају питање политичкој јавности: ко контролише процес кандидовања (Dahlerup, 2005: 19)? Државе уговорнице треба да обезбеде да се овакве привремене посебне мере изричито одобре према антидискриминаторном законодавству или према уставним гаранцијама о равноправности.<sup>33</sup>

Даље, у Препоруци стоји да државе уговорнице треба да се старају да одредбе њихових устава и закона буду у сагласности с принципима из Конвенције, посебно с члановима 7 и 8. Оне имају обавезу да предузму све неопходне мере, укључујући усвајање одговарајућих закона у складу с уставом, да би обезбедиле да организације као што су политичке странке и синдикати, који можда немају директних обавеза према Конвенцији, не праве разлику између мушкараца и жена и да поштују принципе садржане у члановима 7 и 8. И, што је најважније, те државе треба да утврде и спроведу привремене посебне мере како би се обезбедила равноправна заступљеност жена у свим областима регулисаним члановима 7 и 8. Да ли постоје неке резерве на чланове 7 и 8, треба видети који су узроци и последице, и указати да ли те резерве одражавају традиционалне, обичајне или стереотипне ставове о улози жене у друштву, као и да се наведу мере које се предузимају да се искорене такви ставови. Државе уговорнице би требало да разматрају оправданост ових резерви и да у својим извештајима предвиде план за њихово повлачење.<sup>34</sup> У том оквиру треба да се нађу и информације о предузетим законодавним мерама, информације о начинима и чиниоцима ограничавања политичких права, као и статистички подаци о употреби политичких права.<sup>35</sup>

Разматрањем Општих препорука 23, осветлили смо идеју Конвенције да се концепту родне равноправности у политичким правима жена и политичкој сфери посвети заслужена пажња кроз разгранату анализу свих димензија овог права. Равноправност политичких права мушкараца и жена је овом анализом посматрана из перспективе предузимања

---

33 General recommendation No. 23, paragraph 32–34. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

34 General recommendation No. 23, paragraph 41–44. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

35 General recommendation No. 23, paragraph 48. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

посебних мера и њиховог значаја за ефектније и ефикасније уживање права и равноправнију партиципацију жена у политици.<sup>36</sup> Како је наш задатак да прикажемо друштвеност политичких права жена и положај жена у сфери политике, ова Конвенција дефинише једну другачију перспективу могуће корекције и напредовања политичких права жена у развоју модерног друштва. Пре свега, то су привремене посебне мере које исправљају дискриминацију у политичкој сфери, затим обавеза државе да успостави институционалне механизме за њихову реализацију, онда, нагласак на идеји социјалног контекста положаја жене и на околностима које узрокују њен дискриминисани положај у друштву, последично и њено место у политици, што све произилази и наслања се једно на друго. Конвенција обезбеђује поштовање и реализацију политичких, као и многих других права, и има важан механизам подношења извештаја, као значајан коректив у реализацији женских права.<sup>37</sup> Када се ради о извештајима који су потекли из државе Србије, реч је о две врсте извештаја Комитету CEDAW. Један је званични извештај Републике Србије, други је „извештај из сенке“ или „алтернативни извештај“, који су припремиле женске невладине организације. Између ове две врсте извештаја постоје извесне неусклађености. Оне се односе, како на различите временске интервале слања извештаја, тако и на присуство одређене критичке анализе, приступа и адекватне садржине женских права и приступа женским правима у Србији у складу са Конвенцијом.<sup>38</sup>

Документи и институције Уједињених нација, пре свега CEDAW као вертикале унапређивања женских права, имали су великог утицаја на српски теоријски и нормативни дискурс равноправности. Република Србија у складу са чланом 18 Конвенције има обавезу да Комитету периодично доставља извештаје о њеној примени. Иницијални владин извештај Комитету CEDAW је каснио и био је представљен Комитету

---

36 Комисија за положај жена је 1992. године поново размотрила употребу привремених посебних мера. Закључни документи усвојени од стране светских конференција Уједињених нација о женама, укључујући Платформу за деловање Четврте светске конференције о женама у Пекингу 1995. године, као и њен пратећи извештај из 2000. године, упућују на примену афирмативне акције као инструмента за постизање *de facto* равноправности.

37 УН конвенција о уклањању свих облика дискриминације жена од држава чланица захтева извештаје о статусу жена сваких 4 до 5 година. Периодични извештаји фокусирају се на развој који се одиграо од тренутка разматрања претходног извештаја поднетог CEDAW.

38 Наиме, Република Србија, као сукцесор претходних држава, чланица је Конвенције од 12. марта 2001. године, после периода политичке изолације од стране међународне заједнице.

2007. године. Извештај невладиних организација CEDAW Комитету или алтернативни извештај, односно shadow report, написан је за два периода. Алтернативни извештај невладиних организација за 55. заседање Комитета CEDAW 2013. године, под називом *Сенка над Србијом*, указао је на највеће системске препреке за заштиту женских људских права. У том „дволинијском процесу“ слања извештаја Комитету CEDAW понајбоље су се у компаративном приказу изостриле критичке примедбе и предлози с обзиром на нормативни оквир и укупну праксу и политике елиминисања дискриминације жена (Пајванчић, 2010: 22–27).

## 5. Закључак

Када данас у другој деценији XXI века у Србији погледамо статус жена у политици и самеримо га са солидно разгранатим de iure мерама, уочићемо неслагање, мада су неки помаци учињени. Законска, институционална, политичка и социокултурна димензија свих напора да се промене околности у којима се у Србији жене баве политиком није довела жене на места на којима су концентрисани моћ и власт, односно родна сегрегација у политици и даље постоји. Треба имати у виду да многи аспекти женских политичких права могу да утичу на присуство жена у парламентима. Ово укључује годину када су жене освојиле право да се кандидују на националном изборима, годину када је прва жена изабрана у парламент и годину када је први пут жена приступила учешћу у влади, место председника или премијера, итд. (Trembley, 2006). Посебне мере за жене у политици повећавају њихову дескриптивну репрезентацију, међутим, увек остаје питање њихове супстанцијалне репрезентације и представљања женских интереса.

Однос између de iure и de facto стања, формалне равноправности и фактичке неравноправности, перманентно је у раскораку. Стално се поставља питање да ли су правне мере довољне да се постигне одлучујући искорак или је друштву потребан сложен пут социјализације женских права/ женских политичких права у одређеном подстицајном културном оквиру. Са друге стране, „вечна ватра“ Конвенције траје по свим параметрима. Речју, Конвенција представља огледни, узорни модел међународног права и један од главних међународних инструмената људских права, који се на свеобухватан и суштински начин бави питањем женских права. Она даје оквир и импулс државама и владама чланица да стварају родно освешћене националне политике. То је њен суштински значај – пут ка развоју и побољшању статуса женских права, заправо, изградња свакодневног живота жена без дискриминације у свим областима живота. Жене су Конвенцијом добиле међународноправни инструмент у борби против

дискриминације на основу пола, који је моћан онолико колико га познају и колико се успешно њиме служе. Данас можемо рећи да је правни статус жена у Европи почетком XXI века очигледно унапређен. Такође, зна се да жене обухватају више од 50% оних које имају право да буду биране и освоје политичку власт, али је, такође, јасно да партиципација жена и даље наилази на значајне препреке. Србија се може по извештају Савета Европе сматрати земљом на добром путу, наиме, наводи се да је 34,4% жена изабрано у парламент 2016. године, што је готово 10% више у односу на европски просек који износи 25,6%. Такође, резултати показују да је у 2016. години било 37,5% жена председника парламентарних одбора, а европски просек је 25,6%. Исти просек бележи Европа када је реч о женама изабраним у регионалне скупштине, док у Србији он износи 31,6%. Према подацима у извештају, 15,9% „изванредних и опуномоћених“ жена амбасадора забележено је у Србији 2016. године, док је просек широм Европе 13%. Мањи просек забележен је једино у избору жена градоначелница. У Србији, наиме, тај проценат је 5,5%, док је европски просек 13,4%. Ипак, Србија бележи учешће од 57,1% женских представника и заменика у Парламентарној скупштини Савета Европе, а у Европи је просек 35,7%. То је „просвећени интерес“, сваке, па и наше државе и друштва, та равноправна заступљеност, моћ и учешће жена и мушкараца у јавном и приватном животу. Али, такође, морамо знати да се „промена стварног живота“ одвија упоредо, али и изван саме промене закона. Јер, када доносимо законе и мењамо институције које ће подржавати женска права, ми чинимо само први корак ка мењању целокупног друштвеног и културног контекста у коме се одвија живот мушкараца и жена. Дакле, родне улоге, друштвене норме и неједнакости између мушкараца и жена у политици резултат су присуства (или одсуства) различитих културних, социоекономских и/или политичких чинилаца.

## Литература

Ballington J., Binda, F. (2005). *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Dahlerup, D. (2005). No Quota Fever in Europe? U Ballington J., Binda, F *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Димитријевић, В. Поповић, Д. Папић, Т. Петровић, В. (2006). *Међународно право људских права*. Београд: Београдски центар за људска права.



Drude, D. (2005). Increasing Women's Political Representation: New Trends in Gender Quotas. U Ballington, J., Karam, A., (ed.). *Women in Parliament: Beyond Numbers*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Childs, S., Krook, M. L.(2006). Should Feminists Give Up on Critical Mass? A Contingent Yes. *Politics & Gender*. (4).

Међународни уговори. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 11 (1981).

Мршевић, З. (2000). Женска права у међународном праву. Бања Лука: Хелсиншки парламент грађана, Удружене жене.

Freeman, M. (2011). *Human Rights – An Interdisciplinary Approach*. Polity Press.

Freeman, M. Chinkin, C. Beate, R. (2012). *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Schöpp-Schilling, B. (2005). The Role of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and its Monitoring Procedures for Achieving Gender Equality in Political Representation. U Ballington J., Binda F., (ed.) *The Implementation of Quotas: European Experiences Quota Report Series* (p. 14–32). International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Sineau, M. (2003). *Ravnopravnost – Vijeće Europe i sudjelovanje žena u političkom život*. Council of Europe Publishing.

*Sex-disaggregated statistics on the participation of women and men in political and public decision-making in Council of Europe member states*. Council of Europe. Retrieved 25. April 2017, from <https://rm.coe.int/statistical-data-balanced-participation-report/1680751a2c>

Tremblay, M. (2006). *Democracy, Representation, and Women: A Comparative Analysis*. Retrieved 20. April 2014, from: [https://www.researchgate.net/publication/228383071\\_Democracy\\_Representation\\_and\\_Women\\_A\\_Comparative\\_Analysis](https://www.researchgate.net/publication/228383071_Democracy_Representation_and_Women_A_Comparative_Analysis)

Pajvančić. M. (2010). *Ustavni okvir ravnopravnosti polova*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

*Nacionalni izveštaj o implementaciji Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena* (1983). Ljubljana: Jugoslovenski centar za teoriju i praksu samoupravljanja Edvard Kardelj

*Opcioni ili Fakultativni protokol*. Preuzeto 8. 5. 2014. <http://legal.un.org/avl/ha/cedaw/cedaw.html>

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW. Preuzeto 25. 5. 2016. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#13)

General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, Retrieved 15. April 2014, from, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20%28English%29.pdf>

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), Retrieved 15. April 2014, from, [/tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3733\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Seventh session (1988), General recommendation No. 5: Temporary special measures. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraf 14. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Thirtieth session (2004) General recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), paragraf 3–7. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_5827\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_5827_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women Eleventh session (1992)\*General recommendation No. 19: Violence against women, 11. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_3731\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf)

General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997)\*General recommendation No. 23: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-5: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-6: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-8/12: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-13/14: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-15: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-16/17: Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23-18: Political and public life. Retrieved 15. April 2012, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23, paragraf 24-25. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23, paragraf 26-27. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 28-29. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23, paragraf 32-34. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23, paragraf 41-44. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

General recommendation No. 23, paragraf 48. Political and public life. Retrieved 15. April 2014, from, [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CEDAW\\_GEC\\_4736\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4736_E.pdf)

**Natalija Žunić, PhD**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**THE CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS  
OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, AND ITS ROLE  
IN DEFINING THE CONCEPT OF DISCRIMINATION AND  
PROMOTING WOMEN'S POLITICAL RIGHTS**

**Summary**

*In this paper, the author analyzes the role and attainments of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and its significant role in articulating and promoting the development of women's political rights, as well as the attained level of women's political rights. At the institutional level, the process of eliminating discrimination against women in politics (as a process aimed at building a humane democratic society) was embodied in the work of international organizations, which established and defined international legal standards in the field of women's political rights. The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) was a result of a long process of reflection, interpretation, defining and strengthening the legislative framework regulating prohibition of discrimination against women at the international level. It is a widely accepted binding international document which articulates and defends women's rights, the principle of non-discrimination, and the principle of gender equality in society.*

*The paper is structured as a response to two central questions. The first one concerns the the concept of discrimination against women, and the second one focuses on the particular problem of discrimination against women in politics, and how women exercise their political rights. The aim is to examine how this Convention provided for the exercise of women's political rights, or whether it may be considered as "yet another unfulfilled social agreement".*

**Keywords:** *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women (CEDAW), discrimination against women, women in politics, women's political rights.*

**Др Весна Стојановић,**  
Сарадник Високе школе струковних студија  
за економију и управу у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776193S

UDK: 341.231.14-056.26

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ПОЛОЖАЈ ОСОБА СА ИНВАЛИДИТЕТОМ У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА И ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ**

**Апстракт:** Положај особа са инвалидитетом од првобитних људских друштава до савременог друштва прошао је дуг еволутивни пут, од потпуног не препознавања њиховог постојања до доношења међународних конвенција на глобалном нивоу којима се дефинише њихова потпуна заштита. У том смислу, интересантно је навести неке правне прописе на међународном и националном нивоу, који су битно утицали на промену схватања о положају особа са инвалидитетом и њиховој заштити.

**Кључне речи:** особе са инвалидитетом, међународни правни акти, национални прописи о особама са инвалидитетом.

### **1. Увод**

Задњих неколико деценија пажња светске научне и стручне јавности усмерена је, поред осталих и на проблем правног регулисања стауса и свеукупног положаја особа са инвалидитетом који по проценама Светске здравствене организације чине преко 10% од укупног броја становника на планети. Многобројна међународна документа која је донела ОУН и њена специјализована организација МОР и њени органи, из области социјалних права, поставили су неопходан ниво и темеље глобалне, међународне социјалне заштите грађанима држава чланица а посебно особама са инвалидитетом.

У последње две деценије и Европу нису мимоишле многобројне промене на путу глобализације као и развоја информационалних и комуникационих технологија учинили су да су особе са инвалидитетом задобиле сасвим другачије место у друштвеној заједници, место које им је одувек припадало

---

\* vesna1541@gmail.com

као пуноправним члановима друштва. Преместио се фокус занимања на појединца као средиште јединственог, интегрисаног приступа који поштује људска права, темељне слободе и достојанство особа са инвалидитетом.

Ратификацијом међународних правних докумената дограђиван је и наш правни систем у један јединствен и компатибилан правни систем уклопљен у напредни светски и европски правни поредак а нарочито са аспекта заштите положаја особа са инвалидитетом као још увек маргинализоване и недовољно заштићене друштвене групе.

## **2. Међународна документа од значаја за заштиту положаја особа са инвалидитетом**

### ***2.1. Универзална декларација о људским правима***

Усвајањем Универзалне декларације о људским правима у Уједињеним нацијама, започет је процес интернационализације права на социјалну сигурност и створен основ и подстицај за даљи развој и унапређење заштите права на социјалну сигурност.<sup>1</sup> У члану 25. ст.1. Декларацијом се гарантује: „Право на животни стандард који обезбеђује здравље и благостање..., укључујући храну, одећу, стан, лекарску негу и потребне социјалне службе као и право на осигурање у случају незапослености, болести, онеспособљавања,...или других случајева губљења средстава за издржавање услед околности независних од његовњ воље“. Ова права припадају сваком човеку, припадају и особама са инвалидитетом. Право на достојанство лица са инвалидитетом је императив, који има вредност само/и уколико им се омогући да пристојним радом остваре пристојан живот достојан човека (Перић, 2013:301) “.

### ***2.2. Конвенција број 102 о социјалном обезбеђењу***

Прва велика промена у области социјалног осигурања на међународном нивоу остварена је 1952. године на заседању МОР-а усвајањем Конвенције бр.102 о социјалном обезбеђењу. Ова Конвенција се убраја у једну од најважнијих и најобимнијих конвенција које је усвојила Међународна организација рада (Шундерић, 2011:542). Наведена Конвенција, препознаје особе са инвалидитетом обезбеђујући одговарајући минимум њихове заштите и то: у делу VI, обезбеђује социјалну заштиту лицима која претрпе

---

<sup>1</sup> Универзалану декларацију о људским правима Генерална Скупштина ОУН прогласила је 10. децембра 1948. године. Пречишћен текст Закона о ратификацији са изменама и допунама објављен је у *Службени гласнику РС – Међународни уговори*, бр. 12/10, који су у примени од 25. децембра 2010.

несрећу на послу или професионалну болест, тако да осигурани случајеви који су покривени Конвенцијом су: 1. болест; 2. неспособност за рад која долази као последица болести и повлачи губитак зараде; 3. потпун или делимичан губитак способности зарађивања изнад прописаног степена, када је вероватно да ће тај потпуни или делимични губитак бити сталан или одговарајуће смањење физичког интегритета; 4. губитак средстава за живот за удовицу или децу смрћу храниоца породице. Осигурани случај инвалидности обухвата неспособност одређеног степена за обављање професионалне делатности и то онда када је вероватно да ће та неспособност бити стална или када она постоји и даље по престанку права на накнаду за случај болести. Давања за случај инвалидности се обезбеђују под условом да је заштићено лице навршило одређени стаж. Стаж треба да буде испуњен пре него што наступи осигурани случај. Потребно је да су доприноси уплаћени на име заштићеног лица у току активног периода његовог живота и да њихов просечни годишњи број достиже прописане цифре<sup>2</sup>.

### **2.3. Конвенција о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом број 159**

Међународна организација уједињених нација донела је 1983. године Конвенцију о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом број 159 у којој је утврдила међународне радне стандарде<sup>3</sup>. У вези са проблематиком професионалног интегрисања лица са инвалидитетом, Директива бр.89/654 предвиђа потребу прилагођавања радног места и радног окружења потребама лица са инвалидитетом како би се олакшала њихова професионална интеграција. Будући да прилагођавање радног места и радног окружења потребама лица са инвалидитетом подразумева (разумне) трошкове за послодавца, европски радни стандарди утврђују до ког износа се ти трошкови могу сматрати разумним прилагођавањем – Директива бр. 2000/78. То значи да уколико је основан фонд за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом, из кога се послодавцу могу одобрити одговарајућа средства за прилагођавање радног места и радног окружења потребама лица са инвалидитетом, послодавац остаје у обавези да запосли лице са инвалидитетом (Лубарда, 2004: 258).

---

2 Конвенција МОП-а бр. 102 о социјалном обезбеђењу, IX део, (члан 54), *Службени лист ФНРЈ*, бр. 1/55.

3 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр.14/82.

#### **2.4. Стандардна правила Уједињених нација за изједначавање могућности које се пружају особама са инвалидитетом**

Права особа са инвалидитетом на свеукупну заштиту нашла су се у фокусу активности Генералне скупштине Уједињених нација 1993. године доношењем Стандардних правила Уједињених нација за изједначавање могућности<sup>4</sup> које се пружају особама са инвалидитетом. У кратком периоду овај међународни документ постао је саставни део законодавства многих земаља, такође постаје и саставни део законодавства Републике Србије (односно тадашње СРЈугославије). Усвајање овог акта представља круну Деценије УН посвећене особама са инвалидитетом (1983-1992) и значајан напредак у борби за права особа са инвалидитетом (Татић, 2007:100).

#### **2.5. Неки резултати истраживања са симпозијума на Универзитету у Берклију на којем је изложен глобални преглед антидискриминационих закона који се односе на особе са инвалидитетом<sup>5</sup>**

Ово истраживање износи паралелни приказ закона о забрани дискриминације у око 45 земаља света, уз које се говори и о Закону о Американцима са инвалидитетом из 1990. године (тзв. АДА закон)<sup>6</sup>. АДА, забрањује дискриминацију у области запошљавања, државним и локалним активностима (у области образовања, транспорта, социјалних услуга и друго).

У области запошљавања, велики број земаља је приказао законе у којима су уведене квоте при запошљавању и које омогућавају бенефиције онеспособљеним особама. На пример Индијски закон о особама са инвалидитетом (једнаке могућности, заштита права и пуно учешће) (Persons with Disabilities Equal Opportunities, protection of Rights and Full

4 СРЈ је приступила Стандардним правилима 1995. године.

5 Истраживања спроведена на Универзитету Беркли у Калифорнији (такозвана Берклиска школа), током 1999. и 2000. године. Истраживање обухвата само оне законе који јасно у свом тексту наводе забрану дискриминације особа са инвалидитетом. Ово истраживање износи паралелан приказ закона о забрани дискриминације у око 45 земаља света. *Берклиски журнал о законима о запошљавању и раду*, бр. 21/1.

6 Видети: [www.ada.gov](http://www.ada.gov) АДА (Americans with Disabilities Act) Закон о Американцима са инвалидитетом, назив је најзначајнијег закон у Америци донетог 1990. године, који забрањује дискриминацију особа са инвалидитетом по више основа. У правној литератури Сједињених Америчких Држава до данас нема консензуса да ли је АДА био успешан. Видети извештај са симпозијума на тему АДА из 2000. године, бр. 21/1, *Берклиског журнала о законима о запошљавању и раду*. Симпозијум је одржан под називом „Јака реакција на АДА“.



Participation), разликује се од осталих закона о грађанским правима у томе што има недовољно оштре мере против дискриминације. Уместо тога даје квоте у различитим областима, квота од 1% у запошљавању на државним пословима, у државним образовним институцијама за лица са одређеним типом инвалидитета, превасходно за слепа лица, за слабовиде особе, особе са оштећеним слухом и физичким оштећењима. Интересантно је да се свако слободно, непопуњено радно место у државној служби, преноси у наредну годину. Теориски, ово може довести до ситуације да једино државне организације могу запослити и унапређивати особе са инвалидитетом.

Аустралиски акт против дискриминације особа са инвалидитетом (Disability Discriminations Act) из 1992. године забрањује дискриминацију у области запошљавања, становања, образовања, приступа институцијама, клубовима, спортским и другим установама, поседовању земље и промету робе и услуга. Акт о једнаким могућностима Малте из 2000. године, садржи мере против дискриминације у области запошљавања, образовања, јавних објеката и робе и услуга као и стамбених објеката. Хонкошки пропис о дискриминацији особа са инвалидитетом (Disability Discrimination Ordinance) покрива запошљавање образовање, установе, робе и услуге, адвокатске канцеларије, клубове и спортске објекте и владине установе (Стојановић, 2016: 36).

## **2.6. Конвенција о правима особа са инвалидитетом<sup>7</sup>**

Генерална Скупштина ОУН-а донела је 2006.године Конвенцију о правима особа са инвалидитетом. Сврха Конвенције јесте да промовише, штити и осигурава пуно и једнако уживање свих права и слобода особа са инвалидитетом. Конвенција у преамбули даје описну дефиницију инвалидности посебно истичући да се ради о концепту који се стално мења и развија. У члану 1. став 2. утврђује да у особе са инвалидитетом спадају и особе које имају дугорочна физичка, ментална, интелектуална и сензорна оштећења која у садејству са различитим баријерама могу отежати пуно и ефикасно учешће ових особа у друштву на основу једнакости са другима. У члану 27 утврђује да је право на рад и запошљавање доступно особама са инвалидитетом као и свим другим лицима, односно да је свако разликовање радника или кандидата за посао на основу здравственог стања забрањено, овај члан препоручује афирмативне акције подстицања могућности за запошљавање и напредовање, као и

---

<sup>7</sup> Република Србија је ратификовала Конвенцију и Опциони протокол за њено спровођење, *Службени гласник РС*, бр.42/09, за оба документа.

унапређивање могућности samozapošljavanja и запoшљавања у јавном сектору (Рељановић, 2010: 125).

### **3. Документа Европске Уније о заштити положаја особама са инвалидитетом**

#### **3.1. Европска социјална повеља<sup>8</sup>**

Европска социјална повеља додатним протоколима се ширила у правцу подизања скале социјалних права, као и побољшања контролног механизма примене права, због чега има своје заслужено место и значај у европским оквирима.

Државе потписнице Европске социјалне повеље преузеле су обавезу да у своја законодавства, у потпуности или делимично, уграде одређен број норми којима се обезбеђује заштита основних социјалних и економских права грађана. Према члану 12 тачке 1-3 ове повеље, Република Србија је дужна да свој систем социјалне сигурности одржава на задовољавајућем нивоу и да га постепено подиже на виши ниво. Одредбом члана 20. став 2. предвиђено је да се достигнути ниво људских права не може смањивати. Овај уставни принцип односи се и на пензијско и инвалидско осигурање из члана 70. Устава јер и оно припада корпусу људских права који је уређен одредбама чланова од 27 до 74 Устава Републике Србије<sup>9</sup>. У Ревидираној европској социјалној повељи особе са инвалидитетом добиле су значајно место у препознавању потребе да се реше проблеми који се тичу професионалног избора и напретка у професији кроз обавезу земаља потписница да обезбеде или промовишу, потребно професионално усмерење, образовање, професионалну обуку, према потреби, службу која ће помагати свим лицима у остваривању ових потреба.

#### **3.2. Уредба Европске уније 883/2004<sup>10</sup> и**

#### **Уредба Европске уније 987/2009<sup>11</sup>**

С обзиром на чињеницу да Република Србија није чланица Европске уније, значајно је навести поменуте две уредбе које су донели Европско веће и Парламент, а које су значајне за особе са инвалидитетом и односе

8 *Службени гласник РС*, бр.42/09.

9 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

10 Уредба 883/2004, *Службени лист Европске уније (СЛ) Л 166* од 30.04.2004., ова Уредба је више пута мењана и допуњавана.

11 Уредба 987/2009 од 16.06.2009, којом се утврђује поступак спровођења Уредбе 883/2004 о координацији система социјалне сигурности, *Службени лист Европске*

се на коришћење утврђених права ових особа у оквирима граница Европске уније. Уредба 883/2004, начелно утврђује и усклађује примену система социјалне сигурности на особе које се крећу Унијом као и како је успостављен правни оквир за остваривање њихових права у том подручју. Овом уредбом се између свих држава чланица успоставља и примењује јединствени вишестрани правни режим остваривања права појединаца и замењују се одредбе дотадашњих двостраних уговора о социјалном осигурању између њих (Рисмондо, 2016: 6). Уредба 883/2004 има структуру међународног уговора о социјалном осигурању а Уредба 987/2009 има карактер административног споразума односно садржи одредбе о поступку за примену националних законодавстава држава чланица Уније поводом остваривања права на социјално осигурање радника миграната и чланова њихових породица.

У односима између држава у спровођењу социјалне сигурности при остваривању права појединаца, појављују се проблеми примене законодавстава две или више држава на особе које су током свог живота и радног века боравиле, радиле и биле обухваћене њиховим системима социјалне сигурности. Уклањање последица сукоба закона или одбијање примене законодавстава по права појединаца могуће је постићи методом конвергенције, хармонизације или координације тих система. За хармонизацију (међусобно прилагођавање законодавстава и праксе) нужно је постићи реалну међународну солидарност, као и економску и политичку интеграцију. Исто тако, координација система социјалне сигурности „представља додатак слободи кретања унутар Заједнице“ (Уније) (Rodiere, 2008:13). Координација система социјалне сигурности обавља се најчешће применом двостраних и вишестраних међународних уговора. Због тога, правни оквир (извори) међународне координације система социјалне сигурности су наднационалног порекла и примењују се директно на односе између учесника њеног спровођења и основ су на темељу кога појединци остварују своја социјална права. Правним оквирима координације уједно се успоставља правна веза између система социјалне сигурности и њихових законодавстава различитих држава, а права стечена њиховом применом користе се и након престанка важења тих оквира (Rismondo, 2016:13).

---

уније (СЛ) Л 149 од 08.06.2012. Као и Уредба 883/2004, такође је више пута мењана и допуњавана.

#### **4. Примена међународних уговора о социјалном осигурању у Републици Србији**

Република Србија закључила је са више десетина држава широм Европе и света међународне уговоре о социјалном осигурању који се са успехом спроводе. Примену билатералних споразума о социјалном осигурању прате одговарајући административни споразуми као инструменти за примену међународних уговора као и одређени финансијски послови којима се регулишу финансијски токови новца (најчешће исплата пензија и других новчаних давања) који се исплаћују појединцима у државама у којима они живе (Стојановић, 2011: 740).

##### **4.1. Улога државе у запошљавању особа са инвалидитетом**

Запошљавање особа са инвалидитетом последњих деценија је тренд у свим законодавствима модерних земаља које прате потребу да се проблеми нараслог броја особа са инвалидитетом институционално решава кроз добра законодавна решења усклађена са међународним документима Уједињених нација, Европске уније и регионалних организација. Будући да то подразумева обавезу државе да предузима одређене активности, ове мере се означавају термином „позитивна дискриминација“, и ако се у литератури поред овог термина, као његови синоними, користе и термини „позитивна акција“ (positive action), који је прихваћен у комунитарном праву, као термин „афирмативна акција“ (affirmative action), који је прихваћен у америчком и канадском праву (Ковачевић, 2011: 195).

Домаћи законодавац се угледао на стандарде Савета Европе, на шта га посебно обавезује ратификација Ревидиране европске социјалне повеље, којом је потврђено право лица са инвалидитетом на независност, социјалну интеграцију и учешће у животу заједнице (Ковачевић, 2011: 199). Улога државе у запошљавању особа са инвалидитетом детаљно је утврђена Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом<sup>12</sup> и подзаконским актима који помажу његову примену<sup>13</sup>. Један од ових примера је свакако и Закон о одређивању послова и радних задатака за обавезно запошљавање слепих инвалида рада и других слепих лица<sup>14</sup>, (по одредбама овог закона послодавац је морао на сваких

12 *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 32/13.

13 *Правилник о начину праћења извршавања обавезе запошљавања особа са инвалидитетом и начину доказивања извршавања те обавезе*, *Службени гласник РС*, бр. 33/10, 48/10 и 113/13.

*Правилник о начину и критеријумима за спровођење мера активне политике запошљавања*, *Службени гласник РС*, бр. 12/12, 20/13, 69/14.

14 *Службени гласник РС*, бр. 67/93, (пречишћен текст).

пет радника који обављају ове послове да запосли једног слепог радника). И ако су донети нови прописи о запошљавању особа са инвалидитетом одредбе овог закона нису стављене ван снаге.

#### ***4.2. Основне одредбе Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом и резултати његове примене***

Прво од чега Закон полази је потреба да дефинише које особе могу бити особа са инвалидитетом, којим особама припада тај стаус, како се он стиче, која права и обавезе производи тај стаус и који све субјекти учествују у остваривању права и обавеза особа са инвалидитетом.

Исто тако и Закон о пензијском и инвалидском осигурању Републике Србије<sup>15</sup> настоји да што прецизније дефинише појам инвалидности, односно с тим у вези потпуни губитак радне способности. У члану 21. по одредбама наведеног закона инвалидност постоји кад код осигураника настане потпуни губитак радне способности, односно кад код професионалног војног лица настане потпуни губитак способности за професионалну војну службу, због промена у здравственом стању проузрокованих повредом на раду, професионалном болешћу, повредом ван рада или болешћу, који се не могу отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом.

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, особа са инвалидитетом (чл. 3) дефинише да је особа са инвалидитетом лице са трајним последицама телесног, сензорног, менталног или душевног оштећења или болести које се не могу отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом, које се суочава са социјалним и другим ограничењима од утицаја на радну способност и могућност запослења или одржања запослења и које нема могућности или има смањене могућности да се, под равноправним условима, укључи на тржиште рада и да конкурише за запошљавање са другим лицима. На даље (у члану 4) Закон утврђује да статус особа са инвалидитетом има: 1) ратни војни инвалид; 2) мирнодопски војни инвалид; 3) цивилни инвалид рата; 4) лице коме је извршена категоризација и друго лице коме је утврђена инвалидност, у складу са законом; 5) лице коме је, у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању утврђена категорија инвалидности односно преостала радна способност; 6) лице коме се, у складу са овим законом, процени радна способност сагласно

---

15 Службени гласник РС, бр. 34/03, 64/04 – УС, 84/04 – др.закон, 85/05, 101/05 – др. Закон, 63/06 – УС, 5/09, 101/10, 93/12, 62/13, 108/13, 75/14).

којој има могућност запослења или одржања запослења, односно радног ангажовања.

Наведених шест група особа са инвалидитетом (чија инвалидност је утврђена по посебном поступку) или су у статусу незапослених лица или су запослене код послодавца (који има законску обавезу да на одређен број запослених радника запосли одговарајући број особа са инвалидитетом или да плаћа прописан новчани износ на рачун Бюджетског фонда, специјално отвореног за плаћање “пенала” за неизвршену законску обавезу запошљавања особа са инвалидитетом).

Незапослена особа са инвалидитетом је (по члану 4. став 2), јесте особа од 15 до 65 година живота, која није у радном односу нити је на други начин остварила право на рад, спремна да ради или прихвати професионалну рехабилитацију ради запошљавања и активно тражи запослење и води се на евиденцији незапослених лица код организације надлежне за послове запошљавања. На овај начин законодавац је желео да утврди одређен степен одговорности особа са инвалидитетом за свој положај у друштву као и да им наметне обавезу активног учешћа у професионалној рехабилитацији код послодавца, преквалификацији и трагању за одговарајућим пословима, сходно здравственим и радним способностима, умећу и склоностима.

Законодавац је дао посебан значај Националној служби за запошљавање, почев од спровођења посебног поступка утврђивања статуса особе са инвалидитетом, преко преузимања обавезе професионалне рехабилитације, промене образовања ових лица, стручног оспособљавања за одређени посао, запошљавања код послодавца (на уобичајеним радним местима или на радним местима која су специјално прилагођена за рад особа са инвалидитетом).

#### ***4.3. Како се стиче статус особе са инвалидитетом и улога Националне службе за запошљавање у овом поступку***

На основу одредаба Правилника о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења особа са инвалидитетом<sup>16</sup>, утврђени су елементи по којима се одређују степени односно скале за разврставање особа са инвалидитетом (члан 16). Надлежна комисија лекара вештака, основу прегледа подносиоца захтева и на основу приложене медицинске и одговарајуће радне документације (ако је поднета уз захтев), врши оцену болести и оштећења од утицаја

---

16 “Сл. гласник РС”, бр. 36/10 и 97/13

на радну способност и могућност запослења или одржања запослења на основу следеће скале:

- 1) 0. степен - ако не постоје тешкоће и препреке у раду, односно уколико су занемарљиве и не утичу на радну способност;
- 2) 1. степен - ако су тешкоће и препреке мале и не утичу на радну способност у односу на занимање и послове које лице може да обавља и омогућавају запошљавање под општим условима;
- 3) 2. степен - ако су тешкоће и препреке умерене, односно знатне у односу на занимање или послове које лице може да обавља а омогућавају запошљавање под посебним условима;
- 4) 3. степен - ако су тешкоће и препреке потпуне и вишеструке, односно лице се не може запослити или одржати запослење ни под општим ни под посебним условима, односно чији је радни учинак мањи од једне трећине радног учинка запосленог на уобичајеном радном месту, без обзира на занимање или послове.

На основу налаза лекара вештака одговарајуће струке, о утврђеним степенима тешкоћа и препрека Национална служба за запошљавање доноси одговарајуће решење. Доношењем правоснажног решења стише се статус особе са инвалидитетом<sup>17</sup>.

#### ***4.4. Разлика између особа које су изгубиле радну способност по прописима о пензијском и инвалидском осигурању и особа са инвалидитетом по прописима о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом***

Разлика је очигледна у одређивању појма инвалидности и могућности које ова два наведена закона дају особама које су стекле одређену инвалидност. Први закон утврђује право на инвалидску пензију а други закон утврђује право на запошљавање и рад у одређеним условима.

Разлика између особе са инвалидитетом и особе која је потпуно изгубила радну способност првенствено се види у начину на који је законодавац определио питање радне способности и испуњење одређених законом предвиђених услова. Код потпуног губитка радне способности, лице остварује право на инвалидску пензију (под условом да су испуњени и други услови у погледу година стажа осигурања, плаћених доприноса,

---

<sup>17</sup> Стојановић, В., Осврт на неке важне одредбе Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом“, Саветник – часопис за буџетски систем, година XXIX, број 1/2017, издавач Завод за унапређење пословања, Београд, стр.101.

пријава и одјава са осигурања и других релевантних услова). Послодавац одјављује са обавезног социјалног осигурања лице које је стекло потпуни губитак радне способности, док код особе са инвалидитетом, којој је тај стаус утврђен по поступку који се води у Националној служби за запошљавање, послодавац не одјављује то лице са обавезног социјалног осигурања. Особа са инвалидитетом, ако је запослена, наставља да ради код послодавца а ако је на евиденцији незапослених лица Национална служба за запошљавање преузима активну улогу проналажења посла овом лицу.

Ово је основна разлика која се огледа у правном положају једних и других особа са инвалидитетом. Оно што је заједничко особама са инвалидитетом и особама код којих је настао потпуни губитак радне способности, јесте гарантовано право на рад, право на услове рада, право на закључивање уговора о раду за особе са инвалидитетом, односно уговора о делу за инвалидске пензионере и нека друга права (која сада нису предмет овог рада).

Положај особа са инвалидитетом као и њихова права и обавезе особа у нашем правном системму регулисана су како по одредбама напред наведених закона тако и по прописима који уређују област радних односа, здравствене заштите, пензијског и инвалидског осигурања, забране дискриминације, безбедности и здравља на раду, запошљавања и других многобројних прописа „расутих“ по многим законским и подзаконским актима.

## Литература

Ковачевић, Љ. (2011). *Запошљавање лица са инвалидитетом*. Вуковић, Д. Арандаренко, М. (Прир.) *Социјалне реформе – садржај и резултати*. Факултет политичких наука Универзитета у Београду. (Стр. 195-199).

Лубарда, Б. (2004). *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, Република Црна Гора. (Стр. 258).

Перић, Д. (2013). *Пристојан рад – рад достојан човека*, Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. (Стр. 301).

Рељановић, М. (2010). *Забрана дискриминације при запошљавању као међународно људско право*. Београд: Правни факултет универзитета Унион у Београду. (Стр. 125-127).



Rismondo, M. (2016). *Socijalna politika Evropske unije i ostvarivanje socijalne sigurnosti prema Uredbama 883/2004 i 987/2009 i drugim aktima unije*, Rijeka: Libertin naklada u Rijeci. (Str. 6).

Стојановић, В. (2017). *Осврт на неке важне одредбе Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом*, Саветник – часопис за буџетски систем. (XXIX-Бр. 1/17). Завод за унапређење пословања Београд. (Стр. 101).

Стојановић, В. (2017). *Правни оквир економске и социјалне сигурности особа са инвалидитетом*. Удружење правника у привреди Србије – часопис за привредноправну теорију и праксу, Београд, (број 4-6). (Стр. 740).

Стојановић, В. (2016). *Социјални и радноправни положај особа са инвалидитетом*, Београд: Правни факултет универзитета Унион у Београду. (Стр. 36 и стр. 240).

Татић. Д. (2007). *Заштита права особа са инвалидитетом*, Београд: Факултет политичких наука у Београду. (Стр. 100).

Шундерић, Б. (2001). *Право међународне организације рада*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Стр. 542).

**Vesna Stojanović,**

Associate,

R&B College of Economics and Administration, Belgrade

## **THE STATUS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN INTERNATIONAL DOCUMENTS AND IN NATIONAL LEGISLATION**

### **Summary**

*Keeping in mind that individuals with disabilities make up more than 10% of the world's population, it has become more apparent that the efforts of the international community to adopt adequate legal documents has influenced national lawmakers to create a better legal framework for the protection of the status of this marginalized group. Furthermore, the dilemma remains who can be recognized as an individual with disabilities and how the government should recognize them, in order to ensure they are provided adequate help.*

*Within our legal system there were many laws and other acts which protect individuals with disabilities. It is indisputable that the Act on professional rehabilitation and employment of individuals with disabilities has brought on numerous and perhaps even revolutionary developments in this sphere even though the results of the application of this Act will be more apparent in the decades to come considering that it has produced significant results even at present. Primarily, the public attention focuses on persons with disabilities in regard to their employment, education, professional rehabilitation, and other positive and beneficial activities. In this sense, it is the obligation of the employer to employ a certain number of individuals with disabilities. This obligation can only be replaced by a different obligation, i.e. the obligation to pay fees – as per a stated amount (penalty fees) to a specially formed fund, which is then used to help individuals with disabilities. The future of this law and some others concerning assistance to individuals with disabilities is laid out in the need to further develop and broaden the ability and capacity of the law to provide for their right to employment and for further social affirmation and engagement of this inadequately protected group.*

**Keywords:** *persons with disabilities, international documents, national legislation, human rights.*

# КРИВИЧНОПРАВНА СЕСИЈА

---

---



**Др Драган Јовашевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776209J

UDK: 341.4

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **САВРЕМЕНО КРИВИЧНО ПРАВО КАО ИЗРАЗ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ**

**Апстракт:** У савременим друштвеним, политичким, економским и безбедносним условима, када нестају бројне разлике између појединих континената, држава и делова света услед нарастајућих утицаја глобализације, и право добија посебну и специфичну димензију. Та појава је најкарактеристичнија управо у области кривичног права. Настало паралелно са настанком државе уопште и уско повезано са државним суверенитетом, кривично право представља право на кажњавање учинилаца кривичних дела која су прописана у националним законима. То право на кажњавање произилази из права власти – *ius imperium*. Но, данас криминалитет различитих облика и видова, посебно транснационални организовани криминалитет, превазилази границе и могућности једне или више држава и постаје проблем међународног, глобалног карактера. Он тако постаје предмет одређивања међународног и транснационалног кривичног права. С њима су у вези и упоредно кривично право, као и регионално кривично право – у првом реду европско кривично право. У раду се управо анализира утицај процеса глобализације на ове нове појавне облике кривичног права.

**Кључне речи:** глобализација, право, међународно кривично право, транснационално кривично право, европско кривично право, међународни стандарди, унификација.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

## 1. Увод

Савремено доба обележава у великој мери присутна глобализација као појава која је захватила све поре друштва, како на међународном, универзалном, тако и на унутрашњем, националном нивоу. Она је обухватила бројне друштвене процесе, па се у значајној мери одражава и у области права, у његовој “интернационализацији”, односно “универзализацији” или “глобализацији”. Ради се, заправо, о појави која се у друштвеној и правној теорији одређује на различите начине. У том смислу навешћемо два, по нама одређујућа, појма глобализације.

Тако се као глобализација (Хатибовић, 2002: 28–47) сматра серија сложених, независних или повезаних процеса којима се шире, интензивирају и убрзавају светске међувезе у свим областима људских односа и трансакција – економских, социјалних, уметничких, еколошких, политичких, дипломатских и безбедносних – тако да догађаји, одлуке и деловање у једном делу света одмах имају последице на појединце, групе и државе у другим деловима света. Слична овој је и дефиниција (Гиденс, 1998: 69) која под глобализацијом сматра интензификацију друштвених односа на светском плану која повезује удаљена места на такав начин да локална збивања уобличавају догађаји који су се одиграли километрима далеко.

Будући да су правни односи само део, сегмент друштвених односа, то је и логично да се глобализацијски трендови као обележје краја 20. века у великој мери манифестују и у области права – посебно у области међународног, транснационалног и европског права. То је и логично, јер се у условима, универзалним актима, зајемчене једнакости свих људи пред законом, без обзира на своје разлике, правни прописи наднационалног, па и националног карактера у великој мери унификују, стандардизују. Та је појава захватила у великој мери и област кривичног права које има двојаки циљ: а) обезбеђење и заштиту најзначајнијих личних и друштвених добара и вредности и б) примену кривичне санкције према учиниоцу кривичног дела са аспекта правичности.

У области кривичног права поједини његови сегменти – међународно, транснационално, упоредно и европско кривично право представљају најзначајнији израз тренда глобализације у праву данас.

## 2. Међународно кривично право

Међународно ратно право (Перезић, 1986: 16–19), као претеча међународног кривичног права у данашњем смислу речи, јавило се средином 19. века као скуп правних прописа међународног карактера којима се регулишу односи

између појединих држава, других субјеката у међународној заједници и међународних организација за време рата или оружаног сукоба. Ово право се још назива и „право оружаног сукоба“ или “хашко право” будући да се њиме превасходно регулише дозвољеност употребе начина, средстава и метода ратовања. На његовим темељима, односно кршењем норми међународног ратног права, развило се међународно кривично право. О појму и садржини међународног кривичног права<sup>1</sup> у правној теорији не постоји јединствено схватање (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2015: 27–36).

При томе се различита схватања о међународном кривичном праву међусобно не искључују, него управо допуњају и свако од њих изражава особену компоненту сложене структуре и система међународног кривичног права<sup>2</sup>. Најстарије је схватање међународног кривичног права које под овим појмом подразумева скуп правила о просторном важењу националног кривичног законодавства или скуп правила о примени националног кривичног закона с обзиром на место извршења кривичног дела или с обзиром на држављанство његовог учиниоца (Jeschek, 1972: 127). Стога је међународно или „глобално“ кривично право одређивано на два начина и то (Petrović, Jovašević, 2010: 17–21): а) као кривично право у смислу националног права сваке државе која на основу свог суверенитета прописује како ће се поступати са казненонеправним садржајима који се могу односити и на неке елементе иностраности или б) као међународно право садржано у уговорима између држава или у другим изворима права којима се уређују међудржавни односи када се ради о кривичнонеправним садржајима (Horvatić, 2003: 40–41).

Настало првобитно као скуп одредби националних кривичнонеправних система који су намењени примени у предметима са иностраним обележјем (Simović, Blagojević, Simović, 2013: 11), међународно кривично право се данас профилише као право које обухвата норме међународног, наддржавног, али и норме националног права које, пре свега, уређују групе кривичних дела и друга питања примене кривичног права у вези са међународним односима (Pavišić, 2006: 13). Или међународно кривично право обухвата скуп правних прописа које директно, непосредно примењују међународни

---

1 При томе треба рећи да у правној теорији постоје и таква мишљења (Лист) која сматрају да је појам међународног кривичног права нелогичан и као такав неприхватљив.

2 Профилисање међународног кривичног права као самосталне правне дисциплине је условљено следећим разлозима: 1) синтетичким приступом, 2) разрађивањем појмова међународног кривичног дела и општих услова примене, 3) развојем и универзализацијом концепта људских права и 4) стварањем међународних правила поступања и других правила међународног кривичног права у ширем смислу речи.

кривични судови, односно судска тела која су установљена од стране више држава или од стране међународне организације. Насупрот овоме појму, стоји кривично међународно право. То је скуп националних правних прописа који одређују принципе просторног важења кривичног закона одређене државе (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 26).

Исто тако, међународно кривично право се одређивало и као укупност кривичноправних норми које су везане за међународне односе (Zlatarić, 1979: 24). Или међународно (глобално) кривично право је свеукупност правила међународног права која су кривичног карактера и која предвиђају одређене делатности као међународне деликте (злочине), као и посебне директно примењиве правне последице које су редовно резервисане за кривично право (Emm Kareklas, 2009: 32). Нешто је шире схватање ове гране права које, поред наведене садржине, обухвата и правила о пружању међународне правне помоћи у кривичним стварима: издавање криваца, важење пресуда иностраних судова (Petrović, Jovašević, 2010: 16–19). Како поједине државе у недостатку међународних прописа самостално одређују важење својих закона у односу на кривично дело извршено у иностранству и у односу на стране држављане као њихове учиниоце на својој територији, то су се појам и садржина међународног кривичног права, адекватно међународном приватном праву, ограничавали на решавање сукоба кривичних закона разних држава (Cryer, 2007: 78–92).

Тако се међународно кривично право схватало као укупност норми националног казног права којима се уређује примена тог права на кривична дела с елементом иностраности или просторно важење националног кривичног права (Novoselec, 2004: 477–478). Посматрано на овај начин, међународно кривично право се све више схвата као универзална целина права. При томе се интернационализација кривичног права описује као кретање којим кривично право прелази националне границе и постепено се ослобађа суверенитета државе (Pavišić, Bubalović, 2013: 45–49).

Поједини аутори (Камбовски, 1998: 19) у последње време појам међународног кривичног права одређују на бази три основна сегмента категоријалног система као што су (Јовашевић, Икановић, 2015: 73–93): а) међународни аспекти националног кривичног права, б) кривични аспекти међународног права и в) међународно кривично право *stricto sensu*. Први сегмент се односи на границе репресивне власти и јурисдикцију државе, те решавање сукоба закона међу државама, а други сегмент одређује принципе и правила међународног права којима се одређују права и обавезе држава у кривичном гоњењу и кажњавању учинилаца кривичних



дела, те узајамну сарадњу међу државама на овом плану. Трећи сегмент овог појмовног одређивања најмлађе гране казног права односи се на појам и карактеристике међународних кривичних дела (у ужем и ширем смислу)<sup>3</sup>.

Тако се разликују три облика међународног кривичног права (Cortens, Pradel, 2002: 4–7). То су: а) право које обухвата традиционалне (класичне) проблеме у остваривању кривичног правосуђа између две или више држава у случају да држављанин једне државе изврши кривично дело у иностранству (дакле, то су питања која се односе на установљење националне јурисдикције и примене националног кривичног права), б) право које се односи на међународно кривично право које уводи међународна заједница предвођена Организацијом уједињених нација (систем међународног кривичног правосуђа) и 3) право које се односи на одређене географске целине и међународну сарадњу између најмање три државе. Стога се оно назива и регионално кривично право (Turković et al., 2013: 3–8).

И коначно, због интересантности, навешћемо и одређење међународног кривичног права као гране права коју чини укупност правила међународног права која су везана за међународне односе као што су (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 399): а) територијално важење кривичног закона, б) правила међународног права која су основ за националне одредбе, в) националне прописе о кажњавању који имају „ауторизацију“ међународног права, г) минимални заједнички стандарди кривичног права цивилизованих народа, д) међународна сарадња и ђ) наддржавно (супранационално) међународно кривично право.

---

3 Међународно кривично право *stricto sensu* означава право чије су нормативне основе у одредбама међународног права. Тако схваћено међународно кривично право има две значајне функције. То су: 1) да се примењује универзално, независно од места извршења кривичног дела, непосредно и директно на његовог учиниоца без обзира на његово својство, држављанство и сл. и 2) координирајућа функција која значи повезивање и усклађивање националних кривичних законодавстава. Тако се савремено међународно кривично право јавља као право међународних и националних органа кривичног правосуђа. Управо та синтетичка концепција кроз парцијалну кодификацију кривичног права доводи до организације и деловања јединственог међународног кривичног права.

### **3. Међународно кривично право као глобализацијско, наднационално право**

Ако међународно кривично право схватимо као глобализацијско, наднационално, надржавно или супранационално право<sup>4</sup>, тада га можемо одредити као скуп правних прописа које остварујући интересе целокупне међународне заједнице (човечанства) без обзира на национална кривична права важи за све државе и за све појединце без обзира на њихово држављанство и место извршења кривичног дела (Јовашевић, 2011: 40–42). Сматра се при томе да међународно кривично право (Zahar, Sluiter, 2008: 89–101) представља наднационално право које међународна заједница примењује директно, непосредно преко својих судова. Ово питање се посебно разматра са аспекта настојања да се заштита основних вредности које су заједничке читавом човечанству повери међународној заједници јер поједине државе не могу пружити довољне гаранције да ће заштитити те вредности, посебно када су у питању злочини које појединци и чине управо „у име“ своје државе (Novoselec, 2004: 478).

Тако се међународним кривичним правом назива скуп правила која се односе на гоњење и кажњавање извршилаца међународних кривичних дела (Dimitrijević et al., 2007: 20). У том смислу се међународно кривично право одређује као скуп правних прописа који су признати у међународним односима, а који имају за циљ заштиту међународног друштвеног поретка сузбијањем аката који му наносе повреде (Јовашевић, Икановић, 2012: 69–71). Из оваквог одређења појма међународног кривичног права произилазе следеће карактеристике (Simović, Jovašević, Simović, 2016: 71–92):

- 1) Оно се састоји из две групе прописа. Прву групу сачињавају прописи којима се одређују појам, карактеристике, елементи и врсте међународних кривичних дела. Другу групу сачињавају прописи којима се решава сукоб о просторном важењу кривичних закона разних држава и установљава пружање међународне правне помоћи;
- 2) Извор ових прописа налази се у међународноправним актима. Овде се разликују акти међународне заједнице универзалног карактера, који су донети у оквиру или под окриљем Организације уједињених нација (ОУН),

---

4 Иако се данас све чешће говори о међународном кривичном праву као наднационалном праву, према неким схватањима оно ипак не располаже изграђеним системом међународних кривичних дела, нити посебним могућностима да се изречене кривичне санкције изврше без сарадње органа држава чланица. Како при томе изостају и средства за њихову примену, још увек се не може говорити о деловању међународног кривичног права, него се пре ради о појави која се тек развија.

затим акти регионалних организација или тзв. регионално кривично право (нпр. Европске уније или Савета Европе) или пак уговори закључени између две или више држава (Berthelet, 2003: 67–92),

3) Овде се ради о правним прописима који немају законски карактер, па се за разлику од националног кривичног права које је законско право, овде не ради о законском праву, иако је и у оквиру међународног кривичног права један од основних принципа управо принцип законитости или легалитета кривичног дела и казне,

4) Прописи се односе на материјално, процесно и извршно кривично право, те организацију међународног кривичног правосуђа и

5) Неки прописи међународног карактера се непосредно примењују на конкретне случајеве извршења кривичних дела и њихове учиниоце кроз праксу Хашког трибунала за бившу СФР Југославију, Трибунала за Руанду, интернационализованих судова или сталног Међународног кривичног суда, а неки прописи се примењују посредно, тек у случају и када их поједине државе унесу после ратификације у своје национално кривично законодавство.

Од међународног кривичног права, које је имало за предмет решавање сукоба о просторном важењу кривичних закона и регулисање међународне правне помоћи, оно данас постаје међународно кривично право које има за предмет одређивање међународних кривичних дела и кривичних санкција за њихове учиниоце. Данас се у правној теорији све више инсистира да испитивању могућности увођења, не међудржавног, него међународног кривичног права, али као надржавног система правних норми које би биле изнад националног кривичног законодавства. На тај начин би се пружала делотворнија и независнија кривичноправна заштита него што је то случај са националним правним системом. Тако би сама међународна заједница постала носилац нове (недржавне) међународне кривичне власти. Остварење ових захтева је, у првом реду, условљено решавањем бројних питања на политичком, социјалном и правном подручју. Зато се, као прво, поставља и питање утврђивања полазне основе за успостављање новог система међународне кривичноправне заштите (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 400).

То значи да данас међународно кривично право добија све више супранационалну димензију у смислу непосредне примене међународних норми на поједине случајеве извршења међународних кривичних дела. Таква афирмација супранационалне природе ове гране права се манифестује, пре свега, кроз појаву међународних злочина – *delictum sui generis* – који се у формалном смислу јављају као повреде забрана садржаних

у међународним конвенцијама, а у материјалном смислу као повреде или угрожавање општих интереса међународне заједнице (Камбовски, 1998: 27–29). Но, имајући у виду да се у већини држава у свету данас јавља велики број истих или веома сличних кривичних дела са истим облицима и видовима испољавања и распоном прописаних санкција, да је велики број института општег дела кривичног права везан за кривично дело, саучесништво, систем кривичне одговорности и кажњивости у великој мери унифициран, у теорији се поставило питање унификације кривичног законодавства. То би довело до стварања таквог кривичног права које би било обавезно за све или бар највећи део држава и њихових грађана. Тиме би се на осебујан начин спровела идеја о међународном кривичном праву које би било јединствено и опште примењиво за целокупну људску и друштвену заједницу.

У правној теорији (Камбовски, 2002: 62) се истичу два основна разлога за све присутнији процес глобализације и универзализације кривичноправних решења и прихватања нужности постојања супранационалних, когентних норми и стандарда ове гране права. Као први разлог се наметнуо пораст, ширење и изузетна динамика нових облика и видова испољавања криминалитета, посебно организованог транснационалног криминалитета који не познаје границе између држава и континента, те тако добија међународну димензију (Вавсон, Когоšес, 2003: 200–207). У прилог овог разлога говори „Бечка декларација о криминалу и правди – одговори на изазове 21. Века“ која је усвојена на Десетом конгресу ОУН за превенцију криминала у Бечу 2000. године. Други значајан разлог који доприноси тенденцији универзализације кривичног права је подизање на квалитативно виши међународни ниво универзално признатих, природних и неотуђивих људских слобода и права (Царић, 2015: 25–37)<sup>5</sup> и обезбеђење њихове ефикасне и квалитетне заштите (Blackburn, Polakiewicz, 2001: 117–132).

Ова концепција, међутим, на данашњем степену развоја човечанства није могла бити спроведена у живот, пре свега због разлика у друштвено-економском и политичком уређењу и правним системима појединих држава, иако су и ту учињени одређени помаци, нпр. у погледу изградње кривичног права Европске уније или европског кривичног права (Marty Delmas, 2001: 67–91), а осим тога и због разлика у схватањима, степену развоја, традицијама, култури, обиму, структури и динамици криминалитета, те потребама криминалне политике и др. (Harald, 2003: 89–101). Због тога се данас све мање говори о једном комплексном и свеобухватном

<sup>5</sup> Неретко се у правној литератури истиче да међународни извори „права о људским правима“ заправо представљају „трећу димензију међународног кривичног права“.

међународном кривичном праву, а више се инсистира на томе да одређена друштвено опасна дела која имају међународни карактер буду утврђена као кажњива дела у свим државама. Према томе, унификација кривичног законодавства у садашњим условима развоја међународне заједнице још увек није реална. Али то не значи да се не може и не треба остваривати сарадња међу државама на изградњи извесних општих принципа и општих правила, односно општих и основних института кривичног права. При томе, треба имати на уму да и данас (а нарочито раније) законодавства неких држава (нпр., Немачке, Француске или Велике Британије) имају знатан утицај на развитак кривичног законодавства других држава (у том погледу велики је утицај англосаксонског прецедентног кривичног права).

На почетку трећег миленијума међународно кривично право бележи вртоглав успон (Huet, Koerlingt Joulin, 2002: 3–14). Такав његов развој је последица следећих чинилаца (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 1–2): 1) глобализација свих људских делатности, те мобилност људи и добара, уз постепено укидање граница између појединих држава, посебно унутар Европе, поспешује вршење кривичних дела са међународним обележјима. То намеће потребу за све већом међународном сарадњом држава и њихових надлежних органа у сузбијању криминалитета, 2) интернационализација криминалних делатности наметнула је успостављање путем уговора комплексних система узајамне сарадње и помоћи држава, како на универзалном, тако и на регионалним плану, а посебно у оквиру Европске уније (Ascensio, Decaux, Pellet, 2000: 921–922) и 3) увећање и усавршавање свих врста и облика прекограничног криминалитета доводи до јаче и организованije сарадње држава у његовој превенцији, сузбијању и кажњавању.

Све то указује на велику важност модела према коме се међународно кривично право укључује у национална кривична законодавства, а које битно одређује и подручје, као и делотворност његове примене. Ту се уочавају две концепције. То су (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 400–401): 1) концепција надржавног кривичног права или концепција директне, непосредне примене међународног кривичног права која укључује, осим материјалног кривичног права и одговарајуће јурисдикцијско (организационо) уређење. Ту спадају: међународни кривични кодекс, међународна правила кривичног поступка која примењује међународни кривични суд и правила извршног кривичног права и 2) концепција претежне примене националног кривичног законодавства које развој међународног кривичног права види као процес који тече упоредо (паралелно) са развојем националног законодавства, посебно путем конвенцијских правила где национални суверенитет у подручју кривичног

права не искључује, него, напротив, остаје најважнији ослонац, уз истовремено развијање међународне сарадње.

#### **4. Упоредно кривично право – унификација правних система појединих држава**

У тесној вези са међународном, наднационалним кривичним правом је и упоредно кривично право. Тако упоредно (компаративно) кривично право представља научну дисциплину која се бави системском анализом карактеристика кривичног права различитих држава. То је и разумљиво јер кривично право једне државе није издвојено и аутохтоно, већ је део целокупног правног система свих цивилизованих држава света и представља „светску правну баштину“. Из тога произилази да кривична права различитих држава у истом временском периоду имају низ сличности које су резултат, у првом реду, заједничке потребе да се системом кривичних санкција ефикасно, квалитетно и законито обезбеде и заштите добра и вредности, односно интереси који су посебно значајни за те државе. На то, уосталом, указује и систем заштићених вредности у кривичном праву појединих држава.

Ту се разликују две врсте вредности (Petrović, Jovašević, 2010: 44–48): а) вредности које су заједничке свим или највећем броју држава. То су вредности које улазе у корпус људских права и које представљају универзалне, општецивилизацијске вредности које су заштићене у свим савременим државама. Наравно, то не значи да се ове вредности штите увек и на исти начин. Ту спадају вредности као што су: живот, телесни интегритет, имовина, здравље, слобода личности итд. (Milićević, 2007: 51–63) и б) вредности које су специфичне, карактеристичне само за одређену државу у одређеном временском периоду. По тим вредностима се и разликују поједина кривична права.

У погледу упоредног кривичног права данас треба рећи да се у његовој основи налазе одређени међународни правни стандарди које су поједине државе преузеле потписивањем међународних уговора. Ту нема веће разлике између појединих кривичних права, односно кривичних права појединих држава. Проучавањем упоредног кривичног права, могу се уочити карактеристична решења у погледу одређивања законских описа појединих кривичних дела, система кривичних санкција и сл., па се на бази таквих решења и њихових предности које су показале у практичној примени иста могу преносити, „трансплантирати“ у правне системе других држава (тзв. правни транспланти). У оквиру упоредног кривичног права разликују се следећа правна подручја или породице права (Pavišić,

Grozđanić, Veić, 2007: 18–19): а) европско континентално право, б) право утемељено на common law систему, в) право исламских држава, г) кинески правни систем и д) остали правни системи.

Из наведеног одређења појма и садржине упоредног кривичног права произилази и његово разликовање од међународног кривичног права (Fletcher, 2007: 116–131). Наиме, за међународно кривично право је битно постојање међународног садржаја, док се у упоредном кривичном праву истражују садржаји кривичног права појединих држава, односно садржаји националног (унутрашњег) кривичног права, а према одређеној методологији. Ту елемент иностранности нема значење које му се придаје у међународном кривичном праву.

## **5. Транснационално кривично право као одговор организованом транснационалном криминалитету**

Транснационално кривично право (Luban, O'Sullivan, Stewart, 2010: 3–7) је скуп међународних и националних правних прописа који предвиђају кривична дела са транснационалним обележјем, систем санкција за њихове учиниоце и поступак утврђивања кривичне одговорности и кажњивости њихових учинилаца. Такво транснационално обележје повезује учињено кривично дело са најмање два национална кривична права (Degan, Pavišić, Beširević, 2013: 97–99). На појаву и развој ове гране права утичу два фактора. То су (Јовашевић, 2012: 8–17): а) огроман пораст организованог транснационалног криминалитета и раширеност његових појавних облика и б) велика мобилност људи, добара и новца која не познаје границе између појединих држава, па ни између континената.

Тако се практично између националног (интерног) кривичног права и међународног (наднационалног) кривичног права појавила нова грана права која у себи обједињује елементе обе гране права. Настало крајем 20. века, посебно у оквиру и на основу Конвенције ОУН против транснационалног организованог криминала (Палермо конвенције) из 2001. године, транснационално кривично право одређује његов „транснационални елемент“ који може да се јави у три облика. То су: а) национални елемент – кривично дело је предвиђено у националном кривичном закону, али је његов учинилац странац, б) интернационални елемент – место предузимања радње извршења или место наступања његове последице се налазе у иностранству и в) наднационални елемент – међународно кривично дело у ужем смислу или кривично дело по нирнбершком или токијском праву (Currie, 2010: 12–15).

Предмет транснационалног кривичног права представља транснационални криминалитет. Овај појам се први пут појавио у документима ОУН 1974. године, да би две деценије касније он обухватао скуп кривичних дела која се у извршењу или спречавању, односно ублажавању последица директно или индиректно рефлектују на више од једне државе. Овај појам је првобитно обухватао следеће делатности: а) професионални криминалитет (организовани криминалитет, криминалитет белог оковратника и корупцију), б) кривична дела на штету уметничких предмета и културне баштине, в) кривична дела повезана са злоупотребом опојних дрога и алкохола, г) насиље са међународним елементом и д) криминалитет повезан са миграцијама (Sheptycki, Wardak, 2004: 34–36).

Тако транснационално кривично право, које у област унутрашњег кривичног права уноси елементе међународног права, има следеће карактеристике: 1) оно се односи на изузетно тешка кривична дела (транснационална кривична дела која се везују за два или више правних поредака) која имају посебну важност и за поједине државе (њихово национално право) и за међународну заједницу, 2) ово право са посебном пажњом проучава питање јурисдикције за транснационална кривична дела, у ком смислу долази до проширивања облика и начина међудржавне сарадње у сузбијању и спречавању транснационалних кривичних дела, и успостављање појединих облика надржавне сарадње посредством међународних органа (Интерпола, Еуропола и др.), 3) потреба стварања надржавне политике сузбијања ових облика криминалитета у којој посебно место има регионална сарадња, 4) међународна сарадња више држава у размени информација и 5) проблем екстериторијалне примене кривичног права.

Дакле, и транснационално кривично право има свој извор у прописима међународног права (као и међународно кривично право). Али примењивост тих прописа ипак зависи од воље појединих држава да одређене међународне документе потпишу и ратификују, те решења садржана у овим документима имплементирају у свом националном кривичном законодавству. За транснационална кривична дела поступак се води пред националним органима кривичног правосуђа (а не пред међународним кривичним судом), али у том поступку привођења учинилаца кривичних дела пред лице правде велику улогу има регионална и међудржавна сарадња, било непосредно између појединих заинтересованих држава, било посредством међународних органа.



## **6. Европско кривично право – право „паневропског простора“**

Но, у оквиру и поред међународног (универзалног или глобалног) кривичног права, у последње време се све више издваја појам европско кривично право (Pradel, 2002: 5). Овај је појам у тесној вези са процесом регионализације међународног кривичног права<sup>6</sup>, чиме се отвара могућност фокусирања на европско кривично право. Појава ове врсте регионалног права (Marty Delmas, Spencer, 2002: 89–102), заправо је резултат историјских, друштвених, политичких, економских и културних кретања у Европи после Другог светског рата. То није временски ограничени правни пројекат, већ је то пројекат који има своју будућност. У његовој се основи налази регионално кривично право, тј. право које примењује група држава одређеног региона (најмање три државе) које су се договориле о примени општих правила материјалног и процесног кривичног права (Emm Kareklas, 2009: 32).

Тако се „европско кривично право“ (Kercohe, 2002: 219–231) узима као појмовна ознака више различитих садржаја. При томе се ово право везује за европски континент, па се најопштије под европским кривичним правом (Satzger, 2008: 76–89) подразумева кривично право европског правног простора (Pavišić, 2006: 34–39). То би, дакле, било регионално кривично право, као што је нпр., афричко, азијско или јужноамеричко право итд. То не значи да се овде може говорити о систему европског кривичног права као засебној грани права, већ је овом појму ближе схватање о начелима, сличностима и разликама, односно о националним правилима свих или групе европских држава. Европско кривично право се дефинише као колективни термин за све материјалне и процесне кривичне стандарде и праксе који резултирају из активности Европске уније (европско кривично право у ужем смислу) и Савета Европе (европско кривично право у ширем смислу) и који имају за циљ да ускладе национала кривична права у већем обиму. Овако схваћено европско кривично право се у теорији замењује термином „европеизација кривичног права“ (Satzger, 2001: 17–19).

Европско кривично право на апстрактном нивоу изражава:

1. географску припадност националних кривичноправних система – овде се одговарајућим методама проучавају њихове сличности и различитости у мањем или већем броју европских држава. Тако схваћено европско кривично право се разликује од европског регионалног кривичног права, тј. кривичног права у оквиру Савета Европе и Европске уније. Сам

---

6 О регионализацији кривичног права не треба говорити само у контексту европског кривичног права. Овакве тенденције су присутне и у другим крајевима света. Тако, нпр., Модел Законика о кривичном поступку за Иберијску Америку одражава општа начела јужноамеричког кривичнопроцесног права.

развој националног кривичног права одражава се и на процес стварања „заједничког права цивилизованог човечанства“ и

2. институционалну припадност регионалних кривичноправних правила – означава европско кривично право у оквиру Савета Европе и Европске уније. Наиме, и поред широких овлашћења у правном регулисању и одлучивању која припадају националним државама, везаност националних кривичноправних норми за међународне (и европске) стандарде и правила на овим подручјима која су од ширег и заједничког интереса је неизбежна. Тако Савет Европе доприноси усклађивању кривичног (материјалног, процесног и извршног) права и много ефикаснијој сарадњи између држава чланица ове регионалне организације кроз предлоге и закључке о међународним споразумима, као и кроз широке саветодавне услуге. Гаранције Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и судска пракса Европског суда за људска права у Стразбуру поставили су такође светски прихваћене стандарде о људским правима, нарочито у погледу њихове гаранције пред органима кривичног правосуђа.

Због тога се европско кривично право одређује као систем повезаних правила кривичноправне природе, а која су садржана у одговарајућим актима Савета Европе (Matulović, 1996: 67–89). У оквиру европског кривичног права по свом значају и природи издвајају се прописи који уређују област међудржавне сарадње<sup>7</sup> која се остварује на три начина: а) у ширем подручју Савета Европе и неких ваневропских држава (нпр., САД), б) у ужем подручју Европске уније и в) на двостраном или вишестраном нивоу изван тих подручја. Такав вид међудржавне сарадње се остварује у европском правосудном казненем простору (Herve, 2000: 101–113). Иначе, овај се простор у правној литератури назива још и „подручје Мале Европе“ (Misita, 2007: 643–652). Под овим појмом се, заправо, подразумева простор примене права у државама Европске уније. Но, поред овако одређеног појма, у правној теорији се разликују и таква схватања која разликују „подручје Велике Европе“<sup>8</sup>. Овај појам (Cortens, 2002: 76–93) обухвата

7 У правној теорији данас преовлађује схватање о интернационализацији две тенденције у савременом кривичном поступку. То су: 1) заштита основних права и слобода човека и 2) ефикасност у сузбијању кривичних дела. Те тенденције захтевају више од националних активности у оквиру појединих држава. Све се то одразило и на норме европског кривичног права које су кривичнопроцесне природе и које настају у различитим правним документима Савета Европе, али и кроз јудикатуру европских надзорних институција.

8 У правној теорији се могу наћи схватања према којима је правосудна структура Европске уније саграђена на три нивоа. То су: а) најнижи ниво који чине специјализовани судови, б) виши ниво који чини Суд прве инстанце и в) највиши ниво кога представља Европски суд правде.

подручје примене кривичноправних система држава чланица Савета Европе или чак подручје примене кривичноправних система држава чланица Организације за европску безбедност и сарадњу. Ово последње подручје се још назива и „Паневропско подручје“ (Pavišić, 2006: 16–21).

Као основне карактеристике европског кривичног права сматрају се следеће (Hartley, 2004: 124–141) :

1. јединственост – која се огледа на два начина и то као: а) одредбе ове гране права морају бити у складу са основним правним извором Савета Европе – Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и б) иако се ради о великом броју разноврсних правних прописа (тзв. плуралистички систем), сви они су усмерени на међусобно приближавање појединих националних правних система и развој њихове међусобне сарадње. У њиховој се основи налази солидарност држава у супротстављању криминалитету свих врста, боја и облика. Стога се извори европског кривичног права у погледу примене налазе изнад националних правних прописа (Orremmann, 2005: 213–221),

2. различитост – национални кривичноправни системи појединих европских држава су у великој мери различити што у сваком случају усложњава функционисање и самог кривичног права Савета Европе које мора да узима у обзир бројне различитости садржане у појединим националним системима. То је био разлог да је у појединим европским правним актима изричито унета клаузула која има за циљ да осигура минималну меру заједништва уз одређивање простора за изузетке и одступања у појединим националним системима. То се постиже системом резерви које поједине државе стављају уз међународне споразуме (Paust, 2003: 67–72),

3. сложеност европског кривичног права произилази из сложене и велике разлике у појединим правним системима. Оно, у првом реду, обухвата правила међудржавне кривичноправне сарадње, правила о људским правима и *ius constituendum*, правила кривичног права која настају у Европској унији (Pradel, 2002: 214–222). То указује да се сложеност европског кривичног права јавља у више видова и то: а) с обзиром на доносиоце правних прописа, б) с обзиром на подручје примене и в) с обзиром на циљеве доношења појединих прописа (ови циљеви могу бити: циљеви *Corpus iuris*, затим европски налог за хапшење, европски доказни налог, европски кривични испис, концепт седам европских кривичних дела итд.). На ову сложеност норми европског кривичног права посебно је указано после скупа у Тампереу где је допуштена могућност паралелног постојања више врста извора ове гране права и

4. заштита људских права (Wingaert, 1993: 109–127) је основна вредност и највиша заједничка компонента уређења свих европских правних извора, али и водиља која се мора имати у виду приликом тумачења појединих правила и принципа у поступцима пред европским и појединим националним кривичним судовима. У основи заштите људских права налази се Конвенција за заштиту људских права и основних слобода која је у већој или мањој мери инкорпорисана у уставноправне системе европских држава (Matulović, Pavišić, 2001: 78–97).

У правној теорији се тако могу пронаћи схватања која разликују четири облика кривичног права Европске уније, од чега три последња спадају у процес „европеизације кривичног права“, где кривично право појединих држава ипак задржава примарно свој национални, интерни карактер, са већим или мањим утицајем Европске уније. То су: 1) наднационално кривично право на нивоу Европске уније, 2) различити утицаји које право Европске уније има на национално кривично законодавство држава чланица (кроз усклађивање прописа, препоруке, асимилације, обавезе лојалности), 3) усклађивање националних кривичних законодавстава кроз средства трећег ослонца (стуба – простор слободе, безбедности и правде) и 4) процедуралне и координативне (усклађујуће) мере.

## 7. Закључак

У савременим друштвеним, политичким, економским и безбедносним условима крајем 20. и почетком 21. века присутни су бројни процеси и појаве које се шире, интензивирају и убрзавају са порастом међузависности и узајамне условљености. То доприноси да све више нестају бројне разлике између континента, држава и појединих делова света услед нарастајућих утицаја глобализације. У таквим новонасталим условима и право добија посебну и специфичну димензију. Та појава је најкарактеристичнија управо у области кривичног права.

Кривично право је настало паралелно са настанком државе и права уопште и уско је повезано са државним суверенитетом. Наиме, оно представља систем правних прописа којима се утврђује право на кажњавање учинилаца кривичних дела која су прописана у националним законима. То право на кажњавање произилази из права власти – *ius imperium*. Но, данас криминалитет различитих облика и видова, посебно транснационални организовани криминалитет, превазилази границе и могућности једне или више држава и постаје проблем међународног, глобалног карактера. Он тако постаје предмет одређивања међународног и транснационалног кривичног права.

Иако се може одредити на различите начине, међународно (наднационално, интернационално, супранационално или глобално) кривично право представља систем правних прописа садржаних у међународним документима универзалног (ОУН) или регионалног (Савет Европе, Европска унија и др.) карактера којима се одређују појам, елементи и карактеристике, те облици испољавања појединих међународних кривичних дела (у ужем и у ширем смислу) и систем казни за њихове учиниоце које изричу примарно међународни судски (стални или *ad hoc*, војни или цивилни) судови, а супсидијарно и национални кривични судови.

Слично овом је и трансационално кривично право. Настало крајем 20. века, посебно у оквиру и на основу Конвенције ОУН против трансационалног организованог криминала (Палермо конвенције) из 2001. године, трансационално кривично право одређује његов „трансационални елемент“ који може да се јави у три облика. То су: а) национални елемент – кривично дело је предвиђено у националном кривичном закону, али је његов учинилац странац, б) интернационални елемент – место предузимања радње извршења или место наступања његове последице се налазе у иностранству и в) наднационални елемент – међународно кривично дело у ужем смислу или кривично дело по нирнбершком или токијском праву.

С њима су у вези и упоредно кривично право, као и регионално кривично право – у првом реду европско кривично право. Упоредно кривично право садржи у основи одређене међународне правне стандарде које су поједине државе преузеле потписивањем међународних уговора. Ту нема веће разлике између појединих кривичних права, односно кривичних права појединих држава. Проучавањем упоредног кривичног права, могу се уочити карактеристична решења у погледу одређивања законских описа појединих кривичних дела, система кривичних санкција и сл., па се на бази таквих решења и њихових предности које су показале у практичној примени иста могу преносити, „трансплантирати“, у правне системе других држава (тзв. правни транспланти).

Европско кривично право се везује за европски континент, па се оно дефинише као кривично право европског правног простора. То би, дакле, било регионално кривично право, као што је, нпр., афричко, азијско или јужноамеричко право итд. То не значи да се овде може говорити о систему европског кривичног права као засебној грани права, већ је овом појму ближе схватање о начелима, сличностима и разликама, односно о националним правилима свих или групе европских држава. Европско кривично право, дакле, означава колективни термин за све материјалне

и процесне кривичне стандарде и праксе које су творевина активности Европске уније (европско кривично право у ужем смислу) и Савета Европе (европско кривично право у ширем смислу). Оно, заправо, има за циљ да усклади и унификује национална кривична права појединих држава у што већем обиму. Ова се појава назива "европеизација кривичног права".

### Литература

- Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A. (2000). *Droit international penal*. Paris: Dalloz.
- Bavcon, Lj., Korošec, D. (2002). *Mednarodno kazensko pravo*. Ljubljana: Uradni list.
- Berthelet, P. (2003). *Le droit institutionnel de la securite interieure europeenne*. Bruxelles: Bruylant.
- Blackburn, R., Polakiewicz, J. (2001). *Fundamental Rights in Europe*. Oxford : University Press.
- Гиденс, Е. (1998). *Последице модерности*. Београд: Филип Вишњић.
- Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširević, V. (2013). *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Београд: Službeni glasnik.
- Dimitrijević, V., et al. (2007). *Osnovi međunarodnog javnog prava*. Београд: Београдски центар за људска права.
- Emm Kareklas, S. (2009). *Priručnik za krivično pravo Evropske unije*. Београд: Institut za uporedno pravo.
- Zahar, A., Sluiter, G. (2008). *International Criminal Law : a critical introduction*. Oxford: University Press.
- Zlatarić, B. (1979). *Međunarodno krivično pravo*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Jescheck, H.H. (1972). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner teil*. 2. Auflage. Berlin: Duncker.
- Јовашевић, Д. (2012). *Организовани криминалитет – кривичноправни аспекти*. Ниш: Свен.
- Јовашевић, Д. (2011). *Међународно кривично право*. Ниш: Правни факултет.
- Јовашевић, Д., Икановић, В. (2015). *Међународно кривично право*. Бања Лука: Универзитет Апеирон.
- Јовашевић, Д., Икановић, В. (2012). *Кривично право Републике Српске. Општи део*. Бања Лука: Универзитет Апеирон.

- Камбовски, В. (2002). *Казнено правната реформа пред предизвиците на 21. век*. Скопље: Просветно дел.
- Камбовски, В. (1998). *Меѓународно казнено право*. Скопље: Правни факултет.
- Kercohe, G. (2002). *L' espace penal penal europeen*. Bruxelles: Bruylant.
- Luban, D.J., O'Sullivan, J.R., Stewart, D.P. (2010). *International and Transnational Criminal Law*. Aspen. New York: Walter de Gruyter.
- Marty Delmas, M. (2001). *Procedure penali d' Europa*. Padova: Cedam.
- Marty Delmas, M., Spencer, J.R. (2002). *European Criminal Procedures*. Cambridge: University Press.
- Matulović, M. (1996). *Ljudska prava: uvod u teoriju ljudskih prava*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Matulović, M., Pavišić, B. (2001). *Dokumenti Vijeća Europe*: Rijeka: Pravni fakultet.
- Milićević, N. (2007). *Ljudska prava*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Misita, N. (2007). *Osnovi prava Europske unije*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Oppermann, T. (2005). *Europarecht*. Munchen: Beck.
- Pavišić, B. (2006). *Kazнено право Vijeća Europe*. Zagreb: Golden marketing.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Pavišić, B., Bubalović, T. (2013). *Međunarodno kazнено право*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Paust, J. (2003). *International Criminal Law: Cases and Materials*. Durham: Carolina Academic Press
- Перазић, Г. (1986). *Меѓународно ратно право*. Београд: Војно-издавачки завод.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2015). *Krivično право 1*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično право*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Pradel, J. (2002). *Droit penal compare*. Paris: Dalloz.
- Satzger, H. (2008). *Internationales und Europaeisches Strafrecht*. Baden Baden: Nomos.

- Satzger, H. (2001). *Die Europaisierung des Strafrechts*. Munchen: Beck.
- Simović, M., Blagojević, M., Simović, V. (2013). *Međunarodno krivično pravo*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
- Simović, M., Jovašević, D., Simović, M. (2016). *Politika suzbijanja kriminaliteta*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
- Sheptycki, J., Wardak, A. (2004). *Transnational and Comparative Criminology*. London: Sweet-Maxwell.
- Turković, K., et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.
- Fletcher, G. (2007). *The Grammar of Criminal Law*. Oxford: University Press.
- Harald, C. (2003). *Komentar Europske konvencije o ljudskim pravima*. Sarajevo: Pravni fakultet.
- Hartley, T.C. (2004). *Temelji prava Europske zajednice*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Хатибовић, Џ. (2002). О глобализацији још једном. *Међународна политика*. 1–2. 28–47.
- Herve, A. (2000). *Droit international penal*. Paris: Dalloz.
- Horvatić, Ž. (2003). *Kazнено pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Huet, A., Koerlingt Joulin, R. (2002). *Droit penal international*. Paris: Dalloz.
- Царић, С. (2015). *Европско право људских права*. Београд: Интермекс.
- Corstens, G. (2002). *European Criminal Law*. Hague: Kluwer Law
- Corstens, G., Pradel, J. (2002). *European Criminal Law*. Hague: Kluwer Law.
- Cryer, R. (2007). *An Introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: University Press.
- Currie, R.J. (2010). *International and Transnational Criminal Law*. Toronto: Irwin Law.
- Wingaert, Van C. (1993). *Criminal Procedure Systems in the European Community*. London: Sweet-Maxwell.



**Dragan Jovašević, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **CONTEMPORARY CRIMINAL LAW AS A REFLECTION OF GLOBALIZATION**

### **Summary**

*In the contemporary social, political, economic and security conditions where the growing impact of globalization obliterates numerous differences between continents, countries and regions worldwide, law has a special role and specific dimension. This phenomenon is most prominent in the area of criminal law. Created alongside with the development of the state in general and closely linked to state sovereignty, criminal law implies the right to punish the perpetrators of criminal offences which are prescribed by national laws. This right stems from the state authority (ius imperium). Yet, crime has different shapes and forms. Today, transnational organized crime exceeds the national borders and possibilities of individual states, and becomes an international, global problem. Thus, it is the subject matter of international and transnational criminal law, which are closely related to comparative criminal law and regional criminal law, primarily European criminal law.*

*International criminal law emerged in the mid of 19<sup>th</sup> century. Today, it has an international, transnational and global character. It is a system of legal rules of universal or regional character, which are contained in the acts of the international community. These rules define the notion, elements, types and characteristics of international crimes, and the system of penalties that may be imposed on the perpetrators by international judicial authorities. However, some areas of international criminal law have remained under the jurisdiction of domestic, national criminal law (e.g. international crimes in a broad sense). It usually involves punishment for the most serious violation of human rights and endangering the humanity and other values protected by international humanitarian law. Transnational criminal law, which is based on the Palermo Convention, is similar to international criminal law. It defines the notion, characteristics and forms of organized transnational crimes, as well as the manner, methods and authorities for its prevention and suppression.*

*The processes of globalization have special significance for comparative criminal law. It is a legal doctrine that deals with contemporary criminal law solutions on numerous concepts and institutes of criminal law, contained in various criminal laws of individual countries. It identifies similarities and differences between these laws and makes proposals for the improvement of existing laws in different countries. Finally, globalist tendencies are especially prominent in the field of emergence and*

*development of regional criminal law, which implies a unification of varied legal solutions in state legislations in a particular region. In that context, European criminal law provides specific solutions based on many international standards adopted by regional organizations. In this paper, the author analyzes the impact of the process of globalization on these new forms of criminal law.*

**Keywords:** *globalization, law, international criminal law, transnational criminal law, European criminal law, international standards, unification*

**Др Душица Миладиновић Стефановић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776231M

UDK: 343.615-055.2(497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ИСТАНБУЛСКА КОНВЕНЦИЈА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ЖЕНА ОД НАСИЉА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ\*\***

**Апстракт:** Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција) представља веома важан обавезујући међународни документ који је наша земља потписала и ратификовала. Тиме је и преузела обавезу да усагласи и унапреди систем заштите жртава насиља. Иако је Конвенцијом предвиђен читав систем мера за ускорењивање насиља и успостављање стварне равноправности између мушкараца и жена, почевши од оних превентивне природе (подизање свести, образовање, обука стручњака, програми превентивне интервенције и програми за рад са учиниоцима кривичних дела насиља и слично), преко мера подршке жртава (сигурне куће, СОС телефони, саветовалишта итд.), предмет истраживања у овом раду ограничен је на питање колико је на том плану учињено у области материјалног кривичног права. У том смислу, анализирано је да ли су и како у наш Кривични законик инкорпорирани одредбе Конвенције о психичком насиљу, физичком насиљу, сексуалном насиљу укључујући и силовање, прогањању, принудном браку, гениталном сакаћењу жена, принудном абортусу и принудној стерилизацији, сексуалном узнемиравању.

**Кључне речи:** Истанбулска конвенција, Кривични законик Републике Србије, заштита жена од насиља.

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Уводне напомене

Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, коју је наша земља потписала и ратификовала,<sup>1</sup> донета је ради остваривања двојаког циља – прво, ради заштите жена од свих облика насиља, укључујући и насиље у породици, и друго, ради заштите жена од дискриминације и ради остваривања пуне и суштинске једнакости међу половима. Постављен је сложен механизам различитих инструмената који се налазе у функцији њиховог остваривања, почевши од оних превентивне природе, којима се кроз информисање и образовање утиче на промену непримерених друштвених и културних образаца, тј. на искорењивање предрасуда, обичаја, традиције и других пракси у чијој основи се налази идеја о инфериорности жена, односно идеја о стереотипним улогама полова. Механизам, такође, обухвата и обавезу обуке стручњака, постављање програма за рад са учиниоцима кривичних дела насиља и слично, али и мере подршке жртвама кроз организовање сигурних кућа, СОС телефона, саветовалишта итд.<sup>2</sup> Међутим, Конвенција као „последњу линију одбране“ предвиђа и инкриминисање појединих понашања, при чему су се на листи нашли: психичко насиље (чл. 33), прогањање (чл. 34), физичко насиље (чл. 35), сексуално насиље, укључујући и силовање (чл. 36), принудни брак (чл. 37), генитално сакаћење жена (чл. 38), принудни абортус и принудна стерилизација (чл. 39), као и сексуално узнемиравање (чл. 40). У имплементацији Конвенције наш законодавац се определио за увођење следећих дела: сакаћење женског полног органа (чл. 121а), прогањање (чл. 138а), полно узнемиравање (чл. 182а) и принудно закључење брака (чл. 187а).<sup>3</sup> Тиме се отварају питања да ли су новелама у потпуности извршене преузете обавезе или постоји некакав „непокривени“ резидуум, али и питање криминално-политичке функције и оправданости нових инкриминација, о чему ће детаљније бити речи у овом раду.

---

1 *Службени гласник РС*, бр. 12/13.

2 Више о превентивним мерама, мултисекторској сарадњи и тзв. специјализованим услугама у Јарић, 2015: 55–74.

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

## 2. Сакаћење женског полног органа

Генитално сакаћење жена (*female genital mutilation*) по Конвенцији обухвата више алтернативно постављених радњи: обрезивање,<sup>4</sup> инфибулацију<sup>5</sup> или било какво друго сакаћење целих, односно било ког дела женских малих и великих усмина или клиториса;<sup>6</sup> принуду и навођење жена да се подвргну некој од наведених радњи; подстицање, принуду, односно навођење девојчице на неку од наведених радњи (чл. 38). Кривични законик сакаћење женског полног органа одређује на општији начин, те ово дело чини лице које осакати спољне делове женског полног органа, за шта је прописана казна затвора од једне до осам година (чл. 121а). Поред основног, дело има и лакши облик, уколико постоје нарочито олакшавајуће околности под којима је дело учињено (прописана казна затвора од три месеца до три године). Трећи облик дела састоји се у навођењу женског лица да се подвргне сакаћењу или у помагању да то оствари, а забрањен је казном затвора од шест месеци до пет година. Тежи облик настаје ако је наступила смрт женског лица, за шта је одређена казна од две до дванаест година. Ово дело је сврстано у групу дела против живота и тела и систематизовано после тешке телесне повреде.

Као и код неких других кривичних дела, уведених у извршавању обавеза прихваћених Конвенцијом, и овде је евидентан проблем криминално-политичке оправданости. Наиме, пракса гениталног сакаћења је карактеристична првенствено за Африку, мада се може наћи и у неким заједницама Блиског истока и Азије (Sauer, Neubauer, 2014: 237). Миграције становништва са територија где је овај нехумани обичај укореењен, допринеле су томе да он постане присутан и у другим нематичним земљама. То је и разлог што је Европски парламент 2009. године донео Резолуцију о сузбијању женске гениталне мутилације у ЕУ, у којој је наведена и процена да је сваке године чак 180.000 мигранткиња подвргнуто или је у ризику да буде подвргнуто оваквом хирушком захвату (видети тач. Б).<sup>7</sup> Са друге стране, наша земља сигурно не представља дестинацију

---

4 *Excising* – подразумева одстрањивање клиториса и дела или целих малих усмина, као и зашивање преосталог ткива које оставља вагинални отвор отвореним. World Health Organisation, Female Genital Mutilation: Information Pack, [http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm\\_infopack.htm](http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm_infopack.htm), приступ 22. 03. 2017.

5 *Infibulating* – представља одстрањивање спољашњих гениталија у потпуности, при чему се оставља само мали отвор за обављање физиолошких потреба. *Idem*.

6 Под овај облик се могу подвести остали случајеви, попут симболичког оштећивања ткива, али и паљења и кидања вагине. *Idem*.

7 *European Parliament Resolution of 24 March 2009 on Combating Female Genital Mutilation in EU (2008/2071(INI))* (2010/C 117 E/09), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/>

становништва које практикује наведени обичај, те тако посматрано, поменуто понашање и нисмо морали инкриминисати. Такође, чини се да се описано понашање може третирати као облик особито тешке телесне повреде.<sup>8</sup> Очито је да је законодавац свестан ове повезаности, по томе како је „пресликао“ прописане казне – основни облик сакаћења има исту казну као особито тешка телесна повреда (једна до осам година затвора), ако су дела квалификована тежом последицом услед наступања смрти пасивног субјекта прописана је у оба случаја казна од две до дванаест година. Наведени приступ постоји у упоредном праву.<sup>9</sup>

Овој инкриминацији се може упутити више приговора. Прво, није јасно зашто није правно сагледан случај промене на гениталијама настале услед медицински индиковане операције коју је спровео лекар, на пример због неких болести или порођаја. Тако италијански КЗ искључује из криминалне зоне промене на гениталијама проузроковане у терапеутске сврхе („*in assenza di esigenze terapeutiche*“).<sup>10</sup> Да не помињемо и то да промене могу бити резултат пирсинга или тетовирања, што се може подвести под радње анализираног дела, иако тако нешто не би било оправдано, с обзиром на *ratio legis* увођења овог дела. Друго, нигде није одређен правни значај пристанка повређеног, који код ове инкриминације не би смео да искључи противправност. Аустријски КЗ у општем делу садржи посебне одредбе о пристанку повређеног, у којима је изричито наглашено да пристанак на сакаћење или друге повреде гениталија које проузрокују трајну сексуалну десензибилизацију немају правни значај (чл. 90, ст. 3).<sup>11</sup> Треће, постоји дилема код „нарочито олакшавајућих околности под којима је дело учињено“, јер није јасно шта је то законодавац имао на уму када

---

PDF/?uri=CELEX:52009IP0161&from=EN, приступ 22. 03. 2017. године.

8 Уз напомену да особито тешка телесна повреда, у тренутно постојећем облику, не би могла да „апсорбује“ радње подстрекавања и помагања женском лицу да обави сакаћење.

9 Такав је случај са финским КЗ-ом (видети поглавље 21, одељак 5 и 6) и шпанским КЗ-ом (видети чл. 149, ст. 2). Текст законика преузет са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

10 Свако ко, у одсуству терапеутске сврхе, изазива сакаћење женских гениталија, казниће се затвором од четири до дванаест година. За потребе овог члана, сакаћењем женских гениталија сматрају се: клиторидектомија, ексцизија и инфибулација и било која друга пракса који изазива исте ефекте (чл. 583 бис превод аутора). Текст Законика преузет са <http://www.altalex.com/documents/news/2014/10/28/dei-delitti-contro-la-persona>, приступ 22. 03. 2017. године.

11 Текст Законика преузет са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

је конституисао наведени привилеговани облик.<sup>12</sup> Четврто, има смисла да се посебно издвоји случај када се дело врши према малолетном лицу (присутно у компаративном праву),<sup>13</sup> према бременитој жени или када је наступила тежа последица у виду трајног и тешког нарушавања здравља (по угледу на телесне повреде), односно у виду трајне неспособности за репродукцију.

### 3. Прогањање

Прогањање је Конвенцијом дефинисано веома широко, као намерно понављање претњи упућених другом лицу, које узрокују да се оно плаши за своју безбедност (чл. 34). Истоимено дело је уведено последњим новелирањем Законика, мада уз примену другачијег метода, набрајањем читавог низа радњи, поред претње на којој инсистира Конвенција. Тако основни облик овог дела постоји када учинилац у току одређеног временског периода друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи; противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације; злоупотребљава податке о личности другог лица или њему блиског лица ради нуђења робе или услуга; прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица; предузима друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају (за овај облик предвиђена је алтернативно новчана казна или казна затвора до три године). Тежи облик настаје ако је изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему

---

12 Чини се да се законодавац угледао на „гениталну мутилацију“ из немачког КЗ-а, коју чини лице које унакази спољне женске гениталије (казна затвора од најмање једне године), при чему је *за мање озбиљне случајеве* прописана казна затвора од шест месеци до пет година (чл. 226а). Текст законика преузет са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

13 Својство детета је квалификаторна околност у КЗ-у Хрватске, у који је 2012. године у групу против живота и тела уведено дело сакаћења женских полних органа: Ко женској особи потпуно или делимично уклони или трајно промени спољне полне органе, казниће се затвором од шест месеци до пет година. Ко женску особу наведе или јој помогне да се подвргне поменути радњама, казниће се затвором до три године. Ако је дело учињено из мржње, *према детету* или блиској особи, казниће се казном затвора од једне до осам година (чл. 116). Казнени закон, *Народне новине*, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15. Белгијски КЗ, такође, тежим обликом дела проглашава случај када је мутилација учињена према детету, мада исти облик постоји и када је дело учињено из користољубља (чл. 409 ст. 2). Исто је и у италијанском КЗ-у (чл. 583 бис, ст. 3).

блиског лица, а најтежи ако је наступила смрт другог лица или њему блиског лица (за ове облике је запрећена казна затвора од три месеца до пет година, односно казна затвора од једне до десет година). Очигледно је да је законодавац у односу на ову инкриминацију учинио корак даље од траженог, уважавајући чињеницу да прогањање, као друштвена појава, обухвата читав спектар понашања и да се не зауставља само на претњама (више о облицима и карактеристикама прогањања у Николић Ристановић, Ковачевић Лепојевић, 2007: 3–12). Такав приступ је присутан и у неким страним законодавствима, на пример Немачке и Аустрије, мада постоји и друга струја која је у регулисању прибегла коришћењу радњи високог степена апстрактности, избегавајући њихову конкретизацију (Миладиновић Стефановић, 2016: 147–149).

За разлику од неких других, за прогањање се не може рећи да у нашим условима нема криминално-политичко оправдање, напротив, ради се о делу које би требало да употпуни систем заштите од насиља и које може, као тзв. деликт запрека, да спречи вршење тежих кривичних дела (више о томе у Миладиновић Стефановић, 2016: 144).

#### **4. Полно узнемиравање**

Сексуално узнемиравање по Конвенцији чини лице које предузима сваки облик нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања сексуалне природе, у сврху или уз исход повреде достојанства лица, посебно када се ствара застрашујућа, непријатељска, деградирајућа, понижавајућа, односно увредљива атмосфера, мада се истиче да описано понашање може да буде предмет кривичне, али и друге правне санкције (чл. 40). У том смислу, јасно је да се Конвенцијом уопште не инсистира на криминализацији наведених делатности, тако да је сексуално узнемиравање специфично и уопште није у истом рангу са прогањањем, сексуалним насиљем, принудним браком и осталим понашањима за која се изричито захтева да буду проглашена за кривична дела. Упркос томе, Закон о изменама и допунама Кривичног законика уводи кривично дело полног узнемиравања (чл. 182а). Основни облик је одређен на веома уопштен, оквиран начин и он постоји када учинилац полно узнемирава друго лице (за шта је прописана новчана казна или затвор до шест месеци). Квалификовани облик је конструисан коришћењем посебног својства пасивног субјекта и подразумева да је дело учињено према малолетном лицу (са запрећеном казном затвора од три месеца до три године). У одредбама које следе законодавац је дао тумачење полног узнемиравања, сврставајући под наведени појам свако вербално, невербално или физичко



понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Када се упореди са наводима из Конвенције, јасно је да нема никаквих суштинских разлика у опису.

С обзиром на чињеницу да је код сексуалног узнемиравања у самој Конвенцији учињена извесна ограда, јер се не тражи једино и искључиво кривичноправна заштита, овде постаје најевидентнији проблем криминално-политичког оправдања. Није неосновано запитати се зашто се законодавац определио да уведе ово дело, када то није био у обавези. Да ли је ова појава толико друштвено опасна и толико распрострањена да је оваква реакција била просто неминовна. Чињеница је да у нашој литератури нема много емпиријских истраживања на ову тему, и да је тешко научно и аргументовано говорити о њеним размерама.<sup>14</sup> Са друге стране, треба се подсетити и на један ранији „неуспели експеримент“ из 2003. године, изведен увођењем донекле сличног дела – сексуалног злостављања.<sup>15</sup> Сексуално злостављање (чл. 102а КЗ РС) се састојало у сексуалном злостављању или грубом вређању на други начин другог лица или достојанства његове личности у сфери полног живота. За разлику од прве радње, која се предузимала на телу друге особе у смислу доношења физичког или психичког бола, патње и нелагодности, уз услов да тиме није остварена лака телесна повреда, друга је обухватала активности вербалног, реалног или симболичког карактера, које су подобне да проузрокују повреду полног достојанства личности (за шта је била прописана новчана казна или казна затвора до шест месеци, Јовановић, Ђурђић, Јовашевић, 2004: 196). Квалификовани облик је постојао уколико је дело извршено злоупотребом положаја или ако је пасивни субјект у односу зависности или подређености према учиниоцу дела (била је одређена казна затвора до једне године). Од ове инкриминације се веома брзо одустало, те се она није нашла у новом КЗ из 2005. године. На све ово се може додати још један приговор. Принципијелно посматрано, можемо се запитати да ли је код полног узнемиравања нарушен концепт заштитне улоге кривичног права, који подразумева и то да се оно јавља само као

---

14 Једно од ретких је испитивало узнемиравање у јавном превозу, видети Танасковић, Рачета, 2007: 23–32. За разлику од тога постоји непрегледан низ истраживања о сексуалном узнемиравању у странијој литератури. Видети, на пример, нека од новијих у области спорта Fasting, Stiliani, Knorre, 2014: 115–130, у школи Gruber, Fineran, 2016: 112–133, у области високог образовања Finn, 2004: 468–483, на радном месту Diekmann, et al. 2013: 614–628, Kensbock, et al. 2015: 36–50, Spector, Zhiqing, Che, 2014: 72–84, према лицима другачијег сексуалног опредељења, Mitchell, Ybarra, Korchmaros, 2014: 280–295 и слично.

15 Закон о изменама и допунама Кривичног закона РС, *Службени гласник РС*, бр. 50/03.

последње средство (*ultima ratio*) и да не би требало да штити друштвена добра и од најблажих напада. Такође, може се претпоставити и да ће у пракси настати проблеми у тумачењу појединих елемената дела. Тако је, на пример, за његово постојање неопходно да набројане радње изазивају страх или стварају непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Како протумачити ове услове, да ли страх процењивати објективно или субјективно, када се сматра да постоји негативно окружење, да ли га чини само једно или је потребно више (и колико) лица? Док би се код првог питања могла применити аналогија са угрожавањем сигурности, друго тек треба да нађе одговор у судској пракси и правној теорији. Свему томе треба додати и евидентно преплитање појединих радњи узнемиравања са радњама кривичног дела увреде (чл. 170),<sup>16</sup> али и недозвољених полних радњи (чл. 182).<sup>17</sup>

## 5. Принудно закључење брака

По Истанбулској конвенцији принудни брак се састоји у присиљавању одраслог лица или детета да ступи у брак. При томе, посебно је постављена обавеза за стране уговорнице да као радњу дела предвиде и намамљивање одраслог лица, односно детета на територију стране државе, која не представља државу њиховог боравишта, с циљем да их принуде да ступе у брак (чл. 37). У реализацији ових обавеза наш законодавац се определио за формулацију по којој дело принудног закључења брака настаје када се употребом силе или претње принуди друго лице да закључи брак (за шта је прописана казна затвора од три месеца до три године). У складу са одредбама Конвенције, посебан облик овог дела постоји када учинилац друго лице одведе у иностранство ради закључења принудног брака, или када га у истом циљу наведе да оде у иностранство (запрећена казна затвора до две године). По логици ствари, инкриминација је сврстана у групу против брака и породице, а упоредна анализа показује да нема битнијих разлика у елементима кривичних дела из Конвенције и нашег КЗ-а.

16 Пошто је увреда једно од ретких дела са обичном диспозицијом, те је у основном облику дефинисана кроз опште одређење „ко увреди другог“, у домаћој теорији и судској пракси постоји јединствен став да она подразумева изјаву или понашање које омаловажава другог, а сазната је од неког лица.

17 Недозвољене полне радње постоје када се под условима из чл. 178, ст. 1 и 2 (силовање), 179, став 1 (обљуба над немоћним лицем), чл. 180, ст. 1 (обљуба са дететом) и 181, ст. 1, 2 и 3 (обљуба злоупотребом положаја) овог законика изврши неку другу полну радњу. Квалификовани облици настају ако је наступила тешка телесна повреда пасивног субјекта, ако је дело извршено од стране више лица, или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин, односно ако је наступила смрт пасивног субјекта.

За разлику од неких других инкриминација, чини се да је овде могуће пронаћи извесно криминално-политичко оправдање, као што је, истовремено могуће издвојити и разлоге против криминализације. Нажалост, у Србији нису спровођена истраживања о присилним браковима, али је УНИЦЕФ недавно публиковао истраживање о дечјим браковима у земљама региона (Србија, Црна Гора, Босна и Херцеговина, Македонија), за које се може рећи да управо спадају у ризичну групу у којој се често могу наћи и присилни бракови.<sup>18</sup> Ова појава је веома распрострањена на посматраном подручју код појединих етничких заједница, тачније код Рома, пошто између 11,6% и 18,2% девојчица склопи брак пре петнаесте године, а између 42,7% и 57% пре навршене осамнаесте године живота (Уницеф, 2016: 8). У општој популацији у Србији само 0,8% жена старости од 15 до 49 година закључило је брак пре петнаесте године, на супрот ромској са 16,9%, односно само 0,2% опште популације закључи брак између 15. и 17. године живота, док је у ромској популацији појава много заступљенија са 15,2% (Уницеф, 2016: 9). Сличне резултате дала су и друга истраживања спроведена у суседним земљама (за Црну Гору видети Милић, 2014: 97 и надаље, за Бугарску D'Аргу, Brodie, 2015: 1–9).<sup>19</sup> У том смислу, појава принудних бракова код нас, за разлику од неких других европских земаља, не представља проблем „увезен“ са мигрантима, већ аутохтони проблем, чије су праве размере готово у потпуности непознате. Регистровање проблема је некада имало и јасан одговор у кривичном праву, у коме је раније постојало дело под називом принуда на закључење брака (чл. 113а КЗРС), од којег се приликом доношења новог законика 2005. године одустало.<sup>20</sup> Међутим, то не значи да смо се усаглашавањем са Истанбулском конвенцијом заправо вратили на стара решења, јер је ово дело било уско одређено као принуђивање *женског лица* на закључење брака, при чему је квалификовани облик настајао уколико је женско лице малолетно.<sup>21</sup>

---

18 Иако се између дечјих и присилних бракова не може поставити знак једнакости, многи аутори указују на повезаност. Више о томе у Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 173, Ganoli, Mc Carry, Razak, 2009: 418–429 и др. Са друге стране, ризични могу бити и тзв. уговорени бракови, видети у Enright, 2009: 331–359, Beck-Gersheim, 2011: 63–65 и др.

19 Можда би требало поменути да је проблем дечјих бракова више истраживан у азијским и афричким земљама, што не значи да га нема у Европи, присутан је свуда где има ромских заједница, а миграцијски токови су допринели да он постане учесталији.

20 Више о овом делу видети у Лазаревић, 2002: 123.

21 Поређења ради, за основни облик принуде на закључење брака била је прописана казна затвора до једне године, а за квалификовани казна затвора од шест месеци до три године.

На почетку излагања је напоменуто да се могу изнаћи и разлози против увођења принудног закључења брака. Аргументација је прилично једноставна пошто је, по логици ствари, ово дело само специфичан вид извршења принуде. Као једно од основних дела против права и слобода, принуда у основном облику постоји када неко лице другог силом или претњом принуди да нешто учини или не учини или трпи (чл. 135, ст. 1 КЗ-а).<sup>22</sup> Нема никакве препреке да се принудно закључење брака третира као дело из чл. 135, а да је законодавац имао сличности у виду јасно је из тога што се посебни максимуми поклапају.<sup>23</sup>

Не треба гајити илузију да је инкриминисање принудних бракова само по себи довољно за искорењивање ове веома комплексне појаве. Узроци дечјих и принудних бракова су многобројни и могу се пронаћи у сиромаштву, необразовању или недовољном образовању, превазиђеним обичајним нормама, присуству родно засноване дискриминације и слично. Поред тога, појава присилних бракова је често само један сегмент много шире патологије, како је повезана са насиљем у породици, са трговином људима, али и са тзв. убиствима из части (*honour killing*), где се женска особа убија да би се сачувала част мушкарца или читаве породице (више о таквим примерима у Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 172, Yurdakul, Korteweg, 2013: 204–214, Idriss, 2015: 687–689 и сл.). Међутим, у целој причи постоји и друга страна. Како се да претпоставити да принуда усмерена на закључење брака некада не потиче од непознате особе, већ од блиских лица, тј. родитеља и других чланова породице (посебно карактеристично када је присилан брак истовремено и дечји брак), отвара се питање реалног домета ове инкриминације. Мало је вероватно да ће се малолетна жртва сама осмелити да пријави своје сроднике, при чему јој ни непосредно окружење није од помоћи, јер због традиционалних схватања подржава овакву накарадну праксу. Можда је у овом контексту занимљиво поменути пример Данске, која у шестогодишњем периоду од увођења није забележила ниједан судски епилог принудних бракова, иако истраживања говоре о фактичкој учесталости ове појаве међу муслиманским досељеницима (Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 178).

22 Теже облике конституишу свиреп начин извршења или претња убиством или тешком телесном повредом или отмицом (ст. 2), наступање тешке телесне повреде или друге тешке последице по принуђено лице (ст. 3), наступање смрти принуђеног лица или извршење дела од стране групе (ст. 4), односно извршење дела од стране организоване криминалне групе (ст. 5).

23 За основни облик принуде предвиђен је затвор до три године, а за квалификоване облике нека од следећих казни: затвор од шест месеци до пет година (ст. 2), од једне до десет година (ст. 3), од три до дванаест година (ст. 4), од пет до петнаест година (ст. 5).

Ако се опет остане при ставу о неопходном инкриминисању због прихваћених обавеза, посматрано са правно-техничког аспекта, била су могућа и другачија решења. У компаративном праву поједине земље су увеле самосталну инкриминацију, попут Норвешке<sup>24</sup> или Белгије,<sup>25</sup> али су неке уместо тога редефинисале постојећа дела, те се, на пример, у Хрватској присилни брак нашао у склопу трговине људима,<sup>26</sup> док је у Црној Гори инкорпориран у закључење ништавог брака.<sup>27</sup>

## 6. Статус осталих инкриминација предвиђених Конвенцијом

Под осталим инкриминацијама подразумевају се оне изричито наведене у Конвенцији, а које, за разлику од претходних, нису изазвале никакву реакцију законодавца. Другим речима, оне нису довеле до увођења или редефинисања постојећих дела, тако да изазивају посебну пажњу са аспекта извршавања преузетих обавеза. Поштујући редослед дат у тексту Конвенције, прва међу њима су дела психичког и физичког насиља, под којима се подразумева „намерно понашање, које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом односно претњама“ и „намерно

---

24 Свако лице које силом, лишавањем слободе, притиском или било којим другим незаконитим понашањем или претњом да ће такво понашање бити предузето, присили другог да закључи брак казниће се затвором од највише шест година (чл. 222, ст. 2). Посебан облик принуде и спада у дела против личних слобода. Коришћен текст Законика са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

25 Ко друго лице силом или претњом принуди да закључи брак, казниће се затвором од три месеца до пет година, и новчаном казном од 250 до 5.000 евра. Кажњив је и покушај овог дела (чл. 391).

26 Ко употребом силе или претње, обманом, преваром, отмицом, злоупотребом овлашћења или тешког положаја, или односа зависности, давањем или примањем новчане накнаде или друге користи ради добијања пристанка особе која има надзор над другом особом или на други начин врбује, преведе, превезе, скрива, или прима особу или размењује или преноси надзор над особом ради ... склапања недозвољеног или *присилног брака* ... казниће се затвором од једне до десет година. Квалификовани облик ако је извршено над дететом, за шта је прописана казна затвора од три до петнаест година (видети чл. 106).

27 Новелирањем КЗ-а 2013. године закључење ништавог брака је поред основног облика (Ко приликом закључења брака прикрије од друге стране неку чињеницу због које је брак ништав или другу страну доведе у заблуду или одржава у заблуди о тој чињеници, казниће се затвором од три месеца до три године), унет и посебан обик који настаје када се силом или претњом принуди друго лице на закључење брака, за шта је прописан затвор од шест месеци до пет година, чл. 214 Кривичног законика ЦГ, *Службени лист РЦГ*, бр. 70/2003, 13/2004, 47/2006 и *Службени лист ЦГ*, бр. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 64/2011 - други закон, 40/2013, 56/2013, 14/2015 42/2015 и 58/2015 - други закон.

почињена дела физичког насиља над другим лицем“ (чл. 33 и 35). Начин на који су формулисана је веома апстрактне природе, те се ови описи могу подвести под различита дела из нашег КЗ-а, сврстана у групу против живота и тела, права и слобода човека и грађанина, као и под трговину људима (чл. 388) или насиље у породици (чл. 194), у случају када је жртва члан породице. Законодавац је оправдано проценио да се постојећим одредбама у задовољавајућој мери може пружити правна заштита у горенаведеним ситуацијама, те је изостала било каква интервенција.

Следеће је сексуално насиље, које је Конвенцијом прилично екстензивно одређено, пошто обухвата три ситуације: вагиналну, аналну или оралну пенетрацију сексуалне природе на телу другог лица без њеног, односно његовог пристанка, коришћењем било ког дела тела, односно предмета; друге сексуалне радње са лицем без њеног, односно његовог пристанка; и навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног, односно његовог пристанка. При томе, посебно је наглашено да ће дело постојати и када су наведена понашања почињена над бившим, односно садашњим супружницама или партнерима у складу са националним прописима. Није потребан посебан умни напор да би се закључило да наш Кривични законик у овом сегменту није усаглашен са Конвенцијом. У нашем кривичном праву конструкција силовања, као сложеног кривичног дела, изграђена је на два конститутивна елемента, на принуди израженој кроз силу или претњу да ће се непосредно напасти на живот или тело пасивног субјекта или њему блиског лица, као и на самом сексуалном акту – обљуби или са њом изједначеним полним чином код основног облика дела (чл. 178, ст. 1). И лакши облик, такође, садржи принуду, мада овога пута исказану кроз претњу да ће се за пасивног субјекта или њему блиско лице открити нешто што би шкодило његовој части и угледу, или пак кроз претњу другим тешким злом (чл. 178, ст. 2). При томе, ови елементи се налазе у узрочно-последичној вези, тако да се принуда јавља у функцији чиниоца који омогућава обљубу, односно са њом изједначени чин. У овом контексту ваљало би поменути да принуда представља традиционални елемент силовања у нашем праву. Колико год да је временом законодавац мењао свој став према овом делу и тиме његову концепцију, однос према принуди је остајао исти. Без потребе да се иде дубоко у правну историју, потребно је сетити се да је у КЗРС из 1977. године силовање представљало принуду на обљубу женског лица са којим се не живи у брачној заједници, употребом силе или претње да ће се непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица (чл. 103, више о томе у Јовановић, Ђурђић, Јовашевић, 2000: 269), што је измењено 2002. године проширењем зоне силовања и на случај када је пасивни субјект

жена са којом учинилац живи у брачној заједници (Стојановић, Перић, 2002: 171 итд.). Важећим КЗ-ом је само настављена тенденција експанзије бића овог кривичног дела, што је остварено на двоструки начин – најпре, увођењем другог сексуалног чина који је изједначен са обљубом, као и деперсонализовањем субјеката, пошто мушкарац по језичком тумачењу није нужно активни субјект, нити је жена нужно пасивни субјект.<sup>28</sup> Услед чињенице да се принуда, без обзира на разлике у дефинисању силовања, јавља као његова константа, у домаћој теорији је присутна и прилична сагласност у вези са њеним карактеристикама. Тако се обично наводи да сила и претња по својим особинама треба да буду подобне да сломе отпор жртве, да непосредно предстоје вршењу обљубе или са њом изједначеног чина, да претпостављају пружање отпора од стране жртве, који мора да буде озбиљан и трајан, тј. такав да не симулира стид нити се примењује у функцији повећања узбуђења, већ представља израз чврсте и непоколебљиве одлуке да се избегне обљуба или са њом изједначени полни чин (Јовашевић, 2014: 87). По питању отпора, присутан је и нешто умеренији став да и физички отпор слабијег интензитета или потпуни изостанак отпора у неким ситуацијама не доводе у питање постојање принуде, уколико су постојали оправдани разлози због којих се жртва на овакав начин понашала (Стојановић, 2016: 7).

Са друге стране, евидентно је да Конвенција уопште не помиње принуду, већ инсистира на непристајању на пенетрацију и друге радње сексуалног карактера. Тако је „сексуално насиље укључујући и силовање“ битно другачије од силовања из КЗ-а Републике Србије. Оно представља нежељени сексуални чин, што се никако не може поистоветити са принудним сексуалним чином. Прецизније, принудни сексуални чин је увек нежељен, али не важи и обрнуто. У том смислу, сексуални чин без пристанка и без примене принуде, могао би да обухвати различите ситуације, осим оне када се користи немоћ другог лица, што је у нашем КЗ-у посебно кривично дело.<sup>29</sup> Овде спадају: изненадно предузимање сексуалних радњи, када жртва због брзине дешавања није у могућности да искаже непристајање, непружање отпора услед срамоте, резигнације, претераног обзира према учиниоцу или услед заблуде, али и ситуација када примењена сила није довољног интензитета, односно када зло којим

---

28 Када се већ говори о субјектима, подразумева се да пасивни субјект основног облика једино не могу бити малолетник и дете, пошто би ова својства водила другачијој правној квалификацији, тј. постојању квалификованог облика силовања из чл. 178, ст. 3 и 4.

29 У основном облику дело чини лице које над другим изврши обљубу или са њом изједначен чин искористивши душевно обољење, заостали душевни развој, другу душевну поремећеност, немоћ или какво друго стање тог лица услед којег оно није способно за отпор (чл. 179).

се прети није довољно тешко у горенаведеном смислу, или када нема узрочне везе између принуде и сексуалне радње (Стојановић, 2016: 14). Чисто криминално-политички посматрано може бити дискутабилно и спорно инкриминисање оваквих радњи, али остаје и чињеница да је наша земља ратификацијом преузела обавезу да то учини. Усаглашавање са Конвенцијом би се могло остварити на више начина – потпуним напуштањем појма силовања какав нам је познат и који инкорпорира принуду; увођењем лакшег облика силовања који не предвиђа принуду; увођењем новог самосталног дела које би обухватило сексуалне акте предузете без пристанка, али и без употребе силе, односно претње. У нашој теорији ово питање није разматрано, са изузетком професора Стојановића, који је наклоњенији мање радикалном приступу, при чему би се задржало кривично дело силовања у класичном смислу (Стојановић, 2016: 16), што се чини исправнијим. Међутим, тиме се решава само половина проблема, јер потребно је дефинисати то ново кривично дело. Уколико се одбаци казуистика у виду набрајања, какво је претходно у овом теоријском раду учињено, остаје солуција коју предлаже Стојановић, а која се састоји у законском супсидијаритету, те би обљуба и са њом изједначени чин без пристанка лица према коме се предузима постојали само под условом да нису испуњена обележја кривичног дела силовања или кривичног дела обљубе над немоћним лицем (Стојановић, 2016: 16). Надаље, овај предлог обухвата и уношење назнаке да се сексуални чин обавља противно вољи другог лица, што би у пракси, приликом доказивања дела подразумевало и да је та воља манифестована на одређени начин (Стојановић, 2016: 17).

Занимљиво је испитати и како су друге земље решиле овај проблем.<sup>30</sup> Међу ретким државама које су инкриминисале поменуто понашање налази се Хрватска, која је 2012. године увела тзв. „сполни одношај без пристанка“ (чл. 152 КЗ-а). Први облик постоји када учинилац са другим лицем без његовог пристанка изврши полни однос или са њим изједначену полну радњу, када наведе друго лице да без свог пристанка с трећим лицем изврши полни однос или са њим изједначену полну радњу или да без свог пристанка над самим собом изврши са полним односом изједначену полну радњу (за шта је прописана казна затвора од шест месеци до пет година). Законодавац је посебно издвојио случај када је учинилац био у отклоњивој

30 Скоро све земље чланице Савета Европе су потписале ову Конвенцију, а једини изузетак су Русија, Јерменија и Азербејџан. Од тог броја 22 државе су ратификовале Конвенцију и она је ступила на снагу (Албанија, Андора, Аустрија, Белгија, БиХ, Данска, Финска, Француска, Италија, Малта, Монако, Црна Гора, Холандија, Пољска, Португалија, Румунија, Сан Марино, Србија, Словачка, Шпанија, Шведска, Турска). Извор података <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, приступ 22. 03. 2017. године.



заблуди у погледу постојања пристанка, за који је прописао и блажу казну (затвор до три године). Да би се избегли проблеми у тумачењу, изричито је одређено шта се сматра пристанком, те он постоји ако је лице својом вољом одлучило да ступи у полни однос или са њиме изједначену полну радњу и ако је било способно да донесе и изрази такву одлуку. Обрнуто, сматра се да таквог пристанка нема, ако је полни однос или са њиме изједначена полна радња извршена уз употребу претње, преваре, злоупотребом положаја према лицу које се према учиниоцу налази у односу зависности, искоришћавањем стања лица због којег оно није било способно да изрази своје одбијање, или над лицем којем је противправно одузета слобода.

Поред наведеног, сексуално насиље у Конвенцији подразумева и навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног односно његовог пристанка чега, такође, нема у опису нашег кривичног дела силовања.

Принудни абортус и принудна стерилизација су, такође, на листи дела присутних у Конвенцији, а подразумевају „абортус жене без њеног претходног и информисаног пристанка“, односно „операцију у сврху или уз исход онемогућавања природне репродукције код жене без њеног информисаног пристанка или разумевања процедуре“ (чл. 39). Постојање принудног абортуса у нашем кривичном праву је неспорно, јер представља један од облика тзв. недозвољеног прекида трудноће, који постоји када се бременитој жени без њеног пристанка, а ако је млађа од шеснаест година без њеног пристанка и без писане сагласности њеног родитеља, усвојиоца или староца, изврши или започне да врши побачај (чл. 120, ст. 3).<sup>31</sup> Требало би приметити да је правна заштита у домаћем праву шира у односу на ону дату у Конвенцији, пошто је кажњивим проглашено, не само извршење, већ и започињање побачаја. Такође, нашем инкриминацијом су покривене и ситуације када је услед прекида трудноће без пристанка наступила смрт, тешко нарушавање здравља или друга тешка телесна повреда жене над којом је вршен прекид трудноће (чл. 120, ст. 4).<sup>32</sup> Ни принудна стерилизација није непознаница, јер предствала једну од алтернативно постављених радњи међународних кривичних дела – геноцида,<sup>33</sup> злочина

---

31 За овај облик дела прописана је казна затвора од једне до осам година.

32 Ради се о делу квалификованом тежом последицом, за које је предвиђена и строжа казна – казна затвора од две до дванаест година.

33 Ко у намери да потпуно или делимично уништи неку националну, етничку, расну или верску групу као такву нареди да се ... примене мере којима се спречава рађање између припадника групе ... или ко у истој намери изврши ово дело, казниће се затвором најмање пет година или затвором од тридесет до четрдесет година (чл. 370).

против човечности<sup>34</sup> и ратног злочина против цивилног становништва.<sup>35</sup> Осим тога, принудне стерилизације као самосталног дела нема, те се јавља дилема да ли је могућа заштита од оваквог поступка у осталим ситуацијама (у доба мира, без геноцидне намере, без кршења правила међународног права, без ширег или систематског напада на цивилно становништво и других услова неопходних за постојање набројаних дела). Чини се да јесте, кроз дело тешке телесне повреде (чл. 121). Са друге стране, криминално-политички посматрано, у нашој земљи нису забележени случајеви због којих су творци Конвенције и посебно издвојили принудну стерилизацију. Иако стерилизација представља један од медицинских контрацептивних метода, који сам по себи није споран, дешавало се да је она и у новије доба спровођена у ширим размерама, без јасно и слободно израженог тзв. информисаног пристанка, и то према одређеним групама – према оболелима од ХИВ-а, лицима са менталним поремећајима, припадницима појединих етничких заједница, трансродним и интерсексуалним особама (више о томе у Zampas, Lamačková, 2011: 163–166, Lee, 2015: 114–152, WHO, 2014: 3–8). О размерама проблема говори и чињеница да је питање принудне стерилизације, почевши од чувеног случаја *V. C. versus Slovakia*,<sup>36</sup> на десетине пута добило свој епилог пред Европском судом за људска права, пошто представља нарушавање забране мучења (чл. 3), права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8), као и забране дискриминације (чл. 14).<sup>37</sup> У компаративном праву има примера да је присилна стерилизација регулисана уз недозвољени прекид трудноће, као у Македонији,<sup>38</sup> или у оквиру дела недозвољено узимање органа, ткива и ћелија и недозвољена

34 Ко кршећи правила међународног права, у оквиру ширег или систематског напада упереног против цивилног становништва, нареди вршење ... стерилисања ради промене етничког састава становништва ... казниће се затвором најмање пет година или затвором од тридесет до четрдесет година (чл. 371).

35 Ко кршећи правила међународног права за време рата, оружаног сукоба или окупације нареди да се изврши ... присилна стерилизација ... казниће се затвором најмање пет година (чл. 372, ст. 1).

36 Више о томе, као и о историјату принудне стерилизације у Чехословачкој и Словачкој, видети у Hoyle, 2014: 17–31.

37 Детаљнији преглед случајева дат у чланку Rubio-Marin, Möchel, 2014: 881–899.

38 Ко без сагласности или довођењем у заблуду или искоришћавањем незнања женског лица противно закону, хирушком интервенцијом или на други начин, прекине њену способност за репродукцију, казниће се затвором од три до десет година (чл. 129, ст. 4). Ако је дело учињено према малолетном лицу или је наступило тешко нарушавање здравља или смрт женског лица, учинилац ће се казнити затвором од најмање пет година (ст. 5).

стерилизација, као у Словачкој,<sup>39</sup> али и као потпуно самостално дело, на пример у Турској.<sup>40</sup>

## **7. Статус осталих одредаба од значаја за материјално кривично право**

Конвенцијом је предвиђена и обавеза држава да за одређена дела,<sup>41</sup> ако су учињена намерно, предвиде и кажњавање за помагање, подстрекавање, односно покушај (чл. 41). Када је у питању одговорност за помагање и подстрекавање, ситуација је неспорна, јер се опште одредбе КЗ-а (чл. 33 и 34) могу применити на било које дело. Одговорност за покушај је, насупрот томе, условљена и она постоји само ако се ради о делу за које се по закону може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, док је за друга кривична дела одговорност могућа само ако је то законом изричито прописано (чл. 30). Када се новоуведена дела сагледају у овом контексту, испада да због прописаних казни „висе“ сакаћење женског полног органа под нарочито олакшавајућим околностима, основни облик прогањања, полно узнемиравање и принудно закључење брака. Као и у неким другим случајевима, и овде се поставља питање криминално-политичке оправданости евентуалног кажњавања за покушај.

Надаље, Конвенција налаже искључивање могућности да се у кривичним поступцима, покренутим на основу сваког дела насиља обухваћеног Конвенцијом, култура, обичаји, религија, традиција или такозвана „част“ сматрају оправдањем за таква дела (чл. 42, ст. 1). Ту посебно спадају тврдње да је жртва прекршила културне, верске, друштвене или традиционалне норме или обичаје прикладног понашања. Ако се непрецизни термин „оправдање“ схвати као основ за искључење противправности, следи да

---

39 Дело се састоји у противзаконитој стерилизацији за шта је прописана казна затвора од две до осам година. Међутим, ако је ово учињено на свиреп начин, са посебним мотивима или у оквиру криминалне групе, забрањена је казна од седам до дванаест година. Најтежи облик је квалификован наступањем тешке телесне повреде или смрти, казна затвора од десет до петнаест година (чл. 159). Текст законика преузет са <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

40 Свако лице које стерилише човека или жену без њихове сагласности, казниће се затвором од три до шест година. Ако је дело извршено од стране лица неовлашћеног за стерилизацију, казна се повећава за трећину. Ако се стерилизација врши од стране неовлашћеног лица, уз сагласност лица над којим се врши, казниће се затвором од једне до три године (чл. 101). Текст законика преузет са: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017. године.

41 Чл. 33, 34, 35, 36, 37, 38а и 39.

је наше право у овом домену у складу са Конвенцијом, јер се ништа од наведеног не може користити у ту сврху.

У домену казнене политике Конвенција садржи уобичајне смернице, по којима стране уговорнице треба да обезбеде да кривична дела њоме утврђена, буду санкционисана делотворним, сразмерним санкцијама, које одвраћају од вршења кривичних дела, узимајући у обзир њихову озбиљност (чл. 45). Те санкције обухватају лишавање слободе, али и праћење, односно надзор осуђених лица, лишавање родитељског права, уколико се принцип најбољег интереса за дете не може гарантовати ни на који други начин. Такође, предвиђено је да се у поступку одмеравања казне за ова дела, уколико већ не представљају елементе бића, одређене околности могу узети у обзир као отежавајуће. Овде спадају следеће чињенице: да је дело учињено над бившом или садашњом супружницом или партнерком, од стране члана породице или лица које живи заједно са жртвом, односно лица које је злоупотребило свој ауторитет; поновљено кривично дело, односно сродно дело; кривично дело почињено над лицем које је постало угрожено услед одређених околности; кривично дело почињено над дететом или у присуству детета; кривично дело почињено од стране двоје или више удружених лица; кривично дело коме је претходило или га је пратило екстремно насиље; кривично дело почињено уз употребу оружја или уз претњу оружјем; кривично дело са озбиљним физичким, односно психичким последицама за жртву; да је починилац претходно осуђиван за кривична дела сличне природе (чл. 46). Каталог околности, предвиђених у члану 54, 54а и 55 нашег КЗ-а, са општим овлашћењем суда да узме у обзир било коју околност коју сматра релевантном у конкретном случају, пружају довољно гаранције за испуњење поменутих захтева из Конвенције.

## **8. Закључна разматрања**

Детаљно преиспитивање је указало да још увек постоје поједина питања по којима наше кривично законодавство, и после новела из 2016. године, није усаглашено са Истанбулском конвенцијом. Проблем неусаглашености је најевидентнији код сексуалног насиља, које обухвата и тзв. полни однос без пристанка, пошто је законодавац избегао да га регулише. Мада се овакав став донекле може разумети, јер је ово дело веома спорно и ретке су државе које су га предвиделе, остаје чињеница да тиме није извршена обавеза преузета ратификовањем Конвенције. Како је показано, то би се могло решити на различите начине, потпуним редефинисањем кривичног дела силовања, увођењем новог облика овог дела, или нормирањем посебног, самосталног кривичног дела, при чему се последња алтернатива чини

најприхватљивијом. И код других инкриминација су примећени извесни спорни моменти, мада потпуно другачије природе, јер се односе на њихову криминално-политичку оправданост. За разлику од претходног, овај проблем нема решења, како Конвенција кроз институт резерви није оставила простор да се њене одредбе прилагођавају приликама у свакој конкретној држави. Заправо, ово је у вези са ширим проблемом који настаје јер се приликом потписивања међународних уговора, очигледно, не проучава детаљно њихова садржина, а када се томе дода и чињеница да у поступку ратификације обично нема расправе, све се претвара у пуку формалност, без сагледавања последица које из тога даље могу проистећи.

## Литература

Beck-Gernsheim, E. (2011). The Marriage Route to Migration: Of Border Artistes, Transnational Matchmaking and Imported Spouses. *Nordic Journal of Migration research*. 1 (2). 60–68.

Gangoli, G., McCarry, M., Razak, A. (2009). Child Marriage or Forced Marriage? South Asian Communities in North East England. *Children & Society*. 23. 418–429.

Gruber, J., Fineran, S. (2016). Sexual Harassment, Bullying and School Outcomes for High School Girls and Boys. *Violence against Women*. 22 (1). 112–133.

D'Arcy, K., Brodie, I. (2015). Roma Children and Young People in Bulgaria: Patterns of Risk and Effective Protection in Relation to Child Sexual Exploitation. *Social Inclusion*. 3(4). 1–9.

Diekmann, K. A., Silito Walker, S. D., Galinsky, A. D., Tenbrunsel, A. E., (2013). Double Victimization in the Workplace: Why Observers Condemn Passive Victims of Sexual Harassment. *Organization Science*. 24 (2). 614–628.

Enright, M. (2009). Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage. *Modern Law Review*. 72(3). 331–359.

*European Parliament Resolution of 24 March 2009 on Combating Female Genital Mutilation in EU (2008/2071(INI) (2010/C 117 E/09)*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009IP0161&from=EN>, приступ 22. 03. 2017.

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. *Службени гласник РС*. Бр. 12 (13).

Zampas, C., Lamačková, A. (2011). Forced and Coerced Sterilization of Women in Europe. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*. 114 (2). 163–166.

Idriss, M. M. (2015). Forced Marriages – The Need for Criminalisation?. *Criminal Law Review*. 9. 687–703.

Јарић, В. (2015). Допринос Уједињених нација у Србији заштити жена жртава насиља у породици и у интимним партнерским односима: од међународног права до праксе. *Темида*. Март. 55–74.

Јовановић, Љ., Ђурђић, В., Јовашевић, Д. (2000). *Кривично право, Посебни део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Јовановић, Љ., Ђурђић, В., Јовашевић, Д. (2004). *Кривично право, Посебни део (треће измењено и допуњено издање)*. Београд: Службени гласник.

Казнени закон Републике Хрватске. *Народне новине*. Бр. 125 (11), 144 (12), 56 (15) и 61 (15).

Kensbock, S., Bailey, J., Jennings, G., Patiar, A. (2015). Sexual Harassment of Women Working as Room Attendants within 5-Star Hotels. *Gender, Work & Organization*. 22 (1). 36–50.

Кривични законик Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (05), 88(05)-испр., 107 (05)-испр., 72 (09), 111 (09), 121 (12), 104 (13), 108 (14) и 94 (16).

Кривични законик Црне Горе. *Службени лист РЦГ*. Бр. 70 (03), 13 (04), 47 (06) и *Службени лист ЦГ*. Бр. 40 (08), 25 (10), 32 (11), 64 (11) - други закон, 40 (13), 56 (13), 14 (15), 42 (15) и 58 (15) - други закон.

Лазеревић, Љ. (2002). Кривични законик Републике Србије са краћим коментаром. Београд: Савремена администарција.

Lee, R. C. (2015). Forced Sterilization and Mandatory Divorce: How a Majority of Council of Europe Member States' Laws Regarding Gender Identity Violate the Internationally and Regionally Established Human Rights of Trans\* People. *Berkley Journal of International Law*. 33(1). 114–152.

Миладиновић Стефановић, Д. (2016). Прилог расправи о криминализацији прогањања. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 72. 143–162.

Милић, С. (2014). Дечији присилни бракови код Рома и Египћана. *Медијски дијалози*. 8 (7). 97–114.

Mitchell, K. J., Ybarra, M. L., Korchmaros, J. D. (2014). Sexual Harassment among Adolescents of Different Sexual Orientations and Gender Identities. *Child abuse & neglect*. 38 (2). 280–295.

Николић Ристановић, В., Ковачевић Лепојевић, М. (2007). Прогањање: Појам, карактеристике и друштвени одговори. *Темида*. 4. 3–12.

Перић, О., Стојановић, З. (2002). *Кривично право, Посебни део, седмо измењено и допуњено издање*. Београд: Службени гласник.

Rubio-Marín, R., Möschel, M. (2015). Anti-Discrimination Exceptionalism: Racist Violence before the ECtHR and the Holocaust Prism. *European Journal of International Law*. 26 (4). 881–899.

Sabbe, A., Temmerman, M., Brems, E., Leye, E. (2014). Forced Marriage: An Analysis of Legislation and Political Measures in Europe. *Crime, Law and Social Change*. 62. 171–189.

Sauer, P. J. J., Neubauer, D. (2014). Female Genital Mutilation: A Hidden Epidemic (Statement from the European Academy of Pediatrics). *European Journal of Pediatrics*. 173 (2). 237–238.

Spector, P. E., Zhou, Z. E., Che, X. X. (2014). Nurse Exposure to Physical and Nonphysical Violence, Bullying, and Sexual Harassment: A Quantitative Review. *International Journal of Nursing Studies*. 51 (1). 72–84.

Стојановић, З. (2016). Силовање без принуде – Усаглашавање КЗ Србије са чл. 36 Истанбулске конвенције. *Наука, безбедност, полиција*. 21(1). 1–23.

Танасковић, Б., Рачета, М. (2007). Истраживање сексуалног узнемиравања у јавном превозу у Београду. *Темида*. Децембар. 23–32.

UNICEF. (2016). Деџи бракови у Србији – аналитички извештај. Београд: Кancelariја UNICEF-а.

Fasting, K., Stiliani C., Knorre, N. (2014). The Experiences of Sexual Harassment in Sport and Education among European Female Sports Science Students. *Sport, Education and Society*. 19 (2). 115–130.

Finn, J. (2004). A Survey of Online Harassment at a University Campus. *Journal of Interpersonal violence*. 19 (4). 468–483.

Hoyle, L. (2013). *VC v. Slovakia: A Reproductive Rights Victory Misses the Mark*. *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 36. 17–31.

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, приступ 22. 03. 2017.

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, приступ 22. 03. 2017.

Yurdakul, G., Korteweg, A. C. (2013). Gender Equality and Immigrant Integration: Honor Killing and Forced Marriage Debates in the Netherlands, Germany, and Britain. *Women's Studies International Forum*. 41. 204–214.

WHO. (2014). *Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization. An Interagency Statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*. Geneva: WHO.

World Health Organisation. *Female Genital Mutilation: Information Pack*, [http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm\\_infopack.htm](http://www.who.int/fhr-whd/FGM/infopack/English/fgm_infopack.htm), приступ 22. 03. 2017.

**Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

### **THE ISTANBUL CONVENTION AND CRIMINAL LAW PROTECTION OF WOMEN AGAINST VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

#### **Summary**

*The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the Istanbul Convention) is a very important binding international document signed and ratified by the Republic of Serbia. Thereupon, Serbia assumed the obligation to harmonise and enhance the system of protection of victims of violence. Although the Convention provides for a comprehensive system of measures for eradicating violence and establishing real equality between men and women, including both preventive measures (such as: awareness-raising, education, training of professionals, preventive intervention programmes, and different programmes for institutional treatment of the perpetrators of criminal offences of violence, etc.) as well as victim support measures (such as: safe houses, SOS phone lines, counselling centres, etc.), the subject of research of this paper is confined to discussing the issue how much has been done in this regard in the area of substantive criminal law. In that context, the author analyzes whether and how the provisions of the Convention related to psychological violence, physical violence, sexual violence including rape, stalking, forced marriage, female genital mutilation, forced abortion, forced sterilisation, and sexual harassment have been incorporated in the Criminal Code of the Republic of Serbia.*

**Keywords:** *Istanbul Convention, Serbian Criminal Code, protection of women against violence.*



**Мирјана Средојевић,\***

Студент докторских студија Правног факултета,  
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrgfni1776253S

UDK: 343.55-053.2/.6(497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА МАЛОЛЕТНОГ ЛИЦА ОД ЗАПУШТАЊА И ЗЛОСТАВЉАЊА**

**Апстракт:** У раду је дат приказ историјског развоја механизма заштите малолетних лица од запуштања и злостављања на националном и међународном нивоу и указано је на појмовно одређење занемаривања и злоупотребе. Аутор анализира законско уређење кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица, његове елементе бића и указује на проблеме до којих долази приликом подвођења одређеног понашања под ово кривично дело. Имајући у виду приватност породичних односа, значај васпитне функције породице у изградњи личности детета, могућност предузимања одређених мера из других области права које су у интересу детета, као и последице до којих може довести осуда родитеља за ово кривично дело, потребно је кривично право користити као *ultima ratio*. Међутим, у ситуацијама када родитељи или они који се старају о деци, грубо занемарују своје дужности и злостављају децу и тако проузрокују стање запуштености детета и штетне последице по његов развој, оправдана је и кривичноправна интервенција. У раду се такође разматрао правданост физичког кажњавања деце, као и разграничење кривичног дела за пуштање и злостављање малолетног лица од других сличних кривичних дела, с обзиром на то да законски опис бића овог кривичног дела може обухватати и елементе бића неког од кривичних дела из групе против живота и тела, против слобода и права човека и грађанина или против брака и породице. У циљу анализе казнене политике у раду је дат приказ правосудне праксе Основног суда и Основног јавног тужилаштва у Новом Саду за кривично дело за пуштање и злостављање малолетног лица у периоду од 2010. до 2016. године.

**Кључне речи:** кривичноправна заштита, занемаривање и злостављање деце, правосудна пракса, физичко кажњавање деце.

---

\* mirjana.sredojevic43@gmail.com

## **1. Увод**

Имајући у виду нарастајућу актуелност тема које се тичу насиља у породици и недавно доношење Закона о спречавању насиља у породици, поље интересовања јавности за породичне односе се проширује, па тако у последње време пажњу јавности све више привлачи насиље над децом. Иако деца трпе насиље у разним институцијама, на улици, у школи, некако се чини да највеће интересовање изазива насиље које се одиграва у кругу породице, а посебна дебата се води о оправданости физичког кажњавања деце у дисциплинске сврхе.

Породица је средина у којој деца усвајају моралне норме и системе вредности, успостављају најраније емотивне и социјалне везе и уче се правилима понашања у друштву. Уколико су односи у породици засновани на љубави, поверењу и разумевању, она је најпогоднија средина за нормалан развој дететове личности. Међутим, уколико у породици дође до поступака којима се угрожава или нарушава физички и психички интегритет деце, неопходна је правна интервенција ради заштите основних права детета, јер постоји оправдан друштвени интерес за правилно подизање деце. Идеално стање би било када би се активност државних органа фокусирао на превентивну улогу, предузимање мера у области социјалне заштите, здравства, образовања и рехабилитацију породице. Ипак, уколико у односу родитеља према деци дођедо ситуације у којој родитељи или они које се старају о деци, грубо занемарују своје дужности и злостављају их и тако проузрокују стање запуштености детета и штетне последице по његов развој и физички и психички интегритет, оправдано је активирање кривичног права. Кривично дело којим се деци пружа заштита од оваквих поступака је кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица

## **2. Развој механизма заштите деце од запуштања и злостављања**

### **2.1. Међународноправни аспект**

Да би се разумела суштина и оправданост овог кривичног дела, неопходно је осврнути се на коренезлостављања и занемаривања деце. Правни положај деце мењао се током историје и био је условљен друштвено-економским односима, религијом, обликом породице и обичајима (Костић, 2004: 2). Дуго се сматрало да је разлика између детета и одраслих смо квантитативна, па су деца након што би почела да привређују, равноправно седела са својим родитељима и учествовала у одлучивању о битним питањима. Тек је процес признања детета као посебног субјекта имао за последицу успостављање одређених стандарда родитељског старања и родитељске

одговорности. Злостављање и занемаривање деце постојало је још у Грчкој, Риму, Индији, Арабији, Кини, Египту, али је улазило у круг интимног породичног живота, који друштво није могло да контролише. Окриље патријархалне породице, где доминира приватна својина, омогућило је да се дете посматра као власништво оца којом је могао располагати како жели. Закон 12 таблица је чак предвиђао да наказно дете после рођења треба одмах убити. У средњем веку физичко кажњавање деце сматрало се начином васпитања и било је уобичајено, а батињање и шибанье у школама сматрано је саставном образовном методом. Држава се ретко мешала у односе родитеља и деце, јер је владало уверење да породични живот треба да буде изван друштвене интервенције. Из периода касног феудализма најзначајнији кривичноправни пропис који је предвиђао кривичноправну заштиту живота и тела детета, као и заштиту детета од полне злоупотребе је *Constitutio Criminalis Carolina* из 1532. године.

Однос према деци постаје хуманији тек под утицајем ране ренесансе када се све више пажње придаје образовању и васпитању деце, одбацује сурова средњовековна дисциплина и физичко кажњавање и јављају се све чешће захтеви да се за насиле над децом и њихово занемаривање предвиде и кривичне санкције (Павлов, 2015: 6). Док је Француски кривични законик из 1810. године садржао цело поглавље о злочинима против деце и предвиђао заштиту деце од запуштања и злостављања, Аустријски кривични законик из 1852. године је пружао кривичноправну заштиту деци и омладини од злостављања, док запуштање није било предмет кривичноправне, већ само грађанскоправне заштите. Аустријски грађански законик из 1811. године поред дужности родитеља, говори и о дужности детета да слуша и поштује родитеље. Родитељи имају право да према неваљалој и непослушној и таквој деци која нарушавају домаћи ред и мир примене казну која неће бити претерана, нити по њихово здравље штетна. Тек након формирања Удружења за заштиту деце од злостављања и занемаривања идоношења првог модерног закона о заштити деце у држави Њујорк 1875. године однос према деци постаје хуманији.

Потреба за проширивањем посебне бриге за дете изражена је још у Женевској декларацији о правима детета из 1924. године, која представља промену ставова и мишљења о деци и односу према њима. Овом конвенцијом уводи се право и одговорност државе у заштити дечијих права и долази до све израженијег признања да права родитеља у односу на њихову децу нису неповредива. Након тога, 1959. године на Генералној скупштини УН усвојена је Декларација о правима детета која поред настојања да обухвати основна дечија права, налаже заштиту детета од свих облика занемаривања, окрутности или експлоатације.

Посебно је важно поменути Конвенцију о правима детета<sup>1</sup> која представља прекретницу у међународном покрету за дечија права. Њени основни принципи су право детета да изрази своје мишљење и поштовање најбољег интереса детета у свим активностима које се њега тичу. Конвенција у чл. 19 разматра обавезе (законодавне, управне, социјалне и образовне) државе потписнице у заштити детета од сваког облика телесног или душевног насиља, повреда или злоупотреба, занемаривања или запуштености, злостављања или искоришћавања, укључујући сексуално злостављање, док о њему брине родитељ или нека друга одговорна особа (Милосављевић-Ђукић, 2015: 12). Данасу права детета и њихов телесни и духовни интегритет гарантовани и заштићени великим бројем међународних правних инструмената донетим под окриљем Уједињених нација, Савета Европе и других међународних организација.

## **2.2. Домаће законодавство**

Знатан помак у заштити дечијих права направљен је и на националном плану. Српски грађански законик из 1844. године је конципирао однос родитеља и деце као однос послушности, а родитељи су на располагању имали принудне мере, које су морале бити умерене и нису смеле прећи у злостављање. Као што примећујемо, постепено се уводи принцип умерености, односно ограничене употребе принуде према деци и води се рачуна да она буде адекватна и нешкодљива по здравље детета. Заштита деце и малолетника од злостављања и запуштања није била предвиђена Казнителним закоником за Књажевство Србију из 1860. године, али се посредно остваривала кажњавањем онога ко намерно злоставља сродника по крви у усходној линији, као и старешине који према својој жени и другим укућанима крајње нечувено поступа, немилосрдно их туче и злоставља. Тек је Кривичним закоником Краљевине СХС из 1929. године било предвиђено да ће се „казнити родитељи, храниоци, стараоци и уопште они којима је поверено старање о личности детета, ако запусте или прекорачујући своје право кажњавања, злостављају дете које је под њиховом влашћу или надзором“ (Костић, 2004: 4). Дело се могло извршити или запуштањем детета у погледу васпитања или злостављањем кроз прекорачење права кажњавања (Павлов, 2015: 8). Заштита физичког и психичког развоја детета у Кривичном закоником ФНРЈ из 1951. године је била остварена прописивањем кривичног дела злостављање и запуштање детета. Новелом Кривичног законика од 1959. године додат је став два којим се кажњава лице које малолетника присиљава на претеран рад,

1 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори* бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – међународни уговори* бр. 4/96 и 2/97.

рад који не одговара његовој доби, на просјачење или га из користољуба наводи на вршење радње штетне за његов развој, а заштита је проширена и на лица од 14 до навршене 18 године живота. Кривични законик СФРЈ из 1976. године у члану 118 на идентичан начин као и Кривични законик ФНРЈ инкриминише ово кривично дело.

Правни основ којим је регулисана заштита права детета у Србији поред Устава<sup>2</sup>чини и низ ратификованих међународних конвенција и посебно законодавство које регулише различите сегменте живота и права детета и то: Конвенција УН о правима детета, Факултативни протокол уз конвенцију о правима детета о забрани продаје деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, Национални план акције за децу, Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, Посебни протоколи свих релевантних система који се баве заштитом деце (здравствени, правосудни, образовни, систем социјалне заштите и унутрашњих послова), Закон о социјалној заштити и обезбеђењу социјалне сигурности, Закон о финансијској подршци породице са децом, Закон о здравственој заштити, Закон о основама система образовања и васпитања, Закон о основној школи, Закон о средњој школи и др. Ратификовањем Конвенције о правима детета Србија је преузела обавезу да предузима мере за спречавање насиља над децом и да обезбеди мере подршке за физички и психички опоравак детета, као и његову социјалну реинтеграцију. То подразумева постојање државних система, који ће препознати децу која су изложна злостављању и занемаривању и обезбедити брзу и ефикасну интервенцију у случајевима када постоји сумња да је дете претрпело злостављање или занемаривање или је изложено ризику да га доживи.

Поред ових прописа, држави на располагању стоји и породичноправна заштита. Наиме, у случају несавесног вршења права и дужности из садржине родитељског права, породично право предвиђа санкцију делимичног лишења родитељског права, док се у случају злоупотребе родитељског права или грубог занемаривања родитељских дужности може изрећи мера потпуног лишења родитељског права. Међутим, до изрицања ових мера неће доћи уколико то није у најбољем интересу детета и уколико се заштита детету може пружити и блажим мерама, а одговорност супституисати рехабилитацијом породице. Санкције су предвиђене и у оквиру кривичног права, у зависности од субјеката, садржаја противправног понашања, степена кривице и других карактеристика. При том, грађанскоправне санкције не повлаче нужно кривичноправне, нити кривична одговорност подразумева лишење родитељског права.

---

<sup>2</sup> Службени гласник РС, бр. 98/2006.

### **3. Кривичноправна заштита малолетних лица од запуштања и злостављања у Републици Србији**

#### ***3.1. Појам занемаривања и злостављања***

Кривичноправна заштита деце од занемаривања и злостављања регулисана је кривичним делом запуштање и злостављање малолетног лица из члана 193 Кривичног законика<sup>3</sup>. С обзиром на то да се у Кривичном законнику не наводе експлицитно понашања којима се врши ово кривично дело, у литератури је све више заступљено мишљење да су то оне њихове форме које је усвојила Светска здравствена организација (у даљем тексту: СЗО) на Консултацији о спречавању злоупотребе деце у Женеви 1999. године, а које предвиђа и Породични закон<sup>4</sup>. Тако, према дефиницији СЗО занемаривање представља немар или пропуст пружаоца неге да обезбеди развој детета у свим областима здравља, образовања, емоционалног развоја, исхране, смештаја и безбедних животних услова, а у оквиру разумно расположивих средстава породице или пружаоца неге, што нарушава или може са великом вероватноћом нарушити здравље детета или његов физички, ментални, духовни, морални или друштвени развој (Ишпановић-Радојковић, Игњатовић, 2011: 14). Оно обухвата и радње пропуштања у обављању правилног надзора и заштите деце од повређивања у оноликој мери у којој је то изводљиво. Према дефиницији СЗО злоупотреба или злостављање детета обухватају све облике физичког, односно емоционалног злостављања, сексуалну злоупотребу, занемаривање или немаран поступак, као и комерцијалну и другу експлатацију, што доводи до стварног или потенцијалног нарушавања здравља детета, његовог преживљавања, развоја или достојанства у оквиру односа који укључује одговорност, поверење или моћ (Ишпановић-Радојковић et al. 2011: 11).

#### ***3.2. Радња кривичног дела***

Радња извршења овог кривичног дела постављена је веома широко, што можда и није примарно био циљ законодавца, али до тога је дошло услед све репресивнијег гледања на сваки вид насиља усмерен према деци као члановима породице и примарно недовољно прецизног дефинисања радње од стране законодавца.

Први облик овог кривичног дела састоји се у грубом занемаривању дужности збрињавања и васпитања које проузрокује стање запуштености

---

3 *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

4 *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

малолетног лица. Дело се најчешће врши нечињењем, односно пропуштањем да се предузме законска обавеза старања и васпитања детета, а изузетно дело је могуће извршити и радњом чињења. Збрињавање подразумева стварање основних услова за живот малолетног лица, односно низ мера које су управљене на његов нормалан и правилан развој, док васпитање подразумева морално изграђивање личности малолетника, развијање код њега осећања личне одговорности и усмеравање на прихватање основних друштвених вредности (Лазаревић, 2011: 656). Уочавамо да занемаривање може имати више облика и да се оно најчешће одређује као физичко, емоционално и васпитно. Занемаривање збрињавања се најчешће јавља у комбинацији са занемаривањем дужности васпитања. Важно је напоменути да је, да би постојало ово кривично дело, неопходно да се ради о грубом занемаривању дужности, односно о „свесном испољавању крајње небриге и немара за живот и здравље детета и његово васпитање“ (Јовановић, 1983: 300). Дакле, суд ће у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све субјективне и објективне околности, ценећи интензитет, учесталост, последице, стварне могућности потенцијалног учиниоца, донети одговарајући вредносни суд да ли се ради о занемаривању које је такво да оправдава кривичноправну осуду, односно излази из домена обичног пропуста.

Други облик овог кривичног дела постоји у неколико случајева. Радња извршења је постављена алтернативно и обухвата: 1) злостављање, 2) принуђавање на претерани рад или рад који не одговара узресту малолетног лица, 3) принуђавање на просјачење и 4) навођење из користољубља на вршење других радњи које су штетне за његов узраст. Дакле, ради се о злоупотреби родитељског права која подразумева његову употребу зарад остварења циљева који су противни правним нормама и сврси којој су намењени и којој треба да служе, односно прекорачење граница тог права. У литератури се наводи да злоупотреба постоји „увек када родитељ у неприхватљивој мери прекорачује своја права на штету детета и обично претпоставља понављање поступка, трајније и упорније понашање родитеља, али се о њој може говорити и ако се акт догодио само једном али је за дете опасан“ (Јовановић, 1983: 301). Уколико је истовремено предузето више радњи из законског описа кривичног дела, то ће суд узети у обзир приликом одмеравања казне.

Законодавац је и код овог облика пропустио да одреди које су то радње којима се врши злостављање, па у теорији влада мишљење да оно обухвата различите облике физичког, емоционалног и сексуалног злостављања. Према дефиницији СЗО физичко злостављање детета је оно које доводи до стварног или потенцијалног физичког повређивања услед неке

интеракције или одсуства интеракције, која потпада под разуман оквир напора родитеља, или особе која је на положају на коме има одговорност, моћ над дететом или његово поверење (Ишпановић-Радојковић et al. 2011: 12). Код овог облика је потребно правити разлику између злоупотребе и ненамерне, задесне повреде. За постојање овог облика кривичног дела није важно да ли је у питању изоловани инцидент или поновљена активност. Емоционално злостављање подразумева понављана понашања родитеља или лица која имају дужност старања о деци, која код детета изазивају или појачавају доживљај безвредности или одбачености, наносе детету патњу и могу изазвати озбиљне и трајне сметње осећајног, когнитивног или социјалног развоја детета. Сексуално злостављање подразумева укључивање детета у сексуалну активност која није у складу са његовим узрастом и зрелошћу, коју оно не схвата у потпуности, са којом није сагласно и којом се крше закони или социјални табуи друштва. У нашем законодавству малолетно лице се може сагласити са сексуалним контактом са навршених 14 година.

Према дефиницији СЗО, експлоатација деце се односи на искоришћавање детета за рад или друге активности, што нарушава дететово физичко или ментално здравље, образовање, морални или социјално-емоционални развој. Неки аутори истичу да она обухвата и „радну и комерцијалну сексуалну експлоатацију детета, односно укључивање детета у проституцију и порнографију, и може настати у оквиру појаве трговине децом или се јављати као самосталан облик злоупотребе детета“ (Ишпановић-Радојковић et al. 2011: 14). Принуђивање малолетног лица на претерани рад или рад који не одговара његовом узрасту значи да се „применом силе или озбиљне претње малолетник излаже таквом напору који превазилази његове физичке способности било по тежини или трајању или су услови рада такви да не одговарају његовом узрасту по природи ствари“ (Јовановић, 1983: 302). Појам силе и претње у овом случају се тумачи у складу са њиховим општим појмовним значењем у кривичноправном смилу. Принуђивање малолетног лица на просјачење представља злоупотребу родитељског права услед које је дете изложено нежљеним и штетним утицајима. Код просјачења је скоро увек присутна користољубива намера, али је законодавац изразито не захтева за постојање овог облика кривичног дела, што је добро, јер би у неким ситуацијама она била тешко доказива (Павлов, 2015: 36).

Навођење малолетног лица на вршење других радњи које су штетне за његов развој подразумева наговарање на предузимање таквих делатности које се негативно одражавају на његово подизање и васпитање, као што је нпр: тапкарење, поткрадање, препродајашверцоване робе, изношење



ствари из куће и продаја предмета, куповина и употреба пића и цигарета и сл. (Павлов, 2015: 36). Уколико би навођењем на одређена девијантна понашања, дошло до подстрекавања малолетника на неко кривично дело, професор Стојановић истиче да би требало узети да се ради о кривичном делу запуштање и злостављање малолетног лица, осим у случају уколико би се радило о подстрекавању на кривично дело за које је забрањена тежа казна него за ово дело (Стојановић, 2009: 479).

### ***3.3. Остали елементи бића кривичног дела***

Основни облик кривичног дела може бити извршен умишљајно. Потребно је да је учинилац свестан да грубо занемарује своје дужности збрињавања и васпитања и да тиме проузрокује стање запуштености малолетног лица. Такође, довољно је и да је учинилац свестан да његове радње могу довести до запуштености и да је на то пристао, што значи да је довољан и евентуални умишљај. За постојање другог облика овог кривичног дела потребан је директни умишљај.

Извршилац може бити родитељ, усвојилац, старатељ, хранитељ или друго лице које је по закону дужно да се стара о малолетнику, односно неопходно је да се ради о лицу са одређеним својствима и које у односу на дете има положај одговорности, поверења и моћи. Када је реч о лицима којима је поверена дужност старања, тај однос мора бити трајније природе, па тако извршилац не може бити учитељ, наставник, професор у школи, али може бити васпитач у дому за незбринуту децу, наставник васпитне установе или дома ученика и сл.

Објекат кривичноравне заштите је личност малолетног лица, његов телесни и душевни интегритет и његово право на правилан развој, подизање и васпитање. Од заштитног објекта треба разликовати објекат радње, односно пасивни субјект, на којем се остварује забрањена кривичноправна делатност. Пасиван субјекат овог кривичног дела је малолетно лице. Неки аутори су заговорници става да основни облик овог кривичног дела постоји и када се грубо занемарују обавезе збрињавања и васпитања лица изнад 18 година, које услед физичких и психичких поремећаја није у стању да се брине о себи, уколико се као извршиоци дела појављују родитељи тог лица (Љубојев, 2008: 144). Међутим, овакво мишљење се не може прихватити, с обзиром на недвосмислене одредбе нашег кривичног законодавства према којима се малолетником сматра лице до 18 година. У наведеном случају, заштита би се могла наћи у члану 196 КЗ-а.

У случају постојања више пасивних субјеката, постоји реални стицај онолико кривичних дела колико има пасивних субјеката, а уколико се

радња предузима према истом пасивном субјекту у краћим или дужим размацима, дело се може квалификовати као продужено кривично дело.

Основни облик овог кривичног дела извршен је ако је наступила последица у виду стања запуштености малолетног лица, односно између радње извршења и последице је неопходна узрочна веза. Запуштеност се у литератури дефинише као „незадовољавајуће стање детета које је опасно за његов даљи развој или се штетно одражава на његово физичко и душевно здравље и понашање“ (Лазаревић, 2011: 531). Стање запуштености деце може довести до њиховог осећаја нелагодности, страха, несигурности, при чему она могу развити различите одбрамбене механизме и окренути се насиљу и агресивности. У каснијем добу то се може испољити у виду депресије, емоционалне нестабилности, поремећаја у успостављању социјалних веза, те разних облика социопатолошког и девијантног понашања. Као последица другог облика овог кривичног дела могу се јавити различити облици угрожавања нормалног и правилног развоја малолетног лица. Кривично дело је довршено самим предузимањем неке од алтернативно постављених радњи и за његово постојање није неопходно да последица и наступи, довољно је да такве радње могу угрозити развој детета, његово физичко и психичко здравље или могу довести до поремећаја у понашању и вредновању ствари и односа.

#### **4. Однос кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица и других сличних кривичних дела**

С обзиром на то да законски опис бића кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица може обухватати и елементе бића неких других кривичних дела, неопходно је размотрити начинразграничења овог кривичног дела од других сличних дела. Када се ради о остварењу обележја других кривичних дела која су истовремено и обележја кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица, према принципу специјалитета, постоји само кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица.

Имајући у виду да се код већине кривичних дела против живота и тела, узраст жртве узима као квалификаторна околност, тада се живот и телесни интегритет малолетног лица појављују као заштитни објекат, што може довести до проблема приликом правне квалификације. У случајевима када радње злостављања изанемаривања изазову последице у виду тешке телесне повреде или смрти малолетног лица које се могу приписати нехату учиниоца, постоји стицај између овог кривичног дела и тешке телесне повреде из нехата, односно убиства из нехата. Међутим, уколико је тешка

телесна повреда или смрт малолетног лица била обухваћена умишљајем учиниоца, постоји само одговарајуће кривично дело против живота и тела, које конзумира кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица.

Поред тога, може се јавити недоумица приликом разграничења овог кривичног дела од појединих кривичних дела против полне слободе, јер је у литератури заступљено мишљење да кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица обухвата и сексуално злостављање. У тим случајевима би најцелисходније било водити се принципом специјалитета и прописаном санкцијом, па ценећи све елементе бића у сваком појединачном случају, одлучити се за најцелисходнију правну квалификацију дела.

Што се тиче разграничења овог кривичног дела од кривичних дела против слобода и права човека и грађанина (злостављање и мучење, принуда, угрожавање сигурности), чини се да је законодавац оправданост инкриминисања овог кривичног дела као посебног нашао у специфичности односа пасивног и активног субјекта, као и у пружању додатне, појачане кривичноправне заштите малолетним члановима породице и све већем значају који овај феномен поприма. Када је у питању кривично дело злостављање и мучење, критеријум разликовања би могла бити последица и однос учиниоца и пасивног субјекта, с обзиром на то да оба кривична дела имају сличну радњу извршења. На исти начин треба поступити и када је у питању кривично дело принуде, с обзиром на то да се неке од алтернативно постављених радњи другог облика кривичног дела запуштање и злостављање састоје у принуди.

Највећи проблем је разграничење другог облика кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица са квалификованим обликом кривичног дела насиље у породици из члана 194 став 3 када је дело учињено према малолетном лицу. Један од критеријума разликовања је што злостављање код кривичног дела запуштање и злостављање јесте деловање на телесни и психички интегритет малолетника али без његовог нарушавања. Дакле, последица злостављања не сме бити ни лака телесна повреда јер би се у том случају могло поставити питање постојања насиља у породици или лаке телесне повреде (Лукић, Јовановић, 2003: 21).

## **5. Физичко кажњавање као спорна дисциплинска мера**

Дисциплиновање деце физичким методама дуго је сматрано прихватљивом васпитном мером. Међутим, данас је све присутније схватање да телесно кажњавање деце представља кршење њиховог људског достојанства

и физичког интегритета, а последњих година се јављају захтеви да се забрани сваки вид телесног кажњавања као начин васпитања и одгајања детета. И код нас захтеви све више иду у том правцу, па је тако у предлог новог Грађанског законика унета изричита забрана телесног кажњавања. Противници телесног кажњавања деце истичу да је немогуће користити неку физичку казну која не би имала понижавајући и деградирајући утицај на дете, те су тако многе земље, вођене примером Шведске изричито забраниле телесно кажњавање деце. Међутим, поставља се питање оправданости експлицитне забране сваког вида телесног кажњавања, кад кривично законодавство већ прописује кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица, које постоји у сваком случају када родитељ насилнички поступа прама детету и користи телесно кажњавање као једину васпитну меру. Како Шкулић наводи, оваква одредба би представљала само мртво слово на папиру и отворила би простор за бројне злоупотребе. Уз то, усвајање таквог решења допринело би све репресивнијем поступању према родитељима који би били потенцијално изложени породичноправним санкцијама и пре или касније институту лишења родитељског права.

Упоредо са дебатом о санкционисању сваког облика телесног кажњавања, актуелизује се могућност поновног изричитог увођења неких облика физичког кажњавања као основа искључења противправности, а отвара се и могућност примене института дела малог значаја с обзиром на то да је за кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица прописана казна затвора до 5 година. Према мишљењу заговорника оваквог решења, телесно кажњавање не значи нужно и физичко злостављање, уколико се примењује изузетно, у ситуацијама када су други поступци недовољно ефикасни и када се на другачији начин не може утицати на дете да одустане од агресивног или опасног понашања. Због тога, у сваком појединачном случају потребно је узети у обзир узраст детета, све околности конкретног случаја, расположиве замене за телесно кажњавање, односно ценити разумност и умереност средстава. При том, никада се не може сматрати одговарајућим да телесно кажњавање буде тако тешко да доведе до озлеђивања детета, укључујући и модрице, нити да изазове бол, nelaгоду или понижење, већ се мора поступати у намери заштите детета од опасности. Тако Бачић наводи да су за оцену противправности одлучујући циљеви васпитања. Сматра да се остваривање тих циљева процењује кроз прикладност употребљених средстава и предузетих радњи и закључује да се „толерира повреда једног добра ради остваривања посебног опћепризнатог циља, који овде има предност“ (Ваћић, 1998: 192). Такође, има и аутора који сматрају да би се „предметна проблематика могла решити путем института личног основа искључења од казне, што би омогућило

да телесно кажњавање остане недозвољено биће дела, противправна и скривљена телесна повреда, с тим да би се у безазленим случајевима могло одустати од кажњавања из одговарајућих изван кривичноправних разлога“ (Ваџић, 1998: 192).

Интересантно је запажање неких аутора (Ћоговић, 2012: 211-221) који наводе као пример повлачење детета испред црвеног светла на семафору, које се сматра не само дозвољеним већ чак и понашањем које се у датој прилици захтева. Овде би се могли додати и случајеви када дете жели да додирне предмете који су погодни да изазову повреду (оштре и вреле површине), да гурне руку у струју или сличне радње које су опасне по дете. Не може се оспорити да је овде реакција родитеља неопходна, при чему увиђамо да родитељ у овим ситуацијама засигурно не поступа у намери доношења повреда детету. Такође је занимљиво указати на одредбу Породичног закона која предвиђа да се насиљем у породици сматра ограничавање слободе кретања или комуникације са трећим лицима, што би се могло тумачити као (ако не и прекомерно) ограничавање родитеља у реализовању свог права на васпитавање детета. Овде се поставља питање да ли би родитељи вршили насиље у породици над својим дететом ако би му ограничили, а не потпуно укинули ноћне изласке, контакт с вршњацима који на њега врше лош утицај или му ограничили приступ местима где се одржавају састанци верских секти. Напротив, потребно је у циљу добробити детета, а у складу с његовим узрастом и зрелашћу, да родитељи имају право и дужност надзирања детета у његовом дружењу с другим особама и да забране свако поступање које би могло угрозити његов развој и одати га лошим склоностима и девијантном понашању.

Неспорно је да је насиље као образац понашања неприхватљиво и да треба тежити за алтернативама телесним казнама, али у литератури постоји мало предложених мера којима би се родитељи могли послужити у напред описаним ситуацијама и које би биле ефикасне, при чему се и оне мере које се наводе углавном своде на апстраховање и уопштено набрајање педагошких метода за које иначе знамо да често не доносе позитивне резултате (скретање пажње, преусмеравање, стварање правила и ограничења која одговарају степену развоја, укидање привилегија и др).

## **6. Правосудна пракса Основног јавног тужилаштва и Основног суда у Новом Саду**

У наставку рада биће приказани резултати истраживања заступљености кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица у правосудној пракси Основног јавног тужилаштва у Новом Саду и Основног суда у Новом Саду.

Према подацима прикупљеним у Тужилаштву, у периоду од 2012. до 2016. године поднето је укупно 57 кривичних пријава за ово кривично дело, од тога две пријаве за став 2 (19 мушких извршилаца и 3 женска). Оштећено је 65 дечака и 31 девојчица, при чему за 2 кривична дела не постоји податак о броју оштећених лица. У 12 предмета кривично дело из става 1 је учињено у саизвршилаштву, од стране оба родитеља, док је дело из става 2 оба пута учињено у саизвршилаштву. Тужилаштво је располагало подацима о подносиоцима кривичних пријава за период од 2014. године до 2016. године и уочено је да кривичне пријаве у највећем броју случајева подноси полиција (20 пријава), док је 13 кривичних пријава поднео Центар за социјални рад, 4 Више јавно тужилаштво, док су преостале пријаве поднете од стране других лица. Доказне радње су спроведене у 34 предмета. Евидентирано је 18 одбачаја кривичних пријава, 19 оптужења и 9 осуђујућих пресуда (6 затворских казни и 3 условне осуде), док обустава поступка није било.

Што се тиче података појединачно за сваку посматрану годину, у 2012. години поднето је 5 кривичних пријава (2 мушка извршиоца и 3 жене), од којих су 2 кривична дела извршена у саизвршилаштву од стране родитеља. Оштећена су 3 дечака и 2 девојчице, док за 2 кривична дела не постоји податак о броју оштећених лица. Није било одбачаја пријава, а до оптужења је дошло у 5 случајева и донето је 5 осуђујућих пресуда (3 затворске казне – 1 казна затвора до једне године, 2 од 1 до 3 године и 2 условне осуде – обе 6 месеци затвора, условно на 2 године). Првостепени поступак је у просеку трајао годину дана. Жалба је уложена у 2 предмета, након чега су потврђене првостепене одлуке. Другостепени поступак је трајао од 6 месеци до 1 године.

У 2013. години поднето је 8 кривичних пријава (5 мушких извршилаца и 3 жене), од којих су 2 кривична дела извршена у саизвршилаштву од стране родитеља. Оштећено је 11 дечака и 1 девојчица. Доказне радње су спроведене у 3 предмета. Одбачене су 2 кривичне пријаве. До оптужења је дошло у 2 предмета и донете су 2 осуђујуће пресуде, а затворске казне су изречене у трајању до 1 године. Првостепени поступак је у просеку трајао до 2 године. Жалби није било.

У 2014. години поднето је 18 кривичних пријава, од којих је једна поднета за став 2 (4 је поднела полиција, 8 Центар за социјални рад, 4 Више јавно тужилаштво и 1 мајка). 4 кривична дела извршена су у саизвршилаштву од стране родитеља, од тога је 7 мушких извршилаца и 11 женских. Оштећено је 26 дечака и 16 девојчица. Доказне радње су спроведене у 12 предмета. Одбачено је 6 пријава, до оптужења је дошло у 6 предмета и донете су 4

условне осуде и изречена је једна затворска казна. У четири предмета првостепени поступак је трајао до 6 месеци, док је један трајао до 2 године. Жалби није било.

У 2015. години поднето је 10 кривичних пријава (5 пријава поднела је полиције, 4 Центар за социјални рад и једна од стране оштећеног), од чега је једно кривично дело извршено од стране оба родитеља, од тога је 1 мушки извршилац и 9 женских. Оштећено је 9 дечака и 1 девојчица. Доказне радње су спроведене у 8 предмета, док је у једном одређена истрага. Одбачене су 3 кривичне пријаве. До оптужења је дошло у 4 предмета, при чему је донета само једна одлука (ослобађајућа пресуда) и уложена је једна жалба.

У 2016. години поднето је 16 кривичних пријава (4 мушка и 12 женских извршилаца), 1 пријава поднета је за став 2(11пријава поднела је полиција, 1 Центар за социјални рад, 2оштећени и 2 отац). Здела извршенасу у саизвршилаштву. Оштећено је 16 дечака и 11 девојчица. Доказне радње су спроведене у 10 предмета, одбачено је 7 пријава. До оптужења је дошло у 2 предмета, при чему недостају подаци о донетим одлукама.

Стицај са кривичним делом из члана 194 КЗ-а забележен је у 2 случаја у току 2013. године, а у току 2014. и 2015. године евидентиран је по 1 стицај са овим кривичним делом. По један стицај евидентиран је у току 2015. и 2016. године са кривичним делом из члана 191 КЗ-а, док је стицај са кривичним делом из члана 323 КЗ-а забележен у току 2013. године у два поступка и 2014. године забележен је по један стицаја са кривичним делима из члана 190 и 196 КЗ-а.

Према подацима који су прикупљени у Суду у периоду од 2010. до 2016. године поднето је 29 оптужних аката (у 2013. години 1, у 2014. години 6, у 2015. години 5 и у 2016. години 3), првостепена пресуда је донета у 18 предмета за став 1 и у једном предмету за став 2, од чега је 17 осуђујућих пресуда (у 2013. години 4, у 2014. години 1, у 2015. години 6 и у 2016. години 4) и једна одбијајућа. Изречене су 3 казне затвора у просечном трајању до 6 месеци, једна казна затвора од 6 месеци до једне године и 13 условних осуда.

Након анализе казнене политике уочено је да ово кривично дело учествује веома ниско у укупној структури криминалитета, да се статистика суда и тужилаштва (у делу у којем се ради о истим задатим параметрима) углавном поклапа, да су 20% кривичних дела учинили родитељи у саизвршилаштву, да је присутно понављање дела од стране истих учинилаца (у једном случају суд је изрекао две условне казне истом лицу у две узастопне године), да су жене у већем проценту извршиоци овог кривичног дела, што се поклапа и са статистиком на републичком нивоу, да оштећена лица и

други родитељ веома ретко подносе кривичне пријаве-забележена су свега 4 случаја, да обустава поступка, примене опортунитета и мера безбедности није било, да је донета једна ослобађајућа пресуда, као и да је за члан 193 став 2 у периоду од 2010. до 2016. године поднета једна оптужба и донета једна осуђујућа пресуда.

## 7. Закључак

Здрава породична средина је неопходна претпоставка правилног развоја детета и амбијент у којем родитељи усмеравају своје детете ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва. Осим тога, брига о деци, њихово подизање, васпитање и образовање, као и старање о интересима детета је природна, морална и законска обавеза родитеља. Међутим, како није могуће да на једној страни постоје само права, а на другој само обавезе, тако и деца морају поштовати родитеље. Не треба заборавити да из породице креће поштовање ауторитета и уколико дете не поштује своје родитеље, како се од њега може очекивати поштовање наставника, вршњака, а касније и партнера. Зато треба бити опрезан приликом инкриминисања одређених понашања родитеља као кривичног дела запуштање и злостављање малолетног лица, јер су могућности за злоупотребу бројне. Неконтролисано санкционисање би могло изазвати контраефекте, довести до поверавања деце социјалним установама и разбијања породице, при чему не треба губити из вида да процесуирање родитеља није увек у најбољем интересу детета.

Међутим, интервенисање државе некада је неопходно и представља једини начин превазилажења конфликтног односа и отклањања узрока проблема. Иако централно место у моделу заштите деце има породичноправна и социјална заштита и постоје различита гледишта о оправданости, обиму и домашају државне интервенције у породични живот и односе између родитеља и деце, у озбиљним случајевима угрожавања развоја детета и његовог интегритета, оправдана је примена репресивних механизма државе. Међутим, имајући у виду осетљиву сферу породичних односа, држави би требало оставити контролисан простор и ограничитимогућноступлитања државе у односе родитеља и деце, као и опсег права (моћи) која су појединцу допуштена приликом обављања улоге родитеља и дисциплиновања деце. Неспорно је да насиље не сме бити образац понашања ни у једној средини, а посебно у породичној, али не треба губити из вида да се изричитом забраном сваког вида телесног кажњавања, ништа битно неће променити, јер не



може се свест мењати кривичним правом, нити сваки проблем решавати кривичноправном инкриминацијом. Законе треба доносити када захтеви већине то оправдавају и када су у питању понашања чија се друштвена опасност не доводи у сумњу. Насупрот томе, често имамо ситуацију да се глорификовањем појединачних случајева покушавају створити вештачки услови за прописивање нових кривичних дела.

## Литература

Конвенција о правима детета (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори* бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ- међународни уговори* бр. 4/96 и 2/97)

Кривични законик (*Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016)

Породични закон (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015)

Устав (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006)

Вајић Франјо, *Kazneno pravo – Opći dio*, Zagreb

Ишпановић-Радојковић В., Игњатовић Т. (2011), *Заштита детета од злостављања и занемаривања, Примена Општег протокола*, Београд, Центар за права детета

Јовановић Љ. (1983), *Кривично право-посебни део*, Београд

Костић М. (2004), Поглед на историју развитка кривичноправне заштите детета код нас, *Пешчаник II – часопис за историографију архивистику и хуманистичке науке*, Историјски архив града Ниша,

Лазаревић Љ. (2011), *Коментар кривичног законика*, Београд

Лукић М., Јовановић С. (2003), *Насиље у породици: нова инкриминација*, Аутономни женски центар

Љубојев Н. (2008), *Заштита детета од злостављања и занемаривања у породици*, Нови Сад

Милосављевић-Ђукић И. (2015), *Функционисање здравственог, правосудног и система социјалне заштите у заштити деце од злостављања и занемаривања*, докторска дисертација, Београд, Универзитет у Београду, Факултет политичких наука

Павлов Л. (2015), *Кривично дело запуштање и злостављање малолетног лица*, завршни рад, Нови Сад, Универзитет у Новом Саду Правни факултет,

Стојановић З.(2009), *Коментар Кривичног законика*, Београд

Ћоровић Е. (2012), *Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece: da li je reč o osno-  
vu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili o nasilju nad decom*, *Crimen* br.2

**Mirjana Sredojević,**

*PhD student,*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

## **CRIMINAL LAW PROTECTION OF MINORS FROM NEGLECT AND ABUSE**

### **Summary**

*The paper analyzes the issues that may occur in defining certain types of conduct as a criminal offense of neglect and abuse of minors. Yet, criminal legislation shall come into play only as ultima ratio, particularly considering the sensitive sphere and privacy of family relations, the importance of educational function of the family in building the child's personality, the existing measures in other areas of law that ensure the best interest of minors, and the consequences of punishment for this criminal offense. However, criminal intervention is justified in cases where parents, guardians or care-takers grossly neglect their duty and abuse the children, thus causing the state of child neglect and harmful consequences for child's development.*

*The paper first provides a historical overview of the development of protection mechanisms at the national and international levels, and discusses the conceptual distinction between neglect and abuse. The author further analyzes legal protection of children from abuse and neglect, legal provisions on this crime, its elements and forms, as well as the current foreign solutions. The paper then focuses on the distinction between this criminal offence and other similar offences, given the fact that the legal definition of the criminal offense of neglect and abuse of minors may include elements of some other offenses falling into the group of criminal offenses against the rights and freedoms of man and citizen, or offences against marriage and family. In order to analyze the judicial practice and occurrence of this crime in our society, the author explores the penal policy of the Basic Court in Novi Sad and the Basic Public Prosecutor's Office in Novi Sad, in the period from 2010 to 2016, pertaining to the criminal offense of neglect and abuse of minors.*

**Keywords:** *criminal protection, neglect and abuse of minors, judicial authorities.*

**Др Снежана Бркић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776271B

UDK: 343.139(497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **МОГУЋНОСТИ И ГРАНИЦЕ АМЕРИКАНИЗАЦИЈЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА ПРЕМА ЗКП СРБИЈЕ ИЗ 2011. ГОДИНЕ**

**Апстракт:** *Тема овог рада сагледана је у контексту општег процеса глобализације, који углавном тече у правцу американизације преосталих делова света у свим важним областима друштвеног живота. У правној области постоји тенденција све већег приближавања континенталних права англосаксонском праву. То потврђује и нови ЗКП Србије из 2011. године. У фокусу рада је увођење адверзијалног концепта главног претреса. Аутор показује да за то није постојала стварна потреба и да је реч о некритичком преузимању једне установе из англосаксонског права, која је истргнута од свог изворишта у коме је потекла. Она није примерена нашој правној традицији и процесној култури. Осим тога, њена регулатива је неконсеквентна, непотпуна и непрецизна.*

**Кључне речи:** *глобализација, американизација, адверзијални главни претрес, начело истине, доказни поступак, унакрсно испитивање.*

### **1. Екскурс о глобализацији**

На обликовање националног законодавства утичу различити фактори, међу којима значајно место заузима достигнути степен друштвеног, економског, културног и политичког развоја дате земље, као и правна традиција. Међутим, треба имати у виду да ниједан правни систем не представља изоловану појаву, која не би узела у обзир и дешавања у окружењу. О томе сведоче и најранији писани извори. Свакако да су данас ти утицаји још већи, јер живимо у ери опште глобализације. Глобализација

---

\* sbrkic@pf.uns.ac.rs

је новији термин, који се јавио у теоријским расправама крајем осамдесетих и почетком деведесетих година двадесетог века. Међутим, сама појава коју означава та реч уопште није нова. Идеја глобализације се циклично јављала кроз историју и везивала се углавном за поједине велике империје. Она подразумева феномен растућих интегративних процеса на ширем нивоу. Томе погодује развој нових технологија, посебно телекомуникација, који доводи до “компресије времена и простора, односно до омогућавања лакших контаката међу људима без обзира на физичку удаљеност, као и бржи проток информација” (Дабовић, 2007: 9). Текућа етапа овог процеса, у којој су интензивирани напори у правцу разних облика интеграција у планетарним размерама, често се назива фазом “турбо-глобализације” (Дабовић, 2007: 11).

Феномен глобализације је истовремено и хваљен и оспораван. Ипак, чини нам се да критичара глобализације има све више. Евидентно је да процес глобализације углавном тече у правцу унификације и американизације на светском нивоу. Тако се амерички економски, политички, правни и културни образац намеће као узор у читавом свету. Досадашња пракса “турбо-глобализације” није ништа друго него покушај американизације незападних друштава, било да је реч о земљама у транзицији или о земљама захваћеним тзв. „арапским пролећем“ (Šuvaković, Kragović, 2015: 300). У том смислу, глобализација је само маска за успостављање и одржавање америчке хегемоније на светском нивоу и на свим пољима. Неки аутори примећују да су чак и они глобалистички напори који су наизглед чињени са добрим намерама често имали супротне ефекте (Stiglic, 2002: 22). Други закључују да глобализација може да буде продуктивна, хуманистичка и напредна једино ако се посматра као јединство у различитостима (Šuvaković, Kragović, 2015: 299). Здрава и дуготрајна интеграција може се постићи само неговањем културних диверзитета свих етнија.

Процеси глобализације нису мимоишли ни правну област, у којој се све више губи разлика између међународног и унутрашњег права. Међутим, овде неће бити речи о иначе друштвено оправданом процесу трансформације националних законодавстава са циљем њиховог усклађивања са међународним правним стандардима. Овде ће бити реч о утицају неких националних законодавстава на друге државе, које олако преузимају туђе правне установе, па чак и читав правни систем. Та појава најчешће се означава термином рецепција права, али и правна акултурација (Karbonije, 1992: 192) и правна трансплантација (Вотсон, 2010: 53). Можда бисмо најшире теоријске основе за објашњење овог друштвеног процеса могли наћи у Тардовом закону имитације, којим се покушава објаснити читава људска историја. Дакако да је претерано тврдити да се свако понашање

појединца или групе обликује по неком туђем моделу. Међутим, не можемо се отети утиску да је поменути механизам психосоцијалне интеракције заснован на имитирању и те како присутан у развоју савремених законодавстава. При томе се често туђа законска решења некритички преузимају, без обзира што нису сасвим уклопљива у постојећи правни и друштвени оквир земље-примаоца. Према Вотсону, једном од највећих заговорника тзв. теорије конвергенције, трансплантација је “најобилнији извор правног развитка”. Највећи број промена у већини система представља резултат позајмљивања (Вотсон, 2010: 145), што омогућава висок степен конвергенције између различитих правних система. При томе, Вотсон заступа тезу да је правна трансплантација веома лака, јер не постоји релевантна веза између права и друштва у коме оно делује (Вотсон, 2010: 146). Пошто право по њему није “огледало народа”, оно се може развијати и под утицајем сасвим маргиналних субјективних услова. Међутим, треба имати у виду да у теорији има и потпуно опречних мишљења.

## **2. Тенденција конвергенције два велика правна система**

Еволуција европскоконтиненталног и англосаксонског правног система је у знаку напуштања њихове првобитне јаке супротстављености и непомирљивости. Уместо раније оштре дистинкције међу њима, данас се све више говори о тенденцији њиховог међусобног приближавања. Ипак, тај процес је више једносмеран него двосмеран, јер је много чешћи случај да континентална права преузимају неке установе из англосаксонског права, а не обрнуто. Према неким проценама, око трећине човечанства је мање-више претрпело утицај енглеског права (Поповић, 2007: 139).

Поменути тренд потврђује и развој савремених кривичнопроцесних законодавстава. У мешовити тип кривичног поступка,<sup>1</sup> који је карактеристичан за европскоконтинентална права, све више продиру адверзијални елементи, који су одлика акузаторског модела кривичног поступка у англосаксонском праву. То је последица општих глобалистичких тенденција, као и потраге за оним страним правним установама које би могле представљати ефикасније решење кризе система кривичног правосуђа. Да је акузаторски модел кривичног поступка ефикаснији од мешовитог типа, сведоче судске статистике о дужини трајања тих

---

1 Понекад се европскоконтинентални тип кривичног поступка означава као инквизиторски (Мајић, 2012: 193), што није тачно. Иако тај модел садржи одређене инквизиторске елементе, нарочито у фази судске истраге, он заправо представља један мешовити систем (тако и Шкулић, 2014: 13).

поступака, као и пракса Европског суда за људска права у вези са повредом права на суђење у разумном року (Plić, 2008: 40–42).

У контексту наведених прагматичних аргумената, не треба да чуди што су многе земље у транзицији пригрлиле неке адверзијалне установе, које нису у складу са њиховом правном традицијом. У том погледу ни наше право не представља изузетак. Још пре десетак година неки наши аутори су предвиђали да се ти процеси не могу зауставити и да наше право не може остати изван њиховог утицаја (Ђурђић, 2008: 35). Заокрет нашег кривичног процесног права према англосаксонским решењима био је благо наговештен још 2001. године, настављен је 2009. године а кулминирао је 2011. године, увођењем адверзијалног главног претреса.

### **3. Осам корака до негирања потребе за адверзијалним главним претресом**

Расправу о могућностима и границама американизације главног претреса према ЗКП из 2011. године започећемо постављањем неколико питања. Сваким одговором на неко од тих питања можемо се мало више приближити централној теми овог рада и наслутити одговарајуће закључке. Такву методологију смо применили, пре свега, због тога да бисмо оповргли аргументацију коју користе редактори законског текста да би оправдали увођење адверзијалног главног претреса. Крајње поједностављено, њихово образложење своди се на следеће: прелазак на тужилачки модел истраге захтева и промену главног претреса, односно његову адверзализацију; адверзијални главни претрес претпоставља напуштање традиционално укорењеног начела (материјалне) истине; начело (материјалне) истине нам није неопходно, јер ни до сада није гарантовало постизање истинитих резултата и јер је апсолутна истина недостижна (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 33, 44).

#### **3.1. Да ли модел главног претреса зависи од модела истраге?**

Одлучујући заокрет нашег законодавца према јавнотужилачком моделу истраге, наметнуо је још једно спорно питање: да ли таква промена истражног модела мора бити праћена и промењеним концептом главног претреса. Према једном становишту, јавнотужилачка истрага не би била неспојива са моделом главног претреса који је карактеристичан за европскоконтинентална права. Према другом мишљењу, прелазак на тужилачку истрагу нужно захтева “адверзализацију” главног претреса. Адверзијални карактер имају оне процесне установе код којих је изузетно

изражена доказна активност странака, које воде “двобој” пред судом као пасивним и неутралним арбитром.<sup>2</sup> Дакле, адверзијалност почива на поимању кривичног поступка као спора између супротстављених странака, што је класична либералистичка поставка (Damaška, 2004: 7). Наведено становиште оправдава се потребом укидања инквизиторских елемената не само у фази истраге, него и на главном претресу (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 44). Поборници овог схватања истичу да теза да суд треба само да одлучује а не и да истражује, подједнако важи и за истрагу и за главни претрес. Другим речима, утврђивање чињеничног стања сматра се задатком странака, а не суда. То значи да суд треба да остане пасиван у доказном поступку а да се доказно активирају странке. Приликом припремања ЗКП из 2011. године превагнуло је ово друго мишљење. Зато данас имамо и сасвим другачију физиономију главног претреса, који је постао потпуно адверзијалан. Ту промену чак сматрамо радикалнијом од промене модела истраге, али је не сматрамо нужном.

Ми се придружујемо првом схватању и као пример таквог успешног споја наводимо немачко право, у коме је својевремено уведена тужилачка истрага а задржан стари, континентални модел главног претреса. Истрага и главни претрес су сегменти једног сложеног динамичког система, који припадају различито структурираним и циљно оријентисаним деловима кривичне процедуре. Зато су у начелу могуће њихове различите комбинације. Спровођење ових процесних фаза може се поверити различитим субјектима. Тиме смо далеко од тврдње да истрага и главни претрес нису ни у каквој функционалној вези и да постоји апсолутна слобода законодавца при њиховом обликовању. Тиме само хоћемо да кажемо да избор између судског и тужилачког модела истраге не мора имати никакве везе са концепцијом главног претреса. Прецизније, увођење тужилачке истраге не може служити као изговор за увођење адверзијалног главног претреса, ако у прилог томе иначе не говоре неки други аргументи.

Осим тога, баратање са функцијом истраживања и функцијом одлучивања као аргументима у овој расправи може пре да замагли ствари него да их расветли. Функција истраживања у фази истраге није неспојива са функцијом одлучивања у тој истој фази. Нема опасности од концентрације функције истраживања и функције одлучивања у току истраге у рукама једног органа – суда, јер истражни судија не одлучује о основаности кривичноправног захтева. Нespoјивост између функције истраживања и функције одлучивања постоји само на релацији истрага–главни претрес. За очување непристрасности суда који треба да изрекне пресуду, довољна

<sup>2</sup> Придев „адверзијални“ потиче од лат. речи *adversativus* (супротан) и енглеске речи *adversary* (противник, непријатељ), односно придева *adversative* (супротан).

је примена законских одредаба о обавезном изузећу судије који је у истом предмету вршио истражне радње.

Исто тако, нису међусобно неспојиве функција истраживања и функција одлучивања на главном претресу. Напротив, оне су међусобно тесно повезане и заједно утичу на исход поступка. Непосредни циљ кривичног поступка је примена кривичног материјалног права у конкретном случају. До тог циља долазимо преко радњи одлучивања, којима суд применом одговарајуће правне норме на утврђено чињенично стање утврђује (изриче) право у конкретном случају. Одлучивању увек претходи утврђивање чињеничног стања путем доказних радњи. Функција истраживања на главном претресу своди се управо на предузимање доказних радњи. Ми заиста не видимо да би суд на главном претресу био неподобан за вршење ове функције и да би се она из принципијелних разлога требала преbacити на странке. Напротив, по нашем мишљењу, сасвим је логично и оправдано да се радње доказивања и радње одлучивања стичу у истом субјекту – суду, који ће самом себи стварати чињеничну основу за изрицање пресуде. То, наравно, не значи да странке својим радњама не могу утицати на утврђивање чињеничног стања. Штавише, пожељно је да функција истраживања на главном претресу буде пропраћена елементима начела контрадикторности.

Даље се наводи да је прелазак на нови концепт главног претреса неопходан ради елиминисања прикривене пристрасности суда. Каже се да суд који је дужан да трага за евентуално постојећим доказима, несвесно а временом и полусвесно, стаје на страну јавног тужиоца. Одбрана тако уместо једног, добија и другог, много опаснијег тужиоца у поступку (Мајић, 2012: 196). Ми се не бисмо могли сложити са тврдњом да доказна активност суда на главном претресу сама по себи доводи у питање његову непристрасност. Наиме, суд је у условима важења начела истине дужан да са подједнаком пажњом утврђује како чињенице које иду на штету окривљеног, тако и оне које му иду у корист. Та његова обавеза управо штити интересе окривљеног. Зато је у литератури суд често навођен као носилац тзв. материјалне (Грubač, 2011: 179), односно допунске одбране окривљеног (Бркић, 2014: 187). Осим тога, наведена аргументација изгледа нам крајње лицемерна. Ако је окривљени раније требало да се плаши од доказне активности суда, као незаинтересованог, независног и непристрасног органа, који упорно трага за истином, како ће му тек бити у новом моделу поступка? Ако је окривљени лаик а нема браниоца, он ће бити препуштен на милост и немилост јавном тужиоцу, који није ни незаинтересован, ни независан орган. При томе не треба изгубити из вида две чињенице: а) стручна одбрана окривљеног није обавезна у скраћеном поступку, а он се води у 80% случајева; б) уставни



положај јавног тужиоца не обезбеђује му независност, а угрожава начелно прокламовану самосталност. Зато нам се чини претераном тврдња да је успостављање новог модела поступка препознато као "*conditio sine qua non* рађања новог, независног и непристрасног суда у Србији, који на овим просторима, поштено говорећи, никада није добио своју праву шансу" (Мајић, 2012: 203).

Да закључимо: нити је доказно пасиван судија нужно непристрасан судија, нити је доказно активан судија нужно пристрасан судија. Главни узрок евентуалне судијске пристрасности у континенталном моделу није доказна активност суда, већ детаљно упознавање са списима предмета из претходног стадијума поступка и раније датим исказима сведока, што може довести до формирања предубеђења и пре самог суђења (Вајовић, 2015: 103). И обрнуто: оно што највише доприноси непристрасности суда у англосаксонском праву је доследно спроведено начело непосредности и ускраћивање пороти било каквих информација пре суђења.

### **3.2. Да ли је могућа истина у кривичном поступку?**

Да бисмо могли одговорити на горње питање, неопходно је претходно одредити шта је то истина. Међутим, веома је тешко постићи консензус о томе. То је последица чињенице да је истина један комплексан феномен који се може сагледати из разних углова. Већина аутора који разматрају феномен истине у филозофском смислу слажу се у томе да се апсолутна истина, схваћена као потпуна подударност између знања (свести) и предмета, не може спознати. Међутим, то није разлог за заузимање скептичког става и по питању да ли је могућа истина у кривичном поступку. Суд се у кривичном поступку не бави утврђивањем свих могућих околности под којима је кривично дело извршено, већ само утврђивањем правнорелевантних чињеница, а оне се у највећем броју случајева ипак могу доказати. Додуше, истина до које се дошло у кривичном поступку је релативна и субјективна (Vasiljević, 1981: 320). Када би она била апсолутна, за њу би био довољан само један доказ и била би искључена могућност преиспитивања правилности и потпуности утврђеног чињеничног стања у жалбеном поступку. Та истина је субјективна, јер из исте доказне грађе различите судије могу долазити до различитог уверења о (не)постојању одређених чињеница. Субјективизам је присутан како на страни органа који изводи и/или цени доказе, тако и на страни саслушаваних лица, с обзиром на могућност постојања различитих ограничења у погледу перцепције, памћења и репродуковања опаженог материјала. Осим тога, могућност откривања истине у поступку често ограничавају одређени правни оквири кривичне процедуре (нпр., доказне забране, забрана

преиначења на штету окривљеног; забрана понављања кривичног поступка на штету окривљеног, итд.). Без обзира на неповољно дејство свих наведених фактора, остајемо при тврдњи да је истина у кривичном поступку достижна.

### ***3.3. Да ли је нам је потребно начело (материјалне) истине?***

До сада је у нашем праву важило начело (материјалне) истине, према којем је суд био дужан да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке.<sup>3</sup> У теорији се често указивало на то да та истина треба да има посебне квалитете по којима се разликује од истине утврђене у неким другим поступцима. Терминолошки се та разлика покривала дистинкцијама између материјалне истине, којој стреме кривични поступци, и формалне истине, којом се задовољавају парнични поступци (Grubač, 2011: 255). У једном делу процесне теорије критикована је употреба атрибута материјална, јер се у филозофском смислу може говорити само о једној истини, која или постоји или не постоји.

До сада је најјачу брану од продора англосаксонских установа у наше право представљало управо начело (материјалне) истине. Зато је најсигурнији пут до увођења адверзијалног главног претреса ишао преко укидања тог начела. Тако смо 2011. године добили наш први процесни закон који више не прокламује начело истине. Такав потез законодавца правда се позивањем на релативност и субјективност судске истине, као и на бројне изузетке од тог начела, који су одувек на својеврстан начин ограничавали његово дејство (Мајић, 2012: 197). Редактори законског текста истичу да прокламација тог начела не представља гаранцију ма какве истиносне вредности резултата. Они минимализују стварни значај тог начела тврдњом да је оно више одражавало настојање него учинак и да је имало више етички него логички карактер (Бељански, Илић, Мајић, 2011: 14). Дакле, сматра се да од тог начела и није било неке веће користи, те да је оно само доприносило пасивности јавног тужиоца, који се углавном ослањао на доказну активност суда.

Теоријску подлогу за такве реформске захвате савремених законодавстава представљају неке правносоциолошке теорије које покушавају да сагледају суштину судских поступака не прихватајући *a priori* став о истини као њиховом циљу. Истина се ту не посматра као вредност по себи, већ као “социјални механизам који има одређене учинке” и испуњава одређене функције. Учинак истине у социјалном саобраћају је преношење редуциране комплексности, и у том смислу она је функционално еквивалентна

---

3 Чл. 17 ЗКП из 2001. године.

механизму моћи. Отуда се циљ правно регулисаних процедура огледа у придавању редукацији комплексности својства интерсубјективне преносивости – било помоћу истине, било стварањем легитимне моћи одлучивања (Luhmann, 1992: 41). Дакле, овде се у исту раван са једним суштинским критеријумом (истина), ставља један формални критеријум (легитимна процедура). Како се легитимност процедуре по правилу повезује са обезбеђењем права на правично суђење, не треба да нас чуди што је начело истине уступило место начелу правичног суђења, које се често сматра врховним процесним начелом (Кгарас, 2010: 79). Слажемо се са тврдњом да су неприхватљиве све теорије које негирају истину као циљ поступка: оне имају плитке темеље, јер је суштина кривичног поступка у трагању за правдом, а правде нема без истине (Давидов, 2017: 107). Уместо начела истине уведена је нова одредба, према којој је терет доказивања оптужбе на тужиоцу.<sup>4</sup> Последица укидања начела истине огледа се у скоро потпуној доказној пасивности суда. Суд, који више нема обавезу да истинито и потпуно утврђује чињенице у кривичном поступку, по правилу одређује извођење само оних доказа које предложи странке. Такво решење може да буде веома штетно, како са становишта интереса окривљеног, тако и са становишта јавног интереса. Наиме, окривљени који нема браниоца тешко ће моћи да парира јавном тужиоцу, а изгубиће досадашњи ослонац у суду. Осим тога, сасвим је извесно да се у таквим условима неће увек моћи остварити циљ прокламован у чл. 1 ЗКП: да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне санкција. Свакако да осуђивање невиних лица а ослобађање правих учинилаца кривичних дела није ни у јавном интересу.

### ***3.4. Да ли је делотворна одредба о изузетној доказној активности суда?***

Према новом ЗКП из 2011. године суд није изгубио баш све прерогативе у доказном поступку, али су они рудиментарни и периферни. Наиме, суд изузетно може да изађе из оквира доказних предлога странака. Међутим, та могућност је постављена крајње рестриктивно: ако суд оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.<sup>5</sup> Ова одредба може бити предмет оправдане критике, и то из више разлога. Прво, по одлуци суда могу се изводити само они докази који су у функцији отклањања противречности или нејасноћа у доказима који су већ изведени. Али, суд нема ту могућност

---

<sup>4</sup> Чл. 15 Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.

<sup>5</sup> Чл. 15, ст. 4 ЗКП из 2011. године.

у погледу утврђивања оних чињеница у погледу којих нису били изведени неки докази. Друго, интервенција суда у доказном поступку предвиђена је као његово право, али не и обавеза. Зато суд можда неће бити спреман да користи ово право ако нема дужност утврђивања истине. Треће, нелогичан је начин активирања суда: он примарно даје налог странци да предложи допунске доказе, а тек изузетно сам одређује да се такви докази изведу. Најжешћу критику овог законског решења упутио је Шкулић, наводећи да та одредба “на малиган начин тешко ‘инфицира’ и ‘трује’ цео текст ЗКП” (Шкулић, Илић, 2012: 76).

Одредба о изузетној доказној активности суда треба да се тумачи у склопу правила о терету доказивања. Извођењем доказа *ex officio* не би се смео надомештати дефицит у доказној активности тужиоца (Мајић, 2012: 202). То значи да суд не би смео изводити оне доказе који би довели до осуде окривљеног у ситуацији када тужилац није понудио такав доказ. У том случају суд би требало да донесе ослобађајућу пресуду позивом на начело *in dubio pro reo*.

### **3.5. Шта је извориште адверзијалног концепта главног претреса?**

Приликом рецепције страног права није довољно посматрати само неку изоловану правну установу, која нам се чини атрактивном из неких принципијелних или прагматичних разлога. Треба размотрити и шири друштвени, историјски, економски, политички или културни контекст у коме је та установа изворно поникла и развијала се. Такође, треба је сагледати и кроз призму целокупног правног система државе-даваоца у смислу препознавања њене евентуалне функционалне повезаности са другим деловима тог система. Можда су разлози за њено установљење потпуно различити од оних којима се руководи земља-прималац. “Треба водити рачуна и о том хоће ли та увезена нормативна биљка процветати кад је пресадимо у правосудно тло из којег није органски израсла” (Данаšка, 2010: 823). У том смислу веома је важно спознати њено право извориште.

Историјски посматрано, адверзијални модел главног претреса настао је и до данас се одржао у вези са поротним суђењем у англосаксонском праву, у коме је раздвојено одлучивање о чињеничним (порота) и о правним питањима (професионални судија). Судија по позиву уопште не сноси одговорност за правилност пресуде, јер није ни учествовао у одлучивању о (не)постојању кривичног дела. Порота сноси више моралну, него правну одговорност за правилност пресуде, јер нити је дужна да образлаже своју одлуку, нити се та одлука подвргава испитивању у жалбеном поступку, осим изузетно. Порота не може постављати питања саслушаваним лицима,

а професионалном судији је лако да одржи своју пасивност, јер не сноси одговорност за пресуду а лишен је било каквих претходних информација о предмету, због доследно спроведеног начела непосредности. Одговорност за исход кривичног поступка у крајњој линији сноси јавни тужилац, чија професионална или политичка каријера може бити угрожена због неуспеха у доказивању оптужбе “изван разумне сумње”.

### ***3.6. Да ли је адверзијални концепт главног претреса примерен нашој правној традицији и процесној култури?***

Иако је адверзијални модел главног претреса нераздвојно повезан са поротним системом суђења, као својим извориштем, наш законодавац приликом преузимања концепта главног претреса није преузео и англосаксонску пороту. А говорити о адверзијалном главном претресу без пороте, исто је као говорити о Ромеу без Јулије (Damaška, 2006: 7). Дакле, нови модел главног претреса је пресађен у сасвим другачији европскоконтинентални амбијент, којег одликује и морална и правна одговорност професионалног судије за утврђено чињенично стање. Пошто је он дужан да образложи своју одлуку и пошто одлука може бити побијана у жалби, нормално је оставити му слободу да и сам утврђује чињенице. Његова доказна активност на главном претресу може бити потпомогнута претходним знањем које има о предмету, будући да начело непосредности није реализовано у пуном обиму и да му се достављају истражни списи са записницима о раније датим исказима сведока. Зато се констатује да је трансформација доказно активног континенталног судије у пасивног арбитра драматично “психолошки тешка”, јер кад му се одузме улога утврђивања чињеница а остане му одговорност за пресуду, запашће у моралну дилему (Damaška, 2010: 824). Дакле, адверзијални главни претрес уопште није примерен нашем правном систему и нашој правној традицији, без обзира што је укинута начело истине. Он не води рачуна о затченој процесној култури, која се заснива на традиционалним предоцбама о функцијама суда и о његовој одговорности за утврђено чињенично стање.

### ***3.7. Да ли је адверзијални концепт главног претреса консеквентно спроведен?***

Без обзира на очигледну спремност нашег законодавца на радикални раскид са нашом правном традицијом, адверзијални концепт главног претреса ипак није консеквентно спроведен. У прилог ове тезе навешћемо само неколико примера:

а) Адверзијални концепт главног претреса почива на доследно спроведеном начелу непосредности. Наш ЗКП то није обезбедио, јер постоји могућност коришћења истражних записника на главном претресу. То значи да су несудски докази практично изједначени са судским доказима. Тиме се фаворизује само једна странка – јавни тужилац, коме се омогућава да посредно уведе у поступак доказе које је сам извео у истрази на неконтрадикторан начин (некад и без присуства осумњиченог).

б) Са новим режимом унакрсног испитивања сведока и вештака на главном претресу нису усклађене одредбе о записничком констатовању тока главног претреса. У нашем кривичном поступку се и даље води традиционални записник у који председник већа диктира оно што сматра битним за предмет (осим у поступку за дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности). То потпуно обесмишљава модел унакрсног испитивања, који претпоставља вођење стенографских белешки или тонско снимање.

в) ЗКП омогућава да председник већа увек постави питање које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на питање постављено од стране других учесника у поступку. То може бити озбиљан ометајући фактор унакрсног испитивања, јер председник већа не зна циљ који жели постићи испитивач, тако да може прерано поставити неко питање и тиме осујетити очекивани исход унакрсног испитивања.

г) У изворном моделу унакрсног испитивања не постоји могућност давања спонтаног исказа сведока. Међутим, наш законодавац је увео унакрсно испитивање, а задржао одредбу по којој се сведок прво позива да изнесе све што му је о предмету познато. То је неспојиво са сврхом основног и унакрсног испитивања.

д) У англосаксонском праву оштећени може да се појави само у својству сведока. У нашем праву он има статус споредног процесног субјекта и учествује у унакрсном испитивању, и то како сведока оптужбе, тако и сведока одбране.

д) У општим одредбама о сведоку ЗКП предвиђа могућност постављања питања сведоку само онда ако је то потребно ради провере, допуне или разјашњења исказа. То је супротно природи унакрсног испитивања, на које супротна странка увек има право.

ђ) Адверзијални главни претрес заснива се на равноправности странака, а ње може бити само ако окривљени увек има браниоца. Међутим, наш ЗКП не предвиђа обавезну стручну одбрану у сваком случају.

е) Задржавање жалбеног основа за побијање пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања није у складу са промовисаном доказном пасивношћу суда. Апсурдно је да се странка жали по наведеном основу ако је сама одговорна за пропусте у утврђивању чињеница.

### ***3.8. Да ли су прецизно регулисана сва питања адверзијалног главног претреса?***

Не можемо се отети утиску да је до увођења новог модела главног претреса дошло помало исхитрено и недовољно промишљено. О томе сведочи и чињеница да наш законодавац није нашао за сходно да прецизно регулише сва отворена питања која се с тим у вези могу поставити. Тако, нпр., за разлику од обимне и веома детаљне регулативе унакрсног испитивања у англосаксонском праву, ми о томе имамо једну једину законску одредбу. Овде ћемо навести само неколико питања која би законодавац морао да регулише: а) лимитирано или нелимитирано унакрсно испитивање; б) ко има право на постављање додатних питања и којим редоследом; в) установа “непријатељских сведока”; г) могућност унакрсног испитивања сведока којег је предложио други саоптужени; д) могућност унакрсног испитивања сведока којег је одредио суд по службеној дужности.

## **4. Закључак**

Најрадикалнија промена коју нам је донео нови ЗКП из 2011. године не односи се на фазу истраге, већ на фазу главног претреса. Уведен је адверзијални модел главног претреса, који почива на укидању начела (материјалне) истине и на скоро потпуној доказној пасивности суда. Уместо тога, промовише се доказна активност странака, како у фази предлагања, тако и у фази извођења доказа. Такав модел главног претреса некритички је преузет из англосаксонског права. Његово извориште је у поротном систему суђења, који није заступљен у нашем праву. Стога такав концепт главног претреса није примерен нашој правној традицији и процесној култури. Он није ни прецизно, ни консеквентно регулисан, тако да има међусобно неспојивих и недоречених одредаба. Мислимо да није било преке потребе за тако радикалним променама нашег кривичног поступка. Иначе, у последње време продор адверзарних елемената у континенталне мешовите поступке постао је не само уобичајен, него и веома популаран. Том инвазивном таласу национална законодавства тешко се одупиру. Иако нисмо априорни противници рецепције англосаксонских установа у континенталне кривичне поступке, мислимо да томе треба прибегавати опрезно и у малим хомеопатским дозама, које имају своје оправдање

у легитимно постављеним циљевима, а које не доводе у питање сврху кривичног поступка. У том смислу, национално процесно законодавство би у процесу своје реформе требало да изгради један одбрамбени механизам у виду селективнопропустљиве мембране, која би га штитила од продора оних страних елемената који се не могу природно уклопити у структуру домаћег правног система. Склоп адверзарних елемената у нашем новом ЗКП није подобан да послужи остварењу прокламованог циља кривичног поступка, који у нашем законодавству постоји већ сто педесет година.

## Литература

Bajović, V. (2015). *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Бељански, С., Илић, П. Г., Мајић, М. (2011), Предговор. У *Законик о кривичном поступку* (стр. 7–63). Београд: ЈП Службени гласник

Бркић, С. (2014). *Кривично процесно право I*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду

Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija

Вотсон, А. (2010). *Правни транспланти. Приступ упоредном праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Grubač, M. (2011). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP Službeni glasnik

Дабовић, Д. (2007). *Глобализација права. Усклађивање права у савременом свету*. Београд: ЈП Службени гласник

Damaška, M. (2010). Hrvatski dokazni postupak u poredbenom svjetlu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 2(XVII). 821–837.

Damaška, M. (2006). Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. 1(XIII). 3–15.

Давидов, С. (2017). *Расправа о кривичном поступку. Има ли правде без истине?*. Нови Сад: Светионик

Ђурђић, V. (2008). Krivično pravosuđe Srbije danas – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka. U *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (str. 26–35). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava



Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2011), 101 (2011), 121 (2012), 32 (2013), 45 (2013), 55 (2014)

Плић, Р. Г. (2008). Кривични поступак између потреба и могућности. У *Prati li krivično zakonodavstvo društvene i ekonomske promene u Srbiji?* (стр. 36–49). Београд: Београдски центар за људска права

Карбоније, Ж. (1992). *Pravna sociologija*. Sremski Karlovci – Novi Sad: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića

Красас, Д. (2010). *Kazneno procesno pravo, prva knjiga, Institucije*. Загреб: Informator

Luhmann, N. (1992). *Legitimacija kroz proceduru*. Загреб: Naprijed

Мајић, М. (2012). Напуштање инквизитorskог модела кривичног поступка као нужан корак у стварању непристрасног кривичног суда у Србији. У А. Петровић и И. Јовановић (Ur.), *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (стр. 192–203). Београд: Мисија OEBS у Србији

Поповић, Д. (2007). *Увод у упоредно право*. Београд: ЈП Службени гласник

Stiglic, E. Dž. (2002). *Protivrečnosti globalizacije*. Београд: SBM-x

Стевановић, Б. (2008). *Политичка култура и културни идентитети у Србији и на Балкану*. Ниш: Филозофски факултет Универзитета у Нишу

Шкулић, М. (2014). *Кривично процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио

Škulić, M. (2006). Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku. *Pravni život*. 9. 587–611.

Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Нови Законик о кривичном поступку Србије. Реформа у стилу "један корак напред – два корака назад"*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Правни факултет Универзитета у Београду

Švaković, U., Kragović, B. (2015). Globalizacija i kulturni identiteti. У V. Vukotić i dr. (Ur.), *Globalizacija i kultura*. Београд: Centar za ekonomska istraživanja Instituta društvenih nauka

**Snežana Brkić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

**POSSIBILITIES AND LIMITATIONS OF AMERICANIZATION OF TRIAL  
PROCEEDINGS UNDER THE 2011 SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE**

**Summary**

*National legislation is not an isolated phenomenon which would ignore the developments in its environment. In that context, we can discuss the tendency that certain European-Continental procedures are drawing closer to the Anglo-Saxon law. Some authors even point to the Americanization of the European-Continental law as a certain form of globalization in the field of law. This trend is prominent in all the states of former Yugoslav, including Serbia. The 2011 Criminal Procedure Code of Serbia introduced the adversarial trial procedure, which is marked by an almost completely passive role of the court in fact-finding proceedings and a formal abandonment of the principle of establishing the truth. The author raises several questions: Was there a real need for this? What was gained and what was lost by introducing this type of procedure? Were all the prerequisites fulfilled? What hybrid solutions were adopted? Which provisions are imprecise, incomplete and contradictory, and which are unjustifiably absent or unchanged? The author argues that uncritical transplantation of foreign procedural solutions into the Serbian national legislation, or their non-compliance with the traditional procedural principles can be counterproductive. Not only can it constitute an artificial outgrowth without major practical effects, but sometimes it can be even devastating from the standpoint of an adequate protection of interests of certain participants in criminal procedure.*

**Keywords:** *trial proceedings, Americanization of European-Continental procedures, Serbian Criminal Procedure Code 2011.*

**Др Младенка Говедарица,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776287G

UDK: 347.932(497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ПРАВО НА СУЂЕЊЕ БЕЗ ОДГАЂАЊА**

**Апстракт:** *Право на суђење без одгађања постављено је као законско начело које се блиско веже за стандард разумног рока. Готово сва права стоје на начелу да се припреме за суђење и сама расправа пред судом морају обавити у што краћем времену како би задирање државне власти у лична права грађана било што мање (Кгарас, 1995: 128). Сходно томе, Закон о кривичном поступку Републике Српске чланом 13 предвиђа да осумњичени, односно оптужени има право да у најкраћем разумном року буде изведен пред независан и непристрасан суд и да му буде суђено без одлагања. Поред тога исти члан предвиђа да је суд дужан да поступак спроведе без одуговлачења, као и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку. У сагласности са тим законодавац је установио рокове који се морају поштовати у предузимању кривичнопроцесних радњи, а све у циљу остваривања начела суђења без одгађања, односно постизања правичности поступка.*

*Значај начела појачава и пракса Европског суда за људска права у Стразбуру (Strasbourg), о чему свједочи велики број заузетих ставова по овоме питању, а што се чини посебно важним јесте утврђивање критерија на основу којих се процјењује стандард "разуман рок".*

**Кључне ријечи:** *право, начело, суђење, независан и непристрасан суд, разуман рок.*

---

\* govedaricam@yahoo.com

Право на суђење без одгађања предвиђа члан 14, став 3 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, док Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода у члану 6, став 1 говори о суђењу у разумном року. Законодавства простора бивше Југославије ово право осумњиченог, односно оптуженог прописују као право на суђење без одгађања (одлагања) или право на суђење у разумном року. Без обзира на законску терминологију ово право у суштини садржи забрану одуговлачења кривичног поступка на начин да се осумњиченом, односно оптуженом гарантује ефикасност поступка у циљу утврђивања да ли има или не његове кривице у извршењу кривичног дјела, с једне стране, док, с друге стране, оштећеном се ствара могућност праведног обештећења као и моралне сатисфакције у краћем временском интервалу. Поред тога, у интересу државних органа јесте ефикасан кривични поступак који уз то бива и економичан са циљем остваривања специјалне и генералне превенције.

Дакле, значај начела је вишеструк и као такав од стране Европског суда за људска права у Стразбуру добио је критеријуме за процјену стандарда "разумног рока": тежину и сложеност кривичног предмета (с обзиром на комплексност овог критерија, значај се даје одређеном броју фактора као што су природа чињеница коју треба утврдити, број оптужених особа и свједока, потреба да се прибаве списи са суђења које је обављено у другој земљи или повезаност са другим предметима); поступање странака (тужиоца и оптуженог) пред судом; поступање судских и других државних органа; просјечна оптерећеност судова (Сијерчић Чолић, 2005: 72).

Везано за појам разумног рока намеће се питање од ког тренутка се почиње рачунати? У једном предмету, Суд је утврдио да се вријеме почиње рачунати од тренутка када је дато "званично обавјештење појединцу од стране надлежног органа да постоји тврдња да је он извршио кривично дјело" (De Weer против Белгије (1980) – Gomien, 1998: 48), у другом предмету Суд је додао и даље одређење "да је тиме положај (осумњиченог) битно погођен" (Eckle против СР Њемачке (1982) – Gomien, 1998: 48), што је у ствари исти стандард који се примјењује када треба утврдити да ли је неко оптужен за кривично дјело. Такође, разуман рок може тећи од тренутка када надлежни органи предузму мјеру која у значајној мјери утиче на стање особе и којом се та особа лишава сигурности коју ужива сваки грађанин који поштује закон (Jacobs and White, 1996: 144).

Оно што се чини интересантним јесте то да Суд сматра да и претјерана краткоћа поступка може довести у питање разуман рок суђења, претпоставку невиности, те право на одбрану. Интереси осумњиченог,

односно оптуженог у вези са најбржом могућом одлуком морају се вагати у односу на захтјеве брижљиве провере и исправног вођења поступка. Захтјев за спровођење овог начела мора се довести у склад са начелом истине. Није обезбијеђена правна сигурност грађана ако је поступак брз а непотпун, нити ако траје несразмјерно дуго, успоравајући поступак у другим кривичним стварима. Зато циљ мора бити да се нађе права мјера у остваривању овог начела. Пракса показује да је неекономичност поступка и суђење ван разумног рока у највећем броју случајева проузроковано лошим радом судија и слабом организацијом суда (Симовић, 2016: 298). Сама брзина судског поступка је увијек пожељна, али не по сваку цијену, јер би се тада могла претворити у свој антипод – у штетну брзоплетост и неке облике тзв. пријеког суда, који су незамисливи у демократским друштвима и њиховим правним системима (Шкулић, 2012: 137).

Дакле, када се процијењује да ли је релевантан период разуман, суд би нарочито морао водити рачуна о понашању државних власти (судских и државних органа). Уколико би се радило о одлагању поступка од стране државе, то би могло представљати кршење захтјева за разумним роком, односно кршење начела суђења без одгађања (Пресуда Vernillo, А. 198, 1991, стр. 13, и пресуда Pierazzini, а. 231-С, 1992, стр. 30 – P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, 2001: 419). Дакле, ако би суд или тужилац као главни процесни субјекти или други представници државних органа неким својим радњама (недовољном припремљеношћу судије за суђење због недовољног проучавања списка, недовољним диференцирањем важних и мање важних ствари од стране судије, што често доводи до некритичког прихватања приједлога странака за извођење доказа због бојазни да у поступку по жалби не дође до укидања пресуде (Радуловић, 2009: 42), беспотребним одлагањем или прекидањем главног претреса, или неоправданим промјенама тужиоца у току поступка и сл.) одуговлачили поступак то би свакако било кршење начела суђења без одгађања.

С друге стране, ако је осумњичени, односно оптужени допринео дужем трајању поступка својим неоправданим неодржавањем позиву, ако се бранио са слободе, или је до тога дошло услијед честе промјене браниоца, односно на други начин, који се очигледно може довести у везу са његовом вољом (субјективни аспект), тако и са његовим конкретним поступцима (објективни аспект), онда се, под условом да се не може уочити неоправдано одлагање вођења поступка од стране суда или допринос одлагању од стране других службених актера поступка (прије свега тужиоца), не може говорити о повреди права осумњиченог, односно оптуженог на суђење у разумном року, односно на повреду суђења без одгађања (Шкулић, 2011: 113). Видимо да колико год ефикасност кривичног поступка зависила од

законодавца, она још више зависи од суда и других субјеката који учествују у кривичном поступку. Самим тим може се говорити о двије групе фактора од којих зависи практична реализација начела суђења у разумном року, односно права на суђење без одгађања, као и ефикасност кривичног поступка као цјелине. Прво, то су нормативни фактори садржани у квалитету законске норме, а друго, субјективни фактори који се тичу процесних субјеката који те законске норме треба да реализују (Бејатовић, 2014: 117).

У погледу комплексности предмета тешко је уопштено говорити јер ту може бити више разлога, као нпр. природа чињеница које треба утврдити, број оптужених лица и свједока, потреба прибављања списка са суђења које је обављено у другој земљи, повезаност са другим предметима те интервенције других лица у поступку. Произлази да сама комплексност предмета може бити посљедица споја правних и чињеничних питања.

Произлази да је питање, да ли је поступак вођен и окончан у разумном року *quaestio facti*. Општи критериј за оцјену о томе шта је то разуман рок могуће је установити питањима: да ли су радње предузете у одређеним роковима, је ли оптужба квалитетно обликована, припремљена за извођење доказа или се ти докази тек траже након подизања оптужнице, да ли је одбрани омогућено да припреми одбрану или је доведена у неједнак положај, потом да ли је суд био припремљен за вођење поступка без одуговлачења и најзад је ли било несавјесности и злоупотреба процесних права учесника у поступку (Раџић, 2001: 51–52). Дакле, да ли је суђено у разумном року, односно да ли је испоштовано право на суђење без одгађања – представља фактичко питање које се мора рјешавати у сваком конкретном случају у зависности од тежине кривичног дјела и других обиљежја конкретног кривичног случаја и узимањем у обзир ставова Европског суда за људска права по том питању (Бејатовић, 2014: 116–117).

Нормативни фактори који штите право на суђење без одлагања првенствено се везују за рокове у којима се налаже предузимање одређених процесних радњи од стране процесних субјеката: тако имамо да истрага не може трајати дуже од шест мјесеци, рок у коме судија за претходно саслушање мора одлучити о свим или појединим тачкама оптужнице не може бити дужи од осам дана, право на претходне приговоре од стране оптуженог који уколико се изјављују морају поштовати рок од петнаест дана, позив за изјашњавање о кривици који такође не може прећи рок од петнаест дана, те низ других законских рокова који су непромјењиви и неподложни било каквом одступању од њих. Код судских рокова, гдје је слобода суда за њиховим одређивањем израженија, такође се мора водити рачуна да

суд у сваком конкретном случају одреди најкраћи рок који је потребан за извршење одређене радње. Тумачећи ову обавезу суда не би се смјело догодити да рок који суд одреди буде дужи од самог законског рока за сличну процесну радњу, нпр. рок за исправку непотпуне жалбе да буде дужи од законског рока за улагање жалбе, тј. од петнаест дана (Јекић, 2003: 47).

Ово начело подразумијева и свако спречавање могуће злоупотребе права од стране лица која учествују у поступку, а све у циљу спровођења поступка од стране суда без одуговлачења. Злоупотреба права странака настаје због тога што се објективни циљеви поступка и субјективни циљеви странака у поступку не слажу. Суд тежи правилној пресуди, таквој би пресуди требало да тежи и тужилац (то се не догађа увијек), осумњичени, односно оптужени тежи пресуди која је за њега повољна, без обзира да ли је правилна (Васиљевић, 1981: 254–255).

Стварно спречавање злоупотребе права пада на суд, јер закон само прописује, односно ствара могућност за спречавање, а на суду је да то и спроведе. Закон овакву могућност ствара кроз одредбе о роковима у поступку, установом одлагања и прекидања главног претреса, те најзад кроз овлашћења суда да приступи и новчаним кажњавањима уколико странке својим поступцима очигледно желе одуговлачити кривични поступак, односно ако крше начело лојалности и поштења учесника у поступку, тј. врше процесне злоупотребе. Тако, Закон о кривичном поступку Републике Српске прописује кажњавање и тужиоца као представника државног органа у кривичном поступку новчаном казном,<sup>1</sup> као и браниоца, односно свједока и вјештака. Законик о кривичном поступку Србије остао је досљедан ранијим рјешењима која предвиђају новчано кажњавање горе побројаних субјеката, изузев јавног тужиоца као представника државног органа.<sup>2</sup>

---

1 Члан 260, став 2 Закона о кривичном поступку Републике Српске прописује да судија, предсједник вијећа може изрећи новчану казну до 5.000 КМ тужиоцу, односно лицу које га замјењује које се на уредно достављен позив суда није одазвало и није оправдало свој изостанак (“Службени гласник Републике Српске”, број: 53/12).

2 Члан 379 Законика о кривичном поступку Србије прописује ако на главни претрес, који је заказан на основу оптужнице јавног тужиоца, не дође јавни тужилац или лице које га замјењује, предсједник вијећа ће о томе обавијестити надлежног јавног тужиоца и затражити да одмах одреди замјену. Ако то није могуће, предсједник вијећа ће одредити да се главни претрес не одржи и о томе ће обавијестити надлежног јавног тужиоца и Државно вијеће тужилаца, који имају обавезу да обавијесте суд о предузетим мјерама (“Службени гласник Републике Србије”, број: 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

Кроз литературу, спречавање злоупотребе права би се могло подвести и под начело процесне економије, којим се дефинише да кривични поступак по својој архитектоници и по свом практичном извођењу треба да буде такав да са што мањим губитком времена, и са што мањим трошковима доведе до остваривања кривичнопроцесног задатка, тј. до расвјетљавања и рјешења кривичне ствари (Димитријевић, Стефановић Златић, Лазин, 1990: 54). Самим тим, начело права суђења без одгађања (суђење у разумном року) у себи би акумулирало начело процесне економије и начело лојалности и поштења учесника у поступку (сузбијање процесних злоупотреба), а добрим дијелом је и сегмент начела одбране и начела истине.

Оно обавезује све државне органе и друге процесне субјекте да кривичнопроцесне радње обаве у што краћем времену и без сувишних трошкова, чиме се доприноси у борби против криминалитета (Милошевић, Стевановић, 1997: 70). Претпоставке за остваривање процесне економије обезбјеђују се, у првом реду, самим законом, избјегавањем процесних форми које нису неопходне, успоравају поступак и повећавају трошкове. Прописивање рокова за предузимање процесних радњи, предвиђање одређених одступања од појединих процесних начела, установљавање посебних сумарних поступака за суђење лакших кривичних дјела, мјере за поправљање неправилних процесних радњи, правила о континуитету и концентрацији обављања процесних радњи и сличних мјера и правила – има за циљ да омогући економичан и рационалан поступак (Грубач, 2008: 213).

Дакле, начело процесне економије се састоји у постављању кривичног поступка тако да се са што мањим губитком времена, са што мањим радом и са што мање трошкова оствари како непосредан циљ сваке процесне радње, тако и коначни циљ добијања правилне и правичне пресуде (Васиљевић, 1981: 253).

Такође, начело суђења без одлагања поред осврта на термин “разуман рок”, те питања спречавања злоупотребе права предвиђа и свођење трајања притвора на најкраће нужно вријеме. Европска конвенција стриктно предвиђа у свом члану 5, став 3 да свако ко је у притвору или ухапшен мора у најкраћем року бити суђен или пуштен на слободу. Стандард суђења без одлагања мора се цијенити према строжим критеријима када се особа налази у притвору. Прихватајући те строже критерије за поступање у притворским предметима, суд је у могућности да позитивно утиче на право осумњиченог, односно оптуженог да у најкраћем разумном року буде изведен пред суд и да му буде суђено без одлагања, као и да таквим поступањем, трајање притвора своди на најкраће нужно вријеме (Сијерчић



Чолић, 2005: 74). Суђење без одлагања код трајања мјере притвора је у тој мјери подигнуто на висок ниво да се увијек мора дати предност суђења особи која је у притвору у односу на суђење особе која се брани са слободе (Предмет Wemhoff против СР Њемачке 1968 – Gomien, 1998: 34).

## Литература

Бејатовић, С. (2014). Кривично процесно право, Београд: Јавно предузеће “Службени гласник”.

Васиљевић, Т. (1981). Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд: “Савремена администрација”.

Gomien, D. (1998). *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju, Strasbourg; Evropska izdanja.*

Грубач, М. (2008). Кривично процесно право, Београд: Правни факултет Универзитета Унион, Јавно предузеће “Службени гласник”.

Димитријевић, Д., Стефановић Златић, М., Лазин, Ђ. (1990). Кривично процесно право, Београд: “Научна књига”.

Јекић, З. (2003). Кривично процесно право, Београд: Графичко предузеће “Димитрије Давидовић”.

Jacobs and White (1996). *The European Convention on human rights, Clarendon Press.*

Крас, Д. (1995). *Engleski kazneni postupak, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.*

Кнежевић, С. (2012). Основна начела кривичног процесног права, Ниш: Студентски културни центар Ниш.

Милошевић, М., Стевановић, Ч. (1997). Кривично процесно право, Београд: Полицијска академија у Београду.

Pavišić, B. (2001). *Komentar zakona o kaznenom postupku, Rijeka.*

P. van Dijk, G.J.H. van Hoof, (2001). *Theory and practice of the European convention on human rights, Sarajevo: Muller Sarajevo.*

Радуловић, Д. (2009). Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе, Подгорица: Правни факултет у Подгорици.

Симовић, М. (2016). Кривично процесно право, Увод и општи дио, Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу.

Sijerčić Čolić, H. (2005). *Komentari zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo: Vijeće Evrope.*

Шкулић, М. (2012). Кривично процесно право, Подгорица: CID Podgorica.

Шкулић, М. (2011). Коментар Законика о кривичном поступку, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће "Службени гласник".

**Mladenka Govedarica, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

### **THE RIGHT TO BE TRIED WITHOUT UNDUE DELAY**

#### **Summary**

*The right to be tried without undue delay is set as a legal principle that is closely related to the right to be tried within a reasonable time. Nearly all rights are based on the principle that preparation for trial and trial proceedings before the competent court must be performed as soon as possible in order to preclude unnecessary interference of state authorities in citizens' personal rights. Accordingly, the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbian stipulates in Article 13 that the suspect or the accused has the right to be brought before an independent and impartial tribunal within the shortest reasonable time and to be tried without undue delay. This Article also provides that the court is obliged to conduct the proceedings without delay and prevent any abuse of the rights that the participants in the proceedings are entitled to. Accordingly, the legislator has established time limits that must be observed in the course of taking criminal procedure actions, for the purpose of ensuring fair proceedings and exercising the legal standard to be tried without undue delay. The importance of this principle is reinforced by the judicial practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg, whose case law provides ample examples of judicial opinions on this issue. In particular, it seems important to establish the specific criteria for assessing the "reasonable time" standard.*

**Keywords:** *right, principle, independent and impartial tribunal, reasonable time, trial without undue delay.*

**Dr Saša Knežević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

**Dr. Vanda Božić,**  
Znanstveni suradnik, Pravni fakultet,  
Univerzitet u Zagrebu

**Dr Željko Nikac,**  
Redovni profesor Kriminalističko-policijske akademije,  
Univerzitet u Beogradu

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776295K

UDK: 343.431

Раd примљен: 01.10.2017.

Раd прихваћен: 30.11.2017.

## **GLOBALNI I REGIONALNI ASPEKT PRAVNOG I INSTITUCIONALNOG OKVIRA ZA SUZBIJANJE TRGOVINE LJUDIMA\*\***

**Apstrakt:** Trgovina ljudima, jedan od najučestalijih pojava oblika organizovanog kriminaliteta, danas s razvijenom mrežom trgovaca obuhvata veliki broj žrtava i poprima transnacionalni karakter. Posebno su pogođene nerazvijene države i zemlje u tranziciji što je slučaj i sa jugoistočnom Evropom, među kojima su i države bivše Jugoslavije. Region ima značajan geostrategijski položaj preko kojeg prolaze važni međunarodni kriminalni putevi ka razvijenim zemljama zapadne Evrope. Autori razmatraju pravni i institucionalni okvir država regiona, analiziraju pojedina legislativna rešenja, ukazuju na njihove nedostatke i usklađenost sa međunarodnim standardima. U radu je učinjena analiza i dat je prikaz žrtava trgovine ljudima na području Republike Srbije i Republike Hrvatske, te je učinjen osvrt na oblike iskorišćavanja. Nadalje, skrenuta je pažnja na međunarodnu krivičnopravnu saradnju država regiona koja je od presudnog značaja za

---

\* knez@prafak.ni.ac.rs, vanda.bozic@pravo.hr, zeljko.nikac@kpa.edu.rs.

\*\* This research has been fully supported by the Croatian Science Foundation, under the project No. 1949 *Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition-Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime*.

\*\* This paper is the result of the research on Project *Development of institutional capacity, standards and procedures for countering organized crime and terrorism in the conditions of international integration*, Ministry of Education and Science of the RS No. 179045 and Internal Project *Management of the police organization in preventing and combating the threat of security in the Republic of Serbia*, 2015–2019.

*suzbijanje trgovine ljudima, te za stabilnost samog regiona i Evrope. U zaključnim razmatranjima navedeni su predlozi de lege ferenda sa ciljem što efikasnijeg suzbijanja trgovine ljudima.*

**Ključne reči:** *trgovina ljudima, suzbijanje, pravni i institucionalni okvir, region, EU.*

## 1. Uvod

*Trafficking in human beings* je nesporno jedan od najtežih pojava oblika organiziranog kriminaliteta u savremenom svetu. Danas to više nije izolovani problem pojedinih država i regiona, već pre svega *globalni problem* i iznad svega ozbiljna pretnja razvijenom svetu. U pitanju je jedan od najtežih zločina u modernom društvu koji u ogromnoj meri uznemirava javnost, jer se u središtu trgovine ljudima nalaze najčešće mlade devojke i deca kao najranjivije socijalne grupe. Problem trgovine ljudima je dodatno uvećan činjenicom da u brojnim zemljama dugo nije bilo valjane pravne regulative i adekvatnog pojmovnog određenja, pa su umesto trgovine ljudima ova krivična dela dugo bila pravno kvalifikovana kao krijumčarenje ljudi, akti prostitucije i sl. (Dimitrijević, Kostić, Knežević, 2011).

Trgovina ljudima, kao jedan od oblika kriminaliteta, ima svoje dimenzije: fenomenološku, etiološku i viktimološku. *Fenomen* trgovine ljudima obuhvata više različitih pojava oblika koji su doživeli evoluciju tokom vremena i prilagodili se savremenom društvu. Podela pojava oblika trgovine ljudima je uglavnom funkcionalna te preovlađuju radna i seksualna eksploatacija. U pogledu *etiologije* trgovine ljudima preovlađuju ekonomski faktori i to pre svega siromaštvo, nezaposlenost i ekonomska kriza u nerazvijenim državama i zemljama u tranziciji. Od ostalih uzroka i uslova trgovine ljudima značajni su neravnopravnost polova i diskriminacija žena, nizak stepen obrazovanja žrtava, kulturni nivo zajednice, korupcija. Trgovci ljudima vešto koriste aktuelnu tešku ekonomsko-socijalnu situaciju u društvu pa se kao *žrtve* trgovine ljudima uglavnom pojavljuju mladi ljudi, naročito žene i devojke, zatim deca, kojima su ugrožena osnovna ljudska prava i građanske slobode.

Prostor zapadnog Balkana je veoma značajna *kriminalna ruta* krijumčarenja i ilegalne trgovine ljudima, životinjama i retkim biljkama, narkoticima, oružjem i drugim profitabilnim robama. Region je most između bogatih konzumenata zapadne Evrope i žrtava, odnosno robe iz siromašnih delova istočne Evrope i Dalekog Istoka. Trgovci ljudima i ostali iz miljea organizovanog kriminala koriste teško istorijsko nasleđe i druge specifičnosti regiona kao što su: minuli ratni sukobi i tragične posledice, tranzicija, krhke državne institucije, veoma izražena korupcija i neefikasni mehanizmi kontrole.

*Društveni odgovor* na izazove, rizike i pretnje trgovine ljudima i ostalim pojavnim oblicima organizovanog kriminaliteta je najpre na unutrašnjem, a potom na regionalnom i širem međunarodnom planu u formi mehanizama saradnje, usvajanja međunarodnih dokumenata i aktivnosti specijalizovanih međunarodnih organizacija. Na nacionalnom nivou u suzbijanju trgovine ljudima je najvažniji multiagencijski pristup i saradnja državnih organa, pre svih, policije, carine, vojske, inspeksijskih i drugih nadležnih službi. Na regionalnom nivou od posebne važnosti su razmena informacija, zajedničke operacije i drugi mehanizmi saradnje zainteresovanih država. Na širem međunarodnom planu borba protiv trgovine ljudima polazi od međunarodnog legislativnog okvira i harmonizovanog nacionalnog zakonodavstva, te međunarodne operativne saradnje organa za primenu zakona i specijalizovanih agencija.

## **2. Trgovina ljudima kao oblik organizovanog kriminaliteta**

**a)** *Organizovani kriminalitet* je pored terorizma najopasniji pojavni oblik kriminaliteta sa kojim se susreće moderno društvo u mirnodopskim uslovima. Nastao je sredinom XX veka na teritoriji SAD, odakle se proširio na ostale zemlje sveta, pre svega razvijene i bogate države zapadne Evrope. Organizovani kriminalitet danas ne poznaje državne granice i fizičke barijere jer se organizovane kriminalne grupe iz različitih država povezuju radi ostvarenja profita, čime dobiva *transnacionalni karakter* (Nikač, 2015: 48–54). Ovaj pojavni oblik kriminaliteta predstavlja stalnu pretnju za bezbednost građana i stabilnost svake zemlje, kao i međunarodne zajednice u celini. U kontekstu metodologije izvršenja krivičnih dela organizatori i izvršioc i organizovanog kriminaliteta imaju za cilj ostvarenje maksimalnog profita, uz najmanje štetnih posledica, legalizaciju kriminalne dobiti i politički uticaj u zajednici i organima vlasti (Božić, Nikač, 2017: 429–447).

*Stanje i kretanje organizovanog kriminaliteta* pokazuje da je ovaj pojavni oblik u stalnoj ekspanziji i da su danas posebno ugrožene nerazvijene države i zemlje u tranziciji. Nakon pada Berlinskog zida došlo je do kopernikanskih promena i tranzicije u državama nekadašnjeg socijalističkog bloka, te nastanka mafije „postkomunističkog društva“ (Horvatić, 2002: 11). Talas tranzicije proširio se i na nekadašnje republike u sastavu SFRJ, koju je prethodno pogodilo ratni sukob, što je pogodovalo razvoju organizovanih kriminalnih grupa i njihovom povezivanju u regionu.

*Pojavni oblici* organizovanog kriminaliteta prilagođavali su se društvenim promenama i uslovima, tako da danas imaju znatno sofisticiranije forme i oblike ispoljavanja. Mišljenje autora je da danas preovlađuju trgovina narkoticima, korupcija, pranje novca i trgovina ljudima kao najčešći pojavni oblici organizovanog kriminaliteta (Božić, 2016: 285–300).

*Ilegalni promet i trgovina opojnim drogama* su danas nesporno "hit" u svetu jer narko kartelima donose enormnu zaradu, dok sa sobom ne nose preveliki rizik za šefove kriminalnih organizacija. Razgranata mrežna organizacija funkcionise po hijerarhiji od proizvođača, preko preprodavaca, vlasnika skladišta, pa do transportne infrastrukture ka krajnjim konzumentima. Ogromna finansijska moć narko mafije pruža mogućnost uticaja u državama i utiče na kreiranje javnosti.

*Korupcija* je globalni društveni fenomen koji se prevashodno vezuje za poslovanje u privredi i obuhvata: promet roba i usluga, industriju i građevinarstvo, banke i druge finansijske ustanove, osiguranje. U neprivrednim delatnostima korupcija obuhvata državne organe, javne službe, zapošljavanje i krivična dela protiv službene dužnosti (Poup, 2004: 3). Posebno je značajna sprega između politike, korupcije i kriminala (Božić, Kesić, 2016: 455–483).

*Pranje novca* je oblik organizovanog kriminaliteta kojim se prikriva postojanje i poreklo nelegalno stečenih sredstava uključivanjem u legalne finansijske tokove sa ciljem legalizacije, daljeg korišćenja sredstava i izbegavanja kazne. Legalizacija prljavog novca je posebno prisutna u okviru ilegalne trgovine narkoticima i oružjem, organizovanja kockarnica, prostitucije, reketiranja, privatizacije kapitala u zemljama u tranziciji i kod utaje poreza (Bošković, 2005: 23).

**b) Trgovina ljudima** je jedan od najtežih pojava oblika organizovanog kriminaliteta koji predstavlja zločin iz korpusa krivičnih dela protiv čovečnosti, najčešće sa elementom inostranosti što mu daje transnacionalni karakter. Pojam trgovine ljudima je normativno-pravno određen u međunarodnim dokumentima i nacionalnom krivičnom zakonodavstvu država, o čemu će biti više reči kasnije.

Pojam trgovine ljudima detaljnije određuju Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo konvencija)<sup>1</sup> i Dopunski protokoli (I-III) usvojeni radi njene primene: I – Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, II – Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom<sup>2</sup> i III – Protokol protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom.<sup>3</sup> Konvenciju i protokole su potpisale i ratifikovale brojne države i nekadašnja SFRJ, te države naslednice među kojima su Srbija

1 UN Convention against Transnational Organized Crime, 2000, UN, Treaty Series, vol. 2225.

2 Zakon o ratifikaciji UN Konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokola I-II, "Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori" br. 06/01, Beograd 2001.

3 Zakon o ratifikaciji (III) Protokola protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom, „Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“ br.11/05.

i Hrvatska.<sup>4</sup> Protokol (I) za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, definiše *trgovinu ljudima* kao vrbovanje, prevoz, transfer, pružanje utočišta i prihvata lica, pomoću pretnje ili upotrebe sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, zloupotrebe vlasti ili položaja bespomoćnosti ili davanje ili primanje plaćanja ili sredstava da bi se privolela osoba koja ima kontrolu nad drugom osobom, u svrhu izrabljivanja koje uključuje iskorišćavanje prostituisanja ili drugih oblika seksualnog iskorišćavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili odnose slične ropstvu, potčinjavanje ili odstranjivanje organa.<sup>5</sup> U osnovi trgovine ljudima je *eksploatacija* minimalno određena kao eksploatacija prostitucije drugih lica ili drugih oblika seksualne eksploatacije, prinudni rad ili služba, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, *servitut* ili uklanjanje organa (Nikač, 2016: 159–176). Pristanak žrtve, posebno dece, tretira se kao pravno irelevantan i bez značaja za postojanje trgovine ljudima. Kao najvažniji *elementi* trgovine ljudima navode se: a) *radnja* (vrbovanje, prevoz, transfer, skrivanje ili prihvata lica), b) *sredstva* (pretnja ili upotreba sile ili drugih oblika prinude, otmica, prevara, obmana, zloupotreba vlasti ili položaja bespomoćnosti, davanje ili primanje isplata ili povlastica da bi se privolela osoba koja ima kontrolu nad drugom osobom) i c) *svrha* (iskorišćavanje, iskorišćavanje prostituisanja drugih lica ili drugi oblik seksualnog iskorišćavanja, prisilni rad ili usluge, ropstvo ili praksa sličnu ropstvu, pokornost ili uzimanje organa) (Božić, 2012). Dominantni kriterijum za kvalifikaciju krivičnog dela trgovine ljudima su *sredstva* koja trgovci ljudima koriste u izvršenju, uvažavajući i ostale elemente. Prema pravnom shvatanju Saveta Evrope, neophodni elementi za postojanje krivičnog dela trgovanja ljudima čine kombinaciju više različitih aktivnosti, jer nisu rezultat delovanja samo jednog odvojenog elementa.<sup>6</sup>

Polazeći od ciljeva, najčešći *pojavi oblici* trgovine ljudima su: a) radna eksploatacija, iskorišćavanje radi prosjačenja, prisilni rad (Božić, 2016: 335–352), b) uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa, c) iskorišćavanje radi prostitucije, pornografije i drugi oblici seksualne eksploatacije (Božić, 2016: 267–288), d) iskorišćavanje radi vršenja krivičnih dela, e) oduzimanje organa ili delova

---

4 Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprječavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovanja ljudima, posebice žena i djece, Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i zrakom te Protokola protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Narodne novine RH br.14/02,13/03 i 11/04.

5 Op. cit. u nap. 2.

6 Council of Europe 2005b, Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report, CETS No.197, p. 38,75–76. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF\\_Conv\\_197\\_Trafficking\\_Erev.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf), (21. 09. 2017)

tela (Božić, 2016: 625–657), f) korišćenje radi učešća u oružanim sukobima<sup>7</sup> i g) iskorišćavanje radi vršenja protivpravne radnje.<sup>8</sup> Pojavni oblici trgovine ljudima su skoro identično pravno određeni u krivičnim zakonodavstvima Srbije i Hrvatske, s tim što je u RH data dopuna koja se odnosi na iskorišćavanje radi “činjenja protupravne radnje”.

Trgovina ljudima obuhvata više *faza*: a) *vrbovanje*, b) *transport* i c) *eksploataciju* žrtava u različitim oblicima. Proces trgovine ljudima odvija se na širem području zemalja porekla, tranzita i krajnje destinacije (Božić, 2012). *Metodologija izvršenja* krivičnih dela trgovine ljudima obuhvata pre svega prevare žrtava lažnim obećanjima o atraktivnim poslovima u inostranstvu, na koji način se žrtve dovode u zabludu o stvarnom stanju obećanog posla i mestu krajnje destinacije. Žrtve se dalje transportuju utvrđenim i kontrolisanim kanalima od zemlje porekla do zemlje destinacije. *Modus operandi* uključuje i oduzimanje ličnih dokumenta žrtvama nakon čega one postaju lica bez identiteta i postaju potpuno zavisni od trgovca.

*Stanje i kretanje* trgovine ljudima u svetu je danas dosta zabrinjavajuće. Prema Izveštaju Kancelarije UN za droge i kriminal (UNODOC) o trgovini ljudima iz 2016. godine, oko 70% žrtava trgovine ljudima čine mlade žene i devojke.<sup>9</sup> Po podacima Međunarodne organizacije rada (ILO) godišnja zarada od prisilnog rada i pranja novca iznosi oko 150 milijardi dolara, od čega dve trećine potiče od seksualnog izrabljivanja na komercijalnoj osnovi.<sup>10</sup>

U pogledu država članica EU prema Izveštaju Evropske komisije registrovano je 15.846 žrtava trgovine ljudima. Među registrovanim žrtvama trgovine ljudima, najzastupljeniji oblik iskorišćavanja je seksualni (67 %), zatim izrabljivanje radnika (21 %) i na kraju drugi oblici iskorišćavanja (12%). Prema polu preovlađuju žene kao žrtve (76 %) i deca (15 %). Prema oficijelnoj statistici, u EU je registrovano ukupno 4.079 krivičnih predmeta i od toga 3.129 osuđujućih presuda zbog krivičnog dela trgovine ljudima.<sup>11</sup>

7 Čl. 388. Krivičnog zakonika RS, „*Službeni glasnik RS*“ br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16).

8 Čl. 106 Kaznenog zakona RH, *Narodne novine* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

9 Global Report on Trafficking in Persons 2016, United Nations, New York, 2016, dostupno na: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP\\_2016\\_full\\_report.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2016_full_report.pdf), (22. 09. 2017)

10 Izveštaj o borbi protiv trgovine ljudima u spoljnim odnosima EU (2015/2340(INI) od 13. 06. 2016, dostupno na: [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016\\_0205+0+DOC+XML+V0//HR#title2](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016_0205+0+DOC+XML+V0//HR#title2), (22. 09. 2017).

11 Izveštaj Komisije EP i Savetu, Bruxelles, 19. 05. 2016. COM(2016) 267 final



Stanje i kretanje trgovine ljudima na prostorima Hrvatske i Srbije biće podrobnije navedeno u formi analize i prikaza krivičnih dela u nacionalnim zakonodavstvima kao i istraženog broja žrtava prema vrstama eksploatacije. Podsećamo da su obe zemlje u međuvremenu promenile status od država tranzita žrtava (mladih žena) seksualne i radne eksploatacije, pa su danas zemlje krajnjeg odredišta, porekla i tranzitne zemlje. Promeni statusa doprineo je pre svega važan geografski položaj država unutar Regiona kao i težina i posledice trgovine ljudima.

### **3. Pravni okvir za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou**

**a) Međunarodnopravni okvir** za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou čine pojedine međunarodne konvencije, deklaracije, rezolucije i drugi međunarodni dokumenti koji su izvori prava u ovoj oblasti. Kao važniji ističu se Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta (Palermo konvencija),<sup>12</sup> zatim dopunski Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I)<sup>13</sup> i Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima.<sup>14</sup>

*Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (UNCATOC – UN Convention against Transnational Organised Crime)*<sup>15</sup> je *par excellence* međunarodni dokument u borbi protiv najtežih javnih oblika organizovanog kriminaliteta, usvojena 2000. godine u Palermu. U funkciji primene Konvencije doneti su Dopunski protokoli: Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I)<sup>16</sup>, Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom (Protokol II)<sup>17</sup> i Protokol

12 Op. cit. u nap. 1. UNTS vol. 2237, 2000.

13 Op. cit. u nap. 1. UNTS vol. 2237, 2000.

14 Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16/05/2005, (ETS br. 197), Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Evrope o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br.7/07, Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, "Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 19/09.

15 Op. cit. u nap. 1.

-Zakon o ratifikaciji Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta i Dopunskih protokola, "Сл. лист СРЈ – Међународни уговори" бр. 06/01, Београд 2001.

- Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta i Dopunskih protokola, RH, NN br.14/02,13/03 i 11/04.

16 Op. cit. u nap. 1.

17 Protokol II, "Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori" br. 06/01, Beograd 2001.

protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom (Protokol III).<sup>18</sup>

*Svrha* konvencije je *unapređenje saradnje* u borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Nikač, 2015: 265–290). Konvencija se primenjuje na prevenciju, istragu i sudsko gonjenje: a) teških zločina (krivičnih dela kažnjivih kaznom zatvora od min 4 g.), b) učešća u organizovanim kriminalnim grupama, c) pranja dobiti stečene kriminalom, d) korupcije i e) ometanja pravde kao krivičnog dela.<sup>19</sup> Pojam *transnacionalnog krivičnog dela* je detaljnije određen odredbama Konvencije, što je posebno važno u razmatranju trgovine ljudima. Borba protiv pranja novca (kriminalne dobiti), borba protiv korupcije, te procesnopravne odredbe (krivično gonjenje, suđenje i izricanje presude, konfiskacija imovine, međunarodna saradnja) temelj su na kojima treba počivati pravni okvir svake države članice.<sup>20</sup> U cilju harmonizacije normi RS je novelirala KZ<sup>21</sup> i ZKP,<sup>22</sup> usvojila ZONDOSOK,<sup>23</sup> Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela<sup>24</sup> i Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma.<sup>25</sup> Republika Hrvatska uskladila je svoje kazneno zakonodavstvo još prilikom ulaska u članstvo EU.<sup>26</sup>

Polazeći od ino elementa trgovine ljudima kao oblika transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, poseban značaj ima *međunarodna saradnja država potpisnica*. Konvencija predviđa posebna rešenja koja se odnose na jurisdikciju, ekstradiciju, transfer lica i uzajamnu pravnu pomoć (Nikač, 2015: 79–89). Značajan mehanizam u borbi protiv trgovine ljudima su Zajednički istražni timovi

18 Protokol III, „Sl. list SCG – Međunarodni ugovori“ br. 11/05.

19 Op. cit. u nap. 1, čl. 3.

20 *Ibid.*, čl. 5–14.

21 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

22 Zakon o krivičnom postupku (ZKP), Sl. glasnik RS, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

23 Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (ZONDOSOK), Sl. glasnik RS, br. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04 – dr. zakon, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11 – dr. zakon, 101/11–dr. zakon i 32/13.

24 Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, Službeni glasnik RS, br. 32/13.

25 Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, Sl. glasnik RS br. 20/09, 72/09 i 91/10.

Šire: Mijalković S., Bošković G., Nikač Ž., Međunarodno-pravni napori u sprečavanju finansiranja terorizma prljavim novcem, *Strani pravni život*, br. 01/11, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011.

26 Republika Hrvatska postala je članica EU 01. 07. 2013. te je svoje zakonodavstvo uskladila shodno poglavljima 23 i 24 EU.

(JIT – Joint Investigation Teams), rešenje koje su države potpisnice prihvatile u nacionalnim zakonodavstvima.<sup>27</sup> Na nivou EU usvojen je poseban *Priručnik za zajedničke istražne timove*<sup>28</sup> kao mehanizam za borbu protiv najtežih krivičnih dela organizovanog kriminala (Nikač, Božić, Simić, 2017).

Posebno značajan deo Konvencije odnosi se na uspostavljanje *specijalnih istražnih metoda i tehnika*<sup>29</sup> koji služe za dokazivanje najtežih krivičnih dela organizovanog kriminaliteta. Pomenute mehanizme države potpisnice inkorporirale su u svoje nacionalno zakonodavstvo kao važan *software* za borbu protiv organizovanog kriminaliteta, što su uradile i Srbija i Hrvatska navođenjem posebnih dokaznih radnji u ZKP.<sup>30</sup>

U borbi protiv trgovine ljudima i drugih najtežih pojava oblika transnacionalnog organizovanog kriminaliteta važno mesto zauzimaju i *procesni mehanizmi za podršku u krivičnom postupku*: prenos krivičnog postupka, sankcionisanje za ometanje pravde, zaštita svedoka, pomoć i zaštita žrtava.<sup>31</sup>

*Protokol za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, posebno žena i dece*, nesporno je najbitniji akt u legislativi Palermo konvencije koji ističe multigancijski i međunarodni pristup problemu trgovine ljudima u zemljama porekla, tranzita i finalnog odredišta. Mere prevencije trgovine ljudima i kažnjavanja lica koja se bave trgovinom ljudima, te pomoći i zaštite žrtava krucijalne su odredbe Protokola. Pomoć i podrška žrtvama trgovine ljudima odnosi se na mere poboljšanja uslova stanovanja, medicinsku, psihološku i materijalnu pomoć, obrazovanje i zaposlenje, informacije i savete. Žrtvama se posebno garantuju fizička sigurnost i materijalna potpora u skladu sa njihovim potrebama. Međusobna saradnja država zasniva se na razmeni informacija, zajedničkim aktivnostima graničnih službi i drugih organa, obuci kadrova, zaštiti putnih isprava i ličnih dokumenata.<sup>32</sup>

27 Republika Srbija je usvojila Zakon o međunarodno-pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (ZMPPKS) koji predviđa zajedničke istražne organe, „Sl.glasnik RS“ br. 20/09.

28 Dokument SE, Brisel, 04. 11. 2011, (15790/1/11, REV 1).

29 Op. cit. u nap. 1, čl. 20 i dalje.

30 Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Odluka i Rješenje USRH, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17.

Zakon o krivičnom postupku (ZKP), *Sl. glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

Prema ZKP kao *posebne dokazne radnje* (čl. 161–187) navode se: tajni nadzor komunikacija, tajno praćenje i snimanje, računarsko pretraživanje podataka, kontrolisane isporuke, prikriveni islednik i dr.

31 Op. cit. u nap. 1, čl. 21–27.

32 *Ibid.*, čl. 10–13.

*Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima* je usvojena sa ciljem suzbijanja i sprečavanja trgovine ljudima, zaštite ljudskih prava i pomoći žrtvama, zaštite svedoka, efikasne istrage, krivičnog gonjenja i unapređenja međunarodne saradnje u suzbijanju trgovine ljudima.<sup>33</sup> Konvencija tretira sve pojavne oblike trgovine ljudima na nacionalnom i međunarodnom nivou, a ne samo one povezane sa organizovanim kriminalitetom. Posebno se naglašavaju nediskriminacija i nepristrasnost u postupanju i merama zaštite žrtava u odnosu na pol, rasu, boju kože, jezik, veroispovest, političko uverenje, nacionalno i socijalno poreklo, rođenje i drugi status. Podrobnije su navedena rešenja koja se tiču dece i lica do 18 godina starosti kao žrtava trgovine ljudima.

Konvencija predviđa konkretne mere sprečavanja trgovine ljudima, saradnje, zaštite i unapređenja prava žrtava kojima se garantuje ravnopravnost polova. Navodi mere u oblasti krivičnog materijalnog prava koje obuhvataju pojedine pravne institute, pitanja kriminalizacije, odgovornosti i sankcija. Tu su i mere iz oblasti krivičnog procesnog prava koje obuhvataju pitanja istrage, krivičnog gonjenja i druga procesnopravna pitanja.

U dokumentu se još naglašavaju potreba saradnje sa civilnim društvom, međunarodna saradnja i mehanizmi za praćenje primene odredaba Konvencije (GRE-TA).<sup>34</sup>

**b) Nacionalni okvir** za suzbijanje trgovine ljudima čine norme krivičnog zakonodavstva država potpisnica, koje su po pravilu harmonizovane sa izloženim međunarodnim izvorima. Imajući u vidu zemlje porekla i rada autora ukazaćemo ukratko na krivičnopravni okvir Republike Hrvatske i Republike Srbije.

Prema čl. 106 Kaznenog zakona Republike Hrvatske<sup>35</sup> inkriminisana je trgovina ljudima kao krivično delo s propisanom kaznom zatvora od 1 do 10 godina za počinitelja koji uporabom sile ili prijetnje, obmanom, prijevarom, otmicom, zlouporabom ovlasti ili teškog položaja ili odnosa ovisnosti, davanjem ili primanjem novčane naknade ili druge koristi radi dobivanja pristanka osobe koja ima nadzor nad drugom osobom, ili na drugi način vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima osobu ili razmjenjuje ili prenosi nadzor nad osobom radi iskorištavanja njezinog rada putem prisilnog rada ili služenja, uspostavom ropstva ili njemu sličnog odnosa, ili radi njezinog iskorištavanja za prostituciju ili druge oblike spolnog iskorištavanja uključujući i pornografiju ili za sklapanje nedozvoljenog

33 Council of Europe Treaty Series – No.197+ Explanatory Report, Warsaw, 2005.

34 *Ibid.*

GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*) je osnovana pod okriljem Saveta Evrope kao nezavisno ekspertsko telo za praćenje primene Konvencije. [www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition](http://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition) (01. 10. 2017).

35 Kazneni zakon Republike Hrvatske, NN br.125/11, 144/12, 56/15, 61/15

ili prisilnog braka, ili radi uzimanja dijelova njezinog tijela, ili radi njezinog korištenja u oružanim sukobima ili radi činjenja protupravne radnje.<sup>36</sup> Istom kaznom kazniće se i tko vrbuje, preveze, prevede, skriva ili prima dijete ili razmjenjuje ili prenosi nadzor nad djetetom radi uzimanja dijelova njegovog tijela,<sup>37</sup> kao i tko koristi usluge žrtve znajući da je ona žrtva trgovanja ljudima.<sup>38</sup>

Izvršilac krivičnog dela trgovine ljudima čini ovo delo silom, pretnjom, prevarom ili otmicom na način da kupi, preveze, prevede, podstrekava ili posreduje u kupovini. Samo iskorišćavanje nije nužan elemenat ovog krivičnog dela, a ukoliko do njega dođe pravno će se tretirati kao otežavajuća okolnost. Napominjemo da sama žrtva trgovine ljudima nije krivično odgovorna.

*Za kvalifikovani oblik* ovog krivičnog dela, ako je izvršeno prema detetu, ili je krivično delo izvršilo službeno lice u obavljanju svoje službe, ili je delo izvršeno u odnosu na veći broj lica, ili je svesno doveden u opasnost život jednog ili više lica, predviđena je kazna zatvora od 3 do 15 godina.<sup>39</sup>

Zadržavanje, oduzimanje, skrivanje, te oštećenje ili uništenje putnih ili drugih isprava o identitetu s ciljem omogućavanja izvršenja krivičnog dela trgovine ljudima, kažnjivo je kaznom zatvora do 3 godine.<sup>40</sup>

Prema čl. 388 *Krivičnog zakonika Republike Srbije*<sup>41</sup> trgovina ljudima je inkriminirana kao krivično delo s propisanom kaznom zatvora od 3 do 12 godina za počinitelja koji silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima.<sup>42</sup> Kaznom zatvora od najmanje 5 godina, kazniće se izvršilac ako je krivično delo izvršeno prema maloletniku.<sup>43</sup>

---

36 *Ibid.*, čl. 106, st. 1.

37 *Ibid.*, čl. 106, st. 2.

38 *Ibid.*, čl. 106, st. 4.

39 *Ibid.*, čl. 106, st. 3.

40 *Ibid.*, čl. 106, st. 5.

41 Krivični zakonik Republike Srbije, „*Sl.glasnik RS*“ br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14, 94/16.

42 *Ibid.*, čl. 388, st. 1.

43 *Ibid.*, čl. 388, st. 3.

*Kvalifikovani oblik* krivičnog dela postoji ako je nastupila teška telesna povreda nekog lica<sup>44</sup> i ako je nastupila smrt jednog ili više lica. U prvom slučaju kvalifikatornog oblika propisana je kazna zatvora od najmanje 10 godina, dok je u drugom slučaju kazna zatvora od 5 do 15 godina. Dodajemo da kvalifikovani oblik postoji i u slučaju ako je delo izvršeno od strane grupe, gde je predviđena kazna zatvora od najmanje 5 godina.<sup>45</sup> Ako je delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, predviđena je kazna zatvora od najmanje 10 godina.<sup>46</sup>

Izvršilac koji zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogući iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije kazniće se kaznom zatvora od 6 meseci do 5 godina.<sup>47</sup> Ako je reč o maloletnom licu, predviđena je viša kazna zatvora i to od 1 do 8 godina.<sup>48</sup>

Uporednopravnom analizom rešenja iz Kaznenog zakona RH i Krivičnog zakonika RS, evidentno je da je zaprećena kazna u zakonodavstvu RS nešto stroža (veći donji i gornji zakonski posebni minimum), što je opravdano zbog težine ovog krivičnog dela. Mišljenja smo da kaznena politika u ovoj oblasti treba biti stroga jer su žrtvama trgovine ljudima ugrožena temeljna ljudska prava zaštićena međunarodnim normama.

#### **4. Institucionalni okvir za suzbijanje trgovine ljudima na globalnom i regionalnom nivou**

Na globalnom nivou institucionalni odgovor u suzbijanju trgovine ljudima uključuje međunarodne organizacije, kao što su Ujedinjene nacije (UN) i Međunarodna organizacija kriminalističke policije (Interpol). Na regionalnom nivou, posebno na starom kontinentu, institucionalni odgovor u suzbijanju trgovine ljudima polazi od Saveta Evrope kao krovne institucije i Evropskog policijskog ureda (Europol).

*Ujedinjene nacije (UN)* su krovna institucija celokupne međunarodne zajednice osnovane posle II svetskog rata sa ciljem da zamene Društvo naroda i unaprede međunarodnu saradnju. U oblasti suzbijanja trgovine ljudima podsećamo na *Konvenciju o ropstvu (1926)* kao preteču današnjih dokumenata, noveliranu Protokolom od 07. 12. 1953. godine.<sup>49</sup> Konvencija zabranjuje trgovinu robljem i

44 *Ibid.*, čl. 388, st. 4.

45 *Ibid.*, čl. 388, st. 5.

46 *Ibid.*, čl. 388, st. 7.

47 *Ibid.*, čl. 388, st. 8.

48 *Ibid.*, čl. 388, st. 9.

49 Više: Zbirka Ugovora Kraljevine Jugoslavije 1929. str. 607.

zalaže se za potpuno ukidanje ropstva u svim oblicima, na progresivan način i uz uzajamnu pomoć država potpisnica.

Pod okriljem UN usvojena je *Opšta deklaracija o ljudskim pravima* (1948) koja zabranjuje trgovinu ljudima i predstavlja celoviti instrument zaštite ljudskih prava.<sup>50</sup> Prema čl. 4 Deklaracije navodi se da se niko ne sme držati u ropstvu ili sličnom odnosu, te da se ropstvo i trgovina robljem zabranjuju u svim oblicima. Sledeći važan dokument je *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (MPGPP) usvojen 1966. godine<sup>51</sup>, koji je takođe značajan u suzbijanju trgovine ljudima. U Paktu je navedeno da niko ne sme biti podvrgnut mučenju ili okrutnom, nečovečnom ili ponižavajućem postupku ili kazni, kao i da je posebno zabranjeno podvrgavanje medicinskim ili naučnim eksperimentima bez slobodnog pristanka. Propisano je i da se niko ne sme držati u ropstvu ili u sličnom odnosu, da se ropstvo i trgovina robljem zabranjuju u svim oblicima i da se niko ne sme prisiljavati na rad (prisilan ili obavezan).<sup>52</sup>

Pod okriljem UN deluje Kancelarija za droge i criminal – UNODOC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) koja se, pored suzbijanja trgovine drogama, bavi i suzbijanjem trgovine ljudima i krijumčarenja migranata.<sup>53</sup> U okviru Kancelarije funkcioniše Model prava u suzbijanju trgovanja ljudima (*Model Law on Trafficking in Persons*)<sup>54</sup> radi pomoći državama članicama u sprovođenju dokumenta, prilagođavanju i izmeni postojećeg zakonodavstva. Model sadrži bitne odredbe koje se odnose na suzbijanje trgovanja ljudima, a koje bi države trebalo da inkorporiraju u nacionalno zakonodavstvo. Kancelarija je dalje usvojila Globalni program UN protiv trgovine ljudima (*Global Programme Against Trafficking in Human Beings*)<sup>55</sup> koji je značajan jer donosi procenu involviranosti organizovanog kriminala u oblasti trgovine ljudima.

Globalna inicijativa UN za borbu protiv trgovine ljudima (UN GIFT – *Global Initiative to Fight Human Trafficking*)<sup>56</sup> je pokrenuta 2007. godine u saradnji više međunarodnih organizacija, naučnih radnika i civilnog društva sa ciljem uspostavljanja efikasnijih mera suzbijanja trgovine ljudima. Vodeći princip je

---

50 Dostupno na: <http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc.pdf>; 10. 10. 2017.

Kuriozitet je da tekst Opšte deklaracije o ljudskim pravima formalno-pravno nije objavljen u oficijelnim službenim novinama ranije SFRJ, već je objavljeno nekoliko neslužbenih prevoda.

51 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Službeni list SFRJ br. 07/71.

52 čl. 7–8. *Ibid.*

53 Dostupno na: <http://www.unodc.org/> (10. 10. 2017.)

54 Dostupno na: <http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/> (10. 10. 2017)  
UNODC\_Model\_Law\_on\_Trafficking\_in\_Persons.pdf

55 Dostupno na: [http://www.uncjin.org/CICP/traff\\_e.pdf](http://www.uncjin.org/CICP/traff_e.pdf) (10. 10. 2017).

56 Dostupno na: <http://www.ungift.org/knowledgehub/> (10. 10. 2017)

da je trgovina ljudima globalni svetski problem koji zahteva isti takav pristup, uz uvažavanje nacionalnih specifičnosti. Cilj je zaštita i pomoć žrtvama trgovine ljudima, efikasan krivični progon kriminalaca, partnerstvo i međunarodna saradnja u borbi protiv trgovine ljudima.

*Interpol* (ICPO – *International criminal police organization*) je specijalizovana međunarodna organizacija kriminalističke policije osnovana davne 1923. godine, koja je posle UN druga najveća međunarodna organizacija u svetu. Misija Interpola je sprečavanje i borba protiv kriminala kroz pojačanu međunarodnu policijsku saradnju (Nikač, 2003: 161–194). Prema Interpolovoj klasifikaciji kriminalnih oblasti (*crime areas*) posebno je navedena i trgovina ljudima koja obuhvata tri glavna pojavna oblika: trgovinu u svrhu prisilnog rada (*Trafficking for forced labour*), trgovinu u svrhu seksualne eksploatacije (*Trafficking for sexual exploitation*) i trgovinu organima (*Trafficking of organs*).<sup>57</sup> Nekadašnja SFRJ bila je svojevremeno jedina socijalistička zemlja članica Intrepola, a nakon njenog prestanka sve države naslednice su pristupile Interpolu i deluju preko svojih nacionalnih centralnih biroa (NCB) kao kontakt tačaka saradnje.<sup>58</sup>

*Savet Evrope* je krovna organizacija Evrope koja okuplja skoro sve države starog kontinenta čiji je član bila nekadašnja SFRJ, a danas su to države naslednice i među njima Hrvatska i Srbija. Glavni zadatak SE je jačanje demokratije, vladavina prava i zaštita ljudskih prava na evropskom kontinentu. Organizacija se pored toga bavi pitanjima koja su u vezi sa borbom protiv kriminala i u ovom slučaju suzbijanja trgovine ljudima (Horvatić, 2002: 49).

Pod okriljem SE formirana je *Radna grupa Pakta za stabilnost JIE*, zadužena za pomoć u reformi kaznenog zakonodavstva, koja je izradila regionalnu strategiju i čije se aktivnosti odvijaju na forumima predstavnika vlada država JIE.<sup>59</sup> Kao prioriteti u radu istaknuti su status žrtve, privremeni boravak, zaštita žrtve, prevencija trgovine decom i otklanjanje uzroka trgovine ljudima.

57 Dostupno na: <https://www.interpol.int> (15. 10. 2017)

Više: Raufer X, Quere S, *Organizirani kriminal*; Zagreb, 2008, str. 83.

Interpol funkcioniše preko linija rada u sedištu u Francuskoj i NCB u zemljama članicama kao „kontrolni toranj“ koji prima svakodnevno 6.000 poruka.

58 MUP RS, dostupno na: [www.mup.gov.rs](http://www.mup.gov.rs) (15. 10. 2017)

MUP RH, dostupno na: <http://www.policija.hr/> (15. 10. 2017)

59 Prvi takav forum održan je 13. 12. 2000. g. u Palermu, drugi u Zagrebu 27. 11. 2001. a treći u Tirani 11. 12. 2002. na kojem je potpisana *Izjava o spremnosti legalizacije statusa žrtve trgovine ljudima* i time dat pristanak na dozvolu privremenog boravka.



Na inicijativu SE i država članica doneta je *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (1950)<sup>60</sup>, koja predstavlja jedan od važnijih međunarodnih dokumenata u oblasti suzbijanja trgovine ljudima. Kasnije su usvojeni, te su ratifikovani i dopunski Protokoli br. 1, 4, 6, 7, 12, 13 i 14.

*Europol* ili Europska policijska kancelarija (*European Police Office*) je osnovan sa ciljem suzbijanja kriminalnih delatnosti na prostoru EU. Formiranje Eurola je inicirano na osnovu Ugovora iz Mastrihta (1992), dok je Kancelarija oficijelno počela sa radom 1999. Godine (Nikač, Simić, 2016: 367–384). Konvencija o Euro- polu (1995) predviđa saradnju država članica i agencija za sprovođenje zakona kao što su policija, carina, imigracione i druge službe u borbi protiv krijumčarenja droga, imigracijskih mreža, krijumčarenja ukradenim vozilima, *trgovanja ljudima*, uključujući dječju pornografiju, krivotvorenja novca i drugih sredstava plaćanja, krijumčarenja radioaktivnim i drugim nuklearnim stvarima, kao i terorizma.<sup>61</sup> Važan alat za rad Eurola predstavlja TECS (*The Europol computer system*) koji omogućava unos, korišćenje i analizu podataka.

Prema definiciji Eurola *trgovina ljudima* podrazumeva podvrgavanje lica stvarnoj i nezakonitoj vladavini druge osobe koristeći nasilje, pretnju ili zloupotrebu vlasti kako bi se lice zaintrigiralo za eksploataciju prostitucijom, različite oblike seksualne eksploatacije i napad na maloletnu i napuštenu djecu.<sup>62</sup>

U cilju efikasnijeg suzbijanja trgovine ljudima, Europol je usvojio nekoliko značajnih *Preporuka* kao što su: a) implementacija posebnog zakonodavstva za suzbijanje trgovine i krijumčarenja ljudima, b) kažnjavanje trgovaca i krijumčara ljudima shodno zakonodavstvu EU, c) šira lepeza istražnih metoda, d) pravni status deteta za lica ispod 18 godina starosti, e) dozvola boravka sa ograničenim rokom za kooperativne žrtve trgovine i krijumčarenja ljudima, f) propisivanje obaveza i sankcija prevoznicima prema direktivama EU i g) adekvatna zaštita žrtava trgovine ljudima i krijumčarenja (Božić, 2012).

---

60 Konvenciju je ratifikovala RS, Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dopunskih Protokola, "Sl. list SCG – Međunarodni ugovori», br. 09/03 i 05/05.

Konvenciju je ratifikovala i RH, Zakon o proglašenju Zakona o potvrđivanju konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7, 11, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02.

61 Dostupno na: <https://www.europol.eurifikopa.eu/> (15. 10. 2017).

62 Convention, article. 3. of The Treaty on European Union on the Establishment of a European Police Office *Europol Convention*, Annex Referred to in Article 2.

## 5. Komparativni prikaz i analiza prijavljenih i evidentiranih žrtava trgovanja ljudima u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji

U Republici Srbiji u 2016. godini evidentirano je ukupno 57 žrtava trgovine ljudima. Žrtve su bile u većini slučajeva seksualno iskorištavane (31), dok je zabilježen i dosta velik broj žrtava višestruko eksploatiranih (11). Prema broju žrtava, na drugom mjestu je radno iskorištavanje (7), zatim na trećem prinuda na brak (4) te na četvrtom mjestu trgovina radi usvojenja (2). Dvije žrtve bile su eksploatirane radi prosjačenja (1) te radi prinude na vršenje krivičnih dela (1). Navedeni podaci prikazani su u tablici br. 1.

NAČINI EKSPLOATACIJE	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA U RS U 2016.
radna	7
seksualna	31
prinuda na brak	4
prinuda na vršenje krivičnih dela	1
prosjačenje	1
trgovina radi usvojenja	2
višestruka	11
<b>UKUPNO</b>	<b>57</b>

*Tablica br.1.* Broj evidentiranih žrtava trgovine ljudima prema vrsti eksploatacije u Republici Srbiji u 2016. godini.<sup>63</sup>

Oblici višestruke eksploatacije prikazani su u tablici br. 2. U većini slučajeva (6 od ukupno 8) višestruka eksploatacija uključivala je seksualno iskorištavanje povezano s još jednim od oblika eksploatacije. Prinudni brak povezan je i s prosjačenjem i s radnim iskorištavanjem. Od 11 žrtava višestruko eksploatiranih, 4 žrtve bile su trostruko iskorištavane, dok je 6 žrtava dvostruko iskorištavano.

<sup>63</sup> Prema podacima Centra za zaštitu žrtava trgovine ljudima u Beogradu.

BR.	OBLICI VIŠESTRUKЕ ЕКСПЛОАТАЦИЈЕ	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA
1	radna seksualna prosjačenje	2
2	radna seksualna	1
3	seksualna prinudni brak prinuda na vršenje krivičnih dela	1
4	seksualna prinuda na vršenje krivičnih dela radna	1
5	prosjačenje prinudni brak	2
6	seksualna prinudni brak	2
7	seksualna korišćenje u oružanim sukobima	1
8	prinudni brak radna	1
	<b>UKUPNO ŽRTAVA VIŠESTRUKЕ ЕКСПЛОАТАЦИЈЕ</b>	<b>11</b>

Tablica br. 2. Broj žrtava trgovine ljudima višestruko eksploatiranih prema oblicima iskorištavanja u Republici Srbiji u 2016. godini.<sup>64</sup>

U Republici Hrvatskoj u 2016. godini evidentirano je ukupno 30 žrtava trgovine ljudima. Većina identificiranih žrtava bile su državljanke Republike Hrvatske u dobi od 22 do 30 godina koje su bile iskorištavane na području Republike Hrvatske od strane, uglavnom, hrvatskih državljana. Radilo se o oblicima seksualne (16) i radne (13) eksploatacije. Evidentirana je i jedna žrtva dvostruke (radne i seksualne) eksploatacije. Navedeni podaci prikazani su u tablici pod br. 3.

Valja napomenuti kako je Republika Hrvatska u početku bila isključivo tranzitna zemlja, no u posljednje vrijeme ona sve više postaje zemlja porijekla i krajnjeg odredišta žrtava trgovanja ljudima.

<sup>64</sup> *Ibid.*

НАЧИНИ ЕКСПЛОАТАЦИЈЕ	ŽRTVE TRGOVANJA LJUDIMA U RH U 2016.
radna	13
seksualna	16
višestruka	1
<b>UKUPNO</b>	<b>30</b>

Tablica br. 3. Broj evidentiranih žrtava trgovine ljudima prema vrsti eksploatacije u Republici Hrvatskoj u 2016. godini.<sup>65</sup>

## 6. Zaključak

Trgovanje ljudima je globalni problem koji prouzrokuje ljudsku patnju žrtvama s trajnim poslasticama, a u većini slučajeva radi se o transnacionalnom zločinu svetskih razmera. To je moderan oblik ropstva i težak zločin koji predstavlja jedan od najgorih oblika kršenja ljudskih prava, neprihvatljiv u društvima utemeljenim na poštovanju ljudskih prava i osnovnih sloboda. S obzirom da je trgovina ljudima oblik organizovanog kriminaliteta u koji je uključena i nacionalna i prekogranična aktivnost nužno je postojanje usklađenog nacionalnog zakonodavstva na području svih država Evrope, prvenstveno država bivše Jugoslavije, sa zakonodavstvom EU kao i međudržavna suradnja. U borbi protiv ovog teškog zločina potrebno je utvrditi njegove korene, uzroke i globalna kretanja. Isto tako, navodimo kako su države tranzita ključne u otkrivanju izvršenih krivičnih dela trgovine ljudima budući da u toj fazi još nije započela eksploatacija žrtve.

Društveni odgovor na trgovinu ljudima je najpre *normativnopravni*. Na međunarodnom nivou važan korak je bilo usvajanje UN konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta, poznatije pod nazivom Palermo konvencija. Uz Konvenciju su usvojeni Dopunski protokoli I-III među kojima je od posebnog značaja Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (Protokol I). Značajan normativni oslonac u borbi protiv trgovine ljudima predstavlja i Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju trgovine ljudima. Na osnovu ovih međunarodnih dokumenata države su harmonizovale svoje unutrašnje zakonodavstvo posebno u krivičnopravnoj oblasti. Tako je Republika Hrvatska predvidela trgovinu ljudima kao samostalno krivično delo u čl. 106 KZ RH, dok je isto učinila i Republika Srbija u čl. 388 KZ RS. Prema re-

65 Prema podacima Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske.

šenju RS zaprećena je nešto stroža kazna (veći donji i gornji zakonski posebni minimum), što je, mislimo, opravdano zbog težine krivičnog dela.

Imajući u vidu činjenicu da su žrtvama trgovine ljudima ozbiljno ugrožena temeljna ljudska prava, operativni odgovor mora biti efikasniji, obuhvatiti multiagencijski pristup i svestranu međunarodnu policijsku i krivičnopravnu saradnju. Institucionalni mehanizmi borbe protiv trgovine ljudima na globalnom nivou polaze od UN i Interpola kao lidera u borbi protiv kriminala, dok su to na regionalnom nivou Savet Evrope i Europol (EU). Borba protiv trgovine ljudima na prostorima JIE danas dobija na značaju ako se imaju u vidu ilegalne migracije, opasnost od najtežih pojava oblika organizovanog kriminaliteta i posebno od terorizma.

Mišljenja smo da su Hrvatska, Srbija i zemlje Regiona napravile dobre početne korake u borbi protiv trgovine ljudima pa verujemo da će se pozitivni trend nastaviti i u njihovoj međusobnoj krivičnopravnoj i policijskoj saradnji.

## Literatura

Božić, V., Nikač, Ž. (2017). *Kaznenopravni aspekti trgovine ljudima kroz prizmu zaštite maloletnih žrtava*, Beograd – Tara: Udruženje za međunarodno krivično pravo RS, Zbornik radova, str. 429–447.

Božić, V. (2012), *Trgovanje ljudskim organima kao oblik organiziranog kriminaliteta*, Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, doktorska disertacija.

Božić, V., *Labor exploitation as the most common form of the crime of trafficking in human beings in spite of the state border control and the labor market*, Collection of Papers, Faculty of Law Niš 2016, p. 335–352.

Božić, V. (2016), *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta u svetlu pozitivnog kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske*, Vršac: Institut za uporedno pravo, Zbornik radova, str. 285–300.

Božić, V., *Suzbijanje seksualne eksploatacije kao vodećeg oblika trgovanja ljudima u funkciji zaštite prava na život i temeljnih ljudskih prava*, Pravni život br. 9, Beograd 2016, str. 267–288.

Božić, V., *Kaznenopravni problemi transplantacije dijelova ljudskog tijela suočeni s ilegalnim tržištem ljudskih organa*, Hrestomatija hrvatskoga medicinskog prava, Pravni fakultet Zagreb 2016, str. 625–657.

Božić, V., Kesić, T. (2016), *Kaznenopravni odgovori na korupciju uz prijedloge de lege ferenda*, Beograd – Tara: KPA, Zbornik radova, Tom 1, str. 455–483.

Council of Europe 2005b, Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings and its explanatory report, CETS No.197, p. 38, 75–76. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF\\_Conv\\_197\\_Trafficking\\_Erev.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_Erev.pdf)

Dimitrijević, P., Kostić, M., Knežević, S., (2011) *Trgovina ljudima: pravna zaštita u međunarodnim i nacionalnim okvirima*, Pravni fakultet Niš.

Dokument SE, Brisel, 04. 11. 2011, (15790/1/11, REV 1).

Global Report on Trafficking in Persons 2016, United Nations, New York, 2016, [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP\\_2016\\_full\\_report.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2016_full_report.pdf)

Horvatić, Ž. (2002), *Djelovanje međunarodnih organizacija u suzbijanju kriminala*, Pravni fakultet, Zagreb.

Izveštaj o borbi protiv trgovine ljudima u spoljnim odnosima EU (2015/2340(INI) od 13. 06. 2016, [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016\\_0205+0+DOC+XML+V0//HR#title2](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016_0205+0+DOC+XML+V0//HR#title2),

Izveštaj Komisije EP i Savetu, Bruxelles, 19. 05. 2016. COM(2016) 267 final

Kazneni zakon RH, Narodne novine br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

Krivični zakonik RS, „Službeni glasnik RS“ br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Službeni list SFRJ br. 07/71.

Mijalković, S., Bošković, G., Nikač, Ž., Međunarodno-pravni napori u sprečavanju finansiranja terorizma prljavim novcem, *Strani pravni život*, br. 01/11, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2011.

Nikač, Ž. (2015). *Međunarodna policijska saradnja*, Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.

Nikač, Ž. (2016) *Važniji međunarodno-pravni izvori za suzbijanje organizovanog kriminala*, Međunarodna konferencija, Vršac: Institut za uporedno pravo i fondacija Hans Zajdel, Zbornik radova, str. 159–176.

Nikač, Ž., Božić, V., Simić, B., *Joint Investigation Teams as a mechanism of the UN Convention against transnational organized crime*, International scientific conference Archibald Reiss days, Thematic Conference Proceedings of International Significance, Beograd, 2017, p. 269–284.

Nikač, Ž., *Važniji međunarodno-pravni izvori za suzbijanje organizovanog kriminala*, Međunarodna konferencija „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava“, Institut za uporedno pravo i fondacija Hans Zajdel, Vršac, 2016, Zbornik radova, str. 159–176.

Nikač, Ž., *Palermo konvencija i Dopunski protokoli u funkciji suzbijanja organizovanog kriminala*, Zbornik KPA, Projekat MPNTR, KPA, Beograd, 2015, str. 265–290.

Podaci Centra za zaštitu žrtava trgovine ljudima u Beogradu.

Podaci Ministarstva unutarnjih poslova Republike Hrvatske.

Poup, J. (2004) *Antikorupcijski priručnik – suprostavljanje korupciji ili sistem društvenog integriteta*, Beograd: Transparentnost Srbija.

Raufer, X., Quere, S., *Organizirani kriminal*; Zagreb, 2008.

UN Convention against Transnational Organized Crime, 2000, UN, Treaty Series, vol. 2225.

UNODC\_Model\_Law\_on\_Trafficking\_in\_Persons

Zbirka Ugovora Kraljevine Jugoslavije 1929.

Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (ZONDOSOK), *Sl. glasnik RS*, br. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04 – dr. zakon, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11 – dr. zakon, 101/11– dr. zakon i 32/13.

Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, *Službeni glasnik RS*, br. 32/13.

Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, *Sl. glasnik RS* br. 20/09, 72/09 i 91/10.

Zakon o međunarodno-pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (ZMPPKS) „*Sl. glasnik RS*“ br. 20/09.

Zakon o ratifikaciji UN Konvencije protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Protokola I-II, „*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*“ br. 06/01, Beograd 2001.

Zakon o ratifikaciji (III) Protokola protiv nezakonite proizvodnje i prometa vatrenim oružjem, njegovim delovima, sklopovima i municijom, „*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*“ br. 11/05.

Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Protokola za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje krijumčarenja ljudi, posebice žena i djece, Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom,

morem i zrakom te Protokola protiv nezakonite proizvodnje i trgovanja vatrenim oružjem, njegovim dijelovima i komponentama te streljivom kojima se dopunjuje Konvencija UN protiv transnacionalnoga organiziranog kriminaliteta, Narodne novine RH br. 14/02,13/03 i 11/04.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o suzbijanju trgovanja ljudima, NN, MU, br. 7/07.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, "Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 19/09.

Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Odluka i Rješenje USRH, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17.

Zakon o krivičnom postupku, Sl. glasnik RS, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dopunskih Protokola, "Sl. list SCG – Međunarodni ugovori", br. 09/03 i 05/05.

Zakon o proglašenju Zakona o potvrđivanju konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02.

### **Web izvori**

<http://www.unodc.org/>

<http://www.unodc.org/documents/humantrafficking/>

[http://www.uncjin.org/CICP/traff\\_e.pdf](http://www.uncjin.org/CICP/traff_e.pdf)

<http://www.ungift.org/knowledgehub/>

<https://www.interpol.int>

<https://www.mup.gov.rs>

<http://www.policija.hr/>

<https://www.europol.eurifikopa.eu/>

<http://www.ffzg.unizg.hr/hre-edc/.pdf>

[www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition](http://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/composition)



**Saša Knežević, LL.D.**

*Full Professor, Department of Criminal law,  
Faculty of Law, University of Niš*

**Vanda Božić, LL.D.**

*Research Associate, Department of Criminal law,  
Faculty of Law, University of Zagreb*

**Željko Nikač, LL.D.**

*Full Professor,  
The Academy of Criminalistic and Police Studies, Beograd*

**GLOBAL AND REGIONAL ASPECTS OF NORMATIVE AND INSTITUTIONAL  
FRAMEWORK FOR COMBATING HUMAN TRAFFICKING<sup>66</sup>**

**Summary**

*Human trafficking is one of the most common forms of organized crime. Given the developed network of traffickers and a huge number of victims, it has attained the characteristics of a transnational crime. Particularly affected are underdeveloped countries and countries in transition, such as those in South-eastern Europe, including the countries of former Yugoslavia. This region has an important geostrategic position due to the fact that it is situated at the intersection of important international criminal routes leading to developed Western European countries. In this article, the authors discuss the normative and institutional framework of the countries in this region, analyzing the individual legislative solutions, indicating their drawbacks and examining their compliance with international standards. The paper provides an overview and analysis of crimes involving human trafficking in the territory of some countries in this region, including an overview of recorded forms of exploitation and imposed criminal sanctions. Furthermore, the authors stress the importance of international criminal justice cooperation between the countries in this region, which is crucial for combating trafficking in human beings as well as for the overall stability in the region and Europe. In the conclusion, the authors provide suggestions de lege ferenda for the purpose of efficiently combating human trafficking.*

**Keywords:** *human trafficking, prevention, normative and institutional framework, region of South-eastern Europe, EU.*

---

66 This research has been fully supported by the Croatian Science Foundation, under the project *Multidisciplinary Research Cluster on Crime in Transition-Trafficking in Human Beings, Corruption and Economic Crime* (N°. 1949)

This paper is the result of research on the project *Development of Institutional Capacity, Standards and Procedures for Countering Organized Crime and Terrorism in conditions of International Integration*, supported by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia (N°. 179045)



**Др Дарко Симовић,\***

Редовни професор Криминалистичко-полицијске  
академије, Универзитет у Београду

**Др Биљана Симеуновић Патић,\*\***

Ванредни професор Криминалистичко-полицијске  
академије, Универзитет у Београду

UDK: 343.54-053.2(497.11)

UDK: 342.7-053.2

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ФИЗИЧКО КАЖЊАВАЊЕ У СВЕТЛУ ПРАВА ДЕТЕТА**

**Апстракт:** Допуштеност физичког кажњавања детета представља одступање од људског права на неповредивост телесног интегритета. Умерено и разумно физичко кажњавање у оквиру породице, ради дисциплиновања детета, допуштено је у већини држава. Такав толерантан став државе према пракси повреде телесног интегритета детета дубоко је укоренен у традицији и почива на потреби очувања аутономије и динамизма породице, као и на претпоставци да ниједан родитељ не жели да повреди своје дете. Отуда доминира модел умерене правне интервенције у односима између родитеља и деце. Правни механизам санкционисања се активира само у случају физичког кажњавања које за последицу има озбиљне повреде или злостављање детета. Посматрано из перспективе међународног права, физичко кажњавање детета је апсолутно забрањено. Физичко кажњавање детета у оквиру породице, школе или у заводу за спровођење санкција представља повреду њиховог људског достојанства, права на физички интегритет, као и повреду начела једнакости при остваривању заштите права. Имајући те чињенице у виду, када је о људским правима реч, на овом пољу најдубљи је раскорак између међународних стандарда и националних правних решења. Ипак, све снажнији је тренд о нужности апсолутне забране физичког кажњавања, али не у циљу репресивног деловања и санкционисања таквог понашања родитеља, већ у циљу едуковања јавности и ради промене јавне свести употребом правних средстава. Јер, такав анахрони вид дисциплиновања детета оставља

---

\* darko.simovic@kpa.edu.rs

\*\* biljana.sp@kpa.edu.rs

*далекосежне последице и значајно је повезан са антисоцијалним понашањем и менталним проблемима у одраслом добу.*

**Кључне речи:** *права детета, физички интегритет, физичко кажњавање, физичко злостављање, Европски суд за људска права.*

## 1. Увод

Изразито осетљив положај деце, узрокован њиховим непрестаним психо-физичким развојем и егзистенцијалном зависношћу од одраслих, чини нужним да поред општег правног режима заштите људских права буде установљена и допунска правна заштита детета. Постепено развијање друштвене свести о томе да децу треба третирати као посебну категорију људи, због њихових особених потреба услед рањивог положаја, имало је за последицу настанак посебних права детета, као и међународних инструмената њихове заштите.

Упркос снажном тренду ка непрестаном развијању, обогаћивању и снажењу ове релативно нове категорије људских права, права детета имају и своје наличје. С једне стране, поред општег режима људских права, која она уживају у обиму примереном свом узрасту, деца располажу и низом особених допунских права која доприносе њиховој свеобухватнијој и делотворнијој правној заштити. С друге, нека од основних људских права детета, попут права на људско достојанство, равноправност, физички и психички интегритет, једнакост при остваривању заштите права – грубо су нарушена у оним правним системима који допуштају физичко кажњавање.

Отуда, сагледано из визуре људских права, делује сасвим уверљиво тврдња да је управо на овом пољу најдубљи раскорак између међународних стандарда и националних правних поредака. И поред свеопштег међународног тренда о нужности апсолутне забране сваког вида физичког кажњавања, бројчано доминирају оне државе које толеришу примену ове методе васпитавања детета. Студија Уједињених нација о насиљу указује на то да је, у зависности од региона, између 80 и 98% деце изложено неком облику физичког кажњавања у својим домовима, док је приближно 1/3 деце изложена озбиљнијим облицима кажњавања уз употребу неког предмета који изазива виши степен бола, а потенцијално и већу могућност телесног повређивања.<sup>1</sup> Уместо да заштите децу као посебно рањиву друштвену скупину, државе које допуштају физичко кажњавање спроводе

---

1 Report of the Independent Expert for the United Nations Study on Violence against Children, UN Doc. A/61/299, para 28.

дискриминицију по основу старосне доби, претварајући децу у грађане другог реда.

Компаративно посматрано, умерено и разумно физичко кажњавање у оквиру породице допушта већина држава (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1160–1166). Преовладава модел умерене правне интервенције у односима између родитеља и деце који подразумева кривичноправно санкционисање само оних случајева физичког кажњавања који за последицу имају озбиљније повреде или злостављање детета. Премда делује апсурдно, постоји гледиште које оправданост физичког кажњавања заснива на праву детета да учи на начин који је њему најадекватнији и најразумнији (Shumeli, 2007: 58). Наиме, апсолутна забрана физичког кажњавања, као и уверење да је овакав вид васпитавања погрешан и непожељан, може водити ка широкој неосетљивости на конкретне, нужне потребе неког детета (Shumeli, 2007: 66). Уједно, толерисање умереног, разумног и повремениог физичког кажњавања у складу је са очувањем захтева приватности, аутономије и динамизма савремене породице. Уз уважавање права детета, родитељима се оставља широко подручје слободе да пронађу и примењују оптималну методу васпитања сагласно карактеру сваког детета понаособ. Отуда, и даље претеже број оних држава које истрајавају у конзервативном настојању да треба санкционисати само случајеве злостављања детета, али не и облике благог, умереног и оправданог физичког кажњавања мотивисаног његовом добробити.

## **2. Физичко кажњавање – дисциплиновање и/ли злостављање**

Изазивање телесног бола у васпитном процесу заснива се на две премисе: да је кажњавање једини делотворан (или најделотворнији) начин да се утиче на понашање детета, и да је страх од физичког бола једини ефикасан (или најефикаснији) коректив дететовог понашања (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1167). Премда представља само један од могућих начина социјализовања, постоји уверење да је у појединим случајевима страх од телесне казне једини делотворан начин дисциплиновања детета. Према томе, сагласно таквом гледишту, телесно кажњавање проналази оправдање када му родитељ прибегава у нужди, примењујући га супсидијарно, као крајње средство.

Будући да је, за разлику од злостављања, физичко кажњавање допуштено у претежнијем броју држава, неопходно је појмовно разграничити ова два облика повреде физичког интегритета детета. Физичко кажњавање се уобичајено одређује као „употреба физичке силе са намером изазивања бола, али без повређивања, ради поправљања или контролисања дететовог

понашања“ (Straus, 2010: 1–2). Начелно, телесно кажњавање би се могло сматрати оправданим и прихватљивим само ако је нужно и примењено с циљем дисциплиновања и васпитавања детета, а разумним само уколико је подобно да произведе жељене, уз избегавање негативних последица. При томе, заустављање и онемогућавање детета у опасном, деструктивном или аутодеструктивном понашању применом силе, у ситуацијама у којима се она може сматрати нужном, не улази у појам физичког кажњавања, премда оно може уследити непосредно након онемогућавања детета у штетној радњи.

Појам физичког злостављања се у литератури различито одређује, а међу широко прихваћеним јесу дефиниција Светске здравствене организације према којој физичко злостављање подразумева намерну примену физичке силе према детету која резултује или може резултовати оштећењем дететовог здравља или угрожавањем његовог опстанка, развоја или достојанства (World Health Organization, 2006: 10), и медицинска дефиниција према којој физичко злостављање подразумева проузроковање телесне повреде детета са окрутношћу и/или злонамерно (WebMD, 2008: 80).

Критеријуми за разграничење допуштеног кажњавања и злостављања јесу интензитет примењене силе и сврха њене примене, те се под физичким кажњавањем подразумева примена физичке силе којом се код детета изазива осећај бола, али не и повреда, с циљем поправљања или контроле његовог понашања. Дакле, телесно кажњавање је допуштено уз кумулативно испуњење захтева који се односе на интензитет примењене силе и на сврху због које је та физичка сила примењена. Примарна сврха физичког кажњавања је, у већини случајева, заустављање неприхватљивог дететовог понашања, односно ефективно принуђивање детета на тренутну послушност. Но, циљеви телесног кажњавања детета се у овоме не исцрпљују. Њиме се, као и кажњавањем уопште, у крајњој линији циља на опште поправљање дететовог понашања, било кроз преображај утемељен на самоувиду и интернализацији друштвених норми и прихватљивих облика понашања, или кроз избегавање одређеног понашања чије су последице у виду телесне казне стављене детету у изглед (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1167).

Имајући у виду да је и сврха због чега се то чини конститутивни елемент дефиниције физичког кажњавања, злостављање детета постоји не само при озбиљнијем телесном повређивању, већ и у случају блажег, али континуираног изазивања бола код детета, при чему то није мотивисано васпитним разлозима и поправљањем његовог понашања. Као гранични случај између физичког кажњавања и злостављања је изазивање

телесног бола код детета као последице узвраћања (обично у стању повишеног афектног стања) због nelaгоде и фрустрације родитеља изазване дететовим одбијањем послушности. Телесно кажњавање детета, ма како да се оправдава, неретко има карактер импулсивног љутитог узвраћања детету због пркошења родитељском ауторитету. Неспорно је да импулсивну примену телесног кажњавања, чија је тежишна сврха емоционално растеређење, при чему су батине обично праћене виком, вербалним застрашивањем или омаловажавањем детета, треба третирати као недопуштену, односно као облик злоупотребе моћи од стране родитеља или старатеља (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1170).

Повређивање детета у основи може бити намерно, или пак нежељени исход ексцесивног физичког кажњавања предузетог с циљем дисциплиновања. Међу истраживачима, међутим, нема сагласности о томе где, на континууму офанзивног физичког поступања према детету, треба повући границу између прихватљивог „незлостављајућег“ физичког кажњавања и физичког злостављања детета. Основи разграничења на које се обично упућује јесу интензитет и селективност физичког деловања на тело детета и мотив с којим је телесна казна примењена. Док је сврха физичког кажњавања у општем смислу учење детета да разликује добро од лошег, прихватљиво од неприхватљивог понашања, примена телесне казне ради контролисања детета довођењем у стање хроничног страховања од телесног бола представља инструмент физичког и емоционалног злостављања, које упадљиво одликују непредвидивост и интензивни негативни емоционални изливи родитеља или старатеља приликом примене казне.

У теорији постоји настојање да се допуштено физичко кажњавање још рестриктивније постави. Тако се поред интензитета употребљене физичке силе и сврхе њене употребе, као елемент дефиниције појављује и начин телесног кажњавања. Наиме, допуштено телесно кажњавање подразумева употребу физичке силе отвореном шаком (Gershoff, 2010: 33), док би употреба било каквих предмета телесно кажњавање преобразила у злостављање детета. Истовремено, било је и покушаја да се на основу истраживања утврди старосна доб детета у којој изазивање физичког бола може бити нужан и делотворан метод васпитавања. Поједине студије указују на то да физичко кажњавање може имати позитивне ефекте само за децу од две до шест година старости и то искључиво уколико се остварује са највише два удараца отвореном шаком по стражњици (Orentlicher, 1998: 172).

Сагледано из визуре упоредноправних решења и судске праксе, већи број држава као акте злоупотребе предвиђа оне који стварају ризик или стваран ризик за физичко повређивање детета (Lambelet Coleman et al., 2010: 114). У појединим државама које допуштају физичко кажњавање, судови су настојали да што прецизније разграниче употребу физичке силе према детету која има за циљ дисциплиновање од аката злостављања. Примера ради, у судској пракси Канаде прецизирано је да физичко кажњавање детета не сме бити последица љутње или беса, да се не сме спроводити непромишљено или услед губитка контроле, при чему дете не сме бити угрожено или уплашено (Shumeli, 2010: 284). Осетљиви делови тела, попут главе, не смеју бити ударани, а шутирање ногом и дављење излази из сфере допуштеног вида физичког кажњавања, без обзира на интензитет бола који је том приликом изазван (Shumeli, 2007: 74).

Ипак, разлику између допуштеног физичког кажњавања и злостављања није могуће установити на потпуно јасан и прецизан начин. Оправданост интензитета физичког бола изазваног код детета зависи од низа околности и неопходно га је процењивати у сваком конкретном случају. Тако је судска пракса Уједињеног Краљевства прецизирала да правни стандард умерености и разумности телесне казне треба сагледати у односу на: 1) све околности случаја; 2) старост и физичко стање детета; 3) трајање удараца; 4) интензитет удараца (Shumeli, 2007: 70). Јер, оно што је у једној ситуацији неопходан интензитет бола да би се кориговало понашање детета, у некој другој ситуацији, због особеног физичког и психичког стања детета, може бити оквалификовано злостављањем.

### **3. Апсолутна забрана физичког кажњавања у светлу међународног права људских права**

Прва међународна декларација о правима детета усвојена је 1924. године у оквиру Друштва народа (Freeman, 2010: 213). Реч је о Декларацији о правима детета, тзв. Женевској декларацији која је прокламовала да човечанство дугује детету оно најбоље што може да му пружи.<sup>2</sup> Установљено је пет принципа који апострофирају добробит детета, али ниједан од њих није се дотицао допуштености физичког кажњавања. Међутим, овај документ, будући апел за исказивање добре воље у сфери афирмисања права детета, а не правно обавезујући акт, није имао значајнијег утицаја на друштвену реалност.

---

<sup>2</sup> Geneva Declaration of the Rights of the Child, Adopted 26 September, 1924, League of Nations.



Три и по деценија касније од овог првог неуспешног покушаја интернационализовања права детета, усвојена је Декларација о правима детета у оквиру Уједињених нација 1959. године.<sup>3</sup> Други принцип ове декларације нагласио је да деци треба обезбедити „могућности и средства за здрав и правилан физички, психички, морални, духовни и друштвени развој у условима слободе и достојанства“. Осим тога, при остваривању овог циља, посебан значај се придаје најбољем интересу детета. Значај овог акта је неспоран јер се први пут достојанство детета институционализује и признаје међународним документом (Freeman, 2010: 214). Када је реч о односу родитеља и деце, Декларација предвиђа да су најбољи интереси детета руководећи принцип за оне који су одговорни за дететово образовање и усмеравање. Према ни ова декларација не помиње телесно кажњавање, сагледано из перспективе два новопрокламована руководећа начела при остваривању права детета, јасно је да употреба физичке силе при васпитавању није у складу са достојанством детета, а ни са његовим најбољим интересом. Дакле, овом декларацијом је начињен иницијални корак ка међународноправном становишту да је изазивање бола ударањем детета погрешно (Freeman, 2010: 214).

Најзначајнији међународни документ на овом пољу је Конвенција Уједињених нација о правима детета усвојена 1989. године.<sup>4</sup> За разлику од минулих међународних инструмената који су права детета само фрагментарно уређивали, ова конвенција је на свеобухватан начин уредила ову област (Симовић, Аврамовић, Зекавица, 2013: 285–290). Реч је о првом међународном документу који непосредно штити децу од насиља. Према члану 19 Конвенције, државе имају обавезу да предузимају „одговарајуће законске, административне, социјалне и образовне мере за заштиту детета од свих облика физичког или менталног насиља, повређивања или злостављања, запостављања или немарног поступања, малтретирања или експлоатације, укључујући сексуално злостављање, док је под бригом родитеља, законских заступника или било које друге особе која се брине о детету“. Мада и у овом случају телесно кажњавање није изричито поменуто, према општим смерницама за састављање периодичних извештаја, државе су обавезане да назначе све предузете мере у погледу усвојених правних прописа који се односе на забрану свих облика насиља, укључујући и телесно кажњавање.<sup>5</sup>

---

3 Declaration of the Rights of the Child, Proclaimed by General Assembly Resolution 1386(XIV) of 20 November 1959.

4 Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.

5 Committee on the Rights of the Child, *General Guidelines for Periodic Reports*, 88, 92, U. N. Doc. CRC/C/58, 22–23 (Nov. 20, 1996).

На основу извештаја држава потписница Конвенције, Комитет је закључио да је пракса телесног кажњавања изразито раширена и традиционално укорењена, као и да у јавном мњењу претежнијег броја држава доминира уверење о њеној оправданости. То је био подстицај да Комитет изда бројне препоруке о забрани телесног кажњавања и да промовише нулту толеранцију таквог вида санкционисања неприхватљивог понашања детета (Цвејић Јанчић, 2015: 7–8). Као круну тих активности Комитет је усвојио Општи коментар број 8, насловљен „Заштита од телесног кажњавања и осталих окрутних или понижавајућих облика кажњавања“<sup>6</sup>, а његово доношење је мотивисано „стратегијом смањивања и спречавања свих облика насиља у друштву“. Комитет у тачки 11 дефинише „телесно“ или „физичко“ кажњавање „као било које кажњавање у којем се примењује физичка сила и које има за намеру да нанесе изванредан степен бола или неугодности, ма колико да је благ. У највећем броју случајева то подразумева ударање деце (‘батине’, ‘шамарање’, ‘ударање по стражњици’) руком или неким средством – бичем, штапом, каишем, ципелом, варјачом, итд. Али може такође да обухвата, на пример, шутирање, дрмусање или бацање деце, гребане, штипање, угризање, вучење за косу или ударање по ушима, приморавање деце да буду у неугодном положају, доношење опекотина, парење деце врелом водом или насилно гутање (на пример, прање уста деци сапуном или приморавање деце са гутају љуте зачине). Став Комитета је да је телесно кажњавање без изузетка понижавајуће. Осим тога, постоје и други нефизички облици кажњавања који су такође окрутни и понижавајући и самим тим у супротности са Конвенцијом. То подразумева, на пример, кажњавање којим се деца омаловажавју, понижавају, клеветују, доводе у ситуацију да испаштају за туђу кривицу, угрожавају, плаше или излажу подсмеху других“.

Према томе, Комитет за права детета не толерише правну допуштеност умереног физичког кажњавања детета. У намери да таква пракса буде искорењена, Комитет истиче да правна реформа није довољна, већ је нужно и „да се у професионалним етичким кодексима и смерницама за наставнике, лица која се старају о детету и остале, као и у правилницима или статутима институција нагласи незаконитост телесног кажњавања и других окрутних или понижавајућих облика кажњавања“ (тачка 35). Дакле, правна реформа је само један од неопходних, и то почетних, корака, а за искорењивање праксе телесног кажњавања нужно је едукативним путем утицати на промену друштвене свести.

---

6 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 8: The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment, U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (Mar. 2, 2007).

Најзад, уколико би требало сумирати досадашње излагање, сагледано из перспективе међународног права људских права, недвосмислено се закључује да је физичко кажњавање детета апсолутно забрањено.

#### **4. Физичко кажњавање у светлости јуриспруденције Европског суда за људска права**

Више је случајева у којима се Европски суд за људска права (убудуће: Европски суд) изјашњавао о томе да ли физичко кажњавање детета представља повреду Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (убудуће: Европска конвенција). Већина тих предмета односила се на Велику Британију која је, у међувремену, унеколико модернизовала свој правни систем, али још увек није апсолутно забранила физичко кажњавање детета.

Први случај у коме се Европски суд изјашњавао о овом виду повреде телесног интегритета детета тицао се правно институционализованог санкционисања малолетних преступника телесним казнама од стране државе. Реч је о случају *Tyler v United Kingdom* (1978), који се односио на петнаестогодишњака са Острва Мен, санкционисаног од локалног малолетничког суда са три удараца шибом због напада на другог ученика. Санкција је извршена у локалној полицијској станици у присуству његовог оца и доктора, који је требало да процени да ли је дечак способан да прими телесну казну. Телесну санкцију шибом по стражњици извршио је полицијски службеник. Узимајући у обзир све околности случаја, према становишту Европског суда, дошло је до повреде члана 3 Европске конвенције, јер је овај вид телесног кажњавања оквалификован понижавајућим. Иако није трпео озбиљне и дуготрајне физичке последице због извршења ове телесне казне, чињеница да је дечак сведен на објекат у рукама државних органа била је довољна да се утврди повреда члана 3 који је и установљен ради заштите људског достојанства и телесног интегритета.

Међутим, овакво резонување Европског суда није једногласно прихваћено. У издвојеном мишљењу истакнуто је да је члан 3 резервисан за озбиљније повреде телесног интегритета, у које се не може сврстати телесно кажњавање.<sup>7</sup> Без обзира на то што друге државе немају овакав облик правног санкционисања, то не значи да телесно кажњавање аутоматски треба подвести под нехумано или понижавајуће поступање или кажњавање. И у теорији се могло сусрести критиковање овог гледишта, будући да је Европски суд, без одговарајућег и уверљивог образложења,

<sup>7</sup> Separate opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice.

донео одлуку о повреди члана 3 Европске конвенције (Phillips, 1994: 159). Ипак, треба имати у виду чињеницу да Европска конвенција није статична и непромењива интерпретација у времену окамењених норми, већ да она непрестано еволуира (Симовић, Аврамовић, Зекавица, 2013: 382–384). Слобода од злостављања у светлу савремених околности интерпретира се на начин да је примена члана 3 Европске конвенције проширена и на области као што су екстрадиција, имиграција, расна дискриминација, задржавање ментално оболелих лица и телесно кажњавање (Phillips, 1994: 154).

Почетком 80-их година минулог века више представки поднето је против Велике Британије због праксе телесног кажњавања у образовном систему. Први, а уједно и најрепрезентативнији, када је реч о резонувању Европског суда на овом пољу, био је случај *Campbell and Cosans v UK* (1982). Представку су поднеле мајке двојице ученика у Шкотској које су се жалиле на спровођење школским правилником институционализованих дисциплинских мера телесног кажњавања, ударањем шибом по длановима. Суспендовање једног од ученика зато што је одбио да прихвати телесну казну био је повод за подношење представке. У овом случају, Европски суд није могао да одлучује о повреди члана 3 Европске конвенције, јер изречена дисциплинска мера телесног кажњавања није спроведена ни на једном од двојице ученика. Међутим, Европски суд је утврдио повреду члана 2 Првог протокола Европске конвенције који јамчи образовање и наставу у складу са верским и филозофским уверењима родитеља. Према становишту Европског суда члан 2 Првог протокола има знатно шире значење, тако да обухвата сваку сферу образовања, укључујући и дисциплину. Наиме, „образовање деце је целовит процес, у коме се, у сваком друштву, одрасли труде да младима пренесу своја уверења, културу и друге вредности, док се подучавање или обучавање односи на преношење знања и интелектуални развитак“. У складу са таквим становиштем, Европски суд је утврдио да се телесно кажњавање не може сматрати искључиво дисциплинском мером одржавања реда у школи, већ да је она један од сегмената образовног процеса. Имајући у виду да пракса телесног кажњавања није била у складу са њиховим уверењима, Суд је утврдио повреду Конвенције, будући да она јамчи право родитеља да децу образују у складу са својим филозофским назорима.

Ово гледиште Европског суда имало је за последицу установљавање обавезе за Уједињено Краљевство да обезбеди да ниједан ученик не буде подложен телесним казнама, уколико његови родитељи нису сагласни са тим. Законским променама из 1986. године, телесно кажњавање је укинато у јавном образовном систему Уједињеног Краљевства, док су

приватне образовне установе задржале овај вид дисциплиновања ученика значајан временски период након тога. Наиме, до потпуне забране телесног кажњавања у образовном систему Енглеске и Велса дошло је 1999. године, Шкотске 2000. године, а Северне Ирске тек 2003. године (Freeman, 2010: 235).

Напоследку, пред Европским судом се поставило и деликатно питање физичког кажњавања од стране родитеља. Илустративан је случај *A v UK* (1998) у коме је Европски суд заузео гледиште да је физичко кажњавање десетогодишњег дечака у Енглеској од стране његовог очуха представљало понижавајуће кажњавање супротно члану 3 Европске конвенције. Наиме, утврђено је да је дете било телесно повређивано баштенским штапом по задњици и по листовима ногу. Имајући у виду да су модрице на телу дечака биле различите боје и интензитета, било је јасно да је дете у више наврата добијало батине. У поступку пред националним правосуђем није оспорено право очуха да дисциплинује дете, а када је реч о конкретним околностима случаја национални суд није утврдио одговорност очуха за доношење повреда дечаку, јер су према његовом становишту предузете мере биле разумне и оправдане. Међутим, Европски суд је утврдио одговорност Уједињеног Краљевства зато што национално законодавство дозвољава „разумно кажњавање“, а да при томе није обезбеђена одговарајућа правна заштита детета, укључујући и „ефикасно одвраћање“ од таквог вида дисциплиновања. Дечак је добио материјалну сатисфакцију у висини од 10.000 фунти зато што је константно био изложен ударцима баштенским штапом.

Закључак који се намеће из овог случаја је да је Европски суд оспорио концепт „разумног кажњавања“ од стране родитеља. Случај *A v UK* (1998) означава прекретницу будући да је Европски суд телесно кажњавање од стране родитеља први пут третирао као повреду члана 3 Европске конвенције и на тај начин тумачењем овај документ приближио захтевима Конвенције о правима детета (Bitensky, 2006: 94). Сагледано из визуре националног правног поретка Уједињеног Краљевства, ова одлука Европског суда је подстакла његову даљу промену на овом пољу. Ипак, физичко кажњавање није потпуно забрањено, већ је законским изменама из 2004. године рестриктивније постављена његова допуштеност. Та блага корекција законских решења и даље изазива критику.

## **5. Национална решења – између традиције и међународних стандарда**

Мада су на овом пољу, начелно посматрано, национални правни системи унеколико модернизовани, чињенице указују на то да и даље претежу оне државе у којима је телесно кажњавање допуштено. Државе су далеко мање толерантне када је реч о физичком кажњавању детета у образовним институцијама. У 88 држава овакав вид кажњавања није забрањен, док већи број држава, њих 109, забрањује телесно кажњавање детета од стране наставника или других особа које су одговорне за њихово образовање (Atkin, 2015: 102). Ниједна европска држава не допушта физичко кажњавање у образовним институцијама. Када је о родитељима реч, 51 држава апсолутно забрањује физичко кажњавање детета.<sup>8</sup> Правни системи преосталих држава не задиру у сферу родитељског права и слободе приликом одабира оптималног метода васпитавања детета, а до правне интервенције долази искључиво у случају озбиљних телесних повреда или злостављања детета. Република Србија је и даље у оквиру групе држава које не предвиђају апсолутну забрану физичког кажњавања.

За илустровање умерене правне интервенције у односима између родитеља и деце може послужити англосаксонски правни миље. САД, Канада и Аустралија се опира потпуном модернизовању својих правних система, тако да ове државе и даље толеришу физичко кажњавање од стране родитеља, као и праксу институционализованог телесног кажњавања у образовним институцијама.

У овом сегменту највише заостаје Канада чији Кривични законик из 1985. године допушта родитељима, али и учитељима у школи, да ударе дете у образовне сврхе, уколико су задовољени захтеви умерености и разумности.<sup>9</sup> У одлуци из 2004. године, Врховни суд Канаде је потврдио да нема суштинских разлика у спровођењу физичких казни од стране родитеља или наставника све док је сврха физичког кажњавања усмерена у правцу образовања, а не ради спровођења казне ради ње саме. Прецизирани су правни стандарди умерености и разумности при физичком кажњавању који, између осталог, подразумевају да деца млађа од две година, а старија од 12 година, као и деца са посебним потребама не могу бити физички кажњавана.<sup>10</sup>

---

8 Вид. [www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/](http://www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/)

9 Section 43 of the Criminal Code 1985 ("Protection of Persons in Authority").

10 Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General), [2004] 1 SCR 76, 2004 SCC 4 (CanLII).

Право САД је такође изразито конзервативно у сфери допуштености физичког кажњавања детета. Физичко кажњавање се сматра фундаменталним сегментом права детета да добије одговарајуће васпитање, као и обавезе родитеља да образује и поправља понашање детета све док употребљена физичка сила није претерана (Shumeli, 2007: 58). Међутим, за разлику од Канаде која једнообразно на националном нивоу уређује ову област, материја кривичног права је подељена између националног нивоа и федералних јединица. Отуда разлике у правном регулисању физичког кажњавања у америчким државама. Начелно исказано, физичко кажњавање детета је допуштено у свим државама од стране родитеља или старатеља уколико је умерено и разумно (Cope, 2010: 168–170). Оно је оправдано уколико је усмерено у правцу „одговарајућег васпитања или образовања или за спровођење дисциплине“. Судови су изразито толерантни према физичком кажњавању детета, тако да се родитељи кажњавају изузетно и то једино уколико својим васпитним методама дисциплиновања изазову теже повреде или злостављају дете (Orentlicher, 1998: 148). Врховни суд је у одлуци *Ingraham v. Wright* из 1977. године закључио да физичко кажњавање у образовним институцијама није у супротности са Осмим амандманом на Устав САД, јер је он усвојен да заштити учиниоце кривичних дела, а не ученике који су физички кажњени од својих наставника. Будући у складу са Уставом, у значајном, али испотполовичном броју америчких држава, физичко кажњавање је допуштено и у образовном систему. За последње две деценије, 23 државе у САД су забраниле кажњавање у школама (Fuller, 2011: 13). Тренутно 19 држава допушта физичко кажњавање у јавним и приватним школама.<sup>11</sup>

Као продукт истог правног наслеђа, Аустралија се значајније не разликује од изложених примера. Физичко кажњавање од стране родитеља сматра се допуштеним на целој територији државе. Међутим, када је реч о физичком кажњавању у образовним установама, не постоји једнообразан правни модел на националном нивоу (Holzer, Lamont, 2010: 4). Претежнији број аустралијских држава апсолутно забрањује овај вид дисциплиновања ученика, док су државе Квинсленд (Queensland) и Јужна Аустралија (South Australia) задржале физичко кажњавање, али само у оквиру приватних школа. Међутим, на националном нивоу се увелико спроводи кампања за потпуно укидање физичког кажњавања и у приватним школама.

Премда је дуго истрајавала у свом конзервативном настојању да сачува аутономност и интимност породичних односа, потреба модернизовања права, добрим делом подстакнута и одлукама Европског суда за људска права, навела је Уједињено Краљевство да рестриктивније постави

---

11 Вид. <http://www.endcorporalpunishment.org/progress/country-reports/usa.html>

могућност физичког кажњавања. Законским променама из 1986. године телесно кажњавање је укинато у јавном образовном систему, док су приватне образовне установе задржале и овај вид дисциплиновања ученика. Накнадно је дошло до потпуне забране телесног кажњавања у образовном систему, о чему је већ било речи. Ипак, задржана је могућност физичког кажњавања детета од стране родитеља или старатеља. Физичко кажњавање детета је допуштено све док употребљена физичка сила није претерана, односно није виша од оне силе која је неопходна да би се постигла сврха његовог дисциплиновања (Arthur, 2004: 54–55).

Другу, за сада мањинску, али из године у годину све бројнију, групацију држава чине оне које су апсолутно забраниле физичко кажњавање детета. Приметно је да ове државе чине изразито хетерогену скупину са веома различитим социјалним, културолошким и правним традицијама (Nolan, 2012: 530). Једини релевантан критеријум њиховог класификовања у овој сфери је правни модалитет санкционисања забране физичког кажњавања. Наиме, забрану физичког кажњавања је могуће спровести грађанскоправним или кривичноправним моделом.

По правилу, државе се опредељују за грађанскоправни модел забране физичког кажњавања. Шведска је предњачила на овом пољу и прва установила апсолутну забрану физичког кажњавања 1979. године, предвиђајући да „децу (...) треба третирати уз уважавање њихове личности и индивидуалности и да она не могу бити физички кажњавана или на други начин понижавајуће третирана“ (Shumeli, 2007: 110). Међутим, будући предвиђена грађанским правом изостала је санкција за родитеље који се оглуше о ову забрану (Orentlicher, 1998: 166). Заправо, идеја није била да се кривичноправно санкционишу родитељи који примењују насилне методе васпитања, већ да се подстакне реална промена у односима између родитеља и деце (Shumeli, 2010: 294). Овом законском решењу је претходила добро припремљена јавна кампања, која је промовисала нови модел васпитања деце и која је настојала да све грађане поучи о ненасилним, алтернативним методама дисциплиновања. Спроведена кампања је уродила плодом, јер је све већи број грађана подржавао апсолутну забрану физичког кажњавања, а случајеви изазивања физичких повреда или злостављања су значајно смањени.

Недуго након Шведске, овим путем кренуле су Финска (1983), Данска (1985), Норвешка (1987), Аустрија (1989), следећи политику едукативног уместо репресивног деловања. Овај грађанскоправни модел апсолутне забране физичког кажњавања детета, заснован на постепеној промени правне свести код људи, следио је претежнији број држава које су се



определиле да правно интервенишу у породичне односе родитеља. У бити грађанскоправног модела забране физичког кажњавања примарна је заштита права детета, а не санкционисање родитеља, будући да би супротан приступ могао да води даљем нарушавању породичних односа, па и разарању породица, што би имало још далекосежније последице на психо-физички развој детета. До кривичноправног реаговања долази само у ситуацијама уколико услед физичког кажњавања дође до повреде детета.

У овом контексту занимљиво је поменути Нови Зеланд као прву државу из кружока енглеског говорног подручја која је 2007. године забранила физичко кажњавање (Kelly, 2010: 14–20). Међутим, законодавац је прецизирао која употреба физичке силе није забрањена.<sup>12</sup> Наиме, употреба физичке силе према детету је оправдана уколико је разумна и уколико има за циљ: 1) спречавање или минимализовање повређивања детета или друге особе; 2) спречавање детета да изврши или да настави са извршењем кривичног дела; 3) спречавање детета да учествује или да настави да учествује у агресивном или деструктивном понашању; 4) извршење уобичајених дневних обавеза у складу са савесним родитељством. У закону је изричито наведено да је забрањена употреба силе усмерена на поправљање понашања детета. Имајући у виду наведене изузетке, у теорији се истиче да је овакво законско нормирање забране физичког кажњавања уместо да смањи проширило ситуације у којима је допуштена употреба физичке силе од стране родитеља (Atkin, 2015: 107). Управо због тога, пример Новог Зеланда је илустративан, јер указује на то да постоје и државе које нису потпуно доследне у законском операционализовању физичке забране. Но, с друге стране, овакво законско решење се може правдати настојањем да се радикална промена у садржини родитељског права не треба установити исувише нагло. Отуда, предност овог приступа је еластичност која судовима оставља простор да не санкционишу случајеве блажег и умереног физичког кажњавања.

Насупрот овој доминантној групи држава са грађанскоправним моделом забране, стоје само две државе које установљавају кривичноправни модел забране физичког кажњавања. Реч је о Кипру и Израелу, али се и ове две државе међусобно разликују према начину операционализовања забране физичког кажњавања. Кипар је физичко кажњавање детета санкционисао кривичним законодавством 1994. године, док је Израел, будући да је реч о земљи прецедентног права, ову забрану инкриминисао одлуком највишег суда. Наиме, у случају Плонит<sup>13</sup> из 2000. године, Врховни суд Израела је физичко кажњавање детета прогласио неадекватним и превазиђеним

12 Crimes (Substituted Section 59) Amendment Act 2007.

13 CrimA 4596/98 Plonit v. Israel, [2000] IsrSC 54(1) P. D. 145.

обликом васпитања, чија допуштеност непрестано ствара ризик од тога да употреба умерене и разумне физичке силе временом може да прерасте у озбиљно насиље или злостављање (Shumeli, 2010: 292).

Стратегија репресивног деловања ради искорењивања праксе физичког кажњавања изложена је озбиљној критици. Главна примедба односи се на чињеницу да се овај модел забране уводи нагло, без адекватне припреме друштва које физичко кажњавање традиционално прихвата као легитиман вид дисциплиновања детета. У теорији се сасвим умесно истиче уверење да људи прво треба да постану свесни неког закона пре него што се подвргну њему (Bitensky, 2006: 196–197). Ипак, како је и у ове две државе показала досадашња пракса, без обзира на прихваћени репресивни, кривичноправни модел, правосудни органи не реагују и не санкционишу блаже случајеве физичког кажњавања руководећи се начелом опортунитета.

## 6. Закључни осврт

Два су могућа приступа проблему допуштености физичког кажњавања детета. Традиционални, застарели и већ превазиђени модел одбија интервенцију државе, остављајући породичне односе динамичним и аутономним. Оправдање за овакав приступ заснива се на становишту да односе и конфликте у породици не треба третирати као сукобе између странаца. Одржавању уверења да физичко кажњавање нема негативне последице на пораст насиља у друштву доприносе и одређени емпиријски подаци. Наиме, од када је Шведска забранила физичко кажњавање, није дошло до смањивања насилничког понашања, већ је дошло до његовог пораста (Fuller, 2011: 16). Супротан пример пружа Сингапур у коме је и поред пораста популације од 27%, дошло до опадања стопе криминала (Fuller, 2011: 17–18).

Ипак, у светлу савремених научних сазнања о ефектима телесног кажњавања, оправдања за допуштеност телесног кажњавања детета нису убедљива и неупитна (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1166–1171). Отуда, све доминантнијим постаје други приступ који подразумева надзор над остваривањем родитељског права, због непоправљивих последица које деца могу имати услед физичког кажњавања (Shumeli, 2007: 59). Дакле, тренд о неопходности апсолутне забране физичког кажњавања није мотивисан само начелним разлогом заштите права детета, већ и емпиријским истраживањима која указују на изразиту штетност оваквог вида дисциплиновања.

Физичко кажњавање противречи друштвеним настојањима да насиље, посебно породично, сведе на најмању могућу меру, јер деца прихватају насиље као легитимни начин решавања конфликтних ситуација са другим особама (Orentlicher, 1998: 149). Задржавање допуштености физичког кажњавања као неупитног сегмента родитељског права, одражава две битне особине тог друштва: прво, деца се потцењују; и друго, пренаглашава се делотворност бола (Orentlicher, 1998: 173). Несумњиво, таква пракса доприноси одржавању анахроних културних норми о ауторитету и моћи. Краткорочни ефекат кориговања понашања има своје наличје у повишеној агресивности детета (Симовић, Симеуновић Патић, 2016: 1168). Осим тога, физичко кажњавање несвесно и ненамерно може прерасти у физичко злостављање, и значајно је повезано са антисоцијалним понашањем и менталним проблемима у одраслом добу (Gershoff, Grogan-Kaylor, 2016: 463).

Апсолутну забрану физичког кажњавања могуће је спровести на два начина. Знатно ређе, државе се опредељују за репресивни, кривичноправни модел реаговања у случају примене физичких казни према детету. Доминира грађанскоправни модел интервенисања у породичне односе који подразумева изричиту забрану физичког кажњавања, али без санкционисања случајева умерене и разумне примене физичке силе ради дисциплиновања. Грађанскоправни модел забране је на средокрећи, јер настоји да уважи права детета, без угрожавања породице у блажим случајевима физичког кажњавања. Дакле, примат је на едукативној поруци законског решења која постепено треба да утиче на промену друштвене свести и одбацивање традиционално укоренењеног уверења да је физичка казна најделотворнији метод васпитања. Због свог умереног приступа, грађанскоправни модел има предност, будући да избегава ефекат шока услед наглог кретања од једног ка другом екстрему (Shumeli, 2007: 121).

Ноторна је чињеница да право нема моћ да радикално мења социјалне односе и да изазове преображај друштвене свести преко ноћи. Отуда је неопходно истрајно спровођење едукативних кампања које треба да укажу на штетност физичког кажњавања, али и да понуде алтернативне методе дисциплиновања и васпитавања детета. Спровођење едукативних кампања је посебно значајно у мултикултуралним друштвима у којима постоје различити традиционални обрасци васпитавања деце. Према томе, у први мах је нужно обезбедити друштвени консензус у односу на непожељност неког родитељског понашања, па тек након тога је могуће правно санкционисати она понашања која одударају од пожељног модела.

Без обзира на то што је правно институционализовање забране недовољно за потпуно искорењивање физичког кажњавања, битан је симболички значај тако установљене забране, упркос њеном стварном ефекту. Правна реформа мора бити тај неопходни, почетни корак који ће започети промену друштвене свести. Уосталом, у теорији се истиче значај апсолутне забране физичког кажњавања, али не због репресивног деловања и санкционисања таквог понашања родитеља, већ ради едуковања јавности и у циљу промене јавне свести употребом правних средстава (Shumeli, 2007: 126).

### Литература

- Arthur, R. (2004). Corporal punishment. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*. 3 (1). 53–65.
- Atkin, B. (2015). Physical Punishment by Parents: The New Zealand Reform. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, 5(5), 99–113.
- Bitensky, S. (2006). *Corporal Punishment of Children: A Human Rights Violation*. Transnational Publishers. NY.
- Committee on the Rights of the Child (2006). *General Comment No.8 on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para.2, and 37, inter alia)*, UN Doc. CRC/C/GC/8.
- Cope, K. C. (2010). The Age of Discipline: The Relevance of Age to the Reasonableness of Corporal Punishment”, *Law and Contemporary Problems*, 2010, 73, 167–188.
- Freeman, M. (2010). Upholding the Dignity and Best Interest of Children: International Law and the Corporal Punishment of Children. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 211–251.
- Fuller, J. (2011). Corporal Punishment and Child Development. *Akron Law Review*. 44(5), 5–66.
- Gershoff, E. T., Grogan-Kaylor, A. (2016). Spanking and child outcomes: Old controversies and new meta-analyses. *Journal of Family Psychology*. 30(4). 453–469.
- Holzer, P., Lamont, A. (2010). *Corporal punishment: Key issues*, Australian Institute of Family Studies, Commonwealth of Australia.
- Gershoff, E. T. (2010). More Harm Than Good: A Summary of Scientific Research on the Intended and Unintended Effects of Corporal Punishment on Children. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 31–56.

Kelly, P. (2010). Corporal punishment and child maltreatment in New Zealand. *Acta Paediatrica*, Vol. 100, Iss. 1. 14–20.

Lambelet Coleman, D., Dodge, K., Keeton Campbell, S. (2010). Where and How to Draw the Line Between Reasonable Corporal Punishment and Abuse. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73, No. 2, 107–166.

Nolan, A. (2012). Litigating the Child's Rights to a Life Free from Violence: Seeking the Prohibition of Parental Physical Punishment of Children Through the Courts. in Freeman, M. *Current Legal Issues: Childhood and Law Studies*. Oxford University Press.

Orentlicher, D. (1998). Spanking and Other Corporal Punishment of Children by Parents: Overvaluing Pain, Undervaluing Children. *Houston Law Review*. 35, 147–185.

Phillips, B. (1994). The Case for Corporal Punishment in the United Kingdom. Beaten Into Submission in Europe?. *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 43. Iss. 1. 153–163.

*Report of the Independent Expert for the United Nations Study on Violence against Children*, UN Doc. A/61/299, para 28.

Shmueli, B. (2010). Corporal Punishment in the Educational System versus Corporal Punishment by Parents: A Comparative View. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 281–320.

Shmueli, B. (2007). Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models. *Penn State International Law Review*, 26(1), 57–137.

Straus, M. (2010). Prevalence, Societal Causes, and Trends in Corporal Punishment by Parents in World Perspective. *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. No. 2. 1–30.

Симовић, Д., Симеуновић Патић, Б. (2016). Прилог расправи о забрани физичког кажњавања детета. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. бр. 4/2016. 1157–1173.

Симовић, Д., Аврамовић, Д., Зековица, Р. (2013). *Људска права*. Криминалистичко-полицијска академија, Београд.

WebMD (2008). *Webster's New World Medical Dictionary* (3<sup>rd</sup> ed.). Ney Jersey: Wiley Publishing.

World Health Organization/International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (2006): *Preventing child maltreatment: a guide to taking action and generating evidence*, Geneva: WHO.

Цвејић Јанчић, О. (2015). Забрана физичког кажњавања детета: прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика Србије. *Правни живот*. бр. 10/2015. Београд. 5–24.

**Darko Simović, LL.D.**

Full Professor,  
Criminalistic and Police Academy, Belgrade

**Biljana Simeunović Patić, LL.D.**

Associate Professor,  
Criminalistic and Police Academy, Belgrade

## **CORPORAL PUNISHMENT IN LIGHT OF CHILDREN'S RIGHTS**

### **Summary**

*Making allowances for corporal punishment of children implies a departure from the principle of inviolability of the human bodily integrity. From the perspective of international law, corporal punishment of children is absolutely prohibited. Corporal punishment of children within the family, school or an institution for the execution of sanctions constitutes a violation of human dignity, the right to physical integrity, as well as a violation of the principle of equality in effectuating the protection of children's rights. Observed from a perspective of human rights, there is a huge gap between international standards and legal solutions in individual states. Despite the general international trend concerning the necessity of imposing the absolute prohibition of all types of corporal punishment, there is still a significant number of states which are fairly reserved in terms of sanctioning of such parenting methods. Moderate and reasonable corporal punishment within the family is allowed in most states. There is a common widely accepted assumption that no parent wants to hurt their child, nor cause even the slightest harm to the child. Thus, the model of moderate legal intervention in relations between parents and children prevails, which entails sanctioning only those cases of corporal punishment that result in physical injury or abuse of a child. Considering the endeavours in civil legislation to prohibit corporal punishment of children in Serbia, this circumstance suggests a rational and balanced approach to resolving this issue. It implies that the primary goal is raising the parents' awareness about the rights of the child rather than merely punishing the parents.*

**Keywords:** corporal punishment, rights of the child, international standards, Serbia.





**Др Дејан Мировић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776341M

UDK: 341.645

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **СТАЛНИ МЕЂУНАРОДНИ КРИВИЧНИ СУД И СРБИЈА**

**Апстракт:** Република Србија је у новембру 2016. изменама Кривичног законика преузела стандарде за утврђивање злочина геноцида који прописује Међународни кривични суд са седиштем у Хагу. Стални Међународни кривични суд игнорише четврти велики злочин који регулише међународно право, злочин против мира или агресију. Текст измена је сличан британској резолуције о Сребреници која је поднета Савету безбедности УН у јулу 2015. Стални Међународни кривични суд у свом раду преузима пресуде повезане са Сребреницом као пресуђене правне чињенице или стандарде који се не доказују и не доводе у питање. Пример је случај *Jean-Pierre Bemba Gombo*. Правну ситуацију компликују и најаве из Приштине и Сарејева да ће покренути поступке против Србије пред Међународним судом правде 2017. године као рад Међународног кривичног суда за бившу Југославију

**Кључне речи:** Кривични законик, стални Међународни кривични суд, Сребреница, геноцид, Савет безбедности УН.

### **1. Измене Кривичног законика у новембру 2016. и кршење члана 10 Европске конвенције о људским правима која гарантује слободу изражавања -Преузимање пресуде Међународног суда правде у случају Босна против Србије из 2007 и текст резолуције из 2015. пред СБ УН**

Крајем новембра 2016. године усвојен је Закон о изменама и допунама Кривичног законика (у даљем тексту Закон о изменама КЗ). У члану 30. Закон о изменама КЗ мења се члан 387 КЗ. Прописује се казна затвора од

\* mirovici@yubc.net

6 месеци до 5 година за онога ко јавно “одобрава, негира или умањује” геноцид, злочин против човечности или ратне злочине. Стандарде за утврђивање ових злочина даје Међународни кривични суд са седиштем у Хагу.

Прво питање које се поставља када се анализирају ова одредбе је зашто се појам геноцида не везују за Конвенцију о спречавању и кажњавању геноцида из 1948 године? То је основни међународни извор који регулише појам геноцида (међународни уговор усвојен на Генералној скупштини УН ). Слично питање се може поставити и за изостављање позивања на Женевске конвенције из 1949. године када се ради о регулисању друга два велика злочина у међународном праву, злочина против човечности и ратних злочина. Одговор се налази у чињеници да Међународни кривични суд игнорише четврти велики злочин који регулише међународно право, злочин против мира или агресију. Римски статут Међународног кривичног суда у члану 5. став 2 фактички укида своју надлежности за кривично дело агресије и оставља је “будућим” генерацијама (иако је злочин агресије био основ одговорности још на Нирнбершком суђењу и у случају Никарагва против САД . (Касезе, 2005:156)

Оваквим регулисањем српски законодавац је омогућио да буде кажњиво свако довођење у сумњу западне верзије злочина у Сребреници, али и да буду амнестирани сви они који оправдавају бомбардовање СРЈ од стране НАТО. У пракси, то би значило да сви они српски држављани који јавно одобравају став Рудолфа Ђулијана да је бомбардовање СРЈ осиромашеним уранијом без одобрења Савета безбедности УН било “добро”, неће кривично одговарати за ово примитивно величање злочина агресије.

Српска власт оваквим законским регулисањем не само да ретроактивно уводи једну врсту вербалног деликта из времена СФРЈ, како су приметили бројни правници у нашој јавности, већ и крши позитивне прописе међународних организација у области слободе изражавања. Србија је чланица Савета Европе (СЕ) од 2003. године, сходно томе примењује и Европску конвенцију о људским правима. Њени грађани учествују у поступцима пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Читав овај политичко-правно механизам Савета Европе се заснива на члану 10 Европске конвенције о људским правима који гарантује слободу изражавања. Слободе изражавања је у систему СЕ ограничена само интересима националног сувернитета, безбедности, борбе против криминала и неморала. Најпознатије пресуде у том смислу су Лингенс против Аустрије из 1986 године, Кастелс против Шпаније из 1992. године и серија пресуда Европског суда за људска права у случајевима који су

покретали Курди против Турске. (Дитертр, 2004:244) Нема ни речи у свим овим пресудама Европског суда за људска права о повезивању слободе изражавања са међународним кривичним правом као што се покушава представити у српском КЗ.

У правном систему УН слободу мишљења регулише члан 19 Универзалне декларације о људским правима и члан 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Ограничења слободе изражавања су скоро индентична као у систему СЕ. Такође, постоји богата пракса пред Комитетом за људска права УН. Најпознатији случајеви поводом тумачења члана 19 су Алберт Вомах против Камеруна из 1991. године и Роберт Форисон против Француске из 1993. године. (Хански, Шајнин, 2007: 285). Коначно, и Повеља о основним правима ЕУ у члану 11 регулише слободу мишљења и изражавања. Ни у овом примарном правном извору ЕУ који је према правној теорији у истом рангу као Лисабонски уговор нема значајног организирања слободе изражавања. (Јањевић, 2009: 361-376.)

Дакле, очигледно се ради о политичким притисцима или о нечијем обећању да ће увести западну верзију злочина у Сребреници у српско законодавство. Зато се може закључити да је инцијатива за овакво мењање српских закона дошла од оних земља које су гласале у Савету безбедности за британску резолуцију о Сребреници у јулу 2015. У тој резолуцији се Велика Британија управо позива на Римски статут Међународног кривичног суда.<sup>1</sup> Британија такође захтева и да "политички лидери" у Србији прихвате да се "десио геноцид" и да израде "образовни програми" из којих ће будуће генерације извучити "поуке у вези са геноцидом". Усвајање овакве резолуције је спречено тек руским ветом у Савету безбедности УН и то на молбу председника РС Додика .

Хронологија показује да је Велика Британија у јуну 2015 . поднела СБ УН текст резолуције у којој се осуђује геноцид у Сребреници.<sup>2</sup> Аутори

---

1 Британски амбасадор у УН Метју Рајкфорт је тада у одговору/писму председавајућем председништва БиХ Младену Иванићу навео да су "међународни" судови потврдили да овај злочин одговара дефиницији геноцида). Британија захтева и да "политички лидери прихвате да се десио геноцид" и да се израде "образовни програми" из којих ће будуће генерације извучити "поуке"

2 Године 2010. је донета резолуција. У самом нацрту резолуције се реч геноцид помиње неколико десетина пута, ипак када се пажљиво прочита седма и последња варијанта резолуције поднета у јулу 2015. године, јасно је да аутор или не зна разлику између ратног злочина, злочина против човечности и геноцида или намерно меша појмове из међународног кривичног права, јер наводи да је неколико хиљада људи протерано из Сребренице а неколико хиљада убијено, ово нетачно дефинисање појмова је мнго очигледније у резолуцији Европског парламента о Сребреници која је донета 9.јула 2015.

резолуције се позивају на пресуду МСП у спору Босна против Србије из 2007. (у верзији од 2. јул 2015. се наводи да се најоштрије осуђује геноцид у Сребреници “као што је утврђено пресудама МКСЈ и Међународног суда правде”). Британски амбасадор у УН Метју Рајкфорт је у одговору/писму председавајућем председништва БиХ Младену Иванићу навео да су међународни судови потврдили да овај злочин одговара дефиницији геноцида у складу са Конвенцијом из 1948.

Текст такве британске резолуције је изазвао бурне реакције у Републици Српској и Србији. Председник Републике Српске Милорад Додик је изјавио да је Британија одувек водила антисрпску политику. На скупу одржаном 4. јула 2015. у Братунцу поводом дана страдања Срба у Подрињу је изјавио: “Злочин над Србима десио се у континуитету, а злочин над Боњацима десио се у кратком времену. У чему је разлика, каква је то разлика? Зар није доказ веће свирепости то што су у континуитету убијани недужни људи”. Затим је закључио да ако се усвоји британска резолуција “Срби ће бити једини народ у документима УН окарактерисан на такав начин”. Руководиоци из Србије, министар иностраних послова и премијер су тврдили су да је резолуција неприхватљива и да неће допринети помирењу. Председник Србије у помоћ је позвао чак и руског председника Путина. Затражио је од њега у јулу 2015. да Руска Федерација уложи вето на британску резолуцију (исто је затражио и Додик од руског министра иностраних послова Лаврова). Руси су позитивно одговорили на српске молбе. Лавров је одмах британску резолуцију окарактерисао као антисрпску. Затим је Русија поднела свој нацрт резолуције у којој се осуђују сви злочини почињени за време грађанског рата у БиХ и даје се подршка Дејтонском споразуму као највише акту државе која је суштини *sui generis* (Крећа, 2012: 150) У СБ УН је затим настало лобирање за британски и руски нацрт. У тексту је захтевано да се појам геноцида у Сребреници унесе ни мање ни више, него у школске уџбенике у свакој држави чланици УН.<sup>3</sup> Претходно наведено а посебно захтев за измену школског програма је изазвао запрепашћење у српској јавности. Међутим, тако нешто се могло очекивати након неозбиљне и непрофесионалне српске одбране пре МСП, безрезервне подршке раду МКСЈ (која није престала чак и када је МКСЈ ослободио Насера Орића, озглашеног ратног команданта Сребренице) као и Декларације

3 Позива државе чланице да по потреби израде образовне програме на основу којих ће будуће генерације извучити поуке у вези са геноцидом, ратним злочинима, етничким чишћењем и злочинима против човечности из прошлости, како би се спречило њихово евентуално понављање” Доношење Декларације није спречило ни противљење Републике Српске и њеног тадашњег председника Рајка Кузмановића. Он је у саопштењу од 31.3. 2010. нагласио да се злочини могу осуђивати селективно и ван контекста: “

Народне скупштине Републике Србије у којој се изражава подршка пресуди МСП у случају Босна против Србије. У међународном праву важи начело реципроцитета старо колико и људски род. Макијавели, Ришеље и други заступници теорије државног разлога су знали за то правило. Међутим наше власти и правници као да нису знали за то правило и једнострано су прихватили сваку па и најбесмисленију одлуку МСП и МКСЈ.

## **2. Међународни кривични суд, Међународни суд правде и Међународни кривични трибунал за бившу Југославију**

Логичан закључак који указује на спољнополитичке мотиве за мењање КЗ се у нашој јавности покушава оспорити квазиправном тврдњом да је Међународни кривични суд донео само једну пресуду о геноциду, у случају Конго. На основу тога се прави конструкција по којој да се српски Закон о изменама КЗ може односити само на негирање геноцида у Конгу. Овакав класичан пример за *contradico in adjecto* или повезивање неповезивог, вређа здрав разум чак и када би се прихватила нереална теза да Међународни кривични суд више никада неће донети пресуду у вези са геноцидом.

У том контексту, правне апологете рада Међународног кривичног суда упадљиво прећуткују (намерно или због незнања) чињеницу да у Хагу поред Међународног кривичног суда постоје још и Међународни суд правде и Међународни кривични трибунал за бившу Југославију. Од ова три суда у Хагу, два су већ прихватила западну (британску) верзију злочина у Сребреници. Међународни кривични трибунал за бившу Југославију у случају Крстић 2004. и Међународни суд правде у случају Босна против Србије 2007. Штавише, као што смо већ навели Међународни суд правде је констатовао у пресуди из 2007. године да СРЈ није имала ефективну контролу над снагама које су починиле ратне злочине на територији Сребренице. Дакле, није важно где се геноцид одиграо, да ли се радило о геноциду или злочину против човечности, ко га је починио, већ ко је "политички" одговоран.

Овакво широко тумачење Конвенције о геноциду је веома опасно. У једну правну материју убацује чисто политичке елементе. Такав политички и популистички начин дефинисања кривице је у супротности са основним начелом кривичног права. Мора постојати субјективна веза између кривца и кривичног дела да би неко био одговоран за кривично дело мора предузме противправну радњу, одређену у закону која проузрокује последицу (Чејовић, Кулић, 2011.: 94). Дакле, судови у Хагу сматрају да је у међународном кривичном праву довољна само политичка веза између особа или чак држава ради утврђивање ни мање ни више него, *dolusa spe-*

calisa или посебне геноцидне намере (ради уништења заштићене групе) без којег нема геноцида.

Посебно је спорно то што је Међународни суд правде у случају БиХ против Србије одбацио аргументе српске стране поводом догађаја у Жепи. Они су се одиграли у исто време као и они у Сребреници. Користећи квазиправно тумачење и вербалну (адвокатску) акробатику као и пресуде Међународног кривичног суда за бившу Југославију, Међународни суд правде је закључио да за геноцид није потребан план. Он може одиграти "спонтано"(?!). Прецизније, ВРС је према Међународном суду правде спороводила геноцид у Сребреници али није у Жепи удаљеној неколико десетина километара иако је и та заштићена зона заузета у исто време када и Сребреница (као да се радило о две различите војске и два различита рата). . Коначно, пошто МСП не може да утврди да је СРЈ подстицала наводни геноцид у Сребреници, судско веће се одлучује да осуди Београд "због непоштовања обавезе спречавања геноцида". Основни "докази" за осуду су разговор (без сведока) Весли Кларк–Милошевић у Дејтону, тј.верзија америчког генерала коју нико осим њега не може да потврди. Други "доказ" за наводну кривицу СРЈ је изјава министра иностраних послова Вука Драшковића из 2005. године. ( Стојановић , 2007 : 166) На основу оваквих конструкција Србија и преузимање пресуда МКСЈ ( Шкулић 2013: 56 ) који је чак и оптужнице подизао због политичких мотива ( Del Ponte , 2008.:187) је осуђена за "неспречевање" геноцида од стране Међународног суда правде 2007. године.

### **3. Преузимање "утврђених" чињеница у случај *Jean-Pierre Bemba Gombo***

Због претходно наведеног могло се очекивати (са високом вероватноћом) и пре доношење измена у нашем кривичном законодавству у новембру 2016 да ће Међународни кривични суд у свом раду преузети пресуде повезане са Сребреницом као пресуђене правне чињенице или стандарде који се не доказују и не доводе у питање.<sup>4</sup> То се већ десило и сакрива се од наше јавности због незнања или непрофесионалности. У случају *Jean-Pierre Bemba Gombo* (политачара из Конга) само у једном поднеску главног тужиоца има преко десетак позивања на пресуде и одлуке Међународног кривичног суда за бившу Југославију укључујући и случај Толимир. Тачније, главни тужилац Међународног кривичног суда *Fatou B. Bensouda* се у поднеску

---

4 Међународни кривични суд је већ у члановима 72 и 87 оснивачког Римског статута преузео стандарде и одлуке Међународног кривичног суда за бившу Југославију из случаја у одлуци Блашкић .

од 1.7.2016. позива на пресуду жалбеног већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у случају Толимир од 8.4.2015. по којој је бивши начелник главног штаба ВРС осуђен на доживотну робију због оптужби за геноцид у Сребреници. У истом случају *Jean-Pierre Bemba Gombo*, судско веће доноси осуђујућу пресуду 21.3.2016. позивајући се неколико десетина пута на пресуде Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, укључујући и пресуду у случају Вујадина Поповића оптуженог за геноцид у Сребреници и осуђеног на доживотну робију.

#### **4. Закључак - Перспективе у контексту најаве покретање поступака од стране такозваног Косова против Србије и ревизије у случају Босна против Србије 2017.**

Преузимање западне верзије злочина у Сребреници од стране Међународног кривичног суда ће се наставити. То не показују само минимална физичка удаљеност од пар стотина метара између Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију и Међународног кривичног суда у Хагу као и нескривене амбиције судија из првог суда да се запосле у другом због боље плате и перспективе (услед затварања *ad hoc* трибунала). Много је важније што је досадашња пракса Међународног кривичног суда прозападно и политички оријентисана. У том контексту, Руска Федерација је управо у новембру 2016 године повукла свој потпис са Римског статута. Министарство иностраних послова је образложило ту одлуку непостојањем политичке "независности суда" и једностраним изјавама главног тужиоца у вези са сукобом у Украјини. (Вујић 2016).<sup>5</sup> Скоро истовремено, неколико афричких држава предвођених ЈАР иступило је из Међународног кривичног суда (уз подршку Кине). Овоме треба додати и начин бирања судија Међународног кривичног суда на који чланице Савета безбедности УН РФ и Кина фактички немају утицаја (због непостојања вета и издвојености из система УН) и биће јасно да је изменама Кривичног законика предато правно тумачење злочина у Сребреници у руке политичара који имају пресудан утицај на Међународни кривични суд. На тај начин је фактички имплементиран текст британске резолуције о Сребреници у српско законодавство али и заобиђен и дерогиран СБ УН. Колико је то опасно показују и најаве из Приштине (квази-творевине која није чланица УН) да ће се тужити Србију Међународном суду правде због кршења Ковенције о геноциду (Ристић 2017). Ова правна акробатика треба да буде изведена уз помоћ Албаније која ће се формално обратити

---

<sup>5</sup> Кина је изразила поштовање за одлуку низа афричких држава: званични Пекинг истовремено је инсистирао да „МКС мора поштовати суверенитет појединачних држава и друге принципе међународног права”,

Међународном суду правде . Основ треба да буду пресуде Међународног кривичног суда за бившу Југославију .Сличан квазиправни основ најављује и русководство у Сарајеву у вези са ревизијом пресуде Међународног суда правде из 2007 године у случају Босна против Србије коју само претходно навели као пример двоструких стандарда . У том контексту, нема сумње да ће Међународни кривични суд следити праксу Међународног суда правде и Међународног кривичног суда за бившу Југославију чак и случају да прихвате екстремне политичке захтеве из Приштине и Сарајева из 2017. Српски законодавац мора имати то у виду и не сме олакашавати овакав неповољан развој догађаја тако што ће фактички имплементирати текст британске резолуције о Сребреници у српско кривично законодавство као што је урадио у новембру 2016. Посебно је неприхватљиво да се то ради на начин који грубо крши слободу изражавања гарантовану чланом 10 Европске конвенције о људским правима, чланом 19 Универзалне декларације о људским правима, чланом 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима као и чланом 11 Повеље о основним правима ЕУ.

## Литература

Касезе, А.. "Међународно кривично право", (2005), Београд, Београдски центар за људска права, , 2005

Чејовић Б,, Кулић М. "Кривично право" (2011) Београд, Службени гласник,  
С. Del Ponte, La Caccia, (2008) Milano, Feltrinelli,

Крећа М ."Међународно јавно право", Београд, (2012.) Београд, Службени гласник

Јањевић М, " Консолидовани уговор о Европској унији " , Београд, (2009). Београд, Службени гласник

Стојановић Р."Србија пред Међународним судом правде", књига 2. (2007) Београд, "Филип Вишњић",

Хански Р,, Шајнин М " Најважнији случајеви пред Комитетом за људска права ", Београд, (2007). Београд, Београдски центар за људска права,

Дитертр Ж ." Изводи из најзначајних одлука Европског суда за људска права", Београд, (2004).Београд, Службени гласник,

Шкулић М , (2013), " Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји" .У Ј. Ћирић (Прир) "Хашки трибунал између права и политике" (стр. 56-120) Београд : Институт за упоредно право ,



Интернет извори:

Вујић Т, “Африка окреће леђа правди белог човека”, “Политика” 26.10.2016  
<http://www.politika.rs/scc/clanak/366553/Afrika-okrece-leda-pravdi-belog-oveka>

Ристић Б. “Албанија у Тачијево име тужи Србију за геноцид”, Спутњик  
13.02.2017

<https://rs.sputniknews.com/komentari/201702131110014318-sud-taci-genocid-srbija-ovk/>

**Dejan Mirović, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law in Kosovska Mitrovica,*

*University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)*

## **THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND SERBIA**

### **Summary**

*In November 2016, the Republic of Serbia adopted the amendments to the Criminal Code of Serbia, which stipulates (in Art. 30) a prison sentence ranging from 6 months to 5 years for anyone who publicly “approves, denies or diminishes” genocide, crimes against humanity or war crimes. Thus, Serbia has acquired the standards on the crime of genocide which are given by the International Criminal Tribunal (ICT) in the Hague. Yet, the ICT is ignoring the fourth great crime which is regulated by international law: crime against peace or crime of aggression. The text of the amendments is similar to the wording of the British Resolution on Srebrenica, which was submitted to the UN Security Council in July 2015. Thus, it may be concluded that the initiative for such a change in the Serbian Law came from those countries that voted in the UN Security Council for the British resolution on Srebrenica in July 2015.*

*In its work, the ICT is prone to taking the judgments related to Srebrenica as adjudicated legal facts (*res iudicata*) or legal standards which are not to be questioned, disputed and argued. An illustrative example is the case of Jean-Pierre Bemba Gombo, where a single submission of the Chief Prosecutor included over a dozen references to the judgment and decisions of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, including the Tolimir case. The legal situation is further complicated by the recent announcements from Priština and Sarajevo that they will institute proceedings against Serbia at the International Court of Justice in 2017.*

**Keywords:** *Criminal Code, International Criminal Tribunal, Srebrenica, genocide, the UN Security Council*

## **ГРАЂАНСКОПРАВНА СЕСИЈА**

---

---



**Др Мирослав Лазич\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776353L

UDK: 349.412:347.235](497.11)

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **СВОЈИНСКИ РЕЖИМ НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ И УРБАНА КОМАСАЦИЈА\*\***

**Апстракт:** Основне новине у погледу промене карактера својине на грађевинском земљишту су: да може бити у свим облицима својине и да је допуштен промет грађевинског земљишта како у приватној, тако и у јавној својини. Посебним законима је регулисана конверзија грађевинског земљишта без накнаде, и конверзија уз накнаду. Новина је и регулисање могућности урбане комасације као средства комуналне политике које је социјално праведнија мера од експропријације, јер власник задржава право својине на земљишту и вредност земљишта, а омогућава се уређење грађевинског земљишта у јавном интересу.

**Кључне речи:** грађевинско земљиште, карактер својине, урбана комасација.

### **1. Увод**

Својина је од свог настанка, као најшире имовинско право, представљала предмет највеће човекове фактичке и правне заштите, али и објекат бројних ограничења. Након Првог светског рата, наглашен је социјални карактер својине, што изазива пораст ограничења која својину као некада “апсолутно, свето и неповредиво право”, претварају у “својину која обавезује и има социјалну функцију” (Wolf, 1997: 30). Са развојем капитализма “овлашћења сопственика у којима су неки видели ‘апсолутног деспота’ постепено су се претварала у измаглицу” (Агостини, 1986: 471).

Својина се све више сужава тако што се вршења ограничења, јавноправна – у општем друштвеном интересу (попут одредби о грађевинском земљишту

\* lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

и коришћењу пољопривредног и шумског земљишта; културних добара; градње, итд.) и приватноправна (суседска права и забрана злоупотребе права) (Стојановић, 1991: 1176; Лазић, 2004: 34). Уставом РС је предвиђено да се слобода коришћења и располагања пољопривредним земљиштем, шумским земљиштем и градским грађевинским земљиштем може ограничити „да би се отклонила опасност од наносења штете животної средини или да би се спречила повреда права и законом заснованих интереса других лица“<sup>1</sup>.

Иако се право на имовину и својину третира као људско право (Hösch, 2000: 17), социјализација друштва доводи до све већих ограничења приватне својине, при чему су најизраженија на земљишту, а посебно на највреднијем – грађевинском земљишту. “Индустријска револуција и прилив пролетаријата у велике градове прати и пораст цена грађевинског земљишта. Први прописи о обавезном просторном планирању градова који су представљали ограничење права власништва на урбаном земљишту донијети су у другој половини деветнаестог, односно почетком двадесетог стољећа” (Simonetti, 1983: 36).

Поред ограничења својствених развоју модерних друштава, у нашем праву се мењао и режим својине на грађевинском земљишту променом карактера власти. „Правни режим грађевинског земљишта у социјалистичким друштвима најбољи је пример непоштовања права својине на грађевинском земљишту које је не само ограничено, већ одузето без икакве накнаде – национализацијом. Разлози су били револуционарно-политички, али је поступак спроведен на основу закона, тако да је представљао легалан, али не и легитиман акт“ (Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2011: 9). Зато је први део рада посвећен регулисању режима својине на грађевинском земљишту конверзијом државне у приватну својину у корист власника зграда.

Значај грађевинског земљишта расте, што доводи и до прихватања појединих нових ограничења својине која су у јавном интересу, а која нису била својствена социјалистичком периоду. Таква је и могућност коришћења урбане комасације ради обједињавања и стварања економски интересантних грађевинских парцела, којом ћемо се бавити у другом делу рада.

## **2. Промена карактера својине на грађевинском земљишту**

Својински односи на градском грађевинском земљишту су у праву бивше СФР Југославије, због свог значаја, били у специјалном правном режиму

---

1 Чл. 88 Устава Републике Србије, Сл. гласник РС, 98/2006.

јер је ово земљиште увек третирано као добро у општем интересу. У социјалистичкој Југославији, најпре је извршена национализација грађевинског земљишта (подруштвљавање без накнаде и стављање ван промета) Законом о национализацији (ЗННГЗ), којим је изграђено и неизграђено грађевинско земљиште на подручју града и насеља градског карактера, *ex lege*, трансформисано у друштвену својину „ради његовог рационалнијег коришћења и планске изградње градова и насеља градског карактера као и других урбаних средина“<sup>2</sup>. Власници зграда (физичка и правна лица) су стицали право коришћења на земљишту. Грађевинским земљиштем су управљале и располагале општине, односно град. Устав СФРЈ из 1974<sup>3</sup>. године је одредио да не може постојати право својине на земљишту у градовима и насељима градског карактера.<sup>4</sup> Тиме је напуштен принцип *superficies solo cedit*, односно правно јединство својине на земљишту и згради, а грађевинско земљиште је било у друштвеном/државном власништву и ван промета. (Јанковић, 1961: 29).

Недостаци напуштања принципа правног јединства режима својине на земљишту и згради су били очигледни, па су промене биле неминовне и започете су још у социјалистичком периоду. Најпре је Устав СР Југославије из 1992. г.<sup>5</sup> предвидео да на градском грађевинском земљишту може постојати приватна или други облик својине, супротно решењу из тадашњег републичког Устава Србије (Сл. гласник РС“ 1/92). Закон о грађевинском земљишту Србије прихвата решење из савезног Устава<sup>6</sup>, али предвиђа да земљиште које је до дана ступања на снагу овог закона (5. 11. 1995), одређено као градско грађевинско земљиште остаје у државној својини, осим земљишта на коме по Закону буде успостављен ранији режим својине<sup>7</sup>. Након распада Југославије и стварања нових држава, приступило се коначном успостављању правног јединства земљишта и зграда.

---

2 Чл. 1, чл. 34 – 41 Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, Сл. лист ФНРЈ, бр. 52. 1958.

3 В., члан 81 Устава СФР Југославије („Службени лист СФРЈ“, бр. 9/74); Решење Уставног суда СФРЈ бр. У-28/82 од 24. маја 1986. г. («Службени лист СФРЈ», бр. 57/86).

4 Члан 37 ЗННГЗ.

5 Чл. 73, ст. 4 Устава СР Југославије из 1992. С. лист СРЈ, 92/01.

6 Чл. 4, ст. 3 Закона о грађевинском земљишту. Сл. гласник РС, 4/95

7 Чл. 33 Закона о грађевинском земљишту. Сл. гласник РС, 4/95.

У Републици Хрватској је 1991. г., приликом преузимања југословенског Закона о основама својинско правних односа<sup>8</sup> као републичког закона<sup>9</sup>, измењена одредба чл. 12 ЗОСПО, тако што је право коришћења земљишта замењено правом власништва, јер је ограничење власништва на време док постоји зграда противно уставној<sup>10</sup> гаранцији власништва. „Успостављање права власништва на грађевинском земљишту које је било национализирано или по другој основи пренијето у друштвено власништво, извршено је у првој фази дјелимичном, те у другој потпуном реституцијом права власништва на неизграђеном грађевинском земљишту и успоставом права власништва (сувласништва) у корист власника (сувласника) зграда или посебних дијелова зграда на изграђеном грађевинском земљишту“ (Simonetti, 1999: 513). Коначно правно јединство некретнина у хрватском праву извршено је новим Законом о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске<sup>11</sup> (Gavella, 2003: 27; Simonetti, 2003: 246).

Слично<sup>12</sup> решење је 1995. г. примењено и у Федерацији БиХ приликом доношења ЗОВО, тако што је право власника зграде на трајно коришћење земљишта трансформисано у право власништва на земљишту на коме је зграда изграђена и које служи за редовну употребу зграде, ако законом није другачије одређено. Тек доношењем Закона о грађевинском земљишту ФБиХ<sup>13</sup> предвиђено је да градско грађевинско земљиште може бити како у државном тако и у приватном власништву, те да се може слободно преносити. „Чланом 39. је извршена денационализација изграђеног грађевинског земљишта и претворба трајног права кориштења у право својине. Путем ове законске мјере успостављено је у погледу изграђеног градског грађевинског земљишта правно јединство некретнине. Ово се међутим десило путем инверзије: од зграде према земљишту“ (Povlakić, 2009: 149).

8 Закон о основама својинско правних односа (ЗОСПО). Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90. Сл. лист СРЈ, бр. 29/96. Сл. гласник РС, бр. 115/2005-др. закон.

9 Чл. 9 Закона о преузимању Закона о власничко правним односима. Народне новине 53/1991.

10 Odl. Ustavnog suda Hrvatske od 30. 11. 1994, Narodne novine 92/94.

11 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske („Narodne Novine R Hrvatske“, br. : 9/96, 68/88, 73/00 i 114/01).

12 Разлика босанскохерцеговачког и хрватског решења огледа се у томе да је у БиХ власништво успостављено на земљишту испод зграде и на оном „дијелу земљишта које је одређено за редовну употребу зграде“, а у Хрватској је власништво успостављено на земљишту испод зграде и «парцели на којој је зграда изграђена», у корист власника зграде (Simonetti, 2001: 178).

13 Чл. 4 Закона о грађевинском земљишту ФБиХ. Službene novine Federacije BiH, 67/05.



Законом о грађевинском земљишту из 2006. у Републици Српској направљен је корак даље у односу на решење за ФБиХ. Градско грађевинско земљиште може бити и у приватном и у државном власништву, а приватни власници могу њиме слободно располагати, уз ограничење правом прече куповине у корист локалне самоуправе (општине или града)<sup>14</sup>. „Право трајног кориштења је већ на основу чл. 93. ЗГЗ РС из 2003, трансформирано у право власништва.....”, (Povlakić, 2009: 153).

У законодавству Србије, једна од најважнијих мера Закона о планирању и изградњи<sup>15</sup> из 2009. г. (у наставку рада: ЗПИ) је омогућавање конверзије земљишта у државној својини у корист власника зграда и елиминације права коришћења. Бројне измене овог закона су изазивале и одређену конфузију. Тако, изменама ЗПИ је предвиђено: „грађевинско земљиште је земљиште које је одређено законом или планским документом (новина која проширује могућност проглашења грађевинског земљишта – прим. аутора) за изградњу и коришћење објеката, као и земљиште на којем су изграђени објекти у складу са законом“<sup>16</sup>. Грађевинско земљиште се користи према намени одређеној планским документом. Грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине. Право својине на грађевинском земљишту у јавној својини има Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе<sup>17</sup>. Да би земљиште имало својство грађевинског земљишта потребно је да је то законом одређено или да му тај карактер даје неки плански документ који обухвата просторни и урбанистички план<sup>18</sup>.

Грађевинско земљиште се разврстава у две категорије<sup>19</sup>: изграђено (земљиште на коме су изграђени објекти намењени за трајну употребу) и неизграђено (земљиште на коме нису изграђени објекти, на коме су изграђени објекти без грађевинске дозволе или привремени објекти), односно уређено (комунално опремљено за грађење и коришћење – изграђен приступни пут, електромрежа, обезбеђено снабдевање водом и обезбеђени други услови) или неуређено грађевинско земљиште. Напуштено је разликовање грађевинског земљишта из ЗПИ из 2009, на

---

14 Чл. 5 и 8 Закона о грађевинском земљишту Републике Српске (Сл. гласник РС, Бр. 112/2006.

15 Закон о планирању и изградњи (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2009, 81/2009 – испр. 81/2009, 64/2010 – одл. УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одл. УС, 50/2013 – одл. УС, 98/2013 – одл. УС, 132/2014 и 145/2014.

16 Чл. 82 ЗПИ са изменама из 2014.

17 Чл. 83 ЗПИ

18 Чл. 11 ЗПИ.

19 Чл. 90 ЗПИ.

градско и земљиште ван граница градског грађевинског земљишта. Ова измена и омогућавање промене намене земљишта планским документом<sup>20</sup> може довести до лакшег изједначавања и неправичног пореског оптерећења власника парцела лоцираних ван градске зоне, што се у неким општинама и десило.

Основне новине у погледу грађевинског земљишта, делимично започете с првим ЗПИ из 2003<sup>21</sup>, а посебно ЗПИ из 2009. г. који са изменама важи и данас, а које се односе на промену карактера својине на грађевинском земљишту су: да може бити у свом облицима својине (приватна, задружна и јавна својина); да јавну својину на грађевинском земљишту могу имати Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе и да је допуштен промет грађевинског земљишта како у приватној, тако и у јавној својини. ЗПИ из 2009. г. регулише начин и услове конверзије<sup>22</sup> права трајног коришћења и права закупа грађевинског земљишта у право својине. Прелазно решење је супротно правилу *superficies solo cedit*, јер власник објекта постаје власник земљишта. ЗПИ је најпре регулисао два облика конверзије – са накнадом и без накнаде (Опширније: Лазић, 2011: 228).

Међутим, одлуком Уставног суда Србије<sup>23</sup> проглашене су неуставним одредбе ЗПИ којим се накнада за конверзију права коришћења грађевинског земљишта у право својине умањује за цену капитала (или имовине) плаћену у поступку приватизације, а тиме су престале да се примењују и одговарајуће уредбе које су регулисале конверзију уз накнаду, што је прекинуло бројне нејасноће, али је и зауставило поступке издавања грађевинских дозвола науштрб грађевинске индустрије, јер је конверзија, најчешће, претходила њиховом издавању.

Измене и допуне ЗПИ усвојене у децембру 2014. г. и даље регулишу могућност претварања права коришћења у право својине грађевинског земљишта без

20 Изменама ЗПИ је предвиђена могућност да се планским документом промени намена пољопривредног и шумског земљишта. Чл. 88, ст. 3 и 4 и чл. 89 ЗПИ.

21 Чл. 79, ст. 4 Закона о планирању и изградњи из 2003. г. *Sl. glasnik RS*, br. 47/2003.

22 Чл. 82 до 109 ЗПИ из 2009. г.

23 „Утврђује се да одредба члана 103, став 1 Закона о планирању и изградњи (*“Službeni glasnik RS”*, br. 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13 - US i 50/13 - US), u delu koji glasi: *“Troškovi pribavljanja prava korišćenja građevinskog zemljišta obuhvataju, u smislu ovog zakona, ukupnu revalorizovanu cenu kapitala, odnosno imovine isplaćenu u postupku privatizacije, odnosno ukupnu revalorizovanu cenu isplaćenu za imovinu ili deo imovine privrednog društva ili drugog pravnog lica u stečajnom ili izvršnom postupku, kao i druge stvarne troškove.”*, nije u saglasnosti sa Ustavom“. *Сл. гласник РС*, бр. 98/2013.

накнаде,<sup>24</sup> а конверзија са накнадом је, због супротстављених ставова, препуштена посебном закону.

Конверзија уз накнаду је требало да разреши супротстављене захтеве власника зграда на приватизованим предузећима и интересе страних инвеститора како би приватни карактер својине на грађевинском земљишту имао позитиван утицај на привредни и финансијски систем и привукао инвестиције, у складу са ставовима Европске комисије и захтевима Мреже за реституцију, а све то уз поштовање Одлуке Уставног суда Србије. Зато је Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду<sup>25</sup> донет тек 2015, са циљем да се грађевинско земљиште стави под режим приватне и јавне својине, оконча трансформација својине и отклоне неизвесности за стране инвеститоре. Европска комисија је ипак прихватила решење да се “конверзија врши пре реституције”, што значи да лица која имају право на конверзију могу стећи право својине на грађевинском земљишту, без обзира на захтеве бивших национализованих власника и њихових наследника за реституцијом тог земљишта.

Заштићено је и раније стечено право грађења без обавезе претходне конверзије уз накнаду и допуштена могућност стицања грађевинске дозволе на основу стеченог права коришћења без претходне конверзије у року од годину дана (до 28. јула 2016), чиме је фаворизирана дугорочно кориснија изградња и развој, уместо буџетског прихода. Закон се односи на сва лица која су право коришћења грађевинског земљишта стекла у поступку приватизације, стечајног или извршног поступка и друге субјекте. Инвеститори који су право стекли током приватизације, неће моћи да то право пренесу на друга лица, већ ће бити у обавези да изврше конверзију по тржишној вредности земљишта. Конверзију ће плаћати и друштвена предузећа, спортска друштва и сва лица коју су право коришћења и изградње стекла до 13. маја 2003. године.

Код конверзије изграђеног грађевинског земљишта, подносилац захтева ослобађа се плаћања накнаде за конверзију дела земљишта које се користи

---

24 Чл. 102 ЗПИ, али се број субјеката која имају ово право смањује. По чл. 101, ст. 2 ЗПИ из 2009, право конверзије су имали и етажни власници у стамбеним, пословним и пословно-стамбеним зградама, које су изграђене на грађевинском земљишту у државној својини, чије се право коришћења претвара у право својине без накнаде, сразмерно површини посебних физичких делова. У овом случају етажни власници постају сувласници на земљишту под зградом и земљишту које служи за редовну употребу зграде. Нови ЗПИ не предвиђа више ову конверзију.

25 Чл. 1 Закона о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду. *Сл. гласник РС, бр. 64/2015.*

за редовну употребу објекта, а код конверзије неизграђеног земљишта, има право на дугорочни закуп, при чему закупнина за 99 година мора бити еквивалентна тржишној цени земљишта.<sup>26</sup> Након што се на њему изгради објекат, купац може конвертовати своје право у право својине и тиме умањити цену конверзије за вредност изграђеног земљишта. Овај закон неће овом приликом бити предмет детаљније анализе, али смо мишљења да је било упутније, како због целисходности, тако и због правне сигурности, да је материја конверзије грађевинског земљишта регулисана јединственим законом.

### 3. Урбана комасација као мера ограничења својине

Идеја комасације је настала још у 16. веку за уређење пољопривредног земљишта у немачком праву. Урбана комасација је релативно нови начин за спровођење мера урбаног развоја (европске државе су је почеле примењивати током 20. века). „Први закон који је уређивао област урбане комасације донео је градоначелник Франкфурта 1902. године. Из тог разлога Немачка се сматра зачетником организоване и законски уређене урбане комасације“ (Шошкић, 2016: 14). Данас је урбана комасација заступљена у Јапану, Француској, Аустралији, Финској и др. земљама.

“Урбана комасација, као инструмент уређења грађевинског земљишта, средство је комуналне политике и најбољи инструмент јавног грађевинског права који се примењује у готово неизмењеном облику више од 100 година на подручју средње Еуропе“ (Крталић, 2007: 716). Као средство комуналне политике социјално је праведнија од експропријације, јер омогућава уређење грађевинског земљишта уз задржавање стварног права својине не земљишту.

„Концепт урбане комасације као инструмента реализације урбанистичког уређења, има за циљ да обухвати рурално или неуређено урбано земљиште, које је најчешће неправилно издељено и да га прекомпонује остварујући оптималну равнотежу између јавних и приватних потреба у складу са урбанистичким захтевима“ (Шошкић, 2016: 14). С грађевинског аспекта, циљеви урбане комасације су: урбанизација нових подручја или уређење већ урбанизованих подручја; комунално уређење грађевинског земљишта; интеграција великих комплекса итд. С правног аспекта, урбана комасација је облик ограничења својине у општем интересу, али на начин да се власнику очува, а најчешће и увећа вредност земљишта иако са смањеном површином, и учини погодним за урбанистичко уређење и развој.

---

26 Чл. 5–7, чл. 18 Закона о претварању...

Први покушај увођења урбане комасације у Србији извршен је Грађевинским законом из 1931. г.,<sup>27</sup> али без практичних резултата. Озбиљније просторно и урбанистичко планирање у Србији јавља се тек након Другог светског рата, али у социјалистичком периоду Југославије није била регулисана урбана комасација, већ само експропријација. Урбана комасација је регулисана тек најновијим изменама ЗПИ, па се тек очекује њена већа примена у пракси. За просторно и урбанистичко планирање од значаја могу бити и други закони, попут закона о пољопривредном земљишту, о водама, о шумама, о заштити животне средине итд.

Урбана комасација се показала ефикаснијом од осталих мера (експропријације, национализације, компензације, откупа земљишта итд.), јер не мења и не развлашћује субјекте својине, а притом одржава и вредност припадајућег земљишта. Постојеће катастарске парцеле постају део јединствене комасационе масе из које се, након одређивања површине за јавне потребе (улице, паркови итд.)<sup>28</sup>, одређују нове грађевинске и катастарске парцеле у складу са урбанистичким планом, односно тако да по својој величини и облику одговарају будућој намени. Те нове парцеле треба да буду погодније за стамбену изградњу свих или већине учесника урбане комасације и вредносно једнаке или веће од грађевинских парцела пре комасације.

По ЗПИ, „урбана комасација је поступак којим се постојеће катастарске парцеле на подручју за које је донет план генералне или план детаљне регулације (комасационо подручје) претварају у грађевинске парцеле, у складу са важећим планским документом, у циљу рационалног коришћења и уређења грађевинског земљишта, уз истовремено решавање имовинско правних односа који настану у овом поступку. Комасација се спроводи када на одређеном подручју постоје катастарске парцеле које због површине, облика, положаја или немогућности приступа јавној површини не испуњавају услове за грађевинску парцелу, уз поштовање начела неповредивости стварних права власника катастарских парцела, начела једнаке вредности и начела доделе нових катастарских парцела“<sup>29</sup>. Катастарске парцеле на којима су изграђени објекти у складу са важећим планским документом не улазе у комасациону масу, као ни одређено

---

27 Грађевински закон. Службене новине Краљевине Југославије бр. 133/1931.

28 Укупна површина издвојених површина за јавне намене утврђује се пре формирања грађевинских парцела за прераспodelу осталим носиоцима стварних права, и не може бити већа од 33% у односу на укупну комасациону масу. На новоформиране катастарске парцеле преноси се право власништва, као и терети ако су били уписани на катастарској парцели која је унета у комасациону масу.

29 Чл. 107, ст. 1, 3 и 4 ЗПИ.

неизграђено грађевинско земљиште у складу са условима уређеним планским документом.

ЗПИ је урбану комасацију прогласио јавним интересом за Републику Србију.<sup>30</sup> Поред користи које урбана комасација пружа јавној власти (брже решавање имовинских односа и спровођење урбанистичких планова уз мање трошкова у односу на експропријацију, боља организација земљишта из комасационе масе успостављањем нове структуре парцела истих власника, боља организација комуналне инфраструктуре, оживљавање грађевинске индустрије и др.), она је корисна и за власника грађевинске парцеле (формирање нових парцела које су погодније за градњу и веће су тржишне вредности; сви учесници комасације стичу право својине на новој и тржишно вреднијој грађевинској парцели без трошкова спровођења комасације које сноси јединица локалне самоуправе<sup>31</sup>, осим што се одричу дела земљишта за комунално уређење насеља; отклањају се спорови између ранијих власника итд.). „Оно што урбану комасацију чини примамљивом за власнике земљишта јесте да се кроз овај процес постиже значајан пораст вредности земљишта (додуше и пореских обавеза за власнике – прим. аутора), што има за последицу пораст вредности њихових поседа упркос смањењу површине. С друге стране, заинтересованост државних власти постоји због чињенице да се на овај начин обезбеђује земљиште за јавне потребе, а могућа је и изградња инфраструктурних објеката“ (Шошкић, 2016: 14).

Урбана комасација, иако је облик ограничења својине, спроводи се са стварном и вредносном гаранцијом права својине. Под гаранцијом својине подразумевамо њено институционално и индивидуално гарантовање (Wolf, 1997: 30). *Индивидуална гаранција* је гаранција својине као субјективног права, односно значи да својина не може бити одузета власницима, осим у изузетним случајевима и уз правичну новчану накнаду (експропријација).<sup>32</sup> Зато је процена тржишне вредности непокретности која улази у састав комасационе масе једна од најзначајнијих фаза поступка урбане комасације.

На комасационом подручју неопходно је обавити процену вредности непокретности како претходно – за преткомасационо, тако и накнадно – за посткомасационо стање. Преткомасациона вредност је тржишна вредност непокретности пре уласка у комасациону масу. „Процена вредности у

30 Чл. 107, ст. 2 ЗПИ.

31 Учесници комасације сnose трошкове урбане комасације само ако је поступак покренут на њихову иницијативу (најмање 51% површине).

32 Право на својину и њену гаранцију је људско право тзв. прве генерације, тј. основно људско право које спада у класична грађанска и политичка права.

посткомасационом стању се састоји из две фазе. Прво се, пре расподеле нових парцела, изврши процена вредности по вредносним зонама, на основу решења које је предвиђено урбанистичким планом. На тај начин се утврђују оквирне вредности земљишта по јединици површине за цело комасационо подручје што служи као основа при расподели нових парцела. Након одређивања граница нових парцела врши се коначна процена тржишне вредности новопроектлованих грађевинских парцела... Сваки учесник комасације мора добити најмање ону вредност коју је унео чак и када се расподела врши по мерилу површине“ (Шошкић, 2016: 191).

Друга фаза по значају је сама расподела парцела из комасационе масе. Нема идеалне поделе, али ако учесник урбане комасације буде вредносно оштећен добијањем нове парцеле, то се накнадно компензује новчаним накнадама – вредносна гаранција својине. Прерасподела грађевинских парцела врши се тако што се, увек када је то могуће, власнику додељује грађевинско земљиште са положајем који је исти или сличан земљишту које је унето у комасациону масу, на основу мерила површине (умањено за удео површине за јавне намене) или на основу мерила вредности (посткомасациона вредност треба да одговара најмање вредности грађевинског земљишта унетог у комасациону масу – преткомасациона вредност), а разлика се надокнађује у новцу<sup>33</sup>. Правноснажношћу решења о комасацији сва стварна права и терети који су постојали на катастарским парцелама унетим у комасациону масу преносе се на новоформирану катастарску парцелу која прерасподелом припадне новом имаоцу права својине.<sup>34</sup> Свакако, код преноса терета треба водити рачуна о карактеру терета (нпр. стварне службености су везане за непокретност, али хипотекарни кредит би морао да следи дужника и установи се на новодобијеној непокретности).

Расподела нових грађевинских парцела мора да се изврши у складу са урбанистичким планом и у складу са правилима парцелације и препарцелације осталог грађевинског земљишта која су прописана у урбанистичком плану и Правилнику о општим правилима за парцелацију, регулацију и изградњу<sup>35</sup> (Опширније: Шошкић, 2016: 197).

Урбана комасација није тако честа, али су прва искуства и припреме за ову меру показале њену оправданост и корисност. Тако, на подручју Града Ниша, предвиђена су два подручја за спровођење урбане комасације. Комасационо подручје катастарских општина Бубањ – Паси Пољана,

---

33 Чл. 108а ЗПИ.

34 Чл. 108б ЗПИ.

35 Правилнику о општим правилима за парцелацију, регулацију и изградњу. Сл. гласник РС, бр. 22/2015.

општина Палилула, на коме је планирано вишенаменско ширење градског подручја (стамбена градња, саобраћајнице, пословно трговински комплекси, социјалне установе итд.). „Укупна површина комасационог подручја је 23ha 55a 73m. За територију општине Палилула израђен је план генералне регулације који обухвата и ово комасационо подручје“ (Опширније: Шошкић, 2016: 217). Други пример је комасационо подручје општине Нишка Бања, катастарска општина Јелашница. „Укупна површина комасационог подручја је 9ha 14a 11m. Укупан број парцела је 66, док је у власништву приватних лица 64. На комасационом подручју нема стамбених објеката“ (Шошкић, 2016: 236).

У хрватском законодавству,<sup>36</sup> урбана комасација је регулисана као „поступак спајања честица грађевинског земљишта у једну цјелину и њезина подјела на грађевне и друге честице у складу с детаљним планом уређења на подручју комасације, уз истодобно сређивање власничких и других стварно-правних односа на том земљишту с циљем подјеле грађевних честица власницима тог земљишта размјерно његовој површини и јединици локалне самоуправе за потребе површина јавне намјене“ (Тухтан Гргић, 2011: 634). Поступак урбане комасације је третиран као мера од интереса за Републику Хрватску<sup>37</sup>, што ово ограничење права својине, уз накнаду тржишне вредности, чини уставним. По хрватском закону, у случају да земљишнокњижно стање некретнине не одговара ванкњижном стању, као меродавно се узима „стварно стање“. „Међутим, синтагма ‘стварно стање’ према ЗПУГ-у има различито значење од оног опћеприхваћеног у стварноправној теорији. Комасацијско повјеренство тако одлучује о постојању или непостојању одређенога права, чак и када је модус за стјецање тога права упис у земљишне књиге. Тиме се крши одредба чл. 6. ст. 1 Конвенције за заштиту људских права и темељних слобода<sup>38</sup>, којом је постављен захтјев гледе својстава које мора имати тијело које одлучује о субјективном грађанском праву“ (Тухтан Гргић, 2011: 654).

Иако је урбана комасација представљена као поступак којим се усклађује приватни и јавни интерес, поступак урбане комасације представља ограничење својине. Сматрамо да спровођење мере урбане комасације, иако је проглашено јавним интересом држава које га примењују, не сме да представља средство злоупотребе јавне власти и да оштећује право

36 Zakon o prostornom uređenju i gradnji (ZPUG), NN, br. 76/07., 38/09, čl. 2, st. 1, t. 25.

37 Čl. 137, st. 2 ZPUG.

38 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, MU, 18/97, 6/99. (proč. tekst), 8/99. (ispr.). ‘Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama’.



својине. Равнотежа јавног и приватног интереса мора бити поштована при ограничењу својине.

Постојећи механизам заштите имовине може се активирати и у поступку повреде имовинских права урбаном комасацијом, укључујући и заштиту по основу 2004. г. ратификованог Протокола 1. Протокол један предвиђа да се „нико не сме лишити свога власништва, осим у јавном интересу и то само уз услове предвиђене законом и општим начелима међународног права”<sup>39</sup>. Ова накнадна заштита је могућа због коначне процене вредности непокретности. Прорачун тржишне вредности нових парцела може да се обави тек након што су познати сви елементи парцеле – тачна локација, величина и облик, без обзира на расподелу по мерилу површине, због нужности да учесник комасације не може добити земљиште мање вредности од оне коју је унео и због накнадних новчаних компензација (Шошкић, 2016: 248).

#### **4. Закључак**

Основна новина ЗПИ је што омогућава претварање државне својине на грађевинском земљишту у друге облике својине – применом конверзије права коришћења грађевинског земљишта у право својине у корист власника зграде, и што допушта све облике својине. Конверзија ће обезбедити стицање потпуних својинских овлашћења власника зграда на грађевинском земљишту, што је један од услова за привлачење инвестиција и организовање партнерства.

Нови ЗПИ је сузио субјекте који имају право на бесплатну конверзију. Конверзија уз накнаду је, након уставне интервенције, поново омогућена и регулисана је новим Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду. Сматрамо да је ову материју требало регулисати јединственим законом, без обзира што су околности након проглашења неуставним појединих одредби ЗПИ из 2009. г. изазвале ову ситуацију. Свакако, треба објединити ову материју јединственим законским текстом.

Закон ствара и услове за децентрализацију, јер омогућава да се трансформацијом права коришћења грађевинског земљишта у право јавне својине корисника врши фактички повраћај имовине локалним самоуправама. За локалне самоуправе је посебно интересантна могућност финансирања комуналних и других делатности које се баве инфраструктуром кроз веће ангажовање приватних средстава

---

39 Чл. 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права.

за проширење инфраструктуре (нпр. заједничко улагање у опремање земљишта). За ту сврху је, као новина, предвиђена мера урбане комасације како би се земљиште организовало за грађевинску изградњу у складу са просторним и урбанистичким плановима. И поред одређених недостатака и чињенице да ограничава право својине, урбана комасација као мера има низ корисних разлога и са правног и са грађевинског аспекта. С правног аспекта, урбана комасација је облик ограничења својине у општем интересу, али на начин да се власнику очува, а најчешће и увећа вредност земљишта, и да се оно учини погодним за урбанистичко уређење или продају. С грађевинског аспекта, омогућава урбанизацију нових или уређење већ урбанизованих подручја, привлачење инвеститора, комунално уређење, интеграцију великих комплекса итд.

### **Литература**

Agostini, E. (1986). Сасушивање права својине у Француској (1804–1985), превео М. Орлић, *Анали ПФ у Београду*, бр. 5, 470–479.

Gavella, N. (2003). *Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske europskome*; Budimpeštanski simpozijum – *Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, Budimpešta, 20–47.

Hösch, U. *Eigentum und Freiheit*, Tübingen, 2000.

Јанковић, М. (1961). Садржина права на грађевинском земљишту, *Правни живот*, Београд, бр. 6. 29–41.

Ковачевић Куштримовић Р., Лaziћ, М. (2011). Право на имовину и денационализација грађевинског земљишта. *Зборник Правног факултета у Нишу*, Ниш, 1–18.

Krtalic, V. (2007). *Urbana komasacija u Bavarskoj*, Hrvatska javna uprava. *Zagreb*. 3. 711–741.

Лaziћ, М. (2004) *Приватна својина, ограничења и гаранције*, *Правни живот*, Београд, бр. 10, 134–151.

Лaziћ, М. (2011). *Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji*. *Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka*. br. 1. 215–237.

Povlakić, M. (2009). *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, *Sarajevo*.

Стојановић, Д. (1991). Право својине у Европској економској заједници, Правни живот, "Својински односи у Европском праву", Београд, бр. 11-12, 39-58.

Simonetti, P. Pravo građenja, disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 1983.

Simonetti, P. (2011). Pravno jedinstvo nekretnine i njezinih posebnih dijelova, u: Rasprave iz stvarnog prava, Rijeka, str. 165-201.

Simonetti, P. (1999). Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2, 487-528.

Simonetti, P. (2003). Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj, Budimpeštanski simpozijum – Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Budimpešta, str. 246-276.

Шошкић, М. Ђ. (2016). Развој нових модела комасације у функцији урбанистичког уређења насеља, дисертација, Грађевински факултет Универзитета у Београду, преузето 29.9.2017. <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:15399/bdef:Content/get>.

Tuhtan Grgić, I. (2011). Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije, Zbornik Pravnog fakulteta Rijeka, v. 32, 1. 633-667.

Wolf, M. (1997). Sachenrecht, München.

Устав СФР Југославије, Службени лист СФРЈ, бр. 9. 19/74.

Устава СР Југославије. С. лист СРЈ, бр. 92. 2001.

Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98. 2006.

Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта. Сл. лист ФНРЈ, Бр. 52. 1958.

Закон о грађевинском земљишту. Сл. гласник РС, бр. 4. 1995.

Решење Уставног суда СФРЈ бр. У-28/82 од 24. маја 1986. г. Службени лист СФРЈ, бр. 57. 1986.

Закон о основама својинско правних односа. Сл. лист СФРЈ, бр. 6. 1980 и бр. 36. 1990. Сл. лист СРЈ, бр. 29. 1996. Сл. гласник РС, бр. 115/2005-др. закон.

Закон о преузимању Закона о власничко правним односима. Народне новине Р. Хрватске. бр. 53. 1991.

Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске. Народне новине Р. Хрватске“. бр. 9. 1996, бр. 68. 1998, бр. 73. 2000 и бр. 14. 2001).

Закона о грађевинском земљишту ФБиХ. *Službene novine Federacije BiH*. бр. 67. 2005.

Закона о грађевинском земљишту Републике Српске. *Сл. Гласник РС*, бр. 112. 2006.

Закона о планирању и изградњи из 2003. *Sl. glasnik RS*", бр. 47/2003.

Закона о планирању и изградњи из 2009. *Сл. гласник РС*, Бр. 72. 2009, бр. 81. 2009 – испр. 81/2009, 64/2010 – одл. УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – одл. УС, 50/2013 – одл УС, 98/2013 – одл. УС, 132/2014 и бр. 145. 2014.

Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду. *Сл. гласник РС*, бр. 64. 2015.

Закон о просторном уређењу и градњи, *Narodne novine R. Hrvatske*. бр. 76. 2007. бр.38. 2009.

Протокол 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права, Париз, 1952. [https://bs.wikisource.org/wiki/Evropska\\_konvencija\\_o\\_ljudskim\\_pravima/Protokol\\_broj\\_1](https://bs.wikisource.org/wiki/Evropska_konvencija_o_ljudskim_pravima/Protokol_broj_1).

Одлука Уставног суда, ИУ 50/2013 (неуставност чл. 103, ст. 1 ЗПИ. *Сл. гласник бр. 98*. 2013.

**Miroslav Lazić, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**OWNERSHIP ON CONSTRUCTION LAND AND URBAN  
COMASSATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

**Summary**

*Construction land may be subject to all forms of ownership: public, private, and mixed. In Serbia, the holders of title to property (ownership right) on construction land in public ownership are the Republic of Serbia, an autonomous province and a local self-government unit (municipality). Ownership on construction land is regulated by the Planning and Construction Act of the Republic of Serbia. This Act provides for the conversion of the right to use the construction land (as the ownership regime on construction land which was inherent to the socialist legal system) into the private ownership right (which is a prominent feature of the capitalist legal system). It thus provides for establishing the legal unity of real estate (superficie solo cedit), whereby the cadastre lot and the building erected on the construction land are unified into a singular object of the ownership right. A special conversion regime is envisaged for owners of business entities located on the construction land. The paper discusses the current issues concerning the conversion of ownership over construction land in Serbian law, with specific reference to certain comparative law solutions. Another novelty is the regulation of urban commassation (land augmentation) as an instrument of communal policy and a more equitable measure than expropriation.*

**Keywords:** *construction land, ownership right, legal unity of real estate, conversion of ownership, urban commassation.*



**Др Михајло Цветковић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776371C

UDK: 347.44

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ГЛОБАЛИЗАЦИЈА УГОВОРНОГ ПРАВА: ПОДСТИЦАЈИ, ПРЕПРЕКЕ И НЕОЧЕКИВАНИ ИСХОДИ\*\***

**Апстракт:** Глобализација уговора значи уговорну праксу којој су националне границе ирелевантне. Глобално уговорно право се удаљава од националних правних система. Међу разним подстицајима промена истичу се реорганизација привреде и информациона технологија. Како се модерно пословање одвија између правних субјеката, а не унутар једног предузећа, међусобне правне односе више не уређује некадашњи „генерални директор“, већ на сцену ступају уговори. Тада униформна правила уклањају међународне баријере, али и умањују правни диверзитет. Темељи приватног права уздрмани су јаким ударним таласима укрупњавања капитала и приватизације. Превлађује скуп правила широко прихваћен од стране разноврсних међународних фактора, а не онај најбољи. Међународни формални извори једноставно озаконе неформалну праксу доминантних предузећа. Глобализација јача велике и моћне на рачун слабијих, изражена је „американизација“. Европско уговорно право је парадигма глобализације, али и неефикасне хармонизације. Уговори су одувек били нека врста приватног законодавства. Зато се сада јавља нова *Lex mercatoria* ослобођена државе, мада и даље зависна од националних правних и судских институција, одавно успостављених.

**Кључне речи:** трговачко, арбитража, online, грађанско, *mercatoria*, свет, американизација.

---

\* mihajloc@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Појам “глобализација” носи различита значења, али једно је неспорно: њен утицај на уговорно право је изузетан, дошло је до коренитих промена. Ради илустрације: некада универзално правило  *caveat emptor*  мутирало је у садашњу универзалну заштиту потрошача. Истовремено, уговорно право је један од најважнијих стубова глобализације, зато што омогућава међународне привредне правне послове. Настаје уговорна пракса којој су националне границе ирелевантне. Глобално уговорно право је хипотетички систем који тежи да функционише независно од националних правних система.

Међутим, постоји и наличје медаље. Темељи приватног права уздрмани су јаким ударним таласима неравноправне акумулације капитала и приватизације. Често превлађују правила која су широко прихваћена од стране разноврсних међународних фактора, а не она најбоља. У неким случајевима, међународни формални извори једноставно озаконе и оснаже неформалну праксу доминантних предузећа. Глобализација јача велике и моћне, на рачун слабијих. У којој мери је глобално уговорно право американизовано? Обликовано директивама ЕУ, европско уговорно право је парадигма глобализације, али и неефикасне хармонизације. *De facto* препреке су занемарене, потрошаче много више муче практични проблеми него разилажења у теорији уговорног права. Римски темељи уговорног права тешко носе *online* надградњу.

Уговорно право ЕУ карактерише разноликост, па ова сцена представља микрокосмос глобалних збивања. Постоје најмање четири различита режима. Прво, свака држава чланица има свој властити национални систем, што подразумева 27 јурисдикција унутар Уније. Осим тога, ту су правила бриселског порекла, разбацана у скупу брзо растућег броја директива. Треће, постоји међународни режим створен Бечком конвенцијом о међународној продаји робе (БК) и сличним актима (Smits, 2006: 1182). Мада непроверени у пракси, ту су најзад и академски пројекти наслоњени на моделе и најбоља национална решења (нпр. ДЦФР).

У 18. и 19. веку државе су, мање-више следећи одређене идеале, модернизовале своје право у циљу изградње система повољног за пословање и реализацију уговорних потраживања. Крајем 20. и почетком 21. века поново се јављају нови, сада глобални и насумични, подстицаји реформе уговорног права. Ово је рад о њиховим позитивним и негативним странама.



## 2. Од неједнакости до равнотеже

По правилу, најпре се јавља одређена друштвена пракса, а затим њу следи право, мада понекад правна правила каналишу живот у жељеном смеру. Од почетка двадесетог века, модерна држава благостања покушава даље да унапреди материјалну равноправност грађана помоћу приватног грађанског права, иницијално усмереног само на формалну једнакост поданика. Тек касније су правни инструменти за заштиту слабије стране (нпр. станара, потрошача, радника), попут контроле општих услова пословања или забране великих камата, релативизовали идеал приватне аутономије воље.

Наменски се израђују општи формални извори уговорног права да би се ограничила уговорна пракса која изражено фаворизује моћне на рачун слабијих. Национално уговорно право се реформише како би обезбедило фер и поштен однос, чак и када је слабија страна вољна да закључи неправедан уговор (нпр. о раду, кредиту, потрошачки уговор). Циљ је отклањање неравнотеже која произилази из радикалних разлика у економској моћи. Обрнуто, услед глобализације јаки још више јачају на рачун слабијих (Michaels & Jansen, 2006: 867), без обзира да ли је реч о политичким, војним или привредним ентитетима. Дакле, глобализација је процес супротан тежњама националног права да уклони неједнакост.

Глобализацију међународног трговачког уговорног права карактеришу односи између привредних субјеката, где драстичне разлике у моћи нису увек изражене или су скривене формалном равнотежом. Намењене најпре тим односима, позитивне најважније међународне конвенције о уговорном праву директно не додирују већину популације.

Неједнакост постоји и у „великим пословима“, поларитет моћи се окреће, али опстаје. Најпре је експлоатација минералног богатства у земљама у развоју била уређена споразумом о концесији између западног инвеститора и владе домаћина. Ти уговори су били релативно једноставни, барем што се положаја и овлашћења владе тиче. Ради нових радних места и буџетских прихода, државе су инвеститорима давале скоро па суверену власт на удаљеним областима своје територије, добијајући само делић профита. Међутим, у постколонијалном периоду развио се сасвим обрнут однос. Сада страни инвеститор пружа држави домаћину једино услугу управљања и стара се о несметаној производњи минералног извора у државној својини. Овакви уговори су нарочито заступљени у нафтној индустрији где су оштра конкуренција између нафтних компанија и велика потражња ишле на руку државним преговарачима. Напротив, када су у

питању чврсти минерали, државе немају такву предност, па су приморане да потенцијалним инвеститорима понуде више (Shapiro, 2002: 314, 315).

Уговорни односи зависе од односа моћи. Некадашње вертикално интегрисано предузеће игнорисало је државне границе на класично империјалистички начин, иностранство је или извор сировина или једносмерно тржиште. У постимперијалистичком свету многа велика предузећа су признала да њихови пословни подухвати у иностранству не могу опстати као интерне компанијске операције. Владе Трећег света национализовале су природна богатства, захтевајући значајнију улогу. Ригорозна национална регулатива побољшала је положај домаћина, држава тежи да буде равноправна или доминантна уговорна страна. Јављају се нове функције уговорног права. Уговори и претећи регулаторни акти постају алтернативни инструменти за јачање државне контроле. Фиктивни национални закони оштити животне средине су заправо нове замаскиране трговинске баријере, уместо превазиђених царинских (Shapiro, 1993: 53).

Заједнички подухват постаје најефикаснији начин да обе уговорне стране остваре свој интерес кроз режим реципрочног утицаја и једнаке информисаности, уместо режима „све или ништа“ који подразумева право на вето (Shapiro, 2002: 315). Сложени односи захтевају да уговори о таквом заједничком подухвату буду врло обимни и детаљни. Ово је илустрација како глобални фактори обликују уговорну праксу, сходно или супротно општим начелима уговорног права. Идеал равноправности уговарача са националног прелази на глобални ниво.

### **3. Глобализација као американизација**

У литератури се често повлачи паралела између глобализације и американизације уговорног права, што представља још један вид ширења моћи САД. Нормално је да јака држава и њене богате корпорације желе да се у целом свету осећају као код куће. Амерички привредници у иностранству инсистирају да се послује на начин како су навикли. То постижу правним средствима, нпр. франжизингом, али и неправним алатима, нпр. кроз доминацију енглеског језика.

Американизовани уговор је обиман, детаљан, са покушајем да се предвиди свака спорна евентуалност. Такав уговор захтева да се у пословне односе умешају и правници, на шта се и сами Американци жале. За закључење посла је доскора било довољно руковање, а сад треба платити читав тим правника. Огроман труд се улаже како би се антиципирале све могуће недаће у будућем пословном односу између уговарача, што је

последица америчког стила парничења. Утицајне правне канцеларије су заинтересоване да рашире такав стил, јер он доноси велику зараду. То је нарочито изражено у делатности франшиза. Уговор о франшизи, “најамериканизованији” од свих, је типски акт, сачињен од стране једног уговарача и понуђен другом по принципу „узми или остави“ (Shapiro, 2002: 311, 312). Тако су рецепти за припрему хамбургера завршили као уговорне клаузуле; правила о гласању у управном одбору ушла су у уговор о експлоатацији рудног богатства. У вези са тим, постоји занимљив парадокс: што се стране више труде да обимним и детаљним уговором предскажу сваки спор у сложенем дуготрајном пословном односу, то је парница дужа и скупља када се труд изјалови (Shapiro, 2002: 317). Ова случајност је сумњива.

Идентификована са јавном службом, континентална правна професија, дистанцирана од привредних послова, сувишна је у свакодневној корпоративној рутини и нежељена у уским, високо ранжираним круговима који кроје односе између приватних носиоца привреде и политичара. Обичаји и навике европских правника, представника слободне професије, одувек су отежавали пружање правних услуга великим међународним корпорацијама. Зато до скора и није било значајних континенталних фирми, па су велики део колача узеле лондонске адвокатске канцеларије, дајући клијентима оно што траже, упркос цени. Континентални стил уговора подразумева кратак текст, али тешко се наплаћује висока тарифа само за битне елементе уговора и потписе. Ова неуносна пракса се убрзано напушта.

Арбитражне клаузуле су готово неизбежне у међународним уговорима, а ослањање на арбитражу непрекидно расте. Тренд американизације уочљив је и у овој области. Глобализација уговорног права на пољу алтернативног решавања спорова започела је ширењем европског утицаја. Окренута научном дискурсу, мала група искусних, уважених европских правника успоставила је темеље међународне арбитраже. Арбитар треба да буде искључиво престижни правник са великим знањем, врсни познавалац међународног уговорног права, више мудрац посвећен правди него арбитар између сукобљених страна. Раном арбитражом се бавио узак круг академских правника-ерудита-теоретичара дајући јој харизму научне поткованости. Углед арбитра гарантовао је његов рад и обрнуто. За такву арбитражу *Lex Mercatoria* је представљала модерну верзију *Ius gentium*. Одлуке се доносе ослањањем на опште правне принципе и упоредноправну анализу националних традиција, а не на конкретни закон одређене државе (Shapiro, 2002: 320).

У другој етапи развоја арбитраже долази до американизације. Велике америчке правне канцеларије се укључују у арбитражу у Европи доносећи грубљи стил. Како су стицали знање, тако је расла њихова моћ на рачун старих метода па и самих странака. Важније су конкретне правне норме и извори него принципи, теорија и упоредноправни метод. Арбитража личи на парницу, и то америчку. Арбитар је мање неутрални посредник, а више приватни судија (Shapiro, 2002: 301).

Најстарије конвенције важне за међународно пословање сличније су европском него америчком уговорном праву. Међутим, новије трговачко право је американизовано из више разлога: економска улога САД, афинитет између Common law и тржишта; Common law је отвореније за иновације од континенталног; лакше се мења. Амерички правници су уплетенији у привреду од европских, штавише до недавно су европски правници у привреди уживали слабији статус од осталих колега.

Поред уговорног права, американизује се и приватно право у целини. Неки реформски пројекти у Европи представљају реакцију на американизацију. Отворено или прикривено противе се њеним последицама, промовишући европско (нарочито немачко) приватно право као модел за друге државе (Michaels&Jansen, 2006: 868).

Једном речју, велика правна канцеларија и правна пракса која третира супротну страну као непријатеља су реакција на потражњу из привреде. Друштво тражи, правници одговарају. Додуше сами правници су изградили пословни модел више у сопственом него у интересу клијената. Привредни субјекти постали су заробљеници правних саветника који компликују њихово пословање, наплаћујући за то замашне тарифе. Ове појаве, искристализоване најпре у САД, сада су глобалне. Формално, уговарачи су све слободнији да стварају право које их обавезује, реално они су заправо слободни да се потчине недостацима америчке адвокатуре (Shapiro, 2002: 321). Све док се американизована пракса уговарања и решавања спорова шири, истинска аутономија воље уговарача трпи.

Понегде се каже да је американизована само уговорна пракса, јер су најважнији формални извори још увек под утицајем континента. Зато треба разликовати појмове уговорна пракса и уговорно право, када се говори о глобализацији.

#### **4. Еволуција привредне организације**

Глобализација привреде повлачи глобализацију уговорног права. С обзиром на то да се стабилност модерних држава заснива на економском расту,

постоји јавни интерес да се привреда подстакне ефикасним решењима. Како се модерно пословање одвија између правних субјеката, а не унутар једног предузећа, међусобне правне односе не може уредити некадашњи „генерални директор“, већ на сцену ступају уговори.

Занимљив подстицај глобализацији је реорганизација привреде започета након Другог светског рата, окончана 80-их. У том периоду вертикалне привредне структуре замењене су хоризонталним. У старом систему, одређену привредну функцију вршило је гломазно предузеће, једно правно лице. Пословна теорија и пракса некада се заговарале вертикално интегрисано олигополистичко предузеће, где су набавка, производња и дистрибуција интерни процеси. “Спољни” правни односи постоје са радном снагом, добављачима сировина, крајњим купцима. Правне норме по којима функционише предузеће се налазе у интерним актима, наредбама и упутствима. Спорови унутар предузећа су административне природе и решавају се по принципима управног права. Однос са ривалским предузећима уређен је тајним и директним контактом на највишем директорском нивоу (Shapiro, 2002: 315, 316).

У новом систему, ту исту привредну функцију врши множина мањих правних лица, удружених кроз разне облике ради остваривања заједничког циља. Стари систем карактерише хијерархија, па он функционише преко административних одлука. Упркос неједнакости, односи у новом систему се успостављају преко уговора. Долази до раста уговорних односа по броју, сложености и разноликости. Стари систем је националан, нови мултинационалан. Више нема строгих граница између интерних и спољних правних односа. Ново предузеће је укључено у најразличитије улоге: као већински или мањински улагач; предузимач или подуговарач; лиценце; франшизе; лизинг; концесије; ортаклук; холдинг; инвеститор; издавалац хартија од вредности. Прихватљиво је све што води ка остварењу пословног циља (Shapiro, 2002: 316). Многе пословне операције се екстернализоване, односно поверене разним правним субјектима. Норме за функционисање система налазе се у уговорима. Спорови се решавају преговарањем, посредовањем, медијацијом и најзад парницом. У односе су укључени правници, заједно са директорима. Уговорну одговорност обезбеђују судови, за чији рад су потребни формални писани извори. Тако се рађају тврди извори, као што је Бечка конвенција о међународној продаји робе, али и меки попут УНИДРОИТ принципа уговорног права.

Глобализација привреде изазвала је бум међународних формалних извора уговорног права, општих и појединачних. Реорганизација привреде из вертикалне на хоризонталну повећава тражњу за правницима јер

сналажење у лавиринту прописа није лако. Када се пословна активност одвија „на даљину”, између а не унутар једног предузећа, спорови су неминовни. У вертикалној организацији, добављач, произвођач и продавац су исто правно лице. У хоризонталној структури то су одвојени субјекти, па су и правни односи другачији. О њима се не одлучује у једном централном седишту холдинга, као раније, већ се воде преговори и закључују уговори. Слична трансформација одиграла се и у бившим социјалистичким државама где су државни конгломерати замењени бројним ситнијим приватним предузећима (Shapiro, 1993: 57).

## 5. *Novus Lex Mercatoria*

Под притиском глобализације уговорно право се мења како би задовољило практичне пословне потребе. Глобализација права у овом контексту је једноставно понављање старе приче о *Lex mercatoria*. Чињеница да многи национални и међународни арбитражни судови изричито упућују на принципе *Lex mercatoria* при изради својих одлука, доказује да и сада тај скуп норми, који се развија заједно са глобалном привредом, игра важну улогу (Le Goff, 2007: 126).

У средњем веку, европски трговци су трговачке обичаје успешно подигли на ниво нормативног оквира, стварајући *Lex mercatoria*, ради примене пред специјалним трговачким судовима. Извршење њихових пресуда није било засновано на присилној снази тада веома фрагментисане, неефикасне државне власти, већ на претњи од социјалних санкција – искључивања из трговачких репутационих мрежа: цехова и гилди. Тек у раном модерном периоду, када су националне државе ојачале, изродила се данас присутна надлежност грађанских парничних судова. Мотивисана тежњом да демонстрира и ојача монопол силе, млада држава је лишила трговачке судове моћи и ставила трговачко право под своју контролу. Наиме, према идејама просветитељства, тежило се грађанском друштву где сви уживају право на слободно трговање без обзира на социјално порекло. Економска размена ослобођена је ексклузивних репутационих мрежа трговачке класе (Calliess, 2012: 1).

Међутим, крајем XX века трговина све више измиче национално заснованим институцијама. Смањују се царине и уклањају баријере, опада протекционизам домаћег. Глобално повезивање финансијског и робног тржишта, помогнуто напретком у саобраћајним и информационим технологијама, доводи до незапамћеног раста прекограничне трговине. Класичне државне институције, попут судова, тешко прате развој на међународном плану. Приватно међународно материјално и процесно

право у тренутном стању не гарантују сигурну глобалну економску размену. Зато долази до изражаја својеврсна трговачка правна самопомоћ (Calliess, 2012: 2), тзв. нова *Lex mercatoria*, устројена по провереним старим принципима насталим много пре принудне „национализације трговачког права“. Рађају се модерни репутациони системи ради спровођења нових норми.

Следећи подстицај је нешто новијег датума, али и много већег значаја због своје урођене природе да занемарује границе. Од 2000. године електронска трговина непрестано расте, у последњој декади на online тржишту су и најразличитије услуге, од угоститељских преко образовних до медицинских. Тако настаје глобална уговорна пракса, прилично независна од националних система. Треба приметити да је реч о уговорној пракси, а не уговорном праву јер се тако овај подстицај разликује од реорганизације привреде описане горе, која је ипак праћена писаним формалним изворима. Online уговорну дисциплину обезбеђују репутациони системи, познати још из средњег века, додуше знатно напреднији и ефикаснији (нпр. друштвене мреже). Нови обичаји, специфични за online тржиште, чине битан елемент новог глобалног *Lex mercatoria*. Нова решења су доступна свима, без обзира на материјални и географски положај, што је редак случај где глобализација „ради“ за народ.

## **6. „Приватизовани“ правни системи**

Услед глобализације измењена је традиционална улога државе у обликовању приватног права. Још од појаве националне државе, стварање општих норми је првенствено њен задатак. Такво право намењено је релативно хомогеном друштву повезаном заједничким језиком и културом. Ова класична слика се убрзано мења. Уговори су одувек били нека врста „приватног законодавства“ – уговарачи сами стварају норму која их обавезује (Shapiro, 1993: 38). Зато се сада јавља ново глобално уговорно право независно од државе, мада и даље упућено на националне судске и извршне институције, одавно успостављене. Развијају се различити механизми приватне самоуправе како би уговарачи олакшали пословање: нови пословни обичаји, алтернативно решавање спорова, недржавне друштвене санкције. Они су одговор друштва на непостојање или неефикасност државних решења.

Глобализација умањује значај јавних институција у међународној трговини, јачајући приватне. Њихова предност је политичка независност. „Бизнис“ ствара властите приватне правне системе: 1) изворе права (нпр. *Lex mercatoria*); 2) приватне институције да га спроводе (нпр. арбитражна тела).

Приватни системи се глобално шире процесима колонизације, економске размене као и развојем међународних наднационалних институција које преузимају део националног државног суверенитета, најпре економског (Shaffer, 2009: 172).

У многим случајевима, међународни правни стандарди настају тако што се једноставно озваничи и легализује неформална пракса великих доминантних предузећа. Наравно, САД корпорације исказују више снаге у глобалном поретку од других корпорација јер имају потпору најмоћније државе, па је и овде изражена американизација. Поред уговорног, приватизују се и друге гране приватног права као нпр. међународно *Lex sportiva*, *Lex constructionis*.

Оснаживање алтернативног решавања уговорних спорова умањује улогу писаних извора државног порекла. Када је у питању тзв. чиста медијација, може се узети да је, глобализовано или не, уговорно право ирелевантно, јер посредник тежи само да постигне сагласност страна, а не да се испуне правне или законске обавезе. Проблеми око прекограничне надлежности или извршења страних одлука, језичке баријере националног права, трошкови и трајање парничења пред судом разлози су што се међународна арбитража добро укоренила у уговорно право (Shapiro, 2002: 300).

Још један феномен који умањује утицај државе је трговина између повезаних лица, односно промет робе и услуга унутар суштински једног предузећа, без обзира да ли се ради о јединственом или подељеном правном субјективитету и без обзира на географско седиште. Ова интра-трговина представља највећи део глобалне трговине. Правни субјекти укључени у интра-ланац су подвргнути сигурном, приватном, прекограничном режиму прилично независном од државног права (Calliess, 2012: 2, 7).

## **7. Информационо-комуникациона технологија**

Глобална тржишна економија захтева поредак који штити имовинска права, слободну конкуренцију и гарантује уговорна потраживања. Правна сигурност у прекограничном уговарању је императив. Неки аутори сматрају да развој мултинационалних институција ради остварења ових циљева представља застарелу идеју јер није оправдан истинским практичним потребама. Ефикасни механизми засновани на репутацији (релациони уговори и репутационе мреже) економично штите прекограничне правне интересе, оснажујући нови *Lex mercatoria*. Говори се о ренесанси репутације: расте значај приватног недржавног управљања путем информационо-комуникационих технологија (Calliess, 2012: 2, 3). Омогућено је физичким лицима да сигурно купују, продају, плаћају и наплаћују глобално.



Нови крупни глобални правни субјекти, који претежно учествују на online тржишту, већ користе економски задовољавајућа решења за очување својих интереса, па им наднационални институти нису потребни, а старе су превазишли. Чланови мреже самостално нормирају, примењују те норме и реагују у случају повреде. Интернет омогућава непосредно и јефтино праћење испуњења уговорне обавезе чак и на великим раздаљинама (електронска размена података, видео-конференција). Купац је способен да у реалном времену прати шта се дешава са нарученом робом на продавачевом сајту на другом крају света (Calliess, 2012: 5), није му потребан ни посредник у преговорима ни контролор квалитета.

Модерна информационо-комуникациона технологија такође олакшава и заштиту поверљивих уговорних захтева преко санкција у репутационим мрежама. Брзо и јефтино се добијају и шире информације преко великих удаљености унутар бројчаних група. Преко интернета се разматрају уговорни партнери и лако комуницира са трећим лицима, која је преговарач навео као референце. Поузданост доступних информација о бонитету партнера или квалитету производа је такође висока, с обзиром на то да се субјект који шири лажне информације аутоматски идентификује те губи ауторитет (Calliess, 2012: 5). Захваљујући ИКТ, међународна трговина је доступна сваком физичком лицу. Отварање међународног трговинског права широј популацији суочено је са нормативном празнином, услед територијалности државе и чињенице да су међународни правни извори посвећени тзв. крупним играчима.

## **8. Разлике у упоредном уговорном праву: терет или богатство**

Глобализација тржишта води ка унификацији права, али постојеће разлике кваре ову идиличну замисао. У континенталном систему, на пример, уговорно право је саставни део хијерархијски ширег скупа правила: облигационог права. Ова централна особина континенталног права није присутна у Common law; слично, нема ни јаке везе између уговорне и неугворне (деликтне) одговорности; само се у континенталном праву кривица третира као основ одговорности и у одштетном и у уговорном праву. Неке разлике су теоријске. У случају доцње Common law фаворизује новчану накнаду уместо испуњења како је уговорено. Напротив, у континенталном праву се фаворизују правни лекови који обезбеђују уредно испуњење. Овакви примери се често наводе као илустрација ширег јаза између Common law и континенталног права. Он је последица разлика научних теорија, где једне заговарају новчано обештећење због неиспуњења, а друге истоветност предмета испуњења и предмета

обавезе. Сличне разлике постоје и на нивоу држава, у оквиру самог Common law или континенталног система (Shapiro, 2002: 306).

Има примера где оба система познају одређене институте засноване на истој идеји и са сличним циљем, мада за њих користе сасвим различита имена. Тако нпр. у континенталном праву забрана противуречног понашања се означава максимумом „venire contra factum proprium (non valet)“, док је у Common law у употреби назив „estoppel“. Дакле, чак и кад постоје концепти сличне правне природе, термилошке разлике представљају препреку.

За прекогранични промет најважније су практичне разлике. Када нпр. француски суд сматра да софтвер није роба, онда је Бечка конвенција о продаји робе искључена. Напротив, за исти тај уговор пред канадским судом, конвенција јесте релевантна. Страна која је повредила уговор добиће адвокатски савет о томе где треба да решава спор у зависности од тога које јој тумачење више одговара. Тако разлика у примени права охрабрује тзв. форум – шопинг (Keily, 2003: 14), односно опортунистичко бирање права.

Са друге стране, када постоји правни диверзитет, правни системи се такмиче међусобно како би задовољили легитимне потребе правних субјектата. Потрошачи, произвођачи, инвеститори, туристи, спортисти бирају правни систем који најбоље штити њихове интересе под условом да им је дозвољено да напусте неповољну јурисдикцију (тзв. „гласање ногама“). Унификовано право елиминисало би ову излазну прилику и умањило задовољство. Важно је нагласити да правни диверзитет није случајност него одраз различитих историјских услова. Са друге стране, главни аргумент против пуне конкуренције правних система је да она иницира штетну „трку до дна“ (Smits, 2006: 1198).

Можда је највећи проблем глобализације уговорног права то што умањује правну разноликост. Мимо аргумената о значају традиције, правни диверзитет вреди зато што нуди различита решења за сличне проблеме. Другим речима, када постоји више опција већа је и вероватноћа да се изабере решење најадекватније конкретној ситуацији. Оно што је дозвољено чак и у математици, не треба уклањати из уговорног права. Узмимо, на пример, надокнаду штете због повреде уговорне обавезе. У аустријском праву, уговорна одговорност се степенује према тежини кривице (АГЗ пар. 1324), дужник одговора само за извесне последице повреде уговорне обавезе; у француском праву важи ограничење на предвидиву штету (СС чл. 1150), а познато је и разликовање између директне и посредне штете (СС чл. 1151). Концепт немачког права о адекватној узрочности, мада оно формално не познаје ограничење на предвидиву штету, омогућава да се непредвидива

штета одреди као губитак који није адекватна последица дужникове повреде уговора, већ је резултат неочекиваних и специфичних околности; сродни Common law концепт „remotness of damage“ се описује као удаљена последица повреде уговорне обавезе... Ово богато нијансирање присутно у упоредном праву премошћено је у режиму Бечке конвенције о међународној продаји где ограничење на предвидиву штету због повреде уговорне обавезе важи без обзира на степен дужникове кривице (Цветковић, 2017: 122, 123).

## 9. Благодети и опасности хармонизације

Важно обележје данашњег уговорног права је све изразитија хармонизација, било планска или спонтана. Већ у XIX веку, правила уговорног права, нпр. о понуди и прихвату, извозе се из Немачког права у Common law, док данас многи Common law институти попут trust-а, франшиза и лизинга живе у европским државама. Универзална Lex mercatoria такође ненаметљиво хармонизује уговорну праксу. Наравно, погрешно је мислити да право путује кроз време и простор без икаквих темељних промена у значењу, али свакако је истина да транспланти уједначују право.

Успешна Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (1980) постала је “прототип” планских реформи као што су: УНИДРОИТ принципи међународних трговинских уговора (1994, 2004, 2010), Принципи европског уговорног права (1995, 1997, 2000) и Европски нацрт заједничког референтног оквира (2009). Правни пројекти попут поменутих потврђују да је хармонизација продуктивна, али и откривају бројне проблеме.

Благодети хармонизације добро су познате: олакшава пословање уклањајући сложеност бројних националних система; ствара уговорни режим скројен за међународни правни саобраћај; неутрална је јер не фаворизује ни Common law ни континентални систем; попуњава правни вакуум када националних решења нема (нпр. УНЦИТРАЛ Модел Law on Electronic Commerce); умањује трошкове пословања када је успешна (и обрнуто); повећава правну сигурност; изазива плодносну реформу националних система (Mistelis, 2001: 21–22).

Са друге стране, ту су слабости хармонизације: израда, као и доцнија измена међународних конвенција је спора и скупа; непомирљиве разлике између националних система воде ка непримереним компромисима (тзв. проблем најужег заједничког имениоца); неједнак положај држава отвара проблем губитка суверенитета; међународне конвенције делују тек након ратификације која касни или се користи за спољнополитичку учину;

хармонизација извора не значи и хармонизацију праксе због различитог тумачења истог прописа (Mistelis, 2001: 23).

Нема јасног одговора на питање оправданости хармонизације. Превладава мишљење да међународно тржиште не би функционисало на оптималан начин. Међутим, као најважнији проблеми истичу се језичке баријере, културне разлике и навике, удаљеност, дивергенција пореског и процесног права, па тек онда сметају неподударања у уговорном праву. De facto препреке су важније од нормативних разлика. Такође, потрошачи не сматрају да је дивергентно уговорно право главни проблем (Smits, 2006: 1193).

Хармонизација је осуђена на неуспех због непремостивих разлика већ између континенталног грађанског права и енглеског Common law. Епистемолошки, у Common law се резонује индуктивно с нагласком на чињенице и сродну судску праксу, док је у Европи пресудна систематизација. Историјско објашњење је да се Common law развијао као систем који штити земљопоседнике и трговце од Круне, док је напротив, француско грађанско право било инструмент државне моћи ради промене постојећих феудалних имовинских односа (Smits, 2006: 1194). Када оволики јаз постоји између суседа, Енглеске и Француске, шта очекивати на интерконтиненталном, глобалном нивоу?

Замера се и начину на који се хармонизација спроводи. У конвенције улазе норме које су у широкој примени („Common core“ приступ), уместо прогресивних решења признатих у научној заједници („боље правило“ приступ). Узалуд једнообразна правила о међународној продаји робе узимају у обзир различитост друштвених, економских и правних система, док не постоји систем специјализираних судова за уједначено решавање спорова. Прихватајући амбициозну визију глобалног права, а не пружајући најмоћнија оружја, Бечка конвенција о продаји ствара изазове за све који раде с њом (Flechtner, 2009: 542).

Европско суочавање с различитим јурисдикцијама доприноси расправи о уговорном праву у глобалном свету. Не треба наметати обавезујући закон дивергентним правним културама ако постоји неизвесност у погледу оправданости хармонизације или је учинак наднационалног закона на постојеће националне системе непознат. Уместо тога, пожељна је „хармонизација одоздо према горе“, али и ту треба уважити да се одређена правна култура (нпр. трговачка) не подудара с националном (Smits, 2006: 1203).

Алтернативна, тзв. мека хармонизација уговорног права подразумева кодификацију обичајног права и узанси, чиме се у доброј мери избегавају

недостаци међународних конвенција. Мека хармонизација омогућава флексибилно и ефективно приближавање различитих правних система. Када се правилно користи, упоредноправни метод даје изузетне резултате. Не треба занемарити ни чињеницу да успешна хармонизација уговорног права захтева хармонизацију јавног и процесног права (Mistelis, 2001: 23).

## 10. Закључак

Теже је дефинисати саму глобализацију на уопштен начин него сагледати њен утицај на уговорно право. „Приватизацијом“ правних система, она је умањила улогу државе на уговорној сцени, али и ојачала физичка лица пружајући им премијерну историјску прилику да сигурно учествују у глобалној прекограничној трговини.

Подстицаји промена су разнородни, објекти њиховог деловања су различити, али резултат је исти – глобализација уговорног права. Процес тече у више брзина истовремено: уговорна пракса се мења брже, писано право спорије; међународни извори пре, национални касније. Средњовековна *Lex mercatoria* је била наднационална, затим је стасањем државе дошло до „национализације“ уговорног права, док се данас гради транснационални *Novus Lex mercatoria* ослоњен на нове технологије, базиран на репутацији.

Бележи се квантитативни раст формалних извора уговорног права сваке врсте. Нарочито се развијају модели: закона, уговора, разних општинских и појединачних аката. Глобално множење пословних односа ван оквира једног предузећа и нови начини за уговарање и решавање уговорних спорова повећавају потражњу за правницима. Они су укључени у разноврсне социјалне, економске и политичке односе више него раније. Глобализација уговорне праксе је, у великој мери, заправо ширење начина рада великих и скупих америчких правних канцеларија.

Упркос свим променама, најважнија начела уговорног права, попут принципа равноправности уговарача, опстају без обзира на простор и време. Када свет постане једно тржиште, оно ће захтевати један закон, а тај закон мора пригрлити сва општа начела уговорног права (Ландо, 2004: 9).

Умањују се разлике у светском упоредном уговорном праву и тај тренд ће се свакако одржати, по цену губитка правног диверзитета. Хармонизација уговорног права подстакнута глобализацијом спроводи се често на рачун слабијих. Озакоњује се неправична, па и непоштена пракса доминантних; уместо најоптималнијих бирају се најзаступљенија или најједноставнија решења. Сликвито, ГМО сорте јесу ефикасније од домаћих, али свакако

нису укусније. Да ли ће правницима будућности због унификације уместо упоредно-правног остати само правно-историјски метод?

### Литература

Calliess, G. P., Hoffmann, H., & Mertens, J. (2012). The Transnationalisation of Commercial Law. *Zentra Working Papers in Transnational Studies*, No. 04 / 2012, 1–21.

Cvetković, M. (2017). Nepredvidivost štete kod ugovorne odgovornosti. *Pravo i privreda*, 55 (7–9), 109–124.

Flechtner, H. M. (2009). Globalization of Law as Documented in the Law on International Sales of Goods. U: Erauw, J. & Taelman, P. (ured.), *Nieuw Internationaal Privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Reeks 'Gandaius PUC Willy Delva', nr. 35, Mechlin, Kluwer, 2009, 541–560.

Keily, T. (2003). Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic journal of commercial law*, vol. 1, 1–21.

Lando, O. (2004). A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *UCC LJ*, 37, 3–46.

Le Goff, P. (2007). Global law: A legal phenomenon emerging from the process of globalization. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 119–145.

Lookofsky, J. M. (1991). Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules. *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), 403–416.

Michaels, R., & Jansen, N. (2006). Private law beyond the state? Europeanization, globalization, privatization. *The American Journal of Comparative Law*, 54(4), 843–890.

Mistelis, L. (2001). Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law. *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, 3–27.

Shaffer, G. C. (2009). How Business Shapes Law: A Socio-Legal Framework'. *Connecticut Law Review*, 42, 147–183.

Shapiro, M. (2002). Globalization of Freedom of Contract Shapiro, M., & Sweet, A. S. (2002). U: *On law, politics, and judicialization*. Oxford University Press. 296–323.

Shapiro, M. (1993). The globalization of law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 37–64.

Smits, J. M. (2006). Law making in the European Union: On globalization and contract law in divergent legal cultures. *La. L. Rev.*, 67, 1181–1203.

**Mihajlo Cvetković, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **GLOBALIZATION OF CONTRACT LAW: INCENTIVES, OBSTACLES AND UNEXPECTED OUTCOMES**

### **Summary**

*The concepts like “globalization” and “Europeanization” have shifting meanings but their impact on contract law is indisputable. The globalization of contracts implies contracting practices that make national boundaries irrelevant. Thus, globalized contract law may be designated as a stand-alone system which operates autonomously from the national legal systems.*

*The globalization of economy entails the globalization of contract law. Given the fact that the stability and welfare of modern western societies is based on economic growth, there is a public interest in fostering the development of economy by providing efficient solutions. The globalization of economic markets generates a relatively uniform contract law. As modern business activities take place between companies rather than within companies, their legal relations cannot be regulated by the corporate management; instead, they have to be contracted. In such a case, the uniform contract rules remove international trade barriers.*

*However, there is the other side of the coin. The foundations of modern private law have been shaken by devious shock waves of capital merging and privatization. The prevailing body of rules is not necessarily the best or the most adequate one but, quite frequently, the one that has been widely accepted by diverse international community. In some cases, international standards simply provide legitimate framework and formal support to the informal practices of dominant multinational companies. Globalization strengthens the big and powerful while weakening the overall position of others. So, to what extent is global contract law “Americanized”? Shaped by EU Directives, European contract law is a globalization paradigm; but, is there any “hidden agenda”? The vital de facto barriers are disregarded considering that consumers encounter more serious problems than the diverging contract law practices.*

*A significant characteristic of contemporary contract law is an increasing trend toward global harmonization. The successful 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods has become a “prototype” for recent contract law reforms, embodied in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law, and the European Draft Common Frame of Reference. Traditionally, *lex mercatoria* plays an important role as an*

*evolving body of norms in global economy. Thus, these projects are an excellent test case for identifying the conditions which would ensure more productive effects of the globalization of contract law, but they also reveal the major roadblocks to that goal.*

*Ever since the emergence of the national state, the law-making process has primarily been a task for the national legislatures and courts. These laws are intended for relatively homogeneous societies, characterized by a common language and culture. However, this traditional conception is now rapidly changing. Contracts have always been a kind of private law-making. Thus, there emerges global contract law, which is independent from any global law giver but still dependent on already established national legal and judicial institutions.*

**Keywords:** *globalization, contract law, international sources, European contract law, harmonization, global contract law.*



**Др Ивана Симоновић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776389S

UDK: 347.441.14:340.130

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ДУЖНОСТ МЕЂУСОБНОГ ОБАВЕШТАВАЊА И ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ЊЕНЕ ПОВРЕДЕ**

**Апстракт:** У раду је анализована дужност обавештавања странâ учесница у преговорима. Ауторка је пошла од – у грађанском праву важећег – правила да таква није општа и увек постојећа, да би утврдила појединачне ситуације у којима се, ипак, некакве информације очекују или и захтевају, јер су важне за уговорну одлуку. У одсуству изричите законске норме, ослонила се на начело савесности и поштења, упоредноправно најчешће и коришћеног метода избора врсте, опсега и садржине обавезно дугованих обавештења. Испитала је и правне последице (скривљене) повреде ове дужности и одговорност за повреду, која је најчешће предуговорна, санкционисана обавезом на надокнаду штете због поверења.

**Кључне речи:** дужност (међусобног) обавештавања, начело савесности и поштења, преговори, дужности преговарача, предуговорна одговорност.

### **1. Увод**

Уназад већ неколико деценија, о савременом друштву говори се с предзнаком глобалног или глобализованог, чује се и да је свет постао једно велико, планетарно село, у ком се информације шире невероватно великом брзином и постају лако доступне. Ове констатације као да обесмишљавају изједначавање имања информација са моћи. Но, то је само привид. Релативно једноставна приступачност информацијама неспорно нас чини обавештенима, али да ли су нам све оне потребне за праву и разумну одлуку, посебно о важним стварима? Таквима свакако сматрамо заснивање

---

\* ivana@prafak.ni.ac.rs

правнословних и, пре свега, уговорних односа, кад је много значајније знати и разумети нама важне и одлучне чињенице, опредељујуће за наш избор између уговорати или не, и под којим условима. Тиме се стиче бољи (или, макар, равноправнији) преговарачки положај и прилика да уговорне одредбе прилагодимо више својим него интересима и потребама друге стране или, макар, заједничким. Ослањање на такву предност, само по себи, не значи и злоупотребу, јер у грађанском праву нема опште дужности (међусобног) обавештавања. Заправо, супротно је правило: свако је дужан да се довољно обавести о себи важним чињеницама у вези са намераваним правним послом, и да преузме ризик њиховог квалитета, потпуности и тачности. То је правило робно-новчаног промета и тржишне (посебно неолибералне) економије, чији су учесници у сталном међусобном надметању и настоје да своју чинидбу продају што скупље, а купљену плате што мање. Тржишна предност не стиче се искључиво квалитетом понуђене робе и услуга, већ, све чешће, испитивањем навика потрошача, праћењем и анализом тржишних кретања, што плаћа она страна која се потрудила да до таквих информација дође. Због чега би их била дужна поделити с другом страном, ако је она то исто могла и сама учинити? Да ли је први дужан више уважавати туђ интерес од сопственог?

Чисто тржишна логика даје легитимитет оваквом резону, али ми не смемо заборавити ни једнако важне и обавезујуће моралне обзире, савесност и поштење, нити чињеницу неједнаке економске моћи и све дубљег јаза између малог броја пребогатих и огромног броја сиромашних. Отуда, у сваком правном систему постоје правила – изричита или из општијих начела облигационог права изведена – на основу којих утврђујемо када треба обавестити другу страну, о којим чињеницама, те која је санкција за случај неиспуњења ове дужности. Овде уочавамо значајне разлике између европскоконтиненталног и англосаксонског правног система.

У правима првопоменутог правног система дужност узајамног обавештавања је правно санкционисана обавеза, прописана или као норма или изведена из начела савесности и поштења, обавезујућег за све учеснике у правном промету. У Немачкој, на пример, непостојање изричите законске норме о дужности обавештавања својевремено није спречило правну теорију и судску праксу да до ње, ипак, дође, на темељу општијих уговорних принципа о узајамној пажљивости и вођењу рачуна о интересима друге стране (Јерингова теорија о *culpa in contrahendo*). Ни у фази преговора преговарачи нису странци; између њих се успоставља веза, која, иако још увек није савршен *vinculus iuris* (а можда то неће ни постати ако уговор не буде закључен), ипак обавезује на поштено и савесно поступање. Ово још увек не значи да је дужност узајамног обавештавања

опште правило за сваку ситуацију. Прилагођава се, квалитативно и квантитативно, низу околности: типу и специфичностима намераваног правног посла, нарочитом односу заинтересованих страна (који може бити однос дуготрајне пословне сарадње, однос поверења или однос зависности једне стране од друге и ослањања на њу: лекар – пацијент, адвокат – клијент, штићеник – старалац, те други фидуцијарни односи нарочитог поверења), специфичностима предмета чинидбе (технички производ, возило, грађевинско земљиште), затим чињеници да је једна страна законом посебно заштићена (потрошач, енергетски угрожени купац) или да има изразиту економску или финансијску премоћ, доминантан или монополистички положај.

Важним се показују и начин на који се дошло до информација и ко преговара – привредни субјект (професионалац) са оним ко то није, или равноправни тржишни учесници. Очекивани стандарди понашања нису исти. Не треба очекивати, нити од привредних субјеката захтевати, да међусобно размењују информације добијене на основу посебно нарученог и плаћеног испитивања тржишта, нити оне једнако доступне. Другачија су правила у комуникацији са страном која би предмет чинидбе употребила за своје приватне, непословне потребе. Логика наведеног ова је: привредним субјектима лакше је, брже и јефтиније да дођу до потребних информација и дужни су их саопштити другој страни која то није (посебно потрошачу), ако јој оне уопште нису доступне или не под једнаким условима.

Енглеско право држи се робусне викторијанске традиције индивидуализма, у којој је свако дужан сам се старати о својим интересима. У предуговорној фази не постоји правно прописана и санкционисана општа дужност обавештавања друге стране, чак није санкционисано ни ћутање и неотклањање уочене заблуде сауговарача. То још увек није ни превара ни повреда неке опште правне обавезе или правног начела. Ово ће постати само ако су врста уговора или нарочити однос поверења, зависности или ослањања на другу страну (траст и други разноврсни фидуцијарни односи) налагали спонтано и добровољно обавештавање. Равнотежа се тражи у обавези да све што се каже буде потпуно и истинито, и одговорности чак и за ненамерно или из непажње дат неистинит или непотпун податак.

Размена информација о могућностима и условима за закључење уговора почиње већ првим успостављеним контактом заинтересованих страна. Често су то преговори, мада је довољна и другачија, мање формална комуникација. Определили смо се да дужност обавештавања (информисања) анализујемо кроз преговоре, иако се с њеним испуњавањем не сме престати и пошто преговори буду успешни а уговорни однос

буде заснован. Разлог оваквом опредељењу налазимо у чињеници да су преговарачке дужности, тиме и међусобно обавештавање, ретко изричито и детаљно уређени, док уговорнике обавезују конкретнија правила. У предуговорној фази прибегава се извођењу конкретнијих правила из општих правних начела – добрих пословних обичаја, савесности и поштења – и утврђене пословне праксе. У нашем праву, законска норма о преговорима, чл. 30 Закона о облигационим односима, недовољна је, па се и правна теорија и судска пракса окрећу најчешће ка савесности и поштењу. Чинило нам се, стога, оправданим да анализу почнемо са овим важним принципом грађанског права. У средишњем делу рада, у фокусу нам је дужност обавештавања, али смо се осврнули и на остале преговарачке дужности и последице њихове повреде. Следе им закључна разматрања.

## 2. Савесност и поштење – заповест преговарачима

Генерална клаузула којом се отклања несклад између општеважеће норме, која треба да обезбеди правну сигурност, и правде појединачног случаја (Petrović, 1980: 57) јесу савесност и поштење. Примена генералних клаузула, па и ове, о дужности савесног и поштеног међуодноса страна, неизбежна је у сваком правном поретку, ма колико да је његов законодавац био детаљан у нормирању друштвене стварности. Јер – ова је променљива често и непредвидива, па бежи оквирима општег законског правила за њу предвиђеног. Правна начела су непроцењиво благо, моћ у рукама „делиоца правде појединачног случаја“ да „постигне један, праву примерен, резултат и онде где би подвођење чињеничног стања или збивања под законску норму, додуше, служило правној сигурности и извесности, али би водило до неправедног исхода, као и да омогући исправно решавање оних случајева који измичу нормативним схемама утврђеним једном за сваку прилику“ (Petrović, 1980: 57). Но, појединачно правило што га судија ствара тумачењем смисла правног начела не сме искључиво погодовати целисходности датог случаја, већ изражавати и правилно схваћену законодавчеву намеру, коју крута законска норма увек не постиже. Савесност и поштење у стању су да прошире или сузе права и обавезе страна, али не смеју кидати везу са основним правним послом којим су установљене, нити да га претворе у неки други,<sup>1</sup> јер се тиме улази у подручје законом гарантоване аутономије у уговорним односима.

---

1 Осим ако правичност изискује прилагођавање посла промењеним околностима, применом клаузуле *rebus sic stantibus* (чл. 133, ст. 1 Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93. Даље: 300).

Најширу примену начело савесности и поштења има у немачком праву, захваљујући сад већ чувеном параграфу 242 BGB-а и изричитој законској заповести да је дужник дужан чинидбу испунити „онако како захтевају савесност и поштење, и према обичајима у промету“. *Treu und Glauben* немачког права јесу од сваког правног субјекта захтевани стандард међусобног општења и у рукама судије моћан инструмент да спречи злоупотребу права, да утврди додатне обавезе у облигационом односу (*Sonderobligationen*), напослетку – и да га прилагоди новонасталим околностима.<sup>2</sup> Законодавац се од почетка сагласио са оваквом практичном применом, зато што га је и предвидео као „средство сталног допуњавања, исправљања и обнављања прописаног права“ (Petrović, 1980: 59)<sup>3</sup>.

У примени, ова два појма, од којих је савесност више субјективна категорија, а поштење објективизована, најчешће иду у пару и заједно се тумаче и примењују. Ређе бивају самостално посматрани императиви моралног и правног поретка. Неки домаћи правни писци виде их као синонимне речи (попут Чедомира Марковића), а неки јасно раздвајају, према њиховој усмерености (Petrović, 1980: 61).<sup>4</sup> Но, о улози савесности и поштења нема несагласности: ово начело супротставља се непоштењу, необзирности према другом, превари.

Савесност и поштење опште је начело домаћег грађанског права, обавезујући стандард понашања обеју страна у „заснивању облигационих односа и испуњавању права и обавеза из њих“ (чл. 12 ЗОО). Упркос својој потентности, чини се да га судије не користе у пуној мери, а то би се могло рећи и за већину других генералних клаузула грађанског права. За њим се посеже у тумачењу законске норме или ради исправљања или ограничавања уговорних права и обавеза, веома ретко (попут немачке судске праксе) ради установљавања нових обавеза, свакако не главних, већ споредних, ради заштите стране која трпи, и постизања правичнијег уговорног односа. Једна од таквих споредних обавеза јесте дужност узајамног обавештавања (информисања), која не мора бити изричито

---

2 У немачком праву три основне функције савесности и поштења. Видети и: Petrović, 1980: 58–59, Stojanović (1973): 18–21 и Stojanović (1980): 110–112.

3 Савесност и поштење превод су немачког израза *Treu und Glauben*. *Treu* - поузданост, савесност, приврженост, оданост, поштење и морални однос дужности међу онима који припадају један другоме, испуњење без остатка прихваћене обавезе; *Glauben* – остајање при обећаном, честитост и поклањање вере другоме (Petrović, 1980: 59).

4 „Савесност указује на једну субјективну датост, а поштење иде од личности ка правилностима и просечностима правног саобраћаја, према којим његовим одликама се и управља“ (Petrović, 1980: 61).

уговорена и садржајно одређена да би била санкционисана, јер је из начела савесности и поштења изведена.

Из начела савесности и поштења произлазе сасвим конкретне дужности, за стране облигационог односа обавезујуће и пре него што овај добије своју коначну – уговорну форму и садржину, па и ако до тога уопште и не дође, јер преговори буду прекинути. Дужност узајамног обзира и пажње, вођења рачуна о интересима друге стране важе у свакој фази развоја облигационог односа, почев од његовог заснивања, на шта упућује и сама норма из чл. 12 ЗОО, којом је начело прописано. Њиме су обухваћени и, начелно, необавезујући преговори и размена информација о чињеницама важним за закључење уговора, јер се већ овим отвара пут ка заснивању облигационог односа. Преговори се не морају окончати успешно (негативна слобода уговарања) и сваки је преговарач слободан да од њих одустане у било ком тренутку, али, док је у њима, његово понашање и испуњење сасвим конкретних преговарачких дужности оцењује се и у светлу савесности и поштења. Анализујемо једну од таквих – дужност информисања или међусобног обавештавања, која обухвата међусобно обавештавање преговарача о одлучним околностима, од којих зависи исход преговора. Остале су: обавеза садејства и сарадње, заштита од евентуалне штете и уважавање оправданих уговорних интереса друге стране.<sup>5</sup> Скривљена повреда ових дужности санкционисана је обавезом на накнаду проузроковане штете, редовно негативног уговорног интереса.

Одговорност и санкција постају разумљиви уколико сваки облигациони однос – па и онај који није *intuitu personae* – видимо као однос поверења већ од тренутка кад су се две особе, два преговарача, нашли у озбиљној међусобној вези, усмереној ка чврстом правном обавезивању какво је уговор. Тада створено узајамно поверење обавезује да се преговорима приступи са озбиљном уговорном намером или од њих одустане, ако ње више нема. Дужност обавештавања саображава се природи и циљу намераваног уговора, познатим или, из конкретних околности, подразумеваним очекивањима страна, па и према њиховом положају или својствима. Обавештења треба да су потпуна код уговора нарочитог поверења, кад се једна страна основано ослања на савет или стручно знање оне друге (односи зависности, лекара и пацијента, адвоката и клијента), у потрошачким уговорима, уговорима о пружању финансијских услуга, али и у сваком другом, кад само једна страна поседује важну информацију (продавац о својствима ствари коју продаје) или јој је једноставније да до ње дође без нарочитих истраживања или додатних

---

<sup>5</sup> Могуће је и другачије разврставање преговарачких дужности. О томе, в. под 4. Преговори и дужности преговарача.

трошкова. У односу пословних конкурената, и иначе међу привредним субјектима, скромнијег је домаћаја, зато што се они међусобно надмећу за што повољнији тржишни положај, посебно ако обављају исту пословну делатност и истој циљној групи се обраћају. Не може се од њих очекивати великодушно дељење информација, нарочито не оних до којих су дошли посебним истраживањем тржишта (нпр., о навикама потрошача) или су на други начин прибављене а плаћене информације. Оне су резултат њихове иницијативе и предузетништва, које треба подстицати, не обесхрабрити (што би се сигурно десило да и њих треба саопштити). Но, информације до којих се дошло случајно или без додатних трошкова и важне су за уговорну одлуку другог преговарача – имају се саопштити. Неусловљено обимом дугованих обавештења, важи правило истинитости, тачности реченог. Уочена заблуда преговарачева, изазвана недовољним познавањем стања ствари, његовим нетачним представама о битном или датим обавештењима, такође се мора отклонити, тачним и потпуним обавештењем.<sup>6</sup> Утолико пре, санкционисано је намерно довођење преговарача у заблуду, лагањем, пропуштањем саопштавања битног или довољног: због преваре – ако уговор буде закључен, а ако не – скривљене а штетне повреде дужности информисања.

Наведену садржину дужности информисања одредили су правни теоретичари и делиоци правде, поводом конкретних спорова (законодавац то ретко чини), вођени начелом савесности и поштења. Чинило нам се, стога, и оправданим, поћи од ових двају императива.

### **2.1. Порекло и развој начела савесности и поштења**

Захтев за савесношћу и поштењем у правном промету развио се из прастарих појмова римског права, *fides* и *bona fides*, у значењу верности и држања дате речи: *Bona fides exigit ut quod conventi fiat* (Javolenus, D, 19, 2, 21) – поштење захтева да се уговорено учини (Stojanović, 1980: 108). *Bona fides* је исправно и лојално понашање. На супротној страни спектра су *mala fides* и *dolus (fraus)*. *Fides bona contrario est fraudi et dolo* (Paulus, D, 17, 2, 313) – савесност је супротност непоштењу и превари (Stojanović, 1980: 108).

Првобитно је наведеним изразима судија истраживао иза изговорених речи намеру страна, консакрирајући утуживост и неформалних уговора (*negotiorum bonae fidei*), па је тумачењем уговора давао правну обавезност и ономе што се дугује *ex bonae fidei*, што се сматра поштеним у промету,

---

<sup>6</sup> Ко је створио двосмислено правно стање или нејасну ситуацију, мора их отклонити одговарајућим обавештењем, у противном – губи тиме стечене предности и захтеве (Petrović, 1980: 65).

лојалним и исправним поступањем у испуњењу уговорних обавеза, иако није уговорено (Krulj, 1956: 44).<sup>7</sup>

Осим овог, облигационоправног, значења (*bona fides praestare*), савесност и поштење има још једну важну грађанскоправну примену – у пољу стварног права: према савесности држаоца утврђују се врста и обим накнаде трошкова на које има право кад враћа ствар по државинској или реивиндикационој тужби; код одржаја, где заблуда о преносиочевој власничкој легитимацији, праћена одговарајућим титулусом и довољним протеклом рока, суштински мења држаочев статус – од држаоца *bona fidei*, он постаје власник.<sup>8</sup>

Са овим двама значењима – *bona fidei praestare* (у облигационом праву) и *bona fidei possidere* (у стварном праву), савесност и поштење улазе у савремено право, успут се богатећи новим нијансама значења и ширећи домен примене, те постају општи правни принцип, обавезујуће правило о очекиваном понашању свих грађанскоправних субјеката.

Савесност и поштење (*Treu und Glauben, bona fides, regles dela bonne foi, bonna fede*) вероватно је најчешће употребљаван стандард за исказивање очекиваног понашања учесника сваког друштвеног односа. Нормирањем или применом у судској пракси, када изричите норме нема, он постаје правно обавезујући санкционисани стандард и у сваком правном односу. Још од римског права, исказивао је захтев за узајамном обзирношћу и посвећеношћу страна заснованом правном односу, према циљу који су имале у виду, за лојалним и поштеним извршењем преузетих обавеза, уважавањем и заштитом интереса друге стране.

## **2.2. Улога савесности и поштења у примени права**

Савесност и поштење пре свега су једна етичка максима, у неким правима и законска (чл. 12 ЗОО, § 242 BGB, чл. 2 Schweizerisches ZGB, чл. 1134 Code Civil, чл. 195 Codice Civile). Све и да није изричитом нормом прописана, максима би свакако обавезивала темељем своје моралне снаге и одавно формиране правне свести да је то минимум испод ког се не сме ићи. Општа је смерница понашања у сваком правном односу (предуговорном, уговорном, на темељу

---

7 „Тако је појам постао и нови метод тумачења према намери страна и правилима поштењег промета, али и својеврсно упутство уговарачима да у закључењу и испуњењу уговора буду савесни и поштени, да се уздрже од нелојалних поступака и делања“ (Krulj, 1956: 45).

8 Разматрање стварноправног значења савесности и поштења превазилази оквир насловљене теме, па читаоца упућујемо на: Krulj, 196: 47–50.



закона заснованом), уз правичност и добре обичаје, права мера уважавања интереса обеју страна.<sup>9</sup>

Смисао савесности и поштења је у утврђењу или прецизирању права и обавеза ван онога што је речено у уговору или закону, али у њиховом духу. Њима судија не може стварати нова права и обавезе (посебно не сме мењати уговорну вољу), нити наместо уговореног одредити нову садржину, јер би то био нови уговор, судски креиран и сауговарачима наметнут.<sup>10</sup> Судија је једино овлашћен да сасвим конкретно утврди споредне обавезе, водећи рачуна о уговорном предмету и циљу, намерама страна и њиховим оправданим очекивањима и интересима. Ове споредне дужности, заправо, треба да обезбеде правилно извршење главних обавеза, онако како се очекује од савесних и поштених, датој речи привржених људи, и могу бити веома различите, већ према конкретним околностима.<sup>11</sup> Оне су: обавезе старања и чувања, узајамног обавештавања и објашњења, подношења рачуна, садејства и заштите, пропуштања и друге, утврђене према потреби и за сваки уговор посебно (Stojanović, 1973: 25; Stojanović, 1980: 110–111).

Споредне обавезе не дугују се апстрактно и према сваком учеснику правног промета (мада захтев за поштеним поступањем остаје), јер ни саме нису такве – апстрактне и неодредиве.<sup>12</sup> Настају већ у предуговорној фази, пре основних права и обавеза, ступањем у пословни контакт ради закључења уговора. Разлог овако раном узајамном обавезивању оних који тек исказују заинтересованост за уговор, али без обавезе и да га закључе, лежи у чињеници да преговарачи нису странци, већ да је сваки већ ушао у правну сферу овог другог и не сме је једнострано штетно мењати. Од преговарача се очекују повећана узајамна пажња и обзирност. Скривљена

---

9 „Ако бисмо елиминисали начело савесности и поштења из грађанског права, то би значило да право санкционише употребу лажи и преваре у односима страна у правном промету, то би значило изазвати општу правну несигурност у пословним и својинским односима“ (Kruļ, 1956: 50).

10 Осим ако су промењене околности и у интересу је страна да се уговорни однос њима прилагоди. В., чл. 133 ст. 1 ЗОУ. У теорији, ово се назива исправљајућом (прецизније, рекли бисмо – прилагођавајућом) функцијом начела савесности и поштења, како би се избегао раскид уговора, осим ако то није могуће (Stojanović, 1980: 111).

11 Само изузетно дозвољено је преобликовање уговорног односа, заменом уговорених другим главним правима и обавезама, не би ли се избегао резултат који би, без овакве судијске интервенције, био супротан савесности и поштењу (тако је у немачком судској пракси) В., Stojanović, 1980: 111).

12 Друга је ствар што се утврђују за сваки случај посебно, према његовим посебностима. У томе је смисао сваког правног стандарда – да круто правило учини функционалним и правичним за конкретни однос, кад ово, само по себи и за случај на који се примењује, то није.

повреда споредних дужности, додуше, не ствара обавезу на закључење намераваног уговора, али обавезује на надокнаду причињене штете (штета због поверења, негативни уговорни интерес). Институт одговорности за скривљену повреду предуговорних дужности – *culpa in contrahendo* – уобличио је немачки правник Рудолф фон Јеринг, а развиле немачка правна теорија и судска пракса, и данас је општеприхваћен институт, макар у некој од својих варијаната.<sup>13</sup>

### 3. Дужност обавештавања у српском уговорном праву

Законом о облигационим односима није прописана општа међусобна дужност обавештавања (информисања) странâ, већ у вези са појединим институтима<sup>14</sup> или уговорима<sup>15</sup>. Тиме је наше право одувек држало корак са упоредноправним решењима, али и са природом уговорних односа, у којима стране, мада теже истом циљу, настоје да себи обезбеде што повољнији, најпре преговарачки, а потом и уговорни положај. Отуда, добровољно нуђење и саопштавање свих чињеница у вези са намераваним уговором није ни правило, нити законска обавеза: колико ће се и шта саопштити другој страни зависи од типа уговора и врсте дугованих чинидаба, циља који она жели да оствари и њених оправданих (разумних) очекивања да буде обавештена о оним правнозначајним чињеницама неопходним да одлучи да ли ће закључити уговор или одустати.

Дужност међусобне сарадње такође је важна за утврђивање врста и обима информација које се имају дати: упитана о одређеним чињеницама у вези са уговором, страна која их поседује дужна их је саопштити, истинито и потпуно, посебно ако се тичу њене чинидбе или потичу из сфере њеног

13 Истражујући римско правно наслеђе, немачки правници настојали су открити прави смисао *Treu und Glauben*, одредити им границе „у којима ће бити примењиване, без ризика да се изрицање правде, позивом на њих, претвори у суђење *secundum sequim et bovem*“ (Krulj, 1956: 46). Проналажење правог места и домаћаја начелу савесности и поштења, заправо, било је мирење два важна правна принципа – правне сигурности и правичности – како ригидна општа правна норма, примењена на појединачни случај, не би била *summa ius summa iniuria*.

14 Страна која због промењених околности намерава да уговор раскине, дугује благовремено обавештење (чл. 134 300); свака уговорна страна која не обавести ону другу о чињеницама одутицаја на њихов међусобни однос, одговора за проузроковану штету (чл. 268 300).

15 Дужност обавештавања у уговору о ангажовању туристичких капацитета (чл. 887 300), уговарача осигурања имовине о свакој промени околности која може бити од значаја за оцену ризика (чл. 914 300), уговарача осигурања живота да не прећути ниједну околност од значаја за оцену ризика, нити да лажни податак, посебно о годинама живота (чл. 944 300) и др.

утицаја, и познате су јој. Већ само питање, чак и ако се не односи на главне уговорне састојке, већ споредне тачке (које уговарачи иначе могу изоставити из свог договора, рачунајући на примену диспозитивних законских одредаба, нпр., време, место и начин плаћања), показује да су ове тачке том једном уговорнику и за тај један, конкретан, уговор важне – субјективно битне. Свака је страна дужна отклонити уочену погрешну представу или уверење свог уговорног партнера које су изазвала њена обавештења (дужност разјашњења), иначе би могла одговарати за превару.

Непостојање изричитог и општег законског правила о дужности информисања није сметња њеној примени и, у случају повреде – санкционисању. Ослонићемо се на изричито прописано начело савесности и поштења, које нам казује да су међусобна лојалност страна, искреност и сарадња обавезујуће понашање већ од тренутка заснивања облигационог односа и за све време његовог трајања, посебно у остваривању права и обавеза из њих (чл. 12 ЗОО). У уговорним односима начело обавезује на узајамну сарадњу и обавештавање – и о чињеницама објективно битним (према типу уговора и врсти чинидбе, утврђеним добрим пословним обичајима) и о познатим субјективно битним (конкретном уговорнику) – јер су то предуслови да уговорни однос уопште и буде заснован, а да се засновани правилно развија и оствари своју сврху.

Дужност обавештавања може се анализовати у предуговорној фази – током преговора, и каснијој, уговорној фази, у којој стране припремају или већ испуњавају своје обавезе. Узајамно обавештавање посебно је важно у дуготрајним уговорним односима или оним у којима је у краћем временском размаку уговорено повремено или периодично испуњавање обавеза, зато што се околности у време њиховог заснивања могу толико променити да битно отежавају или, чак, осујећују постизање уговорене сврхе. Страна код које постоји промена (нпр., постала је привремено платежно неспособна) дугује благовремено обавештење ради прилагођавања уговора новонасталим околностима.

Надаље, предмет наше пажње биће само дужност обавештавања у предуговорној – фази преговора, и одговорности за њену повреду. Пре тога, ваља и указати на то да су за поједине врсте уговора, посебним или Законом о облигационим односима, детаљно уређена дугована обавештења, и да се на такве уговоре првенствено примењују та, посебна, правила, а да ће начело савесности и поштења имати допуњујућу улогу – ради прецизирања, разјашњења или прилагођавања конкретної ситуацији круте законске норме. Навешћемо потрошачке уговоре (Закон о заштити

потрошача)<sup>16</sup>, уговоре о осигурању имовине и лица, па и уговоре о продаји производа чија правилна и безбедна употреба захтева поуку купца, прецизнија упутства и обавештења. Значајна су и правила о оглашавању производа, јер се савремени потрошач најпре обавештава из рекламе, често се задовољавајући да му она буде довољан извор информација. Реклама, ипак, не садржи сва потребна обавештења о карактеристикама производа и условима под којима се нуди закључење уговора (врло често уређеним општим условима пословања, о којима се само изузетно може преговарати) и купцу не омогућава доношење информисане и разумне одлуке. Ради избегавања забуне и могућег спора између купца и продавца, прописима о заштити потрошача, па и Модел-правилима Нацрта заједничког појмовног оквира<sup>17</sup>, којима се чланицама ЕУ нуди уједињено нормирање грађанскоправних односа, прописано је да се потрошач не сме довести у заблуду; заваривајуће рекламе забрањене су (II – 3:102 Модел-правила). Таквима се сматра оглашавање својстава које производ нема или изостављање чињеница чије саопштавање просечан потрошач оправдано може да очекује, јер су потребне за информисану одлуку. Уколико продавац користи посебан начин оглашавања да би потрошачу нарочито скренуо пажњу, а овај би могао стећи погрешан утисак да је довољно обавештен о својствима и употреби производа, начину плаћања или праву на приговоре, дужан је саопштити све битне информације (II – 3: 102 (2) Модел-правила).

#### 4. Преговори и дужности преговарача

Преговори не значе постигнуту сагласност о битним састојцима уговора, већ припремају да се он, евентуално, закључи, разменом информација о правно значајним околностима – квалитету и битним особинама предмета чинидбе, начину и времену испуњења обавеза, платежној способности страна, и другим чињеницама важним за намеравањем уговор. Отуда и законско правило да преговори не обавезују и да могу бити прекинути у било ком тренутку (чл. 30, ст. 1 ЗОО). „Ако после преговора дође до закључења уговора, сва права и обавезе потичу из уговора, а преговори

16 Закон о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, 62/14, 6/16. Скрећемо пажњу на основно и неодрециво право потрошача на обавештеност (на располагање потпуним и тачним подацима неопходним за разуман избор понуђене робе и услуга) и чл. 13 – дужност обавештења пре закључења уговора. Садржина осталих права на обавештеност утврђена је у чл. 6–16; значајне су и одредбе о непоштеној пословној пракси, чл. 17–26.

17 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Study Group on European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke, 2009. Даље: Модел-правила.

остају као неки пређени пут који уопште не обавезује стране у смислу уговора. У том случају они су само послужили да стране стекну јаснију слику о многим покренутим питањима и да на тај начин прецизније изразе свој *animus contrahendi*“ (Perović, 1981: 264).

Слобода преговарања и ступања у контакт са заинтересованим особама није апсолутна, као што није ни сама слобода уговарања. Савесност и поштење и узајамна обзирност важећи су стандарди понашања и за преговараче, које није повезала тек пука случајност, већ могућност да заједничким учешћем у истом послу – уговору – остваре своје интересе. Преговори се воде ради сазнања на шта се тачно уговорници обавезују, и под којим условима, које су могуће правне и економске последице закључења уговора, ради обавештења о ситуацији друге стране (способности плаћања, пословном поштењу), могућности међусобних уступака кад првобитно понуђени услови нису сасвим задовољавајући. Прихватам понуде значајним постаје уговорено, али ни преговори нису сасвим без правног значаја. Преговарање је процес у ком се образује уговорна одлука, на основу у њима саопштеног. Због тога се и евентуални разлози манâ воље, потекли од недовољног, непотпуног или нетачног приказа стања ствари за које је одговорна друга страна, имају тражити овде и могу постати разлогом поништења уговора због заблуде или преваре. Наведено важи ако се преговори окончају успешно, закључењем уговора.

Преговори су значајни и код тумачења уговора, јер се заједничка намера уговорника може утврђивати и према томе како су се понашали док су преговарали и какве су информације разменили. Споредне тачке уговора, о којима уговарачи не постигну сагласност, уредиће суд, водећи рачуна о *претходним преговорима*, утврђеној пракси између уговарача и обичајима (чл. 32, ст. 2 ЗОУ). Законодавац је овом одредбом изричито упутио на преговоре као извор попуњавања уговора (тако: Draškić, 1980: 112).

Правилу о необавезности преговора морају се придружити дужности савесног и искреног преговарања – са озбиљном намером да се уговор закључи, и прекида преговора чим се установи да договор није могућ. Понашање преговарача и њихове сасвим конкретне дужности, одређене су начелом савесности и поштења (уколико их законодавац није посебно уредио, а то је реткост), а правне последице скривљене повреде – правилима о уговорној, деликтној или одговорности *sui generis*, већ према правима посматраних земаља.

Могуће су разноврсне класификације преговарачевих дужности. Повећане обавезе старања и пажње, узајамна обзирност, узајамно обавештавање, полагање рачуна, заштита друге стране од штете у најширем смислу (Sto-

јаовић, 1973: 26). Обавеза озбиљног поступања (незапочињање преговора без озбиљне намере за закључење уговора и прекид започетих преговора ако се од првобитне намере одустане), обавештавање о свим чињеницама меродавним за одлуку да се уговор закључи под понуђеним условима, саветовање, самоиницијативно или на тражење друге стране, према најбољем сопственом знању и стручности, заштита личних и имовинских добара друге стране, отклањањем ризика штете из свог подручја (Радишић, 2008: 109). Заједничко овим дужностима је што оне не произлазе из уговора, већ из закона (посебних правила или начела савесности и поштења), да су сасвим јасно одређене да би се могле испуњавати, и ако буду повређене – самостална утуживост и одговорност за претрпљену штету.

Одговорност за скривљену повреду није условљена закључењем уговора о ком се преговарало; не зависи од исхода преговора. Одговорност почива на створеној правној вези, започињањем преговора или другачије, мање формалне, комуникације, ради закључења уговора. Мада преговарачи нису дужни да закључе уговор о ком су преговарали, дужни су да воде рачуна о интересима друге стране. Јасно је да је право преговарача да се боре за што бољу сопствену уговорну позицију – то произлази из логике уговорне трансакције и природе тржишних односа – али не по цену елементарне пристојности и поштења, нити повећане пажње, одређене начелом савесности и поштења. Поновимо да преговарачи нису случајно ступили у контакт, већ циљно и намерно – ради закључења уговора. Дужни су да, следећи свој интерес, не занемаре ни оправдане интересе друге стране, да међусобно сарађују, размењују информације за које знају да су другој страни важне за одлуку о даљем учешћу у преговорима. Зато се дугују и она обавештења због којих би друга страна одустала или знатно променила приступ преговорима. Дужности међусобне сарадње само додатно потврђују чињеницу о уговору као заједничком стваралачком чину воља уговорника, који су одговорни за његово ваљано закључење, на темељу потпуних и тачних информација – прво, о битним састојцима уговора, затим, и о свим другим његовим елементима или околностима, субјективно битним и опредељујућим том конкретном преговарачу и за тај конкретни уговор. Обим и садржина информисања о субјективно битним чињеницама утврђују се у сваком појединачном случају, на основу познате или, према околностима, сазнатљиве сврхе коју сауговарач жели да оствари.

## 5. Разлози предуговорне одговорности и њен опсег

Вођење преговора без озбиљне намере или одустанак од постојеће без основаног разлога јесу законски разлози одговорности, а услов – да је другој страни тиме проузрокована штета (чл. 30, ст. 2 и 3 ЗОО). По правилу, одговорност је субјективна, заснована на кривици за прекид преговора.

Први разлог предуговорне одговорности (*culpa in contrahendo*) јесте одсуство намере за закључење уговора (чл. 30, ст. 2 ЗОО). Одговара схватањима по којима је предуговорна одговорност деликтна, заснована на повреди опште забране проузроковања штете другоме (*neminem laedere*).<sup>18</sup> Као деликтна, објашњава се и створеним погрешним привидом о постојању нечега што заправо не постоји – уговорна намера (Draškić, 1980: 113). Ко започињањем преговора створи привид намере закључења уговора, одговара за причињену штету, јер је намерно стварање привида права или фактичког стања грађанскоправни деликт, који повлачи одштетну одговорност (Draškić, 1980: 265). Потребно је и да се други преговарач поуздао у створени привид и да је, верујући у озбиљну намеру друге стране да закључи уговор, штетно променио своју имовинску позицију. На пример, имао је трошкове ради одласка у седиште или пребивалиште друге стране, где се преговарало, или ради припреме тендерске документације и учешћа на јавном надметању, и слично. Оштећени мораће да докаже непостојање намере, зато што се *animus contrahendi* претпоставља кад су преговори започети (Draškić, 1980: 265).

Други разлог одговорности је неосновани одустанак од првобитне намере закључења уговора и прекид преговора (чл. 30, ст. 3 ЗОО). Од преговора може се одустати у сваком тренутку (другу страну треба благовремено обавестити), али се због неоснованог (неоправданог) прекида одговара за причињену штету. Основаност разлога цени се за сваки случај посебно. Уколико су преговарачи привредни субјекти, оправданим разлозима сматраће се економски разлози, док се код преговарача – непривредника, спектар разлога шири и може да обухвати озбиљне породичне и личне разлоге (изненадна смрт или болест блиског члана породице или стране

---

18 У домаћој правној теорији заступа је, између осталих, професор Перовић. Видети: Perović, 1981: 265. Супротна су јој два схватања. Прво, да предуговорна одговорност постоји и ако скривљена штетна повреда преговарачких дужности не представља недопуштenu радњу у смислу деликтног права: на граници је између уговорне и деликтне, и најбоље ју је назвати квазиуговорном (Радишић, 2008: 111). Друго, да је одговорност уговорна (Stojanović, 1973: 28), објашњена начелом савесности и поштења и створеним односом поверења. Успостављени облигациони однос најсличнији је уговорном, али без примарне обавезе на чинидбу. Обавезе су споредне (секундарне) обавезе на чинидбу и за њихове прекршиоце важе правила о уговорним дужностима.

која је преговарала о закључењу уговора о туристичком путовању или осигурању живота). Законски израз „без основаног разлога“ требало би рестриктивно тумачити, јер преговори нису обавезна фаза закључења уговора,<sup>19</sup> док започети не обавезују и свака страна може их прекинути у било ком тренутку (чл. 30, т. 1 ЗОО). За прекид преговора због повољнијих услова које је понудила трећа особа, не би требало да се одговора (Draškić, 1980: 265), додаћемо, под условом благовременог повлачења из текућих преговора и обавештења стране са којом се прво ступило у контакт.

Оштећени преговарач има право на успостављање ситуације у којој би се налазио да није било повреде преговарачких дужности. По правилу, надокнађује му се штета због поверења (негативни уговорни интерес). Врста штете која се надокнађује и дугована надокнада зависе од повређене дужности (Радишић, 2008: 110). Због повређене дужности обавештавања надокнађује се негативни уговорни интерес – због изневереног оправданог поуздања у тачност и потпуност добијених обавештења, оштећеном одлучних за уговорну одлуку (трошкови припреме закључења уговора, путни трошкови). Треба водити рачуна и о законском правилу да свака страна сноси своје трошкове око припрема за закључење уговора (чл. 30, ст. 4 ЗОО), па би имала право само на надокнаду изванредних трошкова, нередовних у предузетничкој активности, него изазваних неозбиљним преговорима или неоснованим прекидом оних искрено вођених (Draškić, 1980: 114).

Позитивни уговорни интерес, или штету због неиспуњења, требало би надокнадити само ако је заувек пропуштена прилика за закључење једнако повољног или повољнијег уговора. Осим стварне штете, надокнадиће се и измакла добит која се оправдано могла очекивати из тог другог уговора (Радишић, 2008: 110).

## **6. Дужност обавештавања у упоредном праву**

Правни поредак сваке земље треба да заузме став о дужности обавештавања преговарача и уговорника, садржини, обиму и правним последицама њеног неиспуњења.

У правима романског правног круга (Француска, Италија, Шпанија) пропусти у обавештавању друге стране често се повезују са недостацима воље, преваром посебно, и испитује да ли због њих оштећена страна може

---

<sup>19</sup> Потискивању преговора доприноси стандардизација закључења уговора, посебно масовних, унапред припремљени уговорни обрасци и општи услови пословања, који, по правилу, постају уговорном садржином без могућности преговора ради измене, или макар не о битним тачкама уговора.



поништити уговор. Употребљавају се изрази *mannouvres* (чл. 1116 Code civil), *raggi* (чл. 1439 Code Civile), *maquinaciones insidiosas* (чл. 1269 шпанског ГЗ-а, чл. 253, португалског ГЗ-а). Преваром сматраће се и прећуткивање за одлуку необавештене стране суштински важних чињеница, што је другој страни било или морало бити познато. Важно је и да је ова друга страна дувовала потребна обавештења (Kötz, Flessner, 2002: 198). Закључујемо да ће се пропусти у обавештавању друге стране сматрати преваром уколико је уопште и постојала дужност информисања, што се процењује према конкретним околностима. Мора се радити о детерминантним чињеницама, на основу којих се доноси уговорна одлука, чега је страна која је учинила пропуст била или, према околностима, морала бити свесна, па ипак их прећутала. Под овако утврђеним условима редовно би пропусти настали пре закључења уговора, током преговора.

Повреда дужности обавештавања може се повезати и са неотклањањем уочене заблуде одговарајућим разјашњењима услова под којима се нуди и о чему се нуди закључење уговора.<sup>20</sup> Понудилац треба да је свестан заблуде понуђеног о битним чињеницама; у супротном, не може му се приговорити одговорност за рушљивост уговора, чак и ако је имао дужност информисања (чл. 1428 Codice Civile, § 878 BGB, чл. 247 Португалског ГЗ-а, чл. б: 228 NBW).<sup>21</sup> У оцени значаја прећутаних чињеница ваља раздвојити оне на основу којих се доноси коначна уговорна одлука – које су основ озбиљне намере обавезивања – од оних које то нису, од мотива и других, од каузе удаљених, повода, посебно у наплатним уговорима. Код њих уважава се само заблуда о недопуштеном мотиву (чл. 53, ст. 2 300); с друге стране, мотиви су скривене и другој страни редовно непознате побуде, многобројни су и разноврсни, и само се изузетно могу издићи на ниво каузе и постати битним елементом правног посла.<sup>22</sup>

20 У Француској се полако обликује идеја о установљењу опште, претпостављене дужности информисања у уговорима у којима су неједнакост преговарачких моћи и економске снаге страна очигледне и у уговорима у којима је законодавац једну страну посебно заштитио (потрошачи, корисници финансијских услуга, уговори о осигурању, о обезбеђењу кредита, о снабдевању). Изван тога, судска пракса ову дужност шири и на друге, незаштићене категорије уговорника и друге уговоре, узрочно-последично повезујући недостатке у вољи са изосталим, непотпуним или неистинитим обавештавањем. В. Rossum, 2000: 300–304.

21 Напослетку, и према нашем 300 ћутање уместо отклањања уочене заблуде јесте превара: „Ако једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора...“ (чл. 65, ст. 1 300).

22 Погрешна процена у набавци робе ради препродаје по очекиваној, а погрешно претпостављеној, вишој цени, није битна заблуда уколико се испостави другачије, чак и да је продавац, на основу свог искуства, познавања тржишта и сопственог истраживања, знао да то није могуће и није указао купцу на то да греши. О заблуди

У вези са наплатним уговорима, ваља истаћи да је дужност информисања, уколико већ није искључена, веома сужена. Међу привредним субјектима, којима је закључење уговора део свакодневне пословне праксе, готово и да не постоји. Аргументи су сасвим прихватљиви: једнака доступност њима значајних информација и чињеница да се за бољу информисаност често мора и платити чини неутемељеним очекивања да ће друга страна добровољно понудити сопствене информације или понудити савет, јер се оне узајамно надмећу за што бољи тржишни положај (посебно ако послују у истој привредној грани и иста им је циљна група потрошача). Упутније је да потраже савет треће, неутралне особе.

Слично је и у германском правном кругу (Немачка, Аустрија, Швајцарска), уз вођење рачуна о добрим пословним обичајима и начелу савесности и поштења. Издвојићемо немачко право: применом правила о *culpa in contrahendo*, предуговорној одговорности, оспорава се пуноважност уговора који се иначе не би могли поништити због заблуде или преваре или се губитак савесног преговарача, претрпљен због поверења у пуноважност уговора, пребацује на другу страну која није испунила своју дужност информисања. Савремену теорију уобличиле су правна теорија и судска пракса (поставио је Јеринг<sup>23</sup>): самим ступањем у пословни контакт, снагом начела *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), успоставља се нарочит однос узајамног поверења преговарача, са њиховим сасвим конкретним и, за случај повреде, самостално утуживим „споредним дужностима“ (*Sonderobligationen*) узајамне заштите, обавештавања и вођења рачуна о интересима друге стране, чија се правна добра морају сачувати од штете, иако уговор још увек није закључен. Установљење ових (по свему и пре свега уговорних) дужности раније, у одмаклој и фази већ озбиљног преговарања служи заштити од штете савесног преговарача, коју је претрпео озбиљно надајући се закључењу уговора (или пуноважног уговора), до чега није дошло кривицом друге стране (довољно је и пропуштање дужне пажње). Надокнађује јој се негативни уговорни интерес, из основа предуговорне одговорности, као граничној између уговорне и деликтне.<sup>24</sup>

---

као разлогу неважности правног посла више у: Симоновић, 2017: 161–182 и лит. на коју се тамо упућује; упоредноправно још и: Kötz, Flessner, 2002: 171–195, Zweigert, Kötz, 1996: 405–425).

23 У чувеном делу *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, 4 Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, 1861.

24 У европско-континенталном правном систему, ова је одговорност најчешће деликтна (нпр., у француском праву), а по модел-правилима PECL – уговорна. Видети детаљно: Ranieri, 2008: 1345–1351 и д.

У енглеском праву нема опште дужности информисања нити се она може извести из начела савесности и поштења, јер такво, као општи принцип уговорног права, никад није установљено. Правило је да је свако дужан да се сâм обавести о намеравању уговору и да сноси последице недовољних, непотпуних или нетачних информација. Добровољно обавештавање о правнозначајним чињеницама не очекује се, посебно ако се до њих дошло истраживањем, захваљујући властитој стручности и знању, или су оне наручене и плаћене. Ово правило, познато као *caveat emptor*, требало би да очува предузетнички дух и да људе подстиче на непрестано стицање знања и вештина, јер је познавалац стања ствари увек у (заслуженој) предности (Kronman, 1978: 1–34). Правило *caveat emptor* иде наруку вредним и паметним, обезбеђењем оправдано повољнијег преговарачког положаја.

Изузеци од наведеног<sup>25</sup> установљени су законом за посебне категорије субјеката и ради њихове заштите (потрошачи), или због природе уговорног односа у ком постоји нарочито поверење и ослањање једне, слабије, стране на савет и помоћ друге. Да би се спречила злоупотреба слабијег, наметањем му неповољних уговорних услова, повереник је дужан да поступа са повећаном пажњом и штити интересе свог штићеника, па и да своје стручно знање и искуство стави у службу његових, не властитих, интереса. Поверљив однос обавезује и у преговорима.<sup>26</sup> Неусловљено врстом уговора или субјеката који закључују уговор, за сваког је обавезујуће и санкционисано правило да све што се каже ради закључења уговора мора бити истинито и потпуно (санкционисана је и ненамерна лаж), да питана страна дугује одговор, да је продавац/власник увек дужан да саопшти правнозначајне чињенице о ствари познате само њему (нпр., о недостацима ствари које купац не може уочити при уобичајеном прегледу ствари<sup>27</sup>).

## 7. Закључак

Грађанскоправним односима, који су односи развијеног робно-новчаног промета, није својствена нити је очекивана општа дужност међусобног обавештавања. Напротив, супротно је правило: свако је дужан да се сâм

---

25 Преговори су необавезујући и свака се страна из њих може повући без последица, у било ком тренутку. *Caveat emptor* једнако важи у односима између пословних људи са појединцима и односима међу трговцима, што потврђује стару изреку да је енглеско уговорно право одувек било право трговаца, не сељака (*contract law for merchants, not for peasants*).

26 О злоупотреби и искоришћавању односа зависности или нарочитог утицаја на штићеника ради сопствене или у корист трећег, веома детаљно у: Birks, Chin, 2002: 57–97.

27 Видети и: Kötz, Flessner, 2002: 203–205.

довољно обавести о себи важним чињеницама о намераваном правном послу и сноси ризик недовољног или нетачног обавештења.

Не може се, с друге стране, ни порећи да се ипак некаква обавештења дугују, јер доступност и једноставност њиховог прибављања није једнака за све учеснике правног промета. Неки су мало вичнији, образованији, у закључењу правних послова вештији („верзирани“), за неопходну информацију спремни и да плате, о чему грађанско право, такође, води рачуна и установљава стандарде или посебна правила о томе ко, колико и шта треба да саопшти другој страни не би ли јој помогао у доношењу коначне уговорне одлуке. Правила могу бити изричито законом прописана или изведена из начела савесности и поштења, којим се вођење рачуна о интересима друге стране, искреност и међусобна лојалност успостављају као очекивани стандарди понашања за све време трајања облигационог односа, почев од његовог заснивања.

На основу проучене литературе, законâ, судске праксе и у раду анализованог, можемо закључити да се обавештавање (међусобно или само једног уговорника) захтева у овим типичним случајевима:

У уговорним односима са (законом) претпостављеним неравноправним положајем саговорача, ради потпуније заштите слабијег. Већином, то су потрошачки и уговори између привредних субјеката и појединаца, где су потрошачи и појединци (који уговор не закључују у вршењу пословне делатности) та претпостављена слабија страна. Неједнакост уговорних могућности, између осталог, огледа се у неједнаком приступу и доступности информација, у неимању стручног знања и професионалног искуства потребних за самосталну квалитетну процену понуђених уговорних услова. Ове, њима недостајуће, предности су друге стране, професионалног трговца и произвођача, којима законодавац налаже давање потребне, потпуне и, подразумева се, тачне информације, по потреби и стручног савета;

У другим уговорним односима, где нема претпостављене неједнакости, већ ризика да тржишно доминантни субјект злоупотреби такав свој положај, наметањем неповољних уговорних услова, и у уговорима у којима је тачно и потпуно обавештење важно за процену ризика и одређивање вредности чинидаба (уговори о осигурању, где такву обавезу има осигураник)

Увек о суштински значајним чињеницама, посебно о својствима предмета чинидбе. Уколико су својства ствари позната само једној страни или лакше их може утврдити (нпр., власник који продаје своју ствар), дугује одговарајуће обавештење;

Добровољно и без питања треба саопштити оне чињенице и околности у вези са намераваним уговором способне да осујете постизање сврхе и уговорног резултата које је друга страна имала у виду и суштински су јој биле важне да одлучи да уговара;

Уколико је једна страна до информација дошла случајно, без посебног испитивања и бесплатно, очекује се да их саопшти, јер не трпи никакав (материјални) губитак, а оне су важне за коначну уговорну одлуку заинтересоване стране и није их могла сама прибавити;

У односима нарочитог међусобног поверења и оним у којима се једна страна ослања на другу, која ју је дужна штитити, како однос зависности не би био искоришћен на штетуштићеника.

Законом о облигационим односима нису предвиђена посебна правила о дужности обавештавања као општеобавезујућа за све уговоре, већ су само код појединих прописани врста, обим и садржина информација, као обавезни минимум испод ког се не сме ићи. Диспозицији страна остављено је међусобно обавештавање о другим чињеницама, према конкретним околностима, познатој нарочитој употреби за коју заинтересовани набавља предмет чинидбе и познатим другим оправданим очекивањима од уговора. У одсуству посебних и садржајнијих правила (каких имамо за поједине уговоре – потрошачке, уговоре о осигурању, о пружању финансијских услуга, о кредиту и обезбеђењу кредита), заинтересоване стране треба да су у међусобној комуникацији руковођене савесношћу и поштењем, свешћу да ће намеравани уговор бити њихово заједничко и обавезујуће дело, и да ће његов несметан развој до обострано жељеног циља – испуњења и остварења намераване сврхе – зависити и од њихове искрености. Преговарачи, једнако као и уговорници, одговорни су за изговорено (и прећутано које је требало рећи), напослетку – пре свега у њиховом је обостраном интересу да буду узајамно пажљиви, да воде рачуна о оправданим интересима друге стране и штите је од ризика штете потеклог из сфере коју они сами контролишу. Савесност и поштење, који се од њих не само очекују, већ и захтевају (чл. 12 ЗОУ), показују се и испуњењем дужности обавештавања, а њена повреда санкционише се или обавезивањем на надокнаду причињене штете због поверења (кад уговор није закључен) или рушљивошћу закљученог уговора због мана воље – заблуде и преваре – проистеклих из недовољног, нетачног или изосталог а потребног обавештења друге стране.

## Литература

- Birks, P. Nyuk Chin, Y. (2002). On the Nature of Undue Influence. У Beatson, J. and Friedmann, D. (Eds.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. 57–97.
- Draškić, M. (1980). Pregovori. U Blagojević, B. i Krulj V. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I*. Beograd: Savremena administracija. 111–115.
- Kötz, H. Flessner, A. (2002). *European Contract Law, Vol. One, Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*. Oxford: Clarendon Press.
- Kronman, A. (1978). Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts. 7 *Journal of Legal Studies*. 1. 1-34 [Electronic version]. Преузето 22.7.2017. <http://heinonline.org.proxy.kobson.nb.rs:2048/HOL/>
- Krulj, V. (1956). Pojam savesnosti (bona fides) u građanskom pravu. *Jugoslovenska advokatura*. 1–2. 44–50
- Perović, S. (1981). *Obligaciono pravo. Knjiga prva*. Beograd: Sl. list SFRJ.
- Petrović, M. (1980). Načelo savesnosti i poštenja u uporednom i jugoslovenskom pravu. U Blagojević, B. i Krulj, V. (Red.) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I*. Beograd: Savremena administracija.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Study Group on European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Eds. Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Nölke. 2009.
- Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос.
- Ranieri, F. (2008). *Europäisches Oligationrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*. WienNewYork: Springer-Verlag.
- Rossum, Von, M. (2000). The Duty of Disclosure in French, Dutch and English Law; Criteria, Differences and Similarities between Legal Systems. 7 *Maastricht J. European and Company Law*. 300-304. [Electronic version] Преузето: 22.7.2017 <http://heinonline.org/>.
- Симоновић, И. (2017). Утицај заблуде на правни посао – посебно о битним својствима предмета чинидбе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 75(LVI). 161–182.
- Stojanović, D. (1980). Načelo savesnosti i poštenja. U: Perović, S. i Blagojević, B. (Red.). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Knjiga prva*. Gornji Milanovac: Kulturni centar. Kragujevac: Pravni fakultet. 107–131.

Stojanović, D. (1973). *Savesnost i poštenje u prometu*. Beograd. Savremena administracija.

Zweigert, K. Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr Siebeck.

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. 1811 (Аустрија).

Bürgerliches Gesetzbuch. 1900 (Немачка).

Закон о заштити потрошача. *Службени гласник РС*. Бр. 62. 2014. Бр. 6. 2016.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989 и Бр. 57. 1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31.1993.

Kodeks Cywilni. 1964 (Пољска).

Nieuw Buergerlijk Wetboek. 1992 (Холандија).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch Buch II Obligationenrecht. 1912. (Швајцарска)

Code civil. 1804. (Француска).

Codice civile. 1942. (Италија).

Código civil Espanol. 1996. (Шпанија).

**Ivana Simonović, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **DUTY TO INFORM AND LEGAL CONSEQUENCES OF BREACHING THIS DUTY**

### **Summary**

*In the globalized world, the one who is in possession of information also possesses the power. In legal relations, a better informed party has a better bargaining position and opportunity to adjust the terms of contracts to its own interests and needs rather than the interests of the other party or their mutual interests. Reliance on this advantage does not necessarily mean that it will be abused, for there is no general legal duty of disclosure of information during pre-contractual or contractual stage. Quite contrary, each contracting party should obtain relevant information about the intended legal transaction, whereas the omission to do so may be interpreted as willingly taking the risk of discrepancy between what has been intended and what actually is.*

*The duty to disclose information during negotiation (as well as after the conclusion of the contract) may result from the characteristics of the contract, fiduciary relationship or the principle of good faith and fair dealing. Consequently, the omission to provide the other party with all relevant information may be sanctioned by giving the other party a chance to avoid the contract.*

*In this paper, the author analyzes the validity of contract in light of mistake or fraud, caused by failing to comply with contractual information duties or their abuse. The author poses the question whether the starting premise that there is no generalized duty of providing or disclosure of information is still applicable in the world changed by globalization. The author focuses on vital needs of individuals, such as housing, health security, education or basic economic needs, which are no longer provided by the state but by the private actors. Owing to his financial and economic power, the provider is better informed than the other contractual party. Thus, should we adapt the rules on information duties in the process of contract formation to these new circumstances? Or, should we perhaps leave the rules unchanged, for they prove to be efficient in protecting true contractual will, free from every defect?*

**Keywords:** *duty to provide or disclose information, consent to a contract (agreement), mistake, fraud, contract.*



**Др Станка Стјепановић,\***  
Редовни професор Правног факултета, Пале  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776413S

UDK: 347.62

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ГЛОБАЛИЗАЦИЈА КАО УЗРОК ДЕСЕКУЛАРИЗАЦИЈЕ БРАЧНОГ ПРАВА**

**Апстракт:** Из међународних конвенција, споразума и одлука о заштити људских права и слобода, провејава став да је друштво сачињено од индивидуа и да је индивидуа самостална целина којој не треба никаква допуна. Раније је личност била предмет друштвеног интересовања и у основи идеалистичких теорија о браку. Оне су сматрале да у браку муж и жена постају једна личност, а да је плерома циљ брака. Без обзира којем религијском стремљењу припадале, цивилизације су сматрале брак нечим узвишеним, божанским. Тек кад се човек оженио, у старим друштвима он је постајао господар свог живота. Данас су све државе које су потписале Конвенцију о људским правима и слободама, или су чланице Савета Европе, дужне да усклађују своје законодавство са прокламованим начелима, па и одредбе о браку и породици. Дефиниција брака се мења и супружници постају партнери, ортаци, две стране флуидне, нискофреквентне целине која се лако растаче. На тај начин се брише брак као основ породице и друштва које се разлаже на масу индивидуа без личности. Као одговор на ту појаву дешава се један потпуно неочекивани процес прибегавања ретроградном праву које је владало у односима у браку пре стотине година. Тако се поједине заједнице, чији чланови не желе да буду индивидуа већ личност која живи у заједници, понашају у складу са шеријатским правом, потпуно супротним ономе што су земље у којима они живе прихватиле из одредаба конвенција. Одбрана брака на овакав начин може бити узрок других процеса у друштву, што је предмет разматрања у овом раду.

**Кључне речи:** секуларизација, глобализација, брак, религија, жена, личност.

---

\* svrsrv@neobee.net

## 1. Увод

Приписује се Модестину чувена дефиниција брака која каже да је брак савез мужа и жене и то за цели живот, сједињење божанског и човечијег права (*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio*). Ова дефиниција понавља се и у Прохирону, градском закону који је Св. Сава укључио у своје Законоправило (Митрополија Дабробосанска, 2014, 252). Брак је био предмет интересовања свих религија, које су му давале узвишени смисао и сматрале га божанском творевином. Касније је држава преузела улогу склапања брака, истичући првенство грађанског склапања брака, а остављајући факултативну могућност склапања брака брачним супружницима у религијској форми. У другој половини 20. века готово све државе су прогласиле секуларни однос према религији и секуларизација је постала основ функционисања друштва. Како то истиче Волфхарт Ханенберг у свом делу *Како размишљати о секуларизму*, да је идеја слободе данас да свако има право да чини шта жели, па чак да није ни повезано са било каквим појмом добра. Због несавршености људске егзистенције у историји свака идеја слободе ризикује да буде злоупотребљена. Он сматра да је неповезаност идеје слободе са идејама истине и добра највећа слабост секуларног друштва. Сведоци смо провале насиља и незадовољства које је произвео секуларизовани поредак, који је изнедрио осећај бесмислености код људи. На таквим темељима обесмишљеног секуларизованог друштва изникла је ера глобализације. Под појмом људска права, међународно право и све институције су кренуле ка остваривању економских интереса, а не суштинске слободе за свако биће на нашој планети. У мору конвенција о заштити људских права, с посебним освртом на права жена и деце, умире годишње преко два милиона деце због недостатка воде, свакодневно умире преко 25.000 деце од глади, уредно Међународна организација рада доставља Уједињеним нацијама извештај о броју деце и жена робова, чији се број пење на 200.000.000. У овом раду ми се нећемо бавити свим „достигнућима“ глобализације у подручју људских права, већ ћемо проматрајући регулисање брачног права у ери глобализације покушати доћи од закључка како се и зашто од секуларног друштва у данашње време неке религијске заједнице бране. Покушавајући задржати сваког свог припадника као личност, за разлику од глобализације која је човека свела на индивидуу.

## 2. Секуларизација и секуларизам

Већина аутора сматра да су крвави верски ратови у Европи били одлучујући да се у другој половини 17. века почиње размишљати да друштвени мир, ако би се могао успоставити, доводи до слабљења вере и да самим тим сва сукобљавања престају. Уместо да се друштво темељи на верским начелима, оно почиње да се гради као систем природног закона и морала и да је то у ствари основ теорије друштвеног договора. Макс Вебер је сматрао да је калвинистичка духовност секуларизована оног момента када је стављена у службу увећања капитала. Наука је секуларизовала теолошку идеју закона претварајући је у идеју вечног закона природе, а идеја вечног универзума представљала је секуларизовану верзију ранијег вјеровања у вјечног Бога (Гогартен, 2006, 213). По мишљењу Фридриха Гогартена, под појмом секуларизације се у почетку разумевао прелазак одређених ствари које су имале сакралну и обредну улогу у подручије световног и секуларног, као што је то био прелазак манастира и црквених прихода у световне сврхе у време реформације. Он разликује правно и културолошко значење секуларизације. Културолошко значење појма секуларизације је ослобађање културног живота, тј. политике, науке, државе, философије, књижевности и уметности од црквеног туторства. У свом делу *Човек између Бога и света*, он говори о „погрешној секуларизацији“, а у књизи *Судбина и нада савременог доба* он за то употребљава израз секуларизам. Многи сматрају да је основ секуларизације слобода, али и одговорност за свет пред Богом, а у случају секуларизма да је то распуштена и самовољна слобода. Што би значило да се у случају секуларизма одговара само пред самим собом за цели свет. Иако Гогартен сматра да је основ секуларизације сама хришћанска вера, а да је изопачење од секуларизације, тј. секуларизам оно што сече своје властите хришћанске корене. Др Зоран Крстић издваја такође два значења појма секуларизације. Прво схватање да је секуларизација одсуство религиозности и удаљавање од цркве, а друго схватање је раздвајање и разилажење свакодневног начина живота од захтева хришћанске вере (Крстић, 2003, стр. 13). Одговор на питање на чему почива култура европског човека дао је и Ава Јустин, који у свом делу *Светосавље као философија живота* каже да: „Европска култура почива на човеку као на темељу. Човеком се исцрпљује њен програм и циљ, њена средства и садржина, хуманизам је њен главни архитект. Сва је изграђена на софистичком принципу човек је мера свих ствари, видљивих и невидљивих, и то европски човек. Он је врховни стваралац и давалац вредности. Истина је оно што он прогласи за истину, смисао живота је оно што он прогласи за смисао, добро и зло је оно што он прогласи за добро и зло. Кратко искрено речено, европски човек је себе прогласио за Бога.“ И

у подручију брачног права држава је преузела улогу склапања брака од црква и вјерских заједница. Чланица европске заједнице, Данска, која је задржала принцип државне цркве, доноси у свом парламенту закон по коме у подручију брачног права мора поступати Народна црква. Све веће истицање егоизма, довело је до тога да се припадници тзв. хришћанских религија понашају као идолопоклоници и немају уопште у својим понашањима изворне принципе вере, већ су постали индивидуа без личности, чланови номинално секуларног а истински безличног глобализованог друштва. Секуларизација је изгубила свој значај и поједине групе људи дижу бунт окрећући се праву које најмање личи на то које номинално важи у државама у којима живе.

Интересантна је појава да се данас у „генетски модификованом“ секуларном друштву, које све више мутира у секуларизам, обилно користи појам фундаментализма. Олако се ставља етикета фундаментализма за сваку критику појава у секуларном друштву од стране припадника религија и верских заједница. Свака изјава којом се истичу штетне посљедице програма пројектовања човјека, дочекује се у медијима као напад на „слободу избора“ и угрожавање људских права. Напади које спроводе медији не дозвољавају човјеку као разумном бићу да формира сопствено мишљење, а не да буде обични проводник медијски наметнутих ставова. Када се указује на неку појаву или неки злочин који је извршен у име религије, користи се појам фундаментализам, а врло често и појам нетолеранција. Који су корени таквог понашања које се олако назива фундаментализмом медији се не баве, већ само приказују резултат као злочин, док сами извршиоци то приказују као нужну одбрану од наметнутих „вредности“ секуларног друштва. Због честе злоупотребе у медијима појма фундаментализма, тај појам је у садашњем друштву потпуно магловит и изгубио је свој изворни смисао. Како је истакао Ханенберг, многимима је доста тога шта се под појмом културе нуди у секуларизованом друштву и управо се у религији тражи оно што је сасвим супротно тој „култури“. По мишљењу Дина Келија, људи у религији траже то што би била прихватљива алтернатива њиховом животу у секуларном друштву. Крајем двадесетог века појавило се мноштво верских заједница које нуде религијски приступ секуларизованом човеку на секуларизовани начин. То се показује као промашај јер један други вид секуларизма постаје неприхватљив за секуларизованог човјека. Због тога се човјек у секуларизованом друштву окреће нечему традиционалном, односно религији која нема никакве сличности са секуларизованим друштвом. Испоставило се да је мисао Јарослава Пеликана да је традиција жива вера мртвих, док је традиционализам мртва вера живих данас озбиљно доведена

у питање, због тражења заштите од надлазећег фундаментализма секуларног друштва. Ако би данас покушали да дефинишемо појам фундаментализма, онда би могли рећи да је фундаментализам наметање правила начина живота, мишљења и ставова сваком људском бићу које врши секуларизовано глобализовано друштво.

### **2.1. Толеранција**

Толеранција је још један медијски оформљен појам у секуларном друштву. Оснивају се и похађају се школе толеранције. Поставља се питање која је сврха употребе медицинског термина толеранција у секуларизованом друштву? Како је могуће да се толеранцији учи и у школи, а да последице научног о толеранцији у тим истим школама се дешава такво насиље какво није постојало док се нису учили толеранцији? Могло би се позвати у одговору на ова питања на саму анализу медицинског појма толеранције. Медицина сматра да је толеранција у организму човјека нераговање његовог одбрамбеног механизма на присуство стране материје у организму. Правним речником речено, толеришем одређено људско биће или групу до одређеног момента, а када ми то не одговара онда га уништавам. Толеранција није синоним за поштовање и тај појам толеранције не би се могао везати за личност. Испоставља се да су многобројне школе толеранције и људских права у секуларизованом друштву произвеле супротан циљ од оног кога су прокламовали, а то је мир и једнакост свих људи пред законом. Људска права су постала догма секуларизованог друштва, која је подигнута на ниво непогрешивости.

### **3. Појам глобализације**

На таквим темељима обесмишљеног секуларизованог друштва изникла је ера глобализације. Под појмом људска права, међународно право и све институције су кренуле ка остваривању економских интереса, а не суштинске слободе за свако биће на нашој планети. Интересантна је дефиниција глобализације коју је дао Данило Золо, који под тим појмом подразумева растућу експанзију друштвених односа између људских бића изазвану технолошким развојем, брзином саобраћаја и информатичком револуцијом (Золо, 2012: 10). Глобализација несумњиво утиче на огромну разлику између прокламованих и остваривих људских права, а што се може видети из годишњег извештаја Међународне организације рада о потпуном несразмеру од прихода које остварују милијарде становника наше планете и енормног богатства малог дела становништва. Тако двадесет најбогатијих људи на свету располаже оним што поседује

милијарада сиромашних људи. Готово милијарда и по људи нема приступа води. Поново је актуелна изрека римског права *највеће право највећа неправда* (*summum ius summa iniuria*).

#### 4. Закључак

Секуларизација подразумева одвајање цркве од државе. Глобализација је наметање правила понашања и оних вредности свим народима и државама које нису биле заступљене ни у једној држави. То све са прокламованим циљем заштите људских права.

Бранећи своје припаднике од плиме разградње брака као основе сваке породице, раније и друштва, припадници исламске заједнице траже спас у шеријатском праву и враћају се и у брачном праву тим изворима. Већина припадника исламске заједнице, поштујући своје шеријатско право, не покорава се законима било које европске државе у којој припадници те заједнице живе. То значи да су се они као припадници секуларног друштва сасвим окренули религији јер траже нешто сасвим друго од оног што им та секуларна, глобализована држава нуди. Немиле сцене на улицама европских градова, насиље у заштити права, које насилник мисли да штити на тај начин, резултат су глобалног поремећаја и уништавања међународног права и права личности. Највеће право се на тај начин претвара у највеће неправдо. Страдалници у таквим бомбашким нападима немају никакве везе са доношењем правила о глобалном понашању. Људи имају потребу за браком и треба омогућити да се он из глобалног негирања врати у оквире националних држава и да се не омета и уништава брачно право сваке државе. Да држава у складу са вјерским слободама уређује односе сваке религије и вјерске заједнице у погледу слободе брачног права. Тада неће бити потребе за самозаштитом у брачном праву, која се, нажалост, често врши на неадекватан начин. Јер се зло злом исправити не може.

#### Литература

Ханенберг, В. *Како размишљати о секуларизму*, Логос, 2006.

Золо, Д. *Људска права, демократија и мир у ери глобализације*, Страни правни живот 3/2012.

Крстић, З. *Актуелни процес секуларизације*, Каленић, 3–4, 2003.

Митрополија Дабробосанска, Фототипија Сарајевског преписа Законоправила Светог Саве, ИК Дабар, 2014.

**Stanka Stjepanović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo,*

*Pale, Istočno Sarajevo, Republika Srpska, BH*

**GLOBALIZATION AS A REASON FOR DESECULARIZATION OF MARITAL LAW**

**Summary**

*International conventions, covenants and resolutions on protection of human rights and freedoms include the prevailing standpoint that society is composed of individuals, and that each individual is an independent being in one's own right. In the past, an individual used to be subject to different social interests and marital life was essentially based on idealistic theories of marriage. These theories considered that man and woman join in the holy matrimony to become one person, and that the aim of marriage was to reach pleroma (Greek: πλήρωμα). Regardless of their religious beliefs, all human civilisations considered marriage to be something elevated and divine. In ancient societies, man was considered to be fully free and the lord of his own life only after getting married.*

*Today, all countries that signed the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), or are State parties to the European Council, are obliged to adjust their legislation with the proclaimed principles, including the provisions on marriage and family. The definition of marriage is changing and spouses are becoming partners, cohabitants, two fluid and low-frequency sides of a whole, which is slowly being dissolved. In this way, marriage is gradually being obliterated as the foundation of family and social life, whereas the society is gradually dissolved into crowds of individuals without personality. In response to this global phenomenon, we bear witness of an absolutely unexpected process which includes recourse to retrograde law that governed marital relations hundreds years ago. Thus, some groups, whose members do not want to be individuals but members of the community, accept Sharia law, which is totally in contravention of the conventions accepted by the countries they live in. This way of defending the institute of marriage may induce some other processes in society, which are the subject matter of consideration in this paper.*

**Keywords:** *sekularisation, globalisation, marriage, religion, woman, person.*





**Др Јелена Видић-Трнинић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Новом Саду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776421V

UDK: 347.67

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УСМЕНО ЗАВЕШТАЊЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ И ОСТАЛИМ САВРЕМЕНИМ ПРАВИМА ЕВРОПЕ**

**Апстракт:** Аутор у раду сагледава правни третман усменог завештања у савременим законодавствима Европе. Изјављивање последње воље у усменој форми у значајном броју ових законодавстава представља правно дозвољени начин изражавања слободне завештања. У већини правних система, усмено завештање уређено је као посебан облик изјаве последње воље, при чему је могућност сачињавања завештања усменим путем, прихваћена и у одређеном броју права у којима оно не представља посебан облик завештања. У појединим од њих, завештање у усменој форми, правно је ваљано само када је сачињено од стране привилегованих завешталаца, при чему највећи број законодавстава, могућност коришћења ове форме условљава постојањем изузетних околности. Посебна пажња посвећена је управо начину прописивања услова који се тиче постојања изузетних околности у којима може доћи до сачињавања усменог завештања, као и анализи осталих формалних елемената његове пуноважности. Сагледавањем наведених питања, указује се на предности и недостатке постојећих нормативних солуција посвећених усменом завештању у домаћем праву и истовремено уочавају специфичности у његовој правној регулативи, те основни принципи којима се остала права Европе руководе приликом његовог уређења. У закључку, предлажу се могући правци нормативног уобличења усменог завештања у праву Србије *de lege ferenda*.

**Кључне речи:** усмено завештање, изузетне околности, усмена изјава последње воље, облици завештања.

---

\* jvidic@pf.uns.ac.rs

## 1. Увод

Доминантни тренд у погледу регулисања облика завештања у којима се може изјавити последња воља у савременим законодавствима Европе огледа се у прихватању тзв. плурализма форме. Међутим, могућности за реализацију слободе завештања нису исте, имајући у виду присутне разлике, како у погледу броја, тако и у погледу конкретних облика завештања који су у њима правно уређени. Ове разлике долазе до изражаја и када је реч о могућности сачињавања завештања у усменој форми, с обзиром на то да она није прихваћена у свим правима. Ипак, у значајном броју правних поредака Европе, усмено завештање, као изузетак од правила да се завештање сачињава у писаној форми, представља допуштени начин изражавања слободе завештања.

Рад има за предмет правни третман усменог завештања у савременим законодавствима Европе, односно конкретну законску регулативу овог облика изјаве последње воље у правним системима оних земаља које га уређују. У данашње време, завештање у усменој форми по правилу представља изузетни облик завештања, односно такву форму изјаве последње воље чије је коришћење дозвољено само у изузетним ситуацијама. Посебна пажња у раду биће посвећена управо начину прописивања услова који се тиче постојања изузетних околности у којима може доћи до сачињавања усменог завештања, као и анализи осталих формалних елемената његове пуноважности. Сагледавањем законске регулативе наведених питања у домаћем праву, указаћемо на добре солуције, као и на извесне недостатке у постојећем начину нормирања овог облика завештања. Упоредноправном анализом законских решења посвећених наведеним питањима,<sup>1</sup> настојаћемо да уочимо специфичности у правној регулативи усменог завештања, али и основне принципе којима се савремена права Европе руководе приликом његовог уређења. На темељу свега изнетог, размотрићемо у којој мери су услови за пуноважност усменог завештања у праву Србије слични, односно колико они одступају од регулисања ових услова у осталим правима Европе, те дати одговарајуће предлоге у погледу могућег начина нормативног уобличиња усменог завештања *de lege ferenda* у домаћем праву.

---

1 Анализом су обухваћена законодавства Немачке, Аустрије, Швајцарске, Француске, Белгије, Италије, Шпаније, Чешке, Словачке, Мађарске, Бугарске, Пољске, Русије, Енглеске, као и свих земаља насталих на простору бивше СФРЈ.

## 2. Усмено завештање у домаћем праву

Закон о наслеђивању Србије уређује више облика завештања, пружајући на тај начин широку могућност за реализацију слободе завештања. У изузетним околностима, њу завешталац може реализовати и изјављивањем последње воље у усменој форми. Наиме, у нашем наследноправном уређењу, не постоји могућност да завешталац своју последњу вољу усменим путем изјави у редовним околностима, чак и уколико није у стању да чита и пише, у ком случају на располагању има облике јавних завештања. Сачињавање усменог завештања дозвољено је само у случају постојања околности опасних по живот, услед којих не постоји могућност сачињавања завештања у неком од осталих Законом предвиђених облика.<sup>2</sup> Имајући у виду ове разлоге, усмено завештање у доктрини се назива и изузетним обликом завештања (Благојевић, 1969: 243).

### 2.1. Услови за пуноважност

Усмено завештање у домаћем законодавству представља приватан и изузетан облик завештања, чија пуноважност зависи од испуњења одређених услова. Према Закону о наслеђивању Србије, завешталац своју последњу вољу може изјавити усмено уколико због изузетних прилика не може сачинити завештање у писаној форми, при чему приликом усменог изјављивања последње воље морају истовремено присуствовати три сведока.<sup>3</sup>

Из споменуте законске одредбе произилази да се првобитан формалан елемент пуноважности усменог завештања, који има за циљ да обезбеди аутентичност последње воље завештаоца (Ђурђевић, 2015: 145), односи на неопходност постојања изузетних околности услед којих он своју последњу вољу може исказати једино усменим путем.<sup>4</sup> У ширем смислу посматрано, ове околности постоје онда када се завешталац нађе у

---

2 У редовним околностима, односно у ситуацијама када могућност сачињавања завештања није условљена наступањем посебних околности, последњу вољу могуће је изјавити у облику својеручног и писменог завештања пред сведоцима, као приватним облицима завештања, те судског, конзуларног, међународног и јавнобележничког завештања, као јавним облицима завештања. У ванредним околностима, последњу вољу могуће је изјавити путем јавних облика завештања: војног и бродског. Видети: чл. 83–109 и чл. 111 а-113 Закона о наслеђивању Србије, *Сл. гласник РС*, 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015 (даље: ЗНС).

3 Видети: чл. 110, ст. 1 ЗНС.

4 Усмено завештање не мора неопходно бити изречено усменим казивањем, јер може бити сачињено и од стране глупоног завештаоца, који своју последњу вољу може изразити знаковима које таква лица користе (Ђурђевић, 2015: 148; Крстић, 2016: 200).

изненадној и непосредној опасности да изгуби живот или активну тестаментарну способност (Zankl, 2008: 45, наведено према: Ђурђевић, 2015: 145). Притом, пуноважност усменог завештања зависи и од одређеног субјективног момента на страни завештаоца, који се односи на његову немогућност да услед изузетних прилика у којима се нашао сачини неки од законом предвиђених писаних облика завештања (Креч, Павић, 1964: 223). Она се у судској пракси тумачи веома строго, тако да постојање најмање могућности завештавања у писаној форми доводи до ништавости усменог завештања (Ђурђевић, 2015: 147).

Ситуације у којима је могуће сачињавање усменог завештања законодавац, дакле, не набраја ни методом енумерације, нити примера ради, већ једном генералном формулацијом, у виду правног стандарда даје могућност индивидуализације за сваки конкретан случај (Креч, Павић, 1964: 223; Крстић, 2016: 212–213). Под овај правни стандард могу се подвести разноврсне изненадне, непредвидиве или неочекиване ситуације, како објективне, тако и субјективне природе (Стојановић, 2011: 225).

Када је реч о изузетним околностима објективне природе, оне, по правилу, погађају већи број људи у неком неотклоњивом и општепознатом догађају (нпр. рат, поплава, пожар, земљотрес, епидемија заразне болести, рударске и железничке несреће, хаварије бродова или ваздухоплова и слично), а које самим својим постојањем говоре у прилог тога да се завешталац у конкретном случају налазио у приликама које његово усмено завештање чине пуноважним (Антић, Балиновац, 1996: 355). Доказивање ових околности у пракси не представља проблем (Антић, 1979: 509). Ово није истовремено случај и када се ради о изузетним околностима субјективне природе, које погађају искључиво личност завештаоца (нпр. болест, повреде или неки други догађаји у којима се он нашао), имајући у виду чињеницу да законски текст не даје било какве оријентире који би били од помоћи судовима приликом испитивања њиховог постојања. У доктрини се сугерише да је приликом ове оцене од одлучујућег значаја испитати природу и карактер конкретне прилике, њено трајање, као и да ли је она наступила нагло (Антић, Балиновац, 1996: 355–356). С обзиром на то да се у судској пракси као најчешћи елемент субјективне компоненте појављује болест завештаоца, теорија је става да се само изненадна тешка болест, те неочекивано, изненадно и неотклоњиво погоршање већ постојеће болести може сматрати изузетном околношћу (Антић, Балиновац, 1996: 356; Крстић, 2016: 204); односно, да је завешталац с било каквом могућношћу предвиђања погоршања здравственог стања морао рачунати, те у складу с тим благовремено располагати својом имовином за случај смрти у некој другој форми (Ђурђевић, 2015: 145–146). Иако овакво законско

решење представља главни разлог не у потпуности уједначене судске праксе приликом његове примене,<sup>5</sup> имајући у виду да усмено завештање представља изузетни облик завештања, а појам изузетности искључује екстензивну примену (Креч, Павић, 1964: 224), домаћи судови, барем по правилу, изузетне околности тумаче рестриктивно.<sup>6</sup> Узимајући то у обзир, као и чињеницу да овакав начин тумачења споменутих околности доводи до поништаја великог броја усмених завештања, у делу доктрине изнет је предлог према којем би у циљу проширења могућности сачињавања усменог завештања, а да притом оно не изгуби карактер изузетности, његово сачињавање требало допустити у нарочито оправданим околностима које су завештаоца спречиле да располаже својом имовином за случај смрти у неком од писаних облика. Уважавајући аргументе изнете у прилог оваквог схватања, истовремено мотивисаног и настојањем да последња воља изражена у усменој форми буде испоштована у што већем броју случајева,<sup>7</sup> мишљења смо да постојећи правни стандард *изузетне прилике* пружа довољно широку могућност за решавање разноврсних ситуација, које се могу појавити у стварном животу у вези са потребом сачињавања усменог завештања. Не чини нам се да би прописивање садржински ширег стандарда у већој мери гарантовало поштовање усмено изјављене последње воље, с обзиром да би он био подложен још различитијим тумачењима у судској пракси, уз истовремено постојање опасности да на овај начин усмено завештање фактички постане стварно редовни облик завештавања. По нашем схватању и употреба важећег стандарда *изузетне прилике* представља основни недостатак у постојећој

---

5 О различитом поимању наведеног правног стандарда од стране домаћих судова, детаљно видети: Крстић, 2016: 205–209; Антић, Балиновац, 1996: 355–356.

6 У доктрини се наводе поједине околности које према ставовима судске праксе недвосмислено не представљају изузетне прилике, у смислу које је законодавац имао у виду. Тако се године старости, дуготрајна тешка болест, одсуство непосредне и изненадне опасности по живот, саме по себи не могу сматрати изузетним, иако је лице у кратком временском периоду након сачињавања завештања преминуло, ако је према месту где је оставилац живео и према средини у којој се кретао, објективно и субјективно могао да сачини писмени тестамент. У том смислу, видети судске одлуке, наведене код: Крстић, 2016: 207–208.

7 У прилог овог схватања износе се аргументи да се у пракси усмено завештање најчешће не сачињава у таквим изузетним околностима какве Закон тражи, односно да људи који се налазе у непосредној смртној опасности у том моменту по правилу не размишљају о начину расподеле своје заоставштине. Указује се да, свеукупно посматрано, концепција постојећих услова за пуноважност усменог завештања практично негира његово постојање, јер готово увек доводи до непуноважности истог, због чега завештаочева усмено изјављена воља у великом броју случајева остаје неиспоштована. Детаљно видети: Крстић, 2016: 209–212.

правној регулативи услова за пуноважност усменог завештања, управо из разлога његове недовољне одређености. Наиме, без обзира на намеру законодавца да се пуноважност усменом завештању може признати само изузетно, овакво законско решење са собом потенцијално увек носи ризик његовог нерестриктивног тумачења од стране судова. Стога смо става да би из разлога правне сигурности било пожељно да се карактеристике околности у којима је могућа реализација слободе завештања путем усменог тестаментa од стране законодавца ближе дефинишу, уз изналагање одговарајућих критеријума у правцу њиховог што већег објективизирања. *De lege ferenda*, сачињавање усменог завештања, могло би бити условљено околностима које представљају изненадну, конкретну и непосредну опасност за живот завештаоца, услед којих он није у могућности да завештава у било којој другој форми.<sup>8</sup>

Други битан формални елемент за пуноважност усменог завештања, огледа се у захтеву према којем оно мора бити изјављено пред три истовремено присутна завештајна сведока (Ђурђевић, 2015: 145). Тиме су услови за пуноважност усменог завештања пооштрени у односу на раније наследноправне прописе, према којима је приликом његовог сачињавања било довољно присуство два сведока.<sup>9</sup> Сведоци усменог завештања, поред испуњења општих услова који се односе на пунолетство и потпуну пословну способност, морају имати очувано чуло слуха, те разумети језик на којем завешталац изјављује своју последњу вољу, али за разлику од осталих облика завештања у нашем праву, не морају бити писмени.<sup>10</sup>С

8 У делу домаће доктрине, изнет је и предлог којим се, поред ближег дефинисања карактеристика изузетних околности, истовремено сугерише и измена постојећег правног режима у правцу увођења јавног облика усменог завештања у наше право. Према њему, завештаоцу који се налази у изузетним околностима када му је угрожен живот, при чему коришћење писане форме завештања није могуће, треба допустити да своју последњу вољу изјави пред одређеним службеним лицем и два сведока. Могућност сачињавања усменог приватног завештања пред три сведока требало би дозволити у случају када би смртна опасност била толико блиска да је немогуће сачекати долазак службеног лица (Антић, Балиновац, 1996: 360–361).

9 Видети: чл. 78 Закона о наслеђивању ФНРЈ из 1955. године, *Сл. лист ФНРЈ*, 20/55 и *Сл. лист СФРЈ*, 42/65 и 47/65; као и чл. 73 Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године, *Сл. гласник СР Србије*, 52/74 и 1/80.

10 Видети: чл. 1123НС. У делу доктрине наводи се да сведоци морају имати очувано и чуло вида, имајући у виду да они сведоче како о садржини завештања, тако и о постојању изузетних околности, те како би са сигурношћу могли потврдити идентитет завештаоца, осим у случајевима када се он може и на други начин несумњиво утврдити (Антић, Балиновац, 1996: 359; Кашћелан, 2006: 549). У случају када се завештање сачињава од стране глувонеомог завештаоца, сведоци морају имати способност да се са њим споразумевају.

обзиром на чињеницу да је реч о изузетном облику завештања, приликом чијег сачињавања завешталац није у могућности да бира сведоке, у овом својству може се појавити било које лице, без обзира на његов однос према завештаоцу,<sup>11</sup> с тим што су у циљу спречавања могућности злоупотреба, завештајна располагања у корист сведока, њихових супружника и крвних сродника, као и супружника крвних сродника, Законом санкционисана.<sup>12</sup>

Захтевом за обавезним истовременим присуством три сведока,<sup>13</sup> настоје се спречити злоупотребе карактеристичне за овај облик завештања, односно обезбедити аутентичност завештаочеве усмено изјављене воље (Ђурђевић, 2015: 145). Већи број сведока несумњиво је пожељан у интересу поузданијег утврђивања последње воље завештаоца и околности у којима је она изјављена (Сворцан, 2004: 252), односно у циљу пружања веће гаранције начелу правне сигурности и спречавања ништавости усменог завештања у случају несагласних изјава сведока, када се, барем начелно, као тачна, може узети изјава већине (Антић, Балиновац, 1996: 357). Ипак, чини нам се да је условљавање пуноважности усменог завештања присуством два завештајна сведока представљало бољу законску солуцију. Тако ће поштривање споменутог услова, истовремено отежати могућност реализације слободе завештања у изузетним околностима, с обзиром на чињеницу даје у оваквим приликама реално очекивати да он, имајући у виду захтевани број сведока, често неће моћи бити испуњен. Поред тога, захтев за постојање већег броја сведока може довести и до тога да завештање које испуњава све законске услове не произведе правно дејство, имајући у виду отежаност у погледу усаглашавања сведока у вези са свим битним питањима која се тичу његове пуноважности. Наиме,

---

11 У том смислу, у својству завештајног сведока приликом сачињавања усменог завештања, може се појавити и свако оно лице (завештаочев крвни сродник у правој линији, побочни сродник закључно са четвртим степеном сродства, тазбински сродник закључно са другим степеном сродства, адоптивни сродник, супружник, бивши супружник, ванбрачни партнер, бивши ванбрачни партнер, старалац, бивши старалац, штићеник и бивши штићеник), које не може имати својство завештајног сведока приликом сачињавања осталих форми завештања, где њихово присуство представља услов пуноважности тестаментa. Видети: чл. 113 ЗНС.

12 Ништаве су одредбе усменог завештања којима се нешто оставља завештајним сведоцима, њиховим брачним друговима, прецима, потомцима и сродницима у побочној линији до четвртог степена сродства, као и брачним друговима свих тих лица. Видети: чл. 160, ст. 3 ЗНС.

13 У претежном делу домаће доктрине заузет је став да у одређеним ситуацијама када је истовремено присуство сведока тешко остварљиво, треба признати пуноважност и усменом завештању које је завешталац изјавио у релативно кратком временском размаку сведоцима усменог завештања (Антић, Балиновац, 1996: 357; Сворцан, 2004: 253; Кашћелан, 2006: 550).

тежећи очувању аутентичности завештаочеве изјаве у што је могуће већој мери, законски текст налаже обавезу за сведоке који су присуствовали сачињавању усменог завештања да без одлагања обавесте суд о његовој садржини, као и о месту и приликама у којима је завешталац изјавио своју последњу вољу, с тим што извршење ове дужности не представља услов пуноважности усменог завештања. Наведену обавезу сведоци могу испунити сачињавањем писмена у којем је садржана изјава завештаоца или усменим саопштавањем ове изјаве пред судом.<sup>14</sup> Према ставу теорије, сведоци, притом, морају постићи сагласност о питањима која се односе на: постојање изузетних прилика које су завештаоца онемогућиле да сачини било који од писаних облика завештања, њихово временско трајање, завештаочеву способност за расуђивање, као и садржину његове последње воље (Сворцан, 2004: 258). Имајући, међутим, у виду различите когнитивне способности сведока у изузетним околностима, услед чега они могу имати сасвим другачију перцепцију о њима и на различит начин разумети и репродуковати завештаочеву вољу, запажање изнето у доктрини, према којем захтев за постојање већег броја сведока може довести у питање пуноважност усменог завештања (Стојановић, 2011: 226; Крстић, 2016: 202), чини нам се, сасвим исправним.

Усмено завештање не важи неограничено. Његова важност престаје по истеку рока од тридесет дана од дана када су престале изузетне прилике у којима је оно сачињено.<sup>15</sup> Усмено завештање ће, дакле, произвести правно дејство уколико завешталац умре за време трајања изузетних околности или пре истека рока од тридесет дана од њиховог престанка. Међутим, из законског текста није у потпуности јасно на који начин треба сагледавати тренутак престанка ових околности. Како је у интересу самог завештаоца повољније субјективно сагледавање тренутка престанка изузетних околности, то овај рок, према схватању дела домаће доктрине којем се придружујемо, треба да почиње да тече од момента када је он стекао могућност да сачини било који други облик завештања (Стојановић, 2011: 226–227; Крстић, 2016: 203). Усмено завештање остаје на снази не само када завешталац умре током трајања наведеног рока, већ и када пре његовог истека изгуби способност за расуђивање, с обзиром на чињеницу да су у оба случаја последице исте, а огледају се у његовој немогућности да располаже својом имовином за случај смрти.

---

14 Видети: чл. 111 ЗНС.

15 Видети: чл. 110, ст. 2 ЗНС.



### **3. Усмено завештање у упоредном праву**

Сачињавање завештања у усменој форми допуштено је и у значајном броју осталих права Европе, што у највећој мери, као што је то случај и у праву Србије, представља последицу прихватања система плурализма форме завештања и омогућавања њене што шире слободе. Када је реч о законодавствима која су обухваћена упоредноправном анализом, усмено завештање као посебан облик изјаве последње воље правно је уређено у Аустрији, Швајцарској, Мађарској, Чешкој, Пољској, као и у свим државама насталим на простору бивше СФРЈ – Словенији, Хрватској, Македонији, Федерацији БиХ и Црној Гори. Могућност усменог изјављивања последње воље прихваћена је и у Енглеској, Шпанији и Немачкој, иако законодавства ових земаља не регулишу усмено завештање као посебан облик завештања.

С друге стране, у нешто мањем броју законодавстава која су предмет наше анализе, овај облик завештања није прихваћен ни у једном виду. Овакав правни третман усмено завештање има у Бугарској, Русији, Словачкој, Француској, Белгији и Италији.

#### ***3.1. Усмено завештање као посебан облик изјаве последње воље***

У свим правним системима у којима је усмено завештање регулисано као посебан облик изјаве последње воље, његово сачињавање дозвољено је само у изузетним, односно ванредним околностима. Наиме, усмено завештање ни у једном од законодавстава Европе која су представљала предмет наше анализе не представља редовну форму последње наредбе воље, при чему је, и у историјском контексту посматрано, законска могућност сачињавања усменог завештања у редовним околностима представљала реткост.<sup>16</sup>

Међутим, конкретна правна регулатива овог приватног облика завештања у њима разликује се у погледу многобројних аспеката, као што су: услови за његову пуноважност, дефинисање ситуација у којима се оно може сачинити, неопходан број завештајних сведока пред којима се изјава воље може саопштити на усмени начин, као и временско трајање. Узимајући у обзир услове за пуноважност усменог завештања, пре свега онај који се

---

<sup>16</sup> Могућност употребе усменог завештања не само као изузетне, већ и као редовне форме, постојала је у ранијем праву Аустрије. Усмено завештање могло је бити изјављено у било којој прилици у присуству три сведока који су били у обавези да потврде идентитет оставиоца, као и да је последња воља изјављена озбиљно, без одсуства преваре и заблуде. Овако сачињено завештање било је пуноважно уколико су изјаве сведока о садржини завештања биле сагласне у погледу њених битних елемената (Антић, Баљиновац, 1996: 361).

односи на конкретан начин нормирања околности којима се условљава могућност његовог сачињавања, законодавства у којима оно представља посебан облик изјаве последње воље у основи се могу поделити у две групе.

У том смислу, у одређеном броју посматраних земаља, као што су Швајцарска, Чешка, Мађарска, Пољска и Аустрија, изузетне околности у којима се може сачинити усмено завештање су ближе дефинисане, при чему се у неким од њих користи иметод енумерације. На овај начин, законодавства споменутих земаља поштрувају услове за његову пуноважност (Антић, Балиновац, 1996: 362).

Тако је Грађанским закоником Швајцарске предвиђено да завешталац може сачинити усмени тестамент пред два истовремено присутна тестаментарна сведока уколико је због изузетних околности, које су таксативно набројане, као што су: непосредна смртна опасност, прекид саобраћајне комуникације, епидемија или рат, онемогућен да сачињава тестамент у било којој редовној форми.<sup>17</sup> Законик прописује обавезу једног од сведока да сачини писмено о садржини изјављене последње воље, које мора садржати податке о дану, месецу, години и месту сачињавања тестаamenta, те бити потписано од стране оба сведока. Оно се без одлагања мора предати суду, при чему су сведоци у обавези да пред судом дају изјаву о постојању тестаментарне способности завештаоца, као и о томе да су за његову последњу вољу сазнали током трајања изузетних околности. О свему наведеном, сведоци могу обавестити суд и усмено на записник.<sup>18</sup> Усмени тестамент престаје да важи у кратком року, који износи 14 дана од момента када је завешталац стекао могућност да сачини тестамент у некој другој законом прописаној форми.<sup>19</sup>

У Грађанском законнику Чешке прецизирано је да се усмени тестамент може сачинити у таквим околностима које представљају изненадну, одређену и непосредну опасност за живот. Осим тога, саопштавање последње воље у усменој форми дозвољено је и уколико се завешталац налази на месту где је нормалан, уобичајени друштвени контакт онемогућен услед неког изненадног, односно непредвиђеног догађаја, због чега није разумно очекивати да се тестамент може сачинити у некој другој форми. Законик, као услов пуноважности усменог тестаamenta, прописује

---

17 Видети: чл. 506, ст. 1 и 2 Грађанског законика Швајцарске (даље: ГЗ Швајцарске) из 1907. године (преузето 01.05.2017. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>).

18 Видети: чл. 507, ст. 1 и 2 ГЗ Швајцарске.

19 Видети: чл. 508 ГЗ Швајцарске. Поред усменог тестаamenta, као изузетне форме, чланом 498 ГЗ Швајцарске прописана је и могућност сачињавања својеручног и јавног, као редовних форми тестамената.

истовремено присуство три тестаментарна сведока, који ће, уколико не сачине одговарајуће писмено о завештаочевој последњој вољи, бити усмено саслушани пред судом.<sup>20</sup> Уколико је завешталац надживео претходно наведене околности, усмени тестамент престаје да важи, као што је то случај и у праву Швајцарске, истеком рока од две недеље од његовог сачињавања, при чему се у споменути рок не урачунава време за које је завешталац био онемогућен да своју последњу вољу изјави у облику јавног тестаamenta.<sup>21</sup>

Према Грађанском законнику Мађарске, изузетне околности у којима се може сачинити усмени тестамент морају бити такве да су опасне по живот завештаоца, услед којих сачињавање тестаamenta у писаној форми није могуће.<sup>22</sup> У доктрини се указује да се у судској пракси ове околности тумаче рестриктивно, те да се пуноважност усменом тестаменту најчешће признаје у случају несрећа, срчаних удара и сличних озбиљних околности (Vékás, 2011: 266). Усмени тестамент је пуноважан уколико је завешталац усмено изјавио вољу пред два истовремено присутна тестаментарна сведока, као и под претпоставком испуњења услова да завешталац пред њима истовремено изјави да усмена изјава воље коју даје представља његов тестамент.<sup>23</sup> Закоником је прописано да усмено сачињен тестамент престаје да важи уколико је завешталац током 30 узастопних дана од престанка околности које су представљале опасност по његов живот имао прилику да сачини тестамент у писаној форми.<sup>24</sup>

У праву Пољске, до сачињавања усменог завештања може доћи под претпоставком испуњења два алтернативно одређена услова. Наиме, Грађанским закоником ове земље прописано је да се последња воља може изјавити у усменој форми када се лице налази у неминовној смртној опасности. Усмени тестамент могуће је сачинити и када, због постојања изузетних околности, сачињавање тестаamenta у некој од редовних

---

20 Видети: § 1542 Грађанског законика Чешке (даље: ГЗ Чешке) из 2012. године (преузето 18. 07. 2017. <http://www.czechlegislation.com/89-2012-sb>).

21 Видети: § 1549 ГЗ Чешке. Осим усменог тестаamenta, у § 1533-1550 ГЗ Чешке као редовне форме тестамената правно уређује својеручни, писани тестамент пред сведоцима и јавни тестамент, а од ванредних тестамент сачињен пред председником општине, тестамент сачињен на броду и у авиону, као и војни тестамент.

22 Видети: 7:20§ Грађанског законика Мађарске (даље: ГЗ Мађарске) из 2013. године (преузето 19. 07. 2017. [http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=A1300005.TV](http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV)).

23 Видети: 7:21§ ГЗ Мађарске.

24 Видети: 7:45§ ГЗ Мађарске. Поред усменог тестаamenta, ГЗ Мађарске у 7:13 § - 7:19 § уређује и редовне облике тестамената: својеручни, писани тестамент пред сведоцима, јавни (јавнобележнички) и депоновани.

форми није могуће или је оно повезано са претераним тешкоћама. Усмени тестамент мора бити изјављен пред три истовремено присутна тестаментарна сведока, при чему је потребно да његова садржина буде формално утврђена, чему Законик посвећује посебну пажњу. До утврђивања садржине усмено изјављене последње воље може доћи пре завештаочеве смрти, сачињавањем писмене исправе од стране једног тестаментарног сведока у року од годину дана од учињене изјаве последње воље. У њој мора бити наведена садржина усменог тестаamenta, место и датум његовог сачињавања, при чему и сама исправа мора садржати податке о месту и датуму њеног сачињавања, те бити потписана од стране завештаоца и два тестаментарна сведока или од стране сва три сведока. До утврђивања садржине усменог тестаamenta може доћи и након завештаочеве смрти, судском одлуком у року од 6 месеци од отварања наслеђа, а на основу сагласне изјаве свих тестаментарних сведока. Када је сведочење једног од тестаментарних сведока немогуће или је изузетно отежано, судска одлука може бити заснована и на сагласним изјавама преостала два сведока.<sup>25</sup> У доктрини се указује да први начин омогућује завештаоцу да изврши контролу над сачињавањем конкретног писмена, док се у прилог другог метода наводи чињеница да захтев за сагласним изјавама тестаментарних сведока представља препреку фалсификовању, односно злоупотреби усмено дате изјаве воље завештаоца (Zoll, 2011: 279). Усмени тестамент престаје да важи истеком рока од 6 месеци од престанка околности које су довеле до његовог сачињавања, с тим што се у споменути рок не урачунава време за које је завешталац био онемогућен да сачини тестамент у некој од законом предвиђених редовних форми.<sup>26</sup>

Донекле слична регулатива прихваћена је и у праву Аустрије, с тим што дефинисање околности у којима је дозвољено сачињавање усменог завештања пружа ширу могућност његовог коришћења у пракси. Наиме, Грађанским закоником Аустрије прописано је да лице коме прети непосредна опасност да изгуби живот или завештајну способност, пре него што буде у могућности да сачини тестамент на други начин, своју последњу вољу може изјавити усмено. Да би усмено изјављена воља била пуноважна, она мора бити учињена пред два истовремено присутна тестаментарна

25 Видети: чл. 952 Грађанског законика Пољске (даље: ГЗ Пољске) из 1964. године (преузето 18. 07. 2017. <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>).

26 Видети: чл. 955 ГЗ Пољске. Поред усменог тестаamenta, ГЗ Пољске, као ванредне облике тестаamenta нормира још и тестамент који се сачињава на броду и у авиону, као и војни тестамент. Од редовних форми, њиме су уређени својеручни, писани тестамент пред сведоцима и одговарајућим службеником локалне самоуправе, као и јавни (јавнобележнички) тестамент. Видети: чл. 949–954 ГЗ Пољске.

сведока, који је морају својим сагласним изјавама потврдити. Специфичност аустријског права огледа се у могућности завештаоца да у наведеним изузетним околностима сачини и писани тестамент пред сведоцима. Уколико се завешталац који зна да чита и пише определи за његово сачињавање, он мора писмено у коме је садржана његова последња воља (чије је састављање могуће како од стране самог завештаоца, тако и од стране неког другог лица, с тим да га завешталац не може сачинити сопственом руком) својеручно потписати, и то не пред три тестаментарна сведока, као што је то случај код алогографског завештања које се сачињава у редовним околностима, већ пред два истовремено присутна сведока (односно, као и у случају када се определи за сачињавање усменог завештања). Поред тога, он мора признати тестамент, под чим се подразумева његова обавеза да пред тестаментарним сведоцима својеручно допише да је у сачињеном писмену садржана његова последња воља. Сведоци, чији грађанскоправни идентитет (име и презиме, датум рођења и слично) мора бити јасан из самог писмена, такође се морају својеручно потписати, уз обавезу да својеручно допишу ово њихово својство. Усмени тестамент престаје да важи у року од 3 месеца од престанка напред наведених околности.<sup>27</sup> У односу на раније важећу регулативу, која је у праву Аустрије важила до 2005. године, према којој се привилеговани тестамент могао користити само приликом путовања бродом, у местима у којима владају заразне болести, као и у одређеним ситуацијама од стране лица на војној дужности, ново законско решење проширује могућност његовог сачињавања свим лицима код којих постоји бојазан, макар она била и субјективне природе, од смрти или губитка завештајне способности пре него што буду у стању да сачине тестамент на неки други начин,<sup>28</sup> чиме се судовима отвара простор за признавање његове пуноважности и у околностима које нису ванредне (Wendehorst, 2011: 248).

У другу групу законодавстава, сврставају се она која, насупрот претходно споменути, приликом нормирања ситуација у којима је могуће сачињавање усменог завештања користе широку формулацију, односно правни стандард *изузетне околности*. Ово је случај у свим земљама које се налазе у нашем непосредном окружењу – Македонији, Словенији, Хрватској, Федерацији БиХ и Црној Гори, где је, као последица дугог периода заједничког развијања наследног права, правна регулатива усменог

---

27 Видети: § 584 у вези са § 579 Грађанског законика Аустрије (даље: ГЗ Аустрије) из 1811. године (преузето 20. 07. 2017. [https://www.jusline.at/Allgemeines\\_Buergerliches\\_Gesetzbuch\\_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)).

28 Према ГЗ Аустрије, тестамент се може још сачинити и као својеручни или јавни (судски или јавнобележнички). Видети: § 577-584 ГЗ Аустрије.

завештања у погледу већине аспеката идентична оној која је прихваћена и у Србији. Тако је наследноправним прописима свих споменутих земаља прописано да завешталац може изјавити последњу вољу усменим путем онда када се налази у изузетним околностима услед којих није у могућности да сачини тестамент у писаној форми, односно ни у једном другом облику.<sup>29</sup> Изузетне околности, као услов за пуноважност усменог тестаamenta нису дефинисане, при чему се ситуације у којима се овај облик тестаamenta може сачинити, ни примера ради, не наводе. С обзиром на то да је могућност сачињавања усменог тестаamenta условљена постојањем споменутог правног стандарда, то се судовима у овим земљама, као што је то случај и у Србији, оставља могућност да у сваком конкретном случају процене да ли је усмено изјављивање последње воље заиста представљало једину могућност за реализацију слободе завештања. Међутим, за разлику од домаћег права, пуноважност усменог тестаamenta у овим законодавствима условљена је неопходношћу присуства мањег броја тестаментарних сведока, те је тако приликом његовог сачињавања неопходно истовремено присуство два сведока. Сведоци имају обавезу да обавесте суд (или јавног бележника у праву Хрватске) о садржини усменог тестаamenta, као и о месту и приликама у којима је завешталац изјавио своју последњу вољу,

29 У споменутој групи законодавстава, када је реч о бројности облика завештања, нарочито је изражен систем плурализма форме. Поред усменог, као изузетног облика завештања, у свима њима нормирано је и неколико редовних, а у већини њих и ванредних облика завештања. У том смислу, у праву Македоније, као редовни облици тестамената уређени су својеручни, судски, конзуларно-дипломатски и међународни, те војни, као ванредни облик. У праву Словеније, као редовни облици предвиђени су својеручни, писани тестамент пред сведоцима, судски, нотарски, конзуларно-дипломатски и међународни, а од ванредних војни и бродски. Законодавство Хрватске регулише својеручни, писани тестамент пред сведоцима, јавни и међународни, као редовне облике тестаamenta. Право Федерације БиХ, као редовне облике тестаamenta уређује својеручни, писмени тестамент пред сведоцима, судски, конзуларно-дипломатски, међународни и јавнобележнички, а од ванредних војни и тестамент који се сачињава на броду и у авиону. Законодавство Црне Горе регулише својеручни, писани тестамент пред сведоцима, судски, конзуларно-дипломатски и међународни, као редовне облике, те војни и бродски, као ванредне облике. Видети: чл. 66–93 Закона за наслеђивање у Македоније из 1996. године, *Сл. весникна РМ*, 47/1996 и 18/2001 – др. закон (даље: ЗНМ); чл. 63–75 Закона о dedovanju Slovenije из 1976. године, *Ur. list SRS*, 15/1976, 23/1978 и *Ur. list RS*, 13/1994 – ЗН, 40/1994 – одл. УС, 117/2000 – одл. УС, 67/2001, 83/2001 – ОЗ, 73/2004–ЗН-С, 31/2013 – одл. УС и 63/2016 (даље: ЗДС); чл. 46 Закона о notariatu Slovenije из 1994. године, *Ur. list RS*, 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 2/2007 – uradno prečišćeno besedilo, 33/2007, 45/2008 и 91/2013; чл. 30–40 и чл. 151–166 Закона о nasljeđivanju Hrvatske из 2003. године, *Narodne novine*, 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015 (даље: ЗНН); чл. 66–98 Закона о nasljeđivanju u Federaciji BiH из 2014. године, *Sl. Novine Federacije BiH*, 80/2014 (даље: ЗНФБиН); као и чл. 66–91 Закона о nasljeđivanju Crne Gore из 2008. године, *Sl. list CG*, 74/2008 (даље: ЗНЦГ).

што могу учинити било у писаној форми, било усмено на записник, с тим што пропуштање сведока да изврше ову дужност није услов за његову пуноважност. Усвим овим правима, усмени тестамент престаје да важи истеком рока од 30 дана од престанка изузетних околности у којима је он сачињен.<sup>30</sup>

### ***3.2. Усмена изјава последње воље као правно дозвољени начин изражавања слободe завештања***

У појединим законодавствима Европе усмено завештање није нормирано као посебан облик изјаве последње воље, с тим што је сачињавање завештања усменим путем могуће и у њима. Управним системима у којима је прихваћена оваква регулатива, природа завештања сачињеног усменом изјавом није иста. Осим тога, разликује се иначин нормирања критеријума којима се условљава могућност усменог саопштавања последње воље, као и конкретних околности у којима је исту могуће изјавити на овај начин.

Ово представља случај у праву Енглеске, у којем је могућност усменог изјављивања последње воље призната само одређеним категоријама лица, при чему завештање сачињено на овај начин има приватни карактер. Наиме, Wills Act из 1837. године предвиђа да тестамент мора бити састављен у писаној форми,<sup>31</sup> од ког правила изузетак представља могућност сачињавања завештања од стране тзв. привилегованих завешталаца. У ову категорију улазе војници који се налазе у активној војној служби, при чему се под њима подразумевају и припадници ратног ваздухопловства, као и морнари, односно поморци када се налазе на мору, а напослетку и било који чланови краљевских морских, односно поморских снага, не само када се налазе на мору, већ и онда када би се, да су стицајем околности били војници, налазили у активној војној служби. Споменути лица могу сачинити тестамент без икаквих формалности, услед чега изјаву последње воље могу дати и усменим путем.<sup>32</sup> Једини услов који мора бити испуњен,

---

30 Видети: чл. 90 и чл. 92 ЗНМ; чл. 72 и чл. 74 ZDS; чл. 37 и чл. 39 ZNH; чл. 77 и чл. 79 ZNFViH; као и чл. 88 и чл. 90 ZNCG.

31 Видети: s. 9 Wills Act из 1837. године (преузето 14. 06. 2017.<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>). Иако не представља нити својеручно, нити писано завештање пред сведоцима као посебан облик завештања, приватно завештање у редовним околностима у праву Енглеске, узимајући у обзир начин његовог сачињавања и услове за његову пуноважност, садржи елементе и једног и другог облика завештања. Ово га чини специфичним обликом завештања у односу на приватне редовне облике завештања у државама европско-континенталног система.

32 Видети: s. 11 Wills Act у вези са Wills (Soldiers and Sailors) Act из 1918. године (преузето 15. 06. 2017.<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/7-8/58/section/5>).

огледа се у томе да се постојање и садржина тестаментa могу утврдити сигурним доказима.<sup>33</sup>

За разлику од правне регулативе у Енглеској, могућност сачињавања завештања путем усмено изјављене воље у правима Шпаније и Немачке није предвиђена само у погледу појединих категорија завешталаца, већ је, као што је то случај и у већини осталих земаља Европе, условљена постојањем одређених изузетних околности. Притом, захтеви форме којима се условљава пуноважност последње воље изјављене на усмени начин, овако сачињено завештање концептуално сврстава у јавне облике, који у овим законодавствима постоје паралелно са јавним завештањем, које се у њима сачињава у редовним околностима.

Тако су Грађанским закоником Шпаније, као редовни облици завештања правно уређени својеручно и јавно завештање, које може бити отворено и затворено.<sup>34</sup> Тестамент који се сачињава у изузетним приликама представља заправо једну врсту јавног отвореног тестаментa, који се у редовним околностима сачињава у присуству јавног бележника, а само у посебним ситуацијама и уз учешће два тестаментарна сведока и то на основу усменог казивања завештаоца или његовог већ унапред сачињеног писмена.<sup>35</sup> Наиме, завешталац на исти начин, било усменом изјавом, било у писаном облику, своју последњу вољу може изјавити и у изузетним околностима, које су Закоником прецизиране и односе се на непосредну смртну опасност или стање епидемије.<sup>36</sup> У овом случају, захтеви форме, с једне стране су ублажени, имајући у виду чињеницу да се тестамент тада не мора сачинити уз учешће јавног бележника, а с друге стране поштрени, захтевом за обавезним присуством тестаментарних сведока. Поред тога, пуноважност тестаментa у случају постојања оваквих околности условљена је и присуством већег броја сведока. Тако је услучају непосредне смртне опасности неопходно истовремено присуство пет сведока, старијих

---

Explanation of s. II of 7 Will. 4 & 1 Vict. c. 26), (Extension of s. II of Wills Act, 1837); (Short title and interpretation).

33 О томе, детаљније видети: Kerridge, 2011: 322–325.

34 Видети: чл. 676 Грађанског законика Шпаније (даље: ГЗ Шпаније) из 1889. године (преузето 24. 08. 2017. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>).

35 Видети: чл. 694–697 ГЗ Шпаније. Поред споменутих, ГЗ Шпаније регулише и три ванредна облика завештања: војно, поморско и завештање сачињено у иностранству. Видети: чл. 677 Грађанског законика Шпаније.

36 Стање епидемије као могућа компонента изузетних околности, у доктрини представља предмет критике, из разлога њене уске одређености, односно чињенице да њоме нису покривени остали случајеви, као што су несреће, непогоде, те природне катастрофе, услед чега се сугерише што шире тумачење споменуте одредбе (наведено према: Larpuente, 2011: 82).



од 18 година, док је у случају стања епидемије потребно истовремено присуство три сведока, старијих од 16 година, који су, када год је то могуће, дужни да о садржини последње воље сачине одговарајуће писмено. Тестамент сачињен услед постојања споменutih изузетних околности престаје да важи у случају када је завешталац жив и након истека рока од два месеца од њиховог престанка. Међутим, тестамент остаје без правног дејства и уколико завешталац умре пре истека споменутог рока, уколико се тестаментарни сведоци у року од три месеца од завештаочеве смрти не појаве пред судом у циљу његовог обавештавања о последњој вољи завештаоца. Овај поступак, наиме, служи да потврди постојање и тачну садржину завештаочеве воље, која на тај начин истовремено добија својство јавне исправе.<sup>37</sup>

Грађански законик Немачке, поред својеручног и јавнобележничког завештања, као редовних форми,<sup>38</sup> уређује и завештања у изузетним околностима која се сачињавају усменом изјавом, при чему су захтеви форме посебно строги. Једно од њих је изузетно завештање пред председником општине, које се може сачинити када се завешталац налази у таквим околностима услед којих постоји оправдана бојазан да ће умрети пре него што буде у могућности да сачини тестамент пред јавним бележником, у ком случају може усмено саопштити своју вољу пред председником општине где му се налази боравиште или евентуално пред неким другим овлашћеним лицем општине, уз истовремено присуство два тестаментарна сведока.<sup>39</sup> Лице које се пак нађе у месту где му је услед изузетних околности онемогућено или знатно отежано сачињавање јавнобележничког тестаamenta, своју последњу вољу може усмено изјавити, као и у претходно наведеном случају – пред председником општине и два тестаментарна сведока, с тим што је у овом случају може усмено саопштити и пред три сведока.<sup>40</sup> Завешталац који се налази у толико непосредној смртној опасности да је вероватно да се испуњење услова у погледу присуства председника општине не може остварити, може усмено изјавити своју последњу вољу пред три тестаментарна сведока.<sup>41</sup>

---

37 Видети чл. 700–704 ГЗ Шпаније.

38 Видети: чл. 2231 Грађанског законика Немачке (даље: ГЗ Немачке) из 1896. Године (преузето 19. 08. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>). Конзуларно завештање, као посебан облик завештања, у праву Немачке регулисано је у *Konsulargesetz* из 1974. године (преузето 19. 08. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/konslg/>).

39 Видети: чл. 2249, ст. 1 и ст. 5 ГЗ Немачке.

40 Видети: чл. 2250, ст. 1 ГЗ Немачке.

41 Видети: чл. 2250, ст. 2 ГЗ Немачке. У чл. 2251 ГЗ Немачке нормира и поморско завештање, које се у случају када се завешталац налази на путовању морем на немачком броду, такође сачињава усменом изјавом воље пред три истовремено присутна сведока.

Приликом регулисања начина сачињавања изузетног завештања пред председником општине или пред три тестаментарна сведока, ГЗ Немачке упућује на примену како одговарајућих одредаба самог Законика, тако и одредаба Закона о потврђивању исправа, које се односе на сачињавање јавнобележничког завештања,<sup>42</sup> уз неопходне модификације.<sup>43</sup> Тако, тестамент који је у претходно наведеним околностима сачињен усменом изјавом завештаоца, мора бити писмено редигован, при чему је потребно да се забележена изјава пред завештаоцем прочита, као и да је он након тога потврди и потпише. У записнику о сачињеном тестаменту, потребно је навести околности које оправдавају састављање тестаamenta, с тим што њихова неоснованост не утиче на пуноважност тестаamenta.<sup>44</sup> Такође, ни формални пропусти у сачињавању записника не утичу на његову пуноважност, под условом да се са сигурношћу може претпоставити да је у њему садржана поуздана репродукција завештаоачеве воље.<sup>45</sup>

Тестамент сачињен услед постојања споменутих изузетних околности престаје да важи у случају када завешталац надживи истек рока од три месеца од момента његовог сачињавања, при чему рок не тече све док се не стекне могућност за сачињавање јавнобележничког тестаamenta.<sup>46</sup> На ововременско ограничење важности тестаamenta, председник општине, односно друго овлашћено лице, када је реч о изузетном тестаменту који се сачињава пред наведеним лицима, треба да упозори завештаоца, те да унесе у записник да је споменута напомена учињена.<sup>47</sup>

---

Иако се регулише као посебна врста изузетног завештања, теорија је става да потреба за тиме реално не постоји, с обзиром на чињеницу да завешталац када год се налази у изузетним приликама, има могућност да сачини завештање пред три тестаментарна сведока (Zimmermann, 2011: 218).

42 До 01. 01. 1970. године, јавно завештање у праву Немачке могло се сачинити или пред судијом основног суда или пред јавним бележником. Ступањем на снагу Закона о потврђивању исправа из 1969. године (Beurkundungsgesetz, преузето 19. 08. 2017. <https://www.gesetze-im-internet.de/keurkg/>), састављање јавног завештања у праву Немачке прешло је у искључиву надлежност јавног бележника (Ђурђевић, 2011: 429).

43 Видети: чл. 2249, ст. 1 и чл. 2250, ст. 3 ГЗ Немачке.

44 Видети: чл. 2249, ст. 2 и чл. 2250, ст. 3 ГЗ Немачке.

45 Видети: чл. 2249, ст. 6 и чл. 2250, ст. 3 ГЗ Немачке. Тако, примера ради, неназначавање датума сачињавања записника не мора нужно довести до непуноважности завештања. Међутим, ово се не односи на формалне услове за сачињавање самог завештања, који се односе на неопходан број сведока, нужност сачињавања самог записника, његовог читања завештаоца, те неопходност признавања и потписивања од стране завештаоца (Zimmermann, 2011: 215).

46 Видети чл. 2252, ст. 1 и 2 ГЗ Немачке.

47 Видети: чл. 2249, ст. 3 ГЗ Немачке.

У доктрини се указује да споменуте законске одредбе отварају могућност постојања великог броја непуноважних завештања сачињених у изузетним околностима (посебно оних који се изјављују пред три сведока) и поред тога што судска пракса показује тенденцију да их не тумачи рестриктивно. Као разлог за то, наводи се строгост прописаних формалних услова за њихову пуноважност, као и чињеница да је тешко очекивати од тестаментарних сведока, али и од председника општине да исте познају. Према овом схватању, одредбе о могућности сачињавања завештања пред председником општине, као непотребне, било би пожељно у потпуности изоставити из текста Законика, а постојеће услове за пуноважност изузетног завештања пред три сведока изменити у правцу усвајања либералнијег режима (Zimmermann, 2011: 217–218).

### ***3.3. Усмено завештање као правно недозвољени начин изражавања слободе завештања***

У одређеном броју правних поредака Европе, могућност усменог изјављивања последње воље није прихваћена ни у једном виду. Узимајући у обзир законодавства земаља које су обухваћене упоредноправном анализом, овакав правни третман, усмено завештање, генерално посматрано, има у бившим социјалистичким земљама (Бугарска, Чешка и Русија), као иу земљама романске правне традиције (Француска, Белгија и Италија).

Законску регулативу у појединим од набројаних земаља, као што су Бугарска, Чешка и Русија, иначе карактерише мањи број облика завештања путем којих је могуће изјавити последњу вољу. Тако су у неким од њих нормирани искључиво редовни облици завештања, што значи да могућност завештајног располагања у ванредним или изузетним околностима не постоји. Ово је случај у праву Бугарске, у којем су од облика тестамената уређени само својеручни и јавнобележнички тестамент,<sup>48</sup> као и у праву Словачке, које поред претходно наведених, познаје још и писани тестамент пред сведоцима.<sup>49</sup> За разлику од њих, право Русије, поред јавнобележнички потврђеног тестамента, као једине форме тестаментна која се може сачинити у редовним околностима,<sup>50</sup> предвиђаи могућност

---

48 Видети: чл. 23 Закона о наслеђивању Бугарске из 1949. године (преузето 12. 05. 2017. <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>).

49 Видети: чл. 476, ст. 1 Грађанског законика Словачке из 1964. године (преузето 14. 05. 2017. <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>).

50 Видети: чл. 1124–1128 Грађанског кодекса Руске Федерације (даље: ГКРФ) из 2001. године (преузето 03. 05. 2017. <http://base.garant.ru/10164072/>).

изјављивања последње воље у изузетним околностима, с тим што се тестамент у оваквим околностима сачињава у простој писаној форми.<sup>51</sup>

Насупрот претходно споменути, земље које припадају романском правном кругу одликују се бројношћу облика у којима се може изјавити последња воља. Међутим, карактеристика система форми завештања и у правима која припадају овој групи земаља огледа се у томе да она не познају усмено завештање. Тако су у законодавству Француске, поред редовних облика тестамената – својеручног, јавнобележничког, те међународног тестамена, као привилеговани облици уређени: војни тестамент, тестамент сачињен у изолацији, као и поморски тестамент. Последње споменути тестаменти сачињавају се у присуству неког од овлашћених службених лица и два тестаментарна сведока, при чему се о њима сачињава писмена исправа коју потписују завешталац и сведоци.<sup>52</sup> Исти облици завештања, као и правила везана за начин сачињавања привилегованих тестамената, прописани су и у праву Белгије.<sup>53</sup> Слична регулатива прихваћена је и у праву Италије, које уређује исте оне редовне облике завештања који су прихваћени и у Француској и Белгији. Грађански законик Италије регулише и неколико врста специјалних, односно ванредних завештања. Тако се тестамент у случају заразних болести, јавних непогода или несрећа мора саопштити пред јавним бележником, судијом, градоначелником, односно његовим замеником или пред министром, као и пред два сведока, о чему се сачињава писмена исправа коју потписују овлашћено лице, завешталац и сведоци. Споменута правила прописана су и у погледу поступка сачињавања осталих ванредних завештања, као што су тестамент на броду или ваздухоплову и војни тестамент, с тим што се ови тестаменти саопштавају пред овлашћеним службеним лицем на броду или ваздухоплову, односно пред одређеним војним старешином.<sup>54</sup>

51 Видети: чл. 1129 ГКРФ.О наведеним облицима завештања, детаљније видети: Абова, Богуславский, Светланов, 2004: 28–31; Булаевский, Виноградова, Ефимов, Левшина, Павлова, Пантелеева, Сучкова, Шелютто, Шилохвост, Ярошенко, 2007: 47–64.

52 Видети: чл. 969 и чл. 981–1001 Грађанског законика Француске (даље: ГЗ Француске) из 1804. године (преузето 16. 05. 2017. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>). О поступку сачињавања наведених привилегованих завештања, видети: Terré, Lequette, 1997: 317–318.

53 Видети: чл. 969 и чл. 981–1001 Грађанског законика Белгије (преузето 16. 05. 2017. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>).

54 Видети: чл. 601 и чл. 609–619 Грађанског законика Италије из 1942. године (преузето 19. 05. 2017. [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm)).

#### 4. Закључна разматрања

Два основна захтева којима се сваки правни поредак мора руководити приликом правне регулативе форми завештања су, најпре, да она треба да омогући истинитост последње воље, што се постиже објективизирањем воље на начин који подразумева њено фиксирање писаним путем, као и да завештавање треба омогућити у сваком случају. Стога је несумњиво да је обухватање усменог завештања системом облика завештања оправдано, имајући у виду да оно омогућује реализацију слободе завештања када то није могуће учинити коришћењем ниједне друге форме. Иако оправданост правног регулисања усменог завештања није препозната у свим савременим законодавствима Европе, у значајном броју ових законодавстава, у које се сврстава и наше, оно је правно уређено као посебан приватни облик изјаве последње воље. Могућност сачињавања завештања усменим путем прихваћена је и у правима појединих земаља у којима усмено завештање није регулисано као посебан облик изјаве последње воље, при чему се завештање сачињено на овај начин, сходно прописаним условима форме, у њима, по правилу, сврстава у јавне облике завештања. Имајући у виду да изјављивање последње воље на усмени начин отвара могућност за злоупотребе и са собом носи мањак правне сигурности, правни системи у којима је прихваћена могућност оваквог начина завештавања предвиђају мање или више строге услове за њену пуноважност.

Када је реч о захтеву за постојање изузетних (или ванредних) околности, којим се у правима европско-континенталног типа условљава могућност изјаве последње воље усменим путем, коришћење широког стандарда *изузетних прилика*, које ни *exempli causa* нису набројане, право Србије, као и права свих земаља које се налазе у нашем непосредном окружењу, сврстава у ред најлибералнијих правних поредака. Иако домаћа судска пракса, по правилу, поступа у складу са интенцијом законодавца да се пуноважност усменом завештању може признати само изузетно, због правне несигурности коју носи са собом, овакво законско решење не сматрамо пожељним. Стога смо става да би, по угледу на правну регулативу овог питања која је прихваћена у осталим појединим савременим законодавствима Европе која су представљала предмет наше анализе, овај услов пуноважности усменог завештања требало поштриити у правцу ближег дефинисања карактеристика околности у којима је слободу завештања могуће реализовати на овај начин. Његово сачињавање, *de lege ferenda*, могло би се условити околностима које представљају изненадну, конкретну и непосредну опасност за живот завештаоца, услед којих он није у могућности да завештава у било којој другој форми.

Корекције у нормативном уобличењу усменог завештања у домаћем праву пожељне су и уопгледу елемента његове пуноважности, који се огледа у захтеву за истовременим присуством три завештајна сведока приликом његовог сачињавања. Утисак је да је законодавац руковођен настојањем обезбеђивања аутентичности завештаоачеве усмено изјављене воље, прописивањем захтева за већим бројем сведока занемарио две негативне консеквенце оваквог начина правне регулативе споменутог питања. Њиме се, наиме, битно отежава могућност реализације слободе завештања у изузетним околностима. Истовремено, оваквим решењем потенцијално се доводи у питање правно дејство и оних завештања приликом чијег сачињавања је овај законски услов био испуњен, имајући у виду чињеницу отежаног усаглашавања већег броја сведока због њихове различите могућности перцепције спољашњих догађаја и другачијег разумевања изјаве последње воље завештаоца. Из наведених разлога, решење према којем је пуноважност усменог завештања условљена присуством два завештајна сведока, које је као такво било предвиђено нашим ранијим наследноправним прописима, а у данашње време и у већини осталих правних поредака Европе (Швајцарска, Мађарска, Аустрија, Хрватска, БиХ, Црна Гора, Словенија, Македонија, те, у одређеним случајевима и Немачка), сматрамо бољом законском солуцијом.

Напоследку, у циљу подизања нивоа правне сигурности, мишљења смо да је постојеће нормативно решење које се односи на временско важење усменог завештања у домаћем праву потребно прецизирати. Усмено завештање, имајући у виду његову природу, ни у једном од савремених правних поредака Европе не важи неограничено, при чему је његово важење, без обзира на конкретне разлике у погледу начина регулисања овог питања, у свима њима кратко. Као конкретан недостатак домаће регулативе, истакли бисмо чињеницу да је из саме формулације законског текста споран начин сагледавања тренутка престанка изузетних околности за које се везује почетак рока важности усменог завештања. Како је у интересу самог завештаоца повољније субјективно сагледавање овог тренутка, сматрамо да је, у циљу појашњавања интенције законодавца, неопходно законом изричито предвидети да рок почиње да тече од момента када је завешталац стекао могућност да сачини завештање у неком другом облику, а не од саме чињенице престанка изузетних околности. Упоредноправна анализа је показала да је овакво законско решење прихваћено и у претежном броју осталих законодавстава Европе.

Напред споменути корекцијама, те прецизирањима постојећих законских решења, несумњиво би се допринело унапређењу квалитета постојеће законске регулативе усменог завештања. Њима би се, с једне

стране, пружице веће гаранције за реализацију слободе завештања, а с друге стране, макар у одређеној мери, превазишли одређени недостаци, нарочито у помањкању правне сигурности коју са собом носи садашњи режим усменог завештања.

### Литература

Абова, Т. Е., Богуславский, М. М., Светланов, А. Г. (2004). *Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части третьей*. Москва.

Антић, О. (1979). Усмени тестамент у савременом праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 5–6. 506–519.

Антић, О., Балиновац, З. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању*. Београд: Издавачко предузеће „Номос.“

Благојевић, Б. (1969). *Наследно право СФРЈ*. Београд.

Булаевский, Б.А., Виноградова, Р.И., Ефимов, А. Ф., Левшина, Т.Л., Павлова, Е.А., Пантелеева, И. В., Сучкова, Н.В., Шелютто, М.Л., Шиловост, О.Ю., Ярошенко, К.Б. (2007). *Коментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части третьей*. Москва.

Vékás, L. (2011). Testamentary Formalities in Hungary. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 254–269.

Видић Трнинић, Ј. (2015). Улога нотара у сачињавању завештања у упоредном праву. *Српска политичка мисао*. 4. 207–227.

Ђурђевић, Д. (2011). Нотарски тестамент у немачком праву. У: М. Васиљевић, В. Чоловић (Уред.), *Увод у право Немачке*. Београд. 427–454.

Ђурђевић, Д. (2015). *Институције наследног права*. Београд.

Zimmermann, R. (2011). Testamentary Formalities in Germany. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 175–220.

Zoll, F. (2011). Testamentary Formalities in Poland. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 270–281.

Кашћелан, Б. (2006). Изузетни облик завештања. *Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*. Источно Сарајево. II. 539–554.

Kerridge, R. (2011). Testamentary Formalities in England and Wales. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 305–328.

Креч, М., Павић, Ђ. (1964). *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*. Загреб: Народне новине.

Крстић, Н. (2016). Изузетне прилике као услов пуноважности усменог завештања. *Зборник радова – Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*. Правни факултет Универзитета у Нишу. Центар за публикације. 195–217.

Lapuente, S. C. (2011). Testamentary Formalities in Spain. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 71–95.

Сворцан, С. (2004). *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу. Центар за публикације.

Terré, F., Lequette, Y. (1997). *Droit civil, les successions, les libéralités*. Paris.

Wendehorst, C. (2011). Testamentary Formalities in Austria. У: К. Reid, М. De Waal, R. Zimmermann (Eds.), *Testamentary formalities. Comparative Succession Law*. Vol. 1. Oxford University Press. 221–253.

#### Прописи

Beurkundungsgesetz из 1969. године (преузето 19. 08. 2017. <https://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/>).

Грађански законик Аустрије из 1811. године (преузето 20. 07. 2017. [https://www.jusline.at/Allgemeines\\_Buergerliches\\_Gesetzbuch\\_\(ABGB\).html](https://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_(ABGB).html)).

Грађански законик Белгије (преузето 16. 05. 2017. <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ>).

Грађански законик Италије из 1942. године (преузето 19. 05. 2017. [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm)).

Грађански законик Мађарске из 2013. године (преузето 19. 07. 2017. [http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=A1300005.TV](http://net.jogtar.hu//jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1300005.TV)).

Грађански Законик Немачке из 1896. Године (преузето 19. 08. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>).

Грађански законик Пољске из 1964. године (преузето 18. 07. 2017. <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf>).



Грађански законик Словачке из 1964. године (преузето 14. 05. 2017. <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>).

Грађански законик Француске из 1804. године (преузето 16. 05. 2017. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>).

Грађански законик Чешке из 2012. године (преузето 18. 07. 2017. <http://www.czechlegislation.com/89-2012-sb>).

Грађански законик Швајцарске из 1907. Године (преузето 01. 05. 2017. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>).

Грађански законик Шпаније из 1889. године (преузето 24. 08. 2017. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>).

Грађански кодекс Руске Федерације из 2001. године (преузето 15. 05. 2017. <http://base.garant.ru/10164072/>).

Закон за наслеђувањето Македоније. *Службен весник на РМ*. Бр. 47 (1996) и 18 (2001) – др. закон.

Закон о dedovanju Slovenije. *Uradni list SRS*. Бр. 15 (1976), 23 (1978); *Uradni list RS*. Бр. 13 (1994) – ZN, 40 (1994) – odl. US, 117 (2000) – odl. US, 67 (2001), 83 (2001) – OZ, 73 (2004) – ZN-C, 31 (2013) – odl. US и 63 (2016).

Закон о наслеђивању Бугарске из 1949. године (преузето 12. 05. 2017. <http://lex.bg/laws/ldoc/2121542657>).

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46 (1995), 101 (2003) – одлука УСРС и 6 (2015).

Закон о наслеђивању СР Србије. *Сл. гласник СР Србије*. Бр. 52 (1974) и 1 (1980).

Закон о nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine. *Službene novine Federacije BiH*. Бр. 80 (2014).

Закон о наслеђивању ФНРЈ. *Сл. лист ФНРЈ*. Бр. 20 (1955); *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 42 (1965) и 47 (1965).

Закон о nasljeđivanju Hrvatske. *Narodne novine*. Бр. 48 (2003), 163 (2003), 35 (2005), 127 (2013) и 33 (2015).

Закон о nasljeđivanju Crne Gore. *Službeni list CG*. Бр. 74 (2008).

Закон о notariatu Slovenije. *Uradni list RS*. Бр. 13 (1994), 48 (1994), 82 (1994), 83 (2001), 73 (2004), 98 (2005), 17 (2006), 115 (2006), 2 (2007) – uradno prečišćeno besedilo, 33 (2007), 45 (2008) и 91 (2013).

Konsulargesetz из 1974. године (преузето 19.08.2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/konsg/>).

Wills Act из 1837. године (преузето 14. 06. 2017. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>).

**Jelena Vidić-Trninić, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

## **ORAL TESTAMENT IN SERBIAN LAW AND OTHER MODERN EUROPEAN LEGISLATIONS**

### **Summary**

*Relying on a comparative analysis of contemporary European laws, the author analyzes the existing normative framework and positions of modern European legislations on the institute of oral testament. In a number of legal systems, oral testament is not recognized as a form of testation but, in most jurisdictions, it is a legally allowed form of expressing the freedom of testation. In some jurisdictions, it is a regular form of exercising testamentary freedom but, in most European legislations that recognize it, oral testament (will) is an exceptional form of testation which is valid only if it is made under extraordinary circumstances. The provided analysis of legal requirements pertaining to the validity of oral testament in Serbian legislation focuses on the good normative solutions as well as the observed weaknesses in the domestic legislation, especially from the aspect of exercising the protective and probative function of this form of testament. By reviewing the legislative solutions on this form of testamentary disposition in other European laws, the author points to the differences as well as to common solutions and basic principles that modern European legislations are governed by in regulating this matter. Finally, the author suggests possible directions for its regulation de lege ferenda in domestic law, especially considering the advantages of certain statutory provisions observed in comparative law.*

**Keywords:** *oral testament, freedom of testation, comparative law, Serbia.*

**Др Борђе Л. Николић\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776447N

UDK: 347.5:61  
Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ПРАВНА ПРИРОДА ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ОДГОВОРНОСТИ МЕДИЦИНСКИХ ПОСЛЕНИКА**

**Апстракт:** У анализи правне природе грађанскоправне одговорности медицинских посленика наглашава се најпре да је то један од најстаријих облика грађанскоправне професионалне одговорности, при чему се указује и на неке од типичних одлика такве одговорности. У наставку се анализирају различити облици у којима се грађанскоправна одговорност медицинских посленика испољава или се може испољити. У том погледу она је веома хетерогена, због чега су у оквиру посебних поглавља размотрени уговорна и неугговорна одговорност, одговорност за своје радње и одговорност за радње другог, као и субјективна и објективна одговорност. На крају је и закључак у којем се аутор залаже за “озакоњење” уговора о лекарским услугама.

**Кључне речи:** медицински посленици, одговорност за другог, уговорна, неугговорна, субјективна и објективна одговорност.

### **1. Уводне напомене**

Свеукупна одговорност медицинских посленика веома је сложена, што је општа одлика професионалне одговорности. Ипак, сложеност грађанскоправне одговорности медицинских посленика неупоредива је са осталим видовима њихове одговорности.

Грађанскоправна одговорност медицинских посленика је један од најстаријих примера професионалне одговорности. Разноврсни облици у којима се она испољава показују да је и природа грађанскоправне одговорности медицинских посленика веома разноврсна. На први поглед, она је пример уговорне одговорности, али се често заснива и као

---

\* djonik@prafak.ni.ac.rs

неуговорна. То је одговорност за своје радње, али се у новије доба далеко чешће јавља као одговорност за другог. Редован основ одговорности медицинских посленика је кривица, што је сврстава у субјективну, с тим што је, бар у праву земаља тзв. отвореног система, могућа и њихова објективна одговорност.

У раду ће се најпре изложити особености професионалне одговорности медицинских посленика. Затим ће се размотрити уговорна и неуговорна одговорност медицинских посленика, одговорност медицинских посленика за своје радње, као и њихова одговорност за другог, да би се на крају указало и на доминантну субјективну, али и на могућу објективну одговорност медицинских посленика.

## **2. Професионална грађанскоправна одговорност медицинских посленика**

Професионална грађанскоправна одговорност медицинских посленика је посебан облик одговорности припадника тзв. слободних (Дабић, 2009: 13), односно посебно правно уређених или интелектуалних професија (Petrić, 2012: 222), која настаје у вршењу неке од таквих професија. Посебна правила по којима припадници слободних професија одговарају за штету корисницима њихових услуга и трећим лицима образују се у мањој мери у законском, а у већој мери у облику судске праксе (Радишић, 1992: 1759; Мујовић-Зорнић, 1999: 109; Petrić, 2012: 222). Тако се временом професионална одговорност издваја у посебан правни институт који је, када су у питању медицински посленици, један од најзначајнијих проблема медицинског права (Радишић, 1986: 15).

Професионална грађанскоправна одговорност се тешко може уклопити у класичну систематику грађанскоправне одговорности, јер се код ње испреплићу елементи деликтне и уговорне одговорности. Због тога су ретка правила којима се она уређује (Радишић, 1992: 1759; Мујовић-Зорнић, 1999: 109; Petrić, 2012: 223). Уз то, с обзиром да свака професија садржи извесне посебности, то се и питање професионалне одговорности њених припадника диференцирано поставља (Дабић, 2009: 14), при чему ни за поједине професије она није целовито и систематски уређена (Petrić, 2012: 223).

Особена правила о одговорности за штету коју проузрокују припадници слободних професија оправдавају се првенствено посебним положајем припадника ових професија, али и специфичним карактеристикама њихове обавезе према странци и према трећима (Petrić, 2012: 223). Осим

тога, ова одступања често су последица настојања сваког правног поретка да изврши праведну алокацију ризика од штете између припадника професије и оштећеника (Petrić, 2012: 223).

До професионалне грађанскоправне одговорности долази због повреде законских или уговорних обавеза припадника слободних професија у току пружања професионалних услуга њиховим корисницима. При томе, не постоји листа слободних професија, већ се о слободном карактеру неке професије суди на основу њихових извесних односа, по којима се оне разликују од других професија (Дабић, 2009:13).

Иако су њихови носиоци првенствено физичка лица, носиоци слободних професија могу бити и правна лица са посебним статусом, што значи да се оне могу обављати не само у правно организационим облицима за индивидуално, већ и у правно организационим облицима за колективно предузетништво.

Носиоци слободних професија ступају у односе са суптилним партнерима (пацијентима, клијентима, странкама) (Дабић, 2009: 14) којима је, због непоседовања одговарајућих стручних знања или вештина, потребан савет, решење проблема, помоћ или нека друга професионална услуга. С обзиром на то, носиоци слободних професија, као професионалци, пружају своје услуге користећи своје знање, вештину и повећану пажњу, која се управо и назива професионалном или пажњом доброг стручњака.

Одредбе грађанских законика не садрже посебне одредбе о професионалној одговорности. Изузетак је, у том погледу, италијански Грађански законик, који садржи одељак о тзв. интелектуалним професијама.<sup>1</sup> Међутим, иако се појам интелектуалне професије не дефинише, нити се, примера ради, наводи њихова листа, професионални уговор могао би се дефинисати као уговор који за предмет има “интелектуално дело”.<sup>2</sup>

Српски Закон о облигационим односима (ЗОО),<sup>3</sup> као и одговарајући закони свих бивших југословенских република, не садржи посебне одредбе о професионалној одговорности. Једина његова одредба која у том погледу представља изузетак је правило које прописује степен пажње доброг стручњака. Наиме, прама одредби из чл. 18, ст. 2 ЗОО, стране у облигационом

---

1 Чл. 2229–2238 италијанског Грађанског законика.

2 Такав закључак произлази из одредбе чл. 2230 италијанског Грађанског законика којом се прописује да се одредбе тог одељка примењују на уговоре у којима је предмет чинидбе дужника “интелектуално дело”.

3 Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ”, 31/93 и „Службени лист СЦГ”, 1/03 – Уставна повеља.

односу дужне су да у извршавању обавеза из своје професионалне делатности поступају с “повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака)”. Иако је пажња доброг стручњака за један степен виша од пажње доброг привредника (Капор, 1980: 89; Јанковец (1985: 387), може бити спорно да ли је неко лице привредник или стручњак (Petrić, 2012: 224).

Поред 300, поједине сегменте професионалне грађанскоправне одговорности медицинских посленика уређује и Закон о правима пацијената (ЗПП).<sup>4</sup> Наиме, иако недвосмислено произлази из повреде обавезе лекара из уговора који он закључује са пацијентом, али и из опште забране проузроковања штете другоме (*peinem laedere*),<sup>5</sup> односно из уставних гаранција о неповредивости човековог права на живот, као и његовог физичког и психичког интегритета,<sup>6</sup> право пацијента на накнаду штете која му је проузрокована лечењем предвиђа се и као једно од основних пацијентових права. Међутим, прописи којима се предвиђа то право не садрже детаљније одредбе за његово остварење, већ редовно упућују на примену општих правила о одговорности за проузроковану штету. То значи да одговорност за штету коју пацијент претрпи приликом лечења није посебно регулисана, тако да се готово у свим правним системима одвија према општим правилима о одговорности за проузроковану штету (Радишић, 1992: 1759; Мујовић-Зорнић, 1999: 109; Klarić, 2001a: 13; Klarić, 2003: 389; Радишић, 2007: 24; Petrić, 2008: 56), која се негде више негде мање допуњавају и прилагођавају кроз судску праксу.<sup>7</sup> То је случај и са правом Републике Србије у којем се само начелном одредбом ЗПП прописује: „Пацијент који због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника, у остваривању здравствене заштите претрпи штету на свом телу, или се стручном грешком проузрокује погоршање његовог здравственог стања, има право на накнаду штете према општим правилима одговорности за штету“.<sup>8</sup> Ова одредба, пре свега, упућује на примену правила о одговорности за штету која садржи 300, која би се, иначе, и без ње примењивала. Само та правила, у односу на правила која садрже други закони, имају карактер општих правила. Али њоме се истовремено исказује и тежња да се целокупна одговорност медицинских

---

4 Закон о правима пацијената, „Службени гласник РС“, бр. 45/2013.

5 Чл. 16 300.

6 Чл. 24 и 25 Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006).

7 У том смислу се и наводи (Радишић, 2009: 11) да је модерно право о одговорности лекара, у суштини, “тековина судске праксе, која је у неким земљама веома богата и разноврсна”.

8 Чл. 31 ЗПП.

посленика ограничи само на штете проузроковане њиховим “стручним грешкама”. Осим што је правно-теоријски и језички некоректан, тај део законске одредбе очигледно фаворизује медицинске посленике.<sup>9</sup>

### 3. Уговорна и неугворна одговорност

Општа правила о одговорности за штету која садржи 300 нису јединствена (Кларић, 2001а: 13), јер он предвиђа више врста одговорности за штету и свака од њих има своја посебна правила. С обзиром на то да је основна подела одговорности за штету подела на неугворну (деликтну) и уговорну одговорност, поставља се питање каква је правна природа грађанскоправне одговорности медицинских посленика, тј. питање да ли се она одвија према правилима уговорне или неугворне одговорности. Одговор на то питање нема само правно-теоријски, већ и практичан значај, јер у свим правним системима постоје извесне разлике између њих (Радишић, 1992: 1759; Мујовић-Зорнић, 1999: 110; Кларић, 2001а: 14; Петрић, 2012: 232).

Чини се, бар на први поглед, да уговорна природа одговорности медицинских посленика уопште није спорна, јер се медицинске услуге у највећем броју случајева пружају на основу неформалног уговора који се између медицинских посленика и пацијената обично закључује конклюдентним радњама (Радишић, 1986: 67; Радишић, 2004: 60; Кларић, 2001а: 10; Кларић: 2003: 386; Петрић, 2008: 57). Уговорни карактер такве одговорности потпуно је логичан и неспоран (Кларић, 2001: 13). Једино код хитних медицинских интервенција, кад лекар пружа помоћ лицу које се налази у бесвесном стању или у стању тешког шока, не може бити речи о односу који се заснива уговором. У том случају медицински посленик иступа у својству незваног вршиоца туђих послова (Кларић, 2001а: 8; Кларић, 2003: 384), уз услов да је предузета медицинска радња објективно у интересу пацијента и да одговара његовој стварној или претпостављеној вољи (Радишић, 1992: 1763; Deutsch, 1999: 47). Нема уговорног односа са пацијентом ни кад лекар обавља његов преглед у својству судског вештака (Радишић, 1986: 65).

Недоумицу, међутим, изазива то што је код грађанскоправне одговорности медицинских посленика повреда њихове уговорне обавезе истовремено и повреда опште законске обавезе (Кларић, 2001а: 13; Кларић, 2003: 390). Наиме, повредом уговорне обавезе, медицински посленици најчешће нарушавају и право на живот, здравље и телесни интегритет пацијента, што су правна

---

<sup>9</sup> Хрватски Закон о заштити права пацијената („*Narodne novine*“, br. 169/04, 37/08) садржи много коректније решење, јер прописује да пацијент „има право на накнаду штете у складу са општим правилима облигационог права“ (чл. 29).

добра која уживају апсолутну заштиту (Радишић, 1992: 1760; Мујовић-Зорнић, 1999: 111-112; Klarić, 2001a: 13; Дабић, 2009: 18). Медицински посленици дужни су да таква добра пацијената чувају од сваке повреде, на шта их обавезује Устав,<sup>10</sup> закон,<sup>11</sup> као и правила медицинске струке – *primum nil nocere* (Stojčević-Romas, 1989: 399),<sup>12</sup> без обзира на то да ли између њих и пацијената постоји уговор (Deutsch, 1991: 83; Радишић, 1992: 1761; Klarić, 2001a: 19; Дабић, 2009: 18).

Старија југословенска правна теорија различито се изјашњавала о правној природи грађанскоправне одговорности медицинских посленика. Једни аутори су сматрали да је то деликтна одговорност (Милошевић, 1967: 5), други да је уговорна (Тороман, 1967: 10), а трећи да може бити и деликтна и уговорна (Šerađović, 1980: 260). Новија југословенска правна теорија, као и правна теорија бивших југословенских република, полазећи од опредељења да су живот, здравље и телесни интегритет човека добра која уживају апсолутну заштиту, стоји на становишту да се грађанскоправна одговорност медицинских посленика може лакше схватити као неуговорна (Радишић, 1986: 102; Радишић, 1992: 1760; Мујовић-Зорнић, 1999:112; Klarić, 2001a: 13; Дабић, 2009: 18). Међутим, не искључује се ни њихова уговорна одговорност, јер преовлађује став да оштећени пацијент може да бира захтев по основу уговорне или по основу неуговорне одговорности (Радишић, 1992: 1771; Мујовић-Зорнић, 1999: 111; Кларић, 2001a: 13; Petrić, 2008: 58; Crnić, 2009: 38).<sup>13</sup> Таква је ситуација и по немачком, аустријском и швајцарском праву (Giesen, 1991: 1). Насупрот томе, француска правна теорија, полазећи од начела *non cumul*, стоји на становишту да уговорна одговорност искључује неуговорну (Penna, 1977: 17–26; Deutsch-Geigel, 1981: 1085).

Југословенска судска пракса, али и судска пракса бивших југословенских република, иако се о томе нису изричито изјашњавале, редовно су на одштетне захтеве према медицинским посленицима примењивале правила неуговорне одговорности (Радишић, 1986: 102; Petrić, 2008: 58; Crnić, 2009: 38). Већи број аутора сматра да су се пацијенти најчешће опредељивали за неуговорни захтев из практичних разлога, тј. због тога што им се такав захтев више исплати (Радишић, 1992: 1762; Klarić, 2001a: 13–14; Petrić, 2008: 58). Ипак, проф. Радишић сматра да однос лекар-пацијент треба појмити као уговорни однос, јер се тако подржава елемент поверења

10 Чл. 24 и 25 Устава Републике Србије, “Службени гласник РС”, бр. 98/2006.

11 Чл. 16 300 – начело забране проузроковања штете.

12 Прво је не шкодити.

13 Више о томе: Радишић (2016: 201–206), Шулерић (1991) и Јанковец (1998).



и елемент верности који су му потребни (Радишић, 1986: 285). Ако се наведени однос, по правилу, успоставља уговором, онда је сасвим логично да и повреда обавеза из тог уговора води ка уговорној одговорности, што би указивало на одређенију и чвршћу везу између страна у том односу, а код медицинских посленика подстицало веће осећање одговорности за свој професионални рад (Радишић, 1986: 285; Радишић, 1992: 1771). Истовремено, он гледиште о неуговорном карактеру односа између медицинских посленика и пацијената оцењује као правно неутемељено, јер нуди некакве неодређене везе међу људима у којима се конкретна субјективна права тешко распознају (Радишић, 1986: 285; Радишић, 1992: 1771). Уз то, у тим неуговорним или квазиуговорним односима и лекарево осећање одговорности је мање (Радишић, 1986: 285).

Изложено становиште проф. Радишића има своје пуно оправдање, јер су посебна правила уговорне одговорности, по логици ствари, примеренија таквој одговорности. Као *lex specialis*, таква правила имају предност у односу на правила неуговорне одговорности, што несумњиво произлази и из законске одредбе која прописује да се, уколико одредбама о накнади уговорне штете није друкчије прописано, “на накнаду ове штете сходно примењују одредбе овог закона о накнади вануговорне штете”.<sup>14</sup>

Приоритет правила уговорне над правилима неуговорне одговорности не би требало да буде споран. Проблем, у ствари, и није у самом приоритету, већ у чињеници да уговорна одговорност, насупрот неуговорној, има своје особености које изискују и посебну правну регулативу. Та посебна регулатива ослања се на регулативу неуговорне, тако да се посебно уређује само оно што је особено за уговорну одговорност уопште,<sup>15</sup> или за поједине уговоре. И ту је, управо, и суштина проблема. Наиме, уговор о пружању медицинских услуга у највећем броју правних система није уређен као посебан именовани уговор, иако његова огромна учесталост то нужно захтева.<sup>16</sup> Уз то, проблем се компликује и због тога што недостају одговарајућа општа правила уговорне одговорности или су таква правила непримерена уговору о пружању медицинских услуга па, самим тим, и грађанскоправној одговорности медицинских посленика. Тако, на пример, општим правилима уговорне одговорности није посебно уређена

---

14 Чл. 269 300.

15 Чл. 262–269 300.

16 Изузетак је холандски Грађански законик (Act of medical treatment of 17 November 1994 amending the Civil Code, *Bultetin of acts and decreas of the Kingdom of the Netherlands*, 1994) и немачки Грађански законик, који је допуњен Законом о побољшању права пацијенткиња и пацијената (*Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2013, Teil I, Nr. 9, ausgegeben zu Bonn am 25. Februar 2013).

одговорност за другог, као ни одговорност за штету од опасних ствари или опасних делатности, тако да остаје да се на такве штете примењују одговарајућа правила неуговорне одговорности. Исто тако, општа правила уговорне одговорности из 300 не предвиђају посебна правила за обавезе средства какве, по правилу,<sup>17</sup> преузимају медицински посленици (Радишић, 1986: 66; Радишић, 1992: 1764; Радишић, 2004: 71; Мујовић-Зорнић, 1999: 114; Klarić, 2001a: 9; Petrić, 2012: 234). Напротив, с обзиром да у уговорном праву преовлађују обавезе резултата (Перовић, 1980: 91), општа правила уговорне одговорности формулисана су тако да одговарају првенствено таквим обавезама. То најбоље показује законска одредба о ослобођењу дужника од уговорне одговорности, која је “скројена” за обавезе резултата и само је на њих применљива.<sup>18</sup> Дужник се, према тој одредби, “ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи”.<sup>19</sup> За обавезе средства 300 нема посебну одредбу, али се на основу његових начелних одредби о дужности испуњења обавезе и о понашању у извршавању обавеза и остваривању права,<sup>20</sup> може закључити да се медицински посленик ослобађа одговорности за штету ако је у вези са испуњењем обавезе средства у свему поступио онако како је требало, тј. са повећаном пажњом, према правилима медицинске струке и обичајима. При томе се, у погледу сношења терета наведеног доказа, испољава несагласност. Поједини аутори сматрају да терет доказа да медицински посленик није поступао онако како је требало сноси оштећени пацијент,<sup>21</sup> јер дужна пажња (уз поштовање правила струке) чини садржај обавезе средства (Petrić, 2012: 235). Такав став није у складу са општеприхваћеним правилом да се дужникова кривица код уговорне одговорности претпоставља,<sup>22</sup> тако да би изузетак од тог

17 Само за поједине врсте медицинских услуга уобичајена је обавеза резултата, јер их не прати ризик (израда зубне протезе или ортопедског помагала, анализа крви или урина, рентгенски снимак и др.), или су обавезе резултата због тога што медицински посленик резултат гарантује (козметичке операције).

18 Поједини аутори (Samec-Berghaus, Felicijan Pristovšek, 2016: 118) сматрају да се наведена одредба примењује на све врсте обавеза, укључујући ту и обавезе средства.

19 Чл. 263 300.

20 Чл. 17 и 18 300.

21 И Перовић (1980: 94) се позива на став да је код обавезе средства претпоставка дужникове кривице искључена, а исти став заступају и Ђорђевић-Станковић (1980: 100).

22 То изричито предвиђају француски Грађански законик (чл. 1147), немачки Грађански законик (параг. 282) и швајцарски Законик о облигацијама (чл. 97); У том смислу је и чл. 263 300.

правила морао бити посебно прописан. Још мање је такав став оправдан у контексту 300 у којем се штетникова кривица претпоставља чак и код неуговорне одговорности (Klarić, 2001a: 15 и 23; Samec-Berghaus, Felicijan Pristovšek, 2016: 118).<sup>23</sup> Против таквог става говоре и практични разлози. Пацијент као лаик не познаје правила медицинске струке и медицинске стандарде, тако да је потпуно илузорно очекивање да ће он бити у стању да докаже да медицински посленик није поступао онако како је требало. Уз све то, пацијент је упућен и на медицинске посленике-вештаке чија је непристрасност, због сталешке солидарности, веома проблематична (Klarić, 2001a: 15).<sup>24</sup> С обзиром на то, у случају обавезе средства, какву по правилу преузимају медицински посленици, довољно је да пацијент докаже своје поверилачко својство, тј. да се медицински посленик обавезао да га лечи, штету која му је при извршењу те обавезе проузрокована и узрочну везу. Тиме се успоставља претпоставка кривице медицинског посленика, а на њему је терет доказа да није крив, тј. да је при испуњењу обавезе поступао са повећаном пажњом, према правилима медицинске струке и обичајима. Слична је ситуација и са општим правилом о уговорном ограничењу или искључењу дужникове одговорности.<sup>25</sup> Ни оно није применљиво код одговорности медицинских посленика, јер би се таквом одредбом доводио у питање однос поверења који између медицинског посленика и пацијента мора постојати (Шулејић, 1991: 344–345; Дабић, 2009: 22). Зато се и прописује да се право пацијента на накнаду штете не може унапред ограничити, ни искључити.<sup>26</sup>

Све то упућује на закључак да је судска пракса, управо због недостатка адекватне правне регулативе, одговорност медицинских посленика најчешће просуђивала према правилима неуговорне одговорности. Та правила су у већини правних система за пацијенте, ипак, неповољнија, јер они сносе и терет доказивања штетникове кривице. Међутим, у српском 300, као и у одговарајућим законима бивших југословенских република, кривица штетникова се претпоставља и код неуговорне одговорности,<sup>27</sup> али није извесно да су судови ту претпоставку примењивали и у односу на медицинске посленике.

---

23 Чл. 154, ст.1 300.

24 У том смислу Радишић (1986: 95) помиње “колегијална вештачења на штету пацијената”, односно њихову примедбу да је “погрешно и пристрасно вештачење постало правило”, те да се до крајности негује принцип да “врана врани очи не вади”.

25 Чл. 265 300.

26 Чл. 31, ст. 2 ЗПП.

27 Чл. 154, ст. 1 300.

Грађанскоправна одговорност медицинских посленика представља, у ствари, једну област у оквиру које се пресецају правила уговорне и неуговорне одговорности (Мујовић-Зорнић, 1999: 111), што ову поделу донекле релативизује (Petrić, 2012: 232) и умањује њен значај (Дабић, 2009: 20). Међутим, с обзиром на огроман број уговора о медицинским услугама који се свакодневно закључују, чини се да су сазрели услови да се у праву Србије уговор о пружању медицинских услуга уреди као посебан именовани уговор. Одредбама које уређују грађанскоправну одговорност медицинских посленика формирао би се један посебан правни режим одговорности (Шулејић, 1991: 350), који би искључивао могућност избора између захтева по основу уговорне и захтева по основу неуговорне одговорности, јер заиста није логично да постоје два различита правна режима за исту грађанскоправну одговорност (Шулејић, 1991: 349).

#### **4. Одговорност за своје радње и одговорност за другог**

Медицинске услуге пружају медицински посленици, тако да су они одговорни за штете које проузрокују пацијентима. Израз “медицински посленик” не користи законодавац, нити је уобичајен у свакодневном говору. Њиме се у теорији означавају физичка и правна лица која се професионално, тј. као својим сталним занимањем, баве здравственом делатношћу. То су, у ствари, она лица која закон означава изразима здравствена установа, приватна пракса, здравствени радник и здравствени сарадник.<sup>28</sup>

Међутим, иако сви медицински посленици могу, под одређеним условима, одговорати за штету која се проузрокује пацијентима, њихова одговорност је различита. Здравствена установа и приватна пракса одговарају за другог, тј. за штету коју проузрокују њихови запослени здравствени радници и сарадници, док здравствени радници и сарадници одговарају за своје радње. Иако је одговорност за своје радње правило, а одговорност за другог изузетак, грађанскоправна одговорност медицинских посленика најчешће се испољава у виду одговорности за другог, а много ређе као одговорност здравствених радника и сарадника за своје радње.

##### ***4.1. Одговорност здравствене установе и приватне праксе***

Здравствена установа и приватна пракса су главни носиоци здравствене делатности, коју обављају преко здравствених радника и здравствених

---

28 Чл. 6 Закона о здравственој заштити – 333, “Службени гласник РС”, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2212, 45/2013 – др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2005.

сарадника које запошљавају. Здравствени радници и сарадници непосредно обављају здравствену делатност у здравственим установама и приватној пракси и управо се њиховим понашањем пацијентима проузрокује штета. Међутим, сагласно “Правилима о одговорности предузећа и других правних лица према трећем”, за штету коју запослени (здравствени радник или сарадник) у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће или друго правно лице (здравствена установа) у којима је запослени радио у тренутку проузроковања штете.<sup>29</sup> И правила о “Одговорности других лица” прописују да се одредбе о одговорности предузећа и других правних лица примењују и на друге послодавце у погледу одговорности за штету коју запослени који код њих раде проузрокују у раду или у вези са радом.<sup>30</sup> У те друге послодавце сврстава се и приватна пракса, с тим што ималац приватне праксе одговара и за своје помоћнике у испуњењу обавезе (Klarić, 2001a: 19), а у случају кад одреди заменика, одговара само за његов избор и упутства која му је дао (Klarić, 2001a: 19). Према томе, одговорност здравствене установе и приватне праксе за штету коју њихови запослени проузрокују пацијенту је примарна (Crnić, 2009a: 44), чиме се ојачава положај оштећеног пацијента, јер он добија као дужника лице које је економски снажније, тако да може лакше да оствари право на накнаду штете (Crnić, 2009a: 44).

Здравствена установа или приватна пракса чији је запослени, на раду или у вези са радом, пацијенту проузроковао штету, може се ослободити одговорности ако докаже да је запослени “у датим околностима поступао онако како је требало”.<sup>31</sup> Оцена о томе да ли је запослени у датим околностима поступао онако како је требало изазива извесне недоумице, мада је сасвим логично да се наведена оцена даје с обзиром на пажњу која се захтева од здравствене установе, односно приватне праксе, јер не постоји посебна пажња здравствене установе, односно приватне праксе која је различита од пажње која се захтева од њених запослених (Klarić, 2001b: 12–13). Према томе, доказ да је запослени поступао онако како је требало своди се, у ствари, на доказ да је он поступао у складу са пажњом доброг стручњака. Таквим доказом отпада одговорност запосленог, што је довољно да отпадне и одговорност његовог послодавца.

---

29 Чл. 170, ст. 1 ЗОО.

30 Чл. 171, ст. 1 ЗОО.

31 Чл. 170, ст. 1 ЗОО.

#### **4.2. Одговорност здравствених радника**

Непосредна одговорност здравствене установе и приватне праксе за штету коју њени запослени проузрокују пацијенту не искључује сваку одговорност запосленог. Напротив, 333 изричито прописује да за свој рад здравствени радници преузимају “стручну, етичку, казнену и материјалну одговорност”.<sup>32</sup> Њихова материјална одговорност је, међутим, веома сужена, јер је оштећени пацијент овлашћен да захтева накнаду штете непосредно од запосленог само ако је овај штету проузроковао намерно.<sup>33</sup> У том случају би одговорност здравствене установе или приватне праксе и њеног запосленог била солидарна (Срњић, 2009: 28).

Одговорност запосленог могла би доћи до изражаја и у регресном поступку, тј. пошто је одговорна здравствена установа или приватна пракса пацијенту надокнадила штету. Одговорно лице би у том случају имало право да захтева накнаду исплаћеног износа од запосленог здравственог радника који је штету проузроковао намерно или крајњом непажњом. То право здравствене установе, као правног лица, уређује се одредбама Закона о раду (ЗОР),<sup>34</sup> док се, у односу на приватну праксу, која долази у круг других лица (послодаваца), уређује ЗОО.<sup>35</sup>

#### **5. Субјективна и објективна одговорност**

Одговорност за штету коју пацијент претрпи приликом лечења одвијала се, а и данас се у скоро свим правним системима одвија, према правилима субјективне одговорности, што значи да је заснована на принципу кривице. Према том принципу медицински посленици не одговарају за сваки рђав исход лечења, већ само у случају кад је њихова медицинска интервенција била погрешна и кад су они за то криви (Радишић, 1986: 104–105; Радишић, 2004: 169). Захват у циљу лечења који је био медицински индикуван, уколико је обављен према медицинском стандарду и уз пуноважан пристанак пацијента, остаје правно непрекоран и кад не пође за руком (Радишић, 1986: 105; Радишић, 2004: 169–170), јер пацијент сноси ризик свог неуспешног лечења или погоршања стања свог здравља.

---

32 Чл. 169, ст. 2 333.

33 Чл. 170, ст. 2 300.

34 Чл. 163, ст. 7 Закон о раду, “Службени гласник Републике Србије”, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14. прописује: “Запослени који је на раду или у вези са радим намерно или крајњом непажњом проузроковао штету трећем лицу, а коју је накнадио послодавац, дужан је да послодавцу накнади износ исплаћене штете”.

35 Чл. 171, ст. 2 300.

Принцип кривице је, иначе, својствен и свим другим слободним професијама. Оне су слободне због тога што увек претпостављају слободу делања и одлучивања њихових припадника, преко које се обезбеђује и слобода од одговорности, уколико се они придржавају правила своје струке и поступају пажљиво.

Дужникова кривица се код уговорне одговорности претпоставља, док се код неговорне одговорности доказује, осим у српском праву,<sup>36</sup> као и у праву бивших југословенских република, где се штетникова кривица претпоставља и код неговорне одговорности.<sup>37</sup> У савременом праву, ипак, још увек преовлађује став да је кривица не само подесан, већ и довољан основ за одговорност медицинских посленика (Радишић, 2000: 65).

С друге стране, објективна одговорност медицинских посленика могућа је само изузетно, тј. само у законом предвиђеним случајевима. Један од таквих случајева је и штета проузрокована пацијентима који учествују у медицинским огледима. За такве штете, које претрпе на свом телу или здрављу, пацијенти имају право на накнаду, “у складу са законом, без обзира на кривицу”.<sup>38</sup> Изван законом предвиђених случајева, у већини правних система није могућа објективна одговорност медицинских посленика, што је последица усвајања тзв. система затворене објективне одговорности. Међутим, у српском ЗОО, као и у одговарајућим законима свих бивших југословенских република, усвојен је тзв. систем отворене објективне одговорности, што значи да је она предвиђена на општи начин и то тако што се везује за штету од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност штете за околину.<sup>39</sup> Концепт објективне одговорности усвојен у ЗОО има широко поље примене, тако да и медицинска средства па и медицински захвати могу имати карактер опасних ствари, односно опасних делатности, ако од њих потиче повећана опасност штете за околину. То посебно важи за она медицинска средства која, с обзиром на

---

36 Чл. 154, ст. 1 ЗОО.

37 Медицински посленици се жестоко противе систему претпостављене кривице чак и код уговорне одговорности, јер сматрају да одговорност на основу претпостављене кривице не пасује за медицинске услуге лекара. Због тога је у оквиру Европске уније пропао покушај да се “хармонизују” правна правила о грађанскоправној одговорности лекара садржана у Предлогу смерница Савета о одговорности за услуге из 1990. године. Он је повучен 1994. године највише због одредбе да сви вршиоци услуга (па и лекари) одговарају за штету проузроковану својим погрешним услугама по принципу претпостављене кривице, којој су се највише противили немачки лекари (Радишић, 2009: 11).

38 Чл. 25, тач. 8 ЗПП.

39 Чл. 154, ст. 2 ЗОО.

степен ризика за корисника, долазе у класу медицинских средстава са високим (IIб) и највишим степеном ризика (III).<sup>40</sup>

Иако су се у југословенској судској пракси и правној теорији афирмисала још пре доношења ЗОО, правила објективне одговорности се нису примењивала и на штете проузроковане пацијентима применом опасних медицинских средстава. Једино су се у појединим случајевима из хрватске судске праксе и на медицинске посленике примењивала правила објективне одговорности.<sup>41</sup> Међутим, таква пракса хрватских судова прекинута је једном одлуком Савезног суда СФРЈ из 1978. године,<sup>42</sup> којом су, поводом захтева за заштиту законитости, укинуте одлуке Окружног суда у Загребу и Врховног суда Хрватске<sup>43</sup> којима је пацијенту признато право на обештећење због тешке телесне повреде која му је била проузрокована лечењем електрошоковима. У образложењима својих одлука нижестепени судови су стали на становиште да је лечење електрошоковима “толико опасно да болница, као ималац опасне ствари, одговара за штету по начелима објективне одговорности”. Насупрот ставу нижестепених, Савезни суд је сматрао да “болница, као ималац опасне ствари, одговара каузално за штету коју претрпи радник болнице или неко треће лице, осим лица у чијем се лечењу користи та опасна ствар”. Суд је, дакле, стао на становиште да болница пацијенту може одговорати само по основу кривице.

За разлику од хрватске, судска пракса у Србији и осталим југословенским републикама чврсто је стајала на становишту да медицински посленици могу одговорати пацијентима за штету само по основу кривице.<sup>44</sup> Ипак,

40 Чл. 175, ст. 1, тач. 1 Закона о лековима и медицинским средствима-ЗЛМС, “Службени гласник Републике Србије”, бр. 30/2010 и 107/2012, предвиђа да се општа медицинска средства, према степену ризика за корисника, деле на медицинска средства са ниским (I класа), вишим (IIа класа), високим (IIб класа) и највишим степеном ризика за корисника (III класа).

41 Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж. 3112/66 од 23. 02. 1967. године, *Привреда и право*, бр. 11/1968, 47; Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж. 5320/1972 од 28. 05. 1974. године, *Преглед судске праксе у години 1974*, бр. 6, Загреб 1975, 37.

42 Пресуда Савезног суда Гзс-62/77 од 26. 01. 1978. године, *Правни живот*, 3/1978, 73-74.

43 Одлука Окружног суда у Загребу П. 1322/75 од 22. 09. 1975. године, као и Одлука Врховног суда Хрватске Гж. 119/76. године од 11. 01. 1977. године, *Преглед судске праксе у години 1997*, бр. 11, Загреб 1977, 28-29.

44 Тако се у једној одлуци Врховног суда Србије из 1969. године наводи да “лице које се подвргне медицинској интервенцији сноси ризик објективних последица те интервенције”, као и да “здравствена установа која изводи медицинску интервенцију одговара само ... за последице које јој се могу приписати у кривицу” (Пресуда Врховног



изузетак је одлука Врховног суда Србије у којој суд указује и на могућу објективну одговорност за штету од опасне медицинске делатности.<sup>45</sup>

Пошто је и Хрватска, као и све бивше југословенске републике, задржала систем отворене објективне одговорности, њена судска пракса је после распада СФРЈ почела поново да примењује правила објективне одговорности на штете проузроковане пацијентима опасним медицинским средствима или захватима, али у том погледу није јединствена. У једном случају суд је закључио да за компликовани порођај болница одговара по начелу објективне одговорности, јер је реч о опасној делатности,<sup>46</sup> док је у случају штете која је пацијенту проузрокована коронарографијом, суд стао на становиште да медицински посленик одговара по начелу кривице.<sup>47</sup>

Посебан значај има, ипак, један случај у којем је одлучивао и Уставни суд Републике Хрватске, који је одбио уставну тужбу тужене болнице, при чему је посебно подвукао да је “објективна одговорност предвиђена генерално за све штете од ствари и делатности с повећаном опасности за околину”.<sup>48</sup> Међутим, становиште изражено у поменутој одлуци Уставног суда, које се сматра „упућујућим и за будућу праксу редовних судова“ (Ср-нић, 2009а: 41), није следио и Врховни суд Републике Хрватске. Он је одбио ревизију тужиље у којој је тврдила да је погрешно примењено материјално право, јер поводом штете која је проузрокована применом колоноскопа, као опасне ствари, нису примењена правила о одговорности за опасне

суда Србије – Нови Сад, Гж. 356/69 од 15. 05. 1969. године, *Билтен Врховног суда Србије*, бр. 16, Београд 1969, стр. 15). Скоро исто образложење поновио је Врховни суд Србије и поводом захтева да здравствена установа надокнади штету која је изазвана примањем живе вакцине против грипа кроз нос пацијенткиње, услед којег је дошло до грипозног обољења мозга и потпуног губитка чула мириса (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2066/1980 од 14. 01. 1981. године, *Правни живот*, 11/1981, 121). Интересантно је да су у овом случају нижестепени судови обавезали здравствену установу да пацијенткињи надокнади штету, не упуштајући се у објашњење основа њене одговорности.

45 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1048/98 од 18. марта 1997. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1, Београд 1998, 23–24. Поводом ревизије тужене као лекара – гинеколога којом оспорава своју искључиву кривицу за штету проузроковану смрћу пацијенткиње, Врховни суд је, уз став да је она искључиво крива за насталу штету, додао да је тужена одговорна и према правилима о одговорности за опасне ствари и опасне делатности, јер је „прекид трудноће у дванаестој недељи опасна делатност“.

46 Пресуда Жупанијског суда у Загребу, Гжн-1669/02 од 14. 10. 2003. године (Одлука доступна на: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

47 Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, број: Рев-540/03 од 17. 12. 2003. године (Одлука доступна на: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

48 Одлука Уставног суда Републике Хрватске, број U-III-1062/2005 од 15. 11. 2007. године (Доступна на: [www.usud.hr](http://www.usud.hr)); Вид. Hrvoje Kačer, *Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini*, *Hrvatska pravna revija*, 4/2008.

ствари. Врховни суд се сагласио са ставом нижестепених судова да је код примене колоноскопа „реч о стандардној медицинској претрази додуше инвазивној, која у својој бити укључује и могуће компликације“;<sup>49</sup> што је, иначе, став који је веома проблематичан.

За разлику од хрватских, српски судови нису подржавали објективну одговорност медицинских посленика, јер је код њих доминирало опредељење да је кривица сасвим довољна да покрије све случајеве штета проузрокованих медицинским средствима (Радишић, 2007: 211). Међутим, одступање од наведеног опредељења, као и зачетак могућег преокрета у српској судској пракси, могла би да представља одлука Првог основног суда у Београду,<sup>50</sup> која је потврђена одлуком Апелационог суда у Београду.<sup>51</sup> Пацијенту је, током оперативног лечења калкулозне жучне кесе нисконапонским струјама, нанета тешка телесна повреда у виду опекотина. При томе, иако су постојали писмени докази да је штета настала као последица неисправног уређаја, што у великој мери индицира и кривицу здравствене установе, суд је, ипак, стао на становиште да је штета проузрокована уређајем који представља опасну ствар, тако да је здравствену установу, као имаоца те ствари, обавезао на накнаду штете према правилима о одговорности за опасне ствари. При томе, наглашавајући неисправност медицинског средства суд је потенцирао његову опасност, али и кривицу медицинског посленика, за случај да виши суд не прихвати став о његовој објективној одговорности.

С обзиром на изложено, објективна одговорност медицинских посленика, бар за штете које су пацијентима проузроковане применом опасних медицинског средстава или захвата, у српском праву, као и у праву свих бивших југословенских република, могућа је и није спорна, бар у легислативном смислу. Код одштетног захтева заснованог на правилима неуговорне одговорности, правила о одговорности за опасне ствари и опасне делатности су њен интегрални део. Али, иста је ситуација и код захтева који је заснован на правилима уговорне одговорности, јер се, с обзиром на то да не постоје посебна правила о одговорности медицинских посленика за штету проузроковану пацијентима применом опасних медицинског средстава, сходно примењују законске одредбе о накнади

---

49 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, broj: Rev-x 588/09-2 od 10. 02. 2010. godine (Одлука доступна на: <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>).

50 Пресуда П. бр. 79409/10 од 11. 03. 2013. године (необјављена).

51 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7912/13 од 12. 12. 2014. године <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/medicinsko-pravo/gz-7912-13.html>.

вануговорне штете.<sup>52</sup> С друге стране, судска пракса и правна теорија су још увек подељене, иако се чини да су аргументи поборника могуће објективне одговорности медицинских посленика убедљивији.

## 6. Закључак

Грађанскоправна одговорност медицинских посленика један је од најстаријих примера професионалне одговорности, која је увек веома сложена. Осим сложености, грађанскоправну одговорност медицинских посленика одликује и изузетна хетерогеност, јер се испољава у скоро свим могућим врстама и облицима одговорности.

Дилему да ли је грађанскоправна одговорност медицинских посленика уговорна или неугворна треба разрешити правним регулисањем уговора о лекарским услугама, као и прописивањем посебног режима, односно посебних правила која би била примерена грађанскоправној одговорности медицинских посленика. У том случају би право повериоца да врши избор захтева по основу уговорне или неугворне одговорности било без значаја.

Објективна одговорност медицинских посленика за штету проузроковану пацијентима применом опасних медицинских средстава је оправдана и у српском праву начелно могућа, али ће време показати да ли је једна новија судска одлука о објективној одговорности медицинског посленика у том погледу означила преокрет.

## Литература

Giesen, D. (1990). *Arzhaftungsrecht*. Tübingen.

Дабић, Љ. (2009). Грађанскоправна одговорност носилаца слободних професија, *Vox iuris*, 14.

Deutsch-Geigel. (1981). *Medizinische Behandlungsvertrag, Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Band II*, Köln.

Deutsch, E. (1991). *Arztrecht und Arzneimittelrecht*. Berlin.

Deutsch, E. (1999). *Medizinrecht*. Berlin.

Јанковец, И. (1985). Маргиналије уз одредбу о дужној пажњи у привредним односима. *Анали Правног факултета у Београду*, 3–4.

Капор, В. (1980). Коментар чл. 18 Закона о облигационим односима. *Коментар Закона о облигационим односима I*. (ред. Б. Т. Благојевић, В. Круљ). Савремена администрација. Београд.

---

52 Чл. 269 300.

- Каџер, Н. (2008). Jedna novija odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske o objektivnoj odgovornosti u medicini. *Hrvatska pravna revija*, 4.
- Klarić, P. (2001a). Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Prvi dio). *Hrvatska pravna revija*, 8.
- Klarić, P. (2001b). Odgovornost zdravstvene ustanove i zdravstvenih djelatnika za štetu (Drugi dio). *Hrvatska pravna revija*, 9.
- Klarić, P. (2003). *Odšetno pravo*. Narodne novine. Zagreb.
- Милошевић, Љ. (1967). Одговорност здравствене установе за штету проузроковану оболелом лицу. *Правни живот*, 6.
- Мујовић-Зорнић, Х. (1999). Правна природа лекарске одговорности за штету. *Страни правни живот*, 1–2.
- Мујовић-Зорнић, Х. (2011). Одговорност за медицинске штете, *Осигурање, накнада штете и нови грађански судски поступци*. Здравко Петровић (ур.). Београд.
- Pennau, J. (1977). *La responsabilité médicale*. Paris.
- Перовић, С. (1980). Облигационо право – Књига прва, Београд.
- Petrić, S. (2012). O nekim problemima profesionalne odgovornosti za štetu, *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku*. Petrović, Mrvić-Petrović (ur.). Intermex. Zlatibor.
- Petrić, S. (2008). Osnove građanskopravne odgovornosti za štete u medicini. *Materia socio medica*, 1.
- Радишић, Ј. (1986). *Професионална одговорност медицинских посленика*. Институт друштвених наука у Београду, Београд.
- Радишић, Ј. (1992). Правна природа одговорности медицинских посленика и њиховог односа с пацијентима. *Правни живот*, 9–10.
- Радишић, Ј. (2000). О одговорности лекара уопште. *Право*, 3–4.
- Радишић, Ј. (2004). *Медицинско право*. Београд.
- Радишић, Ј. (2007). *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и у обавештавању пацијента*. Номос. Београд.
- Радишић, Ј. (2009). Грађанска одговорност лекара која проистиче из њиховог занимања. *Ревизија за право осигурања*, 1.
- Samec Berghaus, N., Felicijan Pristovšek F. (2016). Nova dognanja o odškodninski odgovornosti zdravnika. *Razmerje med pacijentom in zdravnikom*. Maribor.
- Тороман, М. (1967). Професионална одговорност у праву социјалистичких земаља. *Страни правни живот*, 56–57.
- Crnić, I. (2009a) Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Prvi dio). *Hrvatska pravna revija*, 1.

Crnić, I. (2009b) Odštetna odgovornost liječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Drugi dio). *Hrvatska pravna revija*, 2.

Шулејић, П. (1991). Конкуренција деликтне и уговорне одговорности (проблем избора одштетног захтева). *Анали Правног факултета у Београду*, 1–3.

**Ђорђе Николић, LL.D.**

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **LEGAL NATURE OF CIVIL LIABILITY OF MEDICAL PROFESSIONALS**

### **Summary**

*The liability of medical professionals is a very complex and complicated issue as they may be subject not only to civil liability but also to criminal liability, misdemeanor liability and disciplinary liability. Yet, the complexity of civil liability of medical professionals is incomparable with the complexity of other aspects of their liability. Thus, medical professionals may be held liable for their own activities or actions but, nowadays, they are much more frequently held liable for actions of another person. Prima facie, their civil liability is indisputably an example of contractual liability but it may frequently involve a non-contractual liability in tort, which is the most common case in practice. As a rule, the legal ground for establishing civil liability of medical professionals is fault (culpability), which implies their personal responsibility. However, in the legislation of some countries which envisaged an open system of objective (strict) liability, the legislator has not excluded the strict liability of medical professionals for damage, injury or harm caused to patients by using dangerous medical instruments and devices. Although it may not be regulated in a straightforward and comprehensive manner due to its heterogeneous legal nature, civil responsibility of medical professionals should be given more consideration not only in the process of enacting legislation but also in the process of rendering much more creative judicial decisions.*

**Keywords:** *medical professionals, civil liability, liability for another, contractual liability, non-contractual liability, subjective liability, objective liability.*



**Др Срђан Радловић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1776467R

UDK: 347.56:614.25

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **АУТОНОМНИ КОНЦЕПТ ОДНОСА ЛЕКАРА И ПАЦИЈЕНТА КАО ПРОДУКТ ДРУГОГ ТАЛАСА ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ**

*„Националне ограде све више нестају, а по мери њиховог нестајања настаје виша форма друштвене заједнице, настаје човечанство, као јединствено друштво“.*

*(Марковић, Булатовић, 2014: 143)*

**Апстракт:** *Правилна употреба тако сложеног појма као што је појам глобализација захтева, пре свега, правилно разликовање глобализације као тенденције од глобализма као идеје и глобалности као достигнутог нивоа у процесу глобализације. Правилна употреба, ништа мање, захтева и висок степен свести о томе да глобализација није јединствен, већ вишефазан процес који као такав свакако има своју периодизацију. Уколико се пође од најједноставније периодизације која препознаје три фазе, то јест три „таласа“ глобализације, историјски и упоредноправно посматрано, може се уочити да је управо други талас донео вероватно и најзначајнију новину у области одштетног права. Наиме, под ударима овог таласа изазваног крупним научним и технолошким напретком, до тада важећи патерналистички, бива замењен аутономним концептом у односу између лекара и пацијента. Са становишта одштетног права то значи, чак и у оним правним поретцима који не познају као засебан институт противправности у грађанскоправном смислу, *de facto*, а чини се и *de iure* увођење једног од разлога искључења противправности – пристанка оштећеног, и то у облику пристанка пацијента на медицинску интервенцију.*

**Кључне речи:** *глобализација, други талас глобализације, глобализам, глобалност, пристанак оштећеног, пристанак пацијента, аутономни концепт, патерналистички концепт.*

\* [srdjan.radulovic@pr.ac.rs](mailto:srdjan.radulovic@pr.ac.rs)

## 1. Увод

Свест о постојању тенденције свеопштег интензивирања друштвених односа почела је да сазрева убрзо након завршетка Другог светског рата<sup>1</sup>. Сам израз глобализација који именује тенденцију, међутим, скован је знатно касније. Конкретно, у научној литератури почео је да добија на популарности тек с падом Берлинског зида и „нестанком“ блоковске поделе света. Данас је, међутим, незаобилазан, како у научним радовима, тако и у свакодневним разговорима. У том контексту, Антони Гиденс у својим предавањима исправно је констатовао да је овај појам дошао ниоткуда, а да је за кратко време постао неизоставни део наше свакодневице (Giddens, 1999). Такође, није претеривање ни ако овај појам због тога означимо као „помодан“ (Јовановић, 2007: 317).

Сви, па чак и они који нису експерти за глобализацију, изузев уколико се у том смислу не изјашњавају као скептици<sup>2</sup>, слажу се да се под утицајем овог феномена људско друштво мења. Ако се друштво мења, једначина је јасна – ни право као неодвојив и уједно најдинамичнији сегмент друштва не може бити имуно на глобализацију и ударе њених таласа. Будући да право, тако барем делује, тренутно доживљава својеврсну кризу или барем вредносну метаморфозу, и те како је битно истражити и допринос глобализације таквом стању.

Занимљиво је, с друге стране, да контуре глобализацијом обликованог друштва нама данас нису ништа јасније видљиве него Гиденсовој „првој генерацији“ која је у том друштву живела (Giddens, 1999). И заиста, недоумце које у вези овог феномена постоје су бројне, нарочито уколико се уважи

---

1 С тим у вези, најпре, осећамо потребу да, с позивањем на нешто новија сазнања (Марковић, 2008: 7; Марковић, Булатовић, 2014: 145; Попић, Шуваковић, 2014: 377–390), истакнемо да је наш великан, професор Радомир Лукић, заправо „пионир“ проучавања те тенденције, истина не с ослонцем на израз глобализација, већ кроз своју идеју о „уједињено-разједињеном свету“.

2 Обиле различитих концепција о глобализацији, начелно, може се свести на сукоб између хиперглобализма и скептицизма (Вулетић, 2003, Печујлић, 2003). Тако, хиперглобалисти наступају са становишта да је модерно друштво хомогено и да почива на глобалној економији и политици које доводе до одумирања националних држава, при чему се ове и друге последице осећају у сваком сегменту друштвеног битисања (Вулетић, 2003). Свим ауторима који припадају овој групи, дакле, заједничко је становиште да је глобализација стварност.

Скептици, међутим, имају сасвим другачију перцепцију друштвених трендова. Представници овог правца сматрају да глобализација није ништа друго до мит или евентуално експеримент. Они сматрају да се данас у степену друштвене интеграције и приближавања, барем на глобалном нивоу, није променило баш ништа у односу на претходне периоде (Вулетић, 2003).



став да глобализација има и своју правну димензију. Међутим, свесни смо и добронамерне критике упућене оним ауторима који претендују да једним чланком обухвате сва питања која се на глобализацију односе (Шуваковић, 2011: 648). У складу с тим напомињемо да овај рад презентује тек лични став и аргументацију аутора о оним питањима која су од непосредне важности за довођење у везу одштетног права, то јест конкретног одштетноправног института са тенденцијом глобализације.

Ипак, пре него се у наставку упустимо у анализу појединачних социолошко-правних проблема, презентоваћемо нашу дефиницију глобализације, с напоменом да исту не сматрамо коначном, већ више једнократним опредељењем категоријално-појмовне апаратуре. Ово опредељење уважава став да је дефиниција глобализације једино могућа у форми идеје о глобализацији као процесу (de Sousa Santos, 2006: 396). Наиме, нама се чини да о глобализацији ваља мислити као о процесу или боље рећи тенденцији трансформације појединачних друштвених заједница са јасно одређеним државним, културним, економским, политичким, социјалним и другим границама, у јединствено, унификовано друштво које унутар себе не познаје ниједну од поменутих граница, па чак ни оне природне.

## 2. (Евентуалне) термилошке недоумице

У радовима који се глобализацијом баве постоји тенденција свођења читавог низа појмова на синонине глобализацији. То је нешто са чиме се никако не слажемо. Наиме, бројни појмови<sup>3</sup>, наведени и ништа мање они који то нису, јесу сродни појму глобализације. Најчешће су нешто ужи или шири од појма глобализације, па су као такви садржани у њему или су *genus proximum* у његовој дефиницији, али свакако нису синоними.

Термилошка збрка, самим тим и погодна тле за различите врсте злоупотреба на које друштвене науке нипошто нису имуне, наш је утисак, најлакше се стварају при употреби појма глобализација, са једне, и глобализам или глобалност, са друге стране. Ови појмови, неспорно, јесу сродни. Но, њихова сродност не оправдава и њихову употребу у истом значењу, а понекад ни у истом контексту.

Наиме, ако глобализација представља тенденцију повезивања друштва кроз брисање граница које у њему постоје, онда глобалност можемо одредити као тренутно дистигнути ниво повезаности (Цифрић, 2009:

---

<sup>3</sup> Најчешће ћемо сретати изразе као што су интеграција, мондијализација, модернизација, европеизација, екуменизам, вестернизација, капитализација, технологизација, хегемонизација, империјализам, (нео)колонијализам и друге.

260). Дакле, уколико глобализацију одредимо као циљ, глобалност би била степен остварености тог циља. Утолико је погрешна употреба појма „глобално“ за означавање процеса глобализације, али и његовог тренутног домета (de Sousa Santos, 2006: 393).

Глобализам је, међутим, идеја, мада не бисмо погрешили ни ако бисмо рекли идеологија. На њој се глобализација темељи и она јој суштински омогућава опстанак (Бушљета, 2010: 127–128). Глобализам је, заправо, снажно укорењено уверење настало комбиновањем низа различитих идеја (Бушљета, 2010: 127–147) о томе да је људско друштво предодређено да функционише као сложена наднационална структура ослобођена свих ограничења. Дакле, глобализација је тенденција унификације друштва, док је глобализам идеализована представа о унификованом друштву.

### 3. Периодизација глобализације

Људско друштво никада није било потпуно јединствено (Марковић, Булатовић, 2014: 143)<sup>4</sup>. Са друге стране, готово да је извесно да оно никада раније није достигло овакав ниво јединствености (Марковић, Булатовић, 2014: 143). Уколико бисмо из тога закључили да тенденција приближавања у људском друштву постоји, такав закључак био би исправан. Међутим, било би потпуно погрешно закључити из тога да је процес уједињавања људског друштва окончан. Подједнако погрешно било би закључити и да је процес глобализације униформна појава.

Наиме, за глобализацију каква је дефинисана деведесетих година 20. века може се рећи да има нејасне корене и историјску димензију (Антић, 2003). Међутим, не би, по нашем мишљењу, било исправно рећи да је она ексклузивитет овог дела историје човечанства. Глобалистичке тежње старе су колико и људски род, па су као такве, чини се, иманентне људској природи. Тенденција приближавања одувек је постојала, стим што су једном доминантни разлози глобализације временом потискивани од других (Антић, 2003). Другим речима, идеолошка компонента глобализације се мењала кроз историју, док је сам процес суштински вековима остао исти,

---

4 У теорији, истина, постоји доза умереног оптимизма да ће процес стварања глобалног друштва бити окончан и то чак на хуманистички начин који је Радомир Лукић имао у виду (Попић, Шуваковић, 2014: 388). Нама се, ипак, чини да је мало вероватно да ће људско друштво икада бити у тој мери јединствено. Глобализација је тежња и она ће то увек остати. У раду је зато и означавамо као тенденцију, а не као процес. Наиме, када кажемо процес, такво изјашњавање подразумева и могућност окончања процеса. Са тог становишта, природније је глобализацију одредити као тенденцију, будући да људско друштво, колико год јединствено било у датом тренутку, увек може бити интензивније повезано.

практично све до 20. века (Антић, 2003). У складу с тим је и тврдња да се глобализација може посматрати као циклични историјски процес који се током времена, пролазећи кроз различите фазе, постепено усложњавао и постајао свеобухватнији (Антић, 2003). Са изнетог становишта, настојања социолошке теорије да се изврши периодизација глобализације постају природна.

За потребе овог рада као полазну основу узећемо постојећу идеју о три „таласа“ глобализације (Печујлић, 2002: 27 и даље), али уз два одступања. Најпре, са предложеном периодизацијом ћемо се сложити око временских координата, свакако и интензитета трећег таласа „турбоглобализације“. Наилазак овог таласа кореспондира са завршетком „хладног рата“, то јест са падом Берлинског зида.

Прво одступање у односу на предложену периодизацију односи се на тзв. протоглобалне поретке. Нама остаје нејасно зашто се постојање, а нарочито ширење старих цивилизација попут Асира, древне Кине, старог Египта, Македонске државе за време Филипа и Александра Македонског или Римске империје, касније и Отоманског царства, не посматра као први талас глобализације (Печујлић, 2002: 27 и даље). Ми у овом раду нисмо у стању да негирамо подстицај брисању граница од стране ових цивилизација. Верујемо да би превише одважно било одрећи глобалистички утицај тзв. протоглобалним цивилизацијама. Дакле, период од настанка најстаријих познатих цивилизација до 16. века сматрамо првим таласом глобализације.

У теорији се, даље, сматра како у периоду од 16. века па све до пада Берлинског зида, можемо разликовати два таласа глобализације – први који обухвата тзв. дуги 16. век и други који започиње „индустријском револуцијом“, то јест експанзијом индустријализма (Печујлић, 2002: 27 и даље). Са идејом о раздвајању ова два таласа глобализације бисмо се могли сложити. Сматрамо да је она потпуно прихватљива, чак и неопходна из перспективе економских, политичких и социолошких истраживања. Међутим, за потребе нашег истраживања сматрамо да нема неке нарочите потребе за раздвајањем ова два таласа. Најпре због тога што и један и други почивају на убрзаном научном и технолошком напретку који се може посматрати у континуитету<sup>5</sup>, а који је пак кључни фактор за прелазак са патерналистичког на аутономни концепт у обављању медицинске делатности. Дакле, 16. век и пад Берлинског зида сматрамо временским координатама другог таласа глобализације.

---

<sup>5</sup> Овим уопште не доводимо у питање став да су настанак и развој протоглобалних цивилизација, а нарочито њихово ширење и тежња за унификацијом, односно хегемонизацијом друштва, резултат техничких открића и унапређења процеса производње, пре свега оружја, али и оруђа (Антић, 2003).

#### **4. Како је однос лекар-пацијент преобликован ударима другог таласа глобализације**

И данашње генерације медицинских посленика свечано изговарају речи Хипократове заклетве која, у оригиналном тексту барем, не познаје било какав облик учествовања пацијента у доношењу одлука које се третмана тичу (Veatch, M. R. 1995: 5–6). Они се, међутим, у свом раду воде управо одлукама самог пацијента, неретко и онда када су оне у супротности најбољем убеђењу лекара (Радуловић, 2016: 182). Прецизније, генерације лекара које ординирају данас свој рад морају заснивати, по правилу, на активном учешћу пацијента у третману који се препознаје кроз његов (информисани) пристанак.

Нама је тешко да поверујемо у то да је пацијент икада стварно био апсолутно подређен процени и вољи медицинског посленика. Другим речима, сем можда у најдаљој прошлости, о којој иначе немамо довољно поузданих података, искрено верујемо да патернализам у свом најчистијем облику никада није био практикован.

Са друге стране, медицински посленик и пацијент, извесно је, нису одувек имали овакав, слободно можемо рећи партнерски однос. Дакле, можда патернализам у свом чистом облику никада није постојао, али је извесно и то да пристанак информисаног пацијента није одувек фигурирао као правно релевантна чињеница. Како је онда пристанак пацијента прерастао, не само у правно релевантну чињеницу, већ и општеприхваћену вредност, која истовремено промовише и противправност као услов одговорности за штету? Како интерпретирати овај преображај у контексту конкретних друштвених околности на релацији глобално-локално?

Одговор на ово питање, чини нам се, најпре треба потражити у експанзији науке која је учинила да за релативно кратко време пређемо из света фантазије у свет реалности (Царић, С, 2000: 3). Вртоглав развој науке, који је и иницирао други талас глобализације, донео је небројено много позитивних новина. Нису, међутим, све те новине „оберучке прихваћене“. Напротив, на многе од њих гледало се са подозрењем. На многе од њих са подозрењем гледа се и данас. Једноставно, значајан део проналазака учинио је да се друштво, заправо, осети мање сигурним у њиховом присуству<sup>6</sup>.

---

6 Управо то је и разлог зашто је, рецимо, у области одштетног права, до тада доминантна и неприкосновена, субјективна одговорност постепено губила свој примат и препуштала регулисање највећег броја случајева правилима о објективној одговорности, најчешће комбинованом са правилима о осигурању. Налет другог таласа глобализације дефинитивно је означио крај „владавине“ субјективне одговорности.

Може, у том контексту, бити посебно интересантна чињеница да су достигнућа у области медицине – а делује као да су она била и најбројнија<sup>7</sup> – уз уплив све инвазивнијих метода лечења, отворила бројна осетљива питања везана за заштиту живота и здравља. У таквој ситуацији, медицински посленици, нарочито не сами, нису успевали да заштите свој и интегритет позива који обављају. Њега је нарочито тешко било очувати без истовременог компромитовања интегритета пацијента.

У покушају да изађу из зачараног круга, медицински посленици су у свом раду нужно морали да потраже ослонац. Нашли су га, најпре, у праву које је, за разлику од правила медицинске струке, просторно, временски и ситуационо значајно стабилније (Радуловић, 2016: 168–169). Правна наука, ослушкујући пулс пацијената и представника медицинске делатности, као најефикаснији модел понудила је пристанак претходно довољно обавештеног пацијента на медицинску интервенцију.

Медицински посленици су ослонац паралелно тражили и пронашли и у оснивању сталешких организација, најпре националних. Међутим, проналажењу потребног ослонаца, а нарочито промоцији идеје о аутономији пацијента, погодновало је интензивирање друштвених односа и брисање просторних и временских граница кроз други талас глобализације.

Наиме, врло брзо осетила се потреба излагања из националних оквира. То јасно показује и „Студија о три глобализације права и правне мисли“ (Kennedy, 2006: 21). Промена схватања, нарочито права, једнакости, основа права, основне друштвене јединице и правне технике, просто је захтевала превазилажење сувише уских националних оквира. Последица тога је стварање, најпре регионалних, а касније и глобалних организација које окупљају представнике медицинске делатности<sup>8</sup>. И управо кроз рад ових и других организација које у напомени нису наведене, идеја о

---

7 Поменимо нека од открића значајних за развој медицине. Постављање темеља модерној анатомији од стране Андреаса Весалиуса, Ван Лавенхуково откриће микроорганизама, Харвијево откриће крвотока и циркулације, Малпигијево откриће капилара и потврда Харвијеве „теорије крвотока“, Дарвинова теорија еволуције и природне селекције, Томпсоново откриће електрона, Лавозијеово обарање владајуће „фолгистонске теорије“ и откриће оскидације као процеса, али и формулисање закона одржања масе (паралелно са Ломоносовљевим), откриће X-зрака и могућности њихове примене, успешни експерименти са различитим анестетичким агенсима, Пастерова „теорија микроба“, Хопкинсово и Еијкмново откриће витамина и њихове улоге, Флемингово откриће пеницилина (Радуловић, 2016: 181).

8 Поред Светске здравствене организације која засигурно има одлучујућу улогу данас када се говори о креирању светске здравствене политике, као најзначајније организације које су јој претходиле издвојићемо Constantinople Senior Board of Health, основану 1838. године, The Maritime Sanitary and Quarantine Board of Egypt, основану

потреби партнерског приступа лечењу пацијента почела је да поприма карактеристике опште прихваћеног стандарда. Једна, условно речено, локална идеја, бива глобализована.

Наравно, не треба направити грешку па из наведеног закључити да је прелазак са патерналистичког на аутономни однос између медицинских посленика и пацијената био револуционаран (Јеремић, 2013: 525–526). Истина, делује као да јесте. Читав низ разлога скоро да оправдава такав закључак. Ипак, претече пристанка информисаног пацијента, попут делиберативног, интерпретативног и деоничарско-партнерског модела у односу између медицинских посленика и пацијената, показују да је преласку са патерналистичког на аутономни концепт претходио покушај мирења ове две концепције. То, даље, значи да је поменути прелазак био, заправо, вишефазан процес. Он је био ношен „плимама и осекама“ глобализације, која је омогућавала промоцију једних и правазилажење других идеја и модела функционисања.

Читав тај процес заокружен је знатно касније, практично последњим ударом другог таласа глобализације. Реч је, наиме, о периоду у току, а нарочито након Другог светског рата. По нама, дефинитивно претварање пристанка пацијента у правно релевантну чињеницу, а аутономног концепта у владајући, и то на међународном нивоу, догодило се кроз рад Нирнбершког трибунала. Поред осталог, стало се том приликом на становиште да медицинска интервенција, а нарочито експеримент, не сме бити предузет уколико није базиран на слободно израженом пристанку пацијента, то јест испитаника. Једном обликовано правило, у свету уједињеном у идеји да се нацистички злочини не понове, практично без икаквих препрека је установљено као врховни принцип обављања медицинских интервенција. Конкретније, кроз читав низ међународних активности<sup>9</sup>, постало је темељ најпре свих медицинских истраживања, а касније и медицинских интервенција уопште.

Међутим, врло је интересантно, тенденција у овој области није ишла само у правцу глобализације локалног, већ и локализације глобалног. Наиме, општеприхваћена вредност пристанка пацијента на медицинску интервенцију промовисана у међународним актима, морала је бити заштићена. Она, у поставци савременог међународног приватног права,

---

1831. године, The Pan American Sanitary Bureau, основану 1902. године, и The Office International d'Hygiène Publique, основану 1907. године (Радуловић, 2016: 172).

<sup>9</sup> Погледајмо у том смислу Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, као и низ аката који су донети на темељу ове Конвенције који као основну вредност промовишу аутономију и самоодређење кроз недвосмислено изражен пристанак обавештеног пацијента или испитаника.

може се штити примарно кроз конкретно национално законодавство и судство које је одређено кроз тачке везивања. Дакле, један глобални феномен опстаје претежно, мада не и искључиво, кроз „локалне“, то јест националне правне поретке који изражавају свој став према њему кроз ратификацију или одбијање ратификације међународних аката. Ипак, напомињемо још једном, у свету згроженом нацистичким злочинима, касније и сазнањем о Tuskegee експерименту<sup>10</sup>, инкорпорација ове идеје није наилазила на веће препреке, тако да је пристанак информисаног пацијента на медицинску интервенцију не само глобални, већ и локални феномен, што је у правном смислу посебно значајно.

#### **4. Закључна разматрања (о промоцији противправности као услова одговорности)**

У светлу врло подељених, па чак и супротстављених ставова о глобализацији који се негде крећу од радикалних хиперглобалистичких, преко умерених, до скептичких, нимало није једноставно одредити дomete глобализације. Њих је особито тешко одредити у праву, то јест у оквиру појединих правних дисциплина.

Уколико посматрамо глобализацију у контексту научне и техничке револуције као предуслова за смањење временске и просторне дистанце, најпре ћемо уочити да она није увек имала тенденцију раста. Напротив, она је имала и те како периоде стагнације, али и опадања. То нам је омогућило да у оквиру глобализације препознамо тзв. таласе глобализације. То нам је, даље, омогућило да анализу утицаја глобализације на поједине друштвене појаве, у нашем случају правне, сместимо у нешто ужи временски оквир. Свакако, могућност оваквог приступа проблематици отвара широм врата за анализу неоптерећену обимом феномена глобализације.

За потребе овог рада пошли смо од периодизације која препознаје три таласа глобализације, при чему је други у жижи нашег интересовања. Он почиње, грубо речено, средином 16. века и траје све до пада Берлинског зида. Овај период обележио је континуирани, практично непрекинути научни развој у свим областима, а чини се нарочито у медицини. Бројна научна открића и техничке иновације, иако није споран њихов допринос ефикасности медицине, нису била увек само позитивно искуство. Напротив, она су омогућила уплив све инвазивнијих метода лечења, које су,

---

<sup>10</sup> Реч је о језивом експерименту у којем је истраживана природна прогресија сифилиса на групи од 600 испитаника афроамеричког порекла неинформисаних о постојању једноставне и врло успешне терапије пеницилином у периоду од 1932. до 1972. године (Thomas, Crouse Quinn, 2000: 234–237).

иако некад неизбежне, поткопавале интегритет и сигурност пацијената. Интегритет медицинске професије, такође, био је угрожен.

Интензивирање друштвених односа, смањење временске и просторне дистанце кроз други талас глобализације погодовало је превазилажењу овог проблема. Наиме, кроз рад бројних регионалних и интернационалих организација, свакако и с ослоном на сазнања правне теорије, дошло се до једног од најзначајнијих достигнућа одштетног права. Реч је пристанку информисаног пацијента на медицинску интервенцију.

Овај институт, заправо, поима се као облик пристанка оштећеног. Пристанак оштећеног, теоретски, будући да чини дозвољеним радње и последице које то иначе нису у његовом одсуству, може се поимати и поима се као један од разлога искључења противправности.

Институт пристанка пацијента је, не само изграђен, већ и готово општеприхваћен у различитим модалитетима од стране модерних правних поредака захваљујући претходној глобализацији једне вредности. Касније је успешно заштићен захваљујући њеној локализацији. Ако заиста пођемо од тога да је пристанак пацијента продукт свеопштег интензивирања друштвених односа и сложених релација глобално-локално, следи, даље, да је под утицајем другог таласа глобализације, противправност (кроз пристанак пацијента као разлога њеног искључења), постала услов одговорности за штету чак и у оним правним поретцима који је традиционално као такву не познају.

## Литература

Антић, Ч. (2003). *Глобализација и историја*. [Electronic version]. Retrieved 2, January 2017. from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.

Бушљета, А. (2010). Глобализам – идеологија глобализације. *Социјална екологија*. 2(19). 127–150.

Veatch, M. R. (1995). Abandoning informed consent. *Hastings Center Report*. 2(25). 5–12.

Вулетић, В. (2003). *Ривалски приступи у изучавању глобализације*. [Electronic version]. Retrieved 2, January 2017, from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.

Giddens, A. (1999). *Runaway world, Globalization (London – Lecture 1)*. [Text and audio version] Retrieved 18, January 2017, from

[http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/events/reith\\_99/](http://news.bbc.co.uk/hi/english/static/events/reith_99/).



de Sousa Santos, B. (2006). Globalizations. *Theory Culture Society*. 23. 393–399.

Јерemiћ, В. (2013). Информирани пристанак: комуникација између лијечника и болесника. *ЈАХР*. 4(7). 525–433

Јовановић, Н. М. (2007). Глобализација се приближава: дочекати је са цвећем или наоштрити сабље?. *Нова српска политичка мисао*. (3–4). 317–343

Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. The New Law and Economic Development. *A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds. 19–73.

Марковић, Д. Ж. (2008). *Глобална економија (прилог социолошком проучавању глобализације)*. Ниш: Економски факултет Универзитета у Нишу

Марковић, Д. Ж., Булатовић, И. Ж. (2014). *Социологија – основни појмови и савремено друштво*, Београд: Београдска пословна школа – Висока школа струковних студија

Печујлић, М. (2003). *Глобализација – два лика света*. [Electronic version]. Retrieved 2,

Печујлић, М. (2002). *Глобализација – два лика света*. Београд: Гутенбергова галаксија

January 2017, from <http://www.bos.rs/materijali/aspekti.pdf>.

Попић, С. С., Шуваковић, У. В. (2014). Академик Радомир Д. Лукић – претеча проучавања глобализације у Србији. *Теме*. 1(38). 377–390.

Радуловић, С. (2016). *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Thomas, S. V., Crouse Quinn, S. (2000). Light on the Shadow of the Syphilis Study at Tuskegee. *Health Promotion Practice*. 1(3). 234–237.

Харт, Х. Л. А. (1994). *Појам права*, Подгорица-Цетиње: Цид

Царић, С. (2000). Мултидисциплинарно проучавање здравства и друштвени развој. *Право – теорија и пракса*. 17(3–4). 3–6.

Цифрић, И. (2009). *Култура и околиш*. Запрешић: ВШПУ „Балтазар Адам Крчелић“

Шуваковић, У. (2011). Зоран Видојевић – питање: Куда води глобализација – одговор: Демократија на заласку. *Зборник радова Филозофског факултета у Приштини*. 41. 647–656.

**Srđan Radulović, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Law Faculty in Kosovska Mitrovica,*

*University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)*

## **AUTONOMY-BASED DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP AS A PRODUCT OF THE SECOND WAVE OF GLOBALIZATION**

### **Summary**

*A proper use of such a complex term as globalization, first, calls for making a proper distinction between globalization (as a process) and globalism (as an idea) and globality (as a attained level of globalization). Its proper use also requires a high degree of awareness that globalization is not a single process but rather a multi-faceted process which certainly entails different periods and phases in its development. Considering the simplest form of “periodization”, there are three distinct phases or “waves” of globalization, which are the starting point of this research. Both in historical and comparative law terms, it is quite obvious that it was the second wave of globalization that probably brought the most important novelty in tort law. Namely, the second wave of globalization was triggered by rapid scientific and technological progress. Under the impact of this progress, the paternalistic concept in doctor-patient relations has been replaced by an autonomy-based concept which inter alia promotes autonomy-based doctor-patient relations. From the standpoint of tort law, even in those legal systems that do not recognize unlawfulness (de facto and often de jure) as an individual legal institute, it implies incorporation of one of the legal grounds for exclusion of unlawfulness: the informed consent of the injured party or the patient’s consent to medical treatment.*

**Keywords:** *globalization, globalism, globality, injured party/patient consent, paternalism, autonomy-based concept, doctor-patient relation, tort law.*

**Милица Вучковић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776479V

UDK: 347.51:618.33

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕЖЕЉЕНИ ЖИВОТ\*\***

**Апстракт:** Питање да ли насупрот човековом праву на живот стоји његово право на смрт, у правној теорији и пракси предмет је живе анализе (кроз питања самоубиства, које подлеже морално-религиозном санкционисању, и правно већ уобличене еутаназије). Правнику је неупоредиво теже да размишља о релацији права на живот и «права да се не буде рођен» и са њом повезаним проблемом одговорности једног лица за поступак који је довео до нежељеног живота другог лица. На граници права и метафизике, тврдња о непостојању права на непостојање користи се у аргументацији судова, доктрине и заинтересоване јавности против захтева за надокнаду штете због нежељеног живота. У овом раду се испитује позиција тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота у савременим правним системима.

**Кључне речи:** нежељени живот, грађанскоправна одговорност, пренатална штета.

### **1. Увод**

Са развојем пренаталне дијагностике поставља се и питање права човека на живот без одређених врста хендикепа, као и права човека да има жељено потомство. Или, ако би се држали слова закона, права човека на живот без генетских болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички

\* milica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту «Усклађивање права Србије са правом Европске уније», који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

условљених аномалија и ретких болести Републике Србије<sup>1</sup> прокламовано је начело заштите генетичког и репродуктивног здравља<sup>2</sup> са циљем «очувања и заштите наследног потенцијала сваког појединца као део опште друштвене бриге за здравље» и «улагања у будућност здравља свих.» Пренатална дијагностика има за циљ да се добије здраво и жељено потомство и, ради тога, у њеном спровођењу треба да се утврди или искључи постојање неке генетичке болести, генетички условљене аномалије или ретке болести код ембриона или фетуса<sup>3</sup>, а информисање трудне жене о чињеници да ће се дете родити са телесним или душевним недостатком једна је од законских индикација за прекид трудноће<sup>4</sup>. Такође, у контексту ове теме, говорило се и о праву човека на непостојање, односно интересу да се не живи са тешким хендикепом (Ruda, 2010: 228), као алтернативи посебно отежаном животу услед постојања одређеног типа хендикепа (Мујовић Зорнић, 2007: 449; Ruda, 2010: 215; Borghetti, 2008: 160; Reinhart, 2001: 1085–1087).

## 2. Пренатална штета

Пренатална штета је штета настала на нерођеном детету (насцитурусу) у периоду од зачећа до рођења, услед штетног деловања ендогених или егзогених фактора пре зачећа, приликом зачећа, током трудноће или приликом порођаја. Овако широко одређење појма пренаталне штете неопходно је, с обзиром на то да постоје три врсте ове штете. Прва врста, и најстарија спозната, пренатална штета у ужем смислу, представља оштећење насцитуруса у мајчиној утроби спољним утицајем на трудницу (повреда мајке и плода у саобраћајној незгоди, излагање мајке и плода радиоактивном зрачењу, подвргавање мајке терапији лековима опасним по плод, као што је познати случај „талидомида“, конзумирање алкохола и дроге од стране труднице итд.). Друга врста пренаталних штета су генетске штете – оштећења плода под утицајем наслеђа, услед оштећења жлезда једног или оба родитеља (Радишић, 2007: 98–99). Трећа група случајева пренаталне штете, новијег датума, препозната је са напретком у области пренаталне дијагностике и са легализацијом медицински индикованог прекида трудноће. То су случајеви штета због непажње медицинских

1 *Сл. гласник РС*, 8/15.

2 чл. 4 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

3 чл. 26, ст. 1 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

4 чл. 27 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

посленика који су пропустили да детектују штету на плоду или опасност будуће штете по плод, или су то учинили али су пропустили да о томе правилно и потпуно информишу родитеље. У ову трећу групу случајева спадају и штете које су, чињењем или пропуштањем медицинских посленика, у фази контроле трудноће или приликом порођаја, проузроковане на плоду (Мујовић Зорнић, 2007: 443–446).

Надокнађивање пренаталне штете омогућено је ослањањем на концепцију о изједначавању телесног интегритета ембриона са телесним интегритетом рођеног човека (Радишић, 2007: 99–100) и фикцију о насцитурусу (*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodis eius agitur* – Зачето а нерођено дете сматраће се рођеним када је то у његовом интересу) (Carbonnier, 1964: 171–172; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2011: 111). Када се ради о генетским штетама, правна заштита омогућена је на основу схватања о праву на несметани постанак човека (Радишић, 2007: 100).

### 3. Нежељени живот

Нежељени живот обухвата различите случајеве зачећа и рођења или рођења детета услед лекарске грешке, као што су рђаво извршен или неизвршен индиковани побачај, непрописна стерилизација, изостанак обавештења о преосталом ризику код стерилизације, непредузимање контролног прегледа после стерилизације, избор несигурне методе стерилизације, задоцнела дијагноза нежељене трудноће, неизвршење потребних пренаталних дијагностичких поступака које би довело до извршења индикованог побачаја, недавање савета трудници који би утицао на њену одлуку да се подвргне побачају, изостанак обавештења о ризику по фетус, недиагностиковање инфекције рубеоле код мајке током првих недеља трудноће или изостанак обавештења о уоченој инфекцији, односно невршење побачаја у таквим случајевима итд. (Мујовић Зорнић, 2002: 2). Термин нежељени живот (*wrongful life*) потиче из америчке судске праксе. Први пут се појавио у пракси апелационог суда Илиноиса, 1963. године, у случају *Zepeda v Zepeda*<sup>5</sup>, у ком је ванбрачно дете тужило свог оца за надокнаду штете коју је претрпело водећи нежељени живот ванбрачног детета, због чињенице да је његов отац дао лажно обећање његовој мајци да ће се оженити њоме иако је већ био ожењен (Ruda, 2010: 205; Чолаковић, 2008: 497). Широко је прихваћен у савременом праву (Мујовић Зорнић, 2002: 3), а означава нежељени тегобан живот детета зачетог и рођеног са хендикепом, односно зачетог здравог али рођеног са хендикепом због лекарске грешке (Мујовић Зорнић, 2002: 3–6; Steininger, 2010: 125–126).

---

5 41 Ill App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.ileagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

Захтев за надокнаду штете због нежељеног живота је захтев детета рођеног са хендикепом истакнут против медицинског посленика ради надокнаде штете због последица живота са хендикепом. Овај захтев поставља дететов законски заступник, најчешће родитељ, против медицинског посленика. Штета због нежељеног живота обухвата “правом признате губитке у имовинској или моралној сфери детета које је рођено тешко болесно или с инвалидитетом, а које не би било рођено такво, или не би било рођено уопште, да није било погрешног поступања лекара” (Караникић Мирић, 2016: 112). У оквиру овог захтева детета се тврди да би оно било поштеђено тешке егзистенције, било захваљујући одлуци његових родитеља да га уопште не зачну, било захваљујући њиховој одлуци да прекину трудноћу<sup>6</sup>, да није било непажње туженог медицинског посленика. Хендикеп детета које води нежељени живот није по себи последица лекарске грешке, већ је због лекарске грешке дошло до зачећа и рођења, односно рођења тог детета (Steininger, 2010: 150; Ruda, 2010: 204). Ради се о конгениталном хендикепу или генетској болести чије је постојање медицински посленик пропустио да констатује или је пропустио да о томе обавести другог медицинског посленика укљученог у процес здравствене заштите, односно пропустио је да о томе информише родитеље и тиме им ускратио сазнање које је могло бити одлучујуће по питању зачећа или доношења на свет тог детета (Giesen, 2012: 37–38).

#### 4. Грађанскоправна одговорност за нежељени живот

У већини савремених правних система се овакви захтеви редовно одбијају, а у неким правима је чак законом забрањено њихово постављање. Наше законодавство је у том погледу изузетак, будући да је њиме регулисана грађанскоправна одговорност медицинских посленика за нежељени живот, иако не уз употребу тог термина.

##### 4.1. Упоредно право

Већ је речено да је кованица “нежељени живот” (wrongful life)<sup>7</sup> настала у америчком праву, где 60-их година 20. века почиње одисеја ових тужбених

6 Предуслов за правну прихватљивост тужби због нежељеног живота јесте допуштеност прекида трудноће из разлога еугеничке природе. У неким правима ови разлози за прекид трудноће нису признати законом (нпр. у немачком, италијанском и ирском праву) (Ruda, 2010: 207–208).

7 У правној теорији је указивано на неадекватност овог термина, за који се сматра да представља поједностављено виђење сукоба интереса правних субјеката у оваквим случајевима. Истиче се да се ради, не о вредновању живота, односно претпостављању непостојања тзв. нежељеном животу, већ оно што је у оваквим случајевима нежељено

захтева<sup>8</sup>, која се, изгледа, неславно завршила<sup>9</sup>. У само три државе се усвајају тужбени захтеви за *wrongful life* (Њу Џерси, Вашингтон и Калифорнија)<sup>10</sup>. У осам америчких држава (Ајдахо, Индијана, Мичиген, Минесота, Мисури, Пенсилванија, Јужна Дакота и Јута) законом је забрањено подизање и тужби за нежељено рођење и тужби за нежељени живот, док је у једној (Северна Дакота), забрањено само подношење тужби због нежељеног живота (Ruda, 2010: 206; Мујовић Зорнић, 2002: 55–58; Чолаковић, 2008: 497–498).

Немачка је такође једна од држава у којој у судској пракси постоји негативно опредељење спрам основаности тужбених захтева због нежељеног живота, са једнодушним образложењем да је одлучивање о њима супротно уставним одредбама о поштовању људског достојанства. Правна теорија се не одликује тим униформним скептицизмом судске праксе и износи и такве закључке као што је онај да медицински посленици имају дужност према нерођеном детету да његовим родитељима омогуће доношење одлуке која би спречила мучан и тегобан живот са озбиљним психичким и физичким оштећењима (Ruda, 2010: 206; Мујовић Зорнић, 2002: 58–59; Чолаковић, 2008: 499).

Израел је до 2012. године био један од ретких правних система са посебним местом за право болесног детета на надокнаду штете због нежељеног живота. И не само то. У овој држави су и мањи и не толико тешки конгенитални хендикепи бивали поводом за успешно утужење штете (Mor, 2014: 114). Маја 2012. године дошло је до изјашњења Врховног суда Израела којим је стављена тачка на ову правну реалност (Mor, 2014: 113). Овај суд је, у случају «Hammer»<sup>11</sup>, коначно искључио могућност усвајања тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота. Тиме је

---

или погрешно (*wrongful*) јесте непажљиво поступање одговорног лица, којим је родитељима оштећеног детета ускраћена могућност одлучивања о незачећу, односно о прекиду трудноће. Верује се чак да је управо та терминологија, која носи са собом бреме емотивног реаговања и моралног и менталног шока, допринела садашњој судбини оваквих тужбених захтева, будући да се чини као да тужени доводи у питање сам људски живот и вредност постојања (Ruda, 2010: 205).

8 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

9 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

10 Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980), No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983), 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

11 CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

прекинуто вишедеценијско светско «лидерство» Израела у досуђивању надокнада штете у различитим случајевима нежељеног живота. Овоме је, симптоматично, претходило решење предложено од стране специјалног комитета израелског Министарства правде, усмерено на заснивање објективизираниог управноправног приступа, којим би биле замењене деликтне тужбе грађанског права за надокнаду штета због нежељеног живота и успостављен један вид система социјализације одговорности за случајеве нежељеног живота (Мог, 2014: 116).

У Француској је, након одлуке Касационог суда у случају «Perruche»<sup>12</sup> 2000. год, у којој је суд констатовао да дете рођено са хендикепом изазваним вирусом рубеоле има право на надокнаду како материјалне тако и нематеријалне штете, због тога што су лекар и лабораторија, скривљеним кршењем уговора у реализацији пренаталне дијагностике, спречили мајку детета да врши своје право на прекид трудноће, дошло до бурних реакција у стручној и широј јавности. Овом одлуком је започета судска пракса усвајања захтева за надокнаду штете због тзв. «нежељеног живота», која, међутим, није потрајала. На одлуку у случају „Perruche“ француска стручна и шира јавност је бурно реаговала. Резултат те друштвене реакције био је тзв. «Loi Anti-Perruche», Закон о правима пацијената и квалитету система здравствене заштите из 2002. године<sup>13</sup>, којим је забрањено подношење захтева за надокнаду штете због саме чињенице рођења. Ова забрана је постављена једном неспретном формулацијом, јер, како је примећено у правној теорији, она се може заобићи помоћу одговарајућег тумачења, ако се као штета не посматра само рођење, већ последице хендикепа по живот детета (Ruda, 2010: 228–235). Овим законом је било предвиђено успостављање посебног фонда за помоћ хендикепираној деци и њиховим родитељима, али у тај фонд се нису сливала никаква новчана средства, чак ни годину дана по његовом формирању (Giesen, 2012: 40). Европски суд за људска права је у више наврата одлучивао да је поменути закон било повређено право на имовину из чл. 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, тиме што је његовом применом низ особа био ретроактивно лишен права на обештећење за повреду имовинских интереса<sup>14</sup>. Услед тога, у Француској се

12 Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007041543>, 26. 08. 2017.

13 Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&dateTexte=20170826>.

14 *Draon v France*, App. no 1513/03, 6. Oct. 2005 Retrieved 31, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe>, *Maurice v France*, App. no 11810/03, 6. Oct. 2005, Retrieved 31, August, 2017,



могу разматрати тужбени захтеви због нежељеног живота засновани на чињеничном стању оформљеном пре ступања на снагу «Anti-Perruche» закона (Giesen, 2012: 40).

У Холандији су захтеви за надокнаду штете због нежељеног живота допуштени почев од 2005. године и одлуке Врховног суда Холандије у случају “Кели”<sup>15</sup>, којом је детету рођеном са тешким хендикепом била досуђена надокнада штете за трошкове чувања и неге, са додатним трошковима условљеним хендикепом, као и надокнада нематеријалне штете за душевне болове (Giesen, 2012: 40; Ruda, 2010: 204).

#### **4.2. Српско право**

Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести Републике Србије из 2015. године је, у складу са прописаном сврхом пренаталне дијагностике (довођење до здравог и жељеног потомства, дакле, до здравог и жељеног новог живота), предвиђена дужност лекара да “процени да ли постоји и колики је степен вероватноће да ће се дете родити са генетичком болешћу или генетички условљеном аномалијом која је посебно тешка у време њеног откривања”<sup>16</sup>.

Прописана је и дужност лекара да упозна трудну жену са тим да има право на генетичко испитивање. Лекар утврђује потребу за генетичким саветовањем тако да се, између осталог, омогући процена ризика да нерођено дете пати од посебно тешке болести и да се трудна жена информише о карактеристикама те болести, начину откривања, терапијским могућностима и сл., имајући у виду и чињеницу да постојање такве болести или опасности њеног развоја код плода представља законску индикацију за прекид трудноће у поступку на захтев трудне жене, под условима предвиђеним законом<sup>17</sup>.

Дете рођено са генетички условљеном болешћу или аномалијом која га чини особом са инвалидитетом или га озбиљно и трајно онеспособљава, или му даје лошу животну прогнозу, има право на надокнаду штете. Услов је да поменуто стање код детета није било претходно медицински препознато нити дијагностиковано у току ембрионалног или феталног

---

from <http://hudoc.echr.coe>.

15 C03/206HR *Parket bij de Hoge Raad* Retrieved 31, August, 2017, from <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

16 чл. 26, ст. 1 и ст. 2. Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

17 чл. 26, ст. 5 и чл. 27, ст.1 и чл. 6 и 7 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Сл. гласник РС*, 16/95 и 101/05 - др. закон.

развоја. За штету одговара лекар који је поступао противно важећем стандарду медицинске струке или није поштовао медицински протокол и поступао је противно правном стандарду дужне пажње у обављању професионалне делатности. Наглашено је да се штета коју дете трпи у оваквим случајевима не састоји у откривеној генетичкој болести, генетички условљеној аномалији или реткој болести, нити у чињеници да је дете рођено, већ у последицама које због болести, односно аномалије нежељено рођење узрокује у виду повећаних трошкова лечења и неге за дете<sup>18</sup>.

Овим законом су у право Републике Србије уведена два нова облика правом признате штете, штета због нежељеног живота, као имовинска штета, и штета због нежељеног рођења, као неимовинска штета, али је и одговорност лекара за ове штете, као последице лекарске грешке, знатно поштрена у односу на општи режим одговорности медицинских посленика, иако закон у оба случаја упућује на примену општих правила о одговорности за штету (Караникић Мирић, 2016: 119–122; Радишић, 1986: 151).

Штетна радња се састоји у пропусту лекара да, у складу са медицинским стандардом, правилно, потпуно и благовремено постави дијагнозу у пренаталном дијагностичком поступку и правовремено и потпуно о њој информиса родитеље детета. Правом признати облик штете у случајевима нежељеног живота у праву Србије је имовинска штета, која се састоји у повећаним трошковима лечења и неге (Радишић, 2007: 98).

Предвиђено је и да се здравствена заштита деце код превенције, дијагностике и лечења генетичких болести и аномалија обезбеђује у најбољем интересу детета<sup>19</sup>. По овом закону, код пренаталне дијагностике пацијентом се сматра трудна жена, док нерођено дете ужива моралну и правну заштиту преко мајке<sup>20</sup>.

---

18 чл. 33 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

19 чл. 4, ст. 3 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

20 чл. 3, тач. 14 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/15.

## 5. Аргументи за и против грађанскоправне одговорности за штету у случајевима нежељеног живота

Аргументација присутна у готово свим одлукама које се одречно постављају у односу на тужбе за надокнаду штете због нежељеног живота јесте став да базична правила грађанскоправне одговорности онемогућавају чак и само разматрање захтева из ових тужби. Сматра се да је “класично” хипотетичко упоређивање стања пре и након штетне радње (Differenzhypothese) у овим случајевима неприменљиво. Најпре због тога што овде конкретно треба упоредити стање хендикепираног детета, тј. његов живот са конгениталним хендикепом, са стањем које би постојало да није било лекарске грешке – а то је непостојање<sup>21</sup>. Да није било лекарске грешке, родитељи би донели одлуку да се дете не зачне, односно да се прекине трудноћа која је у току. Самим тим је проблематична и узрочна веза.

Лекарска грешка је довела до зачећа и рођења, тј. до рођења детета. Оно тужи лекара тврдећи да трпи штету због отежаног живота услед присуства хендикепа (Ruda, 2010: 208–210). Потребно је да се испуне три услова да би се установила одговорност за лекарску грешку. Најпре, да постоји штета, затим, да је учињена лекарска грешка и треће, да постоји узрочна веза између штете и грешке (Feuillet, 2011: 141). Противници “wrongful life” тужби налазе да у овим случајевима та узрочна веза не постоји. Тако, у једној од критика чувене одлуке у случају “Perruche” тврди се да штета коју дете трпи није узрокована лекаревим пропустом да дијагностикује хендикеп, већ је штета узрокована вирусом рубеоле којим се дететова мајка заразила током трудноће, док је лекарска грешка довела до тога да се дете роди, уместо да се прекине трудноћа (Feuillet, 2011: 141–142). Међутим, треба имати у виду и то да штета не представља, нужно, погоршање ситуације, већ се може састојати у лишавању могућности добити, без реалног губитка (Ruda, 2010: 217). Такође се постављало питање постојања дужности пажње лекара према зачетом а нерођеном детету. Док су једни били на становишту да таква дужност не постоји и да дете није укључено у заштитно поље уговора о пружању медицинске услуге (Ruda, 2010: 222), други су бранили став да је у случајевима пренаталне и генетске дијагностике неспорно да је свака предузета радња вођена и да мора бити вођена у најбољем интересу детета (Ruda, 2010: 222). Чак и ако изађемо из заштитног поља уговора, преостали простор је покривен општом забраном доношења штете другима, а насцитурус је посебно заштићен у том погледу. У Холандији се судови позивају управо на обухваћеност насцитуруса

---

21 49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

заштитним дејством уговора закљученог између лекара или медицинске установе и трудне жене, односно будућих родитеља (Ruda, 2010: 222). У америчким државама у којима судови усвајају овакве тужбене захтеве постоји став да се ради о “деривираној дужности” (derivative duty) према фетусу, јер дете касније пати због последица повреде дужности пажње лекара према родитељима, као и да се дужност обавештавања родитеља протеже и на личности које још увек нису зачете (Ruda, 2010: 224). На другој страни, у Енглеској се сматра да лекар не дугује никакву пажњу детету, јер се кршење дужности пажње његовим понашањем одиграва у време док је оно још увек фетус<sup>22</sup> (Giesen, 2012: 40).

Затим, сматра се да би примена описаног хипотетичког поређења била у супротности са уставном заштитом људског достојанства (Ruda, 2010: 210, Giesen, 2012: 39) и да би такво једно поређење учинило људски живот релативним појмом и мерљивим економским еквивалентима, што би довело до нарушавања неповредивости људске личности (Picker, 1994: 540)<sup>23</sup>. Сматра се да светост и неповредивост људског живота представља моралну и уставноправну препреку одлучивању о њима (Ruda, 2010: 208–210; Thiel, 2002: 5–7; Чолаковић, 2008: 499).

У правима у којима је допуштен прекид трудноће једна група индикација је, по правилу, еугеничке природе. Жени се допушта да одлучи да прекине трудноћу уколико се путем пренаталне дијагностике утврди да постоји опасност рођења детета са сметњама у развоју, са генетским аномалијама и сл. (Feuillet, 2011: 144). Тиме је имплицитно речено да неко може да спречи једно рођење и један живот уколико га не жели. Како је у питању законска норма, очигледно је да је друштво постигло консензус о томе да некада неки животи могу да не буду жељени. Уколико друштво и родитељи не желе да се такво дете роди и живи, поставља се питање зашто би требало очекивати да оно само прихвати такав живот. Осим тога, примера ради, тзв. “Anti-Perruche” закон је донет и одмах ступио на снагу највећим делом због штрајкова медицинских радника запослених у области пренаталне дијагностике и бојазни да ће таква судска пракса, покренута одлуком у случају “Perruche”, обесхрабрити будуће посленике медицинске праксе да се баве пренаталном дијагностиком. Ту, дакле, није био главни мотив универзална вредност људског живота.

22 *McKay v Essex Area Health Authority*, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>, Section 1 Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28/section/1>.

23 361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Такође, у оним правима где је регулисана вештачки потпомогнута репродукција допуштено је, под одређеним условима, уништење ембриона код ког је, у поступку генетског скрининга (тестирања), спроведеног пре имплементације, откривен неки генетски недостатак (Feuillet, 2011: 144).

Поред тога, усвајање тужбеног захтева родитеља због нежељеног рођења потврђује тезу да живот ипак није “светиња” увек, већ да рођење и живот неке особе може, под одређеним околностима (иако посредно), представљати извор штете за неког (Ruda, 2010: 228–229).

Неки теоретичари истичу још и то да се може тврдити да је повређено достојанство личности детета тиме што медицински посленик није посветио дужну пажњу разарајућим последицама хендикепа по дете, те да тако нежељени живот представља повреду личности, односно права личности (Ruda, 2010: 214).

Аргументација против права на надокнаду штете за нежељени живот такође може бити спорна са становишта права на еутаназију (у оним правима где је еутаназија допуштена).

Међу најснажнијим аргументима против правног признавања штете у случајевима нежељеног рођења је бојазан од тзв. “дефанзивне” медицинске праксе и дестимулативног деловања на потенцијалне посленике у области пренаталне дијагностике и генетског саветовања и испитивања<sup>24</sup>. Постоје изражени страхови од претеривања у спровођењу пренаталних дијагностичких поступака и генетског саветовања и саветовања прекида трудноће и у случајевима када није са сигурношћу утврђена еугеничка индикација. Иако може деловати као импулс параноидног ума (Giesen, 2012: 44), штрајкови медицинских радника у Француској после “Perruche” одлуке, показали су да те бојазни ипак имају чврсте темеље. Тврди се да су медицински посленици праксом усвајања одштетних захтева због

---

24 «Као што је свака медицинска интервенција скопчана са ризиком, тако је и сваки правни приступ њој такође ризичан. Упркос томе, и медицинске и правне интервенције су нужне. Оцењујући медицинску интервенцију, правник би морао имати на уму ону чувену Адлерову мисао да је лакше борити се за принципе него живети према принципима. Није неважна ни чињеница да правник суди већином *ex post*, кад је штетна последица већ настала, док лекар мора да процењује збивања унапред, да прогнозира. Сем тога, правници су у повољнијем положају, и због тога што се њихове пресуде, кад постану правноснажне, не могу више нападати ни кад су погрешне. Лекарске грешке не заклања правноснажност иако су оне у стању да узрокују још теже и далекосежније последице. Пацијенте и њихову родбину оне могу довести до огорчења, које се разбуктава и у судски процес. Лекари на тај начин бивају јавно жигосани због својих грешака, и испаштају много више него правници. То је наличје њихове цењене професије» (Радишић, 1986: 285).

нежељеног живота постављени у контрадикторну ситуацију, да учине све што могу да се не роди дете са хендикепом и да не чине ништа што би могло бити ризично, као и да је од обавезе средства настала обавеза резултата (Thiel, 2002: 17). Сматра се да се отварају врата лекарској одговорности без обзира на кривицу и да се појам грешке (error) замењује појмом ризика или “коцке” (alea) (Thiel, 2002: 18)<sup>25</sup>.

Тврди се и да се усвајањем тужбених захтева за надокнаду штете због нежељеног живота “поручује” друштву да је штета родити се са хендикепом и да се формира условни рефлекс повезивања присуства хендикепа са прекидом трудноће (Feuillet, 2011: 143)<sup>26</sup>. На супротној страни стоје чињенице. Већина хендикепа или болести у случајевима нежељеног живота (Теј Сакс, Батенова болест, Spina bifida...) су такве природе да је оболелој особи потребна константна и трајна нега и помоћ. Уз то, нада увек постоји, тако да су они и њихове породице приморани да троше велике суме новца на новооткривене третмане, лекове и сл. Такође, ту су увек присутни и физички и психички болови и страх. Досуђивање надокнаде штете у овим случајевима здравом разуму не може одаслати поруку да је живот са хендикепом мање вредан живљења. Напротив, досуђивањем надокнаде штете детету се омогућава да, и поред хендикепа, води нормалан живот (Giesen, 2012: 44–45).

При свему томе, мишљења смо да правнофилософске расправе о вредности људског живота морају остати по страни. Начелно, треће особе не могу да суде о вредности нечијег живота. Да је то тако, довољно нам говоре бројне санкције које се у праву надовезују на захвате у нечији телесни интегритет. Друштво не може рећи особи којој је живот знатно отежан због болести или генетске аномалије, да треба да ћутке прихвати такав живот и поред тога што је то њој неизмерно тешко, јер у супротном ће се сматрати да су она и они који су јој признали право на олакшавање таквог живота повредили идеал људског достојанства и светости и неприкосновености људског живота. Зар није вређање људског достојанства очекивање (захтев) од неког да ћутке подноси своју психофизичку ускраћеност?

25 Један од разлога брзог законодавног реаговања на пресуду «Perruche» били су штрајкови медицинских радника: видети аргументе француске владе у случају *Draon v France* пред Европским судом за људска права, од 6. октобра 2005. год., стр. 19, Retrieved, 26, August, 2017, from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70447>.

26 Након «Perruche» пресуде у Француској је стотинак породица са хендикепираном децом оформило удружење против «хендикобофије» (l'handiphobie), вршећи притисак на народне представнике у државним институцијама, окривљујући државу за случај «Perruche». То је, поред бројних других озбиљних и бурних реакција, и довело до усвајања поменутог закона (Thiel, 2002: 3).

## 6. Закључак

Тужбени захтеви због нежељеног рођења и нежељеног живота показатељи су и степена развијености правне свести и индивидуалне слободе, на једној страни, али и мањкавости система друштвене солидарности. Истичући овакве захтеве, и родитељи и дете заправо показују да живот са хендикепом представља велики терет у једном друштву које није довољно опремљено, али ни довољно спремно да омогући достојанствен живот таквим особама. Оштећени услед нефункционалног друштвеног система, појединци се обраћају грађанским судовима, да би у грађанском праву пронашли лек за подношење патњи свакодневице.

У оваквим случајевима такође долази до изражаја феномен стварања права кроз његову примену, у одступању од класичних схватања одређених појмова у грађанском праву.

Насцитурус ужива посебну правну заштиту. Штета се може нанети чињењем или пропуштањем. Професионална дужност лекара у односу на мајку и дете предвиђена је законом. Та дужност је прекршена. Неко трпи штету. Штета може бити материјална и нематеријална (морална). Погоршање ситуације која је постојала пре штетног догађаја и поређење стања након тог догађаја са стањем пре тог догађаја нису аксиоми. Ако је неко повредио дужност пажње, довољна је та чињеница, не морамо се освртати на оно што је било пре повреде те пажње. Могли бисмо рећи и приликом одмеравања будуће штете да нико није у стању да предвиђа будућност, исто као што не можемо спознати непостојање, те да стога будућа штета не треба да се надокнади, а она се ипак надокнађује. Емотивни шок који нас савлада пред "нежељеним животом" не треба да буде оправдање за посезање за метафизичком аргументацијом у грађанском праву, и да доведе до ускраћивања друштвене солидарности особама које живе тегобан живот са озбиљним оштећењима, у једном друштву које тежи да намени део својих ресурса заштити генетског здравља свих својих чланова. Прешироко постављање концепције нежељеног живота може значити стигматизацију хендикепираних лица, али то не значи да не треба пружити потребну материјалну помоћ и сатисфакцију онима који живе под нарочито тешким бременом хендикепа, нарочито када је читав један систем организован и усмерен на то да до таквих хендикепа не дође. Осим тога, стигма се у људском друштву, навикнутом да ставља етикете на различите појаве, одувек појављује уз хендикеп. За то није „иницијална каписла“ усвајање захтева за надокнаду штете због нежељеног живота.

## Литература

- Borghetti, J.S. (2008). Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Ou M. Fabre-Magnan, J. Ghestin, P. Jourdain et C. Labrusse-Riou (eds), *Etudes offertes à Geneviève Viney* (p.145–171). Paris: L.G.D.J.
- Carbonnier, J. (1964). *Droit civil, tome premier*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Feuillet, B. (2011). The Perruche Case and French Medical Liability. *Drexel Law Review*. 4. 139–149.
- Giesen, I. (2012). The Use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases. *Utrecht Law Review*. 8. 35–54.
- Караникић Мирић, М. (2016). Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон. *Анали Правног факултета у Београду*. 1. 105–131.
- Ковачевић Куштримовић, Р, Лазић, М. (2011). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта.
- Mor, S. (2014). The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel: a Disability Critique. *Studies in Law, Politics and Society*. 63. 113–146.
- Мујовић Зорнић, Х. (2002). *Нежељено рођење детета као случај штете и одговорност лекара*. Београд: Номос.
- Mujović Zornić, H. (2007). Prenatalne štete u medicini i odgovornost. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 5. 433–452.
- Picker, E. (1995). Schadensersatz für das unerwünschte Kind. *Archiv für die civilistische Praxis*. 540.
- Радишић, Ј. (1986). *Професионална одговорност медицинских посленика*. Београд: Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања.
- Радишић, Ј. (2007). *Одговорност због штете изазване лекарском грешком у лечењу и обавештавању пацијента*. Београд: Номос.
- Reinhart, A (2001). *Wrongful life*. Karlsruhe: VersR.
- Ruda, A. (2010). „I Didn't Ask to be Born”: Wrongful Life from a Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*. 2. 204–241.
- Steinger, B. (2010). Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions. *Journal of European Tort Law*. 2. 125–155.
- Thiel, M.-J. (2002). La jurisprudence Perruche ou la vie handicapée comme préjudice. *Revue des Sciences Religieuses*. 2. 218–245.



Čolaković, M. (2008). Neželjeni život (Wrongful life) kao osnov građanskopravne odgovornosti ljekara. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*. 8. 495–504.

Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. *Службени гласник РС*. Бр. 8 (2015).

Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама. *Службени гласник РС*. Бр. 16 (1995) и Бр. 101 (2005) - др. закон.

Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/28>.

Loi no. 2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Retrieved, 26, August, 2017, from <https://www.legifrance.gouv.fr>.

41 III App. 2d 240, *Zepeda v Zepeda* (1963). Retrieved 31, August, 2017, from <https://www.legale.com/decision/196328141illapp2d2401238>.

49 N.J. 22 227 A.2d 689 The Supreme Court of New Jersey *Gleitman v. Cosgrove* (1967), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

361 So. 2d 546 Supreme Court of Alabama *Eliot v Brown* (1978), Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

No. 48331-1 The Supreme Court of Washington, En Banc. *Harbeson v Parke Davis* (1983). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

97 N.J. 339, 478 A.2d 755 The Supreme Court of New Jersey *Procanik v Cillo* (1984). Retrieved 31, August, 2017, from <http://law.justia.com>.

Case 1513/03 *Draon v France* (2005) ECHR.

Case 11810/03 *Maurice v France* (2005) ECHR.

CA 1326/07 *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* (2012) Retrieved 31, August, 2017, from <http://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Hammer%20v.%20Amit.pdf>.

C03/206HR Parket bij de Hoge Raad Retrieved 31, August, 2017, from <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR5213>.

*Arrete Perruche*, Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701, Retrieved, 26, August, 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr>

*McKay v Essex Area Health Authority*. Retrieved, 26, August, 2017, <http://jme.bmj.com/content/medethics/13/2/69.full.pdf>.

**Milica Vučković, LL.B.**

Teaching Assistant,

Law Faculty, University of Niš

## **CIVIL LIABILITY FOR WRONGFUL LIFE**

### **Summary**

*In legal theory and practice, the controversial issue concerning the right to die, as opposed to the well-established right to live, has been the subject matter of vivid discussion and analysis involving the concepts of assisted suicide (which is deplored by moral and religious norms) and euthanasia (which has already been legally regulated). A legal practitioner may find it much more difficult to think about the relations between the right to life and the right “not to be born”. The latter implies personal liability for negligence (in wrongful birth), i.e. a negligent act or omission which has led to wrongful life of another person. Opinions on this matter are very much divided. In discussions in the field of pedagogy and children’s rights, as well as in everyday life, we can sometimes hear that “a child did not ask to be born”; this expression is intended to emphasize a highly vulnerable position of children in the society. In civil actions concerning claims for compensation of damage for wrongful life, both parents and the child may have the active legitimacy (legal standing as a party in the dispute), depending on the provisions envisaged in the specific legal system. In this paper, the author discusses the right of persons who “did not want to be born” the way they were born (wrongful life), focusing on the compensation for damage (particularly non-pecuniary damages) for living a kind of unwanted life.*

**Keywords:** right to live, right to die, unwanted life, civil liability, wrongful life.

**Др Анђелија Тасић\***  
Доценткиња Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776495T

UDK: 347.949

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ИЗВОЂЕЊЕ ДОКАЗА У ИНОСТРАНСТВУ У ГРАЂАНСКИМ И ТРГОВИНСКИМ СТВАРИМА – УТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ И РЕГИОНАЛНИХ ДОКУМЕНАТА НА НАЦИОНАЛНО ЗАКОНОДАВСТВО\*\***

**Апстракт:** Да би суд донео закониту и правичну одлуку, он мора да изврши ваљану тријажу претходно прикупљеног процесног материјала. Стога, извођење и оцена доказа представљају срж сваког парничног поступка. Уколико се докази на којима се заснивају правно релевантне чињенице налазе у иностранству, сарадња судова у области извођења доказа од круцијалног је значаја за успешно окончање једног парничног поступка. Област парничне процедуре, међутим, и даље одолева утицајима глобализације и остаје, претежно, питање националних законодавстава. Ипак, у сврху оснаживања сарадње судова у области парничне процедуре, донето је неколико значајних докумената. Поред незаобилазне Хашке конвенције о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговинским стварима, процес изградње европског грађанског процесног права изнедрио је и изузетно важну Уредбу ЕУ 1206/2001 о сарадњи између судова држава чланица у грађанским и трговинским стварима. Чињеница да је Србија ратификовала Хашку конвенцију, али и да у процесу придруживања Европској унији тежи хармонизацији прописа са прописима ове организације, отвара питање утицаја наведених стратешки важних докумената на уобличавање правних норми у српском грађанском процесном праву и проблема који се могу јавити у пракси.

**Кључне речи:** доказивање, извођење доказа, оцена доказа, Уредба 1206/2001.

\* andjelija@prafak.ni.ac.rs

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

## 1. Нормативни оквир хармонизације Грађанског процесног права Европске уније у сфери доказивања

Интензивирање развоја Грађанског процесног права ЕУ почиње крајем XX века, изменом постојећих и доношењем нових оснивачких уговора у оквиру ЕУ.<sup>1</sup> Уговором о оснивању Европске уније (Уговор из Мастрихта), донетим 1992. године (ступио на снагу 1. новембра 1993. године),<sup>2</sup> омогућено је јачање сарадње држава у области грађанског судског поступка. Корак даље ка приближавању процесних правила направљен је ступањем на снагу Уговора из Амстердама (Уговор којим се мења Уговор о Европској унији и Уговори о оснивању европских заједница и друга с њима повезана релевантна акта) 1. маја 1999. године (потписан 1997. године).<sup>3</sup> Чланом 65 Уговора из Амстердама предвиђено је да мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима са прекограничним елементом укључују: 1) побољшање и поједностављење система прекограничне доставе судских и вансудских докумената, сарадњу у прикупљању доказа и признање и извршење одлука у грађанским и трговинским стварима, укључујући и одлуке у вансудским стварима; 2) подстицање приближавања правила држава чланица која се тичу колизионих норми и сукоба надлежности и 3) уклањање препрека за добро функционисање правосудног система, и кроз промовисање правила цивилне процедуре примењивих у државама чланицама. Напошетку, у чл. 81 Лисабонског уговора (Уговор о изменама и допунама Уговора о оснивању Европске уније и Уговора о оснивању Европске економске заједнице, потписан 2007. године, ступио на снагу 1. децембра 2009. године)<sup>4</sup> прописано је да ЕУ развија судску сарадњу у грађанским стварима са прекограничним последицама, која се темељи на начелу узајамног признавања пресуда и одлука у вансудским предметима. Ова сарадња може подразумевати утврђивање мера за приближавање закона и прописа држава чланица. Истим чланом Уговора постављени су следећи циљеви: 1) обезбеђивање признавања и извршења пресуда и одлука у вансудским предметима између држава чланица; 2) прекогранична достава судских и вансудских аката; 3) усклађеност

1 Ипак, може се говорити само о интензивирању развоја ГПП ЕУ, не и о његовој експанзији. Иако на први поглед изгледа као да се ГПП ЕУ развија запрепашћујућом брзином, имајући у виду број донетих докумената, чињеница је да се највећи број тих докумената заправо односи на прекограничне спорове (хоризонтална хармонизација), док се остали углавном односе само на одређене области, попут заштите права интелектуалне својине или потрошачких парница (вертикална хармонизација) (Wagner, 2011: 4–8).

2 The Treaty on European Union, *OJ C 191*, 29. 7. 1992.

3 Treaty of Amsterdam, *OJ C 340*, 10. 11. 1997.

4 Treaty of Lisbon, *OJ C 306*, 17. 12. 2007.

правила која се примењују у државама чланицама у погледу сукоба закона и надлежности; 4) сарадња у прикупљању доказа; 5) делотворан приступ правди; 6) уклањање препрека за неометано одвијање грађанских поступака у случају потребе, подстицањем усклађености прописа о грађанском поступку који се примењују у државама чланицама; 7) развој алтернативних метода за решавање спорова и 8) подршка оспособљавању судија и судског особља.

Важност доказивања, једне од судских парничних радњи, несумњива је. „Ако парнични поступак представља средиште једног правног система, онда прикупљање доказа представља срце сваког парничног поступка“ (Van Rhee, Uzelac, 2015: 3). Уједначавање правила о прикупљању и оцени доказа отежава чињеница да правни системи широм Европе прописују различита правила, а међусобно се разликују и системи оцене доказа за који су се различите земље определиле.<sup>5</sup> Начелно, системи оцене доказа могу се поделити у три групе. Прву групу чине државе које су се определиле за систем законске оцене доказа (Белгија и Француска, на пример, иако је потоња номинално опредељена за систем слободне оцене доказа). У другу групу спадају државе у оквиру Велике Британије, које у извесној мери такође признају одступања од система слободне оцене доказа, али не у обиму који то чини, рецимо, Француска. Трећа група држава определила се за систем слободне оцене доказа уз уско постављене изузетке (Немачка, Аустрија, Хрватска, Србија) (Sladić, Uzelac, 2015: 110–112). Имајући у виду да се наведени диспарат прописа односи претежно на поступак оцене доказа, али не и методе за њихово прикупљање, стекла се могућност да се бар у једном сегменту доказивања постигне консензус између држава чланица Европске уније. На основу предлога Републике Немачке, након сагласности Европског парламента (27. фебруар 2001. године) и Економског и социјалног савета (28. фебруар 2001. године), Европски савет 28. маја 2001. године усвојио је Уредбу 1206/2001 о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским и трговинским стварима (у

---

5 Нови миленијум донео је значајне промене у области парничне процедуре уопште, па и у сегменту доказивања. Два су основна разлога за то. Први се тиче дужине трајања парничних поступака. Иако се за споро и неефикасно правосуђе не може окривити само поступак прикупљања и оцене доказа, ипак он умногоме доприноси остваривању права на суђење у разумном року, као једног од основних људских права. Постизање баланса између сазнавања истине, са једне стране, и спровођења ефикасног и економичног поступка остаје један од кључних изазова правосудног система. Други разлог за реформу правила о доказивању лежи у културолошком и техничком развоју савременог света. Примењивост различитих метода за прикупљање доказа зависи од односа који постоји између права на приватност, са једне стране, и права на једноставан и лако доступан приступ правди, са друге стране. (Van Rhee, Uzelac, 2015: 3–4).

даљем тексту: Уредба 1206/2001 и Уредба).<sup>6</sup> Правни основ за доношење ове уредбе представља Уговор из Мастрихта. Уредба се примењује од 1. јануара 2004. године.

Уредба 1206/2001<sup>7</sup> не регулише доказивање уопште, већ само један његов елемент, поступак за прикупљање доказа<sup>8</sup> у иностранству. Ова Уредба примењује се када суд државе чланице<sup>9</sup> (у даљем тексту: суд молилац), у складу са правом те државе, захтева од надлежног суда (у даљем тексту: замољени суд) друге државе чланице извођење доказа или захтева да у другој држави чланици непосредно изведе одређени доказ (чл. 1, ст. 1 Уредбе).

Извођење доказа не може се захтевати ако докази нису намењени за употребу у судском поступку који је покренут или чије се покретање планира (чл. 1, ст. 2 Уредбе).

Уредба се састоји из преамбуле, 24 члана и једног анекса, у коме се налази 10 образаца. Стандардизовани обрасци преведени су на језике свих држава чланица, а на основу њих је омогућена директна сарадња између судова, у складу са чл. 2 Уредбе којим је прописано да суд пред којим је поступак покренут, или пред којим ће бити покренут, упућује захтев за извођење доказа директно суду друге државе чланице који је надлежан за извођење доказа. Свака држава чланица саставља списак судова надлежних за извођење доказа у коме се наводи месна, и, када је потребно, и стварна надлежност тих судова.<sup>10</sup>

Уредовима који следе биће приказане и критички анализиране најзначајније одредбе Уредбе 1206/2001, њихов практичан значај и проблеми који се могу појавити у примени, али и компатибилност са одредбама домаћег процесног права, имајући у виду да се Србија налази у процесу придруживања Европској унији и да на том путу тежи хармонизацији сопствених прописа

---

6 Council regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L 174/1*, 27. 6. 2001.

7 Уредба, као врста правног акта, непосредно се и истовремено примењује у свим државама чланицама. Њено транспоновање у национално законодавство није потребно.

8 Уредба не дефинише појам доказа. За потребе ове Уредбе користи се тумачење Европског суда правде дато у случају *TEDESCO*, према коме је доказ било које средство погодно за добијање информација релевантних за поступак (*Opinion of Advocate General Kokott*, Case 175/06; Rijavec, 2015: 42).

9 „Државе чланице“ јесу све државе чланице ЕУ осим Данске.

10 Списак судова може се наћи на [https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_evidence-374-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-en.do), преузето 19. 9. 2017. године.

са прописима ове организације. Приступањем ЕУ, у Србији ће се и Уредба 1206/2001 непосредно примењивати. Ипак, и до тада је пожељно постићи што виши степен сличности домаћих прописа са прописима ЕУ, ради олакшане примене прописа у споровима са прекограничним елементом.

## 2. Пружање (међународне) правне помоћи

У сржи ове Уредбе налази се потреба за пружањем међународне правне помоћи у области прикупљања доказа. Њено усвајање представља наставак настојања да се олакша рад судова у овој области, започетих доношењем Хашке конвенције о грађанском поступку из 1954. године,<sup>11</sup> а знатно унапредовалих усвајањем Хашке конвенције о прибављању у иностранству доказа у грађанским и трговинским стварима из 1970. године.<sup>12</sup> Иако се за Хашку конвенцију о прибављању у иностранству доказа у грађанским и трговинским стварима може рећи да је поставила здраве темеље прекограничне сарадње судова у домену прикупљања доказа, Уредба 1206/2001 доноси извесне новине, или унапређује сарадњу у области директне комуникације између судова, непосредног извођење доказа у другој држави, увођења стандардних образаца и правила у погледу језика. Најважније од свега, она принцип суверености државе подређује сарадњи између држава у сфери доказивања (Freudenthal, 2003: 7).

Правна помоћ може се разумети у ужем и ширем смислу. У ширем смислу она представља помоћ коју један суд пружа другоме у вршењу његове функције, а у ужем смислу јесте помагање једног суда другом суду у предузимању појединих радњи које се предузимају ван главне расправе (Станковић, 2010: 120). Правна помоћ може бити пружена између домаћих судова и на међународном плану.

Да би међународна правна помоћ била пружена, потребно је да буду испуњене одређене претпоставке. Претпоставке се тичу самог захтева за указивање међународне правне помоћи, постојања узајамности између државе која упућује захтев и замољене државе и чињенице да сама радња није противна јавном поретку замољене државе (Vuković, Kunštek, 2005:

---

11 Уредба о ратификацији Хашке конвенције о грађанском поступку, *Сл. лист ФНРЈ – међународни уговори и други споразуми*, 6/62.

12 Закон о потврђивању Конвенције о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 1/2010 и 13/2013. Један од разлога за доношење Уредбе био је и тај што је у време њеног усвајања Хашка конвенција важила само између 11 држава чланица ЕУ (Ђундић, 2009: 172). За државе ЕУ Уредба представља наследницу Хашке конвенције о прибављању у иностранству доказа у грађанским и трговинским стварима, док ова Хашка конвенција наставља да важи међу земљама које нису чланице ЕУ или их Уредба не обавезује (Данска).

225–226). На тим претпоставкама темеље се и одредбе домаћег Закона о парничном поступку.<sup>13</sup> Под рубрумом „Правна помоћ“ налазе се како правила која се односе на пружање домаће, тако и правила која се односе на пружање међународне правне помоћи.

Чланом 176 ЗПП прописано је да ће судови указати правну помоћ страним судовима на начин прописан законом, међународним уговором, општеприхваћеним правилима међународног права, као и ако постоји узајамност у указивању правне помоћи. У случају сумње о постојању узајамности, обавештење даје министарство надлежно за послове правосуђа. Према чл. 177 ЗПП, судови пружају правну помоћ страним судовима на начин прописан у домаћем закону. Радња која је предмет замолнице страног суда може да се предузме и на начин који захтева страни суд, ако такав поступак није противан јавном поретку Републике Србије. У чл. 178 ЗПП прописано је да ако законом, међународним уговором и општеприхваћеним правилима међународног права није другачије предвиђено, судови ће узимати у поступак замолнице страних суда за пружање правне помоћи, само ако су достављене дипломатским путем и ако су замолница и прилози састављени на српском језику или ако је приложен оверен превод. *Vice versa*, ако међународним уговором није другачије предвиђено, замолнице домаћих суда за правну помоћ достављају се страним судовима дипломатским путем. Замолнице и прилози морају да буду састављени на језику замољене државе или уз њих мора да буде приложен њихов оверени превод (чл. 179 ЗПП).

Правна помоћ се, у складу са Уредбом, може пружити на два начина. Први начин је да замољени суд, на основу захтева молбеног суда, сам изведе доказе. Текстом Уредбе прописане су форма и садржина захтева који се упућује замољеном суду, језик на којем би захтев требало да буде сачињен и начин на који би захтев требало да буде достављен (чл. 4–6 Уредбе). Захтев треба да садржи податке о суду који захтева извођење доказа, податке о странкама, кратак опис чињеничног стања и доказа који треба да буду изведени, податке о особи која треба да буде саслушана, укључујући и питања која треба да јој буду постављена, случајеве у којима сведочење може да одбије као и евентуалну околност да саслушање треба да се изведе под заклетвом. Треба да буде састављен на службеном језику замољене државе, односно на језику или језицима у службеној употреби или на другом језику који је замољена држава допустила. Свака држава чланица дужна је да наведе службене језике или језике органа Европске заједнице на којима захтев може бити састављен (чл. 5 Уредбе). Захтев ће

---

13 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 42/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, у даљем тексту и ЗПП.



бити достављен на најбржи могући начин са којим се замољена држава сагласила. То је сваки онај начин који омогућава да садржина захтева буде верно пренета (чл. 6 Уредбе).

Други начин за пружање правне помоћи јесте да молбени суд у другој држави чланици непосредно изведе доказ, што је регулисано чл. 17 Уредбе. Да би до непосредног извођења доказа дошло, потребно је да молбени суд поднесе захтев централном телу или другом надлежном телу, на одговарајућем обрасцу који представља прилог Уредби. Непосредно извођење доказа допуштено је само онда када се може остварити на добровољној бази, без употребе мера принуде. Уколико постоји потреба да се, у циљу извођења доказа, саслуша одређена особа, она мора бити упозорена да се саслушање обавља на добровољној бази. Централно тело државе чланице (установљено у сврху примене ове Уредбе) у којој ће се извести доказ може да одреди домаћи суд који ће учествовати у извођењу доказа, како би се обезбедила доследна примена чл. 17 Уредбе и поштовање прописаних услова. Нарочито се подстиче употреба средстава модерне технологије, а посебно видео и телеконференцијске везе. Замољена држава може одбити захтев уколико он не спада у надлежност Уредбе, не садржи све потребне елементе (у складу са чл. 4 Уредбе) или уколико је непосредно извођење доказа у супротности са основним начелима правног поретка те државе чланице. Суд који је поднео захтев извршава га на основу права сопствене државе.

Могућност да се докази изводе непосредно на територији друге државе потписнице пружала је и Хашка конвенција из 1970. године, с тим што су државе биле у прилици да ставе резерву на одређене чланове или читаве главе Конвенције.

Компаративном анализом одредаба Уредбе и ЗПП, долази се до закључка да примена Уредбе у делу који се односи на непосредно извођење доказа не би била у супротности са правилима домаћег законодавства, те да измена законских прописа не би била нужна. То се може поткрепити и чињеницом да Србија није ставила резерве на примену Хашке конвенције из 1970. године, која такође оставља ову могућност.<sup>14</sup> Ипак, поједине државе чланице ЕУ, попут Хрватске, измениле су правила којима је уређена парнична процедура управо у циљу олакшане примене правила ЕУ.<sup>15</sup>

---

14 Списак држава које су ратификовале Конвенцију, уз напомену да ли су ставиле резерву може се наћи на <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, преузето 22. 9. 2017.

15 Да би правила парничне процедуре хармонизовала са важећи прописима ЕУ, Хрватска је новелирала свој Закон о парничном поступку (*Narodne novine*, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13,

### 3. Савремена технологија у служби пружања правне помоћи

Један од начина за извођење доказа, према Уредби, јесте употреба савремене комуникацијске опреме. Већ у чл. 8 преамбуле наглашено је да се државе чланице морају старати да се захтев за извођење доказа реализује непосредно и средствима која омогућавају ефикасност поступка. Чланом 10, став. 3 Уредбе прописано је да суд молилац може захтевати од замољеног суда да приликом извођења доказа користи савремена средства комуникације, посебно видео и телеконференцијску везу, а чл. 17, ст. 4 је наглашено да ће централно тело подстицати употребу савремене технологије у случају непосредног извођења доказа. Да би се омогућила примена овог правила из Уредбе, издата је и посебна публикација – Употреба (видео)конференцијске везе за прикупљање доказа у грађанским и трговачким стварима у складу са Уредбом 1206/2001 – практично упутство.<sup>16</sup> У Упутству су понуђени одговори на бројна питања, а између осталог – како се може доћи до сазнања да ли ће држава чланица дозволити непосредно извођење доказа путем видео-конференције, да ли постоје ограничења у смислу врсте доказа који се може извести, како наћи најближи суд који је опремљен одговарајућом техничком опремом и сл.

Закон о парничном поступку прописује да се сведоци, у складу са чл. 245, ст. 1 ЗПП, по правилу саслушавају непосредно на рочишту. Суд може, међутим, решењем да одлучи да се изведе доказ читањем писане изјаве сведока у којој се наводе сазнања о битним спорним чињеницама, одакле су му оне познате и у каквом је односу са странкама у поступку. Писана изјава сведока мора да буде оверена у суду или од стране лица које врши јавна

---

89/14). Под рубрумом „Извођење доказа према Уредби (ЕЗ) бр. 1206/2001 Већа од 28. маја 2001. године о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским и трговинским стварима (у даљем тексту: Уредба 1206/2001) редиговани су чланови 507д до 507х, који служе уподобљавању хрватског парничног поступка са правом ЕУ у сфери прекограничног прикупљања доказа. Према чл. 507д ЗПП Хр, када се извођење доказа треба обавити према Уредби 1206/2001, суд може затражити извођење доказа непосредно од надлежног суда у другој држави чланици или, у складу са претпоставкама из чл. 17 Уредбе 1206/2001, затражити непосредно извођење доказа у другој држави чланици. Судија појединац или овлашћени члан већа хрватског суда који захтева извођење доказа може, у случајевима на које се примењује Уредба 1206/2001, и у складу са том Уредбом, бити присутан и учествовати у извођењу доказа путем замољеног страног суда. Странке, њихови заступници и вештаци могу учествовати у поступку у обиму у коме би у поступку пред хрватским судом могли учествовати у извођењу доказа. Изричито је наглашено да судија појединац или члан већа могу непосредно узводити доказе у иностранству на основу чл. 17, ст. 2 Уредбе 1206/2001.

16 Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 (a practical Guide), <http://ec.europa.eu/civiljustice/>, преузето 29. 9. 2017.

овлашћења. Пре давања изјаве, лице које узима изјаву мора да упозори сведока о правима и дужностима (сведока) прописаним ЗПП. У описаном случају (када се странке не саслушавају непосредно на рочишту), суд решењем може да одлучи, по службеној дужности или на предлог странке, да се сведок саслуша путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање (чл. 245, ст. 3). Против овог решења није дозвољена посебна жалба, а изјаву сведока може суду да поднесе странка или суд може да је затражи од сведока. Према чл. 245, ст. 6 ЗПП, суд може увек да позове сведока који је дао писану изјаву или чија је изјава снимљена да своје сведочење потврди пред судом на рочишту. Чланом 277 ЗПП, предвиђена је могућност и да се саслушање странака, супсидијарно доказно средство, такође обави путем конференцијске везе. Закон о парничном поступку, дакле, оставља могућност и да се сведок саслуша уз помоћ уређаја за тонско или оптичко снимање, што домаћи пропис сврстава у ред оних који иду у корак са савременом технологијом.

Иако резултати истраживања показују да се непосредно извођење доказа ретко користи, управо је саслушање сведока и вештака путем видео-конференције најчешћи облик директног извођења доказа. Као разлози за слабо коришћење могућности да се доказ непосредно изведе наводе се слабо познавање страних језика од стране судија (недовољно добро да би се испитали сведоци или вештаци), одсуство савремене технологије и пропуштање да се судије обуче за непосредно извођење доказа у иностранству (Study on the application of Articles 3(1)(C) and 3, and Articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) NO 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the member states in the taking of evidence in civil or commercial matters (у даљем тексту: Study on the application of Articles), 2012: 12).

#### **4. Неке специфичности захтева за пружање правне помоћи из визуре грађанског процесног права**

Како је већ наглашено, чл. 4 Уредбе прописана је битна садржина захтева. Захтев, дакле, треба да садржи податке о суду који захтева извођење доказа, податке о странкама, кратак опис чињеничног стања и доказа који треба да буду изведени, податке о особи која треба да буде саслушана, укључујући и питања која треба да јој буду постављена, случајеве у којима сведочење може да одбије као и евентуалну околност да саслушање треба да се изведе под заклетвом. У наставку рада биће сагледане процесноправне последице појединих прописаних решења – одбијања и забране сведочења и полагања заклетве, кроз призму важећег Закона о парничном поступку.

Захтев за извођење доказа може да садржи напомену о случајевима у којима је дозвољено да се одбије саслушање лица према правилу државе суда молиоца. То питање уско је повезано са могућношћу употребе доказа прибављених на незаконит начин. Наиме, осим доказа који су прибављени извршењем неког кривичног дела, у упоредном законодавству, теорији и пракси под доказима прибављеним на недопуштен начин сматрају се и они прибављени у супротности са одредбама парничног поступка.<sup>17</sup> Законом о парничном поступку није регулисана употреба доказа прибављених на незаконит начин, а, самим тим, нема ни одређења овог важног појма. Чланом 247 ЗПП прописано је да се као сведок не може саслушати лице које би својим исказом повредило дужност чувања тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности. У наредном, 248 члану, наводи се да сведок може<sup>18</sup> ускратити сведочење о ономе што му је странка као свом пуномоћнику поверила; ономе о чему се странка или друго лице сведоку као верском исповеднику поверила; чињеницама које је сведок сазнао као адвокат, лекар или у вршењу неког другог занимања, ако постоји обавеза чувања професионалне тајне.<sup>19</sup> На питање како поступити уколико се правила о ускраћивању сведочења разликују у држави суда молиоца и замољеног

17 У Аустрији је, на пример, забрањено одавање информације која је једном лицу поверена као свештенику или медијатору или која представља државну тајну, осим ако је лице ослобођено чувања те тајне. У Немачкој не смеју да сведоче лица која учествују, или су учествовала у припремању, изради или дистрибуирању штампаних медија или емитовању радио и тв програма, уколико на тај начин може да буде повређена тајност поверљивог извора као и лица код којих, с обзиром на њихову професију или статус, на основу закона или по природи ствари, постоји обавеза чувања професионалне тајне (Tasić, 2016: 718).

18 Скренула бих пажњу на некоректну употребу термина у овом члану. Синтагма „сведок може ускратити“ упућује да је одлука о ускраћивању сведочења продукт његове слободне воље, а не јасна законска забрана, заправо. Закон о адвокатури (*Сл. гласник РС*, 31/2011 и 24/2012 – одлука УС) у чл. 20 прописује да је адвокат дужан да, у складу са статутотом адвокатске коморе и кодексом, чува као професионалну тајну и да се стара да то чине и лица запослена у његовој адвокатској канцеларији, све што му је странка или његов овлашћени представник поверио или што је у предмету у коме пружа правну помоћ на други начин сазнао или прибавио, у припреми, током и по престанку заступања.

19 То лице може бити и медијатор. Закон о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС*, 55/2014, у чл. 13, ст. 2 уређује да су стране, њихови законски заступници и пуномоћници, посредник, трећа лица која присуствују поступку посредовања, као и лица која обављају административне послове за потребе посредовања, дужни да све податке, предлоге и изјаве у вези са поступком посредовања чувају као тајну и одговарају за штету насталу кршењем ове обавезе. Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење, у чл. 52 прописује да новинар није дужан да открије извор информације, осим података који се односе на кривично дело, односно учиниоца кривичног дела за које је као казна

суда одговор даје чл. 14, ст. 1 Уредбе. Њиме је прописано да се и особа која треба бити саслушана може и сама позвати на правила о ускраћивању или забрани сведочења, било по праву државе замољеног суда, било по праву државе из које је суд молилац. На тај начин се, посредно, не даје примат ниједном законодавству у погледу опсега појма доказа прибављених на недопуштен начин.

Захтев да сведок пре давања исказа положи заклетву, представља анахроно решење појединих упоредних законодавстава.<sup>20</sup> Ипак, уважавајући различитост правних прописа, Уредбом (чл. 4, ст. 1, т. е) је предвиђена могућност да суд молилац у захтеву нагласи да је потребно да се особа саслуша под заклетвом или уз давање одређене изјаве, или у одређеној прописаној форми. Како српско грађанско процесно право не познаје овакву обавезу за лице које се саслушава, отвара се питање која је доказна снага изјаве која није дата под заклетвом. Ипак, „пракса је показала да овакав недостатак не би смео угрозити вредност доказа прибављених у случајевима са прекограничним елементом“ (Rijavec, 2015: 43).

## 5. Мере принуде

Употреба мера принуде регулисана је чл. 13 Уредбе. Уколико је то неопходно, замољени суд примениће одговарајуће мере принуде у случајевима и у обиму у којем домаће право то предвиђа за извршење захтева који би у исте сврхе био поднет од стране националних органа или једне од заинтересованих страна. Мере принуде према странкама у грађанском судском поступку нису предвиђене домаћим правом. Ни према коме се не може применити мера којом се угрожава његов телесни интегритет (узимање узорка крви за ДНК анализу у матернитетским и патернитетским парницама, на пример). Не могу се применити никакве принудне мере према странци која се није одазвала позиву суда ради саслушања, нити се странка може принудити на давање исказа.<sup>21</sup> Суд ће, с обзиром на све околности, да одлучи од каквог је значаја што странка

---

прописан затвор у трајању од најмање пет година, ако се подаци за то кривично дело не могу прибавити на други начин.

<sup>20</sup> Како се у литератури наводи, „у свету ослобођеном предрасуда и религиозних спона, заклетва готово да нема значај“ (Triva, Dika, 2004: 523). Ипак, поједина законодавства, попут белгијског, предвиђају новчану казну уколико сведок одбије да положи заклетву, док друга (Шведска), дају мању правну снагу изјавама које нису дате под заклетвом (Study on the application of Articles, 2012: 79–81).

<sup>21</sup> Слична је ситуација и у државама СРФЈ које су чланице ЕУ – за Хрватску опширније Uzelac, 2015: 4–7, за Словенију Rijavec, 2015: 47. За остале државе ЕУ – Study on the application of Articles, 2012: 117–119.

није дошла на саслушање или што је ускратила исказ (чл. 282 ЗПП). Са друге стране, у складу са чл. 257, ст. 1 ЗПП, ако сведок који је уредно позван не дође, а изостанак не оправда или се без одобрења или оправданог разлога удаљи са места где треба да буде саслушан, суд може да нареди да се принудно доведе и сноси трошкове довођења, а може и да га казни новчаном казном од 10 000 до 150 000. Иста правила важе и за сведока који одбије сведочење или неоправдано ускрати одговор на поједина питања. У складу са чл. 190, ст. 3 ЗПП, ако кажњено физичко лице не плати новчану казну у року одређеном у решењу о кажњавању, суд ће новчану казну да замени казном затвора, у складу са законом којим се уређује извршење кривичних санкција. На исти начин поступа се и са вештацима који неоправдано ускрате вештачење.

Суд државе која подноси захтев може, уколико су прописи о коришћењу принуде другачији, тражити да се приликом узимања доказа примени процесно право те државе. Држава у којој се извршава захтев може га пак одбити, уколико је то у супротности са њеним прописима или постоје очигледне практичне потешкоће за његово остваривање (чл. 10, ст. 3 Уредбе).

## **6. Закључне напомене**

Уредба 1206/2001 представља важан документ којим се омогућава прикупљање доказа у иностранству међу државама чланицама Европске уније. Осим „традиционалног“ метода за пружање правне помоћи у области прикупљања доказа, где замољени суд, по захтеву суда молиоца, прикупља доказе, Уредба оставља и могућност да суд молилац непосредно изведе доказ у другој држави. Иако предвиђена и Хашком конвенцијом о прикупљању доказа у иностранству из 1970. године, ова могућност подигнута је на виши ниво на тај начин што државе чланице не могу да ставе резерву на примену овог члана. Тиме је принцип суверености државе подређен потреби за сарадњом држава чланица у прикупљању доказа. Решења садржана у Закону о парничном поступку Републике Србије у великој мери компатибилна су са онима садржаним у Уредби. Ипак, иако се уредбе као врста правних аката у ЕУ непосредно примењују, те није потребна промена законских прописа, ипак је пример Хрватске, која је у ЗПП инкорпорирала одредбе које олакшавају примену Уредбе, позитивно упоредноправно решење.

## Литература

Ђундић, П. (2009). Уредба о сарадњи између судова држава чланица у прибављању доказа у грађанским и трговинским стварима (ЕС 1206/2001). *Водич кроз право Европске уније*. Београд: Службени гласник: Институт за међународну политику и привреду: Правни факултет, стр. 171–178.

Freudenthal, M. (2003). The Future of European Civil Procedure. *European Journal of Comparative Law*. Vol 7.5 (2003), <https://www.ejcl.org/75/art75-6.html>

Rijavec, V. (2015). Главне карактеристике ЕУ Уредбе о доказима. *Актуалности Грађанског процесног права – национална и успоредна правнотеоријска и практична достигнућа (Зборник радова са међународног саветовања)*. Split, стр. 39–50.

Sladić, J. Uzelac A. (2016). Assesment of Evidence. *Dimension of Evidence in European Civil Procedure*. The Netherlands Kluwer Law International BV, pp. 107–131.

Станковић, Г. (2010). *Грађанско процесно право (прва свеска – парнично процесно право)*. Ниш: Правни факултет у Нишу – Центар за публикације.

*Study on the application of Articles 3(1)(C) and 3, and Articles 17 and 18 of the Council Regulation (EC) NO 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the member states in the taking of evidence in civil or commercial matters.*(2012).

Tasić, A. (2016). The use of illegally obtained evidence in civil proceedings. *Legal, social and political control in national, international and EU law (Collection of papers from the International scientific conference)*. Niš: Faculty of Law, University of Niš, pp. 713–727.

Triva, S. Dika, M. (2004). *Грађанско парнично процесно право*. Zagreb: Narodne novine.

*Using videoconferencing to obtain evidence in civil and commercial matters under Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 (a practical Guide)*, <http://ec.europa.eu/civiljustice/>, преузето 29. 9. 2017.

Uzelac, A. (2015). Coercive measures applied to individuals. *XV World congress of the international association of procedural law*. Istanbul, 26–29. May 2015.

Van Rhee, C.H. Uzelac, A.(2015). Evidence in Civil Procedure: The Fundamentals in Light of the 21st Century, in: C.H. van Rhee and A. Uzelac (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure: Fundamental Issues in a Comparative Perspective*. Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, pp. 3–13.

Vuković, Đ. Kunštek, E. (2005). *Међународно грађанско поступовно право*. Zagreb: Zgombić & Partneri.

Wagner, G. (2011). *Harmonization of Civil Procedure - Policy Perspectives*. Преузето 23. 8. 2016. <http://ssrn.com/abstract=1777233>.

Закон о адвокатури, *Сл. гласник РС*, 31/2011 и 24/2012 – одлука УС.

Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 42/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

Закон о парничном поступку, *Narodne novine*, 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

Закон о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС*, 55/2014.

Закон о потврђивању Конвенције о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 1/2010 и 13/2013.

Уредба о ратификацији Хашке конвенције о грађанском поступку, *Сл. лист ФНРЈ – међународни уговори и други споразуми*, 6/62.

Council regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, *OJ L 174/1*, 27. 6. 2001.

The Treaty on European Union, *OJ C 191*, 29. 7. 1992.

Treaty of Amsterdam, *OJ C 340*, 10. 11. 1997.

Treaty of Lisbon, *OJ C 306*, 17. 12. 2007.

*Opinion of Advocate General Kokott*, Case 175/06.

[https://e-justice.europa.eu/content\\_taking\\_evidence-374-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_taking_evidence-374-en.do), преузето 19. 9. 2017. године.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>, преузето 22. 9. 2017.

<http://ec.europa.eu/civiljustice/>, преузето 29. 9. 2017.



**Andelija Tasić, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**TAKING OF EVIDENCE ABROAD IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS: The influence of international and regional documents on Serbian legislation**

**Summary**

*In order to bring a lawful and fair decision, the competent court has to make a proper assessment of all the collected facts and evidence. Therefore, the process of fact-finding and the assessment of evidence are the essence of the civil procedure. In case legally relevant facts are based on evidence that has to be taken abroad, court cooperation in taking evidence is crucial for successful completion of litigation proceedings. Generally, civil procedure is still resistant to the globalization influences, as it is largely regulated by national legislations. Nevertheless, in order to strengthen court cooperation in the area of civil procedure, the international community brought some important documents. In addition to the Hague Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters (1970), the European Union adopted a very significant Council Regulation (EC) 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters. Given the fact that Serbia has ratified this Hague Convention and aims to harmonize the national legislation with EU legislation in the ongoing EU accession process, it is necessary to analyze the impact of these strategically important international and regional documents on shaping the legal framework in Serbian civil procedure, and to discuss the problems in legal practice arising thereof.*

**Keywords:** *fact-finding, the assessment of evidence, the Hague Convention on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, Regulation (EC) 1206/2001, Serbian legislation*



**Др Наташа Стојановић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776511S

UDK: 347.65/.68:347.961](497.1)  
Раđ примљен: 01.10.2017.  
Раđ прихваћен: 30.11.2017.

## **ОВЛАШЋЕЊА ЈАВНИХ БЕЛЕЖНИКА У УРЕЂЕЊУ ПОРОДИЧНОПРАВНИХ ОДНОСА У ДРЖАВАМА НА ПРОСТОРУ БИВШЕ СФРЈ**

**Апстракт:** У раду аутор кроз призму решења садржаних у породичним законима, прописима о животном партнерству лица истог пола, законима о биомедицински потпомогнутој оплодњи, као и прописима о јавном бележничтву држава на простору бивше СФРЈ осветљава овлашћења јавних бележника у породичноправним стварима. Пажња аутора усмерена је на уочавање сличности и разлика, те предности и недостатака у нормирању надлежности јавних бележника у: поступку утврђивања ванбрачног очинства признањем, поступку биомедицински потпомогнуте оплодње, поступку споразумног развода брака, као и у уређењу личноимовинских и имовинских односа супружника, ванбрачних партнера и сродника. По угледу на легислативу држава на простору бивше СФРЈ, посвећену улози јавних бележника у породичноправним стварима, аутор указује на потребу прецизирања и појашњења појединих законских решења како би се она једнако примењивала на све учеснике у правном промету, као и на могућност проширивања надлежности јавних бележника у сфери споразумног развода брака, када супружници немају заједничку децу над којом врше родитељско право.

**Кључне речи:** породичноправни односи, јавно бележничтво, законодавство држава на простору бивше СФРЈ.

---

\* natasa@prafak.ni.ac.rs

## 1. Уводне напомене

У широком спектру овлашћења која правни пореци признају јавним бележницима (нотарима) у области грађанског права, посебно место припада оним која се тичу породичноправних односа. Та посебност се нарочито огледа у чињеници да породичноправну сферу прожимају интереси појединаца, али и интереси целокупног друштва, те да она представља свеукупност личних, личноимовинских и имовинских односа супружника, ванбрачних или истополних партнера, као и других чланова породичне заједнице.

У државама са простора бивше СФРЈ поступање јавних бележника у породичноправним стварима уређено је породичним законима,<sup>1</sup> законима

---

1 На територији Федерације Босне и Херцеговине у примени су: Породични закон Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 35/2005 – пречишћен текст и 31/2014. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ПЗФБХ); Породични закон Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ПЗРСр) и Породични закон Брчко дистрикта БиХ (*Службени гласник БД*, бр. 23/2007. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ПЗБД). У Републици Македонији примењује се Породични закон (Закон за семејството, *Службен весник на РМ*, бр. 153/2014. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ПЗРМ). У Републици Црној Гори то је Породични закон (*Службени лист РЦГ*, бр. 1/2007 и 53/2016. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ПЗРЦГ). За подручје Републике Хрватске у примени је Породични закон (*Obiteljski zakon, Narodne novine*, бр. 103/2015. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ПЗРХ). У Републици Словенији тренутно се примењује Закон о брачним и породичним односима (*Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Uradni list SRS*, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 и 82/2015), али је ова држава донела нови Породични закон (*Družinski zakonik, Uradni list*, št. 15/2017. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ПЗРСл) који је већ ступио на правну снагу. Овај законски текст почиње да се примењује од 31. марта 2019. године, али је због укључивања јавних бележника у поступак споразумног развода брака предмет наше пажње. На простору Републике Србије примењује се Породични закон (*Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ПЗРС).

о јавном бележништву,<sup>2</sup> законима о биомедицински потпомогнутој оплодњи<sup>3</sup> и законима о животном партнерству особа истог пола.<sup>4</sup>

2 За Републику Хрватску то је Закон о јавном бележништву (*Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine*, br. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009 и 120/2016. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗЈБРХ). У Републици Словенији примењује се Закон о нотаријату (*Zakon o notariatu, Uradni list RS*, št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008 и 91/2013. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗНРСл). На територији Федерације Босне и Херцеговине у примени су: Закон о нотарима Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације БиХ*, br. 49/2002. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗНФБХ); Закон о нотарима Републике Српске (*Службени гласник РС*, br. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 74/2007 – одлука Уставног суда, 50/2010, 78/2011, 20/2014 и 68/2017. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗНРСр) и Закон о нотарима Брчко дистрикта БиХ (*Службени гласник БД*, br. 9/2003 и 17/2006. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗНБД). У Републици Црној Гори у примени је Закон о нотарима (*Службени лист РЦГ*, br. 68/2005, 49/2008 и 55/2016. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗНРЦГ). У Републици Македонији примењује се Закон о нотаријату (Закон за нотаријатот, *Службен весник на РМ*, br. 72/2016. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗНРМ). За Републику Србију то је Закон о јавном бележништву (*Службени гласник РС*, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗЈБРС).

3 На територији Републике Македоније примењује се Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи (Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување, *Службен весник на РМ*, br. 37/2008, 149/2014, 192/2015 и 37/2016. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗБПОРМ). У Републици Црној Гори примењује се Закон о лијечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама (*Службени лист РЦГ*, br. 74/2009. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗЛНАРТРЦГ). У Републици Хрватској у примени је Закон о медицински помогнутој оплодњи (*Narodne novine*, br. 86/2012. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗМПОРХ). У Републици Словенији то је Закон о лечењу неплодности у поступцима оплодње биомедицинском помоћи (*Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo, Uradni list*, št. 70/2000 и 15/2017. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗЛНПОБПРСл). У Републици Србији у примени је Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи (*Службени гласник РС*, br. 40/2017. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗБПОРС). Федерација Босна и Херцеговина још нема законски текст на ову тематику, али постоји Нацрт Закона о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом (У наставку рада биће употребљена и скраћеница НЗЛНБПОФБХ, на интернет страници [http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom\\_naroda/v2/userfiles/files/1/%20u%proceduri\\_2017/Nacrtr%20zakona%20VMPO%20b\\_.pdf](http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/files/1/%20u%proceduri_2017/Nacrtr%20zakona%20VMPO%20b_.pdf). Приступ остварен 20. августа 2017. године).

4 За територију Републике Словеније то је Закон о партнерској вези (*Zakon o partnerski zvezi, Uradni list*, br. 33/2016. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗПВРСл), а за територију Републике Хрватске то је Закон о животном партнерству особа истог пола (*Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine*, br. 92/2014. У наставку рада биће употребљена и скраћеница ЗЖПОИПРХ).

Предмет наше пажње јесу овлашћења која јавни бележници имају: у поступку утврђивања ванбрачног очинства признањем, у поступку биомедицински потпомогнуте оплодње, у поступку споразумног развода брака, код уређивања личноимовинских и имовинских односа супружника, ванбрачних партнера, истополних партнера и других чланова породичне заједнице, са циљем да се испитају и утврде сличности и разлике у решењима држава са простора некадашње СФРЈ, те њихове предности и недостаци, са посебним акцентом на легислативу Републике Србије.

## **2. Поступак утврђивања ванбрачног очинства и материнства признањем**

Као што је познато, порекло детета рођеног ван брака у односу на мајку редовно се утврђује путем максиме *Mater semper in iure certa est*, будући да је то жена која је дете родила. Ако то није могуће, онда се материнство утврђује признањем или судским путем. Исто тако, порекло детета рођеног ван брака у односу на оца утврђује се признањем или у судском поступку, истраживањем очинства.

Од држава на простору бивше СФРЈ једино актуелна законодавства у Федерацији Босни и Херцеговини и Брчко дистрикту БиХ регулишу могућност признања материнства на исти начин као и признање очинства.<sup>5</sup>

Да би изјава о признању очинства била правно валидна и притом произвела дејство у правном промету, потребно је да лице које даје такву изјаву задовољи одређене квалитете, да изјава буде дата пред овлашћеним лицем и да се са њеном садржином сагласе овлашћени субјекти.

У већини бивших југословенских република лице које признаје очинство мора да има најмање навршених 16 година живота, да је способно да схвати смисао онога што чини и какве ће то последице произвести. Иста могућност признаје се и делимично пословно способним лицима.<sup>6</sup> Хрватски законодавац унеколико одступа од овог решења, дозвољавајући и малолетнику млађем од 16 година да призна очинство, али му је потребно одобрење његовог законског заступника,<sup>7</sup> чиме се у значајној мери крњи лични карактер изјаве о признању очинства (тако и: Драшкић, 2005: 204). Словеначки законодавац се не изјашњава о узрасту лица које признаје своје очинство, али инсистира да мушкарац који дете признаје схвата смисао

---

5 Видети: чл. 56 ПЗФБХ, као и чл. 51-52 ПЗБД.

6 Видети: чл. 57 ПЗФБХ, чл. 53 ПЗБД, чл. 55 ПЗРМ, чл. 104 ПЗРЦГ, чл. 63, ст. 1, тач. 2 ПЗРХ, чл. 114 ПЗРСр и чл. 46 ПЗРС.

7 Видети: чл. 63, ст. 1, тач. 3 ПЗРХ.

и последице тога чина.<sup>8</sup> Од правила да је изјава о признању очинства стриктно везана за личност оног ко је даје, те да је стога забрањено заступање у овом правном послу, оглушују се и легислатори у Републици Македонији и Републици Српској, одређивањем могућности признања очинства преко пуномоћника.<sup>9</sup>

Оно што окупира нашу пажњу јесте пред којим овлашћеним субјектом се може очинство признати. Лицу које хоће да призна очинство породичноправни прописи олакшавају правно деловање, будући да такав један правни посао може да се предузме пред органом старатељства, матичарем, судијом или јавним бележником, чиме се у већој мери поштује принцип најбољег интереса детета (Цвејић Јанчић, 2007: 10). Осим тога, изјава о признању очинства може бити садржана у завештању.<sup>10 11</sup> Законодавци у Републици Српској, Републици Словенији и Републици Црној Гори на то овлашћују и било који државни орган који има право да саставља јавне исправе, а хрватски законодавац конзуларног или дипломатског представника који врши конзуларне послове.<sup>12</sup> Од бивших југословенских република, дакле, једино Република Хрватска и Република Македонија не овлашћују јавног бележника да може да узме изјаву о признању очинства.<sup>13</sup>

Оно у чему, такође, нема јединственог гледања на ствар јесте и пред ким треба да се саопшти сагласност овлашћеног лица у погледу дате изјаве о признању очинства. За разлику од законодаваца Републике Црне Горе и Републике Српске који прописују идентично решење као и за давање изјаве о признању очинства,<sup>14</sup> у македонским, хрватским, словеначким, српским породичноправним прописима и законским решењима Брчко дистрикта БиХ на ову тему постоји празнина.<sup>15</sup> Породични закон Федерације Босне и Херцеговине предвиђа двојни колосек, прописујући идентично решење за

---

8 Видети: чл. 116 ПЗРСл.

9 Видети: чл. 52 ПЗРМ и чл. 113 ПЗРСр.

10 Видети: чл. 56 ПЗФБХ, чл. 101 ПЗРЦГ, чл. 115 ПЗРСл, чл. 112 ПЗРСр и чл. 51 ПЗРС.

11 Услед лоше стилизације слова ПЗБД, може се извести закључак да се изјава о признању очинства или материнства може дати и пред записничаром. Видети: чл. 52, ст. 1 ПОБД.

12 Видети: чл. 112, ст. 1 ПЗРСр, чл. 115 ПЗРСл, чл. 101 ПЗРЦГ и чл. 62, ст. 4 ПЗРХ.

13 Видети: чл. 51, ст. 2 ПЗРМ и чл. 62, ст. 1 и 3 ПЗРХ.

14 Видети: чл. 105, ст. 2 и чл. 106, ст. 1 ПЗРЦГ, као и чл. 117, ст. 1 и чл. 119 ПЗРСр.

15 Видети: чл. 56, ст. 1 и чл. 57, ст. 1 ПЗРМ, чл. 64 ПЗРХ, чл. 117 ПЗРСл, чл. 48, ст. 1 и чл. 49, ст. 1 ПЗРС, као и чл. 57 ПЗБД.

мушкарца који признаје очинство и мајку детета,<sup>16</sup> док за дете стипулише да се оно може сагласити са изјавом о признању очинства само пред органом старатељства, његовог места пребивалишта, односно боравишта.<sup>17</sup>

Измене и допуне Породичног закона Републике Србије ништа не прецизирају о каквој врсти исправе је реч коју саставља јавни бележник када се изјава о признању очинства даје пред њим. На ту тему нешто су прецизнији у формулацијама законодавци у Републици Црној Гори, Републици Словенији и Републици Српској, који користе израз „јавна исправа“. У правној литератури има мишљења, са позивом на одговарајуће одредбе породичноправних прописа у Федерацији Босни и Херцеговини, да се овде ради о нотарски обрађеним исправама, што је заправо форма јавнобележничког записа (Ровлакић, 2013: 262). Сматрамо да је, барем када је реч о правном простору Републике Србије, преко потребно прецизирати који облик мора имати изјава о признању очинства дата пред јавним бележником. Такође, интереси правне сигурности налажу да се стипулише могућност давања сагласности на саопштену изјаву о признању очинства од стране мајке и детета које се признаје пред јавним бележником, као и форма коју та сагласност мора да има.

### 3. Поступак зачећа детета уз биомедицинску помоћ

Породичноправни прописи свих држава са простора бивше СФРЈ, паралелно са регулисањем материнства и очинства детета зачетог природним путем, уређују и материнство и очинство детета зачетог уз биомедицинску помоћ.<sup>18</sup> Од тога одступа Република Црна Гора, будући да ову материју, осим Породичног закона, регулише и Законом о лијечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама.<sup>19</sup>

За дете зачето у поступку биомедицински потпомогнуте оплодње важи да је његова мајка жена која га је родила, те да није дозвољено утврђивати материнство жене која је даровала јајну ћелију за његово зачеће.<sup>20</sup>

Оцем детета зачетог уз биомедицинску помоћ сматра се мушкарац који је супружник, односно ванбрачни партнер жене која га је родила, и то током

---

16 Видети: чл. 62, ст. 3 ПЗФБХ.

17 Видети: чл. 63, ст. 1 ПЗФБХ.

18 Видети: чл. 89–90 ПЗФБХ, чл. 62 и 71 ПЗРМ, чл. 112 и 118 ПЗРЦГ, чл. 82–83 ПЗРХ, чл. 133–134 ПЗРСл, чл. 135–136 ПЗРСр, чл. 74–75 ПЗБД, као и чл. 57–58 ПЗРС.

19 Видети: чл. 112 и 118 ПЗРЦГ и чл. 46–48 ЗЛНАРТРЦГ.

20 Видети: чл. 89 и чл. 90, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 82, ст. 1 ПЗРХ, чл. 133 ПЗРСл, чл. 47 ЗЛНАРТРЦГ, чл. 57 ПЗРС, као и чл. 74 ПЗБД.



трајања брака или 300 дана по престанку брака. И у овом случају није допуштено истраживати очинство мушкарца који је даровао семене ћелије за његово зачеће, а мушкарац који се сматра оцем детета може оспоравати своје очинство једино ако дете није зачето у поступку биомедицински потпомогнуте оплодње или ако није дао пристанак за његово спровођење.<sup>21</sup>

Да би се поступак зачећа детета уз примену савремених научно проверених биомедицинских достигнућа могао спровести, породични закони и закони о којима се уређује поступак биомедицински потпомогнуте оплодње држава са простора некадашње СФРЈ захтевају пристанак, у писаној форми, свих субјеката који се подвргавају поступку биомедицински потпомогнуте оплодње,<sup>22</sup> и то за сваки поступак посебно,<sup>23</sup> као и субјеката-даваоца репродуктивних ћелија или ембриона.<sup>24</sup>

Српски законодавац прописује за даваоце репродуктивних ћелија или ембриона, а не и за лица која се подвргавају самом поступку биомедицинске оплодње, да изјаву о пристанку за њихово даровање, у писаној форми, морају дати искључиво пред здравственим радником у Банци репродуктивних ћелија, ткива и ембриона или у Центру за биомедицинску оплодњу.<sup>25</sup> Отуда, следи и логично питање, пред ким онда лица која се подвргавају поступку зачећа уз биомедицинску помоћ дају свој пристанак за то у писаној форми? У законодавству других држава са простора бивше СФРЈ ствар је нешто другачија. Наиме, словеначки и црногорски законодавац одређују да лица која се подвргавају овом поступку и даваоци репродуктивних мушких или женских ћелија морају да у писаној форми дају пристанак.<sup>26</sup> Хрватски законодавац инсистира на писаном пристанку лица која се подвргавају биомедицинској оплодњи.<sup>27</sup> Идентично решење предвиђено је и за даваоце

---

21 Видети: чл. 89 и чл. 90, ст. 2 ПЗФБХ, чл. 62 и чл. 71 ПЗРМ, чл. 83, ст. 1–4 ПЗРХ, чл. 134 ПЗРСл, чл. 135 и чл. 136, ст. 1 ПЗРСр, чл. 74 и чл. 75, ст. 2 ПЗБД, чл. 112 и чл. 118 ПЗРЦГ, чл. 48 ЗЛНАРТРЦГ, као и чл. 58 ПЗРС.

22 Видети: чл. 90, ст. 1–2 ПЗФБХ и чл. 35, ст. 1 НЗЛНБПОФБХ; чл. 71 ПЗРМ и чл. 12, ст. 1 ЗБПОРМ; чл. 82, ст. 2–3, чл. 83 ПЗРХ и чл. 14, ст. 1–2 ЗМПОРХ; чл. 133, ст. 1, чл. 134, ст. 1 ПЗРСл и чл. 22, ст. 1 ЗЛНПОБПРСл; чл. 136, ст. 1 ПЗРСр; чл. 75, ст. 1–2 ПЗБД; чл. 118, ст. 1 ПЗРЦГ и чл. 25, ст. 1 ЗЛНАРТРЦГ, као и чл. 58, ст. 1–2 ПЗРС и чл. 27 ЗБПОРС.

23 Видети: чл. 35, ст. 2 НЗЛНБПОФБХ, чл. 12, ст. 2 ЗБПОРМ, чл. 14, ст. 2 ЗМПОРХ, чл. 22, ст. 6 ЗЛНПОБПРСл, чл. 25, ст. 1 ЗЛНАРТРЦГ и чл. 27, ст. 2 ЗБПОРС.

24 Видети: чл. 13, и чл. 15, ст. 1–2 ЗБПОРМ, чл. 19, ст. 1–2 ЗМПОРХ, чл. 25, ст. 1 ЗЛНПОБПРСл, чл. 29 ЗЛНАРТРЦГ и чл. 38 ЗБПОРС.

25 Видети: чл. 38, ст. 3 ЗБПОРС.

26 Видети: чл. 22, ст. 1 и чл. 25 ЗЛНПОБПРСл, као и чл. 25, ст. 1 и чл. 29 ЗЛНАРТРЦГ. У том правцу, такође, видети и чл. 35, ст. 1 НЗЛНБПОФБХ.

27 Видети: чл. 14, ст. 1–2 ЗМПОРХ.

репродуктивних ћелија, док се за даваоце ембриона захтева писани пристанак, који притом мора да овери јавни бележник.<sup>28</sup> Исти правац деловања има и македонски законодавац.<sup>29</sup> Нејасно је, међутим, да ли је овакво подвајање последица пропуста законодаваца<sup>30</sup> у Републици Хрватској и Републици Македонији или њихове жеље да деловање јавних бележника веже само за даваоце ембриона.<sup>31</sup>

#### 4. Поступак за споразумни развод брака

Према породичноправним прописима бивших југословенских република један од могућих начина развода брака јесте, поред развода брака по тужби једног од супружника, и споразумни развод брака.<sup>32</sup>

Развод брака на подлози споразума супружника подразумева да они у први план стављају своју децу и заштиту њихових интереса, те да односи међу супружницима нису у тој мери поремећени да се међу њима не би постигао договор о будућем одвојеном животу.

И док се у праву Републике Српске споразумни развод брака везује само за супружнике који немају заједничку малолетну биолошку или усвојену децу или пунолетну децу над којима је продужено родитељско старање, у правним системима других држава са простора бивше СФРЈ такво ограничење не постоји, те развод брака на основу споразума могу захтевати сви супружници.<sup>33</sup> Штавише, Породични закон Брчко дистрикта БиХ, у погледу споразумног развода брака, потенцира управо могућност развода брака на основу споразума супружника који имају заједничку децу над којом врше родитељско право, под условом да постоји разлог за развод брака – тешка и трајна поремећеност брачних односа.<sup>34</sup>

---

28 Видети: чл. 19, ст. 2 ЗМПОРХ.

29 Видети: чл. 12, ст. 1–2, чл. 13 и чл. 15, ст. 1–2 ЗБПОРМ.

30 Видети: чл. 12, ст. 1 чл. 13 и чл. 15, ст. 1–2 ЗБПОРМ.

31 Измене и допуне ЗБПОРМ, извршене 2014. године, уводе у македонско право институт сурогат материнства. Овом новином, поред осталог, прописано је да брачни пар који се подвргава поступку биомедицински потпомогнуте оплодње и сурогат мајка морају да дају сагласност у писаној форми, које оверава јавни бележник. Такође, и уговор који склапају супружници и сурогат мајка, а којим се ближе уређују њихова права и обавезе, мора бити у писаном облику и оверен од нотара. Видети: чл. 12-б, ст. 1–2 и чл. 12-д овог законског текста.

32 Видети: чл. 56–58 ПЗРЦГ, чл. 41–44 ПЗФБХ, чл. 39–43 ПЗРМ, чл. 50–57 ПЗРХ, чл. 96–98 ПЗРСл, чл. 52–56 ПЗРСр, чл. 39–40 ПЗБД и чл. 40–41 ПЗРС.

33 Видети: чл. 55, ст. 1 ПЗРСр, чл. 39, ст. 1 ПЗРМ, чл. 42 ПЗФБХ, чл. 57, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 97 ПЗРСл, чл. 51, ст. 1, тач. 1 ПЗРХ и чл. 40, ст. 1 ПЗРС.

34 Видети: чл. 39–40 ПЗБД.

На ову разлику надовезује се још једна, могло би се рећи квалитативна и суштинска разлика, која се односи на све споразумне разводе бракова супружника који имају децу над којом врше родитељско право. Наиме, услов *sine qua non* за разматрање предлога за споразумни развод брака у Републици Црној Гори и Републици Србији јесу претходно постигнути споразуми супружника у писаној форми о вршењу родитељског права и подели заједнички стечене имовине.<sup>35</sup> Споразум о вршењу родитељског права може се јавити у два облика, као споразум о заједничком вршењу родитељског права и као споразум о самосталном вршењу родитељског права.<sup>36</sup> Строже захтеве за споразумни развод брака поставља законодавац у Федерацији Босни и Херцеговини, инсистирајући на томе да су супружници у браку провели најмање шест месеци, као и да су постигли споразум не само о вршењу родитељског права, већ и о издржавању супружника.<sup>37</sup> Словеначки законодавац не захтева да је брак одређено време трајао, али тражи од супружника договор око: остваривања родитељског права, издржавања супружника, о томе ко ће бити закупац стана у коме су заједно живели супружници, као и о подели заједнички стечене имовине. При томе, слово Породичног закона ове бивше југословенске републике недвосмислено одређује да споразум супружника о деоби имовине мора да има форму извршног јавнобележничког записа.<sup>38</sup> Нешто блаже услове за споразумни развод брака прописује хрватски законодавац, захтевајући од супружника да уз предлог за споразумни развод брака доставе и план о заједничком родитељском старању и извештај о обавезном саветовању.<sup>39</sup> Готово у истој равни са хрватским легислатором су македонски и законодавац Брчко дистрикта БиХ који од супружника једино тражи да се, у форми писаног споразума, договоре око вршења родитељског права.<sup>40</sup>

Развод брака, и уже споразумни развод брака, у државама на простору бивше СФРЈ у надлежности је судова. Иако би било више елемената да се брак на основу споразума супружника разводи у ванпарничном поступку, будући да је реч о неспорној ствари (тако и: Dika, 2009: 1158), развод се, ипак, остварује у парничном поступку.<sup>41</sup> Суд се не упушта у то да ли има

35 Видети: чл. 57, ст. 2 ПЗРЦГ и чл. 40, ст. 2 ПЗРС.

36 Видети: чл. 77, ст. 1 и чл. 79, ст. 1 ПЗРЦГ и чл. 40, ст. 3 ПЗРС.

37 Видети: чл. 44, ст. 1 ПЗФБХ.

38 Видети: чл. 96, ст. 1 ПЗРСл.

39 Видети: чл. 55, ст. 1, у вези са чл. 456 ПЗРХ.

40 Видети: чл. 39, ст. 2 ПЗРМ и чл. 45 ПЗБД.

41 Насупрот томе, у Републици Аустрији и Републици Немачкој за споразумни развод брака прописана је ванпарнична процедура. О томе опширније видети код: Ријавец, 2010: 122–123.

смисла одржати „напукли“ брак и шта је допринело томе, већ на основу испитивања свих правно релевантних чињеница и спровођења доказног поступка проверава да ли је и у којој мери споразум о вршењу родитељског права у најбољем интересу детета. Уколико тај захтев није испуњен, суд има право да на другачији начин уреди остваривање родитељског старања о деци.<sup>42</sup> У појединим законодавствима на простору бивше СФРЈ за овакву ситуацију прописано је да се предлог за споразумни развод брака одбија.<sup>43</sup> У томе му значајну стручну помоћ пружа орган старатељства.<sup>44</sup>

Породични закон Републике Словеније, осим споразумног развода брака за који је надлежан суд, прописује и могућност да се супружници, на подлози споразума, разведу пред јавним бележником. За примену овог решења захтева се да супружници немају заједничку децу над којом врше родитељско право, а да они уз то постигну и сагласност о подели заједнички стечене имовине, издржавању супружника и закупу стана у коме су живели као супружници. Нотар је дужан да постигнути споразум супружника обликује у форми нотарског записа. Брак се сматра разведеним онога дана када је јавнобележнички запис потписан.<sup>45</sup>

Решење словеначког законодавца којим се супружницима без заједничке деце над којима се врши родитељско право омогућава да се споразумно разведу пред јавним бележником заслужује пажњу и наш нормотворац би требало да га уважи у будућој редакцији Породичног закона. Правни механизам путем кога би јавни бележници у Републици Србији добили овлашћење да споразумно разводе бракове – да ли тако што би породичноправним прописима било предвиђено директно упућивање предлога за споразумни развод брака од стране супружника или, као у случају поступка за расправљање заоставштине, могућношћу његовог поверавања одлуком суда остаје да се види (о томе: М. Dika, 2009: 1158–1159). У сваком случају, оно што је без дубље анализе и практичне провере видљиво на први поглед јесте да ће таквим законодавним потезом потпуније бити примењена Препорука о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова [бр. Р (86) 12] Комитета министара Савета Европе из 1986. године,<sup>46</sup> којом се, поред осталог, предвиђа смањивање

42 Видети: чл. 53, ст. 1 ПЗРХ, чл. 363, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 256, ст. 1 ПЗРМ и чл. 272, ст. 2 ПЗРС.

43 То изричито прописују чл. 44, ст. 2 ПЗФБХ и чл. 96, ст. 2 ПЗРСл.

44 На основу: чл. 361 ПЗРЦГ, чл. 256, ст. 1 ПЗРМ, чл. 54, ст. 3, у вези са чл. 321 и чл. 325 ПЗРХ, као чл. 270 ПЗРС.

45 Видети: чл. 97, ст. 1–2 ПЗРСл.

46 *Reommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning mesures to prevent and reduce the excessive workload in the courts.* Преузето 30. августа 2017. године. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

„вансудских дужности судија“, а што поступак за споразумни развод брака супружника без заједничке деце о којима се они старају, заправо, представља.

## 5. Располагање имовином пословно неспособних лица

Малолетници и пунолетна лица којима је одузета пословна способност у свим државама на простору бивше СФРЈ уживају појачану правну заштиту управо због недовољног правног капацитета да заштите себе и своје интересе.

У односу на Породични закон Федерације Босне и Херцеговине, Породични закон Брчко дистрикта БиХ и Породични закон Републике Србије, који јасно раздвајају млађе малолетнике (узраст до навршених 14 година,<sup>47</sup> односно 16 година живота<sup>48</sup>), од старијих малолетника (узраст од навршених 14, односно 16 година живота) у погледу врсте правних послова имовинске природе које они могу предузимати самостално или уз сагласност (претходну или накнадну) својих родитеља, односно (ово важи само за српско право), за послове располагања непокретностима или покретностима велике вредности и сагласност органа старатељства,<sup>49</sup> <sup>50</sup> у правним системима других држава са простора некадашње СФРЈ ствар је нешто другачија. Новелирани Породични закон Републике Црне Горе омогућава свим малолетницима, без обзира на узраст, да склапају имовинскоправне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, а за располагања одговарајућим имовинским правима и сагласност органа старатељства.<sup>51</sup> Словеначки Породични закон омогућава малолетницима са навршених 15 година живота да склапају правне послове, уз ограничење да им је за послове који значајно утичу на њихов

---

47 Ово је решење прихваћено у Федерацији Босни и Херцеговини и Републици Србији.

48 Такав концепт усваја законодавац Брчко дистрикта БиХ.

49 Видети: чл. 137, ст. 2 ПЗФБХ, чл. 120, ст. 2 ПЗБД и чл. 64, ст. 1-2 ПЗРС.

50 У српској правној литератури нема јединственог гледишта да ли се за оптерећење и отуђење одређених имовинских добара малолетника захтева сагласност родитеља и органа старатељства (тако: Драшкић, 2005: 273; Ковачек-Станић, 2007: 298) или само сагласност органа старатељства (тако: Поњавић, 2007: 234). Садржина чл. 64, ст. 2 ПЗРС може бити протумачена у оба правца. Ако се пође од језичког тумачења, проистиче да је исправно схватање у прилог давања сагласности само органа старатељства, а не и родитеља. Међутим, уколико се ова одредба тумачи циљно (постићи најбољи интерес детета) и систематски (чл. 193, ст. 3 ПЗРС јасно одређује да је родитељима за располагање одређеним имовинским правима њихове деце потребна сагласност органа старатељства) протумачи, проистиче да има места за „двоструку“ сагласност.

51 Видети: чл. 66, ст. 1, у вези са чл. 308, ст. 2 ПЗРЦГ.

живот потребна сагласност родитеља.<sup>52</sup> На сличним позицијама су и македонски и хрватски законодавци,<sup>53</sup> док се законодавац у Републици Српској по овом питању децидирано не изјашњава.<sup>54</sup>

Правно класификовање млађих и старијих малолетника има сходну примену и у погледу потпуно пословно неспособних и делимично пословно способних пунолетних лица.<sup>55 56</sup>

За разлику од Породичног закона Републике Србије који прописује да родитељи детета могу, уз претходну или накнаду сагласност органа старатељства, отуђивати или оптерећивати непокретности и покретне ствари велики вредности,<sup>57</sup> породични закони других држава са простора бивше СФРЈ унеколико другачије регулишу ову правну ситуацију. Законодавци у Републици Црној Гори, Федерацији Босни и Херцеговини, Брчко дистрику БиХ, Републици Хрватској и Републици Српској уместо термина „велике вредности“ за покретности малолетника којима се располаже, употребљавају израз „вредније“, али за све ствари и права из имовине.<sup>58</sup> На другом крају су словеначки и македонски законодавац који прописују да родитељи могу отуђивати или оптерећивати имовинска добра свог детета без означавања њихове вредности.<sup>59</sup> Предност коришћења формулација „покретне ствари велике вредности“ или „вредније ствари или права из имовине“ огледа се у томе што се орган старатељства не ангажује увек када се располаже имовинским добрима малолетника, већ само када она имају одговарајућу вредност. Ове формулације, међутим, пате и од недостатака, будући да се употребљени правни стандарди могу различито интерпретирати и примењивати у пракси органа старатељства (тако и: Povolakić, 2009: 261–262). За македонске центре за социјални рад

---

52 Видети: чл. 146, ст. 2 ПЗРСл.

53 Видети: чл. 162 ПЗРМ и чл. 85, ст. 2 ПЗРХ.

54 Додуше, у чл. 211 и чл. 212 ПЗРСр говори се о старатељству лица које није навршило 15 година и лица које је навршило 15 година живота, али нема ближег одређења пословне способности ових категорија малолетника.

55 Видети: чл. 168 ПЗРМ, чл. 263 ПЗРСл, чл. 239 ПЗРЦГ, чл. 194, ст. 1–2 ПЗФБХ, чл. 211 ПЗРСр, чл. 175 ПЗБД и чл. 146, ст. 2 и чл. 147, ст. 2 ПЗРС.

56 Словеначки законодавац не прави ово разликовање. Видети: чл. 262 ПЗРСл. Од овог правила, такође, одступа хрватски законодавац, будући да према Породичном закону пунолетно лице не може бити потпуно лишено пословне способности. Видети: чл. 234, ст. 1–2 овог законског текста.

57 Видети: чл. 193, ст. 3 ПЗРС.

58 Видети: чл. 308, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 266, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 243, ст. 1 ПЗБД, чл. 101, ст. 1 ПЗРХ и чл. 287 ПЗРСр.

59 Видети: чл. 149, ст. 1 ПЗРСл и чл. 221, ст. 2 ПЗРМ.

употребљена формулација, без назначивања вредности имовинских добара којима родитељи располажу, значи повећани обим посла, док се у Републици Словенији то питање и не поставља, будући да орган старатељства нема овлашћења за такав вид деловања.

Оно што је, такође, уочљиво јесте да су у већини бивших југословенских република органи старатељства „главни контролори“ у располагању родитеља дечијом имовином.<sup>60</sup> Од тога одступају словеначки и хрватски законодавац који заштиту најбољег интереса детета остварују преко квалитативно другачијих механизма. У Републици Словенији родитељи без ичије сагласности могу да отуђују и оптерећују имовинска добра своје деце. Међутим, када постоји опасност да ће родитељи таквим располагањима угрозити имовинску сигурност детета, онда суд мора донети одлуку којом га штити.<sup>61</sup> У Републици Хрватској, један од родитеља може располагати дечијом вреднијом имовином, али му за то треба писана сагласност другог родитеља који врши родитељско право и одобрење суда у ванпарничном поступку.<sup>62</sup>

Актуелни породичноправни прописи бивших југословенских република потенцирају да родитељи могу располагати имовином деце над којом врше родитељско право само ради задовољавања њихових потреба. Од тог правила одступа једино македонски законодавац, будући да у исти ранг ставља и потребе породичне заједнице.<sup>63</sup>

Породичноправним прописима који се примењују на простору бивших југословенских република није стипулисана форма за правне послове којим се располаже имовином пословно неспособних лица. Разлог, претпостављамо, лежи у чињеници да је у законима о јавном бележничтву већ садржана таква одредба којом се децидирано одређује да уговор о располагању имовином малолетних лица или лица којима је одузета пословна способност морају имати форму јавнобележничког записа.<sup>64</sup> Закон о јавном бележничтву Републике Србије прописује форму јавнобележничког записа само када се располаже непокретностима пословно неспособних лица. Тиме се отвара простор за различита

---

60 Видети: чл. 266, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 287 ПЗРСр, чл. 243, ст. 1 ПЗБД, чл. 308, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 221, ст. 2 ПЗРМ и чл. 193, ст. 2 ПЗРС.

61 Видети: чл. 149, ст. 2 ПЗСЛ.

62 Видети: чл. 101, ст. 1 ПЗРХ.

63 Упоредити: чл. 221, ст. 2 ПЗРМ, са чл. 149, ст. 1 ПЗРСл, чл. 266, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 308, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 287 ПЗРСр и чл. 193, ст. 4 ПЗРС.

64 Видети: чл. 52, ст. 1, тач. 2 ЗНРЦГ, чл. 73, ст. 1, тач. 2 ЗНФБХ, чл. 47, ст. 1, тач. 2 ЗНРСл, чл. 53, ст. 1 ЗЈБРХ и чл. 68, ст. 1, тач. 2 ЗНРСр.

поступања у пракси, поготово када се располаже покретностима велике вредности. Будући да домаћи породичноправни прописи инсистирају на томе да и располагање покретним стварима велике вредности мора бити праћено претходном или накнадом сагласношћу органа старатељства, чини се да има места због тога, као и због значаја који таква добра имају за правни промет, да се и ови правни послови склапају у форми јавнобележничког записа.

## **6. Уређење личноимовинских односа супружника, ванбрачних партнера и сродника**

Изддржавање као право, али и дужност између супружника, ванбрачних партнера и сродника одређеног степена сродства уређују породичноправни прописи свих држава са простора бивше СФРЈ.<sup>65</sup> Словеначко и хрватско право такву могућност прописују и за истополне партнере.<sup>66</sup>

И поред одређених одступања у погледу нормирања института законског издржавања, оно има своје утемељење у основним принципима који важе за све правне системе чија су решења била предмет наше пажње.

За успостављање алиментационе везе између повериоца и дужника издржавања редовно је потребно задовољење како објективних, тако и субјективних услова.<sup>67</sup>

Давалац издржавања даје према својим могућностима, а примаоцу се издржавање одмерава према потребама.<sup>68</sup>

Изддржавање деце има предност у односу на издржавање осталих сродника, те супружника или ванбрачних партнера.<sup>69</sup>

---

65 Видети: чл. 253–284 ПЗРЦГ, чл. 178–202 ПЗРМ, чл. 213–249 ПЗФБХ, чл. 100–108 и чл. 183–199 ПЗРСл, чл. 281–319 ПЗРХ, чл. 231–268 ПЗРСр, чл. 192–213 ПЗБД и чл. 151–167 ПЗРС.

66 Видети: чл. 2, ст. 2 и чл. 3, ст. 3 ЗПВРСл, као и чл. 39 ЗЖПОИПРХ.

67 Видети: чл. 292, ст. 2, чл. 299 и чл. 304 ПЗРХ; чл. 257, ст. 2, чл. 262, ст. 3, чл. 268, ст. 3 и чл. 271, ст. 3 ПЗРЦГ; чл. 181, ст. 2, чл. 185, ст. 2, чл. 187 и чл. 193 ПЗРМ; чл. 219, ст. 2, чл. 226 и чл. 231 ПЗФБХ; чл. 100, ст. 3 и чл. 185, ст. 2 ПЗРСл; чл. 236, ст. 2, чл. 243–244 и чл. 249 ПЗРСр, чл. 198, ст. 2, чл. 205 и чл. 210 ПЗБД, као и чл. 151, ст. 3, чл. 152, ст. 2, чл. 153, ст. 2, чл. 155, ст. 4, чл. 156, ст. 2 и чл. 159, ст. 4 ПЗРС.

68 Видети: чл. 282 ПЗРХ, чл. 272, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 194 ПЗРМ, чл. 214, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 103 и чл. 189 ПЗРСл, чл. 232, ст. 1 ПЗРСр, чл. 193 ПЗБД, као и чл. 160, ст. 1 ПЗРС.

69 Видети: чл. 283, ст. 1 ПЗРХ, чл. 284, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 215 ПЗФБХ, чл. 105 и чл. 195 ПЗРСл, чл. 232, ст. 2 ПЗРСр, чл. 194 ПЗБД, као и чл. 166, ст. 4 ПЗРС.



Крвни сродници могу остварити право на законску алиментацију, поштујући у законима о наслеђивању утврђени редослед позивања на наслеђе.<sup>70 71</sup>

Тазбински сродници могу реализовати узајамно право на законско издржавање, али тек после крвних сродника.<sup>72</sup>

Дужник законске алиментације првог ранга у односу на супружника или ванбрачног партнера јесте лице које са њим живи или је живело у браку или у ванбрачној заједници.<sup>73</sup>

Законска алиментација између више дужника подељена је према њиховим могућностима.<sup>74</sup>

Издржавање се, по правилу, даје у новцу.<sup>75 76</sup>

Одрицање од права на законско издржавање, начелно, не производи дејство.<sup>77 78</sup>

Промењене околности на страни даваоца или примаоца издржавања могу имати утицаја на повећање или смањење већ утврђеног износа издржавања, на промену начина издржавања или на његов престанак.<sup>79</sup>

---

70 Видети: чл. 261, ст. 1–2 ПЗРЦГ, чл. 184, ст. 1 ПЗРМ, чл. 223, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 240, ст. 1 ПЗРСр, чл. 202, ст. 1 ПЗБД и чл. 166, ст. 2 ПЗРС.

71 Од овог правила, одступање чини словеначки законодавац, будући да право и дужност законске алиментације постоји само између родитеља и деце, као и хрватски законодавац који не дозвољава браћи и сестрама да се узајамно издржавају на основу закона. Видети: чл. 183 и чл. 185 ПЗРСл и чл. 281 ПЗРХ.

72 Видети: чл. 283, ст. 3–4 ПЗРХ, чл. 258, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 182, ст. 1 ПЗРМ, чл. 220, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 187 ПЗРСл, чл. 237, ст. 1 ПЗРСр, чл. 199–200 ПЗБД и чл. 166, ст. 3 ПЗРС.

73 Видети: чл. 283, ст. 2 ПЗРХ, чл. 284, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 241 ПЗРСр и чл. 166, ст. 1 ПЗРС.

74 Видети: чл. 284, ст. 1 ПЗРХ, чл. 261 ПЗРЦГ, чл. 184, ст. 2 ПЗРМ, чл. 223 ПЗФБХ, чл. 186 ПЗРСл, чл. 240, ст. 2 ПЗРСр, чл. 202, ст. 2 ПЗБД и чл. 166, ст. 5 ПЗРС.

75 Видети: чл. 309, ст. 1 ПЗРХ, чл. 279, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 200 ПЗРМ, чл. 235, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 259 ПЗРСр, чл. 221 ПЗБД и чл. 161, ст. 1 ПЗРС.

76 У словеначком праву, ово решење првенствено налази примену код издржавања супружника и ванбрачних партнера, док је за дете које се издржава правило обезбеђивање потребних средстава у домаћинству родитеља, осим ако је то супротно интересима детета. Видети: чл. 183, ст. 5 и чл. 194 ПЗРСл.

77 Видети: чл. 286, ст. 1 ПЗРХ, чл. 253, ст. 3 ПЗРЦГ, чл. 178, ст. 3 ПЗРМ, чл. 213, ст. 3 ПЗФБХ, чл. 103 и чл. 189 ПЗРСл, чл. 231, ст. 3 ПЗРСр, чл. 192, ст. 3 ПЗБД, као и чл. 8, ст. 2 ПЗРС.

78 За словеначко право ово се односи само за случај издржавања деце. Видети: чл. 188 ПЗРСл.

79 Видети: чл. 285 ПЗРХ, чл. 280 ПЗРЦГ, чл. 201 ПЗРМ, чл. 245 ПЗФБХ, чл. 106 и чл. 197 ПЗРСл, чл. 263, ст. 1 ПЗРСр, чл. 222 ПЗБД, као и чл. 164 ПЗРС.

О захтеву за издржавање, начину давања издржавања и висини износа издржавања, али и о променама у већ заснованом издржавању редовно одлучује суд у парничном поступку.<sup>80 81</sup> Када се у положају даваоца издржавања налази један од родитеља детета – примаоца издржавања, породичноправни прописи нарочито инсистирају на томе да родитељи уложе потребне напоре како би постигли судско поравнање или, ван суда, договор о издржавању који ће максимално заштити интересе детета. У правцу наведеног споразума нарочито конструктивну улогу треба да има орган старатељства.<sup>82</sup>

У праву Федерације Босне и Херцеговине, уколико родитељи мимо суда постигну споразум о издржавању детета, он може имати форму јавнобележничког записа, који притом има и снагу извршне исправе.<sup>83</sup> <sup>84</sup> Словеначи породичноправни прописи иду од тога корак даље, те стипулишу да споразум о издржавању могу да закључе супружници за случај развода брака, затим родитељ са пунолетним дететом, као примаоцем издржавања, те пунолетно дете са родитељем, као примаоцем издржавања. Сви ови правни послови морају имати форму извршног јавнобележничког записа.<sup>85</sup> Такође и сви договори између супружника, када је реч о издржавању међу њима, у вези повећања или смањења или пак престанка издржавања морају имати форму извршног јавнобележничког записа, наравно под претпоставком да он не угрожава добробит детета. Исто важи и за ситуацију да се у дужничкоповерилачком односу нађу родитељ и пунолетно дете.<sup>86</sup>

Породични закон Републике Србије форму јавнобележничког записа прописује за сваки споразум којим се одређује начин давања издржавања,

---

80 Видети: чл. 317, ст. 1 ПЗРХ, чл. 365–371 ПЗРЦГ, чл. 274–279 ПЗРМ, чл. 308–311 ПЗФБХ, чл. 100 и чл. 190–191 ПЗРСл, чл. 265–268 ПЗРСр, чл. 279–281 ПЗБД, као и чл. 277–282 ПЗРС.

81 Од овог правила хрватски законодавац чини одступање, прописујући да дете може остварити своје право на издржавање у поједностављеном ванпарничном поступку, под претпоставком да међу учесницима поступка нема спора о потребама детета и могућностима даваоца издржавања. Видети: чл. 308, у вези са чл. 474–477 ПЗРХ.

82 Видети: чл. 318–319 и чл. 321, ст. 2 ПЗРХ, чл. 277 ПЗРЦГ, чл. 198 ПЗРМ, чл. 238, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 191 ПЗРСл, чл. 257 ПЗРСр, чл. 216 ПЗБД, као и чл. 270 ПЗРС.

83 Видети: чл. 238 ПЗФБХ.

84 У босанској правној литератури има мишљења, иако то изричито не стоји у Породичном закону Федерације, да и сваки други договор између даваоца и примаоца издржавања, у правцу повећања његовог износа или смањења или, пак, престанка треба да има форму јавнобележнички потврђене исправе. Видети: Povlakić, 2013: 263.

85 Видети: чл. 101, чл. 192–193 ПЗРСл.

86 Видети: чл. 106, ст. 2 и чл. 197, ст. 3 ПЗРСл.

не прецизирајући притом ко све могу бити уговорне стране овог правног посла.<sup>87</sup>

Хрватски законодавац, за разлику од наведених решења других бивших република у саставу СФРЈ, не даје никакве ингеренције јавном бележнику у домену законског издржавања. Мада прописује могућност супружника да сачине споразум о издржавању у писаној форму, који би обухватио висину издржавања, начин издржавања, његово трајање и престанак, он стипулише да овај правни посао мора бити одобрен од суда у ванпарничном поступку, како би стекао својство извршне исправе.<sup>88</sup>

Овако срочена формулација српског законодавца извор је неколико дилема. Прво, да ли сви повериоци и дужници законске алиментације могу закључити овај споразум, нарочито имајући у виду малолетну децу као повериоце издржавања? Ако је одговор потврдан, следи и питање, да ли о таквом споразуму мишљење треба да дâ орган старатељства.<sup>89</sup> Из овакве стилизације законског текста неминовно се намеће питање да ли и остали споразуми који се тичу законске алиментације (изузев одрицања од права на издржавање), на пример: о висини издржавања, трајању издржавања, престанку издржавања, укључујући и све могуће промене, морају да имају форму јавнобележничког записа? Чини се да уочене празнине, у интересу правне сигурности и уједначеног деловања, домаћи нормотворац мора што пре да попуни.

## **7. Уређење имовинскоправних односа супружника, ванбрачних партнера и сродника**

Имовинске односе између супружника, ванбрачних партнера и сродника у државама са простора некадашње СФРЈ регулишу породични закони.<sup>90</sup> Од овог нормативног модела једино одступа законодавац у Републици Македонији, будући да ову проблематику уређује Законом о својини и другим стварним правима.<sup>91</sup>

---

87 Видети: чл. 161, ст. 3 ПЗРС.

88 Видети: чл. 302 ПЗРХ.

89 На основу чл. 270 ПЗРС.

90 Видети: чл. 285–315 ПЗЦГ, чл. 250–267 ПЗФБХ, чл. 11, ст. 2 и 34–46 ПЗРХ, чл. 4 и чл. 63–94 ПЗРСл, чл. 269–289 ПЗРСр, чл. 227–244 ПЗБД и чл. 168–195 ПЗРС.

91 Видети: чл. 66–81 Закона о својини и другим стварним правима Републике Македоније (Закон за сопственост и други стварни права, *Службен весник на РМ*, бр. 18/2001, 31/2008 – одлука Уставног суда, 92/2008, 139/2009 и 35/2010. У продужетку рада биће коришћена и скраћеница ЗСДСПРМ).

Склапањем брака супружници споразумно одлучају како ће бити регулисани њихови имовински односи – према правилима садржаним у закону или на начин како они одлуче, поштујући императивне норме.

Ако се одреде за законски имовински режим, супружници током трајања брака могу, осим посебне имовине, стицати и заједничку имовину. Актуелни породичноправни прописи бивших југословенских република готово да су јединствени у погледу дефинисања заједничке имовине,<sup>92</sup> и њеног разграничења од посебне имовине.<sup>93</sup>

На супружницима је да сагласном изјавом воља „избришу“ разлике које закон прописује за заједничку и посебну имовину, те склапањем брачног уговора уреде своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини коју ће стећи у будућности, на квалитетно другачијим основама од онога што је садржано у законском имовинском режиму.<sup>94</sup> Брачни уговор регулишу све државе са простора бивше СФРЈ, осим Републике Македоније.<sup>95</sup> И поред тога, брачни уговор је присутан у правном промету ове државе, будући да му то омогућава зајемчена слобода уговарања (Спировиќ-Трпеновска, Мицковиќ, Ристов, 2013: 308–309). Такође, за разлику од других држава са простора бивше СФРЈ, једино Република Словенија омогућава супружницима да брачним уговором, осим уређења чисто имовинских односа, уреде питање међусобног издржавања током трајања брачне заједнице или за случај развода брака.<sup>96 97</sup>

Слобода уговарања супружника, осим тога може бити манифестована и кроз закључење уговора којим се, на другачији начин од оног прописаног

92 Видети: чл. 251, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 288, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 67 ЗСДСПРМ, чл. 36, ст. 1 ПЗРХ, чл. 67 ПЗРСл; чл. 270, ст. 5 ПЗРСр, чл. 228, ст. 1 ПЗБД и чл. 171, ст. 1 ПЗРС.

93 Видети: чл. 254 ПЗФБХ, чл. 286, ст. 1 ПЗРЦГ, чл. 68, ст. 1–2 ЗСДСПРМ, чл. 39 ПЗРХ, чл. 77, ст. 1 ПЗРСл, чл. 270, ст. 1–2 и 7 ПЗРСр, чл. 229, ст. 1 ПЗБД и чл. 168 ПЗРС.

94 О модалитетима промене законског имовинског режима вољом супружника, видети нарочито: Драшкић, 2005: 411; Поњавић, 2007: 369–370; Панов, 2009: 898–899; Ковачек-Станић, 2012: 94–95.

95 Видети: чл. 258 ПЗФБХ, чл. 301 ПЗРЦГ, чл. 40 ПЗРХ, чл. 85 ПЗРСл, чл. 271, ст. 3–5 ПЗРСр, чл. 235 ПЗБД и чл. 188 ПЗРС.

96 Видети: чл. 86 ПЗРСл.

97 У правној литератури је, и пре него што је Породични закон Републике Словеније угледао светлост дана, изнета идеја да брачни уговор не треба да „покрије“ само имовинска питања међу супружницима, већ и личноимовинска питања, као и све аспекте родитељског старања, слично уређењу посредовања у породичном праву. Видети: Powlakić, 2013: 259–260. Супротно томе, заговара се схватање да брачним уговором могу да се уређују једино чисто имовинска питања супружника. Видети: Сокић, 2006: 420; Ковачек-Станић, 2012: 95.

законом, уређује управљање и располагање заједничком имовином,<sup>98</sup> као и кроз склапање споразума о деоби заједнички стечене имовине.<sup>99</sup>

Законодавна пракса у државама са простора бивше СФРЈ у погледу регулисања ових правних послова је различита. Тако Породични закон Републике Словеније за све уговоре које склапају будући супружници или супружници прописује као правило форму јавнобележничког записа, осим уговора о поклону мање вредности који је у сразмери са имовинским приликама поклонодавца. Исто тако, Породични закон Републике Српске за уређење имовинских односа супружника предвиђа нотарску обраду правних послова. Новелирани Породични закон Републике Србије<sup>100</sup> пак стипулише облик јавнобележнички солемнизоване приватне исправе од стране јавног бележника за брачни уговор, уговор о управљању и располагању заједничком имовином и уговор о деоби заоставштине, док форму уговора о поклону и не спомиње.<sup>101</sup> Насупрот њима, хрватски Породични закон заузима потпуно другачији курс деловања, прописујући, осим заједничког предузимања правног посла од стране супружника, за управљање заједничком имовином које прелази границе редовног управљања, писани пристанак другог супружника оверен од јавног бележника, а за брачни уговор, писани облик и оверу потписа од јавног бележника.<sup>102</sup> Форму јавнобележничког записа, по слову закона, има једино брачни уговор који у име супружника лишеног пословне способности закључи његов старатељ уз претходно одобрење органа старатељства.<sup>103</sup> Породични закони Федерације Босне и Херцеговине и Републике Црне Горе само за брачни уговор прописују форму нотарског записа, а Породични закон Брчко дистрикта БиХ, опет, само за брачни уговор стипулише двојни колосек – форму јавнобележничког записа или састављање и оверу од стране надлежног органа, без ближег прецизирања о коме се ради.<sup>104</sup> Занимљиво је приметити да закони о јавном бележничтву поменутих

98 Видети: чл. 292 ПЗРЦГ, чл. 71 ПЗРМ, чл. 37, ст. 2 ПЗРХ, чл. 70 ПЗРСл и чл. 189 ПЗРС.

99 Видети: чл. 255, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 293, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 74, ст. 1 ПЗРМ, чл. 45, ст. 1 ПЗРХ, чл. 71 ПЗРСл, чл. 272, ст. 2 ПЗРСр, чл. 232, ст. 1 ПЗБД и чл. 179 ПЗРС.

100 Тиме је, практично, кориговано оно што је прописао изворни текст Закона о јавном бележничтву за ове правне послове. Наиме, овим правним извором било је стипулисано да сви уговори којима се уређују имовински односи између супружника морају имати форму јавнобележничког записа. Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 1 и овог законског текста.

101 Упоредити: чл. 64 ПЗРСл и чл. 288 ПЗРСр са чл. 179, ст. 2, чл. 188, ст. 2 и чл. 189, ст. 5 ПЗРС.

102 Видети: чл. 37, ст. 2 и чл. 40, ст. 3 ПЗРХ.

103 Видети: чл. 41 ПЗРХ.

104 Видети: чл. 258, ст. 1 ПЗФБХ, чл. 301, ст. 2 ПЗРЦГ и чл. 235 ПЗБД.

држава „прате“ и допуњују у погледу ове тематике матични закон за породичноправне односе. Одступање једино чини законодавац Брчко дистрикта БиХ, који за све правне послове којим се уређују имовински односи између супружника и ванбрачних партнера прописује искључиво форму нотарског записа.<sup>105</sup>

На подручју Републике Македоније, све до ступања на правну снагу новог Закона о нотаријату из 2016. године, у примени је био Закон о нотаријату из 2007. године, којим је, поред осталог, било предвиђено да се имовински односи између супружника и ванбрачних партнера уређују у форми нотарског акта.<sup>106</sup> Нови Закон о нотаријату, међутим, нема такву одредбу, а Закон о својини и другим стварним правима за уговор о управљању и располагању заједничким имовинским добрима прописује да мора да се састави у писаној форми, док за споразум о деоби заједничке имовине не прецизира ближе форму.<sup>107</sup>

Породичноправни прописи држава на простору бивше СФРЈ у потпуности изједначавају ванбрачне партнере са супружницима у погледу уређења имовинских односа.<sup>108</sup>

Словеначки Закон о партнерској вези и хрватски Закон о животном партнерству особа истог пола истоветан третман имају за све истополне партнере на подручју уређења имовинскоправних односа, независно од тога да ли су они склопили партнерску везу или нису.<sup>109</sup>

У односу на све друге државе на простору некадашње СФРЈ, само републике: Црна Гора, Македонија и Србија нормирају имовинске односе чланова породичне заједнице, стипулишући за њих, са мањим одступањима, али не у погледу формалних захтева, примену прописа који важе за уређење имовинских односа супружника.<sup>110</sup>

---

105 Видети: чл. 47, ст. 1 ЗНРСл, чл. 68, ст. 1 ЗНРСр, чл. 82 и чл. 93 ЗНРС, чл. 53, ст. 1, тач. 2 ЗЈБРХ чл. 73, ст. 1 ЗНФБХ, чл. 52, ст. 1, тач. 1 ЗНРЦГ и чл. 47, ст. 1, тач. 1 ЗНБД.

106 Видети: чл. 42, ст.1, тач. а раније важећег Закона о нотаријату Републике Македоније (Законот за нотаријатот, *Службен весник на РМ*, бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009 и 135/2011).

107 Видети: чл. 71, ст. 1 и чл. 74, ст. 1 ЗСДСПРМ.

108 Видети: чл. 263, ст. 2 ПЗФБХ, чл. 306, ст. 2 ПЗРЦГ, чл. 81, ст. 2 ЗСДСПРМ, чл. 11, ст. 2 ПЗРХ, чл. 4, ст. 1 ПЗРСл, чл. 284, ст. 2 ПЗРСр, чл. 263 ПЗБД и чл. 191, ст. 2 ПЗРС.

109 Видети: чл. 2, ст. 2 и чл. 3, ст. 2 ЗПВРСл и чл. 53, ст. 2 ЗЖПОИПРХ.

110 Видети: чл. 313 ПЗРЦГ, чл. 92–94 ЗСДСПРМ и чл. 195, ст. 3 ПЗРС.

## 8. Закључна разматрања

Упоредноправни приказ законских решења посвећених улози јавних бележника и породичноправним стварима у државама са простора некадашње СФРЈ показује, и поред вишедеценијске државно-правне раздвојености бивших југословенских република, више сличности него различитости, не само у нормирању појединих института породичног права, већ и у погледу надлежности јавних бележника у овој сфери.

Јасно је да територијална блискост, сличан менталитет људи, заједничко правно наслеђе и правна традиција имају утицаја на креирање готово филигрантски истоветних решења. С друге стране, практичне потребе датог правног поднебља и модерни правни трендови повољно утичу на стварање квалитетно другачијих решења, која пак могу имати предности у односу на одговарајућа решења правног система Републике Србије.

Оно што би српски нормотворац требало, када је реч о овлашћењима јавних бележника у породичноправним стварима, у будућој редакцији текста Породичног закона да уради, угледајући се на одговарајућа решења законодаваца на простору некадашње СФРЈ, огледа се у неколико сегмената (тачака). Пре свега, неопходно је да стипулише форму изјаве о признању очинства која се даје пред јавним бележником, као и да омогући детету које се признаје и његовој мајци да потребну сагласност, у истом облику, саопште пред јавним бележником. Такође, има места, наравно уз уважавање аргумената *pro et contra*, да се по угледу на словеначко право уведе споразумни развод брака пред јавним бележником. Осим тога, како би се поједноставио рад јавних бележника и спречило шаролико поступање у пракси на терену личноимовинских и имовинских односа супружника, ванбрачних партнера и сродника, потребно је да се ближе појасни: ко све може да сачини споразум о законском издржавању и шта све може да чини његову садржину, да се нормира форма уговора којим се отуђују или оптерећују покретности велике вредности пословно неспособних лица и да се у погледу форме уједначе сви правни послови регулисани у овом делу Породичног закона.

## Литература

Dika, M. (2009). „Ivanparnična“ i koncilijacijska funkcija javnih bilježnika – *de lege lata i de lege ferenda*. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Br. 59 (6). 1153–1177.

Драшкић, М. (2005). *Породично право*. Београд: Аутор и Чигоја штампа.

Ковачек-Станић, Г. (2007). *Породично право: партнерско, деце и сататељско право*. Нови Сад: Правни факултет.

Ковачек-Станић, Г. (2012). Овлашћења јавног бележника у брачним/ партнерским односима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. Бр. 2. 87–101.

Панов, С. (2009). Предмет брачног уговора. *Правни живот*. Бр. 10. 889–907.

Povlakić, M. (2013). Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*. Br. 63 (2). 245–310.

Поњавић, З. (2007). *Породично право*. Крагујевац: Правни факултет.

Ријавец, В. (2010). Улога нотара у грађанском праву Словеније. *Анали Правног факултета у Београду*. Бр. 1. 108–129.

Сокић, О. (2006). Брачни уговор; у Поњавић, З. (ур.). *Зборник радова „Ново породично законодавство“*. Крагујевац: Правни факултет и Центар за породично право. 415–428.

Спировиќ-Трпеновска, Љ. Мицковиќ, Д. Ристов, А. (2013). *Семејно право*. Скопје: Блесок.

Цвејић-Јанчић, О. (2006). Реформа породичног права Србије. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. Бр. 1–2. 3–31.

## **Правни извори**

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи Републике Македоније (Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување), *Службен весник на РМ*, бр. 37/2008, 149/2014, 192/2015 и 37/2016.

Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 40/2017.

Закон о брачним и породичним односима Републике Словеније (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih), *Uradni list SRS*, št. 15/1976, 1/1989, 64/2001, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012 и 82/2015.

Закон о животном партнерству особа истог пола Републике Хрватске (Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola), *Narodne novine*, br. 92/2014.

Закон о јавном бележништву Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.



Закон о јавном бележничтву Републике Хрватске (Zakon o javnom bilježništvu), *Narodne novine*, бр. 78/1993, 29/1994, 162/1998, 16/2007, 75/2009 и 120/2016.

Закон о лечењу неплодности у поступцима оплодње биомедицинском помоћи Републике Словеније (Zakon o zdravljenju neplodnosti in postopkih oploditve z biomedicinsko pomočjo), *Uradni list*, št. 70/2000 и 15/2017.

Закон о лијечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 74/2009.

Закон о медицински помогнутој оплодњи Републике Хрватске (Zakon o medicinski pomognutoj oplodnji), *Narodne novine*, бр. 86/2012.

Закон о нотаријату Републике Македоније (Законот за нотаријатот), *Службен весник на РМ*, бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009 и 135/2011.

Закон о нотаријату Републике Македоније (Закон за нотаријатот), *Службен весник на РМ*, бр. 72/2016.

Закон о нотаријату Републике Словеније (Zakon o notariatu), *Uradni list RS*, št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 83/2001, 73/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008 и 91/2013.

Закон о нотарима Брчко дистрикта БиХ, *Службени гласник БД*, бр. 9/2003 и 17/2006.

Закон о нотарима Републике Српске (*Службени гласник РС*, бр. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 74/2007 – одлука Уставног суда, 50/2010, 78/2011, 20/2014 и 68/2017.

Закон о нотарима Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 68/2005, 49/2008 и 55/2016.

Закон о нотарима Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 49/2002.

Закон о партнерској вези Републике Словеније (Zakon o partnerski zvezi), *Uradni list*, бр. 33/2016.

Закон о својини и другим стварним правима Републике Македоније (Закон за сопственост и други стварни права), *Службен весник на РМ*, бр. 18/2001, 31/2008 – одлука Уставног суда, 92/2008, 139/2009 и 35/2010.

Нацрт Закона о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом Федерације Босне и Херцеговине, на интернет страници [http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom\\_naroda/v2/userfiles/files/1/%20](http://www.parlamentfbih.gov.ba/dom_naroda/v2/userfiles/files/1/%20)

u%proceduri\_2017/Nacrt%20zakona%20VMPO%20b.pdf. Приступ остварен 20. августа 2017. године.

Породични закон Брчко Дистрикта БиХ, *Службени гласник БД*, бр. 23/2007.

Породични закон Републике Македоније (Закон за семејството), *Службен весник на РМ*, бр. 153/2014.

Породични закон Републике Словеније (*Družinski zakonik*), *Uradni list*, št. 15/2017.

Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*. Бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Породични закон Републике Српске, *Службени гласник РС*, бр. 54/2002, 41/2008 и 63/2014.

Породични закон Републике Хрватске (*Obiteljski zakon*), *Narodne novine*, бр. 103/2015.

Породични закон Републике Црне Горе, *Службени лист РЦГ*, бр. 1/2007 и 53/2016.

Породични закон Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 35/2005 – пречишћен текст и 31/2014.

*Reommendation No. R (86) 12 of the Committee of minister to member states concerning mesures to prevent and reduce the excessive workload in the courts.*  
Преузето 30. августа 2017. године. <https://rm.coe.int/16804f7b86>.

**Nataša Stojanović, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE NOTARY PUBLIC AUTHORITIES IN FAMILY-LAW MATTERS IN THE FORMER SFRY COUNTRIES**

### **Summary**

*Observing the basic postulates of the National Judicial Reform Strategy, the Republic of Serbia passed the Notary Public Act in 2011 and, after many decades, re-introduced this judicial profession into the national law by opting for the Latin (public) type of the notary public office. According to the amendments of the current Family Act of the Republic of Serbia, the role of notaries public in the sphere of family law relations is confined to a relatively narrow scope of activities.*

*Thus, a notary public is authorised to take statements on acknowledgement of paternity and to draw up legal support (maintenance) agreements. The scope of responsibilities of a notary public also includes the attestation of content (solemnization) of a marital agreement, an agreement on the division of spouses' community property, and an agreement on administration and disposition of the spouses' community property. According to the original version of the Notary Public Act, a notary public was authorised to "notarise" and give effect to certain types of legal transactions (e.g. to take statements on compliance with the acknowledged paternity or on consent to the process of biomedically assisted impregnation). Under the amended Act, this authority is no longer part of the public notaries' professional duties and legal protection mission.*

*Relying on the legal solutions envisaged in contemporary legal systems within the European legal space, the theoretical standpoints of legal scholars pertaining to the notary public authorities in family law matters, as well as the actual notary public practice, we provide a critical analysis of the public notaries' role in family law relations in the contemporary Serbian law. We also point to the justifiability of expanding the authorities of notaries public within this domain, and advocate for a higher degree of de-judicialization of civil law protection, particularly emphasising the need to vest them with the authority to administer uncontested consensual divorce cases.*

**Keywords:** *notaries public, family law relations, expanded authorities.*



## **ПРАВО БИБЛИОТЕКЕ ДА ДИГИТАЛИЗУЈЕ ДЕЛО КОЈЕ СЕ НАЛАЗИ У ЊЕНОМ ФОНДУ С ЦИЉЕМ ДА ГА СТАВИ НА РАСПОЛАГАЊЕ ПУТЕМ ПОСЕБНИХ УРЕЂАЈА**

**Апстракт.** Општепознато је да су дигитална технологија и настанак интернета дубоко утицали на многе делатности, па тако и на стваралаштво, а посебно на књижевност. Појава дигиталних књига знатно је променила како сектор издаваштва, тако и навике читалаца. Иако дигитална књига вероватно неће заменити књигу у папирном облику, одређене категорије књига и тржишта одликује то да је продаја дигиталних књига идентична продаји папирних, па чак и да је премашује, а одређене књиге су објављене искључиво у дигиталном облику. Исто тако, одређени читаоци, којих је све више, напуштају штампано штиво и okreћу се дигиталним читачима, док најмлађи међу њима никад нису ни стекли навiku да користе папирне књиге.

Ако се библиотеке не прилагоде овој еволуцији, постоји велика могућност да постану маргинализоване и да изгубе способност праћења културе, што је њихов задатак већ више векова. Успостављање законског оквира за модернизацију функционисања библиотека већ је неко време предмет интензивне расправе, како међу заинтересованим странама, тако и у правној доктрини. Средишње питање те расправе јесте да ли су библиотеке овлашћене и на темељу ког правног основа дигитализовати дела из свог фонда, односно позајмљивати дигиталне књиге. У раду се анализира судска пракса Суда правде Европске уније која се односи на право библиотеке да дигитализује дело које се налази у њеном фонду с циљем да га стави на располагање путем посебних уређаја.

**Кључне речи:** ауторско право и сродна права, изузеци и ограничења, дигитализација, коришћење с циљем истраживања или приватног изучавања дела или других предмета заштите, појам дела које није подложно условима куповине или условима лиценцирања.

\* sspasojevic@jura.kg.ac.rs

## 1. Увод

Једна од одлика информатичког друштва је могућност настанка, снимања и дистрибуције дигиталног садржаја. Најједноставније речено, дигитализација је претварање аналогне грађе у дигитални облик. Поред текстуалне грађе, предмет дигитализације може бити сликовна грађа, аудио и видео материјал, као и 3D објекти. Основни мотив дигитализације је бољи и лакши приступ грађи и информацијама.

Електронске књиге имају предности у односу на штампане књиге. Наиме, због изостанка штампања, израда електронске књиге је јефтинија од штампане књиге, а такође се скраћује време од настанка дела до његовог појављивања у јавности. Осим тога, електронска књига је практично доступна сваком члану интернет заједнице и има неупоредиво веће могућности графичког уређења. Електронска књига има другачији формат, у одређеним ситуацијама прикладнији, и омогућује коришћење одређених функција, попут претраге речи и превода, што папирна књига нема.

Електронске књиге, међутим, имају и своје недостатке. Наиме, људи су још увек навикнути на штампану књигу, нарочито у мање развијеним срединама у којима постоји отпор према електронској књизи. За разлику од електронске, штампана књига сама по себи има одређену вредност.

У последње време све је више библиотека широм Европе које набављају књиге у дигиталном облику, или већ постојеће књиге из свог фонда дигитализују и корисницима нуде у електронском облику. На посебним читачима је потом могуће те књиге читати на компјутерским екранима. Библиотеке набављају електронске књиге између осталог и због тога што се редовни корисници библиотека често суочавају са једним проблемом. Наиме, књига коју желе позајмити тренутно није у библиотеци, а другог примерка нема. Ово је често озбиљан проблем за студенте, као и за особе које се баве научноистраживачким радом.

Дигитализација књига од стране библиотека је практично решење, али с једним проблемом: увек изнова се поставља питање заштите ауторских права књига у електронском издању. Наиме, библиотеке копирају ауторска дела, а да пре тога нису добиле сагласност аутора, нити су платиле надокнаду.

Европски законодавац је овај проблем покушао да реши тако што је у чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 предвидео изузетак у корист јавног саопштавања дела на електронским местима за читање у јавним библиотекама, музејима и архивима (Dreier, 2015: 1905).

Различита тумачења ове одредбе од стране аутора и корисника довела су до спора између Техничког универзитета у Дармштату и немачке издавачке куће „Еуген Улмер“ који ће у наставку рада бити анализиран.

## **2. Кратки приказ пресуде донете у предмету Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG**

Технички универзитет у Дармштату управља јавном библиотеком. Он је у својим просторијама уредио места за електронско читање на којима је ставио на располагање дела из свог библиотечког фонда. Међу њима се нашао и уџбеник Винфрида Шулца „Einführung in die neuere Geschichte“ (Увод у савремену историју), који је објавила издавачка кућа „Еуген Улмер КГ“. Универзитет у Дармштату је дигитализовао ту књигу како би је понудио на местима за електронско читање. Места за читање нису омогућавала истовремено коришћење више примерака дела од оних расположивих у библиотечком фонду. Корисници места за читање могли су дело у целини или у деловима одштапати или снимити на USB прикључак, и у том облику га изнети из библиотеке.

Универзитет у Дармштату није прихватио понуду издавачке куће „Еуген Улмер“ да уџбенике у њеном издању купи и користи у облику електронских књига. Након што је издавачка кућа „Еуген Улмер“ поднела тужбу регионалном суду у Франкфурту, тај суд је у пресуди од 6. марта 2011. године закључио да су носилац права и установа морали претходно склопити споразум о дигиталном коришћењу дела како би се искључила примена чл. 52б немачког Закона о ауторском праву. Овај суд је истовремено одбио захтев издавача да се Универзитету забрани да дигитализује или наручи дигитализацију спорног уџбеника. Он је, међутим, прихватио захтев издавача да се корисницима библиотеке забрани да могу, на местима предвиђеним за електронско читање у библиотеци, штапати на папир то дело и/или га снимити на USB прикључак и изнети те репродукције из библиотеке.

Након што је Универзитет у Дармштату поднео немачком Савезном суду захтев за ревизију, овај суд је одлучио прекинути поступак и упутити Суду правде ЕУ следећа претходна питања:

1. Да ли је дело подложно условима куповине или лиценцирања у смислу чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 када носилац права установама предвиђеним том одредбом нуди да по прикладним условима склопе уговоре о лиценци за коришћење тог дела?

2. Да ли чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 омогућује државама чланицама да установама дају право да дигитализују дела из својих фондова, ако стављање тих дела на располагање јавности путем посебних уређаја то захтева?

3. Могу ли права која државе чланице предвиђају сходно чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 ићи дотле да се корисницима уређаја омогуће да штампају на папир или сниме на USB прикључак дела која су им стављена на располагање путем тих уређаја?

### **3. Пресуда Суда правде ЕУ у предмету Technische Universität Darmstadt/Eugen Ulmer KG**

Изузетке и ограничења из чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 државе чланице могу предвидети националним законима. Управо је то учинио немачки законодавац у чл. 52(б) Закона о ауторском и сродним правима.<sup>1</sup> Међутим, гранично правило чл. 52(б) немачког Закона о ауторском праву и сродним правима је већ дуже време било предмет дискусије између библиотека и издавача (Strobel, 2015: 1).

Дословни текст чл. 52(б) немачког Закона о ауторском праву отворио је, дакле, три важна питања која је немачки Савезни суд као претходна питања поставио Суду правде ЕУ, и која се односе се на тумачење чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29. Овај пропис одређује да „државе чланице могу предвидети изузетке или ограничења права наведених у чл. 2 и 3 у следећим случајевима: {...}

(н) коришћење саопштавањем или стављањем на располагање, с циљем истраживања или приватног изучавања, појединим припадницима јавности путем посебних уређаја у просторијама установа из чл. 2(ц), дела или других предмета заштите који се налазе у њиховим збиркама, а које нису подложне условима продаје или условима лиценцирања {...}“.

Својим првим питањем немачки суд је заправо желео да сазна да ли је дело подложно „условима продаје или условима лиценцирања“ у смислу чл. 5, ст.3(н) Директиве 2001/29 када носилац права установи предвиђеној

---

1 «Допуштено је стављање на располагање објављених дела из јавних библиотечких фондова, музеја или архива које не тежи посредно или непосредно комерцијалном циљу и које је предвиђено искључиво у просторијама предметне установе, на местима за електронско читање која су за то посебно предвиђена, с циљем истраживања и приватног изучавања, ако то није противно некој уговорној одредби. Број примерака дела доступних на местима за електронско читање не сме начелно бити већи од онога који садржи фонд установе».



том одредбом попут јавне библиотеке понуди да под повољним условима склопи уговор о лиценци или коришћењу тог дела. Пре него што је дао одговор на ово питање, Суд у Луксембургу је упоређивао различите језичке верзије Директиве 2001/29, посебно енглеску, немачку, шпанску и француску верзију Директиве, које користе термине ‘terms’, ‘conditions’, ‘Regelung’ и ‘condiciones’. Поред тога, Суд се позвао на уводне изјаве 45 и 51 Директиве 2001/29, као и на чињеницу да је сврха ограничења из чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 промицање јавног интереса повезаног са подстицањем истраживања и приватног изучавања ширењем знања, што је, између осталог, основна сврха јавних библиотека. Имајући све то у виду, Суд је дао одговор на прво питање који иде у прилог библиотекама. Наиме, Суд је закључио да се изузеци и ограничења из чл. 5, ст. 3 Директиве 2001/29 односе на стварне уговорне односе, као и на склапање и спровођење стварних уговора, а не на једноставне понуде за склапање уговора или лиценце.<sup>2</sup>

Као што је раније у тексту истакнуто, дигитализација је претварање дела из аналогног у дигитални облик. Као таква, дигитализација представља радњу репродуковања дела. Са друге стране, познато је да аутори, односно носиоци права имају искључиво право репродуковања, као и право саопштавања дела јавности.<sup>3</sup> Отуда је у спору између Универзитетске библиотеке у Дармштату и издавачке куће „Еуген Улмер“ било спорно и то да ли државе чланице позивајући се на чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29 могу дати право јавним библиотекама да дигитализују дела из свог фонда, и ако могу под којим условима. Наиме, изузеци и ограничења из чл. 5, ст. 3(н) односе се на права предвиђена у чл. 2 и 3 Директиве 2001/29, дакле, и на искључиво право репродуковања и саопштавања дела јавности.

У смислу раније праксе Суда правде ЕУ, за постојање радње саопштавања дела јавности довољно је да се дело стави на располагање јавности тако да му особе од којих се она састоји могу приступити. Без значаја је, притом, да ли су те особе ову могућност користиле или не.<sup>4</sup> У том смислу, јавне библиотеке које омогућавају приступ делима из своје збирке одређеној јавности, односно појединцима који користе посебне уређаје постављене у њеним просторијама са циљем истраживања или приватног изучавања, чине радњу саопштавања дела јавности. Међутим, за радњу саопштавања дела јавности јавне библиотеке не морају да траже сагласност аутора, имајући у виду ограничења и изузетке из чл. 5, ст. 3(н) Директиве

---

2 Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету С 117/13, тачке 26, 27 и 30.

3 Видети чл. 2 и 3 Директиве 2001/29.

4 Видети пресуду „Svensson“ Суда правде ЕУ у предмету С-466/12.

2001/29. Ипак, право јавних библиотека на саопштавање јавности дела из свог фонда, у границама услова предвиђених наведеним прописом, изгубило би смисао и корисни учинак ако јавне библиотеке не би имале право да дигитализују дела из свог фонда. Отуда је Суд у Луксембургу заузео став да „држава чланица може дати право јавним библиотекама да дигитализују дела из свог фонда, ако је радња репродуковања неопходна ради стављања на располагање тих дела корисницима путем посебних уређаја у просторијама тих установа“.<sup>5</sup> То се, примера ради, може односити на дела која користи велики број истраживача и чији примерци би се услед употребе могли похабати. Међутим, дигитализована дела која су јавне библиотеке ставиле на располагање путем посебних уређаја корисници не могу да штампају или снимају на USB прикључак.

Дигитализација дела која су у поседу јавних библиотека била је предмет несугласица и у оквиру пројекта Google Book Search. Пресуда Суда правде ЕУ у предмету Darmstadt/Ulmer-Verlag дала је одговоре на нека спорна питања у вези са дигитализацијом дела и допринела правној сигурности. Ипак, пресуда је показала да се изузеци и ограничења ауторских права и даље уско тумаче, и да се технолошки напредак не узима у обзир у довољној мери. Постоји, дакле, и даље потреба за реформом ових питања (Kieselstein, 2015: 9). Наиме, постоје предлози за увођење општег научног и образовног ограничења или јачање постојећих граница као таквих (Wandtke/Konig, 2014: 921). Библиотекама је потребна сигурност, сазнање шта оне смеју да ураде, а шта је забрањено. Отуда ће у наставку рада бити анализирана још једна пресуда Суда правде ЕУ која за предмет има питање дигитализације дела од стране јавних библиотека.<sup>6</sup>

#### **4. Кратки приказ пресуде донете у предмету Vereinigung Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht**

Удружење јавних библиотека у Холандији (у даљем тексту:VOB)<sup>7</sup> заступа интересе свих јавних библиотека. Библиотеке позајмљују књиге у папирном облику, а организацији за колективно остваривање права на име противчинидбе исплаћују паушални износ. Организација расподељује носиоцима права наплаћене накнаде на основу уредбе о расподели посредством тела заједничког управљања, попут Stichting LIRA-e,<sup>8</sup> који је задужен за управљање правима везаним за књижевна, драмска и драмско

5 Видети тачку 49 пресуде Суда правде ЕУ у предмету C - 117/13.

6 Пресуда Суда правде ЕУ у предмету C - 174/15.

7 [http:// www.debibliotheken.nl](http://www.debibliotheken.nl).

8 <http://www.lira.nl>.

музичка дела, и Stichting Pictorighta, који је задужен за управљање правима везаним за визуелна дела попут оних која су створили вајари, фотографи, илустратори, дизајнери и архитекте.

У складу с холандским законодавством износ накнаде на име позајмљивања утврђује Stichting Onderhandeligen Leenvergoedingen (у даљем тексту: StOL), организација коју је у ту сврху одредио министар правде.

Док се унутар StOL-а од 2004. године расправљало о питању да ли је дигитално позајмљивање електронске књиге обухваћено изузетком из чл. 15ц холандског Закона о ауторском праву, управни одбор StOL-а је током састанка 24. марта 2010. године одлучио да на то питање одговори негативно.

Поред тога, на захтев холандског Министарства образовања, културе и науке, Институт за информатичко право Универзитета у Амстердаму и саветодавно трговачко друштво саставили су извештај којим је закључено да дигитално позајмљивање електронских књига од стране библиотека није обухваћено наведеним изузетком.

На основу тог извештаја, холандска влада саставила је предлог Закона о библиотекама који за дигитално позајмљивање електронских књига на даљину прописује стварање националне дигиталне библиотеке. Тај предлог почива на претпоставци да дигитално позајмљивање електронских књига није обухваћено тим истим изузетком.

У моменту настанка спора, јавне библиотеке су стављале електронске књиге на располагање на интернету на основу споразума о лиценци са носиоцима права.

VOB је оспорио тај предлог закона те је сходно томе суду који је упутио захтев поднео тужбу за утврђење да тренутни закон о ауторским правима у основи већ обухвата дигитално позајмљивање.

У тим околностима суд у Хагу је одлучио да прекине поступак и да Суду правде ЕУ упути следећа претходна питања:

„1. Треба ли чл. 1, ст. 2, чл. 2, ст.1(б) и чл. 6, ст. 1 Директиве 2006/115 тумачити на начин да у појам «позајмљивање» обухвата и стављање на располагање за употребу романа, збирки прича, биографија, путописа, књига за децу и омладину који су заштићени ауторским правима, без остваривања посредне или непосредне имовинске или комерцијалне користи, када се спроводи посредовањем организација које су доступне јавности,

– које се обавља стављањем умноженог примерка у дигиталном облику (примерак А) на послугу организације и омогућавањем кориснику да тај умножени примерак преузимањем копира на свој рачунар (примерак Б),

– при чему умножени примерак који је корисник израдио током преузимања (примерак Б) након истека ограниченог периода више није употребљив и

– остали корисници током тог раздобља не могу преузети умножени примерак (примерак А) на свој рачунар?

2. Ако је одговор на прво питање потврдан: противи ли се чл. 6 Директиве 2006/115 и/или друга одредба права Уније томе да државе чланице примену ограничења права садржаног у чл. 6 Директиве 2006/115 условљавају тиме да је носилац права умножени примерак дела, који је организација ставила на располагање (примерак А), ставио на тржиште првом продајом или другим преносом власништва тог умноженог примерка у Унији или да је до тога дошло уз његов пристанак у смислу чл. 4, ст. 2 Директиве 2001/29?

3. Ако је одговор на друго питање негативан: поставља ли чл. 6 Директиве 2006/115 друге услове у погледу порекла умноженог примерка који је организација ставила на располагање (примерак А), као на пример услов да је тај умножени примерак стечен на законит начин?

4. Ако је одговор на друго питање потврдан: треба ли чл. 4, ст. 2 Директиве 2001/29 тумачити на начин да под првом продајом или другим преносом власништва предмета у смислу ове одредбе треба такође разумети и временски неограничено стављање на располагање за преузимање на даљину дигиталног умноженог примерка романа, збирки прича, биографија, путописа, књига за децу и омладину који су заштићени ауторским правом?"

## **5. Пресуда суда правде ЕУ у предмету Vereinigung Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht**

Пресуда Суда правде ЕУ у напред анализираном спору донета је у корист јавних библиотека и њених корисника. Наиме, Суд је одлучио да појам „позајмљивање у смислу Директиве 2006/115 обухвата и позајмљивање умноженог примерка књиге у дигиталном облику, када се то позајмљивање обавља стављањем умноженог примерка на располагање и омогућавањем кориснику да умножени примерак преузимањем копира на свој рачунар, при чему се током периода позајмљивања може преузети само један

умножени примерак, а након истека тог периода, корисник не може више употребити умножени примерак који је преузео“.

Оваква пресуда Суда правде ЕУ оправдана је и очекивана из више разлога. Наиме, ауторско право спада у „динамична права“, премда је под снажним утицајем развоја технологије. Ипак, технолошки напредак је толико брз да често прстиже усвајање одговарајућих правних правила. Анахронизам правних правила у односу на стварност често за последицу има несигурност, правне празнине и проблеме приликом тумачења нејасних одредби. Пример за то је Директива 2006/115 која представља кодификацију Директиве 92/100. Законодавац Уније у Директиви 92/100 није појмом позајмљивања обухватио дигиталне књиге из разлога што је технологија за комерцијално искоришћавање дигиталних књига у то време била тек у повоју. Строгим тумачењем важеће Директиве 2006/115 закључује се да се дигитално позајмљивање односи на фонограме, видеограме и рачунарске програме, а не и на дигиталне књиге. Ипак, и одредбе о изнајмљивању фонограма и видеограма су застареле, јер је њихово изнајмљивање практично нестало и замењено могућношћу стављања на располагање на интернету.

Библиотеке су одувек позајмљивале књиге без потребе за тражењем овлашћења. Неке од њих нису чак морале да купе свој примерак, с обзиром на то да су примале обавезне примерке. То се објашњава чињеницом да се књига не сматра обичном робом и да су одувек биле значајне за очување и приступ култури и научним сазнањима. У данашњем дигиталном добу, библиотекама се мора омогућити да наставе исту улогу очувања и ширења културе коју су имале у време док су књиге постојале само у папирном облику. Поједине библиотеке, посебно јавне, немају увек финансијска средства за набавку дигиталних књига са правом позајмљивања по високим ценама које захтевају издавачи. Са друге стране, постоји опасност да издавачи одбију да склопе споразум са библиотекама који би библиотекама омогућио дигитално позајмљивање. Издавачи ово чине страхујући да би такво позајмљивање штетило њиховим интересима на начин да смањује продају.

Суду Луксембургу се очигледно руководио свим напред изнетим разлозима када је појам „позајмљивања“ у смислу Директиве 2006/115 тумачио у корист библиотека. Свако друго тумачење значило би да су библиотеке у опасности да у дигиталном окружењу не могу да наставе да обављају своју улогу која им је била својствена у доба папирних књига.

## **6. Законска решења у домаћем праву и усклађеност са правом ЕУ**

Нове технологије, пре свега интернет и друштвене мреже, утицале су да се у свету, између осталог, креира тренд дигиталних библиотека. Наиме, једини начин да библиотеке осигурају будућност јесте да се прилагоде новим технологијама.

Српски Закон о ауторском и сродним правима садржи неколико одредби које су посредно или непосредно повезане са питањем дигитализације библиотечке грађе. Тако Закон у чл. 40 прописује да „аутор има право на одговарајућу накнаду у случају давања на послугу оригинала или умножених примерака ауторских дела, од стране јавних библиотека, односно других институција којима је то делатност“. Са друге стране, у оквиру ограничења ауторског права, Закон у чл. 45 прописује да је „дозвољено без дозволе аутора и без плаћања ауторске надокнаде умножавање дела од стране јавних библиотека, образовних установа, музеја и архива, само за сопствене архивске потребе, ако се дело умножава из сопственог примерка и ако таквим умножавањем ове институције немају намеру да остваре непосредну или посредну имовинску корист“. У Закону се, дакле, експлицитно не наводи како се остварује ограничење од једног примерка у случају да се библиотека грађа или грађа било које друге установе дигитализује. Ово питање је подложно интерпретацијама. Закон, такође, експлицитно не наводи да ли давање на послугу обухвата и позајмљивање умноженог примерка књиге у дигиталном облику.

Без обзира како и када ће Србија ући у процес дигитализације, креирање дигиталне библиотеке и очување и заштита дигиталне грађе свима нама је заједнички циљ. Наиме, дигитализација је динамичан процес који захтева стално праћење и усклађивање са новим технологијама. У том смислу су драгоцене искуства земаља чланица ЕУ, пре свега пракса Суда правде ЕУ и националних судова земаља чланица.

## **7. Закључак**

Пресуда Суда правде ЕУ у предмету *Darmstadt/Ulmer* делимично је донета у корист библиотеке. Наиме, према пресуди Суда библиотеке смеју да дигитализују дела која поседују и у случају када им издавач понуди властито дигитално издање. Суд се притом позвао на чл. 5, ст. 3(н) Директиве 2001/29. Са друге стране, библиотека у Дармштату се на почетку спора позвала на чл. 52(б) немачког Закона о ауторском праву који одређује ограничења ауторског права у корист библиотеке, музеја и архива. Према наведеној одредби, библиотеке смеју издата ауторска дела да учине јавно доступним, под условом да немају ни директне ни индиректне

комерцијалне интересе и да су учињена доступним на местима унутар библиотеке на којима ће се користити за истраживање и учење, односно за властите потребе корисника. У својој пресуди Суд у Луксембургу је истакао да је кључни задатак библиотека омогућавање приступа информацијама у сврху студирања и образовања. Дигитализација дела из властитог фонда један је од начина омогућавања тог приступа. С друге стране, библиотеке својим корисницима не смеју дозволити да дигитализовану грађу штампају или копирају на властити USB, осим када је то договорено са издавачем и када издавач за то прими надокнаду. Ипак, према пресуди суда право корисника да дигитализовану грађу штампа или сними на властити USB није обухваћено одредбом о изузетку од ауторског права које се односи на библиотеке, архиве и музеје, него одредбом која дозвољава умножавање за властиту употребу. Националним законодавствима је остављено да дефинишу услове под којима издавачима треба осигурати новчану компензацију. Према анализираној пресуди у државама чланицама ЕУ библиотеке смеју дигитализовати дела која поседују и то не само она на којима су ауторска права истекла, него и она која им издавач може понудити у дигиталном облику. На тај начин је проширена првобитна идеја да је циљ дигитализације очување и давање на коришћење јавности ретке и старе грађе. И у једном и у другом анализираном случају суд се изјаснио да дигитализацију нужно не сматра репродукцијом. Обе пресуде су ограничене на установе које поседују грађу, а притом не остварују профит. Ипак, ове пресуде у будућности могу бити смернице за проблематику везану за дигитализацију.

## Литература

Dreier, T. (2015), Elektronische Leseplätze in Bibliotheken, Ein Urteil zum Nachteil von Autoren und Verlagen, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1905–1909.

Kieselstein, J. (2015), Der elektronische Leseplatz und die bibliothekarische Praxis, *Der Grüne Bote, Zeitschrift für Lauterkeitsrecht und Geistiges Eigentum*, 1, 6–10.

Strobel, B. (2015), Elektronische Leseplätze in Bibliotheken nach dem des EuGH - Anm. zu EuGH, Urt. v. 11.9. 2014 - C - 117/13 - Technische Universität Darmstadt/ Eugen Ulmer KG, *Der Grüne Bote, Zeitschrift für Lauterkeitsrecht und Geistiges Eigentum*, 1, 1–6.

Wandtke, A.A./Konig, R. (2014), Reform der urheberrechtlichen Schrankbestimmungen zugunsten von Bildung und Wissenschaft, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 921–930.

**Doc. Sonja Lučić, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Kragujevac*

**THE RIGHT OF A LIBRARY TO DIGITISE A WORK FROM ITS COLLECTION  
IN ORDER TO MAKE IT AVAILABLE VIA DEDICATED TERMINALS**

**Summary**

*It is a commonplace to say that digital technology and the advent of the Internet have had a profound effect on many areas of human activity, including creative work and particularly literature. The introduction of electronic books has significantly altered both the publishing sector and readers' habits, and this is just the beginning. While electronic books may never replace printed books, the fact remains that, for certain categories of book and on certain markets, the volume of electronic book sales equals or surpasses the volume of printed book sales, whereas some works are published only in digital format. Hence, a growing number of readers are leaving printed books aside and turning to electronic reading devices. Young readers may never have accustomed themselves to printed books.*

*If libraries are unable to adapt to this trend, they risk marginalisation and may no longer be able to fulfill the task of cultural dissemination which they have performed for thousands of years. The institution of a regulatory framework to accommodate the modernisation of the way in which libraries operate has been a subject of intense debate for some time, both among the interested stakeholders and in legal theory. The question at the heart of this debate is whether and (if so) on what legal grounds libraries may be authorised to lend electronic books. The author analyzes the recent case law of the European Court of Justice, which refers to the right of the library to digitise a work which is contained in its collection in order to make it available via dedicated terminals.*

**Keywords:** *e-books, digitization, library services, regulatory framework, case law, Court of Justice.*



**Др Александар Ђорђевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776549D

UDK: 347(497.11)“13”  
Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **РЕЦЕПЦИЈА ГРЧКО-РИМСКОГ (ВИЗАНТИЈСКОГ) ПРИВАТНОГ ПРАВА У ДУШАНОВОМ ЗАКОНОДАВСТВУ**

**Апстракт:** У раду аутор анализира развој приватног права у средњовековној Србији у време владавине цара Душана. Аутор посебно подвлачи огроман утицај развијеног византијског приватног права на српски средњовековни правни систем, превођењем византијских правних извора и састављањем посебних компилација српског права. Душаново законодавство чине Душанов законик, Синтагма Матије Властара и тзв. Закон цара Јустинијана. Душанов законик не садржи много норми приватног права. Синтагма је оригинални византијски правни зборник који је наредбом цара Душана преведен на старосрпски и у њој су заступљене све гране римског приватног права. Закон Јустинијана представља српску компилацију византијских правних текстова и у највећој мери садржи одредбе приватног права. Развој српске државе за време великих освајања цара Душана, условио је и потребу за новом кодификацијом права, а посебно приватног права која је отпочела још доношењем Законоправила Светога Саве. Властарева Синтагма садржи читав систем развијеног римско-византијског приватног права и као најобимнији правни документ заузима централно место у раду аутора.

**Кључне речи:** приватно право, Душаново законодавство, рецепција римског права, историја српског средњовековног права, византијски правни текстови, Синтагма Матије Властара, Законоправило (Номоканон).

---

\* djole@prafak.ni.ac.rs

Средњовековно приватно српско право није довољно истраживано и проучавано у правноисторијској литератури. Неопходно је посебну пажњу посветити овој важној грани права, будући да постоје правноисторијски документи који садрже читав систем приватног права који је рецепцијом преузет из различитих византијских извора. Приватно право средњовековне Србије веома је развијено и сведочи о високом степену свести њених државника, као и о развоју друштвених, економских, привредних и правних односа ове државе који је и захтевао доношење таквих прописа.

Још почетком XX века, наш угледни научник, правни историчар и филолог, Стојан Новаковић, тачно је запазио: «У нас се мало водило рачуна да је сав наш историјски живот протекао у класичној домовини римскога права и да смо, што се тиче правних идеја, једнако живели под утицајем и управо под господовањем римскога права» (Новаковић, 1906: 1). Заиста, простори које су населили Срби били су саставни део Римске империје, а после пропасти Западног римског царства, дошли су под власт Источног римског царства (Византије) и остали у њеној културној орбити све до пада Цариграда 1453. године. На основу ове мисли Новаковића, Александар Соловјев, такође врстан правни историчар, закључује да осим рецепције византијског права у средњовековној Србији постоји и традиција римскога права на просторима Балканског полуострва још од времена Октавијана Августа (Соловјев, 1998: 371–372). Традиција важења римскога права у великој мери ће олакшати потоњу рецепцију византијског права у српској средњовековној држави, будући да су поједини правни институти били чврсто утемељени у свести и у пракси становника ових простора. То се посебно односи на приватноправне установе римскога права.

Рецепција византијског права у средњовековној Србији има своје дубоке корене у Савином Законоправилу<sup>1</sup>. Први писани законик средњовековне Србије јесте Законоправило (Номоканон) Светога Саве. Овај обиман документ донет је 1219. године, после добијања аутокефалности Српске православне цркве. Поред многобројних византијских канонских и других прописа, садржи и Прохирон (*προχαιρος νομος*), преведен на старосрпски

---

1 Савино Законоправило (Номоканон) први је писани српски законик. Реч номоканон је кованица старогрчког порекла, од речи номос (*νομος*) – закон и речи канон – црквено правило. Номоканони представљају мешовите збирке световног и црквеног права. Настали су у Византији, а Свети Сава је, по угледу на византијско право, сачинио номоканон за српску употребу, назвавши га Законоправило. Садржи 64 главе (6 уводних) на око 800 листова. О Законоправилу постоји обимна литература, а посебно се у раду на његовом објављивању и превођењу на модеран српски језик истакао наш научник Миодраг М. Петровић. Видети: Петровић М. (2004), *Законоправило Светога Саве на српскословенском и српском језику I*, Манастир Жича 2004.

језик. Свети Сава овај правни зборник у Законоправилу назива Градски закон.<sup>2</sup>

Под термином Душаново законодавство<sup>3</sup> подразумева се троделни кодекс права донет на државним саборима 1349. и 1354. Чине га Душанов законик, Скраћена Синтагма и Јустинијанов закон. Душанов законик садржи претежно јавноправне одредбе, и веома мало норми приватног права. Синтагма Матије Властара<sup>4</sup>, византијски правни зборник из прве половине XIV века, преведен је на српскословенски језик за време Душанове владавине. Убрзо је наређено и њено скраћивање, тако да је са око 300 чланова она сведена на једну трећину. Тако је настала Скраћена Синтагма коју проназимо у многим преписима Душановог законика који су дошли до нашег времена. Трећи део Душановог законодавства представља Закон цара

---

2 Прохирон ( *προχειρος νόμος* ) је византијски закон у 40 глава донет за време цара Василија I, оснивача македонске династије, у периоду 870–879. године. Важан је правни зборник грађанског, кривичног и црквеног права. За српско средњовековно право има велики значај, будући да је преведен на српскословенски језик у оквиру Законоправила, под називом Градски закон (Острогорски, 1998: 235–236). Градски закон је добар превод на српскословенски језик грчког Прохирина. Подељен је на 40 грана, а свака грана на одређен број глава (Петровић, 2013: 253).

3 Душаново законодавство је израз који се у правноисторијској науци користи за означавање не само Душановог законика, већ и византијских правних компилација Синтагме Матије Властара и тзв. Закона цара Јустинијана, преведених и сачињених по наредби цара Душана. Међу првима је на ову чињеницу указао и наш познати правни историчар Александар Соловјев у својој расправи објављеној давне 1928. године. Видети: Соловјев, А. (1928), *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопље 1928. Ово издање је поново штампано и 1998. године у едицији *Класици југословенског права*.

4 Синтагма Матије Властара је византијски правни зборник настао 1335. године као дело светогорског монаха. Назива се и Алфавитна Синтагма, будући да свака глава почиње словом из старогрчког алфавита. Има 24 главе, преко 300 чланова и важан је кодификаторски подвиг византијских законодаваца у XIV веку. На старосрпски језик преведена је за време владавине цара Душана, а њено скраћивање познато је као посебна српска правна компилација под називом Скраћена Синтагма (нешто мање од сто чланова). Прво издање српскословенског превода Властареве Синтагме објавио је наш познати научник Стојан Новаковић сада већ давне 1907. године. Видети: Новаковић С. (1907), *Матије Властара Синтагмат*, Београд: Задужбина Илије Коларца. После више од једног века, Српска академија наука и уметности издала је превод Синтагме на савремени српски језик. Реч је о преводу Татјане Суботин Голубовић. Видети: Суботин Голубовић, Т. (2013), *Матија Властар, Синтагма*, Београд: Српска академија наука и уметности. У овом раду приликом цитирања појединих одредаба из Синтагме, биће коришћен овај превод Татјане Суботин Голубовић, будући да је први превод са старосрпског на савремени српски језик.

Јустинијана<sup>5</sup>, особена српска правна компилација заснована на преводу неколико византијских правних текстова.

Римско право је, дакле, у Србију стизало из Византије, прихватањем три византијске правне збирке: Законоправила, Синтагме Матије Властара и тзв. "Јустинијановог закона". Та рецепција је имала своје специфичности, јер је долазила посредним путем. Српски правници нису читали оригиналне латинске списе, већ византијске (грчке) прераде римског права. Због тога се понекад смисао римских правних установа мењао, услед разлика између римске и византијске правне терминологије (Шаркић, 2009: 2–3). Овоме треба додати и сам Душанов законик као пример рецепције византијског права, без обзира што је претежно јавноправне и кривичноправне садржине. Никола Радојичић одавно је доказао да су многи чланови преузети из византијског законодавства – из Прохирона, Василика, Епанагоге и других правних зборника. (Радојичић, 1951: 64–74)

Питање Душановог законодавства, дакле, представља питање односа српског и византијског права. Формални утицај римско-византијског права на српско почиње још од доношења Савиног Законоправила. Примањем хришћанства из Источног римског царства и ступањем Законоправила на правну снагу, постављени су темељи рецепције византијске културе у средњовековној Србији. Тај процес трајао је непрекидно, а најинтензивнији био је за време владавине цара Душана. У том смислу треба и посматрати Душаново законодавство, као логичан и природан наставак пута рецепције грчко-римског (византијског) права у Србији, започетог још почетком XIII века.

Посебно питање представља место Скраћене Синтагме у оквиру Душановог законодавства. Прегледом старијих преписа Душановог законодавства види се да је редослед правних извора увек исти: најпре иде Скраћена Синтагма, потом следи Законик Јустинијанов, а на крају Душанов законик. Ту посебну везу ова три правна зборника на основу неколико хипотеза, први је доказао А. Соловјев. Он тврди да се у садржају Скраћене Синтагме на крају текста увек налази реченица "да оно што се не налази у Синтагми, треба тражити у Душановом и Јустинијановом законнику". Затим, исти аутор уочава у Раковачком препису Душановог законодавства запис да је Скраћена Синтагма "састављена и утврђена царем Душаном". Тај запис, у нешто измењеном облику, поновљен је и у Хиландарском препису. По тек-

5 Јустинијанов закон представља посебну компилацију различитих византијских (грчких) текстова преведених на српскословенски језик. Основни извори овог правног зборника су Земљораднички закон, Еклога Лава III, Прохирон Василија Македонца, Василике (царске књиге) Лава VI Мудрог, новеле византијских царева и друге византијске правне збирке (Марковић, 2007: 32).

сту наслова Скраћене Синтагме једног преписа, Соловјев износи претпоставку да је Скраћена Синтагма настала ради практичних потреба царских судова – да би се судије лакше сналазиле приликом примене права. Најзад, на основу анализе текста једне повеље цара Душана, из формулације “обновисмо и састависмо и узаконисмо свака правила светих и божанствених црква”, исти истраживач извучи закључак да је реч о Скраћеној Синтагми. У саставу државног Сабора који је донео Душаново законодавство, проналазимо и “калуђере и властелу грчку”, што упућује на закључак да је њихово присуство било неопходно управо због потврде византијских закона (Соловјев, 1998: 363–367). Скраћена Синтагма настала је, дакле, по наредби цара Душана и у веома је тесној вези са Душановим закоником и Закоником Јустинијана. Сва три правна зборника треба посматрати као целину, као један сложен организам српског и византијског права.

Постоји у литератури и мишљење да је превод целе Властареве Синтагме на српкословенски језик уследио веома брзо по њеном доношењу. Потпуна Синтагма није као таква ушла у Душаново законодавство, већ је изражавала ставове оних византофилских кругова који су се противили проглашењу српског царства и Патријаршије. Синтагма није признавала српску и бугарску аутокефалију и одрицала је право осталим народима на уздизање државног ранга на степен царства. Само се Скраћена Синтагма сматра делом српског законодавства. Потпуна Синтагма сачувала се у мало преписа и вероватно је употребљавана искључиво у црквеној средини. Скраћена Синтагма, очишћена од византофилских правних и црквених норми, била је очигледно погоднија за примену пред световним судовима. Савино Законоправило садржало је оне прописе који су били неопходни цркви, тако да је Скраћена Синтагма била намењена искључиво световним судијама Душанове државе (Богдановић, 1981: 558–560).

Душанов законик има веома мало чланова из области приватног права. Међутим, у другим деловима Душановог законодавства, у Скраћеној Синтагми и Закоником Јустинијана, приватно право заузима доста места. Постоји неколико посебних глава приватног права које садржи Властарева Синтагма: о куповини и продаји, зајму и залогу, поклонима, остави, закупу и најму. Јустинијанов закон садржи одредбе о купопродаји сељачког имања и правне прече куповине.

Уговору о купопродаји посвећена је глава 4 у оквиру слова А Властареве Синтагме. Она носи и поднаслов Градски закони. Уз дефиницију уговора о купопродаји, садржи и правила закључења, део о капари, купопродају непокретности и покретних ствари, купопродају коју закључују малолетници, као и купопродају на кредит трговаца. Грађа овог дела Синтагме

преузета је из Прохирона и Василика и у основи представља реципирано римско право које је преведено на српскословенски језик. Занимљиво је да је на старословенском језику задржан оригинални старогрчки назив за капару, "аравуна" (аравуна), на грчком  $\alpha\rho\rho\alpha\beta\omega\nu\omicron\varsigma$ . Отуда је у српском средњовековном праву присутан термин за капару "раона", "равна", "аравуна", "рамна" и слично (Соловјев, 1998: 418–419). Одредбе Властареве Синтагме о купопродаји у потпуности је преузела Скраћена Синтагма, тако да су се сматрале званичним законодавством Душанове државе.

На почетку поменуте главе Синтагме, купопродаја је дефинисана као сагласност обе уговорне стране о цени. Уговор се сматра закљученим када купац плати цену, а продавац преда ствар коју продаје. У погледу капаре, Синтагма прописује да уколико купац раскине уговор, она остаје продавцу, док уколико продавац раскида уговор о купопродаји, мора да преда двоструку вредност капаре коју је узео (Суботин Голубовић, 2013: 54).

Властарева Синтагма веома мало пажње посвећује купопродаји непокретности. Јустинијанов закон је допуњује у члановима 8–12, будући да у овим одредбама прописује услове купопродаје женине имовине и права прече куповине приликом купопродаје непокретности. Члан 8 Јустинијановог закона из Јустинијанове кодификације преузима древну римску правну установу *lesio enormis* (раскид уговора на захтев купца уколико није плаћена бар половина уговорене цене). Чланови 10 и 11 прописују право прече куповине суседа, вероватно према новели Романа Лакапина (Марковић, 2007: 38).

Новеле Романа Лакапина из 922. и 934. године утврђују право првенства суседа при куповини сељачких имања. По тексту новеле из 922. године, установљено је пет категорија сељака суседа који имају првенство у случају купопродаје земљишних поседа на селу. Тек ако би ових пет категорија суседа одбило да купи posed, земља је могла бити понуђена другим лицима. Друга новела из 934. године прогласила је неважећим све дарове, наследства и анулирала све куповине оних земљишта за која је плаћено мање од половине "правичне цене" (Острогорски, 1998: 263–264). Обе новеле византијског цара имале су за циљ спречавање феудализације, куповину сељачких имања испод правичних цена и заустављање процеса стварања категорије зависних сељака. Византија је штитећи неприкосновену приватну земљу слободних сељака, штитила и свој дуго изграђивани систем.

Јустинијанов закон допуњује празнине које очигледно постоје у Скраћеној Синтагми. Властарева синтагма није много пажње посветила заштити приватне својине, те су српски компилатори преузимали одредбе из ранијег византијског права, прилагођавајући их приликама на српском селу. Члан

10 Јустинијановог закона забрањује продају ствари “туђем човеку”, него ограничава избор купца на становнике истог села, док члан 11 продају сеоске непокретности (њиве, винограда или млина) условљава претходном објавом “ближику и општинику”, утврђујући тако право прече куповине међу рођацима и суседима (Марковић, 2007: 66). Интересантно је да ове норме нису превод ниједног византијског текста, већ представљају самосталну компилацију. Право прече куповине преузето је као установа из византијског права, али прилагођено аграрним односима на српском селу (Соловјев, 1998: 420–421). Ове одредбе значајне су и као пример рецепције римско-византијског права са прилагођавањима и изменама у духу аграрних односа у Душановој држави. Оне показују и креативност и висок ниво познавања византијских прописа редактора и компилатора Јустинијановог закона, као и њихову способност да модификацијом у духу словенског и српског права преузму правну норму из много развијенијег правног система. Јустинијанов закон, такође, овде се јавља као допуна Скраћене Синтагме чиме се доказује трипартитност и комплементарност Душановог законодавства.

Одредбе о поклону веома су заступљене у византијском праву. Еклога, Прохирон и Епанагога посвећују овом уговору доста пажње. Синтагма Матије Властара у оквиру слова Д, у глави 12, прописује правила закључења и опозива уговора о поклону. Редактори Скраћене Синтагме у потпуности су преузели ову главу из Властареве Синтагме. Ни малолетник ни лице са психичким недостацима (“безуман”) нису могли да буду дародавци. Нерасмеран дар учињен деци или другим лицима морао је да се приликом поделе наслеђа узме у обзир ако би било угрожено право на нужни део. Уговор о поклону могао се раскинути због незахвалности поклонопримца (Суботин Голубовић, 2013: 182).

Све ове одредбе о поклону Србима су биле познате из Градског закона, тј. из светосавског превода Прохирона као саставног дела Законоправила. Многобројне повеље о даривању непокретности манастирима, црквама и властели веома су присутне и у византијском и у српском средњовековном праву. Најчешћи израз у даровницама српског права јесте: “за душу под црков подписати, у прикију дати, продати, харисати, заменити, куде им хотеније обратити” (Соловјев, 1998: 424). Израз “за душу одати” помиње се и у члану 40 Душановог законика (Новаковић, 1898: 171). Њиме се означавало даривање цркве ради помена душе, док је израз “харисати” значио поклонити приватном лицу из љубави, посебно у правним пословима *inter vivos* (Соловјев, 1998: 424–425).

Уговор о остави веома је чест правни посао у средњем веку. Познају га и византијско и српско право. Властарева Синтагма у глави 6 у оквиру слова П предвиђа оставу под старословенским називом покладђ (поклад). Одредба о уговору о остави преузета је из Прохирона (Суботин Голубовић, 2013: 311). Од 15 одредаба садржаних у Прохирону (Градском закону), Синтагма преузима само две – дефиницију поклада и норму о одговорности за изгубљену оставу услед напада разбојника, преваре и небриге. Редактори Скраћене Синтагме у потпуности су преузели ову главу потпуне Синтагме, те се она сматра саставним делом Душановог законодавства. Термин “поклад”, “поклажа” је старословенског порекла и среће се и у древноруском праву.<sup>6</sup>

Члан 125 Душановог законика предвиђа један нарочити случај одговорности гостионичара (стањанина) за ствари које му је предао путник. Њиме је забрањена “приселица” у градовима властели, државним чиновницима и службеницима, тј. феудална обавеза градског становништва према највишем слоју. Сваки посетилац који је намеравао дуже боравити у граду, морао је ићи “стањанину”, тј. гостионичару, предавао му је коња и све ствари за које је гостионичар одговарао (Новаковић, 1898: 222).

Средњовековно српско и византијско право нису правили разлику између закупа и најма. Још у доба Светог Саве постоји израз на9мђ, који је српскословенски превод грчког израза  $\mu\sigma\theta\omega\varsigma$  (на латинском *locatio*) (Соловјев, 1998: 429). Матија Властар преузео је одредбе о закупу и најму из Прохирона. У Синтагми оне се налазе у оквиру слова М, у глави 12. У првој одредби прописани су услови за закуп њиве, закупнину и одговорности закупца уколико би напустио закуп њиве пре истека уговора. Затим следе норме о закупу коња и одговорности закупца услед његове кривице за оштећење закупљене ствари. На крају је пропис који забрањује закуподавцу да без пристанка закупца може да раскине уговор, док купац уредно плаћа закупнину, па чак иако неко друго лице нуди већи износ закупнине (Суботин Голубовић, 2013: 287).<sup>7</sup>

Властарева Синтагма садржи многобројне одредбе уговора о зајму и залого, који се у средњовековном праву готово увек проналази уз зајам. Синтагма своју грађу о зајму и залогу црпе из Еклоге, Прохирона и Василика. Она

6 “Поклажаи” – ствари поверене на чување, израз заступљен у Руској правди. Карактеристично да се термин у истом значењу одржао и у првој половини XV века, о чему сведоче текстови две уговорне повеље кнежева Јурија Димитријевича и Василија Васиљевича из 1433. и 1435. године (Сразневский, 1902: 1104–1105).

7 У преводу са старословенског на савремени српски језик погрешно су употребљени термини најмодавац и унајмиатељ, уместо закуподавац и купац, са аспекта савременог права.



је смештена у оквиру слова Д, у глави 2. Глава носи наслов *О зајмодавцима и зајму и залогама* и углавном регулише права жене поводом мираза, његовог залагања, као и залога уопште (Суботин Голубовић, 2013: 155–156). Интересантно је да ни у Душанов законик, ни у Скраћену Синтагму ни у Јустинијанов закон нису ушле одредбе о каматама (интересу). Познато је да су многи византијски законици забрањивали узимање камате, али да су их поједини византијски цареви допуштали својим новелама. Потпуна Синтагма само у два случаја помиње камату, у српскословенском преводу она је означена као лихвѣ (лихва). Тај израз познат је у српском средњовековном праву, али Скраћена Синтагма не садржи ниједан пропис о камати (Соловјев, 1998: 434–435). Јустинијанов закон садржи само две одредбе о залогу поводом зајма у члановима 26 и 27. Оне су преузете из Земљорадничког закона и говоре о забрани залогопримцу да тражи од дужника откуп залог пре рока и одговорности залогопримца за изгубљену залогу (Марковић, 2007: 69).

### **Закључак**

Ромејско царство имало је јак утицај на суседе, а посебно на хришћанске народе. Висок углед византијске културе, њена државна организација и развијен правни систем, богати градови, византијска црква – код владајућих кругова средњовековних словенских држава представљали су један идеал који је требало следити.

Душаново законодавство представља један од начина утицаја византијске културе на српску средњовековну државу и право, као и жељу српских владајућих кругова на челу са владаром да преузму део византијског богатог културног наслеђа. Душанов законик, Синтагма и Закон Јустинијана дело су српских редактора и своје ослонце имају у византијским правним изворима. Приватно право које се у Србији тога доба развијало услед напретка економских и друштвених односа, свој узор пронашло је у римско-византијском грађанском праву.

Свака рецепција страног права уз његову модификацију била је чешћа пракса у историјској пракси као тип рецепције у односу на дословну рецепцију права. За правне историчаре она представља велики истраживачки изазов. Проблем са којим се сусрећу истраживачи је примена реципираног права. Нема много података који су доспели до нашег времена на који начин се у пракси, пред судовима Душанове државе, примењивало право преузето из византијског законодавства. Остаје историјска чињеница да је српска средњовековна држава имала веома модерне и напредне законике тога доба због огромног утицаја византијског права, али и жал што нема

много доказа о практичној примени тих прописа. Рецепција приватног римско-византијског права доказује тежње српских владара и учених људи да буду део цивилизованог света, али правна историја ипак не може у потпуности сагледати практичан значај рецепције приватног права у средњовековној Србији.

### Литература

Богдановић, Д. (1981), *Душаново законодавство, Историја српског народа 1*, Београд: Српска књижевна задруга.

Марковић, Б. (2007), *Јустинијанов закон*, Београд: Српска академија наука и уметности.

Новаковић, С. (1906), *Средњовековна држава и римско право, Архив за друштвена и правна истраживања*, Београд.

Новаковић, С. (1898), *Законик Стефана Душана*, Београд: Задужбина Илије Коларца.

Новаковић, С. (1907), *Матије Властара Синтагмат*, Београд: Задужбина Илије Коларца.

Острогорски, Г. (1998), *Историја Византије*, Београд: Народна књига – Алфа.

Петровић, М. (2004), *Законоправило светог Саве на српскословенском и српском језику I*, Жича: Манастир Жича.

Петровић, М. (2013), *Неколике особености "Градског закона" у Законоправилу Светог Саве, Црквенограђански значај Законоправила Светог Саве*, Београд: Миодраг Петровић, 253–265.

Радојичић, Н. (1951), *Душанов законик и византијско право, Зборник у част шесте годишњице Законика цара Душана*, Београд: Српска академија наука.

Соловјев, А. (1998), *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Београд: Класици југословенског права.

Суботин Голубовић, Т. (2013) *Матија Властар, Синтагма*, Београд: Српска академија наука и уметности.

Сразневский, И. И. (1902), *Материалы для словаря древне-русского языка по письменнымъ памятникамъ, Том 2*, Санктпетербургъ: ИАН.

Шаркић, С. (2009), *Рецепција грчко-римског (византијског) права у Србији, Средњовековно право у Срба у огледалу историјских извора*, 1–7.

**Aleksandar Đorđević, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE RECEPTION OF GRECO-ROMAN (BYZANTINE)  
PRIVATE LAW IN TSAR DUŠAN'S LEGISLATION**

**Summary**

*In this paper, the author analyses the development of private law in medieval Serbia during the reign of Tsar Dušan. The author underlines the huge influence of formerly developed Byzantine law on the Serbian medieval legal system, which is embodied in translation of the Byzantine legal sources and compiling subject-specific collections of Serbian law. Tsar Dušan's legislation includes Dušan's Code, Matija Vlastar's Syntagm and the so-called Emperor Justinian's Act. Dušan's Code does not contain many private law norms. The Syntagm is the original Byzantine legal collection, which was translated into old Serbian language upon the authority of a decree issued by Tsar Dušan; it contains legal provisions pertaining to all branches of Roman private law. Justinian's Act is the Serbian compilation of the Byzantine legal texts; it mainly includes private law provisions. The development of the Serbian state during the reign and great conquest campaigns of Tsar Dušan imposed the need for a new codification of law, especially in the area of private law, which was initiated by enacting Saint Sava's Nomocanon (Zakonopravilo – Book of Legal Rules). Matija Vlastar's Syntagm contains the entire system of developed Roman-Byzantine private law. As the most comprehensive of the aforesaid legal document, it is the focal point of the author's discussion in this paper.*

**Keywords:** private law, Dušan's legislation, reception of Roman law, history of Serbian Medieval law, Byzantine legal texts, Matija Vlastar's Syntagm, St. Sava's Nomocanon.



# ТРГОВИНСКО-ЕКОНОМСКА СЕСИЈА





**Др Александар Ђурић\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776563C

UDK: 339.5

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УТИЦАЈ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ НА ПРАВНУ РЕГУЛАТИВУ МЕЂУНАРОДНИХ ЕКОНОМСКИХ ОДНОСА\*\***

**Апстракт:** *Под глобализацијом се подразумевају промене у свим структурама друштва које доводе до драматичног пораста међународне трговинске размене, кретања људи, размене идеја. Аутор анализира утицаје које глобализација може имати на развој међународних трговинских односа (МТО), и који могу бити како позитивни, тако и негативни. Државе све више губе самосталност у вођењу трговинских политика и предузимању законодавних мера. Глобализација правне регулативе МТО постаје сложени функционални скуп норми који се заснива на изворима права:*

- а) државног националног карактера;*
- б) међународних и наднационалних извора, као и*
- в) аутономног права самих трговаца, односно *lex mercatoria*.*

*Три су основна начела која су значајна за глобализацију МТО и која у суштини чине основ либерализације међународне трговине: а) забрана дискриминације; б) транспарентност (прозрачност); в) мирно решавање спорова. Улога државе у стварању нормативно-правних и других услова за обављање МТО се учестано сели у арену бројних међународних организација у области трговине, пре свега, у мултилатерални трговински правни режим СТО. СТО све више израста у системски регулаторни оквир светске трговине, као и читавог процеса глобализације. Међузависност структуре у светској привреди данас не допушта једностране одлуке националног карактера. У таквим околностима СТО је постала регулатор рада влада земаља*

\* aciric@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат рада на Пројекту број 179046 Министарства образовања, науке и технолошког развоја Републике Србије. Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Глобализација и право“, одржаној на Правном факултету Универзитета у Нишу, 21. и 22. априла 2017. године.

*у области МТО, као и регулатор услова конкуренције са којим се на домаћем тржишту суочавају увезени производи. Транснационално право трговаца (lex mercatoria) се, поред међународног и националног права, схвата као трећи вид правног система МТО, који настаје из уговорних норми субјеката приватног права, као и норми насталих из односа јавног и приватног партнерстава на подлози тзв. "дијагоналних споразума" (концесије, државне јавне набавке и сл.).*

**Кључне речи:** *глобализација, међународни трговински односи, Светска трговинска организација, транснационално право трговаца (lex mercatoria).*

## 1. Увод

Савремени свет проживљава смену индустријске фазе развоја пост-индустријском епохом и ером информационих технологија. Научно-технички прогрес полако али сигурно мења индустријску структуру, а човечанство пролази фазу интензивне технолошке револуције. Цео свет се налази у процесу глобализације у коме већина проблема међународне заједнице излази из оквира надлежности држава и њихових међународних односа, за чије решавање се све више користе нови глобални механизми. Сферу међународних економских односа карактерише тенденција успостављања јединственог планетарног тржишта робе, услуга и капитала, а светска привреда показује тенденцију прерастања у јединствен комплекс.

Државе све више губе самосталност у вођењу трговинских политика и предузимању целовитих законодавних мера унилатералног карактера. Међународни економски и трговински правни поредак заснива се на балансу међународних тржишних механизма, с једне, и националне државне регулативе, са друге стране, што доводи до појаве тензија које произлазе из противречности два супротстављена концепта: глобализоване либерализације и националног протекционизма.

Настојае за успостављање координисане међузависности између ова два концепта није једноставно. Нови глобализовани међународни економски поредак је оптерећен растућим разликама између богатих и сиромашних нација. Промене у правној надградњи МЕО су тако брзе и често фундаменталне, да неминовно мењају традиционално поимање бројних правних института са класичним призвуком. Расте корпус нових правних правила међународног транснационалног карактера, под утицајем права универзалних и регионалних међународних трговинских организација (МТО), која све више сужавају јавно-правна овлашћења државе.



Неспорно је да нови међународни економски односи теже увећању имовинских ресурса у свету. Међутим, противречности тих односа произлазе из неправичне и неуравнотежене алокације постојећег и будућег богатства. Реална је бојазан да ће даљи токови процеса глобализације учврстити постојећу доминацију најбогатијих појединаца и најразвијенијих држава света, а нови међународни трговински поредак довести до увећања богатства, али и до још изразитије беде и сиромаштва највећег слоја становништва на нашој планети.

У таквим глобализованим односима, правна регулатива МЕО постаје сложени функционални скуп норми који се заснива на изворима права: а) државног националног карактера; б) међународних и наднационалних извора, као и в) аутономног права самих трговаца, односно *lex mercatoria*.

Глобализација МЕО утиче да се њихова правна надградња заснива на функционалном скупу правних правила *националног, међународног, наднационалног и аутономног карактера*, којима се уређују МЕО како *јавно-правне, тако и приватно-правне природе*.

Основна правна и научна дисциплина и надградња над МЕО је Међународно трговинско право (МТП), која се, још пре свог коначног профилисања, почела делити у посебне специјализоване гране, као што су: Право међународних економских односа; Међународно трговачко право; Право међународних трговинских интеграција; Право Светске трговинске организације; Међународно инвестиционо право; Право међународне дистрибуције; Међународно транспортно право; Право међународних плаћања; Међународно стечајно право; Међународно арбитражно право итд.

## **2. Појам, термин и особине глобализације међународних економских односа**

Под глобализацијом се подразумевају промене у свим структурама друштва, култури и светској привреди, које доводе до драматичног пораста међународне трговинске размене, кретања људи, размене идеја. Глобализација се често посматра искључиво са гледишта економије и тада се у први план ставља њен учинак на процес интернационализације производње, све већи степен приватизације регулаторних надлежности у области међународних економских односа, као и укупну либерализацију начела „слободне трговине“. Међутим, глобализација обухвата много шире аспекте друштва.

Појам глобализације, са трговинског аспекта, значи тенденцију преображаја светске привреде у јединствено тржиште робе, услуга, капитала и

радне снаге. У том контексту је дошло до либерализације и до тзв. треће фазе интернационализације МТО.<sup>1</sup>

Термин глобализација се користи за обележавање низа промена, које су, у последње две до три деценије, дотакле све углове планете. Њему се придају различита значења. Једни под њим подразумевају појаву неограничених могућности, раскид са прошлошћу и појаву технолошке револуције, која ће обезбедити човечанству просперитет. Други сматрају да је реч о променама које су измакле контроли и воде још већој анархији, без права на националну независност и безбедност. У сваком случају реч је о реалној појави у међународним односима у целини.

Уједињене нације под глобализацијом, у привредном и спољнотрговинском смислу, подразумевају смањење и уклањање баријера између националних граница како би се олакшао проток роба, услуга, капитала и радне снаге.<sup>2</sup>

Међународни монетарни фонд дефинише глобализацију као “стално растућу економску међузависност држава кроз повећање обима међудржавног промета добара и услуга, слободнијег протока капитала, и све бржег и ширег простирања нових технологија.”

Према дефиницији Светске банке, глобализација подразумева широку “могућност појединаца и корпорација да успоставе међународне послове са лицима из других земаља”. Дакле, глобализација, у сфери МЕО, значи тенденцију преображаја светске привреде у јединствено тржиште робе, услуга, капитала и радне снаге.

У теорији се глобализација економских односа дефинише као „блиска интеграција држава и народа која води енормном смањеној трошкова

---

1 Прву фазу интернационализације међународних односа (50-их и 60-их година XX века) карактерише кључна улога трговине у економским развојним процесима. Брз раст трговине, уз ограничавање трговинских рестрикција, омогућава компанијама да лакше приступе страним тржиштима, као и да развију међународно пословање (плитка интеграција – *shallow integration*).

Другој фази (70-их и 80-их година) основно обележје даје рецесија изазвана нафтном кризом која доприноси увођењу процеса дерегулације, приватизације, интеграције финансијских тржишта уз значајан раст кретања капитала.

Доминација капиталних над трговинским токовима до пуног изражаја долази средином 80-их и у 90-им годинама, када наступа трећа фаза глобализације са доминантном улогом страних директних инвестиција. Обим, динамика инвестиционих кретања добијају обележје основне моторике економских збивања савременог развојног тренутка и основног фактора растућих облика међународне међузависности.

2 *Summary of the Annual Review of Developments in Globalization and Regional Integration in the Countries of the ESCWA Region by the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia* <http://en.wikipedia.org/wiki/Globalization#Definitions>, сајт посећен 02. 04. 2017.

транспорта, комуникација и руши вештачке баријере прекограничних токова робе, услуга, капитала, знања и радне снаге“ (Thomas, 2000: 9).

Особине глобализације у међународној привреди, упућују на њена четири фундаментална сегмента на којима се она заснива:

- а) промет робе и услуга на начелима слободне трговине;
- б) проток људи;
- в) проток капитала и
- г) трансфер технологија.

Резултати привредне глобализације се испољавају кроз појачане привредне везе на глобалном нивоу и сужавање националног суверенитета у области привреде.

Глобализација је процес светске економске, политичке и културне интеграције и унификације. Основни пратилац тог процеса је светска подела рада, миграција капитала, људских и производних ресурса, стандардизација законодавстава, економских и технолошких процеса на читавој планети. То је објективни процес, који носи системски карактер, и који обухвата све сфере друштвеног живота. Промене које иду са процесом глобализације условљавају:

- а) Брзи развој информационаих и телекомуникационих технологија у читавом свету, тако да је данас размена информација на различитим тачкама планете готово истовремена, а канали те размене су доступни широком кругу корисника. То је довело до глобализације многих локалних питања и њиховог приближавања глобалном аудиторијуму;
- б) Израду читавог законодавства, норми и стандарда у вези са готово свим аспектима макроекономске делатности. Поштовање заједничких правила је предуслов изласка на светско тржиште. Она се све више унификују на глобалном нивоу и са високим степеном утичу на међувладине организације и национална законодавства. У том смислу се могу навести правила међународне трговине која се доносе на нивоу *WTO*, услови за одобравање кредита *IMF*-а и *IBRD*-а и др. Говори се о конституционалном карактеру права *WTO* и о његовом уставно-правном хабитусу. Ствара се јединствена међународна трговинска и привредна архитектура, која диктира не само правила трговинске сарадње међу државама, већ опредељује утиче и на њихову националну привредну политику;

в) Интернационализацију капитала, која олакшава приступ кредитним ресурсима других држава и допушта инвеститорима ширење њихове делатности на удаљена подручја изван њихових националних граница;

г) Нагли пораст темпа свих промена фаворизује оне које су погодне за брзу примену, као и постојеће које се могу лако адаптирати. Глобализација, у том контексту, погодује установама грађанског друштва, транснационалним компанијама (ТНК), а мање националним владама и међувладиним организацијама. У целини то доводи до слабљења улоге влада појединих држава, као и националних система вредности, а значајан део овлашћења се преноси на виши или нижи ниво. Најзначајнији сегмент институционалног аспекта реакције на глобализацију услова и околности међународне трговинске размене<sup>3</sup> је стварање Светске трговинске организације. Нижи ниво фаворизује регионална удруживања (евро региони), локалне (муниципалне) органе власти, само тржиште и грађанско друштво.

Основни усмеравајући фактори процеса глобализације су: међународна трговина; јачање мреже транснационалних предузећа; интернационализација финансијских ресурса и примена нових технологија, посебно примена компјутерске технике (Castells, 1996: *passim*).

Општи је закључак да озбиљне глобалне промене умногоме превазилазе објективне и субјективне способности контроле, њиховог правног и другог нивоа уређивања, као и укупног прилагођавања. Услед тога настају последице у виду распада институционалних система у појединим областима, заостајања у привредном развоју и нивоу националног биланса у трговинској размени са светом.

Стратешке одлуке о даљем развоју света, укључујући и међународно трговинско право, све више се доносе на планетарној основи. Полако, помало, али све сигурније, установљавају се принципи контролисаног привредног развоја појединих делова наше планете, не на националном, већ на светском, супранационалном, нивоу. Међународни извори права и правне норме међународног карактера постају саставни елемент националног правног режима у уређивању МТО у законодавствима свих држава (Ђирић, 2013: 1).

---

<sup>3</sup> Трговинска глобализација, као један од аспеката опште глобализације, дефинише се као „блиска интеграција држава и народа која води енормном смањеном трошкова транспорта, комуникација и руши вештачке баријере прекограничних токова робе, услуга, капитала, знања и радне снаге“ (Thomas, 2000:9).

Резултати глобализације указују да је либерализација трговине довела до економског раста<sup>4</sup>, али је његов распоред извршен у корист богатијих трговинских партнера на међународном плану и у корист богатијих привредника на националном нивоу.

По мишљењу антиглобалиста, глобализација подрива државни сектор и слаби систем социјалне помоћи<sup>5</sup>. На форуму WTO у Сиетлу постављено је питање избора између “слободне трговине” и „националног суверенитета“, при чему се указивало на противуречности тих института. Било је радикалних предлога да се напусте све шеме “глобализације” у интересу повратка мерама “протекционизма”, које су се примењивале после Другог светског рата, посебно до 1958. године, сагласно Бретонвудским споразумима<sup>6</sup>.

---

4 У периоду 1950–1973, обим светске трговине робом и услугама растао је у просеку 8% годишње, док је светски *GDP* растао 5%. У деценији након напуштања фиксних курсева утврђених *Bretton Woods* споразумом, и након првог “нафтног шока”, стопе раста светске трговине и светског ГДП суштински су се смањиле. Од 1983. године, светска трговина добија на замаху, уз стопу годишњег раста од 5,7%. Ова стопа је знатно изнад годишње стопе раста светског ГДП, која је у просеку износила 3,4%. Ипак, стопа раста светске трговине нижа је него она код директних страних инвестиција (*Foreign Direct Investment – FDI*), која износи 14% годишње, рачунајући од 1985. године. Године 1996, глобални извоз робе био је 5,1 билиона долара, а комерцијалних услуга 1,2 билиона. Оквирне цифре увоза биле су 5,2 билиона за робу, односно 1,2 билиона за услуге (*World Trade Organization – WTO Secretariat, Report on Trade Developments 1997*). У структури светске привреде доминирају енергенти, путнички аутомобили и информационо-телекомуникациона (*IT*) опрема. Двадесет најзначајнијих производа у структури светске трговине су: сирова нафта, путнички аутомобили, уља од нафте и минерала, електронске цеви, телекомуникациона опрема, специјалне трансакције производа, рачунарска опрема, делови, прибор за моторна возила, лекови, канцеларијска опрема, електричне машине и апарати, електрични апарати за струјна кола, ваздухоплови и опрема, природни гас, клипни мотори са унутрашњим сагоревањем, мерни, контролни инструменти, намештај и делови, машине за поједине индустријске гране, хартија и картон, одећа. Извор: *World Economic Outlook, октобар 2007*.

5 На плакатама демонстраната, антиглобалиста у Сиетлу поводом отварања форума WTO 2002. године појавио се натпис: *WTO – World Thieves Organization* (Светска лоповска организација), што је илустрација читавог спектра привредно-економских, политичких, социјалних, национално-етичких и других бројних противуречности, које притискају свет у целини, али и поједине државе и регионе.

6 Предлагане су следеће мере: а) напуштање монетарног система уз примену пливајућег курса и увођење фиксне паритетне вредности валута, по систему “златног важења”, што би омогућило каматне ставке за дугорочне кредите (5–30 година) намењене развоју на нивоу око 1%; б) обезбеђење унутрашње финансијске контроле кретања капитала и валутних курсева на подлози суверености националних влада; в) успостављање механизма споразума о царинама и трговини којима би се штитио

Без обзира на постојање различитих оцена о глобализацији, важно је научити законитости њеног процеса и дејства, искористити је максимално у контексту сопствених националних интереса, који не би противречили развоју МТО у свету. У том смислу је глобализацију потребно потчинити циљевима равномерног развоја, а не посматрати је као алтернативни пут развоја међународних трговинских односа.

Три су основна начела која су значајна за глобализацију МТО и која у суштини чине основ либерализације међународне трговине:

- а) забрана дискриминације
- б) транспарентност (прозрачност);
- в) мирно решавање спорова.

а) Забрана дискриминације има фундаменталнију природу од начела "прозрачности". То значи да чланови WTO морају имати једнаке могућности и равноправан третман. Начело подразумева два елемента: национални приступ, који значи признање националног статуса за увезене производе, као и статус најповлашћеније нације, односно међународни елемент једнаког третмана привредника из свих држава, чланица WTO на тржишту одређене земље. Овај принцип тежи унификованом систему правила, која се под једнаким условима примењују на све државе-чланице WTO.

б) Значење термина „транспарентност“ (“прозрачност”) у систему међународне трговине подразумева могућност сазнајне доступности, правила о трговинским операцијама и карактеристикама њихове примене. Таква могућност обезбеђује предвидивост услова пословања. Све чланице СТО преузимају обавезу да јавно објављују своје законе, друге прописе и актуелну праксу која има утицаја на њихову примену. Тако, ако неки продавац робе из Србије жели да извезе свој производ у Малезију, потребно је да располаже таквим приступом информацијама о условима реализације тог посла, као што је то могућно и домаћем трговцу. Значи да учесник МТО не сме бити доведен у неповољнији положај због чињенице да му нису доступне информације о локалним прописима о царинама, о пореским обавезама, о производним и употребним стандардима, или о прописима о заштити човекове околине и слично.

в) Начело мирног решавања спорова фаворизује преговоре као средство за решавање насталих спорова. Тек уколико преговори не дају резултате, прибегава се правним средствима (“*rule oriented system*”) за коначно решење међународних трговинских спорова.

---

пољопривредни и индустријски развој на нивоу држава, који би био у функцији развоја међународне привредне и трговинске сарадње.

Глобализација начелно, па и у МТО, захтева одговор на питање: како обезбедити одговарајући правни оквир међународне трговинске размене? Питање се мора сагледати у светлу чињенице да у свету не постоји „супер суверен“, који дефинише политичке основе на којима почивају циљеви чијем остварењу глобализација служи.<sup>7</sup> Покушаји да се такав недостатак супституише вољом одређених, па и најмоћнијих држава („*pax americana*“), на крају прве деценије овог века, резултирао је институционалном и структуралном кризом која је угрозила суштинске вредности остварене либерализацијом МТО у последњих двадесет година. Економисти и правници су дужни да потраже одговор који лежи у вишем нивоу сарадње и искренности држава у решавању кључних проблема савременог света. Виши ниво привредног развоја и његова равномерност свакако су од пресудног утицаја на успех овог процеса који, ипак, у крајњем зависи од јасне и трајне политичке воље за његово адекватно спровођење.

Посебан значај у процесу савремених тенденција има делатност WTO, која чини основни инструмент правне надградње трговинске и привредне глобализације. Привредна глобализација би требало да омогући процес стварања амбијента слободног од препрека и ограничења наметнутих националним прописима. Њено деловање се одвија на два колосека: универзалном и регионалном. На глобалном нивоу, њен резултат је стварање *WTO*, док га на регионалном прати појачана законодавна активност регионалних организација, успостављање царинских унија и зона слободне трговине. Међународна трговина данас није више ни капиталистичка, ни социјалистичка. Она је по свом карактеру међународна и као таква не познаје границе (Goldštajn, 1973: 171–174). Она егзистира у данашњем свету, који је уједно и веома богат и веома сиромашан, и који са тим својим особинама у значајној мери утиче на изградњу новог формално-правног оквира МТО.

### **3. Потреба за новим правним уређењем глобализоване међународне трговине**

У литератури се с правом истиче да се међу појавама које су усмеравале токове планетарних збивања, тешко може наћи нека чија би снага била тако велика, а утицај тако пресудан, као што је то случај са феноменом трговине. Трговина је усмеравала токове светске цивилизације, покретала човечанство на нова достигнућа и била темељ великих култура (Миленковић Керковић, 2008: 1). Постоје уверења да је међународна трговина творац и читавог међународног права“ (Ђирић, 2010: 1). Њен се савремени концепт

---

<sup>7</sup> Питање је препознато још 1998. године, дакле у време које се може назвати „Периклово доба“ глобализације (Jeffrey, 1998: passim).

све више заснива на правилима која настају независно од система националних правних поредака. Улога државе у стварању нормативно-правних и других услова за обављање МТО се учестано сели у арену бројних међународних организација у области трговине, пре свега, у мултилатерални трговински правни режим СТО.

У савременој јуриспруденцији се све више указује да међународним трговинским трансакцијама одговара јединствен и унификован правни систем, независан од политичких, идеолошких, или економских интереса појединих држава, на чијим се територијама налазе седишта учесника међународних трговинских односа (МТО). У примени правних правила за регулисање МТО, традиционално је долазило до сукоба решења националних права. Разлике у решењима националних правних система су оцењене као узрок постојања правног партикуларизма, који представља кочницу развоја међународне трговине. Правна теорија и пракса су тражиле излаз из такве ситуације у процесима хармонизације и унификације правних норми приватно-правне и јавно-правне природе, као и правила о сукобу закона и материјално-правних правила међународне трговине. Крајем прошлог века цео свет је, готово у свим областима, а пре свега у сектору МТО, захватио процес глобализације. На нормативном плану, он подразумева стандардизацију и интернационализацију правила, како приватно-правног, тако и јавно-правног карактера, која припадају различитим националним правним системима. Циљ процеса интернационализације је изградња хармонизованих и унификованих норми (светско право трговца), чија би примена имала универзални – светски, карактер. Олићење регулаторног и институционалног оквира новог „светског трговинског права“ јавно-правног садржаја је право СТО. Системом међународних споразума успостављена су мултилатерализована правна правила СТО. Њима је, у приватно-правној сфери, кореспондентан правни систем аутономних извора међународне трговине, познат као право трговца (*lex mercatoria*).

Са друге стране, државни механизам креирања регулаторног оквира МТО се традиционално ослањао на норме са јавно-правним карактером, које се односе на међународни трговински промет.<sup>8</sup> Извори ове врсте су истовремено и средство реализације економске политике једне земље у области њених спољнотрговинских односа.

---

8 Држава том врстом извора утврђује: режим увоза и извоза робе; промет услуга; међународни платни промет; опредељује царински режим; регулише кредитне односе са иностранством; одређује правни режим обављања делатности страних фирми на својој територији; установљава режим иностраних инвестиција и улагања, као и читав низ других питања.



Суверено право државе да регулише спољнотрговинску делатност трпи два значајна вида релативизације:

- а) интерна релативизација, када држава или њени економски савези, попут царинских унија и других облика интеграције, својим законодавством допуштају правним субјектима других држава да учествују у трговинској размени на њеном домаћем тржишту и
- б) екстерна релативизација, која подразумева прихватање међудржавних споразума којима се држава обавезује да усклади своје прописе са преузетим обавезама са међународног нивоа (*top down approach*) (Ђирић, 2012: 23–24).

Анализе изнете у овом раду указују на чињеницу да правна регулатива МТО тежи изједначавању правних норми, кроз процесе њихове међународне институционализације, мултилатерализације, хармонизације и унификације. То омогућава успостављање тзв. „нулте маргине у разлици“ међу нормама различитих националних правних система, односно њихову унификацију. Вредност униформности правних норми заснована је на аргументу да ће трговачка активност расти и по обиму и по структури уколико буду уклоњене баријере настале због правне несигурности, узроковане разликама у националним законодавствима. Са друге стране, постоје озбиљне резерве у делу теорије која скреће пажњу на чињеницу да се иза прокламованих циљева унификације скрива јединствена стратегија јавно-правних и приватно-правних субјеката чији је интерес успостављање либералних МТО, који теже корпоративној хегемонији и неправичној прерасподели имовинских вредности на нашој планети.

### **3.1. Јавно-правни регулаторни оквир МТО**

Процес глобализације је значајно утицао на промену улоге државе, која често није у стању да сопственом легислативном активношћу прати брзину динамичних промена глобализованог светског тржишта. Свака држава има интерес да контролише, усмерава и да нормативно уређује област МТО својих привредних субјеката са иностранством. Она то чини одређивањем националних формално-правних оквира за обављање спољнотрговинске делатности, користећи при томе методе оригинерног и деривативног поступања.

Оригинерна изградња националних извора права је резултат вршења законодавне власти држава и манифестује се кроз доношење законских и подзаконских аката. Државна регулатива је творац домаћег, националног законодавства у области МТО. То су, пре свих, прописи који имају јав-

но-правни карактер и потичу из управног, односно административног права, а односе се на спољнотрговинско пословање. Сви они, заједно са другим националним изворима, чине јавни поредак – *ordre public*. Држава том врстом извора утврђује: режим увоза и извоза робе; промет услуга; платни промет са иностранством; опредељује царински режим; регулише кредитне односе са иностранством; одређује правни режим обављања делатности страних фирми на својој територији; установљава режим иностраних инвестиција и улагања, као и читав низ других питања. Извори ове врсте су истовремено и средство реализације економске политике једне земље у области њених МТО. Разлике у вођењу те политике на нивоу различитих држава одражавају се и на међусобне разлике националних извора права.

Деривативни начин стварања права се испољава кроз учешће државе, преко њених представника, у раду на доношењу међународних конвенција и других аката, који се касније инкорпоришу у национални правни систем. Такав вид изградње националних прописа доприноси процесу хармонизације и унификације упоредног законодавства. Он подразумева тзв. “*Top-down*” приступ, на основу кога се решења међународних докумената (“*top*”, врх) инкорпоришу “ниже (“*down*”), у национална законодавства (“*incorporation by reference*”).<sup>9</sup>

Евидентно је данас да се постојеће разлике у националним правним системима све више сужавају, а самосталност државних законодаваца је ограничена регионалним и универзалним међудржавним регулаторним оквирима. Од националне правне регулативе МТО, захтева се да сужава простор непотребном етатизму у регулисању ове материје. Она је дужна да им пружа неопходну правну сигурност у заснивању и регуларност у спровођењу, уз истовремени респект њихове међудржавне „мултилатерализације“. Тако, на пример, правила СТО опредељујуће утичу на функционисање националних регулаторних система, као и на статусни положај привредних субјеката, чија се седишта налазе на територијама различитих суверених држава. Аксиом неопходности учешћа националних привреда у међународној трговинској размени, а следствено томе, и у раду СТО, као генератору глобалног нормативног оквира такве размене, подразумева „самоцензуру“ циљева и средстава националних политика у складу са правилима „светског трговинског права“ („права СТО“). Национални законодавци се поуздају у заштиту сопственог „интереса очекивања“, односно оправдано

<sup>9</sup> Супротан овом је систем “*bottom up*”, којим се на основу компромисног прихватања решења националних извора, долази до међународних правних докумената. Ова метода је карактеристична за усвајање извора права из материје посебног дела МТП. Типичан пример извора те врсте је Конвенција о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција).

верују да ће државе чланице поштовати преузете обавезе које произлазе из пакета споразума СТО. Привредни субјекти различитих националности слободније ступају у пословне односе са партнерима ван граница сопствене државе, уверени у стандарде поступања не само своје него и влада држава у којима обављају привредну активност, или са чијим субјектима остварују одређене трговинске интересе (Цветковић, 2009: 501–502). У том смислу се успоставља специфичан међународно-правни режим примене унутрашњих правних система појединих држава. Квалитет закона једне земље, без обзира на њихов национални карактер, подвргава се оцени повезаности, како националног и упоредног, тако националног и међународног. „Правни национализам“ у смислу пренебрегавања савремених кретања на овом плану је погубан. Нужно је да се остваривање националних привредних интереса усклади са условима и реалним захтевима не само међународног тржишта, већ и међународног регулаторног оквира. Тај оквир све сигурније опредељују регионалне и универзалне међународне организације као што су Европска унија (ЕУ) и Светска трговинска организација (СТО). Тако, на пример, у ст. 1 члана 1 Закона о спољнотрговинском пословању Републике Србије се истиче: „Овим Законом уређује се спољнотрговинско пословање, у складу са правилима Светске трговинске организације и прописима Европске уније“<sup>10</sup>. На тај начин право СТО и прописи ЕУ постају елементи спољнотрговинског режима Србије.

Дакле, очигледна је неопходност сталног усаглашавања националних прописа у овој области са изворима права међународног карактера. СТО све више израста у системски регулаторни оквир светске трговине, као и читавог процеса глобализације. Међузависност структуре у светској привреди данас не допушта једностране одлуке националног карактера. У таквим околностима СТО је постала регулатор рада влада земаља у области МТО, као и регулатор услова конкуренције са којим се на домаћем тржишту суочавају увезени производи.

---

10 Видети: Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 36/09. У Закону о царинској тарифи Србије („Сл. гласник РС“, бр. 62/2005, 61/2007 и 5/2009), члан 3-а, се наводи: „Сврставање робе у Царинску тарифу представља одређивање тарифног става за ту робу, у складу са овим Законом и прописима донетим на основу Закона. Одлуке о сврставању које је донео међународни Комитет за Хармонизовани систем (*Harmonized System Committee*), а које је као класификациона мишљења у складу са чланом 8. став 2. Међународне Конвенције о Хармонизованом систему назива и шифарских ознака робе («Службени лист СФРЈ – Међународни уговори», бр. 6/87, 14/91 и «Службени лист СРЈ», број 2/97), потврдила Светска царинска организација, обавезне су за примену. Одлуке о сврставању објављене у «Службеном листу Европске уније» (*Official Journal of the European Union*), обавезне су за примену.

Правила СТО су резултат међудржавних преговора и међусобних уступака земаља чланица (интергаверментализам). Са друге стране, препознају се и елементи наднационализма („супранационализма“), који су више симптом тенденције него реално стање.<sup>11</sup>

Право СТО нуди предвидљивост услова за увоз робе и услуга на тржиште земаља-чланица, при чему им оно не забрањује, али предвиђа допуштене начине заштите националних тржишта. У постојећем правном систему СТО, може се детектовати двостепена структура његове нормативно-регулаторне функције.

Први, општи модалитет те структуре је изражен у правној заштити тзв. „интереса очекивања“ („*expectation interests*“) држава чланица СТО. Он се заснива на веровању да ће све државе чланице, учествујући у међународној трговинској размени, поштовати правила понашања установљена споразумима који чине право СТО.

Други, конкретнији, модалитет је обезбеђење правног механизма за усаглашавање разлика у ставовима држава чланица у процесу вођења економске политике и успостављања регулаторног оквира за реализацију конкретних МТО.

У литератури се истиче да се споразуми из система СТО не могу окарактерисати као „библија неограничене слободне трговине“. Њихов је циљ стварање јасно структурираног, функционалног и ефикасног начина да се вредности слободне трговине остваре правично и принципијелно. Стога је регулаторна улога СТО усмерена на успостављање стабилних и предвидивих услова за потенцијални улазак, на тржиште конкретне чланице, привредника из свих других земаља-чланица. Истовремено, СТО треба да обезбеди уравнотежене механизме верификације тих услова, дефинисаних у складу са потребом уважавања политичких, социјалних и економских прилика сваке земље посебно, као и спровођења стандарда „слободније трговине“ у складу са њима. Право СТО, као њена нормативно-регулаторна основа, не забрањује заштиту националног тржишта појединих држава чланица. Супротно од тога, када се ради о реализацији националног примарног циља економске, политичке, или идеолошке природе, СТО допушта примену одговарајућих мера од стране државе-чланице у циљу постизања конкретне правне заштите њених националних интереса. Другим речима, државама-чланицама

---

11 Супранационализам је метод политичког одлучивања, који карактерише поверавање доношења одлука независним, било именованим било изабраним органима, при чему се одлуке доносе већином гласова. Суштинска карактеристика одлучивања супранационалном методом је да држава, чији представници нису гласали за одређену одлуку, може бити приморана да је спроводи, јер је за такву одлуку гласала већина.

се, под одређеним претпоставкама, допушта да оне, ради заштите својих легитимних интереса, који се могу испољити у конкретним МТО, одступе од обавеза преузетих приступањем СТО. На овај начин, право СТО установљава „маргину толеранције“ и уважава стварне потребе држава-чланица, које могу бити политичког, социјално-еколошког, или економског карактера. Притом, оно утврђује дисциплину у вези са спровођењем заштитних мера и тестира оправданост њиховог предузимања (Божић, Голубовић, 2004: 77–87). Тако, на пример, норме СТО признају право државама-чланицама да својим националним прописима могу увести мере привременог ограничења увоза због заштите платног биланса и спречавања настанка неодрживог спољнотрговинског дефицита („*safeguard measures*“). Међутим, уколико је ово „право одступања“ од мултилатерализоване обавезе државе-чланице СТО искоришћено супротно материјалним и процедуралним условима његове допуштене примене, или злоупотребљено од стране конкретне државе-чланице, право СТО омогућава правну заштиту свим чланицама чија су права повређена. Она се реализује кроз механизам мултилатералног начина решавања спорова који је заснован на примени права. Најкраће речено, СТО надгледа рад влада земаља-чланица у области међународне трговине и настоји да успостави услове конкуренције на националним тржиштима појединих њених чланица. СТО је, дакле, међународна организација која на подлози успостављеног формално-правног оквира, управља мултилатералним споразумима у области трговине робом (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), трговине услугама (*General Agreement on Trade in Services – GATS*) и трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Right – TRIPS*). Убрзо после оснивања ове организације, њен генерални секретар Ренато Руђијери је, у форми прокламације, изјавио: Ми више не пишемо правила о односу одвојених националних привреда, ми стварамо устав глобалне привреде света (Mortensen, 2000: *passim*; Ђирић, Цветковић, 2009, *passim*). Тиме је на својеврстан начин истакнута конституционална природа права СТО, која у делу правне теорије има своје озбиљне и доследне поборнике. Ваља напоменути да се став о конституционалном карактеру права СТО сударио са мишљењем опонената конституционализације права СТО, заснованим на правно-политичком аргументу да би установљавање таквог карактера водило ограничењу права државе да изабере легитимне политичке циљеве и мере за њихово остваривање. Наведено лимитирање права држава чланица водило би „изобличавању“ система међународног права и регулисања међународних односа у целини.

Питање карактера права СТО укључује разматрања о постојању или негацији његове конституционалне природе. Став о конституционалним

карактеру права СТО заснива се на институционалној структури организације, заштити „универзалних нормативних вредности“, која је један од њених задатака, као и одликама система решавања спорова држава чланица СТО. Чињеница је да пракса апелационих тела и панела СТО, са друге стране, указује да став о конституционалном карактеру норми које су настале у оквиру система СТО још увек није наишао на прихватање. Питање „за и против“ конституционалног карактера права СТО свакако је значајно као сигнал процеса превазилажења поделе на међународно и национално право, барем када је реч о нормама којима се уређују међународни трговински односи. Истовремено, мора се указати на чињеницу да се, у овом тренутку, уместо о конституционалном карактеру права Светске трговинске организације, пре може говорити о његовом „потенцијалу за конституционализацију“. Реализација тог потенцијала зависиће од правца и динамике општих тенденција развоја међународних односа, које, као и увек, утичу и на нормативни оквир светске трговинске размене (Howse, Nicolaidis, 2001: 227; Ђирић, Цветковић, 2009, *passim*). Сама Светска трговинска организација постепено прераста у својеврстан вид светског „министарства трговине“ (Ђирић, 2010: 304). Оцењује се да међународно право има перспективу једино уколико се на планетарном нивоу успостави сценарио ефективне мултилатерализације, што омогућава реализацију интереса мањих, политички и економски, слабијих нација (Крејчи, 2010: 207–219).

### 3.1.1. Улога и циљеви СТО

Оснивањем СТО створени су услови за даљу изградњу јединственог глобалног светског тржишта, слободнијег од традиционалних ограничења која су била резултат нормативних и других препрека националног карактера. СТО надгледа рад влада земаља-чланица у области њиховог спољнотрговинског промета и целокупне међународне трговине. Контролише мере које у тим областима предузимају владе земаља-чланица, у циљу увођења реда у националне трговинске политике (царине, квоте, дампинг, субвенције). СТО се не бави контролом приватно-правних пословних односа. Она је инструмент планирања светске трговине, форум и средство успостављања и унапређења новог међународно-правног трговинског режима. Истовремено, СТО је и место за хармонизацију националних и регионалних интереса, али и поприште решавања насталих спорова у вези са међудржавним трговинским односима. Без обзира што све државе света нису приступиле СТО, оне су принуђене да се придржавају услова утврђених за уређивање односа на светском тржишту. Међузависност структуре у светској привреди данас не допушта једностране одлуке

националног карактера. У таквим околностима СТО је постала регулатор рада влада земаља у области њихових спољнотрговинских односа, као и регулатор услова конкуренције на светском тржишту.

Непосредни задаци СТО су: уређивање јавно-правних аспеката међународне трговине; реализација функције форума за трговинске преговоре; праћење трговинске политике појединих земаља; пружање техничке помоћи земљама у развоју; решавање насталих спорова и сарадња са другим међународним организацијама. Чланице СТО су преузеле обавезу да не предузимају једностране мере против могућих повреда утврђених норми у систему споразума Организације. Постоји обавеза чланица да решавају спорна питања у оквиру мултилатералног система решавања спорова и потчињавања његовим одлукама (Ђирић, 2010а: *passim*).

СТО је овлашћена на предузимање одговарајућих мера у својству:

- а) органа надзора над применом мултилатералних и плурилатералних трговинских споразума СТО;
- б) форума за мултилатералне трговинске преговоре између држава чланица СТО;
- в) места за решавање спорова међу чланицама у материји спољнотрговинске политике и МТО;
- г) органа контроле политике државне помоћи које поједине чланице пружају својим привредним организацијама;
- д) форума пружања помоћи земљама у развоју;
- ђ) институције у области МТО за сарадњу са другим међународним организацијама.

Циљ СТО је успостављање трговинске либерализације међународне трговине, без нецаринских (државно-административних) баријера и рестрикција.<sup>12</sup>

Са друге стране, функционални ефекат основног циља подразумева:

---

12 СТО покушава да укине антидампиншке мере којима су прибегле многе земље због финансијске кризе из 2008. године. Она оцењује да протекционизам успорава излазак из кризе, најављујући да ће покушати да сруши антидампиншке мере којима су због глобалне финансијске кризе прибегле бројне земље у свету. Број антидампиншких истрага пред органима СТО је порастао за 40 одсто. СТО оцењује недопустивим планове САД да уведу царине за италијанску минералну воду и француске сиреве, као одговор на ограничавање увоза америчког меса. Индија, са своје стране, предлаже повећање царина за челик (Видети: <http://www.vuxi.net/10-02-2009/sto-za-ukidanje-trgovinskih-barijera>).

- а) повећање животног стандарда становништва у земљама чланицама;
- б) осигурање веће запослености;
- в) стабилан раст реалних прихода;
- г) повећање производње и спољнотрговинске размене робе и услуга;
- д) одрживост развоја уз очување природне средине;
- ђ) усклађеност са потребама свих чланица.

СТО представља систем правила отворене конкуренције, која треба да одвоји коректно од некоректног понашања учесника МТО. На правном пољу, стварање универзалне трговинске организације попут СТО, даје простора за још интензивнији рад на унификацији правила која се примењују у међународној трговинској размени.

### *3.1.2. Основне карактеристике система права СТО*

Појава *GATT-a*, а затим и СТО је обележила изградњу процеса преласка држава са двостраног на мултилатерални вид регулисања међународне трговине (мултилатерализација МТО).

Прихватањем обавеза од стране држава чланица из пакета извора права СТО, отпада потреба за регулисањем истих питања двостраним међудржавним уговорима. Услед тога је дејство многих уговора те врсте и престало.

Посредством права СТО се кроз систем његових принципа и споразума, део унутрашње компетенције (на пример, тарифних и нетарифних режима увоза), ставља под режим међународно-правне регулативе и контроле у оквиру међународног трговинског система. Приоритет у начинима и методама заштите националних интереса у систему СТО се подвргава искључиво методама вишестраног карактера, а не једностраном или уско групном (плурилатералном) деловању држава.

Правила СТО су резултат међудржавних преговора и међусобних уступака земаља чланица (интергаверментализам). Са друге стране, препознају се и елементи наднационализма („супранационализма“), који су више симптом тенденције него реално стање.

Право СТО нуди предвидљивост услова за увоз робе и услуга на тржиште земаља-чланица. У постојећем правном систему СТО, може се детектовати двостепена структура његове нормативно-регулаторне функције.



Систем права СТО, који чине споразуми у ужем и ширем смислу, обезбеђује примену тзв. колективне дистрибутивне и корективне правде. Дистрибутивна правда је својеврстан вид прерасподеле (дистрибуције) неког општег интереса између чланица СТО (Chios, 2006: *passim*; Цветковић, 2010: *passim*). Када се деси кршење мултилатерализоване обавезе од стране поједине државе-чланице, коју она има према свим другим земљама, такав акт се санкционише. Санкција је механизам заштите „колективних очекивања“ држава-чланица, која се заснива на систему најповлашћеније нације. Држава која трпи конкретну штету има право на њену надокнаду, као израз корективне правде. Она је, дакле, механизам заштите појединих интереса чланица СТО. Циљ јој је надокнада штете оштећеној чланици.

Многи институти права СТО попримају карактер когентних норми (*jus cogens*), а у недрима права СТО тињају елементи наднационалног права. Развој права СТО је рефлексија тежње за успостављањем глобалног правног система и представља његову најактивнију даљу развојну компоненту. Са материјално-правним нормама СТО се рађа и садржајан блок процесних норми, а орган за решавање спорова СТО је претеча међународног трговинског суда.

Главним резултатом права СТО сматрају се ефекти постигнути на уклањању државних административних и економских препрека у промету робе и услуга. Смањење препрека, у суштини, објективно значи сужавање сфере државног суверенитета и уступање дела овлашћења држава врховној међународној организацији.

### **3.2. Приватно-правни регулаторни оквир глобализованих МТО (*Lex mercatoria*, транснационално право трговаца)**

У примени правних правила за регулисање МТО приватно-правне имовинске природе, традиционално је долазило до сукоба решења националних права. Правна теорија и пракса су тражиле излаз из такве ситуације у интернационализацији норми кроз њихову хармонизацију и унификацију.<sup>13</sup>

---

13 Термини „хармонизација“ и „унификација“ често се користе као синоними, мада се суштински ради о различитим процесима. Иза ових разлика крије се различита стратегија приватних и јавно-правних актера чији је циљ подршка даљем развоју трговине засноване на начелима либералног капитализма. Унификација МТП се дефинише као „процес код кога се различита правила два или више националних правних система, која уређују истоврсну правну трансакцију, замењују јединственим правилом“. Хармонизација подразумева понуду, упућену законодавним органима различитих националних јурисдикција, на коришћење истих модела за регулаторна решења истоврсних области. Представља избалансиран правни приступ у превазилажењу постојећих нормативних разлика у актима којима се уређују

Тим процесима се извори права два или више националних правних система, који уређују истоврсну правну област, замењују јединственим правилом. Циљ процеса интернационализације је изградња хармонизованих и унификованих норми које би чиниле право трговаца, чија би примена имала универзални, светски карактер. Значајна фаза за његов развој је настанак међународног аутономног регулисања и појава сталешког аутономног права трговаца – било да је реч о стварању сопствених правила од стране међународних удружења трговаца (спонтана унификација) (Mlikotin-Tomić, 1999: 3–4), или о усвајању вишестраних међународних конвенција (званична унификација).

Као што смо напред истакли, узроци који доводе до настајања правних норми су материјално–правне природе и оличени су у вољи владајуће класе. Међутим, у друштву су увек постојале веома моћне друштвене снаге – трговци, који преко својих струковних удружења сами стварају формалне изворе права (*lex mercatoria*). У вези са активном улогом приватних лица у области МТО, у правној литератури се појавила концепција о постојању посебног транснационалног (светског) трговинског правног система. Транснационално право се, поред међународног и националног права, у делу правне теорије схвата као трећи вид правног система, који настаје из уговорних норми субјеката приватног права, као и норми насталих из односа јавног и приватног партнерстава на подлози тзв. “дијагоналних споразума” (концесије, државне јавне набавке и сл.).

---

истоврсни трговачки односи. Може се сматрати слободним видом добровољне кооперације у процесу изградње усаглашених правних правила на различитим нивоима. Значајна карактеристика процеса усаглашавања се огледа у могућности да адресати хармонизоване норме, приликом њеног имплементирања, имају ширу могућност, у поређењу са унификацијом, очувања права на остваривање сопствених правно-политичких, привредних и других циљева. Хармонизација се од унификације разликује јер: а) не поседује „нулту маргину“ у нормативним разликама и б) не замењује различита национална правила јединственим међународним извором. Она тежи већој сличности, али без потпуног идентитета правног извора, односно без неопходности његове супституције. Без обзира на међусобне разлике, заједнички циљ унификације и хармонизације је униформност правила којима се уређује међународна трговина. Вредност униформности правних норми заснована је на претпоставци да ће трговачка активност расти по обиму и по квалитету уколико буду уклоњене баријере настале због правне несигурности која наступа код различитих националних правила. Суштински, унификација и хармонизација смањују трошкове пословања и тиме доприносе порасту општег благостања (Ћирић, 2010: 33–93). Видети и: „*Unification of the Law of international Trade: Note by the Secreteriat*“, *Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Agenda item 92, UN Doc. A/C.6/L.572, UNCITRAL Yearbook 1 (1938-/73), cmp. 13.*

У правној литератури се посвећује изузетна пажња аутономном трговинском праву.<sup>14</sup> Без обзира на различите погледе јуриспруденције о природи *Lex mercatorie*, неспорно је да се ради о правилима која нису резултат законодавне надлежности државе. Њих стварају сами учесници међународног трговинског промета, чију артикулацију прикупљање и систематизацију обављају посебна струковна удружења и регулаторна тела – *formulating agency*, као што су Комисија Организације уједињених нација за међународно трговинско право (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), Институт за унификацију међународног приватног права (франц. *Institut international pour l'unification du droit prive – UNIDROIT*), Међународна трговинска комора (МТК, *International Chamber of Commerce – ICC*) и многе друге. Дакле, теорија да је држава једини творац права је, појавом аутономног права, подвргнута озбиљним истраживањима и провери, посебно због чињенице да правну заштиту аутономним изворима права обезбеђују државни судови и арбитражни органи (Поповић, Вукадиновић, 2005). О природи аутономног права постоје бројна мишљења. Према једној групи аутора реч је о наднационалном, односно транснационалном трговачком праву, које претендује на улогу заокруженог аутономног правног поретка<sup>15</sup>, који се може независно и алтернативно примењивати у односу на државни трговински правни систем. Постоји и схватање да примена *Lex mercatoria* има факултативни карактер и долази у обзир само у случајевима уколико се појави потреба за попуну правних празнина код примене националног законодавства.<sup>16</sup> Напокон, неки аутори сматрају да је *Lex mercatoria* митска концепција, која се одликује недовољним нивоом стабилности и формалности, који јој је неопходан за правно регулисање међународне трговине.<sup>17</sup> Том ставу се додаје и мишљење да се пракси примене *lex mercatoria* треба захвалити, јер она није ништа друго до појам створен од тзв. „уважених аутора“ за потребе моћних корпорација, које су

14 На овом месту напомињемо да је интересовање академских кругова и правних писаца различитих држава за ову тему веома устаљено. Видети: *B. Audit, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, Carbonneau (ed.), Lex Mercatoria and Arbitration: a Discussion of the New Law Merchant, Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris Publications (1990) 139–160; Harold J. Berman, The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), 1988; Emory J. Int'l Disp. Resol. (1988) 235–310; T. E. Carbonneau, Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant Dobbs Ferry, NY: Transnational Juris (1990) 227 p.; UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria, ICC Publication No.490/1 (1995) 85–93; G. G. Baron, Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?, <http://www.cisg.law.pace.edu>*

15 Ово становиште заступају: *B. Goldman, C. M. Schmitthoff, R. Good, A. Goldštajn, F. de Lu, G.-P. Kalliss* и др.

16 Овакво мишљење имају *Park, Paulson* и др.

17 Ово заступају *Lagard, G. Batiffol, Delome, M. Mustill, F. Mann, K. Hajet* и др.

их ставиле на своју „платну листу“ (Sornarajah, 1997: 125). У том смислу се говори о „приватном стварању права“ у име и за рачун крупног капитала (Kunštek, 2002: 25).

Ако пођемо од опште дефиниције да је право скуп правила понашања прописаних и санкционисаних од стране државе, могли бисмо оспорити значај не само извора *lex mercatoria*, већ и аутономног МТП у целини. Међутим, овакав категоричан став би био погрешан и не би одговарао постојећем регулаторном нивоу МТО. Тиме се не би уважила чињеница о већ опште прихваћеним правилима у међународним пословним односима у савременом свету. Поред тога, овако уско схватање права није никада било опште. Оно се ограничавало на континентално право и то нарочито од периода појаве значајних кодификација (*Code civil* од 1804, *Code de commerce* од 1807, Аустријски грађански законик од 1811. и сл.). Супротно овоме, у земљама *common law-a* и у неким другим системима у којима се у доброј мери примењивало поред државног и обичајно право, схватање о изворима права је много шире. Уосталом, шире схватање права у том смислу је запажено још код римских правника. Паулус је говорио: “Правило је оно што укратко описује ствар; не треба од правила право да произлази, већ из онога што је право треба да постаје правило”.<sup>18</sup> Поред тога, органи који расправљају у највећем броју спорова са елементом иностраности – међународне трговачке арбитраже, респектују ове изворе узимајући их у подлогу својих одлука (Симовић, 2008: 65), што представља допринос правној сигурности (Митровић, 1998: 56). Данас се извори права *lex mercatoria* реинтегришу у ново право трговаца које је неизбежан пратилац процеса глобализације. Оно је стожер нових норми материјално-правног карактера и резултат је потреба новог времена (Вилус et al. 2008: 45). У таквим приликама се и сада поставља старо питање – да ли постоји самостално транснационално право трговаца као формални извор МТП. Другим речима, да ли ће државни судови признати арбитражне одлуке донете само на основу „*lex mercatoria*“. У новијој пракси редовни судови појединих земаља признају дејство таквих одлука, за разлику од већине националних права, у којима се „*lex mercatoria*“ прихвата као аутономно трговачко право и пословни обичај. У основи, реч је, дакле, о праву које није резултат законодавне надлежности државе. Оно је претежно међународног карактера. Чине га правила понашања створена од стране учесника МТО у процесу обављања њихове делатности.<sup>19</sup> Она су погодна за примену на конкретне пословне односе у

18 Digeste, L. 17, и *Paulus libro sexto decimo ad Plautium: “Regula est, que rem quae est breviter enarrat non ex regula ius sumitur sed iure quod est regula fiat”*.

19 У зависности од утицаја моћи и нивоа међусобне сарадње и (не)толеранције, процес настанка извора има два пола. Један се огледа у интеграцији, карактеристичној за

промету робе, услуга и новца на међународном тржишту, као и у поступку решавања спорова пред међународним трговинским арбитражним органима. Основ настанка, али и примене аутономног МТП је аутономија воље уговорних страна, која је ограничена националним правним поретком и прописима државног права. Она се испољава у два вида:

а) у слободи уговарања и

б) у слободи избора правила чијом применом пословни субјекти желе да уреде међусобне односе.

*Lex mercatoria* је скуп норми којима се уређују спољнотрговинске пословне операције, као што је продаја, закуп, трансфер технологије, посредовање, превоз, осигурање, кредитни односи и др. Такав приступ је резултат схватања о уговорној природи *lex mercatorie*, што је свој одраз нашло и у низу одлука међународних арбитража.<sup>20</sup> У том смислу се транснационално право („*Lex mercatoria*“) може одредити као укупност норми којима се уређују МТО, који, у материји уређеној диспозитивним правним нормама, у целини или делимично не подлежу дејству ни међународног, ни унутрашњег права. Уз прихватање овако широког концепта о обухвату норми *Lex mercatoria*, у ову групу извора се свраставају: а) општи услови пословања; б) типски и адхезиони уговори; в) трговачки обичаји; г) прометни обичаји; д) кодификована обичајна правила и узансе; ђ) пословни и производни уобичајени стандарди; е) судска и арбитражна пракса националних и међународних арбитража; ж) међународне конвенције; модели закони и други извори права меког нормативитета („*Soft Law*“) који су одраз, или средство метода унификације (Ђирић, 2010: 33–93).

#### 4. Закључак

Из дате анализе у овом раду може се закључити да глобализација може имати позитиван, али и негативан утицај на развој МТО. Инсистирање на доследној примени одређених прокламованих принципа на планетарном нивоу, посебно са аспекта економске и сваке друге моћи, носи опасност од прерастања круте принципијелности у својеврстан вид непринципијелности клуба моћних, на штету слабијих нација и на ерозију институ-

---

средњи век, када су трговци успели да изграде сопствено право надалеко познато као *lex mercatoria*, засновано на скупу међународних обичаја. Други пол тог процеса означавао је дезинтеграцију. Наиме, извори права настали интеграцијом инкорпорисани су у националне правне системе, који су их разградили уносећи им дух свог партикуларизма и национална обележја.

<sup>20</sup> Одлуке од 19. 1. 1977. и од 24. 3. 1982. године у споровима иностраних инвеститора против Либије и Кувајта („*Texaco c. Libye*“, „*Ammoil c. Koweit*“).

ционалног облика организовања нација у форми државних заједница. Како ће се тај процес даље одвијати, зависиће од његових учесника и односа моћи у свету. Ти чиниоци ће опредељујуће утицати на савремену правну регулативу, укључујући и међународни промет робе, услуга и новца. При томе ће се паралелно појављивати субјекти и реализатори нових идеја, како на националном, тако и на наднационалном и међународном плану. Израз таквих промена биће присутан у новој фази корпоративне изградње, затим тражењу одговарајућих форми и метода правне регулативе у области новог светског економског поретка. У том смислу ће и предмет изучавања МТП бити проширен новом генерацијом уговора и конвенцијама, законима моделима, као одразу нових интереса учесника светског поретка и њихове одговорности у условима глобалног преображаја читаве планете. При свему томе ваља имати у виду утицај више фактора.

Прво, у процесу међународне поделе рада, паралелно са међународним, егзистира и међуклановски, међукорпоративни правни поредак. Геополитички и геоекономски односи у свету снажно утичу на трансформацију садржине привредне улоге државе, као субјекта тих односа, аутоматски јој мењајући обележја њеног политичког и привредног суверенитета. Држава, као субјект креирања права, доведена је у позицију да ту своју улогу делимично делегира многобројним привредним субјектима. У том смислу, све сигурније долази до установљавања новог модела светског правног система, који је резултат процеса глобализације и нових односа у свету.

Друго, свет је засут новим процесима изградње гигантских производних система на основама високе информационе технологије ("Интернет привреда"). Успостављају се трансгранични финансијски токови, што доводи до суштинске трансформације модела националних правних режима. Традиционализам у схватањима и тежња за очувањем ранијих односа је значајан фактор успоравања нормативне глобализације, као и укупног процеса укључивања појединих држава у промене те врсте. У сваком случају постепено се долази до стадијума изградње нових националних спољно-трговинских доктрина и међународно-правног регулационог светског геотрговинског права.

Трећи аспект процеса глобализације обухвата масу сложених односа који проистичу из геотрговинских и привредних сукоба интереса, који се почетком 21. века испољавају у виду специјалних економских ратова. Глобални предузетници, ТНК, укључујући и државе, у стању су да утичу на онеспособљавање националне привреде, и рушење економске и финансијске инфраструктуре. Све то последично изазива смањење индустријске производње, социјалну напетост и незапосленост. Могућно

је да се без примене наоружања преотме читав национални доходак, што улази у геопривредни преступ, против кога још увек нема механизма заштите. Постоје мишљења да би земље жртве нелојалне финансијске конкуренције и геоекономског напада (кредитни удари, распад банкарског система, уништавање тржишта капитала и тржишне инфраструктуре у целини), могле истаћи захтев за накнаду штете по основу тзв. “геопривредне контрибуције”.<sup>21</sup>

Четврти аспект глобализације потврђује чињеницу да је правни систем вековима био одраз права јачега. У том смислу се све више уочава нарушавање правног принципа о заштити слабије стране. У условима глобализације правна норма постаје израз политичке борбе за владајући положај на дуги рок у различитим областима животних односа укључујући привреду, финансије, индустрију, социјалну сферу, војну област итд.

Као пета и завршна одлика глобализације наводи се инсистирање на потреби усвајања унификованог Кодекса светског геоекономског поретка. Реализација тог задатка би могла решити проблем међусобног односа три области права: националног, међународног и геостратешког.

Може се закључити да се данашњи свет налази у процесу транзиције – од светске привреде, засноване на националним тржиштима, ка интегрисаном глобалном светском систему интернационализоване производње и технологије, као и приватизацији регулаторне надлежности међународних трговинских односа. Систему у коме међународна производња, заснована на страним директним инвестицијама, полако али све сигурније замењује трговину у функцији карике која повезује међународне економске трансакције.

Савремени процес глобализације показује тенденцију брисања баријера у промету робе, услуга, новца, капитала, радне снаге и знања. Главни носиоци тог процеса су транснационалне корпорације (ТНК). Реч је о мегакорпорацијама, које су значајно утицале и на креирање делокруга рада међународних институција (Међународни монетарни фонд, Светска банка, Светска трговинска организација), преко којих одлучујуће утичу на ток МТО. Основ глобализације чини мрежа ТНК, која је довела до глобалне поделе ресурса, на основама новог начина управљања глобалним развојем и међународним односима у целини (Ђорђевић, 2007: 47–53).

Савремени глобални либерални капитализам захтева од државе да, кроз процес мултилатерализације и унификације правних норми, постане „адаптер“ домаћих привреда, чија ће структура погодовати интересима

---

21 Видети: [www.adenauer.ru/report.php](http://www.adenauer.ru/report.php)

међународног тржишта. На тај начин, држава полако, помало, али све сигурније, губи традиционални положај регулаторног „заштитника“ националне привреде.

Постоје врло уверљиве оцене у јуриспруденцији да су савремени начини креације мултилатерализацијом јавно-правне сфере и унификацијом приватно-правних норми, уз начине решавања спорова, главни инструменти заштите глобалне корпоративне хегемоније. Указује се на постојање елитних трговачких структура означених као „меркатократија“ („*mercatorocracy*“), које чине транснационалне компаније и њихове асоцијације, затим владини експерти и представници међународних организација које су носиоци процеса успостављања глобализованог трговинског правног система. Реч је о изузетно моћној групацији која успешно спроводи своје интересе уз потпору транснационалног капитала и монопола над експертским знањима и „школама мишљења“, које се креирају и мењају у складу са интересима „меркатократије“.

Настанак „меркатократије“ је повезан са два савремена процеса:

- а) први је развој глобалних производних односа, а други
- б) обухвата процесе интернационализације и мултилатерализације јавно-правне сфере у материји МТО, као и приватизацију регулаторних надлежности кроз хармонизацију и унификацију извора МТП приватно-правног карактера, што све заједно обезбеђује успостављање глобалног трговинског правног система.

Дакле, мултилатерализација јавно-правне сфере и хармонизација и унификација приватно-правних правила међународне трговине су у функцији стандардизације и интернационализације правила, која припадају различитим правним системима. Ти процеси су врло значајан инструмент глобализационих промена, које истовремено воде и у глобализацију правне мисли.

Циљ интернационализације је изградња хармонизованих и унификованих норми, које би чиниле транснационални трговински правни систем универзалне примене. Посебно значајна фаза за његов целокупни развој је настанак међународног аутономног регулисања и сталешког аутономног права трговаца – било да је реч о усвајању вишестраних међународних конвенција (званична унификација), или о стварању сопствених правила од стране међународних удружења трговаца (спонтана унификација) (Мликотин Томић, 1999: 3–4). Процес унификације и хармонизације као интегрални елемент јачања приватног утицаја на регулаторне процесе критикован је с аргументом да води стварању „опне за заштиту корпоративних ин-



тереса“ (Farnsworth, 1995: 82–88). Са друге стране, занемарени су интереси неразвијених и држава у развоју, када се ради о јавно-правном сегменту, као и интереси потрошача, малих и средњих пословних ентитета, када је реч о приватно-правном учешћу. Истина је да тенденција унификације, привилеговањем приватне на рачун јавно-правне сфере регулаторног утицаја националних држава, води денационализацији капитала и његовом издвајању из домена утицаја националних власти. Оцењује се да се на тај начин постиже ефикасност трговинске размене у практичном и функционалном смислу, док као правни феномен, заснован на вредносно неутралним стандардима и начелима, служи „глобализацији правне мисли“ (Perillo, 1994: 292). Стога су супранационализам, мултилатерализација, унификација и хармонизација суштински одраз процеса глобализације, којима се придаје значај прогресивног феномена за успостављање транснационалног трговинског правног система. Међутим, став опонената о оправданости постојања самосталног транснационалног трговинског правног система, темељи се на правно-политичком аргументу да би његово установљавање водило ограничењу права државе да изабере легитимне националне циљеве и мере њиховог остваривања. Наведено лимитирање права држава чланица водило би у изобличавање система читавог међународног права и редефинисање његовог појма.

Глобализација не означава само растући број националних привреда које постају међусобно повезане у прекограничним токовима робе, услуга и фактора производње. Она означава квалитативни процес *управљања* све комплекснијим системом међународних односа и веза. Процес глобализације означава међузависност политике и дубоке интеграције, и укључује сталну интеракцију између трговачких друштава, тржишта и државе.

Без обзира на разлике које постоје у схватањима заступника савремене теоретске мисли о карактеру новог глобализованог трговинског система, његова нова универзална правила несумњиво имају испражњујуће дејство на законодавни капацитет суверених држава. Тенденција унификације, привилеговањем приватне на рачун јавно-правне законодавне функције држава, води денационализацији капитала и његовом издвајању из сфере утицаја националних власти. Структурирање међународног трговинског правног система на општи (статусни, јавно-правни) и на пословни (трговачки, приватно-правни) део, више је стање тенденције које указује на даља опредељења таквог процеса. Унификација правила међународног трговинског права (МТП) је само један, и то врло значајан инструмент глобализационих промена, које истовремено воде и у глобализацију правне мисли. Могући правци даљих промена система читавог међународног права ће се даље одвијати у условима који алтернативно подразумевају:

- а) учвршћивање хегемоније најјачих привреда света;
- б) мултилатерализацију међународних трговинских односа;
- в) постојање паралелних националних привредних система;
- г) избалансирано координисање међусобних интереса мултилатерализованих међународних трговинских односа са интересима националних привредних система, или
- д) хаос.

У вези са тим, склони смо да се приклонимо становишту дела јуриспруденције, по коме међународно право има перспективу једино уколико се на планетарном нивоу успостави сценарио мултилатерализације уз постојање националних привредних система, који ће функционисати на принципима недискриминације и ефективне једнакости. У међународним трговинским односима би такав приступ могао да створи претпоставке за успостављање функционалног међународног трговинског правног система. Он би се могао посматрати као разумно решење које уважава легитимне националне интересе држава у контексту постојања реалних односа у свету и које пружа шансу за заштиту интереса мањих, политички и привредно слабијих државних заједница, каква је и Република Србија.

### Литература

Божић, М. Голубовић, С. (2004). Развој трговине између балканских земаља на путу ка Европској унији. У Митровић, Љ. Ђорђевић, Д. и Тодоровић, Д. (Прир.). *Друштвене промене и етнички односи и евроинтеграцијски процеси на Балкану*. Ниш: Филозофски факултет у Нишу. 77–87.

Вилус, Ј. Царић, С. Шогоров, С. Ђурђевић, Д. Дивјак, Д. (2008). *Међународно привредно право*. Нови Сад.

Goldštajn, A. (1973). The New Law Merchant Reconsidered. *Festschrift fur C.M. Schmithoff*. 171–174.

De Ly, F. (1998). Uniform Commercial law and International Self – Regulation, The Unification of International Commercial Law. In Ferrari, F. (Ed.). *Tilburg lectures/ Auflage*.

Ђорђевић, С. (2007). Transnacionalne korporacije u ulozi nosilaca procesa globalizacije. *Poslovna politika*. 36/3. 47–53.

Jeffrey, S. (1998). Globalization and the Rule of Law. *Yale Law School Occasional Papers*. 2.

Krejčí, O. (2010). Geopolitics and International Law, Tracing the Global Crisis 2010. *Czech Yearbook of International Law*. Volume I/2010. 207–219.

Kunštek, E. *Arbitražna nadležnost ICSID*. Rijeka.

Миленковић-Керковић, Т. (2008). *Аутономни уговори трговинског права*. Ниш: Економски факултет у Нишу.

Митровић, Д. (1998). *Међународна трговинска арбитража*. Београд.

Mlikotin-Tomić, D. (1999). *Pravo međunarodne trgovine*. Zagreb: Školska knjiga.

Mortensen, L. J. (2000). The Institutional Requirements of the WTO in an Era of Globalisation: Imperfections in the Global Economic Polity. *European Law Journal*. Vol. 6, No. 2. 176-204.

Поповић, В. Вукадиновић, Р (2005). *Међународно пословно право, Општи део*. Бања Лука, Крагујевац.

Симовић, А. (2008). Lex mercatoria као извор међународног трговинског права у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије. *Арбитража*. 5/2008.

Sornarajah, M. (1997). Power and Justice in Foreign Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration*. 14/1997. 103–140.

Стојиљковић, В. (2003). *Међународно привредно право*. Београд.

Thomas, F. (2000). *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalisation*. New York: First Anchor Books.

Ђирић, А. (2013). *Право спољне трговине*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Ђирић, А. (2012). *Међународно трговинско право: Општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Ђирић, А. (2010). *Међународно трговинско право: Општи део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Ђирић, А. (2010). Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом. *Правни живот*. Бр. 11, том 3. 313–328.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2009). О праву Светске трговинске организације: pro et contra конституционалне природе. *Право и привреда*. 5–8/2009. 481–495.

Farnsworth, A.E. (1995). Unification and Harmonization of Private Law. Harmonization and Change, Workshop Papers from the Twenty-fifth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law. University of Toronto, Faculty of Law. 82–88.

Howse, R. Nicolaides, K. (2001). Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far. In Porter, R.B. (Ed.). *Efficiency, Equity and Legitimacy: the multilateral trading system and the millennium*. Washington: Brookings Institution Press. 227–252.

Castells, M. (1996). *The Rise of the Network Society*. Blackwell Publishers.

Цветковић, П. (2009). О праву Светске трговинске организације: асиметрија права и обавеза као кључна детерминанта. *Теме*. 2/2009. 493–509.

Цветковић, П. (2009). Увод у право СТО. *Правни живот*. 12/14. 767–778.

Chios, C. (2006). WTO Obligation as Collective. *The European Journal of International Law*. 17(2). 419–443.

**Aleksandar Ćirić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE INFLUENCE OF GLOBALIZATION ON LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS**

### **Summary**

*Globalization is a process of worldwide economic, political and cultural integration and unification. On the global scale, this process is accompanied by distribution of labour, migration of capital, human and production resources, standardization of legislation, and standardization of economic and technological processes. It is an objective process of systemic character which covers all spheres of social life. The changes underlying the globalization process give rise to a rapid development of information and telecommunication technologies, the creation of new legal norms and standards pertaining to almost all aspects of macroeconomic activity, the internationalization of capital and dynamic changes in all aspects of human life. In the opinion of anti-globalists, globalization undermines the public sector and weakens the system of social assistance.*

*There are three principles which are important for globalization of international trade relations (ITR): a) prohibition of discrimination; b) transparency; and c) peaceful settlement of disputes. In essence, they are the cornerstones for liberalization of international trade.*

*From the aspect of international trade, the notion of globalization implies the tendency to transform the world economy into a single market of goods, services, capital and labour (workforce). States are increasingly deprived of their independence and autonomy in implementing their trade policies and taking comprehensive unilateral legislative measures. The role of the state in creating normative and other conditions for ITR activities has been substituted by many international trade organizations, and national regulations are increasingly subjected to the multilateral trading legal regime of the World Trade Organization (WTO).*

*The WTO law is the embodiment of the regulatory and institutional framework of the new "global trade law" system in the sphere of public law. The system of international agreements has established the multilateral legal rules of the WTO. In the domain of public law, the system which corresponds to the international agreements' framework is the system of autonomous sources of international trade, known as *lex mercatoria*.*

**Keywords:** globalization, international trade, WTO law, global trade law, *lex mercatoria*.



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

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776595A

UDK: 336.22

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ИЗАЗОВИ САВРЕМЕНИХ ПОРЕСКИХ РЕФОРМИ\*\***

**Апстракт:** Предмет анализе у раду јесу изазови са којима се суочавају државе у спровођењу пореских реформи у данашњим кризним условима. Усклађивања са глобализацијом економских токова воде снижавању стопа пореза на добит корпорација и граничних стопа пореза на доходак за најбогатија лица. Због очувања нивоа прихода, порески терет се сразмерно пребацује на порезе на потрошњу. Измене пореске структуре праћене су јачањем превентивне компоненте деловања пореских администрација. На међународном нивоу, повећава се број држава које се укључују у процесе размене пореских информација и успостављање општеприхваћених правила у домену сузбијања штетне пореске конкуренције. Најновији изазов повезан је са покушајима реформисања међународног опорезивања добити мултинационалних компанија (BEPS).

**Кључне речи:** пореске реформе, пореска конкуренција, размена пореских информација, побољшани односи опорезивања, BEPS.

---

\* mevi@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије под бројем 179046 Д

## 1. Увод

Порески системи се реформишу под утицајем глобализације економских и финансијских токова и ширења електронског пословања, потребе спречавања губитака пореских прихода као и интензивније борбе против међународне пореске евазије и агресивног пореског планирања мултинационалних компанија. Пореске промене у већој мери се одвијају у индустријски развијеним државама. Прекретница у развијању међународних пореских односа наступа избијањем светске финансијско-економске кризе 2008–2009. године што је моћним међународним организацијама (ОЕЦД, Г20, ММФ) пружило прилику да покрену процес међународне пореске сарадње у виду размене пореских информација. Државе још увек настоје да сачувају националне пореске суверенитете, међутим, прихватањем глобално наметнутих пореских стандарда од стране ОЕЦД-а, *de facto* се саме одричу одређених фискалних овлашћења на својим територијама.

Савремене реформе пореских система настају као одговор креатора пореских политика на више унутрашњих и међународних изазова. Велики број држава (углавном развијених) је у последњих тридесет година снизио стопе пореза на добит и граничне стопе пореза на доходак што се одразило на њихове фискалне ефекте. Недостатак пореских прихода пореске власти су настојале да надокнаде повећањем финансијске улоге пореза на потрошњу. Проблеми у вези са заштитом животне средине поново су скренули пажњу развијених земаља на коришћење еколошких пореза. Финансијска криза из 2008–2009. године оживела је иницијативу о увођењу пореза на валутне трансакције у циљу смањивања спекулативних финансијских активности и успостављања стабилности међународног финансијског система. Либерализација трговинско-финансијских токова и интензивна дигитализација пословних трансакција и јавних послова створили су значајне изазове деловању пореских администрација. Без знатнијих измена њихових законских овлашћења, у пореску процедуру се уносе другачији, нетрадиционални начини решавања проблема и тешкоћа у раду, пре свега са великим пореским обвезницима са нагласком на превентивну компоненту деловања.

Највећи изазов са којим су државе суочене у домену међународних пореских односа јесте интензивирање процеса размене информација између националних пореских администрација и фискална транспарентност. Разлике (неусклађености) у националним пореским законодавствима искоришћавају моћне мултинационалне компаније успевајући да максимално смање укупан порески терет, или чак да не буду опорезоване,



што је иницирало потребу за успостављањем међународних правила у домену сузбијања штетне пореске конкуренције. Због агресивног пореског планирања ових економски веома снажних субјеката, све чешће се чују захтеви за дефинисањем и применом општих пореских мера антибузивног и антиевазивног законодавства на нивоу ЕУ. Најновији пројекат ОЕЦД-а (BEPS) усмерен је на решавање проблема порески неприхватљивог понашања мултинационалних компанија са циљем укључивања што већег броја држава у процесе међународне пореске сарадње.

## **2. Снижавање пореских стопа као одговор на глобализацију савремених економија**

Од краја 80-их година прошлог века у развијеним индустријским државама започиње процес снижавања стопа пореза на доходак и пореза на добит под утицајем либерализације и повезивања тржишта, што је олакшало међународну мобилност капитала и значајно повећало прекограничне трансакције. Америчка пореска реформа из средине 80-их година прошлог века дала је замах прихватању и реализацији такве иницијативе у великом броју земаља. У овом периоду, у многим земљама ОЕЦД-а маргинална стопа пореза на доходак износила је више од 65%, док је највиша стопа пореза на добит ретко била испод 45% (Brys, Matthews, Owens, 2011: 3). Снижавање пореских стопа код непосредних пореза било је у складу са постављеним циљевима пореских реформи у правцу веће алокативне ефикасности и јачања хоризонталне правичности.

Капиталу ослобођеном од националних стега биле су потребне нове дестинације, пре свега у пореским оазама и офшор центрима. Сви ови напори били су, у суштини, срачунати на остварење што већих неопорезованих профита ван домаћаја резидентних држава. Већина економиста је ово снижавање стопа пореза на добит корпорација објашњавала штетном пореском конкуренцијом. Овакав тренд не би требало мешати са политиком снижења стопа у земљама у развоју и у транзицији које су желеле да пореском конкуренцијом привуку стране инвестиције.

Снижавање пореских стопа уз ширење пореских основица донекле се наставило и касније као одговор на финансијско-економску кризу, препоручено од стране међународних организација, као ефикасан пут подстицања економског раста и повећања пореских прихода. У суштини, ради се о владајућој економској филозофији да „добар“ порески систем мора снизити порески терет богатима и међународно мобилном капиталу и одступити од коришћења пореске политике као активног инструмента економског управљања (Steinmo, 2003: 226).

Нажалост, тако оријентисана пореска политика резултирала је израженијим социјалним раслојавањима у савременим друштвима јер су богати постали још богатији не доприносећи у одговарајућој мери општем добру. Разрешење класичног *trade-off*-а између економске ефикасности и правичности тешко је оствариво у пракси, тако да ће примат у реализацији једног или другог фундаменталног принципа опорезивања, у суштини, зависити од политичке оријентације странке (или коалиције странака) на власти.

### **3. Привлачност опорезивања потрошње у савременим кризним условима**

Снижавање стопа пореза на доходак и добит има за последицу постепено реструктурирање пореских система, јачањем финансијске улоге пореза на потрошњу, посебно пореза на додату вредност (ПДВ). Привлачност овог пореског облика за савремене пореске власти је разумљива имајући у виду његову велику финансијску издашност. О томе говори и податак да је преко 150 земаља, различитог нивоа економске развијености, увело ПДВ током протекле три деценије. Јача усмереност ка опорезивању потрошње одраз је и старе теоријско-политичке дилеме о томе шта је боље опорезовати – доходак или потрошњу? Дефинитивног одговора на ово увек актуелно питање нема. Постоје и аутори који тврде да је опорезивање потрошње (дефинисано као приход умањен за штедњу) пут за будућност, што се повезује са старијом идејом о одбацавању корпоративног опорезивања, јер оно води двоструком опорезивању прихода (Ришар, 2008: 146). Према теорији економског раста, то је ефикаснији начин опорезивања занемарујући притом његову основну негативну особину у виду неправично расподељеног пореског терета на широке слојеве становништва. После избијања светске финансијске кризе из 2008–2009. један број држава је био принуђен да повећа стандардну и/или снижену стопу ПДВ-а. То је послужило као један од важних инструмената фискалне консолидације како би се, с једне стране, повећали порески приходи, а с друге стране омогућило ниже опорезивање прихода од рада (тзв. фискална девалвација).<sup>1</sup> Треба имати у виду да се свако смањење пореза на капитал у односу према дохотку од рада може сматрати кораком ка опорезивању потрошње. Чини се оправданом бојазан неких истакнутих пореских теоретичара да дугорочно снижавање стопа пореза на доходак и добит уз генерално окретање од опорезивања капитала и богатих лица ка мање мобилним пореским обвезницима и изворима (потрошња и рад)

---

1 Видети више о томе у раду: Анђелковић, М. (2013). Привлачност ПДВ у контексту економске кризе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 64. 1–14.

озбиљно ремете пореске структуре, док пореске системе широм света чине регресивнијим (Leviner, 2014: 218).

#### **4. Еколошки порези као одговор на изазове заштите животне средине**

Опорезивање ради остварења циљева заштите животне средине новијег је датума. У теоријском смислу, оправдање се налази у постојању негативних екстерналија, односно штетних спољних ефеката у животnoj средини што води нарушавању животних закона у природи. Угрожавање животних услова све више забрињава државе које настоје да „екологизирају“ пореску политику али су национални напори недовољни и неефикасни па се решења траже и на глобалном плану, у виду закључивања различитих конвенција и предлога о увођењу глобалних еколошких пореза (порез на угљен-диоксид, порез на ваздушни саобраћај).

У финансијском смислу, еколошки порез је један од мање издашних пореза имајући у виду његову основну сврху промене понашања пореских обвезника (загађивача). Главни проблем код увођења овог пореза јесте одређивање његовог оптималног износа тако да би висина стопе требало да зависи од могућности супституције пореског објекта и од актуелног техничког степена развоја друштва (Лончарић Хорват, 2011: 635). Поред интернализације спољних ефеката, у теорији јавних финансија се сматра да еколошки порези могу имати подстицајну и фискалну улогу. Према начелу фискалне неутралности, очекивани пораст прихода по основу еколошких пореза требало би да буде праћен смањењем прихода по основу осталих дисторзивних пореза, чиме се постиже феномен „двоструке дивиденде“. Укратко, претпоставља се да еколошки порези могу обезбедити како побољшани квалитет животне средине тако и бољи порески систем. Међутим, према неким ауторима, такво очекивање можда и није оправдано јер увођење еколошких пореза, уз већ изражене дисторзије, може их само погоршати. Резултат који произлази из новије литературе јесте да овај ефекат може лако превагнути над добицима у ефикасности од смањења стопа на постојеће порезе (Oates, 1995: 916). Најзначајнији облик еколошких пореза јесте порез на угљен-диоксид и најшире је заступљен у скандинавским државама. Проблеми заштите животне средине имају изражену глобалну димензију која се одражава кроз усвајање међународних конвенција о смањењу штетне емисије угљен-диоксида. Посебно је важно да САД, као један од највећих загађивача животне средине, нису потписале нити ратификовале Кјото протокол, који је ступио на снагу 2005. године (Bird, 2014: 19). У међувремену су

одржаване климатске конференције, али без неког суштинског значаја, с тим да је одлуком из Дурбана продужено важење Протокола из Кјота до 2018. године.

## **5. Изазови опорезивања финансијских трансакција**

У развијеним економијама финансијски сектор се развио до огромних размера у односу на реални сектор али његово опорезивање и даље је неадекватно таквој економској снази. Либерализација и дерегулација финансијских тржишта пружиле су неограничени простор за различите врсте трансакција, често и спекулативних, и ван домаћаја националних пореских власти. Џејмс Тобин је 1978. године предлагао увођење пореза на међународне валутне трансакције, као средство за успоравање прекограничног кретања спекулативног капитала и спречавање криза валутних курсева. Он је још тада истицао да је основни проблем за националне економије „превелика“ мобилност приватног финансијског капитала. Међутим, његова идеја није изазвала већу пажњу креатора економске политике све до избијања последње финансијске кризе 2008–2009. године (Родрик, 2013: 101). У покушајима да опорезују финансијске трансакције у посткризном периоду најдаље су отишле земље чланице ЕУ. Европска комисија је 2011. године предложила план о примени европског пореза на финансијске трансакције са главним циљевима да финансијски сектор плати свој део трошкова кризе, да се финансијске институције обесхрабре од предузимања претерано ризичних активности и, наравно, да се повећају приходи. Предлог није једногласно прихваћен, тако да је почетком 2013. године Европска комисија изашла са новим предлогом овог пореза за 11 земаља чланица на основу тзв. процедуре “побољшане сарадње” (Лакић, 2013: 57). Још увек није постигнут потпуни споразум о важним питањима као што су обухват пореза нити о расподели прихода, јер се неке државе веома противе усмеравању било каквих прихода у буџет ЕУ. Време ће показати шта ће остати од оригиналне верзије пореза, али једно је сигурно: поменути предлог пре је представљен као начин повећања прихода него као инструмент обесхрабривања спекулативних трансакција. Озбиљније разматрање опорезивања финансијског сектора, без сумње, ће бити актуелно у наредним годинама, због потенцијалних опасности недовољне и неадекватне регулисаности овог, све значајнијег, сегмента светског тржишта. На данашњем степену међународне сарадње, већа је политичка подршка предузимању координираних активности за усвајање међународне финансијске регулативе (правила Базелског комитета) него за глобално опорезивање финансијског сектора (Кеен, 2011: 20).

## **6. Функционисање пореских администрација у глобализованом окружењу**

Пореске администрације данас функционишу у сложеном окружењу које намеће и одређене промене у начинима њиховог рада. Не одричући се традиционалне контролне и репресивне функције, посебна пажња се усмерава на превентивну компоненту у управљању пореском сагласношћу (Owens, 2014: 16). Ради се о покушајима изградње побољшаних односа са пореским обвезницима (за сада углавном великим), ефикаснијем управљању пореским ризицима и обесхрабтивањем агресивног пореског планирања. Кључни елемент у том приступу јесте услужна оријентација ка пореским обвезницима и њихов клијентски третман. Од „основног односа“ (*base relationship*) пореске администрације економски развијених земаља граде „побољшани однос“ опорезивања (*enhanced relationship*), са циљем успостављања и одржавања поверења са пореским обвезницима. На таквим променама инсистира ОЕЦД у циљу подстицања побољшане пореске комуникације као начина управљања пореским последицама економске кризе и повећаних захтева за решавањем проблема агресивног пореског планирања.<sup>2</sup> Концепт побољшаних пореских односа заснива се на транспарентности и сарадњи, уз сагласност обвезника да тачно и потпуно информише пореску администрацију о могућим пореским ризицима у пословању (нпр. трансферне цене) и достави потребне чињенице о томе. Заузврат, пореска администрација ће настојати да благовремено пружи информације о пореским последицама планиране трансакције чиме ће обезбедити обвезнику сигурност и предвидљивост у извршавању пореских обавеза, не само по слову него и у духу закона (Owens, 2012: 517). Концепт побољшаних односа, по мишљењу неких аутора, тиче се промене понашања њихових субјеката у смислу успостављања узајамног поверења и постизања правне сигурности, уз избегавање непотребних пореских ризика (Roch, 2012: 22–23).

Разлог за диференцирани приступ пореским обвезницима налази се у томе што бројни привредни субјекти имају различите потребе у погледу услуга, помоћи и инструкција и самим тим показују различите типове пореских ризика. Зато се развијене пореске администрације структурно организују на основу тзв. „сегментације тржишта“, усмеравањем активности на поједине категорије обвезника, имајући у виду њихов финансијски потенцијал. У оквиру ОЕЦД-а се сматра да такав приступ омогућава боље разумевање потреба обвезника и ризика за порески систем. Неки порески

---

2 Више о томе: OECD (2013). Co-operative Compliance: A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, Retrieved 5. September 2015, from <http://www.oecd.org/ctp/administration/co-operative-compliance.htm>

практичари виде у томе могућности да се са ограниченим ресурсима не само повећају порески приходи него и смање трошкови плаћања пореза савесних пореских обвезника (D'Ascenzo, 2015: 90). У развијању овог новог приступа предњаче Аустралија („*cooperative compliance*“) и Холандија („*horizontal monitoring*“). Основна идеја је да треба помоћи оним обвезницима који желе да уредно плаћају порезе док би упорне пореске утајиваче требало подвргнути контролама и строжем кажњавању (Owens, 2014: 19). Користећи сазнања финансијске психологије, порески органи могу добити бољи и дубљи увид у разноврсне реакције пореских обвезника које ће уградити у своје стратегије деловања. Концепту “побољшаних односа” опорезивања требало би да допринесе и алтернативно решавање пореских спорова коришћењем медијације и других приступа уређивања спорних пореских ситуација. Ова могућност је за сада допуштена у мањем броју држава, углавном великим пореским обвезницима, па с обзиром на њихову финансијску и политичку моћ постоји оправдана бојазан од “приватизације” процеса опорезивања.

## **7. Изазови наметања фискалне транспарентности и ефикасније међународне размене пореских информација**

На међународном плану све већи број држава се укључује у процесе међународне размене пореских информација. Званично објашњење ОЕЦД-а тиче се решавања проблема међународне пореске евазије и агресивног пореског планирања и убирања додатних прихода од стране резидентних држава (*A Step Change in Tax Transparency*, 2013: 5). Извесно је да ће ови процеси донети користи појединим државама. Међутим, убрзано подстицање одређених активности у овом домену има неке друге, не тако очигледне циљеве. У позадини ових процеса међународне пореске сарадње налази се прикривена тежња за пореском хармонизацијом, потпуном контролом економских и финансијских токова у свету, ограничавањем националних фискалних суверенитета постављањем глобалних пореских стандарда уз убеђивање држава да је то у њиховом најбољем интересу.<sup>3</sup>

Званичне активности на овом плану започињу са Извештајем ОЕЦД-а о штетној пореској конкуренцији, објављеним 1998. године (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), којим се захтевало да пореске оазе и офшор центри започну процесе међународне размене пореских информација на захтев. У оквиру ОЕЦД-а се 2000. године формира Глобални форум о

<sup>3</sup> Самим тим што је међународна размена пореских информација проглашена за политички приоритет од стране Г20, ОЕЦД, УН, ЕУ, значи да је она јако важна у смислу дефинисања глобалних пореских оквира.

фискалној транспарентности и размени информација у пореским стварима који формулише глобалне стандарде пореске сарадње<sup>4</sup>, усвајањем Модел споразума о размени пореских информација 2002. године. У складу са тим, ревидира се чл. 26 Модел конвенције ОЕЦД-а о опорезивању дохотка и имовине са циљем прихватања наведених стандарда крајем 2014. године. Битна новина је да домаћи интерес и банкарска тајност више нису разлози за одбијање размене пореских информација на захтев. На априлском скупу у Лондону 2009. године, Г20 је самовољно прогласила да је дошао крај банкарској тајности. У литератури се овај догађај оцењује као прекретница у домену међународне пореске сарадње (Oberson, 2013: 21). После финансијске кризе повећава се број држава које закључују билатералне споразуме о размени пореских информација, ван формалних путева, традиционално примењиваних приликом преговарања о билатералним споразумима о избегавању двоструког опорезивања (Stewart, 2012: 162). Многе државе су „добровољно“ прихватиле фискалну транспарентност како не би биле сматране као некооперативне јурисдикције (Pistone, 2013: 219). У циљу убрзавања и укључивања свих држава у процесе међународне размене пореских информација, ОЕЦД и Савет Европе усвајају 2010. године Протокол уз Мултилатералну конвенцију о узајамној административној помоћи у пореским стварима<sup>5</sup> (закључена још 1988. године) са применом од 1. 6. 2011. године. Исте године, САД доносе Закон о опорезивању рачуна домаћих држављана у иностранству (*FATCA*) којим обавезују све финансијске посреднике у свету да америчкој пореској администрацији достављају податке о приходима америчких клијената. У оквиру ОЕЦД-а, током 2014. године, постиже се сагласност о успостављању аутоматске размене финансијских информација као свеопштег стандарда у међународној пореској сарадњи. *De facto*, под видом борбе против међународних пореских превара крије се интерес најмоћнијих људи света за потпуном контролом глобалних финансијских токова, на шта указује све интензивније деловање важних међународних организација у правцу убрзавања овог процеса.

---

4 Неки аутори доводе у питање ваљаност (оправданост) глобалног карактера стандарда међународне размене пореских информација имајући у виду непотпуну легалну заштиту права пореских обвезника. Више о томе: Dourado, A.P. (2013). Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies. *EUI Working Paper RSCAS 2013/11*. [www.eui.eu/RSCAS/Publications/](http://www.eui.eu/RSCAS/Publications/)  
5 Вид.: Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, 2010.

## 8. Изазови спречавања штетне пореске конкуренције

Уобичајена је пракса у међународном пословању да државе користе повољније пореске режиме у циљу привлачења инвестиција и мобилног капитала који, скоро без икаквих ограничења, прелазе националне границе. Оно што је легитимни фискални интерес националних држава, последње две деценије се од стране ОЕЦД-а и ЕУ проглашава штетном и нелојалном пореском конкуренцијом. Постоји широко распрострањено уверење у пореској теорији и пракси да привлачење страних инвестиција путем снижавања стопа пореза на добит (познато као “трка до дна”) може угрозити интегритет пореских система (Devereux, Vella, 2014: 3), због чега се морају поставити и прихватити одређена правила на ширем плану. ЕУ предњачи у промовисању фер пореске конкуренције. Од 1998. године почиње да се примењује Кодекс понашања за опорезивање пословних активности (*Code of Conduct in Business Taxation*) на европском тржишту. То није правно обавезујући документ, али постоји политичко обавезивање држава чланица да уклоне пореске одредбе које нарушавају фер пореску конкуренцију у националним законодавствима. У самом Кодексу су наведени критеријуми који служе за квалификацију мера које се сматрају неправичним. Треба нагласити да ЕУ почиње да поставља повећане захтеве и земљама које нису њене чланице. Њихово (не)пристајање на стандарде Глобалног форума о транспарентности и размени пореских информација, као и оне постављене у ЕУ Кодексу о понашању, одразиће се у заједничком поступању земаља чланица ЕУ према њима у будућности (*Platform for Tax Good Governance*).

За разлику од ЕУ, ОЕЦД покушава да реши овај проблем на ширем, међународном плану усвајањем 1998. године Извештаја о штетној пореској конкуренцији. У њему су тачно дефинисани критеријуми који су коришћени у препознавању штетне пореске конкуренције и на крају је наведен низ препорука како би се ефикасно могло борити против такве појаве. Противљење САД допринело је слабљењу ове иницијативе ОЕЦД-а да регулише међународну пореску конкуренцију (Eccleston, 2011: 19). Она је касније оснажена прихватањем новог пројекта *BEPS*-а који захтева обавезну спонтану размену правила о неправичним пореским режимима и њихову примену водећи рачуна о транспарентности и суштини трансакција и пословних активности (*Action 5 BEPS*).



## 9. Дефинисање општих антиевазивних и антиабузивних мера

Разлике у националним пореским системима пружају широке могућности мултинационалним компанијама за међународно пореско планирање.<sup>6</sup> Због агресивне природе овог процеса велики број држава је развио одређене заштитне механизме. Они су или генералне природе, у циљу спречавања сваке злоупотребе пореског законодавства, или су усмерени на специфичне аранжмане и шеме који се обично користе ради избегавања пореза. Опште антиабузивно законодавство (*GAAR*) јавља се као важно оруђе које порески органи и судови могу да користе у случајевима спречавања *претераних* пореских злоупотреба где се процењује стварна суштина трансакције. Због значаја овог феномена, последњих година су се чули захтеви у међународној пореској јавности за његовим јединственим третманом на мултинационалном нивоу, нпр., у вези са хибридним аранжманима. Ради се о искоришћавању неусклађености пореских система у погледу правне квалификације и пореског третмана инструмената, субјеката и трансфера, што се често злоупотребљава и користи за избегавање плаћања пореза.

ОЕЦД посвећује посебну пажњу у оквиру *BEPS* пројекта, не само хибридним аранжманима него и јачању *CFC (controlled foreign corporations legislation)* правила, ограничењу одбитака порески мотивисаних исплата камата и других финансијских плаћања и превенцији злоупотребе пореских споразума. Европска комисија је позвала државе чланице да размотре увођење заједничког *GAAR-a* који би се подједнако примењивао у међусобним односима али и у ситуацијама са трећим земљама. У Препоруци из 2012. године (*Recommendation on Aggressive Tax Planning*) изложен је у главним цртама хармонизовани ЕУ приступ најагресивнијим врстама пореске евазије. Формулација предложеног *GAAR-a* заснива се на познатој одлуци Европског суда правде у случају *Cadbury Schweppes* (CJEU 2006b) где се за примену националног општег антиабузивног законодавства захтева „потпуна артифицијелност аранжмана“, тј. оних којима недостаје економска суштина и који имају за циљ искључиво избегавање плаћања пореза (Gadžo, Klemenčić, 2014: 287).

---

<sup>6</sup> Коришћење софистицираних трансакција у међународном пословању може имати за резултат нежељене последице, као што су двоструко неопорезивање, двоструки порески одбици, артифицијелно остварење страних пореских кредита и др.

## 10. Изазови у вези са међународним усаглашавањем правила о опорезивању мултинационалних компанија

Најновији пројекат ОЕЦД-а из 2013. године (BEPS)<sup>7</sup> (уз политичку подршку Г20) званично је усмерен на спречавање ерозије пореске основице и вештачко пребацавање профита у земље са ниским порезима. Такво пореско планирање мултинационалних компанија може довести до двоструког неопорезивања чиме се ремети конкурентност на међународном тржишту и нарушава интегритет националних пореских система. Имајући у виду значај овог феномена за економски развијене земље, ОЕЦД убрзо израђује амбициозан и свеобухватан план за спровођење *BEPS-a*.<sup>8</sup> Од држава се очекује да испитају како њихови национални порески закони доприносе *BEPS-у* и да осујете коришћење међународних и домаћих пореских правила од стране мултинационалних компанија у циљу смањења укупних пореских обавеза артифицијелним пребацавањем профита у јурисдикције са ниским порезима. По природи и ширини дејстава, *BEPS* захтева координиране активности нарочито у домену домаћих законодавних мера. У документу се истиче да државе задржавају своје пореске суверенитете а договорене мере могу бити примењене на различите начине под условом да нису у противречности са њиховим међународним законским обавезама (*Explanatory Statement*, 2014: 3). Акциони план предвиђа преиспитивање неколико кључних области међународних пореских правила. У фокусу међународног интересовања јесу системи пореза на добит корпорација које треба модификовати кроз правила о неутралисању хибридних аранжмана, јачање *CFC* правила и ограничавање ерозије основица путем одбитача камата и других финансијских плаћања унутар групе компанија. Следећа област провере тиче се постојећих међународних пореских правила о пореским споразумима, сталном месту пословања и трансферним ценама, како би се утврдило да ли се профити опорезују тамо где су обављене економске активности и где је створена вредност. Посебна пажња је посвећена транспарентности, укључујући општи образац за сврхе извештавања компанија о расподели профита и пореза. Очекује се и већа сарадња влада у погледу узајамног обавештавања о издатим пореским правилима мултинационалним компанијама. ОЕЦД ће, у циљу што брже примене свих смерница и активности из Акционог плана, развити мултилатерални инструмент за заинтересоване државе како би се измениле постојеће мреже њихових билатералних пореских

---

7 OECD (2013). *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/1787/9789264192744-en>

8 OECD (2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

споразума.<sup>9</sup> Премда се у документу наводи да је *BEPS* иницијатива, у суштини, усмерена на затварање неких празнина уместо преиспитивања фундаменталне структуре међународног пореског система, имајући у виду да захвата многе области, могло би се закључити да се ради о наставку активности спречавања штетне пореске конкуренције са крајњим циљем хармонизације правила опорезивања мултинационалних компанија и другачијом расподелом права опорезивања.<sup>10</sup> На такав закључак упућују предложене препоруке за документацију о трансферним ценама и извештавањима по земљама, које уобличавају шире извештајне захтеве који иду далеко изван онога што се тражи у сврхе пореске наплате (*Action 13 BEPS*). Остаје отворено питање: шта је прави циљ *BEPS*-а?

## 11. Закључак

Током последњих неколико деценија уочавају се веома значајне промене у савременим пореским системима. Пореске реформе се спроводе као одговор на изазове са којима се државе суочавају како у националним оквирима тако и у међународним пореским односима. Некада се те промене одвијају сагласно интересима држава а некада су им наметнуте од стране моћних међународних организација. Изазови савремених пореских реформи повезани су са континуираним снижавањем стопа пореза на доходак и пореза на добит, широм применом пореза на потрошњу, проблемима опорезивања електронског пословања и увођења еколошких пореза и пореза на финансијске трансакције, уз развијање алтернативних приступа функционисању пореских администрација. Наведена кретања на националним нивоима недвосмислено потврђују да слаби значај принципа *ability-to-pay* као фундаменталног правила за моделирање савремених пореских система. На међународном плану, убрзава се процес међународне размене пореских информација, ради се на креирању правила о ограничавању штетне пореске конкуренције, чине се покушаји дефинисања општег антиевазивног законодавства, за сада, макар на регионалном нивоу (предлози у оквиру ЕУ), покренут је пројекат спречавања ерозије пореске основице и вештачког пребацивања профита у земље са благим пореским режимима. Све наведене промене у савременим пореским системима указују на преформулисање постојећих

---

9 OECD (2014). *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219250-en>

10 О могућим променама у систему корпоративног опорезивања погледати у: Devereux, M., Vella, J. (2014). Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21 century? *Oxford University Center for Business Taxation WP 14/25*. 1–21.

и оријентацију ка утврђивању општеприхваћених међународних пореских правила.

### Литература

Анђелковић, М. (2013). Привлачност ПДВ у контексту економске кризе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. бр. 64. 1–14.

Bird, R. (2014). Global Taxes and International Taxation: Mirage and Reality. *International Center for Public Policy Working Paper Series*. Paper 4. Retrieved 31, August 2015, from <http://scholarworks.gsu.edu/icepp/4>

Brys, B., Matthews, S., Owens, J. (2011). Tax Reforms Trends in OECD Countries. *OECD Taxation Working Papers*. No.1. OECD Publishing. pp. 1-16. <http://dx.doi.org/10.1787/5kg3h0xxmz8t-en>

D'Ascenzo, M. (2015). Global Trends in Tax Administration. *Journal of Tax Administration*. Vol. 1. No. 1. 81–100 Retrieved 5, Septembre 2015, from [jota.website/article/view15/30](http://jota.website/article/view15/30)

Devereux, M. P., Vella, J. (2014). Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21 century? Oxford University Centre for Business Taxation. WP 14/25. 1–21.

Eccleston, R. (2011). Revolution or Evolution: Sovereignty, the Financial Crisis and the Governance of International Taxation. *Journal for Applied Law and Policy*. 13–24.

OECD (2014). Explanatory statement. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. [www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement](http://www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables-explanatory-statement)

Gadžo, S., Klemenčić, I. (2014). Time to stop avoiding tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union. *Financial Theory and Practice*. 38 (3). 278–302.

Keen, M. (2011). Rethinking the Taxation of the Financial Sector. *CESifo Economic Studies*. Vol. 57. 1–24. doi:10.1093/cesifo/ifq019

Leviner, S. (2014). The Intricacies of Tax and Globalization. *Columbia Journal of Tax Law*. Vol. 5. No. 2. pp. 207–227. Retrieved 2, September 2015, from <http://ssrn.com/abstract=2254849>

Лакић, С. (2013). Теоретска и практична одрживост Тобиновог пореза. *Economics & Economy*. Vol. 1. No. 2. 47–60.

Лончарић Хорват, О. (2011). Правна просудба еколошких пореза. *Тематски зборник Екологија и право*. Правни факултет Ниш. 631–642.

Oates, W. (1995). Green Taxes: Can We Protect the Environment and Improve the Tax System at the Same Time? *Southern Economic Journal*. Vol. 61. No. 4. 915–922. Retrieved 31, August 2015, from <http://www.jstor.org/stable/1060731>

OECD (2013). *Co-operative Compliance: A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, Retrieved from <http://www.oecd.org/ctp/administration/co-operative-compliance.htm>

Oberson, X. (2013). Exchange of Information and Crossborder Cooperation between Tax Authorities, General Report, *Cahiers de Droit Fiscal International*. Vol. 98b. IBFD. Amsterdam. 17–57.

Owens, J. (2014). BEPS: What's in it for tax Administrations? *Tax Tribune* 31. 15–25.

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

Pistone, P. (2013). Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. 216–225.

European Commission. *Platform for Tax Good Governance: Discussion paper on the follow-up of the Commission, Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters*. DOC: Platform/00572014/EN. 3–4.

Родрик, Д. (2011). *Парадокс глобализације: зашто светско тржиште, државе и демократије не иду заједно*. Службени гласник. Београд. 101.

Roch, M. (2012). *Tax administration vs. Taxpayer. A New Deal?* Retrieved 31. August 2015, from [www.eatlp.org/uploads/...Moessner%20lecture.p...](http://www.eatlp.org/uploads/...Moessner%20lecture.p...)

Ришар, Ж.Ф. (2008). *Тачно у подне*. Clio. Београд

Steinmo, S. (2003). The evolution of policy ideas: tax policy in the 20th century. *British Journal of Politics and International Relations*. Vol. 5. no. 2. 206–236.

*A Step Change in Tax Transparency: Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*. (2013). OECD. [www.oecd.org/.../exchange...taxtransparenc...](http://www.oecd.org/.../exchange...taxtransparenc...)

Stewart, M. (2012). Transnational Tax Information Exchange networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration. *World Tax Journal*. 152–179.

**Mileva Anđelković, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **CHALLENGES OF CONTEMPORARY TAX REFORMS**

### **Summary**

*The subject matter of analysis in this paper are the challenges that states encounter in the process of implementing tax reforms in the circumstances of contemporary global crisis. Alignment with the global economic flows leads to reduction of corporate income tax rates and marginal income tax rates for the richest individuals. In order to ensure a steady inflow of revenues, the tax burden is increasingly shifting to consumption taxes. Changes in tax structure are accompanied by tax administration reforms, primarily aimed at strengthening the preventive role of tax administrations. At the international level, a growing number of countries is involved in the processes of exchanging tax information and establishing common rules and generally accepted codes of conduct regulating harmful tax competition. The most recent challenge is related to attempts to reform the area of international taxation of corporate income tax of multinational companies, envisaged in the OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Sharing (BEPS).*

**Keywords:** *tax reforms, tax competition, tax information exchange, enhanced tax relations, BEPS.*

**Др Срђан Голубовић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776611G

UDK: 336.711

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **УТИЦАЈ ГЛОБАЛНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КРИЗЕ НА ЕВОЛУЦИЈУ УЛОГЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ\*\***

**Апстракт:** У раду се разматра промена улоге централне банке под утицајем глобалне финансијске кризе. Најважнија промена тиче се ширења листе циљева за чију је реализацију задужена централна банка. Поред стабилности цена, која и даље представља приоритетни циљ, централне банке готово једнаку пажњу посвећују јачању и очувању финансијске стабилности. Овој промени у области циљева одговара и увођење нове, макропруденцијалне функције, од које се очекује да елиминише, односно умањи опасност од системског ризика. Реализација овако дефинисаних циљева и задатака наметнула је и промене у домену инструмената. У условима када конвенционални инструменти нису дали жељене ефекте, централне банке биле су принуђене да нестандартним инструментима отклоне проблеме у функционисању трансмисионог механизма монетарне политике.

**Кључне речи:** глобална финансијска криза, централна банка, монетарна и финансијска стабилност, инструменти монетарне политике

---

\* golub@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

## 1. Увод

У раду се разматра утицај глобалне финансијске кризе, инициране крахом на хипотекарном тржишту Сједињених Америчких Држава крајем 2007. године, на промену улоге централне банке. Током историје, под утицајем економских криза, перцепција о начинима деловања централне банке се више пута мењала. Само у двадесетом веку улога централне банке преиспитивана је два пута. Први пут, као одговор на Велику економску кризу од 1929. до 1933. године, када се централна банка, од институције која је првенствено основана да брине о ликвидности финансијског система, трансформисала у институцију која блиско сарађује са Владом у реализацији економско-политичких циљева. Ова промена дошла је до пуног изражаја 1946. године, када су у Сједињеним Америчким Државама (САД) усвојени прописи (*1946 Employment Act*) који, између осталог, обавезују централну банку да заједно са Владом тежи остваривању циљева, попут раста запослености, производње и куповне моћи (Mishkin, 2006: 411–412). Током седамдесетих година прошлог века улога централне банке поново се мења. Већина развијених земаља у то време суочила се са проблемом високе стопе инфлације. Као одговор на овај изазов, а под утицајем монетаристичке теорије, улога централне банке еволуира и ограничава се само на решавање проблема инфлације, односно очувања монетарне стабилности, док се питање реализације осталих економско-политичких циљева препушта извршној власти. Штавише, у већини земаља правни акти којима се уређује положај централне банке утемељени су на принципу независности, односно самосталности у вођењу монетарне политике и остваривању монетарне стабилности, као примарног циља за који је одговорна централнобанкарска институција. Након избијања глобалне финансијске кризе 2007. године, и њеног интензивирања у наредним годинама, поново смо сведоци редефинисања улоге централне банке. Најважнија промена тиче се ширења листе циљева за чију је реализацију одговорна централна банка. Стабилност цена и даље представља примарни циљ, али се од централних банака очекује да готово једнаку пажњу посвете очувању и јачању финансијске стабилности. Наглашавање важности финансијске стабилности подразумевало је и нове надлежности централних банака. Традиционалним функцијама додаје се и функција вођења макробонитетске политике. Најзад, изазови глобалне финансијске кризе наметнули су и промене у домену инструмената. Поред стандардних инструмената, централне банке на изазове кризе реагују увођењем нестандартних инструмената монетарне политике.



## 2. Монетарна и финансијска стабилност

Централна банка представља финансијску институцију која има главну улогу у организовању, усмеравању и регулисању монетарних токова. У савременим условима, већина земаља, полазећи од владајуће монетарно-политичке парадигме, у своје законодавство унела је одредбе које централну банку чине самосталном у реализацији циљева који су јој поверени и независном у односу на друге облике власти, посебно у односу на извршну власт. Принцип независности најважније монетарне институције подигнут је на ниво правне тековине Европске уније (ЕУ), који мора бити испоштован уколико држава чланица жели да постане део Европске монетарне уније (ЕМУ), односно међународног стандарда прихваћеног од стране међународних финансијских институција, пре свега Међународног монетарног фонда који одобравање средстава државама са платнобилансним тешкоћама условљава његовим спровођењем (Lastra, 2010: 322). Са усвајањем Устава из 2006. године и Србија се прикључила оној групи земаља које додатно јачају положај монетарних власти у односу на друге облике власти, уношењем одредбе о самосталности централне банке и у највиши правни акт земље.<sup>1</sup> Мада се начин дефинисања независности разликује од земље до земље, неспорно је да независност централнобанкарске институције садржи забрану утицаја извршне власти на избор циљева монетарне политике, инструменталну и персоналну независност. И док се инструментална, односно персонална независност прихвата без већих приговора, питање самосталности централне банке у вођењу монетарне политике је много контроверзније. Главни предмет спора тиче се питања да ли овај аспект независности укључује и пуну слободу у дефинисању циљева и, уколико укључује, да ли одређивање циљева треба препустити институцији на коју ни парламент ни влада немају моћ да утичу? У теорији се сматра да би давање пуне слободе централној банци да самостално одређује циљеве значило да остваривање примарног циља зависи првенствено од беневоолентности централног банкара. Управо жеља да се спречи самовоља централног банкара разлог је да већина земаља прихвата решење које ограничава слободу у одређивању циљева монетарне политике, и то тако што се законом експлиците стабилност цена одређује као примарни циљ, за чију реализацију је одговорна независна централна банка. Овакав приступ поткрепљен је и резултатима емпиријских истраживања која показују да институционално решење са централном банком заштићеном од политичког утицаја сужава

---

1 Према чл. 95 Устава Србије, „НБС је самостална и подлеже надзору парламента, коме одговара”, Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

простор за вођење дискреционе политике, као и да је снажно корелисано са стабилношћу цена и ниском инфлацијом (Duff, Arthur, 2014: 186).

Глобална финансијска криза и рецесија која је погодила привреде најразвијенијих земаља имала је значајан утицај на еволуцију циљева за чију је реализацију одговорна централна банка. Као одговор на кризу, државе су усвојиле програме опоравка чију претпоставку чини заустављање неповољних кретања на финансијском тржишту. Главна улога у реализацији програма припала је централној банци, као институцији која је једина била у стању да својом кредитном подршком спречи колапс финансијског сектора. Суочене са кризом, централне банке биле су принуђене да мењају приоритете. Уместо монетарне стабилности примат се даје очувању и јачању финансијске стабилности (Lastra, 2012: 1265). Под финансијском стабилношћу подразумева се способност финансијског система (банака и небанкарских финансијских институција) да и у условима економских поремећаја настави са обављањем својих функција, које се односе на финансијско посредовање, формирање и пласирање финансијских ресурса. Дакле, финансијски систем је стабилан уколико је у стању да се носи са економским поремећајима, независно од тога да ли су изазвани интерним или екстерним факторима. За разлику од монетарне стабилности, која се универзално дефинише као стабилност општег нивоа цена, код финансијске стабилности не постоји опште прихваћена дефиниција. Рецимо, поједини аутори, уместо прецизне дефиниције, настоје да овај појам објасне тако што дефинишу стање финансијске нестабилности. Према овом приступу, финансијска нестабилност повезана је са појавом финансијских мехура и нестабилношћу финансијског тржишта у целини. Други аутори се пак опредељују за позитивну дефиницију, и финансијску стабилност одређују као несметано функционисање свих елемената финансијског система: институција, тржишта и инфраструктуре. Стабилан финансијски систем, према овом становишту, ефикасан је у обављању својих функција, које обухватају алокацију ресурса, односно претварање штедње у инвестиције, процену и управљање ризицима, обављање платног промета, апсорбовање неочекиваних поремећаја у финансијској и реалној економској сфери (Schinasi, 2006: 82). Мада на први поглед прецизно дефинисан, концепт финансијске стабилности и даље је упитан. Тако се у финансијској литератури поставља питање које су институције финансијског система кључне за његову стабилност, тј. да ли сектор небанкарских институција има једнаку важност за стабилност финансијског система као и банкарски сектор? Одговор на ово питање зависи од модела финансијског система. Уколико је реч о финансијском систему са доминантном улогом банака, свакако да банкарском сектору припада кључна улога. Насупрот томе,

у моделу финансијског система са доминантном улогом финансијског тржишта утицај небанкарског система је много израженији. Независно од модела финансијског система, стабилност банкарског сектора од изузетне важности је за укупну стабилност, првенствено због улоге банака у платном промету и чињенице да поремећаји у овом сектору могу лако да се прелију на остале сегменте финансијског сектора. Стабилност банкарског сектора, међутим, није довољна, већ је нужно да на макро нивоу пажња буде усмерена ка читавом финансијском сектору (Јованић, 2009: 159). Користи од финансијске стабилности су вишеструке. Почев од тога да ствара погодне услове за пословање и пружа сигурност банкарским комитентима и инвеститорима на финансијском тржишту, па до повећане ефикасности финансијских посредника и боље алокације оскудних ресурса. Најзад, очување и јачање финансијске стабилности у функцији је заштите слабијих економских субјеката – комитената и финансијских инвеститора. Једно од питања које изазива спорове односи се на то да ли настојање централне банке да очува финансијску стабилност угрожава остваривање њеног примарног циља – стабилности цена (Schnabel, 2016: 49–54). Досадашње искуство нам говори да ови циљеви нису конфликтни већ комплементарни и да од стабилности финансијског сектора (пре свега банкарског сектора) зависи ефикасност трансмисије мера монетарне политике. Нестабилан финансијски систем отежава преношење импулса мера монетарне политике, а самим тим и угрожава способност централне банке да осигура стабилност цена. С друге стране, стабилан финансијски систем, тј. систем који је у стању да апсорбује финансијске и економске поремећаје, олакшава и остваривање осталих циљева економске политике.

### **3. Макропруденционална функција централне банке**

Као и у погледу циљева, функције централне банке под притиском глобалне финансијске кризе еволуирају. Ове промене манифестују се на два начина. Прво, неке функције које су током периода економске стабилности били стављене у други план под утицајем кризе добијају на значају. То се пре свега односи на функцију зајмодавца последње инстанце, чија је ревитализација условљена жељом да се побољша ликвидност банкарског сектора и функција индиректног финансирања буџетског дефицита куповином државних обвезница на секундарном тржишту (Menéndez, 2014:129). Друга важна промена тиче се увођења нових функција. До избијања глобалне финансијске кризе, преовладавао је став да је за функционисање финансијског сектора и успостављање оптималног односа између принципа максимизирања профита и принципа очувања солвентности и стабилности финансијског система довољна примена

пруденционих норми и ограничења.<sup>2</sup> Микропруденционална контрола имала је задатак да прати, процењује и умањи ризике у финансијском сектору и на тај начин унапреди перформансе банака, односно обезбеди одговарајући ниво стабилности и поверења у банкарски систем (Јовић, 1990: 108–109). Међутим, овакав модел финансијске супервизије показао се неефикасним у ублажавању економских и финансијских шокова са којима су се државе суочиле током глобалне финансијске кризе. То је и разлог што се у већини земаља иницирају промене у систему супервизије, тако што се уводи макропруденцијална контрола, од које се очекује да попуни празнину између микропруденционалне политике и осталих економских политика (Dumičić, Pečarić, 2016: 267).

Макропруденцијална политика подразумева укупност мера и средстава за праћење капиталних и ликвидносних ризика у финансијском систему, превенцију, ублажавање и избегавање системског ризика, као и за јачање отпорности система на финансијске поремећаје. У међународном контексту макропруденцијална или макробонитетска политика први пут се појављује крајем седамдесетих година прошлог века, када се показује да тада важећи механизам надзора није довољан и да је неопходан шири приступ, који ће олакшати препознавање поремећаја који нису јасно видљиви на микропруденционалном нивоу, будући да се тичу финансијског сектора у целини, а не само појединачних финансијских институција (Clement, 2010: 60). Последња финансијска криза јасно је показала да се финансијска стабилност не може очувати без макробонитетског приступа. За разлику од микропруденционе супервизије која у фокусу има сигурност и стабилност појединих финансијских институција, односно заштиту комитената, од макропруденцијалне супервизије очекује се да обезбеди сигурност финансијског и економског система у целини, односно превенцију системског ризика. Глобална финансијска криза показала је да значајан део ризика произлази из самог система, чак и у периодима које карактерише стабилност цена и фискална равнотежа. У таквим условима, контрола индивидуалних финансијских институција не умањује системски ризик нити повећава отпорност система на финансијске ударе. За овакве изазове неопходан је макробонитетски надзор који треба да идентификује слабости финансијског система, рано открије ризике који би у будућности могли да угрозе финансијску стабилност, одреди њихову природу (да ли су структурног или цикличног карактера) и дефинише

2 Јачање финансијске стабилности подразумева: 1) развој регулаторних и супервизорских аранжмана који јачају тржишну дисциплину, 2) креирање институционалних оквира и финансијске инфраструктуре неопходне за здрав финансијски сектор и 3) промовисање тржишне дисциплине и ефикасне корпоративне контроле преко финансијских институција.

мере за ублажавање системског ризика. На остваривање ових задатака макробонитетска политика најпре делује превентивно, настојећи да праћењем различитих показатеља правовремено уочи повећање ризика у финансијском систему и применом одређених мера смањи или спречи појаву и акумулацију системских ризика. Други аспект деловања макропруденцијалне политике тиче се јачања отпорности система и очувања његове способности да настави са нормалним функционисањем и у условима већих економских поремећаја. Најзад, уколико и поред предузетих мера дође од материјализације системског ризика, тј. појаве кризе, од макропруденцијалне политике се очекује да ефикасним управљањем кризном ситуацијом минимизира потенцијалне штетне ефекте (Dumičić, 2015: 3).

Сагледавање и надзор финансијског система у целини подразумева и одговарајућу регулаторну структуру, односно јасно дефинисане циљеве и инструменте. Мада се модели макропруденцијалног надзора разликују од земље до земље, готово сви дају значајну улогу централнобанкарској институцији. Више је разлога за то. Прво, ова функција је компатибилна са одговорношћу централне банке за стабилност цена. Одговорност централне банке за монетарну стабилност подразумева стално праћење системског ризика и евентуално предузимање мера за његово ублажавање. Прикупљањем и анализом података, она је у позицији да благовремено препозна ризике којима је изложен финансијски сектор, као и да помогне њиховом умањењу давањем одговарајућих упозорења и препорука. Искључивање централне банке из макропруденцијалног надзора умањује њену способност да реализује свој примарни задатак и, уједно, као што је то показала глобална финансијска криза, чини извесном кредитну експанзију како би се избегла неликвидност финансијског сектора. Друго, централна банка је, по природи ствари, заинтересована за несметано функционисање финансијског система, будући да од тога зависи трансмисија монетарне политике и њена успешност у очувању стабилности цена. Вођење макропруденцијалне политике треба да редукује системски ризик и повећа отпорност финансијског система на поремећаје. Основни смисао макропруденцијалне функције је превенција, а не управљање финансијском кризом. У ту сврху централна банка користи разне аналитичке апарате (свеобухватна оцена банкарских биланса, тестирање отпорности банака, тзв. стрес тест) за правовремену идентификацију и процену системског ризика (Dimitrijevic, 2017: 519). Најзад, и сам правни статус централне банке чини је погодном за вођење макробонитетске политике. Носиоце макропруденцијалне политике, када доносе одлуке о примени средстава и инструмената, треба заштитити од политичког утицаја. Стога се

укључивање централне банке (чија је самосталност заштићена највишим правним актима земље) у макропруденцијални оквир само по себи намеће.

Поверавање водеће улоге централнобанкарској институцији у конципирању и спровођењу макропруденцијалне политике поред добрих има и негативних страна. Највећа замерка је да институцији, која већ располаже огромном моћи, се та моћ додатно увећава. Поред тога што води монетарну политику, која представља кључну детерминанту макроекономских перформанси једне привреде, делокруг централне банке се проширује и то тако што она постаје надлежна и за регулацију небанкарских финансијских институција, односно за конципирање и примену мера макробонитетске политике. Стога се с правом поставља питање да ли утицај на кључне детерминанте, од којих зависи шта ће се десити у друштву, треба да буде ван контроле демократски изабраних тела. Одговор на ово питање је да повећана моћ треба да буде праћена повећаним степеном одговорности и транспарентности у раду централне банке. Та повећана одговорност подразумева њену експлицитну обавезу да носиоцима власти подноси редовне извештаје којима ће објаснити или оправдати своје акције и одлуке, и преузети одговорност за резултате тих активности. Кључни елемент институционалних аранжмана којима се уређује питање одговорности централне банке повезано је са транспарентношћу у раду. Транспарентност се односи на окружење у коме су циљеви политике, њени институционални и економски оквири, одлуке о примени одређених мера, као и разлози за њихову примену доступни јавности на један свеобухватан, разумљив и правовремен начин. У демократском друштву централна банка може бити независна само уколико је овакав статус подржан од стране јавности. С друге стране, ова подршка може бити остварена само под условом да је ова политика транспарентна и уколико постоје механизми који централну банку чине одговорном за реализацију јасно дефинисаних циљева.

#### **4. Примена нестандартних инструмената монетарне политике**

Домети монетарне политике, тј. њена способност да утиче на макроекономске агрегате, посебно кретање цена, у великој мери зависе од преноса импулса које, применом одређених мера, шаље учесницима на тржишту новца. У условима финансијске стабилности, трансмисиони механизам монетарне политике нормално функционише и централна банка применом стандардних мера успева да утиче на макроекономске агрегате (Cecioni, Ferrero, Secchi. 2011: 1–40). Међутим, током финансијске кризе вођење монетарне политике постаје много сложеније. Криза

отежава трансмисију монетарних импулса традиционалним каналима (пре свега каналом каматне стопе), чиме се смањују донети утицаја инструмената монетарне политике. Како су операције на отвореном тржишту главни инструмент монетарне политике, разумљиво је што снажни поремећаји на финансијском тржишту чине неефикасном примену овог инструмента. Покушај централних банака развијених земаља да снижавањем референтне каматне стопе на најнижи могући ниво (од 0% – 0,25%) дају подстицај опоравку привреде, и на тај начин умање последице глобалне финансијске кризе показао се неуспешним. То је уједно значило да је референтна каматна стопа достигла границу након које није могуће вођење експанзивне монетарне политике применом стандардних инструмената. У таквим условима, централне банке биле су присиљене да мењају асортиман инструмената увођењем нових, тзв. нестандартних, односно неконвенционалних инструмената монетарне политике.

Централне банке развијених земаља (Федералне резерве САД и Европска централна банка) определиле су се за примену нестандартних инструмената монетарне политике. Инструменте неконвенционалне монетарне политике можемо разврстати у две групе. Прву групу чине квантитативне олакшице које подразумевају мере којима се креира и убризгава свеж новац у финансијске токове, док друга група обухвата тзв. политику будућих смерница, као новог вида комуникационе стратегије чију основу чини најава будућег смера деловања монетарне политике (Накић, 2015: 122). Модалитети примене ових инструмената разликују се зависно од проблема са којима су се централне банке суочавале, односно циљева за чију су реализацију задужене. Тако је централна банка САД првенствено настојала да применом нестандартних инструмената спречи пад привредне активности, односно повећање незапослености. У том смислу, она је квантитативним олакшицама покушавала да подстакне кредитну активност банака и одржи постојећи ниво потрошње. Интензивирање кризе током 2008. године наметнуло је потребу реструктурирања банака, куповином контаминиране активе и спровођењем ригорозних стрес тестова одмах након реструктурирања. Током времена уводе се и различите врсте програма куповине хартија од вредности и то програм куповине комерцијалних записа (*Commercial Paper Funding Facility – CPFF*), односно програм куповине хартија од вредности покривених потрошачким кредитима и кредитима малим предузећима (*Term Asset-Backed Securities Loan Facility – TALF*). Применом ових мера централне банке су настојале да даље редукују висину каматне стопе, побољшају ликвидност на финансијском тржишту и учине доступнијим финансијска средства привредним субјектима и финансијским институцијама. Најзад,

у категорију нестандартних инструмента сврставају се и мере пружања кредитних погодности које не изазивају промене у величини биланса централне банке, али мењају његову структуру у правцу мање ликвидних и ризичнијих финансијских инструмената. С друге стране, Европска централна банка се определила за примену нестандартних мере попут: негативне каматне стопе на депозите код ЕЦБ, као и за сет мера познат под називом програм за тржишта хартија од вредности (Jovancai, Stakić, 2013: 70–74). У оквиру овог програма, централне банке држава чланица ЕМУ могле су иступати на секундарном тржишту, кад су у питању утрживе обвезнице емитоване од стране државе или јавноправних установа држава чија је валута евро, односно на примарном и секундарном тржишту за хартије од вредности емитоване од стране приватних субјеката који су основани у европодручју. Почев од 2009. године, реализовано је неколико програма куповине хартија од вредности. У настојању да покрене раст у еврозони, Европска централна банка покренула је програм куповине покривених обвезница (*Covered Bond Purchase Programme*). У периоду од 2010. до 2012, ЕЦБ је спровела интервенције на финансијском тржишту. Јуна 2014. године Европска централна банка најавила је низ операција дугорочног рефинансирања (*Targeted Longer-term Refinancing Operations – TLTRO*), ради подстицања банкарског кредитирања нефинансијског приватног сектора у еврозони. Главни мотив за увођење ових програма био је да се понудом дугорочних средстава под повољним условима подстакне кредитна активност банака. У склопу експанзивне монетарне политике, ЕЦБ је у попис имовине прихватљиве као колатерал уврстила и обвезнице номинване у еврима са инвестицијским рејтингом које издају небанкарске корпорације са седиштем у еврозони. Суочавање појединих чланица Европске монетарне уније са дужничком кризом присилило је ЕЦБ да 2012. године најави могућност директних интервенција на секундарном тржишту државних обвезница (Cour-Thimann, Winkler, 2013: 20–23). Програм директних монетарних трансакција односио се на потенцијално неограничену куповину државних обвезница на секундарним тржиштима, са роком доспећа од једне до три године. На тај начин, омогућено је да и државе са ниским кредитним рејтингом дођу до средстава неопходних за финансирање буџетског дефицита. Примена нестандартних мера монетарне политике била је мотивисана жељом да се пружи подршка финансијским тржиштима, односно спречи урушавање финансијског система и подстакне кредитна активност банака. Интервенцијом на финансијском тржишту централне банке су, поред утицаја на цене финансијских инструмената, успеле да поврате поверење инвеститора и на тај начин дају подстицај укупној економској активности.



Друга врста нестандардног инструмента које централне банке уводе као одговор на изазове глобалне финансијске кризе представља нова комуникациона стратегија. У оквиру овог инструмента централна банка упознаје јавност са актуелним мерама и са циљевима и стратегијом монетарне политике коју ће примењивати у будућности. Комуникација централне банке базира се на важећем монетарном правилу и на пројекцијама о кретању стопе инфлације и привредном расту. Бројна емпиријска истраживања показују да пружање информација јавности о мерама монетарне политике има утицај на финансијско тржиште, олакшава привредним субјектима доношење одлука и помаже у реализацији циљева централне банке (Nakić, 2015: 124). Пружање информација о намераваној политици представља важну промену у начину рада централне банке, за разлику од претходних метода упознавања јавности када су се углавном презентовале процене о актуелним привредним токовима и факторима који могу да угрозе стабилност цена, али не и информације о смеру деловања централне банке у будућности.

## 5. Закључак

Улога централне банке претрпела је значајне промене под утицајем глобалне финансијске кризе. Од централне банке као независне институције, са јасно ограниченим мандатом и обавезом да првенствено брине о стабилности цена, она еволуира у институцију која има много активнију улогу. Ова промена била је условљена и тиме што је централна банка једина од субјеката економске политике располагала одређеним средствима, која су јој омогућавала да без значајнијих промена у правном статусу правовремено реагује на изазове кризе. У домену циљева, ове промене манифестују се тако што централне банке, поред обавезе да брину о стабилности цена, добијају јасан мандат да брину и о стабилности финансијског система. Супротно појединим схватањима да проширење листе циљева може да угрози остваривање примарног циља, показало се да активност централне банке усмерена на јачање и очување финансијске стабилности не само да не омета, већ доприноси монетарној стабилности. Промене у домену циљева нужно обухватају и промене у домену функција централне банке. Наиме, наметање обавезе централној банци да брине о стабилности финансијског система подразумева и ширење функција централне банке, тако што се постојећим функцијама додаје и макропруденцијална функција, од које се очекује да попуни празнину између микропруденционалне политике и осталих економских политика. Поверавање ове функције централној банци је очекивано будући да од свих институција укључених у систем надзора и контроле финансијског

система једино она, као независна институција, располаже свим потребним ресурсима за сагледавање промена у финансијском сектору и препознавање системског ризика. Најзад, на изазове кризе централна банка морала је да реагује и променама у домену инструмената. У условима када отклањање узрока глобалне финансијске кризе подразумева много дубље структурне, фискалне, институционалне и регулаторне промене, које се не могу реализовати у кратком року, централној банци је припала кључна улога у реализацији програма изласка из кризе. Употребом конвенционалних и неконвенционалних инструмената монетарне политике она је била у стању да обезбеди ликвидност, спречи неконтролисан пад цена финансијских инструмената, паничну продају имовине и банкрот држава суочених са дужничком кризом. У условима када су се стандардни инструменти показали неделотворним, централне банке су применом нестандардних инструмената успеле да превазиђу препреке трансмисионом механизму монетарне политике.

### Литература

- Dimitrijević, M. (2017). Normative Regulation Of Banking Union In European Monetary Law. *Теме*. 2(XLI), 517–528.
- Dumičić, M. (2015). Kratak uvod u svijet makroprudencijalne politike, *Pregledi HNB*. 26, 1–26.
- Duff, W., Arthur, S. (2014). Central Bank Independence and Macroprudential Policy: A Critical Look at the U. S. Financial Stability Framework. *Berkeley Business Law Journal*. 11 (1), 183–219.
- Jovanić, T. (2009). *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Jovancai, A. Stakić, N. (2013). Nestandardne mere monetarne politike. *Bankarstvo*. Br. 1, 58–75.
- Jović, S. (1990). *Bankarstvo*, Beograd: Naučna knjiga
- Lastra, M. R. (2012). The Evolution of the European Central Bank. *Fordham International Law Journal*. No 35, 1260–1280.
- Lastra, M. R. (2010). Central banking after the Crisis. *International Finance*. 13 (2), 321–340.
- Menéndez, A. J. (2014). Editorial: A European Union in Constitutional Mutation? *European Law Journal*, 20 (2), 127–141.

Mishkin S. F. (2006). *Монетарна економија, банкарство и финансијска тржишта*. Београд: Дата статус

Nakić, M. (2015). Komunikacija središnje banke – novi instrument monetarne politike. *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*. 13(2), 121–141.

Schinasi, J. G. (2006). *Safeguarding Financial Stability: Theory and Practice*, Washington: Interantional Monetary Fond

Schnabel, I. (2016). What role for central banks in safeguarding financial stability? *Sveriges riskbank economic review*. No 3. 49–54.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*. Бр. 98 (2006)

Clement, P. (2010.) The term ‘macroprudential’: origins and evolution. *BIS Quarterly Review*. march, 59–67.

Cecioni, M., Ferrero, G., Secchi. A. (2011). Unconventional Monetary Policy In Theory And In Practice. *Questioni di Economia e Finanza*. No 102, 1–40.

Cour-Thimann P., Winkler, B. (2013). The ECB’s non-standard monetary policy measures the role of institutional factors and financial structure. *European Central Bank Working Paper*. No 1528, 1–46.

**Srđan Golubović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE IMPACT OF THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS ON THE EVOLVING ROLE OF CENTRAL BANKS**

### **Summary**

*The paper discusses the impact of the global financial crisis, initiated by the collapse of the mortgage market of the United States in late 2007, on the changed role of the central bank. The global crisis has changed the general perception about the modus operandi of policy makers. This particularly refers to the central bank as an institution which, in most countries, has been vested with the primary responsibility to implement the anti-crisis program. This qualitatively new role includes the expanded list of goals whose implementation was the responsibility of the supreme monetary authority. Thus, in addition to the generally accepted goal of ensuring price stability, a new goal is to ensure the stability of the entire financial system. Establishing and maintaining financial stability also implies new responsibilities of national central banks. In addition to their traditional functions, central banks have the key role in managing macro-prudential policy. Finally, the challenges of the global financial crisis brought changes in the domain of monetary instruments. Apart from using the standard tools, central banks respond to the challenges of the global crisis by introducing non-standard monetary policy instruments, which inter alia include the so-called quantitative easing (QE) and direct monetary transactions.*

**Keywords:** *global financial crisis, central bank, financial stability.*

**Др Марина Димитријевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776625D

UDK: 336.144

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **РЕФОРМИСАЊЕ МОДЕЛА ЈАВНОГ БУЏЕТИРАЊА КАО ГЛОБАЛНИ ТРЕНД\*\***

**Апстракт:** Велики број савремених држава кроз буџетске реформе манифестује своје опредељење да обликује и примени нове моделе финансирања јавног сектора како би резултати његовог функционисања били побољшани. Прилика за јачање јавних финансија, транспарентнију и рационалнију употребу буџетских средстава препознаје се у активностима преласка са традиционалног (линијског) на напредније моделе јавног буџетирања (програмско буџетирање и буџетирање према учинку). Циљ рада је да укаже колико се тиме креира амбијент погодан да допринесе одржавању фискалне дисциплине, делотворном алоцирању јавних средстава и ефикасном пружању јавних добара и јавних услуга као изузетно значајним државним циљевима. Снага државе, добрим делом, почива на јаким јавним финансијама, односно јаке јавне финансије представљају „одраз“ јаке државе. Наведене констатације, које је време много пута потврдило као тачне, најбоље „објашњавају“ зашто тежња савремених држава да перманентно побољшавају (реформишу) моделе јавног буџетирања има обележја глобалног тренда.

**Кључне речи:** јавни сектор; јавно буџетирање; реформа јавног буџетирања; модели јавног буџетирања.

---

\* marina@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године. Рад је изложен у виду усменог излагања на Међународној научној конференцији „Глобализација и право“, која је одржана 21–22. априла 2017. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Владе бројних земаља у свету перманентно су изложене захтевима за већом јавном потрошњом него што то дозвољава економска база опорезивања. Континуирани раст јавних издатака, знатно пореско оптерећење обвезника, високи ниво јавног дуга и велики буџетски дефицит – кључни су изазови данашњице и, свакако, проблеми хитни за решавање. Притисак на буџете држава врло је изражен а не изостају ни гласнији захтеви грађана (пореских обвезника) да се приликом њихове израде покаже већи степен одговорности у погледу тога за које намене и у ком опсегу ће се трошити буџетска средства. Сходно томе, предузимају се бројне промене у постојећим буџетским системима, које се могу окарактерисати као савремене буџетске реформе.

У ситуацији када је угрожена фискална позиција конкретне земље, достизање одговарајућег нивоа квалитета управљања јавним финансијама постаје приоритетно. Идентификовање, предупредивање и адекватно поступање са фискалним ризицима и штетним макроекономским неравнотежама тада избија „у први план“. Расположена буџетска средства морају се што ефикасније употребљавати, односно јавну потрошњу је потребно адекватно структурирати на начин да се оствари погодан утицај на развој економије и осигурају бољи услови живота за грађане. Услед тога буџетски процес и тема примењеног модела јавног буџетирања са посебним нагласком на јавне расходе добијају на важности. Они су предмет анализе у овом раду. Неспорно, реформом у фискалном (буџетском) подручју треба подржати фискалну и макроекономску стабилност, установити квалитетан систем и праксу управљања финансијама државе, побољшати успешност у управљању јавним ресурсима, унапредити ефикасност пружања јавних добара и услуга, повећати транспарентност и одговорност у домену трошења јавних средстава. Циљ рада је да укаже на битне аспекте овог реформског процеса. Након увода обрађује се полазна основа реформе модела јавног буџетирања и питање дизајнирања *оквира за процену унапређења управљања јавним расходима* и учинака буџетског система у том процесу. У наставку се детаљније разматра тема развоја модела јавног буџетирања у контексту савремених буџетских реформи. Завршни део рада посвећен је обради основних обележја традиционалног и савремених модела јавног буџетирања.

## 2. Полазна основа реформе модела јавног буџетирања

Будући да фискално неодговорне владе ризикују да изазову не само макроекономску нестабилност, већ и увлачење државе у зависне

спољнодужничке односе, потреба реформисања традиционалног модела финансирања јавних издатака (модела јавног буџетирања) намеће се као неодложна. Положај и финансирање јавног сектора је, стога, потребно озбиљно преиспитати у циљу проналажења одговарајућег односа према тржишном сектору, као и подношљиве границе издвајања за финансирање јавних потреба. Развијене земље су процес преиспитивања традиционалног модела јавног буџетирања покренуле пре земаља у развоју са превасходним циљем постизања следећих *кључних димензија отвореног и уређеног система јавних финансија*: кредибилност буџета; свеобухватност и транспарентност; буџетирање је засновано на политици; предвидивост и контрола извршења буџета; екстерни надзор и ревизија (Olden, Last, Yläoutinen, Sateriale, 2012: 1–50).

Полазну основу сваке реформе јавног буџетирања представља јасно идентификовање и адекватно уважавање особених карактеристика, тј. квалитативних разлика овог облика буџетирања (финансирања) у односу на тржишно финансирање (Fölscher, 2007: 109–112). *Прво*, мерило евалуације успешности у тржишном (пословном) финансирању је једнодимензионално: *профит и његово максимално повећање*. Новац се ангажује (троши) да би се, што је могуће више, увећао. Код јавног буџетирања то није случај. Наиме, оно има више циљева, иза којих стоје бројни субјекти чије потребе кроз јавну потрошњу треба да буду задовољене, као и мноштво потреба на нивоу сваког од њих понаособ. Када се посматрају субјекти јавне потрошње, њихове преференције су различите, а понекад су им и интереси супротстављени. Заправо, они „конкуришу“ за лимитирана буџетска средства, без прецизног мерила као што је то допринос профиту (мерило важи у тржишном сектору), на основу кога би се могао вршити несумњив избор шта би требало а шта не финансирати. Теорија благостања је, треба указати, покушала релативно неуспешно да као критеријум успешности функционисања јавног сектора примени преференције потрошача, које се испољавају када користе јавне услуге, што би морало да дође до изражаја и у изборном процесу. Међутим, како нема ни начина ни могућности да се преференције грађана (потрошача – корисника услуга) егзактно процене и измере, да се на основу одређених критеријума утврди њихов резултат као мерило успешности пружања јавних услуга, трагање за поузданијим критеријумима и стандардима ефикасности државе и њеног буџета ишло је и у другим правцима. У том смислу треба поменути и покушај да се, приликом утврђивања успешности јавног сектора, примене одређени егзактни квантитативни и квалитативни критеријуми, попут критеријума (принципа) вредност за новац (*value for money*). *Друго*, средства у пословном финансирању практично су неограничена: субјекти су упућени на

тржиште капитала, на коме у принципу сваки добар програм (активност, пројекат) може да буде финансиран у пуном потребном износу. За потребе јавног финансирања држава може да се задужује, али задуживање нема ни издалека ону улогу коју има у пословном финансирању.

Да ли је и у којој мери у функционисању и финансирању (буџетирању) јавног сектора могуће увести неке вредности, технике и инструменте који потичу из тржишног (приватног) сектора? Одговор је неспорно потврђан уз назнаку да је у јавном сектору потребно удовољити захтевима успешности али уважити и вредности попут тачности, поузданости, поверљивости, сигурности, правне једнакости и др.

Јавно буџетирање карактерише још једно специфично обележје. То је *политичка димензија* јавног буџетирања, преко које се огледају интереси појединих интересних група, рефлектује расподела моћи између кључних политичких чинилаца, показује однос извршне и представничке власти и других учесника у процесу буџетирања.

Право располагања буџетским средствима, тј. *моћ над новцем* (*power of the purse*) јавног сектора је, сама по себи, врло значајна. Треба нагласити да је претходних година уочљиво извесно слабљење традиционалне улоге парламента као „чувара националног новчаника“ у већини савремених буџетских система што, мишљења смо, захтева хитну промену. Добро стање у домену државних финансија и јавног буџетирања није могуће уколико је парламент пасивни посматрач буџетског процеса и уколико се влада (извршна власт) не учини одговорнијом за своја поступања у овом домену. Својеврсна „борба“ владе и парламента за контролу над буџетом треба да буде третирана као уобичајена појава, а понекад „напети“ однос међу њима треба посматрати као једну од виталних провера у развијеној демократији.

У суштини јавно буџетирање показује шта влада (уз подршку парламента који усваја предлог закона о буџету) намерава да ради са државном касом, на који начин је осмислила да троши јавни новац и за које намене, односно у којој мери ће та потрошња бити контролисана. Како је „*ризница без надзора бесмислица*“, потребно је установити разгранати систем контроле трошења буџетског новца. Постојање вишеструке буџетске контроле, у различитим моментима извршења буџета, претпоставка је њеног квалитета, али и показатељ спремности да се правилно управља јавним финансијама и адекватно реализује јавно буџетирање. Поуздана буџетска контрола има потенцијал да јавно буџетирање и функционисање јавног сектора учини квалитетнијим, на начин да обезбеђује заштиту основних вредности државе, и поставља питање одговорности у погледу тога да ли се јавни



послови и незаобилазно трошење јавних средстава врши сагласно важећој правној регулативи (Dimitrijević, 2016: 754).

### **3. Креирање оквира за процену унапређења управљања јавним расходима и учинака буџетског система у буџетском реформском процесу**

За квалитетно макроекономско управљање и ефикасну расподелу средстава буџетом је потребно комплетно обухватити све буџетске приходе и буџетске расходе, односно они треба у потпуности да буду интегрисани у национални буџет. Само у таквом амбијенту може се поуздано проценити унапређење управљања јавним расходима које, уколико је остварено, може позитивно да утиче на економију јавног сектора. С тим у вези неопходно је истаћи следеће: без фискалне дисциплине (која одређује максималне износе потрошње) није могуће постићи потребне ефекте, односно ефикасно расподелити средства (у складу са приоритетима владе, тј. програмима и ресорним политикама); побољшање управљања јавним расходима ради остваривања ефикасности расподеле средстава непоуздано је без чврсте фискалне дисциплине. Такође, чврста фискална дисциплина уз произвољну (арбитрарну) расподелу средстава и недовољно ефикасне активности није одржива у дужем временском периоду. Уколико су оквири потрошње постављени произвољно, без уважавања унутрашњег функционисања система јавне потрошње, могуће је да буде недовољно средстава за важне активности и може настати деформација политике приоритета у јавној потрошњи.

Путем три комплементарна и међузависна циља управљања јавним финансијама, тј. циљева буџетских система – побољшања укупне фискалне дисциплине, остваривања алокације ресурса у складу са приоритетима владе (алокативне ефикасности), као и подстицања ефикасног пружања услуга (оперативне – техничке ефикасности), креира се *оквир за процену унапређења управљања јавним расходима и учинака буџетског система у буџетском реформском процесу*.

*Одржавање и побољшање укупне фискалне дисциплине*, као први циљ управљања јавним финансијама, у суштини представља иновирање приступа старом проблему успешног располагања ограниченим буџетским средствима. Наведено изискује проналажење одговарајућег односа између претходног (*ex ante*) испитивања садржаја и смера буџетске политике и накнадног (*ex post*) пажљивог испитивања квалитета извршења буџета. Заправо, тежи се адекватној контроли укупних јавних расхода кроз

успостављање ограничења на издатке који су обавезни и на укупном нивоу и на нивоу појединих буџетских корисника.

Нови приступ управљању јавним расходима у складу је са трендом постављања *чврстих фискалних правила у буџетирању (чврстих буџетских ограничења)*, како би се ограничили укупни расходи, а не само да би се постигла буџетска равнотежа. У принципу, *фискална правила* су законска или уставна ограничења фискалне политике која постављају специфичне лимите фискалним индикаторима као што су буџетска равнотежа, јавни дуг, јавна потрошња, опорезивање. Такође, постоје и тзв. процедурална фискална правила која се односе на општу процедуру формулисања фискалне политике, као и на поступке који помажу да се осигура извршење прихваћених фискалних правила.

Примена фискалних правила, да би била делотворна, подразумева следеће промене у буџетирању: проширење временског хоризонта буџетског процеса са једногодишњег на средњорочни оквир; поуздане пројекције будућих буџетских услова; процене утицаја политичких промена на наредне буџете; процедуре за проверу буџетских резултата и предузимање одговарајућих корективних мера; контролне механизме ради осигурања поштовања правила од стране политичара (Schick, 2003: 8–9).

Међутим, треба имати у виду да су фискална правила у извесном смислу правила „посебне врсте“ и да, сходно томе, њихова делотворност зависи и од политичких, али и економских услова с обзиром на то да већина њих предвиђа клаузулу која омогућава одступања у случају непредвиђених спољних (економских) шокова. Она могу да „делују“ само ако су „оснажена“ и подржана од стране политике, а фискалне власти их се придржавају. Једино тако фискална правила могу да буду „третирана“ као окосница стабилности и одрживости јавних финансија. Наиме, у условима непостојања санкција за њихово непоштовање и изостанка позивања на политичку одговорност, с правом се може поставити питање: „Да ли су фискална правила неопходност или само једна ‘декоративна’ институција?“ Такође, инсистирање на слепој примени фискалних правила, независно од текућих макроекономских кретања, доводи у питање оправданост њиховог постојања. То значи да није довољна само политичка доследност за поштовање фискалних правила, већ и спремност за њихово прилагођавање уколико је то потребно. Битно је, наиме, процењивање фискалне ситуације која треба да обухвати допуштене оквире одступања од прописаних ограничења и нужну меру редефинисања ради повећања њихове флексибилности (Anđelković, Dimitrijević, 2015: 41).

У појединим земљама, потребно је нагласити, основани су и *фискални савети* (*fiscal councils*), као допуна фискалним правилима, односно институције које треба да допринесу њиховом поштовању, као и побољшању фискалних перформанси (Wyplosz, 2012: 1; Calmfors, Wren-Lewis, 2011: 26). Ради се о независним институцијама чији је циљ подстицање одрживих јавних финансија путем различитих функција, укључујући процене фискалних планова и евалуацију, као и састављање макроекономских или буџетских прогноза. Дакле, фискални савети функционишу уз фискална правила на двоструки начин: фискални савети прате да ли се фискална правила примењују и уколико се она не поштују обавештавају о томе јавност; фискални савети могу имати, у сложеним економским условима, улогу саветодавца владе да одступи од прописаних фискалних правила, односно могу јој давати предлоге да се постојећа фискална правила побољшају.

Мора се приметити да шира јавност врло мало суштински разуме свет јавних финансија. Она, најчешће, о овој области сазнаје само оно што се званично објави а тиче се вођења фискалне политике. Стога се у литератури фискални савети третирају као објективни „посматрачи“ буџетског процеса и одрживости буџетске политике (Posner, Blöndal, 2012: 16). У том смислу се од фискалних савета очекује да: упознају јавност са стварним стањем у државним финансијама; указују на покушаје креативног рачуноводства; врше непристрасне анализе макроекономског развоја; израдом или проценом макроекономских предвиђања пружају допринос буџетском процесу и вођењу разборите фискалне политике. Фискални савети немају начин да обавезу власт на поштовање фискалних правила и да позову на одговорност политичаре. Међутим, они могу да предлажу, опомињу, упозоравају. Од владе и парламента, који су суверени у одлучивању, зависи да ли ће уважити или игнорисати њихове препоруке.

*Ефикасна расподела средстава*, као други циљ управљања јавним финансијама, остварује се уколико влада има способност да буџетска средства усмери на основу постављених приоритета и ефикасности програма. Она обухвата и преусмеравање средстава са старих на нове приоритете или са мање продуктивних на више продуктивне активности, а све сагласно циљевима владе. Делотворност (ефикасност), која се односи на опсег до кога се циљеви политике, програма или активности постижу, увелико зависи од одлука о алокацији средстава. Ефикасна расподела средстава нужно подразумева перманентно иновирање модела финансирања јавног сектора, односно прелазак са традиционалног на напредније (савремене) моделе јавног буџетирања.

*Техничка (оперативна) ефикасност* коришћења буџетских средства, као трећи циљ управљања јавним финансијама, односи се на могућност имплементације програма и пружања услуга по што нижим трошковима. У већини савремених земаља реформе буџета усмерене су на подстицање остваривања потребног учинка, односно задовољење прихваћених јавних захтева са што мање трошкова. Такве промене се заснивају на очекивањима да се издаци из буџета могу лимитирати помоћу две међусобно повезане стратегије: повећање укупне контроле преко дефинисања циљева у оквиру средњорочног буџета и праћења његовог учинка; унапређење учинка (ефеката, брзине и квалитета рада) јавног сектора (Анђелковић, 2010: 120).

#### **4. Развој модела јавног буџетирања у контексту савремених буџетских реформи**

Домети савремених буџетских реформи првенствено су усмерени на смањење јавних расхода, односно на изградњу институционалних механизма који су нужни за контролу јавне потрошње и развој постојећих модела јавног буџетирања. *Шире посматрано*, ови механизми обухватају: средњорочно буџетирање (буџетски хоризонт се продужава са једне на неколико година у циљу веће предвидивости и стабилности фискалне политике и ефикаснијег трошења јавних средстава у средњем року); јасна макроекономска предвиђања; експлицитне трошкове („цену коштања“) јавних (владиних) политика; приступ буџетирању *одозго на доле* (припрема буџета креће од оквира за макроекономску и фискалну политику, коју одређује влада, укључујући главне средњорочне фискалне циљеве у којима је садржана обавезујућа политичка одлука о укупном износу јавних расхода и њиховој подели по појединим министарствима за одређену буџетску годину); слабљење централне контроле ресурса (*inputs*); нагласак на резултате (*outputs*); буџетску транспарентност; већу независност за фискалне институције; модерно финансијско управљање (Blöndal, 2003: 10; Allan, Parry, 2003: 7). *Уже посматрано*, у савременим буџетским реформама посебан фокус усмерен је на проширење временског хоризонта буџетског планирања, промене у приступу јавном буџетирању, као и његову фискалну транспарентност. Ти механизми ће, у наставку текста, бити предмет детаљнијег разматрања.

*Проширењем временског хоризонта буџетског планирања*, које је у функцији стабилности (предвидивости), чине се напори на *макронивоу* да се годишњи буџет допуни средњорочним и дугорочним пројекцијама и да се уведе обрачунско рачуноводство, као и различите форме *cost-benefit* анализе. На *микронивоу*, јавни (буџетски) управљачи охрабрују се на дугорочна

размишљања кроз увођење веће флексибилности у одлучивању, шире временске оквира, обухватније рачуноводствене технике и показатеље учинка засноване на резултатима делатности. Годишњи буџет смешта се у *средњорочне буџетске оквира (medium-term budgetary frameworks)*, засноване на средњорочним предвиђањима макроекономских варијабли значајних за буџет као што су економски раст, инфлација, цена нафте, каматна стопа и др. Њима се прецизирају средњорочни циљеви за укупне износе прихода буџета, укупне расходе, дефицит/суфицит и јавни дуг. Потребно је, потом, овако дефинисане фискалне циљеве операционализовати на нижем нивоу утврђивањем чврстих буџетских ограничења по министарствима и програмима за предвиђени број година (Анђелковић, 2010: 127).

Средњорочни буџетски оквир најчешће обухвата период од три до пет година, стим што пројекције обухватају текућу буџетску годину и период од наредне три до четири године. Реч је о планском документу који одражава политичку сагласност са фискалном дисциплином. Примарна сврха средњорочних буџетских оквира огледа се у обезбеђењу међувременске конзистентности буџетске политике, и у том смислу овим оквирима појашњава се како ће средњорочни фискални циљеви бити реализовани заредом у годишњим фазама. Друге сврхе ових средњорочних оквира могу бити јачање стабилизационе функције буџета и смиривање тензија у буџетском процесу око трошења лимитираних буџетских средстава (GOV, PUMA, SBO, 2003: 18).

У буџетским реформама својом важношћу посебно се истиче тзв. *приступ буџетирању „од врха ка доле“ (top-down приступ)* (Ljungman, 2009: 1–24). Традиционални буџети састављани су применом *приступа „од доле ка врху“ (down-top приступа)* што је фактички значило да су сви државни органи, агенције и министарства слали захтеве за обезбеђење средстава министарству финансија. Често су износи превазилазили реалне трошкове функционисања буџетских корисника, тако да је укупан износ средстава договоран са министарством финансија. У пракси су се испољили недостаци таквог начина формулисања буџета, у виду дужине времена потребног за слање и усаглашавање захтева буџетских корисника, непостојања система за реалокацију средстава унутар буџетских корисника (ресорних министарстава), тешкоћа одржавања приоритета буџетске политике. Наведени недостаци су, управо, и утицали да се *приступ буџетирању „од доле ка врху“ замени приступом од „врха ка доле“*, где припрема креће од оквира за макроекономску и фискалну политику коју одређује влада, укључујући главне средњорочне фискалне циљеве. У њима је садржана обавезујућа политичка одлука о укупном износу јавних расхода и њиховој подели по појединим министарствима за одређену буџетску годину. Ресорним

(линијским) министарствима препуштена је детаљна расподела буџетских средстава, а улога министарства финансија је да контролише поштовање утврђених лимита по ресорима. Оваквим приступом буџетирању тежња је да се оствари већа одговорност буџетских извршилаца за ефективно остварење постављених циљева и дисциплиновани однос у коришћењу одобрених средстава (Анђелковић, 2012: 297–298).

*Фискална транспарентност* подразумева отвореност у погледу циљева фискалне политике, формулисања и примене буџета. У принципу, процес јавног буџетирања треба учинити доступним и разумљивим јавном мњењу. Извршни одбор Међународног монетарног фонда (ММФ) је 2014. године, након верзија из 2001. и 2011. године, усвојио трећу верзију *Кодекса фискалне транспарентности (The Fiscal Transparency Code)*, који се заснива на следећим начелима: *фискално извештавање* – фискални извештаји треба да садрже свеобухватни, сврсисходни, правовремени и поуздани преглед фискалног положаја и рада владе; *фискална предвиђања и буџети* – буџети и фискална предвиђања на којима се они заснивају морају садржати јасан став о владиним буџетским циљевима и предузетим мерама, уз свеобухватне, правовремене и поуздане пројекције развоја јавних финансија; *анализа и управљање фискалним ризицима* – владе треба да објављују, анализирају и управљају ризицима јавних финансија и осигурају ефикасну координацију фискалног одлучивања у оквиру целог јавног сектора (ММФ, 2014: 1–12).

Важан елемент фискалне транспарентности је *рачуноводствено извештавање*. Отуда и оријентација неких земаља ка напуштању готовинског начела и примени обрачунског начела. Обрачунско рачуноводство (*accrual accounting*) евидентира трансакције на основу настанка пословног догађаја и сматра се да омогућава боље сагледавање стварних трошкова јавних финансија.

Неспорно је да се у савременим буџетским реформама јако инсистира на поштовању буџетског процеса и претходно разматраних механизма, као и достизању што повољнијих резултата у јавном сектору. Буџетски процес, а самим тим и буџетске институције врло су битни, посебно у делу управљања буџетом и јавним расходима. Управо развијене буџетске институције имају витални значај у погледу могућности да се у једној земљи креира и имплементира ефективна фискална политика. Такве институције могу осигурати одговорност владе и предупредити ненаменско „одливање“ јавних средстава, повећати ефикасност употребе оскудних јавних ресурса и побољшати изгледе за одржавање фискалне стабилности и друштвени развој (Dabla-Norris, Allen, Zanna, Prakash, Kvintadze, Lledo, Yackovlev, Gollwitzer, 2010: 3).

## 5. Традиционални и савремени модели јавног буџетирања

Линијско буџетирање представља традиционални модел јавног буџетирања. Буџети бројних држава у свету су, временски прилично дуго, имали облик (формат) линијског буџета. *Линијско буџетирање (line-item budgeting)* као модел планирања и израде буџета (закона о буџету) пружа информације о појединачним буџетским корисницима, разврстава опредељена средства на основу економске класификације и функционалне класификације, пружа увид у изворе финансирања јавних расхода. Ради се о тзв. *инкременталном буџетирању*, које као такво подразумева да се свака буџетска ставка промени за унапред утврђени проценат, који је заснован на очекиваном расту економије. Сваком буџетском кориснику зајемчена је прошлогодишња алокација средстава, као и инкрементална повишица која се додаје на прошлогодишњи износ. На тај начин простор за конкуренцију међу захтевима буџетских корисника за средствима је сужен, а отежана је и могућност реалокације средстава између различитих буџетских позиција, без обзира на њихову недовољну ефикасност. Штавише, буџетски корисници немају подстицај да остваре уштеде у оквиру сваке буџетске године или да испланирају своје расходе са оријентацијом на резултате. У претходним декадама, много земаља дозвољавало је својим инкременталним буџетима да „расту“ на бази одређених макроекономских показатеља. Међутим, иако је овакав прилаз врло погодан ако се има у виду време које је потребно за припрему буџета, он не омогућава адекватну расподелу јавних средстава, што у знатној мери умањује његову вредност. Дакле, у линијском буџетирању ради се о поступку мобилизације и алокације јавних средстава, који се не темељи на идентификацији учинака и утврђивању њиховог односа са уложеним средствима и ангажованим ресурсима, него просто на затеченом стању наслеђеном из прошлости. У линијском буџету многа давања из буџета законски су предодређена и фиксирана независно од поступака кроз које се алоцирају компоненте јавне потрошње. Такву праксу усмеравања средстава из буџета одређеним субјектима неки теоретичари називају *неодлукама (nondecisions)* будући да су, са становишта буџетског процеса, оне једноставно предодређене и строго егзогене (Von Hagen, 2007: 30).

У линијском (*инкременталном*) буџету познато је колико се буџетских средстава троши, али такав начин „креирања“ формата буџета не пружа пуно информација о циљевима јавних политика који ће се остварити посредством јавних издатака. Конкретније, линијски буџет не дефинише кључне циљеве политике владе, не повезује циљеве са буџетом, не трага за најефикаснијом комбинацијом *input*-а како би се испоручила потребна јавна добра (јавне услуге). Како је већ и указано, линијски буџет, који

је усредсређен на расходе по основу економске класификације (нпр., зараде, робе, услуге итд.), претежно преко функционалне класификације омогућава препознавање надлежности корисника буџета, а мерење учинака у овом облику буџета оријентисано је првенствено на поштовање стандарда трошкова и правила алоцирања *input*-а (Gorčić, 2009: 70). Отуда потреба да се традиционални модел јавног буџетирања постепено замени савременим моделима. Актуелна буџетска промишљања у овој области јасно се крећу у правцу увођења програмског буџетирања и буџетирања према учинку. Наведено се препознаје као тренд у савременим реформама буџетске сфере.

*Програмско буџетирање (program budgeting)* представља буџетирање по програмској (буџетско рачуноводственој) класификацији којом се приказују циљеви програма, очекивани резултати и средства потребна за остваривање циљева. Најједноставније посматрано, реч је о планирању, одобравању и извршавању буџетске потрошње кроз програме, односно о успостављању развијенијег модела планирања, расподеле и потрошње буџетских средстава, који омогућава да се, с једне стране, уведе јаснија веза између политика власти, односно програма које спроводи, тј. средстава потребних за њихову реализацију (*inputs*), и с друге стране циљева тих програма (*outcomes*) и очекиваних непосредних излазних резултата (*outputs*) у виду јавних добара и услуга (Robinson, 2013: 52–53).

У програмском буџету финансијска средства алоцирана су по програмима, а сваки од програма има свог *руководиоца* који је задужен за реализацију програма, као и за извештавање о остваривању очекиваних резултата и степену испуњења зацртаних циљева. Тиме се побољшава приоритизација јавних издатака, процес управљања програмима и рационална потрошња буџетских средстава, како у краткорочном тако и у средњорочном временском периоду. Очекивање је да се тиме оствари позитиван утицај на повећање одговорности у функционисању државних институција (организација јавног сектора), законитост и сврсисходност јавног трошења.

Према томе, битна разлика између линијског и програмског буџетирања се и огледа у начину управљања јавним расходима. Програмско буџетирање омогућава *активно управљање јавним расходима* које је усмерено ка максимизирању ефеката (учинака) и испуњавању циљева у јавном сектору. Програмским буџетом стварају се могућности преусмеравања расхода са мање продуктивних ка продуктивнијим јавним расходима. Већа контрола трошења средстава из буџета, буџетска дисциплина и поштовање фискалног оквира за целокупну јавну потрошњу оствариви су, у великој мери, уколико се прецизно одреде лимити за одређену функцију



државе (тј. чврста ограничења на страни расхода), као и за програме у оквиру функција. Захваљујући праћењу учинака одређених програма, програмски буџет може да утиче на повећање обима и квалитета јавних добара и услуга.

Често се у пракси *програмско буџетирање изједначава са буџетирањем према учинцима (performance budgeting)*, што није сасвим тачно. Програмско буџетирање, како искуство показује, претходи буџетирању према учинцима. Наиме, развој и унапређење буџетског процеса потребно је организовати у оквиру следећег логичког хијерархијског редоследа (Фискални савет, 2014: 2): успостављање ефикасног буџетског процеса на годишњем нивоу и његово поштовање у току календарске године; постепени прелаз на средњорочне буџете у циљу повећања фискалне предвидивости; развој програмске структуре буџета; успостављање буџета према учинцима (на основу индикатора перформанси). Дакле, *буџетирање према учинцима следи након увођења буџетских програма и програмског буџетирања* и подразумева да се финансијска средства за наредну буџетску годину распоређују на основу резултата (учинака) буџетских корисника из претходних година. Другачије речено, финансирање субјеката (организација) јавног сектора доводи се у блиску везу са резултатима које они у свом раду остварују. Информације о учинку (показатељи, евалуације, „цене“ програма итд.) користе се за успостављање ове везе. Програмско буџетирање не мора да буде засновано на учинку, мада информације о прошлом или очекиваном учинку појединих програма представљају један од фактора одлучивања о томе да ли ће и колико средстава за неки нови програм бити додељено (Vu-јовић, 2013: 24). Примена програмског буџетирања је могућа и када постоји извесна несигурност у вези која се успоставља између резултата програма и његовог финансирања, управо због тога што оно не повезује толико чврсто (као буџетирање према учинцима) финансирање са резултатима (учинцима).

Успостављање програмског буџетирања (програмског буџета) и буџетирања према учинцима (индикатора перформанси) захтева испуњавање бројних предуслова. Ради се о процесу у две етапе: потребно је најпре развити адекватну програмску структуру и успешно је имплементирати; ову програмску структуру затим треба искористити за мерење перформанси и захтевање одговорности код надлежних буџетских корисника. Обе етапе се временски поступно имплементирају у дужем временском периоду.

## 6. Закључак

У условима економско-финансијске кризе која је захватила свет, притисак у правцу смањења јавних издатака нарочито је изражен а питање унапређења буџетске области не престаје да буде актуелно. У буџету, као „нервном центру јавног сектора“, прикупљају се и за одређене намене распоређују огромни износи буџетских средстава. Од начина на који се данас врши управљање буџетом, обликује и имплементира модел јавног буџетирања, суштински ће зависити будућност јавних финансија сваке државе, тј. да ли ће у времену које долази њено јавно буџетирање бити здраво и одрживо. Отуда и потреба за реформисањем модела јавног буџетирања које поприма обележја глобалног тренда. Предуслови за успостављање ефикаснијег и делотворнијег модела јавног буџетирања у односу на постојећи обухватају адекватну политичку подршку, изградњу потребних кадровских и оперативних капацитета корисника буџетских средстава, као и усвајање конзистентног програма реформе у складу са најбољим међународним искуствима и прилагођеног условима у конкретној земљи. Неспорно, наведено се предузима у циљу смањења простора за доношење брзоплетих и у погледу позитивних ефеката које могу да изазову недовољно утемељених одлука о трошењу буџетских средстава. Коришћење средстава из буџета треба да донесе корист целом друштву на начин да се осигура економски, социјални, политички и општи културни напредак и просперитет државе. У томе треба и пронаћи „кључ“ квалитетног управљања јавним финансијама.

## Литература

- Allan, W., Parry, T. (2003). Fiscal Transparency in EU Accession Countries: Progress and Future Challenges. *IMF Working Paper*. WP/03/163. 1–26.
- Anđelković, M., Dimitrijević, M. (2015). Fiskalna konsolidacija kao imperativ upravljanja javnim finansijama u Republici Srbiji. *Finansije*. 1–6(LXX). 32–47.
- Анђелковић, М. (2012). *Јавне финансије и финансијско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Анђелковић, М. (2010). *Буџетско право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета
- Blöndal, J. (2003). Budget reform in OECD member countries: Common Trends. *OECD Journal on Budgeting*. 4(2). 7–25.

- Von Hagen, J. (2007). Budgeting Institutions for Better Fiscal Performance. In A. Shah (Ed.), *Budgeting and Budgetary Institutions* (pp. 27–51). Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank
- Vujović, D. (2013). *Studija o delotvornom korišćenju indikatora performansi u procesu izrade budžeta i planova u javnom sektoru: Kreiranje indikatora performansi u cilju unapređenja učinaka programskih budžeta u Srbiji*. Beograd: USAID projekat za bolje uslove poslovanja
- GOV, PUMA, SBO (2003). Reallocation: The Role of Budget Institutions. 15. 1–42.
- Gorčić, J. (2009). *Upravljanje krizom – svet i mi*. Beograd: Proinkom
- Dabla-Norris, E., Allen, R., Zanna, L., Prakash, T., Kvintradze, E., Lledo, V., Yacokovlev, I., Gollwitzer, S. (2010). Budget Institutions and Fiscal Performance in Low-Income Countries. *IMF Working Paper*. WP/10/80. 1–56.
- Dimitrijević, M. (2016). Advancing Budget Control in Contemporary Budget Systems. In M. Lazić and S. Knežević (Ed.), *Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law* (pp. 753–766). Niš: Faculty of Law, University of Niš
- Ljungman, G. (2009). Top-Down Budgeting – An Instrument to Strengthen Budget Management. *IMF Working Paper*. WP/09/243. 1–24.
- MMF: Kodeks fiskalne transparentnosti (2014). Institut za javne finansije. *Newsletter*. 91. 1–12.
- Olden, B., Last, D., Yläoutinen, S., Sateriale, C. (2012). Fiscal Consolidation in Southeastern European Countries: The Role of Budget Institutions. *IMF Working Paper*. WP/12/113. 1–50.
- Posner, P., Blöndal, J. (2012). Democracies and Deficits: Prospects for Fiscal Responsibility in Democratic Nations. *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*. 1(25). 11–34.
- Robinson, M. (2013). *Program Classifications for Performance-Based Budgeting: How to Structure Budget to Enable the Use of Evidence*. Washington: Independent Evaluation Group, International Bank for Reconstruction and Development/World Bank
- Schick, A. (2003). The roll of Fiscal Rules in Budgeting. *OECD Journal on Budgeting*. 3(3). 7–34.
- Fölscher, A. (2007). Budget Methods and Practices. In A. Shah (Ed.), *Budgeting and Budgetary Institutions* (pp. 109–135). Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank

Фискални савет (2014). *Буџетски процес у Републици Србији: Недојаци и препоруке*

Calmfors, L., Wren-Lewis, S. (2011). *What should fiscal councils do?* Stockholm University and Swedish Fiscal Policy Council, Oxford University. 1–53.

Wyplasz, C. (2012). *Fiscal Rules: Theoretical Issues and Historical Experiences*. Cambridge: National Bureau of Economic Research. *Working Paper*. 17884 . 1–27.

**Marina Dimitrijević, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **REFORMING THE MODEL OF PUBLIC BUDGETING AS A GLOBAL TREND**

### **Summary**

*The public sector worldwide has been constantly under pressure to increase the rational spending of budget funds, to improve the efficiency of securing the public goods, and to raise the quality of public services. The need to improve the operation of the public sector, to cut the public expenditures and the budget deficit is a prerequisite for undertaking of a series of complex activities and measures which may be designated as the global trend of reforming the public budgeting model. Modern states are facing a huge challenge of accomplishing a higher level of accountability in managing public resources, which requires a gradual transition from traditional to modern public budgeting models.*

*The provision of an adequate amount of public goods and services is one of the fundamental roles of the public sector, which has a significant impact on the economic, political and social aspects of social development. Consequently, it has a substantial impact on taking adequate reform measures in the domain of improving the public budgeting model. The introduction of programme-budgeting and performance-based budgeting models, as substitutes for the line-item (incremental) budgeting model, should contribute to establishing strong and well-organised public finances as a prerequisite for the development of a powerful state, further improvement of all economic sectors, and overall social progress.*

**Keywords:** *public sector, public budgeting, reform, public budgeting models.*

**Др Александар С. Мојашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

**Др Љубица Николић,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776641M

UDK: 004.738.5:339

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ОНЛАЈН СИСТЕМ РЕШАВАЊА СПОРОВА И ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА\*\***

**Апстракт:** У овом раду анализа је усмерена на различите савремене форме онлајн (система) решавања спорова (ОРС) који настају између уговорних страна које учествују у електронској трговини. Полазимо од две познате чињенице: прве, која се односи на глобалну примену алтернативних метода решавања спорова (АДР) до које је дошло услед развоја савремене технологије, и друге, која се односи на широку употребу онлајн платформи за решавање спорова између уговорних страна у електронској трговини на европском нивоу. Циљ рада је подробно испитати стање у вези са (онлајн и офлајн) применом АДР метода на европском тлу, као и пратећу регулативу у области алтернативног решавања спорова у електронској трговини (тзв. АДР Директиву и ОРС Уредбу). Осим тога, приказујемо и примере добре праксе онлајн решавања спорова између учесника електронске трговине у светским размерама. Коначно, желимо да испитамо и стање савремених онлајн система решавања спорова у Републици Србији, као и перспективу њихове примене.

**Кључне речи:** онлајн решавање спорова (ОРС), алтернативно решавање спорова (АРС), технологија, електронска трговина.

---

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs, ljubica@prafak.ni.ac.rs.

\*\* Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

\* Рад је био изложен у виду усменог саопштења под истим називом на међународној научној конференцији „Глобализација и право“, одржаној 21. и 22. априла 2017. године на Правном факултету у Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Алтернативно решавање спорова (скр. АРС – према нашој терминологији, односно на енглеском говорном подручју АDR – *alternative dispute resolution*) представља такав начин решавања спорова који је усмерен на постизање споразума (поравнања) између страна у сукобу, било на основу *непосредних* преговора или *посредно* уз помоћ трећег лица. Међу *посредним* алтернативним методама почасно место заузимају медијација и арбитража, али су се у пракси (пре свега, америчкој) развили и други методи, попут: мини-парнице, ране неутралне евалуације, мирења, приватног суђења, итд. Ови методи су настали и развили се због испоњених недостатака редовног судског поступка, а који се сведе на превелику конзумацију ресурса (времена, новца или труда учесника поступка). Из тог, али и других разлога (рецимо, формалност судског поступка), они се све више користе ради решавања спорова из различитих области права: породичног права, радног права, привредног права, права осигурања, итд. Њихова популарност, а која је последица устројства самих АДР поступака (добровољност, флексибилност, поверљивост, хитност, економичност), иде до те мере да се, рецимо, у САД огромна већина спорова (*преко 90%*) окончава склапањем поравнања, судског или вансудског.

У нашој земљи пак традиционални судски поступак и даље заузима доминантно место у хијерархији различитих метода решавања спорова и представља први избор наших грађана у случају настанка конфликта (сукоба). Како поједине студије показују (Мојашевић, 2014а) они и даље поклањају веће поверење судском начину решења спора, упркос томе што је медијација институционално уведена у наш правни систем 2005. године.<sup>1</sup> Показало се да законско нормирање медијације није довољно да би она заживела у пракси. Медијација је много више од пуког правног института који држава треба да уведе и да му легалитет и легитимитет. Иако је неспорна улога државе у развоју овог правног института, да би он стварно заживео и представљао праву алтернативу судском поступку, потребно је адекватно информисати и образовати грађане за његово коришћење и створити адекватну „инфраструктуру” (рецимо, просторни капацитет или систем упућивања судских предмета на медијацију) за развој овог метода (Мојашевић, 2014б: 786–787). У том погледу смо затајили, упркос евидентним напорима законодавца да новим *Законом о посредовању у решавању спорова* из 2014. године<sup>2</sup> ствари помери са „мртве тачке”. Пре свега, ту се мисли на могућност да споразум из медијације, под одређеним условима, добије снагу извршне исправе (чл. 27 Закона), као и на могућност

1 Закон о посредовању – медијацији, *Сл. гласник РС*, 18/2005

2 *Сл. гласник РС*, 55/2014

ослобађања од плаћања судских, односно административних такси, ако се постигне споразум о решавању спора путем посредовања након покренутог судског (или другог) поступка до закључења првог рочишта за главну расправу (чл. 31 Закона). Осим ових економских подстицаја за коришћење медијације, који се у домаћој литератури оцењују позитивно (Мојашевић, 2014в: 269–270), Министарство правде и Национално удружење медијатора Србије<sup>3</sup> последњих година улажу напор у правцу стварања одрживог система медијације (стварање јединственог регистра медијатора, побољшање едукације медијатора, медијска промоција медијације, итд.).

Но, поред традиционалног алтернативног начина решавања спорова који подразумева непосредни контакт трећег лица (медијатора, арбитра или концилијатора) и страна у сукобу, развој *технологије* изнедрио је још један вид алтернативног решавања спорова – онлајн систем алтернативног решавања спорова (ОРС). У САД, а у последње време и у Европи, овај систем постаје све популарнији, пре свега, за решавање спорова између учесника (уговорних страна) *електронске или е-трговине*. Код нас је област електронске трговине, као вид даљинске трговине робом и услугама, регулисана посебним *Законом о електронској трговини*, који је на снази од 2009. године.<sup>4</sup>

Уважавајући чињеницу да наши грађани недовољно користе медијацију и друге АДР методе решавања спорова, као и да је развој електронске трговине већ узео маха код нас, постављамо тезу *да додатни простор за афирмацију АДР метода треба тражити и у онлајн платформама за решавање спорова, пре свега, у области електронске трговине, али и у другим областима*.

Да бисмо проверили ову тезу, желимо да испитамо ефикасност онлајн платформи за решавање спорова између учесника електронске трговине на европском нивоу, полазећи од правних аката ЕУ у овој области, али и од праксе земаља чланица ЕУ у погледу решавања спорова између учесника електронске трговине.

## 2. Подаци о АДР програмима у ЕУ

Неефикасно решавање спорова представља озбиљну препреку трговини између уговорних страна, посебно оних које се налазе у дугорочним пословним односима. Но, и у једнократним пословним односима (рецимо, у

---

3 Видети: <http://nums.rs/>

4 *Сл. гласник РС*, 41/2009 и 95/2013

случају једнократне куповине производа или услуге), ако систем решавања спорова не функционише задовољавајуће, отвара се питање перспективе тих односа, односно да ли ће убудуће стране ступати у (исте или сличне) уговорне односе. Ово питање ефикасног решавања спорова посебно долази до изражаја у случају прекограничне трговине, односно када су уговорне стране из различитих земаља.

Управо је ово питање и актуелизовано у свакодневној пракси (онлајн или офлајн) куповине производа и услуга између уговорних партнера из *различитих земаља чланица ЕУ*. Наиме, различит и неједнак приступ АДР методима решавања спорова, различит квалитет пружања АДР услуга, као и различити ниво свести и знања о употреби ових метода уговорних страна из различитих земаља чланица ЕУ (као и оних ван ове организације), представљао је озбиљну препреку нормалном одвијању трговине на јединственом европском тржишту. У прилог томе, подаци (Европска Комисија, 2011: 16) показују да у ЕУ постоји *преко 750 различитих* АДР програма за заштиту потрошача, приватног или јавног типа, установљених од државе, привреде или потрошачких организација. У већини европских земаља АДР програми су националног карактера,<sup>5</sup> мада постоје и они који су регионалног или локалног карактера,<sup>6</sup> намењени само за одређени сектор или за више сектора привреде. Само једна трећина чланица ЕУ има АДР програме (нотификоване од ЕК) који се односе *на све потрошачке спорове*.<sup>7</sup> Затим, одлуке АДР тела могу бити донете колективно или индивидуално, са обавезујућом или необавезујућом снагом. Даље, већина ових АДР програма не прави разлику између онлајн и традиционалне куповине производа и услуга, већ све спорове третира једнако. Ипак, постоје одређени изузеци, као што су, рецимо, *Electronic Consumer Dispute Resolution* (ECODIR) – платформа преко које се цела процедура решавања спорова насталих у електронској трговини може спровести онлајн, или *Financial Dispute Resolution Network* (FIN-NET) – платформа специјализована за финансијске спорове.<sup>8</sup> С тим у вези, скоро половина АДР програма нуди

5 Рецимо, у Француској, Великој Британији, Данској, Холандији, Пољској, Чешкој, Словенији, Малти и другим земљама.

6 Рецимо, у Немачкој, Шпанији, Италији и Португалији.

7 То су: Холандија, Данска, Финска, Шведска, Естонија, Летонија, Литванија, Грчка и Малта. С друге стране, постоји група земаља (укупно 11) која има *већи број* АДР програма који се односе на специфичне секторе или регионе, као и група земаља (укупно пет) са *мањим бројем* истих.

8 [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en)



могућност подношења притужбе електронским путем, попуњавањем посебне електронске форме, која се може поднети директно (онлајн), мејлом или поштом.

Подаци (Европска комисија, 2011: 24–25) такође указују да, у просеку, 44% трговаца у ЕУ нема свест о постојању различитих АДР програма, док око 30% потрошача, који нису решили спор директно са трговцем, није знало даље да процесуира своју притужбу, или није знало ништа о постојању АДР програма. Потрошачи указују на своју неинформисаност о АДР програмима, али их и трговци ретко информишу о томе. Проблеми постоје и у погледу квалитета самих АДР програма, будући да се не поштује увек начело транспарентности, независности и ефективности. У прилог томе, 22% АДР програма није покривено веб-сајтом, око половина тих програма нема обезбеђен онлајн приступ АДР процедури, а 41% не садржи статистичке податке о претходном коришћењу истих.

Једноставно речено, овакав *неуједначен* систем решавања спорова на нивоу ЕУ створио је, с једне стране, снажне подстицаје потрошачима да се уздржавају од куповине производа или услуга ван границе матичне државе, а с друге стране, трговцима да одустају од продаје истих у другим земљама чланицама ЕУ. Показало се да раније препоруке Европске комисије из 1998. и 2001. године<sup>9</sup> нису биле довољне да обезбеде равномерну заступљеност АДР метода у свим државама чланицама, као и у различитим секторима привреде појединих европских земаља. Зато је Европска комисија преузела значајне кораке ради отклањања уочених недостатака, усвајањем одговарајућих правних аката, који ће бити предмет елаборације у наставку текста.

### 3. Правни основ алтернативног решавања спорова у ЕУ

#### 3.1. АДР Директива: сажети приказ

Због неуједначеног система решавања спорова на нивоу ЕУ, са свим пратећим (гореописаним) негативним последицама, усвојена је посебна *Директива 2013/11/EU Европског парламента и Савета Европе од 21. маја 2013. године о алтернативном решавању потрошачких спорова* (у даљем тексту: АДР

---

<sup>9</sup> У питању су две препоруке Европске комисије: Препорука 98/257/ЕС од 30. марта 1998. године (енг. *Commission Recommendations on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes*) и Препорука 2001/310/ЕС од 4. априла 2001. године (енг. *Commission Recommendations on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes*).

*Директива*).<sup>10</sup> Сврха ове Директиве јесте да се, кроз постизање вишег нивоа заштите потрошача, омогући нормално функционисање унутрашњег тржишта, пружањем могућности потрошачима да подносе притужбе против трговаца (надлежним) телима,<sup>11</sup> у независним, непристрасним, транспарентним, ефективним, брзим и правичним алтернативним процедурама.<sup>12</sup> Она се примењује на (домаће и прекограничне) спорове потрошача<sup>13</sup> (резидената ЕУ) и трговаца<sup>14</sup> (основаних на територији ЕУ)<sup>15</sup> на темељу уговорних обавеза произишлих из (онлајн или офлајн) продаје производа или услуга, у свим економским секторима, осим у сектору здравства и образовања.<sup>16</sup> Даље се наводи да се Директива односи *само* на притужбе потрошача против трговаца, али не и на притужбе трговаца против потрошача, нити између самих трговаца.<sup>17</sup>

Затим, државе чланице су у обавези да потрошачима омогуће приступ алтернативним процедурама пред надлежним АДР телима,<sup>18</sup> тако што ће осигурати да та тела: успоставе свој веб-сајт са једноставним приступом информацијама о тим процедурама и који омогућава потрошачима да електронским путем подносе притужбе са пратећом документацијом; омогуће потрошачима подношење притужби офлајн; омогуће размену

---

10 DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Retrieved, 10, April 2017, from: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>

11 Под *АДР телом* подразумева се било које тело (са било којим називом), основано на дугорочној основи, које пружа могућност решења спора у алтернативној процедури (чл. 4(1h) Директиве).

12 Чл. 1 Директиве.

13 *Потрошач* означава свако физичко лице које поступа у сврху која је изван његовог занимања, пословања, заната или професије (чл. 4(1a) Директиве).

14 Под *трговцем* се подразумева физичко или правно лице, у приватној или државној својини, које се, директно или преко другог лица (које ради у његово име и за његов рачун) бави сопственом трговином, бизнисом, занатом или професијом (чл. 4(1b) Директиве).

15 Ако је трговац *физичко лице*, местом оснивања сматра се *место пословања*. Ако је трговац *предузеће или друго правно лице или удружење физичких или правних лица*, место оснивања везује се за седиште (предвиђено статутом), место главне управе или место пословања, укључујући и филијале, агенције или било који други вид облика организовања (чл. 4(2) Директиве).

16 Ст. 16 преамбуле и чл. 2 Директиве.

17 Ст. 16 преамбуле и чл. 2 Директиве.

18 При том, ако АДР тело није у могућности да спор узме у разматрање, државе чланице нису у обавези да потрошачима омогуће приступ *другом АДР телу* (чл. 5(б) Директиве).

информација између страна у спору електронским путем или поштом; прихвате да решавају и домаће и прекограничне спорове; преузму неопходне мере за заштиту података о личности страна у спору, итд.<sup>19</sup>

У складу са овом директивом, АДР тела имају право да успоставе таква процедурална правила која им омогућавају да *не* узму у разматрање спорове, ако, рецимо, потрошачи нису претходно покушали да се обрате трговцу и у директним преговорима са њим покушали да реше спорна питања; ако је у питању неозбиљан или шиканирајући спор; ако је спор претходно био изнет пред другим АДР телом или судом; ако је вредност захтева (у притужби) изнад или испод унапред дефинисаног новчаног лимита;<sup>20</sup> ако потрошач није поднео притужбу у одређеном року;<sup>21</sup> ако је у питању такав спор који би угрозио ефективно функционисање АДР тела.<sup>22</sup> У свим овим случајевима, АДР тело је у обавези да, у року од три недеље од момента подношења притужбе, потрошачима пружи разумно објашњење зашто спор није узет у разматрање.<sup>23</sup>

Ради заштите права потрошача и несметаног функционисања АДР тела, државе чланице су у обавези да осигурају да у њима раде лица која имају потребна стручна знања, као и да су независна и непристрасна.<sup>24</sup> С тим у вези, у самој Директиви посебно се разрађују следећи принципи: транспарентност, ефективност, правичност, добровољност и легалитет.<sup>25</sup> Под *транспарентношћу* се подразумева једноставан и брз приступ информацијама на веб-сајту, а које се односе на: адресу (укључујући и електронску) АДР тела; лица запослена у АДР телу, начин њиховог избора и дужину њиховог радног односа; процедурална правила АДР поступака; језик на коме се може поднети притужба и на коме се одвија процедура; правила која АДР тело може користити као основу за разрешење спора (правна правила, правила понашања, итд.); трошкове поступка, просечну дужину трајања АДР поступка; извршност одлуке АДР тела; годишњи извештај о раду, итд.<sup>26</sup> Под *ефективношћу* се подразумева: доступност

---

19 Чл. 5(1, 2) Директиве.

20 Овај лимит не сме да буде постављен тако да потрошачима *значајно угрожава* приступ АДР телу (чл. 5(5) Директиве).

21 Овај рок не може бити одређен *краће од годину дана*, рачунајући од момента подношења притужбе трговцу.

22 Чл. 5(4) Директиве.

23 Чл. 5(4) Директиве.

24 Чл. 6 Директиве.

25 Чл. 7, 8, 9, 10 и 11 Директиве.

26 Чл. 7(1, 2) Директиве.

и једноставан приступ онлајн и офлајн процедури (обема странама у спору); право страна у спору да ангажују адвокате или правне саветнике у сврху заступања, помоћи или добијања независних правних савета у било којој фази поступка; бесплатан приступ АДР процедури или уз симболичну накнаду; обавештење страна у спору о свим релевантним информацијама у вези са притужбом; обавеза јавног оглашавања исхода АДР поступка у року од 90 дана<sup>27</sup> од дана пријема (комплетне) притужбе.<sup>28</sup> *Правичност* се односи, пре свега, на могућност страна у спору да изразе своје мишљење, али и да буду обавештене о аргументима, доказима, документима и чињеницама које износи друга страна, као и о изјавама и мишљењима вештака (експерата). Осим тога, стране треба да буду обавештене о томе да немају обавезу да ангажују адвокате или правне саветнике, да могу одустати од даљег тока поступка у било којој фази, да не морају да прихвате предложено решење спора, да могу заштиту својих права да потраже и на суду (независно од учешћа у АДР поступку), о правним ефектима споразума, као и о исходу самог поступка (у писаној или дигиталној форми).<sup>29</sup> *Добровољност* се односи на то да *ex ante* закључени споразум између трговца и потрошача о решењу (потенцијалних) спорова пред АДР телом *није обавезујући за потрошача* и не искључује његово право да заштиту затражи пред судом. Такође, овај принцип подразумева и то да одлука АДР може бити обавезујућа за стране у спору *само* ако су унапред информисане о томе и пристале на такав начин решења спора.<sup>30</sup> Коначно, *легалитет* се односи на то да одлука АДР тела не може да искључи заштиту потрошача према правним актима држава чланица у којима потрошач и трговац имају пребивалиште.<sup>31</sup>

Затим, читаво подглавље III Директиве посвећено је *информисању* потрошача од стране трговца о АДР процедурама, *помоћи* потрошачима да заштиту права остваре на алтернативан начин (нарочито када је реч о прекограничним споровима), *кооперацији и размени најбоље праксе АДР тела* из различитих земаља, као и *сарадњи АДР тела и националних тела* задужених за примену правних аката ЕУ о заштити потрошача. Коначно, подглавље IV Директиве односи се на надлежност националног ресорног тела (енг. *competent authority*) задуженог за примену ове Директиве на националном, регионалном или локалном новоу у свим државама

27 У врло сложеним споровима, рок се може продужити, уз обавезу обавештења страна у спору, и предочавања очекиваног времена потребног за окончање спора.

28 Чл. 8 Директиве.

29 Чл. 9 Директиве.

30 Чл. 10 Директиве.

31 Чл. 10 Директиве.

чланицама. Детаљно је разрађена надлежност овог тела у погледу сарадње и размене информација са АДР телима и Европском комисијом. Рецимо, АДР тела имају обавезу подношења извештаја националном ресорном телу о броју спорова, врстама притужби, просечном времену потребном за окончање спора, итд.

Предвиђена је обавеза да све државе чланице до 9. јула 2015. године донесу потребне акте ради имплементације ове Директиве у њихова национална законодавства, као и обавеза да, до 9. јула 2019. године (и сваке четврте године након тога), Европска комисија поднесе извешај о примени ове Директиве Парламенту, Савету и Европском економском и социјалном комитету. У извештају фокус треба да буде стављен на развој АДР тела и степен коришћења АДР процедура, као и на ефекте саме Директиве на свест потрошача о коришћењу АДР метода и на степен прихватања ових метода од стране трговаца.

### **3.2. ОРС Уредба: сажети приказ**

Други правни акт ЕУ значајан за ову област јесте *Уредба 524/2013 Европског парламента и Савета од 21. маја 2013. године о онлајн решавању потрошачких спорова* (у даљем тексту: *ОРС Уредба*).<sup>32</sup> У преамбули ОРС Уредбе<sup>33</sup> наводи се да је *дигитална димензија* унутрашњег тржишта постала од виталне важности за потрошаче и трговце, будући да се увећава број потрошача и трговаца који купују, односно продају производе или услуге онлајн. Даље се наглашава потреба потрошача и трговаца за сигурним онлајн пословањем, због чега је важно уклонити постојеће препреке и увећати сигурност потрошача, при чему *поуздан и ефикасан онлајн систем решавања спорова* (нарочито прекограничних) може значајно допринети остварењу тог циља. ОРС систем представља једноставан, ефикасан, брз и јефтин начин решавања спорова који произилазе из онлајн трансакција.<sup>34</sup>

ОРС Уредба се примењује на вансудско решавање спорова иницирано од стране потрошача (резидената ЕУ) против трговаца (основаних на

---

32 Regulation (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), Retrieved, 10, April 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF>

33 Ст. 6 преамбуле Уредбе.

34 Ст. 8 преамбуле Уредбе.

територији ЕУ),<sup>35</sup> а које (решавање) је регулисано АДР Директивом.<sup>36</sup> Дакле, ОРС Уредба само даље разрађује систем алтернативног решавања спорова регулисан АДР Директивом, са нагласком на *онлајн решавање спорова између потрошача и трговаца*, али не и самих трговаца.<sup>37</sup> Зато се у чл. 1 Уредбе наводи да је њена сврха да се, кроз постизање вишег нивоа заштите потрошача, омогући нормално функционисање унутрашњег тржишта, и посебно његове *дигиталне димензије, стварањем европске онлајн пратформе (ОРС платформе)*.

У Уредби су децидно наведене *функције* које ова платформа треба да задовољи, и то: да обезбеди електронску форму за подношење притужбе; да информише другу страну о притужби; да идентификује надлежно АДР тело и да му пребаци спор на решавање; да понуди бесплатан електронски систем управљања предметима; да обезбеди превод информација релевантних за решење спора; да обезбеди електронску форму помоћу које АДР тело може да пренесе релевантне информације самој платформи (рецимо, о датуму пријема притужбе, предмету спора, датуму окончања процедуре, исходу процедуре<sup>38</sup>); да обезбеди *систем повратних информација (тзв. фидбек систем)* који омогућава странама у спору да искажу своје мишљење о функционисању ОРС платформе и АДР тела које је решавало спор; да учини јавно доступним опште информације о АДР методима и АДР телима, информације о *ОРС телу задуженом за контакт*,<sup>39</sup> статистичке податке о исходима претходно вођених поступака, о онлајн водичу за коришћење платформе.<sup>40</sup> Иначе, све релевантне информације (рецимо, о предмету спора, странама у спору или исходу спора) чувају се у *електронској бази података*, о којој се стара Комисија; приступ тим подацима омогућен је, под одређеним условима, надлежном АДР телу, ОРС телу задуженом за контакт и Комисији.<sup>41</sup>

35 Под одређеним условима (предвиђеним у чл. 20(2) АДР Директиве), постоји и могућност решавања спорова иницираних *од стране трговаца против потрошача* (ст. 10 преамбуле Уредбе).

36 Ст. 9 преамбуле Уредбе.

37 Подразумева се да је Уредба *не односи на офлајн решавање спорова*.

38 Чл. 10(с) Уредбе.

39 То може бити, рецимо, нека потрошачка организација или неко друго тело које је свака држава чланица у обавези да одреди као *тело задужено за контакт*, и о томе обавести Комисију. Улога овог тела, у коме раде бар два едукована ОРС саветника, јесте да пружи подршку за решење спора покренутог притужбом преко ОРС платформе. Циљ је успоставити *мрежу ових тела* на нивоу ЕУ (чл. 7 Уредбе).

40 Чл. 5(4) Уредбе.

41 Чл. 11 и 12 Уредбе.

ОРС Уредба предвиђа и обавезу трговаца да на својим веб-сајтовима обезбеде електронску везу са ОРС платформом, као и да означе своје имејл адресе. Ова веза треба да буде доступна потрошачима на једноставан начин. С друге стране, трговци су у обавези да информишу потрошаче о овој платформи и могућности решења спора тим путем. Ове информације треба да буду садржане и у општим условима пословања који се примењују на уговоре из онлајн куповине производа или услуга.<sup>42</sup>

Коначно, предвиђена је и обавеза да Комисија једном годишње подноси извешај о функционисању ОРС платформе Парламенту и Савету, као и извештај о примени ове уредбе, на сваке три године, рачунајући од почетка њене примене (9. јануар 2016. године).<sup>43</sup>

Практично гледано, ова платформа представља *интерактивни веб-сајт* који омогућава јединствен приступ потрошачима и трговцима да вансудским путем реше спорове проистекле из онлајн трансакција. И потрошачи и трговци могу, у случају спора, преко ове платформе да поднесу притужбу у електронској форми на било ком од 23 званична језика којима се служе институције ЕУ. Када притужба потрошача буде поднета, она се прослеђује другој страни у спору (трговцу), која *предлаже АДР тело* за решење спора. Када договор о овом питању буде постигнут (у року од 30 дана), платформа аутоматски пребацује притужбу (самим тим и спор) изабраном АДР телу. Сама платформа садржи *електронски систем управљања споровима* који омогућава АДР телу да спроведе процедуру решавања спора (без обавезе да то учини). Речју, АДР тело у потпуности решава спор електронским путем и то у року од 90 дана.<sup>44</sup>

#### 4. Примери добре праксе онлајн решавања спорова

*Двадесет седам* чланица ЕУ обавестило је Европску комисију да је у потпуности имплементирало АДР Директиву у своја национална законодавства и формирало ОРС тело задужено за контакт, док је 24 чланица ЕУ проследило своје (националне) листе АДР тела Европској комисији. Током 2017. године платформи ће приступити и Норвешка, Лихтенштајн и Ирска. До данас, *260 АДР тела* из европских земаља регистровано је на овој платформи. Иначе, сама ОРС платформа почела је активно са радом 15. фебруара 2016. године. Током прве године рада, *преко 24.000 потрошача* поднело је притужбе, од којих се више од трећине

42 Чл. 14 Уредбе.

43 Чл. 21 Уредбе.

44 Ст. 18 преамбуле Уредбе и *Factsheet on the ODR platform*, Retrieved, 5, April 2017, from: [http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/docs/adr-odr.factsheet\\_web.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/docs/adr-odr.factsheet_web.pdf)

односило на прекограничну трговину у оквиру ЕУ. Већина спорова тичала се куповине гардеробе и обуће, авионских карата или технолошких производа. Рецимо, италијански купац је упутио притужбу због уоченог недостатка технолошког производа, купљеног електронским путем од белгијског трговца. Платформа је проследила притужбу надлежном АДР телу у Белгији и италијански купац је обештећен.<sup>45</sup>

Поред ОРС платформе на нивоу Европске уније, и поједине компаније имају успешно разрађене платформе за решавање спорова проистеклих из електронске трговине. Рецимо, светски позната компанија *Ebay*, која омогућава онлајн аукцијску продају и куповину производа и услуга преко интерактивног веб-сајта,<sup>46</sup> истовремено пружа могућност онлајн решавања спорова учесницима електронске трговине. Такође, друга светска компанија *Alibaba*<sup>47</sup> свакодневно решава електронским путем око милион спорова, при чему је 70% ових спорова решено без икакве људске интервенције (Verdonschot, 2016).

И у земљама ван ЕУ у све већој мери развијају се платформе за онлајн решавање различитих врста спорова, а не само оних који се везују за електронску трговину. Рецимо, у Британској Колумбији (Канада), Друштво за правне услуге ове државе (*Legal Services Society of British Columbia*) развило је посебну платформу (*MyLawBC*)<sup>48</sup> која омогућава људима да дођу до корисних информација и „алата“ у сврху решавања различитих правних проблема. Овај сервис нуди и могућност самопомоћи у сврху развода.<sup>49</sup>

Онлајн иновације постоје и у правосуђу појединих земаља. Рецимо, у Енглеској и Велсу постоје програми за развој онлајн судова у кривичној материји<sup>50</sup> или у грађанској материји (за спорове мање вредности).<sup>51</sup> Овакви судови олакшавају странкама приступ правосуђу и претежно реплицирају постојећу судску процедуру у дигиталном окружењу. Но,

---

45 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-727\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-727_en.htm)

46 <http://www.ebay.com/>

47 <https://www.alibaba.com/>

48 <http://mylawbc.com/>

49 Веома развијен онлајн сервис у случају развода постоји у Холандији (*Dutch Rechtwijzer Divorce platform*). Детаљније о томе: <http://www.hiil.org/insight/rechtwijzer-press-release>

50 Детаљније: <https://www.lawgazette.co.uk/news/digital-courts-get-green-light-in-1bn-initiative/5057639.fullarticle>

51 Детаљније: <http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-judges-urge-lawyers-innovate-era-online-justice-fixed-fees-approaches>



осим ових иновација, постоји тенденција развоја иновативних метода који би приближили онлајн судове и АДР методе (са минималном асистенцијом адвоката) и то за спорове вредности до 25.000 фунти.<sup>52</sup>

## **5. Стање и перспектива онлајн алтернативног решавања спорова у Србији**

У Србији, традиционално (офлајн) алтернативно решавање конфликта и спорова на далеко је нижој лествици него у земљама Европске уније, САД, Велике Британије или Канаде. Као што је у уводу наглашено, наши грађани, из бројних разлога, и даље остају привржени судском начину решавања спорова. С обзиром на неразвијеност традиционалних облика алтернативног решавања спорова, *онлајн алтернативно решавање спорова*, као корак напред у развоју АДР метода у свету, у нашој земљи тек је у зачетку.

Тако се код нас (и у окружењу) могу пронаћи поједине платформе за онлајн алтернативно решавање спорова. Рецимо, може се медијација заказати онлајн или се пак могу постављати питања медијатору електронским путем. Такође, постоји могућност рада странака са медијатором преко *Скајпа* из просторија локалног медијацијског центра или адвокатске канцелације која је технички опремљена за онлајн медијацију.<sup>53</sup> Затим, и поједине специјализоване платформе за електронску трговину, као што су Лимундо или Купиндо,<sup>54</sup> предвиђају могућност покретања поступка рекламације производа на основу *жалбе*, у коме пружалац услуге платформе, након провере навода жалбе, *доноси одлуку* у користи продавца или купца. Овде је у питању својеврсна *онлајн арбитража*.

У будућности треба очекивати даљи развој различитих онлајн платформи и у Србији по узору на земље Европске уније, као и интензивније коришћење европске онлајн платформе од стране наших грађана ради решавања прекограничних спорова проистеклих из електронске трговине. Даљи развој ових платформи може се очекивати најпре између учесника електронске трговине на домаћем онлајн тржишту, а потом и у другим областима друштвеног живота у којима може доћи до различитих врста конфликта и спорова (рецимо, у случају развода брака). Управо би то требало да допринесе афирмацији алтернативног (и мирног) начина решавања конфликта и спорова, преко потребног нашој земљи и

52 <https://www.lawgazette.co.uk/law/briggs-online-court-needs-minimal-assistance-from-lawyers/5056850.article>

53 Видети: <https://medijator.com/medijacija/>

54 Видети: <http://www.limundo.com/>, <https://www.kupindo.com/>

грађанима. Услов да се то деси јесте шире *информисање* наших грађана о овој могућности и предностима онлајн алтернативног решавања спорова у односу на традиционалне методе решавања спорова. То је задатак надлежних институција, пре свега, Министарства правде, али и невладиног сектора који се бави овом облашћу. Коначно, алтернативно решавање спорова може бити и веома лукративно (као што је то случај у Америци), те и поједина домаћа правна лица могу препознати интерес у томе, што индиректно може користити грађанима у случају различитих конфликта или спорова.

## 6. Закључак

Испитујући стање у вези са (онлајн и офлајн) применом АДР метода на европском тлу, јасно се увиђа „жива“ активност институција ЕУ на плану побољшања те примене и промоције мирног и ефикасног начина решавања спорова. Доношење и примена двају кључних правних аката (АДР Директиве и ОРС Уредбе) говори у прилог овој тези. С друге стране, судећи по почетном успеху у развоју јединствене европске АДР платформе, перспектива делује поприлично светло.

Код нас, стање у вези са применом АДР метода није задовољавајуће, али нови законски оквир ствара *одређене* претпоставке за побољшање такве ситуације. Надлежне институције раде убрзано на промоцији медијације, која би, заједно са побољшаном едукацијом медијатора, требало да допринесе већој фреквенцији њеног коришћења. Препреке на остварењу тог циља у већој мери су *ванправне природе* (пре свега, мисли се на едукацију и информисање грађана о мирном начину решавања спорова, културолошке баријере и непознавање лукративног карактера ове делатности), које, ако се не отклоне, и убудуће могу да буду актуелне. Из тог разлога, у овом раду је изнет предлог за интензивније коришћење онлајн система алтернативног решавања спорова у области е-трговине, али и у другим областима, будући да у њему препознајемо *joш један* погодан механизам промоције АДР метода код нас. Пракса европских (и других) земаља нас уверава да је овај предлог целисходан.

## Литература

Commission Recommendations of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (2001/310/EC)

Commission Recommendations of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (98/257/EC)

DIRECTIVE 2013/11/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, Retrieved, 10, April 2017, from

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>

Европска комисија (2011). *COMMISSION STAFF WORKING, PAPER IMPACT ASSESSMENT, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR) and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Online Dispute Resolution for consumer disputes (Regulation on consumer ODR) Dispute Resolution for consumer disputes (Directive on consumer ADR)*. 29.11.2011 SEC(2011) 1408 final, Brussels.

*Factsheet on the ODR platform*, Retrieved, 5, April 2017, from

[http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/docs/adr-odr.factsheet\\_web.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/docs/adr-odr.factsheet_web.pdf)

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-727\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-727_en.htm)

<http://mylawbc.com/>

<http://nums.rs/>

<http://www.ebay.com/>

<http://www.hiil.org/insight/rechtwijzer-press-release>

<http://www.legalfutures.co.uk/latest-news/government-judges-urge-lawyers-innovate-era-online-justice-fixed-fees-approaches>

[https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/consumer-financial-services/financial-dispute-resolution-network-fin-net/fin-net-network/about-fin-net_en)

<https://medijator.com/medijacija/>

<http://www.limundo.com/>

<https://www.kupindo.com/>

<https://www.alibaba.com/>

<https://www.lawgazette.co.uk/law/briggs-online-court-needs-minimal-assistance-from-lawyers/5056850.article>

<https://www.lawgazette.co.uk/news/digital-courts-get-green-light-in-1bn-initiative/5057639.fullarticle>

Мојашевић, А. (2014а). *Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Мојашевић, А. (2014б). Ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 68(LIII). 773–790.

Мојашевић, А. (2014в). Економска анализа појединих решења из Нацрта закона о посредовању у решавању спорова. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 66(LII). 257–274.

Regulation (EU) No 524/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR), Retrieved, 10, April 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF>

Verdonschot, J. H. (2016). Online Mediation and Dispute Resolution: Legal and Practical Issues. In *The Implementation of the Mediation Directive*. WORKSHOP 29 November 2016. Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs. [Electronic version]. Retrieved, 18, April 2017, from

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL\\_IDA\(2016\)571395\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf)

Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*. бр. 41 (2009) и 95 (2013).

Закон о посредовању – медијацији. *Службени гласник РС*. бр. 18 (2005).

Закон о посредовању у решавању спорова. *Службени гласник РС*. бр. 55 (2014).

**Aleksandar S. Mojašević, LL.D**

Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Ljubica Nikolić, LL.D.**

Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **ONLINE DISPUTE RESOLUTION AND ELETRONIC COMMERCE**

### **Summary**

*In this paper, the analysis focuses on various modern forms of online dispute resolution (ODR), in disputes arising between the parties involved in electronic commerce. This article is based on two well-established facts: 1) the global application of alternative dispute resolution methods (ADR), stemming from the development of modern technology; and 2) the extensive use of online platforms for settling disputes between the parties in electronic commerce at the European level. The aim of this paper is to thoroughly examine how and to what extent the development of technology has led to the global application of alternative dispute resolution methods, what kind of impact it had on transforming the traditional ADR forms, and what kind of course was taken in this process. In particular, we focus on the Online Dispute Resolution (ODR) platform, a web-based platform developed by the European Commission for conciliatory out-of-court resolution of consumer disputes between consumers and commercial traders from European countries. Finally, we examine the state of modern online dispute resolution systems as well as the prospects of their application in the Republic of Serbia.*

**Keywords:** *Online Dispute Resolution (ODR), Alternative Dispute Resolution (ADR), technology, electronic commerce.*



**Др Марко Димитријевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1776659D

UDK: 336.132.2

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **МОНЕТАРНИ СУВЕРЕНИТЕТ У УСЛОВИМА ГЛОБАЛИЗОВАНИХ ЕКОНОМСКИХ И ФИНАНСИЈСКИХ ОДНОСА\***

**Апстракт:** Предмет анализе у овом раду јесте сагледавање концепта монетарног суверенитета у условима глобализованих економских и финансијских односа. У том контексту се у првом делу рада указује на појам монетарног суверенитета, његове компоненте, принципе монетарног права који детерминишу његов домашај, као и на импликације према монетарној стабилности привредног система која све више добија карактеристике чистог јавног добра. У другом делу рада, указује се на тенденцију ограничавања одређених компоненти монетарног суверенитета на које државе (не)пристају приликом заснивања чланства у монетарној унији, што се најбоље уочава на примеру Европске монетарне уније и утицаја дужничких криза и нових институционалних модела макроекономског управљања на редефинисање постулата међународног монетарног права и другачије поимање монетарног суверенитета у правној емпирији. Предмет нарочите пажње јесте улога Међународног монетарног фонда на манифестацију монетарног суверенитета држава чланица, уз сагледавање механизма за решавање сукоба националних монетарних јурисдикција у одсуству норме међународног јавног права која би спречила његову екстериторијалну димензију. Реглементирање такве норме представља, према мишљењу аутора, *conditio sine qua non* монетарне стабилности, јер у условима глобализованих монетарних токова национално монетарно право не може понудити адекватну колизиону норму.

**Кључнe речи:** међународно монетарно право, монетарни суверенитет, глобализација, Међународни монетарни фонд, *lex monetae*.

\* markod1985@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (Д179046), који финансира Министарство просвете и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Увод

У разматрању монетарног суверенитета морамо узети у обзир и чињеницу да су се новчани системи у почетку развијали мимо државе и да су савремени облици новца, попут новчаница и жиралног новца, настали и дуго времена се развијали у платном промету, а да их је држава као законску исправу о дугу државе и средство плаћања почела регулисати са монетарно-правног становишта тек у њиховој усавршеној форми (Meichsner, 1981: 5–6). Занимљиво је да, историјски посматрано, концепт монетарног суверенитета дуго времена није уживао признање од стране међународне заједнице, иако је реч о кључном институту међународног монетарног права који своју оправданост и заштиту експлицитно није пронашао ни у једном члану *Споразума о оснивању Међународног монетарног фонда* (ММФ). Заправо, прво официјално признање овог концепта нема свој извор у јуриспруденцији, већ у јудикатури некадашњег Сталног суда међународне правде (енг. Permanent Court of International Justice), и то у пресуди везаној за легитимитет јавног зајма у случају *Француске против Србије* (где се експлицитно признаје право државе да самостално и у потпуности регулише сва питања везана за дефинисање и употребу домаће валуте).<sup>1</sup>

Савремена ограничења (како правне, тако и економске природе), која детерминишу опсег суверених монетарних овлашћења државе, била су предмет свеобухватних анализа и тумачења у разноликој правној, економској и политиколошкој литератури. У данашњим околностима већина аутора стала је на становиште да се концепт монетарног суверенитета не може разматрати као статички, који би се просто свео на скуп каталожких овлашћења, тј. права државе и других јавноправних колективитета у монетарном саобраћају. Са друге стране, у условима постојања монетарних унија, значајан број аутора заговара тезу о интензивној „*ерозији монетарног суверенитета*“, који према њиховим схватањима постоји само у фигуративном смислу и према томе нема ништа више осим „митског“ карактера. Свакако да у глобализованим економским и финансијским односима долази до трансформације концепта монетарног суверенитета, али *става смо* да се може говорити само о тенденцији еволуције истог, а не о његовом апсолутном или релативном слабљењу, већ више о прилагођавању савременим привредним околностима и међународним приликама. Тако, можемо приметити да монетарно право сходно максими *ex post facto ius oritur* своје изворе све више налази у неким новим правно-економским чињеницама које обликују међународни

---

1 Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serbia), Judgment of 12 July 1929, PJC Rep Series A Nos 20–21, at. 44.



монетарни агенти приликом закључивања одређених међудржавних споразума из домена секундарног законодавства, а који у условима глобалне економске и финансијске кризе обављају функцију попуњавања правних празнина у примарним изворима међународног монетарног права. Иако концепт монетарног суверенитета своје постојање дугује напорима правних теоретичара да већ устаљен и добро развијен унутрашњи монетарни суверенитет монарха инкорпорирају у кохерентан правни оквир, мора се напоменути да се сам концепт никада није поистовећивао са недодирљивим привилегијама монарха. *Ratio* његовог настанка би требало потражити у потреби за *ex post* оправдањем државних овлашћења у новчаним односима у периоду када долази до слабљења централне власти у готово свим државама (Zimmermann, 2013: 802).

*Правна ограничења* манифестације монетарног суверенитета произлазе из обичајног међународног права и закључених међународних споразума од којих највећи утицај има Споразум о ММФ, тачније, чланови *IV* и *VIII*, док су највећа *ограничења економске природе* оличена у последицама глобализације и продубљене интеграције финансијског тржишта. Поред поменутих ограничења, велики утицај у пракси имају и фактичка ограничења која експлицитно нису прописана, па тако, нпр. чл. *VI(3)* оставља могућност (право) државама чланицама ММФ-а да слободно намећу (користе) одређене мере контроле кретања капитала под условом да је реч о механизму који не угрожава плаћања за већ текуће трансакције. Свакако, чињеница је да када се држава одлучи на либерализацију капиталних токова, евентуално увођење нових контрола у будућности би се показало као велики економски трошак који ће деловати дестимулишуће (Zimmermann, 2013: 804). Мимо конвенционалних ограничења монетарног суверенитета (правних и економских), велики домашај имају и нестандартна фактичка ограничења која подразумевају превласт економских законитости над правним прописима. Када се монетарни систем нађе у сукобу са економском стварношћу, као облик правног уређења монетарни систем може задржати своју актуелност, али ће *de facto* бити модификован у већој или мањој мери. То само потврђује тезу да се монетарни систем државе не исцрпљује у законским и подзаконским прописима, већ су га делимично са фактичким и правним учинком допуњавали и (или) га допуњују трговачке узансе, банкарски обичаји, обичаји плаћања, као и само понашање грађана под конкретном монетарном јурисдикцијом (Meichsner, 1981: 7–10).

У анализи концепта монетарног суверенитета може се применити *директан* или *индиректан метод* (Besson, 2004: 1–7). Први метод полази од поимања монетарног суверенитета као елемента генералног суверенитета државе који мора бити неповредив и потпун, док други метод полази од тога да

сва суверена овлашћења (па тако и монетарна), потичу са истог извора, односно капацитета независности положаја сваке државе. Директни метод је у пракси више коришћен и своје оправдање је добио још 1923. године када је Стални суд Међународне заједнице одлучивао у случају *SS Wimbledon*.<sup>2</sup> У литератури се за концепт монетарног суверенитета наводи да је „есенцијално конкурентске природе“, у смислу да не изражава искључиво нормативне стандарде због чега се његово поимање може разликовати међу појединцима, а то води ка појави неспоразума о оптималном начину ефективне имплементације у пракси, тј. значења концепта *per se* (Besson, 2004: 1–16).

## 2. О појму и правној природи монетарног суверенитета

Концепт монетарног суверенитета у пракси испољава обележја *дуалне природе*, па тако поред *позитивних* компоненти обухвата и *нормативне* компоненте. Као такав концепт монетарног суверенитета представља много више од „луког“ оквира овлашћења и дужности државе у области националних и међународних монетарно-правних односа (Zimmermann, 2003: 797–806). У условима глобализованих економских и финансијских токова овај концепт врши функције правног репера за евалуацију савремених начина имплементације суверених овлашћења државе у области монетарних облигација, који нам помаже да проникнемо у суштину комплексних и хетерогених фактора који обликују норму међународног монетарног права.

Савремени концепт монетарног суверенитета несумњиво прати концептуални континуитет доктринарног и историјског порекла класичног монетарног суверенитета, али је у својој основи данас изразито *динамичан*, јер његове позитивне и нормативне компоненте непрекидно еволуирају у условима међународног економског окружења. Карактеристике савременог монетарног суверенитета јесу: суштинска *комплексност* (мора обухватити различите димензије свог значења), *критеријумски карактер* (али уз одсуство универзалног критеријума доследне примене) и *нормативност*, јер изражава и укључује међусобно различите вредности (Besson, 2004: 1–16).

Концепт монетарног суверенитета се не може окарактерисати као чисто позитиван или чисто нормативан концепт, јер би се у том случају радило о симплификацији чињеница и компоненти из којих је састављен. Монетарни суверенитет се не може свести само на позитивне компоненте

---

<sup>2</sup> Case of *SS Wimbledon* (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany), Judgment of 17 August 1923, PCIJ Rep Series A No. 1 at 25.

(у форми дескриптивног каталога регулаторних овлашћења државе у монетарним односима), јер у себи инкорпорира динамичне категорије и вредности које конституишу репер легитимитета деловања монетарних субјеката. То би значило да, у најужем смислу, монетарни суверенитет имплицира постојање својеврсног „јавног монетарног менаџмента државе“ (енг. *public monetary management*), који не толерише било какве спољашње актере, што се данас тешко може одржати. Растућа економска и привредна међузависност и процес хармонизације економског, финансијског и монетарног права у Европској унији (ЕУ), ипак не говоре у прилог одумирања концепта монетарног суверенитета (Димитријевић, 2016: 416–426). Напротив, ове тенденције само потврђују тезу о његовој еволуцији кроз један нови облик (*sui generis*) суверенитета у облику заједничког вршења овлашћења тзв. „кооперативног монетарног суверенитета“ (Besson, 2004: 10). Таква промена је била сасвим очекивана узимајући у обзир чињеницу да појединачно државе имају великих потешкоћа да обезбеде адекватну правну заштиту свих конститутивних елемената монетарног суверенитета, па стога поменути кооперативни модел надомешта све слабости националне заштите.

У случају ЕМУ већина аутора наводи да је једностраност у преношењу монетарног суверенитета реализована без контекстуалног трансфера легислативних и регулаторних овлашћења. Ту чињеницу најбоље илуструје централизација монетарне политике на комунитарном нивоу и финансијска супервизија коју и даље врше националне централне банке. Полемике које се на том плану воде настају из разлога што је *lex monetae* пренет на ниво ЕМУ, али је његова структура веома широка, па тако обухвата и супервизију платног промета (што би се у најужем смислу требало подвести под структуру *lex obligationis*), која остаје на нивоу држава чланица ЕМУ, али је чињеница да је национални маневарски простор (барем у сегменту монетарне политике и политике управљања јавним дугом) значајно редуциран (Vardi, 2011: 45).

У разматрању оправданости ове удружене манифестације монетарних овлашћења нужна је примена *теста супсидијарности* који (не)оправдава деловање заједнице. Примену овог принципа у пракси додатно отежава његова садржинска неодређеност, како у правном, тако и у економском смислу. У економском смислу, овај принцип се често поистовећује са институционалном манифестацијом општег *принципа компаративне предности* (Schafer, 2006: 46). Постојање различитих „стандарда и техника“ тумачења, који се заснивају на различитим економским позицијама држава чланица и политичком утицају, намећу потребу успостављања *једнообразности* у примени начела супсидијарности. Правна наука заговара

примену различитих механизма помоћу којих се може побољшати имплементација начела супсидијарности у области монетарног права.

Реторичка преиспитивања у вези са расподелом компетенција у домену монетарног суверенитета могу бити умањена применом тзв. „*теста функционалне супсидијарности*“ (Pelkmans, 2006: 250–251). Примена овог теста обухвата сукцесивну примену *четири* корака. *Први корак* подразумева идентификацију правне области у којој мере и инструменти нису дали задовољавајуће резултате. Ако је реч о области која потпада под искључиву надлежност Заједнице, тест се напушта, али је потребно напоменути да овај корак, иако иницијалан, може бити захтеван за примену због тога што је Мастрихтски споразум врло комплексан. *Други корак* означава примену критеријума екстерналија, економије обима или неког другог принципа. Уколико државе чланице добровољно сарађују на решавању одређеног проблема, нема потребе за интервенцијом наднационалног нивоа власти, под условом да је сарадња веродостојна. У *трећем кораку*, потребно је проверити да ли има услова да таква сарадња остане веродостојна *pro futuro* или нема, услед изложености различитим политичким интересима и превирањима. У *четвртном кораку*, уколико константујемо да су први и други корак испуњени, а трећи није, надлежност припада Заједници. Уколико постоји довољан број услова за кредибилну међудржавну кооперацију, Заједница не мора интервенисати, па самим тим надлежност остаје на националном нивоу власти. Алтернативни начини решавања недостатка примене начела супсидијарности подразумевају стварање посебних механизма тзв. „*раног упозоравања на примену супсидијарности*“ (Cooper, 2006: 254). Овај механизам има форму нове законодавне процедуре, која предвиђа партиципацију националних парламената држава чланица у стварању примарног права ЕУ по први пут. Тачније, национални парламенти би се, симболично речено, ставили у улогу „*нса чувара*“ (енг. *watchdogs*) принципа супсидијарности. Таква процедура би омогућила представничким телима држава чланица да изнесу све примедбе у вези са европском легислативом за коју верују да повређује правило супсидијарности и то пре него што се иста усвоји или примени.

Главно питање у вези са манифестацијом монетарног суверенитета тиче се одређивања *locus-a*, тј. титулара суверенитета. Тако се у монетарној литератури могу уочити схватања по којима суверенитет припада националним владама које уживају дискрециона овлашћења за његову концизнију имплементацију или пак имплицира изворна овлашћења грађана који иста делегирају влади или међународним организацијама кроз одређени функционални модел. Управо из тог разлога представници државне и социопсихолошке теорије о правном одређењу појма новца

имају међусобно другачија гледишта на структуру и домаћај монетарних овлашћења. У анализи монетарног суверенитета актуелна питања се везују и за проблем његове нормативне вредности, подручја примене (географског и материјалног) и начина имплементације, али и веома осетљивог питања права држава које су ограничиле свој монетарни суверенитет приступањем монетарним унијама (Hertogen, 2010: 243–266).

У циљу заштите правног положаја ових држава неопходно је уложити све потребне напоре у сегменту права држава да самостално одређују правац и смер свог економског развоја, односно права да неповредиво делују и буду слободне од мешања од стране других држава, тј. *de iure* права да монетарано делују (које је институционализовано) и *de facto* слободе, која није фиксно зајемчена и заштићена (Shwartz, 2004: 107–112). Пракса показује да су користи од пуног монетарног суверенитета посебно драгоцене државама са ригиднијим економским системима, јер се тако лакше ублажавају и предупредују економски потреси. У таквим околностима централна банка води монетарну политику, док влада настоји да уклони све баријере за слободно одвијање спољнотрговинских токова (Shwartz, 2004: 107–112). Утицај правних норми на одабир оптималне монетарне политике је пресудан у околностима када држава жели да поврати пољуљани кредибилитет у монетарним односима, јер управо јасно изражена правна посвећеност владу доводи у „уравнотежену бихевиоралну трајекторију“ са које неће тако лако скренути у монетарној утакмици (Simmons, 2000: 819–835).

### **3. Улога међународних организација у реализацији монетарног суверенитета**

У разматрању улоге ММФ-а у остваривању монетарне стабилности битно је истаћи да његов главни задатак није финансијска стабилност, већ испуњавање одређених циљева на терену међународних монетарних односа. У околностима када се ММФ јавља као главни поверилац код политике јавног зајма, то је значајно нагласити, јер ММФ представља превасходно монетарну, па тек онда финансијску институцију. Ради реализације тих циљева, ММФ користи различите инструменте који су примарно регулаторне природе, те њима може у већој или мањој мери утицати на начин имплементације монетарног суверенитета конкретне државе чланице. Смисао свих инструмената и мера које се предузимају тежи стварању стандарда доброг монетарног пословања (енг. *good monetary conduct*), као циља коме све државе чланице теже. Свакако, заснивањем чланства државе преузимају и конкретне обавезе које релативизирају

домашај и правну снагу националних монетарних овлашћења, али на то пристају зарад стицања одређених користи које произилазе из стабилности девизног курса и либерализације слободних девизних плаћања за текуће међународне трансакције. Те користи огледају се у предностима које произилазе из сигурности међународне монетарне сарадње и финансијске подршке која се може очекивати у условима криза. ММФ тренутно окупља 189 земаља чланица које настоје да остваре продубљену међународну монетарну сарадњу, утврде токове међународне трговине, промовишу високу запосленост и одрживи привредни раст уз смањење сиромаштва у свету. Значај рада ове организације огледа се у томе да је својим одлукама и другим актима утврдила својеврстан *универзални правни оквир* за имплементацију монетарног суверенитета (Zimmermann, 2003: 817).

Сходно наведеном, *можемо* приметити да чланство у ММФ-у не имплицира аутоматску и принудну примену националног монетарног суверенитета, већ се ради о делиберационом самоограничењу на које монетарни субјекти пристају, али где свака држава може слободно одлучити о евентуалном изласку из чланства и успостављању пуног суверенитета. Монетарна интеграција сама по себи не значи и губитак монетарног суверенитета, већ више његово прилагођавање у околностима чврсте координације националних монетарних политика зарад остваривања одређених користи, иако пракса показује да у глобализованим економским системима важи правило да што је држава мања, мањи је и интензитет монетарног суверенитета (Angyal, 2009: 109–119). Многи монетаристи сматрају да је са завршетком треће фазе у формирању ЕМУ дошло само до теоријског губитка монетарног суверенитета у државама чланицама (са изузетком *Немачке*), али не и фактичког. Оваква схватања потврђује и чињеница да су све државе чланице задржале одређени степен утицаја на монетарну политику који се најбоље огледа у реализацији права гласања гувернера националних централних банака у Управном одбору ЕЦБ.

Такође, требало би имати у виду да државе које поред чланства у ММФ-у формирају и посебне регионалне уније у којима се суверена монетарна овлашћења релативизују у далеко вишем степену, што се најбоље може уочити на примеру ЕМУ (Голубовић, 2007: 1–12). Ипак, далеко већи степен ограничења постоји у државама чланицама *Западноафричке* и *Централноафричке монетарне уније* које су интегрисане на конзистентнији начин без деловања националних централних банака (Gianviti, 2006: 3–16). Велики изазов у одређивању монетарног суверенитета у монетарним унијама јесте мерење нивоа преосталог монетарног суверенитета и одређивање граница међу чланицама, јер се тешко може одредити где

се заправо завршава суверенитет једне државе чланице, а где почиње монетарни суверенитет друге државе чланице.

Држава, као титулар монетарног суверенитета ужива примарно *три ексклузивна правна овлашћења*, која обухватају: право дефинисања домаће валуте (и изрицање кривичних санкција за непосредно или посредно истискивање исте из промета – *lex cudenate monetae*), право одређивања и промене вредности домаће валуте (као и институционално регулисање домаћег банкарског система) и право употребе домаће или било које друге валуте у монетарно-правним односима унутар своје територије (Mann, 2004: 90–95).

а) *Прво овлашћење* одговара улози новца као средства плаћања, док друго овлашћење одговара функцији новца као средства обрачуна. Право државе да самостално разматра сва питања везана за дефинисање и издавање домаће валуте заштићено је обичајним међународним правом и одредбама *Женевске конвенције* (1929) у чему *можемо приметити* да је ово овлашћење предуслов реализације преостала два права и стога је подвргнуто строгој правној заштити. Ово право је у основи чисто монополистичко (најширег обима) и припада централној банци као врховној монетарној институцији, што имлицира доношење закона којима се регулишу интерна и екстерна димензија новца, кредитни систем, систем плаћања и клиринга (Lastra, 2015: 340–343).

Мада је заштита неспорна у мирнодопским околностима, поставља се питање шта се дешава са објектом заштите у ратним околностима и да ли се тада могу применити одредбе *Хашке конвенције* (1907) које забрањују промену валутног система у окупираним државама од стране окупатора? Занимљиво је гледање према коме је промена валутног система у послератној *Немачкој* од стране сила алијанси оправдана чињеницом да је претходна држава као таква престала да постоји и да нема места примени одредаба конвенције, док је за време кризе у *Ираку*, Савет безбедности УН позвао на поштовање исте Конвенције. На основу ових примера уочава се да увођење нове валуте *per se* не представља кршење одредаба *Хашке конвенције* у делу који се тиче предузимања економских мера у области монетарног система, па ће допуштеност мере бити процењивана у зависности од свог евентуалног конфискаторног карактера и интереса заштите јавних добара, јер монетарна стабилност *de facto* представља јавно добро.

б) *Право одређивања вредности валуте* на посебној актуелности добија код употребе јавног дуга (зајма) приликом капитализације буџетског дефицита. Промена вредности домаће валуте не представља повреду

норми међународног монетарног права и држава се неће држати одговорном за последице према повериоцима зајма, с тим што допуштеност оваквих промена добија на посебном значају у случајевима девалвације и ревалвације домаће валуте. Наравно, уколико је мотив реализације овог права скопчан са намерним проузроковањем штете повериоцима зајма или је у основи дискриминаторан, доћи ће до његовог сужавања у правном промету. Управо из тог разлога се члановима *IV* и *VIII Споразума о ММФ* утврђују ограничења овом овлашћењу, у смислу забране примене златног стандарда, забране манипулисања променом вредности која угрожава ефективна плаћања или стицања користи и нелојалне конкурентске предности над осталим чланицама, као и забрану укључености у праксу вишеструких девизних курсева. Када су у питању екстериторијални ефекти овог овлашћења, принцип монетарног номинализма води признању девалвације и ревалвације спроведене од стране државе дужника када то утиче на вредност обвезница деноминираних у тој валути (Gianviti, *Ibid*).

Ипак, у одређеним околностима може доћи до појаве изузетака када су се стране уговорнице експлицитно договориле да такве промене неће утицати на њихове обавезе уношењем валутне клаузуле и тада ће страна судска одлука о ефектима девалвације (ревалвације) бити условљена колизионим нормом, интересима заштите јавног поретка и слично. Тако је у случају *Messageries Maritimes* из јуна 1951. године, француски Касациони суд одбио да примени одредбе канадског монетарног закона којим је извршена девалвација канадског долара ради избегавања важења валутне клаузуле, чиме није дозвољено признавање страног (канадског) монетарног закона на домаћој (француској) територији.<sup>3</sup> На основу ове судске одлуке *можемо* приметити да право регулисања и одређивања услова одрживости валутних клаузула не проистиче из права на одређивање вредности домаће валуте. С тим у вези у пракси се намеће питање које право треба примењивати код валутних клаузула садржаних у уговорима о јавном зајму? У случају норвешког јавног зајма из 1957. године, Међународни суд правде је применио норвешки монетарни закон као *lex contractus* и тиме је дозволио дужнику да се ослободи одређених уговорних обавеза са чиме се повериоци зајма не могу сложити. У случају бразилског и српског јавног зајма, монетарни закони дужника нису признати као меродавни *lex contractus*, иако су монетарни закони повериоца јавног зајма (*Француске*) заправо имали улогу *lex monetae*.

в) Када је у питању право на употребу домаће валуте у домаћем или иностраном платном промету, морамо истаћи да се одредбама различитих

<sup>3</sup> У овом случају радило се о спору везаном за емисију обвезница издатих у *Канади* од стране француске компаније и деноминираних у канадским златним доларима.



међународних уговора ограничава опсег овог права (Споразумом о ММФ, Споразумом о Светској трговинској организацији, водећим принципима Организације за економску сарадњу и развој и осталим превасходно у духу либерализације капиталних токова). У одређеним случајевима могуће је да у циљу заштите националне или међународне сигурности држава затражи од ММФ одобрење за пуним уживањем овог права мимо поменутих принципа, с тим што ММФ у року од 30 дана мора обавестити конкретну државу о оправданости такве мере (IMF, 2016). Чак и када ММФ нађе да је оправдано наметнути такве мере, признање таквих ограничења у иностраном монетарном контексту може бити предмет бројних спорова. Наиме, признавање ограничења употребе домаће валуте у иностранству мора бити базирано на принципу *lex loci solutionis*, *lex contractus* или чл. 7 Римске конвенције о уговорним облигацијама, али се чак ни тада не морају признати у одређеним монетарним јурисдикцијама и поред испуњења ових услова, тј. постојања правног основа за њихову екстериторијалну примену. Члан VIII(2) Споразума о ММФ намеће лимитирана ограничења у погледу такве примене. Тако нпр. у америчком монетарном праву право употребе коришћења валуте у иностранству је засновано и на националности банака у којима се депозити остављају изван САД, због чега је својевремено дошло до замрзавања имовине *Ирана* и *Ирака* на рачунима америчких банака. Ипак, у познатом случају тзв. „банкарске тајне“ из 1989. године, енглески судија је одбио да призна одредбе америчког Закона о замрзавању званичне имовине *Либије*, која је била чувана у енглеским експозитурама америчких банака.<sup>4</sup> Слична решења у погледу слободе држава да чине поменута ограничења постоје и у околностима оправданости учествовања на тендерима организованим у иностранству, где домаћи судови могу, али и не морају признати ефекте иностраним монетарним законима приликом одлучивања о валидности таквих правних послова (Gianviti, 2006: 9–10).

Улога међународних институција је поготово значајна у условима кризе и огледа се у одређивању нових стандарда за усаглашено вођења фискалне и монетарне политике (енг. *fine tuning*). Тако се ММФ и Светска банка залажу за јачање овлашћења националних финансијских институција, повећање степена партиципације држава чланица у међународној монетарној сарадњи, усвајање петогодишњих планова усклађивања националних монетарних политика, уношење резимеа у сваки појединачни извештај о поштовању и примени финансијских и рачуноводствених стандарда уз перманентно прикупљање информација међу различитим државама ради упоредне анализе примене истих (Arner, 2007). Велики изазов у будућем раду ММФ тиче се ефективности мера које предузима, као и легитимитета

---

4 *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company* (1989).

истих. Фонду мора припадати централно место у будућој структури међународне финансијске архитектуре, али уз примарно респектовање његових монетарних надлежности. Критичари често истичу да у примени мера финансијске подршке, ММФ поставља превише екстензивне захтеве за променом националног монетарног и финансијског законодавства, тј. да исувише утиче на начин конципирања свеопште економске политике. Прецизније речено, велики изазов представља проналажење оптималног решења које ће истовремено повећати степен ефективности предузетих мера, али и ојачати сам кредибилитет поступања. С обзиром на осетљивост држава по питању задирања у вођење економске активности, задатак Фонда као монетарног саветника у условима кризе често потискује његову улогу зајмодавца, што најбоље показује мали број одобрених мера. Такође, може се уочити да владе, присвајањем програма мера ММФ, понекад тргују политичким капиталом зарад остваривања одређених политичких циљева где се концепт власништва над сопственом политиком симуловано представља угроженим зарад остваривања унутрашње и међународне ликвидности (Uzan, 2005: 21–35).

Улога правних института је у области финансијских и монетарних токова у периоду пре почетка транзиције почетком деведесетих година прошлог века имала само маргинални значај, због доминантног утицаја макроекономских модела и планова. Ипак, концепт владавине права (енг. *rule of law*) је у транзиционом периоду добио велики историјски и практични значај. У условима глобализације овај концепт се мора посматрати у контексту монетарног, фискалног и финансијског суверенитета, јер се управо кроз адекватне правне стандарде врши свеобухватна хармонизација поменутих прописа који проширују капацитете различитих јурисдикција за привлачење пожељних финансијских активности, тј. улагања капитала (у смислу да строго уређени системи гарантују кредибилност, транспарентност и заштиту већ стечених права).

Признавање монетарног суверенитета пресудом ССМЗ (1929) је отворило простор за инкорпорирање начела тзв. државне теорије о новцу (монетарног номинализма у уставе различитих земаља попут САД, Немачке, па чак и предвиђеног *Устава о ЕУ* који није заживео). За присталице овог правца питање уређивања монетарних односа, слично питању уређења пореског система, спада у искључиву надлежност државе и као такво своје признање налази у чл. 2(7) *Повеље о УН*. Међународно монетарно право мора бити усклађено са начелима међународног јавног права, што значи да норме међународног монетарног права могу бити предмет спорова пред Међународним судом правде, што је и имплицитно утврђено чл. 36 (2) Статута ове судске инстанце. Најновији пример таквих спорова везују

се за поступање ЕЦБ у случају примене мера о куповини обвезница на секундарном тржишту.<sup>5</sup> Наиме, мере које ЕЦБ предузима у условима кризе одраз су нових надлежности из домена вршења контролне функције које су усмерене како на очување монетарне, тако и на очување финансијске стабилности (Голубовић, 2014: 589–600). Изрицањем ове пресуде, ЕСП је индиректно потврдио и неповредивост прве компоненте монетарног суверенитета, што је најбољи пример одсуства тезе о ерозији монетарног суверенитета у ЕМУ (Димитријевић, 2017: 158–169).

Иако се у класичној монетарној литератури наводи да због елемената суверености, држава не може бити одговорна за последице које из вршења њених суверених права могу погодити друге државе и лица (посебно када нема дискриминаторног поступања или повреде правила међународног права), изузеци се могу јавити и условљени су вољом државе дужника, нпр. *разлогом правичности* као што је то *Аргентина* учинила 1955. године ревалоризујући пензије бивших енглеских намештеника британских предузећа. Ипак, у овом спору *Велика Британија* није инсистирала, нити се позвала на одређено монетарно правно правило, већ је тражила задовољење правде у најширем смислу те речи (Meichsner, 1981: 20–21). Држава као носилац монетарног суверенитета задржава за себе ексклузивно право да одређује правни појам новца и има апсолутну и искључиву моћ да издаје и повлачи новац, чиме му обезбеђује и правне карактеристике попут апсолутне заменљивости, савршене неутралности и инхерентне ликвидности према мишљењу представника државне теорије новца (Kruļj, 1976: 15–17). Без обзира што ниједна од теорија о правном одређењу новца није понудила јединствене одговоре и уз одсуство свих релевантних елемената за одређење новца као правног феномена (било да говоримо о металистичкој, државној и социопсихолошкој теорији), *сматрамо* да је највећи допринос у обликовању савременог монетарног суверенитета дала управо државна теорија новца, што доказује и њено присуство у уставним актима многих држава као акту највише правне снаге.

#### 4. Закључак

Несумњиво је да заједничко практиковање монетарних овлашћења у ЕМУ задовољава веома значајне услове транспарентности и финансијске одговорности које, доведене у везу са општим и посебним вредностима (које улазе под објекат заштите монетарног суверенитета), могу допринети његовој кредибилној примени и угледу међу грађанима. Кроз структуру монетарног суверенитета одражавају се (штите), како *опште*, тако

---

5 Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutcher Bundestag (OMT) of 16 June 2015.

и посебне друштвене вредности. Прве се односе на вредности попут демократије, једнакости, одговорности и легитимитета у поступању, док се посебне односе на максимизацију друштвеног благостања, одрживост финансијског интегритета, економски развој и промовисање значаја финансијске и монетарне стабилности. У условима кризе, очување монетарне и финансијске стабилности посебно добија на значају. Монетарна стабилност се најчешће посматра као синоним за ценовну стабилност и заузима централно место у монетарним стратегијама националних централних банака. Финансијска стабилност се у већини случајева дефинише на негативан начин, и, индиректно, као супротност финансијској нестабилности схваћеној као немогућност финансијског система да осигура алокацију штедње и инвестиција на економски ефикасан начин без значајнијих поремећаја (трансакционих трошкова). Синтетичко-дијалектичка повезаност монетарне и финансијске стабилности добија посебну димензију у условима постојања економске монетарне уније. У том смислу, *можемо* приметити да ЕЦБ, поред осигуравања монетарне стабилности, мора предузимати и улогу чувара финансијске стабилности и обављати улогу банке последњег уточишта (eng. *last-bank resort*), поготово у околностима будуће банкарске и фискалне уније.

## Литература

Arner, D. W. (2007). *Financial Stability, Economic Growth and the Role of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

*Articles of the Agreement of the International Monetary Fund*. (2016). International Monetary Fund: Publication Service. Washington D. C.

Angyal, Z. (2009). *Monetary Sovereignty and the European Economic and Monetary Union*. European Integration Studies. Vol. 7. Number 11. 109–119.

Besson, S. (2004). *Sovereignty in Conflict*. European Integration Online Papers. 8 (15). 1–16.

Vardi, N. (2011). *The Integration of European Financial Markets: The Regulation of International Monetary Obligations*. London & New York: Routledge-Covendish, Taylor and Francis Group.

Gianviti, F. (2006). *Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty*. IMF Current Developments in Monetary and Financial Law. No. 4. 3–16.

Giovanoli, M. (2000). *The International Monetary Law: Issues for the New Millennium*. Oxford: Oxford University Press.

Голубовић, С. (2007). *Европска монетарна унија – Институционални аспекти*. Ниш: Студентски културни центар.

Голубовић, С. (2014). Еволуција улоге Европске централне банке у условима глобалне финансијске кризе. *Правни живот, Тематски број: Право и начело савесности и поштења*. 3(11). 589–600.

Dimitrijević, M. (2016). The Impact of European Integration on the Formation of New Monetary Law: The Case of Serbia. *Hungarian Journal of Legal Studies (Acta Juridica Hungarica)*. 57(4). 416–426.

Димитријевић, М. (2017). О процесној легитимацији Европске централне банке у решавању монетарних спорова. *Право и привреда*. (7–9) 158–169.

Uzan, M. (2005). *The Future of International Monetary System*. London: Edward Elgar Publication Inc.

Lastra, M. R. (2015). *International Financial and Monetary Law*. Oxford: Oxford University Press.

*Libyan Arab Foreign bank v. Bankers Trust Company (1989)*.

Mann, F. A. (2004). *The Legal Aspects of Money*. Oxford: Oxford University Press.

Meichsner, V. (1981). *Osnove monetarnog prava*. Zagreb: Informator.

Pelkmans, J. (2006). An EU Subsidiarity Test is Indispensable. *Intereconomics*. 12 (1). 247–251.

Schafer, W. (2006). Harmonization and Centralization Versus Subsidiarity: Which Should Apply Where?. *Intereconomics*. 12 (1). 239–246.

Simmons, B. A. (2000). International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs. *American Political Science Review*. 94 (4). 819–835.

Schwartz, P. (2004). The Uselessness of Monetary Sovereignty. *Cato Journal*. 24 (1–2). 107–129.

*Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund* (2016). Issue 38. Washington D. C.: Legal Department of the IMF.

Krulj, V. (1976). *Monetarno pravo*. knjiga 1. Pravni fakultet u Novom Sadu: Institut privrednopravnih i ekonomskih nauka.

Zimmermann, C. M. (2013). The Concept of Monetary Sovereignty Revisited. *The European Journal of International Law*. 24 (3). 797–818.

Hertogen, A. (2010). An Usual Suspects? Monetary Sovereignty and Financial Stability. *Goettingen Journal of International Law*. 2 (1). 243–266.

*Case of SS Wimbledon (United Kingdom, France, Italy, Japan v. Germany), Judgment of 17 August 1923, PCIJ Rep Series No. 1.*

*Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serbia), Judgment of 12 July 1929, PJC Rep Series A Nos 20–21, at. 44.*

*Case C-62/14 Gauweiler and Others v Deutcher Bundestag (OMT) of 16 June 2015.*

Cooper, I. (2006). The Subsidiarity Early Mechanism: Make it Work. *Intereconomics*. 12 (1). 249–255.

**Marko Dimitrijević, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **MONETARY SOVEREIGNTY IN CONDITIONS OF GLOBALISED ECONOMIC AND FINANCIAL RELATIONS**

### **Summary**

*The subject matter of analysis in this paper is to examine the concept of monetary sovereignty in conditions of globalised economic and financial relations. In this context, the first part of the paper deals with on the concept of monetary sovereignty, its components, principles of monetary law that determine its scope, as well as its implications on the monetary stability of the economic system which is increasingly gaining the characteristics of a pure public good. The second part of paper points to the tendency of limiting certain components of monetary sovereignty, which states either consent or do not consent to when joining the EMU membership. As for the European Economic and Monetary Union (EMU), it is most evident in the impact of the global debt crisis and new institutional models of macroeconomic management on redefining the postulates international monetary law as well as on different understanding of monetary sovereignty in legal practice. In particular, the author analyzes the role of the European Central Bank and the International Monetary Fund on the monetary sovereignty of EU Member States, exploring the mechanisms for resolving disputes involving the conflicts of national monetary jurisdiction in case of absence of public international law norm which would prevent its ex-territorial dimension of the dispute resolution mechanism. In the author's opinion, the reglementation of such a standard is a *conditio sine qua non* of monetary stability, particularly considering the fact that in conditions of globalised monetary flows the national monetary law cannot offer an adequate conflict rule (collision norm).*

**Keywords:** *international monetary law, monetary sovereignty, globalisation, European Central Bank, International Monetary Fund, *lex monetae*.*

**Др Свјетлана Ивановић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776675I

UDK: 347.78:347.5

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **КАЗНЕНА НАКНАДА ШТЕТЕ У ПРАВУ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ**

**Апстракт:** *Савремени тренд глобализације намеће прихватање међународних и европских стандарда заштите и хармонизацију прописа у области права интелектуалне својине. У појединим случајевима, долази до некритичког преузимања страних правних института који нису својствени традицији домаћег правног система. Један од института англосаксонског права који постепено преузимају и земље европског континенталног права, нарочито у материји права интелектуалне својине, је казнена накнада. Све више закона који регулишу област права интелектуалне својине предвиђа могућност досуђивања вишеструког износа накнаде која би била плаћена за допуштено коришћење интелектуалног добра. С обзиром на то да се вишеструка накнада предвиђа као вид обештећења у случају скривљене повреде права, наглашен је њен казнени карактер. Увођење казнене накнаде у право интелектуалне својине правда се потребом јачања грађанскоправне заштите ових права и потребом да санкције имају одвраћајући карактер. Иако извори права Европске уније не предвиђају обавезу увођења казнене накнаде штете, новија пракса Европског суда правде отвара пут за другачија тумачења. Предмет рада је анализа казнене накнаде штете у праву интелектуалне својине, нарочито циљеви увођења, могућа оправдања, предности и недостаци, као и актуелни ставови судске праксе.*

**Кључне ријечи:** *казнена накнада штете, право интелектуалне својине, вишеструка накнада, грађанскоправна заштита.*

---

\* svjetlanaivanovic@yahoo.com

## 1. Увод

Субјективним правима интелектуалне својине штите се нематеријална, интелектуална добра, тачније имовински и неимовински интереси њихових титулара. С обзиром на природу нематеријалних добара, она су подобна за једноставно преношење, али и за неовлашћено присвајање. Неовлашћеним присвајањем нематеријалних добара долази до повреде субјективних права на тим добрима, а као посљедица повреде настаје штета, материјална или нематеријална. Накнада штете врши се према општим правилима облигационог права, изузев ако нешто друго није изричито предвиђено законима којима се регулишу субјективна права интелектуалне својине.

Општи циљ накнаде штете је реституција, односно успостављање стања које је постојало прије настанка штете. У Закону о облигационим односима прихваћен је концепт потпуне накнаде штете, што значи да ће суд приликом одлучивања узети у обзир и оне околности које су наступиле послје проузроковања штете и досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у стање у коме би се налазила да није било штетне радње.<sup>1</sup>

С обзиром на специфичну природу заштићеног интелектуалног добра, одређивање износа накнаде штете је свакако једно од најтежих практичних питања. Њемачка судска пракса развила је три метода обрачуна износа накнаде штете. То су диференцијални метод, метод противправне добити штетника и метод аналогije са лиценцном накнадом, односно накнадом за уступање или пренос права. Упркос примјени ових метода, остаје сумња да оштећени може у сваком случају добити одговарајуће задовољење, односно потпуну накнаду штете. Стога, у појединим законодавствима, уводи се вишеструка накнада у случају да је штета проузрокована намјерно или крајњом непажњом. Могућност досуђивања вишеструког износа уговорене или уобичајене накнаде посматра се као вид кажњавања и има елементе казнене накнаде, која није својствена европском континенталном праву.

У евроконтиненталном праву, казнена накнада као вид санкције за претрпљену штету није изричито предвиђена. Циљ накнаде материјалне штете је да се имовина оштећеног доведе у оно стање у коме би се налазила да није извршена повреда права. Дакле, сврха новчане накнаде штете је превасходно компензација. Међутим, под утицајем англосаксонског права, накнада штете у појединим случајевима, било прикривено или отворено, одступа од чисто компензаторне функције и поприма казнени

---

<sup>1</sup> Чл. 190 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Сл. гласник РС*, бр. 21/92, 17/93, 3/96, 39/03, 74/04.



карактер. Такође, наглашена је превентивна функција одштете, што доводи до питања може ли, и у којој мјери, накнада материјалне штете имати и превентивни карактер.

У материји права интелектуалне својине, у појединим међународним изворима права изричито се наводи да санкције у случају повреде права интелектуалне својине, самим тиме и накнада штете, имају превентивну функцију. На примјер, ТРИПС-ом се захтијева да државе чланице предузму средства за спречавање повреда и која спречавају даље повреде права.<sup>2</sup> Такође, Директивом о спровођењу права интелектуалне својине предвиђено је да све мјере морају бити пропорционалне, ефикасне и морају имати одвраћајући ефекат.<sup>3</sup> Циљеви накнаде штете које Директива изричито предвиђа су компензација и превенција, тј. одвраћање. Иако су одредбе Директиве изричите у том погледу,<sup>4</sup> ипак сматрамо да је отворен пут увођењу института казнене накнаде штете у европско право. Такав став је недавно изричито заузео и Европски суд правде.

## 2. Казнена накнада штете

Казнена накнада штете је специфична за англосаксонско право.<sup>5</sup> То је новчана накнада која се досуђује у случају нарочито тешких повреда права и која је вишеструко већа од стварно претрпљене штете. Циљеви казнене накнаде су кажњавање штетника и одвраћање од будућих повреда права, односно превенција, како специјална, тако и генерална. Кажњавање и превенција су циљеви кривичног права, а не грађанског, па се казнена накнада често одређује као својеврсна комбинација кривичне и цивилне санкције (Owen, 1994: 365).<sup>6</sup> С обзиром да досуђени износи могу бити

---

2 Чл. 41, ст. 1 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС). Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

3 Чл. 3, ст. 2 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, OJ L 157 of 30 April 2004.

4 У алинеји 26 преамбуле Директиве наводи се: „Циљ није увођење обавезе прописивања казнене одштете, него да се омогући накнада на темељу објективног критерија, узимајући у обзир трошкове носиоца права, попут трошкова идентификације и истраживања.“

5 У америчком праву *punitive damages*, а користе се изрази *exemplary damages* и *retributive damages*.

6 „Казнена накнада је у правом смислу ријечи 'квази-криминална' санкција, јер се налази на пола пута између грађанског и кривичног права. Досуђује се као „штета“ тужиоцу против туженог у приватној тужби, а ипак већина сматра да сврха такве одштете није компензација, већ да је по својој природи новчана казна.“

изузетно високи и многоструко већи од претрпљене штете, овај облик накнаде превазилази компензацију, која је легитимни циљ и сврха накнаде штете у цивилном праву. Казнена одштета је, суштински, облик приватне казне која се досуђује по приватној тужби за накнаду штете. Иако је, због своје прекомјерности и казног карактера, предмет критика у државама у којима постоји, све више је изражена тенденција њеног ширења, нарочито у медијском праву, праву интелектуалне својине и у оквиру заштите личних права.

У литератури постоје схватања да одштетно право у европским државама није у потпуности компензаторног карактера, те да могућност суда да приликом одмјеравања накнаде штете узме у обзир финансијско стање оштећеног и штетника, степен кривице штетника, као и то да ли је штета настала извршењем кривичног дјела, указују на елементе казног карактера накнаде штете (Fiebig, 1992: 652). Према мишљењу истог аутора, сатисфакција као сврха накнаде нематеријалне штете превазилази оквире просте компензације и има елементе казне (Fiebig, 1992: 653–655).<sup>7</sup>

Постоји неколико разлога због којих је казнена накнада штете неспојива са традиционалним концептом евроконтиненталног права. Први разлог односи се на функцију одштетног права, односно сврху накнаде штете. Циљ накнаде материјалне штете је да се имовина оштећеног доведе у оно стање у коме би се налазила да није извршена повреда права. Новчана накнада материјалне штете одређује се као компензаторно-репарациона санкција (Николић, 1995: 115). За разлику од америчког права, у евроконтиненталном праву је наглашена разлика између јавног и приватног права, односно кривичног и грађанског права. Кривично право и кривичноправна заштита је у надлежности државе јер само држава има право да кажњава. Супротно, појединац не може кажњавати другог јер би постојала опасност од произвољности и недостатка објективности. На

---

<sup>7</sup> Истиче се паралела између основних функција накнаде нематеријалне штете и казнене накнаде у англосаксонском праву. Смисао сатисфакције је да оштећеној страни одговарајућим правним средствима обезбједи задовољење за понашање штетника, слично као и казнена одштета. Даље, она намеће примјетан финансијски терет за штетника. Трећа функција сатисфакције је превенција, што је суштински исто што и функција одвраћања, специфична за казнену накнаду. Међутим, судови истичу двије основне разлике између сатисфакције као сврхе накнаде нематеријалне штете и казнене одштете. Приликом одређивања износа накнаде, примарни значај имају обим и озбиљност повреде, а други фактори, попут финансијске ситуације штетника се мање узимају у обзир. Друго, функција сатисфакције не проузрокује директно казнени карактер накнаде нематеријалне штете. Суштинска разлика је у томе што накнада нематеријалне штете треба да ублажи повријеђена осјећања оштећеног, док се казнена одштета фокусира на кажњавање штетника.

крају, различита је улога владе, односно јавног сектора у спровођењу права у англосаксонском и континенталном праву. У Европи је јавни сектор у великој мјери одговоран за очување друштвеног благостања. У америчком праву је присутно тзв. приватно спровођење права, док је на европском тлу јасно разграничено шта је у надлежности државе, а о чему грађани сами брину (Meurkens, 2014: 15). На крају, не треба занемарити ни процедуралне разлике у поступку остваривања и заштите права пред судовима.

### 3. Вишеструка накнада штете у праву интелектуалне својине

Могућност досуђивања паушалног износа накнаде штете у виду двоструког или троструког износа лицендне накнаде је најчистији облик приближавања казненој одштети. Увећање накнаде у случају неовлашћеног коришћења предмета заштите потиче из праксе организација за колективно остваривање ауторског и сродних права у Њемачкој и Белгији. У случају неовлашћеног коришћења ауторских дјела која спадају у њен репертоар, *GEMA* је наплаћивала двоструку накнаду, правдајући то увећаним трошковима пословања (Magnus, 2012: 252).<sup>8</sup> У Белгији, колективне организације наплаћују двоструку накнаду за неовлашћено репродуковање ауторског дјела, а ако такав примјерак садржи лажни потпис, онда чак и троструку накнаду. Вишеструка накнада се најчешће наплаћује ако је тешко доказати износ претрпљене штете или ако су повријеђена морална права.

Све више закона којима се регулишу права интелектуалне својине предвиђа могућност обештећења у виду двоструког или троструког износа лицендне накнаде. У појединим европским државама, двострука лицендна накнада се може досудити за повреду ауторског права и права индустријске својине, а ако је штета намјерно проузрокована, могућа је чак и трострука накнада. На примјер, носилац права интелектуалне својине може добити обештећење у виду двоструког износа разумне накнаде у Аустрији, под условом да је штета намјерно проузрокована.<sup>9</sup> Умјесто накнаде штете, у Русији је могуће досудити правичну накнаду у висини двоструког износа који би био плаћен за легално коришћење предмета

---

8 У теорији се сматра да то није права казнена накнада, већ само проширени износ компензације који обухвата трошкове истраживања, проналажења и гоњења повредиоца права. Међутим, те трошкове има и сваки други оштећени, а не само организација за колективно остваривање права.

9 European Observatory on Counterfeiting and Piracy, *Damages in Intellectual Property Rights*, Преузето 25. 05. 2017. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/damages\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/damages_en.pdf).

заштите.<sup>10</sup> Одредба француског Законика о интелектуалној својини којом је предвиђено да, у случају повреде ауторског права, суд може наложити одузимање свих или дијела прихода које је штетник стекао повредом права и додијелити оштећеном, тумачи се као прикривени облик казнене накнаде (Borghetti, 2009: 58–59).

Бивше југословенске републике изричито предвиђају вишеструку накнаду као облик обештећења у случају повреде права интелектуалне својине. Ако је повреда права извршена намјерно или из крајње непажње, умјесто накнаде штете, оштећени може захтијевати двоструки износ накнаде коју би добио за дозвољено коришћење предмета заштите у Словенији<sup>11</sup> и Хрватској<sup>12</sup> за повреду ауторског и сродних права, и у Македонији<sup>13</sup> за повреду ауторског, сродних и права индустријске својине. У Босни и Херцеговини, Србији и Црној Гори оштећени може захтијевати накнаду до троструког износа уобичајене накнаде за уговорно коришћење заштићеног добра, односно до троструког износа стварне штете и измакле добити ако је извршена повреда права на ознаку географског поријекла. Иако приватна казна није својствена грађанском праву и правној традицији јужнословенских народа, закони наведених држава, осим Србије и Црне Горе, изричито наглашавају казнени, односно пенални карактер санкције.

У Босни и Херцеговини је предвиђено да приликом одлучивања о захтјеву за плаћање пенала, суд узима у обзир све околности случаја, нарочито обим настале штете, степен кривице повредиоца, износ уговорене или уобичајене накнаде и превентивни циљ пенала.<sup>14</sup> С обзиром да је један од кључних критерија за досуђивање вишеструке накнаде обим настале штете, закључак је да се она не може досудити ако штета није настала. Мала је вјероватноћа да носилац права није претрпио штету, нарочито ако је у питању тежа повреда права, мада, теоријски, таква могућност

10 Чл. 1301, чл. 1311, чл. 1515, ст. 4, чл. 1537, ст. 2 Руског грађанског законика. Гражданский кодекс Российской Федерации, *Российская газета*, N 230-ФЗ 2006.

11 Чл. 168, ст. 3 Закон o avtorski in sorodnih pravicah, *Uradni list RS*, št. 16/2007 – uradno prečiščeno besedilo, 68/2008, 110/2013.

12 Чл. 183 Закона о ауторском праву и сродним правима, *Народне новине Р. Хрватске*, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14.

13 Чл. 170 Закон за авторското право и сродните права, *Службен весник на РМ*, бр. 115/2010. Чл. 303 Закон за индустријската сопственост, *Службен весник на РМ*, бр. 21/2009, 24/2011.

14 Чл. 158 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник БиХ*, бр. 63/2010, чл. 105 Закона о патенту, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 83 Закона о жигу, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 82 Закона о индустријском дизајну, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 74 Закона о заштити ознака географског поријекла, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010, чл. 24 Закона о заштити топографије интегрисаног кола, *Сл. гласник БиХ*, бр. 53/2010.

постоји. Сматрамо да је на овај начин начелно искључена могућност да се досуди износ увећане накнаде иако нема штете. Други значајан критериј је степен кривице повредиоца. Обична непажња није довољна за увећани износ накнаде, али се не може на исти начин третирати груба непажња, директна или евентуална намјера. Уговорена или уобичајена накнада се може увећати до троструког износа, што не мора бити случај. Увећање може бити незнатно, а троструки износ је максимални износ који не смије бити премашен. Тужилац увијек може да тражи троструки износ, а суд мора да процијени да ли је то у конкретном случају цијелисходно. Носилац права може тражити разлику до износа потпуне штете, ако је већа од досуђеног пенала. Практично, то значи да је износ потпуне накнаде штете горња граница до које се може досудити накнада. Међутим, могуће је да троструки износ накнаде буде већи од износа претрпљене штете. У том случају, иако није изричито предвиђено да се износ мора ограничити на потпуну штету, тумачењем се може закључити да тај износ не би требало да буде већи.

Проблем досуђивања казнене накнаде нарочито је изражен у материји заштите ознака географског поријекла. С обзиром на то да регистроване ознаке географског поријекла не могу бити у промету и да се као основица не може узети лиценцна накнада, предвиђено је да, у случају да је повреда имена поријекла или географске ознаке учињена намјерно или из крајње непажње, одговорно лице може бити обавезано да плати накнаду до троструког износа стварне штете и измакле добити.<sup>15</sup> Упркос практичним проблемима одређивања основице за обрачун накнаде штете у области заштите ознака географског поријекла, тешко би се могло наћи оправдање за овакво рјешење. Накнада до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде чак не мора нужно имати казнени карактер, јер не мора прелазити износ стварно претрпљене штете. Али, ако је изричито предвиђено да се досуђује троструки износ стварне штете и измакле добити, онда то очито превазилази сврху и смисао накнаде штете. На тај начин, овлашћени корисници регистроване ознаке географског поријекла имају повлашћен положај у односу на остале титуларе субјективних права интелектуалне својине.

Накнада штете у случају повреде права интелектуалне својине у већини законодавстава превазилази компензацију као сврху накнаде. Поједини

---

15 Интересантно је да су идентичну одредбу у Србији садржали закони из 1995. године, којима су уређивана преостала права индустријске својине. Дакле, у случају повреде свих права индустријске својине, која је учињена намјерно или из крајње непажње, било је предвиђено досуђивање троструког износа стварне штете и измакле користи (Миладиновић, 2003: 897–917).

аутори је сматрају „сивом зоном“ између компензације, неоснованог обogaћења и казнене накнаде (Behr, 2003: 137). У прилог тој тврдњи истиче се да осим диференцијалног метода, који полази од утврђивања стварно претрпљене штете, преостали методи обрачуна накнаде штете немају строго компензаторни карактер. Наиме, они омогућавају да оштећени добије накнаду без обзира на то да ли је уопште био вољан да уступи лиценцу и чак ако је добит штетника већа или мања од онога што би он успио да оствари да није извршена повреда права. Ови методи нису усмјерени на претрпљене губитке и на оштећеног, већ на штетника и одузимање његове добити (Behr, 2003: 137–138).

#### 4. Превенција као сврха накнаде штете

Присталице увођења казнене накнаде штете у евроконтинентално право истичу у први план превентивну функцију одштете. Санкција која има одвраћајући ефекат има превентивну сврху, али је питање може ли служити кажњавању, односно може ли имати казнени ефекат. Другим ријечима, поставља се питање да ли је превентивна функција довољна за квалификацију накнаде као казнене. Одговор на ово питање треба тражити на терену сврхе појединих санкција. Сврха накнаде штете у европском праву је компензација, док је сврха казнене накнаде у англосаксонском праву кажњавање и превенција. Кажњавање или одмазда је страни елемент у грађанском праву, реликт давних времена када није постојала јасна граница између кривичног и грађанског права. Управо сврха кажњавања је највише на мети критика теорије. Уколико занемаримо кажњавање, које није својствено европском приватном праву, преостаје превенција као легитимни циљ вишеструке накнаде. Присталице увођења казнене накнаде у Европи одбацују функцију кажњавања и дају примат превенцији. Поједини аутори се чак залажу за промјену назива и увођење тзв. превентивних санкција, односно превентивне накнаде штете (Wagner, 2011: 5).<sup>16</sup> То би значило одступање од класичног концепта накнаде штете, чија је сврха компензација и давање предности превентивној функцији одштете. Уколико би било могуће досудити износ који превазилази износ претрпљене штете, функција одвраћања или превенције била би примарна. Превенција грађанских деликата која би се постигла увећаном накнадом била би довољно оправдање за увођење казнене одштете, са становишта

---

16 „Ако је критика казнене накнаде заснована на неспремности да се прихвати одмазда (казна) као функција накнаде штете, санкције које су само одвраћајуће не заслужују овакве критике. Одбацивање казне као функције одштетног права, већину критика казнене накнаде чини превазиђеним. Ради појмовне прецизности, било би корисно да се уведе нови термин, као на примјер, превентивна накнада штете.“

економске анализе права. Међутим, истицање казнене одштете као инструмента оптималне превенције наилази на отпор и посматра се као нешто што је неправично (Мојашевић, 2011: 213–214).

Основни приговор који се може истаћи теорији о превентивној накнади штете је да превенција није једини циљ одштетног права. Превенцијом се не може оправдати обавеза штетника да накнади штету, нити право оштећеног да тражи одштету. Ако би превенција била главни циљ одштетног права, онда би за постојање одговорности било небитно да ли је уопште проузрокована или претрпљена било каква штета, довољно би било понашање штетника (Koziol, 2009: 290). Превенција не може бити једини нити примарни циљ накнаде штете, већ само један од посредних циљева. Постоје схватања да одштетно право, тачније компензација, суштински има превентивни ефекат (Boom, 2006: 287).<sup>17</sup> Међутим, ако превенцију схватамо у најширем смислу, онда свака санкција има превентивни циљ. Свијест штетника или било којег другог повредиоца о санкцији која му пријети, требало би да дјелује одвраћајуће, тј. превентивно. Јасно је да то није увијек довољно и да степен превентивног дејства зависи од садржине конкретне санкције. Са друге стране, ако је циљ накнаде штете да се оштећеном надомјесте претрпљени губици, сваки износ који превазилази наведени циљ искаче из оквира компензације и тиме појачава превентивну функцију санкције. У мјери у којој превазилази износ компензације, накнада служи кажњавању и има израженију превентивну сврху.

Постоје схватања да је вишеструку, тачније двоструку лиценцу накнаду могуће оправдати повећаним трошковима око проналажења повредиоца, судског поступка, поремећаја тржишта и других трошкова којих не би било да је уговор редовно закључен. Износ ових трошкова би могао бити изједначен са лиценцом накнадом. У том случају, двострука накнада не би била квалификована као казнена накнада, већ као износ довољан да компензује претрпљене губитке (Koziol, 2009: 305). Међутим, слични трошкови настају при свакој повреди права, па би се тиме права интелектуалне својине неоправдано фаворизовала у односу на друга права. Чак и када би се прихватило ово крајње неубједљиво оправдање увећаног износа лиценцне накнаде, оно би било примјенљиво само на двоструку, али не и на троструку накнаду.

Казнена накнада се углавном оправдава потребом да се казненоправна заштита употпуни у приватном праву, те да недозвољено понашање

---

17 „Општа идеја одштетног права је да обавезивањем штетника да надокнади штету након њеног проузроковања, он буде подстакнут да поступа са дужном пажњом прије него што проузрокује штету, како би спријечио да се она уопште деси.“

које представља нарочито тешке повреде права, а остаје ван домашаја кривичноправних и прекршајноправних санкција, буде санкционисано. Такође, истиче се да санкције у приватном праву немају довољно одвраћајући, односно превентивни карактер, па би казнена накнада требало да служи том циљу (Koziol, 2009: 293–295). Међутим, често се занемарују разлике између кривичноправне и грађанскоправне заштите добара. Сврха кривичног права је кажњавање, а санкција је усмјерена на личност учиниоца. Сврха грађанскоправне санкције је реституција, конкретно у одштетном праву компензација, а санкција је углавном имовинске природе. Чак и оне санкције које имају превентивни карактер не могу имати елементе казне, будући да кажњавање није својствено континенталном приватном праву.

Кажњавање штетника доводи до пребацивања тежишта проблема са оштећеног на штетника. Циљ компензације је да се оштећеном надомјесте претрпљени губици, тако да је у првом плану штета коју је оштећени претрпио и његов положај. Са друге стране, уколико се досуђује вишеструка накнада која је већа од претрпљене штете, онда у први план избија положај штетника и потреба да се он казни. Дакле, циљ није само надокнадити губитак, већ казнити штетника за недозвољено понашање. У првом случају, штетник надокнађује износ штете коју је проузроковао својим понашањем. Негативне економске посљедице штетног догађаја прелазе на штетника, односно његову имовину. Ако штетник плаћа више од онога што је проузроковао, онда је то терет за имовину, несразмјеран његовој одговорности. За износ накнаде који прелази износ претрпљене штете, оштећени стиче корист без постојања правног основа, па износ казнене накнаде постаје облик неоснованог обогаћења оштећеног на рачун штетника (Радовановић, 2003: 839).

Казнена накнада у виду вишеструке накнаде у праву интелектуалне својине правда се потребом појачане заштите ове врсте субјективних права.<sup>18</sup> Она је само један од инструмената којима се настоје отклонити недостаци недовољног нивоа заштите права интелектуалне својине. Међутим, неадекватна заштита субјективних права интелектуалне својине, бар у већини бивших југословенских држава, посљедица је недовољног степена развијености привреде и тржишног начина привређивања, недовољне

18 У AIPPI резолуцији се истиче да уколико закони не могу на други начин да обезбједе одвраћање од намјерне повреде права интелектуалне својине, предвиђање увећаног износа накнаде штете може бити оправдано у цивилним споровима. AIPPI Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I, p. 247–248. Преузето 20. 06. 2016.  
<http://www.aippi.lv/pdf/2005/RS186English.pdf>.



свијести о природи и значају нематеријалних добара, као и недовољног знања и искуства у примјени постојећих одредаба. Ако занемаримо све околности и фокусирамо се искључиво на правни аспект, сврха приватног права не може бити кажњавање. Субјекти приватног права, тј. субјекти грађанскоправног односа су равноправни, што је једно од темељних уставних начела. Равноправност означава да ниједна страна у грађанскоправном односу нема власт над другом, као што је случај у јавноправном односу у коме држава има ауторитет над својим грађанима. Уколико су субјекти односа равноправни, онда ниједан учесник не може бити у позицији да кажњава друге.

У прилог казненој накнади у приватном праву, често се прави поређење са уговорном казном. Уговорна казна је облик кажњавања дужника коју повјерилац и дужник могу уговорити због неиспуњења уговорне неновчане обавезе. Оба института служе обештећењу носиоца права у случају повреде права, односно дужника у случају неиспуњења уговорних обавеза. У оба случаја, лице може тражити обештећење до потпуне накнаде штете ако је претрпљена штета већа од казнене накнаде, односно уговорне казне. Суштинска одлика уговорне казне је то што је она специфична искључиво за уговорни однос и настаје сагласношћу воља уговорних страна. Казнена накнада може се захтијевати у случају повреде права и није везана искључиво за повреду уговорних обавеза. Уговорна казна се може предвидјети само за неновчане обавезе, док казнена накнада не подлијеже тој врсти ограничења. Осим тога, казнена накнада је прописана законом, мимо воље носиоца права, а нарочито лица које је извршило повреду права. О уговорној казни се стране споразумијевају, а казнена накнада је прописана законом (Марковић, 1997: 336). Дакле, кажњавање путем уговорне казне се заснива на изричитој вољи и пристанку стране која се кажњава.

## 5. Пракса Европског суда правде

Упркос различитим доктринарним ставовима, поставља се питање да ли релеванти извори права садрже правни основ за увођење казнене одштете у право интелектуалне својине на европском тлу. ТРИПС садржи одредбу о обавези накнаде штете у износу довољном да надомјести претрпљене губитке, под условом да је лице знало или је имало разумног основа да зна да учествује у вршењу повреде права.<sup>19</sup> Директива садржи општу одредбу сличне садржине којом се предвиђа обавеза накнаде штете која одговара стварно претрпљеној штети, с тим што је додатно прецизирано шта треба

---

<sup>19</sup> Чл. 45 ТРИПС-а.

узимати у обзир приликом одређивања накнаде.<sup>20</sup> Алтернативно оваквом начину одређивања износа накнаде штете, у одговарајућим случајевима могуће је одредити паушални износ који одговара барем износу накнаде коју би штетник морао платити да је тражио дозволу за коришћење заштићеног интелектуалног добра.<sup>21</sup> Дакле, то је само минимум, што значи да може бити и већи. Међутим, не треба заборавити три кључна принципа на којима почива Директива: ефикасност, пропорционалност и одвраћајући ефекат санкције.

Европски суд правде је почетком године имао прилику да се изјасни о тумачењу наведене одредбе Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. Спор је настао између пољске колективне организације за остваривање права на аудио-визуелним дјелима и удружења кабловских емитера, у вези са плаћањем накнаде. Спорна је одредба пољског закона о ауторском праву, којом је предвиђено да носилац права има право на накнаду штете која се обрачунава према општим правилима или у висини двоструког износа, односно, у случају скривљене повреде, троструког износа примјерене накнаде која би била плаћена за дозвољено коришћење дјела.<sup>22</sup> Удружење кабловских емитера тврдило је да је наведена одредба супротна члану 13 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине. Европском суду правде постављено је питање да ли је додјела унапријед одређеног износа накнаде штете у облику паушалног износа у висини двоструке или троструке лиценцене накнаде допуштена на основу Директиве, с обзиром на то да циљ Директиве није увођење казнене накнаде.

Према мишљењу општег правозаступника, национална одредба којом је предвиђено аутоматско право на унапријед одређен износ накнаде, без могућности суда да одлучује о његовој висини, супротна је Директиви о спровођењу права.<sup>23</sup> Правозаступник сматра да треба доказати узрочно-посљедичну везу између штете и износа који се плаћа јер износ мора бити пропорционалан претрпљеној повреди. Истовремено, правозаступник истиче да национална одредба по којој би носилац права могао захтијевати

---

20 При одређивању накнаде штете узимају се у обзир све околности, као што су негативне економске посљедице за оштећену страну, укључујући изгубљену добит, противправно стечену добит лица које је извршило повреду права и, у одговарајућим случајевима, елементи који нису економског карактера, као што је нематеријална штета.

21 Чл. 13, ст. 1 Директиве о спровођењу права интелектуалне својине.

22 Пољски уставни суд је прогласио неуставном одредбу о трострукој накнади и укинуо је, док је одредба о двострукој накнади остала на снази.

23 Opinion of Advocate General Sharpstone, case 367/15, *Stowarzyszenie „Olawska Telewizja Kablowa” w Olawie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*, 29.

износ који није већи од двоструког или чак троструког износа накнаде која би била плаћена за допуштено коришћење дјела, не би нужно била супротна Директиви.

У погледу питања да ли је могуће националним законом предвидјети казнену одштету као санкцију за повреду права интелектуалне својине, односно предвидјети већи ниво заштите у односу на одредбе Директиве, правозаступник полази од премисе да је циљ Директиве једнак ниво заштите у Европској унији. Наиме, он истиче да би правила у погледу накнаде штете требало да буду иста у свим државама Уније, те да могућност пружања већег нивоа заштите, као што је прописивање казнене одштете, не би била у складу са циљем Директиве.

Међутим, Европски суд правде је одступио од мишљења правозаступника јер сматра да националним законом може бити предвиђен већи ниво заштите од оног предвиђеног Директивом, будући да Директива предвиђа минимум заштите. У уводном дијелу Директиве наводи се да њен циљ није увођење казнене одштете, али суд сматра да то није ни забрањено. За разлику од правозаступника, суд сматра да национални пропис којим је предвиђено да носилац права може захтијевати плаћање паушалне накнаде у висини двоструког износа примјерене накнаде која би била плаћена за допуштено коришћење дјела, није супротан Директиви.<sup>24</sup> Према мишљењу суда, аргумент да двоструки износ примјерене накнаде не може бити пропорционалан стварно претрпљеној штети не може бити прихваћен, јер се код паушалне накнаде пропорционалност не утврђује. Паушална накнада се одређује у оним случајевима када није могуће утврдити износ стварно претрпљене штете. Међутим, и у случају паушалне накнаде, неопходно је утврдити узрочно-последичну везу између догађаја којим је извршена повреда права и претрпљене штете, иако се износ стварно претрпљене штете не може са сигурношћу установити.

## 6. Закључак

Прописивање увећаног, па чак и вишеструког износа лиценцне накнаде у случају намјерног проузроковања штете у праву интелектуалне својине, не мора, *a priori*, имати казнени карактер. Уколико је уговорена или уобичајена накнада основ за обрачун штете, односно, ако се примјењује метода аналогije са лиценцом накнадом, могло би се размислити и о другачијим рјешењима, која не би нужно имала пенални карактер. Ако је штета проузрокована обичном непажњом, претпоставка је да уговорена

---

<sup>24</sup> Judgment of the Court of Justice of European Union, case C-367/15, *Stowarzyszenie „Olawska Telewizja Kablowa” w Olawie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie*.

или уобичајена накнада представља довољно обештећење за носиоца права који не жели да се упушта у поступак доказивања претрпљене штете. Међутим, ако је повреда права извршена намјерно или крајњом непажњом, онда би требало досудити увећани износ накнаде, који не би смио бити већи од износа претрпљене штете. О увећању износа одлучује суд, зависно од околности конкретног случаја. Дакле, могуће је постићи исти учинак и без изричитог предвиђања двоструког или троструког износа накнаде и наглашавања казног карактера накнаде штете, које има само ефекат застрашивања, што, ипак, није одлика грађанског права.

Прописивање пенала у случају повреде заштићене ознаке географског поријекла у виду троструког износа стварне штете и измакле добити представља најгрубљи облик кажњавања штетника. С обзиром на то да право на ознаку географског поријекла не може бити у промету, јасно је да лиценцна накнада не може послужити као основ за обрачун накнаде штете, те би у том случају били примјеренији неки други методи обрачуна или аналогија са накнадом у праву жига.<sup>25</sup>

Без обзира на све аргументе у прилог и против казнене накнаде у европском приватном праву, она све више добија на значају и постаје дио правног система појединих европских држава. Интересантно је да у прихватању казнене накнаде предњаче углавном мање развијене земље у којима заштита интелектуалне својине није на задовољавајућем нивоу. Увођење вишеструке накнаде правда се потребом јачања заштите и стварања санкција које ће имати одвраћајући ефекат. Међутим, на тај начин је пренаглашен значај интелектуалних добара и субјективних права којима се штите, у односу на остала добра. Осим тога, тиме је отворен пут за увођење казнене накнаде и приватне казне и у друге гране права. За свако субјективно право које не може бити на други начин адекватно заштићено, могло би се, потпуно легитимно, тражити увођење неког облика приватне казне. То би довело до поновног приближавања грађанског и кривичног права у правцу који није најпожељнији. Умјесто јачања заштите прописивањем санкција које имају казнени карактер и које би због тога могле да дјелују као потенцијална пријетња која ће одвратити учиниоца од повреде права, требало би можда више пажње обратити на спровођење и извршење постојећих санкција у пракси.

Пресуда Европског суда правде баца потпуно ново свјетло на казнену накнаду штете у праву интелектуалне својине у Европској унији, а и шире. Благонаклон став суда ће, свакако, утицати на постепену промјену

---

25 Предмет заштите и у праву жига и у праву заштите ознака географског поријекла је ознака, односно знак разликовања.

односа према овом институту. Остаје отворено питање да ли се оваквим тумачењем суда угрожава основни циљ Директиве, а то је уједначен ниво заштите на територији Уније. Такође, суд времена ће показати да ли ће превентивна функција накнаде штете јачати и да ли је увођење пенала у праву интелектуалне својине оправдано.

### Литература

AIPPI Resolution, Q186, *Punitive damages as a contentious issue of Intellectual Property Rights*, Yearbook 2005/I. Преузето 20. 06. 2016. <http://www.aippi.lv/pdf/2005/RS186English.pdf>

Behr, V. (2003). Punitive Damages in America and German Law – Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 78: 105. 105–161.

Boom, W. H. (2006). Compesating and Preventing Damage: Is there Any Future Left for Tort Law?. *Essays on Tort, Insurance Law and Society in Honour of Bill W. Dufwa*. Vol. I. Stockholm

Borghetti, J. S. (2009). Punitive Damages in France. У Н. Koziol, V. Wilcox (Eds.) *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (55–73). Wien: Springer-Verlag

Гражданский кодекс Российской Федерации, *Российская газета*, N 230-ФЗ (2006)

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, *OJ L 157* of 30 April 2004.

European Observatory on Counterfeiting and Piracy. *Damages in Intellectual Property Rights*. Преузето 25. 05. 2017. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/damages\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/damages_en.pdf)

Закон о ауторском праву и сродним правима. *Службени гласник БиХ*. Бр. 63 (2010)

Закон о патенту. *Службени гласник БиХ*. Бр. 53 (2010)

Закон о жигу. *Службени гласник БиХ*. Бр. 53 (2010)

Закон о индустријском дизајну. *Службени гласник БиХ*. Бр. 53 (2010)

Закон о заштити ознака географског поријекла. *Службени гласник БиХ*. Бр. 53 (2010)

Закон о заштити топографије интегрисаног кола. *Службени гласник БиХ*. Бр. 53 (2010)

Закон о ауторском праву и сродним правима. *Народне новине Републике Хрватске*. Бр. 167 (2003), 79 (2007), 80 (2011), 125 (2011), 141 (2013), 127 (2014)

Закон за ауторското право и сродните права. *Службен весник на РМ*. Бр. 115 (2010)

Закон за индустриската сопственост. *Службен весник на РМ*. Бр. 21 (2009), 24 (2011)

Zakon o avtorski in sorodnih pravicah. *Uradni list RS*. Št. 16 (2007) – uradno prečiščeno besedilo, 68 (2008), 110 (2013)

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989), 57 (1989). *Службени гласник Републике Српске*. Бр. 21 (1992), 17 (1993), 3 (1996), 39 (2003), 74 (2004)

Judgment of the European Court of Justice, case C-367/15, *Stowarzyszenie „Olawska Telewizja Kablowa“ w Olawie v Stowarzyszenie Filmowców Polskich w Warszawie* (2017)

Koziol, H. (2009). Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?. У Н. Koziol, V. Wilcox (Eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (275–308). Wien: Springer-Verlag

Magnus, U. (2012). Punitive Damages and German Law. У L. Meurkens, E. Nordin (Eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*(245–258). Cambridge, Antwerp, Portland

Марковић, С. (1997). *Патентно право*. Београд: Номос

Meurkens, L. (2014). *The Punitive Damages Debate in Continental Europe: Food for Thought*. Maastricht University

Миладиновић, З. (2003). Судска заштита субјективних права интелектуалне својине у нашем праву. *Правни живот*. 11 (52). 897–917.

Мојашевић, А. (2011). Казнена одштета у америчком праву. *Страни правни живот*. 1 (2011). 197–216.

Николић, Д. (1995). *Грађанскоправна санкција – генеза, еволуција и савремени појам*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду

Opinion of Advocate General Sharpstone, case 367/15, *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa* (2016)

Owen, D. G. (1994). A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform. *Villanova Law Review*. 2 (39). 364–413.

Радовановић, С. (2003). Трострука накнада у нашем праву интелектуалне својине. *Правни живот*. 11 (52). 829–841.

Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. 1994.

Fiebig, A. R. (1992). The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments. *Georgia Journal of International & Comparative Law*. Vol. 22: 635. 635–657.

Wagner, G. (2011). Punitive Damages in European Private Law. У Ј. Basedow, К. Ј. Нопт, Р. Zimmermann (Eds.), *Handbook of European Private Law*. Преузето 28. 06. 2017.

<https://ssrn.com/abstract=1766113>

***Svjetlana Ivanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

## **PUNITIVE DAMAGES IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW**

### **Summary**

*The globalization process imposes acceptance of international and European protection standards and harmonization of regulations in the field of intellectual property rights. In some cases, there is uncritical acceptance of foreign legal instruments which are not inherent in the tradition of national legal systems. Punitive damages are one of the common law instruments which have been gradually recognized in the counties of the European-continental legal tradition, especially in the field of intellectual property law. There is a growing number of legislations that allow for the possibility of awarding multiple amounts of compensation which is due in case the infringer has requested authorization to use the intellectual property right. Punitive damages are a way of punishing the defendant in civil lawsuit and they can be awarded in cases of willful infringements of intellectual property rights. The introduction of punitive damages in intellectual property law is justified by the need to strengthen the civil protection of these rights, as well as the need to deter possible perpetrators by imposing measures and remedies necessary to ensure the exercise of these rights. Although the EU Directive on enforcement of intellectual property rights does not introduce an obligation to provide for punitive damages, there are different views in the case law of the Court of Justice of the European Union. The paper deals with punitive damages in intellectual property law, the objectives of introducing this type of sanction, possible justification for its introduction, benefits and deficiencies, as well as the current attitude of the jurisprudence on this issue.*

**Keywords:** *punitive damages, intellectual property law, multiple damages, civil law protection.*



**Marija Ampovska, LL.D.\***

*Assistant Professor, Faculty of Law in Shtip,  
University "Goce Delchev", Republic of Macedonia*

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1776693A

UDK: 364.32:623.454.83

*Рад примљен: 01.10.2017.*

*Рад прихваћен: 30.11.2017.*

## **INSURANCE POOLS: FOLLOWERS OF CLASSICAL INSURANCE CONTRACTS IN THE FIELD OF NUCLEAR LAW**

**Abstract:** *Insurance contracts are almost the exclusive instrument for providing coverage for damage in all the areas. The insurance industry is the proper and experienced partner in providing liability coverage. However, its capacity is not unlimited, regarding neither the extent nor the size of coverage. There are risks of specific type that often differ from other risks, such as the risk of peaceful usage of nuclear energy. From an insurer's point of view, certain forms of damage are not calculable, for example damage to the environment or damage which becomes evident later than ten years after the incident. Furthermore, the potential magnitude of nuclear damage is a major challenge for the insurance industry. Claim handling expenses are an additional cost factor in case of a major nuclear accident involving thousands of claimants. National insurance companies have to pool their capacities at international level, and reinsurance is necessary. The purpose of this paper is, on the one hand, to analyze how the classical insurance contract has grown into a new modern institute of the insurance law and, on the other hand, to research the legal nature of this institute (insurance pool) and its implementation in practice, particularly in the field of nuclear risk insurance and coverage of nuclear damages. The need to insure larger funds in nuclear insurance are initiated by the changes concerning the international legal instrument that regulated the matter on nuclear damage compensation, which have broaden the concept of compensable damage and concurrently established significantly increased minimum liability amounts. Insurance pools are a response to the need to cater for these changes.*

**Keywords:** *insurance pools, insurance contract, compensation for damage, nuclear damage, insurance policy, reinsurance.*

---

\* marija.ampovska@ugd.edu.mk

## 1. Introduction

The term insurance has a multidisciplinary meaning. It is a complex area that can be defined in different ways, depending on the aspect of analysis. These aspects of insurance are: insurance as an economic area, insurance as a trade activity, insurance as a legal area, and others aspects of insurance. Our interest is in insurance from the aspect of legislation and insurance as a legal relation that is generally based on the insurance contract. As there is no single definition on what insurance is in this aspect, the starting point in this analysis will be the provision from the Macedonian Obligations Act: *"With the insurance contract the contractor of insurance is obligated, on the principles of reciprocity and solidarity, to associate a certain amount in the insurance company (the insurer) and the company is obligated to pay to the insured or to a third party the agreed amount or to do something else."*<sup>1</sup> The definition aims to sublimate the features in common for every kind of insurance. This is not always easy because different type of insurance have different features; they are also based on different principles and regulated by legal rules that differ from one another. In this paper, we are interested only in one type of insurance – the insurance of property, or the non-life insurance. The insurance of property is insurance in which the subject of insurance is property that has material value or can be expressed in money. On the one hand, this insurance comprises the insurance of mobile and immobile property and, on the other hand, it includes insurance of material interest such as liability insurance, guarantee insurance, insurance of animals, etc. (Јанковац, Миладиновић, 2006: 311). In case of property insurance, the insurance money is provided to a person for loss of or damage to physical property, other assets, and business cash flow; in case of liability insurance, the insurance money is provided to a person for financial loss incurred because of a liability – a legal obligation and financial responsibility to another because of one's action or failure to act (Schwartz, 2011: 3).

There are two main requirements to conclude the insurance contract of this type:

1. it can be concluded only by a person who has interest that the insured case does not happen, and
2. the purpose of this contract is to compensate the sustained damage.

These two requirements dictate the specific features of the non-life insurance, which distinguish it from the life insurance. For example, the insurance of property over the real value of the subject is prohibited, as well as multiple insurance for one subject from the same risks; there is prohibition for insurance of

---

1 Article 953 of the Obligation Relations Act of the Republic of Macedonia, Official Gazette RM, No. 18/2001, 04/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 and 161/2009; available in Macedonian at <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=33>, accessed on 20.09.2017

property where the insurance sum is lower than the real value of the subject; among other characteristics, there is a prohibition of accumulation of compensation from insurance contract and compensation based on the rules for civil liability (Schwartz, 2011: 312).

There are also the institutes of *co-insurance* and *re-insurance*. Coinsurance means that a number of insurers collectively insure a certain risk with the sum of their individual shares totaling 100%. Reinsurance is where an insurer or co-insurer cedes part of the risk it has assumed to another insurer for which it pays a premium, essentially insuring the risk it has insured (Schwartz, 2011: 42).

## 2. Principles of insurance law

Several key principles are the basis for most insurance contracts. These are:

- *Utmost good faith*: this principle is reached when the contracting party has revealed all known material facts about the risks that need to be assumed by the insurer;
- *Insurable interest*: as mentioned above, this principle is one of the main requirements to conclude an insurance contract; under this principle, it is generally not possible for someone to insure something if they are not the owner, or if they could suffer financial loss on another basis if the subject has sustained damage;
- *Fortuity*: this principle suggests that there is uncertainty whether or not the risk will be fulfilled;
- *Indemnity*:<sup>2</sup> this principle means that a financial amount is actually payable to the person who is the beneficiary of the insurance, and
- *Subrogation*: this principle allows the insurer to assume the rights of any recovery once that claim is paid (Reitisma, Tetley, 2010: 390).

As for the nuclear sector, there are two relevant types of insurance:

1) insurance of physical damage or first party liability that will provide coverage for all the operator's assets on the nuclear facility, where damage implies various type of actual damage and future damage or loss of income which has resulted from the actual damage, and

---

2 The concept of indemnity is based on a contractual agreement made between two parties, in which one party agrees to pay for potential losses or damage caused by the other party. A typical example is an insurance contract, whereby one party (the insurer, or the indemnitor) agrees to compensate the other (the insured, or the indemnitee) for any damages or losses, in return for premiums paid by the insured to the insurer. For more, see <http://www.investopedia.com/terms/i/indemnity.asp#ixzz4emZP8KMY>, accessed 20.04.2017.

2) nuclear third party liability policy or liability insurance which covers all aspects of off-site nuclear damage suffered by people, businesses and other property off the nuclear site.

In this paper, we focus on analyzing the second type of insurance – nuclear liability insurance because this type of insurance is critical both for the nuclear operator (due to the principles of channeling liability and strict liability) and for the insurers (given that the actual nuclear damage resulting from a nuclear catastrophe in the insured nuclear facility depends upon many factors, such as the actual location of the plant, the weather at the time of the accident, the population nearby this location, etc.).

### **3. The meaning of the basic insurance law terms in the field of nuclear insurance**

#### ***3.1. Subjects of the insurance contract in nuclear law***

##### *3.1.1. Insurer*

In the second part of the 20<sup>th</sup> century it became clear for insurers that any nuclear accident has catastrophic potential. Thus, the insurance market was heavily involved in the parallel creation of legislation and insurance policies (Reitisma, Tetley, 2010:388). *“Insurers have remained an essential party to the development of the nuclear industry and the nuclear third party liability regimes...the insurance industry itself had to design and implement structures and processes to deal with the new hazard, the most important of these being the insurance pool”* (Reitisma, Tetley, 2010: 390). A pool is essentially a group of insurance companies jointly participating up to a fixed proportion in the insurance of a particular risk or class of business. It is a mechanism commonly employed where the risks in question are few in number, or require a capacity beyond the individual means of the members even if arranged on a traditional co-insurance basis, or imply some particularly hazardous aspect which would render acceptance by conventional methods difficult if not impossible.<sup>3</sup>

There are several basic principles of nuclear pools activities:

- All risks accepted are covered by net retention of individual pool members (insurance capacity); the risks may not be further reinsured individually;
- Reinsurance is arranged among pools and is therefore transparent and maximally protected against unknown accumulation of risks;

---

3 See: <https://www.nuclearpools.com/about-us>, accessed on 15.04.2017

- Reinsurance among pools is direct (without using any intermediaries); therefore, the cost of reinsurance is minimal.<sup>4</sup>
- Cost efficiency at a national and international level.

The first and second principle regulate that all pool members only commit for a net retention which means that no recourse to individual company re-insurance protection is permitted but, at the same time, re-insurance is arranged with the other nuclear pools worldwide. Generally, risks can be maintained by the insured party (self-insurance), or a particular kind of insurance set up to ensure the risks posed by its members may be transferred to an insurer or to a mutual insurance company subject to payment of a fixed or variable premium. If the catastrophic risk is very high, the insurers transfer part of the risk to the financial markets. Where nuclear risks are concerned, this transfer of risk to reinsurers takes place directly within nuclear insurance pools, where each party (insurer or reinsurer) accepts and maintains its share of the risk (Quéré, 2014:81). *“Through this mechanism insurers participating in national pools can be certain that their commitment is limited to the amount of their participation in the pool and that following the same nuclear incident no accumulation via other channels can occur”* (Reitisma, Tetley, 2010: 393).

Regarding the third principle, we can say that members of the pool are often bound by a solidarity clause. According to this clause, passive members’ obligations are proportionally encountered by the other members. The detainment rule of nuclear insurance pools prevents separate pool members from providing reinsurance as it is only available on an inter-pool basis (Rimšaitė, 2013: 20). Where such facultative reinsurance does occur, nuclear pools have developed *“Standard Rules for the Exchange of Reinsurance between Pools”* in order to clearly establish that the guidelines for the commonly adopted and accepted practices for the exchange of business and amendments to these standard rules are possible by bilateral agreement.<sup>5</sup>

The fourth principle of cost efficiency is the concentration of knowledge and experience in the field of nuclear risks insurance. At an international level, re-insurance between national markets takes effect directly; thus, there is no intervention or intermediaries, and all the expenses are kept to a minimum“ (Reitisma, Tetley, 2010: 393).

---

4 See: <https://www.nuclearpool.cz/en/historie/>, <https://www.nuclearpools.com/about-us>, and Syban Statute available at [www.syban.be](http://www.syban.be), accessed on 15.04.2017.

5 Data available at <https://www.nuclearpools.com/about-us>, accessed on 19.04.2017.

Table 1. List of nuclear insurance pools

<b>Nuclear insurance pool</b>	<b>Country</b>	<b>Web site</b>
1. Nuclear risk insurers Limited	UK	<a href="http://www.nuclear-risk.com/">http://www.nuclear-risk.com/</a>
2. Czech Nuclear Insurance Pool	Czech Republic	<a href="http://www.nuclearpool.cz/">http://www.nuclearpool.cz/</a>
3. Nordic Nuclear Insurers (The Finnish and Swedish Atomic Insurance Pools merged in 2002)	Finland and Sweden	<a href="https://atompool.org/en">https://atompool.org/en</a>
4. Russian Nuclear Insurance Pool	Russian Federation	<a href="http://www.ranipool.ru/eng/">http://www.ranipool.ru/eng/</a>
5. Swiss pool of the insurance of nuclear risks	Switzerland	<a href="https://nuklearpool.ch/de/ueber-uns">https://nuklearpool.ch/de/ueber-uns</a>
6. American Nuclear Insurance	US	<a href="http://www.amnucins.com/">http://www.amnucins.com/</a>
7. Belgian Nuclear Insurance Pool	Belgium	<a href="http://www.syban.be/en/page/history">http://www.syban.be/en/page/history</a>
8. Slovak Nuclear Insurance Pool	Slovak Republic	<a href="http://www.nuclearpool.sk/">http://www.nuclearpool.sk/</a>
9. Assureatome	France	<a href="http://www.assuratome.fr/en/2-welcome-to-assuratome">http://www.assuratome.fr/en/2-welcome-to-assuratome</a>
10. Bulgarian National Nuclear Insurance Pool	Bulgaria	/
11. Nuclear Insurance Association of Canada	Canada	<a href="http://www.niac.biz/">http://www.niac.biz/</a>
12. The China Nuclear Insurance Pool	China	<a href="http://eng.chinare.com.cn/zhzteng/505881/505896/index.html">http://eng.chinare.com.cn/zhzteng/505881/505896/index.html</a>
13. Croatian Nuclear insurance pool	Croatia	
14. Deutsche Kernreaktor Versicherungsgemeinschaft	Germany	
15. Nederlandse Pool voor Verzekering van Atoomrisico's	Netherlands	<a href="http://www.verzekeraar-pensioenfondsdta.nl/id-nederlandse_pool_voor_verzekering_van_atoomrisico_s_rijswijk/">http://www.verzekeraar-pensioenfondsdta.nl/id-nederlandse_pool_voor_verzekering_van_atoomrisico_s_rijswijk/</a>
16. Hungarian Atomic Pool	Hungary	
17. Japan Atomic Energy Insurance pool	Japan	
18. Pool Atómico Mexicano	Mexico	<a href="http://www.poolamx.com.mx/">http://www.poolamx.com.mx/</a>
19. Romania Pool for the Insurance of Atomic Risks	Romania	
20. Nuclear Insurance and Reinsurance Pool, Ljubljana	Slovenia	
21. The South African Pool for the Insurance of Nuclear Risks	South Africa	
22. The Korea Atomic Energy Insurance Pool	South Korea	
23. Espanuclear	Spain	
24. The Ukrainian Nuclear Insurance Pool	Ukraine	<a href="http://www.atomforum.org.ua/eng/ukrncinpool4334">http://www.atomforum.org.ua/eng/ukrncinpool4334</a>
25. Consórcio Brasileiro de Riscos Nucleares- CBRN	Brazil	
26. Nuclear Energy Insurance Pool of the Republic of China	Taiwan	

Source: Nuclear Pools, data available at <https://www.nuclearpools.com/links>, accessed 19.04.2017.

### 3.1.2. Nuclear operator<sup>6</sup>

The main characteristic of nuclear liability today (which it is fully accepted both in the international and domestic nuclear law) is the liability of the nuclear operator for all the damage suffered as a result of the nuclear incident. Today, there are three basic international regimes for nuclear third party liability in force:

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960 (Paris Convention)<sup>7</sup>; Coverage under the Paris Convention is extended by the Supplementary Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 31 January 1963 (“the Brussels Supplementary Convention”)<sup>8</sup>.

Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1963 (Vienna Convention)<sup>9</sup>.

Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage of 1997 (“the CSC”)<sup>10</sup>

The Paris Convention and the Brussels Supplementary Convention have both been amended three times: by Additional Protocols adopted in 1964, 1982 and 2004. Furthermore, the Paris and Vienna Conventions have been linked by the 1988 Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention (“the Joint Protocol”). The Paris and the Vienna Conventions are supplemented, in relation to maritime transport, by the 1971 Convention Relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material.

There are five basic principles that underlie the special nuclear third party liability and compensation regimes at both national and international levels: strict liability, exclusive liability (legal channeling), compulsory financial security, liability limits in amount and liability limits in time.<sup>11</sup> The third party liability of the nuclear operator is strict, which means that he is liable regardless of his fault or negligence. The damage may have resulted from any kind of fault that

6 In terms of a nuclear installation, “operator” means the person designated or recognized by the competent public authority as the operator of that installation.

7 Available at [https://www.oecd-nea.org/law/nlparis\\_conv.html](https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv.html), accessed on 16.04.2017.

8 Available at <https://www.oecd-nea.org/law/brussels-supplementary-convention.html>, accessed on 16.04.2017.

9 Available at <https://www.iaea.org/sites/default/files/infocirc500.pdf>, accessed on 16.04.2017.

10 Pursuant to Article XX.1, the CSC entered into force on 15 April 2015. The date was the ninetieth day following the date on which Japan signed and delivered the instrument of acceptance of the CSC, meaning that at least 5 States with a minimum of 400 000 units of installed nuclear capacity deposited an instrument referred to in Article XVII.

11 See: Schwartz, Julia A. (2010), *Liability and Compensation for a Third Party Resulting from a Nuclear Incident*, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 2010, OECD, pp. 307-355.

can be found with the nuclear operator but, there is no need to prove it in legal terms. This base of liability was adopted due to the need to assure a greater protection for the public. *“In return for an onerous obligation of absolute and strict liability, nuclear site operators received a temporal and financial limit to their liability that enabled them to approach the conventional private market to transfer the risks inherent in the total but limited liability obligation placed upon them”* (Tetley, 2006: 27).

The nuclear operators' liability is exclusive due to the mechanism of legal channeling of liability to the nuclear operator. All claims are made solely against the operator of the nuclear installation, which means that the supplier or the builder of a nuclear installation is protected in the event of an accident. By channeling the risk to the operator, the supplier does not have to take out insurance, and the insurance of the same risk twice is avoided. Both principles provide direct and rapid access to insurance funds. *“Without legal channeling nobody will be able to supply anything to nuclear installations as the risk is too great...there are certain limited cases where we should mitigate the negative effects of channeling: perhaps in the case of contributory negligence, there could be a claim limited to the value of the supply, including possible profits”*(Pelzer, 1999: 578).

For the purpose of this paper, we will present the principle of compulsory financial security in more detail. According to this principle, the nuclear operator is required to secure finances to cover the nuclear liability. Traditionally, this is provided by the private insurance market although there are other known financial instruments that can be used to achieve this goal, such as bank guarantee, operator pooling system, self- insurance. The minimum amount of protection required is set by national laws, which in turn often depend on international treaty obligations. The amount of this mandatory protection has increased over time, partially adjusting for inflation and partially allowing for an increased burden of responsibility to be passed on to nuclear operators. In most countries, contractors and suppliers to the nuclear operator have exclusion clauses or “hold harmless” agreements that steer liability back to the operator” (Reitisma, Tetley, 2010: 397). *“By way of example, nuclear third party liability is unlimited in Switzerland and the operator is currently obliged to find security of CHF 1.1 billion from private insurers. In another example, in Belgium, since 1 January 2012, the operator has been required to obtain security of EUR 1.2 billion; the same is true in the Netherlands since 1 January 2013”* (Quéré, 2014:81).

The Paris Convention, the Vienna Convention and the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage provide for different options to secure



financial security to cover the liability of the operator of a nuclear installation.<sup>12</sup> The provisions in these conventions are very similar, and they all provide among others the following<sup>13</sup>:

- The operator shall be required to maintain insurance or other financial security covering his liability for nuclear damage in such amount, of such type and in such terms as the Installation State shall specify.
- The funds provided by insurance, by other financial security shall be exclusively available for compensation due under this Convention.
- No insurer or other financial guarantor shall suspend or cancel the insurance or other financial security without giving notice in writing of at least two months to the competent public authority or insofar as such insurance or other financial security relates to the carriage of nuclear substances, during the period of the carriage in question.
- The sums provided as insurance, reinsurance, or other financial security may be drawn upon only for compensation for damage caused by a nuclear incident.

We would like to note that this list shows only the scope of nuclear liability under the international regime that is imposed for the nuclear operator. There are amounts of nuclear liability under this regime that are covered by the operator's State's funds where the installation is located (the so-called second tier), and there is certain amount of nuclear liability that is covered by contributions given by all Parties to a certain convention (the so-called third tier). These figures will not be presented in this paper.<sup>14</sup>

### *3.1.3. Nuclear risk*

The nuclear risk that is subject of our paper can be generally defined as a probability that a particular adverse event occurs during a stated period of time, or results from a particular activity – commercial nuclear power production. The insurance is a risk management option by which the risk involved in this activity is transferred to some other entity – the insurer in most cases. The nuclear risk

---

12 Pelzer N. (2013) Operators' pooling arrangement; a national and international perspective, OECD/NEA Workshop Nuclear damage, liability and compensation schemes, 10-13 December 2013, Paris, available at <https://www.oecd-nea.org/ndd/workshops/nuclearcomp/presentations/>, accessed on 20.09.2017.

13 See: Article VII Vienna Convention, Article 10 of the Paris Convention, and Article 5 Annex to 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage.

14 More on these tiers in nuclear law in: Schwartz, 2006: 42 and Schwartz (2011).

is insured by both liability and property insurance. Notably, insuring nuclear risks is different from insuring other risks because:

1. Failure to control the nuclear chain reaction can lead to extensive plant damage and catastrophic radioactive contamination of wide areas (*e.g.* Chernobyl), and
2. Events are of low frequency but potentially high severity: in 2011, there were very few nuclear risks as compared to 440 existing nuclear power plants and a small number of other nuclear facilities; the premium in 2011 was about 800\$ million globally or 0.04% of total global premium for non-life insurance.<sup>15</sup>

According to the opinion of some scholars, the insurers had been aware of the risks posed by radiation since the 1920s, when radioisotopes and X-rays began to be used in industrial processes but these risks were viewed without concern, as the scale of application was small. The insurers of nuclear risk were concerned about the specific moments in history when the nuclear bombs were dropped on Hiroshima and Nagasaki, and the post-war nuclear weapon tests of the late 1940s (Reitisma, 2010: 389). Apart from the cases of war, if we only concentrate on nuclear electricity production and peaceful use of nuclear energy, we can detect the following insurance problems: the risk was unknown and poorly perceived; there is a low frequency outlook, but high catastrophe potential; there are few insured installations and there is risk of claims accumulation from a single event.<sup>16</sup> For this reason, *"...none of the existing companies are able to provide the required capacity on an individual basis or under conventional arrangements. ... International legislation requires the operator to provide insurance on the imposed liability and if such obligation is impossible, as there might not be insurers that cope with such insurance amounts, then a State covers the difference between specified liability amounts"* (Rimšaitė, 2013: 16).

Insurance pools have resolved to protect their solvency by the exclusion of radioactive contamination. This decision is a result of the potentially catastrophic exposure to insurers' existing portfolios. The exclusion clauses *"...usually relate only to ionising radiation or contamination by radioactivity from nuclear fuel or nuclear waste arising from the combustion of such fuel. The clauses do not necessarily apply to other sources of ionising radiation such as radioisotopes, X-ray equipment or particle accelerators which are normally freely insurable in the open market. These lesser sources of radioactivity are of comparatively minor significance and are frequently not classified as nuclear material under the relevant legislation (although this position varies throughout the world); the degree of damage that*

---

15 Data presented by Schwartz (2011).

16 See: Insurance of Nuclear Risk, IEA, December 2013

*could be caused is considered to fall within insurers' likely exposure limits for other conventional perils.*<sup>17</sup>

The categories of risks that can be covered are the same as in the classical industry, provided that it has been taken into account that the costs bound to nuclear decontamination can take significant proportions. However, the regulations of the third party liability of the nuclear operator are particular, and they are settled by international conventions as well as by specific laws in each country.<sup>18</sup>

#### **4. Types of damage that are object of insurance**

As for the types of damage that are object of insurance, we may talk about the nuclear damage that is compensable under the existing nuclear third party liability regime. Under the Paris and Vienna Conventions, the nuclear operator is liable for the compensation of the following types of damage:

- damage to or loss of life, and
- damage to or loss of property other than on-site property,
- whereby all claims for damage must be brought within 10 years of the accident.

Under the revised Paris and Vienna Conventions, and under the Convention on Supplementary Compensation, aside from the aforesaid types of damage, the nuclear operator is liable for compensation of:

- economic loss from types of damage named above,
- cost of reinstating impaired environment,
- cost of preventive measures and the loss/damage caused thereby, and
- loss of income from direct economic interest in use of environment,
- whereby personal injury or loss of life claims may be brought within 30 years of accident.

#### **5. Conclusion**

The principles of insurance apply to nuclear insurance with some notable differences. There is a requirement imposed on the nuclear operator to provide

---

<sup>17</sup> Data from the nuclear insurance pools official webpage, available at <https://www.nuclearpools.com/about-us> accessed on 19.04.2017

<sup>18</sup> Official data of the Belgian nuclear pool SYBAN available at <http://www.syban.be/en/page/insurance>, accessed on 19.04.2017

financial security. This is a foundation for the insurance principle of insurable interest, where the operator's obligation to provide security by way of insurance is the object of the insurance.

The main differences between the classical insurance and the insurance pools are the indicial challenges for the insurance industry that resulted in creating the new insurance mechanism – insurance pools:

- the impossibility of establishing accurate estimates of frequency in the absence of statistical knowledge or previous experience;
- the potential risk of enormous damage arising from contamination and the resulting cessation of economic activity affecting large numbers of population over widespread geographic regions, followed by long delays in claims notification as many of the effects on health only become manifest over a considerable period of years;
- the need to amass a substantial cover capacity for the benefit of a limited number of policyholders (in 2007, only a little more than 400 nuclear power reactors were in operation throughout the world).

## References

Convention on Civil Liability for Nuclear Damage of 1963

Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage of 1997

Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960

Јанковац И., Миладиновић З. Право осигурања (Insurance Law), Ниш, 2006

Pelzer, N. (1999). Reform of Civil Nuclear Liability OECD ed., International Symposium, Budapest, 31 May-3 June 1999

Quéré, A. (2014). Challenges facing the insurance industry since the modernization of the international nuclear third party liability regime, Nuclear Law Bulletin No. 94/Vol. 2014/2, NEA No. 7183, OECD, 2014, pp. 77-104

Reitisma, S., Tetley M. (ed) (2010). Insurance of nuclear risks in OECD/NEA International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 10th Anniversary of the International School for Nuclear Law, Paris, 2010, pp. 387-412

Rimšaitė, L. (2013). Nuclear Insurance Pools: Does the Horizontal Cooperation lead to the Market Foreclosure?, Journal of Business Law and Ethics, Vol. 1 No.1, December 2013, pp.16-26

Schwartz, J.(2006) International Nuclear Third Party Liability Law: The Response to Chernobyl, International Nuclear Law in the Post- Chernobyl Period, A Joined report by OECD/NEA and IAEA, 2006, pp.37-73, available at <https://www.oecd-nea.org/law/chernobyl/>; accessed on 17.04.2017.

Schwartz, Julia A. (2010). Liability and Compensation for a Third Party Resulting from a Nuclear Incident, International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook, 2010, OECD, pp. 307-355.

Schwartz J. (2011). Nuclear Risks, Are they Insurable? Are they insured? Nuclear Risk and Public Decision – Marking Scientific Conference, 15.11.2011, OECD Nuclear Energy Agency; available at <http://docplayer.net/1860765-15-11-2011-2-nuclear-risk-and-public-decision-marking-scientific-conference.html>, accessed on 20.09.2017.

Supplementary Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 31 January 1963

Tetley, M. (2006). Revised Paris and Vienna Nuclear Liability Conventions- Challenges for insurers, Nuclear Law Bulletin, 2006, pp. 27–39 (p.27)

Закон за облигационите односи (Obligation Relations Act) „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 04/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009; available in Macedonian at <http://www.pravo.org.mk/documentDetail.php?id=33>, accessed on 20.09.2017.

**Др Марија Амповска,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет „Гоце Делчев“ Штип, Република Македонија

## **ЗАЈЕДНИЧКИ ФОНДОВИ ОСИГУРАЊА: СЛЕДБЕНИЦИ КЛАСИЧНОГ ОСИГУРАЊА У ОБЛАСТИ НУКЛЕАРНОГ ПРАВА**

### **Резиме**

Уговори о осигурању су скоро једини инструмент за накнаду штете у свим областима. Индустрија осигурања је прави и искусни партнер у осигуравању од одговорности за штете. Међутим, њен капацитет није неограничен, ни у погледу обима ни у погледу висине средстава. Постоје специфични ризици који се често разликује од других ризика, као што је ризик од употребе нуклеарне енергије у мирнодопске сврхе. Са становишта осигуравача, поједини облици и трошкови штете се не могу прорачунати, као што је на пример штета по животну средину или штета која постаје видљива тек у року од десет година након инцидента. Степен могуће нуклеарне штете представља велики изазов за индустрију осигурања. Трошкови захтева за накнаду штете представљају додатни фактор у случају велике нуклеарне катастрофе која обухвата више хиљада подносилаца захтева. Национална осигуравајућа друштва морају да уложе своја средства у заједничке фондове осигурања на међународном нивоу, при чему је неопходно реосигурање.

Циљ овог рада је анализа како је уговор о класичном осигурању прерастао у нови модерни институт права осигурања, као и да истражи правну природу заједничких фондова осигурања и њихову имплементацију у пракси, нарочито у области осигурања нуклеарног ризика и накнаде нуклеарне штете. Потреба да се осигурају већа средства у области нуклеарног осигурања потиче од промене међународног правног инструмента који је регулисао питање накнаде нуклеарне штете, а који је проширио концепт надокнадиве штете и истовремено успоставио знатно повећане износе минималне накнаде штете за утврђену одговорност. Заједнички фондови осигурања представљају одговор на ове промене.

**Кључне речи:** заједнички фондови осигурања, уговор о осигурању, накнада штете, нуклеарна штета.

**Др Милица Панић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1776707P

366:004.738.5

Рад примљен: 01.10.2017.  
Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ПРАВО ПОТРОШАЧА НА ОДУСТАНАК ОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ НА ДАЉИНУ ПУТЕМ ИНТЕРНЕТА**

**Апстракт:** У овом раду ћемо говорити о правима потрошача која се тичу одустанка од уговора о продаји на даљину путем интернета. Посебно је интересантно ово питање, јер су у Републици Србији и другим земљама бившим југословенским републикама донијети нови закони о заштити потрошача или мијењани стари, а ради усклађивања са правом Европске уније, а превасходно са одредбама Директиве о правима потрошача 2011/83/ЕУ. У овом раду говорит ћемо о случајевима када потрошач има право на одустанак од уговора, како се рачунају рокови за одустанак и начин остваривања права на одустанак од уговора, затим како одустанак утиче на повезане уговоре и о изузецима од права на одустанак од уговора, те о заштити потрошача. Приликом писања рада коришћен је позитивноправни, историјски и упоредни метод. Циљ рада је да укажемо да ли сурјешења новог Закона о заштити потрошача Републике Србије усклађена са Директивом 2011/83/ЕУ о правима потрошача.

**Кључне ријечи:** потрошач, трговац, одустанак, уговор, интернет.

---

\* milicapanic788@yahoo.com

## 1. Увод

Уговор може престати на више начина, а у литератури се наводе сљедећи случајеви: престанак уговора услед поништења, раскида (једностраног или споразумног), смрти и немогућности испуњења.<sup>1</sup> Када су у питању потрошачки уговори о продаји који се закључују путем интернета, у Закону о заштити потрошача Србије<sup>2</sup> предвиђају се посебни случајеви када потрошач има право на одустанак од уговора, а то је рјешење преузето из Директиве о правима потрошача.<sup>3</sup> Када је у питању појам потрошача у литератури се наводи да је то: „индивидуална, физичка особа која у тржишној размјени са професионалним партнерима стиче добра и користи услуге за приватне потребе“ (Мисита, 1997: 60).<sup>4</sup> Потрошачки уговор је уговор између трговца који дјелује у оквиру своје привредне или професионалне дјелатности и особе која дјелује приватно, за себе изван своје привредне дјелатности или професионалне“ (Кларић, Ведриш, 2009: 417).

1 Перовић, С. (1990). *Облигационо право*. Београд: Службени лист СФРЈ (Грачаница: Штампариија), 447; Панић, М. (2016). *Правни аспекти продаје на даљину путем Интернета*, докторска дисертација, Правни факултет Крагујевац, 233–253.

2 Закон о заштити потрошача – ЗЗПС, *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 62(2014) и 6(2016) др. закон.

3 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, у даљем тексту: Директива о правима потрошача, retrived, 21, July 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>; У њемачком праву је донијет Закон о имплементацији Директиве о потрошачким правима и мијењан је Њемачки грађански законик, укључујући и уводни акт у BGB.

4 Još je John F. Kennedy 1962. godine prilikom predstavljanja američkom kongresu „Deklaracije o zaštiti potrošača“ izjavio: „Potrošači, po definiciji uključuju sve nas. I mene kao predsjednika SAD. Potrošači su najveća gospodarska skupinana koju utječe skoro svaka javna ili privatna gospodarska odluka. Oni su najvažnija skupina čiji se stavovi vrlo često ne čuju. Glas potrošača mora se čuti.“ Brčić Stipčević, V., Renko, S., (2008). Koliki je stupanj potrošačke osviještenosti studentske populacije?, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, godina 6, 2008: 354. „U Sjedinjenim Američkim Državama donesen je Zakon o zaštiti potrošača još godine 1972, a na osnovi toga Zakona osnovana je i posebna savezna komisija za sigurnost potrošačke robe – FTC Federal Trade Commission, koja u svojoj nadležnosti kao dva konstitutivna segmenta obuhvaća zaštitu potrošača i antitrust, odnosno zaštitu tržišnog natjecanja.“ (Horak, Pavletić Župić, 2005: 1032–1033); У ЗЗПС у чл. 5, ст. 1, тач. 1 се наводи да је: „Потрошач физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намијењене његовој пословној или другој комерцијалној дјелатности.“



Када је у питању престанак уговора о продаји на даљину путем интернета, у праву Републике Српске у Закону о заштити потрошача<sup>5</sup> говори се о раскиду уговора, док је у ЗЗПС и у Директиви о правима потрошача коришћен термин одустанак од уговора. Да би се према Закону о облигационим односима<sup>6</sup> могао раскинути уговор потребно је да се испуне одређени услови зависно о којој врсти раскида уговора је ријеч, да ли о раскиду уговора због неиспуњења, због материјалног или правног недостатка ствари. Затим ту су различити рокови у зависности од тога да ли је у питању раскид уговора због неиспуњења када треба да се остави накнадни примјерени рок за испуњење, а то је нешто другачије регулисано када је у питању одустанак од уговора о продаји на даљину путем интернета.

„Један од института који се уводи у потрошачко уговорно право је право потрошача на раскид уговора. Специфично је што се овдје не постављају никакви услови за остварење права, за разлику од традиционалног једностраног раскида уговора код којег, уобичајено, услов је да постоји повреда уговорних одредби или промјена околности што доводи до тога да се уговор не може раскинути. Правом на раскид уговора омогућава се потрошачу да још једном размисли о својој одлуци за закључење уговора и да, уколико промијени мишљење, из било којих разлога, може да тај уговор у одређеном року, познат као и период хлађења (cooling – off), раскине. Другој уговорној страни, обично трговцу таква могућност није дата.“ (Zdraveva, 2007: 206)<sup>7</sup>

У старом ЗЗПС из 2010. године у чл. 31 имамо одредбе о дужности обавјештавања о вршењу права на једнострани раскид уговора. У новом ЗЗПС из 2014. године у чл. 28, ст. 1 предвиђа се право потрошача да одустане од уговора закљученог на даљину, односно изван пословних просторија у року од 14 дана, без навођења разлога и додатних трошкова, осим трошкова из чл. 34 и 35<sup>8</sup> ЗЗПС.

---

5 Закон о заштити потрошача Републике Српске – ЗЗПРС. *Сл. гласник Републике Српске*. Бр. 6(2012), 63(2014) и 18(2017).

6 Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29(1978), 39(1985), 45/(1989), 57(1989), *Службени лист СФРЈ*, Бр. 31(1993) и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1(2003) – Уставна повеља.

7 „Када потрошач оствари своје право на раскид уговора, све уговорне обавезе се гасе, а трговац нема право на накнаду евентуалне штете коју је претрпио.“ Case C – 423/97, Travel Vac SL Manuel Jose Antelim Sanchis ECJ 22 April 1999, ECR 1999 I-02195, Retrieved 13. August. 2017. from <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf>;

8 Мисли се на одредбе које се односе на обавезе трговца и потрошача у случају одустанка од уговора.

Према чл. 29, ст. 1 ЗЗПС када је у питању почетак рачунања рокова за одустанак потрошача од уговора предвиђају се различити тренуци, у зависности од тога да ли је у питању уговор о пружању услуга, уговор о продаји робе, да ли је наручено више врста роба, или се испорука састоји из више пошиљки или дијелова и др. Тако када је у питању уговор о пружању услуга, рок од 14 дана рачуна се од тренутка закључења уговора између потрошача и трговца, док код уговора о продаји робе, рок од 14 дана рачуна се од тренутка када роба доспије у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник.<sup>9</sup>

У случају да потрошач једном поруџбеницом наручи више врста роба које се испоручују засебно, рок од 14 дана почиње да тече када последња врста наручене робе доспије у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник. Када се испорука робе састоји из више пошиљки и дијелова, рок од 14 дана почиње да тече када је последња пошиљка или дио, доспио у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник. Ако је закључен уговор на неодређено вријеме са периодичним испорукама робе, рок од 14 дана почиње да тече када прва пошиљка робе доспије у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник.

Ако трговац не преда потрошачу обавјештење из чл. 27. ст 1. тач. 4 ЗЗПС<sup>10</sup>, потрошач може одустати од уговора у року од 12 мјесеци од дана истека рока за одустанак од уговора. Међутим, ако трговац није предао потрошачу обавјештење из чл. 27, ст. 1, тач. 4 ЗЗПС, па то учини у року од 12 мјесеци од дана закључења уговора, рок од 14 дана почиње да тече када потрошач добије образац за одустанак. Рок из чл. 29, ст. 1 до 7, горе побројаних случајева, истиче протеклом посљедњег часа последњег дана рока.<sup>11</sup>

Овај рок је различито постављен у законима који регулишу област заштите потрошача. У Закону о заштити потрошача БиХ<sup>12</sup> рок одустајања је 15 дана од дана када је потрошач примио производ, а код услуга рок почиње да тече од дана закључења уговора, а у Републици Српској у ЗЗПРС према чл. 64, ст. 1 и 2 рок је 15 дана од дана када је потрошач примио производ. Овдје не само да се разликује рок већ и тренутак од када потрошач има

---

9 чл. 29, ст. 1 и 2 ЗЗПС.

10 Мисли се на услове, временски рок и поступак за остваривање права на одустанак од уговора у складу са чланом 28 ЗЗПС.

11 ЗЗПС, чл. 29.

12 Закон о заштити потрошача Босне и Херцеговине – ЗЗПБиХ. *Службени гласник БиХ*. Бр. 25/06.

право на раскид уговора који је знатно дужи јер се рачуна од дана пријема производа.<sup>13</sup>

Што се тиче одредби ЗЗПС, оне су у потпуности усклађене са рјешењима Директиве о правима потрошача. Међутим, то није случај са законима о ЗЗПРС и ЗЗПБиХ, које би поводом овог питања требало ускладити.<sup>14</sup>

## 2. Остваривање права на одустанак од уговора

### 2.1. Услови

Потрошач право на одустанак од уговора мора да искористи прије истека рока, како је то предвиђено у роковима о ЗЗПС и Директиви о правима потрошача, коришћењем обрасца за одустанак од уговора или давањем недвосмислене изјаве у којој је исказана његова одлука о одустанку од уговора.<sup>15</sup> Према ст. 45 уводног дијела Директиве је предвиђено да искуство показује да многи потрошачи и трговци радије комуницирају путем интернетске странице трговца, те би трговац требало да има могућност да потрошачу понуди опцију испуњавања обрасца за одустајање преко интернетске странице. Свакако у том би случају трговац требало

---

13 У Словенији у Закону о заштити потрошача (*Zakon o varstvu potrošnikov – ZVP*). *Uradni list RS*. Бр. 98 (2004), бр. 98(2004) – uradno prečišćeno besedilo, бр. 46(2006) – odločba US, бр. 126(2007) in Бр. 86(2009) и Бр. 78(2011), Бр. 38(2014) и Бр.19(2015) чл. 43ч, ст. 1. при уговорима закљученим на даљину рок за раскид је 14 дана. Према чл. 72, ст. 1 Закона о заштити потрошача Хрватске – ЗЗПХ, *Narodne novine*, Бр. 41(2014) и Бр. 110(2015) потрошач има право, не наводећи разлоге за то, једнострано раскинути уговор закључен изван пословних просторија или закључен на даљину у року од 14 дана. У Закону за заштиту на потрошувачите Македоније - ЗЗПМ, *Службени весник на Р. Македонија*. Бр. 38 (2004), бр. 77(2007), Бр. 103(2008) и Бр. 24(2011). предвиђа се да уговор закључен на даљину може раскинути потрошач у року од 8 радних дана без навођења икаквих разлога у чл. 92, ст. 1. У Закону о заштити потрошача Црне Горе – ЗЗПЦГ. *Сл. лист Црне Горе*. Бр. 2(2014) према чл. 66, ст. 1–3 потрошач има право да, без навођења разлога, једнострано раскине уговор закључен на даљину у року од седам радних дана од дана пријема робе, односно за услуге од дана закључења уговора или пријема потврде претходног обавјештења, ако је пријем потврде услиједио послите закључења уговора.

14 Према чл. 4 Директиве о правима потрошача, према којем државе чланице не смију у свом националном праву одржавати нити у њега увести одредбе које одступају од одредаба утврђених у Директиви о правима потрошача, укључујући и строже или мање строге одредбе за осигурање различите разине заштите потрошача, осим ако у овој Директиви није предвиђено друкчије.

15 чл. 11 Директиве о правима потрошача. Исто рјешење је и у чл. 32, ст. 3 *Statutory instruments 2013, No. 313, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*.

да предвиди слање потврде о пријему, на примјер електронском поштом без одлагања.<sup>16</sup>

У Србији се у ЗЗПС предвиђа правило да потрошач остварује право на одустанак од уговора изјавом коју може дати на посебном обрасцу<sup>17</sup> за одустанак од уговора закљученог на даљину, односно изван пословних просторија или на други недвосмислен начин.<sup>18</sup> Изјава о одустанку од уговора код уговора на даљину и уговора који се закључују изван пословних просторија сматра се благовременом уколико је послата трговцу у року од 14 дана и производи правно дејство од дана када је послата трговцу.<sup>19</sup> Ако трговац омогући потрошачу да електронски попуни и пошаље образац за одустанак, дужан је да га о пријему обрасца без одлагања обавијести у писаној форми или на другом трајном носачу записа.<sup>20</sup> Терет доказивања да је поступио у складу са одредбама о праву потрошача на одустанак од уговора ради остваривања права на одустанак од уговора је на потрошачу.<sup>21</sup>

У Републици Српској када је у питању ЗЗПРС, у њему се у чл. 64 регулише право на једнострани раскид уговора. Ако потрошач користи право на једнострани раскид уговора, дужан је да о томе трговцу достави писано обавјештење. Потрошач има право да раскине уговор на даљину у року од 15 дана без образложења и без трошкова. Рок за раскид почиње да тече од дана када је потрошач примио производ, а код услуга од дана

---

16 Државе чланице не предвиђају никакве формалне захтјеве примјењиве на узорак обрасца за одустајање, осим захтјева одређених у Прилогу И(Б). Сматра се да је потрошач своје право одустајања остварио у року за одустајање из чл. 9, ст. 2 и чл. 10 Директиве о правима потрошача ако своје саопштење о остваривању права одустајања пошаље прије истека тога рока. Осим могућности из ст. 1, чл. 11 трговац потрошачу може дати опцију да на интернетској страници трговца електронски испуни и достави узорак обрасца за одустајање одређен у Прилогу И(Б) или неку другу недвосмислену изјаву. У тим случајевима трговац потрошачу без одлагања доставља потврду пријема таквог одустајања на трајном носачу података. Терет доказа о остварењу права одустајања у складу је на потрошачу чл. 11, ст. 1–4 Директива о правима потрошача. Smjernice glavne uprave za pravosuđe o Direktivi 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, 44, retrived, 21, July 2017 from, [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf).

17 Облик и садржину обрасца за одустанак прописује министар надлежан за послове заштите потрошача према чл. 28, ст. 8 ЗЗПС.

18 чл. 28, ст. 2 ЗЗПС.

19 чл. 28, ст. 3 и 4 ЗЗПС.

20 чл. 28, ст. 5 ЗЗПС.

21 чл. 28, ст. 7 ЗЗПС.

закључења уговора.<sup>22</sup> У Словенији је предвиђено да према чл. 643. д ZVP обавјештење о одустанку потрошач може да поднесе компанији на обрасцу, или недвосмисленом изјавом на основу које се јасно види да је у питању одустанак. У овом случају, компанија треба одмах да потврди пријем обавјештења о одустанку на трајном носачу.

„Према Приједлогу Уредбе ЕУ о заједничком праву продаје потрошач може да раскине уговор на даљину у року од 14 дана, без икаквих разлога и без трошкова, под условом да је цијена, или када су закључени уговори више у исто вријеме, укупна цијена уговора прелази 50 евра или противвриједност износа у валути која је договорена за цијену уговора у вријеме закључења уговора“ (Zdraveva, 2007: 212).

Када је у питању остваривање права на одустанак од уговора одредбе о ЗЗПС су усклађене са рјешењима Директиве о правима потрошача, што није случај са ЗЗПРС. Овај закон би у том правцу требало мијењати, нарочито када су у питању рокови за остваривање права на одустанак од уговора. Тако према ЗЗПРС<sup>23</sup>, ако трговац потрошачу није доставио обавјештење прије закључења уговора о продаји на даљину, потрошач има право да раскине уговор у року од три мјесеца, који се различито рачуна у односу на то да ли су у питању робе или услуге. Тај рок у Директиви о правима потрошача према чл. 10 износи 12 мјесеци.

Овдје се поставља питање да ли потрошач може дјелимично одустати од уговора за вишеструку робу ако жели отказати куповину само једне или више њих, а ово није изричито регулисано ни Директивом о правима потрошача, а ни ЗЗПС, ни ЗЗПРС. Сматрамо да не постоје разлози који би спречавали трговца и потрошача да се на тај начин споразумију о

---

22 Према новом ЗЗПХ у чл. 74 је предвиђено да је потрошач дужан прије истека рока за једнострани раскид уговора из чл. 72 ЗЗПХ обавијестити трговца о својој одлуци да раскине уговор и то путем обрасца за једнострани раскид уговора. Према чл. 67 ЗЗПЦГ уговор закључен на даљину раскида се слањем писаног обавјештења трговцу. Уговор се сматра раскинутим у тренутку када је трговац примио обавјештење из ст. 1 овог члана. Уговор је раскинут на вријеме ако је обавјештење о раскиду упућено у роковима из члана 65 ЗЗПЦГ. Према чл. 94 ЗЗПМ уговор се раскида писаним обавјештењем о раскиду послатом трговцу. Уговор је раскинут у тренутку када је трговац примио обавјештење о раскиду. Сматра се да је уговор раскинут на вријеме, ако је обавјештење о раскиду упућена унутар рокова из чланова 92 и 93 ЗЗПМ.

23 чл. 62 ЗЗПРС; „Tako je u predmetu C-489/07, *Messner v Krüger* od 3.9.2009. [2009] ECR I-7315, ESP došao do zaključka kako čl. 6, st. 1–2 Direktive 97/7/EZ isključuje nacionalne odredbe koje u slučaju potrošačeva korištenja prava na odustanak od ugovora, zahtijevaju od njega plaćanje naknade za korištenje potrošačke robe.“ Мишћенић, Е. (2013), *Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. IV, No. 1, 15.

дјелимичном одустајању од уговора повратом само једног производа или неколико производа продатих преко једне наруџбе.<sup>24</sup>

### *2.1.1. Правне посљедице одустанка од уговора*

Према чл. 12 Директиве о правима потрошача остварењем права одустајања престају обавезе странака да изврше уговор на даљину или у случајевима када је потрошач дао понуду, да закључе уговор на даљину. Ту се налазе и посебна правила која се односе на обавезе трговца и обавезе потрошача у случају одустанка од уговора.

Према ст. 46 уводног дијела Директиве о правима потрошача, у случају да потрошач одустане од уговора и изричито одабере одређену врсту испоруке (на примјер експресну испоруку у року од 24 сата), иако је трговац понудио уобичајену врсту испоруке код које би трошак испоруке био мањи, потрошач би требало да сноси разлику трошкова између те двије врсте испоруке. Када је у питање рјешење ЗЗПС, ако потрошач оствари право на одустанак од уговора, разликујемо ситуације када имамо обавезе трговца и потрошача, као и у Директиви о правима потрошача.

Тако у чл. 34 ЗЗПС имамо регулисане обавезе трговца у случају одустанка од уговора. Трговац је дужан да без одлагања изврши повраћај уплата које је примио од потрошача, укључујући и трошкове испоруке, а најкасније у року од 14 дана од дана када је примио образац за одустанак.<sup>25</sup> Трговац врши повраћај користећи иста средства плаћања која је потрошач користио у првобитној трансакцији, осим ако се потрошач није изричито сагласио са коришћењем другог средства плаћања и под условом да потрошач због таквог повраћаја не сноси никакве трошкове.<sup>26</sup> Изузетно од ст. 1, чл. 34 Закона о заштити потрошача Србије, трговац није дужан да изврши повраћај додатних трошкова који су посљедица изричитог захтјева потрошача за доставу која одступа од најјефтиније уобичајене доставе коју је понудио трговац.<sup>27</sup> Трговац може да одложи повраћај средстава док не добије робу која се враћа, или док потрошач не достави доказ да је послао робу трговцу у зависности од тога шта наступа прво, осим у случају када је трговац понудио да сам преузме робу.<sup>28</sup>

---

24 Више о томе видј.: [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf), 44–45, retrived 02. January, 2015.

25 чл. 34, ст. 1 ЗЗПС.

26 чл. 34, ст. 2 ЗЗПС.

27 чл. 34, ст. 3 ЗЗПС.

28 чл. 34, ст. 4 ЗЗПС.

Према чл. 35 ЗЗПС је прописано да је потрошач дужан да врати робу трговцу или лицу овлашћеном од стране трговца, без одлагања, а најкасније у року од 14 дана од дана када је послао образац за одустанак.<sup>29</sup> Сматраће се да је роба враћена у року ако је потрошач послао робу прије истека рока од 14 дана из ст. 1 овог члана.<sup>30</sup> Потрошач сноси искључиво директне трошкове враћања робе, осим ако се трговац сагласио са тим да их он сноси, или ако није претходно обавијестио потрошача да је потрошач у обавези да их плати.<sup>31</sup> Потрошач је искључиво одговоран за умањену вриједност робе која настане као посљедица руковања робом на начин који није адекватан, односно превазилази оно што је неопходно да би се установили природа, карактеристике и функционалност робе.<sup>32</sup> Потрошач неће бити одговоран за умањену вриједност робе у случају када му трговац није доставио обавјештење о праву на одустанак од уговора.<sup>33</sup>

Када потрошач остварује право на одустанак од уговора након што је доставио захтјев у складу са чл. 30, ст. 4 или чл. 31, ст. 8 ЗЗПС, дужан је да плати трговцу износ који је сразмјеран са извршеним услугама до момента када је потрошач обавијестио трговца о остваривању права на одустанак од уговора.<sup>34</sup> Сразмјерни износ који потрошач треба да плати трговцу обрачунава се на основу продајне цијене договорене уговором, која не може бити виша од тржишне вриједности онога што је било испоручено.<sup>35</sup>

Потрошач не сноси трошкове за:

1) „пружену услугу или снабдевање водом, гасом или електричном енергијом када они нису понуђени на продају у ограниченој или унапријед одређеној количини, или потпуно или дјелимично снабдјевање топлотном енергијом током рока за одустанак када:

(1) трговац није доставио обавјештење у складу са чл. 27, ст. 1, тач. 4) и 5) ЗЗПС; или

(2) потрошач није изричито захтијевао да се са извршењем почне у току рока за одустанак од уговора у складу са чл. 30, ст. 4 или чл. 31, ст. 8 Закона о заштити потрошача Србије;

---

29 чл. 35, ст. 1 ЗЗПС.

30 чл. 35, ст. 2 ЗЗПС.

31 чл. 35, ст. 3 ЗЗПС.

32 чл. 35, ст. 4 ЗЗПС.

33 чл. 35, ст. 5 ЗЗПС.

34 чл. 35, ст. 6 ЗЗПС.

35 чл. 35, ст. 7 ЗЗПС.

2) испоруку дигиталног садржаја, у потпуности или дјелимично, који није достављен на трајном носачу записа када:

(1) потрошач није дао претходну изричиту сагласност за почетак извршења прије истека рока од 14 дана;

(2) потрошач није потврдио да зна да дајући сагласност губи право на одустанак од уговора; или

(3) трговац није доставио потврду у складу са чл. 30, ст. 2 или чл. 31, ст. 3 ЗПС.<sup>36</sup>

Осим у случајевима предвиђеним чл. 35 ЗЗПС, потрошач не сноси одговорност као посљедицу остваривања права на одустанак од уговора.<sup>37</sup>

Када је у питању ЗЗПРС, у случају одустанка потрошача од уговора на даљину, не предвиђају се посебне одредбе које се односе на обавезе трговца и обавезе потрошача у овом случају. Према чл. 64, ст. 7 ЗЗПРС у случају раскида уговора на даљину по којем је потрошач примио производ, потрошач надокнађује само трошак враћања производа. Када потрошач раскине уговор о продаји на даљину, трговац је дужан да му без одгањања врати плаћени износ новца, а најкасније у року од 15 дана од дана када је примио писано обавјештење од потрошача. Ако трговац не врати плаћени износ, дужан је да осим цијене, заједно са законским затезним каматама, плати и додатних 10% износа за сваких 30 дана кашњења. Уговор је раскинут у тренутку када је трговац примио обавјештење о раскиду. Потрошач не одговара за штету коју је трговац претрпио због раскида уговора.<sup>38</sup>

У ЗЗПЦГ у чл. 68 предвиђају се посљедице једностраног раскида уговора. Тако, у случају једностраног раскида уговора потрошач је дужан да о свом трошку врати трговцу примљену робу што је прије могуће, а најкасније у року од 30 дана од дана упућивања обавјештења из чл. 67, ст. 1 овог закона. Потрошач не одговара за штету коју је трговац претрпио због раскида уговора и није дужан да плати накнаду штете, ни другу накнаду, трошкове, камату или казну због раскида уговора. У том случају, трговац је дужан да што је могуће прије, а најкасније у року од 30 дана од дана пријема обавјештења о раскиду, врати потрошачу цјелокупан износ који је потрошач до тренутка раскида платио на основу уговора, увећан за износ затезне камате од пријема писаног обавјештења о раскиду до исплате.

---

36 чл. 35, ст. 8 ЗЗПС.

37 чл. 35, ст. 9 ЗЗПС.

38 чл. 64, ст. 8–11 ЗЗПРС.



У ЗЗПМ у чл. 95 предвиђа се да у случају раскида уговора, потрошач ће о свом трошку да врати производ трговцу. Потрошач не одговара за штету коју претрпи трговац усљед раскида уговора. Трговац је дужан, у року од 30 дана од дана пријема обавештења о раскиду уговора, да врати цјелокупан износ који је потрошач до раскида уговора платио по уговору, осим за директне трошкове враћања производа.

Рок за враћање примљеног износа од 30 дана је био предвиђен Директивом 97/7/ЕЗ о продаји на даљину, па би ове законе требало ускладити са Директивом о правима потрошача.

У словеначком ZVP правне посљедице раскида уговора регулисане су у чл. 43д, ст. 2. Тако у случају раскида уговора од стране потрошача, компанија одмах, или најкасније у року од 14 дана по пријему обавјештења о одустајању од уговора, враћа сва примљена плаћања. Тај рок прије измјена је гласио 30 дана. Када је у питању ЗЗПХ, усклађен је са Директивом о правима потрошача и садржи одредбе које се посебно односе на обавезе трговца и обавезе потрошача у случају одустанка од уговора.

Овдје се поставља питање ко сноси ризик за случајно оштећење или губитак робе када се она враћа у случају одустанка потрошача код уговора на даљину. У Директиви о правима потрошача у чл. 20 предвиђају се рјешења за прелаз ризика само у случају када трговац отпрема робу потрошачу, па би стога ово питање требало регулисати националним законима. С обзиром на то да је потрошач постао власник робе у моменту њене предаје, он би требало да сноси ризик за случајно оштећење или губитак робе у случају поврата. Међутим, у случају да је потрошач одбио да прими испоручено, без изричите изјаве или уз изјаву трговцу о одустајању од уговора, трговац би наставио сносити ризик губитка или оштећења јер не би дошло до преноса ризика на потрошача у складу са чл. 20 Директиве о правима потрошача.<sup>39</sup>

### *2.1.2. Посљедице коришћења права на одустанак од уговора на повезане уговоре*

Према чл. 2, ст. 1, тач. 15 Директиве о правима потрошача повезани уговор јесте уговор којим потрошач стиче добра или услуге које се односе на уговор на даљину, или уговор закључен изван пословних просторија када та добра испоручује или те услуге пружа трговац или трећа страна на основу уговора између трећег лица и трговца. Не доводећи у питање чл.

---

<sup>39</sup> [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf), 50, retrieved from 02. January 2015.

15 Директиве 2008/48/ЕЦ Европског парламента и Савјета од 23. априла 2008. о потрошачким кредитима, у случају да потрошач оствари право на одустанак од уговора на даљину или уговора који се закључује изван пословних просторија, аутоматски престаје правно дејство свих повезаних уговора без било каквог трошка за потрошача, осим оних из члана 13 (2) и члана 14 Директиве о правима потрошача.<sup>40</sup>

Према ЗЗПС<sup>41</sup> повезани уговор је уговор на основу којег потрошач прибавља робу или услуге које су у вези са уговором закљученим на даљину и изван пословних просторија трговца или трећег лица са којим трговац има споразум. У случају да потрошач оствари право на одустанак од уговора, престаје правно дејство повезаних уговора без било каквог трошка за потрошача, трошкова из чл. 34 и 35 ЗЗПС.<sup>42</sup> Ово се односи и на уговор о кредиту који је повезан с потрошачким уговором, независно од тога да ли је потрошачу кредит одобрио трговац или треће лице.

Ако је треће лице одобрило кредит потрошачу за потребе финансирања обавеза из одређеног уговора са трговцем:

- трговац је дужан да о одустанку од уговора обавијести даваоца кредита;
- давалац кредита је дужан да потрошачу без одлагања врати износ који је потрошач платио до одустанка од уговора са каматом, а најкасније у року од 30 дана од дана када је обавјештен о одустанку од уговора.<sup>43</sup>

Према чл. 65, ст. 2 ЗЗПРС, ако трговац уговором о продаји на даљину обезбјеђује потрошачу кредит сам или посредством трећег лица, не може у случају одустајања од уговора захтијевати затезне камате или друге трошкове, када потрошач користи своје право на раскид уговора. Ако је дошло до преваре у употреби платне картице у вези са уговором на даљину, потрошач има право на поврат цјелокупних средстава.<sup>44</sup>

---

40 чл. 15 Директиве о правима потрошача; Упор.: чл. 38 *Statutory instruments 2013, No. 313, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*, гдје је ово питање детаљније регулисано.

41 чл. 5, ст. 1, тач. 17 ЗЗПС.

42 чл. 36, ст. 1 ЗЗПС.

43 чл. 36, ст. 3 ЗЗПС.

44 чл. 65, ст. 3 ЗЗПРС; У чл. 70 ЗЗПЦГ је регулисано да ако је, ради дјелимичне или потпуне исплате цијене из уговора закљученог на даљину, трговац или друго лице на основу споразума са трговцем, потрошачу одобрило кредит, раскидом уговора закљученог на даљину на основу члана 66 овог закона раскида се и уговор о кредиту. У случају раскида уговора о кредиту из ст. 1 члана 70 потрошач није дужан да кредиту плати накнаду штете ни другу накнаду, трошкове, камате или казну. Трговац, односно

У ЗЗПХ, у чл. 78 регулише се утицај једностраног раскида уговора на повезане уговоре. Не доводећи у питање одредбе чланова закона којим се уређује потрошачко кредитирање у дијелу који се односи на повезане уговоре о кредиту, ако потрошач једнострано раскине уговор, уједно ће се раскинути било који повезан уговор, и то без икаквих трошкова за потрошача, осим оних који су предвиђени одредбама овога одсјека.<sup>45</sup>

Примјери повезаних уговора би били: уговор о испоруци, одржавању или инсталацији, уговор о осигурању и кредиту за финансирање куповине. Однос између одвојених и повезаних уговора требало би оцијенити како би се одредило који је главни, а који пропратни уговор уз главни уговор: ако би путем одвојених уговора с истим трговцем потрошач купио услуге мобилне телефоније и мобилни уређај који је (дјелимично) плаћен у мјесечној цијени за услугу, уговор о услугама требало би сматрати главним уговором. У том случају потрошач би могао одустати само од пропратног купопродајног уговора уз задржавање уговора о услугама. Ако је пропратни уговор изван подручја примјене Директиве о правима потрошача (као што је уговор о осигурању или кредиту), посљедице раскида подлијежу правилима уговорног права држава чланица.<sup>46</sup>

Закони о заштити потрошача Републике Србије и Републике Српске су у складу са рјешењима Директиве о правима потрошача, с тим што се у ЗЗПРС налазе одредбе које се односе на злоупотребе приликом коришћења платне картице, што сматрамо да је добро рјешење, а нема га у Србији.

---

друго лице из ст. 1, чл. 70 дужно је да врати потрошачу износ плаћен по основу уговора о кредиту, најкасније у року од 30 дана од дана пријема обавјештења о раскиду уговора закљученог на даљину; Према члан 97 ЗЗПМ ако је за дјелимичну или потпуну исплату уговорене цијене из уговора о продаји производа и услуга закључених на даљину, потрошачу одобрен кредит од стране трговца или трећег лица које је потрошачу одобрило кредит на основу његовог уговора са трговцем, раскидањем уговора о продаји производа или услуга раскинут је и уговор о кредиту. Уколико потрошач, на основу одредаба члана 97 ЗЗПМ, раскине уговор о кредиту, трговац или треће лице које је одобрило кредит на основу уговора са трговцем, нема право потрошачу зарачунати никакве трошкове, камате или казну, у складу са чл. 98 ЗЗПМ.

45 Овдје је интересантно поменути да је у старом ЗЗПХ, у чл. 50 био предвиђен утицај раскида на одобрени зајам. И у литератури смо наилазили на случајеве да се ови појмови користе као синоними, што није случај, јер су то два одвојена уговора, за које су у 300 предвиђене посебне одредбе, а имамо и одредбе које се односе на потрошачки кредит.

46 [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf), 53, 02. Јануару 2015.

### 3. Изузеци од права на одустанак од уговора

Постоје одређени случајеви у којима потрошач неће имати право да одустане од уговора. То се односи на 13 ситуација предвиђених у Директиви о правима потрошача у чл. 16. Према чл. 37 ЗЗПС потрошач нема право да одустане од уговора у случају:

- „пружања услуга, након што је услуга у потпуности извршена ако је пружање услуге почело након изричите претходне сагласности потрошача и уз његову потврду да зна да губи право на одустанак од уговора када трговац у потпуности изврши уговор;
- испоруке робе или пружања услуга чија цијена зависи од промјена на финансијском тржишту на које трговац не може да утиче и које могу настати у току рока за одустанак;
- испоруке робе произведене према посебним захтјевима потрошача или јасно персонализоване;
- испоруке робе која је подложна погоршању квалитета или има кратак рок трајања;
- испоруке запечаћене робе која се не може вратити због заштите здравља или хигијенских разлога и која је отпечаћена након испоруке;
- испоруке робе која се, након испоруке, због своје природе неодвојиво мијеша са другом робом;
- испоруке алкохолних пића чија је цијена договорена у вријеме закључивања уговора о продаји и чија се испорука може извршити тек након 30 дана од дана закључења уговора, а чија стварна цијена зависи од промјена цијена на тржишту на које трговац не може да утиче;
- уговора којима потрошач изричито захтијева посјету од стране трговца у циљу спровођења хитних поправки или одржавања; уколико приликом ове посјете трговац пружи и друге услуге осим оних које је потрошач конкретно захтијевао или достави другу робу осим дијелова за замјену који су неопходни за одржавање или извршење поправки, право на одустанак од уговора се односи на ове допунске услуге или робу;
- испоруке запечаћених аудио, видео записа или рачунарског софтвера, који су отпечаћени након испоруке;
- испоруке новина, периодичних издања или часописа осим претплатничких уговора за испоруку ових издања;

- уговора закључених на јавној аукцији;
- пружања смјештаја који није у стамбене сврхе, транспорта робе, услуга изнајмљивања аутомобила, услуга припреме и достављања хране или услуга повезаних са слободним активностима уколико уговор предвиђа конкретни рок или период извршења;
- испоруке дигиталног садржаја који није испоручен на трајном носачу записа ако је извршење започело после претходне изричите сагласности потрошача и његове потврде да зна да на тај начин губи право на одустанак од уговора.<sup>447</sup>

У односу на ЗЗПС из 2010. године, знатно је проширена листа разлога која се односе на изузетке од права на одустанак уговора, односно једнострани раскид уговора.<sup>48</sup>

У члану 65 ЗЗПРС и чл. 69 ЗЗПЦГ предвиђају се случајеви када потрошач нема право на раскид уговора на даљину.<sup>49</sup> Потрошач нема право на раскид уговора на даљину, уколико се стране нису другачије договориле, ако је ријеч о:

- а) уговору о пружању услуге, ако је пружање услуге почело уз изричит пристанак потрошача прије истека рока од 15 дана из члана 64 овог закона,
- б) уговору о играма на срећу,
- в) уговору о продаји робе или услуга, ако цијена производа или услуге зависи од промјена на финансијском тржишту на које трговац не може утицати,
- г) уговору о продаји производа израђеног по спецификацији потрошача или прилагођеног личним потребама потрошача или производа који због своје природе не може бити враћен, или је подложен брзом пропадању,
- д) уговору о продаји аудио и видео записа и компјутерских програма које је потрошач отпаковао и
- ђ) уговору о продаји новина, периодичних публикација и магазина.

---

47 чл. 37, ст. 1 ЗЗПС.

48 Упор.: чл. 28 *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*, 2013 No. 3134, *Statutory instruments*.

49 У чл. 96 ЗЗПМ, предвиђено је исто рјешење само што се као изузетак од права на једнострани раскид уговора не наводе уговори о игри на срећу.

У чл. 79 ЗЗПХи чл. 43ч, ст. 5 ЗVP предвиђају се случајеви када је искључено право на раскид, и то су исте ситуације као и у Директиви о правима потрошача.

Када је у питање рјешење ЗЗПС, оно је усклађено са правом Европске уније, што није случај са ЗЗПРС. Због тога би требало измијенити ЗЗПРС који се односи на случајеве када потрошач нема право на једнострану одустанак од уговора о продаји на даљину, којих је сада шест, а требало би их бити тринаест.

#### 4. Заштита права потрошача

Политика Европске уније о заштити потрошача (*EU CPP*) фокусира се на свијест и активно учешће потрошача на унутрашњем тржишту те се стога ослања на знање потрошача када су у питању њихова стечена права.<sup>50</sup> „У 2015. години донесена је Уредба Комисије ЕУ 2015/1051<sup>51</sup> о начинима кориштења платформе за мрежно (онлине) рјешавање потрошачких спорова (платформа за ОРС) којом потрошачи и трговци ЕУ могу извансудски ријешити спор који произлази из уговора о интернетској купопродаји. Дјеловање платформе за ОРС почива на Уредби 524/2013 о мрежном рјешавању потрошачких спорова из 2013. која је донесена заједно с Директивом 2013/11/ЕУ о алтернативном рјешавању потрошачких спорова“ (Мишчеић, Вуторас Малнар, 2017: 103– 104).

Према чл. 90<sup>52</sup> Устава, Република Србија штити потрошаче. Забрањене су радње усмјерене против здравља, безбједности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту. У Србији заштита потрошача је према

---

50 Stickelmann, S, The Influence of the European Union Consumer Protection Policy on Croatian Consumers, Radni materijal EIZ – EIZ Working Papers EIZ – WP -1605, *Ekonomski institut*, Zagreb, 2016, 6. “Weiser (2000) found that men tend to use the Internet more frequently in general, while women tend to access educational sources more often once they are online. At the same time, Hansen and Møller Jensen (2009) state that women tend to make use of online sales more often than men. Therefore, the fourth hypothesis shall be: H4a-d: Gender affects: (4a) consumer interest; (4b) source of information; (4c) knowledge; (4d) perceived security.” Stickelmann et al., 2009, 11.

51 COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, Retrieved 23. 08. 2017, from [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC).

52 Устав Републике Србије, *Сл. гласник Републике Србије*. Бр. 98 (2006).

ЗЗПС предвиђена на неколико нивоа: путем судске заштите од стране недржавних и државних органа, као и путем вансудских метода заштите.<sup>53</sup> Ако се појави потрошачки спор из уговорног односа потрошача и трговца у поступку пред судом не плаћа се судска такса за тужбу ако вриједност предмета спора не прелази износ од 500.000 динара.<sup>54</sup> Поред судског могуће је и вансудско рјешавање спорова, а министар ближе одређује услове за рјешавање спорова.<sup>55</sup> У Закону о парничном поступку Србије предвиђен је посебан поступак у потрошачким споровима.<sup>56</sup>

Према чл. 142 ЗЗПС министарство сачињава листу тијела за вансудско рјешавање потрошачких спорова који испуњавају услове прописане чланом 141, став 2 ЗЗПС и јавно је објављује. Наведена тијела су лица која имају својство посредника, у складу са законом којим се уређује посредовање у решавању спорова (медијација), односно сталне арбитражне институције у складу са законом којим се уређује арбитража. У случају вансудског рјешавања потрошачког спора, то не искључује нити утиче на остваривање права на судску заштиту, у складу са законом.<sup>57</sup> Постоји и поступак заштите колективног интереса потрошача који покреће и води министарство, по захтјеву овлашћеног лица или по службеној дјелатности. У овом поступку примјењују се правила општег управног поступка, ако ЗЗПС-ом није другачије предвиђено.<sup>58</sup> Захтјев за заштиту колективног интереса потрошача могу да поднесу евидентирана удружења односно савези из члана 132 ЗЗПС.<sup>59</sup> Према чл. 153 ЗЗПС ако је потрошач претрпио штету, покретање или вођења поступка за заштиту колективних интереса не спречава потрошача да покрене пред надлежним судом поступак за

---

53 Станковић, Г. (2009). Методи за судску заштиту права потрошача, *Od Caveat emptor do caveat venditor*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 407.

54 ЗЗПС, чл. 140.

55 Вансудско рјешавање потрошачких спорова, у смислу ЗЗПС, не примјењује се: "1) за рјешавање спорова по процедурама које је установио сам трговац; 2) код непосредних преговора између потрошача и трговца; 3) приликом настојања судија да спор у току судског поступка ријеше мирењем страна; 4) у поступцима које је трговац покренуо против потрошача; 5) у споровима чија вриједност прелази 500.000 динара." ЗЗПС, чл. 141.

56 Глава XXXV, чл. 488–493, Закон о парничном поступку Србије. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 72(2011), Бр. 49(2013) – Одлука УС, Бр. 74(2013) – Одлука УС и Бр. 55(2014).

57 ЗЗПС, чл. 143. На поступак вођења вансудског рјешавања потрошачких спорова, сходно се примјењују одредбе закона којима се уређује посредовање, арбитража као и други прописи којима се уређује вансудско рјешавање спорова. ЗЗПС, чл. 144.

58 ЗЗПС, чл. 146.

59 ЗЗПС, чл. 147.

накнаду штете или да пред судом покрене поступак за поништај или утврђивање ништавости уговора или било који други судски поступак. Надзор над спровођењем ЗЗПС и прописа донијетих на основу овог закона врши министарство.<sup>60</sup> Овдје се исто тако поставља питање заштите приватности приликом куповине и раскида уговора путем интернета.<sup>61</sup>

У Босни и Херцеговини према ЗЗПБиХ носиоци заштите потрошача су према чл. 66: а) Министарство вањске трговине и економских односа БиХ, б) Омбудсмен за заштиту потрошача у БиХ, ц) Вијеће за заштиту потрошача БиХ, д) Конкурентијско вијеће БиХ, е) надлежни органи ентитета и Брчко Дистрикта БиХ, ф) Уред за конкуренцију и заштиту потрошача у Федерацији БиХ и Републици Српској, г) удружења потрошача, х) образовне институције и медији и) инспекцијски и други органи у складу са законом.<sup>62</sup>

Заштита права потрошача у пракси хрватских судова није на задовољавајућем нивоу.<sup>63</sup> У Хрватској је заштита потрошача могућа путем

60 „Исто тако органи државне управе и органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе у дјелокругу обављања својих послова врше надзор над спровођењем прописа у области заштите потрошача. Инспекцијски надзор над спровођењем овог закона и прописа донијетих на основу овог закона врши министарство надлежно за послове трговине, преко тржишних инспектора, као и министарство надлежно за послове туризма, преко туристичких инспектора, у складу са овлашћењима прописаним овим законом и прописима којима се уређује инспекцијски надзор у овим областима.“ ЗЗПС, чл. 154. Више видј: Бачанин, Н (2009), *Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача*, Од Caveat emptor до caveat venditor, Крагујевац, 420–447.

61 „Europska komisija načinila je u svibnju 2001. dokument pod nazivom Zaštita podataka u Europskoj uniji. Vijeće Europe još je u siječnju 1981. godine donijelo Konvenciju o zaštiti pojedinaca u vezi s automatskom obradbom osobnih podataka, a u veljači 1999. godine Preporuku br. (99) 5 koja se odnosi na Internet, tj. korisnike i pružatelje usluga na mreži. U Direktivi Europskoga parlamenta pod oznakom 95/46/EC iz listopada 1995. napominje se da treba voditi računa o osnovnim pravima pojedinaca, bez obzira na to što je unutar Unije osigurano slobodno kretanje osoba, roba, usluga i kapitala. Direktiva 2002/58/EC iz lipnja 2002. odnosi se na obradbu osobnih podataka i zaštitu privatnosti u području elektroničke komunikacije.“ Sudar Kulčar, М. (2005), *Zaštita privatnosti i sigurnost pohranjenih podataka s osvrtom na izravni (direktni) marketing*, Politička misao, Vol. XLII, (2005), br. 4, 100.

62 Више видјети: Kulović, А., Mulaomerović, Ј., „Primarni“ nosioci zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini, *Časopis za ekonomiju i politiku tranzicije/Journal of economic and politics of Transition*, godina XII-Tuzla-Travnik-Zagreb-Beograd-Bukurešt, 2011/28.

63 *Županijski sud u Zagrebu*, Gž. 5173/10–2 od 23. 11. 2010. (javne usluge); *Županijski sud u Zagrebu*, Gž. 7188/08–2 od 21. 4. 2009. (javne usluge); *Županijski sud u Varaždinu*, Gž. 1074/08–2 od 4. 8. 2008. (kupoprodaja); *Županijski sud u Varaždinu*, Gž. 1052/08–2 od 12. 6. 2008. (potrošački zajam); *Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH)*, Pž. 3114/05–3 od 26. 10. 2007. Stickelmann et al., 2009, 11.



индивидуалне тужбе, вансудским рјешавањем спорова или путем заштите колективних интереса потрошача. Одредба чл. 105 ЗЗПХ-а о вансудском рјешавању потрошачких спорова усуглашена је с Препоруком 98/257/ЕЗ о начелима која примјењују тијела одговорна за провођење вансудског рјешавања потрошачких спорова и Препоруком 2001/310/ЕЗ о начелима вансудских тијела која су укључена у споразумно рјешавање потрошачких спорова.<sup>64</sup> Према чл. 105, ст. 1 ЗЗПХ у случају спора између потрошача и трговца, може се поднијети пријава Суду части Хрватске господарске коморе, Суду части Хрватске обртничке коморе или приједлог за мирење при центрима за мирење.

У Републици Хрватској је предвиђен поступак за заштиту колективних интереса и права 2011. године у Закону о парничном поступку,<sup>65</sup> гдје је додата нова глава тридесет друга која носи назив: “Тужба за заштиту колективних интереса и права“ са члановима 502.а до 502х.<sup>66</sup> Удружна тужба је регулисана Законом о заштити потрошача<sup>67</sup> и Законом о сузбијању дискриминације.<sup>68</sup>

---

64 Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, OJ L115 [1998], str. 31.; Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes (Text with EEA relevance) (notified under document number C(2001) 1016), OJ L 109, 19. 4. 2001, str. 56.

65 Закон о измјенама и допунама Закона о парничном поступку (Narodne novine, 53/9191/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11 (prečišćeni tekst) i 25/13 – dalje ZPP).

66 М. Pavlović, *Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 3/2015, 799–803.

67 чл. 106 ЗЗПХ.

68 čl. 24 Zakona o suzbijanju diskriminacije, *Narodne novine*, Br. 85/08 и 112/12. Према одредби ст. 1, чл. 502.а ЗЗПХ активно легитимисани за подношење тужбе суду су удруге, тијела, установе или друге организације основане у складу са законом, које се у склопу своје регистроване или прописом одређене дјелатности баве заштитом законом утврђених колективних интереса и права грађана. Оне могу, ако је такво овлашћење посебним законом изријеком предвиђено и уз услове предвиђене законом, поднијети тужбу против физичког или правног лица која обављањем одређене дјелатности или уопште радом, поступањем, укључујући и пропуштања, теже поврјеђује или озбиљно угрожава такве колективне интересе и права. Први примјер тужбе за заштиту колективних интереса потрошача је тужба коју је 2011. године поднијела Удруга Франак трговачком суду у Загребу против седам пословних банака. Заштита потрошача заштићена је прекршајном одговорношћу као јавноправном санкцијом (чл. 138–141) ЗЗПХ. Према чл. 134 ЗЗПХ надзор над спровођењем овог закона врше тржишни инспектори Министарства gospodarства у складу са овластима одређеним посебним законом. Види: Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 од 25. 7. 2006; Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 од 25. 7. 2006. Е. Mišćenić, (2013), 25.

## 5. Закључак

Када је у питању одустанак потрошача код уговора о продаји на даљину путем интернета, указали смо у раду на специфична рјешења ЗЗПРС, преваходно у односу на правила која се тичу норми ЗОП која се односе на раскид уговора. Када су у питању рокови у оквиру којих потрошач може одустати од уговора о продаји на даљину, код уговора о пружању услуга, рок од 14 дана рачуна се од тренутка закључења уговора између потрошача и трговца, док код уговора о продаји робе, рок од 14 дана рачуна се од тренутка када роба доспије у државину потрошача, односно трећег лица које је одредио потрошач, а које није превозник.

Потрошач право на одустанак од уговора мора да искористи прије истека рока, како је то предвиђено у роковима о ЗЗПРС и Директиви о правима потрошача, коришћењем обрасца за одустанак од уговора или давањем недвосмислене изјаве у којој је исказана његова одлука о одустанку од уговора. Када се оствари право одустајања престају обавезе странака да изврше уговор на даљину, или у случајевима када је потрошач дао понуду, да закључе уговор на даљину. Ту се налазе и посебна правила која се односе на обавезе трговца и обавезе потрошача у случају одустанка од уговора.

У случају да потрошач оствари право на одустанак од уговора, престаје правно дејство повезаних уговора. Ово се свакако односи и на уговор о кредиту који је повезан с потрошачким уговором. Постоје одређени случајеви у којима потрошач неће имати право да одустане од уговора. То се односи на 13 случајева предвиђених у Директиви о правима потрошача и ЗЗПРС. Рјешења новог ЗЗПРС су у потпуности усклађена са онима из Директиве о правима потрошача 2011/83/ЕУ, међутим поставља се питање колико се та права потрошача у пракси заиста и примјењују. Када је у питању заштита потрошача у случају могућих спорова, предвиђена је судска заштита од стране недржавних и државних органа, као и вансудска заштита.

## Литература

1. Бачанин, Н. (2009). Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача, *Od Caveat emptor do caveat venditor*. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. (V мајски правнички дани). 420–447;
2. Brčić-Stipčević, V., Renko, S. (2008). Koliki je stupanj potrošačke osviještenosti studentske populacije? *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, godina 6. 354;
3. Zdraveva, N. (2007), *Potrošačko pravo na raskid ugovora prema Predlogu uredbe*

o zajedničkom pravu prodaje, makedonskom i njemačkom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*. Retrieved 13. August. 2017. from <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf>;

4. Klarić, P., Vedriš, M. (2009). *Građansko pravo*. Zagreb: Narodne novine;

5. Kulović, A., Mulaomerović, J. (2011). „Primarni“ nosioci zaštite potrošača u Bosni i Hercegovini, *Časopis za ekonomiju i politiku tranzicije/Journal of economic and politics of Transition*, godina XII-Tuzla-Travnik-Zagreb-Beograd-Bukurešt. 28;

6. Mišćenić, E. (2013). Usklađivanje prava zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. vol. IV, No. 1, 15, 25;

7. Mišćenić, A., Butorac Malnar, V. (2017). Online rješavanje potrošačkih sporova, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*. vol. VIII, br. 1/2017. 103–104;

8. Перовић, С. (1990). *Облигационо право*. Београд: Службени лист СФРЈ (Грачаница: Штампарија);

9. Pavlović, M. (2015). Značaj tužbe za zaštitu kolektivnih interesa i prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. god. 52, 3/2015. 799–803;

10. М. Панић, Правни аспекти продаје на даљину путем Интернета, докторска дисертација, *Правни факултет Крагујевац*. 2015;

11. Misita, N. (1997), *Osnove prava zaštite potrošača Evropske zajednice*, Sarajevo: Fond Otvoreno društvo Bosne i Hercegovine;

12. Станковић, Г. (2009). Методи за судску заштиту права потрошача, *Od Caveat emptor do caveat venditor*. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. (V мајски правнички дани). 407–418;

13. Stickelmann, S. (2016). The Influence of the European Union Consumer Protection Policy on Croatian Consumers, Radni materijal EIZ – EIZ Working Papers EIZ – WP - 1605, *Ekonomski institut, Zagreb*. 6, 11, 23–24;

14. Sudar Kulčar, M. (2005). Zaštita privatnosti i sigurnost pohranjenih podataka s osvrtnom na izravni (direktni) marketing, *Politička misao*, Vol. XLII, бр. 4. 100.

15. Horak, H., Pavletić Župić, M. (2005). Instrumenti i politika zaštite potrošača kao cilj zaštite slobodnog tržišnog natjecanja, *Ekonomski pregled*, 56 (11). 1032–1033;

16. Устав Републике Србије, *Сл. гласник Републике Србије*. Бр. 98(2006);

17. Закон о парничном поступку Србије. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 72(2011), Бр. 49(2013) – Одлука УС, Бр. 74(2013) – Одлука УС и Бр. 55(2014).

18. Закон о облигационим односима – 300. *Слу Службени лист СФРЈ*. Бр. 29(1978), 39(1985), 45/(1989), 57(1989), *Службени лист СФРЈ*, Бр. 31(1993) и *Службени лист СЦГ*. Бр. 1(2003) – Уставна повеља.
19. Закон о заштити потрошача – 33ПС. *Службени гласник Републике Србије*. Бр. 62(2014) и 6(2016);
20. *Zakon o varstvu potrošnikov – ZVP. Uradni list RS*, br. 98(2004), 98(2004) – uradno prečišćeno besedilo, 46(2006) – одлоџба УС, 126(2007) и 86(2009) и 78(2011), 38(2014) и 19(2015);
21. *Zakon o zaštiti potrošača Hrvatske – ZZPH. Narodne novine*. Br. 41(2014) i 110(2015);
22. Закон за заштита на потрошувачите Македоније – 33ПМ. *Службен весник на Р. Македонија*. Бр. 38(2004), 77(2007), 103(2008) и 24/(2011);
23. Закон о заштити потрошача Црне Горе – 33ПЦГ. *Сл. лист Црне Горе*. Бр. 2(2014);
24. Закон о заштити потрошача Републике Српске – 33ПРС. *Сл. гласник Републике Српске*. Бр. 6(2012), 63(2014) и 18(2017);
25. *The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations (2013), 2013 No. 3134, Statutory instruments*;
26. *Statutory instruments 2013, No. 313, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations (2013)*;
27. *Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 од 25. 7. 2006;*
28. *Prekršajni sud u Zagrebu, XVII-G-12636-04 од 25. 7. 2006;*
29. *Županijski sud u Zagrebu, Gž. 5173/10–2 од 23. 11. 2010. (javne usluge);*
30. *Županijski sud u Zagrebu, Gž. 7188/08–2 од 21. 4. 2009. (javne usluge);*
31. *Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1074/08-2 од 4. 8. 2008. (kupoprodaja);*
32. *Županijski sud u Varaždinu, Gž. 1052/08–2 од 12. 6. 2008. (potrošački zajam);*
33. *Visoki trgovački sud Republike Hrvatske (VTSRH), Pž. 3114/05-3 од 26. 10. 2007;*
34. *Case C – 423/97, Travel Vac SL Manuel Jose Antelim Sanchis ECJ 22 April 1999, ECR 1999 I-02195, Retrieved 13. August 2017. From <http://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/AnaliBr14god7/7.pdf>;*
35. *COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution*

platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, Retrieved 23. August 2017, from [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.171.01.0001.01.HRV&toc=OJ:L:2015:171:TOC)

36. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Retrived, 21, July 2017, from <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083>;

37. Smjernice glavne uprave za pravosuđe o Direktivi 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, 44, retrieved 16. December 2014 from [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_hr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_hr.pdf)

**Milica Panić, LL.D.**

Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of East Sarajevo,  
Pale, Republika Srpska, BH

**THE CONSUMER'S RIGHT TO WITHDRAW FROM DISTANCE  
SALES CONTRACTS VIA THE INTERNET**

**Summary**

*This paper discusses consumer rights concerning the abandonment of the contract of distance sale via the Internet. In order to harmonize their legislations with the European Union law, the Republic of Serbia and the former Yugoslav republics have either passed new legislative acts on consumer protection or amended the outdated ones. In particular, the legislation had to comply with the Directive on Consumer Rights 2011/83/EU. In this article, the author discusses cases where the consumer has the right to withdraw from a contract, particularly focusing on the manner of exercising this right and calculating the time limits for withdrawal, how the withdrawal affects co-related contracts, and examining the exceptions to the right of withdrawal from a contract. In writing this paper, the author used the legal, historical and comparative methods. The aim is to examine whether the legal solutions contained in the new Consumer Protection Act of the Republic of Serbia are in compliance with the Directive on Consumer Rights 2011/83/ EU.*

**Keywords:** consumer, trader, withdrawal, contract, Internet.

**Др Ивана Ракић,\***

Спољни сарадник Института за упоредно право

Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrgfni1776731R

339.137:330.322](4-672EU)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ЗАЈЕДНИЧКО УЛАГАЊЕ (JOINT VENTURE) КАО ПРЕДМЕТ КОНТРОЛЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ: ПРИМЕНА FULL-FUNCTION КРИТЕРИЈУМА**

**Апстракт:** Глобализација је главни разлог зашто учесници на тржишту путем заједничког улагања (joint venture) настоје да остваре своје пословне стратегије. Међународна заједничка улагања се последње две деценије користе у великом обиму и данас су постала уобичајена пракса у пословном свету.

Право конкуренције ЕУ и правила о контроли концентрација могу утицати на заједничка улагања, јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту ЕУ. Опште-прихваћено је да се заједничким улагањем сматра учесник на тржишту над којим заједничку контролу заједно врши неколико других учесника на тржишту, а на учесницима у заједничком улагању је да утврде да ли је то улагање у складу са правом конкуренције, тј. да ли оно испуњава full-function критеријуме. Од одговора на ово питање зависи и која правила ће се у конкретном случају применити.

У раду се даје преглед смерница и праксе Европске комисије у поступцима контроле концентрација у погледу примене full-function критеријума, који одређују обим примене правила о контроли концентрација на заједничка улагања. Аутор указује на различите ситуације које настају заједничким улагањем и напомиње да је пракса Европске комисије неконзистентна када треба одговорити када и на које трансакције се морају применити full-function критеријуми. Несигурност у погледу примене ових критеријума је условљена смерницама Европске комисије и њеном анализом која се разликује у сваком појединачном случају.

**Кључне речи:** заједничко улагање, full-function критеријуми, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ.

\* ivanaracic12@gmail.com

## 1. Увод

У времену глобализације, императив опстанка и напредовања учесника на тржишту, суочених са веома снажним конкурентским притисцима, јесте њихова способност да реагују на честе промене на тржишту. Понашајући се у складу са новонасталим тржишним условима, они су принуђени да на изазове тржишта често одговоре екстерним растом – повезивањем са другим учесницима на (светском) тржишту. Заједничко улагање (заједнички подухват) представља управо један од најчешћих начина повезивања учесника на тржишту и њихове експанзије на међународном тржишту, које, под одређеним условима, истовремено подлеже контроли концентрација. Улога оваквих прекограничних пословних активности учесника на тржишту, посебно оних чији су учесници велике мултинационалне компаније, постаје све значајнија и чак доминантна у појединим привредним секторима.

Заједничко улагање (*joint venture*) се у литератури дефинише као уговорно повезивање два или више учесника на тржишту у циљу остваривања одређеног заједничког пословног подухвата, тако што уговорне стране заједнички улажу средства у пословни подухват, деле ризик и добит, и заједнички доносе одлуке док подухват траје (Стефановић, 1998: 515 и 516; Сеговас, 2010: 198). Удруживањем својих одређених потенцијала, учесници на тржишту се на овај начин повезују по сличним принципима као и физичка лица, и остају при томе самостални правни субјекти, а удружују се само због пословног подухвата у којем имају заједнички циљ и интерес (нпр. због заједничке производње, дистрибуције, пружања услуга, истраживања и развоја) (Стефановић, 1998: 524; Каругал: 3). Могу се отуда издвојити следећи конститутивни елементи заједничког улагања: заједнички циљ, заједничка контрола над спровођењем капиталне трансакције и одређена сталност у погледу трајања капиталне трансакције (Граић Степановић, 2007: 454).

Примена правила о заштити конкуренције на заједничка улагања условљена је квалификавањем понашања учесника на тржишту у конкретном случају, па се на конкретно понашање могу применити правила о рестриктивним споразумима и/или о контроли концентрација, или се правила о заштити конкуренције уопште не могу применити. Процена таквог понашања се мора извршити у сваком конкретном случају (*case by case*), јер заједничко улагање, по својој природи, укључује сарадњу стварних или потенцијалних конкурената којом би се могла нарушити конкуренција на тржишту. Општеприхваћено је да се заједничким улагањем сматра учесник на тржишту над којим заједничку контролу врши неколико других учесника



на тржишту, а на учесницима у заједничком улагању је да утврде да ли је то улагање у складу са правом конкуренције, тј. да ли оно испуњава *full-function* критеријуме. Од одговора на ово питање зависи и која правила ће се у конкретном случају применити.

У раду се даје преглед смерница и праксе Европске комисије у поступцима контроле концентрација у погледу примене *full-function* критеријума који одређују обим примене правила о контроли концентрација на заједничка улагања. Аутор указује на различите ситуације које настају заједничким улагањем и напомиње да је пракса Европске комисије неконзистентна у погледу трансакције на које треба, односно не треба применити *full-function* критеријуме у таквим ситуацијама. Несигурност у погледу примене ових критеријума је условљена смерницама Европске комисије и анализама које она врши а које се разликују у сваком појединачном случају.

## 2. Правила о контроли концентрација

Узимајући у обзир различите облике сарадње учесника на тржишту који настају као резултат заједничког улагања, концентрацијама се означавају она заједничка улагања када два или више учесника на тржишту оснивају новог учесника на тржишту и преузимају заједничку контролу над њим, преносећи на заједничког контролисаног учесника обављање исте врсте делатности коју су они до тада самостално обављали. Отуда концентрацију представља само оно заједничко улагање два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*).<sup>1</sup>

Усвајањем Обавештења Европске комисије о надлежностима према Уредби Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту,<sup>2</sup> из 2008. године, напуштена је подела заједничког улагања на концентративно и кооперативно заједничко улагање, а уведена је подела на *full-function joint venture* и *non-full-function joint venture*, утврђивањем додатних критеријума за разликовање заједничког улагања.<sup>3</sup>

---

1 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама (Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004).

2 Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. С. 95/2008.

3 Више о пракси Европске комисије и о критеријумима који су се примењивали пре Уредбе о концентрацијама из 2004. године и пре Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године вид. Fine, F. L., 1994: 1 и даље; Götting, H-P., Nikowitz, W.,

Постојање концентрације се утврђује на основу критеријума обављања свих функција самосталног учесника на тржишту (енг. *full-function*), на основу којег се врши и разликовање заједничког улагања које представља концентрацију од рестриктивних споразума. Ово разликовање је неопходно, јер учесници у заједничком пословном подухвату некада не преносе обављање делатности на заједничког учесника, него задржавају своје функције како би наставили да самостално обављају делатност, када заједничко улагање има за циљ координацију њихових тржишних активности, па тиме и елиминисање међусобне конкуренције на неком плану. Заједничко улагање се и тада сматра концентрацијом, али се оцењује и у складу са прописима о рестриктивним споразумима.<sup>4</sup>

Ако заједнички учесник преузима послове контролних учесника и све функције самосталног учесника на тржишту у одређеној делатности, а контролни учесници престају да обављају ту делатност, онда се сматра да је заједнички учесник способан да самостално функционише на тржишту, односно да је потпуно функционалан учесник на тржишту. Његова функционалност и економска самосталност не значи да он има самосталност у погледу усвајања стратешких одлука, јер се у супротном не би могло сматрати да је над њим стечена заједничка контрола. Због тога се сматра да заједнички учесник испуњава услов функционалности ако је самосталан у оперативном смислу.<sup>5</sup>

Испуњеност овог услова процењује се на основу неколико критеријума. *Прво* је неопходно утврдити да ли заједнички учесник има довољно средстава за самостално обављање делатности на тржишту.<sup>6</sup> *Други критеријум* који је потребно испунити јесте обављање више активности осим једне специфичне активности контролних учесника, тако да ће се сматрати да заједнички учесник није самосталан економски ентитет ако преузме једну или више одређених функција, односно делатности из пословне активности контролног учесника које обавља само за своје осниваче, а не за трећа лица, и при томе нема приступ тржишту или није самостално присутан на њему. *Трећи критеријум* се односи на трговање заједничког учесника с контролним учесницима и на обим те трговине, што се утврђује на основу активности и снажног присуства контролних учесника на узводним или низводним тржиштима, посебно ако њихово

1989: 196-204; Hawk, B. E., 1991: 309-324; Riggs, J. H., Giustini, A., 1991: 876-883; Stewart, T. P., Abellard, D. A., 1990: 318-324.

4 Вид. чл. 2(4) Уредбе ЕУ о контроли концентрација.

5 Вид. т. 93. Обавештења Европске комисије о надлежностима. Вид. и случај T-282/02 *Cementbouw v. Commission* [2006], т. 62.

6 Вид. т. 94. Обавештења Европске комисије о надлежностима.

присуство доводи до значајне продаје или куповине између контролних и заједничког учесника.<sup>7</sup> *Четврти услов* је да заједнички учесник мора бити основан на дугорочној основи, односно мора трајно обављати функције које обављају или су обављали контролни учесници. Овакво условљавање је у складу са захтевом да концентрација настаје променом контроле над учесником на тржишту на *трајној* основи, па се концентрацијом неће сматрати заједничко улагање ако је заједнички учесник основан само на кратак, ограничен временски период.

Ови критеријуми показују да је приликом оцене заједничког улагања најважније утврдити о којем облику заједничког улагања се ради, односно да ли оно представља концентрацију или је реч о споразуму који подлеже оцени само према правилима о рестриктивним споразумима. Да би се то утврдило, неопходно је у сваком конкретном случају анализирати да ли заједнички учесник има одлике аутономног пословног ентитета, тј. да ли може обављати све функције које обављају и други самостални учесници на тржишту.

Међутим, поставља се питање да ли у сваком случају који се односи на различите облике заједничког улагања учесника на тржишту треба применити *full-function* критеријуме како би заједничко улагање било предмет контроле у складу са правилима о контроли концентрација или је такву контролу могуће вршити применом других правила. Пракса показује да Европска комисија у таквим случајевима није доследна и да не примењује јединствена правила, односно да некада примењује *full-function* критеријуме, а некада правила о стицању заједничке контроле и промени облика контроле из појединачне у заједничку контролу.

### 3. Пракса Европске комисије

Општеприхваћено је да се концепција заједничког улагања у пракси ЕУ изједначава са стицањем, односно постојањем заједничке контроле над другим учесником на тржишту и да је резултат заједничког улагања увек учесник на тржишту над којим се врши заједничка контрола.<sup>8</sup> Разликују се, међутим, начини стицања овакве заједничке контроле: оснивање новог учесника на тржишту које ће бити под заједничком контролом његових оснивача; стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је контролу вршио трећи учесник на тржишту; и стицање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту

---

7 Вид. т. 97 Обавештења Европске комисије о надлежностима.

8 Вид. т. 62, 63, 76 и 79 Обавештења Европске комисије о надлежностима.

над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању.

Дакле, заједничко улагање може *настати* оснивањем новог учесника на тржишту или стицањем заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту (који је био под појединачном контролом трећег учесника или једног од учесника у заједничком улагању). Међутим, *постојеће* заједничко улагање, односно учесник на тржишту који је већ под заједничком контролом, може наставити да постоји уласком новог учесника (заменом неког од постојећих учесника у улагању или уласком додатног улагача).

Пракса Европске комисије указује на то да се *full-function* критеријуми не примењују у свим наведеним случајевима, као и да се не примењују једнако у сличним ситуацијама, што ће у наставку бити објашњено. Њихова примена зависи од начина реализовања заједничког улагања, па се тако увек примењују у случају оснивања новог учесника на тржишту, а не примењују се у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту који је био под појединачном контролом трећег учесника. У осталим случајевима, не примењују се увек, а није јасно од чега зависи њихова примена у конкретном случају. Таква пракса се није значајно променила ни након усвајања Уредбе о концентрацијама из 2004. године, као ни након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године.

### **3.1. Оснивање новог учесника на тржишту**

Доследна примена *full-function* критеријума је најјаснија у случајевима „стварања“ заједничког улагања, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), с обзиром на то да је Обавештење Европске комисије о надлежностима овај случај детаљно предвидео. „Стварање“ (*creation*) заједничког улагања се сада знатно уже тумачи, и схвата се као оснивање новог учесника на тржишту. Овакво тумачење произлази и из Уредбе о концентрацијама, која прави разлику између заједничког улагања путем оснивања новог учесника на тржишту, с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником, с друге стране.

Европска комисија конзистентно примењује *full-function* критеријуме у наведеним случајевима како би утврдила да ли конкретна трансакција представља концентрацију. Уколико се утврди да се ради о „заједничком улагању два или више учесника на тржишту у циљу стварања новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има

све функције независног учесника на тржишту (*full-function joint venture*),<sup>9</sup> Европска комисија такву трансакцију оцењује у складу са правилима о контроли концентрација.

Пракса ЕУ показује да иако примена *full-function* критеријума захтева некада детаљнију анализу, Европска комисија такве анализе не врши увек, јер оцена функционалности новог учесника на тржишту, по правилу, није проблематична (Balta, 2012: 22–23). У неким одлукама, Европска комисија само указује на то да предметна трансакција јесте концентрација у смислу члана 3(4) Уредбе о концентрацијама јер ће заједнички нови учесник на тржишту „пословати на дугорочној основи и имати све функције независног учесника на тржишту“, без испитивања чинилаца на основу којих се заправо може сматрати да заједничко улагање испуњава *full-function* критеријуме. Често се само констатује да заједничко улагање испуњава услове предвиђене Обавештењем Европске комисије о надлежностима, уз њихово понављање након ове оцене (Balta, 2012: 22–23).<sup>10</sup>

Уколико се приликом оцене утврди да није испуњен неки од *full-function* критеријума (нпр. заједнички учесник нема довољно средстава за самостално обављање делатности на тржишту), трансакција не представља концентрацију и не подлеже контроли, с обзиром да се не ради о „стварању новог учесника на тржишту, који послује на дугорочној (трајној) основи и има све функције независног учесника на тржишту“. Таквих случајева је било неколико у досадашњој пракси Европске комисије, чак и пре усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године,<sup>11</sup> и углавном се ради о гринфилд инвестицијама код којих заједнички улагачи (оснивачи новог друштва) не доприносе заједничком улагању својом постојећом имовином. Уколико оснивачи доприносе заједничком улагању постојећом имовином или пословањем које је било (само) у њиховом власништву, таква трансакција ће бити концентрација и последично предмет контроле само ако испуњава све *full-function* критеријуме.<sup>12</sup>

---

9 Вид. чл. 3(4) Уредбе ЕУ о концентрацијама.

10 Вид. нпр. случајеве М. 5227 *Robert Bosch / Samsung / JV*, пара 6, и М. 6091 *Galenica / Fresenius Medical Care / Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma JV*, пара 10.

11 Вид. случајеве IV/M.176 – Sunrise (1992), IV/M.207 – EUREKO (1992), IV/M.285 – Pasteur-Mérieux/Merck (1993), IV/M.293 – Philips/Thomson/SAGEM (1993), IV/M.353 – British Telecom / MCI (1993), IV/M.538 – OMNITEL (1995), IV/M.551 – ATR/BAe (1995), IV/M.904 – RSB/TENEX/Fuel Logistic (1997), IV/M. 1315 – ENW/Eastern (1998), COMP/M.3003 – Electrabel/Energia Italiana/Interpower (2002).

12 Вид. т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима („*Full-function* критеријуми отуда одређују примену Уредбе о концентрацијама у погледу заједничког

### **3.2. Стицање заједничке контроле над трећим учесником на тржишту**

Пракса Европске комисије је доследна и јасна и у случајевима када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, и то тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. Под таквим условима, овакво заједничко улагање се увек сматра концентрацијом, с обзиром на то да се оно тада цени према правилима о стицању заједничке контроле, независно од тога да ли постојећи учесник има све функције независног учесника на тржишту.<sup>13</sup>

То значи да се *full-function* критеријуми не примењују приликом стицања заједничке контроле над трећим учесником на тржишту, што је изричито прописано Обавештењем Европске комисије о надлежностима из 2008. године. До 2008. године, пракса Европске комисије је била неуједначена, јер изричита правила нису била предвиђена, па је у појединим случајевима Европска комисија ипак вршила оцену *full-function* критеријума. Након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима, успостављена је нова пракса, па ни у једном случају није више вршена оцена ових критеријума, а у појединим одлукама се изричито вршило упућивање на т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима (Rudolf, Leupold, 2012: 443; Balta, 2012: 24–36).<sup>14</sup>

У оваквим случајевима се заправо ради о промени вршилаца контроле над постојећим учесником на тржишту, где се уместо једног контролног члана, појављују нови чланови, који ће заједнички вршити контролу над тим учесником. Зато се оваква заједничка улагања изједначавају са стицањем контроле од стране једног или више учесника на тржишту над другим учесником, што се уобичајено сматра концентрацијом. Као и приликом стицања појединачне (самосталне) контроле, овакво стицање

---

улагања, без обзира на то да ли такво улагање настаје као гринфилд инвестиција или стране доприносе заједничком улагању имовином која је била у њиховом појединачном власништву"). Исто и Rudolf, Leupold, 2012: 440–441; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 568.

13 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

14 У Обавештењу Европске комисије о надлежностима се истовремено указује и на стицање контроле над *делом* другог учесника на тржишту, што значи да се сва наведена правила примењују и у тим ситуацијама, а не само када се стиче контрола над другим учесником у целини.

заједничке контроле води промени у структури тржишта, чак и ако се, према плановима учесника у концентрацији, након трансакције, учесник над којим се стиче контрола неће сматрати потпуно функционалним (нпр. зато што ће у будућности продавати производе искључиво својим матичним друштвима).<sup>15</sup>

Сматра се да се Обавештење Европске комисије о надлежностима може тумачити тако да оно значи да се *full-function* критеријуми уопште не примењују у наведеним случајевима, а не да се они тада сматрају испуњеним (Balta, 2012: 33). Иако се у одлукама Европске комисије овакав изричит закључак не изводи (већ само закључак да нема потребе да се разматрају *full-function* критеријуми) (Balta, 2012: 33), наведено тумачење потврђују одредбе Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према тим одредбама, заједничко улагање које се реализује стицањем заједничке контроле над трећим учесником на тржишту сматра се концентрацијом, без оцене испуњености *full-function* критеријума, чак и ако циљно друштво након концентрације неће испуњавати *full-function* критеријуме. То значи да не важи претпоставка да су критеријуми испуњени, већ да се они не примењују, јер трансакција представља концентрацију и када критеријуми нису испуњени (Balta, 2012: 33–34; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 569).

### **3.3. Промена облика контроле из појединачне у заједничку контролу над постојећим учесником на тржишту**

Највише недоумица и несигурности у примени *full-function* критеријума постоји у случајевима стицања заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту над којим је појединачну контролу до тада вршио један од учесника у заједничком улагању, када се дотадашња појединачна контрола једног од учесника у заједничком улагању мења у заједничку контролу свих улагача. У тим случајевима се поставља питање да ли се заједничко улагање тада посматра као стицање заједничке контроле (промена облика контроле) или као „стварање“ новог учесника, од чега и зависи да ли ће се примењивати *full-function* критеријуми (укључујући могућност да се тада утврди да трансакција није концентрација) или се ради о концентрацији која подлеже контроли, без обзира на примену критеријума.

---

15 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Ова правила не би важила када би учесник који је претходно вршио појединачну контролу наставио да врши заједничку контролу са новим контролним члановима, тј. када би задржао своје контролно учешће које му омогућава заједничку контролу (Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 570).

Истраживања о поступању Европске комисије у овим случајевима до 2012. године показују неуједначеност у њеном поступању и различит, тројаки приступ приликом одлучивања (Balta, 2012: 37–45; Rudolf, Leupold, 2012: 441–442). У појединим случајевима, Европска комисија је разматрала испуњеност *full-function* критеријума, а у осталим није, правећи при томе разлику у начину на који је указивала на постојање концентрације и некада ипак указујући на члан 3(4) Уредбе о концентрацијама који говори о оцени *full-function* критеријума.<sup>16</sup>

*Први приступ* се огледа у изједначавању наведених трансакција са „стварањем“ заједничког улагања и испитивању функционалности „новог“ учесника који се налази под заједничком контролом, због чега су се и примењивали *full-function* критеријуми. При томе, Европска комисија је у одлукама указивала на примену чланова 3(1)(b) и 3(4) Уредбе о концентрацијама, без постојања неке доследности у наведеном одлучивању.

*Други приступ* настоји да посматра овакво заједничко улагање као стицање заједничке контроле над трећим учесником на тржишту и да укаже на примену т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима, према којој се *full-function* критеријуми не примењују у тим случајевима. Концентрација би тада постојала, без обзира на испуњеност *full-function* критеријума.<sup>17</sup>

*Трећи приступ* полази од схватања да се овакво заједничко улагање посматра као промена (облика) контроле из појединачне у заједничку контролу, што захтева примену т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Према овим правилима, промена облика контроле представља концентрацију, без потребе да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума.<sup>18</sup>

16 Једно од спроведених истраживања показује да од 43 посматрана случаја оваквог заједничког улагања, Европска комисија је у 19 случајева примењивала *full-function* критеријуме, а у остала 24 случаја, они нису уопште разматрани (Rudolf, Leupold, 2012: 442).

17 Вид. т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима („[...] трансакција која укључује неколико учесника на тржишту који преузимају заједничку контролу над другим учесником на тржишту или над деловима другог учесника на тржишту, [...], од трећих лица, представља концентрацију у смислу члана 3(1) [Уредбе о концентрацијама], без потребе да се разматрају *full-function* критеријуми“).

18 Према т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима, промена из појединачне у заједничку контролу се сматра трансакцијом која се може нотификовати, јер се мења облик контроле над заједничким улагањем. Дакле, реч је о концентрацији која подлеже контроли у складу са правилима која предвиђају и друге услове за постојање обавезе пријаве концентрације.



Европска комисија је неуједначено поступала и пре доношења Уредбе о концентрацијама из 2004. године, а таква пракса је настављена и након усвајања ове уредбе, чак и након усвајања Обавештења Европске комисије о надлежностима из 2008. године. Дакле, нови прописи нису понудили јасне критеријуме за поступање Европске комисије, тако да се још увек не може објаснити зашто у неким случајевима она примењује *full-function* критеријуме, а у неким не, односно зашто се поступање Европске комисије разликује у истим случајевима.<sup>19</sup>

Ипак, иако примена *full-function* критеријума још увек зависи од околности сваког конкретног случаја (*case by case*), може се уочити тенденција да је претходних неколико година, нарочито од 2011. и 2012. године, све више одлука о концентрацијама у којима се не примењују *full-function* критеријуми, а тек неколико у којима су критеријуми били примењени (Balta, 2012: 40). У том погледу се и недоследност у поступању Европске комисије смањила, па би се могло рећи да је преовлађујућа пракса да се у случају заједничког улагања које настаје променом контроле из појединачне у заједничку контролу не примењују *full-function* критеријуми.

Оваква пракса се чини целисходном и произлази и из Уредбе о концентрацијама, која, као што је већ наведено, прави разлику између заједничког улагања путем *оснивања* новог учесника на тржишту (*creation of joint venture*), с једне стране, и стицања заједничке контроле над другим учесником (*acquisitions of joint control*), с друге стране, када нема потребе за применом ових критеријума. Остаје само да се види да ли је у том случају прихватљивији други или трећи приступ Европске комисије, с обзиром на то да доводе до истог резултата – постојање заједничке контроле над постојећим учесником на тржишту и непримењивање *full-function* критеријума.<sup>20</sup>

Трећи приступ – заједничко улагање као промена контроле из појединачне у заједничку контролу, у складу са т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима – у том погледу се чини целисходан, јер се ради о постојећем учеснику на тржишту који је претходно био под појединачном контролом, а након трансакције остаје под заједничком контролом. Осим тога, т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима се не налази у оквиру

---

19 У литератури је изнето једно могуће објашњење поступања Европске комисије, према којем њено одлучивање и примена *full-function* критеријума зависе од овлашћених службених лица која решавају конкретан предмет и од њиховог разумевања предвиђених критеријума (Balta, 2012: 54; Rudolf, Leupold, 2012: 442).

20 Тачке 86 и 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима недвосмислено указују на то да се у ситуацијама предвиђеним овим одредбама не примењују *full-function* критеријуми.

одредаба о *full-function* заједничком улагању, а т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима се односи на преузимање циљног друштва од *treћег* учесника којег у оваквим трансакцијама нема. Слична мишљења су већ изнета у литератури (Balta, 2012: 43. и даље; Rudolf, Leupold, 2012: 441. и даље)

### **3.4. Приступање новог учесника заједничком улагању**

Пракса Европске комисије је неусаглашена и у погледу трансакција у којима заједничко улагање, односно учесник на тржишту који је већ под заједничком контролом, наставља да постоји након уласка новог учесника (заменом неког од постојећих учесника у улагању или уласком додатног улагача). Истраживања поново показују да не постоје јасне смернице када Европска комисија примењује *full-function* критеријуме, а када не (Rudolf, Leupold, 2012: 444).

На ове трансакције је могуће применити правило да заједничко улагање мора испунити *full-function* критеријуме да би се сматрало концентрацијом (према т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима), али и правило да приступање новог члана друштву које се налази под заједничком контролом такође представља концентрацију, иако се то друштво налази под заједничком контролом пре и после трансакције (према т. 87 Обавештења Европске комисије о надлежностима), без разматрања *full-function* критеријума. Ипак, досадашња пракса не пружа велику сигурност учесницима на тржишту, иако се може издвојити неколико закључака.

Уколико једног од учесника у заједничком улагању замени трећи учесник на тржишту, у већини случајева се не врши оцена *full-function* критеријума, а трансакција свакако подлеже контроли, под условом да је заједничко улагање било у потпуности функционално пре спровођења трансакције. У литератури се наводи податак да у погледу оваквог става постоји јасна сагласност у Европској комисији (Rudolf, Leupold, 2012: 444), што је нпр. и у складу са т. 87 Обавештења Европске комисије о надлежностима. Пракса и ставови у литератури, међутим, показују да ако се врши замена неког од учесника у заједничком улагању које није било у потпуности функционално пре спровођења трансакције, таква трансакција не мора да се пријављује (Rudolf, Leupold, 2012: 444; Bengtsson, Carpi Badia, Kadar, 2014: 571).

Уколико заједничком улагању приступа додатни учесник, преовлађујућа пракса је да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума, о чему,

према појединим изворима, постоји сагласност у Европској комисији (Rudolf, Leupold, 2012: 445).

#### 4. Закључак

Обавештење Европске комисије о надлежностима доноси неколико нових смерница за поступање приликом оцене постојања концентрација које настају заједничким улагањем, али се њима само незнатно умањује несигурност у погледу примене *full-function* критеријума и поступања Европске комисије у тим случајевима.

Једино се са сигурношћу може рећи да се *full-function* критеријуми увек примењују када се „ствара“ заједничко улагање, оснивањем потпуно новог учесника на тржишту (нпр. у форми новог привредног друштва), а да се они не примењују када се заједничка контрола стиче над постојећим учесником, тако што се она преузима од трећег лица које већ контролише тог учесника, као његов власник. У другом случају, сматра се да концентрација увек настаје (чак и када би се оценом утврдило да *full-function* критеријуми не би били испуњени, у складу са т. 91 Обавештења Европске комисије о надлежностима), а у првом случају само ако су испуњени *full-function* критеријуми (у складу са т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима).

У случајевима када се стиче заједничка контрола над постојећим учесником на тржишту или када нови учесник приступа заједничком улагању, пракса Европске комисије је неконзистентна – некада се *full-function* критеријуми примењују, а некада не. Ипак, у првом случају се може уочити да се такво заједничко улагање све више посматра као промена (облика) контроле из појединачне у заједничку контролу, без потребе да се врши оцена испуњености *full-function* критеријума (у складу са т. 86 Обавештења Европске комисије о надлежностима), док би у другом случају требало водити рачуна о томе да ли заједничко улагање испуњава *full-function* критеријуме пре спровођења трансакције или не (у складу са т. 92 Обавештења Европске комисије о надлежностима).

Било би пожељно када би се оваква пракса још више развила у будућности и постала конзистентна, како би се обезбедила жељена правна сигурност за учеснике на тржишту, посебно ако се узме у обзир значај заједничких улагања у времену глобализације.

## Литература

Balta, Z. (2012). *Application of the full-function criteria to joint ventures under the EU Merger Regulation*. Lund: Faculty of Law - Lund University.

Bengtsson, C., Carpi Badia, J.M., Kadar, M. (2014). Mergers. У Ј. Faull and A. Nikpay (Ed.), *The EU Law of Competition* (стр. 539–808). New York: Oxford University Press.

Case T-282/02 *Cementbouw v. Commission (Cementbouw Handel and Industrie BV v. Commission of the European Communities)* [2006] ECR II-319.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings), *O.J.*, бр. С. 95/2008

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, L. 24/2004

Граић Степановић, С. (2007). Међународни заједнички пословни подухват и антиконкурентски ризик. *Право и привреда*. 5–8, 453–465.

Kapural, M. Razgraničenje zajedničkog pothvata (*engl. Joint venture*) kao koncentracije i kao sporazuma u pravu tržišnog natjecanja EU. [http://www.aztn.hr/uploads/documents/o\\_nama/strucni\\_clanci/mirta\\_kapural/3\\_mk.pdf](http://www.aztn.hr/uploads/documents/o_nama/strucni_clanci/mirta_kapural/3_mk.pdf), 10. август 2017.

Стефановић, З. (1998). Посао уз заједнички ризик – Joint Venture. *Правни живот*. 11, 515–525.

Cerovac, M. (2010). Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/rjenik.pdf>, 10. август 2017.

Fine, F. L. (1994). The 'Cooperative'/'Concentrative' Dilemma of EC Merger Control: A Review of Commission Policy. *Boston College International and Comparative Law Review*. 17(1), 1–31.

Götting, H-P, Nikowitz, W. (1989). EEC Merger Control: Distinguishing Concentrative Joint Ventures from Cooperative Joint Ventures. *Fordham International Law Journal*. 13(2). 185–204.

Hawk, B. E. (1991). Joint Ventures under EEC Law. *Fordham International Law Journal*. 15(2). 303–365.

Rudolf, L., Leupold, B. (2012). Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation. *Journal of European Competition Law & Practice*. 5(3). 439–451.

Riggs, J. H., Giustini, A. (1991). Joint Ventures Under EEC Competition Law. *Business Lawyer*. 46(3). 849–908.

Stewart, T. P., Abellard, D. A. (1990). Merger Control in the European Community: The EC Regulation 'On the Control of Concentrations between Undertakings' and Implementing Guidelines. *Northwestern Journal of International Law and Business*. 11(2). 293–351.

**Ivana Rakić, PhD,**

*External Associate, Institute of Comparative Law,*

*Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia, Belgrade*

### **JOINT VENTURE CONTROL UNDER THE EU COMPETITION LAW: APPLICATION OF THE FULL-FUNCTION CRITERIA**

#### **Summary**

*Globalization is a major reason why market participants use joint ventures (JVs) as a means to achieve their business strategies. The formation of international JVs has taken place at an unprecedented rate over the last two decades and international JVs are very common today.*

*The EU competition law and merger control rules can have a critical impact on the establishment of JVs because JVs, by their nature, frequently involve cooperation between actual or potential competitors in a way which can impede competition on the EU market. It is commonly accepted that a JV is an undertaking which is jointly controlled by several other market participants, but it is up to the parent companies creating a JV to determine whether their JV is compatible with competition law rules, i.e. whether the JV satisfied the full-function criteria. The answer to this question will determine the legal framework applicable to each case.*

*This paper gives an overview of the European Commission's guidance and decisional practice in merger control cases concerning the application of the full-function criteria which delineate the scope of the merger control rules regarding the creation of JVs. The author points to various JV scenarios and shows that the Commission's guidance and decisional practice are inconsistent as to when and to which operations the full-function criteria must be applied. The uncertainty of the concept of full-functionality is the result of the Commission's guidance and case-by-case analysis.*

**Keywords:** joint venture, full-function criteria, merger control, control of concentrations, EU competition law.



**Мр Ђорђе Мариловић,\***  
Виши асистент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1776747M

UDK: 336.226.1(497.6)

Рад примљен: 01.10.2017.

Рад прихваћен: 30.11.2017.

## **ОПОРЕЗИВАЊЕ ПРИХОДА ИЗ СТРАНИХ ИЗВОРА ПОРЕЗОМ НА ДОХОДАК У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ**

**Апстракт:** Закон о порезу на доходак Републике Српске, којим се уређује опорезивање прихода физичких лица, од 2015. године предвиђа посебан институт, цедулу „доходак из страних извора“. Намјера законодавца била је да се физичким лицима пружи могућност да буду „стимулативно“ опорезована за приходе остварене ван територије Босне и Херцеговине, под условом да су извршила квалификоване инвестиције у привреду Републике Српске, што је требало да доведе до повећања укупног обима инвестиција у привреду Републике Српске.

У овом раду, истиче се неколико недоумица у вези са поменутиим обликом опорезивања прихода, односно дохотка. Указано је на постојање правне празнине у одређењу пореске основице и пореског дуга, на изражену регресивност опорезивања дохотка из страних извора, на друге системске неусклађености овог института наспрам цјелине пореза на доходак, као и на проблем временског важења одређених одредаба закона (законско ограничење промјене постојећих одредаба закона каснијим законом).

Аутор подржава настојање законодавца да примјени инструменте фискалне политике ради привлачења инвестиција у условима изражене могућности међународног сељења капитала, али упозорава да одређење таквих инструмената мора бити много јасније и систематичније. Уколико се не приступи одговарајућим прилагођавањима позитивног законодавства у овој области, аутор цијени да ће примјена наведеног инструмента пореске политике бити угрожена, и да овакво опорезивање прихода из страних извора може имати изражено дисторзивно дејство.

**Кључне ријечи:** порез на доходак; приходи из страних извора; правна аналогија; регресивна ефективна пореска стопа; фискална политика.

\* djordje\_maril@yahoo.com

## 1. Увод

Опорезивање прихода физичких лица у праву Р. Српске врши се порезом на доходак. Законским рјешењем из 2015. године, у пореско право Р. Српске уведен је институт дохотка из страних извора.<sup>1</sup> Основна замисао законописца видљива је из пратећег текста у образложењу Приједлога Закона о порезу на доходак,<sup>2</sup> који је упућен у Народну скупштину Републике Српске и усвојен 2015. године. У наведеном тексту предлагач законског текста изразио је схватања да приходе из страних извора није било могуће опорезовати примјеном тада и раније важећих закона о порезу на доходак у Р. Српској, и да би увођење цедуле прихода из страних извора довело до пораста инвестиција у привреду Р. Српске.

У овом раду сагледава се опорезивање дохотка из страних извора. Полазећи од најосновнијих одлика пореза на доходак, приказане су главне црте опорезивања дохотка из страних извора. Иако аутор лично врло подржава начелну замисао законописца, у овом раду наведено је неколико крупних недостатака наведеног института. Најкраће речено, недостаци су: 1) екстремна неправичност опорезивања прихода из страних извора; 2) постојање врло значајне правне празнине која није на одговарајући начин отклоњена допунама Закона, нити попуњена у пракси пореског органа, у распону од двије године од усвајања закона; 3) ограничавање измјена закона *pro futuro*; 4) врло слаби исходи примјене овога института у пракси, за скоро двије године од дана ступања на снагу закона.

## 2. Положај дохотка из страних извора у Закону о порезу на доходак

За сагледавање опорезивања дохотка из страних извора неопходно је направити системски осврт на важећи порез на доходак и његове одлике.

Закон о порезу на доходак из 2015. године<sup>3</sup> пети је закон којим се у протеклих 25 година предвиђа опорезивање дохотка, односно прихода, физичких лица у Р. Српској. Данас је порез на доходак у Р. Српској мјешовитог типа. Неким одликама подсећа на глобални порез на доходак, а појединим на

---

1 У законодавству Р. Српске термин „доходак“ у употреби је, савим непрецизно, за означавање како појма дохотка, тако и појма прихода. Само због тога, у овом раду употребљени су оба термина једнако.

2 Приједлог Закона о порезу на доходак, Влада Републике Српске, јул 2015. године.

3 Закон о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка. У даљем тексту: ЗПД.



цедуларни. Такође, пореска стопа даје му обриси пореза са једном стопом. Појединачни приходи опорезовани су у оквиру седам цедула:<sup>4</sup>

- лична примања,
- приходи од самосталне дјелатности,
- приходи од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине,
- приходи од капитала (само приход остварен од издавања у закуп или подзакуп покретне и непокретне имовине, и камата на зајам. Пореза су ослобођени приходи по основу камате на штедњу и приходи од дивиденде и удјела у добити привредног друштва),
- капитални добици,
- приходи из страних извора,
- остали приходи.

Опорезивање по цедулама углавном није коначно, већ је аконтативно, пошто поред цедула постоји и категорија годишњег дохотка.<sup>5</sup> Наиме, износ пореза плаћеног аконтативно по цедулама урачунава се у годишњи порез – износ плаћеног пореза за сваки појединачни приход одбија се од утврђеног годишњег износа пореза на доходак. Ово је својство глобалног модела пореза на доходак. Годишњи порез на доходак обухвата већину прихода (два изузетка су: приходи малог предузетника – посебан случај у оквиру опорезивања прихода од самосталне дјелатности – и приходи из страних извора, о којима је ријеч у овом раду).

Пореска стопа је начелно пропорционална, и износи 10%.<sup>6</sup> Са становишта правичности опорезивања, која се везује за прогресивност пореза и принцип способности плаћања, порез на доходак је минимално правичан, будући да је ипак „прогресивно опорезивање [...] примереније захтеву да порез треба да се плаћа сразмерно економској снази, ако жели да се

---

4 Чл. 3, ст. 1 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

5 Годишњи порез на доходак физичког лица плаћа се на основу годишње пореске пријаве физичког лица на доходак остварен у календарској години. У годишњој пријави исказују се сви дохоци (прецизније, сви приходи који чине доходак према закону), изузев прихода и плаћеног пореза малог предузетника и квалификованог инвеститора. Вид. чл. 60, ст.1 и 2 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

6 Пропорционалност је начелна пошто постоје нека одступања, попут постојања благе индиректне прогресије, због пореских олакшица у виду стандардног личног одбитка.

обезбеди вертикална правичност, и омогући остварење социјалне улоге пореза“ (Илић-Попов, 2003: 253).

Положај прихода из страних извора у оквиру пореза на доходак, према наведеним општим одликама пореза на доходак, може се приказати у сљедећим цртама:

- приходи из страних извора посебна су цедула („доходак из страних извора“),
- приходи из страних извора нису обухваћени категоријом годишњег дохотка, што је врло важно због бројних разлика у пореском третману прихода из страних прихода (знатно нижа пореска стопа, ненавођење документације о поријеклу прихода приликом њиховог пријављивања, и др.),
- није предвиђена уобичајена пореска стопа од 10%, већ су предвиђени апсолутни износи пореског дуга за укупни пријављени годишњи доходак из страних извора,
- порески обвезник бира да ли жели да му пореска обавеза буде утврђена по правилима за опорезивање дохотка из страних извора,
- – престанак статуса обвезника пореза на доходак из страних извора, поред других начина, могућ је и на захтјев обвезника.

### 3. Елементи пореза на доходак из страних извора

#### 3.1. Порески објекат

Порески објекат је доходак из страних извора, односно доходак који резидент, квалификовани инвеститор Р. Српске по било ком основу, односно по основу рада, имовине, осигурања и капитала оствари изван граница Босне и Херцеговине<sup>7</sup> – то је приход који је резиденту, квалификованом инвеститору, исплаћен од стране исплатиоца који у вријеме исплате није резидент Р. Српске.<sup>8</sup> Израз „по било ком основу“ представља генералну клаузулу, а накнадно навођење прихода од рада, имовине, осигурања и капитала има примјеричну улогу. С тим у вези су и пореска ослобођења из члана 3 ЗПД. Када се ослобођења примјене на доходак из страних извора,

---

<sup>7</sup> Иако поред Републике Српске унутар Босне и Херцеговине своје потпуно одвојене и самосталне системе директних пореза имају Федерација Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикт Босне и Херцеговине, овдје је наведен услов да је доходак остварен ван БиХ. За детаљнији приказ пореских система у БиХ вид. Мариловић, 2013: 53–76.

<sup>8</sup> Чл. 42 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

неће бити опорезовани приходи квалификованог инвеститора од камате на штедњу, дивиденда, нити учешће у добити правног лица и др.<sup>9</sup>

### **3.2. Порески обвезник**

Порески обвезник је квалификовани инвеститор, тј. физичко лице, резидент Р. Српске, који је лично или путем правног лица у његовом већинском власништву (или под његовом контролом) извршио укупне директне или индиректне инвестиције у привреду Р. Српске у износу већем од 5.000.000 КМ, уложене од 1. јануара 2012. године (при чему инвестиције у трајна обртна средства не могу прећи 10% од вриједности укупних инвестиција), и који има уредно измирене пореске обавезе у Р. Српској.<sup>10</sup>

Међутим, поред испуњености наведених услова, за стицање статуса пореског обвезника потребно је да физичко лице Пореској управи поднесе писани захтјев у којем се јасно опредјељује за тај начин опорезивања. У два узастопна члана ЗПД, противрјечно се каже да је порески обвезник, прво, „*обавезан* пријавити своју пореску обавезу, у складу са *чланом 44.* овог закона,“ (нагласио Ђ. М.) а онда да ипак „*може* бити опорезован у складу са *чланом 44.* овог закона уколико Пореској управи поднесе писани захтјев у којем се јасно опредјељује за тај начин опорезивања“ (нагласио Ђ. М.).<sup>11</sup> Сматрамо да је намјера законодавца ипак била да се пружи слобода избора физичком лицу у овом положају.

Тумачећи системски, пошто је један од разлога за укидање статуса квалификованог инвеститора, па тим и статуса пореског обвезника за порез на доходак из страних извора, управо захтјев квалификованог инвеститора,<sup>12</sup> тим би прије успостављање овог статуса требало да зависи од воље физичког лица које испуњава одговарајуће услове. Међутим, можда је законодавчева намјера била да се обавезно пријави приход и утврди статус квалификованог инвеститора, а тек онда би то лице изабрало да ли жели да буде опорезовано у оквиру ове цедуле. С тим у вези, шта би било у случају да квалификовани инвеститор не пријави приход из страних извора? Због резидентности квалификованог инвеститора, ово питање ћемо расправити овдје, у дијелу рада управо о пореском обвезнику.

---

9 Чл. 8, ст. 3 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

10 Чл. 43 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

11 Чл. 45 и 46 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

12 Чл. 47, ст. 1, тач. 2 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

Пошто је квалификовани инвеститор прије свега резидент, у случају да се не одлучи за опорезивање у оквиру цедуле дохотка из страних извора, сматрамо да га треба опорезовати као све остале резиденте – за свјетски доходак, што обухвата и приходе из страних извора, али у одговарајућим преосталим цедулама. У том случају, примијењена би била стопа од 10%. Овакав случај није тешко замислити у пракси. Иако је могуће пријавити приход из страних извора за износ мањи од 1.500.000 КМ, ефективна пореска стопа код пореза на доходак из страних извора то снажно дестимулише – она је већа од 10%. С друге стране, пореска стопа од 10% предвиђена је за скоро све остале цедуле и годишњи доходак. Изгледа да током припрема Приједлога Закона о порезу на доходак, који је касније усвојен и сад је на снази, уопште није узета у обзир ова могућност.

Наиме, у образложењу уз Приједлог стоји да доходак из страних извора „до сада није никако био опорезован“.<sup>13</sup> Свјетски доходак, дакле и онај остварен у иностранству, био је опорезован како према ранијем Закону о порезу на доходак из 2006. године,<sup>14</sup> тако и ступањем на снагу сада важећег ЗПД.<sup>15</sup> Чак, према ЗПД, један од услова да квалификовани инвеститор буде опорезован за доходак из страних извора јесте управо да буде резидент Р. Српске. Према томе, лица која сада испуњавају услове за квалификованог инвеститора испуњавала су према ранијем законодавству, и испуњавала би према садашњем ЗПД, услове за опорезивање порезом на доходак прихода остварених у иностранству, чак и да у садашњи ЗПД није уведен институт дохотка из страних извора. Дакле, тврдња из Приједлога не стоји, а могуће је да закон није био примјењиван у том дијелу.

Ако обвезници нису пријављивали приходе остварене у иностранству, или их не пријављују сада, на то би се односио појам *непријављеног прихода*, који се опорезује порезом на доходак као остали приходи, без признавања нормираних трошкова.<sup>16</sup>

---

13 Приједлог Закона о порезу на доходак, Влада Републике Српске, јул 2015. године.

14 Чл. 5, ст. 2 и чл. 47 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 91/06, 128/06, 120/08, 71/10, 1/11, 107/13.

15 Чл. 6, ст. 1, т. 1 и чл. 66 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

16 Чл. 19в Закона о пореском поступку Републике Српске, *Сл. гласник Р. Српске*, 102/11, 108/11, 67/13, 31/14 и 44/16.

### 3.3. Пореска основица, порески дуг и ефективна пореска стопа

Пореска основица и пореске стопе нису уређене као за остале цедуле, већ се износ дугованог пореза утврђује у апсолутним износима за укупни доходак из страних извора,<sup>17</sup> према сљедећој табели:

пореска основица (пријављени годишњи доходак), КМ	годишњи порески дуг, КМ	ефективна пореска стопа (r), %	
до 2.000.000	150.000		r ≥ 7,5
преко 2.000.000 до 10.000.000	250.000	12,5>	r ≥ 2,5
преко 10.000.000 до 20.000.000	500.000	5>	r ≥ 2,5
преко 20.000.000 до 30.000.000	600.000	3>	r ≥ 2
није предвиђено: преко 30.000.000 до 40.000.000	правна празнина	?	
Ако би се примијенила аналогија	600.000	2>	r ≥ 1,5
преко 40.000.000 до 50.000.000	700.000	1,75 >	r ≥ 1,4
преко 50.000.000	800.000		r < 1,6

У овом прегледу може се примијетити непостојање пореске јединице за износ преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ. Поред тога, видљиво је да се са растом пореске основице смањује ефективна пореска стопа.

Дикција члана 44 ЗПД: „Порез на доходак из страних извора плаћа се годишње у апсолутном износу“, затим израз да за сваку од транши „годишњи порез износи [...]“, указују на намјеру да се за укупни износ основице апсолутно утврди порез на годишњем нивоу. Не ради се, дакле, о рашчлањеној пореској лествици. У прилог томе говори и чињеница да у закону нису наведене пореске стопе.

Када су утврђене ефективне пореске стопе (као у горњој табели), довођењем у везу апсолутног износа пореског дуга и одговарајуће пореске основице, може се разлучити да ли се ради о пропорционалном, прогресивном или регресивном порезу. Регресивна пореска тарифа постојаће када се повећањем пореске основице смањује пореска стопа (Јелчић, 1998: 139). Код пореза на доходак из страних извора тек посредно нам је видљива пореска стопа, и то у облику ефективне пореске стопе. Она се смањује како расте пореска основица, што порезу на доходак из страних извора даје обиљежје директне регресивности.

<sup>17</sup> Чл. 44 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

#### 4. Неправичност пореза да доходак из страних извора

Директна глобална регресија пореза на доходак из страних извора толико је изражена да су ефективне пореске стопе приликом опорезивања дохотка из страних извора некада ниже и од 1,4%, сходно износу пријављеног дохотка из страних извора. На примјер, ефективна пореска стопа за доходак у износу од 50.000.000 КМ износи 1,4%. За доходак преко 50.000.000 КМ ефективна стопа може бити само мања од 1,6%. Тако, за доходак од 60.000.000 КМ, ефективна пореска стопа била би око 1,3%, за доходак од 80.000.000 КМ тек 1%, итд.

Иако није изричито постављена доња граница износа дохотка из страних извора који је могуће пријавити, ефективна пореска стопа дестимулише пријављивање дохотка мањег од 1.500.000 КМ, пошто би се то опорезовало у износу од 150.000 КМ (што је већ преко 10% у односу на износ мањи од 1.500.000 КМ, а општа стопа за остале цедуле је свакако 10%). Економска логика јасно налаже да у том случају порески обвезник искористи могућност избора, и пријави доходак као неку другу категорију, зависно од начина остваривања. Исто важи и за доходак преко 2.000.000 КМ до 2.500.000 КМ.

Према томе, ефективна пореска стопа за доходак из страних извора, која се креће у распону од 10% до 1,4% и ниже, тежећи нули, у суштини је нижа од стопе која важи за све остале приходе у ЗПД.<sup>18</sup> Истовремено, предвиђена основица за опорезивање дохотка из страних извора, као и услови за опорезивање у оквиру ове цедуле, указују на најбогатије пореске обвезнике. Чињеница да физичко лице – квалификовани инвеститор – располаже дохотком од више десетина милиона КМ годишње, у пореском систему у којем је просјечна нето плата (као најчешћи вид прихода физичких лица) свега 828 КМ (годишње мање од 10.000 КМ, тј. мјесечно око 425 евра, а годишње око 5.095 евра), (Републички завод за статистику, 2017) указује на велику економску снагу таквих физичких лица. Поређење економске снаге наведене двије категорије физичких лица, примаоца просјечне нето плате спрам квалификованог инвеститора, указује на разлику од нпр. 1.000 и више пута. Дакле, за хиљаду и више пута већи доходак, квалификовани инвеститор ће платити порез не чак ни по истој пореској стопи, већ нижој, која тежи нули. Ово је супротно уставном и законском начелу сразмјерности пореза. Ово начело садржано је у Уставу

<sup>18</sup> Порез на доходак плаћа се по стопи од 10%, осим на доходак малог предузетника и доходак из страних извора. Годишњи порез малог предузетника обрачунава се по стопи од 2% на укупно остварени приход малог предузетника, при чему не може бити мањи од 600 КМ. Упор. чл. 4 и 23 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*. 60/15 и 45/16 – исправка.

Републике Српске, гдје се наводи да је обавеза плаћања пореза општа и утврђује се према економској снази обвезника<sup>19</sup> и у Закону о пореском систему Р. Српске, донесеном скоро двије године након доношења ЗПД.<sup>20</sup> Може се аргументовати да су одредбе ЗПД о порезу на доходак из страних извора неуставне.

У упоредном праву, правичност пореза на доходак постиже се пореском прогресијом (Анђелковић, 1999: 42,45), па макар она не била директна, већ индиректна прогресија. Овдје не само да нема прогресивности при опорезивању дохотка из страних извора, већ се јавља директна регресија. Она је видљива тек кроз приказ ефективних пореских стопа, што је учињено горе. Не само да није праћен приступ неких других пореских система у Европи, у којима маргинална пореска стопа за највише категорије дохотка на пореској љествици приближно износи или прелази 50%,<sup>21</sup> већ се одступило и од пропорционалности по изузетно ниској општој пореској стопи од 10% у Р. Српској, и дошло до ефективних стопа нижих чак и од већ ниске опште стопе.

## 5. Правна празнина – да ли је могуће примијенити аналогију?

Законописац, редактори текста, и законодавац направили су пропуст, који одговара ономе што је у управном праву техничка (очигледна) грешка, не предвиђајући износ пореза за годишњи доходак преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ. Међутим, није прекинут низ при одређењу пореског дуга (500.000, 600.000, 700.000, 800.000 КМ).

Језичким тумачењем дошло би се до закључка да доходак преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ једноставно није опорезован, иако је остали доходак (до 30.000.000 КМ и преко 40.000.000 КМ) опорезован. Како би требало тумачити овај члан, односно изостанак једне тачке у члану који има један став? Да ли би га требало тумачити? Да ли се ради о правној празнини и да ли долази у обзир примјена аналогије? Ова питања су врло значајна, ако се имају у виду уставна и пореска начела, попут забране дискриминације, начела владавине права, начела законитости опорезивања. Конкретизација ових начела видљива је и у одредби недавно донесеног Закона о пореском систему Р. Српске, у којој стоји да „порески подстицаји, ослобађања од пореза и умањења основице или стопе могу се

---

19 Чл. 63 Устава Републике Српске.

20 Чл. 8, ст. 1 и 4 Закона о пореском систему Републике Српске, *Сл. гласник Р. Српске*, 62/17.

21 European Commission, "Taxes in Europe" database (TEDB), Retrieved 20, August 2017, from [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxes-europe-database-tedb\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxes-europe-database-tedb_en).

уводити, укидати и мијењати искључиво законом“, као и да „висина сваког појединачног пореског и непореског давања [*sic* – мисли се на јавни приход, а не на давање пореском обвезнику, Ђ. М.] обавезно је одређена или јасно одредива законом“. <sup>22</sup> Према томе, баш као што је јасно да законом мора бити предвиђено опорезивање дохотка из страних извора (што је учињено), тако би морало бити предвиђено и евентуално пореско ослобођење (нема изричитог ослобођења за износ преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ).

У упоредном праву, у европско-континенталном правном систему, стриктно тумачење порескоправних норми је правило, иако се првенствено ради спрјечавања злоупотребе права и нелегитимне пореске евазије чине одређени изузеци и одступања од начелног приступа, како у судској пракси, тако кроз увођење тзв. антиабузивног законодавства, тј. норми против злоупотребе права (Vanistendael, 2000: 33–55). Вјероватно највећи отклон од уског тумачења права постојао је у њемачком праву од 1919. године (увођење у пореске законе начела економског тумачења, што је створило могућност за ширу примјену аналогије у пореском праву и попуњавање правних празнина), од чега се касније одустало, нарочито након 1977. године (Vanistendael, 2000: 37–38. Тасић, 1935: 9–10).

Ако би се просто прихватило да приход у распону између 30 и 40 милиона КМ није опорезован, онда би постојала недвосмислена дискриминација свих који су опорезовани за приходе ван тог распона. То би било супротно уставном начелу општости плаћања пореске обавезе. <sup>23</sup>

С друге стране, ако би се ипак утврдио порез за приход између 30 и 40 милиона КМ, онда би се дошло у опасност да тако утврђен порез буде незаконит, пошто нема законске норме (тачније, дијела норме, о чему ниже у тексту) која каже колики је износ пореза нити како да се одреди висина пореза. Ако би се неко охрабрио и којим случајем примјенио аналогију или неки (други) вид тумачења права, попуњавајући ову правну празнину, тек тад би искрсло питање како да се одмјери износ пореског дуга (За преглед схватања о аналогији у праву вид. Ђурђић, Трајковић, 2011: 2–10).

Не улазећи у дубља теоријска питања, прихватајући становиште да је аналогија негдје између тумачења у правом (ужем) смислу и стварања права – што је давно исказано у њемачкој правној теорији, у зачецима научне расправе о аналогији у праву (Тасић, 1984: 381) – заиста не можемо да се сложимо са мишљењем Пореске управе Р. Српске да се у наведеном случају просто не може утврдити порез. Пореска управа само констатује

<sup>22</sup> Чл. 4, ст. 2 и 3 Закона о пореском систему Републике Српске, *Сл. гласник Р. Српске*. 62/17.

<sup>23</sup> Чл. 63 Устава Републике Српске.



да је законодавац направио пропуст, и да „није прописан износ годишњег пореза“, те да је у плану допуна закона.<sup>24</sup> Иначе, прошле су двије године од доношења ЗПД.

### 5.1. Прихватање аналогије

Ако прихватимо не само начелну могућност, већ и неопходност попуњавања наведене правне празнине, можемо се окренути аналогији. Ипак, баш као и у кривичном праву, гдје важи правило *nullum crimen, nulla poena sine lege*, тако и у пореском праву вриједи *nullum tributum sine lege*. Чак и да је допуштена, „аналогија долази у обзир само ако између ненормираног и нормираног односа постоји битна сличност, а што се утврђује циљним тумачењем“ (Нарашић, 2009: 330). Неупитна је сличност између нормираног и ненормираног у овом конкретном случају.

У пореском праву, аналогијом се не смије стварати ново право, већ се смије само откривати латентни правни исказ, што даље значи да „ако постоји ситуација која није уређена порескоправном нормом, иза које би стајао исти *ratio legis* као и иза сличне норме, примена аналогије неће се косити са принципом правне државе, са принципом *nullum tributum sine lege*“ (Поповић, 2016: 58 и 59). Примјена аналогије, у наведеном случају, не би довела до стварања новог пореског облика – новог случаја опорезивања – само би се попунила правна празнина. Штавише, посматрано номотехнички, правна празнина у овом случају тиче се само дијела правне норме, а не читаве норме. Норма је садржана у ставу, уколико члан има више норми, а правна празнина код пореза на доходак из страних извора тиче се недостајуће тачке, која сама не може садржати норму, јер је тек дио става.<sup>25</sup> Норма постоји, само није потпуна. Ова правна празнина врло је близу техничке грешке. Правна празнина требало би да буде уређена новом тачком која би била уметнута између садашњих тачака 4) и 5) спорног члана 44 ЗПД. У прилог оцјени да треба поунити постојећу правну празнину иде циљно тумачење. Циљ је очито био опорезивање дохотка из страних извора. Нигдје у закону, па чак ни у образложењу Приједлога Закона о порезу на доходак, није поменуто пореско ослобођење за износ дохотка из страних извора преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ. Ако се примјени *argumentum a fortiori*, још је увјерљивији изложени став. Наиме, уколико је опорезован износ дохотка из страних извора до 30.000.000 КМ, као и доходак преко 40.000.000 КМ, уколико већ не постоји изричита пореска олакшица за

24 Пореска управа Републике Српске, Обавјештење бр. 06/1.01/0401-052.4-8584/2017 од 5. 6. 2017. године.

25 Чл. 5, ст. 1 и 7, и чл. 6, ст. 3 Правила за израду закона и других прописа Републике Српске, *Сл. гласник Републике Српске*, 24/14.

доходак између наведена два износа, тим прије би требало опорезовати и тај доходак (преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ).

Посљедњи корак у рјешавању проблема насталог постојањем правне празнине, након што смо показали да треба утврдити порез, тиче се утврђивања тачног износа пореског дуга. Уколико се не примијени аналогија, већ се приход опорезује у оквиру преосталих цедула, правила за утврђивање тачног пореског дуга су јасна. Међутим, уколико се за попуњавање правне празнине прихвати аналогија, долази се до непознанице – нема пореске стопе, а због правне празнине нема ни апсолутног износа пореског дуга.

Узимајући у обзир оно што закон неспорно уређује, а то је порез за доходак до 30.000.000 КМ, и порез за доходак преко 40.000.000 КМ, што су најближи износи дохотка, пореске основице, у односу на спорни непредвиђени распон дохотка, управо би очекивано било да се преузме једно од та два законска рјешења приликом попуњавања празнине која се налази између. На неуређени случај – износ прихода преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ – аналогно би се примијенила законска норма (тј. дио норме, тачка, у складу са горе реченим) из сличног и уређеног случаја, гдје је *ratio legis* исти. Тумачећи у корист обвезника избор између двије сличне постојеће одредбе, дакле *in dubio contra fiscum*, требало би примијенити тачку о износу пореза за претходну траншу, за мању пореску основицу (преко 20.000.000 КМ до 30.000.000 КМ), па би прописан порески дуг био 600.000 КМ. Укратко, за износ дохотка преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ била би примијењена норма о пореском дугу од 600.000 КМ. Овим не би била потпуно уклоњена дискриминација, али би она била знатно ублажена до одговарајуће интервенције законодавца или редактора текста. Таква реакција свакако се чека већ дуже од двије године. Ефективна пореска стопа за спорни износ преко 30.000.000 КМ до 40.000.000 КМ, уз примјену аналогије на овај начин, била би мања од 2% а већа или једнака 1,5%.

## 5.2. Неприхватање аналогије

Ако се не прихвати овакав став – да се примјеном аналогије попуни правна празнина – спорни износ свакако би требало опорезовати у оквиру преосталих цедула (како у случају пријављивања, тако и у случају да обвезник не пријави а Пореска управа сазна за приход), екстензивно тумачећи одредбе о преосталим цедулама (нпр. о опорезивању прихода од капитала, прихода од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, и др.).<sup>26</sup> Уосталом, изричитог пореског

---

<sup>26</sup> Вид. горе, дио о пореском обвезнику.

ослобођења нема за приход остварен у иностранству преко 30 до 40 милиона КМ, па би се у одсуству аналогије о опорезивању дохотка из страних извора могло примјенити екстензивно тумачење одредаба о опорезивању по другим законом предвиђеним цедулама. То би ипак довело до још веће неравноправности и дискриминације пореских обвезника, пошто би у том случају пореска стопа била 10%, што је знатно више од просјечне ефективне пореске стопе за доходак из страних извора.

### **6. Ефекти опорезивања дохотка из страних извора**

Зашто би се физичко лице које испуњава услове за квалификованог инвеститора одредило за такав статус у пореском систему Р. Српске?

Опорезиви приход квалификованог инвеститора остварен је у иностранству, ван БиХ, што значи да је вјероватно и тамо опорезован, барем по принципу извора. Иначе, инвеститори су већ суштински подстакнути у Р. Српској, пошто се порез на доходак не плаћа на дивиденду нити на удио у добити правног лица.<sup>27</sup> Услов за опорезивање на овај очигледно повољнији начин за обвезника јесте улагање у привреду Р. Српске (квалификована инвестиција). Међутим, погодности – ниске ефективне пореске стопе и чињеница да квалификовани инвеститор уз пријаву *не доставља* евиденције и документацију о оствареном дохотку<sup>28</sup> – не односе се на приход остварен у Р. Српској. Дакле, порески обвезник подстакнут је да у привреду уложи тек колико је минимално потребно да оствари услове за статус квалификованог инвеститора, а да потом све остало уложи у иностранство (нпр. привреда са привлачнијим условима за пословање и са преференцијалним пореским системом) и тамо остварује приходе, јер приходи остварени у иностранству (нпр. од капиталног добитка, или камате на зајам) могу бити опорезовани у Р. Српској чак десет пута мањим порезом него такви приходи остварени у Р. Српској, при чему обвезник не доставља евиденције ни документацију о приходу оствареном у иностранству. У овоме се огледа потенцијално дисторзивно и врло неповољно дејство пореза на доходак из страних извора на привреду Р. Српске.

Поред тога, иако је порез на доходак из страних извора низак, то ипак не значи да ће укупан порески терет обвезника нужно бити мањи. То само значи да се Р. Српска одриче прихода који би иначе могла да убере. Наиме, држава извора по правилу ће опорезовати приход који у њој

---

27 Чл. 8, ст. 3, т. 13 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

28 Чл. 45, ст. 3 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

остваре нерезиденти (претпоставимо у овом случају да је квалификовани инвеститор резидент само Р. Српске, а нерезидент у држави у којој је остварио доходак из страних извора, иако се може десити да га и иностранна држава сматра својим резидентом). Све и да је закључен одговарајући уговор о избјегавању двоструког опорезивања између двије земље, по правилу се за елиминацију двоструког опорезивања примјењује метода обичног кредита. У том односу, Р. Српска је јурисдикција чији резидент је остварио приход у другој земљи – земљи извора. У уобичајеној ситуацији, уз примјену метода обичног кредита, „када је порески дуг у земљи извора већи од максималног лимита земље резидентства, порески обвезник неће моћи да одбије сав порез који је платио у земљи извора“ (Поповић, 2016: 260).

Метод обичног кредита предвиђен је у ЗПД.<sup>29</sup> Пошто нема директног искључења примјене овог института у односу на порез на доходак из страних извора, сматрамо да је примјењив. Међутим, ако би се квалификованом инвеститору умањило порез да доходак из страних извора за износ пореза који је плаћен у иностранству за тај доходак, страни порески дуг у највећем броју случајева био би већи него порески дуг у Р. Српској. Рјечју, Р. Српска не би остварила никакав приход. Да би се постојећим порезом на доходак из страних извора остварио неки јавни приход када обвезник пријави да је већ платио у иностранству порез на исти доходак, порез плаћен у иностранству морао би бити изузетно низак, што је могуће замислити скоро само код јурисдикције која има одлике пореског раја.

Неки уговори о избјегавању опорезивања садрже одредбу о кредиту за уштеђени порез – *tax sparing credit; matching credit* (ипак, не ради о методи за елиминацију двоструког опорезивања, јер је ипак ријеч о одбитку *неплаћеног* пореза. Поповић, 2016: 260–261). Одредба о кредиту за уштеђени порез, међутим, односи се на случајеве када земља извора (обично земља у развоју) даје пореске олакшице страним инвеститорима.

Сврха одредаба о уштеђеном порезу је „омогућавање нерезидентима да добију кредит за порез плаћен у иностранству, а на име пореза којег су били „поштеђени“, односно који им је „уштеђен“ у складу са програмом подстицаја државе извора или осигуравање да ови порези буду узети у обзир за потребе примене одређених услова који могу бити у вези са системима изузимања“ (Костић, *et al.*, 2016: 382). Кредит за уштеђени порез пружила би држава резидентства инвеститора. Међутим, код пореза на доходак из страних извора, земља резидентства је Р. Српска, а доходак из страних извора остварен је у иностранству, што ће по правилу бити земља

29 Чл. 67 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

извора. Чак и уколико земља у којој је остварен предметни приход такође сматра квалификованог инвеститора Р. Српске својим резидентом, опет је упитно да ли се може примијенити одредба о кредиту за уштеђени порез, јер приход није остварен у Р. Српској, која даје олакшицу.

За непуне двије године од ступања на снагу ЗПД и увођења пореза на доходак из страних извора у пореско право Р. Српске, доходак из страних извора пријавио је само један порески обвезник, и то за износ преко 50.000.000 КМ.

Кад имамо у виду овај податак, заједно са свим горе наведеним посебностима пореза на доходак из страних извора, још се пожељнијом и неопходнијом чини озбиљна економска анализа ефеката овог пореза. Таква анализа не може бити обухваћена овим радом, а сигурно би допринјела бољем сагледавању разлога за и против постојања овог института у праву Р. Српске.

За крај, умјесто коментара *de lege ferenda*, пошто је из реченог у овом раду јасно видљив став аутора да су промјене института нужне, указаћемо на крајње неуобичајену одредбу о будућем важењу „права и повластица“ квалификованог инвеститора. „Права и повластице квалификованог инвеститора и обавезе по основу ранијих прописа и овог закона не могу бити укинуте или поништене ступањем накнадно донесених закона и других прописа на снагу, а уколико су такви накнадно донесени закони и други прописи повољнији за квалификоване инвеститоре, они имају право да бирају режим који ће бити мјеродаван за њихово опорезивање.“<sup>30</sup> У нашем правном систему не постоје виши, органски закони, који би били виши у правној хијерархији од „обичних“ закона. Законодавац је, вјероватно свјестан размјера повластица датих квалификованим инвеститорима и размјера неправичности пореза на доходак, очигледно имао намјеру да спријечи ретроактивно одузимање, неким будућим законом, стечених и остварених права на основу ЗПД. Међутим, Устав Р. Српске свакако јасно забрањује ретроактивност,<sup>31</sup> а допуштених изузетака било је у пореском праву Р. Српске (Мариловић, 2015: 593–594), што треба нарочито разликовати од иначе допуштене ретроспективности закона (Поповић и Илић-Попов, 2015: 9–12). Наведена законска одредба, којом се *pro futuro* ограничава нико други но законодавац, толико нам се чини неуставном и у крајњој линији логички неодрживом, да уопште не осјећамо потребу, а немамо ни мјеста, да у овом раду образложимо такав свој став.

---

30 Чл. 50 Закона о порезу на доходак, *Сл. гласник Р. Српске*, 60/15 и 45/16 – исправка.

31 „Закони, други прописи и општи акти не могу имати повратно дејство.“ Чл. 110, ст. 1 Устава Републике Српске.

## 7. Закључак

Закон о порезу на доходак у Републици Српској од 2015. године познаје цедулу „доходак из страних извора“. У овом раду приказан је однос овог института спрам цјелине пореза на доходак у Р. Српској, дат је преглед законског описа пореског чињеничног стања, и указано је на најкрупније недостатке овог института и неке могућности за превазилажење недостатака.

Порез на доходак из страних извора директно је регресиван, изразито неправичан порез. У односу на цјелину пореза на доходак, прилично је неусаглашен. У законској одредби којом се одређује пореска тарифа постоји правна празнина. Сматрамо да је примјена аналогije ради попуњавања ове празнине неопходна, пошто би пасиван однос пореских органа према овој празнини довео до дискриминације пореских обвезника и могуће нелегитимне пореске евазије.

Домети пореза на доходак из страних извора за сад су врло ограничени. За непуне двије године, порез у оквиру ове цедуне пријавио је само један порески обвезник.

Анализиране особине пореза на доходак из страних извора, попут крајње ниских ефективних пореских стопа, недостављања документације и евиденција о предметном доходу приликом пријављивања пореза и др., наводе нас на закључак да је институт осмишљен као начин за репатријацију разних прихода из иностранства, и то најбогатијим пореским обвезницима који би иначе за исте те приходе платили знатно већи порез у Р. Српској.

## Литература

Анђелковић, М. (1999). *Пореско право – теоријски аспекти и пореске реформе*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Vanistendael, F.(2000). *Legal Framework for Taxation*. U Victor Thuronyi(Ed.), *Tax Law Design and Drafting* (str. 33–55). The Hague – London – Boston : Kluwer Law International.

Ђурђић, В., Трајковић, М. (2011). Да ли је допуштена аналогija у кривичном праву? *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 58(LVIII), 1–22.

European Commission, *“Taxes in Europe” database (TEDB)*, Retrieved 20, August 2017, from [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxes-europe-database-tedb\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/taxes-europe-database-tedb_en)

Закон о порезу на доходак. *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 91(2006), 128(2006), 120(2008), 71(2010), 1(2011) и 107(2013).

Закона о порезу на доходак, *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 60/15 и 45/16 – исправка.

Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 102(2011), 108(2011), 67(2013), 31(2014) и 44(2016).

Закон о пореском систему Републике Српске. *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 62 (2017).

Илић-Попов, Г. (2003). Пореска реформа у Србији: порези, подстицаји, поступак и администрација. У З. Вацић и Б. Мијатовић (Ур.), *Стратегија реформи* (244–266). Београд: Центар за либерално-демократске студије.

Jelčić, Во. (1998), *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb: Informator.

Костић, С. В. *et al* (прир.). (2016) *Модел-конвенција о порезима на доходак и имовину – сажета верзија – 15. јул 2014. године*. Београд: Српско фискално друштво.

Мариловић, Ђ. (2013). Посебности фискалних односа у сложеним државама – примјер Босне и Херцеговине. *Годишњак Правног факултета у Источно Сарајеву*. 2(2013). 53–76.

Мариловић, Ђ. (2015). Ванредни порези и начело законитости у Републици Српској. У Г. Марковић (Ур.), *Зборник радова „Однос права у региону и права Европске уније“* (584–602). Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву.

Поповић, Д. (2016), *Пореско право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Поповић, Д., Илић-Попов Г. (2015). Ретроактивност закона у пореском праву. *Анали Правног факултета у Београду*. 1(LXIII). 5–22.

Пореска управа Републике Српске, Обавјештење бр. 06/1.01/0401-052.4-8584/2017 од 5. 6. 2017. године.

Правила за израду закона и других прописа Републике Српске, *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 24(2014).

*Приједлог Закона о порезу на доходак*, Влада Републике Српске, јул 2015. године.

Републички завод за статистику. *Мјесечни статистички преглед – јун 2017*. (2017).

Тасић, Ђ. (1935). О тумачењу кривичноправних и финансијских закона – проблем аналогije. *Архив за правне и друштвене науке*. 1-2(XLVIII) 1-12.

Тасић, Ђ. (1984). Аналогija. У Радомир Лукић (Ур.) *Избор расправа и чланака из теорије права* (380–388), Београд: Српска академија наука и уметности, 1984.

Устав Републике Српске. *Службени гласник Р. Српске*. Бр. 3(1992), 6(1992), 8(1992), 15(1992), 19(1992), 21(1992) – пречишћени текст, 28(1994), 8(1996), 13(1996), 15(1996), 16(1996), 21(1996), 21(2002), 26(2002), 30(2002), 31(2002), 69(2002), 31(2003), 98(2003), 115(2005) и 117(2005).

Нарашић, Ж. (2009). *Домети систематског тумачења у праву*. *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*. 2(2009).



**Ђорђе Мариловић, LL.M.**

Senior Assistant,

Faculty of Law, University of East Sarajevo

## **FOREIGN INCOME TAXATION BY INCOME TAX IN THE REPUBLIC OF SRPSKA**

### **Summary**

*The Income Tax Act of the Republic of Srpska, which regulates income taxation of natural persons, provides for a special institute (cedula) designated as “income from foreign sources”. The legislator’s intention was to offer natural persons, non-residents of the Republic of Srpska, an opportunity to be taxed “stimulatively” for the income received from outside Bosnia and Herzegovina, provided that a non-resident has made qualified investment in the economy of the Republic of Srpska, which should ultimately lead to an increase of overall investments in the economy of the Republic of Srpska.*

*Several questions have been raised in this article concerning the taxation of income from foreign sources. The author draws attention to lacuna iuris concerning tax base, temporal aspects of certain income tax law provisions (e.g. restrictions as to which provisions could be changed by subsequent laws), the regressive effect of taxing income from foreign sources, as well as to other systemic discrepancies between general income tax and taxation of income from foreign sources.*

*The author supports the legislator’s intention to apply fiscal policy instruments in order to attract investments from nonresidents in a world of extremely movable capital but also warns about the need to define such instruments more accurately and systematically. Should the present Income Tax Act not be adjusted, the author predicts that application of the current fiscal policy instruments will be jeopardized; consequently, the current provisions on taxation of income from foreign sources may have significant distortive effects.*

**Keywords:** individual income tax, income from foreign sources, nonresident, analogy, regressive tax rate, fiscal policy.



## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <b>овде</b> .
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) на следећу адресу: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v УК</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i> ) to the following address: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>