
**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW**

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

2/2014

Beograd, 2014.

Redakcija

Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

Prof. dr Spiridon Vrelis

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

Prof. dr Mikele Papa

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor Univerziteta u Firenci

Prof. dr Vid Jakulin

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna

Prof. dr Alesandro Simoni

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

Prof. dr Đorđe Ignjatović

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

Prof. dr Đorđe Đorđević

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

Prof.dr Dušan Vranjanac

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

Ratomir Slijepčević

sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije

Doc. dr Goran Dajović

docent Pravnog fakulteta u Beogradu

Dr Branislava Knežić

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

Dr Ana Knežević Bojović

naučni saradnik, NALED

Dr Jovan Ćirić

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Aleksandra Rabrenović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Jelena Ćeranić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Katarina Jovičić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Đurić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

SEKRETARI REDAKCIJE

Secretaries of editorial board

Mr Jelena Vukadinović

Mr Milica Matijević

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

e-mail: institut@icl.org.rs, www.comparativelaw.info

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

SADRŽAJ

ČLANCI:

Zoran Stojanović

RASISTIČKA I KSENOFOBIČNA MOTIVACIJA
KAO OTEŽAVAJUĆA OKOLNOST KOD
ODMERA VANJA KAZNE 11

Aleksandra Rabrenović

SISTEMI PLATA I NAGRAĐIVANJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA
U ZEMALJAMA ZAPADNOG BALKANA
U VREME EKONOMSKE KRIZE 23

Gordana Gasmī

NOVA KONVENCIJA SAVETA EVROPE O PREVENCIJI I BORBI
PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA I PORODIČNOG NASILJA
„ISTANBUL KONVENCIJA“ – ZNAČAJ USTANOVLJAVANJA
EVROPSKIH PRAVNIH STANDARDARDA 37

Tijana Šurlan

ODUZIMANJE ORGANA KAO *ACTUS REUS*
MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA 57

Весна Ђорух Ерућ

САОПТУЖЕНИ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА
ЉУДСКА ПРАВА – ПРЕДНОСТИ И ОГРАНИЧЕЊА 77

Владимир Бурић

ОРГАНИЗАЦИЈА И ПОСЛОВИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У ОБЛАСТИ
ВЕРА, ДИЈАСПОРЕ И ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА 93

Dragana Petrović

ВЕЧНО ПИТАЊЕ МОРАЛНОСТИ ТЕРОРИЗМА 113

Ивана Ракић

КООРДИНАТИВНИ ЕФЕКТИ ВЕРТИКАЛНИХ
КОНЦЕНТРАЦИЈА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 129

Александра Вишекруна

САНКЦИЈЕ ЗА НЕОБЈАВЉИВАЊЕ ОБАВЕЗНЕ
ПОНУДЕ ЗА ПРЕУЗИМАЊЕ141

Дарко Голић

МЕЂУОПШТИНСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО
ПОЛУРЕГИОНАЛНЕ (КВАЗИ)ВЛАСТИ155

Dejan Šuput

PRAVNO UREĐIVANJE ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA
- Reuglatorni okvir EU i propisi država zapadnog Balkana -175

Mario Reljanović

PRIVREMENO ZAPOŠLJAVANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ
– POUKE ZA BUDUĆE REGULISANJE U REPUBLICI SRBIJI191

Александар Бошковић

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОЛИЦИЈСКЕ
ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ
ЗАКОНОДАВСТВУ ЕНГЛЕСКЕ211

Tatjana Kandić

UPOREDNA ANALIZA NORMATIVNOG MODELA
SUDSKE VLASTI U REPUBLICI SRBIJI,
REPUBLICI HRVATSKOJ I REPUBLICI SLOVENIJI233

Jelena Šantrić, Vesna Bjegović-Mikanović

IZAZOVI U REGULISANJU DOPUNSKOG RADA
ZDRAVSTVENIH RADNIKA –SRBIJA I HRVATSKA247

Ivana B. Ljutić

PORESKE REGULATIVE O SPORAZUMIMA RASPODELE
TROŠKOVA MULTINACIONALNIH KOMPANIJA
NA FILIJALE - UPOREDNOPRAVNI PREGLED263

Danilo Savović

POSTUPAK ZA OSTVARIVANJE PRAVA NA
SLOBODAN PRISTUP INFORMACIJAMA
OD JAVNOG ZNAČAJA PRED DOMAĆIM
I MEĐUNARODNIM ORGANIMA275

Darko Radulović

ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI STEČENE
KRIVIČNIM DJELOM U ZAKONODAVSTVU CRNE GORE291

Милица Ковачевић, Вељко Турањанин

ПРАВО МАЛОЛЕТНИКА НА СЛОБОДУ И БЕЗБЕДНОСТ
У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА
- ПРИВИЛЕГОВАНИ ИЛИ ЈЕДНАКИ?307

TABLE OF CONTENTS:

ARTICLES :

Zoran Stojanović

RACIST AND XENOPHOBIC MOTIVATION
AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE IN SENTENCING 11

Aleksandra Rabrenović

CIVIL SERVICE PAY AND BENEFIT SYSTEMS
IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES IN THE TIME OF
ECONOMIC DOWNTURN23

Gordana Gasmi

NEW COE CONVENTION ON PREVENTING
AND COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN
AND DOMESTIC VIOLENCE „ISTANBUL CONVENTION“
– IMPORTANCE OF SETTING EUROPEAN LEGAL STANDARDS37

Tijana Šurlan

ORGAN HARVESTING AS *ACTUS REUS*
OF INTERNATIONAL CRIMES57

Vesna Ćorić Erić

THE CO-RESPONDENT BEFORE THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS- ITS CAPABILITIES AND LIMITATIONS77

Vladimir Đurić

ORGANIZATION AND FUNCTIONS OF STATE ADMINISTRATION
IN THE FIELD OF RELIGION, DIASPORA AND HUMAN
AND MINORITY RIGHTS93

Dragana Petrović

ETERNAL QUESTION OF THE MORALITY OF TERRORISM113

Ivana Rakić

ORDINATED EFFECTS OF VERTICAL CONCENTRATIONS
IN EUROPEAN UNION LAW129

Aleksandra Višekruna

SANCTIONS FOR NON-COMPLIANCE
WITH MANDATORY BID RULE141

Darko Golić

INTER-MUNICIPAL COMMUNITIES AS
SEMI-REGIONAL (QUASI) GOVERNMENTS155

Dejan Šuput

LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS
- EU Regulatory Framework and the Regulations of the
Western Balkans Countries -175

Mario Reljanović

TEMPORARY EMPLOYMENT IN THE REPUBLIC OF CROATIA
- LESSONS FOR FUTURE REGULATION
IN THE REPUBLIC OF SERBIA191

Aleksandar Bošković

BASIC CHARACTERISTICS OF THE POLICE INVESTIGATION
ACCORDING TO THE ENGLISH CRIMINAL PROCEDURE LAW211

Tatjana Kandić

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NORMATIVE MODEL
OF JUDICIAL POWER IN THE REPUBLIC OF SERBIA,
REPUBLIC OF SLOVENIA AND REPUBLIC OF CROATIA233

Jelena Šantrić, Vesna Bjegović-Mikanović

CHALLENGES IN REGULATING ADDITIONAL WORK
OF HEALTH PROFESSIONALS – SERBIA AND CROATIA247

Ivana B. Ljutić

TAX REGULATION ON COST SHARING AGREEMENTS OF
BETWEEN THE MULTINATIONAL CORPORATIONS
AND ITS AFFILIATED COMPANIES
- COMPARATIVE LAW REVIEW263

Danilo Savović

PROCEDURE FOR EXERCISING THE RIGHT OF FREE ACCESS TO
INFORMATIONS OF PUBLIC INTERESTS TO
LOCAL AND INTERNATIONAL AUTHORITIES275

Darko Radulović

CONFISCATION OF PROCEEDS OF CRIME IN THE
LEGISLATION OF MONTENEGRO291

Milica Kovačević, Veljko Turanjanin

JUVENILE'S RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY
AND THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS - PRIVILEGED OR EQUAL?307

**RACIST AND XENOPHOBIC MOTIVATION AS AN
AGGRAVATING CIRCUMSTANCE IN SENTENCING²***Abstract*

Based on certain international legal acts (Council Framework Decision 2008/913/JHA dated 28 November 2008), but without limiting it solely to racist and xenophobic motivation, the Criminal Code of the Republic of Serbia (SCC) introduced a new provision (effective of 1 January 2013) with a view to ensuring a more severe punishment for criminal offences committed against members of certain social groups out of hatred based on such membership. Despite the fact that the general principles of sentencing specified in the SCC foresee that the court will take into account, inter alia, the motives for committing the offence, this provision is of general nature and does not explicitly mention hate as an aggravating circumstance nor, indeed, does it foresee hate as a statutory aggravating circumstance. This might be seen as a justifiable reason for introducing such a provision, regardless of the fact that it implies departing from the general principles in meting out the punishment. This provision is the only mandatory aggravating circumstance in the SCC. However, it is primarily a criminological notion which does not constitute a precise criminal law category. Existing perceptions of “hate crimes” are quite diverse. Therefore, harsher punishment for such criminal offences provided for by foreseeing more serious forms of existing criminal offences would not be justifiable. The selection of these criminal offences per se would be arbitrary.

The provision of Art. 54a of the SCC stipulates also that hate shall not be considered as an aggravating circumstance in criminal offences

¹ Law Faculty, University of Belgrade, mail: zorans@ius.bg.ac.rs

² Ovaj rad predstavlja modifikovanu verziju referata koji je autor podneo na međunarodnom kongresu “Los retos del Principio de Igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Sesión II: La protection penal de la igualdad održanom u Las Palmasu (Gran Canaria) 30. i 31. oktobra 2013. godine. Referat je kao materijal za učesnike kongresa preveden na španski („LA MOTIVACIÓN RACISTA Y XENÓFOBA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENA”).

for which hate as a motive is foreseen as a legal element. Although the SCC does not foresee any criminal offences explicitly associated with hate as a motive, this prohibition still refers to four criminal acts the legal descriptions of which include certain forms of hate. Taking into account also the general prohibition of double evaluation in determining the punishment as well as the nature and sense of such crimes, hate within the meaning of Art. 54a of the SCC should not be taken into account as an aggravating circumstance since the above four criminal acts are, indeed, based on it.

It is difficult to say now whether the solution opted for by the legislator in Serbia shall incite the pronouncement of more severe punishments for crimes committed out of hate on the above grounds. So far, there have been no studies done on whether and to what extent the said circumstance influenced sentencing. One can reasonably assume, however, that the courts did take it into account when assessing the motives underlying such criminal offences. In any case, this is a symbolic gesture on the part of the legislator which should be upheld as such, but if one should ask whether criminal law can suppress hate (against any person), no optimistic view could be based on realistic approach to limited capacities of criminal law.

Key words: *hate, xenophobia, racism, aggravating circumstance, sentencing, criminal law.*

1. Preliminary remarks

Numerous international law documents clearly imply the intention to provide special criminal law protection to certain social groups, i.e., to suppress certain forms of discrimination by means of criminal law as well. Rather than trying to address this complex and rather broad topic, this paper focuses only on one, relatively narrow segment, i.e., issue thereof. Namely, the special protection implies also its intensification reflected in more severe punishments prescribed for criminal offences committed to the detriment of members of such groups. Here, the main attention of this paper will be awarded to the following two questions: whether a more severe punishment is justifiable for any and all criminal offences perpetrated out of racist and xenophobic motives and whether a more severe punishment can raise the effectiveness of suppression of certain forms of discrimination.

Although referring to some other criminal legislations, this issue shall be discussed on the example of the solution provided in the

Serbian Criminal Code (SCC) with the recently introduced provision on discriminatory motivation (on the grounds of race, religion, national or ethnic affiliation, sex and sexual orientation or gender identity) as a statutory aggravating circumstance. Serbian criminal legislation may prove to be interesting also due to the fact that the same idea (in a somewhat different form) was embodied therein as early as 1986, that is, even before the USA came up with the „hate crime“ concept and before it was foreseen as an obligation on the part of the states by some international acts.

2. Special circumstance for determination of sentence for hate crime

Motivation, indisputably, constitutes an important circumstance in meting out punishment. To that effect, motivation is given a serious attention since it is considered to be a psychological “driving force” behind the crime. Motives may be classified according to various criteria.³ Some of the divisions are based upon social and ethical valuation of motives, which is very important for establishing their role as a significant circumstance to be taken into account in sentencing (for inst. altruistic and egoistic, noble and lowly, etc.). Whether they will be considered a mitigating or aggravating circumstance depends precisely upon their evaluation using social and ethical criteria.⁴

The new provision of Art. 54a of SCC that came into force on 1 January 2013, is aimed at ensuring more severe punishment,⁵ thus strengthening up criminal law protection of specific, particularly vulnerable social groups whose members are often victims of various criminal offences committed out of hatred based on such membership. Hatred could be incited by belonging to a certain racial, religious, national or ethnic group but also on account of person’s sex, sexual orientation

³ G. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale, Settima edizione*, CEDAM, 2011, 648-649.

⁴ Stree/Kinzig. In: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, 752.

⁵ On the issue of punishment associated with xenophobic and racist motives explicitly clear is the Framework Decision of the of the European Union Council (Council Framework Decision) prescribing that member states shall take necessary measures to explicitly foresee these motives as an aggravating circumstance or, alternatively, that courts of law may take into account such motives in determining sentences (Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law - Art. 4). The amendments to Serbian CC went even further than the foregoing Framework Decision. On the one hand, the Decision is mandatory only for EU member states which Serbia is still not and on the other, the Decision associates hate as an aggravating circumstance only with the two mentioned manifestations thereof and allows member states to foresee the aggravating circumstance as a facultative one (as was the case in Serbia prior to introduction of Art. 54 into SCC.).

or gender identity.⁶ Although general sentencing rules of Art. 54 of the Criminal Code already foresee that the court shall take into account also the motives for committing the offence, this provision is of general nature without any explicit reference to hate as an aggravating circumstance (on the foregoing grounds), and neither does it prescribe hate as a mandatory aggravating circumstance the way it is foreseen in provision of Art. 54a of the Criminal code.

Hate frequently occurs as an underlying motive for committing a criminal offence. However, it would be unacceptable to take it into account as an aggravating circumstance always and in connection to each and every criminal offence. This might be seen as a justifiable reason for introducing the said provision, regardless of the fact that it implies, to a certain extent, departing from the general principles in meting out punishment. This provision is the only mandatory aggravating circumstance in Serbian CC (which is not the case with recidivism (repeat offence) that is also regulated in a separate article but only as a facultative aggravating circumstance). This is primarily a criminological notion,⁷ which does not constitute a precise criminal law category since the circumstance may “surface” in numerous, often quite different criminal acts. Existing perceptions of the so called “hate crimes” are quite diverse. They range from the views implying that even the slightest prejudice against certain social groups initiating a negative attitude towards members thereof would suffice all the way to the standings demanding a criminal offence to be perpetrated solely out of hatred, exclusive of any and all other factors.⁸ Therefore, implementing the obligation prescribed by international legal acts pertaining to harsher punishment for such criminal offences by foreseeing qualified forms of individual criminal offences would not

⁶ The grounds set forth in provision of Art. 54a of Serbian CC are more numerous than those foreseen as mandatory in the Council Framework Decision 2008/913/JHA. Santana Vega points out as particularly unclear why the Council Framework Decision excludes from the reach of criminal law protection gender and sexual orientation despite of the still high incidence of homophobic assaults in the EU states. She finds a possible explanation in the fact that there was no consent on the issue as indicated also by the provision of the Council Framework Decision which states that the decision should not prevent members states from extending criminal law protection to groups formed according to other criteria in their respective national legislations. See D. M. Santana Vega, “Strafrechtliche Aspekte der diskriminierenden Meinungsfreiheit: Eine europäische Perspektive“, *Strafrecht als Scientia Universalis*, FS für C. Roxin zum 80. Geburtstag, Band 2, Berlin-New York, 2011, 1541-1542.

⁷ Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, 10th ed., Beograd, 2010, 104.

⁸ In that sense, Hall, who compares statistical data on hate crimes committed in New York and London which are very different primarily because of different perception of this notion. N. Hall, “Making Sense of Numbers: The Social Construction of Hate Crime in London and New York City”, *Hate Crime* (J. Goodey, K. Aromaa, eds), Helsinki, 2008, 29-39.

be justifiable.⁹ Even selecting such criminal offences per se would be arbitrary. Numerous criminal offences could be committed out of hatred based on some of the above-mentioned grounds. True, it was possible to foresee statutory harsher punishment by a general provision, for instance by prescribing that perpetrating the offence out of such motives shall increase the prescribed punishment range to a certain degree or by excluding the possibility of pronouncing certain criminal sanctions such as suspended sentence, etc. However, this would significantly disrupt the system of the general part of SCC and would probably cause serious problems in implementation. If hate generated by discrimination of some sort is to be given a special status in criminal law, the solution opted for by Serbian and some other European legislators, empowering the court to assess, in each concrete case, whether and to what extent hatred led to perpetration of the criminal offence appears to be a better one. This precisely should be the basic criterion. Although it is possible for hate to exist in combination with some other type of motivation (greed (gain), for inst.), taking it into account as an aggravating circumstance should require hate, in addition to its discrimination-based origin, to be the basic motivating factor which actually led to the commission of the criminal offence.

As a rule, discriminatory hate is based on certain prejudices and convictions. However, this, per se, does not justify criminal law intervention. Existence of a criminal act should not depend primarily upon someone's views and convictions (regardless of how wrong, prejudicial or misguided they may be). As long as such hate is not manifested in the form of (mis)conduct which harms or seriously endangers the most important goods and values possessed by an individual or the society as a whole, it remains irrelevant from the criminal law point of view. Hate may only be subject to moral condemnation or serve as a spark to ignite some other form of social response.¹⁰ This should be beyond dispute nowadays. In any case, this is an issue more related to the question of criminalization of the so called hate speech which is not the topic of this paper. Still, evaluating and taking into account offender's convictions and views can prove to be problematic (aside from the problems associated with determining and proving them) even when such actions are undertaken for the purpose of imposing upon a perpetrator a more severe punishment than what his offence would otherwise objectively deserve without taking into account his convictions. Only if there exists certainty that his offence gains in

⁹ See also, D. Kolarić, "Mržnja kao otežavajuća okolnost" Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena, Zlatibor-Beograd, 2013, 418.

¹⁰ See Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 20th ed., Beograd, 2013, 14.

intensity and danger because of his convictions, could they be taken into account as an aggravating circumstance in sentencing.¹¹ Although this is precisely the case with racial and xenophobic motivation, such motivation is not always easy to establish. Especially nowadays when, in addition to the primitive, there are various forms of subtle racism associated with certain convictions that may be of either political or ideological nature,¹² we find ourselves walking down a very sensitive path one can easily slip away from right into the so called *Gesinnungstrafrecht*. Still, racial motive per se is a lowly one and as such should have the weight of an aggravating circumstance.¹³ In any case, one of the advantages of the solutions explicitly prescribing racist and xenophobic motives as a statutory aggravating circumstance is also reflected in the fact that these solutions eliminate any and all dilemmas in this respect, when it comes to implementation of criminal law.¹⁴

3. Discriminatory motivation and sentencing

The new provision of Serbian CC clearly implies that hate as discriminatory motivation is a mandatory aggravating circumstance. The question is though, whether hate on the above grounds has a stronger effect than “ordinary” hate, i.e., whether it merits a more severe punishment than when a crime has been committed out of hatred based on some other grounds. Does, for example a great bodily injury inflicted out of hatred against a person belonging to one of the above groups merit a more severe punishment than a great bodily injury caused out of hatred to a rival who stole the perpetrator’s girlfriend? If our starting

¹¹ In that sense, Kühl who is of the opinion that this is hardly imaginable. K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, 41.

¹² For contemporary manifestations of racism which assumes subtle forms, See, *Handbook for training security forces in identifying and recording racist or xenophobic incidents*, Spanish Observatory on Racism and Xenophobia, Madrid, 2012, 6-7. However, some of these forms of racism have no clear contours and they readily cross the line and spread across the sphere of ideology and even politics which, besides raising the objection that criminal law should not protect or suppress certain political or ideological views, also results in losing clear conceptual boundaries which is, from the aspect of *lex certa* postulates, unacceptable in criminal law.

¹³ Thus Stree/Kinzig, 752.

¹⁴ There are, of course, different opinions. Thus, in connection to the suggestion that racial and xenophobic motives should be entered into German CC expressly in terms of circumstances for meting out punishment (see footnote 13) it is stated that it would be superfluous since jurisprudence should indisputably use these motives as an aggravating circumstance anyway and therefore this proposal should be viewed as a political initiative rather than something that would bring a true novelty into German criminal law. Moreover, the very intention that criminal law should create and uphold open democratic climate could have dysfunctional reflexes. There is also a reference to the point of view frequently expressed particularly in American scientific literature to the effect that an anti hate crime legislation can, through constantly assigning guilt, deepen the conflict between social groups. Cf. D. Dienstbühl, M. Abou-Taam, “Hasskriminalität: Eine Herausforderung an die moderne Gesellschaft”, *Die Kriminalpolizei* Nr. 3/2012, 7.

point is that the rationale behind this provision is to provide stronger criminal law protection to certain social groups from discrimination then the associated hatred should rightfully have a stronger impact as an aggravating circumstance i.e., it should be given more credit for the sake of pronouncing more severe punishments towards the special maximum penalty than “ordinary” hate. In fact, hate per se should not always even be considered as an aggravating circumstance. This, in turn, means that hate based on discrimination is differentiated from other types of hate in two ways. First, according to provision of Article 54 of Serbian CC it is always an aggravated circumstance and secondly, its effect (although it depends upon each concrete case) should be stronger in terms of its influence upon meting out the sentence reflected in “pushing” it towards upper limit of the maximum penalty prescribed for the given criminal offence.

Disputable is also the question of how much weight and significance should be assigned to this circumstance, relative to other circumstances in determining the sentence and how they would all these circumstances interact? First of all, does discriminatory motivation have any influence upon the level of guilt and degree of non-law. One might say that discriminatory motivation increases the level of guilt, particularly in light of the fact that nowadays guilt is not “screened” only from the aspect of psychology – indeed, some normative elements are attributed to it now as well which imply certain evaluations. Asserting that an act per se objectively gains in weight because due to such a motivation certain values are endangered to a higher extent would not be unfounded either. Thus, in the rationale of the draft Law on Amendments to the Criminal Code submitted by Bundesrat to Bundestag for adoption it is asserted that the so called hate crimes contain a higher degree of non-law compared to other criminal acts of violence and that criminal law must pay more attention to this fact than before. Further to the point, it is also stated that criminality of hate is particularly “convenient” for disturbing social peace.¹⁵

4. Prohibition of double evaluation of discriminatory motivation

Provision of Article 54a of SCC foresees, inter alia, that hate shall not be considered as an aggravating circumstance in criminal offences

¹⁵ See “Entwurf eines ...Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs - Aufnahme menschenverachtender Tatmotive als besondere Umstände der Strafzumessung”, Drucksache 17/9345, 18.04.2012. It was proposed that in § 46 prescribing basic rules for sentencing, in paragraph 2 after the words motives and aims the following wording should be added “besonders auch rassistische, fremdfeindliche oder sonstige menschenverachtende”. However this draft law was rejected in Bundestag by a majority vote on 18 October 2012, by which act Germany failed to join some other states (including Spain) which explicitly foresee racist and other type of discriminatory motive as an aggravating circumstance in sentencing.

for which hate as a motive is already foreseen as a legal element. This is to emphasize and explicitly prohibit double evaluation which is already provided for within the general rules of sentencing. However, SCC does not foresee any criminal offences explicitly associated with hate in general as a motive (not even on the foregoing grounds) so the question is whether this prohibition is of any significance with respect to prescribed criminal offences. Although hate as a motive is not explicitly associated with any criminal act, in some way it is included in legal descriptions relating to four criminal offences. The first is murder “out of other lowly motives”. Although it does not refer to hate only, particularly not to hate based on specific grounds, the offence description undoubtedly encompasses it and if, in a concrete case, it is taken as the basis for establishing the existence of this qualified circumstance, it could not be taken into account again as an aggravating circumstance. The second criminal offence (Art. 317), instigating national racial and religious hatred and intolerance, does not include hate as a motive but it is nevertheless the central element of this crime. The entire act foreseen in Art. 317 of the SCC is based on national, racial or religious hatred, i.e., it is the reason for the very existence thereof, so the prohibition of double evaluation in sentencing should apply to this offence as well. The third criminal offence which is, as a rule, committed out of hate is the one foreseen in Art. 387 para. 4 of the SCC. It exists when a person publicly threatens to commit a criminal offence punishable by imprisonment for a term of more than 4 years against any person or a group based on their race, skin color, religious affiliation, nationality, ethnic origin, or some other personal characteristic. This, too, would not justify taking hate on the said grounds into account as an aggravating circumstance for determination of sentence since the public threat of committing a crime against a person belonging to a certain group is an obvious manifestation of hate as motivation (although, hypothetically, other motives are possible as well). Finally, with one of the forms of crime against humanity (persecution on political, religious, racial, national and other grounds - Art. 371. of the SCC), hatred based on racism or xenophobia should also be excluded as an aggravating circumstance since the act per se is based on it. Also, it is implicitly implied that this motive could not be considered as an aggravating circumstance in case of the criminal offence of genocide either, due to its essential legal elements and nature.

Taking also into account the general prohibition of double evaluation, in the cases of forgoing criminal offences, hate, within the meaning of Article 54a of the SCC should not be considered as an aggravating circumstance since it is already contained in the legal

elements of these criminal offences although not explicitly mentioned as a motive in the legal description thereof. This does not apply to the criminal offence of violation of equality foreseen by Art. 128 SCC. This is a discrimination-related offence of general nature (denying rights a person is entitled to or awarding preferential treatment or privileges a person is not entitled to) on various grounds listed in the legal description (nationality or ethnicity, political conviction, social status, etc.). Since the act can be committed out of various motives, prohibition against double valuation would not apply to this criminal offence in particular. Therefore, if, in a concrete case, it was committed out of hatred on one of the grounds listed in Art. 54a SCC, this shall be considered as an aggravating circumstance in meting out the punishment.

5. Conclusion

It is difficult to say now whether the solution opted for by the legislator in Serbia (as well as in some other countries) shall incite the pronouncement of more severe punishments for crimes committed out of hate on the above grounds. Still, one can reasonably expect such an outcome, although this solution does not directly encroach upon the prescribed punishments. No data are available on whether and to what extent this circumstance had influenced judges in the process of meting out sentences before it was adopted as a special, statutory aggravating circumstance.¹⁶ One can reasonably assume, however, that the courts did take it into account when assessing the motives underlying such criminal offences. In any case, this is a symbolic gesture on the part of the legislator which should be upheld as such, but if one asks whether criminal law can suppress hate (against any person or group), the obvious, albeit skeptical answer comes to mind, reasonably founded on limitations of criminal law and specific nature of its operation.

Apart from the general reasons attributed to the nature and limitations of criminal law, Serbia is faced with an additional reason associated with the unsuccessful attempt to use criminal law in resolving this complex social and political problem. Namely, in order to address the inter-ethnic problems that existed in Kosovo at the time, Serbian

¹⁶ Only several isolated cases of grave criminal offences are known where it was a relevant circumstance for legal qualification. Thus, Kolarić points out the case of murder of a Roma boy committed by a Skinhead. Because the boy belonged to a certain ethnic group, the court treated the act as aggravated murder committed out of lowly motives. *Ibid.*, 417.

criminal law¹⁷ was supplemented with provisions which prescribed, for a large number of criminal offences (ranging from pollution of drinking water to rape and murder¹⁸) considerably more severe punishment when the criminal offence is carried out in a manner or under circumstances provoking or that could provoke a sense of insecurity or inequality among national or ethnic groups or members thereof. Save for the criticism this move on the part of the legislator provoked in jurisprudence¹⁹ it produced no practical results which is obvious having in mind that the inter-ethnic conflict in Kosovo ended up the way it did with criminal law playing no part in it. One might argue that the failure was also a reflection of certain social and political climate but this experience should not be entirely overlooked even nowadays when we ask ourselves what is to be expected from the new provision of Criminal law. In eight years of effectiveness of the Kosovo-related provisions,²⁰ although they were designed to have a stronger effect than the provision of Art. 54a of the SCC, since they explicitly provided for more severe sentencing and were not foreseen just as aggravating circumstances the courts were supposed to consider in meting out sentences within the scope of prescribed punishments, they proved to be of no significance in suppressing ethnic discrimination, i.e., commission of criminal offences based on such motivation.

Finally, in order to avoid ending this discussion solely on a skeptical note with respect to possibilities and boundaries of criminal law, particularly when relying primarily on harsher punishment, let me say that I believe that, in this particular area, just like in all other areas where criminal law plays a role, as Beccaria noted long time ago, the very threat of harsher punishment is not as important as to ensure that criminal law is implemented efficiently and with certainty. Of course, what is even more important is that this undoubtedly harmful and unacceptable

¹⁷ Serbia and all other republics (even provinces) within former Yugoslavia had their own, separate, criminal legislations (federal criminal legislation regulated matter belonging to the general part and only some criminal offences of importance for the country as a whole). These provisions were entered into Serbian Criminal Code in 1986 - Službeni glasnik SRS" No.39/86

¹⁸ For a murder of this type which instigated or could have instigated inter-ethnic conflicts death penalty was one of the foreseen punishments.

¹⁹ Čirić points out that some of those who criticized the solution, even ridiculed it ("rape on ethnic grounds"), where precisely those who later themselves used that phrase in connection with armed conflicts in the former SFRY. However, some of the objections used at the time still have certain weight. One of the objections of general nature points to the possibility of political misuse and another, practical objection, is that hate and other motives are very difficult to establish and prove unless explicitly manifested. See J. Čirić, "Zločini mržnje - američko i balkansko iskustvo", Temida December 2011, 28. The same author emphasizes that while in the USA preparations for introducing legal solutions to deal with the so called hate crimes were still underway, Serbian legislator was already in the process of discontinuing such incriminations which, in the opinion of that author, were the "forerunners" of "hate crimes". Ibid., 29.

²⁰ The provisions were abolished in 1994.

occurrence should be confronted by other mechanisms of social control, more focused on causes and roots thereof and less on its consequential forms. Criminal law, too, has its role in suppressing the problem but overestimating its role is an indication of weakness and helplessness of modern age societies in efficient suppression of the socially unacceptable motivations by other means.

Prof. Dr. Zoran Stojanović

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

RASISTIČKA I KSENOFOBIČNA MOTIVACIJA KAO OTEŽAVAJUĆA OKOLNOST KOD ODMERAVANJA KAZNE

Rezime

Polazeći od određenih međunarodnopravnih akata (Council Framework Decision 2008/913/JHA od 28. 11. 2008. - Art. 4), ali ne ograničavajući se samo na rasističku i ksenofobičnu motivaciju, u Krivični zakonik Srbije je uneta nova odredba (stupila na snagu 1. januara 2013) čiji je cilj strože kažnjavanje krivičnih dela učinjenih prema pripadnicima određenih društvenih grupa iz mržnje zbog te pripadnosti. Iako KZ Srbije u okviru opštih pravila o odmeravanju kazne predviđa da će sud u obzir uzeti i pobude iz kojih je delo učinjeno, ta odredba je uopštena i ne govori eksplicitno o mržnji kao otežavajućoj okolnosti, niti je propisuje kao obaveznu otežavajuću okolnost. U tome se može videti opravdanje unošenja ove odredbe iako ona znači odstupanje od opštih pravila o odmeravanju kazne. Ona je jedina obavezna otežavajuća okolnost u KZ Srbije. Strože kažnjavanje određenih krivičnih dela učinjenih iz mržnje ("hate crimes") predviđanjem njihovih težih oblika bilo bi lošije rešenje. Sam izbor tih krivičnih dela bi bio arbitran. I sam pojam "hate crimes" je kriminološki pojam koji se različito shvata i koji ne predstavlja preciznu krivičnopravnu kategoriju.

Odredba člana 54a KZ predviđa i to da mržnja neće biti otežavajuća okolnost kod onih krivičnih dela kod kojih je mržnja kao pobuda predviđena kao zakonsko obeležje. Iako u KZ Srbije ne postoje krivična dela kod kojih je mržnja eksplicitno propisana kao pobuda

kod osnovnog ili kvalifikovanog oblika, ova zabrana se ipak odnosi na četiri krivična dela kod kojih mržnja na određeni način ulazi u njihov zakonski opis tako da kod njih, imajući u vidu i opštu zabranu dvostrukog vrednovanja prilikom odmeravanja kazne, mržnju u smislu člana 54a KZ ne bi trebalo uzimati kao otežavajuću okolnost.

Teško je predvideti da li će unošenje posebne odredbe u KZ Srbije dovesti do izricanja strožih kazni kada su u pitanju krivična dela učinjena iz mržnje po navedenim osnovima. I do sada je iz opštih pravila o odmeravanju kazne proizlazilo da je to trebalo uzimati kao otežavajuću okolnost. Istraživanja o tome da li je i u kojoj meri ta okolnost uticala na odmeravanje kazne, nisu vršena. Osnovana je pretpostavka da su je sudovi uzimali u obzir ocenjujući pobude iz kojih je delo učinjeno. U svakom slučaju, ovo je simboličan gest zakonodavca koji kao takav treba podržati, ali kada se upitamo da li se krivičnim pravom može suzbijati mržnja (prema bilo kome), optimistički stav ne bi bio zasnovan na stvarnim mogućnostima krivičnog prava.

Ključne reči: mržnja, ksenofobija, rasizam, otežavajuća okolnost, odmeravanje kazne, krivično pravo

SISTEMI PLATA I NAGRAĐIVANJA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U ZEMALJAMA ZAPADNOG BALKANA U VREME EKONOMSKE KRIZE

Apstrakt

Rad analizira promene u pravnom regulisanju sistema plata i nagrađivanja državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana do kojih je došlo u periodu od početka ekonomske krize 2008. godine do danas. Analizi postojećih sistema plata i nagrađivanja prethodi kratak osvrt na međunarodne standarde o određivanju plata u državnoj upravi, koji predstavlja osnov za detaljniju analizu postojećeg pravnog okvira. Autor zaključuje da je ekonomska kriza u većini analiziranih zemalja dovela do smanjenja nivoa plata državnih službenika, kao kratoročne mere za smanjenje budžetskog deficita. Pored toga, u nekima od njih došlo je do sistemskih promena koje su usmerene na racionalizaciju sistema plata i povećanje njegove transparentnosti i fiskalne održivosti, što predstavlja pozitivan korak. S druge strane, međutim, u nekoliko sistema došlo je do ukidanja mehanizama horizontalnog napredovanja državnih službenika na osnovu ocene rezultata rada, što može imati negativne posledice na njihovu motivaciju, pa bi stoga ovom pitanju trebalo posvetiti mnogo više pažnje u bližoj budućnosti.

Ključne reči: ekonomska kriza, sistem plata državnih službenika, zemlje Zapadnog Balkana

1. Uvod

Jedan od ključnih elemenata modernog sistema javne uprave jeste postojanje adekvatnog sistema plata i nagrađivanja službenika, u

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: arabrenovic@gmail.com

cilju obezbeđenja motivacije, integriteta i efikasnog rada državne uprave. Analize Svetske banke jasno su pokazale da postoji važna veza između adekvatnog sistema plata i nagrađivanja i ekonomskog razvoja zemlje,² odnosno da državni službenici smanjuju svoju produktivnost ukoliko nisu adekvatno plaćeni.³ Imajući u vidu važnost koju ljudski resursi imaju u funkcionisanju javne uprave ili bilo koje druge organizacije,⁴ u poslednje dve dekade velika pažnja posvećena je izgradnji odgovarajućih sistema plata i nagrađivanja državnih službenika, koji mogu da privuku i zadrže najbolje ljudske potencijale.⁵

Od početka globalne ekonomske krize 2008. godine, sistemi i nivoi plata državnih službenika našli su se na udaru mera štednje, koje Vlade preduzimaju radi smanjenja javne potrošnje i fiskalnog deficita. Većina Vlada zemalja Evropske unije pribegla je smanjenju ili zamrzavanju plata državnih službenika i drugih zaposlenih u javnom sektoru, a takođe i smanjenju broja državnih službenika.⁶ Manji broj zemalja EU iskoristio je krizu za i za reformu sistemskih pitanja službeničkog sistema, pre svega, u smislu smanjenja obuhvata osoblja koje ima zaštićeni službenički status, ali i drugih mera koje su usmerene na racionalizaciju sistema.⁷

Cilj ovog rada je da analizira promene u pravnom regulisanju sistema plata državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana do kojih je došlo u periodu od početka ekonomske krize 2008. godine do danas. Analizi postojećih sistema prethodiće kratak osvrt na međunarodne standarde u određivanju plata u državnoj upravi, koji će poslužiti kao osnov za detaljniju analizu sistema plata i nagrađivanja državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana. Zemlje koje će biti predmet istraživanja su: Bosna i Hercegovina (državni nivo, Republika Srpska i Federacija Bosne i Hercegovine), Crna Gora, Hrvatska, Makedonija i Srbija.

² The World Bank, *The East Asia Miracle: Economic Growth and Public Policy*, Oxford University Press, Oksford 1993.

³ D. Lindauer, B. Nunberg, *Rehabilitating Government: Pay and Employment Reform in Africa*, The World Bank, Washington DC 1994.

⁴ D. Kavran, *Nauka o upravljanju - organizacija, kadrovi, rukovođenje*, Naučna knjiga, Beograd 1991, 11-18.

⁵ M. Armstrong, Hay Group, *Reward Management, A Handbook of Remuneration Strategy and Practice*, Kogan Page, London 2005; P. Cardona, "Tackling Civil Service Pay Reform", paper prepared for the seminar on "Remuneration Systems for Civil Servants and Salary Reform", Vilnius, 2006; C. Hood, G. Peters (ur), *The Rewards at the Top: A Comparative Study of High Public Office*, London: Sage 1994.

⁶ W. Kickert, T. Randma-Liiv, R. Savi, *Fiscal Consolidation in Europe: A Comparative Analysis*, COCOPS Trend Report, 2013.

⁷ *Ibid.*

2. Međunarodni standardi sistema plata i nagrađivanja državnih službenika

Način određivanja plata državnih službenika oduvek je privlačio pažnju, ne samo praktičara, već i pravnih teoretičara. Još u prvoj polovini XIX veka, Hegel je razumeo da je važno da državni službenici budu adekvatno plaćeni za svoj rad, kako bi se stvorila profesionalna i kompetentna administracija i obavljanje javnih poslova izdiglo iznad sektorskih interesa.⁸ Bentam je, sa druge strane, u skladu sa utilitarističkom filozofijom države i prava, više brinuo o troškovima javne uprave i naglašavao važnost počasnog rada i razmatrao načine kako da se troškovi koji se izdvajaju za plate u javnoj upravi svedu na minimalni nivo.⁹ Kroz ova dva stava velikih filozofa i danas se prelamaju diskusije o sistemu plata državnih službenika, pogotovo u vreme globalne ekonomske krize.

Ključan argument za postojanje adekvatnog nivoa plata državnih službenika je da niske plate predstavljaju značajan rizik za razvoj korupcije. Tako je, na primer, analiza individualnih nivoa plata koja je sprovedena pre nekoliko godina u Ukrajini pokazala da državni službenici putem koruptivnih praksi i uzimanja mita u proseku samo kompenziju razliku između zarade koju bi sa svojim kvalifikacijama mogli da dobiju u privatnom sektoru i nivoa plate koju dobijaju u javnom sektoru.¹⁰ Iz tih razloga preporučuje se da ukupna plata, koja uključuje osnovnu platu i sve druge naknade mora biti kompetitivna sa platama u privatnom sektoru.¹¹

U savremenoj literaturi, međutim, sve više se ističe da se rizik za korupciju i motivaciju državnih službenika ne krije (samo) u prosečnom nivou plata, već u odsustvu konzistentnosti i pravičnosti sistema plata. Tako su, na primer, autori Gong i Wu u studiji o državnoj upravi Kine, u kojoj je došlo do dramatičnog povećanja korupcije u isto vreme kada je došlo i do značajnog povećanja plata državnih službenika, pokazali da povećanje

⁸ G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, paragraf 294, <https://www.marxists.org/reference/archive/hegel/works/pr/philosophy-of-right.pdf>, 15.6.2014.

⁹ J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, Volume One, Russel & Russel, New York 1962. Citirano prema: C. Hood, G. Peters (ur.), *The Rewards at the Top: A Comparative Study of High Public Office*, Sage, London 1994.

¹⁰ Y. Gorodnichenko, K. Sabirianova Peter, "Public Sector Pay and Corruption: Measuring Bribery from Micro Data", IZA Discussion Paper No.1987, Research Paper Series No. 06-05, Institute for Study of Labor IZA, Andrew Young School of Policy Studies, Georgia State University, 2006. Citirano prema: G. Reid, J. Orac, "Human Resource Management Issues in ECA Countries," <http://www1.worldbank.org/publicsector/civilservice/ACSRCourse2007/Session%201/PublicEmployPayIssuesECA.pdf>, 15.5.2014.

¹¹ *Ibid.*

ukupnog nivoa plata nije nikakva garancija za smanjenje korupcije.¹² Ključni rizik za korupciju i demotivisanost državnih službenika kada su plate u pitanju krije se umesto toga u odsustvu pravičnosti sistema plata, posebno u situaciji, u kojoj državni službenici koji obavljaju poslove iste složenosti i odgovornosti, imaju različite nivoe plate.¹³ Ove razlike naročito postaju vidljive u vreme ekonomske krize, kada većina država pribegava smanjenju ukupnog nivoa plata.

Pitanje koje se postavlja je kako obezbediti internu pravičnost sistema plata? Ključni princip koji bi trebalo da obezbedi internu pravičnost sistema je princip „ista plata za isti posao”, koji označava pravilo da nivo plate određenog radnog mesta treba da odgovara nivou odgovornosti, složenosti i značaja koji radno mesto ima u sistemu državne uprave.¹⁴ Da bi se sproveo ovaj princip, svako radno mesto se podvrgava analitičkoj proceni, kako bi se ocenio nivo njegove odgovornosti, složenosti i značaja i odredio njegov položaj u hijerarhiji radnih mesta (kategorija, zvanje) koja se dalje veruje za odgovarajući platni razred.¹⁵ Važno je napomenuti da uspostavljanje analitičke procene radnih mesta pretpostavlja postojanje elemenata službeničkog sistema *radnih mesta (ili pozicije)*, u kome je napredovanje moguće samo ukoliko postoji slobodno radno mesto u hijerarhijskoj strukturi, umesto automatskog napredovanja na osnovu stepena obrazovanja i godina radnog staža, bez obzira na prirodu posla koja se obavlja, što je karakteristika karijernih sistema.¹⁶

Međunarodni pravni akti takođe ističu značaj pravičnosti i odgovarajuće visine plata državnih službenika. Tako na primer, Preporuka R (2000) 6 Komiteta ministara država članica o statusu državnih službenika u Evropi¹⁷ u tački 12 ističe da državni službenici treba da imaju odgovarajuću zaradu, srazmerno svojim odgovornostima i funkciji, čime se promovira princip „ista plata za isti posao“. U Preporuci se takođe ističe da platu treba posmatrati kao „sredstvo za ostvarenje

¹² T. Gong, A. Wu, “Does Increased Civil Service Pay Deter Corruption? Evidence from China”, *Review of Public Personnel Administration*, 2012, 32/2, 192-204.

¹³ G. Reid, J. Orac, 29-31.

¹⁴ Odeljenje za razvoj Velike Britanije i Svetska banka, *Državna uprava Republike Srbije – analiza sistema plata i nagrađivanja*, Beograd 2004.

¹⁵ Da bi analitička procena mogla da se izvede na odgovarajući način, prethodno je potrebno detaljno izanalizirati glavne odgovornosti i dužnosti radnog mesta i sastaviti kvalitetan opis radnog mesta, koji će predstavljati osnovu za analitičku procenu.

¹⁶ E. Pusić, *Nauka o upravi*, Školska knjiga, Zagreb 1973, 179-186.

¹⁷ Preporuku je usvojio Komitet ministara 24. februara 2000. godine, na šestodevedesetdevetom sastanku zamenika ministara. Preporuka se odnosi na praćenje sprovođenja Preporuke Parlamentarne skupštine 1303 (1996) u kojoj je od Komiteta ministara traženo da uključe definisanje evropskih pravnih instrumenata za državnu službu i Preporuke Parlamentarne skupštine 1322 (1997) o državnoj upravi u proširenoj Evropi.

željenih organizacionih ciljeva i treba da bude u odgovarajućem iznosu, kako bi se osiguralo da se službenici ne dovode u poziciju da budu izloženi riziku od korupcije ili primorani se bave aktivnostima koje su nespojive sa obavljanjem javne funkcije”¹⁸.

I Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 2003. godine sadrži nekoliko važnih odredbi koje govore o važnosti uspostavljanja pravičnog sistema plata, koji će pored toga biti i fiskalno održiv. Tako se u članu 7. stav 1 tačka c) Konvencije ističe da će „svaka država ugovornica, gde to odgovara i u skladu sa osnovnim načelima svog pravnog sistema, nastojati da usvoji, održava i jača sisteme selekcije, zapošljavanja, zadržavanja, unapređivanja i penzionisanja službenika... kojima se podstiču adekvatno nagrađivanje i pravični rasponi plata, uz vođenje računa o stepenu ekonomskog razvoja države ugovornice“.

U vreme ekonomske krize, kada države pokušavaju da smanje troškove javne potrošnje, pitanje visine, odnosno odgovarajućeg iznosa plata više se ne postavlja kao prioritet, već se sve veća pažnja posvećuje baš principu fiskalne održivosti. Princip fiskalne održivosti označava neophodnost da ukupan iznos plata, tj. fond zarada, bude unutar budžetskih ograničenja i da kao takav bude održiv i u budućnosti. Da bi se ova održivost obezbedila u vreme ekonomske krize, kada su budžetski prihodi sve ograničeniji, veliki broj država pribegava smanjenju ukupnog fonda zarada kroz zamrzavanje ili smanjenje nivoa plata u javnom sektoru.¹⁹

Pored pravičnosti i fiskalne održivosti, veoma je važno obezbediti transparentnost i predvidljivost plata, što se obezbeđuje smanjenjem stepena diskrecije pri utvrđivanju individualnog nivoa plate. U većini evropskih sistema plata državnih službenika osnovna plata predstavlja glavni element ukupne plate, tako da čini najmanje 80-90% ukupne plate.²⁰ To znači da postojanje različitih dodataka na platu, koji se utvrđuju diskrecionom ocenom rukovodilaca, nisu uobičajeni, što doprinosi transparentnosti sistema i predvidivosti nivoa fonda zarada.²¹ Takođe, postojanje velikog broja dodataka na platu daje osnov za preširoko diskreciono odlučivanje rukovodioca o platama svojih podređenih i doprinosi kulturi u kojoj državnih službenici zavise od rukovodilaca, a ne zakonom utvrđenih normi, što podriva princip zakonitosti u upravi. I istih

¹⁸ Iako nije pravno obavezujuća, cilj Preporuke je uspostavljanje većeg stepena jedinstva između članica Saveta Evrope, imajući u vidu evropsku dimenziju njihovih državnih uprava i postojanje zajedničkih vrednosti, koje dele zemlje članice Saveta Evrope.

¹⁹ OECD, *Public Sector Compensation in Times of Austerity*, OECD publishing, Pariz 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264177758-en>, 15.5.2014.

²⁰ Odeljenje za razvoj Velike Britanije i Svetska banka, 5-6.

²¹ G. Reid, J. Orac, 30-31.

razloga, davanje beneficija u dobrima i uslugama (npr. dodela stanova, korišćenje mobilnih telefona, službenih automobila) nije uobičajeno. Smatra se da je skupo administrirati i obezbeđivati takvu vrstu beneficija, kao i da službenici lako mogu biti stavljeni u neravnopravan položaj, ukoliko se rukovodiocima dozvoli da odlučuju kojim službenicima će takve beneficije dati a kojima ne.²²

Važno je napomenuti da u većini evropskih sistema postoji i izgrađen sistem ocene rezultata rada službenika na osnovu kojeg službenici dobijaju varijabilni deo plate (bonuse), ali u iznosu od najviše 10 – 20 posto od osnovne plate.²³ Uobičajeno je da se bonusi isplaćuju na godišnjem nivou, uzimajući u obzir rezultate rada ostvarene tokom cele prethodne godine, najčešće putem horizontalnog napredovanja na platnoj skali, koja omogućava da službeniku bude povećana plata bez obzira na to što nema uslova za napredovanje na više radno mesto u hijerarhiji organizacije.

3. Sistemi plata i nagrađivanja državnih službenika u zemljama Zapadnog Balkana u periodu 2008 - 2014.

U većini zemalja obuhvaćenih analizom sistemi plata državnih službenika bili su predmet reformi i pre početka ekonomske krize, i predstavljali su sastavni deo reforme službeničkog sistema. Interesantno je da su tradicionalni karijerni sistemi u svim analiziranim zemljama kombinovani sa elementima sistema pozicije, tj. „radnih mesta“, koji, kao što smo pomenuli, podrazumeva da je napredovanje moguće samo ukoliko postoji slobodno radno mesto predviđeno u pravilniku o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta, umesto manje više automatskog napredovanja na osnovu stepena obrazovanja i godina radnog staža.²⁴ Međutim, važan deo reforme, koji je u većini zemalja Zapadnog Balkana izostao, je sprovođenje analitičke ocene radnih mesta, kojom se u najvećoj meri obezbeđuje interna pravičnost sistema plata, jer se vrednost svakog radno mesto individualno procenjuje u odnosu na utvrđen standard. Jedini izuzetak u ovom smislu jeste Republika Srbija u kojoj je pre početka ekonomske krize urađena analitička procena svih

²² Odeljenje za razvoj Velike Britanije i Svetska banka, 6-7.

²³ OECD, »The State of Public Service, Preliminary findings based on a first analysis of the results of the 2006 surveys on Strategic Human Resource Management and Comparison of Employment in the Public Domain, Paper for discussion at the Public Employment and Management Working Party (PEMWP)«, 2006, 78.

²⁴ A. Rabrenović, „Civil Service Pay Reform in Southeast Europe: Creating Incentives for Performance“, u M. Vintar, P Pevcin (ur.), *Contemporary Issues in Public Policy and Administrative Organization in South East Europe*, University of Ljubljana, Ljubljana 2009, 294-213.

radnih mesta u državnoj upravi, što je prethodilo uvođenju novog sistema plata početkom 2007. godine.²⁵

U svim zemljama Zapadnog Balkana ekonomska kriza podstakla je Vlade da se uhvate u koštac sa obezbeđenjem fiskalne održivosti sistema plata, što je rezultiralo odustajanjem od povećanja, zamrzavanjem ili smanjenjem nivoa plata, ali i razmatranjem sistemskih reformskih mera, kao što su obezbeđenje pravičnosti i transparentnosti sistema.

Može se tvrditi da je, od svih analiziranih zemalja, sistem plata državnih službenika državnog nivoa Bosne i Hercegovine pretrpeo najveće izmene od početka ekonomske krize. Na državnom nivou Bosne i Hercegovine novi sistem plata uveden je 2008. godine Zakonom o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine iz 2008. godine.²⁶ Po ugledu na evropske sisteme plata, uvedena je horizontalna progresija sa sedam horizontalnih koraka, koja je trebalo da obezbedi veće mogućnosti napredovanja državnih službenika. Međutim, kada je Zakon donet 2008. godine, zadržan je preveliki broj različitih naknada, čime je data široka diskrecija rukovodiocima da utvrde ukupan iznos plate, što je značajno smanjilo transparentnost sistema i predvidljivost ukupnog fonda zarada. Usled fiskalnih problema, izmenama i dopunama Zakona o platama iz 2012. godine smanjen je broj naknada,²⁷ što je doprinelo povećanju transparentnosti i budžetskoj predvidivosti fonda zarada. Pored toga, uslovi ekonomske krize doveli su do odlaganja horizontalnog napredovanja državnih službenika po platnim koracima već u nekoliko navrata, tako da će ono, u skladu sa najnovijim izmenama i dopunama, početi da se sprovodi tek 2016. godine.²⁸

Federacija Bosne i Hercegovine donela je novi Zakon o plaćama i naknadama u organima vlasti Federacije Bosne i Hercegovine²⁹ 2010. godine, kojim su posebno istaknuta načela „ista plaća za isto radno mjesto“, transparentnost i fiskalna odgovornost.³⁰ Stupanjem na snagu ovog Zakona prestale su da važe odredbe Zakona o državnoj službi³¹

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Zakon o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH* br. 50/08.

²⁷ U izmenama i dopunama Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine iz 2012. godine brisane su odredbe koje se odnose na princip fleksibilnosti koji je omogućio nekim državnim službenicima da dobiju povećanje plata i do 50 odsto, na osnovu odluke ministra. Videti: član 1, stavovi 2. i 3. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 50/12.

²⁸ Član 5. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o platama i naknadama u institucijama Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 50/12.

²⁹ *Službene novine Federacije BiH*, br. 45-10.

³⁰ Član 3. Zakona o plaćama i naknadama u organima vlasti Bosne i Hercegovine.

³¹ Zakon o državnoj službi u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH*, br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 08/06, 04/12.

kojima kojima je bilo predviđeno nagrađivanje državnih službenika u skladu sa ocjenom rada. Naime, član 40 Zakona o državnoj službi Federacije BiH predviđao je mogućnost da državni službenik koji je u posljednje dve uzastopne godine bio ocenjen ocenom najmanje „izuzetno uspješan“ dobije povećanje plate u iznosu najviše do 20 odsto (s tim da takvim povećanjem ne prelazi visinu plate narednog platnog razreda); državni službenik koji je u posljednje dve godine dobio ocenu najmanje „uspješan“ imao je pravo na povećanje plate u iznosu najviše do 10 odsto, dok je državni službenik koji je u posljednje dve godine bio ocenjen najmanje ocenom „zadovoljava“ imao pravo na povećanje plate u iznosu najviše do 5 odsto od visine plate utvrđene za to radno mesto. Imajući u vidu da su ove odredbe u velikoj meri ugrožavale princip fiskalne održivosti i predvidivosti (posebno zbog toga što su i službenici koji su bili ocenjeni ocenom „zadovoljava“ imali pravo na napredovanje), novi Zakon o plaćama prikinuo je njihovu primenu, čime je podržan princip fiskalne održivosti. Međutim, u isto vreme, ovakvim zakonskim rešenjem suviše su smanjene mogućnosti napredovanja državnih službenika, što može imati negativan uticaj na njihovu motivaciju. Nadalje, iako Zakon promovise i principe interne pravičnosti sistema i transparentnosti, može se oceniti da oni nisu u potpunosti primenjeni zbog odsustva analitičke procene radnih mesta, kao i zadržavanja velikog broja dodataka na platu, što sistem plata FBiH čini nedovoljno netransparentim.

Republika Srpska donela je novi Zakon o platama zaposlenih u organima uprave u aprilu 2014. godine, kojim je ukinuta mogućnost horizontalnog napredovanja jednog broja službeničkih radnih mesta. Naime, prethodni Zakon o platama³² omogućavao je inspektorima, višim stručnim saradnicima i stručnim saradnicima sa višom i srednjom stručnom spremom da napreduju horizontalno po tri koraka na osnovu ocene rada. Novi Zakon ukinuo je tu mogućnost, što je u skladu sa postojećim budžetskim ograničenjima i principom fiskalne održivosti i predvidivosti. Slično kao i Federaciji BiH, ovim rešenjem, međutim, značajno se limitiraju mogućnosti napredovanja državnih službenika, što negativno utiče na njihovu motivaciju i o čemu bi trebalo razmišljati u budućnosti, čim budžetska ograničenja to budu dozvoljavala.

U Crnoj Gori, novi Zakon o zaradama državnih službenika i namještenika koji je donet 2012. godine³³ nije suštinski izmenio prethodni sistem plata. Zakon predviđa fiksni iznos plate za rukovodeće državne službenike i ograničene mogućnosti horizontalnog napredovanja

³² Zakon o platama zaposlenih u organima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 118/07, 116/09, 1/11, 1/12.

³³ *Službeni list Crne Gore*, br. 14/12.

(3 stepena u svakoj kategoriji) za ostale državne službenike. Zakon, međutim, predviđa mogućnost davanja posebnih naknada za obavljanje dužnosti na određenim radnim mestima, što je dalje prepušteno Vladi na detaljnije uređenje putem vladine uredbe.³⁴ Zakon predviđa i mogućnost dodele bonusa, u zavisnosti od radnog učinka, a iznos tih bonusa takođe se utvrđuje uredbom Vlade. Imajući u vidu činjenicu da su važni izuzeci od uspostavljenog sistema plata regulisani podzakonskim aktima, može se tvrditi da novouspostavljeni sistem plata nije u potpunosti transparentan, a takođe je i podložan različitim pritiscima izvršne vlasti, čime se dovodi u opasnost fiskalna održivost sistema.

Usled sve većih fiskalnih pritisaka, radna grupa Vlade Crne Gore je u februaru 2014. godine pripremila radnu verziju nacрта zakona o zaradama u javnom sektoru, koji sadrži osnovne principe određivanja zarada ne samo u državnoj upravi, već i u celom javnom sektoru. Cilj Zakona je da se otklone postojeće anomalije određivanja plata u celoj javnom sektoru i da svako bude plaćen na osnovu odgovornosti posla koji obavlja,³⁵ čime se promovira princip „ista plata za isti posao“. Isto tako, predviđeni su i bonusi i nagrađivanja za one službenike koji u svom radu pokažu rezultate. Odredbama novog zakona trebalo bi da bude definisan način utvrđivanja zarada za sve zaposlene u javnom sektoru koji će biti uslovljen kretanjima ekonomskih i fiskalnih parametara, što je u potpunosti u skladu sa principom budžetske održivosti sistema.

U Republici Hrvatskoj, plate državnih službenika regulisane su Zakonom o državnim službenicima i namještenicima koji datira još iz 2001. godine,³⁶ od kada nije ni bilo nikakvih sistemskih izmena sistema plata službenika.³⁷ Valja napomenuti da je većina odredbi ovog Zakona prestala da važi donošenjem novog Zakona o državnim službenicima 2005. godine, osim članova 108 - 112. kojima su regulisane plate. Zakon utvrđuje opšte principe i raspone koeficijenata (na primer, za radna mesta I nivoa - od 1,05 do 3,50, za radna mesta II nivoa - od 0,90 do 1,20, itd.), dok su konkretni koeficijenti za svako radno mesto utvrđeni uredbom

³⁴ Članovi 18. i 19. Zakona o zaradama državnih službenika i namještenika Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 14/12.

³⁵ Analitika, informativni portal, *Kome će se biti smanjene plate u državnom sektoru?* <http://portalanalitika.me/ekonomija/vijesti/133846-kome-e-sve-bitu-smanjene-plate-u-dravnom-sektoru>, 15.5.2014.

³⁶ Zakon o državnim službenicima i namještenicima, *Narodne novine*, br. 27/01.

³⁷ U Hrvatskoj je reforma sistema plata u državnoj upravi započela 2008. godine, ali nije bila uspešna i od tada nije bilo pokušaja da se ponovo sprovede. V. J. M. Sahling, "Civil Service Professionalisation in the Western Balkans", *Sigma papers*, No. 48, OECD Publishing, Pariz 2012.

Vlade.³⁸ Od donošenja Uredbe 2001. godine, usvojeno je trideset i sedam njenih izmena i dopuna,³⁹ što znači da je ona menjena oko tri puta godišnje. Toliko česte izmene verovatno su posledica različitih vrsta pritisaka za povećanjem postojećih koeficijenata i nisu u skladu sa principom predvidljivosti i fiskalne održivosti.

Iako ekonomska kriza nije uticala na bilo kakve sistemske izmene u režimu sistema plata državni službenika u Hrvatskoj, ona jeste uticala na njihovu visinu. Tako je Odlukom Vlade Republike Hrvatske od 5. marta 2014. smanjena osnovica za obračunavanje plata državnih službenika, kojom su sve plate državnih službenika linearno smanjene za šest odsto.⁴⁰

Republika Srbija sprovela je sveobuhvatnu reformu sistema plata državnih službenika neposredno pre početka ekonomske krize 2006 - 2007. godine. Zakonom o platama državnih službenika i nameštenika⁴¹ uveden je novi režim plata za trinaest različitih platnih razreda, kao i novi sistem analitičke ocene radnih mesta, utvrđen Uredbom o razvrstavanju radnih mesta i merilima za opis radnih mesta državnih službenika.⁴² Novim Zakonom o platama državnih službenika i nameštenika broj naknada sveden je na najmanju moguću meru, što je u skladu sa principom predvidljivosti i transparentnosti. Plate za pet najviših službeničkih radnih mesta - položaja - su fiksne, dok ostali državni službenici imaju mogućnost horizontalnog napredovanja na platnoj skali od osam koraka, koja zavisi od godišnje ocene rada.⁴³

Slično kao i u Hrvatskoj, ekonomska kriza, do vremena pisanja ovog rada u maju 2014, nije uticala na sistem plata državnih službenika u Srbiji, već na visinu plata, koje su smanjene u dva navrata. Prvo smanjenje plata sprovedeno je Zakonom o privremenom smanjenju plata, odnosno zarada, neto naknada i drugih primanja u državnoj administraciji i javnom sektoru iz 2009. godine.⁴⁴ Ovim Zakonom plate državnih službenika,

³⁸ Uredba o nazivima radnih mjesta i koeficijentima složenosti poslova radnih mjesta u državnoj službi, *Narodne novine*, br. 37/01, 38/01, 71/01, 89/01, 112/01, 7/02, 17/03, 197/03, 21/04, 25/04, 66/05, 131/05, 11/07, 47/07, 109/07, 58/08, 32/9, 140/09, 21/10, 38/10, 77/10, 113/10, 22/11, 142/11, 31/12, 49/12, 60/12, 78/12, 81/12, 100/12, 124/12, 140/12, 16/13, 25/13, 52/13, 96/13, 126/13, 2/14.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Nezavisne novine, Državnim službenicima u Hrvatskoj smanjene plate, <http://www.nezavisne.com/novosti/ex-yu/Drzavnim-službenicima-u-Hrvatskoj-smanjene-plate-233962.html>, 20.5.2014.

⁴¹ *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, 101/2007, 99/2010.

⁴² *Službeni glasnik RS*, 117/2005, 108/2008, 109/2009, 95/2010, 117/2012.

⁴³ Tako, na primer, državni službenik koji dobije ocenu "naročito se ističe" u dve uzastopne godine može da napreduje dva platna koraka i na taj način dobije povećanje plate od deset odsto. Državni službenik čiji radni učinak je u dve uzastopne godine ocenjen ocenom "ističe se" ili "naročito se ističe" i "ističe se", nezavisno od redosleda ocena, napreduje za jedan platni korak, itd.

⁴⁴ *Službeni glasnik RS*, br. 31/2009.

kao i drugih zaposlenih u javnom sektoru, koje su bile veće od 40.000 dinara bile smanjene su za 10 odsto, a lica čije su plate bile veće od 100.000 za 15 odsto. Vreme trajanja ovog Zakona bilo je ograničeno na period od maja 2009. do decembra 2010. godine. Drugo smanjenje plata državnih službenika i drugih zaposlenih u javnom sektoru sprovedeno je od 1. januara 2014. donošenjem Zakona o umanjenju neto prihoda lica u javnom sektoru,⁴⁵ kojim je uveden tzv. „solidarni porez“. Ovim Zakonom, svim zaposlenima i angažovanim licima u javnom sektoru čiji je iznos plate viši od 60.000 dinara plate su smanjene na sledeći način: razlika zarade koja prelazi 60.000 hiljada smanjena (oporezovana) je za dvadeset odsto, dok je razlika za zarade preko 100.000 smanjena za dvadeset pet odsto. U ekspozeu Predsednika Vlade Srbije, izloženom 27. aprila 2014. u Skupštini Republike Srbije, najavljeno je ukidanje solidarnog poreza, kao kratkoročne mere smanjenja javne potrošnje. Umesto toga, Vlada Republike Srbije planira da smanji plate svih zaposlenih i angažovanih lica u javnom sektoru za 10 odsto,⁴⁶ što bi trebalo da dovede do značajnijih ušteda u budžetu Republike Srbije.

Interesantno je primetiti da su mere štednje koje se sprovode u Srbiji podstakle debatu i o obezbeđenju pravičnosti sistema plata u celom javnom sektoru. Kako je istaknuto u ekspozeu Predsednika Vlade, trenutno u Srbiji postoji veliki broj različitih sistema koeficijenata i platnih razreda (preko 900) koji su nastali kao rezultat uticaja različitih interesnih grupa i koje su dovele do toga da su isti poslovi dramatično različito plaćeni. Cilj je da se ovako neefikasan, netransparentan i nepravičan sistem mnogobrojnih koeficijenata i platnih razreda zameni jedinstvenim sistemom,⁴⁷ u kome će biti delotvorno primenjen princip „ista plata za isti posao“.

U Republici Makedoniji, ekonomska kriza takođe nije dovela do značajnih sistemskih izmena plata državnih službenika. Sistem plata državnih službenika sastoji se od nekoliko komponenti, od kojih svaka nosi određeni broj bodova. Prva komponenta je stepen obrazovanja i kreće se od 100 bodova za srednje obrazovanje do 250 bodova za doktorat.⁴⁸ Veza između složenosti posla i iznosa plate napravljena je uvođenjem naknada za određena zvanja, pri čemu naknada za svako zvanje zavisi od prirode

⁴⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 108/2013.

⁴⁶ V. Ekspoze mandatar Aleksandra Vučića, http://www.b92.net/info/dokumenti/index.php?nav_id=841275, 10.5.2014.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Član 35. Zakona o državnim službenicima Makedonije – ZDS Makedonije, (Законот за државните службеници), *Службен весник на РМ*, бр. 59/2000, 112/2000, 34/2001, 103/2001, 43/2002, 98/2002, 17/2003, 40/2003, 85/2003, 17/2004, 69/2004, 81/2005, 61/2006, 36/2007, 161/2008, 6/2009, 6/2012, 24/2012.

i obima posla, složenosti posla i stepena odgovornosti koji podrazumeva dati posao.⁴⁹ Pored toga, postoji mogućnost horizontalnog napredovanja kroz četiri koraka za svako zvanje - A, B, C i D, koja se mogu steći po isteku tri godine radnog staža u određenom zvanju, što podrazumeva i naknadu od 5, 10, 15 i 20 posto.⁵⁰ Izmenama i dopunama Zakona o državnim službenicima iz 2009. godine, nakon početka ekonomske krize, horizontalno napredovanje vezano je za godišnju ocenu rada,⁵¹ što najverovatnije nije bila posledica fiskalnih ograničenja, već želje da se ograniči puna diskrecija rukovodioca u horizontalnom napredovanju državnih službenika.

I u Makedoniji je, međutim, ekonomska kriza imala efekte na nivo plata. Iako je Vlada Makedonije planirala da poveća plate svih javnih službenika za 10 procenata, to povećanje je odloženo do daljnjeg, a isplata bonusa na plate znatno je ograničena.⁵² Ukupan fond zarada samo u 2010. godini smanjen je za 6,13 odsto u odnosu na prethodnu godinu.⁵³

4. Zaključak

U svim analiziranim zemljama Zapadnog Balkana ekonomska kriza podstakla je Vlade da se uhvate u koštac sa rastućim budžetskim deficitom i preduzmu mere za smanjenje javne potrošnje, što je rezultiralo zamrzavanjem ili smanjenjem nivoa plata državnih službenika, kao i drugih lica zaposlenih u javnom sektoru. Nivoi plata sniženi su ili putem smanjenja osnovice za izračunavanje plata kroz odluke Vlade ili donošenjem posebnih zakona kojima se privremeno smanjuju plate zaposlenih u javnom sektoru. Ozbiljnije sistemske promene sistema plata izvršene su samo u Bosni i Hercegovini, gde je putem donošenja novih ili izmenama i dopunama postojećih zakona o platama (prvenstveno na državnom nivou BiH) došlo do racionalizacije sistema plata i povećanja njegove transparentnosti, što je pozitivan korak. Na sva tri analizirana nivoa vlasti u BiH došlo je, međutim, i do limitiranja napredovanja i nagrađivanja državnih službenika na osnovu rezultata rada. U Crnoj Gori i Srbiji trenutno se ozbiljno razmatra reforma sistema plata celokupnog javnog sektora u cilju obezbeđenja njegove pravičnosti i transparentnosti,

⁴⁹ Član 36. ZDS-a Makedonije.

⁵⁰ Član 38. ZDS-a Makedonije.

⁵¹ Član 37. ZDS-a Makedonije.

⁵² RCPAR, Comparative Research "Challenges for Public Sector Human Resources Management in an Economic Downturn", UNDP, Bratislava Regional Centre, Bratislava 2010.

⁵³ *Ibid.*

koja će takođe imati posledice i na uređenje sistema plata državnih službenika, o kojima je još rano govoriti.

Pitanje koje se trenutno može postaviti je uolikoj meri su izvršene promene u sistemu i smanjenje nivoa plata uticale na motivaciju državnih službenika i njihov rad u državama u regionu? Iako do sada nije sprovedeno nijedno empirijsko istraživanje na ovu temu, može se tvrditi da stepen motivacije državnih službenika nije značajno smanjen. To se objašnjava činjenicom da su u uslovima ekonomske krize u našem regionu mogućnosti dobijanja bolje plaćenog posla u privatnom sektoru vrlo ograničene, jer je privatni sektor veoma teško pogođen ekonomskom krizom.⁵⁴ Uzimajući u obzir opšti nivo nezaposlenosti u zemljama zapadnog Balkana, imati koliko toliko siguran posao koji se plaća iz državnog budžeta predstavlja snažan faktor motivacije da se posao zadrži i obavlja na zadovoljavajući način. Međutim, i u ovim kriznim vremenima važno je voditi računa da državni službenici imaju mogućnosti napredovanja i osećaj da se rezultati njihovog rada cene. Zbog toga se posebna pažnja u zemljama u regionu u narednom periodu treba posvetiti proširivanju mogućnosti napredovanja (kako vertikalno, ka višoj poziciji, tako i horizontalno, kroz platne razrede), razvoju karijere i ostvarenju punog radnog potencijala državnih službenika, kao lica koja su (ili bar treba da budu) u stalnoj službi državi i društvu.

⁵⁴ *Ibid.*

Aleksandra Rabrenović, Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

CIVIL SERVICE PAY AND BENEFIT SYSTEMS IN THE WESTERN BALKAN COUNTRIES IN THE TIME OF ECONOMIC DOWNTURN

Summary

The paper analyses legal changes in the civil service pay and benefit system in the Western Balkans countries, which occurred in the period from the beginning of the economic downturn in 2008 up to present time. Analysis of the existing pay and benefit systems is preceded by a brief review of the international civil service pay setting standards, which constitutes the basis for a detailed review of the existing civil service pay systems in the Western Balkan countries. The author concludes that the economic downturn in most of the analysed countries has led to a reduction in the level of civil service pay, as a short-term measure undertaken to decrease the budget deficit. In addition, in some of the analysed countries systemic changes, aimed at streamlining the pay system and increasing its transparency and fiscal sustainability, have been undertaken, which is a positive development. However, several of the analysed systems have also experienced a reversal of the mechanisms of horizontal civil service pay progression based on performance, which can have a negative effect on civil servants motivation. For this reason this issue should be given a careful consideration by the policy makers in the near future.

Key words: economic downturn, civil service pay system, Western Balkan countries

**NEW COE CONVENTION ON PREVENTING AND
COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND
DOMESTIC VIOLENCE
„ISTANBUL CONVENTION“
– IMPORTANCE OF SETTING EUROPEAN LEGAL
STANDARDS -**

Abstract

The paper is dealing with the new European legal standards in the area of women human rights – new Council of Europe Convention on combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention set up by the CoE CAHVIO Committee). Key issue of efficiency of legal norms established by the Istanbul Convention is dealt with by reflexion on direct regulations of investigation, prosecution and protection in the area of fighting domestic and gender-based violence, which impose concrete obligations to countries signatories of the Convention.

For the implementation process, it is emphasized several aspects that ensure effectiveness of the Istanbul Convention, such as state obligations and due diligence principle in fighting violence against women and domestic violence and adequate institutional capacities of relevant countries signatories that are bound by the Convention. Monitoring mechanism, established in the form of the independent expert international body is equally important to ensure effective implementation of the Convention. Efficiency of legal regulations in international public law depends on vital national various interests of different countries that are mirrored and included into international norms and conventions. To the

¹ Senior Research Fellow in the Institute of Comparative Law, Belgrade & Associate Professor at the Faculty of Media and Communications of the University Singidunum Belgrade, Serbia, Member of the Government Council for Gender Equality of Serbia, associate expert of the Council of Europe (CoE) Strasbourg, France, mail: gordana.gasmi@gmail.com

extent to which the negotiations on setting legal standards led by different states were successful, to the same extent the implementation of those legal norms are to be effective.

Key words: *Council of Europe, Istanbul Convention, fighting violence against women and domestic violence.*

1. Introductory notes

The international treaty, the “Council of Europe (CoE) Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence” – known informally as the “Istanbul Convention” – is the first European treaty specifically targeting violence against women and domestic violence. It sets out commonly agreed legal standards on prevention, protection, prosecution, and integrated policies in the area of fight against gender based violence and domestic violence. Countries ratifying it must also establish services such as hotlines, shelters, medical services, counselling, and legal aid. Istanbul Convention enters into force on 1st of August 2014. The Istanbul Convention of the CoE is open also for the accession of non-member states.

Ad Hoc CoE Committee on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (CAHVIO) that was established by the CoE Committee of Ministers on behalf of 47 member states and their 800 million citizens, started its work on the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence in April 2009. Before the Convention, in 2002, the adoption of Council of Europe Recommendation Rec No (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence represented a milestone in that it proposes, for the first time in Europe, a comprehensive strategy for the prevention of violence against women and the protection of victims in all Council of Europe member states.

The Istanbul Convention represents setting new European legal standards. Text of the CoE Convention was adopted at the CAHVIO session in December 2010. In May 2011 at the CoE Istanbul conference of the Committee of Ministers started the signing of the new Convention. It was at the same time the start of its ratification process. New European standards on combating domestic violence and violence against women are based on the so-called “Concept three P”: prevention, protection, punishment, plus integrated Policies of countries, parties of the CoE

Convention. The aim of the Istanbul Convention is to ensure protection for victims of domestic violence, particularly women and girls, since they are prevalent majority of victims, but also for other victims of domestic violence, children, elderly people and men. It recognizes violence against women as a violation of human rights and a form of discrimination. This means that states are held responsible if they do not respond adequately to such violence.

2. Towards effective implementation of Istanbul Convention

The Istanbul Convention aims at zero tolerance in society for gender based violence. The issue of efficiency legal norms in international public law that is consisted of international treaties, conventions and general legal principles, is usually controversial issue, bearing in mind the highly different legal profile of those norms compared to national ones. There are two theoretical approaches that explain, *inter alia*, the efficiency of international public law: monistic and dualistic theory.²

Furthermore, the implementaion of international legal norms represents the most important litmus-test of their effectiveness. In this context, it is vital to reflect the mechanisms *de facto*, i.e. how the implementation of international rules is followed, reported and „controlled“ at international level.

Next dimension to be analyzed is the content of international norms – in this case it is the new Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (CM Documents, CM (2011) 49 final, 7 April 2011)³. To which extent real content of those rules, in terms of setting the standards in this specific and delicate area, is decisive for their efficiency in implementation at national level of countries signatories of the Istanbul Convention is important issue to be analyzed.

This dimension is probably the most indicative for real effectiveness of those specific international legal norms, taking into account the precise (or not) language of the norms, the meaning and scope of legal regulations contained in the Convention. Therefore, majority of this paper is to be focused on the Chapter VI of the Istanbul Convention, because it is dealing with Investigation, prosecution, procedural law and protective measures.

² D. Mitrović, Theory of Law, Belgrade, 2006., 122.

³ The official abbreviation: Istanbul Convention is to be used in the text

The reason why the new CoE Istanbul Convention is chosen for this analyze is that it is the first regional international legal instrument, which is legally binding for countries signatories, contrary to other relevant international recommendations and declarations. The legally binding character is also assured through future monitoring mechanism that is to be established (GREVIO)⁴, as well as through precise content of state duties in this area of women human rights protection, such as protection against all forms of violence.

There is also another very valuable principle established and confirmed by the CoE Istanbul Convention: due diligence principle, which is mandatory for states, parties of the Istanbul Convention. Bearing in mind highly sensitive issue of domestic violence and more specifically, the disastrous consequences of the violence against women, the due diligence principle makes a firm commitment for European states, signatories of the Istanbul Convention, thus contributing to further effectiveness of those legal rules.

3. European legal standards on investigation, prosecution and protection in the area of fighting violence against women and domestic violence

Domestic violence is deeply ingrained in all societies. Since it occurs in the private domain, it is difficult to recognise and register it in comparison to other public forms of violence.

‘Violence against women’ is a manifestation of the historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of women’s full advancement.⁵

Europe has changed its views on domestic violence and people are increasingly aware that it is a negative social factor. Family violence is classified as a criminal offence in most legal systems.

There is a separate chapter⁶ in the CoE Istanbul Convention, which contains a variety of provisions that cover a broad range of issues related to investigation, prosecution, procedural law and protection against all

⁴ GREVIO – monitoring mechanism of the Istanbul Convention in the form of the future expert body (10 – 15 members)

⁵ United Nations: The Beijing Declaration and the Platform for Action, Fourth World Conference on Women Beijing, China 4-15 September 1995

⁶ Chapter VI

forms of violence covered by the scope of the Istanbul Convention. At the same time, countries signatories are obliged to apply necessary legislative or other policy measures to ensure effective implementation of proclaimed legal norms in the Istanbul Convention.

What is even more important, the general obligations for states signatories of the Convention are established in this context:

“Article 49 – General obligations

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and judicial proceedings in relation to all forms of violence covered by the scope of this Convention are carried out without undue delay while taking into consideration the rights of the victim during all stages of the criminal proceedings.
2. Parties shall take the necessary legislative or other measures, in conformity with the fundamental principles of human rights and having regard to the gendered understanding of violence, to ensure the effective investigation and prosecution of offences established in accordance with this Convention.”

The aim of those provisions is to prevent that incidents of violence against women and domestic violence are assigned low priority in investigations and judicial proceedings. This will help to secure vital evidence, enhance conviction rates and put an end to impunity.

It is important to note that while it is essential to ensure swift investigations and proceedings, it is equally important to respect the rights of victims during these stages.

Effective investigation and prosecution of offences established in accordance with this Convention - this means, for example, establishing the relevant facts, interviewing all available witnesses, and conducting forensic examinations, based on a multi-disciplinary approach and using state-of-the-art criminal investigative methodology to ensure a comprehensive analysis of the case.

All investigations and procedures are to be carried out in conformity with fundamental principles of human rights and with regard to a gendered understanding of violence - measures taken in implementation of this provision are not prejudicial to the rights of the defence and the requirements of a fair and impartial trial, in conformity with Article 6 ECHR. Especially important is the notion of gendered understanding of violence, bearing in mind the fact that women are prevalent victims.

“Article 50 – Immediate response, prevention and protection

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the responsible law enforcement agencies respond to all forms of violence covered by the scope of this Convention promptly and appropriately by offering adequate and immediate protection to victims.
2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the responsible law enforcement agencies engage promptly and appropriately in the prevention and protection against all forms of violence covered by the scope of this Convention, including the employment of preventive operational measures and the collection of evidence.”

Law enforcement agencies in states signatories and parties of the Convention, are to react promptly and appropriately by offering adequate and immediate protection to victims, while paragraph 2 calls for their prompt and appropriate engagement in the prevention of and protection against all forms of violence covered by the scope of this Convention, including the employment of preventive operational measures and the collection of evidence.

Compliance with this provision includes, for example, the following:

- the right of the responsible law enforcement agencies to enter the place where a person at risk is present;
- the treatment and giving advice to victims by the responsible law enforcement agencies in an appropriate manner;
- hearing victims without delay by specially-trained, where appropriate female, staff in premises that are designed to establish a relationship of trust between the victim and the law enforcement personnel; and
- provide for an adequate number of female law enforcement officers, including at high levels of responsibility.

Effective measures should be taken to prevent the most blatant forms of violence, such as murder or attempted murder.

“Article 51 – Risk assessment and risk management

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that an assessment of the lethality risk, the seriousness of the situation and the risk of repeated violence is carried out by all relevant authorities in order to manage the risk and if necessary to provide co-ordinated safety and support.

2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the assessment referred to in paragraph 1 duly takes into account, at all stages of the investigation and application of protective measures, the fact that perpetrators of acts of violence covered by the scope of this Convention possess or have access to firearms.”

Parties of the Convention have the obligation to ensure that any assessment of the risks faced by a victim should systematically take into consideration, at all stages of the investigation and application of protective measures, whether the perpetrator legally or illegally possesses or has access to firearms in order to guarantee the safety of victims (Par 2).

This article therefore establishes the obligation to ensure that all relevant authorities, not limited to the police, effectively assess and devise a plan to manage the safety risks a particular victim faces on a case-by-case basis, according to standardised procedure and in co-operation and co-ordination with each other.

Essential is that any risk assessment and risk management is to consider the probability of repeated violence, notably deadly violence, and to adequately assess the seriousness of the situation.

Important is that such measures shall not aggravate any harm experienced by victims and also investigations and judicial proceedings should not lead to secondary victimisation.

The possession of firearms by perpetrators not only constitutes a powerful means to exert control over victims, but also increases the risk of homicide – therefore, risk assessment duly takes it into account.

Multi-agencies risk assessment of the violence is much needed, since current situation shows that police does not deal with the risk assessment of the violence (as well as other agencies, such as public prosecutor office, judges, etc.). The purpose of this provision is to ensure that an effective multi-agency network of professionals is set up to protect high-risk victims.

In case of immediate danger⁷, it has been foreseen that competent authorities *ex officio* will order to perpetrator to vacate the residence for a

⁷“Article 52 – Emergency barring orders

Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the competent authorities are granted the power to order, in situations of immediate danger, a perpetrator of domestic violence to vacate the residence of the victim or person at risk for a sufficient period of time and to prohibit the perpetrator from entering the residence of or contacting the victim or person at risk. Measures taken pursuant to this article shall give priority to the safety of victims or persons at risk.”

sufficient period of time. The goal is to achieve more protection for victim by taking away a perpetrator for a certain period of time and granting to the victim to stay safe at home.

This provision establishes the obligation of equipping the competent authorities, with the power to order, a perpetrator of domestic violence to leave the residence of the victim and to bar him or her from returning or contacting the victim.

The immediate danger must be assessed by the relevant authorities. It refers to any situations of domestic violence in which harm is imminent or has already materialised and is likely to happen again. Existing examples of such orders in CoE member states range between 10 days and four weeks, with or without the possibility of renewal.

There are also provisions on protection orders.⁸ Those provisions set out the obligation to ensure that national legislation provides for restraining and/or protection orders for victims of all forms of violence covered by the scope of this Convention. Furthermore, it is established a number of criteria for such orders to ensure that they serve their highly protective nature.

National legislation of certain countries Parties of the Istanbul Convention may provide for the combined use of restraining and protection orders. A restraining or protection order may be considered complementary to a short-term emergency barring order.

Its purpose is to offer a fast legal remedy to protect persons at risk of any of the forms of violence covered by the scope of this Convention by prohibiting, restraining or prescribing certain behaviour by the perpetrator.

Whether restraining or protection orders are based in civil law, criminal procedure law or administrative law or in all of them will depend

⁸ “Article 53 – Restraining or protection orders

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that appropriate restraining or protection orders are available to victims of all forms of violence covered by the scope of this Convention.

2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the restraining or protection orders referred to in paragraph 1 are:

-available for immediate protection and without undue financial or administrative burdens placed on the victim;

-issued for a specified period or until modified or discharged;

-where necessary, issued on an ex parte basis which has immediate effect;

-available irrespective of, or in addition to, other legal proceedings;

-allowed to be introduced in subsequent legal proceedings.

3. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that breaches of restraining or protection orders issued pursuant to paragraph 1 shall be subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or other legal sanctions.”

on the national legal system and above all on the necessity for effective protection of victims.

Any order should take effect immediately after it has been issued and shall be available without lengthy court proceedings at national level. Order is to be issued for a specified or a determined period or until modified or discharged. It follows from the principle of legal certainty that requires the duration of a legal measure to be spelt out clearly. In certain cases these orders may be issued, where necessary, on an *ex parte* basis with immediate effect. This means a judge or other competent official would have the authority to issue a temporary restraining or protection order based on the request of one party only.

Current research has shown that many victims who want to apply for a restraining or protection order may not be prepared to press criminal charges (that would lead to a criminal investigation and possibly criminal proceedings) against the perpetrator.

Standing to apply for a restraining or protection order shall therefore not be made dependent on the institution of criminal proceedings against the same perpetrator. Similarly, they should not be made dependent on the institution of divorce proceedings, etc.

Paragraph 3 (Art. 53) aims at ensuring respect for restraining and protection orders by requiring “effective, proportionate and dissuasive” sanctions for any breach of such orders (sanctions may be of a criminal law or other legal nature) and may include prison sentences, fines or any other legal sanction.

Istanbul Convention regulates *ex parte* and *ex officio* proceedings.⁹ Aim of those provisions is to ease the burden which lengthy criminal investigations and proceedings often place on the victims while at the same time ensuring that perpetrators are brought to justice - to enable criminal investigations and proceedings to be carried out without placing the onus of initiating such proceedings and securing convictions on the victim. Articles 35, 36, 37, 38 and 39 of this Convention are: Article 35 – Physical violence, Article 36 – Sexual violence, including rape, Article

⁹ “Article 55 – *Ex parte* and *ex officio* proceedings

1. Parties shall ensure that investigations into or prosecution of offences established in accordance with Articles 35, 36, 37, 38 and 39 of this Convention shall not be wholly dependant upon a report or complaint filed by a victim if the offence was committed in whole or in part on its territory, and that the proceedings may continue even if the victim withdraws her or his statement or complaint.

2. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure, in accordance with the conditions provided for by their internal law, the possibility for governmental and non-governmental organisations and domestic violence counsellors to assist and/or support victims, at their request, during investigations and judicial proceedings concerning the offences established in accordance with this Convention.”

37 – Forced marriage, Article 38 – Female genital mutilation and Article 39 – Forced abortion and forced sterilisation.

Acts resulting in severe bodily harm or deprivation of life must be addressed promptly and directly by competent authorities. Many of the offences covered by this Convention are perpetrated by family members, intimate partners or persons in the immediate social environment of the victim and the resulting feelings of shame, fear and helplessness lead to low numbers of reporting and, subsequently, convictions.

National law enforcement authorities should investigate in a proactive way to make sure that the proceedings may be carried out even if the victim withdraws her or his statement or complaint.

Istanbul Convention includes comprehensive set of protection measures for victims of gender based and domestic violence.¹⁰ This provision (Art. 56) is inspired by Article 31, paragraph 1 of the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (ETS No. 201). Paragraph 1 contains a non-exhaustive list of procedures designed to protect victims of all forms of violence covered by the scope of this Convention during proceedings. These measures of protection apply at all stages of the proceedings. Parties of the Convention must ensure that victims are safe from intimidation, retaliation and repeat victimisation.

¹⁰ “Article 56 – Measures of protection

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to protect the rights and interests of victims, including their special needs as witnesses, at all stages of investigations and judicial proceedings, in particular by:

a. providing for their protection, as well as that of their families and witnesses, from intimidation, retaliation and repeat victimisation;

b. ensuring that victims are informed, at least in cases where the victims and the family might be in danger, when the perpetrator escapes or is released temporarily or definitively ;

c. informing them, under the conditions provided for by internal law, of their rights and the services at their disposal and the follow-up given to their complaint, the charges, the general progress of the investigation or proceedings, and their role therein, as well as the outcome of their case;

d. enabling victims, in a manner consistent with the procedural rules of internal law, to be heard, to supply evidence and have their views, needs and concerns presented, directly or through an intermediary, and considered;

e. providing victims with appropriate support services so that their rights and interests are duly presented and taken into account;

f. ensuring that measures may be adopted to protect the privacy and the image of the victim

g. ensuring that contact between victims and perpetrators within court and law enforcement agency premises is avoided where possible;

h. providing victims with independent and competent interpreters when victims are parties to proceedings or when they are supplying evidence;

i. enabling victims to testify, according to the rules provided by their internal law, in the courtroom without being present or at least without the presence of the alleged perpetrator, notably through the use of appropriate communication technologies, where available.

2. A child victim and child witness of violence against women and domestic violence shall be afforded, where appropriate, special protection measures taking into account the best interests of the child.”

In the case of child victims and child witnesses, paragraph 2 states that Parties must take special care of their needs and ensure their rights to special protection measures as a child will usually be more vulnerable than an adult and likelier to be intimidated. Consequently, special protection measures must give due regard to the best interests of the child, which may include measures such as not obliging a child to testify in the presence of the perpetrator.

Victim of domestic violence does not have an automatic right to free legal aid.¹¹ Istanbul Convention foresees that even in the absence of legislation granting free legal assistance in civil matters, it must be assessed whether, in the interest of justice, an applicant who is without financial means should be granted legal assistance if unable to afford a lawyer. European Court on Human Rights in Strasbourg (ECHR) has taken into account the complexity of procedures and the emotional character of a situation in deciding whether someone was in a position to present her or his own case effectively.¹²

It can be assessed that the above-analyzed provisions on investigation, prosecution and protection in the domain of fighting domestic violence and violence against women, besides their direct obligations for states signatories of the Istanbul Convention, also have specific deterrent effect, through setting legal standards that are general legal framework in Europe for achieving zero tolerance towards gender-based and domestic violence.

4. State obligations and Due Diligence principle in fighting violence against women and domestic violence

Violence against women represents a violation of human rights and a form of unlawful and severe discrimination.

This means that states are held responsible if they do not respond adequately to such violence. State obligations and due diligence principle mean that, under international public law, a state is responsible for the commission of an internationally wrongful act which is attributable to

¹¹“Article 57 – Legal aid

Parties shall provide for the right to legal assistance and to free legal aid for victims under the conditions provided by their internal law.”

¹² European Court of Human Rights ECHR case-law (Airey v. Ireland judgment, 9 October 1979) The Court’s view is that effective access to a court may necessitate free legal assistance. Its position is that it must be ascertained whether appearance before a court without the assistance of a lawyer would be effective in the sense that the person concerned would be able to present their case properly and satisfactorily.

it, through the conduct of their agents such as the police, immigration officials and prison officers.

This principle is set out in the International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), which are widely accepted as customary international law.

Under international human rights law, the state has both negative duties and positive duties: state officials must both respect the law and refrain from the commission of internationally wrongful acts and must protect individuals from their commission by other non-state actors.

Article 5 of the Convention, paragraph 1¹³, addresses the state obligation to ensure that their authorities, officials, agents, institutions and other actors acting on behalf of the state refrain from acts of violence against women, whereas paragraph 2 sets out Parties' obligation to exercise due diligence in relation to acts covered by the scope of this Convention perpetrated by non-state actors. In both cases, failure to do so will incur state responsibility.¹⁴

Parties shall refrain from engaging in any act of violence against women and ensure that state authorities, officials, agents, institutions and other actors acting on behalf of the state act in conformity with this obligation.

Parties shall take the necessary legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of this Convention that are perpetrated by non-state actors.

A requirement of due diligence has been adopted in a number of international human rights instruments, interpretations, and judgments with respect to violence against women. These include CEDAW Committee General Recommendation No. 19 on violence against women

¹³ "Article 5:

1. Parties shall refrain from engaging in any act of violence against women and ensure that state authorities, officials, agents, institutions and other actors acting on behalf of the state act in conformity with this obligation.

2. Parties shall take the necessary legislative and other measures to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of this Convention that are perpetrated by non-state actors."

¹⁴ ECHR Case *Opuz v. Turkey* (2009), ECHR brought the judgment that Turkey has violated art. 2, 3, and 14 of the European Convention on Human Rights: right to live, interdiction of torture and ban of discrimination. The legal basis for the ultimate attribution of responsibility to a State for private acts relies on State failure to comply with the duty to ensure human rights protection, as set out in Article 1(1) of the American Convention on Human Rights (1969).

Court concludes that the national authorities of Turkey cannot be considered to have displayed due diligence. They therefore failed in their positive obligation to protect the right to life of the applicant's mother within the meaning of Article 2 of the Convention.

(1992), Article 4 of the United Nations General Assembly Declaration on the Elimination of Violence against Women (1993), the Convention on the Prevention of Violence against Women (Convention of Belém do Pará, 1994) adopted by the Organisation of American States as well as the Council of Europe Recommendation Rec No (2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence (2002).

Furthermore, the content of Article 5 reflects the case-law of the European Court of Human Rights. In its recent case law on domestic violence, the Court has adopted the obligation of due diligence (see the ECHR Judgment of *Opuz v. Turkey*, 2009¹⁵).

It has established that the positive obligation to protect the right to life (Article 2 ECHR) requires state authorities to display due diligence, for example by taking preventive operational measures, in protecting an individual whose life is at risk (ECHR Judgment *B. Tomašić and others v. Croatia*, 2009¹⁶).

¹⁵ The case originated in an application (no. 33401/02) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Mrs Nahide Opuz (“the applicant”), on 15 July 2002.

The applicant alleged, in particular, that the State authorities had failed to protect her and her mother from domestic violence, which had resulted in the death of her mother and her own ill-treatment. In the period of 1995-2002 H.O. attacked seriously six times his wife and her mother, with severe health consequences that were life-dangerous. Investigation was stopped three times due to giving up of the victim to file the suit and two times because of the lack of evidence. Case resulted in shooting the applicant’s mother by H.O. firearm and her instant death. It was the final consequence of the long-term repeated domestic violence.

ECHR brought the judgment that Turkey has violated art. 2, 3, and 14 of the European Convention on Human Rights: right to live, interdiction of torture and ban of discrimination

The legal basis for the ultimate attribution of responsibility to a State for private acts relies on State failure to comply with the duty to ensure human rights protection, as set out in Article 1(1) of the American Convention on Human Rights (1969).

¹⁶ On 2 January 2006 M.M. had come to the Social Welfare Centre in Croatia and claimed that he had a bomb and would “throw it at his former wife [meaning M.T.] and child”. On 3 February 2006 M.M. was detained following the instigation of the criminal proceedings against him in the Čakovec Municipal Court on 27 January 2006. A psychiatric opinion obtained during the proceedings stated that on 2 January 2006 M.M. had claimed before the employees of the Welfare Centre that he had a bomb and that his threats had been meant seriously. He had repeated the same claim on 19 January 2006 before police officers from the Medumurje Police. On 15 March 2006 the Municipal Court found M.M. guilty of threatening M.T. on several occasions during the period between July and 30 December 2005 = 5 months of imprisonment and a security measure of compulsory psychiatric treatment.

The applicants made a twofold complaint under Article 2 of the European Convention on Fundamental Freedoms and Human Rights. They contended firstly that the State had failed to comply with their positive obligations in order to prevent the deaths of M.T. and V.T. and secondly that the State had failed to conduct a thorough investigation into the possible responsibility of their agents for the deaths of M.T. and V.T.

A positive obligation of the state will arise where it has been established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures

Furthermore, state obligations in fighting gender-based and domestic violence are also ensured through other relevant international conventions listed in the Preamble of the Istanbul Convention.¹⁷

Relevant offences that are regulated by the Istanbul Convention and are subject to criminal or other legal sanction, are: physical violence; psychological violence; stalking; sexual violence, including rape; sexual harassment; forced marriage; female genital mutilation, forced abortion

within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (see *Osman*, cited above, § 116; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, no. 46477/99, § 55, ECHR 2002-III; and *Bromiley v. the United Kingdom (dec.)*, no. 33747/96, 23 November 1999).

Since no adequate psychiatric treatment was provided to M.M. in the prison there was also no assessment of his condition immediately prior to his release from prison with a view to assessing the risk that, once at large, he might carry out his previous threats against the lives of M.T. and V.T. The Court finds such a failure particularly striking given that his threats had been taken seriously by the courts and that the prior psychiatric report expressly stated that there was a strong likelihood that he might repeat the same or similar offences.

The Court notes that it has found that the authorities, in relation to the death of the applicants' two close relatives breached the European Convention on Fundamental Freedoms and Human Rights. In these circumstances the Court considers that the applicants must have sustained non-pecuniary damage. Ruling on an equitable basis and having regard to the awards made in comparable cases, it awards the applicants EUR 40,000 jointly under that head, plus any tax that may be chargeable to them.

¹⁷ "Preamble

The member states of the Council of Europe and the other signatories hereto,

Recalling the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, 1950) and its Protocols, the European Social Charter (ETS No. 35, 1961, revised in 1996, ETS No. 163), the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (ETS No. 197, 2005) and the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (ETS No. 201, 2007);

Recalling the following recommendations of the Committee of Ministers to member states of the Council of Europe: Recommendation Rec No (2002)5 on the protection of women against violence, Recommendation CM/Rec (2007)17 on gender equality standards and mechanisms, Recommendation CM/Rec (2010)10 on the role of women and men in conflict prevention and resolution and in peace building, and other relevant recommendations;

Taking account of the growing body of case law of the European Court of Human Rights which sets important standards in the field of violence against women;

Having regard to the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women ("CEDAW", 1979) and its Optional Protocol (1999) as well as General Recommendation No. 19 of the CEDAW Committee on violence against women, the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) and its Optional Protocols (2000) and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006);

Having regard to the Rome Statute of the International Criminal Court (2002);

Recalling the basic principles of international humanitarian law, and especially the Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (1949) and the Additional Protocols I and II (1977) thereto;

Condemning all forms of violence against women and domestic violence;

Recognising that the realisation of *de jure* and *de facto* equality between women and men is a key element in the prevention of violence against women;

Recognising that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between women and men, which have led to domination over, and discrimination against, women by men and to the prevention of the full advancement of women;

Recognising the structural nature of violence against women as gender-based violence, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men;....."

and forced sterilisation. In this context, important message is proclaimed: that violence against women and domestic violence are not private matters.

5. Concluding remarks

European states are required to organise their response to all forms of violence covered by the scope of the CoE Istanbul Convention in a way that allows relevant authorities to diligently prevent, investigate, punish and provide reparation for such acts of violence. Reparation may encompass different forms of reparation under international human rights law such as: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantee of non-repetition. Term “non-state actor” refers to private persons, a concept which is already expressed in point II of CoE Recommendation Rec No (2002)5 on the protection of women against violence.

Failure to do so incurs state responsibility for an act otherwise solely attributed to a non-state actor. As such, violence against women perpetrated by non-state actors crosses the threshold of constituting a violation of human rights as referred to in Article 2 insofar as Parties have the obligation to take the legislative and other measures necessary to exercise due diligence to prevent, investigate, punish and provide reparation for acts of violence covered by the scope of the new Convention, as well as to provide protection to the victims, and that failure to do so violates and impairs or nullifies the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms.

„Expert services are often faced with different forms of ‘behind four walls’ violence, but only after the violence has been present between individuals for a longer period of time and is manifested in cruel, sometimes even fatal consequences.“¹⁸.

Relevant international and comparative law - The UN CEDAW defines discrimination against women as “... any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.”

¹⁸ 29th Conference of Council of Europe Ministers of Justice, “Breaking the silence – united against domestic violence”, 17-19 June 2009, Tromsø, Norway, Report presented by Minister of Justice of the Republic of Slovenia, www.coe.int/t/, date of accession to the web site: 25th of Nov 2013

The Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (hereinafter “the CEDAW Committee”) has found that “gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men” and is thus prohibited under Article 1 of CEDAW. Within the general category of gender-based violence, the Committee includes violence by “private act” and “family violence”¹⁹.

Consequently, gender-based violence triggers duties in States. The General Recommendation no. 19 sets out a catalogue of such duties. They include a duty on States to “take all legal and other measures that are necessary to provide effective protection of women against gender-based violence including penal sanctions, civil remedies and compensatory provisions to protect women against all kinds of violence.”

Efficiency of legal regulations in international public law is a multidimensional issue and depends on vital national various interests of different countries that are mirrored and included into international norms and conventions. To the extent to which the negotiations on setting legal standards led by different states were successful, to the same extent the implementation of those legal norms are to be effective.

Example of the Istanbul Convention indicates the complexity of those negotiations even at expert level, while formulating relevant legal norms in the area of fighting violence against women and domestic violence. Reasons for such complexity are in multicultural beliefs and often stereotype way in treatment of domestic violence and gender-based violence, even in modern states based on the rule of law and democracy.

If we ask ourselves what would be the final goal of the effective regional legal standards set up by the Istanbul Convention, the answer is for sure: zero tolerance towards gender-based violence and towards domestic violence.

Effectiveness of relevant international rules, such as in the case of the Istanbul Convention, is directly linked with the institutional capacities of specific countries that apply the CoE Convention’s provisions. More precisely, national law enforcement agencies, judiciary and other relevant stakeholders should dispose with significant capacities to cope with the violence against women and domestic violence. Number of principles which should be met in an effective national court system to ensure access to justice:

¹⁹ Committee’s General Recommendation No. 19 on “Violence Against Women,” (1992) UN doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15

- (a) be *just* in the results it delivers;
- (b) be *fair* in the way it treats litigants;
- (c) offer appropriate procedures at a reasonable *cost*;
- (d) deal with cases with reasonable *speed*;
- (e) be *understandable* to those who use it;
- (f) be *responsive* to the needs of those who use it;
- (g) provide as much *certainty* as the nature of the particular case allows;
- (h) be *effective*: adequately resourced and organised.

Monitoring mechanism, if established by international legal norms is also very important since it provides for a feedback on the status of concrete implementation of those international norms in each specific country, which is obliged by those provisions.

Istanbul Convention of the Council of Europe (Art. 66 – 70)²⁰ has foreseen the establishment of an independent expert international body (GREVIO) with the aim to monitor the effective implementation of the Istanbul Convention²¹. The Convention sets up a Group of experts on action against violence against women and domestic violence (hereafter “GREVIO”) which is an expert body, composed of independent and highly qualified experts in the fields of human rights, gender equality, violence against women and domestic violence, criminal law and in assistance to and protection of victims of violence against women and domestic violence, with the task of “monitoring the implementation of this Convention by the Parties”. GREVIO will devise questionnaires for State parties to fill in; receive, analyse, evaluate information; it will write

²⁰ Legitimacy of relevant international organizations to establish mandatory legal norms has been discussed in various essays (Legitimacy of International Organizations, Edited by Jean-Marc Coicaud and Veijo Heiskanen), taking into account :“ decolonization; growing awareness of the global nature of many economic, environmental, and public health problems; multiplication of non-governmental organizations; globalization of mass media and the market; rapid developments in the field of biotechnology; and the emergence of new information technologies, particularly the Internet.“, 2006.

²¹Chapter IX of the Convention contains provisions which aim at ensuring the effective implementation of the Convention by the Parties. In its interim report, the CAHVIO stated that: “The Committee is of the opinion that a strong and independent monitoring mechanism is of utmost importance to ensure that an adequate response to this problem is given in all Parties to the Convention.”

Consequently, the drafters considered that the monitoring system foreseen by the Convention should be one of its strengths. At the time of writing this paper, GREVIO has not yet been established in practice. It will be established and precisely organized after the entry into force of the Istanbul Convention.

reports; also it will make recommendations; and where necessary hold country visits. Of course, a gender and geographical balance, as well as multidisciplinary expertise will be taken account while setting GREVIO, for the purpose of effectiveness of the future expert body. GREVIO will establish its own rules of procedure. The Convention also establishes a Committee of the Parties, composed of the representatives of the Parties to the Convention.

Finally – new European legal standards in fighting violence against women and domestic violence ensure:

- that violence against women is criminalised and appropriately punished;
- that excuses on the grounds of culture, custom, religion or so-called “honour” are unacceptable for any act of violence;
- that victims have access to special protection measures during investigation and judicial proceedings²²;
- that law enforcement agencies respond immediately to calls for assistance and manage dangerous situations adequately.

International legal transplants are one of main sources of legal changes in national legal systems, preferably in more advanced and prosperous manner to provide for optimal protection of human rights and the rule of law.

Consequently, the importance of the new European legal standards in the area of fight against gender based violence and domestic violence that are set up by the CoE Istanbul Convention is exactly in moving the boundaries of national legal systems²³. At the same time, the globally widespread negative gender stereotypes can be more easily dismantled.

“The rule of law requires not only that laws are passed, but that they are equally enforced and independently adjudicated, free from bias or discrimination”²⁴.

²² Chapter VI of the CoE Istanbul Convention

²³ E. Buscaglia, W.E. Ratliff, *Law and economics in developing countries*, Hoover Press, USA, 2000, 31.

²⁴ UN WOMEN “Progress of the World’s Women 2011 – 12, In Pursuit of JUSTICE”

Prof. Dr Gordana Gasmi

Viši naučni saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd

Vanredni profesor, Fakultet za medije i komunikacije, Beograd

**NOVA KONVENCIJA SAVETA EVROPE O PREVENCIJI I
BORBI PROTIV NASILJA NAD ŽENAMA I PORODIČNOG
NASILJA
„ISTANBUL KONVENCIJA“
– ZNAČAJ USTANOVLJAVANJA EVROPSKIH PRAVNIH
STANDARDA -**

Rezime

Nova Istanbul Konvencija Saveta Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, koja stupa na snagu 1. avgusta 2014. godine postavila je pravno obavezujuće norme u domenu prevencije, zaštite žrtava porodičnog i rodno zasnovanog nasilja i kažnjavanja počinioca. Naglasak je na rodno zasnovanom nasilju u kontekstu zaštite ljudskih prava žena, jer se rodno zasnovano nasilje tretira kao ozbiljno kršenje ljudskih prava i oblik nezakonite diskriminacije prema ženama. Veliku većinu žrtava porodičnog nasilja, tj. od deset žrtava devet su žene. Ključno pitanje efikasnosti pravnih normi ustanovljenih Istanbul Konvencijom SE sagledano je kroz analizu međunarodno-pravnih propisa o istrazi, krivičnom gonjenju i merama sveobuhvatne zaštite žrtava rodno zasnovanog nasilja i porodičnog nasilja. Ove norme ustanovljavaju konkretne obaveze prema zemljama potpisnicama Istanbul Konvencije, a istovremeno, momentom njenog stupanja na snagu se formiraju pravno obavezni standardi prevencije i borbe protiv porodičnog i rodno zasnovanog nasilja. U procesu buduće implementacije Istanbul Konvencije, ukazano je na nekoliko aspekata koji obezbeđuju njenu efikasnu primenu, kao što je obaveza dužne pažnje država („due diligence princip“) i adekvatni institucionalni kapaciteti relevantnih zemalja potpisnica Istanbul Konvencije. Takođe, predviđeno je formiranje međunarodnog nadzornog ekspertskeg tela „GREVIO“ za svrhe efikasnog sprovođenja Istanbul Konvencije. Efikasnost normi u međunarodnom javnom pravu zavisi od vitalnih nacionalnih interesa

različitih zemalja, koji su uključeni i ogledaju se u međunarodnim konvencijama. U meri u kojoj su pregovori o formulisanju međunarodnih pravnih standarda između različitih država bili uspešni, u istoj meri će i sprovođenje tih propisa biti efikasno.

Ključne reči: Savet Evrope, Istanbul Konvencija, borba protiv nasilja nad ženama i porodičnog nasilja

ODUZIMANJE ORGANA KAO *ACTUS REUS* MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA^{2*}

Apstrakt

Naslov ovog rada trebalo bi razumevati kao pitanje, jer upravo se kroz rad nastoji odgovoriti na pitanje da li oduzimanje ili trgovina organima mogu predstavljati actus reus nekog (nekih) međunarodnog dela. Tema je izrazito aktuelna, savremeno pravo (i međunarodno i unutrašnje) suočilo se sa činjenicom neemancipovanog pojma oduzimanja/trgovine organima, a pojava je pri tom prisutna u stvarnosti. Rad je prevashodno teorijskog karaktera. Činjenica da do danas ne postoji iskustvo procesuiranja pred međunarodnim krivičnim sudovima za ovakvu vrstu zločina, nadomeštena je donekle iskustvom slučaja poznatog kao Žuta kuća, koji se odvijao na severu Albanije, kao produženo delo sa teritorije Kosova, počev od 1998. godine. U finalnom zaključku teorijskog prikaza, uočava se praktični aspekt i formalopravni značaj pro shvatanja da radnja oduzimanja i trgovine organima može biti podvedena pod chapeau zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina. Ovakva vrsta klasifikacije ruši barijere vremenskih rokova zastarevanja i barijere teritorijalnih i personalnih nadležnosti za procesuiranje.

Ključne reči: *oduzimanje organa, ratni zločin, zločin protiv čovečnosti, međunarodno humanitarno pravo, međunarodno pravo ljudskih prava*

1. Uvod

Ovaj rad nemoguće je započeti bez navođenja jedne od najčešćih konstatacija udžbenika prava – život je inventivniji od prava. I zaista tema ovog rada na prvi pogled može izgledati nestvarno, sa stanovišta čistog pravnog pozitivizma i nepostojeće, no život je ipak nametnuo potrebu da

¹ Docent, Kriminalističko policijska akademija, Beograd, mail: tijana.surlan@kpa.edu.rs

² Rad je nastao kao deo istraživačkog projekta Položaj i uloga policije u demokratskoj pravnoj državi koji se realizuje na Kriminalističko policijskoj akademiji u periodu 2012-2015

se zagledamo u postojeći normativni okvir, te ustanovimo da li je zaista i u kojoj meri život inventivniji od prava. Direktan povod i za samu temu istraživanja, kao i za ovakav uvod, svakako su događaji koji su se odvijali u periodu oružanih sukoba počev od 1998.g. na teritoriji tadašnje Savezne Republike Jugoslavije, tj. na delu njene teritorije Kosovu i Metohiji i u susednoj Albaniji. Sam slučaj koji je aktuelan već nekoliko godina, još uvek ne daje dovoljno elemenata za finalno izvođenje zaključka, ali tvori bazu logičke konstrukcije i daje materijal za rezonovanje.

2. Pojmovna preciziranja

Terminološki i pojmovno izrazi trgovina organima i oduzimanje organa nisu ujednačeni i svakako predstavljaju kategorije oko kojih će pravna struka imati dosta posla u bliskoj budućnosti. Termini koji se upotrebljavaju u literaturi koja se bavi ovom problematikom, a kada se govori na uopšten način, kao sinonime koristi termine trgovina organima i oduzimanje organa. Takođe, ne retko se kaže trgovina organima, a da se pri tom misli i na trgovinu i tkivima i ćelijama. S druge strane, pojmovna razlika između ovih termina postoji. Tako npr. u dosadašnjem međunarodnopravnom normativnom okviru, pod oduzimanjem i trgovinom reguliše se samo materija u odnosu na organe. Trgovina tkivima i ćelijama tek se postepeno uvodi u normativni okvir. Takođe i sam termin trgovina podleže pojmovnim raskrsnicama. Tako govorimo o oduzimanju organa kao aspektu trgovine ljudima, ali govorimo i o trgovini organima, tkivima i ćelijama kao zasebnoj *de lege ferenda* pojavi, koja iziskuje i zasebnu pravnu regulativu. Dakle, postoji izvesna terminološko-pojmovna zbrka u pravu. Element koji treba da odnese finalnu prevagu prilikom opredeljivanja za jedan od ova dva pojma je volja, saglasnost, pristajanje ili potpuno odsustvo bilo kakvog oblika pristajanja. U sadašnjoj percepciji termina trgovina organima (potom i tkivima i ćelijama, posebno matičnim ćelijama) moguće su situacije u kojima postoji ponuda organa od strane pojedinca i time i njegova volja, pristajanje. Termin oduzimanje organa, s druge strane, treba primenjivati samo na one slučajeve (tj. vrste krivičnih dela) u kojima nema nikakvog oblika pristanka na davanje organa (tkiva, ćelija) niti trgovanje njima.

Pojam trgovina organima nije samostalan pojam ni nacionalnih pravnih sistema niti međunarodnog javnog prava. No, to *ipso facto*

ne znači i da nije pravno regulisana.³ U pozitivnom međunarodnom pravu trgovina organima aspekt je transnacionalnog krivičnog dela – transnacionalni organizovani kriminal. Osnovni normativni okvir, na univerzalnom međunarodnopravnom nivou, čini Konvencija UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu, zaključena u Palermu 2000. godine i njoj prateći dopunski protokoli, i to posebno Protokol UN o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, usvojen takođe u Palermu 2000. godine (dalje: Protokol o trgovini ljudima).⁴ Oduzimanje dela tela i trgovina organima normirano je kao *actus reus* trgovine ljudima kao transnacionalnog krivičnog dela.⁵ U Protokolu o trgovini ljudima definicija trgovine ljudima data je u članu 3: „vrbovanje, prevoženje, prebacivanje, skrivanje i primanje lica, putem pretnje silom ili upotrebe sile ili drugih oblika prisile, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili teškog položaja ili davanja ili primanja novca ili koristi da bi se dobio pristanak lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata kao minimum, eksploataciju prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili službu, ropstvo ili odnos sličan ropstvu, servitut i uklanjanje organa“. Tumačenje i primena definicije Protokola mora biti u skladu sa osnovnim tekstom tj. Konvencijom o transnacionalnom organizovanom kriminalu, što definitivno trgovinu organima stavlja u jedan sasvim poseban, specifičan kriminogen milje organizovanog kriminala.⁶

No, pored ovakvog mesta trgovine organima u sistemu transnacionalnog kriminala, ova pojava ima i neke druge aspekte, koji neminovno zahtevaju i zasebnu, drugačiju normativnu strukturu. Zaista, nije svaki čin oduzimanja organa ili trgovine organima akt organizovanog kriminala ili trgovine ljudima. Život poznaje aktivno crno tržište na kome se trguje organima i na kome se organi svojevolumino nude na prodaju, bez

³ Sveobuhvatan prikaz normativnog okvira videti u: T. Šurlan, *Transplantacija i trgovina ljudskim organima, tkivima i ćelijama – međunarodnopravni i nacionalnopravni normativni okvir*, Fondacija Centar za javno pravo, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Tijana_Surlan.pdf

⁴ Pored navedenog Protokola usvojeni su i Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom i Protokol protiv nezakonite proizvodnje i trgovine vatrenim oružjem, njegovim delovima i komponentama, kao i municijom. Srbija je ratifikovala Konvenciju, Protokol o sprečavanju trgovine ljudima i Protokol protiv krijumčarenja migranata 2001. Protokol UN o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom stupio je na snagu 2003. godine i ima 154 države članice.

⁵ A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press 2010, 9; N. Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press 2012, 3-10.

⁶ O fenomenu trgovine ljudima pogledati: S. Mijalković, *Trgovina ljudima*, Beograd 2005; M. Žarković, S. Mijalković, *Ilegalne migracije i trgovina ljudima*, Beograd 2012.

prisile, zarad čistog profita⁷. Klasična ekonomska formula o odnosu potražnje i ponude čini da to tržište buja, a da pravo nije izgradilo adekvatne mehanizme za sprečavanje te pojave.

Na međunarodnom planu postoji svest o trgovini organima kao o samostalnoj pojavi, drugačijoj od trgovine organima kao trgovine ljudima, ali normativni okvir još uvek nije sačinjen. Konkretno korake u pravcu normiranja ove materije preuzeo je Savet Evrope, osnivanjem Komiteta eksperata zaduženog za analizu materije trgovine organima, tkivima i ćelijama, čiji je zadatak bio da na postojećoj bazi pravnih akata iz oblasti ljudskih prava i postojećih akata vezanih za trgovinu organima pristupi izradi nacrtu konvencija kojima bi se regulisala materija trgovine organima, tkivima i ćelijama kao samostalnih pojava.⁸ Komitet je 2011.g. sačinio Nacrt Konvencije Saveta Evrope protiv trgovine ljudskim organima.⁹ Cilj Konvencije je sprečavanje i borba protiv trgovine organima kroz kriminalizaciju tih aktivnosti, zaštitu žrtava i obezbeđenje saradnje i na nacionalnom i na međunarodnom planu (član 1) i to kao samostalnog dela, a ne kao *actus reus*-a nekog drugog dela. Države potpisivanjem ove Konvencije treba da se obavežu da unutar svog zakonodavstva unesu odredbe kojima bi se stipulisala krivična odgovornost za nedopušteno odstranjivanje organa, sa živih ili počivših donora (član 4). Delo nedozvoljenog odstranjivanja organa karakteriše odsustvo pristanka na doniranje organa, finansijska nadokada (davanje i primanje) (član 4, stav 1 (a,b,c)), upotreba nedozvoljeno odstranjenih organa (član 5), transplantacija organa suprotno nacionalnim propisima o sistemu transplantacije organa (član 6), pronalaženje donatora organa i primaoca organa uz davanje finansijske nadoknade (član 7), priprema, očuvanje, skladištenje, transport, predacivanje, prijem, uvoz i izvoz nezakonito odstranjenih ljudskih organa (član 8).

Sve navedene regulative posmatraju trgovinu organima iz ugla tzv. „običnog“ krivičnog dela, a ne međunarodnog krivičnog dela. Tema

⁷ U teoriji prevladuje shvatanje da ne postoji svojevolljno, dobrovoljno prodavanje organa; čak i u onim situacijama u kojima ljudi svojom slobodnom voljom nude organe na prodaju postoji elemenat objektivne prisile, najčešće siromaštvo, ili neka druga objektivna prisila koja faktički primorava čoveka na ovakav čin – L. Territo, R. Matteson (eds.), *The International Trafficking in Human Organs: A Multidisciplinary Perspective*, CRC Press 2012, 23-48; M.J. Chery, „Embracing the Commodification of Human Organs: Transplantation and Freedom to Sell Body Parts“, *Saint Louis University Journal of Health and Policy*, 2-359/2009.

⁸ *Committee of Experts on Trafficking in Human Organs (PC-TO)* Ovaj Komitet oformljen je u okviru EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC), http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/pc_to_EN.asp

⁹ EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (CDPC),

Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, 7 December 2012, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20\(2012\)%2021%20-%20e%20-%20Draft%20Convention%20against%20Trafficking%20in%20Human%20Organs.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20(2012)%2021%20-%20e%20-%20Draft%20Convention%20against%20Trafficking%20in%20Human%20Organs.pdf)

ovog rada međutim usmerena je ka pitanju – da li se trgovina organima ili oduzimanje organa mogu podvesti pod neko međunarodno krivično delo; da li oduzimanje organa ili trgovina organima mogu da tvore neku od radnji izvršenja (*actus reus*) međunarodnog krivičnog dela?¹⁰

U analizi koja sledi težište jeste na teorijskom razmatranju. No, ipak ovo teorijsko razmatranje, primenjeno u praksi, moglo bi imati velike praktične posledice – ono presudno utiče na opredeljenje nadležnosti i rokove zastarevanja procesuiranja.

3. Oduzimanje organa kao *actus reus* međunarodnih krivičnih dela

Međunarodno javno pravno inkriminisanje oduzimanja i trgovine organima nije poznato u navedenoj terminološkoj varijanti, a ne figurira ni kao samostalan pojam međunarodnog javnog prava.

S druge strane fakticitet, stvarnost, pojava koja pokazuje zloupotrebu moći država putem sprovođenja medicinskih eksperimenata, nasilno iskorišćavanje ljudskog tela, oduzimanje delova tela tokom ratova, držanje ljudi u zarobljeništvu ili logorima bez ikakvog nadzora ili kontrole, nestajanje ljudi, te postojeća materijalnopravna baza međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnih ljudskih prava, doveli su do inkriminisanja određenih „medicinskih“ *actus reus*-a.

Najdirektnije navođenje dato je u okviru definicije ratnih zločina u Rimskom Statutu iz 1998.godine.¹¹ U oružanim sukobima, i međunarodnim i nemeđunarodnim, zabranjeno je „podvrgavanje lica, koja su zarobljena i pod vlašću protivničke strane, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica“ (član 8, stav 2 (b(x)) i d(xi)). Pored ovako formulisanog nastraja na fizički integritet, ratni zločini kao *actus reus* prepoznaju i druge radnje koje mogu inkriminisati oduzimanje

¹⁰ Međunarodno krivično delo, kao pojam i normativni i teorijski, u ovom radu razume se isključivo u smislu međunarodno javno pravnog poimanja i međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih krivičnih dela. Više o ovome videti u: T.Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 23-32; 44-82

¹¹ E.la Haye, “Article 8(2)(b)(xxii) – Rape, Sexual Slavery, Enforced Prostitution, Forced Pregnancy, Enforced Sterilisation and Sexual Violence”, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers 2001, 186-195; H. von Hebel., D. Robinson, “Crimes within the jurisdiction of the Court”, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague 2002, 79-126.

dela tela, kao što su npr. seksualna zlostavljanja, tj. prisilna sterilizacija (član 8, stav 2 b(xxii)), mučenje ili nehumani postupci, uključujući i biološke eksperimente (član 8, stav 2, a(ii) i namerno nanošenje velike patnje, ozbiljnih telesnih povreda ili narušavanje zdravlja (član 8, stav 2, a(iii)).¹² Razlika među njima je u tome što „medicinski“ *actus reus* ima u pozadini „medicinski“ cilj (bilo da je u svrhu eksperimenata, bilo transplantacija), dok seksualna zlostavljanja, mučenje, nanošenje patnji, ozbiljne telesne povrede ili narušavanje zdravlja, mogu biti sami sebi svrha.¹³

Redakcije statuta *ad-hoc* tribunala drugačije opredeljuju ratne zločine, te je utoliko potrebno osvrnuti se i na te redakcije posebno. U Statutu Tribunala za bivšu Jugoslaviju u članu 2 određeno je delo teške povrede Ženevskih konvencija od 1949, te kao *actus reus* mučenje i nehumano postupanje, uključujući biološke eksperimente (pod *b*), te namerno prouzrokovanje patnji i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja (pod *c*).

U Statutu Tribunala za Ruandu, u članu 4 određeno je delo povrede člana 3 zajedničkog Ženevskim konvencijama i Dopunskom protokolu II. Redakcija *actus reus*-a ovog dela opredeljena je kao povrede Ženevskih konvencija i Protokola II koje uključuju, ali se ne ograničavaju isključivo na one nabrojane u ovom članu. Prepoznat je *actus reus* ugrožavanje života, zdravlja i fizičkog ili mentalnog stanja ljudi, posebno ubistvo kao i okrutno postupanje, kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik telesnog kažnjavanja (pod *a*), te povrede ličnog dostojanstva, naročito ponižavajući i degradirajući postupci, silovanje, prisilna prostitucija i svaki oblik nedoličnog napada (pod *e*).

Ostala međunarodna krivična dela, bez obzira na redakciju, nemaju direktno navođenje medicinskih *actus reus*-a. Ipak, formulacije *actus reus*-a ostavljaju prostor za tumačenje.

Definicija genocida ponovljena je u svim pozitivnopravnim statutima međunarodnih krivičnih sudova na identičan način na koji je formulisana u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine. Sa ciljem uništavanja grupe – nacionalne, etničke, rasne ili religijske, moguće je preduzeti *inter alia* i takve radnje kojima se uzrokuju teške fizičke ili mentalne povrede članovima grupe.

Zločin protiv čovečnosti, prema redakciji statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju, Međunarodnog krivičnog

¹² M. Bothe, “War Crimes”, u: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Volume I, Oxford University Press 2001, 393.

¹³ H. von Hebel., D. Robinson, *op.cit.*

tribunala za Ruandu i Međunarodnog krivičnog suda ne poznaje *actus reus* u kome se direktno inkriminiše prisilno odstranjivanje organa. Jedini medicinski zločini izričito stipulisani, su u redakciji Statuta Međunarodnog krivičnog suda, i to prisilna trudnoća i prisilno sterilisanje (član 7, g). No, i ova dva *actus reus*-a ne stoje samostalno, već su „oblik seksualnog zlostavljanja“.¹⁴ Poslednja alineja svih pozitivnopravnih redakcija *actus reus*-a zločina protiv čovečnosti ista je – druge nečovečne radnje (statuti tribunala), tj. drugi nehumani postupci sličnog karaktera, kojima se namerno prouzrokuju teške patnje ili ozbiljno ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja (Statut Međunarodnog krivičnog suda).

Da li ovako koncipirani *actus reus*-i ostavljaju prostora za podvođenje oduzimanja tj. trgovine organima pod njih?

S obzirom na okolnost da se do danas ni pred jednim međunarodnim krivičnim sudom nije pojavilo delo oduzimanja organa ili trgovine ljudskim organima, jasno je da se rasuđivanje može zasnovati isključivo na teorijsko-naučnoj aparaturi. Pri tom, nepostojanje konkretnog sudskog slučaja do danas ne sme se poistovećivati sa nepostojanjem radnje, nepostojanjem pojave. Naprotiv pojava postoji, ali i veliko neslaganje oko klasifikovanja radnji i praktičnog procesuiranja.

S obzirom na nedostatak jurisprudencije, kao činjenična podloga za teorijsko uopštavanje poslužiće slučajevi koji su se odigrali na teritoriji severne Albanije, u selu Burelj i Kosova, poznati pod imenom Žuta kuća. Informacije koje su poznate o ovom događaju, kao najvažnije elemente imaju sledeće: na sever Albanije prisilno su odvoženi ljudi, srpske nacionalnosti (u većini slučajeva muškarci, između 20 i 40 godina), kidnapovani tokom oružanih sukoba 1998. i 1999. godine, ali i kasnije sve do kraja 2000. godine; nasilno su im oduzimani delovi tela, tj. organi podobni za dalju transplantaciju (bubrezi, jetra, srca); radnje su organizovano sprovodili pripadnici OVK; uključena je bila celokupna hijerarhijska struktura OVK.¹⁵ U knjizi koju je Karla del Ponte objavila aprila 2008. godine, po završetku tužilačkog mandata, navela je da je oduzimanje organa od kidnapovanih Srba nastavljeno i tokom leta

¹⁴ E. la Haye, *op.cit.*; Tijana Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd, 2011, 325-327

¹⁵ Pogledati Izveštaj Imona Smita, Šefa Misije Skoplja i Prištine Tribunala za bivšu Jugoslaviju upućeno Patriku Lopezu Teresu, Šefu Odeljenja istrage Tribunala za bivšu Jugoslaviju, od 30. oktobra 2003. Iako ovaj dokument nosi oznaku poverljivo, može se pronaći na internetu, doduše sa zatamnjenim delovima. Izveštaj je vrlo iscrpan, sa detaljnom podacima. Pogledati na veb stranici - http://www.france24.com/static/infographies/documents/kosovo_house_2003.pdf

1999.godine.¹⁶ U aktima Saveta Evrope ukazuje se na to da je praksa kidnapovanja ljudi i odvođenja u Albaniju nastavljena tokom cele 2000. godine.¹⁷

Savet Evrope aktivno se bavio materijom trgovine organima i povodom slučaja nelegalnih transplantacija na severu Albanije, sprovedenih od strane OVK, ali i potonjim primerima trgovine organima i nedozvoljenih transplantacija koji su se odvijali na klinici Medikus u Prištini.¹⁸ Naime, u svojoj Rezoluciji 1782 od 25.januara 2011. godine, Savet Evrope konstatuje činjenice trgovine organima (par.1), kao izvršioce opredeljuje pripadnike OVK (par.2), kao žrtve Srbe i kosovske Albance (par.3). Konstatuje odustajanje od gonjenja od strane Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (par.8) i izričito akcentuje neophodnost okončanja nekažnjivosti (par.14), ali i usporen rad EULEX-ovog tima istražitelja zbog nesaradnje Albanije (par.12). U tekstu rezolucije upotrebljavaju se izrazi trgovina organima, nehumano i degradirajuće postupanje, organizovan kriminal, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe. U finalnom paragrafu, stoga, konstatuje se neophodnost izrade međunarodnopravnog dokumenta o trgovini organima, tkivima i ćelijama kako bi se definisalo jedno uobičajeno krivično delo u ovoj materiji, ali obezbedila i jasna slika za buduće poteze koje treba povući kojima bi se u budućnosti sprečili ovakvi događaji (par.20).¹⁹

Saznanja o ovim događajima imali su tužioci Tribunala za bivšu Jugoslaviju još od 2003.godine. Karla del Ponte, tužiteljka Tribunala za bivšu Jugoslaviju (1999-2008), bavila se ovim slučajem u periodu 2003-2004, saradivala sa UNMIK-om, ali je odustala od daljeg gonjenja s obrazloženjem da ne može da napravi vezu između događaja na severu Albanije sa sukobima na teritoriji bivše Jugoslavije za koju je nadležan

¹⁶ Autorka ovog teksta nije bila u posedu knjige. Knjiga je objavljena na italijanskom –C.del Ponte, *La caccia: Io e i criminali di guerra*, 2008 - http://en.wikipedia.org/wiki/The_Hunt:_Me_and_War_criminals. Preuzeti navodi spominju se na vise razlicitih mesta u stampi, npr. <http://www.vidovdan.org/arhiva/print1263.html>; <http://www.slobodnaevropa.org/content/article/1352974.html>; <http://www.glassrpske.com/novosti/srbija/Karla-del-Ponte-u-svojoj-knjizi-Lov-pise-ozlocinima-OVK-nad-nealbanskim-stanovnistvom/lat/6611.html>

¹⁷ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Investigation of allegations of inhuman treatment of people and illicit trafficking of human organs in Kosovo, Resolution 1872, 25 January 2011

¹⁸ Za događaje u klinici Medikus podignuta je optužnica protiv turskog državljanina Jusufa Ercin Sonmeza i izraelskog državljanina Moše Harela za delo trgovina ljudima, prema Krivičnom zakonu Kosova, član 139; organizovani kriminal, član 274; nezakonito obavljanje medicinske delatnosti, član 221 - Specijalno tužilaštvo Republike Kosovo, Optužnica, PPS br. 02/09, Priština, 6.jun 2011, Specijalni tužilac Eulexa Džonatan Rejtler

¹⁹ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1782, Investigation of allegations of inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo, 25 January 2011, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17942&lang=en>

Tribunal. Ponovno otvaranje teme, posle izveštaja Dika Martija, iznova je pokrenulo debatu o (ne)aktivnosti Tribunala za bivšu Jugoslaviju, ali je i poslednji zvanični stav (iz 2012.godine) bio takođe zasnovan na nepostojanju nadležnosti ovog tela u odnosu na događaje na teritoriji Albanije.²⁰ Konačno, EULEX (misija Evropske Unije za vladavinu prava) je 2011.godine oformio tim za istraživanje trgovine organima, na čijem se čelu nalazi američki pravnik Džon Klint Vilijamson. Prema izjavama Vilijamsona istraga će biti okončana u 2014.godini.²¹

Pitanje koje, i pored svih iznetih informacija o slučaju, lebdi u vazduhu je za koje krivično delo je uopšte moguće podići optužnicu? Ili drugim reči, pod koje će se krivično delo podvesti ovakva specifična trgovina organima?

Sve dosadašnje aktivnosti ne ukazuju na jedinstveno shvatanje o kom krivičnom delu se zapravo radi. U Izveštaju Saveta Evrope spominje se nekoliko termina - trgovina organima, nehumano i degradirajuće postupanje, organizovani kriminal, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe. Očigledno je da upotreba ovih termina nije definitivna, već ilustrativna, ostavljajući otvoren prostor za podvođenje radnji bilo pod definicije transnacionalnih krivičnih dela – organizovani kriminal, bilo pod definicije međunarodnih krivičnih dela – nehumano i degradirajuće postupanje, masovno grubo kršenje fundamentalnih ljudskih prava, nestale osobe.

Stav Tribunala za bivšu Jugoslaviju o nenadležnosti može se razumevati kao nenadležnost *rationae materiae* i *rationae loci*. Dakle, da se radnje oduzimanja organa ne mogu podvesti ni pod jedno delo definisano u Statutu, kao i da se nadležnost Tribunala ne može protegnuti na dela počinjena na teritoriji Albanije.

Izjave istražitelja Vilijamsona, dostupne javnosti, ne ukazuju na to pod koje će se delo podvesti prikupljeni dokazni materijal.

Stav autorke ovog rada je da oduzimanje organa može da tvori *actus reus* međunarodnih krivičnih dela. Silogizmi kojima se dolazi do konkluzije – *actus reus* kog (ili kojih) međunarodnog krivičnog dela je oduzimanje organa, moraju biti postavljeni deduktivno i složeno. Prevažodno, potrebno je utvrditi zasnovanost uverenja da se radnja oduzimanja organa načelno može podvesti pod (neko) međunarodno krivično delo.

²⁰ Pogledati izjave za štampu zvaničnika Tribunala u kojima objašnjavaju stav o trgovini organima u Albaniji i Kosovu, npr. ICTY Weekly Press Briefing 16.4.2008, Pogledati zvanične stavove i sled događaja na: http://www.rapsinews.com/judicial_news/20120912/264649664.html

²¹ <http://www.tanjug.rs/novosti/113100/završena-istraga-o-trgovini-organima.htm>

Silogizam 1 - Međunarodno humanitarno pravo i međunarodna ljudska prava predstavljaju skupinu principa, normi i standarda kojima je cilj zaštita ljudi, njihove egzistencije, dostojanstva i obezbeđenje uslova koji su neophodni za razvoj duhovnih i bioloških potreba, kako u periodima oružanih sukoba, tako i u mirnodopskim periodima. Oduzimanje organa je napad na egzistenciju i ljudsko dostojanstvo, kojim se narušavaju ili negiraju duhovne i biološke potrebe čoveka. Oduzimanje organa regulisano je međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava.

Silogizam 2 - Norme međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava tvore materijalnopravnu bazu za izgradnju definicija međunarodnih krivičnih dela. Oduzimanje organa regulisano je međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava. Oduzimanje organa je radnja koja može biti inkriminisana međunarodnim krivičnim delima.

Konkluzije ova dva silogizma treba razumevati kao najuopšteniji produkt bazičnog logičnog rezonovanja. Naravno, oba primera predstavljaju hipotetičke silogizme i moraju biti dodatno proveravani spuštanjem fokusa sa celine, tj. celokupne oblasti, na njene konkretne norme. Stoga ove konkluzije imaju za cilj samo opredeljenje pravne oblasti, tj. materije u kojoj se nalazimo.

Pre no što se pristupi preciziranju i konkretizovanju teme, a koristeći se konkretnim slučajem Žuta kuća, nije z goreg uvesti još izvesne, dodatne elemente, karakteristične za konkretan slučaj, ali i bitne za finalni zaključak.

Silogizam 3 - Subjekti-izvršioци radnji oduzimanja organa su pripadnici OVK; OVK je privremeni, krnji, abnormalni međunarodnopravni subjekat; radnje OVK regulisane su međunarodnim javnim pravom, tj. međunarodnim humanitarnim pravom i međunarodnim pravom ljudskih prava.

Silogizam 4 - Radnje oduzimanja organa dešavale su se tokom trajanja unutrašnjeg oružanog sukoba na teritoriji SR Jugoslavije (sledstveno i Kosova i Metohije) u periodu počev od 1998. godine. Unutrašnji oružani sukobi regulisani su normama međunarodnog humanitarnog prava (deo koji se odnosi na unutrašnje oružane sukobe) i međunarodnih ljudskih prava (nederogabilna ljudska prava). Događaji koji su se odvijali na teritoriji SR Jugoslavije (sledstveno i Kosova i Metohije) počev od 1998. godine regulišu se međunarodnim humanitarnim pravom (deo koji se odnosi na unutrašnje sukobe) i međunarodnim pravom ljudskih prava (nederogabilna prava).

Prostim iščitavanjem navedenih silogizama vrlo se jasno uočava da se u načelnom stavu oduzimanje organa može podvesti pod međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo ljudskih prava, tj. međunarodno krivično pravo (kao sekundarne norme, norme kojima se inkriminiše teško kršenje međunarodnog humanitarnog prava i međunarodnog prava ljudskih prava).

Konkretizujući prikazane logičke slagalice, praktičan zadatak je podvođenje pod definiciju međunarodnog krivičnog dela radnje oduzimanja tj. trgovine organima.

Svako od napred navedenih međunarodnih krivičnih dela, definisanih u pozitivnim statutima međunarodnih krivičnih sudova, može tvoriti *chapeau* za oduzimanje tj. trgovinu organima. Drugim rečima, svako međunarodno krivično delo u okviru svog određenja sadrži adekvatan *actus reus* za podvođenje oduzimanja tj. trgovine organima pod njega.

U pogledu ratnih zločina, shodno definiciji u Statutu Međunarodnog krivičnog suda, to je svakako podvrgavanje lica, fizičkom sakaćenju ili medicinskim ili naučnim eksperimentima ma koje vrste koji nisu opravdani medicinskim, stomatološkim ili bolničkim lečenjem tog lica, niti su izvedeni u njegovom/njenom interesu, a koje mogu da izazovu smrt ili ozbiljno ugrožavanje zdravlja tog lica (član 8, stav 2 (b(x)) i d(xi)). U redakciji Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju to je svakako namerno prouzrokovanje patnji i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja (član 2, pod c), a verovatno i mučenje i nehumano postupanje, uključujući biološke eksperimente (član 2, pod b). U Statutu Tribunala za Ruandu to je svakako ugrožavanje života, zdravlja i fizičkog ili mentalnog stanja ljudi, posebno ubistvo kao i okrutno postupanje, kao što je mučenje, sakaćenje ili bilo koji oblik telesnog kažnjavanja (član 4, pod a).

U pogledu genocida *actus reus* izazivanje teških fizičkih ili mentalnih povreda članovima grupe, tvori adekvatan prostor za podvođenje i oduzimanja tj. trgovine organima, pod uslovom da su zadovoljeni uslovi opšteg pojma genocida.

U pogledu zločina protiv čovečnosti, sve redakcije statuta međunarodnih krivičnih sudova kao što je već napomenuto, predviđaju da se, ukoliko postoje elementi dela koji zadovoljavaju opšti pojam zločina protiv čovečnosti, kao *actus reus* mogu pojaviti pored nabrojanih radnji i druge nehumane radnje, odnosno u redakciji Statuta Međunarodnog krivičnog suda druge nehumane radnje sličnog karaktera, kojima se

namerno prouzrokuju teške patnje ili ozbiljno ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja.

Princip *nullum crimen sine lege* nameće opreznost prilikom podvođenja neke radnje pod definiciju međunarodnog krivičnog dela.²² Zaista, da li je ovaj princip povređen zaključkom koji je izveden? Da li činjenica da termini kao što su oduzimanje organa ili trgovina organima nisu nigde kao takvi upotrebljeni u navedenim odredbama znači da je narušen princip *nullum crimen sine lege*?

Po shvatanju autorke ovog teksta očigledno je da preteže uverenje da princip *nullum crimen sine lege* nije povređen. Princip *nullum crimen sine lege* u međunarodnom pravu ima drugačiju fizionomiju od uobičajenog kontinentalno pravnog poimanja.²³ Naime, svi navedeni *actus reus*-i redigovani su u otvorenim formulacijama, tj. formulacijama koje pored primene prava predviđaju i primenu međunarodnopravnih tehnika tumačenja prava. Statuti se ne mogu niti primenjivati niti tumačiti sami, jer oni ne stoje izolovano od ostatka pravne oblasti kojoj pripadaju. Drugim rečima, statuti međunarodnih krivičnih sudova sastavni su deo međunarodnog javnog prava i oni se moraju primenjivati i tumačiti metodama primene i tumačenja međunarodnog prava (pored početnog jezičkog tumačenja, neophodno je i sistemsko i teleološko tumačenje, pa čak imati u vidu i evolutivno tumačenje).²⁴ Statuti tribunala u sebi ne sadrže odrednicu o primenjivom pravu u postupku svoga rada. No sam naziv ovih organa koji ih određuje kao organe kreirane za sankcionisanje kršenja međunarodnog humanitarnog prava jasno predviđa celokupno humanitarno pravo (i običajno i ugovorno) kao materijalnopravnu bazu ovom statutu. U Statutu Međunarodnog krivičnog suda primena principa *nullum crimen sine lege* stavljena je u kontekst člana 21 Statuta, u kome se nabraja koje će pravo sud primenjivati u svom radu. Pored Statuta i svojih internih akata, Sud će primenjivati i ugovore, principe i načela međunarodnog prava, pravila međunarodnog prava oružanih sukoba (u drugačijem terminološkom iskazu međunarodno humanitarno pravo), sopstvenu sudsku praksu, te ljudska prava.

²² K.S. Galant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2008, 34; P. Saland, „International Criminal Law Principles“, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International 2002, 189-216.

²³ Uporednopravni prikaz i karakteristike konitentalnopravnog poimanja principa *nullum crimen sine lege* videti: M. Škulić, „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVIII, 1/2010, 66-107; o karakteristikama principa *nullum crimen sine lege* u međunarodnom pravu videti u: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 44-63.

²⁴ T. Šurlan, „Evolutivno tumačenje međunarodnog prava“, *Pravna riječ*, Godina X, broj 37, 2013, 139-154.

Upravo ovakav pristup jeste i jedini moguć pristup za primenu odredaba kao što su teške patnje, ugrožavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja, teške telesne povrede, narušenje zdravlja. Svi ovi termini zapravo opisuju, *inter alia*, radnju oduzimanja organa i pored toga što nije upotrebljen taj termin.

Odredba koja u svakom slučaju ostavlja prikazani rezon bez sumnje i bez mogućnosti kritikovanja ili negiranja je odredba pri zločinu protiv čovečnosti.²⁵ Ostavljanjem mogućnosti da se pod definiciju ovog dela podvedu i druge nehumane radnje upravo stoji u kontekstu one maksime pravnih udžbenika na koju se autorka teksta osvrnula u uvodu ovog rada. Zaista, oduzimanje organa ljudima i trgovanje organima, posebno kada se sprovodi organizovano, tokom oružanog sukoba, kada se borac, ratni zarobljenik ili civil kidanpuje da bi mu se oduzeli organi i potom se vodi kao nestalo lice, jer mu nestaje svaki trag pripada upravo inventivnosti (nažalost monstroznoj inventivnosti) sa kojom je nemoguće nositi se rečima. Upravo zato i jeste korisno (koliko god često i opasno zbog mogućnosti zloupotrebe) ostaviti prostora da pravna norma doskoči inventivnosti života. I da ne bi ove reči zvučale kao uvod u totalnu anarhiju - podvođenje bilo koje radnje pod oznaku „druge nehumane radnje“, nije zgoreg u par crtica oslikati pravac razumevanja floskule „druge nehumane radnje“. Statuti tribunala ne daju nikakvu dodatnu smernicu, ali odluke sudskih veća tribunala daju. Tako je jurisprudencija Tribunala za bivšu Jugoslaviju iznedrila kao smernice za tumačenje ove odredbe – sakaćenje ili nanošenje teških telesnih povreda; nanošenje povreda; teške povrede telesnog ili duševnog integriteta; napad na ljudsko dostojanstvo; nestajanje ljudi pod prisilom.²⁶ Oduzimanje organa upravo je svaka od ovih radnji, samo naslovljena konkretnim, a ne opisnim imenom. Statut Međunarodnog krivičnog suda je decidniji. Opredeljuje da radnje koje bi se mogle dodatno podvesti pod definiciju zločina protiv čovečnosti treba da su sličnog karaktera kao ostale navedene radnje, te da se njima namerno izazivaju teške patnje ili ozbiljno ugrožava fizičko ili mentalno zdravlje. Očigledno je da je suvišno podvlačiti da oduzimanje organa zadovoljava ovaj opis.

Primenjujući prikazanu logiku na slučaj Žute kuće, proklamovana nenadležnost Tribunala za bivšu Jugoslaviju čini se neispravnom. Naime, Tribunal je mogao svoju nadležnost da uspostavi i *rationae materiae* i *rationae loci*. Radnje oduzimanja organa mogu se podvesti pod član 2,

²⁵ T. Šurlan, „Telos zločina protiv čovečnosti“, *Međunarodna krivična dela – XII tematski međunarodni naučni skup*, Tara 2013, 378-399.

²⁶ Nabranjanje preuzeto iz B. Ivanišević, G.P.Ilić, T. Višnjić, V.Janjić, *Vodič kroz Haški tribunal – propisi i praksa*, Beograd 2008, 107.

b, c, g tj. delo teških povreda Ženevskih konvencija od 1949 i to kao mučenje i nehumano postupanje, namerno prouzrokovanje patnje i teških telesnih povreda i narušavanje zdravlja, kao i nezakonita deportacija, transfer ili nezakonito zatvaranje civila. Ženevske konvencije iz 1949 u osnovi regulišu međunarodne sukobe. Međutim, čak i ne ulazeći u dublju analizu normi i njihovog prostiranja (npr. različiti nivoi primene u odnosu na civile protivničke države i civile državljanje), član 3 zajednički svim Ženevskim konvencijama sasvim je dovoljna materijalnoppravna baza.²⁷

U drugoj varijanti, radnje oduzimanja organa mogu se podvesti pod zločin protiv čovečnosti, pod „druge nečovečne radnje“. U redakciji Statuta Tribunala za bivšu Jugoslaviju, izvršenje zločina protiv čovečnosti stavljeno je u kontekst oružanog sukoba, bilo međunarodnog, bilo nemeđunarodnog. Ovakav pristup odstupa od običajnoppravnog rešenja u kome je upravo jedna od glavnih karakteristika zločina protiv čovečnosti ta da se može izvršiti i u doba rata i u doba mira.²⁸ Obrazloženje leži u prosto činjenici da je Statut Tribunala prilagođen potrebama procesa, te je tako i definisanje dela stavljeno u kontekst konkretnog sukoba i nije bilo pretenzija proširivanja nadležnosti van oružanih sukoba na teritoriji ex-Ju ili na period mira. Na ovom mestu ne može se a ne napomenuti da je ustaljena praksa Tribunala tumačenje njegovog Statuta u kontekstu običajnog prava, te proširivanje definicija dela pozivom na običajno pravo. Ova praksa se posebno ustalila u pogledu zločina protiv čovečnosti, koji je sa lošom redakcijom, koja odstupa od običajnoppravne definicije zločina protiv čovečnosti, neminovno morala da se dodatno potkrepljuje i tumači u duhu običajnog međunarodnog prava.²⁹ Stoga, proširenje elementa konteksta i na period mira sasvim bi bilo primereno, primenom metodologije rada Tribunala. Međutim, i nezavisno od toga zločini protiv čovečnosti za svoju materijalnoppravnu bazu imaju, pored prava koje reguliše odnose u oružanim sukoba, i međunarodna ljudska prava, sva, a posebno za ovaj slučaj značajno ona koja ne podležu derogaciji. Minimum prava koja se moraju primenjivati i poštovati bez obzira na

²⁷ Zajednički član 3 propisuje minimum humanog ponaša u nemeđunarodnim sukobima prema licima koja ne učestvuju neposredno u neprijateljstvima, podrazumevajući tu i pripadnike oružanih snaga koji su položili oružje i lica onesposobljena za borbu usled bolseti, rane, lišenja slobode ili bilo kog drugog uzroka; zabrenjeni postupci su inter alia povrede koje se nanose životu i telesnom integritetu, naročito sve vrste ubistava, sakaćenja, svireposti i mučenja; povrede ličnog dostojanstva, naročito uvredljivi i ponižavajući postupci.

²⁸ T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 259-262.

²⁹ U definiciji zločina protiv čovečnosti u Statutu Tribunala za bivšu Jugoslaviju kao elementi nisu uvršteni običajnoppravni elementi – da je delo masovno, sistematsko, organizovano, rasprostranjeno i element usmeravanja radnji ka određenom cilju ili planu koji definiše politika države ili grupe. U svom radu međutim sudska veća Tribunala su uvodila tj. posmatrala i ove elemente upravo pozivom na običajno pravo. Videti: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 262-277.

kontekst dešavanja, i to bez ulaženja u dublju analizu ili proširivanje materije istraživanja, su prava po Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima – pravo na život (član 6), pravo na zabranu od mučenja (član 7), zabrana držanja lica u ropstvu ili zavisnom položaju (član 8).

U varijanti - slučaj Žuta kuća kao zločin protiv čovečnosti, moglo bi se insistirati na okolnosti da OVK nije potpisnica Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, te da isticanje nederogabilnih prava nema nikakvog značaja. Ne ulazeći na ovom mestu dalje u pravni status ovog ugovora, niti u razmatranje običajnogpravnog rešenja iste ove materije, dovoljno je naglasiti da Albanija jeste.³⁰

Ovakvim rasporedom međunarodnih krivičnih dela prevazilazi se nenadležnost *rationae loci*, kao i primedba bivše tužiteljke Karle del Ponte da je nemoguće uspostaviti vezu između događaja na severu Albanije sa događajima na Kosovu i nadležnošću Tribunala. Operativni zahvati koju su obavljani na ljudima u ozloglašenoj Žutoj kući produženo su delo sa teritorije Kosova, na teritoriju Albanije, u sticaju više različitih dela i sprovođenjem više radnji ili drugačijim rečnikom rečeno - kršenjem čitave plejade odredaba kako međunarodnog humanitarnog prava, tako i međunarodnih ljudskih prava. Stoga je moguće radnje koje su izvršene na teritoriji Kosova tretirati kao povrede Ženevskih konvencija, a radnje na severu Albanije kao zločin protiv čovečnosti. Različito kvalifikovanje čak istih radnji potpuno je u duhu sudske prakse Tribunala za bivšu Jugoslaviju.

Pokušaj podvođenja radnji OVK, koje su kao finalni ishod imale oduzimanje organa ljudi i njihova prodaja na crnom tržištu ljudskih organa, pod organizovani kriminal i pod trgovinu ljudima vodi na stranputicu i potpuno je pogrešan. Naime, OVK je, kao posledicu svog zalaganja, težnji, ciljeva i interesa, zadobila status privremenog međunarodnog subjekta ili starinskim rečnikom rečeno status - ustanici kao ratujuća strana. Takav status ne samo da obavezuje i reguliše ponašanje ustanika kao ratujuće strane, već je praktično i jedini pravni režim u kome se ustanici nalaze. U periodu unutrašnjeg oružanog sukoba, jasno je da se OVK, koja je pod svojom kontrolom držala deo teritorije Kosova i Metohije još od početka oružanih sukoba 1998 pa nadalje, nije smatrala u pravnoj obavezi u odnosu na zakonodavstvo Srbije. Drugog unutrašnjeg prava na teritoriji Kosova u tom trenutku dakle nema (OVK svakako nije izgradila svoj pravni sistem), te je jedini pravni režim koji reguliše ponašanje OVK međunarodno humanitarno pravo i ono pravo

³⁰ Albanija je pristupila Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima 4 oktobra 1991. godine – https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-4&chapter=4&lang=en

ljudskih prava koje predstavlja fundamentalne principe ljudskih prava, po svojoj pravnoj snazi *jus cogens*, tj. imperativne, opšteobavezujuće norme. Kršenje navedenih normi tvori međunarodna krivična dela – i time se krug rezonovanja prirodno zatvara.

U suprotnom, tretiranje OVK kao organizovane kriminalne grupe ne bi dovelo do rešenja, jer se na teritoriju Kosova i Metohije, barem u statusu u kome je sada, neće protezati dejstvo Konvencije o transnacionalnom organizovanom kriminalu iz 2000 i njenih protokola. Ova Konvencija ne pripada *corpus*-u kogentnog prava, niti običajnog prava, te se kao takva može protezati samo na ugovorne strane. U takvom rasporedu elemenata ne bi bilo pravnog osnova za podvođenje radnji oduzimanja organa pod trgovinu ljudima.³¹

Pažljivom čitaocu verovatno nije promaklo da se u ovom radu unutrašnji oružani sukob na teritoriji SRJ tj. Kosova i Metohije vremenski određuje samo opredeljujući početak, ali ne i kraj. Okončanje unutrašnjeg oružanog sukoba otvorena je tema. Jasno jeste da je počeo 1998, ali nije jasno kada je nastupio njegov kraj. Opredeljenje vremenskog okvira unutrašnjeg oružanog sukoba može biti od važnosti upravo zbog navoda Saveta Evrope i Karle del Ponte da su se događaji kidnapovanja Srba i njihovo odvođenje u Albaniju gde su im odstranjivani organi, protezali i tokom 1999 i 2000-te godine. Ukoliko oduzimanje organa podvedemo pod zločin protiv čovečnosti i to u njegovoj običajnopravnoj verziji, u kojoj se zločin protiv čovečnosti može izvršiti i u ratu i u miru, kvalifikacija bi bila jednostavna. U drugoj varijanti, kršenje Ženevskih konvencija iz 1949, bilo bi potrebno ispitati vremenski okvir unutrašnjeg oružanog sukoba. Današnje poimanje unutrašnjeg oružanog sukoba odstupa od klasičnog međunarodnog poimanja unutrašnjeg oružanog sukoba.³² Današnje shvatanje teži ka proširenju ovog pojma sve do onog trenutka do koga postoji produženo neprijateljstvo. Sledstveno, međunarodno humanitarno pravo primenjuje se sve do trenutka konačnog rešenja koje dovodi do trajnog mira.³³ U konkretnom slučaju oduzimanja organa primenjena navedena logika značila bi da se događaji 1999 i 2000 godine i dalje mogu podvoditi pod produženi unutrašnji sukob.

Ukoliko bi se pak smatralo da je period posle potpisivanja Kumanovskog sporazuma u junu 1999.godine, kojim je okončan

³¹ S. Mijalković, „Principi i standardi borbe protiv trgovine ljudima u Republici Srbiji,“ *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, No.1, 2012, 49-65.

³² T. Šurlan, „Rekoncipiranje pojma unutrašnjeg oružanog sukoba“, *Kultura polisa*, god.IX, posebno izdanje 1, 2012, 475-502.

³³ Ovaj stav promovisan je u odluci Tribunala za bivšu Jugoslaviju, u slučaju Tadić – Odluka po interlokutornoj žalbi odbrane na nadležnost suda, 2.oktobr 1995, stav 70. Kasnije je ovaj stav unet u Statut Međunarodnog krivičnog suda, u okviru određenja ratnih zločina.

internacionalizovani sukob na relaciji NATO-SRJ, ujedno i okončanje unutrašnjeg oružanog sukoba, tada bi jedina isprava pravna logika bila primena međunarodnog običajnog prava na teritoriji Kosova i Metohije.³⁴ U konkretnom slučaju to bi značilo da se radnje oduzimanja organa imaju smatrati *actus reus*-om zločina protiv čovečnosti, onako kako je ovo međunarodno krivično delo prepoznato u međunarodnom običajnom pravu.³⁵

Negiranje *actus reus* pozicije oduzimanja organa u međunarodnom krivičnom delu zločin protiv čovečnosti označavalo bi istovremeno i kršenje fundamentalnih principa ljudskih prava, *jus cogens* normi ljudskih prava, kršenje najvažnijih ljudskih prava bez adekvatnog sankcionisanja.

4. Zaključak

Zašto je važna napred prikazana logička slagalica? Razlog je, pored potreba zadovoljenja pravde, te nedopuštanja da oni koji su počinili najmonstruoznije zločine ostanu nekažnjeni, i sasvim praktične prirode.

Sva međunarodna krivična dela, kao pravne institute, krase dve važne osobine, upravo zbog njihovih zajedničkih karakteristika kao što su masovnost (i žrtava i počinitelaca), visok stepen brutalnosti i suprotstavljenost bazičnim postulatima humanosti,³⁶ a to su nezastarevanje i univerzalna krivična nadležnost.³⁷

Nezastarevanje kao princip u odnosu na međunarodna krivična dela duboko je utemeljen u međunarodno pravo i proizvod je iskustva o

³⁴ R.B. Baker, „Customary International Law in the 21th century: Old Challenges and New Debates“, *European Journal of International Law*, Vol.21, No.1, 2010, 173-204; J. Kammerhofer, „Uncertainty in the Formal Sources of International Law and Some of its Problems“, *European Journal of International Law*, Vol.15, No.3, 2004, 523-554.

³⁵ O običajnopravnom poimanju zločina protiv čovečnosti videti: T. Šurlan, *Zločin protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu*, Beograd 2011, 191-200.

³⁶ O konceptu humanosti u međunarodnom pravu videti: T. Šurlan, „Princip humanosti u međunarodnom javnom pravu“, *Pravna riječ*, godina VII, br.25, 2010, 207-221; R. Coupland, „Humanity: what is it and how does it influence international law?“, *International Review of Red Cross*, Vol.83, No.844, 2001, 979-992; A. Peters, „Humanity as the Alfa and Omega of Sovereignty“, *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, 513-544; Sweetser C.E., „Humanity as the Alfa and Omega of Sovereignty: Four Replies to Anne Peters“, *European Journal of International Law*, Vol.20, No.3, 2009, 550-551.

³⁷ O principu univerzalne krivične nadležnosti videti: G. Abi-Saab, „The Proper Role of Universal Jurisdiction“, *Journal of International Criminal Justice*, No.1, 2013; G. Bottini, „Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court“, *International Law and Politics*, No.36, 2004; R. Brody, „Using Universal Jurisdiction to Combat Impunity“, u: M. Lattimer, P. Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford and Portland 2003; C.K. Hall, „Universal Jurisdiction: New Uses of an Old Tool“, u: M. Lattimer, P. Sands (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford and Portland 2003; M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of national Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia 2005; T. Šurlan, „Princip univerzalne krivične nadležnosti“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Vol. XVI, No.2, 2011, 101-116.

teškoći, pa i nemogućnosti promptnog reagovanja (u smislu pokretanja krivičnog postupka, bilo nacionalnog bilo međunarodnog) i efikasnog pronalaženja ratnih zločinaca. Ovaj princip računa na promenu okolnosti u nekoj nedefinisanoj budućnosti, te da stoga treba ostaviti mogućim procesuiranje za masovne i brutalne zločine.³⁸

Princip univerzalne krivične nadležnosti daje mogućnost svakoj državi (u ekstenzivnom shvatanju) ili barem onim državama koje su direktno zainteresovane (u restriktivnom shvatanju, to bi bile države na čije se teritorije protežu efekti dela, ili čiji su državljani u vezi sa delom ili na čijoj se teritoriji nalaze osumnjičeni za dela) da pokrenu postupak. Stoga, pokušaji opstruiranja pravde od strane države teritorijalne ili personalne nadležnosti mogu biti anulirani preuzimanjem nadležnosti od strane države koja je zainteresovana i voljna da procesuirava ovakve slučajeve.

Čini se, pri samom zaključivanju misli, da je prikazana logika koherentna, da pravo u ovom slučaju ipak može da izdrži trku sa inventivnošću života. Logika Tribunala i obrazloženje nepostupanja posle ovakve analize pre izgleda kao posezanje za izgovorima, nego kao stvarna, zainteresovana i utemeljena pravna argumentacija.

Aspekt koji nije dodirivan u ovom radu je aspekt dokaza. Materija dokazivanja pripada materiji procesnog prava. Međunarodno procesno pravo slabo je i manljivo u dosta aspekata, a posebno u aspektu dokazivanja. Prosto prenošenje logike unutrašnjih krivičnih procesnih mehanizama na međunarodni teren pokazala se praktično nesprovodljivim. Dok unutrašnji pravosudni mehanizmi procesuiraju većinom „obična“ krivična dela, u kojima je najčešći model jedan izvršilac-jedna žrtva, međunarodni sudovi procesuiraju kompleksna krivična dela sa mnogostrukim žrtvama i lancem izvršilaca, naredbodavaca, organizatora, pomagača i sl, a da procesni, i prevashodno dokazni postupak, uopšte nije prilagođen tim ulogama. Problem dokazivanja, i uopšte prikupljanja dokaznog materijala u međunarodnim krivičnim postupcima dodatno je otežan jer države često ne sarađuju, opstruiraju, sakrivaju dokaze i time praktično onemogućavaju procesuiranje zločinaca. Problem sa dokaznim materijalom u materiji oduzimanja organa, pojavio se kao realna prepreka. Ipak, iskustvo koje međunarodna zajednica ima iz rada Tribunala za bivšu Jugoslaviju je da

³⁸ Y.Q. Naqvi, *Impediment to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, T.M.C. Asser Press 2010, 201-208; C. van den Wyngaert, J.Dugard, „Non-Applicability of Statute of Limitations“, u: A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol.I, Oxford 2002, 873-888; P. Saland, „International Criminal Law Principles“, u: R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International 2002, 189-216.

kada se neki predmet oceni kao važan, moguće je savladati sve prepreke. Od takvog pristupa ne treba odstupati ni u ovom slučaju.³⁹

I na samom kraju – još jednom o pojmovnim preciziranjima. Ovako postavljeni pojava, termin i pojam harmonično se usaglašavaju. Poštujući opšti manir označavanja pojave terminologijom trgovina organima i u ovom radu ta pojava se označava i tim terminom. No pravovernosti radi ipak se na prvom mestu kazuje oduzimanje organa. I zaista, u međunarodnim krivičnim delima aspekt trgovine, tj. da li će se organi prodavati na crnom tržištu, ko će ih prodavati i koliko zaraditi (za razliku od krivičnog dela organizovani kriminal ili trgovina ljudima) nije primarno važan. Pojava koja je ovde primarna je da su žrtve otimane, kidnapovane, prisilno lišavane slobode i to je jedini model po kome su ljudi postajali žrtve oduzimanja i potom trgovanja njihovim organima. Za razliku od ovog pojavnog oblika, definicija trgovine ljudima iz pominjanog Protokola o trgovini ljudima dopušta mogućnost da ljudi prisilno, otmicama, ali i svojom voljom, s namerom zarade uđu u odnos sa „kupcem“ organa.

Upravo stoga, jedino ispravno terminološko određenje ovog *actus reus*-a je oduzimanje organa. Njegova monsturoznost i brutalnost se moraju nazvati imenima ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti, bez obzira na to da li ih upotrebljavamo u metaforičkom ili pravničkom smislu.

³⁹ Pogledati opis Dika Martija o načinu na koji je sproveden uviđaj u Žutoj kući koju su zajednički organizovali Tribunal za bivšu Jugoslaviju i UNMIK u februaru 2004.godine. Dokazi koji su tada prikupljeni na licu mesta Tribunal je kasnije uništio – ceo izveštaj Dika Martija na srpskom jeziku objavio je dnevni list Politika, 18.decembra 2010.godine – Nehumana postupanja sa ljudima i ilegalna trgovina ljudskim organima na Kosovu.

Tijana Šurlan, Ph.D

Assistant Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ORGAN HARVESTING AS *ACTUS REUS* OF INTERNATIONAL CRIMES

Summary

Within the paper the author analyses whether organ harvesting forms actus reus of any international crime. Term organ harvesting is not emancipated term of either national or international law. It is still actus reus of crimes i.e. illegal trafficking in human beings. Yet, specific circumstances do pose a question of whether such a phenomenon can be prosecuted under other kind of crime. Up to now there is no international criminal courts jurisprudence on such a case. Yet, case of Yellow house on north Albania and Kosovo, since 1998, forms ground for theoretical reasoning and conclusion. Qualification of an act under the title of international crime brings itself application of two powerful international criminal law principles – non-application of statutory limitations and universal criminal jurisdiction.

Key words: organ harvesting, war crimes, crimes against humanity, international humanitarian law, international law of human rights

САОПТУЖЕНИ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА – ПРЕДНОСТИ И ОГРАНИЧЕЊА

Апстракт

У раду се анализира институт саоптуженог пред Европским судом за људска права на начин формулисан у коначној верзији нацрта Споразума о приступању, која је обострано прихваћена у априлу 2013. године од стране представника Европске уније и Савета Европе. Након указивања на основне карактеристике института саоптуженог, у раду се оцењује да ли су конкретна решења из актуелних нацрта подобна да допринесу потпуном остваривању прокламованих циљева, који се увођењем института саоптуженог настоје постићи.

Кључне речи: саоптужени, приступање Европске уније, Европска конвенција о људским правима, Европски суд за људска права.

1. Уводне напомене

Коначна верзија нацрта Споразума о приступању Европске уније Европској конвенцији о људским правима (у даљем тексту Споразум о приступању) обострано је прихваћена у априлу 2013. године од стране представника Савета Европе (у даљем тексту СЕ) и Европске уније (у даљем тексту ЕУ).² И поред несумњивог значаја који се приписује датом кораку, успешна реализација идеје приступања још увек није извесна. Реч је, наиме, о једном осетљивом механизму чије успешно спровођење захтева дуготрајан и сложен

¹ Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, mail: vesnacoric@yahoo.com

² Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2, 3.

процес у оквиру којег је потребно решити бројна политичка и правна питања, као и отклонити препреке и опасности које се јављају на том путу.

Тако је Европска комисија у јулу 2013. године затражила од Суда правде Европске уније (у даљем тексту СП ЕУ) да одлучи о питању усаглашености нацрта Споразума о приступању са Оснивачким уговорима. СП ЕУ се у погледу упућеног претходног питања још увек није изјаснио.³ Чланом 218. став 11. Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту УФЕУ) предвиђа се шта је потребно да би споразум ступио на снагу, уколико СП ЕУ у погледу њега да негативно мишљење. Наиме, дати споразум може да ступи на снагу у том случају једино уколико се након поновних преговора он измени или уколико се приступи ревизији Оснивачких уговора.

Осим тога, у ставовима 6. и 8. члана 218. УФЕУ прописује се да Савет доноси једногласну одлуку о закључивању датог споразума након прибављања сагласности Европског парламента, као и да државе чланице ЕУ затим одобравају ту одлуку у складу са својим уставним прописима. На крају, захтева се као коначан услов да свих 47 држава уговорница Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП) ратификују постигнути споразум о приступању. Имајући у виду колико је времена било потребно за ратификацију Протокола 14 уз ЕКЉП, чини се да испуњење овог последњег услова може да доведе како до значајних одлагања, тако и до одустанка од примене овог механизма.⁴

Представљена сложеност процеса усвајања и ступања на снагу Споразума о приступању указује на адекватност метафоре о постојању „дугачког и трновитог“ пута, који води до успешног спровођења механизма приступања. Другим речима, упркос обостраном прихватању решења обухваћених нацртом Споразума о приступању још увек се чини веома неизвесним да ли ће дати нацрт у неизмењеном облику заиста, у догледно време, ступити на снагу.

Имајући у виду да дати инструменти још увек нису ступили на снагу, критика решења из актуелних нацрта инструмената о приступању која ће се пружити у овом раду чини се правовременом. Она би, наиме, могла да послужи при конструисању даљих унапређивања спорних решења које садрже постојећи нацрти инструмената за приступање. Критичко сагледавање решења из

³ Respect for Fundamental Rights in the Union, www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_2.1.2.html, 11.05.2014.

⁴ C. Murphy, On the Rocky Road to Accession: Final Draft of EU's Accession Agreement to ECHR Approved, 12 April 2013, <http://europeanlawblog.eu/?p=1680>, 14.04.2013.

актуелних нацрта се за потребе овог рада ограничава на само један од кључних процесноправних новитета, који су у њима садржани. Реч је о *sui generis* институту саоптуженог, који уз поступак претходног учешћа ЕУ пред Европским судом за људска права (у даљем тексту ЕСЈП), као и процесноправна решења која се односе на поједина права оптуженог представља једну од кључних новина чије се увођење, по први пут, предлаже у актуелним нацртима.⁵ Овај иновативни институт ће се упркос свом хибридном *sui generis* карактеру за потребе овог рада називати само „саоптужени“.

Након одређивања основних контура концепта саоптуженог пред ЕСЈП, у даљем раду, сагледаће се да ли су конкретна решења закључне верзије нацрта инструмената о приступању, формулисана на начин да допринесу остваривању циљева прокламованих у датим нацртима. На крају, предложиће се на који начин постојећи систем би могао да буде унапређен у циљу што потпунијег остваривања циљева који су довели до увођења института саоптуженог.

2. Специфичност и иновативност института саоптуженог

Приликом израде нацрта правних инструмената о приступању поставило се као једно од кључних питања на који начин ће се у поступцима, који се покрећу пред ЕСЈП одређивати тужени субјект након приступања ЕУ ЕКЈП. Дати проблем јавио се услед тога што ће, након приступања, у појединим случајевима и сама ЕУ бити пасивно легитимисана.⁶ Другим речима, спорно питање које се отворило у контексту приступања своди се на опредељивање одговарајућег начина примене члана 1. Протокола бр. 8 уз Уговор из Лисабона, који предвиђа установљавање „механизма неопходних за обезбеђивање да су поступци [...] правилно и на одговарајући начин усмерени на државе чланице и/или ЕУ.“⁷

Препуштање избора подносиоцима представке да у случају повреде одредби ЕКЈП у појединим ситуацијама као туженог означи

⁵ G. Gaja, The 'Co-Respondent Mechanisms' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR, ESIL Reflections vol. 2, no. 1, 09 January 2013, 4, http://www.esilsedi.eu/sites/default/files/ESIL%20Reflections%20-%20Gaja_0.pdf, 10.03.2014.

⁶ P. Craig, "EU Accession to the ECHR: Competence, Procedure and Substance", Fordham International Law Journal vol. 36, 2013, 1116.

⁷ B. Protocol (No. 8) Relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, наведено према J. Odermatt, „The EU's Accession to the European Convention on Human Rights: An International Law Perspective“, New York University Journal of International Law and Politics vol. 46, 2014, 86.

одређену државу чланицу ЕУ или саму ЕУ може да представља веома тежак и сложен задатак о којем ће у даљем раду бити више речи. Стога су у току израде нацрта инструмената о приступању била заступана и схватања на основу којих би требало да се препусти било ЕСЈП, било органима ЕУ да решавају проблем одређивања туженог, односно да одлуче у којим случајевима против ког субјекта треба да се усмери поступак.

Тако се, на првом месту, предлагало да се уведе посебан поступак на основу којег би се поверило ЕСЈП да одлучује о томе која страна је одговарајући тужени у конкретном случају. Међутим, такав предлог није нашао на ширу подршку, будући да би додељивање овлашћења ЕСЈП да донесе такву одлуку свакако угрозило својство аутономности правног поретка ЕУ. Стога би такво решење даље било праћено негативним мишљењем СП ЕУ, донетим у поступку оцене његове усаглашености са Оснивачким уговорима.⁸

С друге стране, у европској стручној јавности се у току израде нацрта инструмената о приступању залагало и за препуштање органима ЕУ да одлучују о избору туженог, будући да се такав модел већ примењивао у погледу других мешовитих споразума.⁹ Реч је о споразумима код којих се поред ЕУ као стране уговорнице јављају и њене државе чланице. Наиме, у питању је модел, којим се налаже ЕУ да поднесе тзв. изјаву о надлежности, како би се разграничила надлежност између ЕУ и њених држава чланица, у погледу обавеза обухваћених датим споразумом. Даље, такав модел полази од претпоставке да подела одговорности за повреду конвенције коинцидира са поделом надлежности. Приступ који се заснива на обавези ЕУ да поднесе поменути изјаву о надлежности је, на пример, нашао примену у члану 6. Анекса бр. 9 уз Конвенцију Уједињених нација о праву мора, као и у члану 44. Конвенције Уједињених нација о правима особа са инвалидитетом.¹⁰

Међу твorcима правних инструмената о приступању ипак је на крају преовладало схватање да, након приступања ЕУ ЕКЈП не би било упутно да се захтева од ЕУ да поднесе декларацију о надлежности. Такво становиште образложено је карактером права и обавеза које се штите ЕКЈП. Наиме, насупротив претходно поменути

⁸ J. Odermatt, 104.

⁹ J. Heliskoski, „EU Declarations of Competence and International Responsibility“, *The International Responsibility of the European Union: European and International Perspectives* (eds. M. Evans and P. Koutrakos) Hart, 2013, 190-191; F. Hoffmeister, „Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?“, *European Journal of International Law* vol. 21, no. 3, 2010, 723.

¹⁰ *Ibidem*

конвенцијама, област примене ЕКЉП се не везује се за специфичан сферу деловања, већ би се пре могло рећи да би се ЕКЉП у начелу могла применити у погледу било које врсте аката или пропуштања ЕУ. Стога, било би веома тешко, тј. готово неизводљиво да се састави изјава о надлежности, којом би се покриле све могуће области у погледу којих ЕКЉП предвиђа заштиту.¹¹

Поред указивања на широко постављену област примене ЕКЉП, постоји још један значајан аргумент који не иде у прилог увођењу модела подношења декларације о надлежности. Наиме, из одредби ЕКЉП и праксе ЕСЉП произилази да се ЕСЉП приликом одлучивања о одговорности одређеног субјекта не руководи искључиво постојањем надлежности датог субјекта у погледу конкретног питања, већ и другим критеријумима.¹²

Такође се, као једно од неспорних ограничења модела подношења изјаве о надлежности наводи чињеница да би његова примена довела до нарушавања својства аутономности поретка ЕУ. Наиме, повреда аутономије би наступила као последица залажења ЕСЉП у одлучивање о подели надлежности у оквиру правног поретка ЕУ, будући да би ЕСЉП примењујући постојећу декларацију о надлежности преузео да уместо СП ЕУ одлучује о тумачењу права ЕУ.¹³

Управо су изложени недостаци модела подношења декларације о надлежности довели су до увођења концепта саоптуженог у нацрте инструмената о приступању. Институт саоптуженог предложен је на готово самом почетку преговора о приступању, тачније неколико месеци након њиховог отпочињања у документу под називом „Нацрт ревидираних елемената о увођењу механизма саоптуженог“. Након уношења даљих измена, он је добио своје коначни облик у члану 3. актуелног нацрта Споразума о приступању.¹⁴

Применом концепта саоптуженог подносилац представке задржаће, након приступања, овлашћење које му је одувек и припадало. Реч је о праву избора субјекта против којег се покреће поступак. С друге стране, иновативност овог концепта огледа се

¹¹ J. Odermatt, 105.

¹² C. Ryngaert, „The European Court of Human Rights’ Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations“, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 60, no. 4, 2011, 997.

¹³ J. Odermatt, 105.

¹⁴ G. Zaccaroni, „The Consequences of the Accession of the EU to the ECHR on the Jurisdictional Architecture of Europe“, *Law of Ukraine* 1-2/2013, 278.

у томе што ће се његовом применом омогућити да се одређени субјекти, било да је у питању ЕУ или државе чланице ЕУ, укључе у својству саоптуженог у појединим случајевима у поступке који се воде пред ЕСЉП, иако не испуњавају све услове за стицање положаја оптуженог.¹⁵

Специфичност овог института огледа се како у његовим неподударностима у односу на положај интервенијента у смислу члана 36. ЕКЉП, тако и у његовим различитостима у односу на статус оптуженог пред ЕСЉП. Тако, за разлику од треће стране која интервенише у поступку који се води пред ЕСЉП, саоптужени има својство странке у поступку, која је сходно томе обавезна да се повинује пресуди ЕСЉП.¹⁶

С друге стране, ЕСЉП представља суд са најразвијенијом праксом у погледу случајева где се на страни туженог појављује више субјеката и стога је од посебног значаја разграничити ситуације где постоји више тужених од случајева у којима се поред оптужених појављује и саоптужени субјект. Тако, насупрот случајевима код којих постоје више оптужених лица и код којих се прихватљивост представке посебно цени у односу на сваког од њих, код поступака у којима се појављује саоптужени прихватљивост представке се не утврђује у погледу саоптуженог, те подносилац не мора да и у погледу саоптуженог испуњава све услове прихватљивости представке предвиђене чланом 35. ЕКЉП. Другим речима, у случајевима у којима постоји саоптужени прихватиљивост представке цени се као да се саоптужени уопште не појављује као странка у поступку. У својству саоптуженог могу да се појаве или ЕУ или једна или више држава чланица ЕУ уз главног оптуженог, али не и друге уговорнице ЕКЉП.¹⁷

Након указивања на основне разлике статуса саоптуженог у односу на положај интервенијента, као и у односу на ситуације код којих постоји више оптужених, у наредним редовима покушаће да

¹⁵ P. Gragl, Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement of the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights, 14, http://www.academia.edu/5057405/A_Giant_Leap_for_European_Human_Rights_The_Final_Agreement_on_the_European_Unions_Accession_to_the_European_Convention_on_Human_Rights.

¹⁶ Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2, 3.

¹⁷ M. den Heijer, „Issues of Shared Responsibility before the European Court of Human Rights“, ACIL Research Paper 4/2012, 3; X. Groussot, T. Lock, L. Pech, „EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011“, Policy Paper, Foundation Robert Schuman, European Issue n°218, 7th November 2011, 10, <http://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-218- en.pdf>, 10.05.2014.

се одреди спектар ситуација у којима долази до примене института саоптуженог. Након тога, сагледаће се да ли је дати институт, на начин дефинисан актуелним нацртима инструмената за приступање подобан да оствари циљеве који су инспирисали његово увођење.

3. Ситуације у којима долази до примене института саоптуженог

Чланом 3. нацрта Споразума о приступању, којим се мења члан 36. ЕКЉП прописују се услови под којима ЕУ и државе чланице ЕУ могу да се појаве у улози саоптуженог. На првом месту, у ставу 2. датог члана предвиђа се могућност да се ЕУ појави у својству саоптуженог, у случајевима када се представка првобитно подноси против једне или више држава чланица ЕУ и уколико се постави питање усклађености одредби права ЕУ са ЕКЉП. У оквиру дате одредбе истиче се и да до тога долази, нарочито у ситуацијама када је дата повреда могла бити избегнута једино неуважавањем обавезе обухваћене правом ЕУ.¹⁸

На другом месту, у ставу 3. члана 3. нацрта Споразума о приступању предвиђа се могућност да се једна или више држава чланица ЕУ појави у улози саоптуженог пред ЕСЉП, када се представка подноси против ЕУ као оптуженог. Државе чланице могу да стекну статус саоптужених у датим случајевима, уколико се као спорно постави питање усаглашености одредби примарног права ЕУ са ЕКЉП, а посебно у случајевима када је повреда могла бити избегнута једино непридржавањем обавезе садржене у тим инструментима.¹⁹

Анализа ових процесних могућности потврђује да је у оба случаја, дакле како када се ради о ЕУ у улози саоптуженог, тако и о државама чланицама, постојао заједнички *ratio legis* који је инспирисао на увођење института саоптуженог, а који је поменут у горе наведеном параграфу 39. из нацрта Допунског извештаја уз Споразум о приступању (у даљем тексту Допунски извештај).

¹⁸ N.O'Meara, „A More Secure Europe of Rights, The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR,“ German Law Journal vol.12, no.10, 2011,1820.

¹⁹ Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , „Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, пара. 42, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2.

Наиме, институт је уведен како би се омогућило да поступком буду обухваћена и саоптужена лица, будући да је у датим ситуацијама њихово присуство неопходно за ефикасно отклањање утврђених повреда ЕКЉП.

У овом контексту значајно је напоменути и трећу групу случајева код којих се омогућава да субјект (било да се ради о ЕУ, било о државама чланицама ЕУ), којег је подносилац у својој представи иницијално означио као једног од тужених, под одређеним условима, затражи од ЕСЉП да се његов положај у току поступка измени у статус саоптуженог. Наиме, за стицање статуса саоптуженог у трећој групи случајева, најпре, потребно је да је подносилац у представи иницијално навео више оптужених, тако да је поред ЕУ, навео и једну или више држава чланица ЕУ. Сваки од ових субјеката може, уколико сматра да су испуњени претходно наведени услови, који су предвиђени у ставовима 2. и 3. члана 3. нацрта Споразума о приступању, да затражи од суда да његов статус претвори у статус саоптуженог. Уз то захтева се да у конкретном случају ЕУ или држава чланица није била страна која је извршила акт или пропуштање спрам подносиоца, већ је уместо тога једино обезбедила правни основ за такав акт или пропуштање.

Ratio legis који се налази иза увођења ове могућности, огледа се у томе да се на овај начин омогућава да се већ поднета представка не прогласи неприхватљивом услед одсуства персоналне надлежности. До тога би иначе могло доћи, будући да дати субјект није извршио конкретно чињење или пропуштање, већ је једино обезбедио правни основ за његово наступање.²⁰

Како би се што потпуније сагледао институт саоптуженог, у наредним редовима, најпре, представиће се исцрпно на који начин је у правним инструментама за приступање формулисана сврха приступања. Након тога, приступиће се анализи да ли су конкретна решења предложена у оквиру датих нацрта подобна за потпуно остваривање изричито предвиђених циљева.

4. Циљеви који се увођењем саоптуженог настоје остварити

У нацртима инструмената о приступању, пре свега у нацрту Допунског извештаја експлицитно се наводе разлози који су довели до увођења механизма саоптуженог пред ЕСЉП, као и циљеви који се, у перспективи, настоје остварити кроз његову примену. Анализа

²⁰ Ibid., пара. 43-56.

датих нацрта указује да се установљавањем датог механизма тежило правосходно уважавању специфичности права ЕУ, као и очувању његове аутономности.

Наиме, специфичност правног поретка ЕУ, која се настојала узети у обзир приликом конципирања датог механизма огледа се у веома специфичној подели надлежности између ЕУ и њених држава чланица у погледу спровођења права ЕУ.²¹ Атипичност дате поделе двоструко се испољава. С једне стране, у релевантним нацртима истиче се да се она састоји у томе да углавном државе чланице ЕУ спроводе право које доносе институције ЕУ. С друге стране, наводи се да се специфичност дате поделе огледа у томе што одредбе Оснивачких уговора, за чије доношење су надлежне државе чланице ЕУ спроводе органи ЕУ.²² Наиме, након антиципираног приступања специфичност дате поделе би, у пракси, могла водити појави бројних случајева пред ЕСЈП у којима се не подудара субјекат, чијим актом је извршена одређена повреда одредби ЕКЈП, како са лицем које се једино може сматрати одговорним за њено наступање, тако и са субјектом који би једини био у могућности да отклони последице утврђене повреде.²³ Увођењем института саоптуженог се, дакле, тежи спречавању покретања поступка против неодговарајућих субјеката. На тај начин, значајно се олакшава положај подносиоца представке, будући да би се у одсуству механизма саоптуженог он морао, након приступања, суочити са тешким задатком приликом одлучивања ког субјекта би требало да одреди као оптуженог у свом поднеску: ЕУ, државу чланицу ЕУ, или оба ентитета.²⁴

Даље, истицало се у релевантним нацртима инструмената за приступање да се увођењем института саоптуженог и правила о заједничкој одговорности оптуженог и саоптуженог, настојала очувати аутономност правног поретка ЕУ. Наиме, примена правила о заједничкој одговорности чини се неопходном како би се избегло евентуално залажење ЕСЈП у веома деликатно питање поделе одговорности између ЕУ и њених држава чланица у тренутку када

²¹ C. Eckes, *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*, <http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr/>, 05. 05. 2013.

²² Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, „Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, пара. 38.-62, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2.

²³ T. Lock, *Shared Responsibility after EU Accession to the ECHR Revisited*, 15 April 2013, <http://www.sharesproject.nl/shared-responsibility-after-eu-accession-to-the-echr-revisited/>, 03. 05. 2013.

²⁴ T. Lock, „End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR“ *Yearbook of European Law* vol. 31, no.1, 2012, 168.

је повреда већ утврђена. У том циљу се у параграф 62. Допунског извештаја уводи претпоставка о постојању заједничке одговорности датих субјеката. Услови под којима је претпоставка оборива су уско постављени, те се чини да стога неће доводити до угрожавања аутономности права ЕУ. Наиме, у супротном угрозила би се аутономност права ЕУ, будући да би утврђивање удела одговорности различитих субјекта, од којих су неки имали својство оптужених, а други саоптужених, нужно налагало и упуштање у тумачење комунитарног права, пре свега, прописа о подели надлежности између ЕУ и држава чланица.²⁵

Уз анализиране циљеве који су управљени ка очувању аутономности и специфичности правног поретка ЕУ, увођењем института саоптуженог настојала се остварити и што ефикаснија и свеобухватнија заштита појединаца.²⁶ Састављачи нацрта правних инструмената о приступању су конкретизујући сврху, која се начелно гледано, испољава у успостављању што ефикасније и свеобухватније заштите људских права у Европи, у Допунском извештају извршили извесна прецизирања. У том светлу истакнуто је да се у параграфу 39. нацрта Допунског извештаја предвиђа да се увођењем института саоптуженог позитивно утиче на уклањање правних празнина како у погледу потенцијалног круга пасивно легитимисаних субјеката пред ЕСЉП, као и њихове евентуалне одговорности, тако и у погледу спроводивости у оквиру система установљеног ЕКЉП.²⁷

Најпре, проширивањем круга пасивно легитимисаних субјеката, омогућава се, поред држава чланица ЕУ и самој ЕУ да учествује у својству саоптуженог у поступку пред ЕСЉП, како би могла да износи аргументе у прилог одбране усклађености оспореног акта ЕУ са ЕКЉП. На тај начин доприноси се развоју комуникације између два суда.²⁸

Даље, отклањање правних празнина у погледу одговорности субјеката у поретку установљеном ЕКЉП и протоколима уз њу врши

²⁵ Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, „Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, пара. 62, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2.

²⁶ C. Eckes, One Step Closer: EU Accession to the ECHR, <http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr/>, 05. 05. 2013.

²⁷ P. Gragl, 15.

²⁸ J. Polakiewicz, „EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?“, Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts, Oxford Brookes University, 18 January 2013, 6, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf. 10.05. 2014.

се увођењем посебне погодности за подносиоца представке. Наиме, дата погодност огледа се у томе што он у погледу саоптуженог не мора да испуни услов исцрпљености унутрашњих правних лекова у поретку саоптуженог, као ни друге услове прихватљивости прописане чланом 34. ЕКЉП. Одустанком од захтева за испуњавањем услова прихватљивости представке у погледу сваког од тужених субјеката, од којих кључни услов представља исцрпљивање свих доступних правних лекова у оквиру правног система сваког од оптужених лица, умањују се трошкови подносиоца и знатно скраћује трајање поступка.²⁹ Услед одустања од поменутих услова прихватљивости, примена института саоптуженог, у перспективи, довешће до проширења круга пасивно легитимисаних субјеката пред ЕСЉП, који ће моћи да се прогласе одговорним за повреду одредби ЕКЉП, које произилазе из примене права ЕУ.³⁰

На крају, увођењем механизма саоптуженог такође се тежило отклањању ограничења у погледу спроводивости у оквиру система установљеног ЕКЉП, односно обезбеђивању делотворног и свеобухватног отклањања последица утврђених повреда одредби ЕКЉП. Наиме, институт је уведен како би се омогућило да поступком буду обухваћена и саоптужена лица, будући да је у предвиђеним ситуацијама њихово присуство неопходно за ефикасно и свеобухватно отклањање утврђених повреда ЕКЉП, било да се ЕУ појављује у улози саоптуженог, било државе чланице. Наиме, појављивање ЕУ у улози саоптуженог, објашњава се чињеницом да с обзиром да су у питању акти органа ЕУ, једино су дати органи у могућности да их отклоне, и поред тога што су повреде наступиле спровођењем од стране држава чланица.

С друге стране, могућност појављивања једне или више држава чланица ЕУ у улози саоптужених образлаже се тиме да је неопходно учешће држава чланица, како би се у потпуности отклонила повреда ЕКЉП, која је последица несагласности одредба примарног права ЕУ са ЕКЉП. Наиме, чланом 48. УЕУ предвиђа се да измена Оснивачких уговора нужно захтева и ратификацију од стране свих држава чланица ЕУ, те стога ефикасно отклањање повреда ЕКЉП, претпоставља проширења обавезујућег дејства пресуде и на државе чланице.³¹

²⁹ T. Lock, (2012), 184.

³⁰ *Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, „Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, *napa*. 39-40, Strasbourg, 10 June, 2013, 47+1(2013)008rev2.

³¹ T. Lock, (2012), 174.

5. Ограничења која стоје на путу остваривања прокламованих циљева

Упркос изричито формулисаном образложењу и циљевима који су довели до увођења механизма саоптуженог чини се да конкретним решењима којима је развијен дати институт није успела да се у потпуности оствари антиципирана сврха. Најпре, упркос несумњивом доприносу института саоптуженог остваривању циљева који су изричито прокламовани у актуелним нацртима инструмената за приступање, приметна су извесна ограничења решења предложених у оквиру актуелних нацрта, које би било упутно уклонити пре њиховог коначног потврђивања и ступања на снагу. У супротном, дате мањкавости би могле да осујете остваривање сврхе увођења датог института, о чему ће бити више речи у наредним редовима.

Основни недостатак института саоптуженог представља његов добровољни карактер, који је, упркос оштрим критикама у европској стручној јавности, био само делимично измењен у ревидираној верзији нацрта инструмената о приступању из априла 2013. године, и то једино у погледу ЕУ као саоптуженог, али не и држава чланица.³²

Иницијално решење из претходних нацрта инструмената о приступању критиковано је због тога што се њиме за признавање статуса саоптуженог у сваком конкретном случају као неопходна захтевала сагласност саоптуженог. Наиме, управо пружање могућности поједином субјекту да не прихвати положај саоптуженог у поступку, упркос томе што постоје елементи потребни за његово установљавање, доводило је до опасности настанка ситуација у којима поступком не би били обухваћени сви субјекти, чије је учешће неопходно за успешно отклањање утврђених повреда људских права гарантованих ЕКЉП.³³

Такав пропуст делимично је отклоњен у закључној верзији актуелних нацрта инструмената о приступању, тачније у Анексу 2 уз нацрт Споразума о приступању, али једино у погледу ситуација када ЕУ треба да се призна статус саоптуженог, али не и када се државе чланице нађу у тој улози.³⁴ Стога се извршена парцијална измена може оценити као недовољна. На тај начин је, дакле, само

³² N. O'Meara, 1821.

³³ L.F.M. Besselink, Why, After All It is a Good Thing for the EU to Accede to European Convention on Human Rights, <http://acelg.blogactiv.eu/2013/06/24/why-after-all-it-is-a-good-thing-for-the-eu-toaccede-to-the-european-convention-of-human-rights/>, 03. 03. 2013; N.O'Meara, 1821.

³⁴ J. Polakiewicz, 6.

делимично уклоњена препрека која је стајала на путу остваривања прокламованих циљева, будући да се није одустало од концепта добровољности заснивања статуса саоптуженог у погледу држава чланица. Наиме, оне и даље могу да одбију да учествују у поступку у својству саоптуженог и да, на тај начин, осујете ефикасно и свеобухватно отклањање повреда ЕКЉП, као и онемогуће уважавање специфичности права ЕУ. Осим указивања на уочене мањкавости, анализа осталих карактеристика института саоптуженог на начин формулисан актуелним нацртима, такође говори у прилог његове ограничене подобности да допринесе остваривању прокламованих циљева који су подстакли на његово усвајање.

Наиме, проширивањем потенцијалног круга пасивно легитимисаних субјеката пред ЕСЉП, пре свега, кроз одустајање од услова исцрпљености свих националних правних средстава за признавање статуса саоптуженог, доприноси се делотворном и свеобухватном отклањању последица утврђених повреда, као и уважавању специфичности поретка ЕУ. Међутим и поред значаја поменутог проширивања круга пасивно легитимисаних субјеката пред ЕСЉП чини се да су услови под којима долази до примене института саоптуженог одређени превише рестриктивно и недовољно прецизно.³⁵

Стога се, пре свега, у циљу што свеобухватнијег формулисања института саоптуженог предлаже отклањање евентуалних правних празнина у погледу утврђивања одговорности потенцијалних саоптужених и накнадне извршивости датих одлука, како би се примена датог института омогућила у свим случајевима у којима се питање које се односи на право ЕУ покрене. На том путу било би упутно да се редефинишу формулације садржане у члану 3. актуелног нацрта Споразума о приступању, те да се приликом ревидирања укине део одредбе, у којем се износи да се наведено посебно односи на „случајеве код којих је повреда могла да буде избегнута једино неуважавањем обавезе обухваћене датим инструментом.“

Такође, уочавају се извесни примери којима се потврђује становиште заступљено у доктрини, а према којем су услови под којима долази до примене института саоптуженог одређени недовољно прецизно.

³⁵ Final Report to the CDDH, Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights „Draft Explanatory Report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, пара. 39-62, Strasbourg, 10 June, 2013,47+1(2013)008rev2.

Тако, на првом месту, у актуелним нацртима није прецизирано да ли је у поступку пред ЕСЈП, приликом оцене усклађености одредби примарног законодавства са стандардима из ЕКЈП, потребно да се свим државама чланицама ЕУ додели статус саоптужених или је довољно да се само неким од њих призна такав статус. Ефикасном отклањању последица повреда одредби ЕКЈП ишло би у прилог да се све државе чланице појаве у улози саоптуженог. Наиме, измена Оснивачких уговора може бити ефикасно спроведена једино уколико је ратификују све државе чланице ЕУ. Међутим, с друге стране, такво решење би се негативно одразило на укупно време трајања поступка. Изгледа да су творци споразума пропустили да се упусте у балансирање изложених сукобљених интереса створили недоречености које онемогућавају да се оствари потпуна сврсисходност механизма саоптуженог.

Као пример неодречености наводи се решење којим се регулише институт саоптуженог, а које се састоји у томе што је у нацрту Споразума о приступању пропуштено да се пропише до ког тренутка најкасније саоптужени може да се укључи у поступак, иако је прописан почетак тог временског интервала тј. моменат од којег најраније саоптужени може да се упусти у поступак.³⁶

Даље, у актуелним нацртима инструмената о приступању није прецизирано да ли је у поступку пред ЕСЈП, приликом оцене усклађености одредби примарног законодавства са стандардима из ЕКЈП, потребно да се свим државама чланицама ЕУ додели статус саоптужених или је довољно да се само неким од њих призна такав статус. У циљу потпунијег остваривања циљева који су инспирисали на успостављање института саоптуженог, било би упутно унети у актуелне нацрте дата појашњења.

6. Закључна разматрања

Поред уочених недостатака који онемогућавају потпуно остваривање сврхе института саоптуженог, у европској стручној јавности оправдано се указује и на одређена његова концептуална ограничења, која такође умањују домашај преложених решења. Реч је како о одступању од начела супсидијарности, тако и о изложеној сложености механизма саоптуженог.

³⁶ Т. Lock, (2012), 171.

Најпре, озбиљно ограничење института саоптуженог представља одступање од начела супсидијарности заштите људских права гарантованих ЕКЉП. Дато начело је иницијално било установљено у пракси ЕСЉП. Након ступања на снагу Протокола 16 уз ЕКЉП, очекује се да начело супсидијарности, по први пут, постане део саме Преамбуле ЕКЉП, те да на тај начин стекне посебан значај. Међутим, размере овог ограничења механизма саоптуженог су умањене увођењем поступка претходног учешћа у актуелне нацрте инструмената о приступању. Датим поступком се, наиме, уз очување аутономности правног поретка ЕУ доприноси и успешном остваривању начела супсидијарности.³⁷ Осим тога, значај одступања од начела супсидијарности је донекле релативизиран и чињеницом да се одступања јављају и у системима других уговорница ЕКЉП. Тако је ЕСЉП, између осталог, у својим одлукама повремено поједина процесна средства, која су била доступна на националном нивоу проглашавао неделотворним, одустајући тиме од њихове исцрпљености као предуслова за обраћење ЕСЉП.

Такође, указује се и на недостатак механизма саоптуженог који се састоји у претераној сложености решења којима би он, у перспективи, требало се спроводити. У том контексту, даље се истиче да ће дати институт представљати особеност искључиво инструмената о приступању ЕУ ЕКЉП, те да се због сложености и конфузности његова решења неће преузимати у оквиру других правних система.³⁸

У европској стручној јавности су и даље присутни аутори који се залажу за елиминисање института саоптуженог из актуелних нацрта инструмената о приступању. Међутим, такав предлог, чини се превише радикалним, имајући у виду анализу спроведену у границама овог рада. Стога се у овом раду настојало указати на неспорну сврсисходност института саоптуженог, упркос њеном ограниченом домаћају, као и предложити даље усавршавање механизма саоптуженог, које би се остварило уклањањем уочених мањкавости из актуелних нацрта инструмената о приступању.

³⁷ Joint Communication from the Presidents Skouris and Costa, 24 January 2011, 2, www.curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf, 11.03.2014; G. Gaja, 4; L.F.M. Besselink, 2.

³⁸ J. Odermatt, 103.

Vesna Ćorić Erić
Research Associate
Institute of Comparative Law Beograd

THE CO-RESPONDENT BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS- ITS CAPABILITIES AND LIMITATIONS

Summary

In April 2013, the representatives of the Council of Europe and the European Union finalized the draft Accession Agreement that would allow the EU to accede to Convention. Taking the draft Accession Agreement as a starting point, this paper examines the co-respondent mechanism. After identifying the main features of the given mechanism, this paper aims to assess an extent to which the correspondent mechanism as determined by the given draft is capable to achieve the anticipated goals.

Key words: co-respondent, accession of the European Union, European Convention on Human Rights, European Court on Human Rights.

ОРГАНИЗАЦИЈА И ПОСЛОВИ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У ОБЛАСТИ ВЕРА, ДИЈАСПОРЕ И ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА

Апстракт

У раду аутор анализира развој и правна решења о организацији и функцијама државне управе у областима вера, дијаспоре и људских и мањинских права. Имајући у виду упоредноправну тенденцију обједињавања управних послова у овим областима, као и њихову сличност и значај, закључак је да постоји потреба формирања ресора који би у Републици Србији био надлежан ако не искључиво за области вера, дијаспоре и људских и мањинских права, онда свакако за све управне послове који се у њима обављају.

Кључне речи: вера, дијаспора, људска и мањинска права, државна управа, ресор

1. Увод

Управни рад је правно регулисана ауторитативна државна делатност оперативно-корективног карактера која се своди на примену правних прописа у појединачним ванспорним ситуацијама ради остварења утврђеног јавног интереса.² Овом приступу својствено је гледиште да се подручја друштвеног живота, према количини и значају управних послова, могу разврстати на управна и неуправна. Управне области су оне у којима доминирају управни инструменти државног деловања, подручја ауторитативног интервенисања према грађанима и организацијама (одбрана, унутрашњи послови,

¹ Научни сарадник Института за упоредно право, Београд, mail: djuric.vim@gmail.com

² З.Томић, Управно право, Систем, Београд 2002, 255.

правосудна и општа управа, финансије, итд), док су неуправне области оне у којима вршење управних послова није одлучујуће, али у којима се ипак срећу поједини видови управног рада. Неуправне области чине сектор привреде (пољопривреда, трговина, индустрија и рударство, саобраћај, итд) и друштвено-социјални сектор (здравство, образовање, наука, култура, социјална заштита, итд).³

Сличан, али термилошки нешто другачији, је присту у оквиру науке о управи. У водећим радовима из те области, највеће групе на које се дели општи задатак јавне управе означавају се појмом *управне гране*, као што су финансије, здравство, социјална политика, просвета и култура, правосуђе, унутрашњи послови, спољни послови, итд. које се деле на ужа управна подручја.⁴ У развоју управе приметна је њена диференцијација у „две групе управних грана (ресора)“ – класичну управу у којој држава делује као власт (одбрана, спољни послови, унутрашњи послови, правосуђе, финансије) и нове ресоре (привреда, друштвене службе, итд), у којима је израженија њена улога као носиоца друштвено корисних послова.⁵

Образовање ресора за различите управне гране суштина је реалног принципа у формирању органа управе. Према том принципу, органи управе образују се према врсти послова. Будући да се врста послова којима се органи управе баве може одредити према материји и према сродности операција, у оквиру овог принципа могуће је разликовати ресорно и функционално формирање органа. Ресорно формирање заснива се на материји која припада једној управној грани, односно области друштвеног живота.⁶ Функционална варијанта као критеријум узима типове управних послова и сличност радних операција за које се врши специјализација.⁷ Према територијалном принципу органи управе могу да буду образовани за вршење активности из различитих управних области, али на одређеном подручју. Персонални принцип постоји када се органи управе образују према категоријама лица, заправо за обављање послова чији су бенефицијари одређене групе.⁸

³ Ibid., 264-265

⁴ Е.Пусић, Наука о управи, Загреб 1993., 131

⁵ Ibid., 57.

⁶ З.Томић, 211. Е.Пусић, 157. Д.Милков, Управно право књ.2. Нови Сад 2009., 66-67. Б.Милосављевић, Управно право, Београд 2007., 110.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

У контексту теоријског оквира, може се донекле стати на становиште да област(и) вера, дијаспоре и људских и мањинских права не спада(ју), или не спадају искључиво, у класичну државну управу у којој држава делује као власт. Међутим, не може се са сигурношћу тврдити ни супротно, да оне спада(ју) у неуправне област(и) у којима вршење управних послова није одлучујуће, односно да чине друштвени сектор у којем је израженија улога државе као носиоца друштвено корисних послова. Отворена су и питања у коју управну грану ова/е област(и) спадају и да ли има основа за схватање преме коме је заправо реч о једној новој и целовитој управној грани? Први корак у анализи је преглед развоја њиховог управноправног организовања.

2. Историја диференцијације управних организација у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права

Обим и врста послова управе у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права током историје су се мењали, не само у различитим епохама и државама, већ и у сваком појединачном сегменту, попримајући различит карактер и значај, у зависности од политичког система и система власти, националног и верског састава становништва, међународних и домаћих политичких прилика, као и теоријских схватања односа између државе и цркве, као и места државе и домашаја њених активности у заштити и стварању услова за развитак појединих друштвених група. Разматрање свега наведеног превазишло би природу и сврху овог рада. Треба међутим указати да се у историјском развоју и диференцирању појединих управних грана могу уочити извесне тенденције у вези са организацијом и пословима у овим области(ма).

Организационо осамостаљивање и издвајање из опште управе послова у овим областима најпре се одиграло у сегменту вера. У раном средем веку, у државама које су имале државну цркву, као што је то био случај са Византијом, била је веома изражена прожетост државних и црквених власти са значајном фактичком премоћи световне власти. Цар је неретко имао одлучујућу улогу у питањима црквеног живота, сазивао црквене саборе, учествовао на њима, потврђивао и озакоњивао њихове одлуке.⁹ Међутим, у разгранатој државној управи византијског царства није било достојанственика који се искључиво

⁹ Д.Перић, Црквено право, Београд 2006., 181.

бавио црквеним питањима. У доба рудиментарног диференцирања државне управе у кинеском царству, за време династије Танг (618-908г.) међу преосталим ресорима, због специфичних прилика, јавља се и ресор вера.¹⁰ Са почецима стварног и одрживог диференцирања државне управе, крајем 18. и почетком 19. века, образују се посебни ресори за питања вера, или заједнички ресори за питања вера и области друштвеног живота у којима је вера имала посебан значај. Тако се у Француској за време Наполеонове владавине установљава посебно министарство надлежно за вере.¹¹ Пруска је 1817. успоставила Министарство за послове цркве, наставе и медицине које је вршило државно суверено право у односу на две велике вероисповести.¹² Повезивање ресора вера са ресором просвете исте године је извршено и у царској Русији. Царским едиктом из 1817. створено је Министарство верских послова и националног образовања, називано „дупло министарство“, како би, како је то у едикту било назначено, „хришћанска побожност увек била основа правог образовања“.¹³ Први органи државне управе надлежни за послове вера образовани су у условима постојања државних цркава и схватања да је у међусобним односима држава надмоћнији чинилац и носилац суверених права. Током времена, организација државне управе у области вера, нарочито од сепарације државе и верских организација, поприма нешто другачију физиономију. Ресор вера, или заједнички ресор за питања вера и сродних области, престаје да буде самосталан орган, што међутим не значи да престају послови државне управе у области вера. Напротив, такви послови добјају нови садржај што се одражава и на њихову организацију.

Организационо осамостаљивање ресора надлежног за послове у вези са дијаспором релативно је новијег датума и није својствено великом броју држава. То међутим не значи да се корпус послова државне управе који се односе на дијаспору у административној историји не јавља веома рано. Његови корени су у пословима заштите одређених група које живе ван територије државе која им пружа заштиту што се у међународном праву и међународним односима везује за право које је међународним уговорима још у 18. в. Аустрији и Русији било признато у погледу заштите хришћанских поданика турског царства, а што се вршило од стране дипломатских

¹⁰ Е.Пучић, 57.

¹¹ G.Lefebvre, *Napoleon*, 2011., 120; *За историјски приказ односа између државе и цркве у време Наполеона видети и Б.Басдевон-Годме, „Држава и црква у Француској“*, у Г.Робертс (ур), *Држава и црква у Европској Унији*, Београд 2012., 313.

¹² А.Сампенаузен, Н.Валл, *Staatkirchenrecht*, 2006.,29.

¹³ D.H.Shubin, *A History of Russian Christianity, The Synodal Era and the Sectarrians 1725 to 1894*, 2005.,97.

представника.¹⁴ Осамостаљивање посебних ресора, или органа и служби који су у саставу ресора спољних послова надлежни за питања дијаспоре, најчешће се вршило у државама које су имале и још увек имају многобројно исељеништво које има потребу заштите и са којима матична држава жели да остварује контакте и сарадњу.

Послови у вези са дијспором могу да кореспондирају пословима у вези са заштитом националних мањина, а будући да је заштита мањина саставни део заштите људских права, и пословима у вези са људским правима. Иако се *prima facie* чини контрадикторним да се у области људских и мањинских права предузимају ауторитативне управне делатности, у развоју управе и диференцијацији управних организација после Другог светског рата, има примера формирања посебних ресора у виду министарстава, комисија, или организационих јединица и служби у оквиру других ресора, па чак и при влади, управо за такве послове. Тиме већ залазимо у питање савремених послова и организације државне управе у овим области(ма).

3. Послови и организација државне управе у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права у упоредном праву

Савремени однос између државе и верских заједница уводи нове садржаје у послове државне управе у области вера. Сепарација државе и верских организација не подразумева смештање верских организација на маргине друштвеног живота. Напротив, односи између државе и верских организација засновани су често на начелу кооперативне одвојености, што доводи и до нових облика деловања државне управе. У појединим државама, попут Уједињеног Краљевства, или Грчке, још увек се задржао систем државне цркве, или уставни концепт преовлађујуће вере. Промене у садржају послова државне управе у овом сегменту, између осталог, односе се и на чињеницу да су у многим државама, попут Италије, Шпаније и делимично СР Немачке, односи између државе и појединих, или свих, цркава и верских заједница регулисани не само уставним и законским одредбама, већ и јавноправним уговорима, било да је реч о конкордатима, или уговорима у оквиру унутрашњег права, што подразумева и додатне послове управе у њиховом реализовању. Изазови које образовање и деловање нових верских покрета, као и питања њиховог правног статуса, носе са собом, изискују

¹⁴ Више о томе у Б.Кривокапић, Заштита мањина у међународном и упоредном праву, књ. 1. Историјски развој, основна питања и заштита у оквиру УН, Београд 2004., 75.

одређене промене у деловању државне управе. Такође, питања верског образовања, статуса и финансирања верских образовних установа, реализовања права на верску наставу у јавним школама, заштите културног наслеђа верских организација, њихове привредне активности, радног и социјалног положаја свештенства, као и многа друга у широком спектру односа између државе и верских организација, подразумевају стручне и са њима повезане управне послове. Посебно треба истаћи чињеницу да се у многим државама усваја концепт законског регулисања правног положаја цркава и верских заједница чија је окосница регистровање цркава и верских заједница. Регистровање цркава и верских заједница одвија се у посебном управном поступку, а надлежност за његово спровођење, као и за вођење регистра, укључујући и доношење одговарајућих подзаконских аката, поверава се посебним организационим структурама у оквиру државне управе, било да су самосталне, или постоје као организациони облици у оквиру шире постављених ресурса. Иако су упоредна решења у погледу организовања тих послова различита, па чак и недовољно устаљена у оквиру исте државе, што једним делом зависи и од општих уставних и законских решења о организацији и пословима државне управе, ипак се међу њима уочава извесна тенденција *признавања специфичности тих послова*.

У упоредном праву нема много случајева организовања органа управе који је искључиво надлежан за послове вера. За разлику од Израела, Кине, Индије и појединих држава са муслиманском већином, попут Индонезије, у којима је због специфичних прилика установљен посебан орган управе надлежан за послове вера, у Европи нема таквих примера. Међутим, у многима од њих формирају се посебни несамостални органи, организационе јединице и службе у оквиру шире постављених ресурса, најчешће у оквиру управних грана правде, културе, просвете и унутрашњих послова. Треба имати у виду да се у појединим државама и у називу органа истиче његова надлежност и у области вера чиме се потенцира да је реч једној заокруженој области деловања управе, као што је то случај са Грчком у којој постоји Министарство просвете, целоживотног учења и религиозних послова. Посебни директорати и департмани за цркве и верске заједнице у оквиру ресурса културе постоје у Чешкој¹⁵ и Словачкој.¹⁶ Они су надлежн

¹⁵ J.Križ, „Religious Freedom and State in The Czech Republic“, Legal Aspects of Religious Freedom, 2008., 310-311

¹⁶ J.Juran, „Administrative and Financial Matters in the Area of Religious Freedom and Religious Communities“, Legal Aspects of Religious Freedom, 2008., 431

за формулисање концепта државно-црквених односа, припрему предлога закона у области слободе вероисповести, вођење регистра цркава верских заједница, итд. У појединим државама за послове вера надлежне су посебне организационе јединице у оквиру министарства унутрашњих послова. Ниво њихове организационе и функционалне самосталности је различит. У Италији, у оквиру Департмана за грађанске слободе и имиграцију делује Централни директорат за питања култа који је надлежан за контролу поштовања закона који регулишу верска питања и одржавање веза са црквама и верским заједницама.¹⁷ Слично је решење и у Француској у којој, у оквиру Секретаријата Министарства унутрашњих послова, делује Дирекција за грађанске слободе и правна питања која је надлежна и за питање вера и култова. У СР Немачкој у Министарству унутрашњих послова, у оквиру Генералног директората за јавно право, постоји организациона јединица за општа питања јавног и уставног права и уставног положаја верских организација. Важно је истаћи да се у СР Немачкој и остала министарства, у оквиру своје надлежности, баве верским питањима¹⁸ и да је координација њиховог рада веома изражена. У Пољској је у оквиру Министарства унутрашњих послова и јавне администрације постојао посебан Департман за вере и националне и етничке мањине¹⁹ који је након издвајања Министарства управе и дигитализације из састава Министарства унутрашњих послова сврстан у тај ресор. Унутрашње организационе јединице надлежне за питања вера у оквиру ресора правде постоје и у Белгији, Летонији, Литванији и Шпанији, при чему су то или уже унутрашње организационе јединице које се искључиво баве питањима сарадње са црквама и верским заједницама, као што је то случај у Шпанији,²⁰ или се питањима вера баве шире организационе јединице надлежне и за проблематику људских права, као што је то случај у Белгији у којој, у оквиру Министарства правде, делује Директорат за законодавство и људска права.²¹ У Белгији је 1998. основан и посебан Центар за штетне култове и секте чији је задатак да истражује овај феномен, прикупља документацију о њима, као

¹⁷ M.Curcio, „Administrative and Financial Matters in the Area of Religious Freedom and Religious Communities“, *Legal Aspects of Religious Freedom*, 2008., 377-378

¹⁸ B.Küster, „Administrative and Financial Matters in the Area of Religious Freedom and Religious Communities“, *Legal Aspects of Religious Freedom*, 2008., 335

¹⁹ M.Radajewski, „Administrative and Financial Matters in the Area of Religious Freedom and Religious Communities“, *Legal Aspects of Religious Freedom*, 2008., 409

²⁰ J.Ferreiro, „State – Religion Relations in Spain: Legal and Constitutional Framework“, *Legal Aspects of Religious Freedom*, 2008, 467

²¹ M.Tysebaert, „Administrative and Financial Matters – The Situation in Belgium“, *Legal Aspects of Religious Freedom*, 2008., 286-295.

и да информише јавне власти и формулише препоруке о политици према њима. Центар је тело у оквиру управе које је непосредно под контролом Парламента, али су његово особље и буџет у оквиру Министарства правде.²² Слично решење постоји и у Аустрији у којој делује Федерална канцеларија за питања секти.²³

Послови државне управе у области вера обављају се и у ресорима који су образовани за социјалну инклузију друштвених група. Тако, је у Уједињеном Краљевству 2003. образован Директорат за расе, кохезију и вере, најпре у оквиру Министарства унутрашњих послова (Home Office), да би од 2006. био у оквиру Департмана за заједнице и локалну управу који спада у тзв. кабинетска министарства.²⁴ Слично решење постоји и у Мађарској у којој у оквиру Министарства људских ресурса делује Државни секретаријат за цркве, цивилно друштво и питања националности.

Осим послова државне управе који обухватају извршавање закона којима се регулише начин остваривања појединих људских права и слобода који су најчешће лоцирани у класичне ресоре, попут правде и унутрашњих послова, интернационализација људских и мањинских права, условила је нове послове управе у тој области. Реч је о широком спектру послова који имају стручни, а делимично и ауторитативни карактер и обухватају: праћење стања у области људских и мањинских права, припрему државних извештаја о спровођењу међународних уговора о људским и мањинским правима и одржавање контаката са уговорним телима надлежним за надзор над спровођењем, припрему државних одговора на представке о кршењу људских права пред телима УН чију је надлежност држава прихватила, заступање државе пред Европским судом за људска права, укључујући и закључење поравнања и предузимање неоподних мера за извршавање одлука тог Суда, поступање у име државе у оквиру тзв. „специјалних процедура“, као и припрема материјала и иступање у име државе у оквиру универзалног периодичног прегледа под окриљем УН.²⁵ Осим аналогних послова који се односе на националне мањине, у државама које су у правни систем

²² Ibid. 294. В. и А. Denaux, „The Attitude of Belgian Authorities Toward New Religious Movements“, Brigham Young University Law Review, 2002., 237 и даље

²³ В. Р. Поц, „Држава и црква у Аустрији“, Г. Робертс (ур.), Држава и црква у Европској Унији, Београд 2012., 32-33

²⁴ М. Hill, R. Sandberg, N. Doe, Religion and Law in the United Kingdom, 2011., 11.; А. D. van Twist, „Administrative and Financial Matters in the Area of Religious Freedom and Religious Communities“, Legal Aspects of Religious Freedom, 2008., 476.

²⁵ Више о специјалним процедурама и универзалном периодичном прегледу у М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, Међународна људска права, Београд 2013., 118-119

увеле облике нетериторијалне културне аутономије националних мањина,²⁶ органи државне управе спроводе поступак конституисања централних тела нетериторијалне аутономије и/или воде њихов регистар, обављају послове у вези са њиховим финансирањем из државног буџета и врше надзор над актима таквих тела. Такође, у државама које су стране уговорнице билатералних споразума о заштити мањина²⁷ органи државне управе имају улогу у извршавању таквих споразума, припреми и одржавању састанака мешовитих комисија као механизма надзора над спровођењем споразума, итд.

Треба имати у виду да се изложени стручни и ауторитативни послови државне управе и њихови организациони облици у области људских и мањинских права разликују од послова и мандата тзв. *националних институција за људска права*. Националним институцијама за људска права сматрају се државна тела са уставним и/или законским мандатом заштите и промовисања људских права (комисије, омбудсмани, национални институти или центри за људска права, итд), а једна од њихових карактеристика је и да нису под директном контролом извршне власти,²⁸ тако да ни не спадају у оквире управног апарата. Конфузију, осим њиховог назива и одређења, јер се често изразом „национална тела за заштиту људских права“ означавају и она која су одговорна извршној власти,²⁹ може да изазове и њихова улога, нарочито због одредбе тачке 3 (д) Париских принципа о статусу националних институција према којој ова тела треба да допринесу извештајима које државе подносе телима и комитетима УН, као и регионалним институцијама. У релевантним радовима истиче се да су ова тела важан извор *независних информација* у процесу разматрања државних извештаја,³⁰ тако да је припрема државних извештаја и даље примарно у надлежности управних органа.

У упоредном праву нема ни много примера органа управе који су искључиво надлежни за послове у области људских и мањинских права. Међутим, на основу прегледа који је дат за област вера може се

²⁶ Више о таквим облицима нетериторијалне аутономије у раду В.Ђурић, „Правне основе и оквири етнички засноване нетериторијалне аутономије“, Зборник радова ПФ у Нишу бр.65/2013., 37-59

²⁷ Више о тим споразумима у Б.Кривокапић, *Заштита мањина у међународном и упоредном праву*, књ.2. *Заштита мањина у регионалним оквирима и путем билатералних споразума*, Београд, 2004. 121-155

²⁸ National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities, 2010., 13

²⁹ B.Lindnaes, I.Lindholt, „National Human Rights Institutions – Standard Setting and Achievements“, Human Rights Institutions, 2001., 8

³⁰ R. Carver, „A New Answer to an Old Question: National Human Rights Institutions and the Domestication of International Law“, Human Rights Law Review 10:1 (2010), 2

уочити да су, у многим државама, формирани несамостални органи, организационе јединице и службе у оквиру шире постављених ресора, најчешће у оквиру правде и унутрашњих послова који се баве делом послова у области људских и мањинских права. Заступници, односно агенти пред Европским судом за људска права и њихови тимови, као посебне организационе јединице, најчешће су лоцирани у оквиру ресора правде или спољних послова.³¹ У појединим државама у називу органа истиче се његова надлежност и у области људских права чиме се потенцира да је реч једној заокруженој области деловања управе, односно о сродним областима у којима орган делује. Тако, у Грчкој постоји Министарство правде, транспарентности људских права које је, између осталог, надлежно и за припреме закона којима се врши хармонизација националног са међународним правом. Исланд је до 2011. имао посебно Министарство правде и људских права које је те године обједињено са Министарством траспорта, комуникација и локалне управе у Министарство унутрашњих послова. Интересантно је приметити да је новоформирано Министарство унутрашњих послова надлежно и за питања религије и правног положаја националне цркве. Органи управе који у свом називу садрже и упућивање на област људских права има у Босни и Херцеговини (Министратсво за људска права и избеглице), као и у Црној Гори (Министарство за људска и мањинска права).

Унапређењем система међународне заштите радника миграната и заштите мањина, нарочито од закључивања Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, Европске повеље о регионалним или мањинским језицима и појединих билатералних уговора о заштити националних мањина, послови у вези са дијаспором добијају нови садржај и значај што може да има утицаја на управноправну организацију њиховог обављања. Тај садржај се огледа у активностима које органи државне управе матичних држава предузимају у вези са извештајима о спровођењу међународних уговора у области мањинских права које подносе државе у којима живе „њихове“ мањине, као и у пословима у вези са спровођењем билатералних уговора о заштити мањина. Посебан значај који се придаје заштити дијаспоре дошао је до изражаја и посредством усвајања тзв. „статусних“ закона о припадницима свог народа у иностранству што је у извесним случајевима имало утицаја и

³¹ У појединим државама постоје опречне тенденције. Тако је, примера ради, канцеларија државног заступника у Румунији из Министарства правде пребачена у Министарство спољних послова, док се у Уједињеном Краљевству догодило управо супротно – канцеларија заступника је из Министарства спољних послова премештена у Министарство правде.

на проширивање послова државне управе у вези са дијаспором. Међутим, као и у области вера и људских и мањинских права, ни у области дијаспоре нема много упоредних примера формирања посебних ресора за дијаспору. Осим разумљивог израелског искуства са министарством које је постојало под различитим називима (Министарство социјале и послова са дијаспором, Министарство дијаспоре и борбе против антисемитиза, Министарство информисања и дијаспоре које је касније инкорпорирано у Министарство јавне дипломатије и дијаспоре, да би у време писања овог рада послови у вези са дијаспором били лоцирани у једну организациону јединицу Министарства спољних послова), индијског Министарства за Индусе у иностранству и јерменског и грузијског министарства за дијаспору, у свету нема примера постојања самосталног органа управе за ове послове. Међутим, у многим државама, у оквиру ресора спољних послова постоје посебне унутрашње организационе јединице које се баве пословима у вези са дијаспором. Тако, у пољском Министарству спољних послова постоји посебан Департман за сарадњу са дијаспором и Пољацима у иностранству, док у оквиру румунског Министарства спољних послова, осим Одељења за односе са дијаспором, постоји и посебна функција министра „делегираног за питања Румуна у иностранству“ који координира рад у области односа са Румунима ван Румуније. По постојању посебне јединице у организационој структури државне управе за послове дијаспоре, већ дуги низ година, позната је Мађарска. Канцеларија за мађарску мањину у иностранству последњих година је под руководством државног министра који није члан Владе и који је организационо лоциран у Министарство јавне управе и правосуђа. Основни задатак ове Канцеларије је координирање односа између мађарских државних органа и служби са организацијама и представницима Мађара у суседним државама и надгледање имплементације приоритета у овој области.

4. Послови и организација државне управе у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права у Републици Србији³²

Послови и организација државне управе у области вера у Србији имају дугу традицију. Одређени послови државне управе у сфери односа са црквеним властима јављају се већ у доба изградње државне управе током Првог српског устанка, а нарочито у време

³² Иако је након одржаних парламентарних избора 2014 у току роцес конституисања Владе Републике Србије, анализирано је стање закључно са 20.априлом 2014.

прве владе кнеза Милоша. Са стварањем првог министарског савета, односно од доношења Закона о устројству централне државне управе 1862. било је образовано и Министарство просвете и црквених дела са значајним надлежностима предвиђеним и Законом о црквеним властима православне вере из исте године.³³ Ресора просвете и вера постојаће све до стварања заједничке државе 1918. У Србији 19.в. није било посебног ресора за дијаспору, али су бројни послови, будући да је то био приоритет државне политике, веома интензивно вршени посредством Министарства иностраних дела.

Од обнове вишестраначког политичког система у Републици Србији 1990. у свим владама до 2011. постојали су посебни ресори вера и дијаспоре, а од те године заједнички ресор вера и дијаспоре, док је на савезном нивоу повремено постојао посебан ресор задужен за питања мањина и/или људских права. Од демократских промена 2000. на савезном нивоу установљено је Министарство националних и етничких заједница, које је након усвајања Уставне повеље постало Министарство за људска и мањинска права. Престанком постојања државне заједнице Србија и Црна Гора, Влада Републике Србије образовала је посебну Службу за људска и мањинска права, да би од 2008. поново било успостављено Министарство за људска и мањинска права које је, након реконструкције Владе 2011. обједињено са ресором државне управе у Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу у оквиру кога је постојала посебна Управа за људска и мањинска права. Влада Републике Србије образована 2012. је за одређене послове у вези са сарадњом с црквама и верским заједницама, дијаспору и људска и мањинска права уредбама образовала посебне канцеларије, то јест службе Владе. Уочљива институционална недоследност, осим лутања у карактеру и називу надлежних органа, имала је и још увек има свој израз и у постојању посебних органа који су надлежни за поједине аспекте послова у овим области(ма). Тако је повраћај имовине црквама и верским заједницама вршила Дирекција за реституцију, основана Законом о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама из 2006. године,³⁴ да би од марта 2012. године Агенција за реституцију, према Закону о враћању одузете имовине и обештећењу³⁵ преузела предмете, средства за рад, архиву и запослене Дирекције за реституцију. Слично је и у области

³³ В. више у Д.Новаковић, Државно законодавство о Православној цркви у Србији од 1804. до 1914. Београд, 2010.

³⁴ Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, Службени гласник РС, бр. 46/06

³⁵ Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, Службени гласник РС, бр. 72/11 и 108/13

људских и мањинских права. Наиме, у Републици Србији већ дуги низ година делује Координационо тело за југ Србије (за општине Прешево, Бујановац и Медвеђа) које је надлежно за поједине аспекте рада са албанском националном мањином, а два сазива Владе Републике Србије су 2008. и 2013. образовале Савет за унапређење положаја Рома и спровођење Декаде укључивања Рома. Осим њих, на основу Закона о заштити права и слобода националних мањина и Закона о Влади образован је и Савет за националне мањине. У оквиру ресора надлежног за социјалну политику (Министарство рада, запошљавања и социјалне политике) постоји и Управа за родну равноправност која има извених надлежности у делу послова из области људских права. Институционалном преклапању доприноси и постојање посебног Сектора за људска и мањинска права и остваривање слободе удруживања у оквиру Министарства правде и државе управе и Одсека за људска права у Министарству спољних послова. Такође, институционалну шароликост у овим областима употпуњује и постојање Одељења за миграциону политику, дијаспору и социјалне споразуме при Министарству спољних полова. Такво стање налаже свестрану и детаљну функционално-организациону анализу послова и уређења управе у овим областима. Први корак у томе је сагледавање општих законских решења о пословима и организацији државне управе, а затим идентификовање конкретних послова и њиховог карактера у овим областима који треба да одреде и одговарајућу организациону структуру.

Законом о државној управи предвиђено је да државна управа (министарства, органи управе у саставу министарстава и посебне организације) обавља послове учествовања у обликовању политике Владе (припрема нацрте закона, друге прописе и опште акте за Владу и предлаже стратегије и друге мере којима се обликује политика), прати и утврђује стање у областима из свога делокруга и предузима мере или предлаже Влади доношење прописа и предузимање мера, извршава законе, друге прописе и опште акте Народне скупштине и Владе (органи доносе прописе, решавају у управним стварима, воде евиденције, издају јавне исправе и предузимају управне радње), врши инспекцијски надзор, стара се о јавним службама, подстиче и усмерава развој у областима из свога делокруга и обавља остале стручне послове (прикупљање и проучавање података у областима из делокруга органа, сачињавање анализа, извештаја, информација и других материјала, итд). Према Закону, министарство се образује за послове државне управе у једној или више међусобно повезаних области и у свом саставу може да има секторе који се образују за

заокружену област рада, или несамосталне органе управе (управе, дирекције и инспекторате) који се образују за за извршне односно инспекцијске и с њима повезане стручне послове, ако њихова природа или обим захтевају већу самосталност од оне коју има сектор.³⁶

У Републици Србији, у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права постоји читав низ међуобно повезаних, сродних, па чак и делимично условљених послова који се уподобљавају општим задацима управе одређеним Законом о државној управи. Осим неспорне потребе учествовања у обликовању политике Владе, у овим областима донесен је читав низ закона које доношењем прописа, решавањем у управним стварима, вођењем евиденција и издавањем јавних исправа треба извршавати – примера ради, Закон о црквама и верским заједницама³⁷ (вођење Регистра цркава и верских заједница, доношење подзаконског акта о садржини и начину вођења Регистра, решавање о захтеву за упис у Регистар), Закон о дијаспори и Србима у региону³⁸ (предлагање Влади доношење аката и предузимање мера којима се утврђује политика Владе према дијаспори и Србима у региону, праћење стање у области односа матичне државе и дијаспоре, као и матичне државе и Срба у региону, вођење евиденција организација и савеза организација у дијаспори и Срба у региону, итд), Закон о заштити права и слобода националних мањина³⁹ (праћење стања у области остваривања права припадника националних мањина), Закон о националним саветима националних мањина⁴⁰ (вођење Регистра националних савета националних мањина, вођење бирачких спискова националних мањина, надзор над законитошћу рада и аката националних савета националних мањина, финансирање рада националних савета, итд), Закон о равноправности полова⁴¹ (надзор над поштовањем Закона, предлагање мера за унапређење равноправности, примање планова мера за отклањање или ублажавање неравномерне заступљености полова и годишњих извештаја о њиховом спровођењу од стране послодаваца, подношења извештаја Влади и надлежном одбору Народне скупштине о стању равноправности полова, итд), итд.

Веома важни послови у овим области(ма) који садржински чине праћење и утврђивање стања, као и обављање стручних

³⁶ Закон о државној управи, Службени гласник РС, бр. 79/05, 101/07, 95/10

³⁷ Закон о црквама и верским заједницама, Службени гласник РС, бр. 36/06

³⁸ Закон о дијаспори и Србима у региону, Службени гласник РС, бр. 88/09

³⁹ Закон о заштити права и слобода националних мањина, Службени лист СРЈ, бр.11/02, Службени гласник РС, бр. 72/09, 97/13

⁴⁰ Закон о националним саветима националних мањина, Службени гласник РС, бр. 72/09 и 20/14

⁴¹ Закон о равноправности полова, Службени гласник РС, бр. 104/2009

послова (прикупљање и проучавање података у овим областима, сачињавање анализа, извештаја, информација) проистичу из чланства Републике Србије у многим мултилатералним и билатералним споразумима – Међународном пакту о грађанским и политичким правима,⁴² Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима,⁴³ Међународној конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације,⁴⁴ Конвенцији о укидању свих облика дискриминације жена,⁴⁵ Конвенцији о правима детета,⁴⁶ конвенцијама против тортуре,⁴⁷ Оквирној конвенцији за заштиту националних мањина СЕ,⁴⁸ Европској повељи о регионалним или мањинским језицима,⁴⁹ билатералним споразумима о заштити националних мањина које је Република Србија закључила са Мађарском,⁵⁰ Румунијом,⁵¹ Хрватском⁵² и Македонијом,⁵³ итд. Реч је о пословима који представљају извршавање тих међународних уговора, а које чине праћење њиховог спровођења, припрема и подношење државних извештаја о њиховом спровођењу, праћење спровођења закључних налаза, коментара и препорука упућених Републици Србији, припрема одговора на представке које су упућене комитетима УН чију је надлежност прихватила Србија, припрема одржавања седница мешовитих комисија за заштиту националних мањина предвиђених билатералним споразумима о заштити мањина, итд. Аналогни пословима припреме одговора на индивидуалне представке су и послови заступања Републике Србије пред Европским судом за људска права који обухватају још и могућност закључивања

⁴² Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр. 71/1971

⁴³ Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр. 71/1971

⁴⁴ Службени лист СФРЈ-Додатак бр. 6/1967

⁴⁵ Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр.11/1981

⁴⁶ Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр.15/90

⁴⁷ Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр.9/1991 и Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступања, Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр. 9/2003

⁴⁸ Службени лист СРЈ - Међународни уговори бр.6/98

⁴⁹ Службени лист СЦГ - Међународни уговори бр.18/2005

⁵⁰ Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Мађарске о заштити права мађарске националне мањине која живи у Србији и Црној Гори и српске националне мањине која живи у Републици Мађарској, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр.14/2004

⁵¹ Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Румуније о сарадњи у области заштите националних мањина, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр.14/2004

⁵² Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Хрватске о заштити права српске и црногорске мањине у Републици Хрватској и хрватске мањине у Србији и Црној Гори, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр.3/2005

⁵³ Споразум између Србије и Црне Горе и Републике Македоније о заштити српске и црногорске националне мањине у Републици Македонији и македонске националне мањине у Србији и Црној Гори, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр.6/2005

поравнања пред Судом, или идентификовања неопходности измене домаћег законодавства ради усклађивања са одредбама Конвенције⁵⁴ и праксом Суда.

Сви наведени, али и многи други послови који се обављају у овим области(ма) прожети су и међузависни. Примера ради, праћење остваривања билатералних споразума о заштити националних мањина у оквиру Републике Србије нераскидиво је повезано са праћењем правног положаја и остваривања права српске националне мањине у оквиру друге стране уговорнице, а наравно и са положајем, деловањем и финансирањем епархија Српске православне цркве у иностранству. Такође, финансирање националних савета националних мањина предвиђено је само за конституисане националне савете, односно за савете који су уписани у одговарајући регистар. Подаци до којих се долази праћењем стања у једној области могу се искористити за државне извештаје о спровођењу различитих конвенција, итд.

Уместо да на извештан начин организационо обједини вршење описаних послова у овим области(ма), законодавац и Влада Републике Србије определили су се за прилично чудно и системски некавалитетно решење, према коме ове послове обавља већи број наведених органа различитог карактера, уз недовољно јасно разграничење њиховог делокруга, што може да има негативан утицај на учинак њиховог рада. Тако, Министарство правде и државне управе обавља, према Закону о министарствима,⁵⁵ послове државне управе који се односе на регистар цркава и верских заједница и припрему прописа о црквама и верским заједницама, док Канцеларија за сарадњу с црквама и верским заједницама, између осталог, обавља послове који се односе на афирмацију и развој слободе вероисповедања и сарадњу државе с црквама и верским заједницама и унапређење њиховог положаја у друштву.⁵⁶ Канцеларија за људска и мањинска права врши стручне послове који се односе на: заштиту и унапређење људских и мањинских права; праћење усаглашености домаћих прописа са међународним уговорима и другим међународноправним актима о људским и мањинским правима и иницирање измена домаћих прописа; општа питања положаја припадника националних мањина; праћење положаја припадника националних мањина које живе на

⁵⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Службени лист СЦГ - Међународни уговори, бр.9/2003

⁵⁵ При томе се у виду имају решења предвиђена Законом о министарствима, Службени гласник РС бр.72/2012, 76/2013 и 34/2014

⁵⁶ Уредба о Канцеларији за сарадњу с црквама и верским заједницама, Службени гласник РС бр.75/2012

територији Републике Србије и остваривања мањинских права,⁵⁷ што у пракси укључује и послове у вези са финансирањем националних савета националних мањина, док, са друге стране, Министарство правде и државне управе обавља послове државне управе који се односе на вођење регистра националних савета националних мањина, избор националних савета националних мањина, вођење посебног бирачког списка националне мањине, припрему прописа о људским и мањинским правима, итд. Координационо тело координира активности Владе Републике Србије, државних органа и јавних служби, органа локалне самоуправе и грађана у циљу развоја ових општина као стабилних области, са развијеним стандардима и квалитетом живота грађана, уз поштовање људских, мањинских, верских, политичких и других права и слобода. Канцеларија за сарадњу с црквама и верским заједницама такође у свом делокругу има извесне послове које се односе на положај националних мањина, јер врши стручне послове који се односе и на помоћ у заштити верских компонената у културном и етничком идентитету националних мањина.

То, међутим, нису једини случајеви нерационалног преклапања, или недовољно јасног разграничења делокруга рада различитих органа. Тако, Канцеларија за људска и мањинска права врши послове који се односе на остваривање веза националних мањина са матичним државама, Канцеларија за сарадњу с дијаспором и Србима у региону⁵⁸ врши послове који се односе на помоћ у очувању и развоју духовне, националне и културне самобитности српског народа изван Републике Србије, док Канцеларија за сарадњу с црквама и верским заједницама врши и послове који се односе на сарадњу државе са епархијама СПЦ у иностранству. Већ и овај летимичан преглед нерационалног преклапања, или недовољно јасног разграничења делокруга рада сугерише да функционално раздвајање стручних послова које врше поједине службе и тела Владе и послова државне управе које обављају поједина министарства, у овим области(ма) нема много логике, нити оправдања и да води само нерационалној пролиферацији органа, служби, савета, координационих механизма, итд. Читава проблематика послова и организације њиховог вршења у овим области(ма) усложњена је, са једне стране, чињеницом да у наведеним областима поједине послове обављају и «традиционални» ресори, попут министарстава просвете, културе, итд, док, са друге

⁵⁷ Уредба о Канцеларији за људска и мањинска права, Службени гласник РС бр.75/2012

⁵⁸ Уредба о Канцеларији за сарадњу с дијаспором и Србима у региону, Службени гласник РС бр.75/2012

стране, вршење појединих од наведених послова уопште није ни предвиђено као делокруг било којег органа! Детаљнијом анализом прописа могло би да се утврди да послови припреме и подношења државних извештаја о спровођењу међународних уговора у области људских и мањинских права, праћења остваривања тих уговора од стране држава у којима живи српска национална мањина, послови припреме одговора у име државе на представке које су против ње поднесене комитетима УН чија је надлежност прихваћена, као и послови у вези са финансирањем националних савета националних мањина, уопште нису ни предвиђени као посебни послови, нити су опредељени органи који су надлежни за њихово обављање!!!

Преклапање, или недовољно разграничење делокруга, изостанак нормативног прецизирања појединих послова у овим области(ма) и непостојање органа који би објединио њихово вршење, не омогућавају делотворно остваривање појединих уставних решења и налога. Наиме, уставне одредбе према којима Република Србија развија и унапређује односе Срба који живе у иностранству са матичном државом (чл.13.ст.2.); према којима Србија штити права националних мањина (чл.14.ст.1.) која су садржана у широкој уставној палети (чл. 75.-81.); према којима се јемче и непосредно примењују људска и мањинска права зајамчена потврђеним међународним уговорима (чл. 18.ст.2.), а уставне одредбе о људским и мањинским правима тумаче и сагласно пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (чл. 18.ст.3.); према којима међународни уговори имају јачу правну снагу од закона (осим чл.18.ст.2. и чл. 194. ст.5.); као и оне о слободи вероисповести и црквама и верским заједницама које уживају слободу да самостално уређују своју унутрашњу организацију (а тиме и да стварају правне субјективитете), свакако се теже остварују без одговарајућег, рационално уређеног и делотворног управноправног система. Уз међузависност појединих послова, и изложена уставна решења и налози указују на изузетан значај који ове области имају, или би требало да имају, у Републици Србији, имплицирају њихову повезаност и сугеришу постојање органа који би функционално и кадровски могао да одговори изазовима њиховог остваривања, а чије би установљење имало далеко већу правну оправданост у односу на друге органе управе који су образовани у Републици Србији (нпр. у односу на Министарство омладине и спорта, итд). Важно је истаћи да многи послови у овим области(ма), а посебно праћење остваривања међународних уговора, могу да изискују промене домаћег законодавства и његово усклађивање са уговорима што би,

у функционалном смислу, требало да буде праћено и могућношћу израде нацрта закона и предлагање Влади одговарајућих мера, а што организационо, може само посебно министарство.

5. Закључак

Анализа историјског диференцирања управних организација у области(ма) вера, дијаспоре и људских и мањинских права, послова и организације државне управе у тим областима у упоредном и домаћем праву наводи на закључак да су оне, ако не једна, а онда свакако повезане области друштвеног живота у којима се обављају значајни послови државне управе. Будући да се у њима обављају важни, аналогни и међусобно повезани, послови државне управе, јасно је да они изискују и одређено функционално и организационо обједињавање. и својеврсну централизацију, што је тренд који се донекле може уочити и у упоредноправним решењима, а за шта у Републици Србији има уставног и законског упоришта. Да ли такво функционално и организационо обједињавање послова треба да резултира формирањем посебног министарства, питање је које у Републици Србији, али и у другим државама, нема увек и искључиво правну конотацију. Будући да овај рад има, или бар има претензије да има, научни карактер, јасно је да се у њему не могу ванправним аргументима заговарати одређена позитивноправна решења, али се он може и треба разумети као својеврстан пледоаје за ширу функционално-организациону анализу државне управе и залагање за утемељење државне управе на резултатима такве анализе, а не на оцени политичке целисходности и вољи парламентарне већине. Изложени резултати скромног покушаја такве анализе сугеришу потребу формирања самосталног органа управе, односно ресора који би у Републици Србији био надлежан, ако не искључиво за област вера, дијаспоре и људских и мањинских права, а онда свакако за све послове државне управе који се у њима обављају.

Vladimir Đurić Ph.D.

Research Fellow

Institute of Comparative Law

Belgrade

**ORGANIZATION AND FUNCTIONS OF STATE
ADMINISTRATION IN THE FIELD OF RELIGION,
DIASPORA AND HUMAN AND MINORITY RIGHTS**

Summary

In this article the author analyses historical development and legal solutions on the organization and functions of state administration in the field of religion, diaspora and human and minority rights. Bearing in mind the comparative law tendency to gather administrative affairs in these areas, as well as their similarities and significance, the conclusion is that there is a need in the Republic of Serbia for establishment an independent administrative body, or department that would be competent, if not exclusively, then certainly for all the administrative affairs in the field of religion, diaspora and human and minority rights..

Keywords: Religion, Diaspora, Human and Minority Rights, State Administration, Department

VEČNO PITANJE MORALNOSTI TERORIZMA

Apstrakt

Stanje u pogledu naučnog poznavanja fenomena terorizma je prilično deprimirajuće. Očigledno je da su različite procene, pojedinačni utisci, mišljenja i špekulacije krajnje "sumnjiv" osnov za određivanje pravog mesta i uloge ovog najopasnijeg oblika ljudskog ponašanja u savremenom društvu. Sledeći ovu - političku dimenziju problema, zbog odsustva naučno zasnovanih indikatora o stvarnom stanju, obimu i strukturi ove vrste kriminaliteta, opasnost koja dolazi od njega se često ili preceňuje ili bagatelizuje. I to je činjenica, naglašava autor u ovom tekstu, koja se pokazuje već na samom početku interpretiranja problema. Sve do 11. septembra, sve do dana kada je Amerika - "nedodirljiva velesila" uzdrmana najvećim terorističkim napadom u istoriji, napadom čija je žestina prožela čovečanstvo strepnjom da smo na pragu terorističke apokalipse Dvadeset prvog veka. Posle svega, sigurno je da se razni "zvezdani projekti" raspadaju pred ovim iracionalnim, mada sasvim realnim zlom terorizma, dovoljno snažnim i dovoljno organizovanim da oblikuje pravac i tempo "razvoja" na pozornici svetskih gubitnika. Da ponovimo - nema ni najjače, ni najbogatije, ni najmoćnije zemlje koja može ostati izolovana u terorističkim akcijama. Nema nedodirljivih. Od sada je sve i svuda moguće, niko više nije dovoljno "udaljen", ni dovoljno bezbedan ili zaštićen.

Ključne reči: *strah i pretnja, nasilje i destrukcija, religiozni ekstremizam, kriminalitet*

1. Proučavanje stanja kao pretpostavka delovanja

Terorizam je danas različit sa mnogo raznovrsnih oblika i mnoštvom različitih ciljeva. Neprekidno se vode rasprave o tome da li opravdanost cilja i plemenitost motiva čine terorizam manje zlim. Naravno, razumevanje cilja za koje se neko bori i njegovog sistema vrednovanje

¹ Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: suzana@jura.kg.ac.rs

u okviru koga on funkcioniše dovodi do toga da se terorističke akcije različito kvalifikuju (osuđuju ili ne).

Da li žena čije su noge raznete u bombaškom napadu ima razumevanja da je bomba podmetnuta od strane lica koja nemaju ništa lično protiv nje, već jednostavno vode borbu za oslobođenje, tj. traže nezavisnost ili separatizam za svoju manjinsku grupu? Da li će porodica deteta koje je poginulo u avionskoj eksploziji prihvatiti objašnjenje da grupa koja je odgovorna za eksploziju nema dovoljno oružja da vodi legitimnu bitku sa svojom autoritativnom vladom? Da li će oni koji su izgubili članove porodice i prijatelje u ruševinama Svetskog trgovinskog centra lakše prihvatiti gubitak, ako bi razumeli očaj onih koji smatraju da je njihova sudbina ugrožena prisustvom SAD-a na Srednjem Istoku?

Nijedan cilj, bez obzira koliko bio plemenit, ne može da učini ove akcije prihvatljivim. Razumevanje ne može da umanjí užas nasilja počinjenog na nevinim ljudima. Bilo koje pravo koje se ostvaruje ubistvima i sakaćenjem nevinih ljudi nije vredno te cene.

Da li dobro ikada može da nastane iz zla?

Da li jedna nepravda, zaista može da opravda činjenje druge nepravde?

Do koje mere se neko delovanje može opravdati postizanjem odgovarajućeg cilja?

Ukoliko neka grupa traži da sprovede svoje pravo na samoopredeljenje, da li joj to daje pravo da ugrožava pravo drugih ljudi? Da li, uopšte, može da postoji tako nešto kao opravdani teroristički akt!?

Naravno, na ovako kompleksna pitanja se ne može lako, jednostavno odgovoriti. Upravo suprotno, poteškoće u davanju odgovora na gomilu pitanja koja ovde iskrsavaju su - nepremostive! Većina pojedinaca ili grupa koji tvrde da je takav jedan akt opravdan, smatraju da on ima svoju svrhu, da je "pravedan" i da se za njega može naći "razumno objašnjenje". Razlozi za ovu spremnost terorista da upotrebe nečuvena sredstva represije su veoma važni. Oni u mnogim slučajevima predstavljaju opravdanje za moderni terorizam. Uvek je bilo moguće ubiti nevine građane. Zašto to više ne predstavlja "nečuvenu" opciju za revolucionarne grupe?

Ovo je temeljno pitanje. Centralni problem. Upravo, u ovom vremenu. I upravo, sa ovog aspekta. Nije diskutabilno da su države kroz istoriju koristile teror nad svojim građanima, nad građanima drugih nacija i kao instrument rata. I biblijski i istorijski izvori su puni priča o

porobljivačima koji su masakrirali nedužne muškarce, žene i decu i koji su ih uzimali kao roblje i nad njima činili užasne zločine. Ali oni koji su se bunili protiv takve tiranske surovosti su izbegavali da sami primene isto takvu (uporedivu) brutalnost. Zaista, najveći zagovarači revolucionarne teorije su bili i žestoki kritičari brutalnosti postojećeg režima. Zašto su onda, tokom 20. veka revolucionarne grupe bile spremne, odnosno primenjivale iste takve nasilne akte protiv isto tako nevinih ljudi?

Represija nije ništa novo, kao ni činjenica da uvek postoji nekoliko očajnika koji su spremni da rizikuju sve kako bi se suprotstavili sistemu koji mrze. Ono što je novo je spremnost ovih da primenjuju takvu taktiku i takve metode koje su do nedavno bile isključivo u rukama države koju su osuđivali.

Ovo je izgleda, suština fenomena modernog terorizma: da su oni koji se nekada bunili protiv represije države i sami spremni da sada koriste oružje terora protiv nevinog stanovništva.²

Dakle, da bi se odredilo da li je terorizam opravdan, moraju se detaljno razmotriti razlozi, odnosno argumenti za pribegavanje terorističkim aktima.

Zašto se ovo događa? A zašto ne?

Strah i pretnja iz kojih se terorizam rađa, poput nekog narkotičkog sredstva izaziva inhibicije da se poklekne i da najprimitivniji instinkti čoveka izbiju na površinu. U svetlu zločina koji su se dešavali u poslednjih pet godina i konflikata koji su sledili, ostaje pitanje - koja je to pretnja koja stimuliše spiralni ciklus terorizma i nasilja?

U prirodi ljudskog života postoje četiri faktora koji se, sami po sebi, izdvajaju u cilju objašnjenja ekspanzije terorizma. 1) povećanje populacije 2) povećanje razlike u bogatstvu i privilegijama 3) eskalacije religioznog ekstremizma i 4) osavremenjavanje tehnologije i lak pristup istoj. Prva tri faktora se odnose na percepciju pretnje, a četvrti na njenu implementaciju.³

² C.C. Comb, *Terrorism in the Twenty First Century*, New Jersey: Prentice Hall, 2003, 34-35

³ Uprkos argumentima da planeta zemlja može da izdrži čak i veću populaciju, ljudima se čini da to nije tačno, jer smatraju da se postojeći životni prostor sve više smanjuje. Logična, linearna progresija ovakvog razmišljanja vodi do sledećih objašnjenja: više ljudi - manje prostora po osobi, više interakcije - više prilika za konflikt, više konflikta - više priprema za konflikt. Robert Frost je jednom primetio: "Dobre ograde čine dobre susede". Ali kako populacija sve više raste, postalo je nemoguće napraviti toliko ograda. Upadanje u naše dvorište sve većeg broja suseda koji se takmiče za ograničene resurse proizvodi zabrinutost koja izbija na površinu, ponekad i u obliku terorističkih akcija. L. D. Howell, „Is The New Global Terrorism a Clash of Civilizations? Evaluating Terrorism' Multiple Sources“, *The New Global Terrorism, Characteristics Causes, Controls*, 2003, 177-178.

Široke kategorije teorija i dijagnoza o izvorima terorističkih napada su se raspršile u analizama napada od 11. septembra 2001. godine. Ove teorije se kreću od prostih do najsloženijih i često su i međusobno isprepletane. Tako, **jedna** od njih zagovara da su ovi napadi bili čin zla. Povezujući napade sa postojanjem zla na zemlji, mi sami sebe diskvalifikujemo, jer ovo objašnjenje zahteva pozivanje na religioznost, ili na religiozne izvore za eliminisanje izvora problema. Molitva predstavlja primarno utočište.

Po drugoj teoriji, teroristi predstavljaju nihiliste koji će uništiti celo čovečanstvo. Kao kod anarhista čija su dela sama sebi cilj, na nihilizam se može odgovoriti samo eliminisanjem istinskih vernika, ili ubeđivanjem jednog po jednog da promene svoj sistem verovanja.

Treći zagovaraju mišljenje da napadi predstavljaju kriminalitet. Pojedinci koji su izveli ove napade su društveno devijantni, motivisani bazičnim instinktima, ograničene inteligencije, nesposobni da deluju u okviru društveno utemeljenih pravila. Ukoliko se terorističke akcije smatraju kriminalitetom, one će onda biti večne i mogu se samo kontrolisati, ali ne i eliminisati. One će zauvek ostati na margini društva, zahtevajući stalnu policijsku kontrolu i policijsku državu.

Mnogi su smatrali da su to dela primitivaca, dela koja su preduzeli necivilizovani protiv civilizovanih. Sam čin napada je bio toliko odvratan, kaže jedan američki zvaničnik, da čak i neki iz necivilizovanog sveta sada shvataju da su na pogrešnoj strani. Paradigma varvarstva ima tu karakteristiku da deli svet na "njih protiv nas". On obezbeđuje ciljeve i opravdanje za hitnu akciju što služi svrsi paradigme. Ukoliko je problem u tome da tamo negde postoje necivilizovani ljudi, rešenje je civilizovati ih, ili, jednom rečju, eliminisati ih hvatanjem, zatvaranjem ili ubijanjem da bi se eliminisala pretnja od budućih kataklizmi. Ovo objašnjenje, međutim, ne objašnjava motivaciju za rat. Rat se ne vodi protiv neobrazovanih ili primitivnih. Ne vodi se protiv huligana, čak i onih izuzetno uspešnih. On se vodi protiv entiteta i neprijatelja.⁴

Pa, da li je terorizam - nova forma rata!?

Na početku novog milenijuma se suočavamo sa postojanjem novog sveta sa mnogo prekretnica iza nas i naravno, strašnim iskušenjima ispred nas. Najkritičnija prekretnica se odnosi na način vođenja rata. Terorizam, zasigurno novi fenomen, je dobio primat. Tradicionalni sistemi ratovanja i ratovi zvezda su izgubili na važnosti. Rat, ova jedinstvena i najveća greška u ljudskom karakteru, je započeo sa motkama i kamenjem,

⁴ *Ibid.*

prerastao u rat eksplozivima, eskalirao u vazdušni prostor, zatim svemir, da bi se opet vratio na zemlju u obliku bombi na ljudskim telima. Ali dok se rat motkama vodio sa najbližim susedima, rat terorista se zavlači i u najudaljenije uglove na ovoj našoj planeti.

Šta terorizam, zapravo, znači?

Terorizam je rat koji se vodi izvan kontrole država. On je više od obične destrukcije, predstavlja čin nasilja čija je namera da postigne daleko šire rezultate od običnih pobeda i poraza koji za mnoge znače gubitak života, ljudskih prava i ljudske dobrobiti. Obrisi ovih novih ratova su jasni u mnogim aspektima, jer opseg društvenih i političkih grupa koji u njima učestvuju više ne odgovara šablonu klasičnih međudržavnih ratova. Nasilje koje seju teroristi više ne sprovode državni agenti (mada se dešava da ih država, ili neki njeni subjekti i dalje podržavaju). Nasilje je usmereno prema nevinim žrtvama i politički ciljevi se kombinuju sa užasnim zločinima i masovnim kršenjem ljudskih prava. Takav rat se obično ne započinje zbog državnih interesa, već religioznog identifikovanja, ostrašćenosti, fanatizma, itd. Cilj više nije osvajanje teritorija, kao u prethodnim ratovima, već zadobijanje političke moći generisanjem straha i mržnje. Sam rat postaje oblik političke mobilizacije u kome se kroz nasilje promovišu ciljevi ekstremista.⁵

Ukoliko želimo da spasemo koncept terorizma od polemičara, kao i da skrenemo pažnju na zabrinutost onih koji veruju da je to prazna retorička kategorija, mi moramo da identifikujemo one karakteristike koje razlikuju terorizam od drugih nasilnih taktika koje se koriste unutar, ili između političkih zajednica. Dve karakteristike, obe nastale na dobro utvrđenim pravilima rata, izgleda da predstavljaju dovoljan osnov za njihovo istinsko razlikovanje. Najpoznatiji vidovi ograničavanja ponašanja pri vođenju rata se odnose na odabiranje ciljeva i sredstava da se napadnu ti ciljevi. Da budemo precizniji, ciljevi nasilnog napada treba da budu vojnici, a oružje koje se koristi protiv ovih ciljeva treba da bude krajnje selektivno.

⁵ Istoričar Frederick H. Hartmann je primetio da se planiranje rata i njegovo sprovođenje rukovodi finansijama, strategijom i razvojem i taktikom. On, dalje primećuje da pravo i zakoni igraju kritičnu ulogu. U svom delu *Odnosi među nacijama* (The Relations of Nations), on citira odredbe o vođenju rata na kopnu SAD-a iz 1914. gde se u članu 10 kaže da je cilj rata: da dovede do potpune pokorenosti neprijatelja u što kraćem roku i putem dozvoljenog nasilja. Dozvoljeno nasilje? Teško je pomisliti da rat može da bude takav. Ali ipak jeste. U ratovima su se neka oružja koristila, a neka ne. Civilni su se tretirali drugačije od vojnika. Vojnici su uzimani kao zarobljenici i nisu bili ubijani po svaku cenu na licu mesta. P.C.Sederberg, "Global Terrorism: Problems of Challenge and Response", *The New Global Terrorism, Characteristics Causes, Controls*, 2003, 176.

2. Psihologija terorizma

2.1. Uverenja terorista

Aktivnosti terorističkih organizacija su bazirane na subjektivnoj interpretaciji realnosti koja se razlikuje od percepcija vlade i društva sa kojima se konfrontiraju. Njihove aktivnosti nisu rukovođene konzistentnošću i razumom zasnovanim na stvarnoj percepciji realnosti. Jedan od ciljeva terorističkih organizacija je da ubede svoju publiku da gleda na stvari onako kako ih oni vide. Važan aspekt borbe između vlada i terorista se tiče definicije tog konflikta. Svaka strana želi da interpretira stvari po svojim standardima političke legitimnosti. Sistemi uverenja koji se sastoje od dominantnih imidža, simbola i mitova, doprinose kreiranju percepcija (ili pogrešnih percepcija) koje utiču na akcije i očekivanja. Sadržaj i poreklo uverenja terorista utiču na to kako teroristi opredeljuju i usvajaju svoje strategije, kako reaguju na politiku vlade i na rezultate terorističkih izazova.

Sistemi uverenja se mogu izvući iz brojnih izvora. Političko i društveno okruženje u kojima deluje neka politička organizacija predstavlja jedan set izvora. U ovu kategoriju se mogu uključiti i opšti kulturni faktori (istorija, tradicija, književnost, religija) koje svaki član društva usvaja putem šablona socijalizacije i formalne ideologije koji se prihvataju u doba sazrevanja, a koji se svesno usvajaju.

Poreklo uverenja, takođe može da bude interno. Okolnosti u kojima teroristi deluju obiluju stresom i nesigurnošću, čineći pojedina uverenja relevantnim i adekvatnim i na njima teroristi istrajavaju i teško ih menjaju.⁶ Značajan element u sistemu verovanja, predstavlja slika koja može biti mentalni portret samog teroriste, ili neke druge osobe. Slike su često stereotipne i spadaju u predodređene i stroge kategorije koje simplificiraju realnost. Dominantno mesto u razmišljanju terorista zauzima dehumanizacija i deidentifikacija neprijatelja.

Većina levo nastrojenih revolucionarnih terorista ne vidi sebe kao agresore, već kao žrtve. Oni sebe smatraju predstavnicima ugnjetavane klase, radnika i seljaka, koji nisu u stanju da sami sebi pomognu. Oni misle da imaju misiju, da su oni ti koji su prosvećeni u masi neprosvećenih, koje je svevišnji izabrao i koji, za razliku od mase, prepoznaju i prihvataju opasnost. Za njih borba predstavlja dužnost i obavezu, a ne stvar svog

⁶ Koliko mentalni stres, toliko i ideološka posvećenost koji su svojstveni terorizmu podržavaju oslanjanje terorista na niz uverenja koja ne dozvoljavaju fleksibilnost i otvorenost. Ono što se teroristima čini kao razumno ubeđenje, za ostatak društva predstavlja iluziju

dobrovoljnog izbora. O sebi imaju visoko mišljenje, kao moralno superiornijim, osećajnijim i uzvišenijim. Sebe ne vide kao teroriste, već tu reč smatraju etiketom koju su im neprijatelji pripisali. Nakon globalnih promena vrednosti nastalih kao rezultat antikolonijalnih borbi, «borci za slobodu» ili “nacionalni oslobodilački front” su nazivi koji oni za sebe prihvataju. Mnogi teroristi definišu svoju ulogu kao ulogu osobe koja se žrtvuje, koja je spremna da umre za svoja uverenja. Revolucionarne teroriste gledaju na svoje neprijatelje kao na znatno snažniju silu od sebe koja ima mnogo više izbora, a da njima nije ništa drugo ostalo osim da krenu putem terorizma kao odgovor na represivne akcije vlade, a ne kao svoj sopstveni izbor.

Druga dva aspekta terorističkih uverenja o prirodi konflikta su intrigantna. **Prvi** predstavlja tendenciju da se definiše borba u legalističkom smislu. Oni ne vide svoja dela kao «ubistva», već kao “egzekuciju nakon suđenja”. Svoje žrtve nazivaju “izdajnicima”. **Drugi** aspekt terorističkog pogleda na borbu je njihovo vojno predstavljanje i simbolizam.⁷

Za teroriste, žrtve među «neprijateljima» ne predstavljaju individualne osobe, već su oni predstavnici neprijateljske grupacije (ukoliko teroristi uopšte priznaju da nevine žrtve postoje, oni tada krive vladu za odbijanje da se povinuju njihovim zahtevima ili ignorisanje upozorenja). Oni, gotovo uvek, odbijaju da prihvate odgovornost za učinjeno nasilje. Svaka aktivnost koja je u službi cilja se može interpretirati kao uspeh. Ne može se govoriti o promašaju ako nasilje dovode do toga da su njihovi ciljevi sve bliži.

Značajan izvor terorističkih ubeđenja je društveno i političko okruženje iz koga oni potiču. Vrlo važnu ulogu igra i istorijski kontekst. Ideologija je moćno oružje za vršenje uticaja – međunarodni faktor koji prevazilazi okvire nacija, mada se može različito interpretirati u različitim okolnostima. Primat političkih ideja u motivisanju terorizma doprinosi da se nalaze sličnosti između terorističkih grupa iz različitih kulturnih konteksta. U određenim slučajevima, terorizam reflektuje društvenu realnost u nacionalističkim grupacijama - pojedinci su se već socijalizovali u određene šablone razmišljanja u kojima je terorizam, ne samo prihvatljiva kategorija, već i izvodljiva i produktivna (otpor Baskijaca španskoj vladi, otpor Jermenaca Turcima, irska katolička gorčina usmerena ka Britancima, i sl. postali su sastavni delovi njihove kulture).

⁷ Mada teroriste apeluju na popularnu podršku i veruju da je masovna revolucija njihov cilj, malo pažnje se poklanja razvoju uverenja o ulozi popularne podrške. Dobar primer za to je primer baskijske terorističke organizacije - ETA koja je nesumnjivo uživala popularnu podršku.

Što se tiče ideologija, njih nisu izmislili teroristi. Oni su pre orjentisani na akciju, nego na filozofiranje. Činjenica da su nacionalizam i nacionalno oslobađanje bili najveći izvor političke legitimnosti u postkolonijalnom svetu, je znatno doprinela rastu terorizma. Kao što znamo, ideologije, kao što su marksizam, lenjinizam, trockizam, maoizam, kastroizam i čegevarizam, ali i sam fašizam su doprinele razvoju terorističke doktrine. Mada pojedinačno nasilje, koje se vezuje za terorizam, nije odobravano od strane marksista, mnogi savremeni teroristi osećaju obavezu da pomognu snagama istorijskog progressa upotrebljavajući nasilje.

“Neki analitičari tvrde da su mnogi teroristi, u stvari ambivalentni”, što se tiče upotrebe nasilja. Unutrašnji konflikt može da objasni zašto je neophodno da teroristi veruju da nemaju izbora i da neprijatelj snosi krajnju odgovornost za nasilje.⁸ Za mnoge teroriste, neutralizacija krivice je vrlo važna. Osoba koja je postala terorista će najverovatnije osećati krivicu za svoje nasilne aktivnosti, pa mu je zato neophodno da održi uverenje da je neko drugi odgovoran i da njihove akcije prevazilaze normalne standarde moralnog ponašanja.

Kada se jednom uspostave, sistemi uverenja su otporni na promene (na pr., teroristi negiraju da ima nevinih žrtava, suprotno dokazima). Teroristi se oslanjaju samo one izvore informacija u koje imaju poverenja. Određene vrste imidža mogu da pomognu teroristima da izbegnu suočavanje sa kompleksnim sistemom vrednosti koji je sadržan u političkim odlukama. Model “lošeg ubeđenja” ili “zle namere”, koji je svojstven neprijatelju, ukazuje na činjenicu da on nikada neće biti dobronameran. Prilikom kidnapovanja talaca, teroristi donose odluke koji uključuju momentalne konsekvence. Ne samo da oni prihvataju lični rizik, već na sebe preuzimaju i sudbinu cele organizacije kojoj su tako strasno predani.

Važnost udruživanja u terorizmu je odavno poznata i prihvaćena. Tendencije ka grupisanju i solidaranju, koje su prisutne u svim primarnim grupacijama, vode ka odbacivanju razlika u mišljenju i internacionalizaciji grupnih standarda i normi. Članovi organizacije moraju da budu sasvim potčinjeni grupnim standardima i moraju da prihvate, ne samo set određenih političkih uverenja, već i sistem društvenih i psiholoških principa.

⁸ Struktura terorističkog sistema uverenja, portretisanje svemoćnih autoritativnih ličnosti koje su neprijateljski raspoložene prema malim, nemoćnim žrtvama, može da reflektuje njihov rani odnos sa roditeljima, posebno između sinova i očeva. Njihova uverenja mogu da reflektuju osećanja inferiornosti, nizak nivo samopouzdanja i bespomoćnost.

Uprkos pritiscima ka udruživanju, među terorističkim organizacijama postoje neslaganja (npr. frakcijaštvo je bilo poznato među Palestinskim strankama). Frakcije terorističkih organizacija se ne slažu oko pitanja, koji su nabolji načini borbe za postizanje zajedničkog cilja. Okolnosti u kojima funkcionira neka teroristička grupa, koja je izolovana od društva, pod konstantnom pretnjom i opasnošću, kojoj nedostaju pouzdane informacije i kanali i koja se oslanja na stroga, nefleksibilna ubedenja – ukazuju na činjenicu da je mogućnost terorista da se prilagode realnosti situacije ograničena. Isto tako, teroristi nisu sposobni da adekvatno sagledaju posledice svojih akcija. Razumevanje njihovog sistema ubedenja omogućava vladama da predvide osetljivost terorista na komunikaciju. Prinudivanje terorista da prihvate da su pogrešili u svojim uverenjima i ne ostavljanje nikakve druge mogućnosti komunikacije osim pretnji, može dovesti do njihovog emotivnog sloma i rešavanje krize.⁹

Karakteristike: Terorista je u osnovi sociopata, tj. on ili ona ne osećaju krivicu za ubijanje ili povređivanje nedužnih civila ili pripadnika sigurnosnih snaga. Teško je definisati profil jednog teroriste jer se oni veoma međusobno razlikuju po svojim vrednostima i u odnosu na svoje ciljeve i kulture uz kojih dolaze. Mnoge teorije smatraju teroriste kao pojedince sa jasnim i karakterističnim osobinama. Presek ruralnih i urbanih terorističkih gerilskih grupa pokazuje da ih većinom čine neoženjeni muškarci između 22 – 24 godine starosti, univerzitetskog obrazovanja. Žene teroristi su više okrenute pružanju podrške nego operativnoj ulozi (izuzeci su žene u organizacijama kao što su Bader Meinhof, Frakcija Crvene Armije u Nemačkoj i povremeno žene iz Irske Republikanske Armije, Japanske Crvene Armije i Popularnog Fronta za Oslobođanje Palestine). Teroristi obično potiču iz bogatijih, urbanih porodica srednje klase od kojih mnogi uživaju značajan društveni prestiž. Poput svojih očeva, većina starijih terorista su školovani za određene profesije i bavili su se njima pre nego što su se posvetili terorizmu. Bez obzira da li su se terorizmu okrenuli još kao univerzitetski studenti ili kasnije, mnogi su još na univerzitetu indoktrinirani anarhističkim ili marksističkim ideologijama. Može se reći da su fizički veoma spremni, inteligentni, imaju određeno obrazovanje, ali većinom nisu završili školovanje i deca su obrazovanih roditelja koji pripadaju srednjoj klasi.¹⁰

⁹ D. Held, „Bringing International Law Bear on the Control of the New Terrorism in the Global Age“, *The New Global Terrorism*, 253-256

¹⁰ Teroristi – operativci su mlađe osobe – ovde sada imamo fenomen druge generacije terorista. Postoji i tradicija regrutovanja dece u paravojne strukture u veoma ranom dobu. To vrše i same porodice prenoseći tradiciju svojih uverenja da je nasilje jedini metod borbe na sledeće generacije.

Teroristi žive u svetu fantazija i u početnim fazama se može reći da vode rat iz fantazije, a na kraju počinju da veruju u svoju sopstvenu propagandu. Oni imaju želju da promovišu promene pretnjom ili korišćenjem nasilja kao rezultat frustracije - osećaju da nijednim drugim načinom neće postići cilj (oružje simboliše silu i teroriste ga«maze i paze» kao kućnog ljubimca).¹¹

Cilj terorista je da privuku pažnju publike na svoje ciljeve, da isprovociraju reakciju vlade u nameri da podriju njihovo poverenje u javnosti, kao i da promovišu strah i atmosferu alarmantnosti. Terorista izvršava akcije kao rezultat frustracija, osećajući da je upotreba oružja najbolji način da se prenese poruka. On funkcioniše na način na koji pojedinac funkcioniše pod stresom.

3. Razmatranje ove problematike u svetlu zaštite ljudskih

Promena zakonodavstva u oblasti ratovanja je stavila pojedince, vlade i nevladine organizacije pod okrilje novih sistema pravne regulative, regulative koja, u principu, značajno (ponovo!?) stavlja akcenat na važnost postojanja državnih granica. Režim "liberalnog međunarodnog suvereniteta" se zasniva na ovlašćenjima i ograničenjima, kao i pravima i dužnostima koji se temelje na međunarodnom pravu koje, mada je konačno formulisano od strane pojedinih država, ipak prevazilazi tradicionalni koncept i može doći u konflikt sa domaćim zakonodavstvom. U ovom kontekstu, države ne mogu da iscrpe svoje zahteve za suverenitetom, a pojedinci da potroše svoje pravo na zaštitu suvereniteta, ukoliko prekrše standarde i vrednosti koji su utemeljeni u liberalnom međunarodnom poretku, (da takva kršenja više nisu samo stvar moraliteta). Ona predstavljaju kršenje pravnih akata, zabranjeno ponašanje koje traži da se na njega odgovori, da se kazni učinilac i da se nadoknadi prouzrokovana šteta. Ovde je izgrađen most između moralnosti i zakona, dok je u eri klasičnog shvatanja suvereniteta takav pristup predstavljao samo odskočnu dasku za neka drugačija postupanja. To su, dakle, značajne promene koje menjaju oblik i sadržaj politike na nacionalnom, regionalnom i globalnom nivou. One ukazuju na sve veći obim i značaj međunarodne regulative i na sve veću institucionalizaciju međunarodnopravnih normi i prakse - na početke univerzalnog pravnog poretka po kojima država ne predstavlja jedini nivo pravne kompetencije na koji su ljudi preneli javna ovlašćenja.¹²

¹¹ *Ibid*

¹² D. Held, 253-256

Ukratko, granice između državnih teritorija igraju sve manju ulogu u pogledu pravnih i moralnih aspekata. Države se više ne smatraju izolovanim (zatvorenim) političkim svetovima. Međunarodni standardi prelaze državne granice na mnogo načina. U okviru Evrope, Evropska Unija i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava kreiraju nove institucije i pravne i administrativne nivoe koji dele, ograničavaju političku moć. Više ne prolaze ideje da suverenitet predstavlja nedeljiv, neograničen, ekskluzivan i večan oblik moći utemeljen u okviru jedne individualne države. U okviru šire međunarodne zajednice, pravila kojima se rat vodi, oružani sukobi, terorizam, ljudska prava i okruženje, su samo neke od oblasti koje su pretrpele određene, manje ili veće promene i ograničile poredak država, a nacionalne politike su razvile nove oblike i nivoe odgovornosti u upravljanju (od posebno dogovorenih režima, kao što je Sporazum o ograničavanju nuklearnog oružja, do šireg obima regulative postavljene poveljom UN). Prema tome, granice između država, nacija i društava sve manje igraju određenu (značajnu) ulogu sa aspekta prava i morala. Pojedine zajednice mogu da budu predmet osude ukoliko ne poštuju opšte, univerzalne standarde. To znači, da se nad njima može vršiti nadzor, tj. pažljivo nadgledati i ocenjivati da li zadovoljavaju ove standarde, koji se, u principu, primenjuju na svaku individuu koja se smatra jednako vrednom i poštovanom. U isto vreme, zajedničko članstvo u političkoj zajednici i prostorna blizina država se ne smatraju izvorom moralnih privilegija.¹³

Političke i pravne transformacije koje su se dogodile u poslednjih 50-tak godina, su dovele do razušivanja i ograničavanja političke moći na regionalnom i globalnom nivou. Pa ipak, izvesne teškoće u vezi ostvarivanja liberalnog međunarodnog režima suvereniteta ostaju i stvaraju tenzije, u samom centru. Više kao ilustraciju navodimo: ozbiljni nedostaci, koji se mogu i dokumentovati, sreću se u sprovođenju demokratskih i ljudskih prava i međunarodnog prava, uopšte. Bez obzira na unapređenje i konsolidaciju režima liberalnog međunarodnog suvereniteta, nastavlja se sa rastom nejednakosti u pogledu moći i ekonomskog bogatstva. Sve je veći jaz između bogatih i siromašnih država, kao i između nacija u globalnoj ekonomiji. Poštovanje ljudskih prava često predstavlja samo "praznu priču". Formiranje regionalnih industrijskih i investicionih blokova, posebno Triad-a (NAFTA, EU i Japan), se fokusiralo na ekonomske transakcije u okviru regiona. Triad obuhvata 1/3 do 3/4 svih ukupnih ekonomskih aktivnosti. Međutim, posebno privlači pažnju jedan drugi oblik nejednakosti: značajan deo ljudske populacije ostaje na marginama u odnosu na ove mreže.¹⁴

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, 257

Da li sve veći raskorak u životnim prilikama i okolnostima među svetskom populacijom stavlja akcenat na unutrašnja ograničenja liberalnog međunarodnog poretka, ili ovaj disparitet treba da se pripíše nekim drugim fenomenima - partikularizaciji država-nacija ili nejednakostima u regionima koji imaju različite kulturne, religiozne i političke probleme? Upravo, ova druga dva fenomena daju doprinos drastičnom razilaženju između univerzalnih zahteva za ostvarivanjem ljudskih prava i uglavnom - katastrofalno loših rezultata u njihovoj realizaciji.¹⁵ Sve intenzivnije korišćen model protivzakonitog ubijanja (organizovana, sračunata i ciljana ubistva) sa obe strane izraelsko-palestinskog konflikta, koji je obeležio 2001. i 2002. godinu, doveo je do porasta zabrinutosti zbog kršenja zakona, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. Ovaj put vodi samo u jednom pravcu - pravcu razmišljanja Thomasa Hobsa koji je kroz jednu metaforu u 16. veku, izrazio stanje, ili suštinu prirode u međunarodnim odnosima, a koja se može primeniti i na današnju, veoma kompleksnu situaciju: rat svih protiv svakog i života kao: usamljene, jadne, nevaljale, brutalne i kratkotrajne pojave. Drugo, potrebno je uložiti izuzetne napore da se kreira nov oblik globalnog političkog legitimiteta, onog koji može da se suoči sa razlozima - zbog čega se neke države često vide kao neko ko štiti samo svoje interese, ko je pristrastan, jednostran i neosetljiv. On mora da izazove osudu svih vrsta kršenja ljudskih prava bez obzira gde se ona događala, /nove mirovne pokušaje na Bliskom istoku, razgovore između Izraela i Palestine i preispitivanje politike prema Iraku, Iranu, Avganistanu i drugim državama). Ovo se ne može uskladiti sa povremenim ili pojedinačnim pokušajima da se kreira nova klima za ostvarenje mira, odnosno za oživotvorenje i zaštitu ljudskih prava, već mora da bude deo dugoročnog, kontinuiranog stavljanja akcenta na

¹⁵ *Ibid.*, Recimo, pravi uzrok ovog upadljivog raskoraka leži na drugom mestu - u tangentnom uticaju liberalnog međunarodnog poretka na regulisanje ekonomske moći i mehanizama tržišta. Liberalno međunarodno tržište se fokusira na ograničavanje zloupotrebe političke, a ne ekonomske moći. Ono ima malo (ili nimalo) sistemskih načina da se uhvati u koštac sa izvorima moći (osim političkih). Njegovi konceptualni resursi i vodeće ideje ne definišu i ne slede put ka samoodređivanju i autonomiji u ekonomskom domenu. On ne traži potporu u demokratskim pravima i obavezama izvan političke sfere. Otuda ne iznenađuje što liberalna demokratija i sve veća ekonomska nejednakost idu jedna uz drugu "ruku pod ruku". Tako kompleksne i različite priče o globalizaciji često ukazuju na potpunu kontradiktornost. S jedne strane, u poslednje tri decenije postoji upadljiva tendencija ka ekonomskoj globalizaciji u pravcu koji je trasirao jedan neregularan neoliberalni model praćen povećanjem mogućnosti izbora koje imaju korporativni i finansijski kapitali u pogledu korišćenja globalne radne snage i plasmana u sve većem broju država, kao i sve bržem reagovanju tržišta. Sve je ovo dovelo do pojave osećanja političke nesigurnosti i rizika, uz jasno označenu polarizaciju globalnih ekonomskih nejednakosti (kao i ozbiljne sumnje - da li uopšte postoji bilo kakva nada za najsiromašnije stanovnike naše planete?). S druge strane, postoji značajno utemeljivanje kosmopolitskih vrednosti koje se odnose na jednakost digniteta i vrednosti svih ljudskih bića, ponovno povezivanje međunarodnog prava i moralnosti, stvaranje regionalnih i globalnih sistema upravljanja i rastuće shvatanje da javna dobrobit, bez obzira da li se vidi kao finansijska stabilnost, zaštita životne sredine, ili globalni egalitarizam, zahteva koordiniranu multilateralnu akciju, ako želimo da se ona postigne na duže staze.

ovakvu međunarodnu politiku. Međunarodna zajednica mora stvarno biti zainteresovana za bezbednost i zaštitu ljudskih prava u svim regionima sveta i takav njen stav ne sme da predstavlja proizvod kratkotrajnih geopolitičkih ili geoekonomskih interesa.¹⁶

I konačno, mora da postoji opšteprihvaćena saglasnost da pitanja etike i pravičnosti, koja su nastala polarizacijom sveta u pogledu bogatstva, zarade i moći i kreirala ogromnu asimetriju u pogledu pružanja životnih mogućnosti i prilika, ne mogu da se prepuste pojedinačno tržištima da ih ona reše. Oni koji su najsiromašniji i najranjiviji, zarobljeni geopolitičkim situacijama koje su generacijama zanemarivale njihove ekonomske i političke zahteve, uvek će predstavljati plodno tlo za regrutovanje terorista. Projekat ekonomske globalizacije se mora povezati kako bi manifestovao principe socijalne pravde. Ovo će dovesti i do restrukturiranja aktivnosti na globalnom tržištu.¹⁷

Imanuel Kant je bio u pravu kada je rekao da se nasilno poništavanje zakona i pravde na jednom mestu kao rikošet prenosi na drugo. Mi ne možemo da prihvatimo teret da ispravljamo pravdu samo u jednoj dimenziji života - bezbednosti - a da u isto vreme ne tražimo način da je ispravimo u nekoj drugoj dimenziji. Samo takvo postupanje može da izvrši snažan uticaj ("Fidbek") na oživotvorenje postavljenih ciljeva. Sasvim suprotno, društveno-ekonomski poredak u kome određene države ili neke nacije trpe ogromnu štetu nezavisno od njihove volje i pristanka, neće naići na široku podršku i dobiti legitimitet. Ukoliko su društvena, politička i ekonomska dimenzija pravde razdvojene na duže vreme, kakva je tendencija danas u globalnom poretku, budućnost za mirno i civilno društvo će zaista biti mračna.¹⁸

U svakom slučaju, važno je da se afirmiše stav da se nikako ne sme umanjiti (srozati) moralni status svake jedinice na svetu i da se, pri tome, odbaci gledište moralnih sitničara po kome se individui, s obzirom da pripada određenoj zajednici, ograničava i određuje moralna vrednost i priroda njegove slobode. U centralnom delu ovakvog načina razmišljanja je kosmopolitsko gledište da se ljudska vrednost ne određuje geografskim i kulturnim lokacijama, niti da nacionalne, etničke ili definisane granice među državama i narodima određuju ograničenja u poštovanju ljudskih prava, ili odgovornosti za zadovoljavanje osnovnih ljudskih potreba, kao i da sva ljudska bića zaslužuju istu pažnju i poštovanje. Kosmopolitizam se zasniva na osnovnim principima jednakosti u pogledu digniteta i poštovanja prioriteta u pogledu zadovoljavanja osnovnih vitalnih

¹⁶ *Ibid.*, 261-262.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, 262.

potreba... Otuda, naša preokupacija pitanjem - šta je to što se zahteva za ostvarivanje potpune autonomije i razvoj svih ljudskih bića?

Kosmopolitski principi nisu načela neke utopijske zajednice, već su utemeljeni u značajnim dokumentima koji su usvojeni nakon Drugog svetskog rata: od Deklaracije UN o ljudskim pravima iz 1948. godine pa sve do Statuta Međunarodnog krivičnog suda iz 1998. godine. Mnoga od ovih dokumenata su nastala, tj. koncipirana kao odgovor na užasne pretnje čovečanstvu koji je dolazio, pre svega, od nacizama, fašizama i holokausta. Oni koji su stvarali ova dokumenta su, u stvari, ovakvim pristupom potvrdili važnost univerzalnih načela, poštovanja ljudskih prava i vladavinu zakona, iako postoji latentna opasnost, jaka iskušenja da se jednostavno od ovoga odustane, da se zatvore oči i brane pozicije pojedinačnih zemalja i pojedinih nacija. Reagovanje na novi oblik terorizma, otelotvoren u poslednjim događanjima bi moglo da sledi, sada, već trasiran put pomenutih dostignuća i da ojača naše multilateralne i međunarodne pravne institucije, ili će nas još više udaljiti od ovih, ionako krhkih rezultata i odvesti u svet pun antagonizma i još žešćih podela. Nažalost, nagoveštaji nisu ohrabrujući, ali još uvek nisu iscrpljene sve mogućnosti koje se nude.

Da zaključimo. Svaki građanin u svakoj zemlji na svetu ima pravo na život, slobodu i bezbednost. Ovo je posebna obaveza u međunarodnoj globalnoj zajednici u kojoj živimo. Nacije i države ne smeju da postanu raj za teroriste. Sa njima se treba uhvatiti u koštac sa demokratskim zakonskim procesom. Nacionalne i međunarodne obaveze moraju da budu tako utemeljene da ne dozvole ucenu terorista i njihovo blokiranje mirovnih procesa, kao i da ubrzaju ekstradicione postupke i da blokiraju svaku finansijsku podršku terorističkim organizacijama. Inicijative koje vode jačanju antiterorističke politike zahtevaju međunarodnu saglasnost i razumevanje takve politike i njenu usklađenost sa pitanjima zaštite ljudskih prava. Upravo, očekuje se da se poveća broj zemalja koje će potpisati Međunarodnu Konvenciju protiv terorizma. Svi građani zemalja potpisnica moraju da budu upoznati sa tekstom, primenom i implementacija ove politike, jer su oni ključni akteri (i davaoci i uživaoci) prava i digniteta.

Svaka država treba da vodi računa da izbalansira jaku bezbednosnu politiku i poštovanje građanskih sloboda. Osnovna premisa međunarodnog prava o terorizmu je da je to zločin protiv čovečnosti i teroristi su, s toga, "neprijatelji čovečanstva". Međunarodni koncepti pravde i pravičnosti moraju da budu sadržani u svakoj nacionalnoj antiterorističkoj politici. Zakoni o ekstradiciji moraju da se rigorozno primenjuju.¹⁹

¹⁹ D. Held, 265.

4. Zaključak

U Uvodu smo istakli da se u pristupu fenomenu terorizma, polazeći samo od njegovog spoljašnjeg određenja, pokazuje visok stepen teorijske nesaglasnosti. Recimo, radi se ovde o veoma složenom fenomenu o kome postoje jasno izražena oprečna mišljenja i o kome se razmišljanja uvek kreću u različitom smeru. Kada se insistira za prethodnoj konstataciji, onda se svakako mora insistirati i na sledećem: postoji pravo šarenilo među državama u pristupu ovom problemu, ali je tačno i to da te iste države mora da zauzmu jedinstven stav u odlučnoj borbi protiv njega. I to uvek iznova, istražujući tu permanentnu društveno-negativnu dimenziju ljudskog ponašanja, ukazujući uvek na nove i nove međusobne veze u kretanjima i modalitetima njenog manifestovanja.

Ovo treba potvrditi, jer daleko više od drugačijih načina vršenja krivičnih dela, terorizam intenzivira opasnost dela pri određenim uslovima. Posmatran kroz prizmu društvene stvarnosti, on je životna činjenica (sve češća i sve monstruoznija) u ispoljavanju kriminaliteta sa svojom osobenom pojedinačnom i kolektivnom štetnošću, pa stoga i posebna kategorija u krivično-pravnom smislu koja nužno mora da ima i određene specifičnosti. U našem zakonodavstvu ovo krivično delo se tretira čl. 312. KZS.

Dragana Petrović, Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

ETERNAL QUESTION OF THE MORALITY OF TERRORISM

Summary

This part of the text will be finished with the following commentary: in the background of this phenomenon i.e. under its “surface” and in opposition to it, are hidden stormy social and political currents, drastic turning points in them, different traditions, religious reasons, different

cultures,...Those who undertake terrorist acts tend to shape the world in their own mold, to overstep the existing system, they want to change the “code of history”. They do not have fixed limits in violence. Above all, they do not have limits in killing innocent people. Killing of the innocent is an important dimension of their distorted being. It is only a normal form of life for them. Unfortunately, by mutual stimulation of the unimagined technical development and progress of civilization, and by its mutual elimination at the same time, in a wide range of its rises and falls, this utterly deviant form of human behaviour, with all its features, undergoes a true explosion. Truly, it is hard to measure the real dimension of this problem.

However, one fact dominates all others as an inevitable conclusion: Terrorism is, as we have already pointed out, a phenomenon which affects all countries in the world. Because of that, they must realize that the fight against terrorism is their mutual priority. The process of stabilization and coordination can defeat the greatest evil of modern age. In fact, the development of an all-encompassing antiterrorist strategy, with maximum effort on national level (by supporting this objective by legislative framework in accordance with international standards) can produce tangible results. After all, in the last few years, the international community moves in that direction.

Key words: fear, threat, violence, destruction, religious extremism, criminality

КООРДИНАТИВНИ ЕФЕКТИ ВЕРТИКАЛНИХ КОНЦЕНТРАЦИЈА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт

У раду се анализирају координативни ефекти вертикалних концентрација, будући да вертикалне концентрације могу нарушити конкуренцију уколико се вертикалним повезивањем учесника затвара тржиште за нове конкуренте или се увећава вероватноћа усаглашавања учесника на тржишту. Аутор указује на то да вертикалне концентрације могу олакшати усаглашавање учесника на узводном тржишту када они продају своје производе учесницима на низводном тржишту, и истовремено се кратко осврће на економску анализу таквих ефеката. У раду се отуда даје приказ правила ЕУ која се односе на оцену координативних ефеката вертикалних концентрација и објашњавају услови под којима вертикално повезивање олакшава усаглашавање учесника на тржишту.

Кључне речи: *вертикалне концентрације, координативни ефекти, контрола концентрација, право конкуренције, ЕУ*

1. Уводне напомене

Вертикалним концентрацијама повезују се учесници на тржишту који послују на различитим нивоима истог производног ланца, односно учесници на тржишту унутар различитих, сукцесивних фаза пословне активности у једном вертикалном ланцу. Учесници у вертикалној концентрацији јесу тржишни учесници који не послују у истој грани делатности и који нису директни конкуренти, јер послују на различитим тржиштима и имају различите положаје у ланцу производње, тако да је циљ ове врсте концентрација

¹ Истраживач сарадник, Институт за упоредно право у Београду, mail: ivanaracic12@gmail.com

обезбеђење непрекидности тог ланца. Вертикалне концентрације се, дакле, реализују између учесника на тржишту који се налазе у односу продавац–купац: један од њих је произвођач, односно добављач, а други је купац одређеног производа.²

Иако све концентрације подлежу јединственој контроли и на њих се примењује исти тест за оцену допуштености, приликом оцене ефеката концентрација примењују се посебна правила за оцену хоризонталних и нехоризонталних концентрација, јер се разликују и механизми којима различите врсте концентрација утичу на стварање неконкурентних тржишних структура и тиме на конкуренцију. Хоризонталне концентрације непосредно утичу на стварање неконкурентних тржишних структура, директним умањивањем конкуренције на тржишту (смањивањем броја конкурената), а вертикалне концентрације могу посредно да утичу на конкуренцију, првенствено ограничавањем приступа инпутима и ограничавањем приступа купцима. Успостављањем баријера уласку на тржиште, односно контролом процеса уласка на тржиште, учесници у вертикалној концентрацији могу на тај начин предупредити конкуренцију, односно могу затворити тржиште за нове конкуренте. Због тога се вертикалне концентрације, заједно са конгломератским концентрацијама, сврставају у тзв. нехоризонталне концентрације, будући да на другачији начин могу угрозити конкуренцију на тржишту од хоризонталних концентрација.

У праву Европске уније отуда постоје посебне Смернице за оцену хоризонталних концентрација и Смернице за оцену нехоризонталних концентрација, које је донела Европска комисија и које Европска комисија примењује приликом испитивања концентрација.³ Иако нису правно обавезујуће, смернице су веома битне за оцену концентрација и за примену правила о контроли концентрација, будући да се у њима огледа повратни утицај праксе

² Хоризонталним концентрацијама се повезују директни конкуренти на тржишту, односно учесници на тржишту који нуде исте или заменљиве производе на одређеном географском подручју. Реч је о концентрацијама између конкурената, који послују у истој грани делатности, односно на истом нивоу ланца производње или промета. Конгломератске концентрације, као трећа врста концентрација, дефинишу се негативно – као концентрације које нису ни хоризонталне ни вертикалне, пошто су учесници у конгломератској концентрацији учесници на тржишту који послују на различитим, међусобно неповезаним тржиштима, између којих нема хоризонталног или вертикалног преклапања. Учесници у конгломератској концентрацији, дакле, нису конкуренти и не налазе се у односу купац–продавац, већ су учесници на тржишту који послују у различитим привредним гранама.

³ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (O.J., бр. С. 31/2004, даље у тексту: Смернице за оцену хоризонталних концентрација); Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (O.J., бр. С. 265/2008, даље у тексту: Смернице за оцену нехоризонталних концентрација).

Европске комисије и судова ЕУ на утврђивање критеријума за оцену концентрација и на доношење прописа о контроли концентрација. У смерницама су утврђени и услови за оцену координативних ефеката (вертикалних) концентрација, па се у раду указује на правила која постоје у праву ЕУ која дају важне одговоре на питања у вези са анализом ефеката вертикалних концентрација, а у складу са захтевима судова о пружању уверљивих доказа о угрожавању конкуренције, што се може видети у одлукама које је Европска комисија донела након усвајања Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

2. Врсте и ефекти вертикалних концентрација

Спровођењем вертикалних концентрација, учесници на тржишту проширују делатност свог пословања на сукцесивно повезане фазе у производњи, а у зависности од тога да ли се ради о укључивању у активности које претходе или следе у ланцу производње, могу се разликовати тзв. концентрације узводно и концентрације низводно.

Када се стицалац контроле укључује у активности које претходе његовој делатности и повезује се са учесником на тржишту који се у ланцу производње налази узводно, тј. даље од крајњег потрошача, такво повезивање се описује као концентрација узводно (*upstream*), а тржиште на којем послује циљно друштво тада се назива узводно тржиште (*upstream market*). Циљно друштво се у овом случају посматра као тржишни учесник (произвођач или добављач) од којег се купују производи ниже фазе обраде и одређени финални производи. Када се стицалац контроле укључује у активности које следе његовој делатности и повезује са учесником на тржишту који се у ланцу производње налази низводно, тј. ближе крајњем потрошачу, таква концентрација се сматра концентрацијом низводно (*downstream*), а тржиште на којем послује циљно друштво се отуда назива низводно тржиште (*downstream market*). Циљно друштво је у овом случају у положају тржишног учесника од којег се купују производи више фазе обраде или које пружа услуге транспорта, одржавања, дистрибуције (продаје), маркетинга и сл.

Вертикалним концентрацијама се остварују бројне користи за учеснике на тржишту и за друштво у целини, али оне истовремено могу изазвати и одређене штетне ефекте који се огледају у нарушавању конкуренције које последично води умањењу економске ефикасности и губитку друштвеног благостања. Највећа претња

вертикалних концентрација за конкуренцију јесте опасност од затварања тржишта услед искључења потенцијалних конкурената, односно онемогућавања приступа тржишту новим конкурентима (енг. *foreclosure*). Контролом снабдевања и контролом канала продаје, односно дистрибуције, учесници у вертикалној концентрацији могу онемогућити или отежати улазак на тржиште новим конкурентима, и тиме нарушити конкуренцију. Реч је о унилатералним или некоординисаним ефектима концентрација (*unilateral, non-coordinated effects*), који се јављају због стицања, односно јачања тржишне моћи учесника у концентрацији и слабљења конкурентских притисака који су постојали пре концентрације, будући да након концентрације нестане значајан конкурент са тржишта.

Међутим, вертикалне концентрације могу имати и негативне ефекте који се огледају у стварању услова за лакше међусобно усаглашавање тржишних учесника и за закључивање рестриктивних споразума између њих, пошто се, повезивањем учесника, након концентрације умањује број конкурената на тржишту (*координативни или координисани ефекти*, енг. *coordinated effects*). Након концентрације се увећава вероватноћа настанка и одржавања картела, односно било којег облика дослуха између учесника на тржишту (изричитог, прећутног, усаглашене праксе), јер се смањују трошкови њиховог успостављања и надзора.

Координативни ефекти концентрација настају у ситуацијама када се након концентрације увећава вероватноћа усаглашавања учесника на тржишту у погледу повећања цена, промене обима производње, поделе тржишта и сл., и када учесници у концентрацији нису у могућности да нпр. једнострано повећају цене, већ то чине у дослуху за осталим учесницима на тржишту. Исход скривеног дослуха (нпр. повећање цена, ограничавање обима производње) исти је као исход изричитог дослуха, односно картела, будући да се учесници скривеног дослуха понашају као да постоји експлицитан споразум.

3. Утврђивање координативних ефеката

У литератури постоје одређена мишљења, која изражавају припадници Чикашке школе (*Chicago School*), да вертикалне (као и конгломератске) концентрације не могу угрозити конкуренцију и да их због тога не треба забрањивати, посебно зато што значајно увећавају економску ефикасност.⁴ Дилема се нарочито односи

⁴ В. Н. Н. Bork, *The Anitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, Free Press, New York 1993, 226 и даље.

на координативне ефекте концентрација, јер се указује на то да вертикалне концентрације могу имати само унилатералне ефекте и да не могу утицати на усаглашавање учесника на тржишту. Међутим, оваква мишљења се не могу прихватити, јер је контрола вертикалних концентрација ипак потребна због њихових потенцијалних негативних ефеката на конкуренцију – као што и хоризонталне концентрације могу увећати ризик усаглашеног деловања учесника на тржишту, тако и вертикалне концентрације могу олакшати стварање дослуха, посебно између тржишних учесника на узводном тржишту.

То значи да и вертикалне концентрације могу угрозити конкуренцију на овај начин, иако веома ретко, што је у својој пракси потврдила и Европска комисија. Због тога ће се у раду указати на неке од најважнијих критеријума које Европска комисија примењује приликом оцене координативних ефеката вертикалних концентрација. Правила која се примењују приликом оцене координативних ефеката хоризонталних концентрација важе и за оцену нехоризонталних концентрација, а приликом оцене вертикалних концентрација посебну пажњу је потребно обратити на повећање симетрије на тржишту након концентрације, повећање транспарентности тржишта и уклањање „отпадника“ на тржишту, односно купца који ремети усаглашавање учесника на тржишту.

Приликом анализе координативних ефеката, Европска комисија мора да утврди: 1) да ли је могуће усклађено деловање и 2) да ли је такво деловање одрживо.⁵ Потребно је, дакле, проценити се да ли ће концентрација учинити усаглашавање учесника на тржишту изводљивим и одрживим. На овај начин се утврђује да ли промена тржишне структуре услед концентрације повећава ризик (вероватноћу) усаглашавања које би тржиште учинило мање конкурентним него што би било пре концентрације.

1) *Могућност постизања договора* о условима усклађеног деловања зависи од више чинилаца, на основу којих се у сваком конкретном случају процењује да ли је усаглашавање конкурената на тржишту могуће. Један од најважнијих чинилаца који утиче на усаглашавање јесте број конкурената на тржишту, односно тржишна концентрација. Што је број конкурената мањи, олакшава се њихово усаглашавање, јер се лакше превазилазе тешкоће у координисању понашања.⁶ Истовремено, што је мањи број конкурената, смањују се трошкови постизања и одржавања постигнутог договора и

⁵ Чл. 42. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

⁶ В. чл. 83. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

повећава транспарентност тржишта (трошкови преговарања и надзора понашања осталих конкурената). Важно је истовремено и да ли су конкуренти симетрични у погледу тржишних удела, структуре трошкова, величине капацитета, вертикалне повезаности и сл. Уколико концентрацијом настају конкуренти приближно исте величине и снаге, лакше је постићи договор о условима усаглашавања, а ако постоји асиметрија на тржишту, мања је вероватноћа да ће се постићи договор о условима усаглашавања.⁷

Приликом оцене координативних ефеката, потребно је обратити пажњу на тржишног учесника који је у прошлости спречавао, реметио или раскидао заједничко деловање (тако што нпр. није повећавао цене када су то радили његови конкуренти) или који због својих карактеристика има подстицај да буде склон стратешким изборима који се разликују од избора које би извршили конкуренти (тзв. отпадник, енг. *maverick firm*).⁸ Овакав тржишни учесник би се тешко могао убедити да учествује у усаглашавању на тржишту, односно да прихвати услове дослуха или би могао постављати услове који су неприхватљиви за остале учеснике. Могао би одредити и ниже цене од „договорених“ цена, што би такође отежало постизање споразума или би допринело подривању постигнутог договора.

Отпадником се означава тржишни учесник који не следи уобичајене тржишне токове, па се због тога сматра веома активним или агресивним учесником на тржишту који ствара снажан конкурентски притисак на остале учеснике и отуда их спречава да повећају цене својих производа. То значи да присуство овог учесника на тржишту отежава усаглашавање и тиме умањује вероватноћу да ће доћи до координативних ефеката након концентрације. Уколико се вертикалном концентрацијом, због асиметрије на тржишту, ствара учесник који би могао одступати од пословних политика свих конкурената, онда таква концентрација може умањити вероватноћу стварања дослуха.⁹ Међутим, уколико „недисциплиновани“ учесник на тржишту учествује у концентрацији, увећава се вероватноћа да ће доћи до усаглашавања и до негативних ефеката концентрације.¹⁰

2) *Одрживост усаглашавања* односи се на могућност учесника на тржишту да одрже дослух договором да ће свако изигравање дослуха бити на неки начин кажњено, с тим што казна

⁷ В. чл. 84. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

⁸ „Отпадник“ је правно-технички израз који се користи у праву конкуренције за недисциплинованог учесника картела, односно за субјекта који учествује у рестриктивном споразуму, али тај споразум крши. В. М. Cerovac, Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja, 2010, <http://www.aztn.hr/uploads/documents/tjenik.pdf>, 2.03.2013, 102.

⁹ J. Church, „Vertical Mergers“, Issues in Competition Law and Policy – Vol. 2 (eds. Wayne D. Collins et al.), ABA Section of Antitrust Law, Chicago 2008, 1492.

¹⁰ В. чл. 85. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

мора бити довољно строга, а њена примена вероватна да одврати учеснике на тржишту да одступе од дослуха у циљу остваривања краткорочног профита. Уколико се изигравање дослуха може лако открити и уколико се учесници који изиграју дослух могу казнити, онда се умањује могућност изигравања дослуха, јер учесници у дослуху сматрају да им је тада профитабилније да се придржавају договорених услова, него да изигравањем дослуха остваре краткорочни профит.¹¹

Одрживост усаглашавања је важна оцену координативних ефеката, јер вероватноћа постизања договора не значи да би постигнути договор и опстао, будући да дослух карактерише инхерентна нестабилност. Наиме, учесници у дослуху су суочени са противречним подстицајима: с једне стране, мотивисани су да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослух и повећају обим производње (уз истовремено смањење цена) како би максимизовали сопствени профит.¹²

Да би се дослух сматрао одрживим, потребно је испунити следеће услове: прво, учесници у дослуху морају бити способни да прате испуњавање услова координације; друго, дисциплиновано понашање учесника у дослуху захтева постојање веродостојног превентивног механизма који се може активирати ако се открије одступање од усклађеног деловања (уверљива претња или казна); треће, реакције учесника на тржишту који не учествују у дослуху (садашњи и будући конкуренти, купци) не би требало да угрозе постизање очекиваних резултата усклађеног деловања.¹³

Први услов се односи на транспарентност тржишта и на могућност учесника у дослуху да прате понашање других учесника у погледу цена или обима производње. Тржиште мора бити довољно транспарентно да омогући учесницима дослуха надзор над осталим учесницима како би знали да ли њихово понашање одступа од договореног и да ли могу да их казне. Уколико тржиште није довољно транспарентно, дослух вероватно не би био одржив, јер учесници у

¹¹ „Кажњавање“ недисциплинованих учесника у дослуху би требало шире тумачити, јер се механизми кажњавања не морају нужно односити на кажњавање појединачних учесника који су изиграли дослух. Иако је уобичајена казна за изигравање дослуха раг ценама („освета“ или „одмазда“ осталих учесника), некада је и само очекивање да се дослух неће одржати довољна претња, која у том случају превентивно делује. В. чл. 70, фн. 52. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹² Дослух се изиграва повећавањем обима производње (понуде) изнад дозвољеног, односно договореног, што доводи до успостављања нове, равнотежне цене. Да би се увећани обим производње реализовао на тржишту, договорена цена се неминовно мора смањити, што последично доводи до смањења профита свих учесника у дослуху.

¹³ Чл. 81. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

дослуху имају подстицај да га изиграју, будући да остали учесници вероватно неће открити такво њихово понашање.

Транспарентност тржишта зависи од више чинилаца, као што су број учесника у дослуху, њихова способност да посматрају тржишне трансакције, начин на који се тржишне трансакције обављају на тржишту, карактеристике тржишта и др. Тако се транспарентност нпр. повећава што је мањи број учесника у дослуху, јер се олакшава праћење понашања учесника на тржишту.¹⁴

Већа размена информација доприноси транспарентности тржишта и опстанку дослуха, тако да се учесници на тржишту могу усаглашавати и на тржиштима на којима је отежано праћење понашања осталих учесника, ако имају могућности да разменом информација побољшају надзор над спровођењем постигнутог договора. Размена информација се остварује на састанцима, добровољним објављивањем података (у различитим информативним публикацијама, као што су каталози или брошуре, или у извештајима о раду), објављивањем или разменом података путем пословних удружења, уговарањем клаузуле најповлашћенијег купца, путем структурне повезаности (на основу персоналних веза, учешћем у заједничком улагању) и др.

У случају вертикалних концентрација, транспарентност тржишта се увећава омогућавањем приступа осетљивим пословним информацијама о конкурентима на низводном и узводном тржишту или олакшавањем надзора над ценама.¹⁵ Када је нпр. транспарентност цена на низводном тржишту већа од транспарентности цена на узводном тржишту (ако су цене производа које купују крајњи потрошачи јавне, а међутржишне трансакције поверљиве, односно тајне), вертикално повезивање омогућава произвођачима на узводном тржишту да контролишу крајње цене и на тај начин делотворно прате понашање конкурената на узводном тржишту и евентуално њихово одступање од дослуха, будући да од учесника на низводном тржишту са којим су вертикално повезани могу добити информације о ценама, односно о условима које добављачи постављају на низводном тржишту.

Други услов за одржање дослуха односи се на постојање механизма којим се учесници у дослуху одвраћају од његовог изигравања, односно на могућност кажњавања учесника који изиграју

¹⁴ В. чл. 87. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

¹⁵ В. чл. 86. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација. Више М. Н. Riordan, S. C. Salop, „Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach“, *Antitrust Law Journal* 2/1995, 557-561; J. Church, 1491-1492; U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford University Press, New York 2009, 373-374

дослух. Пошто дослух није одржив ако последице изигравања дослуха нису довољно тешке да увере учеснике да је у њиховом интересу да се придржавају утврђених услова, претња будућом казном мора бити веродостојна, брзо остварљива (правовремена) и ефикасна.

Претња се сматра веродостојном ако учесници у дослуху са сигурношћу могу закључити да ће механизми кажњавања бити примењени, што значи да им прети стварна опасност од одређене врсте казне („освете“) у случају изигравања дослуха. При томе, није неопходно да се тачно зна која врста казне би се извршила, јер је довољно да су учесници у дослуху свесни да им се због казне не исплати да изиграју дослух на штету осталих учесника.¹⁶ То значи да претња мора бити ефикасна, односно да сама могућност извршења казне мора дестимулисати учеснике у дослуху да од њега одступе, јер ће у случају кажњавања остварити велике губитке који се не могу надокнадити профитом који би остварили изигравањем дослуха. Брзо извршење казне такође може одвратити учеснике од изигравања дослуха, јер уколико учесници знају да ће казна уследити одмах након изигравања, неће ни одступати од договора. Међутим, ако се зна да ће казна бити извршена тек након протеча знатног периода или ако није сигурно да ће уопште бити извршена, претња казном неће бити довољна да одврати учеснике од изигравања дослуха.¹⁷

Веродостојност претње зависи и од подстицаја осталим учесницима за кажњавање „недисциплинованог“ учесника, будући да неки механизми кажњавања, као што је рат ценама или повећање обима производње, могу створити велике губитке за учеснике који врше одмазду. Зато су за кажњавање мотивисани они учесници који могу да издрже рат ценама, тј. они учесници који су ефикаснији од учесника који се кажњавају. Учесници у вертикалној концентрацији се могу наћи у ситуацији да делотворно казне „недисциплинованог“ учесника на тржишту, јер су они кључни купци или добављачи „недисциплинованог“ учесника.¹⁸ На тај начин вертикалне концентрације увећавају подстицаје учесницима на тржишту да се придржавају постигнутих услова дослуха.

Трећи услов одрживости дослуха односи се на малу могућност постојећих и могућих конкурената и потрошача да угрозе резултате постигнутог договора. Да би усаглашавање било успешно, реакције потрошача, односно купаца и учесника на тржишту који не учествују

¹⁶ G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, New York 2007, 321.

¹⁷ В. чл. 52-53. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

¹⁸ В. чл. 88. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

у дослуху не би требало да угрозе очекиване резултате дослуха. Уколико је циљ дослуха нпр. смањење обима производње, дослух ће оштетити потрошаче само ако остали учесници на тржишту нису у могућности или ако немају подстицај да повећаним коришћењем својих капацитета реагују на смањење обима производње тако што ће овакво смањење спречити или га бар учинити непрофитабилним.¹⁹ Зато је важан утицај који чиниоци, као што су улазак нових конкурената на тржиште, тржишна моћ учесника на тржишту који не учествују у дослуху или супротстављена снага купаца, имају на стабилност дослуха. Улазак нових учесника на тржиште може нпр. бити ограничен тако што се вертикалном концентрацијом успостављају баријере уласку на тржиште или се на други начин умањује конкурентска способност нових учесника.²⁰

Супротстављена снага купаца огледа се у могућности великог купца да концентрише све своје куповине на једног добављача или да понуди закључивање дугорочних уговора, и на тај начин дестабилизује дослух, подстичући неке од конкурентних учесника у дослуху да одступе од дослуха и постигну са њим договор. У случају вертикалних концентрација, преузимање оваквог снажног купца може представљати посебну опасност, јер такво повезивање може олакшати усаглашавање преосталих учесника на тржишту, уколико се ради о тржишном учеснику који је веома важан купац за добављача на узводном тржишту (нпр. због обима продаје добављача) и ако је доказано да је купац у прошлости био способан да ремети усаглашавање учесника на тржишту и спречи повећање цена (енг. *disruptive buyer*).²¹ Повезивањем са снажним купцем (на низводном тржишту) који би иначе могао да ремети дослух олакшава се усаглашавање учесника на узводном тржишту, јер се тиме уклањају међусобни конкурентски притисци који су постојали пре концентрације.²²

4. Закључна разматрања

На основу досадашњег излагања може се закључити да вертикалне концентрације могу имати координативне ефекте и да на тај начин могу нарушити конкуренцију. Ипак, овакве концентрације

¹⁹ В. чл. 56. Смерница за оцену хоризонталних концентрација.

²⁰ В. чл. 89. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација.

²¹ В. чл. 90. Смерница за оцену нехоризонталних концентрација. Више J. Church, 1489-1491.

²² Постојање снажног купца који ремети стварање дослуха потребно је утврдити и приликом оцене могућности постизања дослуха, јер се овакав купац може посматрати и као отпадник на тржишту (енг. *maverick firm*).

су у пракси изузетно ретке и мање су опасне по конкуренцију од хоризонталних концентрација, тако да оне у већини случајева јачају конкуренцију на тржишту. Овакве закључке потврђују и економске анализе координативних ефеката вертикалних концентрација које су извршене у појединим академским радовима.²³

Економска анализа показује да се након вертикалне концентрације смањује број продајних места на којима учесници на узводном тржишту (који учествују у дослуху) могу да продају своје производе уколико изиграју дослук, због чега изигравање дослуха постаје непрофитабилно, а сâм дослук стабилнији услед умањења подстицаја да се дослук изигра (енг. *outlets effect*). Због смањења броја купаца на низводном тржишту, односно смањења величине низводног тржишта, умањује се профит произвођача (продаваца) на узводном тржишту, јер када произвођач, као учесник на узводном тржишту, одлучи да изигра дослук, он не може профитабилно да прода своје производе свим учесницима на низводном тржишту, јер су неки од учесника на низводном тржишту повезани са његовим конкурентима на узводном тржишту.²⁴

Међутим, вертикалне концентрације могу имати и противречне подстицаје да се изигра дослук, тако да у одређеним случајевима могу умањити стабилност дослуха. Учесник у вертикалној концентрацији који послује на узводном тржишту има подстицај да изигра дослук између учесника на том тржишту, јер зна да га остали учесници у дослуху не могу строго казнити, пошто он може остварити профит преко учесника на низводном тржишту са којим је повезан (енг. *punishment effect*). На овај начин вертикална концентрација може увећати подстицаје учеснику у вертикалној концентрацији да изигра дослук и тиме допринети нестабилности дослуха, јер је теже казнити „недисциплинованог“ учесника у дослуху који је истовремено вертикално повезан са учесницима на низводном тржишту него неког другог учесника на узводном тржишту који би изиграо дослук.²⁵

Пошто се у наведеним случајевима ради о ефектима са различитим смером деловања, процењује се да је релативна снага ефеката који увећавају вероватноћу стварања дослуха, односно који

²³ Опширније V. Nocke, L. White, „Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?“, *American Economic Review* 4/2007, 1321 и даље; H. Normann, „Vertical Integration, Raising Rivals' Costs and Upstream Collusion“, Preprint 2008/30 (Max Planck Institute for Research on Collective Goods), 1 и даље; P. Belleflamme, M. Peitz, *Industrial Organization: Markets and Strategies*, Cambridge University Press, New York 2012, 463-465; U. Schwalbe, D. Zimmer, 373.

²⁴ B. V. Nocke, L. White, 1322 и 1336.

²⁵ Ibid.

доприносе стабилности дослуха већа од снаге ефеката који отежавају дослух, па се може закључити да вертикалне концентрације ипак могу олакшати закључивање рестриктивних споразума након концентрације и тиме нарушити конкуренцију. То значи да се приликом оцене вертикалних концентрација мора водити рачуна и о њиховим координативним ефектима. Правила ЕУ о концентрацијама отуда пружају важне критеријуме за оцену координативних ефеката вертикалних концентрација и у том погледу представљају значајне смернице за Европску комисију, али и за Комисију за заштиту конкуренције Републике Србије.

Ivana Rakić, LL.M

Research Assistant

Institute of Comparative Law, Belgrade

COORDINATED EFFECTS OF VERTICAL CONCENTRATIONS IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

In this article the author focuses on the coordinated effects of vertical concentrations, because vertical concentrations can be anticompetitive if they result in either foreclosure or enhanced coordination. The author points out that some vertical concentrations might facilitate upstream collusion among producers when selling to downstream firms, and gives short review of the economics of such effects. Therefore, the article reviews some of the provisions of the EU law concerning the coordinated effects of vertical concentrations and provides conditions under which vertical integration facilitates collusion between undertakings.

Keywords: vertical concentrations, coordinated effects, merger control, competition law, EU

САНКЦИЈЕ ЗА НЕОБЈАВЉИВАЊЕ ОБАВЕЗНЕ ПОНУДЕ ЗА ПРЕУЗИМАЊЕ

Апстракт

Свака држава преузима обавезу да обезбеди несметано функционисање тржишта, што изискује да нормирани односи буду праћени одговарајућом санкцијом за лица која поступе противно предвиђеним правилима. Право преузимања спада у подручје где је посебно значајно одредити адекватне санкције. Санкционисање у овој области доноси сукоб потребе заштите акционара циљног друштва, као и шире друштвене заједнице, са уливом у имовинска права преузимаоца. У раду је пажња усмерена на ситуације када није испуњена обавеза објављивања понуде за преузимање. Наведене су најчешће санкције, са акцентом на губитак права гласа у циљном друштву по основу неиспуњавања законских обавеза. Посебан осврт је дат на одлуку Уставног суда Хрватске о сразмерности дате санкције циљу законодавних решења. На основу тога испитано је какав је положај прописа о преузимању Републике Србије.

Кључне речи: *право преузимања, обавезна понуда за преузимање, санкције, сразмерност.*

1. Уводна разматрања

Стабилност и предвидљивост правних односа нужан су услов за развијање поштене и законите тржишне утакмице. Свака земља настоји да регулише питања од значаја за положај учесника на тржишту и да обезбеди услове да се послови одвијају на транспарентан и сигуран начин. Међутим, није довољно само прописати одговарајућа правила, већ је неопходно да постоје адекватни механизми санкционисања у случају њихове повреде.

¹ Истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд, mail: avisekruna@gmail.com

Право преузимања је област која се у последњих неколико деценија све више развија² и која представља значајан аспект остваривања јединственог тржишта на нивоу Европске уније.³

Због потребе за уједначеним правилима која би олакшала преузимање и изван националних оквира, на нивоу ЕУ је усвојена посебна директива.⁴ Њено доношење се дуго одлагало због различитих ставова око најбољег приступа уређивању института преузимања.⁵ На крају је, као резултат компромиса, нормирање појединих питања препуштено државама чланицама, уз обавезу поштовања основних стандарда постављених Директивом.⁶

На националном нивоу, имплементација Директиве је извршена доношењем посебних прописа који обезбеђују остваривање њених основних начела, пре свега заштите акционара циљног друштва.⁷ У том циљу установљена су бројна правила која треба испоштовати приликом спровођења преузимања, а чије кршење повлачи различите санкције, зависно од тога који правни систем посматрамо.⁸

² Питање развоја права преузимања може се посматрати кроз фазе које се сликовито описују као таласи (енг. takeover waves). То су одређени обрасци у погледу броја и укупне вредности трансакција у праву преузимања током времена. Почетак сваког таласа се поклапа са бројним економским, политичким и регулаторним променама. У почетку је овај феномен био искључиво везан за право САД (још од краја XIX века), да би се од шездесетих година XX века почели појављивати подаци о преузимању и у европском праву. За више в. М. Martynova, L. Renneboog, „A Century of Corporate Takeovers: What Have We Learned and Where Do We Stand?“, *Journal of Banking and Finance*, 2008 и ECGI - Finance Working Paper 97/2005, 5-7.

³ Потреба за доношењем прописа у области преузимања као предуслов стварања ефикасних и интегрисаних финансијских тржишта наглашена је и на састанку Европског савета у марту 2000. године. В. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm, 17.1.2014.

⁴ Директива о понудама за преузимање из 2004 – Директива (Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, Official Journal No L 142), 12-23.

⁵ За историјат Директиве в. К. Hopt, „Takeover regulation in Europe — The battle for the 13th directive on takeovers“, *Australian Journal of Corporate Law*, 15 (2002), 1-18.

⁶ Принципи постављени у Директиви засновани су на два основна циља: а) хармонизацији и б) заштити акционара. Директива је ab initio била у немогућности да оствари први циљ, јер оставља основне принципе на дискрециону оцену државама чланицама које ће донети детаљна правила у складу са својим разноликим националним системима и културама што води ка дехармонизацији. Ј. Mukwiri, *Takeovers and the European Legal Framework: A British Perspective*, Routledge-Cavendish, Oxon 2009, 13.

⁷ Основна начела европског права преузимања одређена су у чл. 3, ст. 1 Директиве. У нашем праву начела су уређена у чл. 3 Закона о преузимању акционарских друштава – ЗОП, Службени гласник РС, бр. 46/2006, 107/2009 и 99/2011.

⁸ О поступку преузимања у српском праву в. Н. Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 511-515.

2. Санкције у праву преузимања

2.1. Повод за примену санкција

Поступак преузимања се састоји од три фазе: покретање, главна фаза и окончање.⁹ Посебна пажња се поклања обавези објављивања понуде за преузимање (*mandatory bid*) када се пређе одређени праг капитал учешћа за који се узима да даје контролу над циљним друштвом.¹⁰ Иако општеприхваћен у Европи, институт обавезне понуде је предмет бројних контроверзи које преиспитују његову оправданост.¹¹ Обавезна понуда се посматра као једно од основних средстава за заштиту мањинских акционара у циљном друштву, пружањем прилике акционарима да изађу по правичној цени.¹² Стицањем контролног блока од стране преузимаоца акционари који преостају у друштву се налазе у незавидном положају јер контролни акционар може променити пословну политику друштва и дефинисати друге стратешке циљеве.¹³ Међутим, иако је *ex post* (тј. након стицања контроле) положај мањинских акционара бољи услед постојања обавезне понуде, *ex ante* она неизбежно доводи до смањења броја трансакција (*value-increasing transactions*).¹⁴

Повод за изрицање санкција могу бити необјављивање понуде, недостаци у тексту понуде, објављивање понуде без одобрења надлежног тела и сл. У овом раду биће обрађено питање санкционисања када се не објави понуда за преузимање.

⁹ G. Barsi, *Les OPA en France*, Nathan, Paris 1988, 47. Наведено према: Н. Јовановић, 511.

¹⁰ Обавеза објављивања понуде за преузимање уведена је чл. 5, ст. 1 Директиве.

¹¹ За разлику од европског, америчко право не познаје обавезну понуду за преузимање (изузетак су Пенсилванија и Мејн). У овом правном систему принцип једнакости акционара у поступку преузимања се постиже путем захтева једнакости у погледу услова и ефеката понуде. За више в. А. Cahn, D. C. Donald, *Comparative company law: Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, New York 2010, 773. О споровима о оправданости обавезне понуде у америчком праву в. Р. Петрикић, „Правни режим преузимања друштава у Европи“, *Право и привреда* 5-8/2000, 221.

¹² Увођење обавезне понуде правда се тиме да тако нико не може да оствари контролу над друштвом, а да не омогући излазак мањинским акционарима (*exit rationale*), као и да им не понуди контролну премију, тј. не плати свим акционарима подједнако правичну цену (*control premium rationale*). Такође, обавезна понуда пружа акционарима могућност да донесу одлуку о продаји без икаквих притисака и спречава их да продају акције по нижој цени него што би то иначе учинили из страха да ће остати мањински акционари у циљном друштву без могућности излаза (*undistorted choice rationale*). Peter Böckli et al., „Response to the European Commission’s Report on the Application of the Takeover Bids Directive“, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* 5/2014, 2-3.

¹³ Р. Петрикић, 220. На тој линији стоје и неки други аутори који сматрају да положај акционара не угрожава промена контроле сама по себи већ да заштиту треба пружати када дође до промене пословне стратегије. В. J. L. Hensen, „The Directive on takeover bids unwanted harmonisation of corporate governance“, *LSN Research Paper Series* 10-18, 32.

¹⁴ L. Enriques, „The Mandatory Bid Rule in the Takeover Directive: Harmonization Without Foundation“, *European Company and Financial Law Review* 4/2004, 448.

2.2. Директива о понудама за преузимање – основ за увођење санкција

Проблематика врсте и обима санкција у праву ЕУ спада у ред питања чије је уређивање у основи препуштено државама чланицама. Чланице имају обавезу да уведу санкције и предузму неопходне кораке да их спроведу, али им је остављена значајна слобода у погледу нормирања овог института док год се руководе основним захтевима из Директиве.¹⁵ Уведене санкције морају бити правичне, сразмерне и одвраћајуће.¹⁶

2.3. Врсте санкција

Упркос различитим решењима у националним правима, уочава се да су најчешће мере против прекршиоца губитак права гласа, новчана казна, обавеза накнаде штете и обавеза објављивања понуде за преузимање.¹⁷ Адекватно санкционисање ће постојати само ако се и са аспекта обима и са аспекта трајања санкције оствари сврха њеног прописивања, а да се учиниоцу не намећу терети који превазилазе ту сврху.

2.3.1. Губитак права гласа

Губитак права гласа као санкција се јавља у две варијанте – строжа је губитак права гласа за све акције које се поседују, а блажа губитак права гласа само за акције преко процента који иницира обавезну понуду.¹⁸ Бројним земљама овај вид санкционисања није непознаница и то у својој строжој варијанти,¹⁹ а нека права проширују

¹⁵ Све директиве компанијског права могу се сврстати у четири генерације. Директива о понудама за преузимање (тзв. Тринаеста директива компанијског права) припада последњој генерацији коју чине директиве донете након 1995. године. Ови акти спадају у тзв. „оквирне“ директиве (енг. framework directives) које карактерише исказивање циљева и општих принципа које државе чланице даље разрађују кроз националне прописе. Тиме се чланицама пружа прилично велика слобода у избору адекватног начина имплементације ових прописа. Т. Papadopoulos, *EU Law and the Harmonization of Takeovers in the Internal Market*, Kluwer Law International, Netherlands 2010, 37-39.

¹⁶ Директива, чл. 17.

¹⁷ Marccus Partners, Centre for European Policy Studies, *The Takeover Bids Directive Assessment Report*, Brussels, 2012, 262, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/study/study_en.pdf, 15.1.2014.

¹⁸ В. Радовић, „Обавезна јавна понуда за куповину акција циљне компаније“, *Правни живот* 11/2004, 117.

¹⁹ Губитак права гласа из свих акција предвиђају нпр. Хрватска, Немачка, Аустрија, Шпанија, Чешка, Летонија, Холандија, Италија, Пољска, Бугарска. За блажу санкцију су се определиле Грчка и Француска, а ово решење је познавала и Србија до измена ЗОП из 2011. године.

дејство санкције везане за губитак права из акција и ван одузимања права гласа.²⁰

Строжа варијанта је интересантна јер се губи право гласа из свих акција које стицалац поседује у циљном друштву, независно од времена и основа стицања. То намеће питање има ли оправдања за овако строге мере и да ли је задовољен захтев сразмерности постављен Директивом. Потребно је пронаћи равнотежу између тежње да се остваре начела и циљеви права преузимања, а да се не наруше основна имовинска права лица које мора да учини понуду. Стога у многим прописима о преузимању који заговарају строжу варијанту, постоје корективи којима се чува принцип сразмерности санкције циљу који жели да се постигне. Тако је могуће да надзорно тело ову меру укине ако процени да је то оправдано или да наложи продају акција тако да стицалац падне испод прага који га обавезује да објави понуду за преузимање.²¹

Како се на основу поседовања акција учествује у раду скупштине друштва и доношењу одлука, уређено је и питање утицаја кршења прописа о преузимању на рад овог органа. Скупштина циљног друштва доноси одлуке не узимајући у обзир акције с правом гласа прекршиоца при утврђивању кворума, односно већине

²⁰ Шпанско право предвиђа да се у овим случајевима губе „политичка права“ (шп. *derechos políticos*) из свих акција које стицалац и лица која делују заједнички са њим поседују у циљном друштву, а то су право акционара да присуствује и гласа на седницама скупштине, право на информисање, право пречег уписа акција, право да буде део органа управљања друштвом, право да оспорава уговоре друштва, осим ако су они противни закону, и генерално сва она права која немају искључиво економски садржај. В. Шпански Краљевски декрет о режиму јавних понуда за стицање вредносница из 2007. године (*Real decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores*), чл. 27. У немачком праву права из акција које држи понуђач и лица која делују заједнички са њим или у погледу којих су права гласа у складу са законом приписана тим лицима неће постојати док год обавеза да се објави понуда није испуњена. То се неће примењивати на захтеве везане за расподелу годишњег нето профита и расподелу ликвидационог остатка ако недостатак у виду објаве или давања понуде у складу законом није био вољан и касније је отклоњен. В. Немачки Закон о стицању вредносних папира и преузимању (*Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*), § 59.

²¹ У аустријском праву Комисија за преузимање може да поништи суспензију права гласа када кршење обавезе није, у ствари, запретило финансијском интересу акционара циљног друштва или та претња може да се елиминира наметањем посебних услова понуђачу. В. Аустријски Закон о преузимању из 1999. године (*Übernahmegesetz*), § 34 (2). У Чешкој Народна банка (као надзорно тело у области преузимања) може да одлучи да лице чије је право гласа суспендовано може да врши то право, ако је то у интересу циљног друштва и других акционара. У својој одлуци овај орган може право гласа да ограничи или уклони на други начин. В. Чешки Закон о понудама за преузимање из 2008. године (*Zákon o nabídkách převzetí, 104/2008 Sb.*), § 53(2). У италијанском праву обавеза отуђења акција које прелазе контролне прагове је законска обавеза и мора се спровести у року од 12 месеци. В. Италијански Декрет бр. 58 из 1998. године – Декрет бр. 58 (*Decreto Legislativo n. 58 Testo Unico della Finanza, Ultimi aggiornamenti: D.Lgs. n. 44 del 4.3.2014 e D.Lgs. n. 53 del 4.3.2014; Sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 9/15.4.2014*), чл. 110.

за одлучивање.²² У случају да су противно забрани донете одлуке уз учешће овог лица, оне се могу побијати, ако су ти гласови били одлучујући за кворум или доношење одлуке.²³

2.3.2. Остале врсте санкција

Новчана казна за привредни преступ или прекршај је честа мера која се изриче лицу које није поштовало прописе о преузимању.²⁴

Накнада штете – узима се да непоступање обвезника у складу са својим дужностима наноси (преосталим) акционарима штету, тако да они пред судом могу покренути поступак за накнаду штете. Италијански судови су досуђивали накнаде у износу разлике између цене по којој је обавезна понуда требало да буде учињена и тржишне цене акција циљног друштва у време када је активирана обавеза да се објави понуда.²⁵

Објављивање обавезне понуде за преузимање – надлежно тело у области преузимања ће наложити лицу које активира обавезу објаве понуде за преузимање да исту учини.²⁶

Остале санкције – државе чланице могу да уведу и друге санкције коју сматрају прикладним, док поштују основне смернице постављене Директивом.²⁷

²² ЗОП, чл. 37, ст. 2.

²³ Шпански Закон о тржишту капитала из 1988. године – шпански ЗТК (Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) предвиђа да су ништаве одлуке органа друштва када је за кворум или за већину за усвајање одлука било неопходно да се урачунају вредноснице чија су права суспендована. В. шпански ЗТК чл. 60, ст. 3. Италијански законодавац предвиђа да када се по основу тих акција врши право гласа могуће је оспоравање сваке одлуке или другог акта када су ти гласови били одлучујући. В. Декрет бр. 58, чл. 110, ст. 1. Оба прописа активну легитимацију за побијање одлука дају и надзорном телу у области тржишта капитала.

²⁴ Распон казне може бити од неколико стотина до неколико хиљада евра, а модалитет зависи од процене законодавца приликом њеног прописивања. У Шпанији износ новчане казне може бити фиксирани новчани износ (600 000 евра), али учиниоцу може да се изрекне казна која одговара петоструком износу бруто добити остварене као последица радњи или пропуштања које представљају прекршај или која износи 5% сопствених средстава прекршиоца или 5% укупних средстава, сопствених или туђих, коришћених приликом кршења обавезе. В. шпански ЗТК, чл. 102.

²⁵ Guide to Public Takeovers in Europe, 2013, 33-34, доступно на: <http://www.debrauw.com/wp-content/uploads/NEWS%20%20PUBLICATIONS/Guide-to-Public-Takeovers-in-Europe-2013.pdf>, 30.05.2014.

²⁶ ЗОП, чл. 41а, ст. 3, тач. 1.

²⁷ В. Marcus Partners, Centre for European Policy Studies, 262.

2.4. Овлашћење за примену санкција

Надзор у области преузимања врши надлежно тело одређено националним прописима.²⁸ У случају кршења прописа, оно је и овлашћено да изрекне неку од законом предвиђених санкција. Међутим, у неким правима је могуће да надлежно тело у спровођењу правила која се односе на обавезу објављивања понуде за преузимање делује само по захтеву заинтересованих лица.²⁹

3. Хрватско право

Питање санкција за необјављивање обавезне понуде за преузимање је недавно постало актуелно јер је хрватски Уставни суд разматрао поднеске којима је захтевано да се испита уставност појединих одредби закона о преузимању.³⁰

3.1. Одлука Уставног суда Хрватске³¹

Пре свега, фокус је био на чл. 13, ст. 3 који предвиђа да лице које не објави понуду за преузимање губи право гласа по основу свих акција које поседује у циљном друштву. Такође, разматрана је и одредба чл. 40, ст. 2 која прописује да док траје поступак преузимања понуђач не сме да располаже својим акцијама.

Подносиоци захтева су се ослањали на неколико аргумената:

1) Лице које има обавезу објављивања понуде за преузимање док исту не испуни губи право гласа из свих акција циљног друштва које поседује, независно од тога како су и када оне стечене, чиме акционари са мањинским учешћем добијају много већа права него што им припадају на основу уложеног капитала. Наиме, како се понуђачу одузима право гласа у скупштини, ствара се могућност да преостали акционари доносе одлуке које могу ићи на његову штету.

²⁸ У складу Директивом, то могу бити јавна тела, удружења или приватна тела призната од стране националног права или од стране јавних тела која су изричито овлашћена националним правом. В. Директива, чл. 4, ст. 1.

²⁹ Такав је случај у холандском праву где надзорно тело не примењује правила везана за обавезну понуду за преузимање и правичну цену, већ се она могу остваривати принудним путем пред Трговинским одељењем Апелационог суда у Амстердаму. Поступак пред судом покрећу заинтересована лица, међу којима могу бити и акционари циљног друштва. В. Guide to Public Takeovers in Europe, 37.

³⁰ Закон о преuzimanju dioničkih društava – ЗПДД, Narodne novine, br. 109/07, 36/09, 108/12 i 148/13.

³¹ Одлука Уставног суда Републике Хрватске бр. У-1-4469/2008 од 8. јула 2013 – Одлука УС, Народне новине бр. 90/13.

2) Заштита права мањинских улагача се може остваривати и другим средствима, на начин који је сразмеран циљу који жели да се постигне.

3) Овим решењима се несразмерно ограничавају предузетничке слободе и права стечена улагањем капитала и нарушавају се основна уставом гарантована права.

У разматрању наведеног случаја суд је испитивао да ли тежина пропуста понуђача може довести до тако штетних последица за акционаре са мањинским уделитема, да се као једино средство „неутрализације“ те штете прописује одузимање права гласа понуђачу из свих стечених акција циљног друштва.³² Приликом давања одговора, испитиване су две чињенице – има ли одредба о „присилном преузимању“³³ легитиман циљ и да ли је мера прописана чл. 13 сразмерна том циљу.

3.1.1. Легитимност циља

Установљено је да је непосредни циљ закона уређивање правног положаја понуђача у поступку преузимања и заштита акционара са мањинским уделитема, а да се тиме постиже и заштита целокупног правног поретка. Полазећи од наведених циљева и чињенице да је санкција предвиђена чл. 13 одраз захтева који је Директива поставила, Уставни суд је установио да предвиђена мера има легитимни циљ и да је тежина пропуста таква да оправдава санкцију за понуђача.³⁴

3.1.2. Сразмерност

Приликом испитивања да ли су прописане санкције сразмерне циљу који жели да се постигне, суд је разматрао више одредби. Прво, установљено је да док не објаве понуду за преузимање, лица која су обавезна да је учине не могу да остваре право гласа из свих акција које поседују у циљном друштву (чл. 13, ст. 3 ЗПДД). Затим, утврђено је да су те акције по сили закона *extra commercium* у складу са чл. 40, ст. 2 ЗПДД,³⁵ који предвиђа да обвезник давања понуде

³² Одлука УС, тач. 25.

³³ У овом случају се под „присилним преузимањем“ сматра ситуација у којој је понуђач по закону обавезан да учини понуду за преузимање када пређе одређени прописани праг капитал учешћа.

³⁴ Одлука УС, тач. 25.

³⁵ Одлука УС, тач. 25.

за преузимање не може да располаже акцијама циљног друштва, независно од начина и времена стицања истих, чиме се онемогућава да њиховим отуђивањем падне испод контролног прага. Трећа мера је прекршајна санкција. На крају, остали акционари циљног друштва могу да траже преко суда од лица које је у обавези да учини понуду да им откупи акције.³⁶

Установљено је да, упркос легитимности циља санкције, у ЗПДД-у није постигнута њена сразмерност жељеном циљу (заштита акционара с мањинским уделима). Такође, начин на који је уређена та мера доводи до неравнотеже у раду и одлучивању у циљном друштву посебно из два разлога:

1) ЗПДД санкционише саму објективну могућност контроле над друштвом (тј. не испитује се стварна воља акционара који је прешао контролни праг, нити да ли он стварно користи положај у коме се нашао), а да надлежно тело нема овлашћења да одреди изузетке од објављивања обавезне понуде.³⁷

2) Понуђачу је забрањено да на било који начин располаже акцијама циљног друштва, а истовремено са тим истим акцијама не сме ни да гласа. Тиме се осталим акционарима пружа могућност да остварују знатно већа права него што су стекли улагањем капитала, а не постоје заштитни механизми којима би се они ограничили у могућој злоупотреби права за време трајања забране за понуђача.³⁸

Суд је на крају истакао да се, с обзиром на постојећа правила, више може говорити о погодовању акционарима с мањинским уделима него о њиховој заштити, јер се „извршење самог преузимања, уз последице до којих такво „присилно“ преузимање може довести на страни понуђача, спроводи унутар мањкавог законског оквира који је нужно унапредити одговарајућим заштитним, контролним и временским механизмима.“³⁹

3.2. Измене након одлуке Уставног суда

Како је Уставни суд нашао да су предвиђене санкције несразмерне циљу прописа о преузимању, законодавац је усвојио одговарајуће измене. У члану 13 промењене су одредбе става 3, а

³⁶ У овом случају се под „присилним преузимањем“ сматра ситуација у којој је понуђач по закону обавезан да учини понуду за преузимање када пређе одређени прописани праг капитал учешћа.

³⁷ Одлука УС, тач. 25.

³⁸ *Ibid.*, тач. 23.

³⁹ *Ibid.*, тач. 29.3.

додата су и два нова става, који предвиђају да је могуће да искључење права гласа престане и пре него што се поступак преузимања спроведе до краја. Реч је о томе да су понуђач и(ли) лица која с њим делују заједнички пали до или испод контролног прага (25% акција са правом гласа циљног друштва), под условом да о томе неодложно обавесте надзорно тело, тржишног оператера регулисаног тржишта на коме се налазе акције циљног друштва и циљно друштво и приложе документацију која то потврђује.

Задржано је решење према коме понуђач и лица која са њим делују заједнички не смеју да отуђују акције које су предмет обавезе објављивања понуде за преузимање, али је уведен изузетак од овог правила. Ова лица смеју да отуђе акције циљног друштва ако су најкасније 30 дана пре намераваног отуђивања објавили обавештење да не намеравају да спроведу поступак преузимања и да имају намеру да отуђе одређени број акција.⁴⁰ Са отуђењем акција, изједначава се и раскидање споразума о заједничком деловању.⁴¹

Новим чланом уважене су околности када је неопходно да се за стицање акција које су предмет понуде претходно прибави одобрење неког јавноправног тела.⁴² Тада се почетак рока за подношење захтева за одобрење објављивања понуде за преузимање одлаже до добијања одобрења надлежног тела. Ако се из било ког разлога ово одобрење не добије, обавеза објављивања понуде за преузимање мирује и понуђач за то време нема право гласа из акција којима прелази праг од 25% од укупног броја акција с правом гласа. Овом мером се уважава да понуђач има интереса да учествује у раду циљног друштва, а могуће злоупотребе се спречавају свођењем гласачких права на ниво испод потенцијалног контролног утицаја. Ако понуђач падне до или испод прага од 25% од укупног броја акција, престаје обавеза објављивања понуде.

⁴⁰ ЗПДД, чл. 40, ст. 3.

⁴¹ Хрватско надзорно тело у области тржишта капитала (ХАНФА) се посебно бавило положајем лица која заједнички делују са понуђачем. У случају заједничког деловања обавеза објављивања понуде за преузимање, према одредбама ЗПДД-а, настаје за свако од лица која делују заједнички, па је стога и свим лицима која делују заједнички искључено и право гласа на акцијама. Искључење ће престати када понуђач и/или лица која с њим делују заједнички отуђе акције циљног друштва које држе и падну испод одређеног прага (25%). ХАНФА са отуђењем акција изједначава и раскид споразума о заједничком деловању јер „успостављање односа заједничког деловања на основу споразума ... изједначено (је) са стицањем акција с правом гласа, па је према томе и раскид споразума о заједничком деловању изједначен с отуђењем акција.“ В. Мишљење број: 326-770-14-1 од 25. априла 2014. године.

⁴² ЗПДД, чл. 24а.

4. Санкције у праву преузимања Србије

Српски законодавац, пратећи захтеве Директиве, уводи санкције у случају да нису поштоване законске обавезе приликом спровођења поступка преузимања. Под утицајем хрватског права, закон познаје три могуће последице за лице које прекрши обавезу објављивања понуде за преузимање. На првом месту оно губи право гласа по свим акцијама циљног друштва које поседује, независно када су и по ком основу стечене.⁴³ Друго, ако понуђач не објави понуду за преузимање, сваки акционар циљног друштва може путем суда захтевати откуп акција с правом гласа, под условима под којима је морала бити објављена понуда за преузимање.⁴⁴ На крају, предвиђена је и санкција у виду новчане казне за привредни преступ.⁴⁵

С обзиром да се наш закон опредељује за строжи вид губитка права гласа, може се поставити питање, као и у хрватском праву, да ли би тренутна норма издржала тест по основу принципа сразмерности.

Зарад стицања потпуније слике, треба приметити да је решење пре измена из 2011. године било другачије јер се право гласа губило само за проценат акција које прелазе праг за објављивање обавезне понуде за преузимање. Сматрало се да је то довољна санкција јер се њоме стицалац онемогућава да постигне свој основни циљ – овладавање циљним друштвом.⁴⁶ Обавеза објављивања понуде за преузимање имала је коректив у могућности да ако стицалац нема средстава да спроведе понуду за преузимање, по налогу Комисије за хартије од вредности, прода део акција како би се нашао испод минимума који се захтева за објављивање понуде (25 % акција са правом гласа у циљном друштву). Тиме се уважавају његове финансијске прилике и спречава се ситуација у којој он објективно не може да објави понуду, а због забране располагања акцијама (чл. 36, ст. 1 ЗОП) не може да смањи своје капитал учешће. У супротном, он би се, док не објави понуду, налазио у константном кршењу прописа о преузимању.

Враћајући се на актуелне одредбе, уочавамо да се и поред идентичне санкције оној коју је познавало хрватско право, стицалац ипак не налази у тако неповољном положају. Наиме, иако он губи право гласа по свим акцијама које поседује у циљном друштву и нема

⁴³ ЗОП, чл. 37, ст. 1.

⁴⁴ ЗОП, чл. 41б, ст. 1.

⁴⁵ ЗОП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

⁴⁶ Н. Јовановић, 509.

право да отуђује акције од тренутка настанка обавезе објављивања понуде за преузимање, наше право познаје коректив овом решењу којим се олакшава његова позиција. Омогућава му се да прода акције циљног друштва тако да његово учешће у капиталу циљног друштва падне испод 25% и може да остварује право гласа из преосталих акција с правом гласа, чиме не губи сваки имовински и управљачки интерес у том субјекту.

5. Закључна разматрања

Улога законодавца је да обезбеди да се односи на тржишту одвијају на несметан начин кроз јасне норме праћене одговарајућим системом реакције у случају њиховог кршења. Приликом одређивања адекватних санкција потребно је водити рачуна до које мере су оне предуслов успешног функционисања тржишта и средство остваривања тржишне дисциплине, а када прерастају у прекомерну и претерану меру.

Право преузимања чине бројна правила чије непоштовање може довести до значајних последица по тржиште и његове учеснике, а посебно по акционаре циљног друштва. Како је стицање великих капитал учешћа усмерено ка овладавању над циљним друштвом, стицалац се најчешће кажњава губитком права гласа у том друштву чиме се спречава да остварује контролни утицај. Неки законодавци сматрају да је прикладно да се губитак односи на све акције циљног друштва које стицалац поседује, док други узимају да је довољан губитак права гласа по основу акција путем којих може да се остварује контролни утицај.

У нашем праву јасна је жеља законодавца да оснажи тржишну дисциплину прописивањем строжих санкција у случају непоштовања прописа о преузимању. То не мора нужно да представља кршење основних права стицаоца, док год се проналази равнотежа између потребе да се заштите интереси (преосталих) акционара циљног друштва и ограничавања права лица које је у обавези да објави понуду за преузимање. Свако другачије решење може дати повода да сматрамо да су ове мере попримиле конфискаторни карактер и да вређају уставом загарантовано право на имовину. Стога је законодавац дужан да при уређењу санкција за понуђаче увек полази од збирног учинка свих појединачних мера које прописује, успостављајући праведну равнотежу између захтева општег

интереса (који обухвата и заштиту акционара с мањинским уделима) и заштите права понуђача.⁴⁷

Aleksandra Višekruna, M.A.
Research Assistant
Institute of Comparative Law, Belgrade

SANCTIONS FOR NON-COMPLIANCE WITH MANDATORY BID RULE

Summary

Each state takes responsibility for functioning of the market, which requires that norms provide adequate sanctions for those who do not comply with prescribed rules. Takeover law belongs to the area in which is of particular importance to determine appropriate sanctions. In this domain exists divergence between the necessity to protect shareholders of target company (and society as a whole) and encroachment on property rights of the offeror. This article deals particularly with the situation when mandatory offer was not launched. The article lists the most common sanctions, and pays special attention to suspension of voting rights of the offeror in the target company. Special reference is given to the decision of Croatian Constitutional Court on the proportionality of said sanction. Based on that, the article examines takeover regulation in the Republic of Serbia.

Keywords: takeover law, mandatory bid, sanctions, proportionality.

⁴⁷ Одлука УС, тач. 29.

МЕЂУОПШТИНСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ КАО ПОЛУРЕГИОНАЛНЕ (КВАЗИ)ВЛАСТИ

Апстракт

У овом раду су приказани облици интегрисане међуопштинске сарадње у појединим европским земљама који имају одређена обележја регионалног нивоа власти. На основу анализе различитих појавних облика приказана су заједничка обележја наведених заједница, с посебним освртом на њихов функционални аспект. Имајући у виду да се потребе за регионалним планирањем, координацијом локалних политика и вршењем служби регионалног карактера остварују путем различитих институционалних решења, указали смо на могућност да се, без задирања у постојеће основе територијалне организације, обезбеди одговарајући институционални и децентрализовани облик њиховог остваривања. Иако се ентитети који настају путем одређених облика међуопштинске сарадње не могу означити територијално-политичким, односно институционалним регионима, они то јесу у функционалном смислу.

Кључне речи: *међуопштинска сарадња, регионализација, локална самоуправа*

1. Увод

Међуопштинска сарадња путем које настају заједничка тела, органи, службе или удружења се може означити интегрисаном сарадњом. Најчвршћи облик сарадње, који по својим обележјима у многе подсећа на посебан ниво локалне самоуправе, односно виши ниво власти, чије функције превазилазе друге облике међуопштинске сарадње, представља тзв. полурегионалне (квази) власти. Иако се може подвести под форму сталних организација као интегрисаног облика сарадње, путем њега се остварују функције

¹ Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, mail: darko@pravni-fakultet.info

које су знатно ширег, регионалног карактера, те знатно већег значаја у функционисању локалног система управљања у односу на форме путем којих се интегрисано врше поједине локалне јавне службе. Као такав, поседује и одређени политички значај, те изискује посебну правну регулацију. Дакле, организационо, он представља облик сталних међуопштинских организација које интегришу одређене локалне послове, а функционално има одређених додирних тачака са форумско-мрежним организацијама, чија се основна улога састоји у координацији локалних политика. Комбинација та два обележја претходно наведених облика, карактер сталне организације са функцијом планирања и координације, чине га специфичним обликом, који се приближава другим формама територијалне организације власти, као што су региони или виши степен локалне самоуправе, а резултат је међуопштинске сарадње, а не територијалне реорганизације. Међуопштинске заједнице могу представљати алтернативу увођењу новог нивоа власти у државама које га не познају и чије би увођење захтевало корените и политички осетљиве промене у вертикалној организацији власти, каква је и Србија.

2. Условљеност регионалног међуопштинског повезивања

Основни разлог настанка и развоја свих интегрисаних облика међуопштинске сарадње представља потреба за вршењем јавних служби у погледу којих постоје ограничени ресурси, односно способности локалних самоуправа, или потреба за повезивањем у оним срединама где постоје чвршће природне, економске или друштвене везе или чак међузависност између општинских јединица.² С. Поповић даје одређење усмереног простора као једног од критеријума регионализације, који у овом контексту посматрамо

² М. Илић наводи проблеме до којих долази у случајевима спајања већег броја насеља која представљају посебне општине у једну агломерацију коју при том не прати промена територијалне организације, односно правна интеграција у посебну јединицу. Проблеми настају тиме што свака општина представља целину за себе и која не стоји ни у каквом посебном односу са са осталим општинама у агломерацији. Периодични састанци градоначелника и други форуми не резултирају доношењем правно-обавезујућих аката. Посебне организације изискују и веће трошкове. Посебно обављање служби не пружа гаранције да ће се водити рачуна о потребама целине. Удруживању које би било добровољно и резултирало заједничким службама општине нерадо приступају, поред тога оно је парцијално. Положај општина које се налазе у центру агломерације је тежи, јер њихове обавезе у погледу вршења одређених служби (школе, болнице, музеји, позоришта, библиотеке, комуналне службе) које користе становницима целе агломерације су много веће. Поред тога, у централним деловима већина становништва остварује зараду, коју троши и на коју плаћа порез углавном у периферним деловима који су стамбеног карактера исл. М. Илић. Град у локалној самоуправи, Балкански центар за изучавање локалне самоуправе, Ниш 2001, 130-131.

као један од основних фактора повезивања. „Психолошки појам међузависности се оцртава у региону, насталом на основу запажања комерцијалног зрачења урбаних агломерација. Главни регионални град врши размену са селом и мањим градовима сателитима који гравитирају том граду. На тај начин се образује регион око главног регионалног града. Пошто се заснива на појму односа и веза и размене, поларизовани регион нема јединствен карактер. Он се напротив дефинише као хетерогени простор, чије су различите стране комплементарне и ступају у однос између себе, а посебно са доминирајућим половима, са којима се врши размена у већој мери него са суседним регионом. То је, коначно, место за размену добара и служби, чији је унутрашњи интензитет виши у сваком погледу у односу на спољашњи интензитет. Поларизовани регион је интегриран, али није аутархичан.“³

Имајући у виду да је економски аспект, који се састоји у потреби да се путем заједничког планирања и координације оствари бржи, хармоничнији и континуиран развој више међусобно мултифункционално повезаних јединица, нешто израженији код овог облика сарадње, долазимо до истог оног критеријума који условљава настанак региона као посебних аутономних или самоуправних територијалних заједница,⁴ што овом облику даје и посебан карактер. Постоје и случајеви где се, зарад успоставе складнијег управног апарата, односно обезбеђења одређене прегледности, контроле и одговорности, са вишег нивоа успостављају функционалне територијалне целине, базиране на одређеним критеријумима, у оквиру којих долази до међуопштинског повезивања. У Холандији те целине одређују покрајински органи, а такве целине постоје и у Француској, Белгији, Финској, Шведској.

Децентрализација је један од основних фактора који узрокује потребу за интегрисаном сарадњом. Локалне самоуправе које су снабдевене већим надлежностима, нису увек способне да послове из своје надлежности обављају на уједначен начин, односно природа тих послова захтева шири територијални или популациони основ.⁵ По правилу, полурегионалне заједнице настају у оним системима где локална самоуправа располаже већим нивоом надлежности. Централизована локална самоуправа је лишена могућности да путем

³ С. Поповић, Регионализација у свету и код нас – правни аспект, Републички завод за јавну управу, Београд 1983., 15.

⁴ А. Ђурђевић, А. Локална самоуправа, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2003., 33.

⁵ Упоредити З. Лончар, Децентрализација власти у делима Славољуба Поповића, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Тематски број посвећен Славољубу Поповићу, број LVII, Ниш 2011., 153-172.

међусобног повезивања ствара заједнице које би имале било каква регионална обележја у функционалном смислу. Такође, у условима наглашене оскудице јавних средстава и изражене потребе за смањењем јавне потрошње, јединице локалне самоуправе су принуђене да се прилагоде економским принципима вршења одређених послова, те као једно од средстава прилагођавања свог функционисања новим економским потребама и захтевима врше интеграцију, која, барем у погледу смањених трошкова, може да представља економски оправдано поступање. У условима када сваки економски субјект врши економско и функционално прилагођавање новим економским захтевима, таква потреба се јавља и код локалне самоуправе. „Јавне услуге траже јединствено обављање на већој територији да би се исплатиле. Отуда потреба за партнерским и функционалним интеграцијама локалних заједница кроз градове, округе, регионе и функционалне дистрикте у циљу остварења заједничких потреба које самостално не би могле да реализују. Користе се локалне компаративне предности, повезују недовољно развијени крајеви и активирају неискоришћени људски ресурси у продуктивни циклус кроз међурегионалну и међуопштинску мобилизацију.“⁶

Историјски посматрано, повезивање људских заједница у шире целине, на одређеном простору, који условно можемо означити регионалним, старије је од самог државног организовања. Такве, регионалне заједнице су представљале прве облике ширег повезивања људских заједница.⁷ Иако су потребе које су условљавале повезивање примарних заједница које је претходило државном организовању присутне и данас, сходно условима постојећег друштвено-економског развоја, добровољно повезивање у заједнице снадбевене надлежностима за регионално планирање, координацију, односно вршење послова ширег опсега од постојећих јединица локалне самоуправе данас представља изузетак у односу на институционализацију неког вишег нивоа.⁸ Регионалне међуопштинске заједнице пре да представљају додаток постојећем вишестепеном уређењу где оно показује извесне слабости (Холандија, Француска, Белгија, Шведска), или облик његове

⁶ П. Димитријевић, Менаџмент локалне самоуправе, Правни живот, бр. 10, књига 494, Београд 2005., 91.

⁷ А. Ђурђевић, 33.

⁸ Е. Пусић наводи два структурална одговора на питање величине локалних јединица: степеновање и повезивање. Модерна тенденција је према мањем броју ступњева, јер такве „самоуправе над самоуправама“ често знају развити централистичке тенденције, које гуше аутономију најнижих и са самоуправног становишта обично најважнијих јединица. Као основне предности повезивања наводи велику еластичност и прилагодљивост. Е. Пусић, С. Иванишевић, Ж. Павић, М. Рамљак, Управни системи, Народне новине, Загреб 1988., 280.

делимичне замене у условима једноступене самоуправе (Финска).⁹ Потреба за децентрализованим вршењем јавних послова у многим случајевима захтева прилагођавање територијалне организације новим надлежностима. Успостављање новог територијално-политичког нивоа представља једно од најосетљивијих питања у скоро свакој држави. Не улазећи у питање суштине нових нивоа, оправданости, те мноштва облика путем којих се испољавају, тешко је идентификовати државе у којима су радикално изведене територијалне реформе. Напротив, анализом различитих територијалних реформи у европским државама у двадесетом веку, може се установити да је свака од њих вршена постепено, са одређеном стратегијом, мерењем ефеката, уважавањем локалних специфичности, поштовањем традиција, економском логиком, већим или мањим демократским приступом, те скоро без изузетка са ограниченим ефектима по постојећу територијалну основу.¹⁰ Из овог случаја, скоро по правилу можемо искључити промене до којих је долазило путем одређених револуционарних захвата у контексту крупних друштвено-економских и политичких промена. Ма колико теоријски да било оправдавано, економски исплативо, демократски легитимисано, увођење нових нивоа у територијалној организацији је најчешће отежано услед страха од поспешења сепаратистичких тенденција, повећања административног апарата, повећања јавне потрошње, оскудних ресурса или пак „пражњења“ садржаја локалне аутономности.

Чак и тамо где би се увођењем посебног нивоа створила потребна основа за додатном децентрализацијом, а да то није био резултат радикалних промена у вертикалној организацији власти, то није ишло на уштрб локалне аутономије, или се пак водило рачуна да то буде у одређеном избалансираном облику (пример Француске или Холандије). Урбанизација посебно условљава потребу за стварањем међуопштинских заједница које би преузеле надлежности планирања, координације и вршења одређених служби које су од заједничког интереса. Наиме, динамичност урбанизације од средине двадесетог века на овамо, поспешена наглим развојем индустрије, саобраћаја, трговине, услужних делатности, овај процес

⁹ О облицима интеграције локалних самоуправа више у С. Иванишевић, *Ступњевање локалних самоуправних јединица*, Хрватска јавна управа, бр. 3, Загреб 2009., 669-719.

¹⁰ Пример Холандије, Белгије, Данске, Норвешке, Финске, Италије, Шпаније, Португалије, Немачке, Француске, Аустрије итд. Један од изузетака представља пример Шведске где су постојале радикалније промене у територијалној организацији (број општина је смањен са 2500 у 1952. години на 278, док је мапа округа остала иста каква је постојала још у седамнаестом веку). Извор: Ј. Комшић, *Принципи европског регионализма*, Асоцијација мултиетничких градова југоисточне Европе, Нови Сад 2007., 132.

чине све више стихијским, упркос напорима да се он сведе у реалне, национално или регионално прихватљиве оквире. Велики градски центри стичу и велику гравитациону снагу, не само у погледу околних сеоских подручја, него и у оквиру читавих територијалних целина, укључујући мање градове, које се географски могу означити регионима. Концентрација становништва на релативно малим подручјима узрокује појаву нових захтева и потреба. Градски центри постају заинтересованији за јачање околних подручја као снабдевачких пунктова, односно места за дислокацију својих инфраструктурних или индустријских објеката и постројења, а околна подручја нужно усмерена ка градским центрима у којима остварују све већи број својих потреба (образовних, културних, здравствених, потреба за запошљавањем, снабдевањем).¹¹ Такође, у тзв. сателитским насељима је одвојено место становања од места рада, место у коме се остварује зарада није и место у коме се троши њен претежни део, односно место где се плаћа порез, непостојање координације и планирања може да створи саобраћајне, комуникационе, еколошке, комуналне и сличне проблеме, могућности диференциране фискалне политике локалних власти да створе конкуренцију која може да произведе конфликт међу зависним заједницама итд. Поред економских, социјалних и политичких последица које овај процес може да има, он засигурно отвара питање правног положаја таквих средина, што може да резултира, у најопштијем, правном интеграцијом центра и периферије у једну унитарну јединицу или јединицу вишег степена, увођење политипске локалне самоуправе, са посебним положајем градских јединица, формирање посебних управних органа...¹² Ипак, постоје и случајеви где, услед читавог низа првенствено политичких разлога, не постоје посебне јединице локалне самоуправе које би обухватале и градски центар и подручја која му гравитирају. Уосталом, чак и условима честих промена територијалне основе, процес урбанизације није могуће у потпуности контролисати. Један део подручја кога спајају блиске везе са градским центром увек би остао изван нове интегрисане јединице. У том случају међуопштинске организације путем којих би се интегрисало вршење одређених послова представља нужно решење, што потврђује пракса у свим заједницама које карактеришу напред описана својства.¹³ Основна поља интеграције су углавном урбанистичко,

¹¹ Више о томе у М. Илић, 104-106 и 129-137.

¹² Више о томе у М. Јовичић, Структура и територијална основа локалне самоуправе у европским земљама, Локална самоуправа: Изабрани списи М. Јовичића, књ. 2, Београд 2006., 66 и даље.

¹³ Пример појединих агломерација у Немачкој, Белгији, Холандији, Француској, Шпанији.

просторно, развојно, стамбено и друго планирање, службе од заједничког интереса, првенствено градски саобраћај, снабдевање водом, струјом, канализациони системи, средње образовање, секундарна здравствена заштита, одређена поља социјалне заштите, координација фискалне политике (политике пореских стопа код локалних јавних прихода), односно политике цена јавних добара итд. Овакве интеграције захтевају комплексан организациони апарат, са одређеном политичком легитимацијом, професионални кадар, знатна финансијска и друга материјална средства итд.

У одређеним случајевима, оваква груписања могу водити ка настанку гломазних управних апарата у великим градским срединама, односно диспропорцији између таквих средина и околине, нарочито у случајевима где су територије територијално-политичких заједница у којима се налазе мале, те је њихово формирање онемогућено (пример Билбаоа у шпанској покрајини Баскији).¹⁴

Чврсто интегрисана међуопштинска сарадња која подразумева заједничке органе, функције и финансијска средства, укључујући и регионално планирање је поспешена условима приступа финансијским средствима која се реализују у оквиру регионалне политике ЕУ. Међуопштинска сарадња је релевантна као начин да се подигне квалитет јавних услуга на ниво стандарда Европске уније. Утицај овог фактора је видљив у чврсто интегрисаном међуопштинском повезивању у Немачкој, Холандији, Португалији, Финској, али и земљама које су прошле или пролазе процес транзиције итд. Европска структурална политика све више охрабрује међуопштинску сарадњу под принципом партнерства који имплицира и блиску сарадњу између субнационалних власти и приватних чинилаца у развоју и имплементацији регионалне развојне политике.

¹⁴ Метрополитанска заједница Билбао је највећа урбана област Баскије. Популација од милион становника се простире на преко 30 општина. Највећа општина је град Билбао са око 380 000 становника, што је мање од половине метрополитског становништва. Без обзира на градски карактер и заједничке економске, социјалне и еколошке изазове, Билбао недостаје градски ниво власти. С обзиром да популација Метрополитан Билбао представља главни удео аутономне заједнице (покрајине) (50%) и провинције Бисај (85%), снажна метрополитска администрација би лишила ове две власти стваране снаге и утицаја. Постојећа сарадња се остварује путем класичних јавноправних форми, конзорцијума и *mancomunidades*, које обједињују читав низ локалних служби, те на нивоу конзорцијума укључују и приватни сектор. Извор: J. Font, R. Gutiérrez Suárez and S. Parrado-Diez, *Intergovernmental Partnerships at Lokal Level in Spain: Mancomunidades and Consortia in a comparative Perspective*, OECD, Paris 1999., 19-21.

3. Компаративни преглед регионалних међуопштинских заједница

Полурегионалне заједнице постоје у неколико европских држава. Иако у свакој од њих оне поседују и посебна обележја, постоји неколико аспеката који су им заједнички, а на основу којих се могу извући закључци о карактеру овог облика међуопштинске интеграције. Полурегионалне заједнице представљају јавноправне субјекте. Слично као и код других заједничких организација, оне представљају интегрисане механизме путем којих се врше одређени послови из општинског изворног или повереног делокруга. Поред вршења мноштва заједничких јавних служби, ови облици поседују и стратешке функције. То су углавном функције планирања (просторно, урбанистичко, развојно планирање у свим делатностима из надлежности локалне самоуправе) и координације локалних политика, доношењем смерница, упутстава, оквирних аката итд. С обзиром да представљају јавноправне колективитете, закон који их установљава као могуће облике удруживања скоро увек одређује листу обавезних надлежности. Поред обавезних, општине увек имају могућност да овој заједници повере и додатне надлежности. Такође, организациони аспект заједнице је такође углавном оквирно уређен, уз могућност прилагођавања потребама општина. Организациони аспект може да укључује набрајање органа, оквирно одређење улоге, неке облике партиципације, обезбеђење транспарентности и одређених облика политичког легитимитета. Интегрисани механизми подразумевају посебне органе, у којима партиципирају укључене општине и евентуално други укључени субјекти. По правилу органи укључују једно колективно, управно тело, савет, у ком партиципирају општински представници. У погледу одлучивања тог тела не постоје нека класична решења, углавном су присутни различити облици усаглашавања, већинског или квалификованог одлучивања, потреба за општинским потврђивањем одређених аката итд. Поред управног, постоје и одређени органи који извршавају одлуке савета, односно руководе радом заједнице, које савет бира и који му одговарају за свој рад. Чешће су инокосног карактера, мада се могући и другачији случајеви. Поред тога, за обављање читавог низа послова који су поверени овим заједницама оснивају се службе, односно посебне организационе јединице, ангажује особље, успоставља систем унутрашње организације и функционисања, који се обезбеђује путем интерних аката органа заједнице, на основу овлашћења из основног акта заједнице.

Територијални ентитети јавног права, настали путем међуопштинске сарадње у Француској су по први пут представљени законима усвојеним 1968. и 1992. године, а реформисани су оним из 1999. године. 93% од укупно 36,682 француских општина припада *Communauté* (87.3 % од укупног становништва).¹⁵ Постоје три врсте ових заједница и то: 1. *Communautés de communes* (CC): руралне општине и мали градови (без законског ограничења величине). 2. *Communautés d'agglomération*: већи градови (укупно више од 50,000 становника, са градовима од најмање 15,000 становника). Обавезне надлежности су: планирање коришћења земљишта, економски развој, стамбена политика, урбанизам и спречавање криминала. Они такође морају имати најмање три опционе надлежности од постојећих пет (нпр. јавна хигијена, аутопутеви, спортски и културни објекти, итд.) 3. *Communautés urbaines* (CU): Метрополитанске области (са више од 500,000 становника). Надлежности су: све обавезне надлежности (СА), као и оне додатне или опционе.¹⁶

У погледу организационе структуре, свака међуопштинска организација у овој држави има веће представника који су изабрани од стране општинских већа и извршног бироа који се састоји од председника, потпредседника и одређеног броја чланова, ког бира представничко веће. Једна од основних функција већа представника је да се договоре о годишњем буџету. Француске *Communautés* имају фискалну аутономност, односно свој порески систем, с тим што је он код CC опционог карактера, те су присутне и заједнице које га немају.

У погледу проблема демократског легитимитета међуопштинских заједница које поседују и одређену фискалну аутономност, још од 1966. године постоје захтеви да се за заједнице уведу директни избори, али су они били одбијени од стране француског парламента. Питање је поново актуелизовано током 1970-их година, али је доживело исту судбину. Корак напред према озакоњивању непосредних избора био је разматран од стране Сената 2003. године, али та решења ни данас нису заживела. Имајући у виду да седамдесет три посто становништва Француске сада живи у подручјима која имају међуопштинске заједнице са сопственим фискалним приходима, мало је вероватно да ће захтеви за непосредне изборе нестати.

¹⁵ Извор: УНДП, Приручник за међуопштинску сарадњу, Братислава 2009., 16.

¹⁶ Међуопштинске организације у Француској функционишу у оквиру сопствених надлежности и оне не могу преузети додатне функције без претходног договора општина. С друге стране, након што је пренесена функција из општине на међуопштинску организацију, општина више нема право да је врши.

Финска, као високо децентрализована држава, у којој је локална самоуправа поседује широке надлежности, је подељена на 19 региона, плус аутономна покрајина Аланд, око 85 подрегија које оснивају локалне власти и 430 општина. Велике надлежности локалне самоуправе, велике разлике у величини и броју становника, те изразито слаба позиција средњег нивоа власти су условили развој међуопштинске сарадње, која се у чвршћем, интегрисаном облику, са посебним правним субјективитетом јавила још 1930. године.¹⁷ Најважнија регионална институција је регионални савет који је надлежан за регионално планирање и економски развој.¹⁸ Регионални савет нема фискални суверенитет нити има регулаторну моћ. Њихова примарна моћ почива на важној улози у регионалној политици Европске уније. У Финској постоје још два удружења заснована на међуопштинској сарадњи. То су 17 регионалних дистрикта који се старају о инвалидима, а постоји и 20 регионалних болничких округа, који су одговорни за обезбеђење посебних здравствених услуга и управљање заједничким здравственим установама. Подрегионалне заједнице функционишу на темељу општинске кооперације која постаје све чешћа и разноврснија. Надлежности ових заједница садрже планирање употребе земљишта, политику економског развоја, транспортни и комуникациони систем, заштиту животне средине и сл. За област Хелсинкија постоји посебан закон о међуопштинској сарадњи у форми посебне регионалне заједнице.¹⁹

У Шведској постоје различите, законски уређене форме међуопштинске сарадње. Заједнички споразуми, заједнички одбори и удружења, који могу да обухватају оба нивоа локалне самоуправе, општине и округе. Улазак у ЕУ, приступ фондовима и недостаци ресурса су подстакли захтеве за регионализацијом и повезивањем локалних самоуправа, које неретко превазилази државне границе. Тако настају регионалне мреже чија је функција координација активности и заједничко планирање. Поједина окружна већа се повезују и стварају заједничке органе, који остварују регионалну функцију.²⁰ Такође, у Шведској се заговарају и приступи којима би се шира регионализација спровела путем стварања међуопштинских заједница којима би се повериле поједине функције одељења државне власти у окрузима и функције постојећих окружних већа,

¹⁷ I. Koprić, *Lokalna samouprava i lokalni službenički sustavi u Austriji i Finskoj*, Hrvatska javna uprava, br. 3., Zagreb 2009., 665.

¹⁸ Чланови регионалних савета се бирају стране чланова општинских представничких тела.

¹⁹ R. Hulst, R., A. Van Montfort, A. (eds.) *Inter-Municipal cooperation in Europe*. Dordrecht: Springer, 2007. 40-43.

²⁰ С. Монтин, Е. Амна, *Закон о локалној самоуправи и реформе локалне самоуправе у Шведској*. У М. Дамјановић (ур). *Упоредна искуства локалних самоуправа*, МАГНА АГЕНДА, Београд 2002., 103.

или алтернативно преношење надлежности државних одељења на окружна већа чији би се број потенцијално смањило. Ипак, такав приступ би захтевао корените промене управног система.

Један од најизразитијих примера регионалних међуопштинских заједница су урбане заједнице у Холандији. У овој држави су успостављена два институционална облика сарадње као одговор на потребу за хармоничним планирањем и координацијом локалних политика.²¹ У урбаним агломерацијама планирање и координација општинских активности се врше путем релативно јаким корпорација које уживају формална овлашћења и финансијска средства како би спровели своје одлуке, што подразумева и регулаторна и оперативна овлашћења. У Холандији су на позив централне владе 1995. године, општине у седам урбаних области успоставиле заједничке градске органе. Сталан карактер су добиле са Додатним Законом Заједничких Одредби из 2005. године. Оснивање метрополског заједничког органа представља добровољну одлуку општина. Међутим, уколико општине одлуче да прихвате посебан режим за метрополске власти, то подразумева низ одговорности и надлежности које се углавном односе на планирање и координацију локалних политика. Основна мотивација општина да приступе овим заједницама је финансијске природе. Интеграција укључује расподелу финансијских средстава који су стављени на располагање од стране владе.²²

Чињеница да режим урбане заједнице укључује управљање низом помоћних фондова је подстицај за успостављање заједничких градских власти и за преузимање задатака и одговорности које се односе на регионално планирање и координацију. Осим тога, ниједан облик надзора се не односи на квалитет међуопштинске сарадње у метрополским подручјима. Урбане заједнице су партнери покрајина и централне владе у неким конкретним политичким пројектима и ушли су у споразуме који их обавезују да развијају и спроводе

²¹ Први облик су мање или више слабо формализоване мреже на различитим територијалним целинама. Мреже се одликују ниским степеном формализације, одсуством централних органа и доношењу одлука на основу консензуса.

²² Основне надлежности урбаних заједница су: формирање регионалног просторног плана као оквира за локално планирање; доношење регионалног стамбеног програма и додела осигурања локалним стамбеним пројектима, доношење прописа у погледу расподеле смештаја; доношење регионалног плана и програма за заштиту животне средине; доношење регионалног плана за саобраћај и превоз, давање концесија и додела субвенција за јавни превоз; доношење регионалне стратегије привредног развоја; доношење прописа у вези земљишних грантова; додела субвенција за развој нових градилишта, менаџмент еквалizacionог фонда у вези са земљишним грантовима; доношење регионалног плана и програма који се односи на објекте за заштиту деце и омладине; додела субвенција за агенције заштите деце и омладине; доношење регионалног плана за образовање одраслих. R. Hulst, R., A. Van Montfort, 160.

заједничке планове. Ипак, не постоји институционални спољни притисак који би им помогао да превазиђу центрифугалне силе међуопштинске сарадње.²³

У Немачкој такође постоје облици међуопштинске сарадње које имају одређена обележја регионалних власти. Увођење регионалног нивоа, упркос израженој потреби у неким покрајинама, није било омогућено из разлога што су те покрајине себе сматрале представником регионалних интереса. Ипак у Доњој Саксонији постоји седам међуопштинских организација које имају функционална обележја региона, са надлежностима у области планирања у читавом низу области и вршења служби регионалног карактера. Регионална удружења општина постоје у ограниченом смислу и у пет других покрајина и покривају углавном шире подручје од административних округа. Израз су традиционалне солидарности, а обављају функције у области културе, здравства, социјалне заштите. Пример таквог удружења је удружење Палатинат у покрајини Рајна-Палатинат. У 12 покрајина постоје и региони за планирање, укупно их је 113, а њихова надлежност се састоји у састављању регионалних планова (прописано Законом о општим принципима федералног просторног планирања).²⁴ Такође, у метрополитанским подручјима, као што су нпр. подручја око Берлина, Хамбурга, Минхена, Штутгарта и Хановера постоје мултифункционалне асоцијације локалних јединица које се понегде протежу преко граница федералних јединица.²⁵ Основне слабости мултисекторских удружења која имају обележја регионалног нивоа у Немачкој су што се не уклапају у установљене политичко-административне структуре; суочавање са проблемима у градским областима увек захтева посебну управну организацију; оптерећене су одређеним политичким констелацијама на локалним и покрајинским нивоима.

²³ Иако представљају чврсто интегрисану, законски уређену, садржајну и финансијски подстицану сарадњу, учинак метрополских власти није у потпуности остварио очекивања, што је последица њихове „институционалне двосмислености“. С једне стране, власти су снабдевене низом одговорности, јавних овлашћења и ресурса који им омогућавају да ефикасно координирају локалне политике. С друге стране, њихови одбори, као најважнији органи, се састоје искључиво од представника из локалних већа. Извршни органи су сви свесни чињенице да им недостаје демократски легитимитет да наметну своје одлуке општинама и углавном своју улогу остварују као политички посредници који покушавају да обезбеде консензус међу укљученим општинама. R. Hulst., A. Van Montfort, 160 и даље.

²⁴ J. Комшић, 134.

²⁵ Асоцијација града Штутгарта настала је 1994. године. Дуго је сматрана за најнапреднији модел развоја. Регион Штутгарт преузео је обавезне функције регионалног планирања простора, регионалног планирања саобраћаја, одлагања отпада и координирања регионалног економског развоја као и туристичког маркетинга. Удружење се састоји од града Штутгарта и пет суседних округа. Једна од његових посебних карактеристика је да се главно тело за доношење одлука, регионална скупштина, састоји од директно изабраних чланова. Регион Штутгарт ипак није структуриран као независан ниво и због тога снажно зависи од својих чланова.

4. Међуопштинске заједнице као облик регионализације

У свим наведеном случајевима, уз уважавање свих њихових специфичности проистеклих из посебног историјског, политичког, административног, територијалног, економског амбијента, можемо констатовати да се ради о сталним организацијама које поседују функције у неким од стратешких надлежности локалне самоуправе. Иако су оне неретко резултат правно обавезујуће сарадње, улога општина у њиховом конституисању и управљању је квалитативно другачија у односу на више нивое аминистративно-територијалне или политичке организације. Степен аутономности укључених локалних самоуправа у успостављању и функционисању сталних организација је различит. Пресудно је одређен околностима које опредељују међуопштинску сарадњу унутар једног националног правног система. Његова изразито наглашена јавноправна природа указује на особеност појавних облика не само међу различитим државама (и федералним јединицама) него и у оквиру исте државе (пример Француске, Финске, Немачке, Шведске). Та особеност се првенствено тиче организационог аспекта сарадње.

За разлику од организационог, у погледу функционалног аспекта, као елемента који овај облик чини посебном врстом међуопштинске сарадње, има заједничких карактеристика међу поједином облицима испољавања у различитим државама. У најопштијем, сталне организације које се означавају полурегионалним заједницама увек поседују сопствене надлежности, као и ресурсе за њихово остваривање, који у одређеним случајевима укључују и властите приходе. Надлежности ових организација подразумевају заједничко планирање и развој у читавом низу области. Сличности у функцијама регионалних међуопштинских заједница произлазе из сличности фактора који условљавају њихов настанак. Имајући у виду да неки од најзначајнијих полурегионалних организација постоје у урбаним, односно агломерацијским срединама (неки од примера су метрополитанске заједнице у седам урбаних агломерација у Холандији, метрополитанско веће Хелсинкија, урбане заједнице у Доњој Саксонији, урбане и агломерацијске заједнице у Француској) које представљају усмерен простор са јаким природним, економским, друштвеним,²⁶ а често и правним везама, али не и јединствену

²⁶ С. Поповић под социолошким критеријумом регионализације подразумева оне факторе који се утврђују проучавањем друштвених односа. Регионалне заједнице представљају оквир колективног живота, односно послени ниво на коме се структурирају и координирају различите снаге које интервенишу у привредној и друштвеној активности, а пре националног (вишег) нивоа. Регионална заједница се појављује као просторна пројекција средине, неопходне за повољан развој људских група. С. Поповић, 14-15.

административну јединицу, потреба за заједничким планирањем, координацијом и организовањем заједничких служби од ширег интереса представљају основна поља сарадње и интеграције. Потреба за сарадњом у сличним областима, али из различитих разлога, постоји и у руралним срединама, тако да се ове заједнице јављају и тамо где се снажно осећа одсуство значајнијег урбаног центра који би имао гравитациону улогу. Потреба за обезбеђењем координисаног развоја, функционисањем већих служби, изградња инфраструктуре која превазилази моћ сваке појединачне чланице, те унапређења конкурентског положаја у привлачењу инвестиција, а посебно у контексту приступа структурним фондовима ЕУ, доводи до чврстих интеграција (пример руралних и мањих градских општина у Француској, ретко насељених области у Финској и Шведској, те међуопштинских заједница без регионалних обележја у другим европским државама). Полурегионалне организације се, у функционалном смислу, одликују поседовањем нормативних надлежности. Наведени примери показују да у сваком случају, у мањој или већој мери, ове заједнице врше функцију планирања и координације. Ради се о просторном, урбанистичком, стамбеном, друштвено-економском планирању, а регулаторне надлежности се тичу и животне средине, саобраћаја, здравства, социјалне заштите, цивилне заштите итд. Ипак, ниво надлежности локалне самоуправе пресудно одређује да ли ће међуопштинске заједнице имати регионални карактер. У Холандији, Финској и Шведској је та надлежност широка у мери која омогућава да заједнице које формирају у оквиру јавног права и без додатних, поверених надлежности, могу да садрже и више но што у појединим државама поседују непосредно виши нивои од основне локалне самоуправе. Функције полурегионалних заједница обухватају доношење одлука и вршење управне делатности. Оно што полурегионалне заједнице у свим анализираним случајевима одликује и чини специфичним и другачијим у односу на друге облике јавноправних удружења је њихова мултифункционалност.²⁷ Скоро по правилу, поред функције планирања и координације у различитим областима, ове заједнице управљају и различитим службама, те врше одређене административне послове.

²⁷ У сврху илустрације се могу навести решења неких од међународних докумената о регионима, која говоре о овлашћењима региона. Декларација о регионализму у Европи у додатку члана 3. наводи да су то: регионална привредна политика, регионално планирање, изградња и стамбена политика, телекомуникација и саобраћајне инфраструктуре, енергија и заштита животне средине, пољопривреда и рибарство, образовање на свим нивоима, универзитети и истраживачки рад, култура и медији, јавно здравље, туризам, слободно време и спорт, полиција и јавни поредак. Из наведеног се може уочити да полурегионалне заједнице у анализираним примерима обухватају већину ових питања.

Стална организација, систем органа, мултифункционалност, регулаторна и друга јавна овлашћења (која могу да укључују и сопствене порезе, као у Француској), територијални опсег, чине их веома сличним регионалним заједницама. Уколико пођемо од става да се под регионализацијом подразумева мноштво појавних облика, чије су заједничке тачке некад и сувише ретке, те да се она у најопштијем може класификовати на три типа, 1) регионализацију без стварања регионалног нивоа; 2) регионалну децентрализацију и 3) политичку регионализацију,²⁸ онда у облицима међуопштинског повезивања које поседује одговарајуће организационе и још важније функционалне карактеристике можемо препознати облик регионализације, у првом поменутом типу.

Ипак, утемељеност оваквих заједница међуопштинским споразумом, а не уставом или законом, као актима са снагом утемељења других власти, једно је од основних обележја која их чине особеним. Као што је већ речено, законски су уређене форме овакве сарадње, но и поред законске институционализације, увођење у правни поредак ових заједница се врши путем међуопштинског споразума. Ма колико да локална самоуправа била снабдевена надлежностима која преноси на ове заједнице, односно колики број тих овлашћења да био поверен од стране државе, што у анализираним примерима овај облик интегрисане сарадње приближава регионима као посебном нивоу организације власти, њихово утемељење се, и поред одређеног формалног критеријума, заснива на споразуму појединих локалних самоуправа чије је право „установљавања“ знатно уже. Поред тога, зависно од законских решења која ограничавају или намећу одређена ограничења њихове територијалне аутономије, постоји могућност да поједине општине не буду обухваћене, односно да се ове заједнице формирају само на делу територије једне државе чије их законодавство познаје, односно да неке од њих буду и сувише малог територијалног опсега. Стога, прикладнији термин за ове заједнице је да су оне полурегионалне.

Одређени међународни документи, за које се наглашава да представљају кодификацију добрих пракси и уобличење могућих заједничких именитеља територијалних заједница које би се могле сматрати регионалним, инсистирају, по нашем мишљењу, на формалном критеријуму. Декларација о регионализму у Европи, коју је усвојила Скупштина европских региона 1996. године наводи: „Регион је признат у националном уставу или закону

²⁸ Ј. Комшић, 130.

koјим се гарантује његова аутономија, идентитет, овлашћења и организациона структура.²⁹ Овај документ инсистира и на пуном демократском легитимитету региона, предвиђајући директне изборе представничког тела.³⁰ Слично је и са Европском повељом о регионалној самоуправи, коју је усвојио Конгрес локалних и регионалних власти,³¹ као и нешто флексибилнијом Хелсиншком декларацијом о регионалној самоуправи.³² Иако се наглашава да принципи утврђени наведеним и другим сличним документима пружају довољан оквир за прилагођавање приликама у различитим државама, релативно опсежна регулатива не даје сувише простора за прилагођавање суштинских захтева, а они су углавном базирани по узору на институционални регионализам у Шпанији и Италији. Не улазећи у анализу поменутих докумената, можемо нагласити да јавни послови који захтевају „регионална“ решења постоје, без обзира да ли и у ком облику постоји ниво власти између општина и саме државе коме били поверени. Алтернатива централизованом вршењу тих послова састоји се у њиховом поверавању у надлежност неком регионалном нивоу, било да се ради о политичком или самоуправном нивоу. У условима непостојања историјског индивидуалитета, односно других јасних и довољно одређених географских, економских, друштвених и сличних критеријума по којима би се спровела регионализација с централног нивоа, односно увео виши степен самоуправе на једном ширем подручју, уместо политичке арбитрерности која често представља једини критеријум територијалне реорганизације, могућност појединачних локалних самоуправа да препознају своје интересе, односно њихову комплементарност са другим јединицама, те да их путем законски спецификованих форми и уз одређена територијална ограничења и подршку државног нивоа спроведу путем стварања садржајних функционалних заједница, може да представља једно од решења регионализације. Уосталом, појавни облици регионализма, као начини остваривања регионалних потреба, су у тој мери међусобно различити да би се свако формализовано уобличавање

²⁹ Декларација о регионализму у Европи (1996). члан 1, тачка 2.

³⁰ Ibidem, чл. 2., тачка 2 и 3.

³¹ Европска повеља о регионалној самоуправи (1997). чл. 2: „1. Принцип регионалне самоуправе у највећој могућој мери признаје се у уставу. 2. Делокруг рада регионалне самоуправе одређују искључиво устав, статути региона, национални или међународни закон.“

³² Хелсиншка декларација о регионалној самоуправи наводи да, „тамо где она постоји, регионална самоуправа је део демократске управе и на тај начин регионалне власти, након што су успостављене, морају да задовоље минималне стандарде демократског уређења, као и да добију законске надлежности и могућност, у уставном и законском оквиру, да уређују и воде део јавних послова у њиховој надлежности, у интересу својих грађана, а у складу са принципом субсидијарности.“

те праксе могло сматрати само оријентиром у избору национално и с обзиром на значај локалне самоуправе, локално прихватљивом облику институционализације региона. Свакако да питање вршења јавних послова, нарочито када оне подразумевају нормативне акте или посебно фискалну аутономност подразумева и демократски легитимитет. Ипак, у данашње време, услед велике диференцијације управне делатности,³³ нису ретки случајеви поверавања читавог низа јавних овлашћења различитим службама, регулаторним телима и другим облицима функционалне децентрализације која уживају значајан степен самосталности, а не поседују демократски легитимитет. Ипак, ово питање свакако да није једнозначног карактера, те као такво заслужује и посебно разматрање. Међутим, недостатак демократског легитимитета ових заједница у суштини их чини хибридни. Постојала су бројна становишта у свим земљама где ове заједнице постоје, некад чак и у формалном облику и у законодавној процедури, да се уведу непосредни избори за органе ових заједница. Ипак, таква врста легитимитета би у суштини створила нове облике локалне (регионалне) самоуправе,³⁴ што би озбиљно могло да угрози аутономију локалних самоуправа које чине овакве заједнице и које су дужне да чувају њихове интересе, што се углавном обезбеђује путем делегирања. Поседовање јавних (посебно регулаторних) овлашћења без демократског легитимитета, уз претходно наведене карактеристике, овај облик интегрисане сарадње чини полурегионалним квазивластима.

5. Завршна разматрања

Поред свих околности које уопште условљавају међуопштинску сарадњу, за њен најинтегрисанији облик би се могло навести и да се одликује већим степеном међузависности на одређеном простору. Одсуство средњег нивоа власти, односно вишег степена локалне самоуправе (Финска), односно његова слаба улога, или неадекватне границе са становишта потребе за регионалним планирањем и координацијом (пример Холандије, Француске, Шведске, појединих

³³ Више о томе у Е. Пусић, Наука о управи, I, Народне новине, Загреб 1989., 40.

³⁴ Р. Марковић наводи: "Територијална децентрализација у ширем смислу је народна самоуправа, која, у зависности од величине територије на којој се конституише, може бити локална самоуправа (у локалним заједницама) и регионална територијална аутономија (у ширим заједницама, регионима). Ту нема никаквог преношења државних послова, него самоуправног обављања локалних и регионалних послова, као својих послова (оригинерних, непренесених). Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Правни факултет Универзитета у Београду Службени гласник, Београд 2008., 403.

покрајина у Немачкој), тј. функционисањем одређених служби или управљањем средствима структурних фондова ЕУ или државних грантова, условљавају настанак заједница које би вршиле наведене функције.³⁵ Такође, ширина надлежности локалне самоуправе обликује процес њиховог удруживања. Мањи обим, те поседовање углавном надлежности управног карактера, не омогућавају степен интеграције који би резултирао овим обликом.

Примери држава у којима постоје сталне међуопштинске организације са сопственим надлежностима, у погледу којих подсећају на регионалне власти, указују на оријентацију очувања локалне аутономије тамо где се као неопходно појавило питање прилагођавање територијалне основе новим надлежностима, тј. територијална консолидација. У овим случајевима она се не остварује наметањем с централног нивоа, већ путем међуопштинског повезивања, у већој или мањој мери подстицаног, усмераваног или ограниченог одређеним законским интервенцијама, као што су обавезне међуопштинске надлежности, регулација могућих организационих аранжмана, захтевањем одређене демократске легитимације и систем финансијских подстицаја.

Једном речју, потреба за овако чврстим облицима повезивања, које неминовно доводи до одређеног степена концентрације и смањења локалне аутономности посматрано са становишта укључених општина, резултат је државне интервенције или подстицања које у одређеним обележјима имају и елементе принудног обједињавања, али и настојањем самих локалних самоуправа да избегну наметање територијалне реорганизације која би резултирала обједињавањем и губитком посебног субјективитета, односно увођења новог нивоа који би нужно захватао део локалне аутономије, са разликом да општине које би њиме биле обухваћене не би остваривале контролу, партиципацију или утицај који имају у погледу међуопштинских организација.

Имајући у виду постојање асиметричне децентрализације, једностепеност локалне самоуправе, као и неуједначеност капацитета и степена развоја њених јединица у Србији, могла би се размотрити нека од решења међуопштинске сарадње као средства за обезбеђење регионалних потреба у државама које карактеришу слична решења, односно проблеми, без да се дира у уставни

³⁵ Д. Вучетић, Међуопштинска сарадња као вид територијалне реформе, Правни живот: тематски број Право и време, вол. 58, бр. 11, Београд 2009., 417-418.

концепт децентрализације или уводе нови нивои власти.³⁶ Уосталом, организациону основу за таква решења можемо наћи у проширењу улоге и организације постојећих округа, тачније савета управног округа, односно међуопштинских развојних агенција и проширењу улоге међуопштинског договарања у обезбеђењу равномерног регионалног развоја.

Darko Golić, Ph.D

Assistant Professor

Law Faculty for Economy and judiciary

**INTER-MUNICIPAL COMMUNITIES AS
SEMI-REGIONAL (QUASI) GOVERNMENTS**

Summary

This paper deals with the forms of integrated inter-municipal cooperation in specific European countries that have certain characteristics of regional-level governments. Based on the analysis of different forms of appearance, mutual characteristics of these communities are presented, with a special review of their functional aspects. Bearing in mind that needs for regional planning, coordination of local policies and functioning of regional offices are fulfilled through different institutional solutions, we point out that it is possible to provide a certain institutional and decentralized form of their achievement. Although the entities that are created through specific forms of inter-municipal cooperation cannot be marked as being territory-political, i.e. being institutional regions, that is what they are, from a functional point of view.

Keywords: inter-municipal cooperation, regionalization, local self-government

³⁶ О условљености, настанку, развоју и садржини идеја о регионализацији у Србији више у: З. Лончар, Настанак и развој идеје о регионализацији Србије, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, Нови Сад 2009, 333-344.

PRAVNO UREĐIVANJE ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA

- Reuglatorni okvir EU i propisi država zapadnog Balkana -

Apstrakt

U ovom radu autor je analizirao i objasnio sadržinu odredbi direktiva EU koje uređuju materiju elektronskih komunikacija/telekomunikacija i obaveze koje imaju države članice EU i države kandidati za učlanjenje u EU u pogledu harmonizovanja svojih nacionalnih propisa sa odredbama tih direktiva.

Posebnu pažnju autor je posvetio činjenici da sagledavanje suštine i obima reuglatornog okvira EU i analiza propisa pojedinih država zapadnog Balkana koji uređuju materiju elektronskih komunikacija, ima višestruku važnost za Republiku Srbiju koja se nalazi u fazi pregovora o pristupanju EU. Istaknuto je da potpuno usklađivanje propisa Republike Srbije koji uređuju elektronske komunikacije sa propisima EU, predstavlja jedan od nezaobilaznih uslova koji moraju biti ostvareni u toku procesa pregovora i pristupanja, a kako bi Srbija postala članica EU. Prikazana je zakonodavna praksa Hrvatske i Slovenije u oblasti uređivanja elektronskih komunikacija, kao primer uspešno sprovedenog usklađivanja nacionalnih propisa sa propisima EU u oblasti elektronskih komunikacija.

U zaključnom delu teksta, iznet je stav da je sadržina direktiva koje su objavljene u novembru 2009. godine od velike važnosti za Republiku Srbiju kao državu koja želi da stupi u članstvo EU i da je očigledno da će pravila propisana tim direktivama EU morati da budu uzeta u obzir prilikom eventualne izrade Zakona o imenama i dopunama Zakona o elektronskim komunikacijama, ili izrade nekog novog zakona koji će ure-

¹ Docent Fakulteta za sport, Univerziteta „Union-Nikola Tesla“, mail: dejan.suput@ratel.rs

diti tu materiju, pošto važeći Zakon o elektronskim komunikacijama nije usklađen sa pravilima iz tih direktiva.

Ključne reči: elektronske komunikacije, zakoni, Evropska unija, regulatorna tela, tržište.

1. Uvod

Sagledavanje suštine i obima regulatornog okvira EU i analiza propisa država zapadnog Balkana koji uređuju materiju elektronskih komunikacija, višestruko su važni za Republiku Srbiju koja se nalazi u fazi pregovora o pristupanju EU. Potpuno usklađivanje propisa Republike Srbije koji uređuju elektronske komunikacije sa propisima EU, jedan je od uslova koji moraju biti ostvareni u toku procesa pregovora i pristupanja, a kako bi Srbija postala članica EU.

Obim zakonske i podzakonske materije koja uređuje elektronske komunikacije², a koji bi kroz propise Republike Srbije trebalo da bude harmonizovan sa odredbama komunitarnog prava izuzetno je veliki i njegov prikaz i analiza višestruko prevazilaze obim teksta primeren ovakvom naučnom članku. Usled toga, u tekstu koji sledi, biće osim sumarnog prikaza regulatornog okvira EU u oblasti elektronskih komunikacija, prikazana zakonodavna praksa pojedinih država članica EU koje se nalaze u susedstvu Republike Srbije. Međutim, taj prikaz i analiza propisa pojedinih država, odnosiće se samo na pojedine, ključne i najspornije, oblasti uređivanja materije elektronskih komunikacija, pošto je na ovom mestu nemoguće izvršiti analizu celokupne sadržine propisa i prikaz obimne materije koju ti propisi uređuju.

² Poslednjih godina na našem govornom području došlo je do terminološke zbrke usled uvođenja termina elektronske komunikacije, umesto termina telekomunikacije. U evropskoj zakonodavnoj praksi, najčešći naziv zakona koji uređuju materiju koja je tema ovog rada je *Zakon o telekomunikacijama* i *Zakon o elektronskim komunikacijama* (ređi naziv je *Zakon o komunikacijama*). Uočljivo je da se u istočnoevropskim državama članicama EU, poslednjih godina, pod uticajem pravnih eksperata sa anglosaksonskog govornog područja koji su kao konsultanti učestvovali u pisanju novih zakona iz te oblasti, sve češće koristi naziv *Zakon o elektronskim komunikacijama* umesto naziva *Zakon o telekomunikacijama*. Međutim, takva praksa nije obavezujuća, a s obzirom na činjenicu da u nekim zapadnoevropskim državama opstaje naziv *Zakon o telekomunikacijama* (npr. Nemačka). Iako naziv samog zakona ne može suštinski da utiče na sadržinu i kvalitet njegovih odredbi, bilo bi logično da se na našem govornom području i u okviru našeg pravnog sistema, što podrazumeva i sistem propisa, zadrži naziv: „*Zakon o telekomunikacijama*”, kao naziv propisa koji se ustalio i koji je svima poznat. Osim toga, sa teorijske strane, mnogi argumenti idu u prilog tezi da treba zadržati naziv: „*Zakon o telekomunikacijama*” pošto takav naziv označava znatno širu oblast nego naziv: „*Zakon o elektronskim komunikacijama*”, koji je 2010. godine po prvi put usvojen u Srbiji pod tim imenom. U svakom slučaju, za potrebe ovog rada, ravnopravno će biti korišćeni, kako termin telekomunikacije, tako i termin elektronske komunikacije, a kako bi se što sveobuhatnije prikazao regulatorni okvir EU koji uređuje tu oblast.

Imajući sve, do sada navedeno, u vidu, ovaj tekst usredsređiće se na uporednopravnu analizu onog dela propisa EU i država u okruženju koji uređuju oblasti u kojima je, kada je reč o elektronskim komunikacijama u Srbiji, Evropska komisija imala najviše zamerki i kritika navedenih u svom Izveštaju o napretku Srbije za 2013. godinu.³ To je pre svega činjenica da propisi Republike Srbije nisu u potpunosti usklađeni sa regulatornim okvirom EU iz 2009. godine, da prema mišljenju Evropske komisije pravni mehanizam i mere za zaštitu konkurencije u oblasti elektronskih komunikacija nisu u potpunosti sprovedene u proteklom periodu i da Evropsku komisiju brine otvoreno pitanje budžetske i operativne nezavisnosti regulatornog tela (agencije) u oblasti telekomunikacija (elektronskih komunikacija) u Srbiji, koje je, u skladu sa ocenom iznetom u Izveštaju Evropske komisije narušeno i ugroženo donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu⁴ i donošenjem propisa koji su tokom 2012. godine umanjili i ograničili zarade zaposlenih u Republičkoj agenciji za elektronske komunikacije.⁵

2. Usklađivanje propisa Srbije sa regulatornim okvirom EU

Problem usklađivanja propisa Republike Srbije koji uređuju elektronske komunikacije sa pravom EU pojavio se odmah posle petooktobarskih demokratskih promena 2000. godine, a obzirom na činjenicu da je Vlada Republike Srbije koja je došla na vlast posle tih promena, kao jedan od prioriteta svoje politike odredila reformu pravnog sistema Republike Srbije i usklađivanje nacionalnih propisa sa propisima EU, kako bi se što pre ostvarili uslovi za stupanje Srbije u članstvo EU. Međutim, vremenom se pokazalo da optimističke izjave pojedinih političara, koje su govorile kako će Srbija brzo (za nekoliko godina), uskladiti svoje propise sa propisima EU i tako ostvariti uslove za prijem u članstvo EU, nisu bile zasnovane na realnim činjenicama. Umesto toga, ispostavilo se da proces harmonizacije domaćih propisa sa propisima EU nije ni jednostavan, ni lak, a, samim tim, ni brz.⁶

Praksa rada državnih organa, pre svega nadležnih ministarstava i Narodne skupštine, pokazala je da proces usklađivanja nije mogao biti

³ Izveštaju o napretku Srbije za 2013. godinu, http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_2013.pdf, 13.04.2014.

⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o budžetskom sistemu, *Službeni glasnik RS br.108/13*.

⁵ Zakon o utvrđivanju maksimalne zarade u javnom sektoru, *Službeni glasnik RS br. 93/12* i Zakon o umanjenju neto prihoda lica u javnom sektoru, *Službeni glasnik RS br. 108/12*.

⁶ D. Šuput, „Usklađenost propisa Republike Srbije koji uređuju telekomunikacije sa pravom EU”, *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije II*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo i Hans zajdel Fondacija, Beograd, 2012, 510.

sproveden kao brza ad hoc akcija prostog prepisivanja i unošenja pravila iz propisa EU u domaće propise, već da iziskuje niz reformskih poteza koji treba postepeno da omoguće stvaranje ekonomskih i organizacionih uslova za donošenje, a zatim i pravilnu primenu novih propisa. Zbog toga se ispostavilo da usklađivanje propisa Republike Srbije koji uređuju elektronske komunikacije sa propisima EU nije okončano ni posle četrnaest godina od započinjanja tog procesa. Značajan razlog koji je doveo do dodatnog kašnjenja u procesu usklađivanja propisa Srbije sa propisima EU koji uređuju materiju elektronskih komunikacija je činjenica da regulatorni okvir EU ne predstavlja statičnu celinu, već da se tokom proteklih godina više puta menjao i dopunjavao, tako da se događalo da Srbija u određenom trenutku uskladi svoje propise sa odgovarajućim regulatornim okvirom EU, ali da, zatim, taj okvir bude dopunjen, što stvori potrebu za novim i dodatnim usklađivanjem propisa Republike Srbije. Takva situacija postoji i danas, a sigurno će biti nastavljena i nakon stupanja Srbije u članstvo EU, pošto se tržište elektronskih komunikacije ubrzano i konstantno razvija i modernizuje i time stvara potrebu za daljim razvojem regulatornog okvira.

Na nivou EU, oblast telekomunikacija uređena je većim brojem direktiva EU i odluka koje su donosili Savet EU, Evropski parlament i Komisija EU. Još tokom 90-ih godina XX veka, EU je usvojila direktive koje su predstavljale prvi sveobuhvatan paket zakonodavnih mera u oblasti telekomunikacija koji je propisao rešenja namenjena potpunoj liberalizaciji svih telekomunikacionih usluga do 1998. godine.⁷ Usled toga, politika EU u oblasti telekomunikacija počev od 1990. godine imala je za prevashodan cilj stvaranje jedinstvenog – zajedničkog tržišta za telekomunikacione usluge i opremu na teritoriji svih država članica EU kako bi se korisnicima usluga obezbedili mogućnost izbora, kvalitet i nove tržišne i tehničke vrednosti telekomunikacionih usluga koje oni koriste i plaćaju.⁸ Takav razvoj događaja u oblasti pravnog regulisanja telekomunikacija tokom 90-ih godina XX veka nije bio iznenađenje s obzirom na činjenicu da je u novembru 1993. godine stupio na snagu Ugovor iz Mاستrihta. Iz sadržine odredbi tog ugovora, u kome je posebno poglavlje posvećeno telekomunikacijama, moglo se uočiti koliko je porastao značaj telekomunikacija za ukupnu politiku i delovanje EU.⁹ Ubrzani razvoj normi komunitarnog prava u oblasti telekomunikacija vremenom se sve više intenzivirao, tako da je već 2002. godine EU donela

⁷ J. Surčulija, *Evropski pravni okvir za elektronske komunikacije*, Centar za razvoj Interneta, Beograd, 2004., 9.

⁸ J. Bajović, *Novi propisi Evropske unije u oblasti komunikacija*, Pravni život 12/2002, 531.

⁹ M. Vicanović, *Regulisanje sektora telekomunikacija u Zakonodavstvu Evropske unije*, Pravni život 12/2002, 527.

drugi paket direktiva koji je unapredio pravni okvir telekomunikacija u EU i koji je zamenio prethodni paket iz poslednje decenije XX veka.

Načelno posmatrano, u periodu do 2003. godine, javna, a samim tim i zakonodavna politika EU u oblasti telekomunikacija, sastojala se u postepenom ukidanju ograničenja koja su predstavljala prepreku jedinstvenom evropskom delovanju, pružanju usluga i ponudi opreme na jedinstvenom tržištu telekomunikacija u okviru EU. Istovremeno, donošenje novih propisa EU u oblasti telekomunikacija bilo je usmereno ka uspostavljanju ravnoteže između liberalizacije vršenja telekomunikacionih usluga i harmonizacije propisa, što je doprinelo unapređenju primene pravila slobodne konkurencije i povećanju kvaliteta vršenja javnih usluga.¹⁰

Prvi korak u harmonizovanju propisa Republike Srbije sa propisima EU u oblasti telekomunikacija predstavljalo je donošenje Zakona o telekomunikacijama¹¹ 2003. godine i donošenje velikog broja podzakonskih akata (pre svega pravilnika) koji su doneti na osnovu tog Zakona. Odredbe tih propisa najvećim delom bile su usklađene sa sledećim direktivama EU:

- Direktiva Evropske komisije o konkurenciji na tržištu elektronskih komunikacionih mreža i usluga od 16. septembra 2002. godine označena brojem 2002/77/EC¹²;
- Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o univerzalnom servisu (univerzalnim uslugama) i pravima korisnika koja se odnose na elektronske komunikacione mreže i usluge od 7. marta 2002. godine označena brojem 2002/22/EC¹³;
- Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o zajedničkom regulatornom okviru za elektronske komunikacione mreže i usluge od 7. marta 2002. godine označena brojem 2002/21/EC¹⁴;
- Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o izdavanju dozvola za elektronske komunikacione mreže i usluge (drugi moguć prevod:

¹⁰ L. Batagelj, A. Čavoški, „Telekomunikacije”, *Harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije – telekomunikacije, audiovizuelna politika, zaštita podataka o ličnosti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004, 9.

¹¹ Zakon o telekomunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2003, 36/2006 i 50/2009 – odluka Ustavnog suda.

¹² Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services (*Official Journal* L 249/21, 17/09/2002, P. 21-26).

¹³ Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and user's rights relating to electronic communications networks and services / Universal Service Directive (*Official Journal* L 108, 24/04/2002, P. 0051-0077).

¹⁴ Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services / Framework Directive (*Official Journal* L 108, 24/04/2002, P. 0033-0050).

„Direktiva o izdavanju odobrenja za mreže i usluge”) od 7. marta 2002. godine označena brojem 2002/20/EC¹⁵;

- Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o pristupu i međusobnom povezivanju elektronskih komunikacionih mreža i povezane infrastrukture (povezanih postrojenja) od 7. marta 2002. godine označena brojem 2002/19/EC¹⁶;
- Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o radio opremi i telekomunikacionoj terminalnoj opremi i zajedničkom priznavanju njihove usklađenosti od 9. marta 1999. godine označena brojem 1999/5/EC¹⁷;
- Direktiva Saveta o opsegu frekvencija za usklađeno uvođenje digitalnih evropskih bežičnih telekomunikacija u Zajednici od 3. juna 1991. godine označena brojem 91/287/EEC¹⁸;
- Direktiva Saveta o opsegu frekvencija za usklađeno uvođenje pan-evropskog javnog zemaljskog radio-pejdžinga u Zajednici od 9. oktobra 1990. godine označena brojem 90/544/EEC¹⁹;
- Direktiva Saveta o rezervisanju opsega frekvencija za usklađeno uvođenje pan-evropskih javnih celularnih digitalnih zemaljskih mobilnih komunikacija u Zajednici od 25. juna 1987. godine označena brojem 87/372/EEC²⁰.

Usklađenost odredbi Zakona o telekomunikacijama i podzakonskih akata sa odredbama prethodno navedenih direktiva EU nije bila potpuna. Na primer, ocena usklađenosti odredbi Zakona o telekomunikacijama sa Direktivom o konkurenciji na tržištu elektronskih komunikacionih mreža i usluga nije bila u potpunosti pozitivna.²¹

¹⁵ Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services / Authorisation Directive (*Official Journal* L 108, 24/04/2002, P. 0021-0032).

¹⁶ Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities / Access Directive (*Official Journal* L 108, 24/04/2002, P. 0007-0020).

¹⁷ Directive 1999/5/EC of the European Parliament and of the Council of 9 March 1999 on radio equipment and telecommunications terminal equipment and the mutual recognition of their conformity (*Official Journal* L 091, 07/04/1999, P. 0010-0028).

¹⁸ Council Directive 91/287/EEC of 3 June 1991 on the frequency band to be designated for the coordinated introduction of digital European cordless telecommunications (DECT) into the Community (*Official Journal* L 144, 08/06/1991, P. 0045-0046).

¹⁹ Council Directive 90/544/EEC of 9 October 1990 on the frequency bands designated for the coordinated introduction of pan-European land-based public radio paging in the Community (*Official Journal* L 310, 09/11/1990, P. 0028-0029).

²⁰ Council Directive 87/372/EEC of 25 June 1987 on the frequency bands to be reserved for the coordinated introduction of public pan-European cellular digital land-based mobile communications in the Community (*Official Journal* L 196, 10/07/1987, P. 0085-0086).

²¹ L. Batagelj, A. Čavoški, op.cit, 11.

Može se reći da je Zakon bio delimično usklađen sa pravilima koje propisuje Direktiva. Tako je Zakonom bilo propisano da propise o podeli troškova u vezi sa univerzalnim uslugama donosi Republička agencija za telekomunikacije (RATEL). Takvo rešenje u vezi sa određivanjem nadležnosti za donošenje podzakonskih propisa je bilo opravdano i u skladu sa evropskom zakonodavnom praksom, ali je problem bio u tome što Zakon nije propisivao da pravila u propisu koji donosi RATEL moraju biti zasnovana na objektivnim kriterijumima i uz uvažavanje principa proporcionalnosti i težnje za što manjim poremećajem tržišta. Među mnoštvom sličnih primera vredi pomenuti da odredbe Zakona o telekomunikacijama u jednom delu nisu bile usklađene sa pravilima iz Direktive o univerzalnim uslugama i pravima korisnika koja se odnose na elektronske komunikacione mreže i usluge. Takav zaključak proizlazio je iz činjenice da je Zakon članovima 49. do 51. propisivao pravila koja se odnose na univerzalni servis. Nedostatak zakonskih odredbi ogleda se u sledećem: nisu bili propisani obavezni elementi ugovora koji zaključuju operatori sa korisnicima usluga; pravila o određivanju naknade troškova i načinu na koji će ta pravila biti detaljnije propisana bila su previše uopšteno (neprecizno) propisana Zakonom.

Usled nabrojanih i sličnih nedostataka Zakona o telekomunikacijama, a radi potpunog usklađivanja svojih propisa sa prethodno nabrojanim direktivama EU, Srbija je 2010. godine donela Zakon o elektronskim komunikacijama²². Međutim, pošto je zakonski tekst pripreman 2009. godine, a izglasan 2010. godine, novi regulatorni paket koji je EU pripremila i usvojila 2009. godine nije uzet u obzir prilikom izrade zakonskog teksta. Tako se došlo do situacije da Zakon o elektronskim komunikacijama nije usklađen sa pravilima iz direktiva EU, zbog toga što je 2009. godine, u vreme vođenja javne rasprave o sadržini Nacrta zakona o elektronskim komunikacijama, EU pripremila i donela dve nove direktive i jedan pravilnik iz oblasti telekomunikacija. Takav potez organa EU nije bio neočekivan pošto se ubrzani razvoj telekomunikacionog tržišta, uvođenje novih usluga i pratećih proizvoda nastavilo i posle donošenja drugog paketa direktiva EU 2002. godine. Zbog toga je Evropska komisija još 2007. godine pokrenula inicijativu za izmenu i unapređivanje pravnih instrumenata koji uređuju oblast telekomunikacija u okviru normi komunitarnog prava. Evropski parlament i Savet ministara EU su tek 4. novembra 2009. godine, posle dugotrajnih stručnih i političkih rasprava, postigli sporazum o obimu i sadržini programa reforme telekomunikacija u EU koji je dve godine pre

²² Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*", br. 44/2010 i 60/2013 – odluka Ustavnog suda.

toga predložila Evropska komisija. Nova pravila od značaja za oblast telekomunikacija objavljena su 18. decembra 2009. godine u službenom glasilu EU.²³ Reč je o jednom pravilniku²⁴ i dve direktive²⁵ koje imaju sledeće nazive:

- Pravilnik broj 1211/2009 Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine o uspostavljanju Tela evropskih regulatora za elektronske komunikacije i Kancelarije²⁶.
- Direktiva 2009/136/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine kojom se vrše izmene: Direktive 2002/22/EC Evropskog parlamenta i Saveta o univerzalnom servisu (univerzalnim uslugama) i pravima korisnika koja se odnose na elektronske komunikacione mreže i usluge od 7. marta 2002. godine, Direktive 2002/58/EC o korišćenju podataka o ličnosti i zaštiti prava privatnosti (poverljivosti) u oblasti elektronskih komunikacija, Pravilnika broj 2006/2004 o saradnji nacionalnih organa nadležnih za primenu propisa o zaštiti prava potrošača²⁷.
- Direktiva 2009/140/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine kojom se vrše izmene: Direktive 2002/21/EC o zajedničkom regulatornom okviru za elektronske komunikacione mreže i usluge, Direktive 2002/19/EC o pristupu i međusobnom povezivanju elektronskih komunikacionih mreža i povezane infrastrukture (povezanih postrojenja), Direktive 2002/20/EC o izdavanju dozvola za elektronske komunikacione mreže i usluge (drugi mogući prevod:

²³ *Official Journal of the European Union*, L 337, Volume 52 of 18 December 2009.

²⁴ Čl. 189. Ugovora o Evropskoj zajednici (Ugovor o EZ) navodi pet različitih vrsta akata koje (ako ih odredbe drugih članova na to ovlaste) može usvajati Evropski parlament zajedno sa Svetom, Svet ili Komisija. Pravilnik (eng. Regulations) sadrži pravno pravilo – normativan je – utvrđuje opšta pravila koja su obavezujuća, kako na nivou EU tako i na nacionalnom planu. Ostale četiri vrste akata EU su: uputstva (direktive), odluke, preporuke i mišljenja. Videti detaljnije u: T. C. Hartley, *Osnovi prava Evropske zajednice*, Institut za ustavnu i pravnu politiku i Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1998, 97-108.

²⁵ Iako se kod nas ustalio naziv direktiva za pravni akt Evropske zajednice koji se na engleskom jeziku označava rečju „Directive”, pravilniji naziv je uputstvo. Uputstva se razlikuju od pravilnika (eng. Regulations) po tome što nisu obavezujuća za sve, već samo za subjekte kojima su upućena. Uputstva mogu biti namenjena samo državama članicama. Bitna karakteristika uputstva prema odredbama čl. 189. Ugovora o EZ jeste da uputstva obavezuju samo u pogledu „rezultata koje treba postići”, dok je nacionalnim vlastima ostavljeno „da izaberu oblik i metode” kojima će to biti postignuto.

²⁶ Regulation (EC) No 1211/2009 of the European Parliament and the Council of 25 November 2009 establishing the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) and the Office.

²⁷ Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directive 2002/22/EC on universal service and user's rights relating to electronic communication networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws.

„Direktiva o izdavanju odobrenja za mreže i usluge”)²⁸.

Pravilnikom broj 1211/2009 uspostavlja se Telo evropskih regulatora za elektronske komunikacije. To telo nije posebna agencija EU i ne predstavlja odvojeno pravno lice, već predstavlja ekskluzivan „forum” – institucionalni okvir za saradnju nacionalnih regulatornih agencija država članica EU i tih agencija sa Evropskom komisijom. Funkcionisanje tog tela treba da pomogne nacionalnim regulatornim agencijama iz oblasti telekomunikacija i Evropskoj komisiji da uspostave konzistentna pravila i konkurentne tržišne uslove na celokupnoj teritoriji EU. Uz Telo evropskih regulatora za elektronske komunikacije osnovana je i posebna Kancelarija koja treba da pruži stručnu i administrativnu podršku tom telu. Sve do stupanja Republike Srbije u članstvo EU, odredbe tog Pravilnika neće biti od presudne važnosti za funkcionisanje tržišta elektronskih komunikacija u Srbiji, ali će već u procesu pregovaranja, propisi Republike Srbije morati da budu usklađeni sa pravilima iz tih direktiva.

Činjenica da Zakon o elektronskim komunikacijama koji je donet 2010. godine nije usklađen sa propisima EU, donetim na samom kraju 2009. godine, ne može se oceniti kao propust srpskog zakonodavca, pošto je tim direktivama propisano da pravila koje one uvode moraju biti uneta u nacionalne propise država članica EU najkasnije do juna 2011. godine. Imajući u vidu da Srbija ni tada, kao i danas nije bila država članica EU, sasvim je logično da njen Zakon iz 2010. godine nije usklađen sa regulatornim paketom iz 2009. godine.

3. Zakoni pojedinih država

Zakoni država koje su među poslednjima stupile u članstvo EU predstavljaju dobar primer zakonodavne prakse koji bi Republika Srbija trebalo da sledi prilikom usklađivanja svojih propisa koji uređuju materiju elektronskih komunikacija sa regulatornim okvirom EU. Reč je o državama za čije propise je u praksi potvrđeno da su u potpunosti usklađeni sa pravom EU u toj oblasti, tj. o državama koje su na osnovu takve ocene sadržine i kvaliteta relevantnih propisa, dobile mogućnost da postanu države članice EU.

²⁸ Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, 2002/20/EC on the authorisation of electronic communications networks and services.

Rezultati poređenja nivoa usklađenosti propisa pojedinih država koji uređuju elektronske komunikacije sa odgovarajućim regulatornim okvirom EU i rezultati poređenja uspešnosti sprovođenja procesa usklađivanja propisa i kasnije primenjivosti zakonskih i podzakonskih rešenja u različitim državama su neprecizni i nesigurni, pošto je tom prilikom neophodno uzeti u obzir uticaj političke, administrativne, pravne i kulturne tradicije pojedine zemlje, a uz to i snagu ekonomije konkretne države i razvijenost njihovog tržišta elektronskih komunikacija. U svakom slučaju, moguće je identifikovati zajedničke principe koji se zasnivaju na „dobroj praksi“ (good practice) i iskoristiti ih kao osnov za procenu prednosti i mana prilikom eventualnog preduzimanja pojedinih zakonodavnih poteza u Srbiji. Iako je nesporno da postoji pojam „dobra praksa“, to ne znači da postoji univerzalna „dobra praksa“ u sprovođenju procesa usklađivanja nacionalnih propisa koji uređuju elektronske komunikacije sa regulatornim okvirom EU.

3.1. Republika Hrvatska

Analiza odredbi Zakona o elektroničkim komunikacijama²⁹ Republike Hrvatske ima posebnu važnost usled dve činjenice. Prva je, da je Hrvatska u ovom trenutku, država koja je poslednja stupila u članstvo EU, tako da su njena iskustva u procesu usklađivanja nacionalnih propisa koji uređuju elektronske komunikacije sa regulatornim okvirom EU „najsvežija“, a samim tim i najreprezentativnija. Druga je da su Republika Srbija i Republika Hrvatska u XX veku delile zajedničku pravnu tradiciju i praksu, pogotovo kada je reč o zakonskom uređivanju materije elektronskih komunikacija (u vreme SFRJ koristili su se termini „sistemi veza“ i „telekomunikacije“, umesto termina elektronske komunikacije). Osim pravnog nasleđa iz doba SFRJ, te dve države imaju nespornih sličnosti, ne samo usled geografske bliskosti i zajedništva govornog područja koje obuhvataju, već i po nekadašnjem ustrojstvu Zajednice jugoslovenskih pošta, telegrafa i telefona i problemima koji su godinama opterećivali sisteme veza i tržište telekomunikacija. Takođe, obe države su od raspada SFRJ težile stupanju u članstvo EU.

Zakon o elektroničkim komunikacijama, osim što kao i svi drugi zakoni u svom prvom članu određuje koju materiju uređuje taj zakon, što je slučaj i u srpskom Zakonu o elektronskim komunikacijama, već u sadržini člana 1a, sadrži odredbe koje će se najverovatnije, na isti, ili sličan način uneti u neki budući zakon Republike Srbije koji će u potpunosti

²⁹ Zakon o elektroničkim komunikacijama, *Narodne novine* br. 73/08, 90/11, 133/12 i 80/13.

biti usklađen sa odredbama komunitarnog prava. Reč je o tome da član 1a. Zakona o elektroničkim komunikacijama nosi naslov: „Usklađenost s propisima Evropske unije“ i da svojom sadržinom, koja je prevashodno deklarativne prirode, taksativno navodi listu relevantnih propisa EU i naglašava: „da se u pravni poredak Republike Hrvatske prenose odredbe tih propisa“. Osim što je u tom članu navedeno da je Zakon usklađen sa regulatornim okvirom EU iz 2009. godine, što nije slučaj sa srpskim Zakonom o elektronskim komunikacijama, propisano je da je Zakonom o elektroničkim komunikacijama: „Utvrđen okvir za sprovođenje Direktive br. 531/2012 Evropskog parlamenta i Veća od 13. aprila 2012. godine o roamingu u javnim mobilnim telefonskim mrežama unutar EU“.

Iz prethodno opisane sadržine člana 1a. hrvatskog Zakona sledi da on sadrži veliki broj pravnih normi koje su usklađene sa pravom EU, što na ovom mestu, neće moći detaljno da bude prikazano. Usled toga, a čini se da je za Republiku Srbiju u ovom trenutku najvažnije naglasiti, jeste da hrvatski Zakon za ralikom od našeg, sadrži odredbe koje stvaraju pravni osnov za institucionalizovanu saradnju Hrvatske, tj. njenog regulatornog tela za oblast elektronskih komunikacija sa Telom evropskih regulatora za elektronske komunikacije (BEREC). Osim što u velikom broju članova Zakona postoje odredbe koje pominju obavezu saradnje Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije (HAKOM) sa BREC-om, članom 23. Zakona uređen je postupak usklađivanja u donošenju odluka. Reč je o usklađivanju postupanja HAKOM-a, s postupanjem nadležnih nacionalnih regulatornih tela ostalih država članica EU, s postupanjem BEREC-a i Evropske komisije u postupku utvrđivanja određene regulatorne obaveze, koju HAKOM određuje operatoru u skladu sa odredbama Zakona, a kako bi se u praksi obezbedila ujednačena i usklađena primena relevantnih pravnih pravila EU na unutrašnjem tržištu. Član 23. Zakona o elektroničkim komunikacijama izuzetno je obiman i sadrži brojna pravna pravila koja se odnose na pomenuto usklađivanje u donošenju odluka. Takve odredbe trenutno ne postoje u srpskim propisima koji uređuju elektronske komunikacije, ali je sigurno da će njihovo unošenje u propise Srbije biti jedan od preduslova za učlanjenje u EU.

Drugi bitan detalj iz Zakona o elektroničkim komunikacijama odnosi se na pravno uređivanje statusa i ovlašćenja HAKOM-a kao samostalnog i nezavisnog regulatornog tela, što je učinjeno pravilima iz članova 7. do 16. Zakona. Nivo samostalnosti i nezavisnosti HAKOM-a, koji se ogleda u obimu ovlašćenja koje to telo ima, načinu i izvorima finansiranja, načinu izbora organa upravljanja i statusa zaposlenih stručnjaka, znatno je detaljnije i preciznije uređen pravnim normama u odnosu na Srbiju, koja je, kao što je već pomenuto, u Izveštaju evropske

komisije o napretku Srbije za 2013. godinu, odredbama pojedinih propisa ograničila i ugrozila samostalnost svog regulatornog tela.

3.2. Republika Slovenija

Novi Zakon o elektronskim komunikacijama³⁰ Republika Slovenija donela je 2012. godine umesto Zakona o elektronskim komunikacijama³¹ koji je donet 2004. godine, a koji je do donošenja Zakona iz 2012. godine više puta menjan i dopunjavao kako bi se uskladio sa brojnim promenama regulatornog okvira EU do kojih je došlo u tom periodu. Međutim, već posle godinu dana od donošenja novog Zakona o elektronskim komunikacijama, donet je Zakon o izmenama i dopunama Zakona o elektronskim komunikacijama³², što samo potkrepljuje tezu da je materija elektronskih komunikacija, jedna od oblasti koje se toliko tehnološki brzo razvijaju i menjaju, da njeno pravno uređivanje iziskuje gotovo neprekidnu zakonodavnu aktivnost, tj. kontinuiranu regulatornu delatnost.

Slično hrvatskom Zakonu o elektroničkim komunikacijama i Zakon Slovenije sadrži pravnu normu kojom se potvrđuje da su odredbe Zakona usklađene sa relevantnim direktivama EU, a lista direktiva čija pravila Zakon sadrži u prilagođenoj formi nalazi se u članu 2. Zakona. Odredbe slovenačkog Zakona brojne su i detaljno uređuju materiju elektronskih komunikacija, znatno detaljnije i preciznije u odnosu na zakone Hrvatske i Srbije koji su u odnosu na slovenački Zakon, veći obim materije za pravno uređivanje preneli na odgovarajuće podzakonske akte. Nadležnosti slovenačkog regulatornog tela koje vrši i regulatorne poslove u oblasti elektronskih komunikacija, šire su nego u Srbiji i Hrvatskoj. Dok je u Srbiji RATEL nadležan isključivo za poslove u vezi sa regulacijom elektronskih komunikacija, a hrvatski HAKOM i za regulaciju poštanskih usluga, slovenačka Agencija za komunikacione mreže i usluge (AKOS) nadležna je, ne samo za elektronske komunikacije i poštanske usluge, već i za oblast usluga železničkog transporta. Takvo rešenje, iako manje ekstenzivno kada je reč o nadležnostima u odnosu na nemačku Saveznu mrežnu agenciju³³, podseća na nemački koncept organizacionopravnog uređivanja i može se oceniti racionalnim sa stanovišta smanjenja

³⁰ Zakon o elektronskim komunikacijah, *Uradni list RS*, št. 109/12 .

³¹ Zakon o elektronskim komunikacijah, *Uradni list RS*, št. 43/04 .

³² Zakon o spremembah in dopolnitvi Zakona o elektronskih komunikacijah, *Uradni list RS*, št. 110/13.

³³ Specifičnost Savezne mrežne agencije kao samostalnog regulatornog tela zaduženog za oblast telekomunikacija u Nemačkoj je da ne obavlja regulatornu funkciju isključivo u oblasti telekomunikacija, već to čini i u oblastima energetike (električne energije i gasa), poštanskih usluga i železnice. Delom VIII nemačkog Zakona o telekomunikacijama (Telekommunikationsgesetz) uređeni su status i rad Savezne mrežne agencije kao samostalnog regulatornog tela (čl. 116. do 141.).

administrativnih i organizacionih troškova državnog aparata. Osim toga, razlika u odnosu na propise Srbije i Hrvatske ogleda se i u načinu izbora, tj imenovanja organa rukovođenja nacionalnim regulatornim telom (Agencijom). Dok u Srbiji i Hrvatskoj članove kolegijalnog organa rukovođenja nacionalnim regulatornim telom (članove Upravnog odbora RATEL-a, tj. Vjeća HAKOM-a), na predlog Vlade postavlja Narodna skupština Republike Srbije, tj. Hrvatski Sabor, u Sloveniji članove Saveta Agencije postavlja Vlada. Predsednika Sveta biraju sami članovi Saveta Agencije. Takvo rešenje ne umanjuje samostalnost i nezavisnost Agencije kao regulatornog tela, pošto ostale odredbe Zakona garantuju samostalnost i nezavisnost te institucije. Samo opredeljenje slovenačkog zakonodavca da se iz postupka izbora i postavljanja članova Saveta izuzme najviše telo zakonodavne vlasti (parlament) inspirisano je željom za većom operativnošću. Garancije nezavisnosti pri izboru i radu članova Saveta AKOS-a i namera da se na tu funkciju biraju najstručniji kandidati, vidi se iz sadržine članova 174. do 176. slovenačkog Zakona. Tako član 176. Zakona uređuje materiju nespojivosti funkcija i propisuje da član Saveta AKOS-a ne može biti lice koje je: član organa političke partije; funkcioner državnog organa na koga se odnosi zakon koji uređuje plate u javnom sektoru; državni službenik zaposlen u pojedinom državnom organu; zaposleno u pravnom licu, ili je član organa upravljanja pravnog lica koje vrši neku od usluga koje reguliše Agencije; ako je srodnik do drugog stepena srodstva lica koje je član organa upravljanja pravnog lica koje vrši neku od usluga koje reguliše Agencije.

Direktora AKOS-a, baš kao i članove Saveta postavlja Vlada Republike Slovenije, ali posle sprovedenog javnog konkursa, a na predlog članova Saveta AKOS-a. Srbija u odnosu na takvo rešenje slovenačkog zakonodavca, formalno posmatrano, poseduje zakonsko rešenje koje za nijansu više garantuje samostalnost Upravnog odbora RATEL-a pri izboru direktora RATEL-a, pošto je članom 17. stav 2. srpskog Zakona o elektronskim komunikacijama propisano da: „Direktora bira i razrešava Upravni odbor, na osnovu sprovedenog javnog konkursa, u skladu sa odredbama ovog zakona“.

4. Zaključak

Na osnovu prethodno prikazanih primera Hrvatske i Slovenije, kao i na osnovu kratkog pregleda direktiva i pravilnika EU koji uređuju oblast elektronskih komunikacija, nameće se zaključak da je u Srbiji neophodno, što hitnije, doneti nov zakon koji će urediti materiju elektronskih komunikacija. Potreba za menjanjem i dopunjavanjem

postojećeg Zakona o elektronskim komunikacijama nije sporna, ali je obim promena koji bi morao biti unet u postojeći zakonski tekst toliki, da nije moguće razmišljati o donošenju Zakona o izmenama i dopunama Zakona o elektronskim komunikacijama, već jedino o donošenju potpuno novog zakona. Gledano iz ugla propisa EU, postojeći Zakon o elektronskim komunikacijama pregazilo je vreme i okolnost da je on u vreme svog donošenja u velikoj meri bio usklađen sa odredbama propisa EU danas je irelevantna.

Novi zakon koji će na drugačiji način urediti materiju elektronskih komunikacija u Srbiji, moraće da sadrži sva pravila koja propisuje Pravilnik broj 1211/2009 Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine o uspostavljanju Tela evropskih regulatora za elektronske komunikacije i Kancelarije, Direktiva 2009/136/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine i Direktiva 2009/140/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. godine. Osim toga, odredbe tog novog zakona moraće da stvore pravni osnov za sprovođenje Direktive br. 531/2012 Evropskog parlamenta i Veća od 13. aprila 2012. godine o roamingu u javnim mobilnim telefonskim mrežama unutar EU.

Posebno treba obratiti pažnju na činjenicu da će Srbija, prilikom izrade novog Zakona o elektronskim komunikacijama, odredbama tog zakona morati da učvrsti i ojača status nacionalnog regulatornog tela (odgovarajuće agencije) kao samostalne i finansijski nezavisne organizacije i da će morati da obezbedi stabilan način njenog finansiranja koji podrazumeva da odredbe o finansijskoj samostalnosti tog tela neće biti derogirane drugim propisima koji uređuju ustrojstvo i funkcionisanje budžetskog sistema. Paralelno sa tim, praksa primene novog zakona i ostalih propisa moraće da bude takva da omogući efikasno sprovođenje svih pravnih mehanizam i mera za zaštitu konkurencije u oblasti elektronskih komunikacija, što danas nije slučaj. Jedino preduzimanjem takvih poteza Srbija može da izbegne kritike kakve je dobila u Izveštaju o napretku Srbije za 2013. godinu i time se za korak više približi stupanju u članstvo EU.

Assistant Prof. Dejan Šuput, Ph.D

Faculty of Sport University Union - Nikola Tesla

LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS

- EU Regulatory Framework and the Regulations of the Western Balkans Countries -

Summary

The paper analyses and explains the content of the provisions of the EU directives regulating the electronic communications / telecommunications and the obligations of the EU Member Countries and the EU Accession Countries concerning the harmonization of the national regulations with the provisions of these directives.

Special attention is dedicated to the fact that the examination of the essence and the scope of the EU regulatory framework and the analysis of the regulations of specific Western Balkans Countries, regulating electronic communications, has multiple significance for the Republic of Serbia which is in the negotiation phase of the EU accession process. It is stressed that the full harmonization of the regulations of the Republic of Serbia regulating electronic communications with the EU regulations is an essential condition that has to be met during the negotiation and accession process for Serbia to become a member of the EU. The legal practice of Croatia and Slovenia in the regulation of electronic communications is given as an example of a successful harmonization of the national regulations with the EU electronic communication regulations.

The paper concludes that the content of the directives published in November 2009 is of great importance for the Republic of Serbia as a country wishing to join the EU and that the rules laid down in these EU directives will clearly need to be taken into consideration when preparing the Law Amending the Law on Electronic Communications or a new law regulating this sector, since the Law on Electronic Communications in force is not harmonized with the rules from these directives.

Key words: electronic communications, laws, European Union, regulatory bodies, market.

PRIVREMENO ZAPOŠLJAVANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ – POUKE ZA BUDUĆE REGULISANJE U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt

Privremeno zapošljavanje deo je zakonodavstava i prakse evropskih država već duže vreme. U pitanju je specifični trostrani odnos o radnom angažovanju lica, koje zaključuje ugovor o radu sa agencijom za privremenom zapošljavanju, a rad obavlja kod klijenta agencije. Ovakav način ustupanja (upućivanja) radnika stvara specifičan pravni režim koji mora biti regulisan kako bi zaštitio prava lica koja se nalaze u ovom režimu zaposlenja. Iako je privremeno zapošljavanje pod kolokvijalnim nazivom „lizing radnika“ više od jedne decenije prisutno i u Srbiji, ovaj način radnog angažovanja je i dalje potpuno deregulisan, uz često pogrešno i tendenciozno tumačenje pravnog instituta privremenog zapošljavanja od zainteresovanih strana. Ta činjenica je povod analizi koja se oslanja na zakonsko rešenje privremenog zapošljavanja u Republici Hrvatskoj. Hrvatska je dobar primer regulacije budući da je privremeno zapošljavanje uređeno veoma detaljno, uz dužno poštovanje svih postojećih prava zaposlenih iz radnopravnih propisa, ali i međunarodnih instrumenata i propisa Evropske unije. Istovremeno, ukazujući na izvesne nedostatke u regulisanju, kao i kontroverze i probleme koje su imanentne ovom pravnom institutu, autori daju potpunu sliku o njegovim prednostima i manama, uz neizbežni zaključak da se stanje deregulacije u Republici Srbiji mora što pre okončati.

Ključne reči: *privremeno zapošljavanje, agencije za privremeno zapošljavanje, upućivanje zaposlenog, fleksibilni oblici radnog angažovanja, Zakon o radu Republike Hrvatske.*

¹ Docent, Pravni fakultet Univerziteta Union Beograd, mail: mario.reljanovic@gmail.com

1. Pojam privremenog zapošljavanja

Privremeno zapošljavanje je izraz koji se odnosi na „iznajmljivanje zaposlenih“. U pravu Srbije ono nije regulisano, pa se češće u upotrebi sreće termin „lizing radnika“. ² Privremeno zapošljavanje je izraz koji je u upotrebi u zemljama u okruženju, a bio je predviđen i u početnim verzijama Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu, propisa koji je početkom 2014. godine povučen iz procedure za donošenje. Iako je i ovaj izraz donekle neprecizan, smatramo da je najadekvatniji za upotrebu.

Privremeno zapošljavanje je ustupanje zaposlenog drugom poslodavcu, od strane agencije kod koje je zaposleni u radnom odnosu i koja je specijalizovana i registrovana za ovakvu delatnost. Iako postoji duže vreme, na prostorima bivše Jugoslavije privremeno zapošljavanje je ušlo u praksu tek u poslednjih desetak godina. ³ Kao posledica toga, većina država u okruženju donela je nedavno posebne propise o privremenom zapošljavanju. Srbija nije jedna od tih zemalja, tako da je privremeno zapošljavanje potpuno deregulisano ⁴ i pored činjenice da se svakodnevno vrši ⁵.

U pitanju je dakle karakterističan pravni i faktički odnos između tri strane: agencije – poslodavca, zaposlenog i poslodavca koji preuzima zaposlenog (korisnika). Lice koje traži posao zaključuje ugovor o radu sa agencijom za privremeno zapošljavanje. Agencija se tokom trajanja ovakvog radnog odnosa pojavljuje dakle kao poslodavac i ispunjava sve obaveze koje su predviđene zakonskim i podzakonskim aktima, opštim aktima poslodavca, kao i ugovorom o radu. Međutim, zaposleni ne obavlja rad kod agencije. Agencija nalazi drugog poslodavca koji ima potrebu za zaposlenim takvog profila i upućuje zaposlenog kod njega. Prema zaposlenom ta treća strana nije poslodavac, već korisnik usluga

² U tekstu će se ravnopravno i kao sinonimi koristiti pojmovi „upućivanje“ i „ustupanje“, kao i „radnik“ i „zaposleni“, budući da su to termini koji se uglavnom sreću kako u zakonskim rešenjima (aktuelnim ili predloženim), tako i u stručnoj literaturi.

³ Zakon o radu Crne Gore (*Službeni list Crne Gore* 49/08, 26/09, 88/09, 26/10, 59/11) ne sadrži definiciju privremenog zapošljavanja, iako sadrži poseban pododeljak kojime se ovaj pravni institut reguliše; ista je situacija i sa odredbama o privremenom zapošljavanju u Zakonu o radu Hrvatske (*Narodne novine* br. 149/09), koji će biti detaljnije analiziran, kao i sa Zakonom o radnim odnosima Slovenije (*Službeni glasnik Slovenije* 42/02 i 103/07).

⁴ Apsolutno je neprihvatljiva teza da je privremeno zapošljavanje inkorporirano u pravni sistem Republike Srbije kroz ratifikaciju Konvencije 181 Međunarodne organizacije rada o privatnim agencijama za zapošljavanje (*Sl.glasnik RS – Međunarodni ugovori* 2/2013) – o ovome će biti više reči u poslednjem delu teksta.

⁵ Prema nekim neproverenim podacima, gotovo sto hiljada zaposlenih je u ovom režimu; iako je jedna od posledica deregulisanosti i nedostatak zvaničnih informacija i registra zaposlenih koji su na ovaj način upućeni na rad kod drugog poslodavca sasvim je sigurno da se njihov broj može meriti desetinama hiljada, imajući u vidu podatke koje su objavile pojedine velike kompanije.

agencije. Korisnik „iznajmljuje“ od agencije zaposlenog, koja ga upućuje kod njega na rad⁶. Agencija se u ovom odnosu pojavljuje kao specifičan poslodavac-posrednik; korisnik usluge plaća agenciji, a agencija isplaćuje zaradu i uplaćuje porez i doprinose za socijalno osiguranje zaposlenom – zaposleni dakle ostvaruje mnoga prava iz radnog odnosa kod agencije, ali ne radi u njenim prostorijama već u prostorijama korisnika. Ugovor između zaposlenog i agencija jeste specifična varijanta ugovora o radu. Ugovor koji zaključuje agencija sa korisnikom jeste ugovor (sporazum) o ustupanju zaposlenog.

Finansijska logika ovakvog delovanja je jednostavna. Zaposlenom koji traži posao jednostavnije je da nađe zaposlenje putem agencije, a isti je slučaj i sa poslodavcem-korisnikom. Agencija ugovara zaradu sa zaposlenim, kao i naknadu koju plaća korisnik. Po pravilu je drugi iznos viši od prvog, a razliku zadržava agencija. Poslodavcima čija potreba za zaposlenima konstantno fluktuiraju i kod kojih postoji veći broj pozicija za kratkoročno radno angažovanje (velike kompanije i poslovni sistemi) ovakav način dolaska do zaposlenog je efikasniji i jeftiniji.

Konstrukcija privremenog zapošljavanja međutim otvara niz spornih pitanja, pre svega kada je reč o položaju i pojedinim pravima zaposlenog koji je ustupljen korisniku. Nije teško pretpostaviti da će to lice veoma teško ostvariti npr. pravo na sindikalno udruživanje – poslodavac kod kojeg može da se udružuje jeste agencija; međutim, kod poslodavca zaposleni ne ostvaruje rad, pa bi bilo logično da može da pristupi sindikatu koji je osnovan kod korisnika. Takođe, u pojedinim pravnim sistemima – kao što je i srpski – zaposleni će veoma teško moći da se zaštiti u pojedinim slučajevima ugrožavanja ili kršenja njegovih/njenih prava na mestu na kojem ostvaruje rad. Npr. zaštita od zlostavljanja na radu zaposlenog u takvoj situaciji ne postoji. Zbog toga je od izuzetne važnosti da se radnim zakonodavstvom regulišu i reše sve potencijalno sporne situacije.

Privremeno zapošljavanje se značajno razlikuje od „klasičnog“ radnog odnosa. Ono je izraz fleksibilnosti ugovaranja radnog odnosa, ali i izraz potrebe nezaposlenih da se radno angažuju na bilo koji način. U uslovima pune zaposlenosti i stabilnog tržišta rane snage, privremeno zapošljavanje ne bi zauzimalo značajnu poziciju na tržištu rada. Međutim, kod velikih fluktuacija tržišta zapošljavanja, visokog procenta nezaposlenosti i pojave tzv. sistemske nezaposlenosti (kada nezaposleni

⁶ Iako se koristi izraz „upućivanje na rad“, ovakvu vrstu ustupanja (prosleđivanja, iznajmljivanja) zaposlenog treba razlikovati od istoimenog radnopravnog instituta koji je već normiran u Zakonu u radu; uprkos tome što se zasnivaju na sličnim idejama (zaposleni ne obavlja rad kod inicijalnog poslodavca), faktički položaj zaposlenog se razlikuje, a i samim tim su pravno veoma različito regulisani.

ne može da pronade posao – iako je aktivno uključen u njegovo traženje – duže od jedne godine), pojava privremenog zapošljavanja za mnoge nezaposlene znači lakši put do zaposlenja. Po pravilu je ovo zaposlenje privremenog karaktera ali, kao što će biti posebno analizirano, ono može voditi i stalnom zaposlenju. Zaposleni je u radnom odnosu, tako da ovaj modalitet ne treba mešati sa radnim angažovanjem privremenog karaktera van radnog odnosa (prema ugovoru o delu, ugovoru o privremenim i povremenim poslovima, i sl.). On/ona ostvaruje sva prava iz radnog odnosa, i to je jako važno napomenuti. Sva ostala pitanja koja su od značaja za zaštitu položaja zaposlenog, moraju biti detaljno i precizno regulisana zakonom, kako bi se izbegle različite moguće zloupotrebe privremenog zapošljavanja.

2. Agencije za privremeno zapošljavanje

Uređenje načina osnivanja i rada agencije za privremeno zapošljavanje, centralna je tema regulacije celog instituta privremenog zapošljavanja.

Zakon o radu Republike Hrvatske definiše agenciju kao „poslodavca koji na temelju sporazuma o ustupanju radnika ustupa radnika drugom poslodavcu za obavljanje privremenih poslova. Agencija može obavljati poslove ustupanja radnika korisnicima pod uslovom da te poslove obavlja kao jedinu delatnost, da je upisana u registar prema posebnom propisu, kao i u evidenciju ministarstva nadležnog za poslove rada.“⁷ Nakon što otpočne svoju delatnost, agencija je dužna da na svakom dopisu i ugovoru u pravnom prometu navede broj upisa u evidenciju ministarstva.⁸ Ovo je logično rešenje – agencija se ne može baviti drugim delatnostima i mora biti registrovana za ono što radi. Podaci o upisu u registar su javni i predstavljaju preduslov otpočinjanja rada agencije. Registar agencija se vodi kod nadležnog ministarstva, a podatke o agenciji poseduje i inspekcija rada, koja predstavlja nadzorni organ nad primenom propisa kojima se reguliše privremeno zapošljavanje.

Nažalost, Zakon o radu Hrvatske ne sadrži posebne odrednice o uslovima koje agencija mora da ispuni da bi obavljala svoju delatnost. Ostavljanjem da se oni regulišu podzakonskim aktima stvara se

⁷ Član 24. stavovi 1. i 2. Zakona o radu Republike Hrvatske.

⁸ Član 32. Zakona o radu Republike Hrvatske.

potencijalna opasnost po zaposlene, ali i korisnike.⁹ Otuda je povučeni nacrt Predloga izmena i dopuna Zakona o radu Republike Srbije, u jednoj od radnih verzija koje nisu usvojene kao konačne, sadržao veoma kvalitetno postavljene zahteve za osnivanje i registrovanje agencije za privremeno zapošljavanje. Prema ovim rešenjima, agencija za privremeno zapošljavanje je pravno ili fizičko lice koje, u svojstvu poslodavca, upućuje zaposlenog drugom poslodavcu (korisniku) radi privremenog obavljanja poslova. Agencija može obavljati poslove upućivanja korisnicima pod uslovom da je registrovana za tu delatnost u skladu sa posebnim propisom¹⁰, da poseduje dozvolu za rad, kao i da je upisana u registar koji vodi ministarstvo nadležno za poslove rada. Agencija bi prema ovom rešenju najpre morala da se registruje, pa zatim da zatraži dozvolu za rad u roku od 15 dana od dana registracije. Da bi dobila dozvolu za obavljanje delatnosti privremenog zapošljavanja, agencija je morala da priloži izvod iz registra, dokaz o stručnoj osposobljenosti za rad u zapošljavanju za osnivača ili zaposlenog, kao i dokaz o bankarskoj garanciji. Bankarska garancija kao uslov je odlično rešenje koje zaista može napraviti razliku u praksi. Ona je bila određena obimom poslovanja agencije – u zavisnosti od broja zaključenih ugovora o ustupanju zaposlenih, između 10.000 i 30.000 evra, a aktivirala bi se ukoliko agencija nije zaposlenom isplatila zaradu ili naknadu zarade, odnosno uplatila poreze i doprinose u neprekidnom periodu dužem od tri meseca. Bankarska garancija bi se aktivirala u celini ili parcijalno nakon što bi nadležno ministarstvo, na osnovu izveštaja inspektora rada o neizmirenim novčanim obavezama agencije prema zaposlenima, dostavilo obaveštenje banci koja je bankarsku garanciju izdala. Banka bi na osnovu obaveštenja izvršila prenos sredstava koje agencija duguje na tekuće račune zaposlenih u agenciji, a uplaćivanje neizmirenih doprinosa i poreza imalo bi prioritet u odnosu na druga potraživanja. Iako veoma detaljno i kvalitetno, ovakvo rešenje nije našlo svoje mesto u završnoj verziji ovog dokumenta, koja se pojavila na javnoj raspravi pre povlačenja iz procedure.

⁹ Istovetno rešenje sadrži i Zakon o radu Crne Gore, koji postavlja samo dva zakonska uslova za funkcionisanje agencije: da je ustupanje zaposlenih njena jedina delatnost, kao i da poseduje dozvolu nadležnog ministarstva (član 43a.). Sve ostale detalje, uključujući i uslove za dobijanje dozvole, propisuje nadležno ministarstvo. Zakon o radu Slovenije ne sadrži posebne odredbe o agenciji, odnosno o tome ko se može baviti privremenim zapošljavanjem.

¹⁰ Interesantno je da poseban propis, tj. Uredba o klasifikaciji delatnosti (*Sl. glasnik RS* 54/2010) zaista poznaje delatnost „agencije za privremeno zapošljavanje“, iako za tako nešto ne postoji pravni osnov u pravnom sistemu Republike Srbije. U vreme donošenja ove Uredbe čak nije bila ni ratifikovana Konvencija 181 Međunarodne organizacije rada, tako da je verovatni razlog zašto su agencije za privremeno zapošljavanje uvrštene u klasifikaciju delatnosti iako njihov rad nije regulisan niti jednim propisom, značajan finansijski interes agencija koje su i do tada *de facto* obavljale ovu (nepostojeću) delatnost u Srbiji.

3. Ugovor o radu agencije i zaposlenog

Ugovor o radu agencija sklapa sa zaposlenim. Ovaj ugovor je specifičan zato što sadrži elemente koji se odnose na ustupanje zaposlenog; istovremeno, on mora sadržati i neke osnovne elemente koji su kao obavezni predviđeni za svaki ugovor o radu. Njegova sadržina je od izuzetnog značaja imajući u vidu da je zaposleni „najranjivija“ strana u trostranom odnosu privremenog zapošljavanja. Zbog toga se elementi ovog ugovora po pravilu detaljno regulišu zakonom.

Zakon o radu Republike Hrvatske regulisao je ugovor o privremenom zapošljavanju, kao posebnu vrstu ugovora o radu, članom 26. Njime je predviđeno da se ugovor može zasnivati na neodređeno ili određeno vreme. Ovakvo regulisanje je važno jer otkriva dva moguća modaliteta angažovanja zaposlenog. Sa jedne strane, agencija ga može angažovati za unapred poznatog korisnika i poznat period – trajanje posla na kojem će biti angažovan. Tada će se po pravilu zaključiti ugovor o radu na određeno vreme. U suprotnom, agencija može zaključiti ugovor o radu na neodređeno vreme. U periodima kada je angažovan kod nekog od korisnika, zaposleni će obavljati poslove prema sporazumu o ustupanju radnika. Ostatak vremena može provesti obavljati poslove kod agencije – u svakom slučaju, zaposleni će sve vreme dobijati zaradu i uživati sva ostala prava iz radnog odnosa. Ova prava, obaveze i odgovornosti u periodima kada zaposleni nije angažovan kod korisnika, moraju biti predmet posebnog regulisanja ugovora o radu koji potpisuje sa agencijom (sama zarada u tom periodu već je regulisana Zakonom o radu – zaposleni će obijati prosečnu zaradu koja mu je isplaćena u tri meseca koja su prethodila okončanju angažovanja kod poslednjeg korisnika kod kojeg je bio upućen¹¹). Iako na prvi pogled ovakva konstrukcija nije verovatna – retko koja agencija će zaključiti ugovor o radu sa zaposlenim na neodređeno vreme i rizikovati da mu zaposleni donosi isključivo gubitke tokom „praznog hoda“ u kojem nije angažovan kod korisnika – ova odredba je višetruko značajna. Sa jedne strane, postoje profili zanimanja koja su izuzetno tražena i kod kojih neće biti veliki vremenski razmak između dva sukcesivna angažovanja kod korisnika. U ovoj situaciji je agenciji isplativije da angažuje jednog zaposlenog za kojeg je već unapred dogovorila dva ili više angažovanja, i za kojeg se realno može očekivati da bude tražen na tržištu poslova i u narednom periodu. Sa druge strane, odredba opredeljuje stav države prema politici

¹¹ Član 87. stav 5. na osnovu člana 26. stav 3. Zakona o radu Republike Hrvatske. Zakon o radu Slovenije predviđa da naknada koja se daje zaposlenom u tom slučaju ne može biti niža od 70% minimalne zarade (član 60.).

zapošljavanja na ovaj način. Zakonodavac šalje poruku da „privremeno zapošljavanje“ ne mora biti samo privremeno. Zaposleni u ovom režimu neće biti „robovska radna snaga“, kako se često neargumentovano govori od strane protivnika privremenog zapošljavanja, već im se (pravno gledano) ukazuje prilika da zasnuju radni odnos koji je istovetan bilo kojem drugom modalitetu radnog odnosa.

Prema izričitoj odredbi Zakona o radu¹², zaposleni ne može biti ustupljen istom korisniku za obavljanje istih poslova, duže od godinu dana (prekid kraći od mesec dana ne računa se kao prekid obavljanja poslova kod korisnika). Ova odredba ima za cilj da spreči zloupotrebu, odnosno izigravanje, odredbe o zapošljavanju na određeno vreme. Ukoliko postoji potreba da zaposleni obavlja iste poslove duže od navedenog perioda, smatra da se da je potreba za izvršiocem tih poslova stalna i poslodavac (u ovom slučaju korisnik) mora da angažuje to, ili neko drugo lice, u radnom odnosu na neodređeno vreme. Ovo međutim ne utiče na odnos agencije i zaposlenog. On može biti zaposlen i na duže od godinu dana u agenciji, odnosno zaposlen na neodređeno vreme – jedino ograničenje jeste da ga agencija ne može ustupiti istom korisniku za obavljanje istih poslova na duži vremenski period od godinu dana. Zakon nažalost ne sadrži odredbu o posledicama kršenja ovakvog ograničenja – da li će se u tom slučaju, analogno sa drugim zaposlenima na određeno vreme, smatrati da je zaposleni zaključio ugovor o radu na neodređeno vreme? Ako bi povukli paralelu, postavilo bi se ozbiljno pitanje – ko bi u tom slučaju bio poslodavac tom zaposlenom? Potreba za radom postoji kod korisnika, ali ugovor o radu na određeno vreme je zaključen sa agencijom. Poseban problem može da se javi ukoliko je zaposleni već u radnom odnosu na neodređeno vreme sa agencijom.

Kada je reč o drugim elementima ugovora koji zaposleni zaključuje sa agencijom, Zakon o radu Republike Hrvatske reguliše nekoliko situacija.

Najpre, svaki modalitet ovog ugovora mora sadržati neke obavezne elemente „klasičnog“ ugovora o radu: podatke o zaposlenom i poslodavcu (ime/naziv, prebivalište/sedište), dan stupanja na rad, dužinu trajanja ugovora o radu, trajanje godišnjeg odmora i otkazni rokovi. U odnosu na običan ugovor o radu, ovaj ugovor ne sadrži podatke o mestu rada, poslovima koje će zaposleni obavljati, osnovnoj zaradi, kao ni o trajanju radne nedelje odnosno rasporedu radnog vremena. Izostavljanje ovih elemenata je logično jer se radi o organizaciji rada koja zavisi od korisnika. Ukoliko međutim agencija angažuje zaposlenog na određeno

¹² Član 28. Zakona o radu Republike Hrvatske.

vreme radi ustupanja samo jednom unapred poznatom korisniku, ugovor mora sadržati i dodatne elemente vezane za korisnika: podatke o ugovornim stranama i njihovom prebivalištu, odnosno sedištu; očekivanom trajanju ugovora; sedištu korisnika; mestu rada; poslovima koje će ustupljeni radnik obavljati; datumu početka i završetka rada; zaradi, dodacima na zaradu i periodici isplate zarade; uobičajenom trajanju radnog dana ili radne nedelje.¹³ Pored ovih, predviđeni su i neki drugi posebni elementi ugovora o privremenom zapošljavanju, koji karakterišu specifičnu prirodu ove vrste radnog angažovanja: naznaku da se ugovor sklapa radi ustupanja radnika za privremeno obavljanje poslova kod korisnika; naznaku poslova za čije obavljanje će se radnik ustupiti; obaveze agencije prema radniku u vreme kada je ustupljen korisniku.¹⁴ Ovim ugovorom se dakle precizira ne samo odnos agencija - zaposleni, već i najvažniji elementi odnosa zaposleni - korisnik, budući da je korisnik već poznat i da se zaposleni prima u radni odnos sa isključivom svrhom ustupanja tom poznatom korisniku. Zanimljivo je napomenuti da Zakon koristi izraz „očekivano trajanje ugovora“, što čini se nagoveštava da se trajanje ugovora po potrebi može produžiti.¹⁵

Povučena radna verzija Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije sadržao je odredbu prema kojoj je ugovor o radu koji se odnosio na privremeno zapošljavanje, osim opštih elemenata predviđenih Zakonom o radu, morao da ima i sledeće: odredbu da zaposleni prihvata da obavlja rad kod korisnika, odnosno da bude upućen kod korisnika sa ciljem obavljanja poslova; vrstu poslova koje je zaposleni trebalo da obavlja kod korisnika; odredbu da se visina zarade i drugih primanja zaposlenog isplaćuje u skladu sa opštim aktom korisnika, ili sporazumom o ustupanju zaposlenog; visinu naknade zarade za period kada zaposleni ne radi kod korisnika, kao i u slučaju da privremeno prestane da radi kod korisnika; obaveze agencije prema zaposlenom u vreme kada je upućen korisniku. Svi navedeni elementi su karakteristični za prirodu upućivanja, i može se reći da su dovoljni da na elementarnom nivou obezbede sigurnost i izvesnost zaposlenom u pogledu činjenica kod koga će i na koji način obavljati posao, prilikom zaključenja ugovora o radu sa agencijom. Pri tome, ne bi trebalo da buni odredba da je obavezan element ugovora i određenje budućih poslova kod korisnika

¹³ Član 26. stavovi 1, 2. i 4. Zakona o radu Republike Hrvatske

¹⁴ Članom 16. Zakona o radu Republike Hrvatske predviđeni su i dodatni elementi koji se odnose na slučaj upućivanja zaposlenog na rad u inostranstvo.

¹⁵ Što je sasvim logično i u skladu sa opštim režimom zaključenja ugovora o radu. Ipak, ova odredba bi se morala tumačiti tako da se na ovaj način ne može izbeći pomenuto ograničenje o trajanju ugovora o radu na određeno vreme. Videti: M. Reljanović, „Privremeno zapošljavanje – „ustupanje“ zaposlenog“, *Pravni instruktor* 47-48/2013, 102-109.

– ne misli se na konkretnog korisnika (koji uopšte ne mora biti poznat u trenutku zaključenja ugovora o radu), već na sve buduće korisnike kod kojih bi zaposleni bio upućen. Ovo rešenje sprečava situaciju da agencija uputi zaposlenog da obavlja poslove kod korisnika za koje nije kvalifikovan, ili – što je još izvesnije – da obavlja poslove koji su niži od kvalifikacija koje poseduje i ne odgovaraju prirodi poslova za koje je zaposleni specijalizovan (npr. agencija uputi računarskog programera kod korisnika, da bi obavljao poslove higijeničara).

4. Sporazum o ustupanju radnika

Sporazum o ustupanju radnika zaključuje se između agencije i korisnika. Zakonski tekstovi posvećuju veliku pažnju ovom sporazumu, čini se sasvim opravdano jer predstavlja osetljivu tačku u sistemu privremenog zapošljavanja. Zaposleni koji je zaključio ugovor o radu sa agencijom se ovim aktom upućuje drugom poslodavcu – korisniku, kod kojeg će obavljati poslove. Otuda se i formalno i faktički javlja niz pitanja koja moraju biti regulisana kako bi bili zaštićeni interesi sve tri strane. Od naročite važnosti su odredbe sporazuma koje se odnose na položaj zaposlenog, budući da on ne učestvuje u njegovom kreiranju i potpisivanju – saglasnost zaposlenog derivira iz ugovora o radu koji je potpisao sa agencijom.

Zakon o radu Hrvatske navodi veći broj podataka koji sporazum mora sadržati: broj ustupljenih radnika koji su potrebni korisniku; vremensko razdoblje na koje se ustupaju radnici; mesto rada; poslovi koje će ustupljeni radnici obavljati, znanja i veštine potrebne za njihovo obavljanje; uslovi rada koji se odnose na radna mjesta na kojima će ustupljeni radnici obavljati poslove; način na koji i razdoblje u kojem korisnik mora ispostaviti agenciji obračun za isplatu zarade; propisi koji se kod korisnika primenjuju za utvrđivanje zarade, i osoba koja je ovlašćena za zastupanje korisnika prema ustupljenim radnicima.¹⁶ Dodatne garantije postoje ukoliko se radi o ustupanju zaposlenog za rad u inostranstvu. Sporazum se ne može sklopiti radi zamene radnika kod korisnika kod kojeg se sprovodi štrajk; ako je korisnik u prethodnom razdoblju od šest meseci otkazao ugovore o radu radnika koji su radili na poslovima za obavljanje kojih traži ustupanje radnika; za obavljanje poslova sa skraćenim radnim vremenom, odnosno poslove na kojima, uz primjenu mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, nije moguće zaštititi radnika od štetnih uticaja; za ustupanje radnika drugoj agenciji; u drugim

¹⁶ Član 25. stavovi 1.-3. Zakona o radu Republike Hrvatske.

slučajevima utvrđenim kolektivnim ugovorom koji obvezuje korisnika. Agencija i korisnik mogu ugovoriti da će za ustupljene radnike, za razdoblje u kojem su mu ustupljeni, korisnik voditi propisanu evidenciju o njihovom radnom vremenu, kao i rok i način dostave takve evidencije agenciji.¹⁷

Uslovi rada, kao i zarada ustupljenih zaposlenih, ne mogu se razlikovati od onih koji su obezbeđeni redovnim zaposlenim kod korisnika. Ovo pitanje posebno reguliše i član 26. stavovi 5. i 6. Zakona o radu: „Ugovorena zarada i drugi uslovi rada ustupljenog radnika ne smeju biti utvrđeni u iznosu manjem, odnosno nepovoljnijem od zarade, odnosno drugih uslova rada radnika zaposlenog kod korisnika na istim poslovima koje bi ustupljeni radnik ostvario da je sklopio ugovor o radu s korisnikom. Ako se zarada, odnosno drugi uslovi rada ne mogu utvrditi u skladu sa stavom 5. ovog člana, isti se utvrđuju sporazumom o ustupanju radnika.“ Agencija i korisnik su dakle ograničeni prilikom sklapanja sporazuma – on ne može sadržati diskriminatorne odredbe kojima bi se umanjilo ili uskratilo neko pravo ustupljenog zaposlenog, u odnosu na druge zaposlene kod korisnika. Ovo je čini se nužna zabrana, jer je sasvim izvesno da bi u suprotnom agencija i korisnik imali finansijski interes da smanje svoje troškove na štetu zaposlenog.

Povučena radna verzija Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije sadržao je odredbe o nužnim elementima sporazuma o upućivanju zaposlenog, koje su bile gotovo identične onima iz hrvatskog Zakona o radu: o broju zaposlenih koji se upućuju, vremenskom periodu upućivanja i mestu rada; poslovima koje će zaposleni obavljati, potrebnim znanjima i veštinama i uslovima rada; merama bezbednosti i zaštite zdravlja na radu; načinu i vremenu u kojem je korisnik dužan da dostavi agenciji obračun za isplatu zarada, kao i navođenje opštih akata na osnovu kojih se obračunava zarada kod korisnika; o odgovornosti agencije ukoliko zaposleni ne bude ispunjavao preuzete obaveze. Bilo je predviđeno da sporazum neće moći da se zaključi radi: zamene zaposlenog kod korisnika kod kojeg je organizovan štrajk, osim rado obezbeđivanja zakonom utvrđenog minimuma procesa rada; obavljanja poslova na kojima postoji povećana opasnost od povređivanja i profesionalnih oboljenja; upućivanja zaposlenog za obavljanje poslova za koje je korisnik u prethodnom periodu od šest meseci otkazao ugovore o radu usled viška zaposlenih; upućivanja zaposlenih drugoj agenciji.

¹⁷ Član 25. stavovi 4. i 5. Zakona o radu Republike Hrvatske. Gotovo identično rešenje kada je reč o nemogućnosti angažovanja ustupljenih radnika sadrži Zakon o radu Crne Gore, osim što je predviđena zabrana angažovanja ustupljenih radnika na istim poslovima u trajanju od 12 meseci nakon otkazivanja ugovora o radu zaposlenima kao tehnološkog viška, u skladu sa drugim odredbama tog Zakona.

5. Prava, obaveze i odgovornosti zaposlenog

Kao što je već napomenuto, ustupljeni zaposleni nalazi se u specifičnom položaju. On je zaposlen kod agencije, ali ostvaruje rad kod drugog poslodavca – korisnika. Zbog toga je specifičan i način na koji vrši određena prava. Neka od njih će nužno morati da vrši kod korisnika, jer su neraskidivo vezana za mesto rada i proces rada – ovo su npr. prava na bezbednost i zaštitu na radu, na odmor u toku dnevnog rada, dnevni i nedeljni odmor. Druga prava se ostvaruju zajedničkim aktivnostima agencije i korisnika – npr. zaradu zaposlenom isplaćuje agencija kao poslodavac, ali korisnik mora dostaviti obračun zarade¹⁸; rešenje o korišćenju godišnjeg odmora može da izda samo poslodavac, ali je logično da će agencija to učiniti za period koji korisnik odredi kao vreme za korišćenje godišnjeg odmora u dogovoru sa zaposlenim (kako to predviđaju i zakoni o radu Srbije i Hrvatske za „običan“ režim korišćenja). Konačno, postoje prava koja zaposleni vrši isključivo kod agencije. Tako je npr. agencija dužna da ustupljenog radnika usavršava i upozna sa novim tehnologijama rada za obavljanje poslova za koje je ugovoreno da će se radnik ustupati, osim ako sporazumom o ustupanju tu obavezu nije preuzeo korisnik.¹⁹ Prema rešenju iz Zakona o radu Republike Hrvatske, zaposleni koji smatra da mu je neko pravo povređeno, zaštitu može ostvariti kod poslodavca – agencije, na način koji je predviđen Zakonom za opšti režim radnog odnosa, koji predviđa prethodno obraćanje poslodavcu radi ostvarenja povređenog prava (osim u izričito određenim slučajevima kada to neće biti potrebno), odnosno potonje podnošenje tužbe protiv poslodavca u slučaju da se spor ne reši na zadovoljavajući način u internom postupku. Ovo je takođe način zaštite koji je predviđen za klasičan radni odnos, ali je važno još jednom ukazati na činjenicu da u ovom slučaju poslodavac – agencija, snosi isključivu odgovornost za neostvarivanje prava iz radnog odnosa iako se rad odvija kod korisnika.²⁰

Kada je reč o obavezama, zaposleni mora poštovati sve obaveze koje je agencija preuzela sporazumom o ustupanju – on dakle mora obavljati posao u vreme i na način koji je odredio korisnik, koji odlučuje

¹⁸ Zaposleni je prema izričitoj zakonskoj normi i ovde zaštićen – agencija je dužna da isplati zaradu i kada korisnik ne dostavi obračun zarade (član 29. stav 5. Zakona o radu Republike Hrvatske, a isto rešenje je prepisano i u povučenu radnu verziju Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije); ipak, Zakon nije precizirao o kojem se iznosu zarade u ovom slučaju radi, što u praksi sigurno može dovesti do različitih tumačenja.

¹⁹ Član 29. stav 4. Zakona o radu Republike Hrvatske.

²⁰ Istovetno rešenje bilo je predviđeno u povučenoj radnoj verziji Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije.

o radnom vremenu, prekovremenom radu, preraspodeli radnog vremena, kao i svim ostalim aspektima organizacije rada, naravno u okvirima propisanim zakonom, podzakonskim aktima, kolektivnim ugovorima i drugim opštim aktima. Ukoliko zaposleni krši radnu disciplinu ili ne ispunjava radne obaveze na propisan način, on može trpeti iste disciplinske sankcije koje korisnik može da izrekne i drugim zaposlenima. Agencija sa druge strane ima i posebne obaveze prema zaposlenom: pre upućivanja ustupljenog radnika korisniku, agencija je dužna da mu uruči ugovor o radu ili uputnicu, ako sa ustupljenim radnikom ima sklopljen ugovor o radu na neodređeno vreme ili ugovor o radu na određeno vrijeme u trajanju dužem od vremenskog perioda na koje se radnik ustupa korisniku. Uputnica sadrži sve relevantne podatke iz ugovora o radu, tako da će zaposleni imati jasnu predstavu pod kojim uslovima se ustupa njegov rad. Pre upućivanja ustupljenog radnika korisniku, agencija je takođe dužna da ga upozna sa posebnim profesionalnim znanjima ili veštinama za obavljanje posla kod korisnika, kao i sa svim rizicima obavljanja posla, a koji se odnose na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. U tu svrhu, agencija ima obavezu da osposobi ustupljenog radnika prema propisima o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, osim ako sporazumom o ustupanju radnika nije ugovoreno da te obaveze izvrši korisnik.²¹

Posebno pitanje je otkaz ugovora o radu – rešenje o otkazu može sačiniti samo poslodavac, ali će po pravilu otkazni razlog nastupiti kod korisnika. Zakon o radu Republike Hrvatske određuje da agencija može otkazati ugovor o radu za privremeno obavljanje poslova ustupljenom radniku ako su ispunjeni otkazni razlozi iz člana 108. stav 1. Zakona, kojima se određuje prestanak radnog odnosa tj. otkaz ugovora o radu u slučaju teške povrede radne obaveze ili druge okolnosti zbog koje radni odnos nije moguć; drugi uslov koji se mora ispuniti jeste da korisnik o tome pisanim putem obavesti agenciju u roku od osam dana od dana saznanja za činjenicu na kojoj se zasniva otkazni razlog. Značajno je napomenuti da se istim članom reguliše da se na otkaz ugovora o radu ustupljenog zaposlenog ne primenjuju odredbe o zbrinjavanju viška radnika. Prestanak potrebe za ustupljenim radnikom kod korisnika pre isteka perioda za koje je ustupljen ne može biti razlog za otkaz ugovora o radu za privremeno obavljanje poslova – dakle, agencija će morati da mu pronađe drugo radno angažovanje, odnosno da mu isplaćuje zaradu predviđenu za periode kada nije angažovan kod korisnika.²²

²¹ Član 29. stavovi 1. do 3. Zakona o radu Republike Hrvatske. Veoma slično rešenje sadržao je i tekst povučene radne verzije Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije.

²² Član 27. stav 3. Zakona o radu Republike Hrvatske. Istovetno rešenje bilo je predviđeno u povučenoj radnoj verziji Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije.

Obaveze korisnika su takođe predmet detaljnije regulacije u članu 30. Zakona o radu. Naročito je značajna odredba stava 1. ovog člana: „Korisnik se u odnosu na ustupljenog radnika smatra poslodavcem u smislu obaveza primene odredbi ovog i drugih zakona i propisa kojima su uređeni zaštita zdravlja i sigurnost na radu i posebna zaštita određenih grupa radnika.“ Dakle, „kompromis“ koji se mora na neki način ostvariti u ovom specifičnom odnosu svodi se na to da je poslodavac ustupljenog radnika u klasičnom smislu agencija – ona je odgovorna za štetu koja se pričini ustupljenom radniku; agencija takođe odgovara za štetu koju ustupljeni radnik načini korisniku – ovde se korisnik javlja kao treće lice, nikako kao poslodavac koji preuzima na sebe rizik za nastanak štete pri zapošljavanju radnika. Međutim, u svim ostalim situacijama u kojima zaposleni želi da ostvari neko pravo koje mu pripada po osnovu rada, logično se obraća onome kod koga taj rad ostvaruje – dakle, korisniku. Zato je korisnik taj koji mora obezbediti uslove rada, opštu i posebnu zaštitu na radu. Korisnik je taj koji odgovara za štetu koju načini ustupljeni radnik trećem licu, uz regresna prava koja postoje a koja bi u istoj situaciji imao poslodavac.²³

Takođe, korisnik je dužan najmanje jednom godišnje obavijestiti radničko vijeće (u srpskom pravu se ovaj način kolektivnog organizovanja zaposlenih naziva „savet zaposlenih“) o broju ustupljenih radnika i razlozima njihovog radnog angažovanja, kao i ustupljene radnike o činjenici da postoje slobodna radna mesta za koje oni ispunjavaju uslove. Poslednja obaveza je naročito interesantna, jer ona u praksi nužno vodi trajnom angažovanju ustupljenog radnika kod korisnika, koji bi postao njegov poslodavac. Ovakvo rešenje je kvalitetno zamišljeno, iako je čini se potrebno da se potreba za stalnim angažovanjem predočava onda kada se ona pojavi, a ne jednom godišnje – u pitanju je predug period da bi poslodavac „čuvao“ slobodno radno mesto za ustupljenog radnika. U povučenoj radnoj verziji Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije obaveze korisnika bile su nešto detaljnije regulisane, čini se u korist agencija za privremeno zapošljavanje koje su „izgubile“

²³ Član 31. Zakona o radu Republike Hrvatske. Štetu koju ustupljeni radnik načini kod korisnika trećoj osobi na radu ili u vezi s radom, dužan je naknaditi korisnik koji se u odnosu na regresnu odgovornost ustupljenog radnika smatra poslodavcem. Za štetu koju ustupljeni radnik na radu ili u vezi sa radom uzrokuje korisniku, odgovara agencija u skladu sa opštim propisima o odgovornosti u obligacionom pravu. Ako ustupljeni radnik pretrpi štetu na radu ili u vezi s radom kod korisnika, uključujući i štetu nastalu zbog povrede prava iz radnog odnosa, naknadu štete može potraživati od agencije ili korisnika u skladu sa odredbom člana 103. Zakona o radu, prema kojoj je poslodavac je dužan radniku naknaditi štetu u skladu sa opštim propisima o odgovornosti u obligacionom pravu. Videti: M.Reljanović, *op.cit.* Istovetno rešenje sadržala je i povučena radna verzija Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije; tim rešenjem predviđena je solidarna odgovornost agencije i korisnika u slučaju da zaposleni pretrpi štetu na radu ili u vezi sa radom, ali samo ukoliko drugačije nije bilo ugovoreno sporazumom o ustupanju zaposlenog.

deo obaveza koje se u hrvatskom Zakonu o radu pojavljuju, a koje su prešle na stranu korisnika (kao što su upoznavanje zaposlenog sa rizicima obavljanja posla i njegovo osposobljavanje za bezbedan i zdrav rad). Zadržana je odredba da korisnik mora da upozna upućenog zaposlenog sa činjenicom da kod njega postoje upražnjeni poslovi na neodređeno vreme – ova odredba je unapređena u odnosu na hrvatsko rešenje jer se ne pominje savet zaposlenih, već se postojanje takvih poslova ističe na oglasnoj tabli, ili se lično zaposlenom dostavlja obaveštenje. Takođe, postojala je i odredba koja je trebalo da služi sprečavanju diskriminacije ustupljenih zaposlenih u odnosu na one koji kod korisnika rade u opštem režimu radnog odnosa, kada je reč o visini zarade. Međutim u nedostatku opšte zabrane razlikovanja i drugačijeg ugovaranja uslova rada za ustupljene zaposlene, ceo koncept jednakosti koji je ovim rešenjem samo formalno promovisan je u velikoj meri obesmišljen. Trenutna negativna praksa određivanja nižih zarada za ustupljene zaposlene koji se nalaze u deregulisanom stanju, govori u prilog da se moraju na istovetan način zaštititi ne samo zarada, već i sva prava upućenog zaposlenog lica. Upućivanje na primenu Zakona o zabrani diskriminacije²⁴ u slučajevima neopravdanog razlikovanja, takođe bi imalo pozitivan efekat.

Može se reći da je položaj ustupljenog zaposlenog zadovoljavajuće regulisan u hrvatskom pravu. Antidiskriminacione odredbe koje ga praktično izjednačavaju sa drugim zaposlenim kod poslodavca – korisnika dosledno su izvedene, a posebna zaštita koja je nužna imajući u vidu specifičnosti ustupanja sprovedena je tako da – uz manje zamerke koje su u tekstu već istaknute a koje se tiču nepreciznosti pojedinih rešenja – zaista nudi punu zaštitu ovoj kategoriji radno angažovanih lica. Ne sme se naravno zaboraviti i na interese korisnika, koji su zaštićeni od lošeg kvaliteta rada ili nediscipline uspućenih radnika – u ovom slučaju sasvim logično odgovornost je na agenciji koja ih je uputila. Čini se da je postojeće rešenje u Zakonu o radu Republike Hrvatske, koje je u velikoj meri preuzeo i srpski zakonodavac u povučenoj radnoj verziji Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o radu Republike Srbije, zadovoljavajuća ravnoteža zaštite prava i interesa sve tri strane u ovom pravnom odnosu. Valjalo bi još jednom napomenuti da i u odnosu na ovaj tekst postoje neke nedoumice, koje će se naročito iskazati u postojećem pravnom okviru Srbije. Tako se srpski propisi o zaštiti od zlostavljanja na radu ne mogu primeniti u ovom slučaju jer korisnik nije poslodavac

²⁴ *Sl.glasnik RS* 22/2009.

upućen zaposlenom prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu²⁵. U samom Zakonu o radu morala da stoji upućujuća odredba koja bi rešila sve eventualne nedoumice i sporove u primeni ovog propisa. Takođe, način vršenja kolektivnih prava zaposlenog morao bi naći svoje mesto u budućoj regulaciji.

6. Iskustva Republike Hrvatske: argumenti za i protiv privremenog zapošljavanja

Oblast privremenog zapošljavanja često je predmet protivrečnih emocija, istupa poslodavaca i sindikata, kao i novinarskog izveštavanja. Ono što je međutim sigurno jeste da je ono prisutno u Srbiji, i to u velikoj meri.²⁶ Čak ni državni organi i institucije nisu „imuni“ od angažovanja zaposlenih na ovaj način.²⁷ Deregulacija takve prakse zasigurno ne ide u korist zaposlenih, a samim tim ni sindikata. Otuda jako čudi njihovo decidno protivljenje normiranju privremenog zapošljavanja. Tim pre što bi se iz iskustava nama bliskih država, kako prema pravnoj tradiciji tako i prema ekonomskim parametrima i stepenu nezaposlenosti, mogle izvući pouke. „Analiza hrvatskog rešenja pokazuje da je reč o potpunoj i detaljnoj regulaciji mehanizma „iznajmljivanja radne snage“. Zakon o radu Crne Gore izvorno nije sadržao odredbe o privremenom radu, ali su one naknadno unete izmenama zakonskog teksta. Osim manjih razlika koje proističu iz različitog regulisanja radnopravne i obligacionopravne materije, privremeno zapošljavanje je uređeno na potpuno isti način kao u Hrvatskoj. Kada je reč o Sloveniji, Zakon o radnim odnosima je uredio materiju na sličan način; primetno je ipak odsustvo detaljnijih

²⁵ Prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Sl. glasnik RS* 36/2010) poslodavac ili drugi zaposleni kod poslodavca mogu biti izvršioci zlostavljanja na radu (član 6. stav 3. Zakona). Kako je u ovom slučaju poslodavac agencija a zlostavljanje mogu vršiti korisnik ili zaposleni kod korisnika, u praksi je moguće (i vrlo verovatno) tumačenje prema kojem oni ne mogu biti zlostavljači u smislu ovog Zakona. Kada je reč o zlostavljanju na radu koje bi izvršio ustupljeni zaposleni, važi isto pravilo kao i u slučaju kada bi to lice bilo žrtva zlostavljanja: ono se ne može smatrati zaposlenim ili radno angažovanim po posebnoj vrsti ugovora jer ne postoji ugovor zaposlenog i korisnika, pa je samim tim nemoguće utvrditi i njegovu odgovornost za zlostavljanje na osnovu postojećih odredbi. Zbog toga bi bili potrebni upućujuća odredba u Zakonu o radu, ili izmena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, kako bi upućeni zaposleni bio zaštićen od zlostavljanja na radu.

²⁶ U odnosu na situaciju od pre nekoliko godina, kada su se ovakvi režimi uglavnom ustanovljavali za obavljanje poslova održavanja higijene, kao i drugih poslova koji nisu spadali u osnovne delatnosti poslodavaca, danas postoje poslodavci koji se u najvećoj meri oslanjaju na ovaj sistem pribavljanja radnika, pa je lepeza poslova značajno proširena poslova na oblast računovodstva, kurirskih poslova, poslova prodavca, ali i visokostručne poslove kao što su održavanje računarske mreže i internet prezentacije, konsultantski poslovi, specifični stručni poslovi na projektima, i sl.

²⁷ Videti npr: S.Milošević, Sačekuša za budžet, Danas od 03.04.2014; članak na Internetu: http://www.danas.rs/danasrs/drustvo/pravo_danas/sacekusa_za_budzet.1118.html?news_id=279208.

odredbi o mogućim poslodavcima, odnosno agencijama za privremeno zapošljavanje, čime je mogućnost bavljenja ovom delatnošću postavljena manje restriktivno nego u drugim razmatranim zakonodavstvima.²⁸

Postoje tvrdnje da je privremeno zapošljavanje zakonski regulisano u Srbiji, pre svega Konvencijom 181 Međunarodne organizacije rada o privatnim agencijama za zapošljavanje. Ova Konvencija se zaista odnosi i na agencije za privremeno zapošljavanje, budući da je članom 1. predviđeno da će se pod izrazom „privatna agencija za zapošljavanje“, između ostalog, smatrati i fizičko ili pravno lice koje nezavisno od javnih organa pruža usluge koje se sastoje iz zapošljavanja radnika s ciljem da se stavljaju na raspolaganje trećoj strani, koja može biti fizičko ili pravno lice, koje im dodeljuje zadatke i vrši nadzor nad izvršenjem tih zadataka. Ovo međutim ne znači da su agencije za privremeno zapošljavanje uvedene u pravni sistem potvrđivanjem Konvencije od strane Narodne skupštine Republike Srbije, jer je tekst Konvencije očigledno pripremljen kao okvir za donošenje posebnog zakona – što je uglavnom i princip prema kojem se konvencije Međunarodne organizacije rada implementiraju u domaće pravne sisteme država, a što je i direktno propisano članom 14. same Konvencije. Ona dakle nije direktno primenjiva – to se jasno može videti iz odredbi člana 2. stav 4. Konvencije prema kojem država može da ograniči rad, ili čak da zabrani delovanje privetnih agencija za zapošljavanje u celini, ili nekog njihovog oblika (kao što su agencije za privremeno zapošljavanje). Dakle, država se prihvatanjem Konvencije nije obavezala da prihvati rad agencija za privremeno zapošljavanje, već se obavezala da to pitanje uredi svojim unutrašnjim zakonodavstvom. Nesporno je da su odredbe Konvencije obavezujuće za Republiku Srbiju, ali ta obaveza se sastoji u popunjavanju normativnog okvira koji Konvencija pruža (a koji se odnosi na sertifikaciju, zabranu diskriminacije pri poslovanju, postupanje sa ličnim podacima, zabranu dečjeg rada, i sl.). Čak i kada bi se prihvatila tvrdnja da su odredbe Konvencije direktno primenjive, položaj agencija za privremeno zapošljavanje, korisnika, kao i zaposlenih u tim agencijama koji se upućuju korisnicima, ostao bi deregulisan u najvećem delu. Ovo je zato što Konvencija ne pruža odgovore na ključna pitanja – članovi 11. – 13. Konvencije jasno upućuje da se ona regulišu propisima država-članica, dok se pomenutim članom 14. definitivno negira mogućnost direktne primene odredaba Konvencije: „Odredbe ove konvencije primenjuju se putem zakona ili propisa ili drugim sredstvima u skladu sa domaćom praksom, kao što su sudske odluke ili kolektivni ugovori.“

²⁸ M.Reljanović, *op.cit.*

Privremeno zapošljavanje je ipak ušlo u pravni sistem Republike Srbije „na mala vrata“, unošenjem nezakonite odredbe u Uredbu o klasifikaciji delatnosti.²⁹

Privatne agencije za posredovanje u zapošljavanju osnovane su i rade na osnovu članova 20. – 27. Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti³⁰ bave se posredovanjem između lica koje traži posao i poslodavaca (lice koje traži posao nije u radnom odnosu kod agencije); postoje međutim i agencije koje uistinu zapošljavaju radnike koje potom ustupaju poznatom poslodavcu, a koje su svoju delatnost klasifikovale prema pomenutoj Uredbi. Njihov rad međutim nije regulisan, pravni osnov za njihovo delovanje ne postoji, a samo poslovanje nije predmet nadzora.³¹ „Najbliži ideji privremenog zapošljavanja jesu studentske i omladinske zadruge, ali se njihova uloga ipak svodi samo na posredovanje pri zapošljavanju, odnosno radnom angažovanju na privremenim i povremenim poslovima – korisnici njihovih usluga nisu dakle zaposleni u zadrugama, već zadruge naplaćuju od korisnika usluga članarinu kako bi im obezbedile posao. Takođe, u Zakonu o radu („Sl.glasnik RS“, br. 24/2005, 61/2005 i 54/2009, 32/2013) postoji već pomenuti institut upućivanja na rad kod drugog poslodavca (član 174.), ali se on nikako ne odnosi na situaciju privremenog zapošljavanja – u pitanju je samo jedna od mera izbegavanja otkaza ugovora o radu zaposlenom za čijim radom je prestala potreba kod poslodavca kod kojeg je zaposlen. Sasvim sigurno je najznačajnija razlika u tome što upućeni zaposleni zasniva ugovor o radu sa novim poslodavcem, i to na određeno vreme do godinu dana (taj period može izuzetno biti produžen).“³²

Zakon o obligacionim odnosima³³ u članu 10. ustanovljava autonomiju volje ugovornih strana: „Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose uredе po svojoj volji.“ Dozvoljeno je dakle ugovarati sve što nije izričito zabranjeno. Može se dakle zauzeti stanovište da se privremeno zapošljavanje može ugovarati u onoj meri u kojoj ne ustanovljava režim koji ograničava prava učesnika u odnosu, suprotno

²⁹ Videti *supra*, f.9.

³⁰ *Sl.glasnik RS* 36/2009 i 88/2010.

³¹ Postoje i agencije koje „iznajmljuju“ radnike poslodavcu na „probni rad“ (u kolokvijalnom a ne radnopravnom smislu, s obzirom da su oni formalnopravno već zaposleni u agenciji), s tim da nakon isteka istog korisnik ima „obavezu“ da ih primi u radni odnos (naravno ako je zadovoljan radnim rezultatima koje su postigli). Ni ovaj oblik nema utemeljenje u pozitivnim propisima (i čini se da je upravo posledica deregulisanosti), a uz to je i nelogičan sa stanovišta poslodavca, imajući u vidu da bi sasvim sigurno mogao i na druge uobičajene načine doći do radnika na probnom radu. Videti: M.Reljanović, *op.cit.*

³² *Ibidem.*

³³ *Sl. list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ* 31/93 i *Sl. list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja.

važecim zakonskim odredbama i opštim principima radnog i ugovornog prava. Pri tome se primenjuju kombinovane odredbe obligacionog i radnog prava, što će u velikoj meri uticati na uslozljavanje načina regulisanja prava, obaveza i odgovornosti sve tri strane.

Situacija deregulacije ima značajnih posledica po zaposlenog. Čak iako se analogijom može dovesti u situaciju da njegov pravni položaj bude koliko-toliko uređen i odgovara faktičkom, postavlja se pitanje šta će se desiti sa pravima koja nikako ne može da vrši na način na koji to čine ostali zaposleni? Tu pre svega spadaju kolektivna prava – npr. ustupljeni zaposleni ne može biti član saveta zaposlenih kod korisnika, jer nije kod njega u radnom odnosu. On se ne može sindikalno udruživati kod korisnika, niti vršiti bilo koje kolektivno pravo koje proističe iz slobode udruživanja. Na njega se ne primenjuje kolektivni ugovor kod korisnika, takođe zbog toga što kod njega nema status zaposlenog, kao ni bilo koji poseban kolektivni ugovor – iz istih razloga. Istovremeno, zaposleni kod poslodavca na određeno vreme (dakle, onaj koji nije ustupljen posredstvom agencije već je sa poslodavcem zaključio opšti ugovor o radu na određeno vreme) imaće sva navedena prava, iako je samo privremeno angažovan. Ova situacija nije logična, i može se otkloniti samo regulisanjem privremenog zapošljavanja, odnosno izmenama Zakona o radu.

Postoji još pitanja i neizvesnosti koja proističu iz trenutne situacije. Npr. tu je pitanje penzijsko-invalidske i zdravstvene zaštite u slučaju povrede na radu ili profesionalnog oboljenja. Da li će se smatrati da su nastupili povreda na radu, ili profesionalno oboljenje, ukoliko su izazvani za vreme rada kod korisnika? Izvesno je da je zaposleni obavljao poslove koje mu je poslodavac naložio. Mesto obavljanja tih poslova se ne poklapa sa radnim prostorom poslodavca, ali se oni u svakom slučaju moraju smatrati aktivnostima na radu ili u vezi sa radom zaposlenog. Zbog toga ovakvi slučajevi moraju potpadati pod zaštitu iz socijalnog osiguranja.

Činjenica je da privremeno zapošljavanje unosi novine u tržište rada, posebno u zemljama u kojima je stopa nezaposlenosti visoka. Fleksibilni oblici radnog angažovanja u situacijama kada je ponuda radne snage velika a potražnja za istom mala, mogu napraviti značajnu razliku u pozitivnom smeru. Postoje međutim i veliki rizici od zloupotreba, tako da bi normiranje moralo biti veoma detaljno i pažljivo izvedeno, uz prilagođavanje i bočnih propisa koji regulišu ostvarivanje prava zaposlenih lica. Ovo je naročito važno imajući u vidu da je u Srbiji zaštitna prava zaposlenih na niskom nivou, usled mnogih hroničnih normativnih i sistemskih nedostataka.

Mario Reljanović Ph.D

Assistant Professor

Law faculty, University „Union“, Beograd

TEMPORARY EMPLOYMENT IN THE REPUBLIC OF CROATIA - LESSONS FOR FUTURE REGULATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

For a long period of time, temporary employment has been a part of legal systems and employers' practices in Europe. It is a particular three-party employment relation – employee signs employment contract with agency for temporary employment, but performs work at agency's client. This sort of employee referral is a result of a specific legal regime which has to be regulated in details, in order to protect the rights of these employees. Although temporary employment has been present in Serbia over a decade under a colloquial term „leasing of workers“, this kind of employment is completely deregulated. Furthermore, legal institute of temporary employment is often presented wrongfully and tendentiously by different actors and stakeholders. All this was a motive for the analysis of temporary employment, based on legal solutions of the Republic of Croatia. Croatia is good example of regulation of temporary employment, since it has been regulated in great details, enabling protection of employees' rights as well as compliance with relevant international and EU documents. At the same time, analysis deals with several problems and controversies immanent to this legal institute, giving full image on its values and flaws, with the inevitable conclusion that state of deregulation in Serbia has to be ended as soon as possible.

Key words: temporary employment (leasing of workers), agencies for temporary employment, employees, flexible employment, labor law.

ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОЛИЦИЈСКЕ ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ ЕНГЛЕСКЕ²

Апстракт

У кривично-процесним законодавствима европских земаља присутни су различити концепти истраге и то судска истрага која се све више замењује тужилачком, односно тужилачко-полицијском истрагом, док је далеко мање заступљен концепт полицијске истраге. Основна сврха свих наведених облика истрага јесте постизање што веће ефикасности кривичног поступка што је од великог значаја, нарочито у данашње време које карактеришу организовани криминалитет, тероризам, корупција и други тежи облици криминала. Предмет истраживања је усмерен на полицијску истрагу која је заступљена у енглеском кривично-процесном законодавству, с тим што ће се у раду указати и на битне разлике између судске и тужилачке, односно полицијске истраге. Методама које ће се користити у овом истраживању, критичка анализа садржаја, дескрипција, компарација, синтеза и дедуција, настојаће се да се дође до релевантних чињеница које ће омогућити извесну компарацију у погледу ефикасности полицијске и других концепта истраге.

Кључне речи: *истрага, полицијска истрага, јавни тужилац, суд, полиција, Крунска служба, ефикасност кривичног поступка.*

¹ Доцент, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, mail: acaboss@open.telekom.rs

² Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта под називом Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супротстављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција. Пројекат финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (бр. 179045), а реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду (2011–2014). Руководилац пројекта је проф. др Саша Мијалковић.

1. Уводна разматрања

Ефикасност кривичног поступка зависи од многих објективних и субјективних фактора, али сигурно је да на његову ефикасност велики утицај остварује истрага, што је опет у зависности од присутног концепта истраге. Због тога се у теорији кривично процесног права воде расправе у односу на изналажење најадекватнијег и најоптималнијег концепта истраге који треба да допринесе већој ефикасности кривичног поступка, а у истом циљу присутна су и различита решења у кривичном процесном законодавству разних земаља.³

Историјски посматрано, концепт истраге се мењао у зависности од присутних друштвених услова и потреба, с једне и процене одговорних друштвених субјеката за потребом доношења нових или измене постојећих кривично-процесних норми, с друге стране. Стога се може рећи да се развој кривично-процесног законодавства кроз разне временске периоде, који је увек одговарао постојећим друштвено економским и политичким односима, потребама и интересима, директно одражава и на мењање форме и садржине истраге, а самим тим и њеног утицаја на брзину кривичног поступка.

У судском концепту истраге, без обзира што јавни тужилац подноси истражном судији захтев за спровођење истраге, главни субјект истраге је истражни судија који доноси решење о спровођењу истраге, руководи истрагом и спроводи истражне радње, с тим што спровођење неких радњи може поверити полицији, што опет зависи од садржаја и потреба сваког конкретног случаја.

У концепту тужилачке истраге тужилац наређује и спроводи истрагу, односно он предузима све радње за које је по процесном законодавству овлашћен сам или преко лица која су на основу закона обавезна да поступају по његовом захтеву. Полиција може предузимати само одређене потражне радње које претходе истрази, док неке радње доказивања може предузети изузетно након обавештења тужиоца, односно поступајући по његовом захтеву

³ У пракси разних земаља углавном су присутна два концепта истраге: судска и тужилачка истрага, с тим што су присутни разни модалитети тужилачке истраге, а у зависности од надлежности и овлашћења полиције у концепту тужилачке истраге може се говорити и о тужилачко-полицијској истрази, с тим што је у неким земљама присутан и концепт полицијске истраге. Концепт тужилачке истраге заступљен је у Немачкој, Италији, Аустрији, Републици Српској, Црној Гори, Хрватској, а од скора и у Србији, док је судска истрага присутна у Француској, Шпанији, Белгији. У Енглеској и Сједињеним Америчким Државама истрага је поверена полицији у самосталну надлежност. В. А. Бошковић, „Реформа претходног кривичног поступка и европски стандарди“, Сузбијање криминала у оквиру међународне полицијске сарадње, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2011, 372.

или одобрењу. Основна разлика између тужилачке и тужилачко-полицијске истраге јесте у обиму надлежности и овлашћења које има полиција у спровођењу истраге. У тужилачко-полицијској истрази полиција има већа овлашћења у фази која претходи истрази, јер може самоиницијативно у складу са законским одредбама да предузима радње доказивања, али уз усмеравајућу улогу тужиоца чији су налози за полицију обавезујући.

Полицијска истрага подразумева да истрагу води полиција, што не значи да њен рад не подлеже контроли и надзору, па тако у Енглеској полицијска истрага подлеже надзору Крунске тужилачке службе и надлежног суда. Тужилаштво треба да врши контролу квалитета доказа које је прикупила полиција и надзор на законитошћу рада полиције као и да одлучује о покретању кривичног поступка, док учешће суда треба да буде изузетно и то само у погледу одлучивања о правима и слободама. Неко обимније ангажовање тужиоца и суда у концепту полицијске истраге не би било компатибилно са суштином такве истраге и не би се позитивно одразило на ефикасност кривичног поступка.

С обзиром на представљене моделе истраге, може се рећи да је данас и у теорији и у пракси неспорно да ефикасност кривичног поступка као целине зависи од концепта истраге. Тужилачки концепт истраге је данас доминантан у савременом кривичном процесном праву и то како у националним кривичнопроцесним законодавствима тако и пред међународним кривичним судом, тј. он као такав данас представља тренд.⁴ Пратећи овај тренд и Република Србија је кренула путем промена и увођења нових процесних решења који коренито мењају дугогодишњу традицију поступања у кривичним стварима. Тако је Скупштина Републике Србије септембра 2011. године донела нови Законик о кривичном поступку⁵ који је почео са применом 15. јануара 2012. године за кривична дела у којима поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, а у осталом делу је отпочео са применом 1. октобра 2013. године.⁶

⁴ С.Бејатовић, „Концепт истраге и нови ЗКП РС“, Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2013, 134.

⁵ Службени гласник Републике Србије, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13.

⁶ О најзначајнијим новинама које доноси нови ЗКП Србије види: А.Бошковић, Р.Рисимовић, „Основне карактеристике новог Законика о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године“, Супротстављање савременом организованом криминалу и тероризму - књига III, Београд : Криминалистичко полицијска академија, 2012, 211-226; Г.Илић, (2010), „Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске Уније“, Кривично законодавство Србије и стандарди Европске Уније, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, 2010. 34-54; М.Шкулић, Г.Илић, Нови Законик о кривичном поступку Србије – реформа у стилу „један корак напред, два корака назад“, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и др, Београд, 2012.

Имајући у виду претходно речено, у наредном излагању ће најпре бити презентовани аргументи за и против судске, тужилачке и полицијске истраге, а затим ће бити представљен модел полицијске истраге какав је у Енглеској и извршиће се одговарајућа компарација у погледу ефикасности полицијске и других концепта истраге.

2. Аргументи за и против судске, тужилачке и полицијске истраге и присутна схватања о њиховој ефикасности

Када се говори о ефикасности судске истраге са практичног аспекта присутни су приговори који потврђују чињеницу да овај концепт није довољно ефикасан и да тиме утиче на неефикасност кривичног поступка у целости. Међутим, и поред тога присутна су нека мишљења у прилог опстанка концепта судске истраге. Као аргумент се наводи да концепт тужилачке истраге у којем се у својству њеног активног субјекта појављују јавни тужилац и полиција значи атак на слободе и права грађана загарантованих међународним актима и домаћим законодавством. У полицијској истрази, озакоњењем полиције као активног субјекта истраге значи да се на тај начин даје још једна основа за повећање репресивности у полицији. Међутим, „ови приговори се не могу прихватити јер у тужилачко-полицијској истрази о питањима везаним за слободу и права одлучује суд, а не јавни тужилац и полиција“⁷, што је карактеристично и за концепт полицијске истраге.

Такође, присутни су и неки други аргументи у прилог судске истраге који указују на независност суда као најбољег гаранта слободе и права грађана и на истражног судију као најобјективнијег истражитеља, с тим да је за изузимање истраге из судске надлежности неопходно да се претходно спроведе темељна, али скупа реформа полиције и јавног тужилаштва.⁸ Присутна су и нека друга схватања која иду у прилог судске истраге, а међу њима су карактеристична она која указују на неспремност праксе да преузме нови концепт истраге, на непостојање одговарајућих научно заснованих истраживања која указују на спорост судске истраге, односно на ефикасност тужилачке истраге у земљама где је уведен овај концепт истраге.⁹ Интересант-

⁷ С.Бејатовић, „Општеприхваћени правни стандарди и предлог Законика о кривичном поступку“, Безбедност 3/2006, 382.

⁸ М.Грубач, Кривично-процесно право, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд, 2008., 374-375.

⁹ Ђ.Лазин, „Судска истрага (дилеме и проблеми)“, Ревизија за криминологију и кривично право 2/2006, 75-83.

но је и мишљење које се заснива на неоткривеним учиниоцима кривичних дела спектакуларних убистава и других најтежих кривичних дела која су се десила у претходном периоду, и према којем главни проблем, односно разлог за њихово нерасветљавање, није у систему у којем истрагу спроводи истражни судија, јер он није тај који је нешто цепидлачио, развлачио или успоравао поступак, јер у тим случајевима учинилац није откривен и истражни судија није ни водио истрагу.¹⁰ И у страниој процесној теорији се истичу одређене предности судског концепта истраге. Један од аргумената јесте да је фаза истраге, бар у теорији, више неутрална јер је води истражни судија који користи ресурсе државе да открије све доказе који га могу водити ка утврђивању истине. Такође, није потребно ни касније непосредно сведочење, јер се искази сведока из истраге налазе у предмету.¹¹

Као што постоје разлози који иду у прилог судске истраге, исто тако постоје и аргументи који иду у прилог тужилачке, односно полицијске истраге. Један од битних разлога јесте стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, јер је познато да од ефикасности спроведене истраге зависи и ефикасност кривичног поступка, а претходно је већ истакнуто да судски концепт истраге не доприноси таквој ефикасности.¹² У прилог таквом ставу иду и искуства у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине након увођења концепта тужилачке истраге у њиховом кривично-процесном законодавству, где су у одређеном временском периоду постигнути бољи резултати, али је указано и на потребу мењања неких процесних норми, управо у циљу постизања још веће ефикасности кривичног поступка.¹³ Тужилачки концепт истраге доприноси већој ефикасности у откривању тамне бројке криминалитета, скраћује се временски ток истраге, полиција добија нови квалитет уз стручно учешће тужилаштва и добија могућност примене специјалних истражних техника, али и има суодговорност

¹⁰ Ј.Тирић, et al., *Јавни тужиоци и њихова улога у успостављању владавине права*, Центар за мир и развој демократије, Београд 2007., 55-56

¹¹ С.М. Bradley, „Overview“, *Criminal Procedure A Worldwide Study* (edited by Craig M. Bradley), Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007, xvii-xviii.

¹² С.Бејатовић, „Тужилачко-полицијски концепт истраге (разлози нормирања и очекивања)“, *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени*, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Златибор-Београд, 2006, 294-297.

¹³ М.Симовић, „О неким искуствима у функционисању новог кривично-процесног законодавства Босне и Херцеговине“, *Нове тенденције у савременој науци кривичног права и наше кривично законодавство*, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Златибор-Београд, 2005. 611-639.

заједно са тужилаштвом.¹⁴ Такође, као разлози који иду у прилог концепта тужилачко-полицијске истраге су и кабинетски рад истражног судије, до сада постигнути резултати код тужилачког концепта истраге у земљама где је овај концепт истраге у примени и непотребно понављање доказа.¹⁵

Присутне аргументе за и против судске истраге треба реално и објективно посматрати и сигурно да у склопу њих има чињеница које објективно иду у прилог судској истрази, јер се ти аргументи не могу апсолутизовати, али наведени разлози у прилог концепта тужилачке истраге, као и искуства земаља у којима је присутан концепт тужилачке истраге и резултати неких емпиријских истраживања, јачином својих аргумената надјачавају разлоге који се наводе у прилог судске истраге. У концепту тужилачке и полицијске истраге до изражаја долази активна улога јавног тужиоца, односно полиције, па самим тим јавни тужилац и полиција су доминантни субјекти у овим концептима истрага, па сnose и одговорност за законитост и ефикасност њеног спровођења.

3. Осврт на кривично-процесно законодавство Енглеске

Три питања су од значаја за разумевање кривичног поступка у Енглеској. Прво, значај парламентарног суверенитета у Уставу Уједињеног Краљевства, коме недостаје ојачан устав, па у прошлости није било уставних ограничења, када је у питању власт Парламента и његова моћ да утиче на полицијске званичнике који се мешају у нешто што би поједини судови сматрали фундаменталним правима. Парламент је у великој мери повећао моћ полиције и ограничио заштиту окривљеног у кривичном поступку. Друго, ту је и уставна позиција полиције, где званично не постоји национална полиција, иако су регионалне и националне јединице у протеклих 30 година организоване за борбу против тешких кривичних дела, укључивши ту и Агенцију за организовани криминал која је успостављена изван структура полицијских снага. Треће, истражна функција је у кривичном поступку тек недавно одвојена од тужилачке функције.¹⁶

Такође, значајно је истаћи да у енглеском кривичном поступку суду није дата активна улога у прикупљању доказа већ је

¹⁴ М.Матијевић, Д.Митровић, „Тужилачка истрага у функцији ефикаснијег откривања тамне бројке криминалитета“, Правна ријеч 12/2007, 128.

¹⁵ С.Бејатовић, (2006), 294-303.

¹⁶ D.J.Feldman, „England and Wales“, Criminal Procedure A Worldwide Study (edited by Craig M. Bradley), Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2007. 149-150.

прикупљање доказа дужност странака где суд игра улогу арбитра, одабирајући истину између две верзије које му нуде оптужба и одбрана. Међутим, стварност је сложенија јер суд има овлашћење, а понекад и дужност, да када је кривица оптуженог утврђена, прибави неопходне информације за одлучивање коју ће казну да досуди што представља још један уступак инквизиторској теорији.¹⁷

У циљу лакшег разумевања и схватања суштине полицијске истраге у Енглеској, укратко ће се указати на она битна обележја енглеског кривично-процесног законодавства која су у вези са покретањем и спровођењем истраге. Енглеска и Велс, заједно са Шкотском и Северном Ирском, чине Уједињено Краљевство (*United Kingdom*) у којем постоје чак три различита система кривичног правосуђа. Заједнички систем кривичног правосуђа је карактеристичан за Енглеску и Велс, док је потпуно другачији систем у Шкотској, односно Северној Ирској. Енглески кривични поступак се није заснивао на неком посебном закону којим су у целости регулисани фазе кривичног поступка, покретање и вођење кривичног поступка, овлашћења субјеката који учествују у поступку и друге процесне радње, већ се заснивао на *common law* систему.¹⁸ Према томе, кривични поступак Енглеске се развијао без доношења одговарајућих закона, што је било присутно све до 1984. године када је донет Закон о полицији и доказима у кривичном поступку (*Police and criminal evidence Act, скраћено PACE*).¹⁹ Овај закон је донет као резултат деловања Филипсове краљевске комисије за кривични поступак (*Philips Royal Commission on Criminal Procedure*)²⁰ и заснива се на принципима правичности, којим се истражна делатност у поступку одваја од тужилачке функције и који јасно одређује оквире полицијске делатности на плану откривања кривичних дела и њихових учинилаца и обезбеђење доказа.

Као што је већ речено, све до доношења Закона о полицији и доказима у кривичном поступку 1984. године, кривични поступак

¹⁷ J.Spencer, превео Г.Илић, „Кривични поступак у Енглеској“, Безбедност 6/1995, 866.

¹⁸ Common law се сматра прецедентним правом, тј. правом заснованим на претходним судским одлукама, из кој разлога га и називају судским правом. То је позитивно, углавном судско право, које се увек примењује у односима између појединаца када, за случај у питању, не постоји изричан писани пропис (закон, подзаконски акти). То је неписано право (*lex non scripta*) које не потиче од законодавног органа и које се у Енглеској састоји од општих обичаја (систем правних правила или правних начела) или схватања, што је common law у правом смислу речи, затим од посебних обичаја или схватања који преовладају у неким областима, као и правила која развијају неки судови.

¹⁹ Закон о полицији и доказима у кривичном поступку (*Police and criminal evidence Act - PACE*) и свих осам подзаконских аката (*Codes of Practice*) су доступни дана 25. 10. 2008. године на: <http://police.homeoffice.gov.uk/operational-policing/powers-pace-codes/pace-code-intro>

²⁰ Филипсова краљевска комисија за кривични поступак је истовремено била заслужна и за доношење Закона о кривичном гоњењу (*Prosecution of Offences Act*) наредне 1985. године којим је формирана Крунска тужилачка служба (*Crown Prosecution Service - CPS*) као орган кривичног гоњења.

се није базирао на законским основама, већ на прецедентном праву, односно на правним правилима и правним начелима, што је било својствено енглеској традицији и конзерватизму. Овај закон је послужио као основ за доношење осам подзаконских аката (*Codes of Practice*) од стране министра унутрашњих послова, који детаљније разрађују надлежност и овлашћења полиције у предузимању одређених радњи у супротстављању криминалитету.²¹

Међутим, временом се и у Енглеској развијала свест о томе да је ипак неопходно донети пропис којим би на једном месту била регулисана правила кривичног поступка. У том смислу је јако значајан Олдов (*Auld*) Извештај о кривичним судовима у Енглеској и Велсу који је објављен октобра 2001. године. Једна од главних препорука у том извештају је била и та да се донесе пропис којим би се регулисала правила кривичног поступка по узору на земље европско континенталне правне традиције што је и резултирало доношењем Правила кривичног поступка (*Criminal Procedure Rules*) 4. априла 2005. године.²² Уколико би дошло до кршења Правила кривичног поступка најважније би било утврдити да ли је тиме дошло до кршења права одбране. Уколико пак нису повређена права одбране, такво кршење не сме да угрози основне циљеве Правила кривичног поступка, а то је да кривац буде осуђен, а да невино лице буде ослобођено.²³

Посматрано у целости, кривични поступак у Енглеској је акузаторски, што значи да се са кривичним поступком не може отпочети уколико нема захтева овлашћеног тужиоца, односно терет доказивања је на тужиоцу који треба да увери судску пороту да је извршено кривично дело и да постоји довољно доказа који, изван сваке разумне сумње (*beyond reasonable doubt*), доказују да је оптужено лице извршило наведено кривично дело, али и да је то лице кривично одговорно, односно да постоји његова кривица за

²¹ То су следећи подзаконски акти: Подзаконски акт А (Code A) се односи на спровођење радњи заустављања и прегледа лица и возила, Подзаконски акт Б (Code B) се односи на претресање стана и других просторија, Подзаконски акт Ц (Code C) регулише полицијско задржавање, као и поступак са осумњиченим лицем и правила испитивања таквог лица од стране припадника полиције, Подзаконски акт Д (Code D) се односи на главне методе које полиција користи приликом идентификације лица, Подзаконски акт Е (Code E) регулише аудио снимање испитивања осумњиченог у полицијској станици, Подзаконски акт Ф (Code F) одређује правила под којима се може спровести видео и звучно снимање испитивања осумњиченог од стране полиције, Подзаконски акт Г (Code G) се односи на лишење слободе лица и Подзаконски акт Х (Code H) који је донет 2006. године прописује правила на основу којих се може одредити полицијско задржавање, као и поступак са осумњиченим лицем коме је одређено задржавање и правила испитивања таквог лица од стране припадника полиције, али само у случајевима тероризма за разлику од подзаконског акта Ц.

²² M.Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007., 153.

²³ *Ibid.*, 155.

извршено кривично дело.²⁴ Главне кривичнопроцесне функције су раздвојене и то тако што суд има улогу арбитра, Крунска тужилачка служба функцију гоњења учинилаца кривичних дела, полиција врши функцију истраживања и самосталног вођења истраге, а окривљени са својим браниоцем врши функцију одбране. С тим у вези ће у наредном излагању најпре бити представљен положај полиције и Крунске тужилачке службе у истрази, а затим и сам ток тако конципиране полицијске истраге.

4. Положај и улога полиције и Крунске тужилачке службе у истрази

Једна од основних карактеристика полицијског концепта истраге јесте да је вођење истраге стављено полицији у самосталну надлежност. Управо је у Енглеској тако конципиран претходни поступак да су припадници полиције главни субјекти у смислу да самостално спроводе истрагу, али и иницирају кривично гоњење. Њихова самосталност се огледа првенствено у томе да приликом прикупљања доказа о извршеном кривичном делу и његовом учиниоцу и приликом предузимања одређене радње доказивања и криминалистичко тактичке радње не требају тражити одобрење тужилаштва, а чак нису ни дужни да обавештавају Крунску тужилачку службу о вођењу истраге. У том смислу, треба истаћи и то да је полиција овлашћена да, након завршене истраге и уколико је осумњичени познат, донесе одлуку да ли ће иницирати кривично гоњење које се решење у великој мери разликује у односу на многе друге земље (укључујући и Шкотску) где јавни тужилац доноси одлуку о предузимању кривичног гоњења.²⁵ Овако конципиран претходни поступак омогућава да припадници енглеске полиције имају снажан положај са великим обимом овлашћења, што у крајњој линији омогућава брзу и експедитивну истрагу, а самим тим и ефикасну борбу против криминалитета.

Све до 1985. године у енглеском кривичном поступку важило је начело популарне тужбе, према којем је сваки грађанин имао право на покретање и вођење кривичног поступка, а у пракси су то најчешће били они грађани који су оштећени извршеним кривичним делом. Без обзира што се као носилац кривичног прогона могло

²⁴ M.Davies, *Comparative Criminal Law and Enforcement: England and Wales*, 1 Encyclopedia of Crime and Justice, Joshua Dressler, New York: Macmillan Reference USA, 2002., 183.

²⁵ J.R.Spencer, „The English System“, *European Criminal Procedures* (edited by Mireille Delmas-Marty and J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge, 2005., 151.

појавити свако приватно лице, кривична тужба је увек имала јавноправни карактер, јер се сматрало да приватно лице у овој улози заступа јавни интерес да учинилац кривичног дела буде кажњен. На тај начин енглески кривични поступак се водио номинално као парница између круне и окривљеног, у ком прогонитељ, наступајући само у име круне, није овлашћен да се са окривљеним нагоди ради одустајања од кривичног гоњења.²⁶

Током 1985. године долази до извесних битних промена у кривично процесном законодавству доношењем Закона о кривичном гоњењу (*Prosecution of Offences Act*) којим је формирана Крунска тужилачка служба (*Crown Prosecution Service - CPS*)²⁷ чиме долази до одвајања функције кривичног гоњења од функције истраживања кривичних дела, с тим да је истрага и даље остала у надлежности полиције, док Крунска служба врши функцију кривичног гоњења.

Крунска тужилачка служба је организована тако што са њом руководи Директор јавних прогона кога поставља Главни правобранилац, док Директор јавних прогона именује главне крунске тужиоце. У надлежност Крунске службе спада одобравање случајева за оптуживање, обустављање крунског гоњења због недостатка доказа или због тога што оптужење није у јавном интересу. Директор јавних прогона преузима све кривичне поступке покренуте од стране полиције, затим може преузети и друге компликованије случајеве, а Апелациони суд га такође може ангажовати.²⁸

Истрага представља претпроцесну делатност у којој полиција прикупља доказе који се односе на кривично дело и учиниоца и у оквиру које је овлашћена да предузима криминалистичко-тактичке радње и мере и одређене радње доказивања. У прикупљању доказа полиција има доста велику слободу, али ипак прикупљени докази подлежу судској контроли, што значи да по одлуци судског већа сви прикупљени докази не морају бити прихваћени на главном претресу. Значајно је указати на чињеницу да на страни полиције не стоји обавеза да током истраге прикупља и оне доказе који иду у прилог оумњиченом.

Такође, полиција иницира покретање кривичног поступка, а саму одлуку о покретању кривичног поступка доноси Крунска

²⁶ D.Крапас, *Engleski kazneni postupak*, Pravni fakultet, Zagreb, 1995., 44.

²⁷ Крунска тужилачка служба одлучује о оптуживању или обустави кривичног гоњења, у зависности од квалитета прибављених доказа током истраге у сваком конкретном случају и као таква је одговорна за већину одлука које се тичу кривичног гоњења, уз коришћење материјала које је прикупила и обезбедила полиција. V. D.J.Feldman, 149-150.

²⁸ Т.Лукић, *Модел истражног поступка у савременом кривичном праву*, магистарска теза, Правни факултет, Нови Сад. 2003., 102.

тужилачка служба. На овом месту је интересантно истаћи да је до увођења Крунске тужилачке службе полиција обављала и функцију гоњења и то тако што је ангажовала адвокате који су заступали оптужбу пред надлежним судом.²⁹ Када полиција заврши истрагу њени припадници могу донети једну од следећих одлука. Прво, полиција може да иницира покретање кривичног поступка тако што ће “поднети обавештење” (*laying an information*) суду. Под овим се подразумева да ће полиција званично обавестити суд да је одређено лице извршило одређено кривично дело, а наставак, односно одустанак од кривичног гоњења ће зависити од одлуке Крунске тужилачке службе. Друго, уколико не постоји довољно доказа да је одређено лице извршило кривично дело полиција неће иницирати покретање поступка већ ће одустати од гоњења, односно неће предузимати даље радње. И треће, јесте могућност да полиција осумњиченом изрекне меру опомене (*formal caution*) с тим што треба истаћи да се у закону опомена не рачуна као осуда. Без обзира на то, она се ипак бележи у полицијским списима и ако се окривљени касније пред судом појави поводом неког другог кривичног дела суд ће приликом доношења одлуке о санкцији узети у обзир раније изречену опомену.³⁰ Да би полиција поступила на овај начин, тј. да би изрекла опомену осумњиченом лицу потребно је да постоји довољно доказа који би довели до оптужења, уколико би се предмет предао Крунској тужилачкој служби, и да је осумњичени признао извршење кривичног дела. Овај облик диверзије кривичног поступка се пре свега примењује у поступку према малолетним учиниоцима, односно највећи број опомена се изриче лицима од десет до седамнаест година.³¹

Крунска тужилачка служба своју одлуку о покретању кривичног поступка³², односно о обустави кривичног гоњења доноси по принципу слободне оцене доказа, ослањајући се на доказном материјалу који је полиција обезбедила током спровођења истраге. То подразумева „да је тужилац ограничен на оцену писаних докумената које је прибавила полиција и да он сам непосредно не испитује окривљеног, сведоке или оштећеног“³³

²⁹ D.E. Stigall, *Counterterrorism and the Comparative Law of Investigative Detention*, Cambria Press, New York, 2009., 84.

³⁰ J.R.Spencer, (2005), 167-168.

³¹ M.Davies, 185.

³² Одлуку о подизању оптужнице доноси Крунска служба, мада је за нека кривична дела потребан пристанак Главног правобраниоца или Директора јавних прогона.

³³ T.Weigend, „Prosecution: Comparative Aspects“, 3 *Encyclopedia of Crime and Justice* (Joshua Dressler ed.), Macmillan Reference, New York, 2002., 1234.

Што се тиче доказа прибављених током истраге од стране полиције, суд има право да искључи иначе прихватљив доказ и то у два случаја. Први, када постоји ретко коришћено овлашћење из обичајног права сачувано у секцијама 78 (2) и 82 (3) Закона о полицији и доказима у кривичном поступку и други, када постоји овлашћење из истог закона, секција 78 (1) за искључивање доказа тужилаштва „уколико суд сматра да би, с обзиром на све околности, укључивши и околности под којима је доказ добијен, признавање доказа имало негативан ефекат на правилност поступка“.³⁴

5. Радње полиције у истрази

По сазнању да је извршено кривично дело полиција доноси одлуку о кривичном гоњењу на основу неколико критеријума које је утврдио Главни правобранилац, као што су: сврсисходност, важност и правне сметње. Неће се гонити случајеви где нема довољно доказа, багателни случајеви попут мале друштвене опасности или ако се ради о кривичним делима извршених између блиских лица, као и случајеви где постоје одређене правне сметње, попут застарелости, непостојања надлежности енглеских судова, присутност имунитета и др.³⁵ Истрагу спроводи полиција и сам поступак истраживања се спроводи тајно, што значи да није доступно јавности, с тим да оштећени и окривљени нису упознати са појединим деловима истраге. Значи, истрага коју спроводи полиција претходи покретању кривичног поступка, тј. оптужењу и испитивању основности оптужбе које се одвија пред магистратом који, поред осталог, воде припремни поступак за оптужива кривична дела и суде сумарне случајеве по неоптуживим кривичним делима за која није потребна оптужница.

У току истраге полиција се мора руководити начелом разумности, што значи да је обавезна да поступа на начин коме ни један суд неће приговорити да је пореметио равнотежу између личне слободе и заштите општег добра, па се тако предузета радња, иако технички јесте кршење неког права грађана, не сматра незаконитом.³⁶

Током истраге полиција, поред предузимања одговарајућих криминалистичких радњи и мера, спроводи и одређене доказне

³⁴ D.J. Feldman, 171.

³⁵ Б.Бановић, „Положај и улога полиције у преткривичном и претходном кривичном поступку у енглеском кривичнопроцесном законодавству“, Полиција и преткривични и претходни кривични поступак, ВШУП, Земун, 2005., 328.

³⁶ D.Крапач, „Novi prijedlozi za reformu engleskog krivičnog procesnog prava: Izvještaj Kraljevske komisije za krivični postupak iz 1980. godine“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1-2/1984, 100.

радње, што је сасвим основано и разумљиво, јер је и циљ истраге обезбеђење доказа за даље вођење кривичног поступка. Такође, полиција под одређеним условима може неко лице лишити слободе и спровести задржавање тог лица.

5.1. Лишење слободе и задржавање

Полиција осумњиченог може лишити слободе уколико су испуњени законом предвиђени услови, како би могло да уследи оптужење осумњиченог и његово извођење пред суд, али под претпоставком да је пре самог лишења слободе полиција већ прикупила довољно доказа на основу којих се може подићи оптужница.³⁷ Законом о полицији и тешким облицима организованог криминала (*Serious Organised Crime and Police Act*) из 2005. године извршене су извесне промене у односу на овлашћења полиције за лишење слободе. Одредбама овог закона полиција је овлашћена да лице лиши слободе када постоји основана сумња (*reasonable suspicion*) да је лице учинило кривично дело, да га чини или да ће непосредно извршити неко кривично дело, као и када се основано верује (*reasonable believe*) да је неопходно лишење слободе лица, поред осталих циљева, и у циљу спречавања да учини кривично дело против јавног реда и мира, омогућавања ефикасне истраге и обезбеђења гоњења лица које би било спречено нестанком, односно бекством тог лица.

Такође, лице лишено слободе може се задржати у полицијској станици под полицијским надзором, с тим што се мора одмах упознати са својим правима.³⁸ Притворски полицајац који у полицијској станици води рачуна о задржаним лицима, након лишења слободе одређеног лица прво мора да утврди да ли постоји довољно доказа који омогућавају да осумњичено лице буде оптужено. Уколико се утврди да прикупљени докази не пружају довољно основа за оптужење задржано лице мора бити одмах пуштено.³⁹ Међутим, постоји могућност да се лице задржи иако не постоји довољно основа за оптужење, а то је ако притворски полицајац основано

³⁷ D.J.Feldman, 154.

³⁸ Задржаном лицу се одмах саопштити разлог задржавања, као и да има право да обавести неког од чланова породице о задржавању и право на браниоца, право на бесплатан правни савет, односно право да изврши увид у пропис који регулише ову материју. Такође, задржано лице има право да одржава комуникацију са лицем које познаје и које показује заинтересованост да о њему брине, као и да прима посете тог лица.

³⁹ C.M.Bradley, „The emerging international consensus as to criminal procedure rules“, Michigan Journal of International Law 2/1993, 182.

верује (*reasonable believe*) да је задржавање таквог лица неопходно како би се обезбедили или сачували докази извршеног кривичног дела или да се обезбеде докази који су у вези са кривичним делом због којег је лице лишено слободе или да се прикупе такви докази испитивањем задржаног лица.⁴⁰

Лице може бити задржано без оптужбе најдуже 24 часа, с тим да уколико се до истека тог времена задржано лице не оптужи, или не буде одобрено продужење, мора се пустити на слободу. Међутим, ако је против задржаног лица подигнута оптужба, притворски полицајац ће наредити пуштање лица на слободу, осим у случајевима који су децидно наведени у закону. Задржавање се може продужити за још 12 сати од стране полицајца у звању главног инспектора или вишег ранга под условом да постоје разумне основе за уверење да је задржавање потребно ради обезбеђења доказа или за прибављањем доказа испитивањем лица или да истрага буде спроведена експедитивно и квалитетно, с тим да ако у том времену задржано лице није оптужено, оно мора бити ослобођено. Међутим, постоји могућност да полиција од магистрата тражи доношење налога за даље задржавање, а магистрат под законом предвиђеним условима може продужити задржавање за још 36 сати, с тим што након тога може издати налог за продужење задржавања за још 24 сата, тако да задржавање може укупно трајати 96 сати.

5.2. Испитивање осумњиченог

Сасвим је логично да полиција током истраге предузме и радњу испитивања осумњиченог, јер је то једна од битних радњи које полиција предузима у истрази. Подзаконски акт Ц Законика о полицији и доказима у кривичном поступку (*Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers*) који се односи на задржавање и испитивање лица од стране полиције садржи оквире за такво испитивање као и мере заштите од прекорачења полицијских овлашћења, односно садржи права осумњиченог која полиција, приликом испитивања, мора да поштује.

Полиција осумњиченог саслушава у просторијама полицијске станице или на другом месту одабраном за задржавање, с тим што је направљен изузетак у законом предвиђеним случајевима. Пре почетка испитивања осумњичени мора бити упознат са својим

⁴⁰ PACE, član 37. st. 2.

правима и то да није дужан ништа да изјави, односно да има право да ћути и да има право на браниоца, с тим што код тешких кривичних дела полиција може то да одложи уколико сматра да би саопштавање права осумњиченом довело до утицаја на одређена лица и друге доказе или до наносења физичких повреда појединим лицима или другим осумњиченим који још нису лишени слободе

Садржај исказа осумњиченог може да буде различит. Наиме, осумњичени може да призна да је извршио кривично дело које му се ставља на терет, може да негира извршење кривичног дела, а може и да исприча своје виђење догађаја које се разликује од описа кривичног дела које му се ставља на терет. О изјави осумњиченог саставља се записник, а уколико је осумњичени признао да је извршио кривично дело, записник о таквој изјави се може користити као доказ у кривичном поступку, тј. на суђењу. Коришћење таквог записника као доказа на главном претресу представља изузетак, с обзиром да постоји забрана да се уместо непосредних изјава лица на суђењу користе записници о њиховом исказу. Уколико је признање сумњиво, па полиција поновним испитивањем осумњиченог добије ново признање, друга изјава се може сматрати доказом само у случају да фактори који су утицали на претходну изјаву не утичу и даље на вољу осумњиченог.⁴¹

Поред вођења записника, прописано је и да се свако испитивање осумњиченог у полицијској станици мора и звучно снимити, осим уколико то није могуће с тим што се морају навести разлози који су утицали на такву одлуку.⁴² Пре почетка, осумњиченом се мора предочити да ће његово испитивање бити снимано при чему се може десити да се осумњичени противи таквом начину бележења исказа, па је такво одбијање потребно снимити. По завршеном испитивању осумњичени има право да прочита записник и да својим потписом потврди његову веродостојност, или пак да стави одређене примедбе, укаже на неистините чињенице и одбије да потпише записник.

⁴¹ Slučaj R. v. McGovern (1990) 92 Cr. App. R. 229, C.A. i R. v. Glaves (1993) Crim. L.R. 685, C.A. – citirano prema D.J.Feldman, 170-171.

⁴² Подзаконским актом Е (Code of Practice on Audio Recording Interviews With Suspects) су прописана правила којих се морају придржавати припадници полиције приликом звучног снимања саслушања осумњиченог, док је Подзаконским актом Ф (Code of Practice on Visual Recording with Sound of Interviews with Suspects) предвиђено звучно и видео снимање с тим што треба нагласити да видео снимање тока саслушања осумњиченог није обавезно тако да се ове одредбе примењују у оним случајевима када се полицајац одлучи на такву могућност.

5.3. Саслушање сведока

У циљу прикупљања доказа полиција је овлашћена да у току истраге саслушава лица за која претпоставља да су им познате поједине чињенице и околности у вези са кривичним делом и његовим учиниоцем. Саслушање грађана се врши према правилима *Judges Rules* (судска правила), па и сам назив правила указује да се не ради о обавезним прописима, већ о мишљењу судија (судија Краљевског суда) које је пракса прихватила и којих се истрага придржава.⁴³ Ова правила су донета 1912. године, с тим да су више пута допуњавана. На грађанима постоји морална, али не и правна обавеза да полицији дају исказ током истраге. Полиција сваком лицу може да постави било које питање које је у вези са предметом истраге, али ако лице одбије да одговори на постављено питање, полиција нема овлашћење да га лиши слободе.

Када полиција на разумној основи посумња да је лице са којим води разговор учинило кривично дело, мора такво лице упозорити, и то пре него што настави његово саслушање, на право ћутања, тј. да није дужно да одговара на постављена питања, као и да ће његов исказ бити писмено документован и да се касније на суду може користити као доказ. Уколико се превиди такво упозорење, онда такво саслушање лица се не може користити као доказ у кривичном поступку, већ се такав записник издваја из доказног материјала. Истражитељи су одговорни за снимање и чување свих информација које могу бити релевантне за истрагу, без обзира да ли је информација добијена током истраге, или је добијена на неки други начин.

Исказ који је сведок дао полицији сматра се недопуштеним доказом. Међутим, признање неког лица које није осумњичено је *prima facie* прихватљиво, чак иако је добијено на неодговарајући начин, јер енглески судови углавном задржавају традиционални став да њихова улога није да користе закон о доказима да би дисциплиновали полицију, иако су присутни случајеви њихове злоупотребе, с тим што суд има право да искључи иначе прихватљив доказ, сходно одредбама Закона о полицији и доказима у кривичном поступку.⁴⁴

⁴³ Т.Лукић, 107.

⁴⁴ D.J.Feldman, 171.

5.4. Претресање просторија и привремено одузимање предмета

Одговарајуће одредбе Закона о полицији и доказима у кривичном поступку регулишу претресање просторија, који појам обухвата стан и свако друго место, па чак и возило, брод, авион, грађевину или неку другу локацију. До доношења наведеног закона, као и подзаконског акта Б (*Code of Practice for Searches of Premises by Police Officers and the Seizure of Property Found by Police Officers on Persons or Premises*) који регулише претресање просторија од стране полиције и заплону, тј. привремено одузимање пронађених предмета, припадник полиције није имао овлашћење да уђе у туђ стан или неку другу приватну просторију без пристанка власника, односно држаоца, осим у оним случајевима када је магистрат донео налог за претресање. Међутим, и тада је полиција могла у посебним случајевима да уђе у приватну просторију, али није имала овлашћење да изврши њено претресање.⁴⁵

Издавање налога од стране магистрата изазвало је недавно полемику у односу на колико претресања се односи налог магистрата и колико просторија се може претрести по основу једног налога. Према обичајном праву налог омогућава само један улазак и то само на једну локацију. Међутим, Закон о организованом криминалу и полицији (*Serious Organized Crime and Police Act*) из 2005. године увео је ново овлашћење за издавање налога за претресање. Тако се сада на основу одредаба Закона о полицији и доказима у кривичном поступку могу издати два типа налога: „налог за одређене локације“ који омогућава улазак у именоване просторије и „налог за све локације“ који обухвата све просторије које заузима и контролише лице које је наведено у захтеву полиције упућеном магистрату ради доношења налога за претресање. Даље, налогом се може одобрити вишеструки улазак у просторије, уколико судија који издаје налог сматра да је неопходно одобрити вишеструке уласке у периоду до три месеца у циљу постизања сврхе претресања.⁴⁶

Када је у питању претресање просторија са налогом, налог за улазак у њих и њихово претресање издаје судија магистрата на основу поднетог захтева од стране полиције. Претходно је полиција у обавези да провери све чињенице о држаоцу просторија, природи просторија и предметима који се траже, њихову локацију, као и да ли

⁴⁵ А. Бошковић, Тужилачко-полицијски концепт истраге и ефикасност кривичног поступка, докторска дисертација, Правни факултет, Крагујевац, 2010., 288.

⁴⁶ D.J.Feldman, 159.

је раније вршено претресање, шта је тада утврђено, као и да прикупи све друге информације од значаја за одлуку. Захтев за претресање мора да садржи и правну основаност претресања и информације које указују на предмете које претресањем треба пронаћи и разлоге који оправдавају издавање налога за претресање. Судија ће издати налог за улазак и претресање просторија под условом ако постоје разумне основе предвиђене законом,⁴⁷ с тим што на основу таквог налога улазак и претресање просторија мора се извршити током три месеца. Приликом претресања, под условом да је предузето у складу са законским одредбама, полиција на одређеној локацији може употребити и разумну силу, с тим да мора испољити обзир према имању и приватности власника или држаоца просторија. Уколико пре започињања и током вршења претресања полиција није поштовала наведене прописе, претресање се сматра незаконитим.

Полиција је овлашћена да уђе у просторије и изврши претресање без налога у следећим ситуацијама:

- ради извршења налога за лишење слободе,
- ради лишења слободе лица код *arrestable offences* (кривична дела код којих је могуће хапшење),
- ради поновног хватања лица које је противправно на слободи и које се тражи и
- ради спасавања живота или тела или спречавања озбиљне имовинске штете.⁴⁸

Улазак у просторије и њихово претресање без налога у наведеним ситуацијама, осим последње наведене, може се предузети ако постоји материјални услов, тј. разумна основа за веровање (*reasonable grounds to believe*) да се лице које се тражи налази у тим просторијама.

Такође, полиција може, без налога, извршити претресање било које просторије коју лице лишено слободе заузима или контролише када се основано сумња (*reasonable grounds to suspect*) да се у њој могу пронаћи трагови и предмети који могу послужити

⁴⁷ Услови за издавање налога за претресање постојаће, ако постоје разумне основе за веровање да је извршено неко од кривичних дела на основу којих је могуће лишење слободе, да су предмети наведени у захтеву такви да, сами по себи или заједно са другим предметима, могу бити од суштинског значаја или релевантан доказ за истрагу, да се не ради о стварима које су правом привилеговане, изузете или се за њих уређује специјалан поступак и да је вероватноћа да држалац просторије не би допустио улазак без налога.

⁴⁸ PACE, član 17. st. 1.

као доказ поводом извршеног или било ког другог кривичног дела које је повезано са извршеним кривичним делом.⁴⁹

Претресање просторија може се спровести и уз пристанак лица које има право да дозволи улазак у просторије и таква сагласност би требала, ако је могуће, да буде дата у писменој форми. Полицајац може затражити такву сагласност, али је дужан да претходно саопшти сврху претресања и његов обим и то што је могуће прецизније, с тим што се лицу мора указати да није обавезно да даје сагласност, као и да све оне ствари које се привремено одузму могу бити коришћене као доказ у поступку.

На основу свега реченог може се закључити да се претресање просторија може предузети на три начина: на основу налога суда, самоиницијативно од стране полиције, ако су испуњени законом прописани услови, и уз сагласност, односно пристанак лица чије просторије треба претрести. У том смислу интересантно је истаћи податак према којем се претресање просторија у Енглеској највише врши без судског налога и то: у 55% случајева припадници полиције врше самоиницијативно претресање приликом лишења слободе осумњиченог лица, у 32% случајева се претресање врши уз пристанак лица, а само у 12% по налогу суда.⁵⁰

6. Закључна разматрања

Анализом одредби о истрази у компаративном кривично-процесном законодавству може се констатовати да су присутни следећи концепти истрага: судска истрага, тужилачка истрага, тужилачко полицијска истрага као модалитет тужилачке истраге и полицијска истрага. Циљ свих наведених облика истрага је идентичан, а то је обезбеђење доказа да је одређено лице извршило или да није извршило конкретно кривично дело и, у зависности од тога, омогућавање даљег тока кривичног поступка, односно обустава истог. Присутна су различита мишљења о ефикасности наведених концепата истраге, што и опредељује прихватање одређеног облика истраге у кривично-процесном законодавству појединих земаља.

Чињеница је да је судска истрага доста статична и заснована на кабинетском раду истражног судије и недовољном ангажовању

⁴⁹ K.Cho, „Reconstruction of the English Criminal Justice System and its Reinvirogated Exclusionary Rules“, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 2/1999, 280.

⁵⁰ C.M. Bradley, (1993), 181.

јавног тужиоца на проналажењу и обезбеђењу личних и материјалних доказа, те да се и јавни тужилац и истражни судија, што се тиче прикупљања доказа, ослањају на полицију, што утиче на њихов пасиван однос према истрази, без обзира што јавни тужилац има руководећу улогу у преткривичном поступку. Стога се може претпоставити да би тужилачко- полицијски концепт истраге довео до динамичније улоге јавног тужиоца и полиције, благовременог предузимања одређених радњи доказивања и избегавања да се поједине радње беспотребно понављају, што би свакако утицало на ефикасност кривичног поступка.

У кривично-процесном законодавству Енглеске прихваћен је концепт полицијске истраге што подразумева да полиција доноси одлуку о покретању истраге и спроводи истрагу, с тим да је незнатна улога и учешће Крунске тужилачке службе и суда у истрази, што значи временско скраћење истраге, а што је од значаја за ефикасност кривичног поступка. То значи да би полицијска истрага требала да допринесе већој ефикасности кривичног поступка, чему у прилог иду и мишљења неких еминентних аутора о ефикасности тужилачко-полицијске истраге у односу на судску истрагу као и резултати спроведених емпиријских истраживања у земљама где је присутан тај концепт истраге. Међутим, неки чвршћи и валиднији закључак је немогуће извести без спровођења адекватних емпиријских истраживања у Енглеској и другим земљама где је присутна полицијска истрага.

Може се закључити да овакав енглески модел уређења фазе истраге има својих одређених предности, али и недостатака. Битна карактеристика енглеског полицијског концепта истраге огледа се у томе што полиција има доста самосталности у истрази, уз незнатно учешће тужиоца и суда, што током истраге прикупља релевантне доказе, а то свакако утиче на краће трајање истраге. Основна предност овог модела јесте јасно раздвајање функција: полиција води истрагу и иницира покретање кривичног поступка док тужилац надаље доноси све одлуке поводом питања кривичног гоњења. Међутим, главни недостатак се огледа у томе што тужилац мора да прихвати онакве резултате истраге какве му је полиција презентирала и у великој мери је зависан од добре воље полиције уколико је потребно предузети још неке радње како би могао донети одлуку о покретању кривичног поступка, с обзиром на то да полиција није дужна да поступи по његовим захтевима.

Aleksandar Bošković, Ph.D

Assistant Professor

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

BASIC CHARACTERISTICS OF THE POLICE INVESTIGATION ACCORDING TO THE ENGLISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

Summary

The criminal procedure laws of European countries contain various concepts of investigation, like the judicial investigation which is being progressively replaced by the prosecutorial, or the prosecutorial police investigation, while the concept of the police investigation is much less represented. The basic purpose of all the listed types of investigations is achieving the highest possible efficiency of criminal proceedings which is of an enormous importance, especially today when organized crime, terrorism, corruption, and other severe crimes are widespread. The topic of research is directed toward the police investigation which is featured in the English criminal procedure law. However, the paper will also point out the important differences between the judicial and the prosecutorial, or police, investigations. Through the methods employed in this research, which include a critical contents analysis, description, comparison, synthesis, and deduction, we will tend to come up with certain relevant facts which will enable a certain comparison in regard to the efficiency of the police and other concepts of investigation.

Key words: investigation, police investigation, district attorney, court, police, Crown service, criminal procedure efficiency.

UPOREDNA ANALIZA NORMATIVNOG MODELA SUDSKE VLASTI U REPUBLICI SRBIJI, REPUBLICI HRVATSKOJ I REPUBLICI SLOVENIJI

Apstrakt

Podela vlasti proklamovana u Republici Srbiji, Republici Hrvatskoj i Republici Sloveniji ostvaruje se primarno kroz princip nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti.

Sastav i izbor predsednika Državnog sudbenog saveta u Republici Hrvatskoj, mandat i nadležnost saglasan je međunarodnim standardima, tako da se može govoriti o sudskoj vlasti u punom značenju te reči. Sastav i izbor predsednika Sudskog saveta u Republici Sloveniji saglasan je međunarodnim standardima, ali Sudski savet (Sodni savet) pri izboru sudija, predsednika sudova i razrešenju, u delu ove nadležnosti, ima predlagačku ulogu i nije u istoj ravni sa zakonodavnom i izvršnom vlasti.

U Republici Srbiji znatan je uticaj zakonodavne i izvršne vlasti na izbor svih članova prvog Visokog saveta sudstva. Zakonodavna vlast vrši i izbor sudija početnika i predsednika sudova, tako da se sudska vlast u Republici Srbiji samo delimično emancipovala od političkih vlasti.

Ključne reči: nezavisnost, samostalnost, sudska vlast, sudska služba, uticaji i emancipacija sudske vlasti.

1. Uvod

Tranzicija je korenita promena, prelazak iz autoritarnog u demokratski poredak, nepredvidiva reforma, „odozgo“, višeslojan proces u okviru socijalističkog režima.² U prvoj fazi tranzicije slabi državna

¹ Sudija Osnovnog suda u Čačku

² Više o tome: R. Vasić, *Pravna država i tranzicija*, Beograd 2004, 162. J. Trkulja, „Moderna demokratska država i tranzicija”, *Država i tranzicija*, Biblioteka “Jovan Popović” u Kikindi, Kikinda 2004, 1-3.

vlast, što je u nekim državama dovelo do podele na više manjih država (SFRJ, SSSR, Čehoslovačka). Potom, institucije državne vlasti se konačno uobličavaju i konsoliduju i dolazi do promena u ideološkoj i političkoj institucionalnoj strukturi.³ Podela vlasti proklamovana u bivšim republikama SFRJ, sada samostalnim državama u tranziciji, ostvaruje se kroz princip nezavisnosti i samostalnosti sudske vlasti što znači da političke vlasti ne treba da utiču na donošenje odluka i rad sudske vlasti.

U ovom radu biće izvršena analiza normativnog modela sudske vlasti Republike Srbije, Republike Hrvatske i Republike Slovenije i to: sastav Sudskog saveta, mandat članova i nadležnost. U okviru nadležnosti Saveta analiziraće se najvažnija ovlašćenja sudske vlasti: izbor sudija, napredovanje sudija, imunitet, disciplinska odgovornost, prestanak sudijske funkcije. Normativni modeli sudske vlasti Republike Hrvatske, Republike Slovenije, uporediće sa normativnim modelom sudske vlasti Republike Srbije, sagledati sličnosti i razlike kao i usklađenost sa međunarodnim standardima.

2. Sastav Sudskog saveta

U demokratskim državama sudska vlast je uslov političke slobode i demokratije, samu sebe konstituše i račune o svom radu polažu sebi.⁴ *Državno sudbeno vijeće u Republici Hrvatskoj* ima jedanaest članova, a čine ga sedam sudija, dva univerzitetska profesora pravnih nauka i dva saborska zastupnika, od kojih jedan iz redova opozicije. Članove Vijeća iz reda sudija čine dvoje sudija Vrhovnog suda, dvoje sudija županijskog suda, dvoje sudija opštinskog suda i jedan sudija specijalnog suda.⁵ Članovi Državnog sudbenog vijeća biraju predsednika između sebe, a predsednik Vijeća mora biti iz reda sudija.⁶

Sastav Državnog sudbenog vijeća i izbor njegovog predsednika saglasni su međunarodnim standardima. Sudska vlast u Republici Hrvatskoj samu sebe konstituše. Znači, uticaj i upliv zakonodavne vlasti i izvršne vlasti na sudsku vlast ogleda se u tome, što predsednik Republike Hrvatske daje predlog za izbor predsednika Vrhovnog suda Republika

³ J.Elstr et al., *Institutional design in post-communist societies- rebuilding the ship at sea*, Cambridge 1998, 63.

⁴ R.Marković, „Uvodno izlaganje na okruglom stolu o temi Pravosudni zakoni“, održanom u hotelu Hajat u Beograd 8.1.2008. godine, *Informator Društva sudija Srbije*, vanredni br. 2/2008, 5

⁵ Prema članu 6 Zakona o Državnom sudbenom vijeću „izbore za članove Vijeća iz reda sudija provode Povjerenstvo za izbor članova Vijeća, kandidacijski odbor i izborni odbor“.

⁶ Član 124 stavovi 5 i 6 Ustava Republike Hrvatske, donet 6. srpnja 2010, a stupio na snagu 16. lipnja 2010. godine i član 41 Zakona o Državnom sudbenom vijeću, *Narodne novine*, br. 116/2010 i 57/2011.

Hrvatske, a Hrvatski sabor bira predsjednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske i dva saborska zastupnika, od kojih je jedan iz redova opozicije, za članove Državnog sudbenog vijeća. Predloženim rešenjem postignuta je ravnoteža između pozicije i opozicije unutar Sabora i poštovanje svih članova Sabora bez obzira da li pripadaju poziciji ili opoziciji. Državno sudbeno vijeće Republike Hrvatske predstavlja sudsku vlast u punom značenju te reči.

Sudski savet u Republici Sloveniji ima 11 **članova**. Pet članova bira Državni zbor (Skupština) na predlog predsjednika Republike, a između univerzitetskih profesora prava, advokata i drugih pravnika. Sudski savet u Republici Sloveniji nije organ koji donosi završnu odluku o izboru sudija, predsjednika sudija i njihovom razrešenju, već ima ulogu predlagача, tako da sudska vlast nije u istoj ravni sa zakonodavnom i izvršnom vlasti. Šest članova Saveta biraju sudije koje obavljaju sudijsku funkciju. Članovi Saveta između sebe, dvotrećinskom većinom i tajnim glasanjem, biraju predsjednika Saveta.⁷ Prilikom kandidovanja članova Sudskog saveta treba poštovati jednaku zastupljenost članova svih vrsta i stepena sudova u Republici Sloveniji.⁸

Predsjednik Vrhovnog suda Republike Slovenije imenuje Državni zbor, na predlog ministra nadležnog za pravosuđe, a po pribavljenom mišljenju Saveta, na period od šest godina, bez mogućnosti ponovnog izbora.⁹ Predsjednik Vrhovnog suda u Sloveniji nije i predsjednik Sudskog saveta, tako da nije došlo do koncentracije funkcija. U Republici Sloveniji pretežan broj sudija čini Sudski savet, a preostale **članove** bira Državni zbor saglasno međunarodnim standardima. Izborna komisija, koju imenuje Savet, sprovodi glasanje, a sastoji se od predsjednika, četiri člana i njihovih zamenika.¹⁰

U Republici Srbiji sve članove prvog *Visokog saveta sudstva* iz reda sudija i izborne članove van sudstva i po položaju bira neposredno i posredno Narodna skupština, što ukazuje na veliki uticaj zakonodavne na sudsku vlast.¹¹ Znači, Prvi Visoki savet sudstva nije sam sebe konstituisao. Očuvanje principa nezavisnosti sudske vlasti i sudstva predstavlja borbu

⁷ Članovi 130 i 131 Ustava Republike Slovenije i član 19 Zakona o sudovima, *Uradni list RS*, br. 19/1994, 45/1995, 38/1999, 28/2000, 73/2004, 72/2005, 127/2006.

⁸ Član 22 Zakona o sudovima, *Uradni list RS*, br. 19/1994, 45/1995, 38/1999, 28/2000, 73/2004, 72/2005, 127/2006.

⁹ Član 62 Zakona o sudovima, *Uradni list RS*, br. 19/1994, 45/1995, 38/1999, 28/2000, 73/2004, 72/2005, 127/2006.

¹⁰ Član 26 Zakona o sudovima, *Uradni list RS*, br. 19/1994, 45/1995, 38/1999, 28/2000, 73/2004, 72/2005, 127/2006.

¹¹ Član 153 stavovi 2, 3 i 4 Ustava Republike Srbije od 2006. godine.

za struku, državu i demokratiju.¹² Predsednik Vrhovnog kasacionog suda u Republici Srbiji je po funkciji istovremeno i predsednik Visokog saveta sudstva. Ovo rešenje ukazuje na nepotrebnu koncentraciju funkcija, što je protivno međunarodnim standardima. Priroda podele vlasti jeste da štiti ustavnu vladavinu i zabranjuje sjedinjavanje ovlašćenja i kompetencija u jednom organu, primenom mehanizama zaštite načela podele vlasti.¹³ „Svi državni organi u procesu zaštite garantovanih prava dužni su da se pridržavaju međunarodnih standarda, kao i prakse međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ovih prava“.¹⁴ Zajemčena prava treba tumačiti u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva. U Republici Srbiji član po položaju Visokog saveta sudstva je istovremeno i ministar pravde, i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine što predstavlja dvostruki uticaj i kontrolu političkih vlasti, zakonodavne i izvršne na sudsku vlast.

U Republici Srbiji propisano je da članovi Visokog saveta sudstva izabrani iz reda sudija, po isteku dužnosti, napreduju u sud više instance. Ova koruptivna odredba izazvala je brojne kritike u stručnoj i naučnoj javnosti.¹⁵ U Republici Hrvatskoj „sudac koji obavlja dužnost člana u Vijeću, ne može se imenovati na sudačku dužnost u sud višeg stupnja“. Odredba približno iste sadržine propisana je i u pozitivnom pravu Republike Slovenije, po uzoru na pravna rešenja sudske vlasti u Francuskoj.¹⁶

3. Mandat člana Sudskog saveta

Mandat člana Saveta nije vreme na koje se bira član, odnosno nije subjektivno pravo nosioca funkcije. „Mandat označava funkciju, odnosno sadržinu te funkcije“.¹⁷ U Republici Hrvatskoj i u Republici Srbiji mandat članova Saveta traje četiri godine, a zakon određuje način izbora, nadležnost i način rada ovih organa sudske vlasti. Ako članu Saveta dužnost prestane pre isteka vremena na koje je izabran, na njegovo mesto do isteka mandata, bira se drugi član. Mandat člana Sudskog saveta u Sloveniji traje pet godina i on po njegovom isteku ne može biti ponovo

¹² R.Vasić, „Nova reforma sudstva – uspon ili pad?“, *Informator Društva sudija Srbije*, vanredni br. 3/2008, str. 3-38; S.Bovan, „Sudijska nezavisnost“, *Pravni život*, br. 12/2011, 788.

¹³ P.Nikolić, *Ustavno pravo*, Prosveta, Beograd 1993, 246.

¹⁴ I.Pejić, „Ustavna jemstva i ograničenja ljudskih prava“, *Pravni život*, br. 12/2010, 853.

¹⁵ Član 56 stavovi 1 i 2 Zakon o Visokom savetu sudstva, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 101/2010, 88/2011.

¹⁶ Na osnovu člana 8 stav 1 Osnovnog zakona br. 94-100 Francuske, članovi Visokog saveta sudstva magistrature u Francuskoj ne mogu tokom trajanja mandata u Savetu biti unapređeni u viši stepen sudijske hijerarhije.

¹⁷ V.Petrov, „Slobodan mandat poslanika i odgovornost“, *Pravni život*, br. 12/2011, str. 768.

izabran. Članu Sudskog saveta, koji je izabran da zameni člana Saveta, mandat prestaje istekom mandata Saveta.

Kada članu Državnog sudbenog vijeća iz reda sudija dužnost prestane pre isteka vremena na koje je izabran, novi član Vijeća postaje kandidat koji je na izborima dobio najveći broj glasova na listi iz koje je član Vijeća kojem je dužnost prestala.¹⁸ Članovima Sudskog saveta u Republici Hrvatskoj, Republici Sloveniji, prestaje funkcija iz razloga koji su propisani Ustavima i zakonima, što daje veću garanciju sudske nezavisnosti i samostalnosti. Razlozi za prestanak funkcije članu Vijeća su približno isti i to: članu koji je sudija, prestaje funkcija prestankom ili razrešenjem sudijske funkcije; članu koji nije sudija, prestaje funkcija u Vijeću prestankom funkcije ili gubitkom statusa; trajnim gubitkom radne sposobnosti, odlaskom u penziju, podnošenjem ostavke.

4. Nadležnost Sudskog saveta

Državno sudbeno vijeće Hrvatske je organ koji „samostalno odlučuje o imenovanju, napredovanju, premeštaju, razrešenju i disciplinskoj (stegovnoj) odgovornosti sudaca i predsednika sudova, osim predsednika Vrhovnog suda Republike Hrvatske“, i odluke donosi na nepristrasan način, na temelju kriterijuma propisanih zakonom.¹⁹ Ovaj organ u potpunosti vrši sudsku vlast: odlučuje o izboru svih sudija i predsednika sudova, o napredovanju sudija, o disciplinskoj odgovornosti i prestanku sudijske funkcije. Sudbeno vijeće Republike Hrvatske organ je sudske vlasti u punom značenju te reči.

Sudski savet (Sodni svet) u Republici Sloveniji ima sledeće nadležnosti: predlaže Državnom zboru kandidate za izbor sudijske funkcije, predlaže razrešenje sudija, a vrši i druge poslove i zadatke. Sudski savet predlaže Državnom zboru jednog kandidata za svako upražnjeno mesto. Na ovaj način Sudski savet ima predlagačku funkciju, dok izbor kandidata za sudijsku funkciju i razrešenje vrši Državni zbor na predlog Sudskog saveta. Sudijska vlast u Sloveniji ima značaj sudijske službe.

U Republici Srbiji *Visoki savet sudstva* vrši izbor sudija na stalnu funkciju i odlučuje o napredovanju sudija, kao i o disciplinskoj odgovornosti i prestanku sudijske funkcije.²⁰ Visoki savet sudstva ne vrši

¹⁸ Član 36 Zakona o Državnom sudbenom vijeću, *Narodne novine*, broj 116/2010 i 57/2011.

¹⁹ Član 124 stav 2 Ustava Republike Hrvatske od 2010. godine.

²⁰ Član 13 Zakona o Visokom savetu sudstva, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 101/2010, 88/2011.

izbor sudija koji su prvi put izabrani na sudijsku funkciju i ne vrši izbor predsednika sudova, već to vrši Narodna skupština, što predstavlja uticaj zakonodavne vlasti na predsednike sudova koji organizuju i rukovode radom u sudovima, kao i na izbor sudija početnika.²¹ Izbor sudija na stalnu funkciju vrši Visoki savet sudstva od sudija početnika čiji izbor je izvršila Narodna skupština.²² Sudijski kadar u Republici Srbiji regrutuje se od sudija početnika koje je izabrala zakonodavna vlast. Znači, Sudski savet u Republici Srbiji nije organ sudske vlasti u punom značenju te reči, emancipacija sudske vlasti je delimična, jer sve predsednike i sudije početnike bira zakonodavna vlast, na predlog sudske vlasti.

4.1. Izbor sudija i napredovanje

Preporuka R (94) 12 Komiteta ministara Saveta Evrope državama članicama o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija sadrži paragraf „sve odluke koje se odnose na profesionalnu karijeru sudija trebalo bi da budu zasnovane na objektivnim kriterijumima, a izbor i napredovanje sudija bi trebalo da bude zasnovano na zaslugama, polazeći od stručnosti, sposobnosti, efikasnosti i integriteta“.

Odluka o izboru i napredovanju je srž sudstva svake države jer na osnovu ove Oluke vrši se izbor sudija, izbor sudija u više sudske instance.

U članu 49, 50 i 51 Zakona o Državnom sudbenom vijeću Republike Hrvatske propisani su uslovi za izbor sudija pojedinih sudova. Ministarstvo pravosuđa najkasnije do kraja kalendarske godine donosi za naredne dve godine plan popunjavanja slobodnih sudijskih mesta u svim sudovima i dostavlja ga predsedniku Vrhovnog suda Republike Hrvatske i predsedniku Vijeća. Ova odredba ukazuje na planiranje kadrova i ozbiljnu kadrovsku politiku u oblasti sudstva. Kandidati koji su podneli prijave na oglas, a nisu sudije, pristupaju proveri znanja (provera jedne ili više pisanih radnji) pred Vijećem. Lista prvenstva se objavljuje na internet stranicama Vijeća i sadrži ukupan zbir bodova i bodove ostvarene po svakom od kriterijuma. „U Republici Hrvatskoj sudačka dužnost je stalna“.²³

Član 129 Ustava Republike Slovenije sadrži sledeću odredbu: „Funkcija sodnika je trajna.“ Sudije bira Državni zbor (Skupština) na predlog Sudskog saveta. Uslovi za izbor sudija propisani su članovima 8

²¹ Članovi 99 i 154 Ustava Republike Srbije od 2006. godine.

²² V.Đurić, „Imenovanje i razrešenje sudija“, u: M.Lazić i I.Pejić, (ur.), *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu i Fondacija Konrad Adenauer, Niš 2009, 85-90.

²³ Član 123 stav 1 Ustava Republike Hrvatske od 2010. godine.

i 9 Zakona o sudijskoj službi²⁴: državljanstvo Slovenije, aktivno znanje slovenačkog jezika, završen Pravni fakultet, položen pravosudni ispit i najmanje 30 godina života. Kandidat mora biti zdravstveno sposoban i posedovati radno iskustvo“. Radno iskustvo u opštinskim sudovima je od 3 godine u struci po položenom pravosudnom ispitu do 20 godina radnog iskustva za sudije Vrhovnog suda.²⁵ Izborom na sudijsku funkciju, svaki sudija ima pravo da napreduje i da bude izabran u viši sud.²⁶

Sudski savet predlaže Državnom zboru jednog kandidata za svako upražnjeno mesto. Savet, pri predlogu, mora voditi računa o kriterijumima koji su propisani članom 29 Zakona o sudijskoj službi: o dosadašnjem radu kandidata, stručnosti, ugledu koji je kandidat stekao, njegovom odnosu sa kolegama, o pokretanju disciplinskih postupaka i eventualnim izrečenim disciplinskim merama.²⁷ Sudije i sudijski pomoćnici mogu izjaviti žalbu na odluku Saveta da Državnom zboru predloži određenog kandidata na mesto sudije. O ovim žalbama Savet odlučuje dvotrećinskom većinom. „Pravom na procesno pravno sredstvo vrši se zaštita osnovnih prava i sloboda,...i vrši se kontrola vlasti i sudske vlasti, vlast se vraća u pravne okvire“.²⁸

U propisima Republike Slovenije glavni organ ocenjivanja rada sudija i njihovog kvaliteta rada su personalni saveti. Personalni savet se oblikuje pri okružnom, višem i Vrhovnom sudu i obavezan je da posle propisanog perioda napiše sveobuhvatan izveštaj o radu svakog sudije.²⁹ Sudski savet donosi odluku o napredovanju sudije kroz platne razrede.³⁰ Odluku o napredovanju sudije u viši sud donosi Državni zbor, po dobijanju obrazloženog mišljenja Saveta.

²⁴ Zakon o sudijskoj službi (Zakon o sodniških službi), *Uradni list RS*, 19/1994, 8/1996, 24/1998, 48/2001, 67/2002, 71/2004, 17/2006, 127/2006, 57/2007.

²⁵ Članovi 11 i 12 Zakona o sudijskoj službi, *Uradni list RS*, 19/1994, 8/1996, 24/1998, 48/2001, 67/2002, 71/2004, 17/2006, 127/2006, 57/2007. Kandidati koji su zainteresovani da karijeru nastave kao sudije, podnose Personalnom savetu prijavu sa dokumentacijom.

²⁶ K.Šustić i M.Seser ukazuju da je nezamislivo kvantitativno sabiranje rešenih sudijskih predmeta. "Ocenjivanje rada sudaca u Hrvatskoj, Sloveniji, Austriji, SR Nemačkoj i Švajcarskoj, s posebnim osvrtom na okvirna mjerila za rad sudaca i metodologije izrade ocene sudaca", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 3/2008, 525-534.

²⁷ Republika Slovenija je osnovala nezavisno telo koje na osnovu unapred propisanih i objektivnih kriterijuma predlaže kandidate za upražnjena sudijska mesta saglasno Preporuci R (94) 12 Komiteta ministara državama članicama o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija.

²⁸ L.Basta, *Anglosaksonski konstitucionalizam u teoriji i praksi*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1992, 238.

²⁹ Član 32 Zakona o sudijskoj službi, *Uradni list RS*, 19/1994, 8/1996, 24/1998, 48/2001, 67/2002, 71/2004, 17/2006, 57/2007. Ocena Personalnog saveta može biti sledeća: da sudija ne ispunjava uslove za obavljanje sudijske funkcije i uslove za napredovanje ili ispunjava uslove za napredovanje, uslove za brzo ili uslove za ubrzano napredovanje.

³⁰ Članovi 24 i 47 Zakona o sudijskoj službi, *Uradni list RS*, 19/1994, 8/1996, 24/1998, 48/2001, 67/2002, 71/2004, 17/2006, 57/2007.

Visoki savet sudstva u Republici Srbiji, na osnovu člana 45, stav 6 i člana 69 Zakona o sudijama, doneo je podzakonski akt, Odluku o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova.³¹ Sudije pored završenog Pravnog fakulteta, položenog pravosudnog ispita, radnog iskustva, uslova ispunjenih za rad u državnim organima treba da ispune kriterijume: stručnost, osposobljenost i dostojnost da bi obavljali sudijsku funkciju. Odluka o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova definiše kriterijume, ali merila za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova su nejasna i nepotpuna, neproverljiva, ne mogu se međusobno porediti i balansirati.³²

Ova Odluka ne doprinosi uspešnom upravljanju sudskim sistemom Republike Srbije, niti doprinosi optimalnom korišćenju sudija u jednom sudu i podizanju ukupnih sposobnosti sudija kroz sistem obuke i specijalizacije, već stvara prostor za subjektivno tumačenje, pristrasnost. Donošenjem ovog podzakonskog akta, prvi Visoki savet sudstva u Republici Srbiji nije odgovorio zahtevu i potrebi društva za kvalitetnom normativnom regulativom sudstva, iskazao je nedozvoljenu arbitrnost i samovolju.

U demokratskim državama koje svojim razvojem i pravnim rešenjima su uzor i vrše uticaj na države u tranziciji ispunjenost orijentacione norme, broj i vrsta rešenih složenih predmeta, vreme izrade odluka, broj potvrđenih, preinačenih i ukinutih odluka su indikatori rada sudije, ali ocena o radu sudije i napredovanju je opisna i fleksibilna, donosi je nezavisno sudijsko telo u propisanom postupku.

U Republici Srbiji ne postoji plan popunjavanja slobodnih sudijskih mesta u svim sudovima za sledeću ili dve sledeće godine, što ukazuje na odsustvo planiranja kadrova i odsustvo jasne kadrovske politike u oblasti sudstva.

4.2. Imunitet sudija

U Republici Hrvatskoj, Republici Sloveniji i Republici Srbiji sudije uživaju imunitet koji je uži od poslaničkog. Sudije uživaju funkcionalni imunitet koji ih štiti od odgovornosti za dela koja učine u procesu suđenja, ali ne i za dela koja mogu učiniti van vršenja sudijske funkcije. Opšti (tzv. politički) imunitet, koji uživaju funkcioneri u okviru

³¹ Službeni glasnik RS, br. 49/2009.

³² Član 1-12 Odluke o utvrđivanju kriterijuma i merila za ocenu stručnosti sudija, osposobljenosti i dostojnosti za izbor sudija i predsednika sudova, Službeni glasnik RS, br. 49/09.

političke vlasti, predstavlja materijalno-pravnu i procesno-pravnu zaštitu za dela učinjena kako u okviru i izvan obavljanja javne funkcije.³³

Odredbama Ustava Republike Srbije od 2006. godine sudijama je garantovan imunitet neodgovornosti i imunitet nepovredivosti. Imunitet neodgovornosti (materijalno-pravni imunitet) sadržan je u ustavnoj odredbi da „sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudija“ (član 151 stav 1 Ustava). Imunitet neodgovornosti ima za cilj da obezbedi slobodu mišljenja i slobodu odlučivanja. Sudije uživaju i imunitet nepovredivosti ili procesno-pravni imunitet, sadržan u ustavnoj odredbi da „sudija ne može biti lišen slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u obavljanju sudijske funkcije, bez odobrenja Visokog saveta sudstva“.³⁴

4.3. Disciplinska odgovornost

Vlast i odgovornost su povezani i proporcionalni, više vlasti povlači i veću odgovornost i obrnuto. U modernom ustavnom pravu pravilo je da pravni položaj i ulogu jedne vlasti određuju tri ključna činioca: način njenog konstituisanja, sadržina njenih ovlašćenja i način na koji se odgovornost realizuje. Disciplinska odgovornost u državama u tranziciji (bivšim republikama SFRJ) regulisana je putem prava (pravna odgovornost),³⁵ i obuhvata ovlašćenja da se odlučuje o disciplinskoj odgovornosti sudija i predsednika sudova. Važno pitanje je da li je disciplinska odgovornost u nadležnosti sudske vlasti ili parlamenta i izvršne vlasti, i da li za sudiju, protiv kojeg je pokrenut disciplinski postupak, propisano je pravno sredstvo i dvostepenost odlučivanja.

Stegovni postupak u Republici Hrvatskoj vodi Državno sudbeno Vijeće, s tim što Vijeće može za pojedine stegovne postupke imenovati istražno povjerenstvo.³⁶ Odluka o stegovnoj odgovornosti mora biti izrađena i otpremljena strankama u roku od 15 dana nakon donošenja. Odluka o razrešenju donosi se većinom glasova svih članova i mora biti

³³ I.Pejić, „Imunitet sudija“ u: M.Lazić i I.Pejić (ur.), *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji*, Pravni Fakultet Univerziteta u Nišu i Fondacija Konrad Adenauer, Niš 2009, 102-105.

³⁴ Član 151 stav 2 Ustava Republike Srbije.

³⁵ M.Jovičić, „Odgovornost nosilaca javnih funkcija“, *Demokratija i odgovornost*, Izabrani spisi, knjiga I, Službeni glasnik, Beograd 2006, 116

³⁶ Članak 66 Zakona o Državnom sudbenom vijeću, *Narodne novine*, br. 116/2010, 57/2011. „U postupku odlučivanja o stegovnoj odgovornosti sudiji protiv kojega se postupak vodi mora se pružiti mogućnost da iznese svoju odbranu osobno, u pisanom obliku, ili po branitelju kojega izabere prema članu 66 Zakona o Državnom sudbenom vijeću.“ (*Narodne novine*, br. 116/2010, 57/2011).

obrazložena. Protiv odluke o stegovnoj odgovornosti i razrešenju sudija ima pravo žalbe koja odlaže izvršenje odluke. Žalba se u roku od 15 dana od dana dostave odluke podnosi Ustavnom sudu Republike Hrvatske.³⁷

Sudski savet u Republici Sloveniji nema ulogu u samom disciplinskom postupku. Disciplinski organi su Disciplinski sud prvog stepena i Disciplinski sud drugog stepena. Disciplinski sud prvog stepena čine troje sudija od kojih jedan mora biti istog položaja kao i sudija protiv koga je pokrenut disciplinski postupak. Disciplinski sud drugog stepena čini pet sudija Vrhovnog suda.³⁸

U Republici Srbiji prema pozitivnim propisima Disciplinski organi su disciplinski tužilac, njegovi zamenici i Disciplinska komisija koju imenuje Savet sudstva.³⁹ Propisano je nezavisno telo sastavljeno od sudija, koje odlučuje u disciplinskom postupku, određen je disciplinski prekršaj, pravila disciplinskog postupka i pravo sudije na odbranu i žalba višem nadležnom telu, protiv disciplinske sankcije.

Odgovornost organa sudske vlasti i sudija je garant demokratske vladavine prava. Odgovorna vlast je ograničena vlast, a sudska vlast je ograničena načelom podele vlasti i načelom nezavisnosti i samostalnosti.⁴⁰ Odgovornost podrazumeva odgovornost nosioca funkcije, svest o odgovornosti svih asocijacija, sednica sudija i samih sudija.

4.4. Prestanak funkcije sudije

Razlozi za prestanak funkcije sudije propisani su u odredbama Ustava i zakonima ili samo u zakonu država u tranziciji: Republike Hrvatske, Republike Slovenije i Republike Srbije. U Republici Hrvatskoj sudiji prestaje dužnost u sudu u koji je imenovan danom stupanja na službu u drugi sud, odnosno pravosudno ili državno telo ili smrću. Sudiji prestaje dužnost ako ga u skladu s Ustavom i zakonom te dužnosti razreši Vijeće, ako sam to zatraži, ako trajno izgubi sposobnost obavljanja svoje dužnosti, ako bude osuđen za krivično delo koje ga čini nedostojnim obavljanja sudijske dužnosti, zbog počinjenog teškog disciplinskog dela, kad tako odluči Vijeće i kad navršši 70 godina.⁴¹

³⁷ Član 79 Zakona o Državnom sudbenom vijeću, *Narodne novine*, br. 116/2010. i 57/2011.

³⁸ Članovi 86 i 87 Zakona o sudijskoj službi, *Uradni list RS*, 19/1994, 8/1996, 24/1998, 48/2001, 67/2002, 71/2004, 17/2006, 127/2006, 57/2007.

³⁹ Član 93 i 94 Zakona o sudijama, *Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 58/09, 104/09, 101/10, 8/12 i i član 4 i 5 Pravilnika o disciplinskom postupku i disciplinskoj odgovornosti sudija, *Službeni glasnik RS*, br. 71/10.

⁴⁰ Više o tome: V.Petrov, „Slobodan mandat poslanika i odgovornost“, *Pravni život*, br. 12/2011, 761

⁴¹ Članovi 76 i 77 Zakona o državnom sudbenom vijeću, *Narodne novine*, br. 116/2010, 57/2011.

Ustav Republike Slovenije u članu 132 sadrži razloge za prestanak rada sudija: 1) kad je osuđen na krivično delo u vezi sa zloupotrebom sudijske funkcije; 2) ako krši Ustav ili teško povredi zakon. Na osnovu člana 74 Zakona o sudijskoj službi, sudiji prestaje funkcija 1) po sili zakona; 2) odlaskom u penziju (kad navrší 70 godina života); 3) gubitkom slovenačkog državljanstva; 4) u slučaju trajne zdravstvene nesposobnosti za rad; 5) kada počne da obavlja dužnost koja je nespojiva sa sudijskom funkcijom; 6) kad se ukine sud, a nije se mogao rasporediti u drugi sud; 7) kada se oceni da sudijsku funkciju obavlja nesavesno. Pravna posledica podnošenja ostavke je da funkcija prestaje pre isteka vremena, a pravo na ostavku je korelativ odgovornosti.⁴²

Ustav Republike Srbije od 2006. godine sadrži odredbe o prestanku sudijske funkcije: sudiji prestaje sudijska funkcija na njegov zahtev, nastupanjem, zakonom propisanih, uslova ili razrešenjem iz zakonom predviđenih razloga, kao i ako ne bude izabran na stalnu funkciju.⁴³ Razlozi za prestanak sudijske funkcije spuštaju se sa nivoa Ustava na nivo zakona, što je retrogradno, mada o njima odlučuje Visoki savet sudstva. Protiv ove odluke sudija ima pravo žalbe Ustavnom sudu. Za zaštitu prava sudija propisan je pravni lek (procesno pravno sredstvo), što je odlika demokratskog društva.⁴⁴

5. Zaključak

„Sudbina velikih i moćnih država je da svojim razvojnim kretanjem i pravnim rešenjima postanu uzor i vrše uticaj na druge države“.⁴⁵ Države u tranziciji, bivše republike SFRJ: Slovenija i Hrvatska, sada samostalne države, su približnih kapaciteta kao i Republika Srbija. Republike Slovenija i Hrvatska usaglasile su svoje propise sa evropskim standardima, pa se pojedina pravna rešenja ovih država u tranziciji mogu lako apsorbovati i prilagoditi specifičnostima u Republici Srbije, to je realan put za ubrzani, održivi razvoj.

Na osnovu sastava, mandata, nadležnosti Sudskog saveta može se govoriti o sudskoj vlasti u Republici Hrvatskoj, jer sastav i izbor predsednika Državnog sudbenog saveta u Republici Hrvatskoj, mandat i nadležnost saglasan je međunarodnim standardima. Sastav

⁴² M. Jovičić, 26

⁴³ Član 148 Ustava od 2006. godine.

⁴⁴ Član 148 Ustava od 2006. godine.

⁴⁵ O. Vučić, *Austrijsko ustavno sudstvo - čuvar federacije i ustava*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1995, 59-60

i izbor predsednika Sudskog saveta u Republici Sloveniji saglasan je međunarodnim standardima, ali pri izboru sudija, predsednika sudova i razrešenju Sudski savet ima predlagačku ulogu i sudska vlast samu sebe ne konstituše.

U Republici Srbiji u normativnom delu se može govoriti o delimičnoj sudskoj vlasti. Znatan je uticaj zakonodavne i izvršne vlasti na izbor članova prvog Visokog saveta sudstva. Sve članove prvog Visokog saveta sudstva, posredno i neposredno izabrala je Narodna skupština, zakonodavni organ. Članovi prvog i stalnog Visokog saveta sudstva su ministar nadležan za pravosuđe i predsednik nadležnog odbora Narodne skupštine. Narodna skupština vrši izbor sudija početnika i predsednika sudova. U Republici Srbiji sudska vlast se samo delimično emancipovala od zakonodavne i izvršne vlasti, dok sudovi nisu u potpunosti samostalni i nezavisni, već su delimično instrumenti kojim se iskazuje moć političke vlasti. Dominantni uticaj političke vlasti, nepoštovanje međunarodnih standarda predstavlja udaljavanje od evropskih integracija. Donošenjem Ustava od 2006. i više zakona od 2008. godine, propuštena je prilika da se u Srbiji stvori normativni model da sudovi postanu konstitutivni elementi demokratije.

Izbor sudija zasnovan je na generisanju kadra iz same sudske vlasti. Izborom sudija od Sudskog saveta, trebalo bi da se eliminiše uticaj izvršne i zakonodavne vlasti, za razliku od sistema izbora sudija od strane Parlamenta.⁴⁶

Potrebno je da se profesionalna sudska vlast i sudije koje obavljaju stalnu funkciju, oslobode uticaja izvršne i zakonodavne vlasti, odnosno neprofesionalnih i smenjivih vlasti, ali i da se oslobode od podaničkog duha kako bi se uspostavila vladavina prava i pravna država. „Sudska vlast i sudovi su konstitutivni elementi, stubovi nosači demokratije, izvori koji olakšavaju demokratsku praksu“.⁴⁷ Nezavisno sudstvo postalo je univerzalno prihvaćena vrednost, jezgro moderne konstitucije, pitanje opšte kulture jedne zajednice, razdelna linija između polja prava i pustinje neprava.⁴⁸

⁴⁶ *Pravosudni savet*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2003, 8-9

⁴⁷ A.Bačić, „Sudac i ustavna demokratija: Dr. sc. Jadranko Crnić kao čuvar Ustava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2009, 276.

⁴⁸ Više o tome: M.Pajvančić, „Ustavni principi nezavisnosti sudstva“, u: M.Lazić i I.Pejić(ur.), *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnosti sudova u Republici Srbiji*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu i Fondacija Konrad Adenauer, Niš 2009, str. 25. S.Perović, *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Savet projekata konstituisanja Srbije kao pravne države i Centar za publikacije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1998, 145.

Tatjana Kandić Ph. D

judge in the Basic Court of Čačak.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NORMATIVE MODEL OF JUDICIAL POWER IN THE REPUBLIC OF SERBIA, REPUBLIC OF SLOVENIA AND REPUBLIC OF CROATIA

Summary

Division of power proclaimed in the Republic of Serbia, the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia is accomplished primarily through a principle of independence and autonomy of the judicial authority.

Constitution and selection of the president of the State Court Council in the Republic of Croatia, mandate and competence are in line with international standards, and we may consider it as judicial power in its full meaning. Constitution and selection of the Court Council in the Republic of Slovenia is in compliance with international standards, but the Court Council (Sodni savet) when selecting judges, president of courts and releasing them, within this competence, has a proposing role and is not in the same line with legislative and executive power.

In the Republic of Serbia there is great influence of legislative and executive power on the selection of all members of the first High Judicial Council. Legislative authority also carries out the selection of judges beginners and presidents of courts, so that judicial power in the Republic of Serbia has been partially emancipated from legislative and executive power.

Key words: independence, autonomy, judicial authority, judicial service and impacts and emancipation of judicial authority.

Dr Jelena Šantrić¹

Pregledni naučni rad

Prof.dr Vesna Bjegović-Mikanović²

UDK: 331.313.6:614.2(497.11)(497.5)

IZAZOVI U REGULISANJU DOPUNSKOG RADA ZDRAVSTVENIH RADNIKA – SRBIJA I HRVATSKA

Apstrakt

U ovom članku, autorke daju prikaz pravne regulative u oblasti dopunskog rada zdravstvenih radnika u Srbiji i Hrvatskoj. Analizirano je pravo na dopunski rad prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti i pravilnicima o dopunskom radu odnosno merilima za davanje odobrenja zdravstvenom radniku za sklapanje poslova iz oblasti poslodavca. Razmatrani su modaliteti u regulisanju dopunskog rada, kao i suprotstavljeni interesi zdravstvenih radnika, ministarstva zdravlja, pacijenata i zdravstvenih ustanova u državnoj i privatnoj svojini, kada su u pitanju mogućnosti za dopunski rad, naročito istaknutih stručnjaka u privatnoj praksi. Autorke su mišljenja da nema osnova za diskriminaciju prava zdravstvenih radnika u odnosu na prava ostalih zaposlenih i na ograničenje mogućnosti za dopunski rad.

Ključne reči: *dopunski rad, pravilnik o dopunskom radu, prava zdravstvenih radnika, državne zdravstvene ustanove, privatna praksa, zabrana konkurencije.*

1. Uvodne napomene

Položaj zdravstvenih radnika u zemljama u tranziciji, kao što je Srbija, još uvek nije dovoljno regulisan u skladu sa međunarodnim izvorima medicinskog prava.

¹ Sekretar Medicinskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, mail: j.santric@med.bg.ac.rs

² Redovni profesor Medicinskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, mail: bjegov@med.bg.ac.rs

Prema podacima Svetske zdravstvene organizacije³, dolazi do pojave smanjivanja broja zdravstvenih radnika u međunarodnim razmerama i globalnog nedostatka ljudskih resursa za zdravlje. Razlozi koji dovode do ovih pojava su brojni: dužina trajanja obrazovanja, ekonomski dispariteti u odnosu na druga zanimanja, nemogućnosti napredovanja, radno opterećenje i izazovi rešavanja novih i starih zdravstvenih problema, kao i nedovoljno regulisan status⁴.

Regulisanje statusa zdravstvenih radnika podrazumeva regulisanje pristupa zdravstvenoj profesiji u pogledu edukacije, planiranja broja zdravstvenih radnika, dozvola za rad, podrške i zaštite na radu zdravstvenih radnika, osiguranja i načina plaćanja usluga⁵. Pored ovoga, u zemljama Evropske unije (EU) posebno se regulišu i uslovi rada u pogledu radnog vremena da bi se zaštitilo zdravlje i bezbednost na radu. Tako, direktivom o radnom vremenu (2003/88/EC) usklađuje se pravo država članica sa pravom EU tako da se zadovolje minimalni standardi koji su primenjivi u svim zemljama EU. Kao i ostalim zaposlenima, zdravstvenim radnicima se garantuje ograničeno radno vreme koje ne sme da prevazilazi 48 sati rada u proseku nedeljno, uključujući bilo koji prekovremeni rad, garantuje se period od 11 sati odmora dnevno, odmor tokom rada ako zaposleni radi duže od 6 sati, minimalno 24 sata kontinuiranog odmora u periodu od 7 dana, plaćeni godišnji odmor od 4 nedelje i posebna zaštita tokom noćnog rada. Prema direktivi prosečno noćni rad ne sme da iznosi duže od 8 sati u toku jednog dana. Posebno se naglašava dužina radnog vremena za doktore medicine koji se nalaze na obuci⁶. Cilj ovakvog propisa je da se svi zaposleni zaštite od ekcesivnog radnog. Direktive pripadaju sekundarnom zakonodavstvu kao najobimnijem izvoru prava EU⁷ i svakako su značajne u procesu pristupanja.

U svetlu radnog vremena, dopunski rad zdravstvenih radnika izaziva pažnju javnosti više nego dopunski rad drugih zaposlenih, što je u nekim periodima dovodilo i do potpune zabrane u obavljanju dopunskog rada ove grupe zaposlenih. Zemlje različito regulišu oblast dopunskog rada, a u ovom radu se komparativno analizira praksa u Srbiji i u Hrvatskoj.

³ V.Bjegović, J. Šantrić, „Prava, obaveze i odgovornosti zdravstvenih radnika u odnosu na prava pacijenata“ u priručniku *Ljudska prava i zaštita prava pacijenata*, Medicinski fakultet, 2013,62

⁴ M.Wismar, C.B.Maier, I.A.Glinos, G. Dussault, J.Figueras, “Health Professional Mobility and Health Systems. Evidence from 17 European countries”, Copenhagen: *WHO and European Observatory on Health Systems and Policies*, 2011.

⁵ J. Montgomery, „Health Care Law“, *Oxford University Press*, 2nd edition. Oxford, 2003.

⁶ „Working Conditions - Working Time Directive“, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPagelD=205>, 29.05. 2014.

⁷ *Priručnik za prevođenje pravnih akata Evropske unije*, Treće, izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd, Vlada Republike Srbije, Kancelarija za evropske integracije, 2013.

2. Dopunski rad zdravstvenih radnika u Srbiji⁸

Dopunski rad je pravo zaposlenih utvrđeno Zakonom o radu za sve zaposlene u Republici Srbiji. U čl. 202. Zakona je predviđeno da zaposleni koji radi puno radno vreme kod jednog poslodavca, može da zaključi ugovor o dopunskom radu sa drugim poslodavcem, ali najviše do jedne trećine radnog vremena, što sa 54 sata ukoliko se posmatraju na primer doktori medicine, za sada odgovara ili je ispod prosečnog radnog vremena koje je zastupljeno u mnogim zemljama Evrope (u Austriji do 60 sati, u Mađarskoj čak do 72 sata)⁹. Međutim, sigurno je da zemlje EU imaju obavezu postepenog uvođenja direktive o radnom vremenu (2003/88/EC) u domaći pravni sistem. Ugovorom o dopunskom radu u Srbiji, koji se zaključuje u pisanom obliku, određuje se novčana naknada za obavljeni rad i druga prava i obaveze povodom dopunskog rada.

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti je pitanje dopunskog rada zdravstvenih radnika prilagođeno specifičnostima zdravstvene delatnosti.

2.1. Dopunski rad prema odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti

Dopunski rad u sistemu zdravstvene zaštite je pitanje od posebnog značaja. Ostvarivanjem dopunskog rada zdravstveni radnici bitno utiču na popravljavanje svog materijalnog položaja, ali i statusa. Pacijentima je pitanje dopunskog rada zdravstvenih radnika, takođe, veoma značajno, jer im omogućava dostupnost nekih zdravstvenih usluga koje nisu obuhvaćene obavezanim zdravstvenim osiguranjem u pogledu sadržaja, obima i standarda ili načina i postupka ostvarivanja. Pored dužine radnog vremena, u rešavanju dopunskog rada zdravstvenih radnika otvara se i složenost odnosa između državnih zdravstvenih ustanova i privatne prakse.

U Zakonu o zdravstvenoj zaštiti, usvojenom 2005. god., u čl. od 199. do 202. bila je predviđena mogućnost dopunskog rada zdravstvenih radnika zaposlenih u zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi. Dopunski rad se ostvaruje zaključivanjem ugovora o dopunskom radu sa direktorom zdravstvene ustanove ili nosiocem zdravstvene službe kod koje zdravstveni radnik dopunski radi. Bilo je predviđeno da zdravstveni radnik koji radi puno radno vreme može da zaključi samo jedan ugovor o dopunskom radu. U zdravstvenoj ustanovi saglasnost daje direktor i

⁸ J.Šantrić J. *Dobrovoljno zdravstveno osiguranje u Republici Srbiji, stanje i finansijska perspektiva*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 2013, 181-194,

⁹ Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Implementation by Member States of Directive 2003/88/EC ('The Working Time Directive'). COM(2010) 802 final. Brussels: European Commission 2010.

stručni savet, a u privatnoj praksi osnivač privatne prakse. Predviđeno je da zdravstvena ustanova (u državnoj svojini) može da da saglasnost zaposlenom zdravstvenom radniku samo ako njegov rad van matične ustanove neće štetno uticati na organizaciju rada pojedinih delova ili na zdravstvenu ustanovu u celini.

Ima mišljenja u literaturi¹⁰ da zakon nije iskoristio mogućnost da zaštiti nosioce zdravstvene službe zabranom konkurencije u radnopravnom smislu. Ta nezainteresovanost zakonodavca ukazuje da u našem sistemu zdravstvene zaštite ne postoje tržišni odnosi ni u meri u kojoj je to poželjno, pa ne postoji interes zdravstvenih ustanova za tom vrstom zaštite.

Verovatno sa idejom o zaštiti od konkurencije zakonodavac je prilikom izrade Zakona o zdravstvenoj zaštiti predvideo (u Prelaznim i završnim odredbama čl. 277.) da zdravstveni radnik koji je zaposlen u zdravstvenoj ustanovi u državnoj svojini, koji radi puno radno vreme, može da obavlja određene poslove zdravstvene delatnosti iz svoje struke kod osnivača privatne prakse, po osnovu ugovora o dopunskom radu iz čl. 199. - 202. Zakona u periodu od najduže tri godine od dana stupanja zakona na snagu. S obzirom da je Zakon o zdravstvenoj zaštiti stupio na snagu 10.12.2005. god, ove odredbe bi stupile na snagu 11.12.2008.god.

Primena ovog člana izazvala je velike polemike u stručnoj javnosti i među zdravstvenim radnicima. Lekarska komora Srbije je u avgustu mesecu 2008. god. pokrenula pred Ustavnim sudom Srbije postupak za ocenu ustavnosti čl. 277. Zakona o zdravstvenoj zaštiti. Mišljenje mnogih pravnika je da se ovim članom diskriminišu zdravstveni radnici, u odnosu na druge zaposlene u Republici, kao i njihova prava iz Zakona o radu i Univerzalne konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda.

Postupajući po podnetoj inicijativi, Ustavni sud je na sednici održanoj 18. novembra 2010.godine doneo Rešenje IUz-164/2008 za ocenu ustavnosti i saglasnosti navedenih odredaba Zakona o zdravstvenoj zaštiti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom. Kao sporna postavljena su sledeća pitanja:

- da li se osporenim odredbama Zakona dovodi u pitanje dostignuti nivo prava na dopunski rad zdravstvenih radnika;
- da li se osporenim odredbama Zakona dovodi u diskriminisani položaj zdravstveni radnik zaposlen u državnoj zdravstvenoj ustanovi u odnosu na druge profesije i zanimanja i u odnosu na zdravstvenog radnika zaposlenog u privatnoj praksi;

¹⁰ R. Sudžum, "Dopunski rad lekara (sa instrukcijom)" *Radno-pravni savetnik*, 9/2008, 97.

- da li je ovim odredbama Zakona povređeno pravo zdravstvenim radnicima iz državnih zdravstvenih ustanova na dostupnost radnih mesta pod jednakim uslovima iz čl.60. Ustava.

Pored spornih ustavnopravnih pitanja, Sud je ocenio da se može postaviti i pitanje saglasnosti osporenog člana 277. Zakona sa odredbama člana 1. Konvencije Međunarodne organizacije rada br.111 i člana 1. Revidirane evropske socijalne povelje.

Nakon donošenja Rešenja Ustavnog suda o pokretanju postupka za ocenu ustavnosti i saglasnosti odredaba člana 277. Zakona o zdravstvenoj zaštiti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, Narodna skupština je na sednici od 23. novembra 2010.god. donela Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti.¹¹ koji je stupio na snagu 1.decembra 2010. godine. Odredbom člana 7. ovog zakona izvršeno je brisanje člana 277. osnovnog teksta Zakona o zdravstvenoj zaštiti, tako da je prestala da važi zabrana za zdravstvene radnike zaposlene sa punim radnim vremenom u zdravstvenoj ustanovi u državnoj svojini da dopunskim radom obavljaju određene poslove zdravstvene delatnosti iz svoje struke kod osnivača privatne prakse.

Ustavni sud je Rešenjem broj: Iuz – 164/2008 od 14. jula 2011. godine obustavio postupak za ocenu ustavnosti i saglasnosti odredaba člana 277. Zakona o zdravstvenoj zaštiti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, imajući u vidu da je brisanjem osporenog člana izvršeno usaglašavanje osporenog Zakona sa Ustavom i time otklonjena sva sporna ustavnopravna pitanja.

Međutim, postojala su i mišljenja koja opravdavaju intervenciju države u oblasti zdravstvene zaštite¹². Ograničavajući faktor je i postojanje obaveznog zdravstvenog osiguranja i interes osiguranika da u okviru prava iz tog osiguranja ostvare pravo na besplatnu zdravstvenu zaštitu.

Ideja ove odredbe je, osim zaštite od konkurencije, bila i da se deo zdravstvenih radnika zaposlenih u državnim zdravstvenim ustanova opredeli za rad u privatnoj praksi (pogotovo oni koji su suštinski vlasnici privatnih ordinacija koje se vode formalno na druga lica), čime bi se upraznila radna mesta za zapošljavanje nezaposlenih zdravstvenih radnika.

Međutim, do realizacije ove ideje nije došlo, jer je posle stupanja čl. 277. Zakona na snagu zanemarljiv broj zdravstvenih radnika napustio svoja radna mesta u državnim ustanovama radi prelaska u privatne. Osim

¹¹ *Službeni glasnik RS*, br.88/2010

¹² R. Sudžum, "Propisi o zdravstvenom radu zdravstvenih radnika", *Radno-pravni savetnik*, 12/2008, 69.

toga, zbog nezadovoljstva i pritiska zdravstvenih radnika koji nisu imali gde da realizuju pravo na dopunski rad, jer dopunski rad u državnim ustanovama nije zaživeo u obimu koji bi zadovoljio potrebe svih onih koji su radili u dopunskom radu pre stupanja čl. 277. na snagu, došlo je do izmene odredaba čl. 199 - 202. Zakona o zdravstvenoj zaštiti.

U tekstu izmenjenih članova 199 – 202. Zakona predviđeno je da zdravstveni radnici, ali i zdravstveni saradnici i druga lica zaposlena u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi koji čine tim sa zdravstvenim radnikom, mogu da obavljaju dopunski rad u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi van redovnog radnog vremena.

Brisanjem člana 277. iz Prelaznih i završnih odredaba zakona, koji je zabranio rad zdravstvenih radnika zaposlenih u državnim zdravstvenim ustanovama i privatnoj praksi posle 10. decembra 2008. god., zdravstveni radnici su izjednačeni u pravima na dopunski rad sa ostalim profesijama i zanimanjima u skladu sa Zakonom o radu.

2.2. Dopunski rad zdravstvenih radnika prema odredbama Pravilnika o dopunskom radu

U osnovnom tekstu Zakona o zdravstvenoj zaštiti u čl. 199. stav 6. propisano je da ministar nadležan za poslove zdravlja propisuje način, postupak i uslove za obavljanje dopunskog rada. U Prelaznim i završnim odredbama predviđeno je da ministar donosi propise za sprovođenje ovog zakona u roku od 12 meseci od dana stupanja na snagu zakona, što znači da je propise trebalo doneti do 10. 12. 2006. godine.

S obzirom da podzakonski akt za sprovođenje zakona koji se tiče dopunskog rada nije donet do novembra 2008. godine, ministar zdravlja je 4. 8. 2008. godine izdao Instrukciju o dopunskom radu zdravstvenih radnika zaposlenih u zdravstvenim ustanovama.

Instrukcija je imala za cilj da popuni pravnu prazninu u periodu do donošenja Pravilnika, kao i da pripremi zdravstvene ustanove na uvođenje i organizaciju dopunskog rada.

U Instrukciji su obrađeni: pravni osnov za organizaciju dopunskog rada, mogućnost obavljanja dopunskog rada zdravstvenih radnika zaposlenih u zdravstvenim ustanovama u državnoj svojini počev od 11. decembra 2008. god, zdravstvene usluge za koje se može zaključiti ugovor o dopunskom radu, saglasnost ministarstva za organizovanje dopunskog rada u zdravstvenim ustanovama, zaključivanje ugovora o

dopunskom radu, finansiranje zdravstvenih usluga po osnovu dopunskog rada, obaveštavanje pacijenata o dopunskom radu zdravstvenih radnika, rad sa nepunim radnim vremenom i mogućnost primene dopunskog rada koji je propisan Zakonom o radu. Jasno je da je Instrukcija prevazišla svoj pravni domet i da je preuzela na sebe uređivanje odnosa, što nije u skladu sa značajem i pravnom snagom ove vrste akta.

Ipak, važenje Instrukcije je bilo kratkotrajno, do novembra 2008. godine kada je usvojen Pravilnik o načinu, postupku i uslovima za obavljanje dopunskog rada zdravstvenih radnika u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi, koji je stupio na snagu 03. 12. 2008. godine.

Takođe je predviđeno da zdravstveni radnik može da ima samo jedan zaključen ugovor o dopunskom radu i da je dužan da zatraži prethodnu saglasnost direktora zdravstvene ustanove i stručnog saveta. Uređeno je pitanje dopunskog rada zdravstvenih radnika sa nepunim radnim vremenom, iako Zakon o zdravstvenoj zaštiti ovo pitanje ne reguliše, niti je predvideo da se reguliše Pravilnikom.

Primena Pravilnika je dovela do potpunog obustavljanja dopunskog rada zdravstvenih radnika koji su zaposleni u državnim zdravstvenim ustanovama u privatnim zdravstvenim ustanovama ili privatnoj praksi. Od ovog pravila, koje je izazvalo veliko nezadovoljstvo zdravstvenih radnika, ali i osnivača privatne prakse, postojao je izuzetak. To je bio dopunski rad nastavnika i saradnika medicinskih fakulteta koji su dobijali saglasnost nastavno – naučnih veća fakulteta kao zaposleni prvenstveno na fakultetima (gde im se nalaze i radne knjižice), iako istovremeno rade i u državnim zdravstvenim ustanovama. Oni su nastavili da rade dopunski u privatnoj praksi. Pravilnicima o dopunskom radu na univerzitetima, je u skladu sa Zakonom o visokom obrazovanju, predviđeno da nastavno – naučna veća fakulteta daju saglasnost nastavnicima i saradnicima za rad u okviru univerziteta ili na drugoj visokoškolskoj ustanovi izvan sastava univerziteta¹³.

U periodu od početka važenja Pravilnika nastavno - naučna veća medicinskih fakulteta su na sednicama davala brojne saglasnosti za dopunski rad nastavnicima i saradnicima u odnosu na druge zdravstvene radnike. Imajući u vidu odredbe Pravilnika o obaveštavanju poslodavca kod koga je zdravstveni radnik zaposlen sa nepunim radnim vremenom o dobijanju saglasnosti za dopunski rad od drugog poslodavca, nastavnici i saradnici na kliničkim predmetima su pribavljali i saglasnost direktora nastavne baze – klinike, instituta ili kliničkog centra u kojima obavljaju zdravstvenu delatnost.

¹³ Član 9., „Pravilnika o davanju saglasnosti za rad nastavnika i saradnika Univerziteta u Beogradu u drugoj visokoškolskoj ustanovi, *Glasnik Univerziteta u Beogradu*, 132/2006

Ova mogućnost dopunskog rada nastavnika i saradnika na medicinskim fakultetima je doprinela očuvanju kvaliteta usluga i efikasnosti privatnih privatne prakse. Izuzetak, koji je u ovom periodu važio za nastavnike i saradnike na medicinskim fakultetima, bio je u skladu sa odredbama Zakona o radu (koji u čl.202. daje pravo zaposlenima da zaključe ugovore o dopunskom radu sa drugim poslodavcem), pri čemu su oni tretirani kao zaposleni u visokoškolskim, a ne kao zaposleni u zdravstvenim ustanovama. Kao što je navedeno, ova situacija je promenjena izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenoj zaštiti od 23. 11. 2010. godine, kojim je čl. 277. Zakona ukinut. Ograničenje dopunskog rada zdravstvenih radnika iz državnih zdravstvenih ustanova je prestalo da važi.

2.3. Zdravstvene usluge koje mogu da se obavljaju dopunskim radom

Pravilnikom o načinu, postupku i uslovima za obavljanje dopunskog rada zdravstvenih radnika u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi, predviđene su usluge za koje može da se zaključi ugovor o dopunskom radu i to su:

- 1) za pružanje zdravstvenih usluga koje nisu obuhvaćene obaveznim zdravstvenim osiguranjem u pogledu sadržaja, obima i standarda, odnosno za zdravstvene usluge koje se ne ostvaruju u skladu sa načinom i postupkom ostvarivanja prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja;
- 2) za pružanje zdravstvenih usluga koje zdravstvena ustanova pruža za potrebe obaveznog zdravstvenog osiguranja, a za koje ne može na drukčiji način da obezbedi odgovarajuće zdravstvene radnike;
- 3) za pružanje zdravstvenih usluga koje zdravstvena ustanova pruža za potrebe lica koja nemaju svojstvo osiguranog lica u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstveno osiguranje.

Ove odredbe se odnose i na državne zdravstvene ustanove i privatnu praksu. Pitanje koje se ukazuje kao sporno je onemogućavanje zdravstvenih radnika koji dopunski rade u privatnoj praksi da obavljaju zdravstvene usluge koje su obuhvaćene obaveznim zdravstvenim osiguranjem. Motivi zakonodavca su verovatno bili da se spreči „prevođenje“ pacijenata iz državnih u privatne zdravstvene ustanove za zdravstvene usluge koje plaća obavezno zdravstveno osiguranje. Pitanje preusmeravanja pacijenata iz državnih zdravstvenih ustanova u privatne izaziva reakcije u javnosti od otvaranja prvih privatnih ordinacija i od početka angažovanja lekara koji

obavljaju dopunski rad u ovim ordinacijama. Ovo naročito dolazi do izražaja kada se dese neke nepredviđene situacije, kao što je loš ishod lečenja u privatnim ustanovama.

Navode se brojni primeri i slučajevi iz prakse u kojima je pacijentima iz različitih razloga savetovano od strane lekara u državnim ustanovama da nastave lečenje u privatnoj ordinaciji, najčešće u onoj u kojoj je taj lekar angažovan u dopunskom radu (ili je prikriveni vlasnik). Činjenica je da je u proteklim godinama bilo situacija u kojima pacijenti u državnim ustanovama nisu mogli da dobiju zdravstvenu zaštitu iz pojedinih oblasti, naročito kada je reč o primeni novih tehnologija, gde su suočeni sa listama čekanja, pa su se opredeljivali na odlazak u privatne ordinacije. Uvođenjem tržišnih zakonitosti u sferu zdravstvenog osiguranja, pa i samim uvođenjem dobrovoljnog osiguranja kod koga se uplatom premije dobija viši standard zdravstvenih usluga predviđenih obaveznim zdravstvenim osiguranjem, ovi razlozi gube na značaju. Osim toga, pacijenti treba da imaju pravo izbora zdravstvene ustanove u kojoj će da se leče, bez obzira da li zdravstvena ustanova ima sklopljen ugovor sa Republičkim fondom za zdravstveno osiguranje i da li pruža zdravstvene usluge pokrivenne obaveznim zdravstvenim osiguranjem.

Za zdravstvene ustanove iz Uredbe o planu mreže zdravstvene zaštite taksativno su u čl. 9. Pravilnika predviđene usluge koje mogu da pružaju dopunskim radom.¹⁴

Ograničenja u vrstama usluga koje zdravstvene ustanove mogu da pružaju u dopunskom radu, dovela su neke zdravstvene ustanove u neravnopravan položaj i onemogućila su uvođenje dopunskog rada (na primer domovi zdravlja, ustanove slabije opremljene i sl.).

2.4. Organizovanje dopunskog rada u zdravstvenim ustanovama

Organizovanje dopunskog rada u zdravstvenim ustanovama vrši se na osnovu Plana dopunskog rada koji donosi direktor zdravstvene ustanove na predlog stručnog saveta, odnosno osnivač privatne prakse.

Kontrolu ispunjenosti uslova zdravstvene ustanove iz Plana mreže zdravstvenih ustanova za obavljanje dopunskog rada vrši Ministarstvo zdravlja.

Dopunski rad zdravstvenih radnika se zasniva zaključenjem ugovora o dopunskom radu, koji se zaključuje na 12 meseci. Zdravstvena ustanova je dužna da vodi evidenciju o zaključenim ugovorima o dopunskom radu i da dostavlja po primerak ugovora za svakog zdravstvenog radnika.

¹⁴ Pravilnik o načinu, postupku i uslovima za obavljanje dopunskog rada zdravstvenih radnika u zdravstvenoj ustanovi ili privatnoj praksi, *Službeni glasnik RS* 108/2008.

Dopunski rad može da traje u ukupnom vremenu do jedne trećine od punog radnog vremena. Ugovor o dopunskom radu se zaključuje u pismenom obliku i sadrži: vrstu, način, vreme trajanja posla, visinu i način utvrđivanja naknade za rad i obveznika uplate utvrđene naknade za pruženu zdravstvenu uslugu.

Pacijent, ili osiguravajuće društvo, ako se radi o licu koje je dobrovoljno zdravstveno osigurano, kome je pružena zdravstvena usluga u dopunskom radu koja nije obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem, ili se radi o licu koje nije obavezno osigurano, uplaćuje zdravstvenoj ustanovi utvrđenu naknadu za pruženu zdravstvenu uslugu.

O pruženoj zdravstvenoj usluzi zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa dužna je da pacijentu izda račun na propisanom obrascu, odnosno da za pružene zdravstvene usluge izda fakturu organizaciji obaveznog zdravstvenog osiguranja, odnosno osiguravajućem društvu.

Zdravstvena ustanova, odnosno privatna praksa dužna je da isplati zdravstvenom radniku, zdravstvenom saradniku, odnosno drugom zaposlenom licu ugovorenu naknadu iz ugovora o dopunskom radu, sa prvom narednom isplatom plate, a najkasnije u roku od 30 dana od dana pružanja zdravstvene usluge, odnosno od dana prenosa sredstava od organizacije obaveznog zdravstvenog osiguranja, odnosno od osiguravajućeg društva.

Zabrana pružanja zdravstvenih usluga koje su predviđene obaveznim zdravstvenim osiguranjem, osim onih kod kojih postoji deficit u kadrovima ili kapacitetu, u okviru dopunskog rada u državnim zdravstvenim ustanovama ima svoje opravdanje, jer bi u protivnom postojala mogućnost namernog prebacivanja pacijenata iz redovnog radnog vremena u dopunski rad. U praksi su se već pojavile primedbe pacijenata, zdravstvenih radnika i zaštitnika građana¹⁵ koje ukazuju na zloupotrebe dopunskog rada u zdravstvu. Zaštitnik građana je predložio da Narodna skupština preispita da li treba da ostane mogućnost da zaposleni u organu javne uprave (gde spadaju i javne službe), bez posebnih mehanizama zaštite od zloupotreba, dopunski rade istovrsan posao.

Ovom predlogu se suprotstavljaju zdravstveni radnici koji smatraju da je pravo na dopunski rad pravo ustanovljeno zakonima o radu i zdravstvenoj zaštiti i da zbog zloupotreba pojedinaca ne sme da bude uskraćeno niti zdravstvenim radnicima niti pacijentima, već je potrebno sprovesti odgovarajući sistem kontrole i sankcionisanja zloupotreba.

¹⁵ Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2010., *Službeni glasnik*, br. 28/2011, 35.

Zbog izmena Zakona o zdravstvenoj zaštiti iz decembra 2010. god ("Službeni glasnik RS", br. 99/2010) i primedbi na Pravilnik, u postupku je izrada novog Pravilnika o dopunskom radu zdravstvenih radnika (koji još uvek nije donet). Po najavama ¹⁶, izmenama Zakona o zdravstvenoj zaštiti, koji je bio pripremljen za usvajanje u 2013.god., trebalo je da se dopunski rad zdravstvenih radnika u matičnim ustanovama ukine i ostavi samo mogućnost dopunskog rada predviđenog Zakonom o radu za sve zaposlene u Republici Srbiji.

3. Dopunski rad zdravstvenih radnika u Hrvatskoj

Uporednom analizom regulative dopunskog rada zdravstvenih radnika u Srbiji i Hrvatskoj, uočavamo da je i hrvatsko zakonodavstvo u poslednjim godinama prolazilo veoma slične faze i postupke.

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti ("Narodne novine", broj 1/97-prečišćeni tekst), dato je ovlašćenje ministru zdravlja da propiše uslove koje zdravstveni radnici treba da ispunjavaju da bi mogli da obavljaju poslove u svojoj struci izvan punog radnog vremena, ali ne duže od trećine radnog vremena.

Pravilnikom o radu zdravstvenih djelatnika izvan punog radnog vremena ("Narodne novine", broj 48/94 i 55/94), bilo je propisano (čl.2.) da u kliničkim ustanovama poslove u svojoj struci izvan punog radnog vremena mogu da obavljaju samo vanredni i redovni profesori. U zdravstvenim ustanovama primarnog i sekundarnog nivoa, ove poslove mogu da obavljaju i primarijusi sa doktoratom.

Predlog za pokretanje postupka za ocenu saglasnosti sa Ustavom i zakonom čl.2. i čl.3. navedenog Pravilnika pred Ustavnim sudom Hrvatske¹⁷ podnela je grupa lekara i Sindikalna podružnica Poliklinike za medicinsku dijagnostiku iz Zagreba, navodeći da su osporene odredbe u nesaglasnosti sa Ustavom kojim su zajamčena sva prava i slobode, kao i slobodan izbor poziva i zaposlenja.

U postupku, obrazloženo je donošenje osporenih odredaba Pravilnika potrebom da se osigura kvalitet zdravstvene delatnosti i potrebom da se smanji odlazak vrhunskih stručnjaka iz zdravstvenih ustanova u državnom i županijskom vlasništvu u privatnu praksu. . Hrvatska ljekarnička (farmaceutska) komora nije podržala osporene

¹⁶<http://www.blic.rs/Vesti/Drustvo/414624/Dejanovic-Ukinucemo-dopunski-rad-lekara-ali-privatna-praksa-posle-radnog-vremena-ostaje>, 10.5.2014.

¹⁷ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-II-787/94, U-II-290/95, U-II-120/98 od 8.marta 2000., *Narodne novine* 030/2000

odredbe, jer su u neravnopravan položaj stavljeni magistri farmacije. Takođe, je ukazano na nelogičnost po kojoj primarijusi sa doktoratom nauka mogu dopunski da rade u primarnim zdravstvenim ustanovama a ne i u kliničkim ustanovama. Hrvatska stomatološka komora je podržala mogućnost rada izvan punog radnog vremena samo u ustanovi u kojoj je zdravstveni radnik i zaposlen, jer ostalo dovodi do zanemarivanje radnih obaveza, upućivanje bolesnika u privatne ordinacije, skraćivanje radnog vremena i drugih negativnih posledica.

Ustavni sud Hrvatske je 2000. god. osporene odredbe Pravilnika ukinuo, jer je utvrdio da je njima uvedena nejednakost među zdravstvenim radnicima.

Tokom 2000. godine¹⁸ potpuno je ukinuta mogućnost dopunskog rada lekara zaposlenih u državnim ustanovama u privatnom sektoru, čime je potpuno odvojen privatni i javni sektor zdravstva.

Nova pravila vezana za dopunski rad uvedena su 2002.god., na osnovu kojih je omogućeno lekarima u državnim bolnicama da u popodnevnim satima, u okviru dopunskog rada, primaju privatne pacijente.

Sledeća reforma je nastupila 2004.god. kada je ukinut dopunski rad u državnim bolnicama ali je dozvoljen posle radnog vremena u privatnoj praksi. Udruženja pacijenata su nezadovoljna ovim rešenjem i predlagala su potpuno razdvajanje državnog od privatnog zdravstva. Hrvatska liječnička komora se tome protivila uz argument da se spreči odliv dobrih stručnjaka iz državnih bolnica gde su plate male.

Pravilnik o mjerilima za davanje odobrenja zdravstvenom radniku za sklapanje poslova iz djelatnosti poslodavca ("Narodne novine", 144/10) uveo je pravo na dopunski rad lekarima koji rade u državnim bolnicama, ukoliko su u prethodnoj godini ostvarili najmanje prosečno izvršenje na nivou Republike. Broj lekara koji može da dobije odobrenje je najviše 50% u okviru delatnosti, isključeni su lekari protiv kojih se vodi krivični postupak. Lekari u upravi bolnice nemaju pravo na dopunski rad a načelnici odeljenja imaju pravo. Novina je i da se ugovor sklapa između bolnice i privatne prakse, da privatna praksa uplaćuje bolnici iznose prema popisu posla, prosečnom vremenu i ceni usluge koja je utvrđena cenovnikom Hrvatske liječničke komore, a zatim bolnica isplaćuje svog zaposlenog zajedno sa isplatom plate. Privatna praksa, sa kojom se zaključuje ugovor o dopunskom radu, ne sme imati zaključen ugovor sa Hrvatskim zavodom za zdravstveno osiguranje, kao i nepodmirene

¹⁸ Ministar Milinović priprema nove kriterije za dopunski rad državnih liječnika, <http://www.belupo.hr>; 16.5.2014.

dugove prema državi.

I ovaj Pravilnik je pretrpeo kritiku javnosti¹⁹ u smislu da ograničava pravo na rad i dovodi do još većeg odliva lekara u privatni sektor. Udruženje pacijenata smatralo je da Pravilnik negativno deluje na javnozdravstveni sistem, umesto obećanog odvajanja javnozdravstvenog i privatnog sistema.

Poslednji donet Pravilnik o mjerilima za davanje odobrenja zdravstvenom radniku za sklapanje poslova iz djelatnosti poslodavca donet je i objavljen 13. januara 2014. god.

Ovim Pravilnikom su dodatno precizirani uslovi za davanje odobrenja zdravstvenom radniku za sklapanje poslova:

- da zdravstveni radnik u prethodnoj kalendarskoj godini ima učinak za 20% veći u odnosu na prosečan učinak ostalih zdravstvenih radnika iste organizacione jedinice ili
- da zdravstveni radnik ima učinak za 15% veći u odnosu na svoj učinak u prethodnoj godini ili
- da je svojim radom značajno unapredio ugled ustanove.

Odobrenje se i dalje daje za najviše 50% zdravstvenih radnika jedne organizacione jedinice, ukoliko se prijavi više, odobrenje se daje samo polovini najuspešnijih zdravstvenih radnika. Odobrenje daje direktor zdravstvene ustanove, na period od godinu dana, uz prethodno pribavljenu saglasnost ministra zdravlja.

I ovaj Pravilnik je izazvao žestoke reakcije zdravstvenih radnika i vlasnika privatne prakse²⁰. Lekari navode da je Pravilnikom uvedeno diskreciono pravo ministra da lično odobrava ko može da radi kod privatnika a ko ne, da u tumačenju kriterijuma može da bude nepreciznosti i subjektivne procene i da se dopunski rad na ovaj način gotovo potpuno onemogućava. Ponovo su najavljene tužbe Ustavnom sudu Hrvatske zbog ograničavanja prava na raspolaganje slobodnim vremenom samo za zdravstvene radnike.

¹⁹ <http://www.zadarskolist.hr/clanci/26022011/labar-pravilnik-o-dopunskoj-privatnoj-praksi-je-nedorecen-i-diskriminirajuci>, 14.05.2014.

²⁰ <http://www.dnevno.hr/vijesti/hrvatska/112282-lijecnici-bijesni-uvjeti-su-toliko-suludi-da-onemogucavaju-bilo-kakav-dopunski-rad.html>, 14.05.2014.

4. Zaključna razmatranja

Iz navedenih odredbi zakona i pravilnika uočeno je da je tema dopunskog rada zdravstvenih radnika veoma intrigantna i u Srbiji i u Hrvatskoj. Nije nam poznato da dopunski rad, kao kategorija koja je omogućena zakonima koji regulišu radne odnose za sve zaposlene, kada se radi o drugim profesijama, izaziva toliku pažnju zakonodavaca i cele javnosti.

Modaliteti na koji se pitanje dopunskog rada zdravstvenih radnika rešava u Srbiji i Hrvatskoj su veoma slični, kao i pravna sredstva zaštite koja su lekari bili prinuđeni da koriste (obraćanja ustavnim sudovima radi zaštite svojih ustavom i zakonom zagarantovanih prava). Hrvatsko ministarstvo zdravlja je, ipak, imalo bogatiju regulativu ovog pitanja u prethodnom periodu, (od 1994.-2014.god. – 6 pravilnika), što pokazuje nesumnjivi značaj regulisanja dopunskog rada zdravstvenih radnika za odvijanje zdravstvene zaštite stanovništva.

Pravo na dopunski rad zdravstvenih radnika ne treba da bude ograničeno u odnosu na pravo drugih zaposlenih u sistemu rada, jer za tu diskriminaciju ne postoji osnov u ustavima obe zemlje. I pored postojanja potrebe države da omogući adekvatnu, kvalitetnu zdravstvenu zaštitu, kao i potrebe da se zadrže vrhunski stručnjaci koji rade u zdravstvenim ustanovama finansiranim iz javnih sredstava, ta pitanja ne mogu da se rešavaju zabranjivanjem tim istim stručnjacima da u svom slobodnom vremenu rade na isti način kao i zaposleni iz drugih profesija. Za dopunskim radom zdravstvenih radnika neće biti potrebe kada za rad u matičnim ustanovama budu adekvatno zarađivali.

Jelena Šantrić, PhD, Secretary at Faculty of Medicine, University of Belgrade

Prof. Vesna Bjegović-Mikanović, PhD, Faculty of Medicine, University of Belgrade

CHALLENGES IN REGULATING ADDITIONAL WORK OF HEALTH PROFESSIONALS – SERBIA AND CROATIA

Summary

In this article, the authors present legal regulation in the field of additional work of health professionals in Serbia and Croatia. They analyzed right to additional work according to Health Care Act and bylaws regulating additional work or criteria for permission to work in private practice. The authors discussed the modalities in regulating additional work and conflicting interests of health professionals, ministry of health, patients and health care institutions, state owned and private, in terms of possibilities for additional work in private practice. The authors stated there is no legal base for discrimination healthcare professionals in relation to the rights of other employees to additional work.

Key words: additional work, bylaws regulating additional work, rights of health professionals, state owned health care institutions, private practice, conflict of interest

PORESKE REGULATIVE O SPORAZUMIMA RASPODELE TROŠKOVA MULTINACIONALNIH KOMPANIJA NA FILIJALE - UPOREDNOPRAVNI PREGLED

Apstrakt

Ovaj rad govori o sporazumima raspodele troškova multinacionalnih kompanija (u daljem tekstu: MNK) na filijale i kreiranju strategije poreskog planiranja. Sporazumi o raspodeli troškova biće analizirani u uporednopravnom pregledu, sa posebnim akcentom na regulativu SAD, kao i drugih zemalja članica OECD. Jedno od značajnih pitanja u oblasti međunarodnog oporezivanja, međunarodnog transfera tehnologije i stranih investicija MNK su transferne cene. No, na ovom mestu posebno nas interesuju naknade koje se isplaćuju članicama MNK vezano za interkompanijske usluge. One privlače pažnju poreskih vlasti širom sveta. Primarni fokus revizije transfernih cena od strane poreskih organa, danas je prebačen sa proizvodne delatnosti, upravo na delatnost usluga. Posebno su obuhvaćene finansijske usluge (bankarstvo i osiguranje), zbog većeg broja poreskih utaja u toj sferi.²

Čini se da je u međunarodnom oporezivanju postignut konsenzus da tradicionalni mehanizmi poreskog prava u rešavanju sporova, u oblasti transfernih cena, nisu dali odgovarajuće rezultate. Poreski sistemi bore se sa pitanjima transfernih cena od početka uvođenja poreza na dobit kompanija, zbog značaja koji transferne cene imaju u alokaciji oporezivog prihoda poreskog obveznika, u ovom slučaju MNK, između poreskih jurisdikcija.

Ključne reči: sporazumi o raspodeli troškova, MNK, Smernice OECD, usluge, intelektualna svojina.

¹ Docent, Beogradska Bankarska Akademija, Univerzitet Union, Beograd, mail: ivablj@gmail.com

² P. Chugan, "International Transfer Pricing in Services MNCs: A Case of Banking and Insurance Sector", *New age marketing: emerging realities*, Excel Books, 2008., 225.

1. Sporazumi o raspodeli troškova i transferne cene

U kontekstu analize sporazuma o raspodeli troškova prethodno je neophodno odrediti pojam transfernih cena i načela "van dohvata ruke". Transferne cene su cene za transakcije dobara, usluga i prava intelektualne svojine između povezanih lica, odnosno između dve povezane kompanije koje su rezidenti različitih država, ili između centrale i ogranka kada je centrala u jednoj, a ogranak u drugoj državi. Kao cena nastala u vezi sa transakcijama sredstvima ili stvaranjem obaveza među povezanim licima, transferna cena može značajno odstupati od cena koje se obrazuju za iste ili slične transakcije između nepovezanih lica na slobodnom tržištu (najčešće, ali ne uvek nisu realno postavljene i utvrđene). Transferne cene posebno se vezuju za poslovanje MNK, u situaciji kada domaća filijala realocira dobit u zemlju sedišta matične kompanije ili neku drugu zemlju koja ima status poreskog raja, u kojoj se nalazi druga povezana kompanija (posrednička kompanija).

Poreski obveznik je dužan da izvrši korekcije, i odgovarajuća prilagođavanja cena, kao kada bi poslovale dve nezavisne kompanije, u nezavisnim uslovima. Korekcije u poreskom bilansu, korekcije transfernih cena, poreski obveznik-povezane kompanije dužne su da prikažu i posebno iskažu, kao i da ih usklade sa principom „van dohvata ruke“.³ Većina poreskih regulativa u oblasti transfernih cena primenjuje princip "van dohvata ruke" (eng. *arm's length principle*).⁴

Poreske vlasti, sa druge strane, nastoje da prilagode cene ostvarene u tim transakcijama sa cenama u transakcijama između nepovezanih lica - cenama koja se slobodno formiraju na tržištu. U te svrhe koriste se brojne metode utvrđivanja cena „van dohvata ruke“ kao jedno od rešenja.

Jedna od vrsta transakcija kod kojih se javljaju transferne cene su, upravo sporazumi o raspodeli troškova.⁵ Uslovi koje između integrisanih kompanija određuje sporazum, moraju biti u skladu sa principom „van dohvata ruke“. Smernice o transfernim cenama za multinacionalne

³ Standard "van dohvata ruke" je široko prihvaćen standard nezavisnosti poslovanja zavisnih društava, uz sve prednosti koje poseduje. Ovaj međunarodni standard oko kojeg su se usaglasile države članice OECD koristi se utvrđivanje transfernih cena u poreske svrhe. V.: I. B. Ljutić, Poreski i poslovni aspekti transfernih cena, magistarski rad, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009., 38.

⁴ Z. Afik, Y. Lahav, Risk Transfer Valuation in Advance Pricing Agreements between Multinational Enterprises and Tax Authorities, 2012., <http://ssrn.com/abstract=2034170>, 16.01.2013.

⁵ D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i Savremena administracija, Beograd, 1997., 560.

kompanije i poreske uprave⁶ (u daljem tekstu: Smernice OECD) ove sporazume definišu kao „poslovne sporazume dve ili više kompanija, koji se odnose na raspodele troškova između njih, raspodele rizika razvoja, proizvodnje ili nabavke dobara, usluga ili prava“.⁷ Sporazumi o raspodeli troškova dozvoljavaju integrisanim kompanijama zajedničko ulaganje sredstava u cilju razvoja prava intelektualne svojine.⁸ Sporazumi određuju raspodelu i način učestvovanja u raspodeli troškova i rizika između kompanija, vezanih za razvoj, proizvodnju ili nabavku dobara, usluga ili prava.⁹ Udeo svake kompanije-učesnice u raspodeli troškova srazmeran je udelu očekivanih prihoda ili koristi od poslovnog aranžmana. Projekcija koristi treba da odgovara predviđanjima, koja bi utvrdile nekontrolisane i nepovezane kompanije. Sa pravne tačke gledišta, reč je o klasičnom poslovnom ugovoru u kome se definišu određena pravila vezana za snošenje troškova i rizika, naspram kriterijuma pojedinačnog doprinosa integrisane kompanije - filijale.

2. Sporazum o raspodeli troškova - kreiranje strategije poreskog planiranja

Jedan od načina manipulacije transfernim cenama, i to naročito u domenu transfera prava intelektualne svojine (istraživanje i razvoj) između povezanih lica-kompanija su sporazumi o raspodeli troškova. Ujedno, rezultat aktivnosti koje se vezuju za proces istraživanja i razvoja je neizvestan, a koristi nisu unapred poznate. Zbog toga, udeo svakog učesnika treba unapred odrediti, posebno ukoliko je reč o pravima intelektualne svojine, kada je jedna kompanija nosilac prava, a druge kompanije imaju samo udeo naspram doprinosa i nisu nosioci prava.

Sporazume o raspodeli troškova možemo definisati kao sporazume tipične za grupe kompanija u kojima matična kompanija i filijale sa svojstvom povezanih lica mogu raspodeljivati troškove (rashode) i profite (prihode, dobit) između sebe, prema poreskoj šemi koja im najviše odgovara. Naime, reč je o zajedničkim troškovima i zajedničkim приходima koji se raspodeljuju između članica grupe i MNK. Sporazumi o raspodeli troškova moraju da obezbede metodu koja će izračunati udeo

⁶ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (July 1995.), OECD Publications, Paris, 2010. (Smernice o transfernim cenama za multinacionalne kompanije i poreske uprave, u daljem tekstu: Guidelines OECD).

⁷ Guidelines OECD, VIII-2, 8.3.

⁸ R. Bossart, *Transfer Pricing Methods An Application Guide*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2004., 163.

⁹ D. McSwiney, B. Burt, *IP and Cost-Sharing Agreements-Resolving Tax Issues Involving Intellectual Property*, Global Transfer Pricing Solutions: 2005, World Trade Executive, Inc., 2005., 93-95.

svakog učesnika u troškovima razvoja nematerijalne imovine, na osnovu očekivane koristi. Takođe, oni moraju da obezbede osnov za potencijalna prilagođavanja, ukoliko se promene ekonomski uslovi, poslovne operacije i prakse učesnika, kao i razvoj samog prava intelektualne svojine. U zavisnosti od sporazuma o raspodeli troškova, povezane kompanije mogu da oštete određenu poresku vlast: da prikažu veće troškove za neku filijalu i da samim tim nema dobiti nakon oporezivanja, kao ni same poreske obaveze (makar je bitni deo smanjen). Ovim sporazumima MNK veoma uspešno realociraju profit, a poreske vlasti nastoje to da spreče.

Postoji nekoliko vrsta sporazuma o raspodeli troškova. Već smo napomenuli da se oni najčešće odnose na zajednički razvoj patenta, *know-how* i drugih prava intelektualne svojine. Ostale vrste ovih sporazuma se odnose na raspodele troškova i rizika između kompanija, kada se proizvodi ili nabavlja određena roba ili pruža neka usluga i zajednički finansira. Sporazum mora ispunjavati načelo "van dohvata ruke", koje bi ovde značilo da trošak povezane kompanije treba da bude jednak trošku koji bi u uporedivoj, nekontrolisanoj transakciji imala nezavisna kompanija. I nezavisne kompanije sklapaju ove vrste sporazuma, poznate kao „*joint venture*“ (zajednička ulaganja), kako bi podelili, odnosno smanjili rizik i potencijalne gubitke, odnosno troškove. Postavlja se pitanje na koji način ovi sporazumi između povezanih kompanija funkcionišu u poslovnom svetu i praksi.

Upravo zbog mogućnosti realokacije profita zahvaljujući sporazumima o raspodeli troškova, možemo zaključiti da poreske strategije MNK, odnosno strategije poreskog planiranja mogu značajno doprineti smanjenju ukupne poreske obaveze na nivou multinacionalne grupe.¹⁰ Poresko planiranje smanjuje poreski teret i izloženost poreskim rizicima, kada kompanije ne zloupotrebljavaju i ne manipulišu cenama. Sa aspekta troškova jedne kompanije, može biti efikasan način rešenja problema. Pri kreiranju strategije poreskog planiranja kompanija treba stalno da razmatra dodatne mogućnosti poreskih ušteda i optimalizaciju poreskog položaja na nivou grupe.

¹⁰ U finasijskoj literaturi međunarodno poresko planiranje određuje se kao „proces uzimanja u razmatranje svih relevantnih poreskih faktora u postojećem ekonomskom okruženju, kako bi se procenilo da li, uopšte, odnosno kada, na koji način i sa kime treba ući u poslovni odnos, sa ciljem da poreski teret za korporaciju bude što niži“. U cilju ostvarivanja značajne poreske uštede, ili izbegavanja plaćanja visokih poreza u određenoj zemlji, korporacija može primeniti različite mere i postupke, a među njima i sporazume o raspodeli troškova. V.: G. Ilić-Popov, *Osnovica poreza na dobit korporacija*, Pravni fakultet, Beograd, 1995., 294.

3. Specifičnosti sporazuma o podeli troškova kod interkompanijskih usluga

Određene specifičnosti, vezano za sporazume o podeli troškova, možemo uočiti kod određivanja transfernih cena za pružene usluge unutar grupe. Za pružene usluge između članova MNK značajna su dva aspekta. Prvi aspekt se odnosi na to da li su usluge koje povezana kompanija pruža prema sporazumu o raspodeli troškova učinjene. Drugi aspekt se odnosi na činjenicu da li je uvaženo načelo “van dohvata ruke” kada povezane kompanije zajedno stiču, proizvode ili nabavljaju određeno dobro ili prava intelektualne svojine. Načelo “van dohvata ruke” treba da bude primenjeno i za troškove, i za cene između povezanih lica. Pre nego što podvrgnemo analizi ovaj aspekt transfernih cena i sporazuma o podeli troškova, definisaćemo šta podrazumevamo pod uslugama koje jedna članica grupe pruža ostalima. Naime, misli se na finansijske, administrativne, komercijalne, tehničke usluge u kontekstu poslovođenja, koordinacije i kontrole nad celom grupom. Prema Smernicama OECD, troškove takvih usluga može da snosi ili kompanija-majka, imenovani član grupe - „uslužni centar grupe“, ili neka druga kompanija-član.¹¹ Povezana kompanija ima pravo izbora i, shodno tome, može se obratiti nekoj od kompanija-članica MNK za određene usluge, ili, pak, nezavisnoj kompaniji bez svojstva povezanosti sa MNK grupom. Nezavisnoj kompaniji se, po pravilu, obraća za usluge računovodstva ili pravne usluge, dok se pod internim uslugama koje društvo obavlja za sebe podrazumevaju interna revizija, obuka zaposlenih, finansijsko savetovanje, komercijalne i druge usluge održavanja kada je reč o ugovoru o transferu tehnologije između članica. Vrste usluga unutar grupe variraju od MNK do MNK, zbog vrste kontrole koje kompanija-majka ima, odnosno da li je reč o grupi kompanija koja je decentralizovana, kada kompanija-majka kontroliše svoje ulaganje kao akcionar kompanija-ćerki, ili postoji centralizovano upravljanje i odbor direktora. U drugom slučaju, kompanija-majka ima veću kontrolu nad filijalama i obavlja marketinške aktivnosti, obuku zaposlenih kao i aktivnost finansijskog upravljanja, odnosno menadžment trezora u korporaciji. Uslužni centar grupe se uglavnom bavi poslovima istraživanja i razvoja, i upravljanjem, kontrolom i zaštitom nematerijalne imovine.

Vratimo se pitanjima postojanja obavljene usluge i principu “van dohvata ruke”. Usluga od strane jedne povezane kompanije prema drugoj/ drugima u sistemu MNK mora biti stvarno obavljena, što se može utvrditi

¹¹ Guidelines OECD, VII-1, 7.2.

na osnovu činjenice da li je kompanija/kompanije kojima su pružene usluge stekle neku korist ili im se poboljšao ekonomski položaj.¹² Merilo je naknada koju bi nezavisna kompanija bila spremna da plati za iste ili slične usluge, ali u nezavisnim nekontrolisanim uslovima. Naknada koju bi nezavisna kompanija obračunala za uslugu zajma ili hedžinga, najčešće, je već uračunata u iznos pozajmice ili ugovorenu cenu, i neće se obračunavati posebno. Forma obračuna naknade bitna je za primenu principa “van dohvata ruke”.

4. Sporazumi o raspodeli troškova i uputstva OECD

Smernice OECD se, takođe, bave i sporazumima o podeli troškova. Smernice ne pokušavaju da prikažu poreske posledice koje nastaju ili mogu nastati od ovih sporazuma, već daju određena uputstva za: određivanje vrednosti doprinosa povezane kompanije¹³; merila na osnovu kojih sporazum ispunjava načelo “van dohvata ruke”; odluke o potrebi uvođenja saldiranih plaćanja i njihov poreski tretman, odnosno usklađivanje uplate među društvima u podeli troškova; ulazne i izlazne naknade; utvrđivanje statusa učesnika u sporazumu; korekcije kada sporazum ne ispunjava, delimično ili u potpunosti, načelo “van dohvata ruke”; ulazak i izlazak iz sporazuma, u situaciji kada je već zaključen i kada se sprovodi; kao i predloge vezane za dokumentaciju.¹⁴ Uputstva koja se odnose na utvrđivanje statusa učesnika određuju pravilo u kome da bi neko privredno društvo učestvovalo u raspodeli troškova nužno mora uživati korist od dobra ili usluge obavljajući poslovne aktivnosti. Poslovna aktivnost može biti uspešna, ali i bez uspeha na kraju, što se ne retko dešava kod aktivnosti istraživanja i razvoja. Kao i ranije, doprinos zavisne kompanije - učesnice merimo u odnosu na to koliki bi bio doprinos nezavisne kompanije u uporedivim uslovima i okolnostima. Pored procene pojedinačnog doprinosa svake kompanije-učesnice, u obzir se uzimaju imovina i usluge koje se koriste u redovnom poslovanju i u ovim sporazumima. Na udeo poreskog obveznika u ukupnim doprinosima, utiču i uštede koje on postiže na osnovu poreskih olakšica ili subvencija države za ulaganja. Pravilna raspodela troškova temelji se na predviđanjima budućih koristi kompanije od sporazuma, ili na određenoj šemi za raspodele koristi prema količini proizvedenih ili prodatih dobara, vrednosti prodaje, bruto dobiti od poslovne aktivnosti

¹² R. Bossart, 180-186.

¹³ J. Tien, J. NG, J. Wu, “Cost Sharing Arrangements in China: Current Considerations in Calculating Payments”, *BNA'S Tax Management Transfer Pricing Report* Vol. 20 No. 19, 2012., 899-900.

¹⁴ Guidelines OECD, VIII-5-VIII-17, 8.10-8.43.

ili vrednosti uloženog kapitala. Za poresku upravu je značajno da predviđanja ne odstupaju mnogo od kasnije ostvarenih rezultata, odnosno da se učine prilagođavanja i usklađivanja doprinosa u situacijama kada je to neophodno.

Zaključeni sporazumi o utvrđivanju cena unapred ne isključuju zaključivanje sporazuma o raspodeli troškova, već zajednički doprinose ostvarenju načela “van dohvata ruke”.¹⁵ Ovaj zaključak dajemo, jer sporazumi o utvrđivanju cena unapred (posebno dvostrani i višestrani) predstavljaju solidnu i pouzdanu bazu od koje treba početi u rešavanju problema transfernih cena.¹⁶ Osnovni cilj regulative transfernih cena na međunarodnom nivou je sprečavanje repatriiranja (izvlačenja) profita TNK iz zemalja visokih poreskih stopa ka zemljama niskih poreskih stopa. Svi dalji mehanizmi su samo nadogradnja i povećavaju sigurnost kako poreskih obveznika, tako i ostvarivanja adekvatnih poreskih prihoda država. Zato je u kontekstu uporednopravnog pregleda poreskih regulativa, važno i razmotriti regulativu sporazuma o utvrđivanju cena unapred, ukoliko ne postoji posebno pravilo koje se odnosi na sporazume o raspodeli troškova.

Doprinosi poreskog obveznika sa kojima on učestvuje u sporazumu o raspodeli troškova tretiraju se, sa poreskog stanovišta, identično kao uplate uloga koje bi imao, da sporazuma nema. Na osnovu uloga (rad i/ili sredstva), kompanija stiće određeni udeo u celokupnoj imovini. Shodno tome, poreskom obvezniku priznaju se i određeni rashodi, kao i prihodi, odnosno koristi koji će od te aktivnosti doći tek kasnije. Višak sredstava je oporeziva dobit. Kada je reč o višem prihodu, odnosno manjem za određeno društvo, sa namerom izbegavanja plaćanja poreske obaveze, sporazum o podeli troškova nije ostvario princip “van dohvata ruke”. Takođe, ni doprinosi nisu usklađeni, niti utvrđeni na realnoj osnovi, kao kada bi bili utvrđeni između nezavisnih kompanija. U tom slučaju, poreska uprava postavlja zahtev za korekcijom transfernih cena.

Smernice OECD govore o pristupanju i izlasku iz sporazuma, kao i završetku sporazuma¹⁷. Kompanija koja naknadno postaje učesnik zaključenog sporazuma o raspodeli troškova stiće udeo u rezultatima već započetih ili, pak, završenih poslovnih aktivnosti koje su predmet ovih

¹⁵ Sporazumi o utvrđivanju cena su unapred zaključeni sporazumi između poreske uprave i poreskog obveznika, u kojima se određuju buduće transferne cene, u određenom fiksnom vremenskom periodu, pre samog transfera dobra/usluge, odnosno pre ugovaranja i realizovanja kontrolisane transakcije, na osnovu određenih kriterijuma. V.: I. Ljutić, “Sporazumi o utvrđivanju cena unapred između povezanih društava i poreskih uprava”, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2011, 665.

¹⁶ Guidelines OECD, VIII-8-VIII-9, 8.22.

¹⁷ Guidelines OECD, VIII-12-VIII-14, 8.31-8.39.

sporazuma. Prenos postojećih prava sa starih učesnika na nove učesnike, takođe, podrazumeva poštovanje pravila “van dohvata ruke” u slučaju raspodele doprinosa i koristi ovih sporazuma. Ukoliko kompanija kupuje već postojeći udeo potrebna je ulazna naknada, koja će biti zaračunata prema tržišnim pravilima. Dok kompanija koja ulazi plaća ulaznu naknadu, kompanija koja izlazi iz sporazuma plaća izlaznu naknadu. Za raspodelu među ostalim članovima važi prethodno navedeno pravilo – princip “van dohvata ruke”. Svaki sporazum treba da sadrži sledeće elemente: visinu udela svake kompanije učesnika u rezultatima, u odnosu na raspodelu troškova i očekivanih prihoda, saldirana plaćanja, (ukoliko ih ima), promenu raspodele troškova, odgovarajuća plaćanja, uslove obavljanja poslovne aktivnosti, načelo “van dohvata ruke”, rok trajanja, odnosno važnosti sporazuma, popis učesnika, raspodelu obaveza i odgovornosti kompanija, postupci ulaska i izlaska i dr. Sve kompanije-učesnice, kao i poreski organi treba da imaju odgovarajući pristup relevantnim podacima o navedenim elementima.

5. Upporedna rešenja u pogledu poreskih regulativa sporazuma o raspodeli troškova

Upporednopravni pregled počinjemo od SAD, jer je u pitanju poreska regulativa koja veoma detaljno i eksplicitno uređuje sporazume o raspodeli troškova. Prema Regulativi odeljka 482 SAD, sporazumi o raspodeli troškova definisani su kao sporazumi u kojima učesnici postižu saglasnost o podeli troškova razvoja jednog ili više prava intelektualne svojine, u proporciji koja odgovara razumnim očekivanjima koristi tog prava.¹⁸ Rezultat koji je ostvaren sporazumom o podeli troškova treba da ispunjava standard „van dohvata ruke“, tako da se kontrolisanoj kompaniji može pripisati trošak povezan sa koristima koje ima od razvoja nematerijalne imovine. Sporazumi o raspodeli troškova neophodno uključuju dve ili više strana učesnica. S obzirom na to da je ovde reč o ugovornom odnosu, odredbe i uslovi ugovora se porede i analiziraju u odnosu na nezavisne kompanije. Procedura sporazuma o raspodeli troškova treba da bude konzistentna sa rezultatom „van dohvata ruke“.

Američka Regulativa 482, takođe, određuje sadržaj prpratne dokumentacije, koju su dužni da dostave svi učesnici sporazuma, kao i druga lica, koja mogu da imaju koristi od sporazuma, zatim informacije o metodologiji i prilagođavanjima, opis interesa svakog učesnika, trajanje

¹⁸ Section 482 of the United States Internal Revenue Code, Treasury Regulations § 1.482 (Regulativa SAD odeljak 482, u daljem tekstu: Treas. Reg.); Section 482 User Guides, § 1.482-7(a)(1).

sporazuma, uslove pod kojima se sporazum može menjati i okončati, kao i posledice takvih promena i njihov uticaj na interes učesnika.¹⁹ Administrativna usaglašenost primene sporazuma sastoji se od dve vrste zahteva, koju su poreski obveznici dužni da ispune: 1. zahtevi vezani za dokumentaciju i 2. zahtevi koji se odnose na izveštavanje.²⁰ Pored administrativne usaglašenosti, računovodstvena usaglašenost važan je aspekt ovih sporazuma i ona označava konzistentnost računovodstvenog metoda u izračunavanju troškova i koristi u sporazumu.²¹

U Velikoj Britaniji MNK često koriste sporazume o raspodeli troškova. Smernice OECD vezano za transferne cene inkorporirane su u nacionalno poresko zakonodavstvo VB, čime su u potpunosti prihvaćeni pristup i principi OECD koji se odnose na ove sporazume.²² Slična je situacija i u Kanadi, kao jedne od prvih zemalja-članica OECD. Ovi sporazumi često su predmet detaljne poreske kontrole kanadskih poreskih vlasti.²³ Posebna pravila nisu formulisana kao takva za ove sporazume, dok je standard “van dohvata ruke”, čak, eksplicitno sadržan ne samo u poreskom pravu, već i u kompanijskom pravu.²⁴ No, kanadska poreska regulativa određuje koncept “kvalifikovanih sporazuma o raspodeli troškova”, gde se naglašava da je poreski obveznik načinio razuman napor da ih uskladi sa standardom “van dohvata ruke”.²⁵

Za zemlje Južne Amerike, poput Argentine i Brazila, upotreba sporazuma o raspodeli troškova nije karakteristična.²⁶ Posebna pravila ne postoje, a poreske uprave imaju malo iskustva.²⁷ Regulativa transfernih cena nije razvijena. Prethodno smo naglasili da je pored regulative sporazuma o raspodeli troškova, značajna i regulativa sporazuma o utvrđivanju cena unapred. No, poreska regulativa Brazila, ne poznaje ni sporazume o utvrđivanju cena unapred kao administrativni pristup izbegavanju i razrešavanju sporova o transfernim cenama.²⁸

¹⁹ Treas. Reg. § 1.482-7(b).

²⁰ *Ibid.*, § 1.482-7(j)(1).

²¹ *Ibid.*, § 1.482-7(c)(1)(ii).

²² Transfer pricing statute: ICTA88/Sch 28AA; HMRC International Manual Transfer Pricing INTM430000 <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm421090.htm>, 21.01.2013.

²³ A Mawani-Marsha L. Reid, “Transfer Pricing and Employee Stock Options”, *Canadian Tax Journal*, Vol. 53, No 3, 2005, 624-626.

²⁴ W. Schön, “Transfer Pricing-Business Incentives, International Taxation and Corporate Law”, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, *Working Paper 2011-05*, 2011, 12.

²⁵ Section 247(1) of the Income Tax Act (Canada); Information Circular 87-2R - International Transfer Pricing, Part 4.

²⁶ 2012 Global Transfer Pricing Country Guide, Deloitte Global Services Limited, 2012., 4-5, (Argentina: Income Tax Law No 20628, Argentina; Brazil: Law n. 9.430/96, Brazil).

²⁷ V. Multi-country Analysis of Existing Transfer Pricing Simplification Measures, OECD, 2012., 32.

²⁸ 2012 Global Transfer Pricing Country Guide, 14-15.

Posebna pravila i smernice (vodiče) o sporazumima o raspodeli troškova poznaje poreska regulativa Belgije, Danske²⁹, Francuske i dr.³⁰ No, u Belgiji i Danskoj, u praksi se najčešće koriste se jednostrani sporazumi o utvrđivanju cena unapred³¹, dok Francusku karakteriše upotreba i bilateralnih sporazuma.³² Od skandinavskih zemalja poreske vlasti Švedske imaju dosta iskustva u primeni sporazuma o raspodeli troškova, jer ih često koriste švedske MNK.³³ Za razliku od prethodno navedenih zemalja, Nemačka, Italija, Holandija³⁴ i Španija predstavljaju zemlje koje već duži vremenski period imaju regulativu sporazuma o raspodeli troškova, sledeći principe sadržane u poglavlju VIII Smernica OECD.³⁵

Od zemalja u regionu, poput Hrvatske i Slovenije, primena ovih sporazuma nije regulisana u poreskom zakonodavstvu, kao ni primena sporazuma o utvrđivanju cena unapred.³⁶ Ista je situacija i u našoj zemlji. Naše zakonodavstvo bi prevashodno moralo da unese nove metode koje su nastale u praksi utvrđivanja cena između povezanih kompanija, kao i dodatno usklađivanje sa pravilima OECD i EU, što može biti jedan je od načina privlačenja stranih investicija u Srbiju.

6. Zaključna razmatranja

U vreme kada je OECD usvojio svoj originalni dokument vezano za transferne cene (*Transfer pricing and Multinational Enterprise*, 1979.), sporazumi o raspodeli troškova bili su manje zastupljeni nego danas. No, OECD je u Smernicama o transfernim cenama za multinacionalne

²⁹ Selskabsskatteloven (The Corporation Tax Act),

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=143677>, 24.01. 2013.

³⁰ 2012 Global Transfer Pricing Country Guide, 11-13, 40-41.

³¹ Sporazumi o utvrđivanju cena unapred mogu biti jednostrani, dvostrani i višestrani, što zavisi od broja uključenih poreskih vlasti u postupak zaključivanja. Za razliku od jednostranih sporazuma, gde su automatski isključene druge poreske vlasti, na čijoj teritoriji se nalazi neka od članica MNK, dvostrani i višestrani sporazumi se ocenjuju kao pouzdaniji, sigurniji i precizniji, jer obuhvataju sve poreske obveznike određene transakcije, kao i sve merodavne poreske vlasti. I. Ljutić, 664.

³² Cost Contribution Agreements, A Global, OECD and Country Review, Ernst & Young, 2003., 9, 12, 14.

³³ Inkomstskattelagen (Income Tax Act.), http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Propositioner-och-skrivelser/Inkomstskattelagen_GN032/?text=true.

³⁴ F. Boulogne, "Transfer Pricing of Intangibles: A Comparison between the Netherlands and the United States" (December 20, 2008), <http://ssrn.com/abstract=1635296>, 11-22.

³⁵ 2012 Global Transfer Pricing Country Guide, 42-44, 62-64, 114-116.

³⁶ Hrvatska: Zakon o porezu na dobit, *Narodne novine* 177/04, 90/05, 57/06, čl. 13.; Pravilnik o porezu na dobit, *Narodne novine* 95/05, 133/07; 20. Transferne cene, čl. 40.; Slovenija: Zakon o davku od prihodkov pravnih oseb, Corporate Income Tax Act, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, 16 November 2006, 117-12303/06.

kompanije i poreske uprave, prepoznao potrebu za daljim proučavanjem mnogih, više nego, složenih pitanja. Od tada je upotreba ovih sporazuma u porastu. Posebno se vezuje za razvoj nematerijalne imovine kompanije (intelektualna svojina).

Najznačajniji aspekt poreske regulative transfernih cena u kontekstu sporazuma o raspodeli troškova jeste inkorporacija i primena načela “van dohvata ruke” i na ove sporazume. Ostaje niz drugih pitanja, u njihovoj primeni, koje je neophodno unaprediti zbog razlika koje se javljaju između nacionalnih poreskih regulativa, poput pristupanja i istupanja iz sporazuma i dr. Važno je da poreski organi većine zemalja prihvate ove sporazume, naročito kada su usluge u pitanju.

Razlozi prihvatanja ovih sporazuma su mnogobrojni. Oni poreskom obvezniku - MNK obezbeđuju veliki broj mogućnosti zajedničkog delovanja i predstavljaju osnov zajedničkog istraživanja i razvoja povezanih kompanija-članica MNG. Sporazumi o raspodeli troškova pomažu MNK da dobro stukturiraju i planiraju njihove međunarodne trgovinske poslove, pružajući im rešenja za teška i komplikovana pitanja transfernih cena. Kako bi se predupredila zloupotreba ovih sporazuma, oni treba da ispune niz regulatornih zahteva. To podrazumeva i pažljivu analizu i predviđanja njihovih konsekvenci. Takođe, sporazumi o raspodeli troškova čine jednu od metodologija utvrđivanja nezavisnih cena, jer indirektno utiču na cenu, određujući dobit povezanih kompanija.

Ivana B. Ljutić, Ph.D

Assistant Professor

Belgrade Banking Academy, Union University, Belgrade, Serbia

TAX REGULATION ON COST SHARING AGREEMENTS OF BETWEEN THE MULTINATIONAL CORPORATIONS AND ITS AFFILIATED COMPANIES - COMPARATIVE LAW REVIEW

Summary

Agreements of multinational corporations (MNCs) how to share the costs between the headquarters and affiliates in creation of the tax planning strategy is the essence of this paper. These agreements have being analysed form the comparative law perspective, in selected OECD member states. Transfer prices are amongst the significant aspects of international taxation and transfer of technology and foreign investments made by the MNCs. The paper has being focused on the aspects of payment to the other affiliated companies in the group for intercompany services rendered, that is the special interest of tax authorities around the world. Nowadays, the primary focus of transfer prices transactions audition MNCs and theirs affiliates performed by the national tax authorities moved from the production towards services, especially financial services (e.g. banking, insurance) since the rising tax avoidance and evasion in this area. It seems that there is a reached consensus agreement in the field of international taxation that the traditional mechanisms of the tax law applied on transfer prices taxation in the process of resolving tax disputes did not give adequate results. National tax system are struggling with the phenomenon of tax prices since the introduction of value added corporate taxation, wince the transfer prices influence the allocation of taxable income of the taxpayer – MNCs, between the different tax jurisdictions.

Key words: agreement on the allocation of costs, MNC, OECD Guidelines, services, intellectual property.

POSTUPAK ZA OSTVARIVANJE PRAVA NA SLOBODAN PRISTUP INFORMACIJAMA OD JAVNOG ZNAČAJA PRED DOMAĆIM I MEĐUNARODNIM ORGANIMA

Apstrakt

Jedno od moćnih sredstava uticaja građana na funkcionisanje organa javne vlasti predstavlja pravo na dostupnost informacijama od javnog značaja. Pored toga što je reč o osnovnom ljudskom pravu, pomoću njega, građani mogu da relevantno ocenjuju postupke organa javne vlasti i da u krajnjoj liniji utiču na donošenje odluka, odnosno da participiraju u vlasti. Da bi prava u vezi sa dostupnošću informacija od javnog značaja mogla da se realizuju u praksi, bilo je potrebno regulisati procedure i akte učesnika u postupku ostvarivanja i primene tih prava. Ovaj članak posvećen je analizi postupaka za ostvarivanje prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja pred domaćim i međunarodnim organima.

Ključne reči: *slobodan pristup informacija; organi vlasti, poverenik; međunarodni sud za ljudska prava; Komitet UN za ljudska prava, presude, odluke.*

1. Uvodne napomene

Jedno od moćnih sredstava uticaja građana na funkcionisanje vlasti predstavlja pravo na dostupnost informacijama od javnog značaja. Slobodnim pristupom informacijama od javnog značaja, građani su u stanju da relevantno ocenjuju postupke organa vlasti i da u krajnjoj liniji utiču na donošenje odluka, odnosno da participiraju u vlasti.

Da bi prava u vezi sa dostupnošću informacija od javnog značaja mogla da se realizuju u praksi, bilo je potrebno normativno regulisati procedure i akte učesnika u postupku ostvarivanja i primene tih prava.

¹ Doktorant, MUP Republike Srbije-Uprava za međunarodnu operativnu policijsku saradnju, mail: savovicdanilo@yahoo.com

Kao i svaki propis kojim se uređuje zakonska procedura, i kod prava na ostvarivanje pristupa informacijama od javnog značaja taj postupak je regulisan kroz tačno formalizovane i precizno pravno uređene načine rada pojedinih učesnika postupka. Ovo se odnosi na procedure vezane za sam početak, odnosno pokretanje postupka, vreme obavljanja pojedinih radnji, rokove u kojima se te radnje imaju obaviti, načini i forme koje se tom prilikom primenjuju i sve ostale radnje koje su u vezi sa ostvarivanjem i primenom ovog prava na konkretne slučajeve.

Treba takođe napomenuti da se postupak za ostvarivanje prava na dostupnost informacija može ostvarivati pred više raznih organa i da je ta procedura propisana *Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja* (u daljem tekstu: ZSPIJZ) za radnje koje se odvijaju pred organima propisanim tim zakonom. Ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja u proceduralnopravnom smislu se nastavlja pred drugostepenim organom, tj. Poverenikom. Iako drugostepena odluka Poverenika predstavlja i konačnu odluku, tražilac informacije može nastaviti sa ostvarivanjem svojih prava u vezi sa pristupom informacijama od javnog značaja u postupcima koji se odvijaju pred Upravnim i Ustavnim sudom.

Ustavni sud predstavlja zadnju instancu pred kojom tražilac informacija može zahtevati ostvarenje svojih prava za pristup informacijama u unutrašnjem pravu naše zemlje, ali postoji mogućnost ostvarenja tog prava i pred Međunarodnim sudom za ljudska prava u Strazburu, i najzad pred Komitetom Ujedinjenih nacija za ljudska prava.

2. Postupak ostvarivanja prava na dostupnost informacijama od javnog značaja pred organom vlasti

2.1. Osnovne karakteristike i tok postupka

Postupak za ostvarivanje prava na dostupnost informacijama od javnog značaja je oslobođen nepotrebnih formalnosti kako bi tražilac informacije što lakše i jednostavnije ostvario svoje pravo.

Tražilac informacije je dužan da podnese zahtev u pismenoj formi, usmeno na zapisnik ili popunjavanjem odgovarajućeg obrasca-formulara. Zahtev sadrži određene podatke koji su precizirani Zakonom, kao što je tačan naziv organa vlasti kome se upućuje, zatim, ime, prezime i adresu tražioca, kao i što precizniji opis informacije koja se traži.

Navedena zakonska rešenja o propisanim procedurama, sadržaju i formi zahteva za pristup informacijama od javnog značaja u skladu su za pravnim standardima evropskih zemalja uzvrđenim odgovarajućim međunarodnim dokumentima, posebno članom 6 *Uredbe (EZ) broj 1049/2001*, zatim *Preporuke R (2002)*, *Konvencije SE o pristupu zvaničnim dokumentima* iz Tromsa, itd. Svi ovi, kao drugi međunarodni dokumenti sugerišu *da se formalnosti u vezi sa podnošenjem zahteva svedu na minimum*.²

Ukoliko zahtev ne sadrži navedene obavezne podatke, odnosno ako zahtev *nije uredan*, ovlašćeno lice organa vlasti dužno je da, pre odbacivanja zahteva, bez nadoknade, *pouči tražioca* kako da te nedostatke otkloni, odnosno da dostavi tražiocu uputstvo o dopuni.

2.2. Rokovi

Jedan od bitnih elemenata koji se mora poštovati u postupku rešavanja po zahtevima za slobodan pristup informacijama od javnog značaja predstavljaju rokovi.³ Naime, zbog karaktera i prirode informacije koja se traži, veoma je važno da se po zahtevima za pristup dokumentima i podacima postupa što hitnije. Upravo od blagovremenosti obelodavljanja određene informacije često puta će zavisiti i njena efikasnost i uticaj, kao i realizicija cilja koji se želi postići njenim objavljivanjem.

Zato i međunarodni dokumenti insistiraju na *kratkim rokovima* u kojima se po zahtevu korisnika mora postupati. U tom smislu je i *Preporuka R (81) 19* (tačka VI Dodatku Preporuci R (81) 19), zatim *Uredbe (EZ) broj 1049/2001*, kao i *Konvencija o pristupu službenim dokumentima Saveta Evrope* koje propisuju da će se o bilo kom zahtevu za pristup informaciji odlučivati *u razumnom vremenskom roku*.

Prema ZSPIJZ zahtev za pristup dokumentima se obrađuje *bez odlaganja*, tj. *odmah*, a najkasnije u roku od 15 radnih dana *od dana prijema zahteva*.

U izuzetnim slučajevima, na primer u slučaju da se zahtev odnosi *na veoma dugačak dokument ili na veoma veliki broj dokumenata*, nastojace se da se ispoštuje *opšti rok*, a ako to nije moguće, onda će se pribeći dodatnom roku, odnosno *produženju roka* za davanje informacije koji

² Npr. Poglavlje V: Zahtevi za uvid u službene dokumente, tačka 2, *Preporuka R (2002) 2*

³ „Rok je protek vremena usled kojeg nastaje ili prestaje neko pravno dejstvo (pravni efekat). U upravnom postupku rok je period vremena u kojem se ima preduzeti određena radnja“. S.Lilić, *Upravno pravo*, Beograd, 2004, 183.

takođe mora biti ograničen. U svakom slučaju, razlozi za produžavanje rokova moraju biti ozbiljni i zasnovani na izuzetnim okolnostima.

Iako je rok za postupanje po zahtevu tražioca relativno kratak, postoje *još kraći rokovi* kada se radi o traženim informacijama za koje se može pretpostaviti da su od značaja za zaštitu života ili slobode nekog lica, odnosno koji se tiču *ugrožavanja ili zaštite zdravlja stanovništva i životne sredine*. U navednim slučajevima koji se smatraju izuzetno važnim, organ vlasti je sve potrebne radnje dužan da obavi, u jednom posebnom, izuzetno kratkom roku, tj. najkasnije *u roku od 48 sati* od prijema zahteva.

2.3. Troškovi

Obzirom na svrhu ostvarivanja prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, a istovremeno rukovodeći se standardima koji u ovoj oblasti postoje u najvećem broju, posebno demokratskih i razvijenih zemalja, i ZSPIJZ nastoji da troškove tražioca informacije svede na *najmanju*, odnosno *nužnu* meru. Pri tome se vodi računa o načelima koja sugerišu da procedura za dobijanje pristupa informacijama bude ili besplatna (ako je to moguće) ili uz minimalnu naknadu koja nema komercijalni karakter, već više spada u kategoriju *naknade stvarnih troškova organa*. Zbog svega navedenog, Vlada propisuje troškovnik u formi podzakonskog akta, na osnovu koga organ obračunava troškove.⁴

2.4. Akti organa vlasti

Organ vlasti je *samo u slučaju odbijanja zahteva tražioca*, dužan da donese *rešenje* kao relevantni pravni akt kojim se odlučuje o predmetu postupka, odnosno odbijanju da se udovolji zahtevu tražioca za pristup informaciji od javnog značaja. Rešenje se donosi u pismenoj formi. U tom slučaju, odnosno ukoliko organ javne vlasti odbije zahtev za pristup određenom dokumentu, dužan je da tu svoju odluku obrazloži.⁵

⁴ Trenutno se naknada za ove troškove obračunava na osnovu Uredbe o visini naknade nužnih troškova za izdavanje kopije dokumenata na kojima se nalaze informacije od javnog značaja, čiji je sastavni deo Troškovnik, *Službeni glasnik*, broj 8/06 od 27. januara 2006.

⁵ Ako organ vlasti odbije da u celini ili delimično obavesti tražioca o posedovanju informacije, da mu stavi na uvid dokument koji sadrži traženu informaciju, da mu izda, odnosno uputi kopiju tog dokumenta, dužan je da bez odlaganja, a najkasnije u roku od 15 dana od prijema zahteva, *doneše rešenje o odbijanju zahteva i da to rešenje pismeno obrazloži*, kao i da u rešenju uputi tražioca na pravna sredstva koja može izjaviti protiv takvog rešenja.

2.5. Pravna priroda i karakter postupka za ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja

Kada je u pitanju postupanje organa javne vlasti povodom zahteva za pristup informacijama, primenjuje se postupak propisan posebnim zakonom-*Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja*. To znači da opšti upravni postupak u odnosu na ovaj propisan ZSPIJZ ima dopunski, odnosno supsidijarni karakter. Drugim rečima, u materiji pristupa informacijama od javnog značaja postupa se u *pojednim pitanjima* po odredbama posebnog zakona, a u svim ostalim po odredbama *Zakona o opštem upravnom postupku*.

U upravnom postupku, bilo da je reč o opštem upravnom postupku ili o posebnom upravnom postupku, naziv za upravni akt u kojem je sadržana meritorna odluka o predmetu postupka i čijim se izdavanjem završava taj postupak je *rešenje*.⁶

Ukoliko se postupak okonča odlukom kojom se dozvoljava pristup traženoj informaciji od javnog značaja, onda se to ne vrši putem izdavanja posebnog rešenja, kao što se to inače radi u upravnom postupanju. U konkretnom slučaju, organ vlasti koji je dozvolio pristup traženoj informaciji umesto odgovarajućeg rešenja sačinjava *službenu belešku*⁷.

Ovo zbog toga što je u pitanju ostvarivanje jednog opšteg ljudskog prava koje je zajemčeno ustavom kojim se štiti status ljudskih prava u ustavnom sistemu, pa se o njemu ne može odlučivati putem autoritativnog pravnog akta organa uprave. Zato se postupak po zahtevu za pristup informaciji okončava kroz formu *obavštavanja* tražioca informacije da su ispunjeni uslovi za pristup informaciji i kroz *saopštavanje* o načinu kako i na koji način se omogućava praktično korišćenje tog prava.

3. Rešavanje o pravu na pristup informacijama od javnog značaja u drugostepenom postupku-rešavanje po žalbi

3.1. Pravo na žalbu

Među ustavnim garancijama pravne sigurnosti građana predviđeno je i pravo na žalbu. Naime, Ustav jemči pravo svakom licu na žalbu ili

⁶ Taj upravni akt može imati i drugi naziv, kao npr. dozvola, odobrenje, itd.

⁷ „Ako udovolji zahtevu, organ vlasti neće izdati posebno rešenje, nego će o tome sačiniti službenu belešku“. (Član 16, stav 9 Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja).

drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu.⁸ Pored toga što je pravo na žalbu opšti ustavni princip, ono je istovremeno i osnovno načelo upravnog postupka⁹. I najzad, u skladu s ovim garancijama, ZSPIJZ propisuje da tražilac informacije od javnog značaja može protiv odluke organa vlasti podneti žalbu Povereniku, pod uslovima utvrđenim zakonom.¹⁰

To znači da Poverenik u postupku rešavanja po žalbi tražioca informacije od javnog značaja postupa *u svojstvu drugostepenog organa*. U tom smislu ZSPIJZ propisuje da se na postupak pred Poverenikom primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje opšti upravni postupak, a koje se odnose na rešavanje drugostepenog organa po žalbi, osim ako je ovim zakonom drugačije određeno.¹¹

3.2 Postupak pred drugostepenim organom (Poverenikom)

U skladu sa načelom dvostepenosti, po žalbi protiv prvostepenog rešenja može rešavati samo još jedan organ, tj. Poverenik. Njegovom odlukom, odnosno rešenjem okončava se postupak vezan za ostvarenje prava na pristup informacijama od javnog značaja *u redovnoj proceduri*.

3.3. Izuzeci od prava na žalbu

Međutim, kao i u slučajevima propisanim drugim zakonima, i ZSPIJZ predviđeni su slučajevi u kojima se *ne može izjaviti žalba protiv rešenja donetog u prvom stepenu*. Na taj način se i ovim zakonskim propisom potvrđuje da postupak po žalbi, iako je relativno čest, nije i obavezna faza u postupku po zahtevima za ostvarivanje prava fizičkih i pravnih lica. Naime, postoje slučajevi kada je prvostepeno rešenje i konačno, iako je dvostепенost pravilo.¹² Iako tražilac informacije nema pravo da uloži žalbu protiv najviših organa vlasti, taksativno navedenih u Zakonu, on ima mogućnost i pravo da zaštitu svojih interesa potraži *u sudskom postupku* protiv odluka tih organa.

⁸ Stav 2, član 36 Ustava Republike Srbije.

⁹ Član 12 ZUP-a

¹⁰ Član 22 ZSPIJZ

¹¹ Član 23 ZSPIJZ

¹² Rukovodeći se ovim načelima, zakonodavac je predvideo da se žalba ne može podneti samo protiv rešenja kojim je odbijen zahtev za pristup informacijama od javnog značaja koji su doneli najviši organi vlasti u državi. To su *Narodna skupština, predsednik Republike, Vlada Republike Srbije, Vrhovni sud Srbije, Ustavni suda i Republički javni tužilac*.

3.4. Tok žalbenog postupka

Sama procedura postupanja Poverenika u drugostepenom postupku protiv rešenja organa vlasti u prvom stepenu, sadrži određene specifičnosti, mada se postupak odvija u najvećoj meri u skladu sa odgovarajućim odredbama *Zakona o opštem upravnom postupku*.

3.5. Donošenje odluke po žalbi

Odluku po žalbi Poverenik je dužan da donese *bez odlaganja*, a najdocije u roku od 30 dana od dana predaje žalbe. Poverenik pri meritornom odlučivanju po žalbi tražioca, ima ovlašćenje da žalbu *odbije* kada utvrdi da žalba nije osnovana.

Druga mogućnost Poverenika je da svojim rešenjem naloži organu vlasti da tražiocu omogući slobodan pristup informacijama od javnog značaja, kada utvrdi da je žalba *osnovana*. To u procesnopravnom smislu znači da je žalba usvojena, a prvostepeno rešenje organa vlasti poništeno. Kao drugostepeni organ, Poverenik ima i pravo da prvostepeno rešenje organa vlasti *poništi*, a predmet vrati organu vlasti na ponovno odlučivanje. Poverenik može da *obustavi postupak zaključkom*.

Rešenja Poverenika su *obavezujuća, konačna i izvršna*. Administrativno izvršenje rešenja Poverenika sprovodi Poverenik prinudom (prinudnom merom, odnosno novčanom kaznom), u skladu sa zakonom kojim se uređuje opšti upravni postupak (ZUP-om).

4. Ostvarivanje prava na pristup informacijama pred Upravnim sudom

Procesnopravna mogućnost sastoji se od prava da se protiv drugostepene odluke Poverenika, odnosno konačne odluke najviših državnih organa kojom se odbija pristup informaciji od javnog značaja, pokrene i vodi *upravni spor*.¹³ Ovo je u skladu sa odredbom zakona koja obezbeđuje sudsku zaštitu pojedinačnih prava i pravnih interesa i zakonitost rešavanja u upravnim i drugim Ustavom i zakonom predviđenim pojedinačnim stvarima.¹⁴

¹³ Upravni spor vodi se u skladu sa odredbama, Zakona o upravnim sporovima, *Službeni list*, broj 111 /09

¹⁴ Član 1, stav 2 ZUS-a.

Pred Upravnim sudom postupak se pokreće *tužbom i vodi po pravilima Zakona o upravnim sporovima*(rok za žalbu:30 dana od dana prijema rešenja ili zaključka; sadržaja tužbe, itd.).⁵

5. Ostvarivanje prava na pristup informacijama pred Ustavnim sudom

Obzirom da je pravo na slobodan pristup informacijama od javnog značaja ljudsko pravo i kao takvo zaštićeno ustavnim garancijama, logično je da je tražiocu informacije dozvoljena mogućnost, da se posle iscrpljivanja svih pravnih sredstava, uključujući tu i odluku Upravnog suda, može obratiti i Ustavnom sudu. Zahtev za ostvarivanje prava povodom odluke o pristupu informacijam od javnog značaja podnosi se ustavnom žalbom.¹⁵ Ustavna žalba se može izjaviti u roku od 30 dana od dana dostavljanja rešenja Upravnog suda kojim je odbijen zahtev za pristup informaciji od javnog značaja.

5.1. Razlozi za ustavnu žalbu

Pravni osnov za podnošenje ustavne žalbe nalazi se najpre u Ustavu Srbije. U tom smislu propisana je ustavna garancija koja štiti individualnu slobodu pojedinca i koja se sastoji iz više ustavnih garancija i prava koja se odnosi na fer suđenje.¹⁶

Drugi osnov za podnošenje ustavne žalbe sadržan je u samom Zakonu o Ustavnom sudu. Tim zakonom propisano je da se ustavna žalba može izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu.¹⁷ Isto tako, ustavna žalba može se izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.

¹⁵ Učesnik u postupku pred Ustavnim sudom su, između ostalih: svako svako po čijoj je inicijativi pokrenut postupak za ocenu ustavnosti ili zakonitosti (inicijator); podnosilac ustavne žalbe, kao i državni organ, odnosno organizacija kojoj su poverena javna ovlašćenja protiv čijeg je pojedinačnog akta ili radnje izjavljena ustavna žalba; kao i druga lica u skladu sa zakonom, član 29, stav 1, tačka 2, 9 i 13 Zakona o ustavnom sudu, *Službeni glasnik*, broj 109/2007,99/2011 i 18/2013-odluka US

¹⁶ Član 32, stav 1 Ustava Srbije. Isto tako Ustavom je bliže definisana nezavisnost i nepristrasnost suda kroz odredbu da je sud prilikom odlučivanja vezan Ustavom, zakonom, potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, (član 142, stav 2 Ustava Srbije).

¹⁷ Član 82, stav 1 ZOUS-u.

Kada su u pitanju razlozi za podnošenje ustavne tužbe vezane za informacije od javnog značaja, najčešće razloge koje navode tražiloci informacije odnose se na nepravilnost postupka ili na činjenicu da su uskraćeni za informaciju koja bi se morala učiniti dostupnom da su organi javne vlasti i Upravni sud pravilno primenili zakon.

Tako naprimer, ustavnu tužbu može da podnese tražilac informacije usled toga što postupak po zahtevu za dozvolu pristupa određenom dokumentu traje, po mišljenju tražioca suviše dugo. U tom slučaju ustavna tužba se podnosi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.¹⁸ Isto tako razlog za podnošenje ustavne žalbe može biti uzrokovan izostavljanjem odgovarajućeg obrazloženja rešenja Upravnog suda povodom odbijanja zahteva za pristup informaciji od javnog značaja.¹⁹ Razlog za podnošenje ustavne žalbe, takođe može biti uzrokovan i sa povredom prava na obaveštenost koje je garantovano čl. 51 Ustava RS, koje tražilac informacije nije mogao da realizuje u prethodnom.

5.2. Postupak po ustavnoj žalbi

Ukoliko su ispunjene procesne pretpostavke za postupanje Ustavnog suda po ustavnoj žalbi povodom odluke Upravnog suda o odbijanju zahteva tražioca informacije za pristup određenom dokumentu, postupak se nastavlja po odredbama Poslovnika o radu Ustavnog suda.²⁰

5.3. Akti Ustavnog suda

Ustavni sud svoje akte donosi u formi *odluke, rešenja i zaključka* (član 44 ZOUS). Kada je reč o ustavnoj žalbi, Ustavni sud odlučuje *odlukom*²¹. Odlukom se ustavna žalba usvaja ili odbija kao neosnovana.

¹⁸ „Ustavna žalba može se izjaviti i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku“. (član 82, stav 2 ZOUS).

¹⁹ „Npr.organi, pa i Upravni sud propustili su da obrazlože na adekvatan način svoje rešenje o odbijanju pristupa. Iako čitanjem same odredbe čl. 32 (Ustava RS-napomena:DS) laik ne bi došao do ovog zaključka, pravo na pravično suđenje obuhvata i pravo na obrazloženu odluku. To je zato što Ustavni sud sudi i na osnovu presuda i stavova Evropskog suda za ljudska prava, koji je u svojoj praksi razvio standarde prava na pravično suđenje“. K.Golubović, M.Antonijević, *Priručnik za ostvarivanje slobodnog pristupa informacijama u posedu organa javne vlasti u RS*, Beograd, 2013.

²⁰ Postupak po ustavnoj žalbi regulisan je članovima 72 -73 Poslovnika o Ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS*, broj 24/2008, ispravka *Službeni glasnik RS* br. 27/2008, izmena *Službeni glasnik RS* br. 76/2011, (članovi 72-73).

²¹ Član 45, stav 1, tačka 9.ZOUS-a.

Odluka Ustavnog suda kojom je uvažena ustavna žalba ima pravno dejstvo od dana dostavljanja učesnicima u postupku.

6. Ostvarivanje prava na dostupnost informacijama od javnog značaja pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu

Ukoliko tražilac informacije nije zadovoljan odlukom Ustavnog suda po podnetoj ustavnoj žalbi, može da se obrati Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu u roku od šest šest meseci od dostavljanja odluke tražiocu informacije²²

6.1. Osnovne karakteristike i tok postupka

Tražilac informacije od javnog značaja pokreće spor pred Sudom predstavkom.²³ Predstavka (eng. *Application*) je sredstvo kojim tražilac informacije traži zaštitu u slučaju kršenja prava na dostupnost informacijama od javnog značaja, kao prava koje je garantovano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, koju je prihvatila i ratifikovala Republike Srbija koja je članica Saveta Evrope.²⁴ Dakle, uslov da bi sud mogao da postupa po žalbi je da je Konvencija (kao i odgovarajući Protokoli) ratifikovana od strane naše zemlje.

Jedan od, takođe značajnih uslova je da je ostvarenje prava, pokušano, odnosno traženo najpre u unutrašnjem pravnom sistemu zemlje potpisnice Konvencije, u konkretnom slučaju Republike Srbije. Ovo proizlazi iz odredbi, odnosno karaktera Konvencije koja počiva na načelu supsidijarnosti, što znači da se zaštita na osnovu Konvencije može tražiti, tek kada su iscrpljena sva pravna sredstva u okviru nacionalnog zakonodavstva.

²² Evropski sud za ljudska prava (*European Court of Human Rights; Cour europeenne des Droits de l'Homme*) je sudska institucija Saveta Evrope, osnovana 1959. godine, za zaštitu prava i sloboda koje se garantiraju Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (1950). Izvor: http://bs.wikipedia.org/wiki/Evropski_sud_za_ljudska_prava.

Evropski sud za ljudska prava je međunarodni sud sa sedištem u Strazburu. Broj sudija je jednak broju zemalja članica Saveta Evrope koje su ratifikovale Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija). Svet Evrope trenutno čini četrdeset sedam država članica. Sudije Evropskog suda za ljudska prava deluju samostalno i ne predstavljaju nijednu zemlju. U radu sa predstavkama, Sud saraduje sa Sekretarijatom koji uglavnom čine pravnici iz zemalja članica. Oni su takođe potpuno nezavisni od svojih zemalja i ne predstavljaju podnosiocima predstavki niti zemlje. http://www.coe.org.rs/def/tdoc_sr/?conid=18 (Kancelarija Saveta Evrope u Beogradu).

²³ „Temelj celog sistema zaštite Konvencije predstavlja pravo na pojedinačnu predstavku“, S. Radovanović, <http://www.besplatnapravnapomoc.rs/prilozi-saradnika/evropski-sud-za-ljudska-prava-u-strazburu/>

²⁴ Republika Srbija ratifikovala je Konvenciju 23. decembra 2003. godine.

I najzad, uslov za postupanje Suda po žalbi, odnosno predstavci je da se ostvarenje prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, odnosno zaštita tog prava iz Konvencije, traži od države Srbije, kao potpisnice Konvencije bez obzira ko je podnosioc predstavke (pojedinaac, nevladine organizacije, pravna lica. Takodje, podnosilac predstavke može biti i država-potpisnica Konvencije. Predstavke se dostavljaju na posebnom formularu, koji sadrži podatke koji se odnose na Sud, podnosioca predstavke, državu koja je prekršila obavezu preuzetu Evropskom konvencijom, kao i činjenice i dokaze kršenja prava na dostupnost informacija od javnog značaja.²⁵

Sam postupak je oslobođen od suvišnih formalnosti, i javan je. Međutim, Sud, izuzetno, može odlučiti da odstupi kako od pismenog toka podstupka, tako i od načela javnosti. Nakon što konstatuje da je predstavka punovažna, odnosno da ispunjava sve uslove da bi po njoj moglo da se postupa, Sud će najpre pokušati sa procesom mirnog rešavanja konkretne pravne stvari. Ukoliko taj pokušaj Suda bude uspešan i završi se dogovorom, konkretan predmet će se smatrati rešenim i po njemu se neće dalje postupati. U suprotnom, Sud će raspravljati spornu situaciju, odnosno nastaviće da meritorno raspravlja sporni odnos.²⁶

Pored toga, postoji mogućnost da Sud predloži usvajanje tzv. pilot-presuda kojima obe strane u postupku utvrđuju opšte mere kojima bi se tretirali sistemski nedostaci iz zakonodavstva tužene države.²⁷

6.2. Akti Evropskog suda

Presude Evropskog suda za ljudska prava odlučuje presudom koja predstavlja obavezujući pravni akt za države potpisnice Konvencije. Presudom Sud može odlučiti o više pravnih stvari, bilo opšteg ili pojedinačnog karaktera. Zbog specifičnog karaktera presuda Evropskog suda za ljudska prava, posebne su i sankcije koje taj Sud može izreći. Naime, nesprovođenje odluke Suda može dovesti do *suspenzije* članstva u Savetu Evrope države koja se o presudu oglušila, a u krajnjem slučaju i do njenog *isključenja* iz članstva.

²⁵ Uslovi koji su potrebni za prihvatlanje pojedinačne predstavke regulisani su članom 35 Konvencije.

²⁶ Najnovije izmene izvršene Protokolom broj 14 doprinele su efikasnosti postupak na taj način što su omogućile da Sud istovremeno sa prihvatanjem žalbe, može rešavati i u meritumu, ukoliko se radi o slučajevima u kojima postoji dobra praksa Suda.

²⁷ To je omogućeno pravilima Suda (Rules of Court) koja su usvojena 1. Septembra 2012 godine. "Dakle, inicijativa za ustvrđivanje potencijalnih sistemskih problema u pravnim sistemima država članica SE, ovim se praktično stavlja u ruke samih građana. Razvoj prakse suda u primeni procedure pilot-presuda može zbog toga u perspektivi imati veoma važan uticaj na dalji razvoj mehanizma primene Konvencije".

- Pravna sredstva povodom presude Suda

Ukoliko je nezadovoljna ishodom sudskog spora, stranka ima pravo da u roku od 12 meseci, od Komiteta traži tumačenje ili preispitivanje presude. Preispitivanje presude se može tražiti zbog naknadnog saznanja za činjenice koje stranci ili Sudu nisu bile poznate u vreme donošenja presude, a mogle su bitno uticati na sadržaj meritorne odluke.

6.3. Troškovi postupka

Postupak pred Sudom je besplatan, osim troškova koji su nastali sastavljanjem podneska od strane punomoćnika, ako ga ima, kao i troškova prepiske sa sudom. Podnosilac predstavke, odnosno tražilac informacije može da bude oslobođen i od troškova pravnog zastupanja, kroz korišćenje besplatne pravne pomoći.

7. Ostvarivanje prava na dostupnost informacijama od javnog značaja pred Komitetom UN za ljudska prava

Pored glavnih organa UN imaju i niz *pomoćnih*. Jedan od tih organa, koji ima značajnu ulogu u ostvarivanju ciljeva UN je *Komitet za ljudska prava* u čijoj je nadležnosti da se stara o sprovođenju Pakta o građanskim i političkim pravima.²⁸

Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima (ICCPR) obavezuje države da poštuju građanska i politička prava svih ljudi. Kao sporazum ICCPR je pravno obavezujući u međunarodnom pravu.

7.1. Nadležnost

Pravni osnov za postupanje Komiteta za ljudska prava UN (u daljem tekstu: Komitet) proizlazi iz članstva naše zemlje u ovoj univerzalnoj organizaciji, posebno prihvatanja *Međunarodnog Pakta o građanskim i političkim pravima*, kao i *Fakultativnog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*²⁹.

²⁸ *Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima* nekadašnja SFRJ ratifikovala je 1971. godine, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71. Sam Pakt u međunarodnom domenu stupio je na snagu 1976. godine. Republika Srbija kao pravni sledbenik nekadašnje zajedničke države nasledila je prava i obaveze koja iz Pakta proizlaze.

²⁹ Fakultativni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima donet je Rezolucijom Generalne skupštine UN br. 2200A (XXI). Fakultativni protokol a time i nadležnost Komiteta u vezi sa preispitivanjem predstavki pojedinaca, ratifikovala je Savezna Republika Jugoslavija 2001. godine. Zakon o potvrđivanju Fakultativnog protokola uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni glasnik SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/01. T.

Prema tim dokumentima, nadležnost Komiteta proizlazi iz odredbi Pakta prema kojima to telo ima, između ostalog, pravo da ispituje i odlučuje o predstavkama pojedinaca iz država članica Pakta koji tvrde da su im povređena prava zagarantovana Konvencijom.

I u slučaju, ugrožavanja prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, postoji mogućnost da se tražilac informacije obrati i Komitetu UN za ljudska prava, bez obzira na to koliko je vremena prošlo od prijema odluke Ustavnog suda. Da bi Komitet mogao da razmatra zahtev lica koje tvrdi da je žrtva kršenja toga prava, mora da dokaže da je pre obraćanja Komitetu iscrpeo sva raspoloživa unutrašnja pravna sredstva.

7.2. Procedura (Rules of Procedure of the Human Rights Committee)

Prema propisanoj proceduri, Komitet upoznaje sa predstavkom koja mu je podneta, državu ugovornicu. Ta država je dužna da u roku od šest meseci dostavi Komitetu pismeno objašnjenje ili izjavu gde objašnjava koje je sve mere preduzela da bi popravila situaciju.

Nakon toga, Specijalni izvestilac ili radna grupa razmatra predstavku sa materijalima koji dostavlja Sekretarijat, i izrađuje predlog rešenja, koji dostavlja Komitetu.

Komitet će održati nejavnu sednicu kada bude razmatrao predstavke predviđene Protokolom, a zatim upoznati zainteresovanu državu ugovornicu i pojedinca sa nalazima koje je ustanovio.

7.3. Primena odluka Komiteta

Svojim odlukama Komitet može naložiti državi koja je uskratila pravo na pristup informacijama od javnog značaja određene obaveze, kao što je npr. preduzimanje konkretne mere za omogućavanje pristupa traženom dokumentu, ukidanje presude kojom nije dozvoljen pristup informaciji, povraćaj isplaćenih sudskih troškova, nadoknadu eventualne štete tražiocu informacije, itd. O preduzetim merama koje su joj naložene država je u obavezi da obavesti Komitet i to u roku od 90 dana, odnosno da mu dostavi izveštaj o tome.

Iako su obaveze države za kršenje prava iz Pakta o građanskim i političkim pravima jasno definisane³⁰, u praksi je poštovanje odluka, odnosno stavova Komiteta, najblaže rečeno, vrlo sporno i često puta nesprovodivo. Razloga za to ima više, ali se posebno izdvajaju dva. Prvi je posledica činjenice da država nije direktno obavezna da postupa po stavovima Komiteta, a drugi je vezan za nepostojanje adekvatnih unutrašnjih državnih mehanizama za sprovođenje tih odluka. Na taj način odluke Komiteta, često puta ostaju bez stvarnih efekata u praksi, jer država ne samo da ignoriše o stavove Komiteta, već ih i opstuišu.³¹

Iz navedenog proizlazi da su posledice po državu koja ne postupa po odlukama Komiteta, ne pravne, nego *moralne i političke prirode*.³² Iako odluke Komiteta imaju veliku moralnu snagu, ipak one ne mogu nadomestiti nedostatke koji proizlaze iz nepostojanja pravnih mera. Zato stavovi Komiteta imaju više principijelan, a ne i konkretan značaj.

Na unutrašnjem planu država potpisnica, po donošenju Stava Komiteta o kršenjima prava iz Pakta, ima obavezu da izvesti Komitet o preduzetim merama, u roku koji je određen u Stavu Komiteta. Država članica takođe ima obavezu da zvanično objavi odluku Komiteta, kao i da obavesti organ koji je doneo odluku kojom je prekršeno pravo na dostupnost informacije od javnog značaja.³³ I najzad, država je dužna da dostavi Komitetu pismena objašnjenja ili izjave u kojima navodi mere koje je eventualno preduzela u cilju popravljavanja situacije i to u roku od devedeset dana.

8. Zaključak

Pravo na dostupnost informacijama od javnog značaja spada u jedno od najznačajnijih opštih ljudskih prava. Kao takvo ono je zaštićeno

³⁰ Tako se npr. države članice ovog Pakta se obavezuju da: „garantuju da se svako lice čija su prava i slobode priznati ovim paktom povređeni, može koristiti pravom žalbe, čak i ako su ih povredila lica u vršenju svojih zvaničnih dužnosti; da garantuju da će nadležne sudske, upravne ili zakonodavne vlasti ili svaka druga nadležna vlast prema propisima države, rešavati o pravima lica koje podnosi žalbu, i da prošire mogućnosti podnošenja žalbe pred sudom; da garantuju da će nadležne vlasti povoljno rešiti svaku žalbu koja bude smatrana opravdanom.”, Poglavlje: Dva, paragraf 3 Pakta o građanskim i političkim pravima.

³¹ To je, verovatno razlog što se sve veći broj žalbi za kršenje prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja upućuje Evropskom sudu za ljudska prava, koji za razliku od odluka Komiteta, ima garancije država za obavezno sprovođenje donetih odluka.

³² Ne postoji, dakle, pravna mogućnost da Komitet naloži državi koja je prekršila pravo da pruži pravni lek licu koje je pogoćeno kršenjem prava.

³³ Sve ove mere imaju za cilj da prikažu zemlju članicu kao odgovornu državu koja poštuje međunarodne obaveze nametnute odlukama Komiteta UN za ljudska prava i da u tom smislu poveća njen, kako unutrašnji tako i međunarodni kredibilitet.

garancijama unutrašnjeg i međunarodnog prava. Isto tako i ostvarivanje ovog prava u praksi predmet je određenih zakonskih i drugih postupaka.

U okviru nacionalnog zakonodavstva ovo pravo je regulisano osnovnim zakonom koji uređuje tu materiju: Zakonom o dostupnosti informacijama od javnog značaja, kao i opštim procesnim zakonom: Zakonom o opštem upravnom postupku, kao i Zakonom o upravnom sporovima i Zakonom o Ustavnom sudu. Na međunarodnom planu zaštita prava na dostupnost informacija može se ostvariti pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, kao i pred Komitetom za ljudska prava UN.

Kao što prethodna analiza pokazuje postoje brojni mehanizmi za zaštitu ovog ljudskog prava. Međutim, postoji takođe i određeni raskorak između normativnog uređenja ove materije, i primene u praksi prava na dostupnost informacijama od javnog značaja. Mada postoji prostor i za poboljšanje normativnog aspekta, osnovni problem je u primeni koji se dobrom praksom organa vlasti o sudova mora stalno unapređivati. Ovo posebno važi za međunarodne organe-Komitet za ljudska prava UN čije odluke države članice moraju primenjivati iako nepostupanje po njima ne izaziva pravne sankcije. Ali za ugled i autoritet države i moralni i politički aspekt poštovanja ovih odluka ima itekako veliki značaj.

Danilo Savović, PhD student

Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

Department for International Operative Police Cooperation

PROCEDURE FOR EXERCISING THE RIGHT OF FREE ACCESS TO INFORMATIONS OF PUBLIC INTERESTS TO LOCAL AND INTERNATIONAL AUTHORITIES

Summary

One of the powerful means for citizens to influence the functioning of the public authority is the right to access information of public importance. Besides being concerned about basic human right, with it,

the public can evaluate the actions of the relevant public authorities and ultimately influence policy decisions, or to participate in government.

To the right about the availability of public information could be implemented in practice, it is necessary to regulate the procedures and regulations of the participants in the implementation and application of these rights. This article is devoted to the analysis of procedures for exercising the right of free access to information of public interest to local and international authorities.

Keywords: free access to information; authorities, Commissioner, International Court of Human Rights, the UN Human Rights judgments, decisions, decisions.

ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI STEČENE KRIVIČNIM DJELOM U ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Apstrakt

Predmet analize rada su četiri grupe pitanja. Na početku se raspravlja o značaju mjere oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom pogotovo kada se radi o pojedinim pojavnim oblicima kriminaliteta, kao što je organizovani kriminalitet. Tu se još govori o mogućim zakonskim okvirima uređenja ovog pitanja. Drugo pitanje jeste osvrst na međunarodnopravne dokumente kao pravni osnov za uređenje ovog instituta u nacionalnim zakonodavstvima. Prikazuju se i određeni međunarodni standardi kao što su imovina, imovinska korist, obrnut teret dokazivanja i slično. Treće pitanje koje je predmet analize jeste pitanje pravne prirode mjere oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom. Tu se navode mišljenja drugih autora i vlastito mišljenje uz odgovarajuću argumentaciju. Četvrto pitanje kojim je rad i nastavljen jeste zakonsko uređenje oduzimanja imovinske koristi u Crnoj Gori i to je podijeljeno na dva dijela. U prvom dijelu govori se o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom za koje se sudi, koje je i do sada postojalo u zakonodavstvu Crne Gore. U drugom dijelu govori se o oduzimanju imovinske koristi za koju postoji sumnja da je stečena nezakonito-tzv. proširenom oduzimanju imovinske koristi. Ta korist nije stečena djelom za koje se sudi nego drugom kriminalnom djelatnošću, pa je na okrivljenom teret dokazivanja. On mora vjerodostojnim ispravama ili u nedostatku tih isprava na drugi način da dokaže zakonitost porijekla imovine.

Ključne riječi: *Imovinska korist, kriminalitet, oduzimanje, okrivljeni, subjekti krivičnog postupka, međunarodni standardi, međunarodne konvencije, nacionalno zakonodavstvo.*

¹ Docent, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, mail: darko77@t-com.me

1. Opšte napomene

Jedno od osnovnih civilizacijskih i ljudskih prava zagarantovanih i međunarodnim pravnim dokumentima i unutrašnjim pravom jeste pravo na mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona. Tako je u članu 1 Prvog protokola Evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda,² propisano da „svako fizičko ili pravno lice ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine i da niko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava“. Slične odredbe mogu se naći i u drugim međunarodnim dokumentima, ali i u unutrašnjim (nacionalnim) zakonodavstvima uključujući i osnovni pravni akt (Ustav). Tako je u Ustavu Crne Gore (čl.58) zajamčeno pravo svojine i propisano da niko ne može biti lišen ili ograničen prava svojine,osim kada to zahtijeva javni interes.

Iz naprijed citiranih odredbi međunarodnog i unutrašnjeg prava vidi se da pravo na mirno uživanje svojine nije apsolutno jer je državi dat visok stepen slobode kod procjene opšteg interesa koji ograničava pravo uživanja imovine,posebno imajući u vidu prirodu određene imovine ili konkretnije,kada se radi o imovini koja je stečena kriminalnom djelatnošću. U tom smislu je propisano u Krivičnom zakoniku Crne Gore³(čl.112 st. 1) da „niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu protivpravnim djelom koje je u zakonu određeno kao krivično djelo“. Nacionalna zakonodavstva propisuju i različite instrumente za oduzimanje imovinske koristi,nekad i negdje kao posebne krivične sankcije, negdje kao posebne krivičnopravne mjere i slično. Međutim,danas je opšteprihvaćeno mišljenje da su tradicionalni instrumenti (pristupi) u preventivnom i represivnom djelovanju protiv određenih pojava oblika kriminaliteta,naročito organizovanog,nedovoljni i da treba pronalaziti nove.⁴

Osnovni cilj kriminalnih grupa i organizacija nije samo sticanje velike imovinske koristi, nego i legalizacija te imovine i korišćenje za legalne poslove. U nastojanju da se ovakvi oblici kriminaliteta suzbiju

² Usvojena 4.11.1950.godine u Rimu,stupila na snagu 3.9.1953. godine,a kod nas ratifikovana 2003.g., *Sl.list SCG-međunarodni ugovori* br.9,2003.

³ *Službeni list CG* br.70/03,47/06,40/08,25/10,32/11,40/13.

⁴ S. Bejatović, “Kriminalno-politički razlozi i način ozakonjenja instituta oduzimanja imovine stečene krivičnim djelima”, *Oduzimanje imovine stečene krivičnim djelom u BiH-sadašnjost i izazovi za budućnost*,Banja Luka,2013.; B.Banović i drugi, “Uloga policije u postupku utvrđivanja imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnih djela”, *RKK*,br.2, 2008., 73, G.P.Ilić, B.Banović, “Međunarodni standardi oduzimanja imovine stečene kriminalom i domaće zakonodavstvo”, *Pravna riječ*, br.12,2007, 300; N. Važić, “Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog djela i međunarodni pravni standardi”, *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske Unije*, Zlatibor, 2010., 90.

međunarodna zajednica projektuje i nacionalnim zakonodavstvima preporučuje odgovarajuće nove instrumente za preusmjeravanje krivičnopravne reakcije od isključivog reagovanja krivičnim sankcijama i kažnjavanjem učinilaca krivičnih djela ka potpunom eliminisanju ili značajnom slabljenju kriminalnih organizacija, što se najefikasnije može učiniti „napadom“ na njihovu imovinu i profit.⁵ Time se postižu višestruki efekti: ostvarivanje preventivnog cilja, jer je imovinska korist glavni motiv većine krivičnih djela, sprečavanje infiltracije nezakonitog prihoda u legalnu ekonomiju, smanjenje mogućnosti za korupciju, kriminalne organizacije lišavaju se osnovnog sredstva za dalje vršenje kriminalne djelatnosti i učvršćivanje vladavine prava i jednog od osnovnih principa krivičnog zakonodavstva prema kojem niko ne može imati korist od vršenja krivičnih djela.⁶ S pravom se ističe da je oduzimanje imovine kriminalnog porijekla važnije od same osude izvršilaca krivičnih djela iz kojih nezakonita dobit proističe i ono ih više pogađa od same osude.⁷

Kad se ima u vidu značaj oduzimanja imovine, odnosno imovinske koristi stečene kriminalnom djelatnošću, kao i činjenice da tradicionalna sredstva borbe protiv novih pojava oblika kriminaliteta nisu dovoljna, savremena zakonodavstva, u zadnje vrijeme, propisuju posebne mjere u vezi sa uslovima i postupkom privremenog i trajnog oduzimanja nezakonito pribavljene imovinske koristi čija suština se ogleda u pronalaženju posebnih metoda ulaženja u trag nezakonito stečene imovine, njenom zamrzavanju, privremenom i trajnom oduzimanju.

U reglementaciji ove problematike ide se dotle da se oduzima ne samo imovina koja je stečena predmetnim krivičnom djelom, nego i ona u čije se zakonito porijeklo sumnja i to ne samo od izvršioca nego i od trećih lica. Svakako najradikalnije rješenje je u onim zemljama koje su uvele građansko i administrativno oduzimanje imovine čija je suština da je moguće oduzimanje dobiti stečene kriminalom ne samo bez krivične osude, već i bez preduzetog gonjenja za krivično djelo.⁸ Ovo nije svojstveno samo anglosaksonskom sistemu, nego ga uvode i zemlje kontinentalnog pravnog sistema (naprimjer Italija i Belgija) uvodeći tzv. „civilnu zaplenu“ gdje je zahjev usmjeren prema stvari, a ne prema licu, te je prebacivanje tereta dokazivanja legalnog sticanja imovine na okrivljenom, za koga važi pretpostavka nevinosti, u pogledu same

⁵ M.Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009., 1228.

⁶ R.Golobinek i drugi, *Finansijske istrage i oduzimanje imovine stečene krivičnim djelima, priručnik za pripadnike policije i pravosuđa*, Savjet Evrope, Strazbur, 2006., 16.

⁷ J.Čirić, „Oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim delom“, *Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009., 115, T. Lukić, *Oduzimanje imovine kriminalcima*, Poslovni biro, Beograd, 2009.

⁸ S.Bejatović, 11

krivice, prouzrokovalo dileme i sporenja u vezi primjenjivosti ovih instituta na naš sistem.⁹

2. Međunarodnopravni dokumenti kao pravni osnov za ozakonjenje oduzimanja imovinske koristi u nacionalnim zakonodavstvima

Savremeni kriminalitet svakim danom ispoljava nove manifestacione oblike čije je osnovno obilježje sve izraženiji međunarodni karakter. Radi toga je neophodna i međunarodna saradnja u borbi protiv takvog kriminaliteta koja, između ostalog, zahtijeva i potrebnu normativnu osnovu. Različita zakonska rješenja u nacionalnim zakonodavstvima nisu pogodna za uspješnu borbu protiv organizovanog kriminaliteta, pa ni za efikasno otkrivanje i oduzimanje imovine kriminalnog porijekla. Zato je međunarodna zajednica inicirala donošenje niza konvencija, deklaracija i preporuka koje regulišu najznačajnija pitanja u vezi sa najtežim oblicima kriminaliteta, a jedno od tih pitanja jeste upravo pitanje oduzimanja imovinske koristi stečene vršenjem krivičnih djela. Ta međunarodnopravna dokumenta predstavljaju osnov za reglementaciju ovog problema u nacionalnim zakonodavstvima, jer sadrže odgovarajuće standarde koji su pretpostavka za uspješnu borbu protiv kriminaliteta. No, valja napomenuti da svrha pravila sadržanih u međunarodnim dokumentima nije da propišu uzorni model krivičnopravnog regulisanja bilo koje, pa i ove problematike, nego da, inspirisana opšteprihvaćenim pretpostavkama, postave osnovne principe i pravila postupanja u slučajevima kada je neophodno primijeniti krivičnopravne instrumente suprotstavljanja.¹⁰

Zajedničko ovim međunarodnim dokumentima jeste nastojanje da se na globalnom nivou, upotrebom što savremenijih metoda i uz svestranu saradnju svih država stane na put transnacionalnom kriminalu.

Pomenućemo samo neke konvencije koje se odnose na problem oduzimanja imovine i imovinske koristi stečene krivičnim djelom.

- 1) Konvencija UN za borbu protiv nezakonite trgovine narkoticima i psihoaktivnim supstancama, usvojena u Beču 19.12.1988. godine, poznata kao Bečka konvencija,
- 2) Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala sa dodatnim protokolima, usvojena od 12. do 15.12.2000. godine, poznata kao Palermo konvencija,

⁹ S. Leković, "Oduzimanje imovinske koristi stečene izvršenjem krivičnog djela", *Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu-teorijski i praktični aspekt*, Zlatibor, 2011., 214.

¹⁰ S. Bejatović, 15

- 3) Konvencija UN protiv korupcije, usvojena u Njujorku 31.10.2003. godine, poznata kao Njujorška konvencija o korupciji,
- 4) Međunarodna konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma, usvojena u Njujorku 9.12.1999. godine, poznata kao Njujorška konvencija o finansiranju terorizma,
- 5) Konvencija o pranju, trošenju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom, usvojena u Varšavi 16.05.2005. godine, poznata kao Varšavska konvencija,
- 6) Konvencija o pranju, trošenju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom, usvojena 08.11.1990. godine,
- 7) Krivično-pravna konvencija o korupciji, usvojena u Strazburu 27.01.1999. godine.

Osim navedenih konvencija od značaja su i : a) Direktive i preporuke FATF-a (operativna grupa za finansijsku akciju protiv pranja novca formirana na samitu G7, najrazvijenijih zemalja u Parizu 1989. godine), b) globalni program UN za borbu protiv pranja novca, usvojen u Beču 2007. godine, c) Sprečavanje i kontrola organizovanog kriminala-Strategija EU za početak novog milenijuma usvojena 12.05.2000. godine.

Kada se pogledaju preambule ovih međunarodnih dokumenata, one su dosta slične i u njima se ističu motivi njihovog usvajanja, odnosno ciljevi koji se njima žele ostvariti, a same konvencije na dosta ujednačen način definišu i osnovne pojmove u vezi oduzimanja imovine proistekle iz krivičnih djela kao što su pojmovi imovina, prihod, sredstva, konfiskacija, zamrzavanje, organizovana grupa, grupa za organizovani kriminal, inverzija tereta dokazivanja i slično.

Pojam imovine je regulisan članom 1b Varšavske i Strazburške konvencije i članom 2d Palermo konvencije i ona obuhvata imovinu svakog opisa, materijalnu i nematerijalnu, pravne dokumente i instrumente kojima se dokazuje svojina ili interes na takvu imovinu, a uz to Palermo konvencija dodaje i stvari svake vrste, procjenljive ili neprocjenljive. Dakle, pojam imovine određen je u najširem smislu.

I u određenju pojma „dobit od kriminala“ Palermo konvencija (čl.2e) i Bečka konvencija (čl. 1p) su slične i istu definišu kao imovinu koja je proistekla ili je ostvarena, direktno ili indirektno izvršenjem krivičnog djela.

Pod sredstvom se u smislu Varšavske konvencije (čl.1v) i Strazburške konvencije (čl 1e) smatra svaka imovina koja se koristi ili se

planira da se koristi na bilo koji način, u cjelini ili djelimično za izvršenje jednog ili više krivičnih djela. „Zamrzavanje“ imovine, a radi obezbjeđenja trajnog oduzimanja (konfiskacija) se označava kao privremena zabrana transfera, uništenja, konverzije, raspolaganja ili kretanja imovine, na osnovu odluke suda ili nekog drugog nadležnog organa (čl.1e Varšavske, čl 11 Bečke i čl 2f Palermo konvencije), dok se konfiskacija određuje kao trajno lišavanje prava svojine na imovini (čl 2g Palermo konvencije i čl 2f Bečke konvencije).

Nesumnjivo najznačajnija novina je ustanovljenje mogućnosti inverzije (prebacivanja) tereta dokazivanja na izvršioca krivičnog djela u slučaju sumnje da je imovina stečena kriminalnom djelatnošću (obrnut teret dokazivanja), gdje učinilac mora da dokaže porijeklo prihoda, odnosno imovine. Varšavska konvencija je u odnosu na ovaj standard unijela određenu novinu u odnosu na Bečku, Strazburšku i Palermo konvenciju time što je navela (čl 3. st.4) „da svaka strana ugovornica treba da donese zakonske mjere koje mogu da budu potrebne da traži da učinilac krivičnog djela mora da dokaže porijeklo prihoda ili druge imovine koja podliježe konfiskaciji u mjeri u kojoj je taj zahtjev konzistentan sa načelima njenog unutrašnjeg prava“, a po ranijim konvencijama, bila je ostavljena mogućnost državama potpisnicama da iznađu rezerve, a ozakonjenje obrnutog tereta dokazivanja data je samo kao mogućnost.

Koji su to potrebni dokazni standardi prilikom dokazivanja da imovina proističe iz krivičnog djela, konvencije se nisu bavile, ali prema preporukama MONEYVAL-a,¹¹ koji imaju snagu međunarodnog standarda, preporučuje se građanski standard dokazivanja tzv.pretežnost dokaza koji je niži dokazni standard od standarda potrebnog za dokazivanje krivice.¹²

Radi toga da bi se spriječilo da određenim postupcima učinilac krivičnog djela izbjegne konfiskaciju imovine važno je da međunarodni dokumenti propisuju da podliježe oduzimanju i dobit, djelimično ili u cjelosti, pretvorena u drugu imovinu¹³ ili pomiješana sa zakonito stečenom imovinom.¹⁴

Kao što smo vidjeli, međunarodnim dokumentima ustanovljeni su određeni međunarodni standardi, a na nacionalnim zakonodavstvima

¹¹ MONEYVAL je organ Savjeta Evrope osnovan 1997.godine za ocjenjivanje mjera protiv pranja novca i finansiranja terorizma.

¹² N.Važić, 99

¹³ LJ. Mitrović, N.Grbić-Pavlović, “Međunarodni standardi u novom Zakonu o oduzimanju imovine stečene izvršenjem krivičnog djela Republike Srpske”, *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Zlatibor, 2010., 281.

¹⁴ G.P.Ilić, B. Banović, 300

je da, polazeći od tih standarda, u vlastitom zakonodavstvu urede pitanje imovine stečene kriminalnom djelatnošću. Nacionalna zakonodavstva to, uglavnom, čine na dva načina-bilo donošenjem posebnog zakona o oduzimanju imovine stečene kriminalnom djelatnošću ili odredbama materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog zakonodavstva. I jedan i drugi pristup ima i dobrih i loših strana. Prednosti prvog načina su u tome što se na taj način ovaj postupak potpuno odvaja od drugih njemu sličnih postupaka čime se omogućava usredsređivanje pažnje svih subjekata koji učestvuju u tom postupku na sve probleme tog postupka, a ovaj način regulisanja odgovara i pravnoj prirodi ovog postupka.¹⁵ Na drugoj strani, prednost ovog drugog načina regulisanja je u tome što se time pruža mogućnost da se u krivičnom postupku koji se vodi i radi oduzimanja imovinske koristi primijenjuju odredbe opšteg karaktera koje odgovaraju prirodi ovog postupka. Ali, ipak valja naglasiti da ovakav način stvara mogućnost da se lice od kog treba oduzeti imovinsku korist tretira skoro na isti način kao i lice protiv koga se vodi krivični postupak za bilo koje krivično djelo što nije u skladu sa prirodom ovog postupka.¹⁶

3. Pravna priroda mjere oduzimanja imovinske koristi

Oduzimanje imovinske koristi prvi put se kao samostalan institut opšteg dijela krivičnog prava javlja u Krivičnom Zakoniku za Kraljevinu Norvešku 1902. godine. U jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu sve do donošenja Krivičnog zakona 1976. godine oduzimanje imovinske koristi bilo je mjera bezbjednosti, a ovim Zakonom je ustanovljena kao posebna mjera. Međutim, bez obzira na tu njenu dislokaciju njena pravna priroda je i dalje ostala dosta diskutabilna. Neki ističu da njena pravna priroda i nije bila sporna dok je predstavljala mjeru bezbjednosti, nego upravo nakon što je postala samostalna mjera.¹⁷ Međutim, pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi nije sporna samo od kada je u zakonodavstvu predviđena kao poseban institut, nego i ranije. Određivanje pravne prirode nekog instituta nije samo puko teoretisanje, nego ima i praktični značaj, pa se s pravom ističe da i određivanje pravne prirode ovog instituta ima i svoj praktični značaj, jer od toga zavisi odgovor na mnoga sporna pitanja koja se postavljaju u sudskoj praksi, posebno u vezi sa određivanjem visine postignute imovinske koristi u pojedinim

¹⁵ N. Važić, 99

¹⁶ S. Bejatović, 19.

¹⁷ Đ. Đurović, "Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom prema krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda", *Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*, Zlatibor, 2004., 137.

slučajevima.¹⁸ U teoriji su prisutna različita shvatanja o ovom problemu počev od toga da ova mjera predstavlja kaznu, mjeru bezbjednosti, specifičnu posljedicu krivičnog djela, specifičnu krivičnopravnu mjeru, imovinskopravnu mjeru i slično. Većina autora polazi od toga da se ova mjera zasniva na pravičnosti¹⁹, pravičnosti i moralu²⁰, kao i na opštem krivičnopravnom principu da niko ne može zadržati korist koju je protivpravno pribavio.²¹

Bez obzira što je u nekim zakonima bilo predviđeno kao kazna²², ova mjera se ne može smatrati kaznom jer ona ne nanosi nikakvo zlo učinocu krivičnog djela nego mu se oduzima ono što mu i ne pripada. Nije prihvatljivo ni shvatanje po kojem se ova mjera tretira mjerom bezbjednosti²³, jer se mjerom bezbjednosti otklanjaju stanja koja mogu da utiču na vršenje krivičnih djela, a mjerom oduzimanja imovinske koristi uspostavlja se stanje kakvo je bilo prije izvršenja krivičnog djela. Ima shvatanja da se ovde radi o specifičnoj krivičnopravnoj mjeri koja je posljedica izvršenja krivičnog djela²⁴, kao i shvatanja da se radi o tipično imovinskopravnoj mjeri čiji je cilj da se uspostavi prvobitno imovinskopravno stanje koje je postojalo prije izvršenja krivičnog djela.²⁵ Imajući u vidu da je specifičnost ove mjere u tome što sadrži obilježja i sporedne kazne i mjere bezbjednosti i posebne krivične sankcije, neki pisci ističu da je njena specifičnost u tome što ima svojstva svih ovih mjera i što se, istovremeno, razlikuje od svih njih i predstavlja samostalnu mjeru.²⁶

Najpotpunije je shvatanje da je riječ o specifičnoj krivičnopravnoj mjeri koja je istovremeno i imovinskog karaktera i koja ima za cilj uspostavljanje pređašnjeg stanja prije nego što je krivično djelo izvršeno.²⁷

¹⁸ B.Čejović, "Oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom", *JRKK*, br.1, 1988., 53, Đ.Lazin, "Pravna priroda mere oduzimanja imovinske koristi i njen praktični značaj", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br.1-3, 1986., 108.

¹⁹ N.Srzić, A.Stajić, Lj.Lazarević, *Krivično pravo, opšti dio*, Beograd, 1978., 545; Ž.Horvatić, P.Novoselec, *Kazneno pravo, opći dio*, Zagreb, 1999., 463, V.Kambovski, *Kazneno pravo, opst del*, Skopje, 2006., 759.

²⁰ F.Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1978., 494.

²¹ *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1978., 331.

²² Naprimjer Krivični zakonik Austrije iz 1974.godine.

²³ B.Zlatarić, "Kako se utvrđuje vrednost prilikom oduzimanja imovinske koristi", *JRKK*, br.3, 1967., 494, V.Knežević, "Oduzimanje imovinske koristi", *Glasnik AKV*; br.1-2, 1973., 45.

²⁴ Lj.Bavcon, A.Šelih, *Kazneno pravo, Splašni del*, Ljubljana, 1978., 335.

²⁵ M.Kokolj, Đ.Lazin, *Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Beograd, 1986., 141.

²⁶ B.Čejović, 55

²⁷ Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010., 270.

4. Zakonsko uređenje oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom u Crnoj Gori

Naprijed govoreći o pravnom okviru mjere oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim djelom naveli smo da, uglavnom, postoje dva vida zakonskog uređenja ovog instituta: a) da se to uredi jednim zakonom; b) da se to uredi u više zakona. U zakonodavstvu Crne Gore prihvaćeno je ovo drugo rješenje, pa je ovo pitanje regulisano Krivičnim zakonikom,²⁸ Zakonikom o krivičnom postupku²⁹ i Zakonom o staranju o privremeno i trajno oduzetoj imovini.³⁰ Imajući u vidu odredbe ovih zakona može se konstatovati da postoje dva vida oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom. Prvi je onaj kojeg je i do sada poznavalo ranije zakonodavstvo (jugoslovensko i crnogorsko)-oduzimanje imovine koja je proistekla iz predmetnog krivičnog djela (krivičnog djela za koje se sudi). Ovaj, kako bi se reklo tradicionalni način oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog djela još preovlađuje u zemljama kontinentalnog pravnog sistema. Međutim, imajući u vidu da primjenom samo ovog vida oduzimanja imovinske koristi veliki dio imovine ostaje van domašaja pravde, sve veći broj zemalja prihvata i drugi način oduzimanja imovine koja direktno ne potiče iz krivičnog djela za koje se sudi, već predstavlja produkt svih kriminalnih aktivnosti okrivljenog.³¹ U tom smislu i u novom zakonodavstvu Crne Gore uveden je i ovaj drugi način oduzimanja imovinske koristi koja nije proistekla iz krivičnog djela za koje se sudi, ali se sumnja u zakonitost njenog porijekla-tzv.prošireno oduzimanje imovinske koristi.

- a) Oduzimanje imovinske koristi koja je proistekla iz krivičnog djela za koje se sudi

Oduzimanju imovinske koristi kao mjeri sui generis posvećena je posebna glava u Krivičnom zakoniku gdje su određeni osnov i uslovi oduzimanja imovinske koristi i zaštita oštećenog, dok je u Zakoniku o krivičnom postupku regulisan postupak oduzimanja imovinske koristi. U članu 112 st.1 KZ postavljeno je osnovno pravilo po kome niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu protivpravnim djelom koje je u zakonu određeno kao krivično djelo, a sve to će se učiniti pod uslovima određenim zakonom i sudskom odlukom kojom je utvrđeno da je krivično

²⁸ Službeni list CG br.70/03,47/06,40/08,25/10,32/11,40/13.

²⁹ Službeni list CG br.71/03,47/06,57/09, 49/10.

³⁰ Službeni list CG br.13/07.

³¹ G.P.Ilić, *Komentar zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog djela*, izd. OEBS, Beograd, 2009., 18

djelo učinjeno. Oduzimanje imovinske koristi je obavezno, ali je primjena ove mjere nekad supsidijarna, a to je onda kada je njena svrha postignuta na drugi način, kao naprimjer da je oštećeni ostvario svoj imovinskopravni zahtjev, a on odgovara visini ostvarene koristi ili je pak učinilac sam vratio imovinsku korist. Za određivanje ove mjere bitno je da je učinjeno protivpravno djelo koje je u zakonu određeno kao krivično djelo, a ne i krivično djelo u objektivno-subjektivnom smislu, pa se time stvara mogućnost da se mjera odredi i u slučaju da je i neuračunljivo lice učinili krivično djelo.³² To je u skladu sa ustanovljenim osnovnim principom da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim djelom. Dakle, oduzimanje imovinske koristi sud može izreći u presudi kojom se optuženi oglašava krivim, u rješenju o kažnjavanju bez glavnog pretresa, u rješenju o sudskoj opomeni, u rješenju o primjeni vaspitne mjere, kao i u rješenju kojim se izriču mjere bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja. U članu 113 st.1 KZ samo je djelimično konkretizovano u čemu se može sastojati imovinska korist, pa se kaže da to može da bude novac, predmeti od vrijednosti i svaka druga imovinska korist koji su probavljeni krivičnim djelom. Uz to dodaje se da će se učinilac obavezati da plati novčani iznos koji odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi ako oduzimanje imovinske koristi nije moguće. Imajući u vidu nepotpunost ove norme, zakonodavac je Zakonom o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika od 21.08.2013.godine,³³ shodno međunarodnim pravnim dokumentima, definisao šta se smatra imovinskom koristi, pa navodi da imovinsku korist predstavlja imovina koja je neposredno pribavljena krivičnim djelom, a koja se sastoji od svakog uvećanja ili sprečavanja umanjenja imovine do kojeg se došlo vršenjem krivičnog djela, imovina koja je zamijenjena ili u koju je pretvorena imovinska korist neposredno pribavljena krivičnim djelom, kao i svaka druga korist koja je dobijena od imovinske koristi neposredno pribavljene krivičnim djelom ili imovine za koju je zamijenjena ili u koju je pretvorena imovinska korist neposredno pribavljena krivičnim djelom, bez obzira da li se nalazi na teritoriji Crne Gore ili van nje. Iz ovako širokog pojmovnog određenja imovinske koristi može se zaključiti da ona obuhvata sve ono što ima neku imovinsku vrijednost, i određene finansijske efekte, osim nematerijalnih pogodovanja lične prirode, osim ako to nema za rezultat i neposredne finansijske prednosti, odnosno uštede.³⁴

Imovinska korist pribavljena krivičnim djelom oduzeće se i od lica na koje je prenesena bez naknade ili od lica koje je znalo da je

³² Z.Stojanović, 271

³³ *Službeni list CG* br.40/13.

³⁴ Z.Stojanović, 273.

imovinska korist pribavljena krivičnim djelom ili je to moglo ili bilo dužno da zna (čl.113.st.5 KZ). Ako ova lica dokažu da su kao naknadu platili punu vrijednost korist se ne oduzima shodno pravilu o zaštiti savjesnih sticalaca, a pod savjesnim sticaocem treba uzeti lice koje nije znalo ili nije moglo niti dužno da zna da je imovinska korist pribavljena krivičnim djelom.³⁵ Savjesnost je potrebno utvrđivati u svakom konkretnom slučaju i sa punim senzibilitetom i na osnovu svih raspoloživih činjenica.

Od prenošenja imovinske koristi na drugog razlikuje se pribavljanje imovinske koristi za drugog (čl.113.st.6 KZ), koja se bezuslovno oduzima kao da ju je učinilac pribavio za sebe. Ovo drugo lice ne može se pozivati na savjesnost, kao i na to da nije znalo ili nije moglo znati porijeklo imovine koju učinilac stiće za njega.

U praktičnoj primjeni odredaba o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom javljaju se određeni problemi. Najdelikatnije je kako utvrditi visinu pribavljene imovinske koristi, što sud mora da učini po službenoj dužnosti bez obzira na predlog tužioca. Pošto je pitanje da li je ostvarena imovinska korist činjenično pitanje, ono se mora utvrditi određenim dokazima, a samo u slučaju ako bi određivanje visine iznosa imovinske koristi izazvalo nesrazmjerne teškoće i znatno odugovlačenje krivičnog postupka, sud može po slobodnoj ocjeni utvrditi iznos imovinske koristi.

Prvo sporno pitanje jeste koje se vrijeme uzima kod utvrđivanja visine imovinske koristi-da li vrijeme kada je učinjeno krivično djelo i imovina oduzeta ili vrijeme kada sud donosi odluku o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom? Radi ujednačavanja sudske prakse davno je (1979.g.) na Zajedničkoj sjednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda zauzet načelan stav "ukoliko je učinilac krivičnog djela predmet od vrijednosti do koga je došao vršenjem krivičnog djela, prenio na drugo lice, bez obzira da li uz naknadu ili bez nje, ili je predmet uništen, izgubljen ili na bilo koji drugi način njegovo oduzimanje nije moguće izvršiti, on će se obavezati, da plati novčanu protivvrijednost koja odgovara tržišnoj vrijednosti koju je taj predmet imao u vrijeme kada je vršenjem krivičnog djela pribavljen." U istom stavu navedeno je da će se učinilac, u slučaju da je nekim pravnim poslom pribavio veću imovinsku korist od vrijednosti koju je predmet imao u vrijeme kad je pribavljen izvršenjem krivičnog djela, obavezati da plati novčani iznos koji odgovara tako pribavljenoj imovinskoj koristi. Dakle, visina imovinske koristi se utvrđuje prema tržišnoj vrijednosti koju je stvar imala u trenutku sticanja vršenjem

³⁵ D. Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, 2009., 626

krivičnog djela, pa čak ako tu vrijednost i izgubi, a ako je učinilac na bilo koji način putem raspolaganja imovinom stekao veću vrijednost nego što je ona imala u trenutku pribavljanja, i ta vrijednost će se oduzeti, shodno smislu ovog instituta da niko ne može zadržati imovinu koja je nezakonito stečena. Međutim, ako je učinilac poslije izvršenog djela povećao vrijednost pribavljenog predmeta time što mu je ugradio neki dio ili otklonio oštećenje, pa taj predmet prodao, za osnov visine pribavljene imovinske koristi neće se uzeti tako povećana vrijednost, nego ona koja je postojala u vrijeme izvršenja krivičnog djela.³⁶

Drugo sporno pitanje kod utvrđivanja visine imovinske koristi jeste pitanje koje troškove priznati učiniocu u vezu sa izvršenjem ili povodom izvršenja krivičnog djela. Mišljenja su različita, počev od onih po kojima učiniocu ne treba priznati nikakve troškove³⁷, da mu treba priznati stvarne troškove³⁸, samo nužne troškove³⁹, pa do toga da imovinska korist predstavlja čistu dobit, što znači da se učiniocu moraju priznati određeni troškovi koje je imao, a što će se cijeliti u svakoj konkretnoj situaciji.⁴⁰

U svakom slučaju, nije opravdano da se priznaju oni troškovi koji predstavljaju materijalni ekvivalent za trud učinioca uloženi u radnju izvršenja krivičnog djela, troškovi koji po samoj svojoj prirodi ulaze u radnju izvršenja krivičnog djela.⁴¹ U novije vrijeme sve više se pominje tzv. neto metoda⁴² (načelo) kod utvrđivanja visine imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom, po kojoj se od ukupnog iznosa pribavljene koristi stečene krivičnim djelom odbijaju stvarni troškovi koje je učinilac snosio, odnosno neposredno uložio u ostvarenje imovinske koristi, a to su troškovi nastali na osnovu zakonite djelatnosti ili onoga što je opravdano i na kraju dozvoljeno.⁴³

b) Prošireno oduzimanje imovinske koristi

Kao što smo prethodno istakli, za oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom potrebno je, kumulativno, da se ispuni više

³⁶ Lj.Lazarević i drugi, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Tivat, 2010., 284

³⁷ I. Lazarić, "Mjera oduzimanja imovinske koristi u praktičnoj primjeni", *JRKK*, br.1, 1967., 96

³⁸ Đ.Lazin, 113

³⁹ Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, 1977., 335., Z.Tomić, "Kriterijumi i problematika kod utvrđivanja vrijednosti imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom" *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1981., 149

⁴⁰ Lj.Lazarević i drugi, 284

⁴¹ Z.Stojanović, 274

⁴² M.Govedarica, *Oduzimanje imovine stečene izvršenjem krivičnog djela (preventivni-represivni aspekt)*, Banja Luka, 2013., 100

⁴³ E.Ivičević, "Utvrđivanje imovinske koristi stečene krivičnim djelom u hrvatskom pravu i sudskoj praksi", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*; Zagreb, 2004., 223

uslova: mora se utvrditi sudskom odlukom kojom je takođe utvrđeno krivično djelo kojim je ta korist pribavljena, te da je ta korist neposredno povezana sa kriminalnom aktivnošću.

Svi ovi zahtjevi koji moraju biti zadovoljeni često u praksi dovode do neefikasnog oduzimanja imovinske koristi ili pak do nemogućnosti da se mjera primijeni kada je u pitanju imovina koja je u vezi sa krivičnim djelom, a ne iz krivičnog djela povodom koga je vođen postupak, čime sama odredba gubi na značaju,⁴⁴ i dosta nezakonito stečene imovine oostaje u rukama učinilaca ili drugih lica. Imajući u vidu ovu činjenicu kao i obaveze preuzete iz ratifikovanih međunarodnih dokumenata, u novom krivičnom zakonodavstvu uveden je i drugi vid oduzimanja imovinske koristi koja nije proistekla iz krivičnog djela za koje se sudi nego iz druge kriminalne djelatnosti-tzv.prošireno oduzimanje. Kao što smo već na početku rekli, Crna Gora je ovo pitanje uredila tako što su u Krivičnom zakoniku određeni uslovi za prošireno oduzimanje imovinske koristi (čl.113. st.2 do 4) koji moraju biti kumulativno ispunjeni, a Zakonikom o krivičnom postupku je uređeno pitanje finansijske istrage, kao i pitanje privremenog i trajnog oduzimanja imovinske koristi. Za razliku od prvog vida oduzimanja imovinske koristi koje je obaveznog, prošireno oduzimanje je fakultativnog karaktera i do njega dolazi samo po predlogu državnog tužioca.

Da bi se moglo odrediti prošireno oduzimanje potrebno je da se ispune sljedeći uslovi:

- 1) da postoji osnovana sumnja da je imovinska korist pribavljena kriminalnom djelatnošću,
- 2) da je učinilac pravosnažno osuđen za neko od krivičnih djela za koje KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja imovinske koristi,
- 3) da vremenski kontekst i druge okolnosti opravdavaju oduzimanje imovinske koristi

U prvom uslovu pominju se dva pojma kojima zakon nije odredio značenje, a to je pojam osnovana sumnja i kriminalna djelatnost. Osnovana sumnja kao određeni stepen vjerovatnoće o djelu i učiniocu, koji pojam se često koristi u ZKP, ne predstavlja problem u praksi. Problem je šta smatrati kriminalnom djelatnošću. U tu djelatnost ne spadaju krivična djela koja su navedena u članu 113 stav 2 (za koja KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja), jer se u postupku rješavanja tih djela određuje

⁴⁴ S.Manojlović, "Oduzimanje imovine kao instrument kaznene politike", *Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet*, Banja Luka, 2014., 382

oduzimanje imovinske koristi proistekle iz tih krivičnih djela. Tu je riječ o krivičnim djelima koja su na određeni način omogućila učiniocu ili drugim licima da steknu nezakonitu korist koja čak ne moraju da budu povezana sa krivičnim djelom za koje je učinilac pravosnažno osuđen. Sama ta djela ne moraju da budu poimenično određena, a mogu da budu kako ona za koja KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja, tako i druga krivična djela.⁴⁵

Što se tiče drugog uslova, zakonodavac je, polazeći od međunarodnih pravnih standarda, u članu 113 stav 2. propisao da se prošireno oduzimanje imovinske koristi može primijeniti ako je učinilac pravosnažno osuđen za:

- neko od krivičnih djela u okviru kriminalne organizacije,
- neko od krivičnih djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom iz koristoljublja,
- pranja novca,
- neovlašćene proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga,
- protiv platnog prometa i privrednog poslovanja i protiv službene dužnosti učinjenih iz koristoljublja, za koja je propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna.

Možda će najveći problem kod primjene proširenog oduzimanja stvarati naprijed navedeni treći uslov - da vremenski kontekst u kojem je stečena imovinska korist i druge okolnosti konkretnog slučaja opravdavaju oduzimanje imovinske koristi. Šta znači vremenski kontekst? Bez obzira što taj kontekst treba da ukazuje da je korist stečena u periodu prije ili poslije izvršenja krivičnog djela za koje se može odrediti prošireno oduzimanje do pravosnažnosti presude, to opet ostaje nejasno. Mislimo da ovo može da produkuje dvije mogućnosti. Jedna je da se zbog nejasnoće ovog pojma ovaj institut u praksi i ne primijenjuje, a druga je široka arbitrnost u njegovoj primjeni, pa nije dobro ni jedno ni drugo. Usporedna zakonodavstva obično određuju za koliki vremenski period do pokretanja krivičnog postupka za predmetno krivično djelo, će se ispitivati imovinsko stanje i porijeklo imovine. Shodno tome, kada se upoređi imovno stanje tog lica prije tog u KZ određenog vremenskog perioda, sa imovnim stanjem ostvarenim u tom periodu do pokretanja krivičnog postupka za predmetno djelo, može se uočiti nesrazmjera između mogućeg (očekivanog) povećanja imovine, i faktičkog koje ne odgovara realnim očekivanjima. Iz praktičnih razloga se, ispitivanje

⁴⁵ D.Radulović, 136.

porijekla imovine, kako se navodi u literaturi, po pravilu vezuje za određene rokove, a to je važno zbog zaštite načela pravne sigurnosti.⁴⁶

Kod proširenog oduzimanja imovinske koristi predviđen je obrnut teret dokazivanja i na osuđenom je da vjerodostojnim ispravama, odnosno da u nedostatku vjerodostojnih isprava na drugi način dokaže zakonitost porijekla imovine.

Inače, kad se naredbom pokrene istraga za krivično djelo za koje KZ propisuje mogućnost proširenog oduzimanja imovinske koristi, državni tužilac naredbom pokreće i finansijsku istragu u kojoj će se prikupiti dokazi o imovini i приходима osumnjičenog za vremenski period određen u KZ, tako da uporedo teku dvije istrage-jedna za predmetno krivično djelo i finansijska istraga radi proširenog oduzimanja imovinske koristi.

O proširenom oduzimanju imovinske koristi moglo bi se još dosta govoriti, ali zbog ograničenog obima tim pitanjem ćemo se baviti šire u posebnom radu.

5. Zaključak

O značaju problema oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom najbolje govori činjenica da je dosta međunarodnih konvencija i preporuka posvećeno ovoj problematici. U tim međunarodnim dokumentima postavljeni su određeni standardi koje treba da slijede nacionalna zakonodavstva. Time se postiže odgovarajuća harmonizacija mehanizama zaštite društva od kriminaliteta uopšte, pa i kriminaliteta imovinskog karaktera. Stvaranje normativne osnove je pretpostavka za uspješnu borbu protiv kriminaliteta. U normativnom pogledu Crna Gora je prihvatila disperziju normi o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom u više zakona (KZ, ZKP, i Zakon o staranju o privremeno i trajno oduzetoj imovini). To može da stvori i određene problema u praktičnoj primjeni. Zato mislimo da je bolje rješenje, kojeg su prihvatila i zakonodavstva u regionu, da to bude uređeno jednim zakonom.

⁴⁶ M.Škulić, 1229.

Darko Radulovic, Ph.D

Faculty of Law in Podgorica

CONFISCATION OF PROCEEDS OF CRIME IN THE LEGISLATION OF MONTENEGRO

Summary

Subject of analysis of this article are four sets of questions. At the beginning of article author issuing importance of measures of confiscation of proceeds from crime, especially when it comes to certain forms of crime, such as organized crime. This part is dedicated to a possible legal regulation framework of the issue. Through second question author gives the review of international documents as a legal basis for regulation of this legal institute in to national law, displaying certain international standards such as property, pecuniary gain, burden of proof, etc. The third issue that is the subject of the analysis is the question of the legal nature of the measures of confiscation of proceeds from crime. Here, author gives his own opinions with appropriate arguments and the opinions of other authors. The fourth issue continuing with the legal regulation of confiscation in Montenegro and it is divided in to two parts. The first part deals with the regular confiscation of the proceeds of criminal offense for which has so far existed in the legislation of Montenegro. The second part deals with the confiscation of property suspected that it was acquired illegally, so-called extended confiscation of proceeds. This property is not acquired by offense being prosecuted than other criminal activity, and is on the defendant the burden of proof. He needs to present authentic documents or in the absence of these documents in another way to prove the lawful origin of the property.

Keywords: Criminal profit, crime, confiscation, the defendant, subject of criminal proceedings, international standards, international conventions and national legislation.

Др Милица Ковачевић¹
Вељко Турањанин²

Прегледни научни рад
UDK: 342.7:343.137.5:341.645(4)

ПРАВО МАЛОЛЕТНИКА НА СЛОБОДУ И БЕЗБЕДНОСТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА - ПРИВИЛЕГОВАНИ ИЛИ ЈЕДНАКИ?

Апстракт

Право на слободу и безбедност припада свима и загарантовано је чланом 5. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, при чему се у истом члану таксативно набрајају основи по којима је, у изузетним случајевима, могуће законито лишавање од овог права. Но, када су у питању малолетници, основима лишавања слободe као што су извршење пресуде, извршење мере притвора и предузимање мера у циљу заштите опште безбедности, придружује се још један специфичан основ - лишавање слободe ради вршења васпитног надзора или привођења надлежној власти. Циљ рада је да се анализом случајева из праксе Европског суда за људска права укаже на околности под којима се специфично лишавање слободe малолетног лица има сматрати дозвољеним, али и да се упореди положај малолетних и пунолетних лица при заштити права на слободу. У том смислу, са једне стране, посебно треба одговорити на питање да ли, у одређеним случајевима, малолетници уживају бољу заштиту но одрасла лица. Са друге стране, поставља се питање да ли малолетници над којима се врши васпитни надзор могу бити лишени слободe под условима који се тумаче на екстензиван начин, иако се већ деценијама инсистира на томе да се затварање малолетника може користити само као последње средство и у што краћем трајању.

Кључне речи: *Европски суд за људска права, право на слободу и безбедност, малолетници, васпитни надзор.*

¹ Асистент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду

² Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, mail: vturanjanin@jura.kg.ac.rs

1. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода и гарантовање права на слободу и безбедност

Праву на слободу и безбедност посвећена је значајна пажња у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода³ (у даљем тексту: ЕКЉП), с обзиром на чињеницу да је уживање слободе кретања нужна претпоставка за остваривање готово свих других права и слобода, те да ограничавање или потпуно ускраћивање ове слободе може довести у питање и физички и духовни интегритет човека и његово свеукупно благостање.⁴

Члан 5. ЕКЉП предвиђа да свако, без уважавања било каквог дискриминаторског основа, има право на слободу и безбедност личности. Ипак, у неким ситуацијама општи интерес изискује да једна индивидуа буде лишена одређених права,⁵ па тако и права на слободу, или је пак такво лишавање слободе нужно да би се заштитила управо безбедност особе која се затвара. Зато се у чл. 5. ЕКЉП таксативно набрајају основи по којима, али само у изузетним околностима, право на слободу може бити ограничено. Даље, у истом члану је предвиђено: право на упознавање са основом по коме је лице лишено слободе и са кривичним делом које му се ставља на терет, затим, право на суђење у разумном року или на пуштање на слободу до суђења, па право на преиспитивање исправности одлуке о лишавању слободе, и коначно, а за случај када је лице било лишено слободе мимо поштовања побројаних основа и гаранација, право на накнаду штете. Ово нас наводи на закључак да право на слободу и безбедност у ЕКЉП заправо подразумева два у извесном смислу одвојена каталога права, те да се први од њих односи на период од неколико часова непосредно по лишавању слободе када је битно да лице буде информисано о разлозима притварања, даљим могућностима и начинима да се заштити и потражи правну помоћ у том критичном моменту, док се други тиче периода који накнадно следи и у коме лице лишено слободе ишчекује суђење.⁶

³ ЕКЉП је отворена за потписивање у Риму, 4. новембра 1950. године, а ступила је на снагу 3. септембра 1953. године, док је у правни поредак Републике Србије уведена Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима,

⁴ B. G. Sykes, *The Society of Captives, A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton University, New Jersey 1958.

⁵ J. Marshall, *Personal freedom through human rights law?: Autonomy, identity and integrity under The European convention on human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009., 39-40.

⁶ J. A. Garcia, A. Q. Jimenez, „European Convention Protection of the Right to Liberty and Security: A Minimum European Standard (Art. 5 ECHR)“, *Europe of rights, a compendium on the European convention of human rights* (eds. J. G. Roca, P. Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012., 108.

Даље, чл. 5, ст. 1 ЕКЉП предвиђа да је затварање и притварање искључиво могуће у следећим случајевима: на основу пресуде надлежног суда; због неизвршења судске одлуке и ради омогућавања извршења неке законске обавезе; ради привођења пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је лице извршило кривично дело или када је то нужно како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство по његовом извршењу; ради вршења васпитног надзора над малолетним лицем или ради привођења овог лица надлежној власти; у циљу спречавања ширења заразе и ради задржавања ментално оболелих и социјално неадаптираних лица која су опасна по себе и по околину и, на крају, ради спровођења имиграционих поступака, депортације или екстрадиције.

2. Положај малолетних *versus* положај одраслих лица у погледу гарантовања права на слободу и безбедност

Иако се при навођењу законитих основа лишавања слободе посебно истиче један специфичан основ који се примењује само спрам малолетних лица⁷ (чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП), то ипак не чини спорном могућност да малолетници буду лишени слободе и по свим оним основима који важе за одрасла лица. О томе сведочи више пресуда Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) које су донете по представкама малолетника.⁸ Из радних материјала који су настали при конципирању ЕКЉП сазнајемо да се у фази припремања овог текста искристалисала идеја да лишавање слободе малолетних лица у вези са кривичним поступком треба да буде обухваћено чланом 5, ст. 1, тач. ц ЕКЉП, односно истим оним основом који се односи и на пунолетна лица, док лишавање слободе малолетника у вези са административним поступцима и социјалном заштитом, дакле ради вршења васпитног надзора или привођења надлежној власти, треба да буде обухваћено посебним основом из чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП.⁹

⁷ У складу са чл. 1. Конвенције УН о правима детета (усвојеном резолуцијом Генералне скупштине УН, бр. 44/25, од 20. новембра 1989. године), која је у наш правни поредак уведена Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета (Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 4/96), малолетницима (децом) сматрамо сва лица млађа од 18 година.

⁸ На пример: *Guvenc* против Турске (представка бр. 70337/01, пресуда од 20. јануара 2009. године) и *Kosti* и други против Турске (представка бр. 74321/01, пресуда од 3. маја 2007. године).

⁹ European Court of Human Rights, Research Division, Guide on article 5, Right to liberty and security, Article 5 of the Convention, 2012, 15, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Guide+on+case-law/>, 12.02.2013.

Дакле, јасно је да малолетник може бити лишен слободе по свим оним основима који важе за пунолетна лица, али и по још једном додатном основу. Но, може се дискутовати о одређеним разликама у обиму и квалитету заштите коју уживају малолетна и пунолетна лица када се лишавају слободе по истом основу. О присутности тих разлика, по нашем мишљењу, сведоче неке пресуде Европског суда о којима ће бити речи. Међутим, наглашавамо да ћемо поредити искључиво лишавање слободе малолетних и пунолетних лица у вези са кривичним поступком (чл. 5, ст. 1, тач. ц ЕКЉП), док лишавање слободе ради извршења законите одлуке, примене мера психијатријског лечења и све друге могуће основе остављамо по страни.

2.1. Пракса Европског суда

2.1.1. Асенов (Asenov) и други против Бугарске

Седамнаестогодишњи Асенов је ухапшен у јулу 1995. године под сумњом да је извршио више од десет кривичних дела против имовине, укључујући и више разбојништава.¹⁰ У притвору је потом провео готово две године, од чега једанаест месеци у притворским просторијама полицијске станице, да би у јулу 1997. године био осуђен на тридесет месеци затвора. Оптужни акт је поднесен суду у септембру 1996. године, а највећи део истраге, која је подразумевала саслушање великог броја сведока, спроведен је у прва три месеца по лишавању слободе, док се наредних годину дана готово ништа није дешавало. У међувремену су малолетникове молбе за пуштање на слободу одбијане, са образложењем да постоји опасност од понављања кривичног дела.

ЕСЉП је у овом случају утврдио да није дошло до повреде чл. 5, ст. 1 ЕКЉП, с обзиром на то да јесте постојао законити основ за притварање (опасност да лице не понови кривично дело). Са друге стране, ЕСЉП је утврдио да је повређен чл. 5, ст. 3 ЕКЉП (*...свако мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења*), с обзиром да је дошло до значајног пролонгирања у спровођењу службених радњи, услед чега је малолетник провео готово две године у притвору, иако је већ у прва три месеца од притварања спроведена готово целокупна истрага. Овде је ЕСЉП нарочито акцендовао обавезу државе, која је неспорно препозната и у бугарској регулативи, да посебно води рачуна о избегавању притварања малолетних лица и да ову меру

¹⁰ Asenov против Бугарске (представка бр. 24760/94, пресуда од 28. октобра 1998. године), § 151-158.

користи само када је то нужно и у најкраћем могућем трајању. Суд се у негативном контексту осврнуо и на то што је малолетник готово једанаест месеци провео у притвору у полицијској станици, дакле у неподстицајној, па и непримереној средини за једно тако младо лице.

2.1.2. Нарт (Nart) против Турске

У случају Нарт против Турске¹¹ реч је о лишавању слободе седамнаестогодишњака који је био осумњичен за саизвршилаштво у разбојништву. Нарт је приликом хапшења крајем новембра 2003. године затечен како спава на дну испражњеног базена у близини бакалнице у којој је наводно извршено разбојништво. Истог дана малолетник је саслушан, а потом и притворен, и поред противљења браниоца по службеној дужности, који је указао на очигледну поспаност малолетника проузроковану дејством психоактивних супстанци. Нарт је смештен у затвор за одрасле, иако се бранилац томе изричито противио захтевајући смештање у установу прилагођену потребама малолетника. Малолетникове жалбе су одбијане и притвор је продужаван, при чему се суд у својим образложењима позивао на стереотипне формулације као што су «озбиљност деликта, статус предмета и прикупљени докази». У јануару 2004. године почело је суђење, па је после првог рочишта за главни претрес Нарт пуштен да се брани са слободе. У притвору је, уз сва продужења, провео укупно 48 дана.

ЕСЉП је у овом предмету утврдио да јесте дошло до повреде чл. 5, ст. 3 (...*свако мора имати право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења*) и ст. 4 ЕКЉП (*свако има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито*), с обзиром да то што се суд позивао на „озбиљност деликта, статус предмета и прикупљене доказе“ као формулацију која се више пута понављала у списима заправо не представља суштинско преиспитивање основаности лишења слободе.¹² Аутоматско продужавање притвора без посебног узимања у обзир узраста притвореног лица, те последица које из тога могу да произађу, по мишљењу Европског суда, не може бити адекватно решење.

Посебно је битно то што се ЕСЉП у овом предмету позвао на обиље међународних докумената који дефинишу положај детета

¹¹ Представка бр. 20817/04, пресуда од 6. маја 2008. године.

¹² В. Кости и други против Турске, где је ЕСЉП такође критиковао коришћење исте формулације.

у сукобу са законом, а пре свега на Конвенцију УН о правима детета, Препоруку Савета Европе о новим тенденцијама у сузбијању малолетничке делинквенције и о улози малолетничког правосуђа¹³ и Препоруку Савета Европе о друштвеној реакцији на малолетничку делинквенцију.¹⁴

2.1.3. Представке одраслих лица

У предмету Илијков (*Ilijkov*) против Бугарске,¹⁵ Илијков је био притворен од октобра 1993. године до јануара 1997. године, у току ког периода су предузимане истражне радње и одвијало се суђење због кривичних дела у вези са непоштовањем царинских прописа и фалсификовањем царинских исправа. ЕСЉП је у овом случају био становишта да јесте повређен чл. 5, ст. 3 ЕКЉП, али само утолико што су надлежни били дужни да аргументовано образложе разлоге продужавања притвора, што они нису учинили, већ су се паушално позивали на озбиљност кривичног дела које се окривљеном стављало на терет и на могућност бекства. У само трајање периода притварања ЕСЉП није залазио сматрајући да је то проблематика која се уређује на националном нивоу.

У случају Вемхоф (*Wemhoff*) против Немачке,¹⁶ тадашња Европска комисија за људска права,¹⁷ је утврдила да није дошло до повређивања права на суђење у разумном року, и поред тога што је Вемхоф био притворен од новембра 1961. године па све до априла 1965. године. С обзиром на чињеницу да је у питању био веома компликован случај из области финансијског криминала, ЕСЉП је стао на становиште да је обављање бројних и комплексних истражних радњи заиста изискивало дужи временски период, те да су разгранати друштвени контакти, статус и материјалне прилике подносиоца представке, иначе брокера и потомка познате јувелирске породице, оправдавали бојазан од потенцијалног ометања истраге и од бекства. Надлежни у Немачкој су адекватно образложили разлоге за продужавање притвора, тако да се ЕСЉП није упуштао у само процењивање трајања притвора, иако је Вемхоф био лишен слободе у периоду од око три и по године.

¹³ Број R (03) 20, усвојена од стране Комитета министара 24. септембра 2003. године на 853. заседању.

¹⁴ Број R (87) 20, усвојена од стране Комитета министара 17. септембра 1987. године на 410. заседању.

¹⁵ Представка бр. 33977/97, пресуда од 26. јула 2001. године, § 77-83.

¹⁶ Представка бр. 2122/64, пресуда од 27. јуна 1968. године, § 16, 17.

¹⁷ Након усвајања Протокола бр. 11 уз ЕКЉП, током 1998. године престала је да постоји Европска комисија за људска права, а ЕСЉП је постао стални орган за разматрање представки.

2.2. Анализа случајева

Разуме се да приказани случајеви не пружају поуздан основ за извлачење неких општих правила. Но, налазимо да из њих ипак произлази закључак да је положај малолетника притворених поводом основане сумње да су извршили кривично дело битно другачији од положаја пунолетних лица у истој ситуацији, без обзира на то што се и на једне и на друге односи иста одредба, то јест чл. 5, ст. 1 тач. ц ЕКЉП.

Прво, ЕСЉП уважава и штити специфичан положај малолетника лишених слободе, утолико што се позива на Конвенцију УН о правима детета, на препоруке Савета Европе, друге релевантне међународне документе, па и на мишљења наднационалних тела која располажу одговарајућим ауторитетом и политичким утицајем.¹⁸

Друго, суд се очигледно упушта у проблематику самог трајања притвора када је реч о малолетницима. У том смислу се у предмету Нарт против Турске позвао на чл. 37 Конвенције УН о правима детета којим је предвиђено да ће се задржавање детета у притвору применити једино као последња могућа мера и у најкраћем могућем трајању. Посебно је истакнуто и то да Препорука Савета Европе о новим тенденцијама у сузбијању малолетничке делинквенције и о улози малолетничког правосуђа сугерише да притварање малолетника, примењено као последња расположива опција, не би требало да потраје дуже од шест месеци у периоду док још увек није почело суђење, односно да би евентуално продужавање овог периода морало бити чврсто аргументовано изузетним околностима датог случаја (чл. 16). На другој страни, у потпуној супротности са управо наведеним, при разматрању законитости лишавања слободе одраслих лица ЕСЉП се није упуштао у то колико је само притварање трајало, нити у то да ли је у том смислу дошло до ексцесивног ограничавања слободе. ЕСЉП је само настојао да утврди да ли је целокупан период трајања притвора подупрт релевантним правним основом у складу са ЕКЉП, те регулативом дате земље, као и да ли је у националним оквирима било омогућено преиспитивање одлуке о одређивању и продужавању притвора.¹⁹

Треће, суд је експлицитно наглашавао да малолетници који су притворени треба да уживају посебна права у погледу

¹⁸ Тако се у случају Nart против Турске суд позвао на мишљење Комитета УН за права детета о недостацима система малолетничког правосуђа у овој држави. В. Nart против Турске, § 22.

¹⁹ P. Bartlet, O. Lewis, O. Thorold, Mental disability and The European convention on human rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007., 15.

обезбеђивања образовних и васпитних садржаја, те нарочито да треба да буду одвојени од одраслих лица.²⁰ Сасвим је јасно да пунолетним притвореницима оваква права не припадају,²¹ те да њихове представке у вези са условима у којима бораве у притвору евентуално могу бити усмерене једино ка заштити права из чл. 3 ЕКЉП (*Нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању*). Штавише, ЕСЉП је и по представкама одраслих у вези са чл. 3 ЕКЉП чешће пресуђивао у корист оних који су се позивали на грубо физичко злостављање,²² док су представке оних који су се жалили на нечовечне услове живљења у установама уважаване у случајевима који су подразумевали веома ниске хигијенске и техничке стандарде.²³ Но, када су у питању малолетници, ствари стоје битно другачије, па државе нису испуниле све своје обавезе самом чињеницом што су децу сместиле у технички и хигијенски солидне услове. Напротив, испуњеност тих услова је неспорно нужна, а поврх тога постоји обавеза старања о најбољем интересу²⁴ и развоју малолетника.

3. Лишавање слободе малолетних лица у сврху вршења васпитног надзора или ради привођења надлежној власти

Занимљиво је да се у тексту ЕКЉП малолетници изричито помињу само на два места. У једном случају реч је о основима искључења јавности из тока судског поступка (право на правично суђење чл. 6, ст. 1 ЕКЉП), а други случај се односи на поменути посебан основ лишавања слободе малолетних лица (чл. 5, ст. 1. тач. д ЕКЉП), оличен у лишавању слободе ради вршења васпитног надзора или ради привођења надлежној власти (који је овде у средишту наше

²⁰ В. Assenov и други против Бугарске и Guvec против Турске (представка бр. 70337/01, пресуда од 20. јануара 2009. године)

²¹ Подразумева се да имају права на одговарајући животни стандард, хигијенске услове и слично. В. Европска затворска правила, бр. R (87) 3, препорука усвојена од стране Комитета министара 12. фебруара 1987. године.

²² В. J. Renucci, Introduction to The European Convention on Human Rights: The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005, 14, 15; D. Gomen, D. Harris, L. Zwaak, Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne: droit et pratique, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 1997, 115 и даље; З. Кандић-Поповић, „Члан 3. Европске конвенције о људским правима и новија пракса Европског суда за заштиту људских права и основних слобода“, Истраживања у дефектологији, 4/2004, 213-223.

²³ В. Kalashnikov против Русије (представка бр. 47095/99, пресуда од 15. јула 2002. године).

²⁴ Наглашавамо да не постоји сагласност о томе шта заправо представља садржину начела „најбољег интереса детета“, те да ово начело треба тумачити у оквиру датог друштвеног контекста, али и личних прилика детета о коме је реч. В. Влашковић, „Проблем одређивања садржине „најбољег интереса детета““, Анали Правног факултета у Београду 1/2012, 362.

пажње). И поред тога што овај основ лишавања слободе асоцира преваходно на пружање различитих облика социјалне заштите угроженим малолетницима, он се посредно ипак доводи у везу и са лишавањем слободе малолетника за које постоји основана сумња да су учинили кривична дела, статусне деликте²⁵ и антисоцијална дела, што ће бити илустровано појединим примерима из праксе Европског суда.

3.1. Пракса ЕСЉП

3.1.1. А. и остали против Бугарске

У случају А. и остали против Бугарске²⁶ постављено је питање да ли је повређено право на слободу и безбедност када су малолетнице упућене у установу резиденцијалног типа због антисоцијалног понашања. Наиме, пет девојака просечне старости од око 15 година, смештено је у установу за малолетнике, с обзиром на чињеницу да су манифестовале неприхватљиво понашање у виду скитње, бежања од куће и проституције. Две од пет девојака су пре тога упућиване у установе за привремени смештај деце у кризним ситуацијама на основу одлуке локалног органа (*Комисија за малолетнике*), с тим што је одлуку о трајнијем упућивању у резиденцијалну установу донео суд. Девојчицама је у установи била ограничена слобода кретања, а најкраће је у установи боравила девојчица која је ту провела укупно седам месеци.

ЕСЉП је оценио да у овом случају није дошло до кршења одредаба ЕКЉП о законитим основама лишавања слободе, с обзиром на то да је бугарски суд одлуку донео на основу саслушања малолетница и у складу са законом прописаним процедурама. Осим тога, малолетнице су лишене слободе јер родитељи, како је правилно утврђено, нису били у могућности да се адекватно старају о њима, а лишење слободе је подразумевало и примену одговарајућих едукативних садржаја.

Ипак, ЕСЉП је утврдио да јесте дошло до повређивања ЕКЉП у погледу претходног смештања две од пет малолетница у установу за привремени смештај деце у кризним ситуацијама,

²⁵ У питању су деликти који могу бити извршени само од стране малолетних лица, односно реч је о инкриминисању понашања за која пунолетна лица не би могла кривично одговарати. Међу статусне деликте спадају: опијање, скитња, просјачење и слично, а за њих могу одговарати деца у Енглеској и Велсу, Шкотској, Бугарској, Естонији, Финској и још неким државама. М. Шкулић, Малолетничко кривично право, Правни факултет, Београд 2011., 84.

²⁶ Представка бр. 51776/08, пресуда од 29. новембра 2011. године.

будући да је такву одлуку донело локално административно тело, а не суд у законито спроведеном поступку који лишавање слободе нужно изискује.

3.1.2. X. против Швајцарске

У случају петнаестогодишњег X. против Швајцарске²⁷ током 1977. године покренута је истрага због више лакших кривичних дела, пошто су годину дана раније, због других кривичних дела, према младићу већ биле примењене едукативне мере. Но, током истраге јавни тужилац је одлучио да малолетника упути у посебну установу на посматрање, не би ли се што боље оцениле малолетникове потребе. Малолетник је упућен на посматрање у трајању од месец дана, а како се ово време показало као недовољно, тужилац је затражио да суд продужи период посматрања за још пет месеци, што је и учињено. Након што је прошло укупно шест месеци, јавни тужилац је предложио да малолетник остане у установи до суђења, са образложењем да извештаји о малолетнику још нису спремни и да би раније напуштање установе отежало спровођење мере упућивања у образовни центар коју је тужилац намеравао да предложи као најпримеренију у датим околностима. Када се саберу сва продужења периода посматрања, малолетник је провео осам месеци у установи, пошто су током тог времена његови захтеви да буде пуштен одбијани.

Малолетник је у представци поднетој Европском суду навео да је био затворен противно чл. 5, ст. 1 ЕКЉП, са чиме се овај суд није сложио. Наиме, ЕСЉП је био становишта да је примењено лишавање слободе ради вршења васпитног надзора и уз образовне садржаје, те да су надлежни у свему испоштовали законске процедуре. Друго је питање да ли је период од осам месеци можда био претеран, али у ово питање ЕСЉП није залазио нашавши да је о њему одлучивала компетентна инстанца у националним оквирима.

Занимљиво је да је се X. жалио и на то што је у установи радио у столарској радионици уз минималну накнаду, сматрајући да је такав поступак по свом карактеру дискриминаторски, јер се пунолетна лица не могу обавезивати да раде током притвора, а ни иначе. Но, ЕСЉП је утврдио да се рад у специјализованој радионици не може сматрати принудним радом, већ да су у питању активности које служе образовању и обучавању.

²⁷ Представка бр. 8500/79, пресуда од 14. децембра 1979. године.

3.1.3. Ичин (Ichin) и остали против Украјине

У предмету Ичин и остали против Украјине,²⁸ реч је о два дечака, старости од 12 и 13 година, који су почетком 2004. године били осумњичени за крађу намирница и других предмета из школске кантине. Непосредно после овог догађаја, малолетници су у станици полиције признали крађу, па средином јануара исте године бивају смештени у установу за малолетнике затвореног типа. У том моменту није предузета ни једна радња у смислу кривичног процесуирања, али је одлуку о затварању малолетника донео истражни орган уз сагласност тужиоца, образлажући је тиме да постоји бојазан да би малолетници на слободи могли предузети социјално неподобна дела. Наиме, дечаци су потицали из многочланих сиромашних породица, остваривали су слабе резултате у школи, а родитељи нису били у стању да их адекватно надзиру.

Дечаци су у установи остали око месец дана. Потом је у марту исте године отпочео кривични поступак, с тим што је у августу 2004. године исти обустављен, уз образложење да су малолетници исувише млади да би сносили кривичну одговорност,²⁹ па је предмет преусмерен надлежном суду ради одлучивања о евентуалном изрицању обавезних едукативних мера.

Почетком фебруара 2005. године дечацима је изречен само укор.

Малолетници су се обратили Европском суду,³⁰ па су у представи, између осталог, истакли да су били лишени слободе противно чл. 5, ст. 1 ЕКЉП. ЕСЉП се сложио са овом тврдњом, закључивши да малолетници нису били лишени слободе у складу са чл. 5, ст. 1, тач. ц ЕКЉП (*законито лишење слободе ради привођења лица пред надлежну судску власт због оправдане сумње да је извршено кривично дело, или када је то потребно како би се предупредило извршење кривичног дела или бекство*), с обзиром на

²⁸ Представке бр. 28189/04 и 28192/04, пресуда од 21. децембра 2010. године.

²⁹ У Украјини се кривични поступци према малолетницима узраста од 11 до 18 година воде пред судовима опште надлежности, с тим што почев од 2003. године у малолетничким предметима поступају посебно обучене судије. Но, кривичноправна регулатива предвиђа посебна правила када је реч о малолетницима узраста између 11 и 14 година и антисоцијалним понашањима налик на кривична дела, тако да се овим лицима, за та дела, уместо кривичних санкција могу изрећи мере едукативног карактера. D. O'Donnell, *Assessment of Juvenile Justice Reform Achievements in Ukraine*, UNICEF Regional Office for Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States, Geneva 2009., 14, 15.

³⁰ Треба поменути да се, уз Украјину, издваја тек неколико држава против којих се учестало подносе представке због наводног непоштовања ЕКЉП. Тако се почетком 2007. године чак 57% активних предмета односило на представке против Русије, Румуније, Турске, Украјине и Пољске. L. Helfer, „Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime“, *The European Journal of International Law* 1/2008, 157.

то да у време њиховог задржавања у установи није било иницирања кривичног поступка, нити предузимања претходних радњи у вези са тим. Такође, малолетници нису били лишени слободе ни у складу са чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП (*лишење слободе малолетног лица у сврху васпитног надзора или ради привођења надлежној власти*), будући да су у установи у којој су малолетници боравили пре свега спровођене мере које имају за циљ упознавање са личношћу и социјалним контекстом малолетних преступника, те мере за одржавање безбедности у установи, али не и мере образовног карактера.

3.1.4. Буамар (Buamar) против Белгије

Петнаестогодишњи Буамар је у време на које се случај³¹ односи био малолетник са породичним проблемима и израженим поремећајем понашања, те је боравио у малолетничким установама, а у мају 1978. је осумњичен за извршење више кривичних дела. Тада важећи белгијски закон предвиђао је примену разноврсних мера социјалне заштите, уз избегавање кривичног поступка према деци, тако да ни у овом случају није покренут поступак за утврђивање кривичне одговорности, већ је Буамар препуштен органима социјалног старања. Међутим, дечак је наставио са делинквентним понашањем, при чему органи социјалног старања нису имали где да га сместе и поред потребе за заштитом затвореног карактера, јер није постојала одговарајућа институција за збрињавање малолетника са веома сложеним поремећајима понашања.

Сходно томе, малолетник је током 1980. године у девет наврата притваран у истражни затвор, при чему се суд позивао на одредбу која предвиђа да се, у случају када је фактички немогуће наћи појединца или установу која одмах може да прими малолетника, оно може привремено послати у истражни затвор на период краћи од петнаест дана. Суд је чак истицао и да је једна од социјалних установа одбила да прими малолетника. Уз одговарајуће прекиде, Буамар је у периоду од јануара до новембра 1980. године био лишен слободе укупно 119 дана, а у паузама је боравио код чланова породице, с тим што је сваки пут поново испољавао делинквентно понашање.

После деветог притварања суд је наложио привремено ослобађање младића, и враћање у породицу уз надзор начелника службе за социјално старање о малолетницима. Након тога, малолетник више није поново притваран у истражни затвор и његово

³¹ Представка бр. 9106/80, пресуда од 29. фебруара 1988. године.

понашање се побољшало. Суд за малолетнике је потом током 1981. године предмет препустио надлежности редовног суда, али никада није дошло до даљег процесуирања.

Буамар се у својој представи упућеној Европском суду, између осталог, позивао на то да се његово притварање у девет наврата супротставља чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП. Наиме, околности под којима је он био притворен нису се могле ни изблиза окарактерисати као вршење васпитног надзора. Осим тога, он јесте био привођен надлежној власти, односно извођен пред малолетнички суд, али је за те потребе било довољно и краткотрајно лишавање слободе у трајању од свега неколико часова.

ЕСЉП је утврдио да је у овом случају дошло до повреде чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП. Наиме, само притварање у првом моменту није морало нужно да обухвата и образовне садржаје, али је у одсуству таквих садржаја притвор смео да траје тек толико колико је неопходно да се малолетник у наредним данима подвргне образовном и васпитном надзору,³² то јест такав притвор је смео служити само увођењу у режим који заиста одговара потребама малолетника. Даље, ЕСЉП је констатовао да непостојање потребних капацитета и институција које би могле поступати спрам малолетника са тежим поремећајима у понашању не оправдава начин на који су надлежни у Белгији поступили у овом случају.

3.2. Анализа случајева

Поставља се питање да ли постојање посебног основа за лишавање слободе из чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП, који фигурира уз све друге постојеће основе, можда доводи до претераног ширења опсега алтернатива под којима малолетници могу бити смештени у резиденцијалне институције. Ово питање посебно проистиче из случајева Ичин и остали против Украјине, те Х. против Швајцарске. При томе треба имати у виду да је кључни постулат у реаговању на малолетничку делинквенцију рестриктивно прибегавање институционализацији и званичном процесуирању којим би се деца додатно криминализовала и стигматизовала.³³

³² Појам васпитног надзора не треба схватати рестриктивно, односно само у смислу обезбеђивања наставе у школској установи са стандардним учioniцама, јер долазе у обзир и сви други примерени облици едукације. В. Koniarska против Уједињеног Краљевста, представка бр. 33670/96, пресуда од 12. октобра 2000. године

³³ О томе да је упуштање у криминално понашање само пролазна фаза у животу већине малолетних учинилаца кривичних дела. Т. Moffitt, „Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy“, Psychological Review 4/1993, 674 701.

Осим тога, при примени васпитног надзора и затварања ради привођења надлежној власти у смислу чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЈП, отвара се питање различитих инстанци које доносе одлуку о лишавању слободе,³⁴ на шта указује случај А. и остали против Бугарске. Наиме, када је реч о „класичном“ притварању како малолетних, тако и пунолетних лица, већином није спорно да одлуку о лишавању слободе доноси, или бар преиспитује, суд, док при лишавању слободе ради примене васпитног надзора и других облика институционализације таква овлашћења могу да имају и административни органи. Тако, у Грузији и Азербејџану постоји могућност да органи управне власти упуте малолетнике у различите резиденцијалне едукативне установе због антисоцијалног понашања. У Азербејџану, штавише, дете које манифестује неприхватљиво понашање може бити принуђено да у установи борави све док не досегне узраст у коме даље школовање није обавезно.³⁵ У Бугарској су деца до недавно такође могла бити смештена у установе резиденцијалног типа сходно налогу административне власти и то на период до шест месеци, с тим што је због замерки више међународних тела дошло до ревидирања закона, тако да сада лишавање слободе изискује одлуку судске власти.³⁶ Нема сумње да давање овлашћења за лишавање слободе органима извршне власти није примерено решење, те пракса указује да такво поступање може да резултира кршењем права малолетника.³⁷

Такође, поставља се питање ограничавања периода током кога малолетно лице може бити лишено слободе у вези са вршењем васпитног надзора и административним поступцима. Наиме, национални прописи углавном децидирано ограничавају најдужи могући период трајања малолетничког притвора у кривичном поступку, као и периоде у којима се оправданост даљег притварања малолетника мора проверавати од стране суда. У случају пружања различитих видова социјалне заштите, временске одреднице нису тако јасне, па су могућа слободнија тумачења, а и надлежнима се оставља значајан степен дискреционе власти. Све ово може битно утицати на право малолетника на слободу.

³⁴ У актуелном тренутку, у великом броју држава, ипак само суд има овлашћења у том погледу. В. С. Hamilton et al., *Administrative detention of children: a global report*, UNICEF, New York 2012., 111.

³⁵ Уколико не говоримо само о Европи, треба поменути да у Кини и у Демократској Републици Кореји административна тела могу да одлучују о упућивању малолетних преступника и малолетника са поремећајима у понашању у едукативне установе затвореног типа. У Кини постоји преко 80 школа за образовно-корективни рад. У овим установама бораве деца која нису могла бити осуђена за кривична дела, услед недостатка доказа или других разлога, а за коју власти сматрају да морају бити подвргнута одређеном третману. Режим у школама је врло строг, оне се не могу напуштати по сопственом нахођењу и у њима се борави између две и три године. Према: С. Hamilton et al., 101-102.

³⁶ С. Hamilton et al, 121-122.

³⁷ Ibid.

Конечно, васпитни надзор у пракси може да подразумева веома различите садржаје и поступке. Тако, државе могу оформити институције у којима се малолетницима обезбеђује адекватан животни стандард и безбедност, али уз одсуство образовних и других садржаја који су доступни малолетницима у отвореном друштву. Поставља се питање да ли се у таквим ситуацијама заправо уопште ради о законитом лишавању слободе.

4. Закључна разматрања

ЕКЉП у чл. 14 гарантује уживање и заштиту права и слобода без икакве могућности дискриминисања било ког физичког лица. Тако и малолетници имају пуно право да захтевају заштиту од неоснованог лишавања слободе, те се у том смислу у значајном броју обраћају Европском суду.

Кључни закључак који са намеће након анализе случајева из праксе Европског суда јесте да при лишавању слободе малолетника ипак важе нека посебна правила.

Наиме, када је реч о ограничавању права на слободу у вези са кривичним поступком, малолетници, чини се, могу рачунати на нешто повољнији положај но одрасла лица. Овде ЕСЉП инсистира на томе да притварање пре суђења траје што краће, па се чак изричито позива на препоруке које сугеришу да лишавање слободе не би смело да потраје дуже од шест месеци, захтевајући од држава да поступају без одуговлачења, хитно и ефикасно.

Но, и поред тога, налазимо да особено поступање при затварању малолетника не би требало доживљавати као фаворизовање ових лица, с обзиром да њихове специфичне потребе и статус захтевају посебан приступ управо зато да би малолетници били изједначени у својим правима са пунолетним лицима,³⁸ а не да би уживали нека посебна и већа права. Наиме, ЕСЉП уважава стварну позицију малолетника као рањивих бића, још увек недовољно зрелих да се самостално старају о својим интересима. Зато се суд не ограничава тек на испитивање исправности примењених процедура, већ настоји да испита какав је реалан положај малолетника лишеног слободе, као што се уосталом интересује и за реалан положај свих

³⁸ Да би максима о једнакости као врхунској вредности заиста служила својој функцији, мора се посматрати у одговарајућем контексту. В. О. М. Arnadóttir, *Equality and Non-Discrimination under The European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague 2003., 10.

других лица која се обраћају овој институцији у жељи да заштите своја права.³⁹ Такође, ЕСЉП настоји да процени да ли се у конкретном случају заиста поштују дух и суштина ЕКЉП, не заборављајући ни на специфичности датог националног система који такође намеће своју логику и правила.⁴⁰

Са друге стране, када је у питању лишавање слободе у вези са административним поступцима, али и делинквентним и антисоцијалним понашањем, онда ЕСЉП не располаже неким прецизнијим проценама о томе колико времена би малолетник смео да проведе у различитим облицима институционалне заштите. На први поглед се чини да оваква пракса није нарочито похвална са становишта заштите права малолетника, посебно уколико се има у виду да у неким земљама долази у обзир и смештање веома младих лица у институције затвореног карактера. Не би ли ублажио овај проблем, а с обзиром на чињеницу да не може да утиче на прописе сваке државе понаособ,⁴¹ нити да захтева да државе ускладе своју регулативу са текстом ЕКЉП,⁴² ЕСЉП инсистира на поштовању одређених гаранција и процедура при лишавању слободе, те на томе да одлуке о лишавању слободе доносе само судови или друге независне инстанце, а не и органи централне и локалне извршне власти.

Тако, и поред тога што се чини да чл. 5, ст. 1, тач. д ЕКЉП омогућава лишавање слободе малолетних лица под условима који нису прецизно дефинисани, налазимо да ЕСЉП заправо не одобрава затварање малолетника под екстензивније схваћеним условима но што је то случај када су у питању пунолетна лица. Наиме, осим што у својим одлукама ова институција позива државе да у што мањој мери и у што краћем трајању затварају малолетнике, она исто тако сугерише државама да малолетничке резиденцијалне установе прилагоде развојним и образовним потребама деце. То значи да установе у којима бораве деца не би требало да подсећају на суморне, тоталитарне установе у којима се примењује строг режим уз обиље дисциплинских мера и друштвену искљученост. Самим тим лишавање слободе малолетних лица све мање служи

³⁹ P. Van Dijk, G. Van Hoof, *Theory and Practice of The European Convention of Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague 1998., 74.

⁴⁰ L. Loucaides, *The European Convention on Human Rights, Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2007., 1.

⁴¹ E. Bates, *The Evolution of The European Convention on Human Rights from its Inception to the Creation of Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010., 129.

⁴² W. Wu, „Interrogational fairness under the European convention on human rights“, *International Journal of Law, Crime and Justice* 1/2011, 38-39.

изоловању, док је нагласак на разноврсним садржајима које су државе заправо дужне да обезбеде ради остваривања добробити малолетника, олакшавања њихове социјалне инклузије и обезбеђивања сигурније будућности. Тако се преклапају функције система социјалне заштите који би требало да превенира различите облике патолошког понашања и система малолетничког правосуђа,⁴³ што снажно произлази и из стандарда које пропaгирају Уједињене нације и Савет Европе. На случајеве лишавања слободе који нису пропраћени одговарајућим програмима и образовним садржајима, и који се свде тек на ограничавање слободе кретања, ЕСЉП реагује неодобравањем и досуђивањем адекватне надоканаде за претрпљену нематеријалну штету.⁴⁴ То несумњиво потврђују случајеви које смо укратко приказали.

Дакле, закључујемо да ЕСЉП посматра текст ЕКЉП као живи инструмент који се не може интерпретирати изоловано од актуелног тренутка и контекста.⁴⁵ То значи да при одлучивању о правима малолетних лица ова институција и те како уважава међународне документе који, од осамдесетих година прошлог века и надаље, инсистирају на што бољој заштити и све богатијем корпусу права деце. Све ово би, на крају, требало да резултира правним статусом малолетника који ако није бољи, свакако не треба да буде ни гори од статуса одраслих лица.

⁴³ Љ. Радуловић, Криминална политика, Правни факултет, Београд 1999., 171.

⁴⁴ K. Reid, *A Practitioner's Guide on The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, London 2012., 833.

⁴⁵ J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, Manchester, UK 1988, 73; A. Mowbray, *Cases and Materials on The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2007., 10.

Milica Kovačević, Ph.D

Teaching Assistant, University of Belgrade, Faculty of Special Education and Rehabilitation

Veljko Turanjanin

Teaching Assistant, University of Kragujevac, Faculty of Law

JUVENILE'S RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY AND THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - PRIVILEGED OR EQUAL?

Summary

According to the provisions of The European Convention of Human Rights (ECHR), everyone has the right to liberty and security of person. Article 5 of ECHR specifically enumerates the grounds which can lawfully justify a deprivation of liberty. However, apart from the detention after conviction by a competent court, detention after arrest or detention in order to preserve public safety, minors can also be detained for the purpose of educational supervision and for the purpose of bringing a minor before the competent legal authority. The aim of this paper is to analyze case-law of the European Court of Human Rights, in order to point out to special circumstances that enable the lawful detention of a juvenile and, also, in order to compare the position of juveniles with the position of adults in reference to the protection of the right to liberty. Also, it is questionable if minors are entitled to a better protection against the deprivation of liberty than adults. Nevertheless, it is also questionable if, in reference to educational supervision, there is a possibility of detaining a minor under extensively defined grounds, although, over the last several decades, there has been an internationally established notion that a minor should be detained only as a last resort and for the shortest appropriate period of time.

Key words: The European Court of Human Rights. - Right to liberty and security. - Juveniles. - Educational supervision.