

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

**ISSN 0039 2138**

**UDK 34**

# **STRANI PRAVNI ŽIVOT**

**2/2013**

**Beograd, 2013.**

## **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 Jovan Ćirić**

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 Čeranić**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo  
**Dr Katarina Jovičić**  
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo  
**Dr Ana Knežević Bojović**  
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](mailto:institut@icl.org.rs), [www.comparativelaw.info](http://www.comparativelaw.info)

tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

## SADRŽAJ:

### ČLANCI

- Matthew Parish*  
SUDSKA POLITIKA I RATOVI NA BALKANU.....9
- Gregg Barak*  
ON THE RHETORIC AND REALITY OF  
FIGHTING FINANCIAL FRAUD ON WALL STREET.....21
- Nataša Mrvić-Petrović*  
DEKRIMINALIZACIJA KLEVETE – SUPREMACIJA  
SLOBODE IZRAŽAVANJA U ODNOSU NA ČAST I UGLED.....43
- Boris Krivokapić*  
ODNOS MEĐUNARODNOG I UNUTRAŠNJEG PRAVA.....59
- Dragan Jovašević*  
NEPODOBAN POKUŠAJ U UPOREDNOM  
KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU.....105
- Dejan Šuput*  
KRIVIČNOPRAVNO SANKCIONISANJE NAMEŠTANJA  
SPORTSKIH REZULTATA - NEHARMONIZOVANOST  
ZAKONODAVSTAVA EVROPSKIH DRŽAVA.....119
- Љубинко Митровић*  
ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У  
ПРЕКРШАЈНИМ СТВАРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ -  
прекршајни налог и споразум о санкцији.....137
- Aleksandra Rabrenović*  
ISTORIJSKI RAZVOJ KONTROLE JAVNE  
POTROŠNJE U VELIKOJ BRITANIJI.....153

<b><i>Dragana Petrović</i></b> EUTANAZIJA I PRUŽANJE POMOĆI U SAMOUBISTVU KRIVIČNA ODGOVORNOST ZA POMAGANJE PRI SAMOUBISTVU.....	167
<b><i>Александар Мојашевић</i></b> <b><i>Дејан Јанићијевић</i></b> ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРОПОРЦИОНАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ.....	185
<b><i>Милан Благојевић</i></b> СПЕЦИФИЧНОСТИ ЈЕДНОГ ИЗВОРА УСТАВНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....	207
<b><i>Марија Величковић</i></b> ЈАВНЕ НАБАВКЕ У РЕПУБЛИЦИ ИРСКОЈ.....	221
<b><i>Велимир Живковић</i></b> ПРЕФЕКТИ И ДЕКОНЦЕНТРАЦИЈА УПРАВЕ У ФРАНЦУСКОЈ.....	245
<b><i>Ivana Rakić</i></b> ЕКСТЕРНА РЕВИЗИЈА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ – ПРИМЕР ХРВАТСКЕ.....	275
<b><i>Dana Dobrić</i></b> <b><i>Adriana Matijević</i></b> КОРУПЦИЈА У ЈАВНОЈ УПРАВИ S OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU.....	291
<b><i>Катарина Тасић</i></b> ПОСЛОВНА (НЕ)СПОСОБНОСТ МЛАЂИХ МАЛОЛЕТНИКА.....	315
<b><i>Александар Марковић</i></b> УЛОГА ПОКРЕТА НЕСВРСТАНИХ У 21. ВЕКУ.....	335

## TABLE OF CONTENTS:

### ARTICLES

<i>Matthew Parish</i> JUDICIAL POLITICS AND THE BALKANS WARS.....	9
<i>Gregg Barak</i> ON THE RHETORIC AND REALITY OF FIGHTING FINANCIAL FRAUD ON WALL STREET.....	21
<i>Nataša Mrvić-Petrović</i> DECRIMINALIZATION OF DEFAMATION – SUPREMACY THE FREEDOM OF EXPRESSION TO THE RIGHT OF HONOR AND DIGNITY.....	43
<i>Boris Krivokapić</i> PROBLEM OF RELATION BETWEEN INTERNATIONAL AND MUNICIPAL LAW.....	59
<i>Dragan Jovašević</i> IMPOSSIBLE ATTEMPT IN COMPARATIVE CRIMINAL LEGISLATION.....	105
<i>Dejan Šuput</i> CRIMINAL SANCTIONING OF MATCH FIXING- Example of uneven legislative practice of the European countries .....	119
<i>Ljubinko Mitrović</i> SIMPLIFIED FORMS OF TREATMENT IN MISDEMEANOR MATTERS IN REPUBLIC OF SRPSKA.....	137
<i>Aleksandra Rabrenović</i> HISTORICAL DEVELOPMENT OF PUBLIC EXPENDITURE CONTROL IN GREAT BRITAIN.....	153

<b><i>Dragana Petrović</i></b> EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE SERVICE CRIMINAL LIABILITY FOR SUPPORTING THE SUICIDE.....	167
<b><i>Aleksandar Mojašević</i></b> <b><i>Dejan Janićijević</i></b> ECONOMIC ANALYSIS OF PROPORTIONAL LIABILITY.....	185
<b><i>Milan Blagojević</i></b> SPECIFICS OF ONE SOURCE OF CONSTITUTIONAL LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA .....	207
<b><i>Marija Veličković</i></b> PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF IRELAND.....	221
<b><i>Velimir Živković</i></b> PREFECTS AND THE DECONCENTRATION OF ADMINISTRATION IN FRANCE.....	245
<b><i>Ivana Rakić</i></b> EXTERNAL AUDIT IN THE PUBLIC SECTOR – THE EXAMPLE OF CROATIA.....	275
<b><i>Dana Dobrić</i></b> <b><i>Adriana Matijević</i></b> CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF CROATIA.....	291
<b><i>Katarina Tasić</i></b> INCOMPETENCE IN TERMS OF LEGAL AFFAIRS OF YOUNGER JUVENILES.....	315
<b><i>Aleksandar Marković</i></b> ROLE OF THE NON-ALIGNED MOVEMENT IN THE 21st CENTURY.....	335



---

**Matthew Parish<sup>1</sup>,**  
**M.A. (Cambridge), LL.M & S.J.D (Chicago)**  
Partner, Holman Fenwick Willan, Geneva

Originalni naučni rad  
UDK: 341.645.5

## **SUDSKA POLITIKA I RATOVI NA BALKANU**

Šta razlikuje legitimne vojne akcije od ratnih zločina? Na ovo pitanje nema lakog odgovora. Činjenica da su ubijani civili nije, sama po sebi, dovoljna. Svaki rat uključuje smrt nevinih ljudi. Da li je bitno koliko civila pogine? U operaciji Oluja, zajedničkoj hrvatsko-američkoj vojnoj akciji usmerenoj ka proterivanju čitavog srpskog stanovništva Krajine u avgustu 1995. godine, ubijeno je do 2,000 ljudi (ne postoje tačne cifre). Da li je ovo bio gubitak života koji ima opravdanje, imajući u vidu vojne ciljeve čitave akcije? U svojoj presudi od 16. novembra 2012. godine, Apelaciono veće Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKTBJ) presudilo je upravo tako. Ožalošćene porodice mrtvih moraju naći utehu u činjenici da je ubistvo njihovih članova porodice i rođaka bilo uzgredna posledica adekvatne vojne akcije i da se kao takvo treba tolerisati.

Procesuiranje ratnih zločina nije samo stvar brojanja mrtvih. Goran Jelišić, nazvan „Srpski Adolf”, odgovoran za egzekucije ratnih zarobljenika u severnom bosanskom gradu Brčku, je osuđen od strane MKTBJ na 40 godina zatvora i pored toga što je ubio nekoliko desetina ljudi. Kontrasta radi, sudijsko veće je osudilo hrvatske vojne komandante odgovorne za Oluju, Ante Gotovinu i Mladena Markača, na svega 24 i 18 godina zatvora ponaosob. Jelišić je vršio ubistva iz neposredne blizine; Gotovina i Markač su nadgledali kampanju nemilosrdnog granatiranja koja je rezultovala ubistvima stotina ljudi sa razdaljina jednakih dometu minobacača.

---

<sup>1</sup> [www.matthewparish.com](http://www.matthewparish.com)

Ispaljivanje granata koje brutalno ubijaju žene i decu u njihovim domovima je izgleda značajno manje ozbiljno od pucanja u glavu iz blizine, iako je broj ljudi koji ginu kao rezultat granatiranja nekoliko redova veličina veći. A sada je Apelaciono veće presudilo, posle dodatnog razmišljanja, da kasapljenje minobacačima zapravo uopšte i nije kriminalni akt. Gotovina i Markač nisu krivi nizašta. Nalaze se kod kuće u Hrvatskoj, slobodni da se kandiduju na visoke političke položaje kao ratni heroji.

Logika kojom je Tribunal stigao do svog zaključka je intrigantna. Svi gradovi podvrgnuti bezobzirnoj artiljerijskoj vatri bili su, sudije su presudile, legitimne vojne mete. Činjenica da su granate padale u dvorišta civila nije od značaja. Prvostepeno sudsko veće je presudilo da bilo koja meta koja je 200 metara udaljena od srpskog vojnog položaja ukazuje na neproporcionalni manjak brige za civile. Pravilo o 200 metara (zašto ne 150? ili 300?) je bilo na svoj način arbitrarno, ali je odslikavalo intuiciju sa određenom moralnom podlogom. Bezobzirno granatiranje grada punog civila će dovesti do smrti mnoštva ljudi, i te smrti ne mogu biti opravdane tako što će se prosto reći da u tom gradu takođe igrom slučaja postoje i srpske policijske stanice ili kasarne. Ako se puca na mete koje su značajno udaljene od vojnih postrojenja, onda to u najmanju ruku ukazuje na bezobzirni nemar prema životima nevinih ljudi.

Apelaciono veće usmerilo se na arbitrarnu prirodu pravila o 200 metara, ali je odbilo da ga zameni bilo čim drugim. Zato što je bilo arbitrarno, svi zaključci o krivici stoga moraju biti poništeni. Otuda nije moglo biti presuđeno da je bilo bezobzirnog ciljanja civila i stoga takođe nije bilo ni „udruženog zločinačkog poduhvata” da civili budu ciljani. Na taj način je otpala čitava optužnica i optuženi su oslobođeni.

Kao stvar pravne logike ovo je van razuma i uvredljivo, što su pokazala i oštro kritikujuća odvojena mišljenja dvojice od pet sudija Apelacionog veća. Logika je slična kao kada bi se reklo da zato što je Sarajevo imalo vojne mete tokom rata u Bosni bezobzirno granatiranje i ubijanje snajperom civila u njemu je zapravo opravdano kao kolateralna šteta. Nema sumnje da će se gospoda Karadžić i Mladić sada osloniti na ovakvu logiku u svojim odbranama; i prateći precedent Gotovine, teško je objasniti zašto i ne bi mogli tako da učine.

U domenu poznavanja istorije, zaključak Apelacionog veća je takođe u neskladu sa utvrđenim strateškim ratnim ciljevima. Granatiranje Knina i drugih gradova u srpskoj Krajini nije bilo samo bezobzirno. Bilo

je namerno, preduzeto sa ciljem eliminacije čitave srpske populacije regiona, i bilo je u tome uspešno. To je jedan od najjasnijih i najuspešnijih primera etničkog čišćenja u svim ratovima na prostoru bivše Jugoslavije. Oko 250.000 srpskih civila bilo je prinuđeno da napusti ova područja u svega četiri dana. Na humanitarnom nivou, operacija Oluja je bila moralna katastrofa i ljudska tragedija.

Zašto je onda Apelaciono veće došlo do tako odbojne presude, suprotno dokazima i zdravom razumu? Jasno je da na to nisu bili primorani pravnim rezonom; petoro sudija (tri u sudskom veću i dvoje nesaglasnih u Apelacionom) došli su do suprotnih zaključaka. Jurisprudencija MKTBJ je uvek bila kreirana *ad hoc*, i iz tog razloga sudije raspolazu ogromnom moći diskrecionog odlučivanja. Pojam „udruženog zločinačkog poduhvata” izmišljen je kao novi koncept kako bi ljudi bili osuđeni za ratne zločine u slučajevima kada su dokazi njihovog direktnog učešća u ubistvima ili drugim aktima nečovečnosti bili tanki.

U magli rata često je nemoguće utvrditi ko je ubio koga, kada, da li je to učinjeno po naredbi pretpostavljenih ili koji su pretpostavljeni znali šta se uopšte događa. Ovo je još teže u pogledu ratova u bivšoj Jugoslaviji, gde je nasilje bilo krvavo, sve strane su sprovodile operacije putem paravojnih milicija, komandne strukture su bile nejasne a pisane naredbe retke. Način otkrivanja činjenica karakterističan za domaće sudove i slučajeve običnih krivičnih dela nije bio dostupan MKTBJ. Uprkos tome, Tribunal nije mogao osloboditi svakog ko bi došao pred njega. To bi izazvalo podsmeh a njegovi međunarodni donatori bi da ubrzo napustili. Stoga je udruženi zločinački poduhvat stvoren kao sveobuhvatna pravna teorija za osuđivanje optuženih bez dokaza koji bi bili potrebni za domaće krivičnopravne standarde.

Civili su stradali i stanovništvo je nasilno premeštano. Konkretno optuženi je bio deo grupe ljudi koja je na jedan ili drugi način učestvovala u događajima. Stoga je optuženi kriv nezavisno od toga šta je znao, želeo, uradio ili nameravao. Takva je bila logika jurisprudencije MKTBJ do skora, i ovakav *ratio* za masovne osude se savršeno uklapao u činjenice slučaja Gotovine i Markača.

Otuda odluka Apelacionog veća predstavlja (možda jedinstven) slučaj napuštanja najjačeg oružja MKTBJ za obezbeđivanje presuda. Razlog zašto je Apelaciono veće usvojilo ovakav pravac delovanja u pogledu operacije Oluja je politički. Hrvatska je pred vratima EU. Gotovina

je hrvatski ratni heroj. Uživa tako masovnu popularnost da je hrvatska Vlada morala da bude viđena kako intenzivno lobira u njegovu korist. U ovome su im pomogle SAD, koje su nezvaničnim putevima isticale nezadovoljstvo njegovom osudom. Američka vlada je planirala i obezbedila materijalnu podršku Oluji, kroz aktivnosti CIA i Ministarstva odbrane. Nikada se ne bi dogodila bez odobrenja SAD. Ričard Holbruk odlučio je da izdejstvuje kontroverznu vojnu operaciju zato što je smatrao da je sveobuhvatan srpski vojni poraz bio suštinski važan da bi se bosanski Srbi doveli za pregovarački sto u cilju postizanja rešenja za rat u Bosni.

Ako je Knin pao sa otvorenom podrškom SAD, Banja Luka bi mogla biti sledeća. Krajina je bila otvoreno upozorenje bosanskim Srbima da pristanu na dogovor u Dejtonu ili će biti temeljno uništeni. Takva je bila realpolitika ratova u bivšoj Jugoslaviji, i američka administracija u to vreme je prihvatila stav da neminovni gubitak civilnih života koji prati operaciju Oluja predstavlja prihvatljivu cenu za postizanje strateškog cilja obezbeđivanja nepovredivih granica Hrvatske i dugotrajno regionalno primirje kroz mir u Dejtonu. Gotovina i Markač su bili izvršiocu Amerike u ovom kontroverznom projektu, i presude njima od strane MKTBJ alar-mirale su mnoge u Vašingtonu u pogledu sopstvenog učešća u događajima.

Otuda i naočigled čudni poništaj ranije presude od strane Apelacionog veća može biti uverljivo shvaćen ne kao neobjašnjivo pravno dešavanje, već kao rezultat intenzivnog političkog lobiranja. Predsednik veća je Amerikanac, i dvojica sudija koja su glasala kao i on su državljani američkih saveznika, Turske i Jamajke. Nasuprot tome, sudije koje se nisu slagale bile su iz Italije i sa Malte. Veće koje je jednoglasno osudilo optužene bilo je sastavljeno od sudija iz neutralnijih zemalja, Letonije, Holandije i Zimbabvea. U velikom prelazu MKTBJ jurisprudencije od osuđujuće presude do oslobađanja vidimo povećanu dominaciju političkog uticaja SAD u suđenju Gotovini, da bi se opravdao ratni akt u kome je vlada SAD igrala suštinsku ulogu.

Nekome se može ne sviđati da razmišlja o sudovima kao subjektima političkih igara ili organima politike velikih sila. Kroz prizmu politike, lako je videti presudu MKTBJ kao sramotu. Ali to ne bi bilo potpuno predstavljeno činjenično stanje. MKTBJ, sud rođen iz političke potrebe, bio je i sam proizvod sramote, konkretno neaktivnosti međunarodne zajednice suočene sa otvoreno činjenim zločinima tokom ratova u bivšoj Jugoslaviji. Da bi ubedile svet da nešto čine, Ujedinjene nacije stvorile

su sud za počiniocce ratnih zločina. To nije sprečilo dalje zločine; samo je stvorilo glomaznu birokratiju koja još uvek procesuirala svoj skromni broj predmeta osamnaest godina pošto su poslednji meci ispaljeni u Oluji. (Gotovina i Markač su čekali preko sedam godina na razrešenje svojih slučajeva, blizu rekorda u neefikasnosti krivičnog prava.)

Tribunal je jasno shvatio svoj mandat: osuđivati ljude, i tako demonstrirati da međunarodna zajednica neće tolerisati ekscese građanskog rata. Ovo je bila rezervna opcija; niko izvan regiona nije bio spreman da iskoristi vojnu silu da bi intervenisao i sprečio krvoproliće. Od tog doba je MKTBJ evoluirao u nesputanog Behemota, narušavajući tek početni razvoj koherentnog i nepristrasnog režima međunarodnog krivičnog prava i pozicionirajući se kao kvazi-sud podložan političkom uticaju: otuda i daleko veći broj optužnica, presuda i dužine kazni usmerenih ka optuženima iz nekih nacija nego drugih. U isto vreme Tribunal je apsorbovao preko 1,5 milijarde dolara finansiranja, učinivši ga najskupljom sudskom institucijom u istoriji kada se gleda prema broju slučajeva. Prezir sa kojim se gleda na Tribunal u regionu govori takođe sam za sebe. Ako je navodni cilj tribunala međunacionalno pomirenje, očigledan je promašaj.

Može se legitimno postaviti pitanje upotrebe bilo kakvog suda da ocenjuje pravičnosti i grehove u ratovima. Koja logika potkrepljuje pretpostavku da su sudije u boljem položaju od istoričara da procenjuju moralnu odgovornost za ratne aktivnosti? Skoro svaki zabeleženi ratni sukob rezultirao je šokantnim gubitkom nevinih života. Odlučivanje o etici u bilo kom ratu se nužno svodi na vaganje smrti i razaranja sa političkim ciljevima. Pravnici i sudije, čija je specijalnost uglavljivanje činjenica i dokaza u uske opisne kategorije pravne odgovornosti, nisu dobro obučeni za balansiranje takvog tipa. Sud istorije se može menjati, kako novi dokazi ugledaju svetlost dana ili se balans moći promeni. Sudovi ne bi trebalo da budu deo ovog procesa. Oni daju neodgovarajuću institucionalnu legitimnost određenim shvatanjima u političkim kontroverzama oko kojih ne može biti finalnih zaključaka.

Operacija Oluja je primer izvršenja masovnih ubistava i etničkog čišćenja. Ponašanje podstrekača i izvršilaca, hrvatskih i američkih, je za svaku osudu. Ali MKTBJ nije trebalo da im sudi, osudi niti oslobodi. Čitavo postupak je ispolitizovano montirano suđenje i parodija nepristrasnog deljenja pravde koje civilizovano društvo drži za svetinju. U osvit ove sudske katastrofe, dve tragedije opstaju. Prvo, prijatelji i porodice mrtvih nemaju utehe. Drugo, Pigmalion međunarodne pravde stvoren od strane

MKTBJ će izgleda imati za sudbinu da bude ponavljan. Slične političke slabosti već su se pojavile u jurisprudenciji naslednika, Međunarodnog krivičnog suda.

Konačno, dugotrajni animozitet Srba i Hrvata samo je pojačan zamršenom sagom suđenja Gotovini. Mučan i parcijalan proces sudske politike nije doprineo ništa cilju regionalnog pomirenja. Hrvati se osećaju pravedno, Srbi zgađeno, i stare emotivne rane su otvorene bez potrebe. Međunarodno krivično pravo nema nikakav zabeleženi uspeh u smirivanju etničkih neprijateljstava. Jedina grupa kojoj služi su međunarodni pravници. Čerčil se zalagao za to da optuženi u Nirnbergu treba da budu streljani bez rasprave. Staljin je to sprečio; i on je želeo montirani proces za pokazivanje.

(Prevod: Velimir Živković)

**Matthew Parish<sup>2</sup>, M.A. (Cambridge), LL.M & S.J.D (Chicago)**  
Partner, Holman Fenwick Willan, Geneva

## JUDICIAL POLITICS AND THE BALKANS WARS

What distinguishes legitimate military engagements from war crimes? This is not an easy question to answer. The mere fact that civilians are killed is not in itself sufficient. Every war involves the death of innocent people. Does it matter how many civilians die? In Operation Storm, the Croatian-American joint military action to expel the entire Serb population of Krajina in August 1995, up to 2,000 people were killed (no exact casualty figures exist). Was this a justified loss of life, given the military aims involved? In its judgment on 16 November 2012, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia (ICTY) ruled

<sup>2</sup> [www.matthewparish.com](http://www.matthewparish.com)

that it was. The mourning families of the dead must find solace in the fact that the murder of their relatives was a tolerable incidental consequence of appropriate military action.

Assessing war crimes is not just a matter of counting the dead. Goran Jelisic, the “Serb Adolf” responsible for executing prisoners of war in the northern Bosnian town of Brcko, was condemned by the ICTY to 40 years’ imprisonment despite having murdered only a few dozen people. By contrast the Trial Chamber had sentenced the Croatian military commanders held responsible for Operation Storm, Ante Gotovina and Mladen Markac, to a mere 24 and 18 years respectively. Jelisic had executed people at close quarters; Gotovina and Markac had merely overseen a campaign of relentless shelling that murdered hundreds of people from a distance equal to the range of a mortar. Firing shells that dismember women and children in their own homes is apparently substantially less serious than shooting somebody in the head at point blank range, even if the number of people who die as a result is several orders of magnitude higher. Now the Appeals Chamber has ruled that dismemberment by mortars was not, upon reflection, a criminal matter at all. Gotovina and Markac are guilty of nothing. They are home in Croatia, free to stand for high political office as war heroes.

The logic by which the Court reached this conclusion was intriguing. All the towns subject to indiscriminate artillery shelling were, the Judges ruled, legitimate military targets. The fact that shells landed in civilians’ back gardens did not matter. The Trial Chamber had ruled that any target more than 200 metres from a Serb military position indicated disproportionate lack of concern for civilians. The 200-metre rule (why not 150? Why not 300?) was in one sense arbitrary, but it reflected an intuition with some moral underpinning. Indiscriminate shelling of a town full of civilians is going to kill a lot of people, and those deaths cannot be justified simply by saying that the town just happens also to contain a Serb police station or a barracks. If you are firing at targets a significant distance from a military emplacement, then at the least this indicates reckless disregard for the lives of innocent people.

The Appeals Chamber fastened onto the arbitrary nature of the 200-metre rule, but declined to replace it with anything else. Because it was arbitrary, all conclusions of guilt relying upon it must be quashed. Therefore there could be no finding of indiscriminate targeting of civilians, and therefore there was no “joint criminal enterprise” to target ci-

vilians either. Hence the entire prosecution fell away and the defendants were acquitted.

As a matter of legal logic this was outlandish and offensive, as the excoriating dissenting opinions of two of the five judges in the Appeals Chamber made clear. It is akin to saying that because Sarajevo contained military targets in the Bosnian war, therefore the indiscriminate shelling and sniping of its civilians was justified as collateral damage. No doubt Messrs Karadzic and Mladic will now rely upon precisely this logic in their own defences; and following the Gotovina precedent, it is hard to explain why they ought not to be allowed to do so.

As a matter of historical record the Appeal Chamber's conclusion is also incongruous with the known strategic goals of the war. The shelling of Knin and other towns in Serb-occupied Krajina was not just indiscriminate. It was deliberate, undertaken with a view to expelling the entire Serb population of the region, and it was effective. It was one of the clearest and most successful instances of ethnic cleansing in all the Yugoslavian wars. Up to 250,000 Serb civilians were forced to flee the region in a mere four days. On a human scale, Operation Storm was a moral outrage and a human tragedy.

Why then did the Appeals Chamber reach so repellent a conclusion, contrary to all evidence and common sense? Clearly they were not compelled to do so as a matter of legal logic; five Judges (three in the Trial Chamber and the two dissenters on appeal) had drawn the reverse inference. The jurisprudence of the ICTY has always been created *ad hoc*, and hence its Judges wield massive discretion. The notion of a "joint criminal enterprise" (JCE) was invented from scratch to convict people of war crimes, where the evidence of their direct participation in murder or other acts of inhumanity was thin.

Amidst the fog of war it is often impossible to establish who killed whom, when they did so, whether they did so pursuant to orders of superiors, or which superiors knew what was happening at all. This was all the more the case in the Yugoslavian wars, where violence was internecine, all sides were operating through informal militias, command structures were ambiguous and written instructions were infrequent. The type of detailed fact-finding typical in domestic courts necessary to convict wartime participants of ordinary crimes was impossible for the ICTY. However the Court could not therefore acquit everyone who came before it. It would

have become a laughing stock, and its international donors would soon have abandoned it. Hence JCE was invented as a catch-all legal theory to convict defendants without evidence adequate to a domestic criminal standard.

Civilians died and populations were forcibly transferred. A given defendant was part of a group of people who participated in one way or another in the events. Therefore the defendant is guilty irrespective of what he or she knew, wanted, did or intended. Such has been the logic of the ICTY's jurisprudence to date, and this rationale for blanket convictions fitted the facts of the Gotovina and Markac cases impeccably.

Hence the Gotovina appeal judgment represents a (possibly singular) abdication of the ICTY's most powerful weapon to secure convictions. The reason the Appeals Chamber adopted this course over the Operation Storm convictions is political. Croatia is shortly to join the EU. Gotovina is a Croatian war hero. He is so massively popular that the Croatian government has had to be seen to lobby intensively in his support. In this they have been reinforced by the USA, which expressed private unease about his conviction. The US government planned and provided material support to Operation Storm, through both the CIA and the Department of Defense. It could never have occurred without US approval. Richard Holbrooke decided to push the controversial military operation because he considered a comprehensive Serb military defeat essential to force the Bosnian Serbs to the negotiating table in reaching a resolution to the Bosnian war.

If Knin fell with overt US support, Banja Luka might be next. Krajina was an open warning to the Bosnian Serbs to reach a deal at Dayton or they would be comprehensively destroyed. Such was the *realpolitik* of the Yugoslavian wars, and the US administration at the time adopted the view that the inevitable loss of civilian life accompanying Operation Storm was a worthwhile price to achieve the strategic goal of securing inviolable borders for Croatia and a long-term regional armistice envisioned in the Dayton Peace Accords. Gotovina and Markac were America's handmaidens in this controversial project, and their convictions by the ICTY alarmed many in Washington themselves complicit in these events.

Hence the Appellate Chamber's apparently bizarre reversal of the Tribunal's prior judgment might plausibly be understood not as an inexplicable legal contortion but rather as the outcome of intensive political

lobbying. The President of the Appeal Chamber is an American, and the two judges who voted with him are nationals of US allies, Turkey and Jamaica. By contrast the dissenting Judges were Italian and Maltese. The lower tribunal that unanimously convicted the defendants at first instance was composed of Judges from more neutral countries, Latvia, Holland and Zimbabwe. In the shifting sands of ICTY jurisprudence from conviction to acquittal we see the increasing dominance of US political influence in the Gotovina trial, to vindicate an act of war in which the US government played the defining role.

One may not like to think of courts as subjects of political sway or organs of Great Power politics. Viewed through a political lens, it is easy to see the ICTY's judgment in this case as a disgrace. But that would be too incomplete a statement of the facts. The ICTY, a court born of political expediency, was the product of a disgrace, namely international community inaction in the face of open atrocities in the Yugoslavian wars. To persuade the world they were doing something, the United Nations created a court to try perpetrators of war crimes. This did not stop the war crimes; it just created an interminable bureaucracy that is still indulging its modest caseload almost eighteen years after the last shots were fired in Operation Storm. (Gotovina and Markac have each waited over seven years for their cases to be heard, close to a record in the inefficient administration of criminal justice.)

The Court understood clearly its mandate: to convict people, and thereby demonstrate that the international community would not tolerate the worst excesses of ethnic civil war. This was a second-best option; nobody outside the region was prepared to use military force to intervene and prevent the bloodshed. Since then the ICTY has evolved into an unrestrained behemoth, perverting the nascent development of a coherent and impartial regime of international criminal law and establishing itself as a kangaroo court subject to political influence: hence the far higher prosecution and conviction rates, and sentences, for defendants from some national groups than from others. At the same time it has absorbed over US\$1.5 billion in funding, making it the most expensive court in history on a per-case basis. The scorn with which the court is regarded within the region speaks for itself. If the purported goal of the tribunal is inter-ethnic reconciliation, it has been an abject failure.

We might legitimately question the use of any court to adjudicate the rights and wrongs of wars. What is the logic underlying the assumption that Judges are better placed than historians to assess moral culpability for acts of warfare? Almost every war on record has resulted in shocking loss of innocent lives. Adjudicating the ethics of any war is an inevitable matter of weighing death and destruction against political goals. Lawyers and Judges, whose specialist skills are to fit facts and evidence into narrow descriptive categories of legal liability, are not well equipped for balancing exercises of this kind. Historical judgments may change, as more evidence comes to light or the balance of power shifts. Courts should not be part of this process. They lend improper institutional legitimacy to positions in political controversies over which there can be no final conclusions.

Operation Storm was an exercise in mass murder and ethnic cleansing. The conduct of its instigators, Croatian and American, was reprehensible. But the ICTY should never have tried them, should never have convicted them, and should never have acquitted them either. The exercise was a politicised show trial and a parody of the impartial administration of justice that civilised society holds so dear. In the wake of this judicial catastrophe, two tragedies persist. Firstly, the friends and relatives of the dead have no solace. Secondly, the Pygmalion of international justice the ICTY spawned now seems destined to be perpetuated. Similar political fragilities have already emerged in the jurisprudence of its replacement, the International Criminal Court.

Finally, longstanding animosities between Serbs and Croats have been exacerbated by the twisting saga of the Gotovina trial. This tortuous and partial process of judicial politics has contributed nothing to the goal of regional reconciliation. Croats feel vindicated, Serbs disgusted, and old emotional wounds are needlessly reopened. International criminal law has naught to its credit in assuaging ethnic hostilities. The sole constituency it serves is international lawyers. Churchill argued that the Nuremberg defendants should have been shot without debate. Stalin overruled him; he too wanted a show trial.



---

**Prof. Gregg Barak**  
Professor of Criminology & Criminal Justice  
at Eastern Michigan University

Originalni naučni rad  
UDK: 343.37(73)

## ON THE RHETORIC AND REALITY OF FIGHTING FINANCIAL FRAUD ON WALL STREET

### Abstract

*This article reveals the contradictions between the political rhetoric and the legal reality of contesting the Wall Street securities frauds that were responsible for the U.S. financial meltdown of 2008. In the process, it contrasts the non-criminal enforcement of the Wall Street fraudsters with the criminal enforcement or prosecution of high-profile defendants involved in major corporate frauds between 2002 and 2007 and with some 1000 prosecutions involving the Savings and Loans control frauds of the late 1980s. In light of these empirical comparisons, it suggests that when financial institutions are “too big to fail,” they are also “too big to jail.”*

**Keywords:** Corporate Fraud, Securities Fraud, Task Forces, Wall Street.

Six weeks before Attorney General Alberto Gonzales was forced to resign from office in August 2007 for previously having approved the forced resignations of nine “liberal” U.S. attorneys, he stood before hundreds of federal prosecutors and investigators in the Great Hall of Justice to celebrate the fifth anniversary of the creation of the Corporate Fraud Task Force and to declare victory over white-collar corruption. Estab-

lished by an executive order in July 2002, this task force was President George W. Bush's signature response to what was viewed at the time as an epidemic of criminal wrongdoing in corporate America. As Bush's first Attorney General John Ashcroft had stated in his address to the CFTF's national conference on September 27, 2002:

We cannot—we will not—surrender freedom for all to the tyranny of greed for the few. Just over a year ago, Americans were called to defend our freedom from assault from abroad. Today we are called to preserve our freedom from corruption from within. You are the answerers of this call; you are the defenders of this freedom. I am grateful to you all for your leadership, and I thank you for your sacrifice and your steadfast commitment to returning integrity to American markets through justice...<sup>1</sup>

Three months earlier, the Sarbanes-Oxley Act (SOX) had become law, endorsed by many as the most important corporate law reform measure since the passage of the securities and exchange laws of the 1930s.<sup>2</sup> While this law addresses regulatory issues such as accounting oversight, insider trading, the transparency of financial statements, auditor independency, conflicts of interests, and the resource needs of the Securities and Exchange Commission, SOX did not address the effects of the “re-opened” market conditions created by President Bill Clinton when he signed into law the Financial Services Modernization Act of 1999, which repealed that portion of the 1933 Glass-Steagall Act making “it a felony for anyone—banker, broker, dealer in securities, or savings institution—to

---

<sup>1</sup> Attorney General John Ashcroft. “Enforcing the Law, Restoring Trust, Defending Freedom.” *United States Attorney's Bulletin*. May 2003., 4.

<sup>2</sup> F.Cullen, G.Cavender, W.Maakestad, M.Benson, *Corporate Crime Under Attack: The Fight to Criminalize Business Violence*, 2<sup>nd</sup> Ed. Cincinnati, OH: Anderson Publishing, 2006., 323.

engage in the deposit-taking and securities businesses at the same time.”<sup>3</sup> Like Dodd-Frank missed a golden opportunity to restructure securities after the Wall Street meltdown, SOX had missed a similar opportunity to reinstate elements of Glass-Steagall that could have inhibited, if not, prevented the housing boom and bust that facilitated the subsequent economic depression that we are still trying to recover from.

Otherwise known as Gramm-Leach-Bliley, the FSMA had the effect of eliminating the separation between commercial and investment banks in place since the 1930s, turning the financial markets into a free-for-all and establishing a criminogenic environment. The passage of this legislation was the culmination of economic and political elites struggling successfully to fully dismantle the regulatory regime of old, which since the stock market crash of 1929 had prevented economic meltdowns like the Wall Street catastrophe of 2007-08. It was after the 1929 crash that regulations such as Glass-Steagall were created to prevent future speculative debacles.

Lynn Turner, former chief accountant of the SEC, has argued that the existing regulatory system was not broken or outdated, but that it stood in the way of making a lot of “risky money” by way of derivatives and other types of financial instruments. In the name of opening up larger financial supermarkets and allowing “all these businesses under one roof, without a single word in the law requiring regulation of the inherent conflicts,” and by “prohibiting the SEC from being able to require regulation of investment holding companies,” Congress enabled the financial environment that would become one massive system of abuse and fraud<sup>4</sup>.

### **1. Dealing with an epidemic of corporate fraud**

Both Sarbanes-Oxley and the Corporate Fraud Task Force (CFTF) responded to an avalanche of revelations occurring over an eight-month period in 2001 and 2002. Enron had collapsed in the fall of 2001. In March of 2002, Arthur Anderson, the accounting firm that handled the

<sup>3</sup> W. Jackson, *Glass-Steagall Act: Commercial vs. Investment Banking*. Economics Division, Congressional Research Service, 1987., 3.

<sup>4</sup> L. Turner, “The Systematic Dismantling of the System.” *CPA Journal*. May 2009., 16-17.

books for Enron, was charged with obstruction of justice. A few months later, Adelphia Communications announced it was adjusting its earnings statement by a billion dollars to cover hundreds of millions of dollars looted by senior executives. By the time allegations surfaced in June 2002 about the \$3 billion fraud by WorldCom executives, “the leading stock indexes seemed locked in a death spiral, with investors panicked about which public company holding their retirement funds might topple next.”<sup>5</sup> As G.W. Bush told a gathering of federal prosecutors who were discussing the implications of SOX in September 2002, these “high-profile acts of deception in corporate America have shaken people’s trust in corporations, the markets and the economy. The American people need to know we’re acting, we’re moving, and we’re moving fast.”<sup>6</sup>

Like the CFTF, previous and subsequent white-collar task forces are essentially designed to: (1) coordinate the firepower of multiple federal law enforcement agencies, (2) deter wrongdoing in corporate suites, and (3) restore investor confidence. At the task force’s five-year commemoration, Gonzales boasted that the Department of Justice had won an unprecedented 1,236 corporate fraud convictions, including those of 214 chief executive officers and presidents, 53 chief financial officers, 23 corporate lawyers, and 129 vice presidents. The Attorney General claimed: “Our victories have been about more than just compiling statistics or making an example out of one or two bad actors. They have been about preserving the integrity of our corporate boardrooms and our financial markets...about changing a culture...about redefining the way companies do business.”<sup>7</sup>

On the other hand, given the number of high-profile acquittals, hung juries, and appellate reversals, not to mention “the precipitous decline in the number of major corporate fraud indictments” following Bush’s reelection in 2004, *The American Lawyer* (TAL) wanted to know: “Has the problem of corporate fraud really been solved, as Gonzales suggested at his celebration in July? Or has the Justice Department stopped trying as hard to prosecute it?”<sup>8</sup> In the spring of 2006, TAL investigated the Justice Department’s record on corporate fraud prosecutions. Their massive undertaking was not made any easier by the fact that the DOJ does not keep

---

<sup>5</sup> Daphne Eviatar, “What’s Behind the Drop in Corporate Fraud Indictments?” *Corporate Counsel*. November 1, 2007., retrieved from <http://www.law.com/jsp/cc/> (7/28/11).

<sup>6</sup> Quoted in *Ibid.*

<sup>7</sup> Quoted in *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

statistics on corporate fraud (or most other serious white-collar crimes) and could not provide a complete list of the cases Gonzales had counted among his victories.

Nevertheless, *The American Lawyer* was able to create a detailed portrait of the major corporate fraud prosecutions between 2002 and 2007, by examining publicly available case records and win-loss performance statistics as well as interviewing dozens of current and former prosecutors, task force members, and white-collar criminal defense lawyers. TAL found “a highly publicized, top-down strategy that encouraged local prosecutors to charge both corporations and individual defendants with fraud.”<sup>9</sup> The effort had resulted in hundreds of convictions—337 in the cases they tracked from their data on 124 investigations and 440 indictments—with the vast majority, 76 percent, coming through plea deals. Many of these corporate criminals were given significant punishments with more than fifty sentenced to upwards of five years in prison. Among those high-profile CEOs sentenced to prison were Bernard Ebbers of WorldCom and John Rigas of Adelphia.

Prosecutions of high-profile defendants were also lost or failed, some resulting from questionable tactics employed by the DOJ, such as compelling corporate defendants to wave their legal rights. From TAL’s tracking data:

- Twenty-seven defendants were acquitted at trial, including executives at Adelphia, Online Inc., PurchasePro.com Inc., and Qwest Communications Inc.
- Twenty-two mistrials occurred.
- Nine convictions were overturned on appeal, including high-profile defendants from Credit Suisse First Boston and from Merrill Lynch.

TAL’s investigation also found that after issuing detailed reports in 2003 and 2004, the task force stopped reporting its efforts in 2005, just as corporate fraud indictments slowed to a trickle. While their analyses revealed 357 indictments in major corporate cases between 2002 and 2005, there had been only 14 indictments in 2006 and 12 during the first ten months of 2007. As for such defeats in the “war on corporate crime,”

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

many were blamed on insufficient manpower and money to properly investigate and prosecute complex fraud cases.

For example, a co-leading prosecutor in the investigation and prosecution of former Enron chairman Kenneth Lay and CEO Jeffrey Skilling stated that the DOJ was “challenged by a lack of resources, both technical and in terms of personnel...we often felt that the defense was outgunning us on both levels.”<sup>10</sup> David Meyer, the Principal Deputy Assistant Attorney General at the time, acknowledged that the U.S. Attorneys were not given extra staff to help prosecute corporate fraud, so they had to prioritize the cases to prosecute.

Meyer also stated that the low number of prosecutions in 2006 and 2007 had resulted from the remarkable successes of the CFTF: “You’re getting a lot more focus on compliance, and on ethics internally in corporate structures... We do believe that the success of the Corporate Fraud Task Force, in conjunction with the Sarbanes-Oxley Act, is making it more likely that fraud is being detected by corporations themselves.”<sup>11</sup> The evidence gathered by the U.S. Senate’s Permanent Subcommittee on Investigations in its final report, *Anatomy of a Financial Collapse*, tells a very different story, at least with respect to the high-stakes securities frauds and the crimes of Wall Street.

## **2. Not dealing with an epidemic of Wall Street financial fraud**

A reduction in fraud, at least on Wall Street, was hardly the reality as portrayed by Meyer. Only eighteen months later on May 20, 2009, President Barack Obama signed into law the Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009. The new law was designed to “improve enforcement of mortgage fraud, securities and commodities fraud, financial institutional fraud, and other frauds related to Federal assistance and relief programs, for the recovery of funds lost to these frauds, and for other purposes.”<sup>12</sup> Moreover, on November 13, 2009 the DOJ as part of an annual exercise announced its top ten management and performance challenges for the upcoming year. One year earlier Financial Crimes were nowhere to be found on the top ten list. In 2009, these crimes had risen to the number five position.

---

<sup>10</sup> John Hueston quoted in *Ibid.*

<sup>11</sup> Quoted in *Ibid.*

<sup>12</sup> PUBLIC LAW 111-21—May 20, 2009. 123 STAT. 1617.

The fifth challenge also underscored that while “many types of financial fraud have increased in recent years, mortgage fraud has seen a dramatic spike, with the FBI reporting more than double the number of criminal mortgage fraud investigations over the past three years.”<sup>13</sup> It was also noted that the Bureau “has seen significant growth in corporate fraud and misconduct in the securities and commodities markets at the institutional, corporate, and private investor levels” and is “currently investigating over 189 major corporate frauds, 18 of which have losses over \$1 billion.”<sup>14</sup>

A few days later on November 17<sup>th</sup> when the Obama administration unveiled its own task force to target the financial crimes that played a role in the Wall Street meltdown of 2007-08, the Attorney General, Eric Holder was joined at his side by Secretary of the Treasury Tim Geithner, Secretary of Housing and Urban Development Shawn Donovan, and the Director of Enforcement at the Securities and Exchange Commission, Robert Khuzami. During his announcement of the formation of the Financial Fraud Enforcement Task Force, Holder had this say:

We face unprecedented challenges in responding to the financial crisis that has gripped our economy for the past year. Mortgage, securities, and corporate fraud schemes have eroded the public’s confidence in the nation’s financial markets and have led to a growing sentiment that Wall Street does not play by the same rules as Main Street. Unscrupulous executives, Ponzi Scheme operators, and common criminals alike have targeted the pocketbooks and retirement accounts of middle class Americans, and in many cases, have devastated entire families’ futures.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> THE DEPUTY ATTORNEY GENERAL 2009. MEMORANDUM FOR THE ATTORNEY GENERAL. November 13.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Quoted in Joe Palazzoio, “DOJ Unveils Financial Crime Task Force.” Nov. 17, 2009., retrieved from [http://www.mainjustice.com/2009/11/17doj-to-unveil-financial- \(7/28/11.\)](http://www.mainjustice.com/2009/11/17doj-to-unveil-financial- (7/28/11.))

Reading from prepared remarks, the AG explained that the new task force to replace Bush's CFTF was larger in scope than its predecessor. Holder also emphasized that:

In the tough economic environment we face today, one of this Administration's most important missions is to draw upon all of the resources of the federal government to *fight financial fraud in all its forms.*

The Task Force will wage an aggressive, coordinated, and proactive effort to investigate and prosecute financial crimes. We will marshal the criminal and civil enforcement resources of the executive branch to investigate and prosecute financial fraud cases; recover stolen funds for victims, address discrimination in lending and financial markets, and enhance coordination and cooperation among federal, state, local, tribal, and territorial authorities responsible for investigating and prosecuting significant financial crimes and violations (emphasis added).<sup>16</sup>

Back in 2009, FERA, the DOJ, and the new and improved task force on financial fraud all appeared to be on the same page as each stressed the same four areas of financial deception:

- **Mortgage fraud**, from the simplest of "flip" schemes to systematic lending fraud in the nationwide housing market;
- **Securities fraud**, including traditional insider trading, Ponzi schemes, and misrepresentations to investors;
- **Recovery Act (rescue) fraud**, to make sure the taxpayer's investment ("bailout") is not siphoned away by the dishonest few;

---

<sup>16</sup> *Ibid.*

- **Discrimination**, to ensure that the financial markets work for all Americans, and that nobody is unfairly targeted based on impermissible characteristics.

In terms of how are these “policing” bodies performing? Well, let’s just say that as organizations of social control, they could not be doing more poorly than they are in achieving their official objectives.

### **3. Political amnesia, back to the future, and the same old empty rhetoric**

By the beginning of 2012 Obama and Holder’s Financial Fraud Enforcement Network had not criminally prosecuted a single case involving any of the six largest banks in the United States. In fact, so invisible or nonexistent had the work of Obama’s first financial fraud team been, that when the President made a big deal about establishing a Financial Crimes Unit in the DOJ in his 2012 State of the Union address, few people recalled that the Obama Administration had already played the “special task force card” in its alleged fight against financial crime back in 2009. Amazingly, the “old” and the “new” financial fraud teams consisted of the same key legal, economic, and political players, including Holder, Geithner, Donovan, Khuzami, and Lanny Breuer, the head of the DOJ’s Criminal Division. All of these individuals have very close ties to the banking industry on both Wall Street and K Street.<sup>17</sup> Not surprisingly, some five months after the announcement of the “new” FFEN task force, it has no place of work, no phone number, no email address, and no full-time office staff.

Further on down the fraudulent financial food chain, however, the Department of Justice has been busy busting and prosecuting “low-level” mortgage fraudsters. Buttressed by the actualization of the work of the Mortgage Fraud Working Group, an updated news report from June 20, 2011 covers two typical mortgage fraud cases from Operation Stolen Dreams.<sup>18</sup> The first case involved a nine-count indictment returned from a

---

<sup>17</sup> K Street refers to a geographical area in Washington, DC where the U.S. lobbying industry has set up operations.

<sup>18</sup> OSD was the brainchild of the Financial Fraud Enforcement Task Force’s Mortgage Fraud Working Group to target fraudsters across the nation.

grand jury in Sacramento, California against Alonzo Jackson Brown III, 44, charging him with an investment fraud scheme and a mortgage fraud scheme.

In a separate and unrelated case, Leonard Bernot, 46, of Laguna Hills, California, had “pleaded guilty...before U.S. District Judge Kimberly J. Mueller to conspiracy to commit mail fraud for his part in a wide-ranging ‘foreclosure rescue’ scheme involving Head Financial Services Inc.”<sup>19</sup> Only a little over a year before, between March 1 and June 18, 2010, Operation Stolen Dreams had become the largest collective enforcement effort to confront mortgage fraud in U.S. history. The nationwide sweep involved 1517 criminal arrests, resulting in 525 indictments representing estimated losses of more than \$3 billion. The operation also yielded “191 civil enforcement actions and the recovery of more than \$196 million.”<sup>20</sup>

In reference to the Eastern District of California that charged 46 defendants with felony mortgage offenses and secured 11 guilty pleas, Herb Brown, Special Agent in Charge of the Sacramento FBI, stated that these “cases provide a glimpse of just how pervasive Mortgage Fraud is. We must and will continue to pursue fraudsters in the real estate and mortgage industries.”<sup>21</sup> Echoing those sentiments were U.S. Attorney Wagner for the Eastern District: “Mortgage fraud continues to be a major problem in this region, which has cost banks, borrowers, and homeowners tens of millions of dollars.” Wagner also commented that future indictments were in the works as “we will continue to pursue those industry insiders who abuse and exploit the mortgage and real estate process for their own personal gain.”<sup>22</sup>

Of course, in the relative schemes of financial deceptions these types of frauds amount to “chump change” compared to nearly a trillion dollars in losses from the fraudulent securities actions of Wall Street. Furthermore, at the 2008 annual Minsky Conference, former Senior Deputy Chief Counsel for the Office of Thrift Supervision and white-collar criminologist William Black, provided perspective on the magnitude of these types of mortgage frauds when he underscored that the number of fraudu-

---

<sup>19</sup> California RealEstateRama. “U.S. Attorney Announces Results of Mortgage Fraud Prosecutions in 12 Months Since Operation Stolen Dreams.” 2011., retrieved from <http://california.realestaterama.com/> (7/28/11.)

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Quoted in *Ibid.*

<sup>22</sup> Quoted in *Ibid.*

lent incidents found in file reviews for fiscal year 2007 indicated around one million fraudulent loans.<sup>23</sup> Needless to say, the Mortgage Fraud Working Group certainly has a “caseload” too large to make much of a dent in, or to have much of a retributive effect on or to serve as restitution for, this kind of fraudulent behavior.

Inquiring minds, on the other hand, might want to know where were/are the working groups to target the other financial crimes identified not only by FERA, the DOJ, and the Obama Administration, but also from the findings of the 652-page report on *Wall Street and the Financial Crisis*? For example, where were/are the Securities and Commodities Fraud Working Group or the Financial Institutional Fraud Working Group? In terms of financial recovery, targeting these major types of frauds would considerably have upped the ante from recovering hundreds of millions or tens of billions to hundreds of billions or even trillions of dollars in lost loot and/or stolen dollars from real estate holdings, pension funds, and other institutional investments.

Take the illustration of the estimated \$5-7 trillion in lost home equities. In the case of the working group of leaders and the number of people assigned to the investigative unit of Obama’s 2012 Financial Fraud Enforcement Network, there were initially 15 attorneys, investigators, and analysts as well as 10 FBI agents. An additional 30 attorneys, investigators, and support staff from the U.S. Attorney’s Offices were scheduled to join the “unit” some time in early 2012. As noted above, this has yet to occur.

At best, that’s a total of 55 persons and amounts to “about \$100 billion of lost home equity per person assigned to this task force.”<sup>24</sup> By comparison, 100 FBI agents were assigned to the Enron case and there were about one thousand agents assigned to the Savings and Loans scandal. In the latter financial fraud, there were one hundred times as many agents assigned to a much simpler task than investigating Wall Street, which equaled about 1/40<sup>th</sup> of the losses in dollars.

---

<sup>23</sup> W. Black, Why Greenspan’s & Bush’s Regulatory Failure Allowed a “Criminogenic Environment”. Paper presented at the Levy Institute’s Minsky Conference, Annandale-on-the Hudson, NY. June 28., 2008.

<sup>24</sup> Matt Stoller, “Lanny Breuer, Task Force Leader, Doesn’t Bother Showing Up for Mortgage Fraud Press Conference.” Guess Blog at *Naked Capitalism*. Jan 27. 2012, retrieved from <http://www.nakedcapitalism.com/2012/01/lanny-breuer-task-force-leader-doesnt-bother-showing-up-for-mortgage-fraud-press-conference.html>. (1/28/12)

Bottom line: this under allocation of investigators does not contradict the pattern of the SEC's under-enforcement and the DOJ's non-enforcement of high-stakes securities fraud before, during, and after the Wall Street securities meltdown of 2007-08. Nor does it in the words of Matt Stoller represent "a serious deployment of government resources to unmask a complex economy-shaking financial scheme."<sup>25</sup> On the contrary, it appears to this criminologist to be nothing less than "good-old-fashion" state-corporate collusion, cover-up, and obstruction of justice.

**Prof. Greg Barak**

profesor Kriminologije i Kriminalne Pravde  
na Univerzitetu Istočni Mičigen

**O RETORICI I REALNOSTI BORBE PROTIV  
FINANSIJSKE PREVARE NA VOL STRITU**

Šest nedelja pre nego što je Albert Gonzales bio prisiljen da podnese ostavku na mestu Javnog Tužioca SAD u avgustu 2007. zbog odobravanja otpuštanja devet 'liberalnih' federalnih tužilaca, on je stajao pred stotinama saveznih tužilaca i istraživača u Velikoj sali pravde na proslavi petogodišnjice osnivanja Operativne grupe za korporacijsku prevaru (Corporate Fraud Task Force, dalje u tekstu OGKP) gde je proglasio pobjedu nad belookovratničkom korupcijom. Osnovana izvršnom odredbom u Julu 2002., radna grupa je bila odgovor predsednika Džordž V. Buša na ono što se tada smatralo epidemijom zlodela u korporativnoj SAD. Bušov prvi Javni tužilac SAD Džon Eškroft je na prvoj nacionalnoj konferenciji OGKP 27. Septembra 2007. rekao:

Mi ne možemo – mi nećemo – predati slobodu svih zarad tiranije pohlepe manjine.  
Pre malo više od godinu dana, Amerikan-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

ci su pozvani na odbranu naših sloboda od pretnje iz inostranstva. Danas smo pozvani na zaštitu slobode od unutrašnje korupcije. Vi ste odgovornici na ovaj poziv; vi ste zaštitnici ove slobode. Zahvalan sam vam na vašem liderstvu, i zahvaljujem vam se zbog vaše žrtve i čvrste privrženosti vraćanju integritetu američkim tržištima kroz pravdu...<sup>26</sup>

Tri meseca ranije, Sarbanes-Oxley Akt (SOX) je pretočen u zakon, većinski prihvaćen kao jedna od najvažnijih reformnih mera korporacijskog zakona još od prihvatanja Zakona o hartijama od vrednosti i razmeni tokom 30-ih godina prošlog veka<sup>27</sup>. Iako se Zakon bavio regulacionim problemima kao što su knjigoodstveni propusti, unutrašnje razmene, transparentnost finansijskih izveštaja, revisorska nezavisnost, interesni konflikti, i resursne potrebe Komisije za hartije od vrednosti i razmene (Securities and Exchange Commission, dalje u tekstu KHVR), SOX se nije bavio efektima „ponovo otvorenih“ tržišnih uslova koje je stvorio predsednik Bil Klinton potpisom Akta o modernizaciji finansijskih servisa (Financial Services Modernization Act, dalje u tekstu AMFS) 1999. godine, koji je poništio deo Glass-Steagall Akta iz 1933. gde stoji: „da je zločin da bilo ko: bankar, broker, diler hartija od vrednosti ili osiguravajuća institucija da istovremeno prima depozite i izdaje hartije od vrednosti.“<sup>28</sup> Kao što je Dodd-Frank Akt propustio sjajnu priliku da restruktuiru hartije od vrednosti posle kolapsa Vol Strita, tako je SOX propustio sličnu priliku da ponovo uspostavi elemente Glass-Steagall Akta koji su mogli da ublaže, ili možda čak spreče, naglo širenje i potom kolaps tržišta nekretnina koje je podstaklo nastanak trenutne ekonomske depresije, od koje se mi i dalje oporavljamo.

<sup>26</sup> Attorney General John Ashcroft, “Enforcing the Law, Restoring Trust, Defending Freedom.” *United States Attorney’s Bulletin*. May, 2003., 4.

<sup>27</sup> F.Cullen, G.Cavender, W.Maakestad, M.Benson, *Corporate Crime Under Attack: The Fight to Criminalize Business Violence*, 2<sup>nd</sup> Ed. Cincinnati, OH: Anderson Publishing, 2006., 323.

<sup>28</sup> W.Jackson, *Glass-Steagall Act: Commercial vs. Investment Banking*. Economics Division, Congressional Research Service, 1987., 3.

Poznat i kao Gramm-Leach-Bliley (Akt), AMFS je eliminisao poddelu banaka na komercijalne i investicione koja je postojala još od 1930-ih, pretvarajući finansijsko tržište u područje „svako za sebe“, u isto vreme stvorivši kriminogenu okolinu. Usvajanje ovog zakona je bio vrhunac uspešne borbe ekonomske i političke elite da se u potpunosti otarase regulacija starog režima, koji je još od 1929. sprečavao ekonomske krize poput Vol Strit katastrofe 2007-08. Upravo su zakoni poput Glass-Steagall-a i stvoreni posle kolapsa 1929. da bi sprečili buduće spekulativne debakle.

Bivši glavni računovođa KHVR Lin Turner (Lynn Turner) je tvrdio da tadašnji sistem regulacija nije bio loš ili zastareo, već da je stajao na putu zaradivanja „rizičnog novca“ kroz tržište derivata i drugih finansijskih instrumenata. U ime otvaranja većih finansijskih „supertržišta“ i dozvoljavanju „svih poslova pod jednim krovom, bez ijedne pravne reči koja bi regulisala neizbežne konflikte,“ i time što je „sprečio KHVR da može da zahteva regulaciju holding firmi,“ Kongres je omogućio finansijskoj okolini da postane ogroman sistem zloupotrebe i prevare.<sup>29</sup>

## 1. Bavljenje epidemijom korporativne prevare

I Sarbanes-Oxley i OGKP su odgovarali na lavinu otkrića koja su se desila u osmomesecom periodu u 2001. i 2002. godini. Enron je pao tokom jeseni 2001. U martu 2002. godine, Artur Anderson (Arthur Anderson), računovodska firma koje je vodila račune za Enron, je optužena za ometanje pravde. Nekoliko meseci kasnije, Adelphia Communications je objavila da podešava svoj profitni izveštaj milijardu dolara da pokrije stotine miliona dolara koje su pokrali direktori. Kad su navodi o prevari teške 3 milijarde dolara WorldCom direktora isplivale na površinu juna 2002. godina, „vodeći indeksi na berzi su bili zaključani u smrtnu spiralu, jer su investitori paničili oko toga koja će naredna javna firma u posedu njihovih penzionih fondova sledeća da padne.“<sup>30</sup> Buš je u septembru 2002. godine na skupu javnih tužilaca gde su se razmatrale implikacije SOX-a rekao da su ova „obmanjujuća dela visokog profila uzdrmale poverenje ljudi u korporativnu Ameriku, tržišta i ekonomiju. Američki narod mora da zna da delujemo, da se krećemo, i da se brzo krećemo.“<sup>31</sup>

<sup>29</sup> L. Turner, “The Systematic Dismantling of the System.” *CPA Journal*. May 2009., 16-17.

<sup>30</sup> Daphne Eviatar, “What’s Behind the Drop in Corporate Fraud Indictments?” *Corporate Counsel*. November 1. 2007., retrieved from [http://www.law.com/jsp/cc/ \(7/28/11\)](http://www.law.com/jsp/cc/ (7/28/11)).

<sup>31</sup> Citirano u *Ibid*.

Kao i OGKP, prethodne i kasnije belookovratničke radne grupe su u suštini namenjene da: (1) usklađuju moć mnogobrojnih federalnih agencija za sprovođenje zakona, (2) da spreče nedela u korporativnim parnicama i (3) da vrate investitorima samopouzdanje. Na petogodišnjici radne grupe, Gonzales se pohvalio da je Ministarstvo pravde dobilo dotad neviđenih 1236 optužba za korporativnu prevaru, uključujući i 214 protiv generalnih direktora i predsednika, 53 glavna finansijska direktora, 23 korporativnih advokata, i 129 potpredsednika. Javni Tužilac je rekao: „Naše pobede su predstavljale više od skupljanja statistika i pravljenja primera od jednog ili dva krivca. One su predstavljale održavanje integriteta naših korporativnih odbora i finansijskih tržišta... menjanje kulture... redefinisaju načina kojim se firme bave poslom.“<sup>32</sup>

S druge strane, s obzirom na veliki broj visoko-profilnih oslobađajućih presuda, neodlučnih porota i žalbenih preokreta, a posebno „naprasnog pada u broju optužbi za korporativnu prevaru“ od Bušovog ponovnog izbora 2004. godine, *The American Lawyer* (TAL) je istraživao: „Da li je problem korporativne prevare rešen, kao što je Gonzales tvrdio na proslavi u Julu? Ili je Ministarstvo Pravde prestalo da se trudi da ih goni?“<sup>33</sup> Proleća 2006. godine, TAL je ispitivao optužbe Ministarstva Pravde za korporativne prevare. Njihov veliki zadatak nije bio nimalo olakšan činjenicom da Ministarstvo Pravde ne drži bilo kakve zapise o statistikama korporativne prevare (kao i većine drugih belookovratničkih malverzacija), tako da nije mogla da dostavi punu listu slučaja kojim se Gonzales pohvalio.

Pored toga, TAL je uspeo da napravi detaljan portret optužbi za korporativnu prevaru između 2002. i 2007. kroz ispitivanje javno dostupnih slučajeva i odnosa pobeda prema porazima, kao i intervjuisanje raznih sadašnjih i bivših tužilaca, članova radnih grupa i belookovratničkih advokata. TAL je pronašao „medijski široko objavljenu strategiju od gore na dole, koja je ohrabivala lokalne tužioce da optužuju korporacije i individualne optuženike za prevaru.“<sup>34</sup> Ovaj napor je imao za svoj rezultat stotine osuda – 337 u slučajevima koje su oni izvukli iz podataka o 124 istraga i 440 optužnica – velika većina od njih, 76 procenata, od nagodbi. Mnogi korporativni kriminalci su dobili značajne kazne, uključujući i

<sup>32</sup> Citirano u *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

više od 50 njih sa kaznama većim od pet godina zatvora. Među visokoprofilnim presudama za generalne direktore su i one za Bernarda Ebersa (Bernard Ebbers) iz WorldCom i Džon Rigasa (John Rigas) iz Adelphia Communications, obojica osuđeni na zatvorske kazne.

Parnice protiv visokoprofilnih optuženika su takođe bile izgubljene ili neuspele, neke kao rezultat spornih taktika Ministarstva Pravde, kao što je nabeđivanje korporativnih optuženika da se odreknu svojih prava. Iz podataka koje je skupio TAL:

-27 optuženika je oslobođeno na sudu, uključujući i direktore iz firmi Adelphia, Online Inc., PurchasePro.com Inc., i Qwest Communications Inc.

-Bilo je 22 ništavnih sudskih odluka.

-9 presuda je odbačeno žalbom, uključujući i visokoprofilne slučajeve Credit Suisse First Boston i Merrill Lynch.

Istraživanje TAL je takođe pokazalo da je posle izdavanja detaljnih izveštaja 2003. i 2004. godine, radna grupa prestala da izveštava o svom napretku 2005., baš kada su se optužbe za korporativnu prevaru smanjile na minimum. Iako je njihova analiza pronašla 357 slučajeva velikih korporativnih optužbi u periodu od 2002. do 2005., bilo ih je samo 14 tokom 2006., i 12 tokom prvih deset meseci 2007. godine. Što se tiče tih poraza u „ratu protiv korporativnog kriminala“ za mnoge od njih su otkriveni nedostatak ljudi i novca za pravo vođenje parnica protiv kompleksnih prevara.

Na primer, jedan od vodećih tužilaca u parnici protiv bivšeg predsednika Enrona Keneta Leja (Kenneth Lay) i generalnog direktora Džefrija Skilinga (Jeffrey Skilling) je rekao da je Ministarstvo Pravde bilo „limitirano nedostatkom resursa, i tehničkih kao i ljudskih... često smo osećali inferiorno u oba smisla u odnosu na odbranu.“<sup>35</sup> Dejvid Mejer (David Meyer), prvi zamenik asistenta Javnog Tužiocu, je priznao da američkim tužiocima nije dato dodatno osoblje za pomoć gonjenju korporativne prevare, pa su morali da prioritizuju slučajeve koje će da vode.

Mejer je takođe rekao da je nizak broj optužbi tokom 2006. i 2007. godine bio rezultat neverovatnih uspeha OGKP: „Postoji sve veći fokus na saglasnost, kao i na unutrašnju etiku korporativnih struktura... Veru-

<sup>35</sup> John Hueston citiran u *Ibid.*

jemo da uspeh OGKP, uz Sarbanes-Oxley Akt, stvara veće šanse da prevare primećuju same korporacije.<sup>36</sup> Dokazi prikupljeni od strane Stalnog Pod-komiteta za Istrage američkog Senata u njihovom poslednjem izveštaju, *Anatomija Finansijskog Kolapsa*, daju potpuno drugačiju sliku, makar što se tiče prevara kod visokorizičnih hartija od vrednosti i na Vol Stritu.

## 2. Ne-bavljenje epidemijom finansijskih prevara na Vol Stritu

Smanjenje malverzacija, makar na Vol Stritu, nije baš bila realnost kao što je Mejer predstavljao. Samo osamnaest meseci kasnije, 20. maja 2009. predsednik Barak Obama je potpisao Akt o primenjivanju zakona protiv prevare i oporavka 2009. (Fraud Enforcement and Recovery Act, u daljem tekstu PZPO). Novi akt je napravljen da „poboljša primenu zakona protiv hipotekarne prevare, malverzacija vezanih za hartije od vrednosti i robu, prevare finansijskih institucija i drugih malverzacija povezane sa Federalnim programima za pomoć i olakšanje, za oporavak fondova izgubljenih na račun tih malverzacija, i za druge svrhe.“<sup>37</sup> Štaviše, 13. novembra iste godine, Ministarstvo Pravde je kao deo godišnje prakse objavilo deset najbitnijih menadžerskih i izvršnih izazova za narednu godinu. Godinu dana pre toga finansijski zločini nisu bili na toj listi. A 2009., ti zločini su dostigli petu poziciju.

Peti izazov je takođe naveo da iako „postoje mnoge vrste finansijske prevare, hipotekarne su doživele ogroman porast. FBI je prijavio duplo veći broj istraga o hipotekarnim prevarama nego što je to bio slučaj u prethodne tri godine.“<sup>38</sup> Biro je takođe „primetio vidljiv porast korporativnih prevara i nedela na tržištima roba i hartija od vrednosti na institucionalnom, korporativnom i individualnom investitorskom nivou,“ kao i da „trenutno istražuje 189 velikih korporativnih malverzacija, uključujući i 18 gde su gubici veći od milijardu dolara.“<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> PUBLIC LAW 111-21—May 20, 2009. 123 STAT. 1617.

<sup>38</sup> THE DEPUTY ATTORNEY GENERAL 2009.MEMORANDUM FOR THE ATTORNEY GENERAL. November 13.

<sup>39</sup> *Ibid.*

Nekoliko dana kasnije, 17. novembra, kada je Obamina administracija otkrila svoju radnu grupu protiv finansijskih zločina koji su imalu ulogu u kolapsu Vol Strita 2007-08., Javnom Tužiocu Eriku Holderu (Eric Holder) su se pridružili ministar finansija Tim Gajtner (Tim Geithner), sekretar stambenog i urbanog razvoja (Housing and Urban Development) Šon Donovan (Shawn Donovan) i Direktor za primenjivanje zakona u KHVR Robert Kuzami (Robert Khuzami). Tokom saopštenja povodom formiranja Operativne grupe za primenjivanje zakona o finansijskim prevarama (Financial Fraud Enforcement Task Force), Holder je rekao:

Mi se suočavamo sa jedinstvenim izazovima po pitanju odgovora na finansijsku krizu koja je zahvatila nasu ekonomiju u poslednjoj godini. Malverzacione šeme vezane za hipoteku, hartije od vrednosti i korporacije su erodirale samopouzdanje javnosti u državna finansijska tržišta i dovela do rastućeg osećanja da se Vol Strit ne služi istim pravilima kao Mejn Strit (Main Street, sinonim za mala i srednja preduzeća). Nesavestni direktori, operateri Poncijevih šema kao i obični kriminalci ciljaju štedne knjižice i penzione fondove Amerikanaca srednje klase, i u mnogim slučajevima su dovele do propasti budućnost celih porodica.<sup>40</sup>

Čitajući pripremljen govor, Javni tužilac objašnjava da je nova radna grupa stvorena da zameni Bušov OGKP, i da ima veći obim od svog prethodnika. Holder je takođe istakao da:

U teškim okolnostima s kojim se suočavamo danas, jedna od najvažnijih misija ove administracije je da prikupi sve moguće resurse federalne vlasti kako bi se *borila protiv finansijske prevare u svim njenim formama*. Operativna grupa će voditi agresivni, koordinirani i proaktivni napor da istraži i goni sve finansijske zločine. Skupićemo sve resurse za sprovođenje kriminalnih i civilnih zakona da istražimo i presudimo slučajeve finansijske prevare, vratimo ukradene fondove žrtava, obratimo diskriminaciji u tržištima zajmova i finansija i poboljšamo koordinaciju i saradnju između

<sup>40</sup> Citirano kod Joe Palazzoio, "DOJ Unveils Financial Crime Task Force." Nov. 17. 2009., retrieved from <http://www.mainjustice.com/2009/11/17doj-to-unveil-financial-> (7/28/11.)

federalnih, državnih, lokalnih, plemenskih i teritorijalnih vlasti zaduženih za istraživanje i presuđivanje važnih finansijskih prevara i malverzacija (dodatno istaknuto).<sup>41</sup>

Te 2009. godine se činilo da se PZPO, Ministarstvo pravde i nova operativna grupa nalaze na istoj stranici, s obzirom da su svi naglasili četiri oblasti finansijskih malverzacija:

**-Hipotekarna prevara**, od najjednostavnijih „obrtnih“ šema do sistematskih prevara zajmova u nacionalnom tržištu nekretnina;

**-Prevara vezana za hartije od vrednosti**, u koju se ubrajaju tradicionalne unutrašnje razmene, Poncijeve šeme i lažno izveštavanje investitora;

**-Akt o oporavku (spasavanje) od prevare**, da osigura investicije poreznih obveznika od preuzimanja od strane malog broja nepoštene populacije;

**-Diskriminacija**, da osigura jednak pristup finansijskim tržištima svim Amerikancima, i da niko ne bude nepravedno ciljan na osnovu nedozvoljenih karakteristika.

U tom smislu, kako funkcionišu ova „kontrolna“ tela? Moglo bi se reći da kao institucije socijalne kontrole, svoje zvanične ciljeve loše ispunjavaju.

### **3. Politička amnezija, povratak u budućnost, i ista stara prazna retorika**

Početakom 2012. Obamina i Holderova mreža za primenjivanje zakona protiv finansijske prevare nije krivično gonila nijedan slučaj koji uključuje šest najvećih banaka SAD. Zapravo, toliko je rad prve Obamine

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

radne grupe bio nevidljiv ili nepostojeći, da kad je predsednik napravio govor o stanju nacije 2012. gde je naglasio formiranje odseka za finansijski kriminal u Ministarstvu pravde, mali broj ljudi se setio da je njegova administracija već odigrala kartu (navodne) borbe protiv finansijskog kriminala još 2009. godine. Iznenadjuće, „stari“ i „novi“ tim za finansijske zločine su imali iste ključne pravne, ekonomske i političke članove, uključujući i Holdera, Gajtnera, Donovana, Kuzamija i Lenija Brojera (Lanny Breuer), direktora kriminalnog odseka Ministarstva pravde. Svaki od njih ima bliske od veze sa bankovnom industrijom na Vol Stritu a takodje i Kej Stritu<sup>42</sup>. Zato i ne iznenaduje da pet meseci posle najave nove radne grupe, ona nije imala zvaničnu adresu, broj telefona, e-mail adresu ili kancelarijsko osoblje.

Na dnu lanca ishrane finansijskih prevara, međutim, Ministarstvo pravde je bilo zauzeto razbijanjem i gonjenjem „malih“ hipotekarnih prevaranata. Potporeni realizacijom rada radne grupe za hipotekarne prevare (Mortgage Fraud Working Group), ažurirane vesti 20. juna 2011. opisuju dva tipična slučaja ove vrste zločina iz operacije „Ukradeni snovi.“<sup>43</sup> Prvi slučaj opisuje presudu od devet tačaka vraćenu od strane porote u Sakramentu, Kaliforniji gde se za šeme investicione i hipotekarne prevare teretio Alonzo Džekson Braun Treći (Alonzo Jackson Brown III) star 44 godine.

U zasebnom i nevezanom slučaju, Lenard Bernot (Leonard Bernot), 46, iz Laguna Hilsa, Kalifornije, se izjasnio „krivim... pred okružnim sudijom Kimberli Dž. Mulerom (Kimberly J. Mueller) za nameru da učini krivnično delo hipotekarne prevare kao deo mnogo veće šeme vezane za spasavanje od poništenja prava na oslobađanje od hipoteke, koja uključuje Head Financial Services Inc.”<sup>44</sup> Malo više od godinu dana pre toga, između 1. marta i 18. juna 2010., operacija „Ukradeni snovi“ je postala najveći kolektivni napor za primenjivanje zakona protiv hipotekarnih zločina u američkoj istoriji. Na nacionalnom nivou, obavljeno je 1517 hapšenja, uz 525 presuda koje predstavljaju gubitak od više od 3 milijarde dolara. Operacija je takodje prinela „191 građanskih izvršnih akcija i povrata 196 miliona dolara.“<sup>45</sup>

<sup>42</sup> K Street, ulica u Vašingtonu sa sedištima lobističkih grupa.

<sup>43</sup> Operacija „Ukradeni snovi“ je bila ideja Radne grupe za primenjivanje zakona o finansijskim prevarama, tj. odseka za hipotekarne prevare koji je ciljao zločince u celoj zemlji.

<sup>44</sup> California RealEstateRama. “U.S. Attorney Announces Results of Mortgage Fraud Prosecutions in 12 Months Since Operation Stolen Dreams.” 2011. , retrieved from <http://california.realestaterama.com/> (7/28/11.)

<sup>45</sup> *Ibid.*

Pozivajući se na istočni okrug Kalifornije, koji je podigao optužnice protiv 46 osoba i osigurao 11 izjašnjavaanja krivice, Herb Braun (Herb Brown), specijalni agent zadužen za Sakramentov FBI odsek, je izjavio da ovi „slučajevi pokazuju koliko je hipotekarna prevara sveprisutna. Moramo i nastavićemo da gonimo prevarante u tržištima hipoteka i nekretnina.“<sup>46</sup> Slična osećanja je iskazao i tužilac za istočni okrug Vagner (Wagner): „Hipotekarni zločini nastavljaju da predstavljaju ogroman problem za ovaj region, koji je koštao banke, dužnike i vlasnike kuća desetine milione dolare.“ Vagner je takođe komentarisao da rade na budućim presudama dok „nastavljamo da gonimo insajdere na tržištu koji zloupotrebljavaju i koriste procese hipoteka i nekretnina za svoju ličnu korist.“<sup>47</sup>

Naravno, relativno poređenje finansijskih šema dovodi do zaključka da su ove prevare „sitne ribe“ u odnosu na skoro bilion dolara gubitka na račun prevara vezanih za hartije od vrednosti na Vol Stritu. Štaviše, na godišnjoj Minski (Minsky) konferenciji 2008. godine, bivši prvi zamenik glavnog savetnika za Kancelariju za nadzor štednih institucija (Office of Thrift Supervision) i belookovratnički kriminolog Vilijam Blek (William Black) je dao pogled na veličinu ovih tipova hipotekarnih prevara kada je naglasio da je broj ovakvih incidenata koji se nalazi u fiskalnom izveštaju za 2007. godinu ukazao na oko milion nezakonitih zajmova.<sup>48</sup> Nije potrebno reći da radna grupa za hipotekarne prevare sigurno ima preveliki broj predmeta da bi napravila neko „ulubljenje,“ ili da na bilo koji način kazni ili predstavi restituciju za ovo nezakonito ponašanje.

Ispitujuće umove, u drugu ruku, interesuje gde su (bile) radne grupe koje bi trebalo da ciljaju druge finansijske zločine identifikovane od strane PZPO, Ministarstva pravde i Obamine administracije, a takođe i od strane izveštaja u 652 strane *Vol Strit i Finansijska Kriza?* Na primer, gde su (bile) Radna grupa za prevare vezane za hartije od vrednosti i robu (Securities and Commodities Fraud Working Group) ili Radna grupa za prevare vezane za Finansijske Institucije (Financial Institutional Fraud Working Group)? U smislu finansijskog oporavka, ciljanje ovih velikih vrsta prevara bi u velikoj meri poboljšalo rezultat od povraćaja stotine miliona ili desetine milijardi do stotina milijardi ili čak biliona izgubljenih dolara na račun holdinga nekretnina, penzionih fondova i drugih institucionalnih investicija.

<sup>46</sup> Citirano u *Ibid.*

<sup>47</sup> Citirano u *Ibid.*

<sup>48</sup> W. Black, Why Greenspan's & Bush's Regulatory Failure Allowed a "Criminogenic Environment". Paper presented at the Levy Institute's Minsky Conference, Annandale-on-the Hudson, NY. June 28., 2008.

Uzećemo u obzir procenu od 5-7 biliona dolara izgubljenih na račun rata za obaveze prema zajmovima za nekretnine. U slučaju vođa i ljudi zaduženih za istraživanje u Obaminoj mreži za primenjivanje zakona protiv finansijske prevare (2012), u toj radnoj grupi se u početku nalazilo 15 advokata, istraživača i analitičara kao i 10 FBI agenata. Dodatnih 30 advokata, istraživača i pomoćnog osoblja je trebalo da se pridruži jedinici početkom 2012. godine. To se još nije desilo.

U najboljem slučaju, to je ukupno 55 osoba i predstavlja „oko 100 milijardi dolara izgubljenih na račun rata za obaveze prema zajmovima za nekretnine po osobi dodeljenoj toj radnoj grupi.“<sup>49</sup> Poređenja radi, 100 FBI agenata je dodeljeno slučaju Enrona, a 1000 agenata skandalu vezanog za štednju i zajmove. U ovom drugom slučaju prevare je bilo sto puta više agenata dodeljeno mnogo jednostavnijem predmetu nego istraživanju Vol Strita, koji je predstavljao 1/40 gubitaka u dolarima.

Kranja linija: ova premala raspodela istraživača ne ide protiv ranijeg obrasca manjka izvršenja KHVR i nedostatak izvršenja Ministarstva pravde prema zločimima vezanim za visokorizične hartije od vrednosti tokom i posle propasti tog tržišta na Vol Stritu 2007-08. Ona takođe ne predstavlja u rečima Meta Stolera (Matt Stoller) „ozbiljnu upotrebu vladinih resursa za demaskiranje komplikovane finansijske šeme koja uzdrmava ekonomiju.“<sup>50</sup> Naprotiv, ovom kriminologu se čini kao ništa osim „dobrog starog“ dosluha između vlade i korporacija, prikrivanja i ometanje pravde.

(Prevod: Lazar Mišković)

---

<sup>49</sup> Matt Stoller, „Lanny Breuer, Task Force Leader, Doesn't Bother Showing Up for Mortgage Fraud Press Conference.” Guess Blog at *Naked Capitalism*. Jan 27. 2012, retrieved from <http://www.nakedcapitalism.com/2012/01/lanny-breuer-task-force-leader-doesnt-bother-showing-up-for-mortgage-fraud-press-conference.html>. (1/28/12)

<sup>50</sup> *Ibid.*

**Prof. dr Nataša Mrvić-Petrović**  
naučni savetnik  
Institut za uporedno pravo u Beogradu

Originalni naučni rad  
UDK: 343.63

## **DEKRIMINALIZACIJA KLEVETE – SUPREMACIJA SLOBODE IZRAŽAVANJA U ODNOSU NA ČAST I UGLED**

Apstrakt

*Analizirani su razlozi i posledice dekriminalizacije klevete u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. Primeri iz uporednog prava pokazuju da je bilo moguće izmenama zakonskog rešenja i prakse sprečiti pojave kršenja slobode izražavanja (suprotno članu 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama). Dekriminalizacijom klevete otvara se pitanje dovoljnosti građanskopravne zaštite časti i ugleda. Autor analizira presude Evropskog suda za ljudska prava u kojima su dosuđeni iznosi naknade štete ocenjeni kao neproporcionalno državno mešanje u slobodu izražavanja i konstatuje da te smernice i pokušaji da se posebnim zakonodavstvom propišu dopunski kriterijumi za odmeravanje visine štete ukazuju na suprematiju prava na slobodu izražavanja u odnosu na zaštitu časti i ugleda pojedinca.*

**Ključne reči:** krivično delo klevete, čast i ugled, sloboda izražavanja, naknada štete.

\*

\* \*

Čast i ugled su pravna dobra koja „prate“ čoveka od rođenja sve do smrti, pa se čak i posle, kada pijetet nalaže naslednicima zaštitu ugleda umrlog. Jedinstven su objekt pravne zaštite, s tim što je čast ili ljudsko dostojanstvo unutrašnji element i predstavlja svest koju osoba ima o vlastitoj

moralnoj vrednosti, dok je ugled spoljni element i sastoji se u moralnoj kvalifikaciji sredine o određenom pojedincu. U teoriji prava ličnosti čast i ugled se povezuju sa pravom na privatnost, jer se redovnije dešava da povredama časti i ugleda prethodi kršenje tuđe privatnosti<sup>1</sup>. Pravna zaštita časti i ugleda postiže se propisivanjem krivičnih dela protiv časti i ugleda, sa jedne strane i priznavanjem prava oštećenom na naknadu nematerijalne štete, sa druge strane. Takav tradicionalni koncept zaštite časti i ugleda doveden je u pitanje dekriminalizacijom klevete, koja, uz uvredu, predstavlja tipično krivično delo propisano radi zaštite časti i ugleda. Pošto je 2012. godine u Republici Srbiji usvajanjem izmena Krivičnog zakonika<sup>2</sup> ukinuto krivično delo klevete, postavlja se pitanje kakve to posledice ima na zaštitu časti i ugleda i da li naknada štete predstavlja dovoljnu satisfakciju oštećenom u nedostatku krivičnopravne zaštite.

## 1. Potreba za dekriminalizacijom klevete

Krivičnopravna zaštita od tzv. javne klevete (iznošenja neistinite tvrdnje kadre da šteti časti i ugledu pojedinca putem medija) u evropskom kulturnom prostoru više nije poželjna. Preovladalo je shvatanje da je krivičnopravna represija za klevetu preoštra vrsta državne reakcije koja sputava slobodu medija, pod kojima podrazumevamo sredstva za prenošenje komunikacija, kao što su govor, štampa, televizija, radio, Internet i kompjuterske mreže i slična. Društveni značaj medija (a pre svega nezavisnog novinarstva) suštinski je razlog, zbog koga se poslednjih godina vode kampanje za dekriminalizaciju klevete učinjene putem medija. U tom smislu se izjasnila i skupština Saveta Evrope usvajajući 2007. godine Rezoluciju o dekriminalizaciji klevete<sup>3</sup>. Već u prvom paragrafu Rezolucije kao razlog donošenja Rezolucije istaknuti su primeri kršenja slobodnog novinarstva u pojedinim zemljama. Među njima je, kao negativni primer, navedena i Srbija, pa samim tim i ona, kao i druge pomenute zemlje, trebalo bi da

<sup>1</sup> Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, Beograd, 2012, str. 27

<sup>2</sup> Krivični zakonik Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012.

<sup>3</sup> Resolution 1577 (2007) *Towards Decriminalisation of Defamation*, tekst prihvaćen na sedmom zasedanju skupštine Saveta Evrope, 25. januara 2007. godine.

povedu više pažnje da obezbede uslove, u kojima će mediji nezavisno i nepristrasno delovati.

Insistiranje međunarodnih organizacija i Komisije EU na dekriminalizaciji klevete radi jačanja slobode medija uticalo je na ukidanje klevete izmenama krivičnog zakonodavstva Republike Srbije krajem 2012 godine. Slične izmene 2011. godine učinjene su u Republici Crnoj Gori<sup>4</sup>. Tako su se Srbija i Crna Gora, uz Republiku Bosnu i Hercegovinu u čijim su entitetima još pre desetak godina usvojeni posebni Zakon o zaštiti od klevete<sup>5</sup>, pridružile krugu onih u kojima je kleveta „proterana“ iz krivičnog zakonodavstva (poput: Kipra, Gruzije, Moldavije, Ukrajine, Estonije, Irska, Velike Britanije, Rusije). Nagoveštava se da će slične izmene uslediti i u Makedoniji. Kada se danas pogleda krivično zakonodavstvo država iz regiona tzv. zapadnog Balkana, stiče se utisak da su pod pritiskom međunarodnih organizacija, u cilju zaštite nezavisnog novinarstva, spremno žrtvovani čast i ugled kao pravna dobra zaštićena krivičnim pravom. Da to ne mora baš tako da bude pokazuju primeri iz evropskih zakonodavstava u kojima kleveta još uvek egzistira kao krivično delo i pored Rezolucije Saveta Evrope. Da navedemo samo ona koja spadaju u germansku varijantu kontinentalnog sistema pa otuda sa našim krivičnim zakonodavstvom pokazuju najveće sličnosti. Kleveta je propisana u članu 187. Krivičnog zakonika SR Nemačke iz 1871<sup>6</sup>. Za osnovni oblik krivičnog dela predviđena je kazna do dve godine zatvora ili novčana kazna, a za teži oblik dela (javna kleveta) propisana je kazna zatvora do pet godina, uprkos tački 13. pomenute Rezolucije Saveta Evrope kojom se državama članicama preporučuje da za klevetu ukinu kazne zatvora, čak i ako se ne izriču u praksi. U Krivičnom zakoniku Republike Slovenije<sup>7</sup> kleveta je sadržana u grupi krivičnih dela protiv časti i ugleda (u članu 159 stav 1) i za nju je alternativno uz novčanu kaznu propisana kazna zatvora do šest meseci. U novom Kazne-

<sup>4</sup> *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, *Službeni list Crne Gore*, br.40/2008, 25/2010, 32/2011.

<sup>5</sup> Zakon o zaštiti od klevete Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine FBiH* br. 59/02 i 73/05, i Zakon o zaštiti od klevete Republike Srpske, *Službeni glasnik RS* br. 37/01, Zakon o zaštiti od klevete *Sužbene novine Brčko Distrikta BiH* br. 14/03.

<sup>6</sup> Pretočen u Krivični zakon od 13. novembra 1998. (BgBl, I S. 3322) sa kasnijim izmenama od kojih su poslednje objavljene u saveznom službenom glasilu od 21. januara 2013 (BgBl I S. 95).

<sup>7</sup> *Uradni list R Slovenije*, br. 55/2008 od 4. 6. 2008, sa ispravkom u broju 66/08 i kasnijim izmenama u br.. 39/09 i. 91/11.

nom zakonu Republike Hrvatske<sup>8</sup> koji se primenjuje od 01. januara 2013. godine kleveta takođe postoji u grupi krivičnih dela protiv časti i ugleda, ali je za nju moguće izreći samo novčanu kaznu. Predviđena je u članu 149, uz uvredu (član 147) i krivično delo sramoćenja (član 148). Kako se vidi, ukidanje klevete se ne može pravdati pravnim, nego samo (kriminalno)političkim razlozima. S obzirom na to da se standardi Saveta Evrope koji se odnose na slobodu izražavanja i mišljenja jednako moraju uvažavati u svim državama-članicama, ostaje da se pretpostavi da su u Nemačkoj, Sloveniji i Hrvatskoj zakonodavci sa razlogom smatrali da u njihovoj pravosudnoj praksi kažnjavanje za krivično delo klevete nije prepreka ostvarivanju slobode medija.

U opštoj euforiji kojom se i u Srbiji, ali i drugim državama koje su pristupile dekriminalizaciji klevete „pozdravlja“ njeno ukidanje, uz ocene da se radi o značajnom prilagođavanju međunarodnim standardima te da je naknada štete dovoljna sankcija za povrede časti i ugleda zbog tzv. javne klevete, zaboravljaju se suprotni argumenti.

Prvi argument je da se sloboda medija ne štiti samo dekriminalizacijom klevete. Propisivanjem klevete se štiti tuđi čast i ugled od povreda učinjenih iznošenjem neke neistinite tvrdnje koja je kadra da škodi časti i ugledu. Drugo je pitanje da li će takva povreda biti učinjena u neposrednoj međuljudskoj komunikaciji, preko medija (putem štampe, radija, televizije ili sličnih sredstava) ili na javnom skupu. Naša realnost pokazuje da tehničko-tehnološki napredak, u sve većoj meri, dovodi u pitanje dostojanstvo i privatnost pojedinca, omogućivši neovlašćena snimanja, uhođenja, iznošenje ličnih i porodičnih podataka i virtuelno ugrožavanje. Kako su mediji svuda oko nas i predstavljaju sastavni deo života savremenog čoveka, postoji opasnost od zoupotreba medijskog izveštavanja, a čast, ugled, privatnost i uopšte dostojanstvo čoveka su pravna dobra koja tom zloupotrebom najčešće budu oštećena. U takvim uslovima je trebalo na drugačiji način pristupiti izmenama krivičnog zakonodavstva, da bi se, s jedne strane, štitila sloboda medija, a sa druge, obezbedio jedinstven koncept krivičnopravne zaštite časti i ugleda, jer se ona sada svodi na zaštitu časti i privatnosti.

Prvo da vidimo šta se postiglo izmenama Krivičnog zakonika iz 2012. godine kojima je ukinuto krivično delo klevete. Izdvajanjem pojedinih krivičnih dela u glavu XVII Krivičnog zakonika (krivična dela

<sup>8</sup> *Narodne novine Republike Hrvatske* br. 125/11 i 144/12.

protiv časti i ugleda) naglašen je njihov zajednički grupni zaštitni objekt, a čast i ugled su istaknuta kao zaštićena pravna dobra, ravnopravno sa pravom na život, telesni integritet, slobodu, izborna prava, pravo na rad i druga prava pojedinca. U glavi XVII su ostala krivična dela uvrede (član 170), krivično delo iznošenje ličnih i porodičnih prilika (član 172), povreda ugleda Srbije (član 173), povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti (član 173), povreda ugleda strane države ili međunarodne organizacije (član 175). Propisivanjem uvrede, kao tipičnog krivičnog dela protiv časti i ugleda treba da se postigne zaštita od bilo kakve radnje (verbalne, konkludentne, simboličnog gesta i slično) usmerene na omalovažavanje, ponižavanje, vređanje drugog pojedinca. Kako i sami nazivi krivičnih dela ukazuju, krivična dela iz člana 173, 174 i 175 predstavljaju specijalne oblike uvrede učinjene prema pravnim licima ili drugim posebnim objektima krivičnih dela ili iz posebnog razloga (zbog pripadnosti oštećenih određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, zbog njihovog etničkog poreka ili nekog drugog ličnog svojstva).

Krivično delo iz člana 172 razlikuje se od drugih jer treba da postigne zaštitu od neovlašćenog narušavanja tuđe privatnosti, a u radnji izvršenja su sadržani elementi i uvrede i klevete. Očigledno je da se ni jednom od ovih inkriminacija ne postiže neposredno zaštita od iznete netačne tvrdnje kojom se škodi tuđoj časti i ugledu, a jasno je svakog pojedinca teže „pogađa“ izmišljotina izneta na njegov račun, nego uvredljiva izjava ili postupak. Jer, klevetnička izjava je takva da izaziva ne samo moralno omalovažavanje (kao uvreda), nego umanjuje socijalnu vrednost čoveka, njegov ugled u društvu (a posredno utiče i na mogućnost življenja i bavljenja određenim zanimanjem u određenoj sredini). Drugim rečima, društvena opasnost klevete u odnosu na uvredu ili iznošenje ličnih i porodičnih prilika je mnogo veća: od neistinite tvrdnje, koju drugi saznaju pre njega oštećeni teško može na vreme da se zaštiti. Kako će se sada „braniti“ pojedinac od netačnih tvrdnji koje pogađaju njegov čast i ugled? Mogla bi biti primenjena kvalifikacija iz člana 172, budući da je radnja izvršenja tog krivičnog dela iznošenje ili pronošnje a objekt radnje nešto iz ličnog ili porodičnog života oštećenog što može škoditi njegovoj časti i ugledu. Kako se vidi, krivično delo iz člana 172. je specifično jer se norma može primeniti samo u slučaju kada se klevetnička ili uvredljiva izjava tiču ličnih i porodičnih prilika oštećenog. Ako se iznete tvrdnje odnose na javna istupanja oštećenog (a ne na njegove lične i porodične prilike), odredba iz člana 172. se ne bi mogla primeniti.

Ostaje druga mogućnost da se sudska zaštita inicira podnošenjem privatne tužbe zbog jedinog preostalog opšteg krivičnog dela iz glave protiv časti i ugleda - uvrede (član 170 KZ). Podvođenje pod uvredu olakšava činjenica da uvredljiva izjava obično sadrži činjeničnu tvrdnju (koja je objektivno proverljiva). Tako se uobičajeno dešava da činjenične tvrdnje i vrednosni sudovi o ličnosti oštećenog gotovo nikad ne mogu potpuno da se odvoje jer neistinita činjenična tvrdnja implicira negativni vrednosni sud i obratno. Recimo, kada se o nekome neistinito iznosi da je taj „odrobijao“ pet godina zbog pronevere (klevetnička tvrdnja), takav iskaz uvek implicira vrednosnu ocenu da je taj čovek kriminalac, što predstavlja uvredu. Ranije je za razgraničenje uvrede (člana 170) od klevete (član 171) upravo bilo neophodno da sud proceni da li se iznete tvrdnje odnose na iznošenje negativnih vrednosnih stavova o ličnosti oštećenog, kada se radilo o uvredi ili se tiču prošlih ili sadašnjih činjenica (događaja, stanja, osobina oštećenog), kada su primenjivane odredbe iz člana 171<sup>9</sup>. Kada su klevetnička tvrdnja i vrednosni sud tako usko povezani da vrednosna ocena predstavlja logičan zaključak koji sledi iza određenih činjenica, bilo je neophodno prosuđivati koji od tih elemenata preteže, kako bi se izvršila uspešna sumpsumpcija pod odredbe člana 170, odnosno člana 171. Odsustvo klevete situaciju čini jednostavnijom utoliko što će se u takvoj situaciji moći primeniti član 170., pod uslovom da se klevetnička izjava ili gest objektivno mogu smatrati ponižavajućim po dostojanstvo drugog lica (prema shvatanju oštećenog i opštim običajima i moralu u datoj sredini). Ali, izostaje mogućnost da se primene odredbe o sticaju uvrede i klevete ako je istom prilikom oštećeni bio i oklevetan i uvređen (kada bi se moglo raditi o produženom delu uvrede).

Sa stanovišta zaštite slobode izražavanja važno je što je u stavu 4 člana 170. propisan posebni osnov za isključenje protivpravnosti. Tako se neće kazniti za delo iz st. 1 do 3. ovog člana učinilac, ako je izlaganje dato u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu, u vršenju službene dužnosti, novinarskog poziva, političke delatnosti, u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa, ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to nije učinio u nameri omalovažavanja. Postojanje naročitog osnova za isključenje protivpravnosti u odsustvu *animus iniuriandi* ukazuje da u konkretnom slučaju nema krivičnog dela uvrede, a taj uslov će u praksi redovnije biti ispunjen ako se, u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, prihvati da je sastavni deo demokratskog procesa iznošenje „informacija“ ili „ideja“ koje vređaju,

<sup>9</sup> D. Atanacković, *Krivično pravo – posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, 1981, 243.

šokiraju ili uznemiravaju državu ili bilo koji segment stanovništva (stav 49 iz presude u slučaju Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 7. decembra 1976. godine)<sup>10</sup>. Isti osnov za isključenje protivpravnosti postoji i kod krivičnog dela iz člana 172, pa se i sudska praksa u proceni uslova za primenu standarda. Saveta Evrope neće razlikovati, budući da se i to krivično delo nalazi u raskoraku sa tim standardima kojima se dopušta povreda prava privatnosti ako je to u interesu javnosti. To se u prvom redu odnosi na istupe političara i drugih javno eksponiranih ličnosti koje se dobrovoljno izlažu analizi štampe i javnosti<sup>11</sup>.

Ako će brisanje krivičnog dela klevete rešiti problem ugrožene slobode medija, onda je to jednostavno i efikasno rešenje. Ali – nije. Jer, ostaje nelogičnost po kojoj je ukinuta kleveta (društveno opasnija), dok je zadržana uvreda kod koje je radnja izvršenja propisana jednostavnom dispozicijom toliko neodređenom da se može primeniti na bukvalno svaki postupak za koji ustanovimo da se ponižavajućim smatra u konkretnim okolnostima<sup>12</sup>. Sa stanovišta zaštite slobode izražavanja jednako se mogu uputiti primedbe i krivičnom delu uvrede (kao i klevete). Štaviše, uvreda podrazumeva iznošenje omalovažavajućih vrednosnih stavova (mišljenja) čiju istinitost nije moguće proveriti i zato, prema stanovištu Evropskog suda za ljudska prava takav zahtev krši samu slobodu mišljenja. To naročito važi ako se krivično kazni onaj ko iznese vrednosnu ocenu, koja se ona temelji na potvrđenim i nespornim činjenicama (Ligens protiv Austrije)<sup>13</sup>. I ne samo to, nego odnos između krivičnih dela uvrede i klevete ukazuje na to da se onaj ko dokaže da je imao osnovanih razloga da poveruje u

<sup>10</sup> Ž.Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Službeni glasnik i Savet Evrope, Beograd, 2006, 289. Kasnije se sud pozivao na isto tumačenje člana 10 stava 2 konvencije u presudama: Castells protiv Španije od 23. aprila 1992. godine i Vogt protiv Nemačke od 26. septembra 1995.

<sup>11</sup> Interesantno je da je upravo zato, radi usmeravanja prakse sudova pri kažnjavanju za klevetu u Srbiji Krivično odeljenje Vrhovnog suda Srbije na inicijativu Sektora za zastupanje pred Evropskim sudom za ljudska prava u okviru Ministarstva za ljudska i manjinska prava, rukovođeno presudama iz slučajeva Filipović i Lepojić, zauzelo pravno shvatanje „da su granice prihvatljive kritike su šire kada je reč o javnim ličnostima u odnosu na privatna lica. Za razliku od običnih građana, koji to svojstvo nemaju, javne ličnosti su neizbežno i svesno izložene pomnom ispitivanju svake svoje reči i dela kako od novinara, tako i od javnosti uopšte, te stoga moraju ispoljiti veći stepen tolerancije“ (Pravno shvatanje usvojeno na sednici Krivičnog odeljenja 25.11.2008. godine, *Bilten Vrhovnog suda Srbije*, 2009, br. 1).

<sup>12</sup> Podsećanja radi, je Rumunija dekriminalizovala uvredu i klevetu, ali je posle ulaska u Evropsku uniju ponovo vratila klevetu u krivično zakonodavstvo.

<sup>13</sup> Predstavka br. 985/82, presuda od 8. jula 1986. godine (Serija A br. 03).

istinitost tvrdnji koje je iznosio i pronosio može kazniti za uvredu, ako su ispunjena bitna obeležja bića tog krivičnog dela.

Kako se pokazuje, svakom krivičnom delu iz grupe protiv časti i ugleda može se staviti primedba da zloupotrebljena u praksi mogu dovesti do sputavanja slobode medija. Zbog toga se ukidanjem klevete problem ne rešava. Čini se da su postojale druge mogućnosti kojima je trebalo postići da se krivično kažnjavanje za povrede časti i ugleda dovede u saglasnost sa standardima Saveta Evrope u pogledu zaštite slobode izražavanja, tako da se ograničenja svedu na zabranu „govora mržnje“ i propagiranja nasilja. I ne samo to: Evropski sud za ljudska prava u svojim presudama preporučuje da bi vlade trebalo da se uzdrže od pokretanja krivičnih postupaka za povrede časti i ugleda, ali dopušta da nadležni organi mogu usvojiti mere, čak i krivične, kojima se reaguje primereno i odgovarajućoj meri na uvredljive optužbe koje su bez osnova ili su zlonamerne, naročito ako to nalažu potrebe očuvanja javnog reda ili se radi o ozbiljnim napadima na pojedinca ili su time druga osnovna prava ozbiljno narušena<sup>14</sup>.

Zato je umesto izbacivanja krivičnog dela klevete zakonodavac mogao da se opredeli za kvalitetnije izmene i da ograniči ili čak potpuno izostavi odredbe iz Krivičnog zakonika koje uspostavljaju famoznu odgovornost za drugog. Radi se o reliktnoj ustanovi odgovornosti za dela učinjena putem štampe (član 38-41). One predstavljaju značajan izuzetak od principa subjektivne odgovornosti po osnovu krivice, u krivično pravo evropskih zemalja uveden još u XIX veku po ugledu na nemačko pravo<sup>15</sup>. U tadašnjim društvenim uslovima, narasla moć štampe bila je razlog što je predviđen ovakav jedan institut sa ciljem da se proširi odgovornost za javno izgovorenu reč. U savremenim uslovima očigledno je da zadržavanje takve ustanove predstavlja značajnu barijeru za slobodu izražavanja, koja je preduslov za delovanje demokratskog društva. Dakle, umesto same klevete, valjalo je jednom za svagda raskrstiti sa time da umesto autora neistinite, uvredljive ili informacije kojom se vređa tuđa privatnost krivičnopravno ne treba da odgovara urednik niti umesto njega, kaskadno, izdavač, štampar ili proizvođač sredstava na kojima se zapisuje audio-video sadržaj. Važan argument u ovom pravcu bio bi i taj što se ta lica, kao odgovorna, mogu

<sup>14</sup> Argumenti korišćeni u slučajevima: Castells protiv Španije (presuda od 23. aprila 1992., st.42 (Serija A br.236), Bodrožić i Vujin protiv Srbije (presuda od 23.6.2009., st. 39) Gavrilovici protiv Moldavije (presuda od 15.12.2009, st. 60.

<sup>15</sup> F.Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Informator, Zagreb, 1978, 291., N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo, opšti dio*, II izdanje, Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011, 170.

obuhvatiti parničnom tužbom. Da je zakonodavac optirao za takvo rešenje, krivično delo klevete je bez problema moglo ostati u krivičnom zakonodavstvu „rezervisano“ samo za najteže slučajeve napada na tuđi ugled.

U cilju sprečavanja zloupotreba moglo se razmišljati i o drugačijem formulisanju radnje izvršenja krivičnog dela klevete. Prema ranijem članu 172. krivično delo čini onaj „ko za drugog iznosi ili pronosi štogod neistinito što može škoditi njegovoj časti ili ugledu“. S pravom se u kritikama upozoravalo na problematičnost formulacije kod klevete kojom je teret dokazivanja istinitosti činjenica koje je iznosio ili pronosio prebačen na učinioca. Takva obaveza dokazivanja istinitosti činjenica može ograničiti slobodu štampe, jer otežava korišćenje i zaštitu anonimnog izvora (kada je inače komplikovano proveriti potpunu tačnost date informacije). Prema stavovima Evropskog suda za ljudska prava od odgovornosti za iznošenje klevetničke tvrdnje o pitanjima od javnog značaja zaštićen je novinar koji je poštujući standarde profesionalne dužne pažnje učinio sve što se razumno moglo očekivati da proveri verodostojnost informacije pre objavljivanja. Znači, prihvata se standard „razumnog objavljivanja“ po kome se procenjuje da li su novinari delovali *bona fide*, tj. sa dobrim namerama kako bi se dobile tačne i pouzdane informacije u skadu sa etikom novinarstva. Otuda su naročito karakteristični slučajevi u kojima sud konstatuje kršenje člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama na štetu podnosilaca predstavke koji su kažnjeni za klevetu zato što su: prenosili navode iz netačnog izveštaja državnog organa (Bladet Tromsø i Stensaas protiv Norveške)<sup>16</sup>, koristili podatke u koje je javnost lako mogla da stekne uvid ili su javno bili dostupni i pre iznošenja informacije (Fressoz i Roire protiv Francuske<sup>17</sup>, Weber protiv Švajcarske,<sup>18</sup>) ili kada tuđu izjavu ili medijsko saopštenje prenesu ne zato da bi napadali na nečiji ugled, nego da bi nastavili raspravu značajnu sa gledišta javnog interesa (Thoma protiv Luksemburga<sup>19</sup>, Lepojić protiv Srbije<sup>20</sup>).

Mogući uzor za promene odredbi o kleveti se možda mogao naći u članu 149 st. 1 novog hrvatskog Kaznenog zakonika ili u članu 159 stav 1 Krivičnog zakonika Republike Slovenije. U obe odredbe je suženo područje primene odredbe tako što se zahteva poseban umišljaj učinioca kao

<sup>16</sup> Predstavka br. 21980/93, presuda od 20. maja 1999. godine, , stav 63

<sup>17</sup> Predstavka br. 29183/95, presuda od 21. januara 1999. god.

<sup>18</sup> Predstavka br. 11034/84 presuda od 22. maja 1990, serija A br. 177.

<sup>19</sup> Predstavka br. 38432/97, presuda od 29. marta 2001. godine

<sup>20</sup> Predstavka broj 13909/05, presuda od 6. novembra 2007. godine.

bitno subjektivno obeležje bića krivičnog dela. Za postojanje krivičnog dela nije dovoljno da se za nekoga iznosi ili prenosi štogod neistinito, što može škoditi njegovoj časti ili ugledu, nego se zahteva da je učinilac to učinio znajući, pri tome, da je takva tvrdnja neistinita. Hrvatski zakonodavac je, osim toga, dodatno precizirao i radnju krivičnog dela: klevetu čini onaj ko pred drugima za nekoga iznese ili pronese neistinitu činjeničnu tvrdnju, koja može škoditi tuđoj časti i ugledu, znajući da je to neistina Ali, kako su ovakvi predlozi u Srbiji zakasneli, jer su zakonske izmene već stupile na snagu, ostaje da se razmotri još samo to da li naknada štete pričinjene klevetom može da predstavlja dovoljnu satisfakciju oštećenom.

## 2. Naknada nematerijalne štete kao jedina sankcija za klevetu

U svim državama zapadnog Balkana u kojima je dekriminalizovana kleveta u kampanjama se uvek koristio isti argument: da je naknada štete delotvorna u zaštiti od javne klevete, bilo da se ostvaruje po opštim pravilima ili na osnovu *lex specialis*. Najstarija nemačka teorija o pravima ličnosti iz XIX veka govorila je u prilog ustanovljavanju naknade nematerijalne štete kao specifične privatne kazne (*poena privata*)<sup>21</sup>. Jer, takvim štetnim radnjama povređuju se najvažnija, nematerijalna dobra svojstvena svakom čoveku. U „katalogu“ zaštićenih pravnih dobara ona bi svakako trebala da imaju prioritet i da uživaju najpotpuniju pravnu zaštitu. Štetne posledice kršenja prava ličnosti nemoguće je novčano izraziti zbog prirode samih zaštićenih dobara. Otuda teškoće da odredimo načine na koje je štetu moguće popraviti i da opredelimo svrhu novčane naknade štete i njenu visinu, ako se za nju opredelimo. Nije zato slučajno što se u medijskom pravu predviđaju posebni načini popravljanja štete objavljivanjem ispravke informacije, odgovora oštećenog ili izvinjenja redakcije. Tek ako oni nisu dostatni obici restitucije štete, moguće bi bilo koristiti klasični mehanizam građanske tužbe radi pružanja satisfakcije oštećenom dosudom novčane naknade nematerijalne štete zbog pretrpljenih duševnih bolova povredom časti i ugleda.

Dekriminalizacija klevete otvara pitanje da li se puna satisfakcija žrtve postiže građanskopravnom naknadom štete. Odgovor na postavljeno pitanje zavisi od toga kakva je funkcija naknade štete u važećem pravnom poretku. U kontinentalnom pravnom sistemu tradicionalno je prihvaćen

<sup>21</sup> Z. Petrović, N. Mrvić-Petrović, 38.

konceptom tzv. kompenzatorne naknade štete. Takva naknada je usmerena isključivo na nadoknadu onog gubitka koji je izazvan štetnim događajem. Odmerava se prema visini prouzrokovane štete, pri čemu je kod nematerijalne štete (zbog toga što se radi o povredi nematerijalnih dobara vezanih za ličnost) funkcija takve naknade u novčanom obliku da se pruži izvesna satisfakcija oštećenom. Međutim, poslednjih decenija u kontinentalni pravni sistem prodire, pod jakim uticajem anglo-saksonskog pravnog sistema i američkog prava tzv. kaznena naknada štete (*punitive damages*). Kaznena naknada štete za svrhu nema uspostavljanje ranijeg stanja (restituciju) ili naknadu (kompenzaciju) štete, nego kažnjavanje štetnika. Ona takođe treba zastrašujuće da deluje na druge pa se zbog te generalno-preventivne svrhe u engleskom pravu naziva i naknadom za primer (*exemplary damages*).

Kaznena naknada štete se probija u zakonodavstvima država kontinentalnog sistema kroz tzv. komunitarno pravo (pravo Evropske unije) pod čijim uticajem se kreira dopunsko zakonodavstvo u oblastima medijskog prava, ekološkog prava, prava konkurencije, industrijske svojine i slično. Primeri iz engleskog, francuskog i nemačkog prava pokazuju da se u sudskoj praksi naknada štete koja ima sličnosti sa kaznenom primenjuje u pojedinim slučajevima kada je netačna tvrdnja u medijima „plasirana“ iz koristoljubivog motiva (na primer, senzacionalistički natpisi objavljeni u tzv. „žutoj“ štampi kojima se podstiče kupovina časopisa)<sup>22</sup>.

U judikaturi Evropskog suda za ljudska prava se povodom predstavki po osnovu kršenja člana 10 Evropske konvencije već raspravljalo o previsoko odmerenim novčanim naknadama šteta u odlukama sudova država-članica Saveta Evrope. O tome sud vodi računa procenjujući u kojoj se meri postavljaju državna ograničenja slobodi izražavanja propisivanjem formalnosti neophodnih za obavljanje medijske delatnosti, dopunskih uslova ili kazni. Sud zahteva da se u smislu člana 10 stava 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama dokaže da je takva regulativa, čak i kad teži legitimnom cilju, „neophodna demokratskom društvu“, a to znači da sloboda izražavanja može steći prioritet u odnosu na zaštitu časti i ugleda pojedinca.

<sup>22</sup> W. V. H. Rogers, „Non pecuniary Loss Under English Law“, u W. V. Horton Rogers (ed), *Damages for Non Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Tort and Insurance Law, vol. 2, Springer, Wien – New York, 2001, 54–55, J.S.Borghetti, „Punitive Damages in France“, in: Helmut Koziol, Vanessa Wilcox (ecs.), *Punitive Damages: Common Law and Civil aw Perspectives*, Springer, Wien New York, 2009, 64-65, E. Deutsch, H-J. Ahrens, *Deliktrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, 216–217.

Zato u presudama Evropskog suda za ljudska prava dolazi do izražaja stav da čak i samo pokretanje krivičnog postupka zbog krivičnog dela protiv časti i ugleda izaziva zabrinutost zbog primene bilo kakvih krivičnih sankcija (čak i uslovne osude kao mere upozorenja) za klevetu putem medija, jer njihovo izricanje znači osudu i kazneno evidentiranje osuđenog i, kroz pravne posledice osude, može ograničiti njegovo pravo na zapošljavanje. Osim toga, dovodi do auto-cenzure i ometa novinare u važnom zadatku čuvara javnosti (*watch dog*)<sup>23</sup>. Na sličan način deluje i osuda na novčanu kaznu koja, neplaćena, može biti zamenjena kaznom zatvora.

Kao alternativni, prihvatljiviji način kažnjavanja mogla bi se koristiti naknada štete, ali se dešava da sud kao primere neproporcionalnog državnog mešanja u slobodu izražavanja tretira i previsoko odmerene naknade štete. Ne treba da čudi što su to uglavnom slučajevi koji se odnose na Veliku Britaniju, u kojoj se kaznena naknada štete uobičajeno dosuđuje. Tako je u slučaju Tolstoy Miloslavski protiv Ujedinjenog kraljevstva<sup>24</sup> Evropski sud za ljudska prava stao je na stanovište da je naknada štete od više od milion funti na koju je bio obavezan podnosilac predstavke predstavlja neproporcionalno državno mešanje u slobodu izražavanja. U ovom slučaju se radilo o veoma visokoj novčanoj naknadi štete, ali u pojedinim primerima i kod nižih odšteta sud ustanovljava da su one predstavljale nesrazmerno veliku obavezu cenjeno prema imovinskim mogućnostima podnosioca predstavke. Na primer, u slučaju Steel i Morris protiv Ujedinjenog kraljevstva<sup>25</sup> kada su dva učesnika kampanje „zelenog pokreta“ novčano kažnjena jer su delila letke ispred „Mek Donalds“ restorana u kojima su protestovali zbog prakse i kvaliteta hrane u toj kompaniji, Evropski sud je stao na stanovište da se naknada štete na koju su obavezani mogla smatrati neproporcionalnim državnim mešanjem u slobodu izražavanja, ako se ima u vidu odnos visine dosuđene naknade i prinadležnosti

---

<sup>23</sup> Argumenti ističani u presudi Dabrowski protiv Poljske od 19. 12. 2006, predstavka br. 19235/02. stavovi 35-37. Ovaj i druge primere ističe Peter Noorlander, „Najbolja praksa obezbeđenja primjene standarda iz prakse Evropskog suda za ljudska prava u domaćem pravnom poretku“, u: Tea Gorjanc-Prelević (ur.), *Reforma odgovornosti za uvredu i klevetu*, zbornik izlaganja sa regionalnog skupa održanog u Podgorici 11. juna 2010. godine, Akcija za ljudska prava, Podgorica, 2010, 31-32. Dostupno na: [http://89.188.32.41/download/east\\_ref\\_odgov\\_za\\_klevetu\\_i\\_uvredu.pdf](http://89.188.32.41/download/east_ref_odgov_za_klevetu_i_uvredu.pdf), 12. 12. 2012.

<sup>24</sup> Predstavka br. 18139/91, presuda od 23. 6. 1995.

<sup>25</sup> Predstavka br. 68416/01, presuda od 15. 02. 2005.

podnosioca predstavki. U slučaju Karhuvaara i Iltalehti protiv Finske<sup>26</sup> Evropski sud za ljudska prava se poslužio poređenjem, pa je u stavu 37. presude istakao da je da je nesrazmerna novčana naknada koja je u ovom slučaju dosuđena zbog povrede časti i ugleda ako se imaju u vidu iznosi naknada koje finski sudovi uobičajeno određuju za „ozbiljno nasilje“.

Interesantan je slučaj Filipović protiv Srbije<sup>27</sup>, u kome je sud stao na stanovište da postoji povreda člana 10. imajući u vidu da je podnositelj predstavke kao političar raspravljao o stvari od javnog interesa, javno optužujući gradonačelnika Babušnice da je ranije, dok je bio direktor velikog državnog preduzeća proneverio državne pare. Krivični postupak protiv gradonačelnika nije vođen, iako su protiv njega bile podnete krivične prijave. Protiv podnosioca predstavke je gradonačelnik podneo privatnu tužbu za klevetu, ali sud ovu okolnost nije uzimao u obzir zbog toga što u vreme kad je podnositelj predstavke bio presudom krivičnog suda za klevetu osuđen, Srbija nije bila članica Saveta Evrope. U naknadno pokrenutom parničnom postupku na ime naknade nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog povrede časti i ugleda podnositelj predstavke je obavezan da gradonačelniku plati dinarski iznos u protivrednosti 2.077,00 evra (tj. šest mesečnih plata podnosioca predstavke). Sud je većinom glasova ocenio neproporcionalnim takvo mešanje države u slobodu izražavanja i ustanovio da je podnosiocu predstavke bilo povređeno pravo na slobodu izražavanja.

Problem je što sudska veća Evropskog suda za ljudska prava nemaju jednaki pristup proceni proporcionalnosti državnog mešanja u slobodu izražavanja, čak ni u sličnim slučajevima, kako pokazuje slučaj Fleury protiv Francuske (u presudi od 11. maja 2010. godine) u kome je sud jednoglasno ustanovio da ne postoji povreda prava na slobodu izražavanja, jer podnositelj predstavke nije pružio dokaze da je postupao u dobroj veri, iako se može smatrati da je klevetajući gradonačelnika da je proneverio novac delovao u javnom interesu i kritikovao rad političara (koji bi morao da ima veći stepen tolerancije prema javnoj kritici)<sup>28</sup>. Zato je sud stao na stanovište da nema povrede slobode izražavanja, jer se radilo o ozbiljnom napadu na čast pojedinca, bez činjenične podloge u pokrenutom krivičnom postupku koji bi se vodio protiv gradonačelnika.

<sup>26</sup> Predstavka br.53678/00, presuda od 16. 11. 2004.

<sup>27</sup> Predstavka br. 27935/05, presuda od. 20. novembra 2007. godine.

<sup>28</sup> O sličnostima između ovog i slučaja Filipović protiv Srbije u diskusiji Slavojuba Carića i referatu „Iskustvo Srbije“ u: T.Gorjanc-Prelević (ur.), fn. 23., 44, 95-96.

Smernice iz prakse Evropskog suda za ljudska prava uticale su na to da se u Rezoluciji Saveta Evrope o dekriminalizaciji klevete preporuča da se u nacionalnim zakonodavstvima uspostave srazmerna i razumna ograničenja maksimalnih iznosa naknade štete tako da se opstanak medija ne dovodi u pitanje (tačka 17.8) i da se uvedu odgovarajuće garancije protiv dosuđivanja naknada koje su nesrazmerne stvarnoj povredi (tačka 17.9). Te dopunske kriterijume bi bilo moguće uvesti jedino dopunskim, medijskim zakonodavstvom pri čemu se mora pažljivo usaglasiti zahtev za uspostavljanjem slobode izražavanja sa potrebom zaštite časti i ugleda. Svakako bi jedan od prihvatljivih kriterijuma o kojima bi sud trebalo da vodi računa bio da li je pre pokretanja parničnog postupka odgovorno lice preduzelo aktivnosti na smanjenju štete, tako što je objavilo ispravku ili odgovor oštećenog u skladu sa zakonom, ali se ne bi smelo dopustiti da pravo oštećenog na pristup sudu bude uslovljeno njegovom obavezom da prethodno od štetnika ili odgovornog lica traži objavljivanje ispravke ili odgovora kako je to, na primer, predviđeno u zakonodavstvu Hrvatske<sup>29</sup>.

Iako nekozistentna, praksa Evropskog suda za ljudska prava ukazuje da i naknade nematerijalne štete mogu pod određenim okolnostima da se smatraju preteranim državnim ograničenjem slobode izražavanja. Nacionalni sudovi će svakako u svojoj praksi nastojati da se pridržavaju tih smernica i zato je isključena svaka mogućnost kaznenog efekta naknade štete, kojom bi se delovalo i na samog štetnika, ali i na druge.

### 3. Zaključak

Dekriminalizacija klevete u Republici Srbiji ne bi smela da bude jedini doprinos jačanju slobode izražavanja. Umesto takvog ishitrenog rešenja primerenije je bilo menjati bitna obeležja krivičnog dela da bi se sprečile moguće zloupotrebe u praksi, uticati na razvoj odgovornog novinarstva i stvarati takve društvene uslove da se sve ređe u sudskim postupcima novinari nađu u ulozi okrivljenih za krivična dela protiv časti i ugleda. Kada je već dekriminalizacija izvršena, otvara se pitanje da li će

<sup>29</sup> Tako se stav i radne grupe koja je pripremala Predlog reforme odgovornosti za povredu časti i ugleda u Crnoj Gori, Podgorica, novembar 2010, 86, [http://www.hraction.org/wp-content/uploads/predlog\\_reforme-zakon\\_o\\_kleveti\\_i\\_uvredi.pdf](http://www.hraction.org/wp-content/uploads/predlog_reforme-zakon_o_kleveti_i_uvredi.pdf), 10. 4 2013.

u budućnosti naknada štete moći da bude primenjena kao dovoljni oblik satisfakcije oštećenog, ako nije bilo dovoljno objavljivanje ispravke netačne informacije ili izvinjenja po pravilima medijskog prava. Primeri iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava ukazuju na to da kaznenu naknadu štete neće biti moguće koristiti u te svrhe. Štaviše, čak i naknada štete kojoj je svrha popravljanje štete i izjednačenje pozicija oštećenog sa štetnikom koji iz lukrativnih razloga šteti ugledu oštećenog objavljujući skandalozne natpise u tabloidnoj štampi može biti smatrana neproporcionalnim državnim mešanjem u slobodu izražavanja. Zbog toga će sudije u Republici Srbiji biti veoma uzdržane kada treba da odmere naknadu nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda. Sa druge strane, ekonomska situacija u zemlji uticaće na smanjene mogućnosti naplate novčane naknade nematerijalne štete, čak i kada bude dosuđena oštećenom u parničnom postupku. Sve to ukazuje na problematičnost ocene da će naknada nematerijalne štete moći da bude dovoljna sankcija za povrede časti i ugleda i doprinosi utisku da trenutno postoji suprematija prava na slobodu izražavanja u odnosu na zaštitu prava ličnosti.

### **Nataša Mrvić-Petrović**

Principal Research Fellow

Institute of Comparative Law Beograd

## **DECRIMINALIZATION OF DEFAMATION – SUPREMACY THE FREEDOM OF EXPRESSION TO THE RIGHT OF HONOR AND DIGNITY**

### Summary

We analyzed the reasons and consequences of decriminalization of defamation in the criminal legislation of Republic Serbia. Examples of comparative law shows that it was possible ammedments to legal provisions and practices prevent the occurence of violation of freedom of expression (violation of Article 10 of the European Convention on Human

Rights and Freedoms). Decriminalization of libel the question arises as to sufficiency of civil law protection of honor and dignity. The autor analyzes the judgments of the European Court of Human Rights in witch the whole amount of damages assessed as unbalanced state interference with freedom of expression and notes that these guidelines and attempts to separate legislation to prescribe additional criteria for estimating the amount of damage indicate supremacy of the right to freedom of expression in relation the protection of honor and dignity.

**Keywords:** defamation, honor and dignity, freedom of expression, compensation, non material damage

**Prof. dr Boris Krivokapić**  
redovni profesor  
Fakultet za državnu upravu i administraciju  
Megatrend univerzitet, Beograd

Originalni naučni rad  
UDK: 341.1/.8

## ODNOS MEĐUNARODNOG I UNUTRAŠNJEG PRAVA<sup>1</sup>

### Apstrakt

*Rad ima tri dela. U prvom je dat kratak prikaz osnovnih polazišta, ali i slabosti najpoznatijih pristupa koji se tiču odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava. Za razliku od većine pisaca, koji uglavnom sve teorije dele na dualističku i monističku (s tim da u okviru ove druge razlikuju dva pravca) autor izdvaja četiri pristupa: 1) primat unutrašnjeg prava, 2) dualizam, 3) primat međunarodnog prava, 4) pluralizam. On posebno ukazuje na istorijski kontekst ovih koncepcija tj. da su one zadovoljavale određene potrebe vremena u kome su se javile.*

*U drugom delu rada, autor je pokušao da osvetli problem o kojem je reč kroz odgovore na četiri osnovna pitanja: 1) kakav je uticaj unutrašnjeg prava na međunarodno i obrnuto; 2) da li su norme međunarodnog i unutrašnjeg prava deo jednog pravnog sistema; 3) koje norme (međunarodne ili unutrašnje) imaju u slučaju sukoba jaču pravnu snagu i 4) problem načina povezivanja unutrašnjeg i međunarodnog prava.*

*U zaključnim razmatranjima, autor ponavlja najvažnije opšte zaključke - da se odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava ne svodi samo na pitanje primata; da taj odnos treba razlikovati od mehanizama unošenja međunarodnog prava u unutrašnje; da je u naše vreme sve izraženiji pri-*

---

<sup>1</sup> Rad predstavlja prvi deo suštinske celine koja se tiče odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, a koja je zbog velikog obima podeljena u dva priloga. Nastavak ovog rada, pod nazivom "Primat međunarodnog prava" biće objavljen u sledećem broju časopisa.

mat međunarodnog prava. Na samom kraju on konstatuje da je čitav spor oko primata međunarodnog ili unutrašnjeg prava zapravo nepotreban. Po njemu, rasprave o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava mogu biti zanimljive sa pozicija unutrašnjeg prava država odn. opšte pravne teorije, ali nisu, ili u svakom slučaju sve manje su, interesantne sa stanovišta međunarodnog prava.

**Ključne reči:** međunarodno pravo, unutrašnje pravo, monizam, dualizam, doktrina.

\*  
\* \*

Problem odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava spada među ona pitanja koja su u nauci međunarodnog prava, ali i pravnoj nauci uopšte naročito često obrađivana. On se skoro neizostavno izlaže u sistemskim delima i udžbenicima međunarodnog prava,<sup>2</sup> a posvećeni su mu i mnogobrojni posebni radovi.<sup>3</sup> Ni u literaturi na našem jeziku odnosno njemu bliskim jezicima nije ništa drugačije – skoro da nema sistemskog dela koje ne sadrži ozbiljan osvrt na ovaj problem,<sup>4</sup> a njime se, kao osnov-

<sup>2</sup> Hronološkim redom: G.Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, London 1952, 21-23; A. Фердросс, *Международное право*, Москва 1959, 86-99; Ф.И. Кожевников, (отв. ред.) *Международное право*, Москва 1966, 47-48; Д.Б. Левин, *Актуальные проблемы теории международного права*, Москва 1974, 191-263; Г.И. Тункин, *Международное право*, Москва 1982, 70-81; M.Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, London 1984, 43-48; И.П. Блищенко, М.М.Солнцева, *Мировая политика и международное право*, Москва 1991, 85-104; I.Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 1995, 32-57; M.Dixon, *Textbook on International Law*, London 1995, 68-87; И.Владимиров, *Международно публично право*, София 2000, 7-11; A.Cassese, *International Law*, Oxford 2001, 162-181; M.M.Shaw Malcolm, *International Law*, Cambridge 2003, 120-174; Л.А.Ануфриева, *Взаимодействие международного и внутригосударственного права*, 150-179, в: К.А. Бекашев (отв. ред.), *Международное право*, Москва 2009; Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов (отв. ред.), *Международное право*, Москва 2009, 36-44; E.Denza, *The Relationship Between International and National Law*, 411-438, in: M.D.Evans (ed.), *International Law*, Oxford 2010; C.W.Henderson, *Understanding International Law*, Wiley-Blackwell 2010, 106-109.

<sup>3</sup> Ипак, postoje i vrlo ozbiljna systemska dela koja se na ovaj problem uopšte ne osvrću ili gaominju na samo jednoj ili dve strane, bez ulaženja u dublju analizu.

<sup>4</sup> Hronološkim redom: Đ.Popović, *Uvod u međunarodno pravo*, Beograd 1938, 134-139; M.Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, I knjiga, Beograd 1954, 37-43; Л. Д.Фрчковски, В.Тупурковски, В.Ортаковски, Табернакул 1995, 25-28; V.Đ.Degan, *Međunarodno pravo*, Rijeka 2000, 15-32; В.М.Јанковић, Z.Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš 2005, 14-18; S.Avramov, M.Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2006, 43-47; V.Dimitrijević et al., *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beograd 2007, 59-69; S.Đorđević, *Uvod u međunarodno pravo*, Beograd 2007, 109-144; J.Andrassy, B.Bakotić, M.Seršić, B.Vukas, *Međunarodno pravo*, 1. dio, Zagreb 2010, 4-7; R.Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2010, 101-110; M.Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2010, 67-79; S.Avramov, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2011, 72-79.

nom temom, bave i mnogi članci, radovi u zbornicima i sl.<sup>5</sup>

Pošto je problem odavno identifikovan i analiziran u nauci međunarodnog prava, reklo bi se da je tema iscrpljena. Međutim, što zbog zanimljivosti sa stanovišta teorije, što zbog značaja za praksu,<sup>6</sup> što zbog ličnih afiniteta, autori se iznova vraćaju ovom pitanju.

Nažalost, uglavnom samo ponavljajući stavove drugih pisaca i zalažući se za neku od već poznatih koncepcija.

S obzirom na to da je pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava toliko mnogo obrađivano i da su dobro poznati argumenti pristalica raznih polazišta, ovde se nećemo baviti detaljnim izlaganjem raznih

---

<sup>5</sup> Hronološkim redom: S.Đorđević, „Odnos unutrašnjeg i međunarodnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4-6/1997, 354-395; O.Račić, „Odnos između međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Međunarodni problemi* 3-4/1999, 358-381; S.Đajić, „Teorije o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Godišnjak Udruženja za međunarodno pravo 2000-2003*, Beograd 2004, 49-71. i tamo navedenu literaturu.

<sup>6</sup> Tako se u literaturi npr. ističe da je odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava od suštinske važnosti za mnoga međunarodnopravna pitanja i međunarodnopravne institute, ali prvenstveno za primenu međunarodnog prava u unutrašnjem pravnom sistemu. S.Đajić, 49. Autorka time istovremeno objašnava „vrlo rano interesovanje za ovu temu“. Sa time se, nažalost, ne možemo složiti, jer se ovo interesovanje manifestovalo zapravo relativno kasno, ako uzmemo u obzir i istoriju međunarodnog prava i istoriju njegove doktrine. Uostalom, i sama autorka već u sledećoj rečenici ispravno primećuje da: „rasprave o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava pojavile su se krajem XIX veka.“ Takođe, samo ilustracije radi, navodimo da neki drugi autori primećuju da se teorijski značaj istraživanja ovog pitanja ogleda u tome da se tako može bolje razumeti suština međunarodnog prava i njegovih posebnosti, kao posebnog sistema prava, te da ovo istraživanje može da pomogne boljem razumevanju procesa formiranja međunarodnopravnih normi, zato što se tu često prepliću elementi međunarodnog i unutrašnjeg prava. Po istom piscu, praktični značaj je u tome da preciziranje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava daje mogućnost da se potpunije i tačnije predstave oblici i načini ostvarivanja normi međunarodnog prava u pojedinim državama i putevi za uklanjanje problema koji se pri tome javljaju. Д.Б Левин, 191.

Najzad, neki pisci primećuju da problem odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava „... ima, pored izrazito teorijske, i praktičnu važnost, jer se ove dve grupe pravila neprestano prepliću. To se ogleda u svakodnevним zadacima i međunarodnim obavezama predstavništava država u međunarodnim odnosima (diplomatski i konzularni odnosi i zaštita države i njenih državljana u inostranstvu), u izvršavanju međunarodnih dvostranih i višestranih ugovora u vezi sa unutrašnjim pravom država ugovornica i njihovim ustavnim odredbama, kao i sa pravnim, sudskim i finansijskim institucijama, te sa primenom domaćeg građanskog i krivičnog prava i odgovarajućim postupcima. Sada se ta pitanja umnožavaju postojanjem međunarodne zajednice oličene u OUN u vezi sa odlukama njenih organa i delatnošću raznih regionalnih organizacija i tela (evropske zajednice i dr.).“ S. Đorđević (1997), 355.

stavova.<sup>7</sup> Umesto tog samo ćemo podsetiti na osnovne teorije koje postoje i argumente kojima se one brane, a zatim ćemo ponuditi svoje viđenje.

## 1. Klasične koncepcije

### 1.1. Najpoznatiji pristupi

Opšte uzev, u nauci međunarodnog prava pitanje o kojem je reč svodi se na delimu: da li su međunarodno pravo i unutrašnje pravo (unutrašnja prava) država u nekakvoj formalnoj vezi i, ako jesu, koji od ovih pravnih poredaka ima jaču pravnu snagu. Ili, pojednostavljeno - koju normu će primeniti sud ili drugi nadležni državni organ, u slučaju kada je neka materija uređena i međunarodnim i unutrašnjim pravom.

Pravna nauka je ponudila dva osnovna prilaza koji se međusobno u osnovi isključuju. Jedan proglašava da su međunarodno i unutrašnje pravo dva različita i nezavisna pravna sistema (dualistička teorija, dualizam) dok drugi ističe da međunarodno i unutrašnje pravo predstavljaju sastavne delove jednog istog pravnog poretka (monistička teorija, monizam).

Kao što se lako može primetiti, dualizam zapravo insistira na razlikama između međunarodnog i unutrašnjeg prava (različiti subjekti, pravni izvori itd.) dok monizam, naprotiv, polazi od sličnosti, a iznad svega od toga da su u pitanju pravni poreci koji imaju iste funkcionalne ciljeve i u krajnjoj liniji regulišu prava i obaveze pojedinaca. Gledano iz drugog ugla, dualizam se bazira na praksi država, posebno na činjenici da je ta praksa dobrim delom različita, dok monizam uzima u obzir praksu, ali u istoj, ako ne i u većoj meri, polazi od određenih načelnih postavki.

---

<sup>7</sup> I inače, potpisnik ovih redova nije sklon sumarnom izlaganju pojedinih teorija i njihovih pristalica. To je često vrlo korisno, a ponekad i neophodno, da bi se ukazalo na određene ključne osobenosti različitih pristupa. Međutim, to istovremeno skoro neizostavno podrazumeva da se pod istu zastavu svrstavaju i oni čija gledišta se zapravo poprilično, a nekad čak i veoma razlikuju. Takođe, izlaganje stava (ponekad čak i životnog dela) jednog autora u svega par rečenica je zapravo prilično nekorektno (jer podrazumeva strahovito pojednostavljenje čitave koncepcije). Tome treba dodati i to da mnogi teoretičari u toku karijere evoluiraju i menjaju prvobitne stavove (što je naravno nemoguće pokazati na pravi način u tako kratkom prikazu). Najzad, ne treba zaboraviti uvek prisutnu opasnost, da onaj koji prezentira tuđa gledišta iz nekog razloga zapravo nije najbolje razumeo suštinu ideje autora čiji stav sažeto izlaže.

U okviru svake od ovih koncepcija postoji niz pravaca i mešoviten pristupa, što je sve nemoguće, pa i nepotrebno izložiti. Stoga ćemo ovde dati samo jedno sumarno podsećanje na osnovne postavke najvažnijih pristupa. Pri tome ćemo, međutim, odstupiti od uobičajenog izlaganja koje počinje prezentiranjem dualizma, a zatim monizma.

Uz to, u literaturi se teorije o primatu unutrašnjeg odnosno, sasvim suprotno, o primatu međunarodnog prava skoro bez izuzetka izlažu pod zajedničkim imenom *monizam* ili monistička teorija. Sa stanovišta apstraktnog razmišljanja (smeštanja problema u "čiste", laboratorijske, uslove) to ima smisao. Time se pravi jasno razlikovanje od *dualizma*.

Nama se, međutim, čini da je u pitanju po mnogo čemu veštačko stavljanje pod isti krov pravaca koji ne samo da nisu isti, već su suštinski suprotstavljeni. Ispada da je *monizam* jedna koncepcija koja ima uslovno rečeno dva pravca. Međutim, ako bar malo zagrebemo tražeći suštinu, lako ćemo se uveriti da to nije tako. To su dva potpuno suprotstavljena prilaza! Jedina sličnost je to što se govori o jednom poretku, što pravnim piscima daje zgodnu priliku da uvedu terminim *monizam* da bi ga suprotstavili *dualizmu*. Istovremeno se, međutim, gubi veza sa istorijskim tokom u razvoja prakse i nauke na ovom polju. A sve je to neraskidivo i zapravo vrlo logično povezano.

Iz tih razloga, mi ćemo ovde odvojiti dva pravca koja se u literaturi, kao dva vida monističke teorije, po pravilu razmatraju zajedno, pa ćemo, vrlo kratko razume se, govoriti o: 1) teoriji o primatu unutrašnjeg prava, 2) teoriji o odvojenosti i nezavisnosti unutrašnjeg i međunarodnog prava (dualistička teorija) i 3) teoriji o primatu međunarodnog prava. Uz to, pomenućemo ukratko i tzv. pluralizam, kao pokušaj da se na neki način pomire dva glavna pravca naučne misli u ovoj materiji.

Ovaj pristup će nam omogućiti da jasnije sagledamo kako se u praksi menjao i kakav je danas odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava.

**1. Primat unutrašnjeg prava.** - U dalekoj prošlosti nauka međunarodnog prava nije bila dovoljno razvijena, a u svakom slučaju nije se na studiozan način bavila problemom odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava.<sup>8</sup> To je i razumljivo. Praktično sve je bilo uređeno unutrašnjim pravom, koje je i samo u dobroj meri bilo nestabilno u smislu da je mnogo više nego što je to slučaj danas zavisilo od toga ko je na vlasti (ne samo

<sup>8</sup> Ovo naglašavamo i pored toga što smatramo da se začeci nauke međunarodnog prava mogu tražiti još u antici. Više: B. Krivokapić, „O nauci međunarodnog prava u antičkom svetu“, *Pravni život* 12/2012, 215-228.

koji društveni sloj, već čak i koji pojedinac). Gledano iz drugog ugla, moglo bi se reći da je za one koji su tada živeli postojalo samo unutrašnje pravo, a da se međunarodnopravnim normama bavio vrlo uzak krug ljudi, pa i to samo u vezi sa određenim, usko definisanim pitanjima.

Međunarodnopravne norme uređivale su prevashodno samo ono što, današnjim rečnikom, spada u domen diplomatskog prava, međunarodnog ugovornog prava, mirnog rešavanja međudržavnih sporova i ratnog prava, a samo donekle i nekih drugih oblasti (npr. najelementarnije norme iz oblasti prava mora). Sva druga pitanja koja su se ticala prekograničnih odnosa (npr. pravni položaj stranaca, strane imovine i sl.) nalazila su se u isključivoj nadležnosti suverenih država. Štaviše i u onim slučajevima koji su bili pokriveni normama međunarodnog prava, država je često bila *judex in causa sua* (sudija u svojoj stvari), u smislu da je neretko morala da se sama stara da, ako treba i silom oružja, obezbedi da to pravo ne bude prekršeno na njenu štetu.<sup>9</sup> U takvoj situaciji jasno je da je, opšte uzev, postojao primat unutrašnjeg prava ili bolje reći da se o odnosu unutrašnjeg i međunarodnog prava nije preterano mnogo ni raspravljalo.

Zapravo, teorijsko shvatanje o primatu unutrašnjeg prava uobičajeno je tek krajem XVIII, a naročito tokom XIX veka. Premda to na prvi pogled može izgledati apsurdno, mnogo toga sugerise da je analiza odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava, sa davanjem primata međunarodnom pravu, nastala ponajviše kao rezultat naglog razvoja međunarodnog prava. Jer upravo u to vreme počinju da se javljaju velike kodifikacije međunarodnog prava, u velikom porastu je broj međunarodnih konferencija, nastaju prve međunarodne organizacije, dolazi do naglog porasta broja država u svetu itd. Sve to je tražilo odgovor i jedna od mogućnosti bila je da se utvrdi da primat pripada unutrašnjem pravu.

---

<sup>9</sup> U tom svetlu nije neobično što je na topovima Luja XIV bilo izliveno *Ultima ratio regis* („Poslednji kraljev argument“).

Ovo shvatanje je isticano i u prvoj polovini XX veka, uglavnom od strane nemačkih,<sup>10</sup> a jedno vreme i pojedinih sovjetskih pravnih pisaca.<sup>11</sup> Ono, međutim, nikada nije dobilo potvrdu ni u praksi država, ni u praksi međunarodnih sudova, i ubrzo je napušteno od strane pravne nauke.

I zaista, ako bi se prihvatilo da primat pripada unutrašnjem pravu, onda bi postojanje međunarodnog prava bilo sasvim bespredmetno. Naime, u tom slučaju ništa ne bi sprečavalo bilo koju državu da bezobzirno krši međunarodno pravo. Dovoljno bi bilo da donese sopstvene norme po svom nahodjenju, a onda da tvrdi da je te norme obavezuju (više nego međunarodne). Ali tada bi to činile i druge države, što znači da međunarodno pravo ne bi imalo nikakvu svrhu. Kao nepotrebno, ono bi sasvim odumrlo. Praksa, međutim, jasno pokazuje ne samo to da međunarodnopravne norme postoje tokom čitave istorije, već i to da su, što se više civilizacija razvija i što je veći broj država u svetu, te norme sve brojnije i sadržajnije.

Kao pristup koji ne odgovara postojećoj stvarnosti, gledište o primatu unutrašnjeg prava je u suštini sasvim napušteno posle Drugog svet-skog rata.

**2. Teorija o odvojenosti unutrašnjeg i međunarodnog prava (dualizam).** - Pristalice *dualizma* ukazuju da su međunarodno pravo i unutrašnje pravo (tačnije: unutrašnja prava država)<sup>12</sup> dva odvojena pravna poretka koji uređuju različite odnose između različitih pravnih subjekata i imaju različite pravne izvore. Pravni osnov obaveznosti unutrašnjeg prava predstavlja ustav države, dok je pravni osnov obaveznosti međunarodnog prava načelo *pacta sunt servanda* (lat. ugovori se moraju poštovati).

<sup>10</sup> Stav nekadašnjih nemačkih pisaca (XVIII - početak XX veka) vodio je kompletnom negiranju međunarodnog prava i njegovom svođenju na „spoljnu“ granu unutrašnjeg javnog prava (tzv. „spoljašnje državno pravo“). Više: G.Schwarzenberger, 21-22; A.Cassese, 162; Л.П. Ануфриева, 158-159.

<sup>11</sup> А. Я. Вышинский, Вопросы международного права и международной политики, Москва 1949, 241. Kasnije su njegovi stavovi o primatu unutrašnjeg prava podvrgnuti kritici i u samom Sovjetskom Savezu, ali je i dalje dugo vremena ostalo odricanje primata međunarodnog prava. Umesto toga istaknut je stav koji je politički po mnogo čemu razumljiv, ali se teško može braniti na pravnom terenu, o tome da se priznae kombinovanje progresivnih normi svake države i opštepriznatih principa i normi međunarodnog prava. Ф.И. Кожевников, 48; Д.Б.Левин, 211.

<sup>12</sup> Ima gledišta po kojima bi dualistička teorija pre trebalo da se naziva *pluralističkom*. Ovo zato što se bavi odnosom ne dva, već čitavog niza pravnih poredaka (brojnih i međusobno različitih nacionalnih pravnih poredaka država, s jedne, i međunarodnog prava, s druge strane). Osnovna ideja je da se odnos prema međunarodnom pravu mora posmatrati sa stanovišta unutrašnjeg pravnog poretka svake konkretne države, jer se u tom pogledu prava država međusobno razlikuju. Više: S. Đorđević (1997), 357

Premda se pomenute tri osobenosti (različiti subjekti, različiti pravni izvori i različit predmet regulisanja) uzimaju kao ključne, pa i dovoljne, zagovornici ideje dualizma ukazuju i na druge razlike između unutrašnjeg i međunarodnog prava. Tako se primećuje da međunarodno pravo nastaje kao rezultat međunarodnog opštenja i obavezuje samo suverene države, dok se unutrašnje pravo razvija na osnovu ustava države i samo na toj osnovi mogu nastajati prava i obaveze pojedinaca. Sa druge strane, ukazuje se na razliku koja se tiče sadržine pravila ovih pravnih poretaka, što posredno znači - odnosa koje ovi pravni poreci regulišu: dok unutrašnje pravo uređuje odnose između državnih organa, državnih organa i pravnih i fizičkih lica, a takođe i između pravnih i fizičkih lica, dotle međunarodno pravo uređuje odnose između suverenih država, što, pored ostalog, znači da se ne odnosi neposredno na pojedince. Iz ovoga proističe i zaključak da je unutrašnje pravo je po svojoj prirodi u suštini pravo subordinacije, u kome su pravna i fizička lica podređena suverenosti države i njenom monopolu sile, dok je međunarodno pravo prevashodno pravo koordinacije, što je i neminovno kada se ima u vidu da ono prvenstveno uređuje odnose između država, kao suverenih, nezavisnih jedinki. Konačno, neki autori su, pored ostalog, kao dokaz o potpunoj odvojenosti dva pravna poretka, navodili da norma unutrašnjeg prava koja protivreči normi međunarodnog prava ne gubi pravnu obaveznost.

Razlike koje evidentno postoje između međunarodnog i unutrašnjeg prava, poslužile su pristalicama dualističke teorije kao dokaz za tvrdnju da su ovi pravni poreci ne samo bitno različiti, već i da su međusobno potpuno odvojeni i nezavisni.<sup>13</sup> Ili, drugim rečima da se ne mešaju i stoga se ne nalaze niti se mogu nalaziti u bilo kakvom odnosu nadređenosti ili podređenosti. Ovi pravni sistemi opisuju se kao koncentrični krugovi koji se u izvesnim tačkama dodiruju, ali ne presecaju, tako da njihove norme ne mogu da dođu u sukob, već samo mogu da upućuju jedne na druge. Shodno tome, pravila međunarodnog prava mogu da važe u pravnom poretku neke države samo ako su njenim propisom uneta u njeno unutrašnje pravo. Ukoliko to nije slučaj, državni organi vezani su samo svojim unutrašnjim pravom. Konkretno, sudija ili drugi nacionalni organ nikada neće primeniti međunarodno, već samo svoje domaće pravo.

<sup>13</sup> Prema izloženom, dualizam potencira razlike između međunarodnog i unutrašnjeg prava. Ipak, činjenica je da čak i izraziti predstavnici dualizma, priznaju određene sličnosti između ova dva pravna sistema i njihov međusobni uticaj.

Postoje razne varijante dualizma. Među njima je i njegova blaža verzija, poznata kao *teorija koordinacije*. Prema njoj, međunarodno i unutrašnje pravo nisu tako oštro suprotstavljeni. Oni funkcionišu na različitim poljima, s tim da svako ima primat na svom polju.<sup>14</sup> Pri tome ne postoji sukob između međunarodnog i unutrašnjeg prava, već može doći samo do sukoba obaveza. On će se javiti kada država nije u mogućnosti ili nije voljna na da unutrašnjem planu ostvari svoje međunarodnopravne obaveze. To neće samo po sebi osporiti važnost domaćih normi, već u najboljem slučaju može otvoriti pitanje međunarodne odgovornosti države.<sup>15</sup>

Najpoznatiji predstavnici dualističke koncepcije su Tripel (*Heinrich Triepel*, 1868-1946), Anciloti (*Dionisio Anzilotti*, 1869-1950), a takođe i Strup (*Karl Strupp*, 1886-1940), Kavare (*Louis Cavaré*, 1893-1964), Ros (*Alf Ross*, 1899-1979) i dr.<sup>16</sup>

Iako ima zanimljivu argumentaciju, ovo shvatanje nije prihvatljivo i to iz više razloga. Pre svega, odmah se javlja pitanje kako države mogu da na svojoj teritoriji ne priznaju međunarodno pravo kao pravni poredak koji su same stvorile. Zašto ga i za koga onda uopšte stvaraju? Uz to, ako međunarodno pravo ne važi na teritorijama država i ne obavezuje države, gde onda ono važi i koga zapravo obavezuje? Kome je takvo međunarodno pravo potrebno i da li je to onda uopšte pravo?

Dalje, ako bi se u prošlosti donekle i mogla prihvatiti osnovna postavka dualizma o tome da međunarodno pravo uređuje odnose između suverenih država, a unutrašnje odnose između pojedinaca, takvo rezonovanje je u neskladu sa savremenom praksom, s jedne strane zato što po-

<sup>14</sup> Pravi se poređenje sa pravnim porecima dveju zemalja od kojih svaki važi u svojoj državi (npr. francusko pravo u Francuskoj, a englesko pravo u Engleskoj). Na toj osnovi pristalice ovog gledišta ističu da i međunarodno i unutrašnje pravo važe svako u svojoj sferi, te da se ne postavlja pitanje njihove međusobne suprematije.

<sup>15</sup> Jedan od predstavnika ovog pravca je Ficmoris (*Gerald Fitzmaurice*, 1901-1982). Više: I.Brownlie 34-35; M.M.Shaw, 123; M.Kreća, 71.

<sup>16</sup> Ovde, kao i odmah zatim, kod izlaganja shvatanja o primatu međunarodnog prava, opredelili smo se da umesto ukazivanja na radove navedenih pisaca u kojima su razvijali svoje teorije ukažemo na period u kojem su živeli. Ovo iz više razloga. Pre svega, nismo želeli da ulazimo u detaljnu analizu ovih učenja, jer bi to prekomerno opteretilo tekst. S druge strane, čini se da se na ovaj način lakše mogu uočiti istorijski okviri u kojima su stvarali ovi teoretičari, a što je važno i za razumevanje njihovih shvatanja.

Kratke prikaze stavova pojedinih od navedenih pisaca, kao i pregled njihovih referentnih radova iz ove oblasti vidi kod (abecednim redom): S.Avrarov, 73-75; I.Brownlie, 33-34; S.Đajić, 50-55; S. Đorđević (1997), 355-365; M.Kreća, 69-71; Д.Б. Левин, 195-203; M.M.Shaw, 121-123. Takođe vidi: G.Gaja, „Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti“, *European Journal of International Law* 1/1992, 123-138.

stoji niz odnosa koje istovremenu uređuju oba pomenuta pravna sistema, a sa druge zato što je sve više primera da međunarodno pravo neposredno uređuje položaj pojedinaca.

Uostalom, jedna od logičkih zamki u koje upadaju dualisti ogleđa se u tome da oni, s jedne strane insistiranjem na odvojenosti međunarodnog i unutrašnjeg prava negiraju bilo kakvu hijerarhijsku vezu između njih, ali, s druge strane, odmah primećuju da ako ipak dođe do sukoba normi ova dva sistema, primat pripada domaćem (unutrašnjem) pravu (dakle, stavljaju ga hijerarhijski iznad međunarodnog prava). Sličnih argumenata ima još.

**3. Primat međunarodnog prava.** - Daleko zanimljivije je shvatanje o tome da primat pripada međunarodnom pravu. Ono ima dosta pristalica, među kojima su tako zvučna imena pravne nauke kao što su Kelzen (*Hans Kelsen*, 1881-1973), Leuterpaht (*Hersch Lauterpacht*, 1897-1960), Digi (*Leon Duguit*, 1859-1928), Ferdros (*Alfred Verdross*, 1890-1980), Džesup (*Philip Jessup*, 1897-1986) i drugi, kao i čitava plejada savremenih autora. Brani se vrlo različitim argumenatima od kojih jedni počivaju na pravničkim konstrukcijama, drugi na razlozima ljudskosti (potrebi da se zajamče i zaštite prava i slobode pojedinaca), a treći na onome što nudi praksa.<sup>17</sup>

Pored ostalog, ističe se: da je u savremenom međunarodnom pravu sve više pravila koja se neposredno primenjuju na pojedince (odredbe o ljudskim pravima i slobodama, o zabrani i kažnjavanju međunarodnih krivičnih dela, o pravnom položaju međunarodnih službenika i sl.); da će država koja odbije da primeni međunarodnopravnu normu, pa usled toga neki subjekt pretrpi štetu, biti odgovorna zbog toga na međunarodnom planu; da su izvesne odluke određenih međunarodnih organizacija neposredno izvršne na teritoriji država članica;<sup>18</sup> da je u porastu broj nacionalnih zakonodavstava koja u svojim ustavima izričito utvrđuju bilo puni primat (opšteg) međunarodnog prava nad domaćim, bilo takav njegov primat u

<sup>17</sup> Kaseze navodi da je teoriju o primatu međunarodnog prava prvi formulisao 1899. godine nemački pisac Vilhelm Kaufman (*Wilhelm Kaufmann*, 1858-1926). A.Cassese, 163.

<sup>18</sup> Pored ostalog, određene odluke Saveta bezbednosti UN; pravilnici i odluke Međunarodne organizacije za civilno vazduhoplovstvo, Svetske zdravstvene organizacije, Svetske meteorološke organizacije; određene odluke organa Evropske unije; i dr.

određenim oblastima (naročito u materiji ljudskih prava);<sup>19</sup> da se sve više razvija međunarodno krivično pravo i međunarodno krivično pravosuđe, koje u sve većem broju slučajeva istiskuje krivično sudstvo država; itd.

Pri tome naročiti značaj ima činjenica da neka pravila međunarodnog prava važe pa čak imaju i direktno dejstvo prema pojedincima i nedržavnim subjektima, i onda kada za to ne postoji osnov u nacionalnom pravu.<sup>20</sup> To se naročito odnosi na ona pravila, od kojih su mnoga prerasla u opšta načela međunarodnog prava, kojima se utvrđuju neka od najvažnijih ljudskih prava i sloboda odnosno sankcioniše njihovo kršenje. Tu spadaju npr. načelo o samoopredeljenju naroda., pravila o zabrani genocida, mučenja, rasne diskriminacije, ropstva itd. Tako npr. čak i države koje svojim krivičnim zakonodavstvom eventualno nisu inkriminisale zločin genocida, pa čak, moguće je, nisu ratifikovale ni Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) ne mogu u naše vreme ni da sprovedu, ni da tolerišu genocid, jer je obaveza sprečavanja genocida i krivičnog gonjenja njegovih izvršilaca prerasla u univerzalno običajno međunarodno pravo, što znači da važi za sve države.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Primer prvog rešenja je čl. 25 Ustava Nemačke (1949), prema kojem: «Opšta pravila međunarodnog prava su sastavni deo pravnog poretka savezne države. Ona imaju prednost nad zakonima i neposredno stvaraju prava i obaveze za stanovnike teritorije savezne države.»

Razne formulacije sa priznavanjem primata međunarodnog prava sadrže i ustavi: Francuske (1958, čl. 55), Grčke (1975, čl. 28), Hrvatske (1990, čl. 134), Bugarske (1991, čl. 5), Makedonije (1991, čl. 118), Slovenije (1991, čl. 8), Rumunije (1991, čl. 11, 20), Ruske Federacije (1993, čl. 15/4), itd.

Ustav Republike Srbije (2006) utvrdio je u čl. 16/1 da spoljna politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava, a odmah zatim je precizirao (čl. 16/2): „Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom“.

<sup>20</sup> R.Etinski, 103.

<sup>21</sup> Više: M.Paunović, B.Krivokapić, I.Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2013, 39, 42.

Sa druge strane, sve je više primera da, zbog kršenja ljudskih prava, organi najvažnijih međunarodnih organizacija (UN, Evropska unija itd.) neposredno uvode sankcije pojedincima, pa čak i čelnicima pojedinih država.<sup>22</sup>

Uz navedeno, činjenica je da se subjektivno međunarodno pravo svake države razlikuje,<sup>23</sup> zato što svaka država ulazeći u određene ugovorne odnose, odn. učestvujući u nastanku regionalnih običaja, stvara sopstveni krug prava i obaveza, koji važi samo za nju.<sup>24</sup> Međutim, sve je izraženija tendencija da se subjektivna međunarodna prava država sve više približavaju. Ovo pre svega zbog toga što je sve širi krug onog dela međunarodnog prava koji je isti za sve njegove subjekte. To su prvenstveno pravila opšteg (univerzalnog) međunarodnog običajnog prava. Uz to, činjenica je da se subjektivna međunarodna prava država sve više približavaju i zbog dejstva regionalnih međunarodnopravnih običaja, kao i zbog sve izraženije tendencije članstva država u istim višestranim međunarodnim ugovorima. U takvoj situaciji po prirodi stvari jača uloga međunarodnog prava u odnosu na pojedinačna (nacionalna) prava država.

Iako ideja o dominaciji međunarodnog prava nad unutrašnjim deluje vrlo privlačno, pa čak i sasvim logično, mnogi primećuje da ni ona ne može biti prihvaćena u čistom obliku.<sup>25</sup>

Ovom gledištu se prigovara da svaka država (u licu svojih organa) u principu uvek može da odbije da primeni neku međunarodnopravnu nor-

<sup>22</sup> Tako je 25.4.2006. godine Rezolucijom 1672, a na osnovu svoje ranije rezolucije 1591 (2005), Savet bezbednosti UN uveo sankcije (zabranu putovanja i zamrzavanje svih fondova, finansijskih i ekonomskih sredstava) protiv 4 lica umešana u unutrašnje sukobe između vlade i pobunjeničkih grupa u sudanskom regionu Darfur. Reč je o vojnim komandanatima i političkim vođama, za koje je Savet utvrdio da ometaju mirovni proces odn. odgovorni su za povrede međunarodnog humanitarnog prava i druga zlodela.

Primer na regionalnom nivou, su sankcije koje je aprila i maja 2006. izrekla Evropska unija protiv 36 visokih zvaničnika Belorusije, zbog navodnog falsifikovanja predsedničkih izbora u toj zemlji. Ove mere se odnose na predsednika Belorusije A. Lukašenka i jedan broj ministara, tužilaca i regionalnih organizatora izbora, a ogledaju se u zabrani putovanja u zemlje Evropske unije i zamrzavanju sredstava odnosnih lica.

<sup>23</sup> Ovde se pod subjektivnim pravom države podrazumeva onaj deo međunarodnog prava koji obavezuje datu državu. To je, dakle, skup međunarodnopravnih prava i obaveza konkretne države, a ne neko njeno pojedinačno subjektivno pravo. Više: B.Krivokapić, Enciklopedijski rečnik međunarodnog prava i međunarodnih odnosa, Beograd 2010, odrednica "Međunarodno objektivno i subjektivno pravo", 564.

<sup>24</sup> Čak ni najvažniji univerzalni međunarodni ugovori ne vezuju sve države, već samo one koje su na propisan način pristale da se obavežu u tom pravcu, a to nikada nisu i sve države sveta.

<sup>25</sup> Pored ostalog, ovo gledište osporava je i nekadašnja sovjetska doktrina međunarodnog prava. Više: Ф.И. Кожевников (отв. ред.), Международное право, Москва 1987, 37.

mu i da umesto toga primeni svoj propis. Iako će to otvoriti pitanje odgovornosti te države na međunarodnom planu, na sadašnjem stepenu razvoja međunarodnog prava njegova norma nema sama po sebi moć da ukine ili proglasi automatski ništavom sebi suprotnu normu unutrašnjeg prava. Štaviše, čak ni međunarodni spor nije spor oko poništenja, već samo oko odštete.<sup>26</sup> Takođe, primećuje se da će država na međunarodnom planu biti odgovorna zato što je prekršila međunarodnopravnu obavezu prema međunarodnom ugovoru ili međunarodnom pravnom običaju, a ne zato što postoji navodna nadređenost međunarodnog prava nad unutrašnjim.<sup>27</sup>

Uz navedeno, ukazuje se na nepotpunost i nesavršenost normi međunarodnog prava, a posebno na odsustvo međunarodnih sudskih organa koji bi objektivno cenili nesaglasnost unutrašnjih sa međunarodnim aktima.<sup>28</sup> Posebno se primećuje da će o pravom primatu međunarodnog prava moći da se govori tek onda kada se izgradi sveobuhvatan i u svakoj prilici podjednako efikasan sistem međunarodnih sankcija, a to još uvek nije slučaj.<sup>29</sup>

Isto tako, praksa ukazuje da veliki broj država još uvek stavlja na isti nivo svoje propise i međunarodnopravne norme. Štaviše, čak i ako je ustavom neke države utvrđen primat međunarodnog prava nad domaćim, u principu ništa ne sprečava tu istu državu (npr. novu vladu) da jednostavnom promenom odgovarajuće ustavne odredbe promeni i svoj pristup ovom problemu.

Pojedini autori svoja kritička zapažanja baziraju ne na praksi, već na argumentima načelne prirode. Tako se gledištu o primatu međunarodnog prava prigovara da je nerealno, jer oslanjajući se samo na pravnotehničko obrazloženje olako formira jedinstven pravni sistem, zanemarujući pri tome postojanje državnih suvereniteta.

S tim u vezi primećuje se da “nijedna država ne može ostvariti potpuni monizam, a da pri tome ne prestane da postoji kao država, dok bi međunarodna zajednica, u tom slučaju, prestala da postoji kao međunarodna.”<sup>30</sup>

<sup>26</sup> S. Avramov Smilja, 75; S. Đorđević (1997), 362-365.

<sup>27</sup> G. Schwarzenberger, 22-23.

<sup>28</sup> А.Фердросс, 97.

<sup>29</sup> Tako: S. Avramov, 76; B.M. Janković, Z. Radivojević, 18.

<sup>30</sup> R. Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague/Boston/London 2000, 172, nav. prema: S. Đajić, 57.

Konačno, primećuje se i to da iako danas, posebno u Evropi, prevladaju različite varijante monizma (primata međunarodnog prava) time se ne mogu dati potpuna objašnjenja u svim oblastima. Tako npr. ako domaće pravo jamči viši standard zaštite ljudskih prava od onog koji je priznat međunarodnim pravom, logično je i prirodno da se primeni domaće pravo.<sup>31</sup> U takvom slučaju strogi formalizam koji bi značio slepu primenu međunarodnog prava bio bi u suprotnošću sa samom svrhom normiranja u ovoj oblasti.

**4.Pluralizam.** - Pošto se pokazalo da i monizam (varijanta o primatu međunarodnog prava) i dualizam imaju određene ozbiljne slabosti, to je dovelo do traganja za novim, prihvatljivijim teorijskim rešenjima. Među njima najpoznatiji je pristup koji se obično naziva pluralizmom.<sup>32</sup>

Opšte uzev, predstavnici pluralizma pokušavaju da pomire umereni dualizam i umereni monizam, tako što polaze od stave koji je blizak dualizmu, ali ga koriguju preuzimanjem određenih monističkih argumenata.

Premda među onima koji zagovaraju pluralizam postoje značajne razlike,<sup>33</sup> moglo bi se, uz sve rizike koje nosi takvo uopštavanje, primetiti da oni, poput dualista, ističu da to što je prihvaćena neka međunarodno-pravna obaveza ne znači i da su odnosna pravila međunarodnog prava automatski neposredno primenjiva u unutrašnjem pravnom poretku države. Za to je potreban unutrašnji pravni akt. Međutim, za razliku od klasičnog dualizma, pluralizam ne zahteva da se svaka međunarodnopravna norma uvodi posebnim unutrašnjim aktom (zakonom), već, sa osloncem na savremenu praksu, dozvoljava da se to može ostvariti i na osnovu ustavne norme koja na opšti način dozvoljava neposrednu primenu određenih izvora međunarodnog prava. Dakle, sa osloncem na opšte rešenje iz ustava, međunarodnopravna norma se primenjuje automatski i neposredno, zadržavajući svoju međunarodnopravnu formu i suštinu i ne izjednačavajući se sa pravilima unutrašnjeg prava.

Prema tome, pluralizam se oslanja na savremenu praksu i uz uvođenje međunarodnopravne norme u unutrašnji pravni poredak putem posebnog propisa, dozvoljava i neposrednu primenu međunarodnopravne norme, kada je takva mogućnost predviđena ustavom zemlje. Slabost

<sup>31</sup> R.Etinski, 102.

<sup>32</sup> Više: S.Đajić, 65-70.

<sup>33</sup> Još jednom napominjemo da pojedini autori *pluralizam* shvataju drugačije, svodeći ga na na drugi (po njima: precizniji) naziv za dualizam. O tome je već bilo reći.

pluralizma je, međutim, u tome, što on ne daje nekakav načelan odgovor na pitanje norme kog pravnog sistema – međunarodnog ili unutrašnjeg – imaju prioritet, koje od njih su merodavne ako među njima postoji sukob. Umesto toga, pluralizam se okreće relevantnim rešenjima unutrašnjeg prava, na izvestan način zanemarujući međunarodnopravni poredak. Drugim rečima, on se ipak ponovo približava gledištima dualizma.

U okviru pluralizma postoje i određeni posebni pravci. Tako jedan od njih polazi od činjenice da međunarodno pravo nije centralizovano i jednako razvijeno na svim poljima, te da se u okviru njega mogu identifikovati razni podsistemi. Misli se na posebne grane međunarodnog prava kao što su: pravo mora, ugovorno pravo, ljudska prava, pravo oružanih sukoba itd. Na toj osnovi se primećuje da uporednopravna analiza pokazuje da čak i unutrašnji pravni poreci koji pripadaju različitim pravnim tradicijama, pokazuju u osnovi isti ili veoma sličan odnos prema određenim podsistemima. Drugim rečima, države često nemaju isti odnos prema međunarodnom pravu kao takvom, ali zauzimaju slične stavove prema određenim konkretnim podsistemima tog prava (njegovim granama). Tako je npr. u pogledu podsistema ljudskih prava primetna težnja neposredne primene međunarodnopravnih rešenja, što nije slučaj u mnogim drugim materijama. To dovodi do zaključka da način primene međunarodnog prava zavisi od dva skoro jednako važna elementa: od opšteg (principijelnog) odnosa date države prema primeni međunarodnog prava, s jedne, i od njenog odnosa prema datom podsistemu, s druge strane. Konačan zaključak je ipak da se ne može dati jedinstven odgovor u vezi sa pitanjem odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava. Ovo kako zbog složenosti međunarodnog pravnog poretka, tako i zbog različitih rešenja nacionalnih poređaka država.<sup>34</sup>

Mada zanimljiv i po mnogo čemu originalan, ni ovako shvaćeni pluralizam ne daje odgovor na pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava. On se suviše oslanja na praksu država koja jeste važan putokaz, ali ne može biti glavni kriterijum, kako iz načelnih razloga, tako i zbog heterogenosti te iste prakse. S druge strane, izdvajanje u okviru međunarodnog prava raznih podsistema i ukazivanje na njihove različite osobine, nesumnjivo doprinosi boljem razumevanju problematike, ali ne daje nikakvo čvrsto teorijsko objašnjenje. Naprotiv, s obzirom na složenost međunarodnog prava preči opasnost da se izgubi jasan kriterijum. Ovo

<sup>34</sup> Više: S.Đajić, 65-70.

zato što, ako se želi ostati kod insistiranja na tome da razni podsistemi imaju različiti značaj, to bi značilo da se moraju detaljno proučiti mesto i uloga svih podsistema međunarodnog prava. Problem je, međutim, što je s jedne strane, te podsisteme teško precizno identifikovati, već i zbog toga što postoje mnoge granične oblasti, dok se, sa druge strane, radi o živoj materiji, pojavi koja je u stalnom razvoju. Tome treba dodati i to da se u ovim razmatranjima međunarodno pravo posmatra kao nekakva apstraktna celina, a da se u praksi realno razlikuju univerzalno i partikularno međunarodno pravo, čemu treba dodati da svaka država ima sopstveno subjektivno međunarodno pravo koje vezuje samo nju, a u čije norme spadaju, pored ostalog, ne samo ratifikovani višestrani sporazumi, već i samo toj državi svojstveni dvostrani ugovori.

Konačan zaključak jeste da je pluralizam doprineo razvoju naučne misli na ovom polju, tako što je osvetlio neke nove momente, ali da suštinski nije odmakao dalje od dualizma i monizma. Nastojeći da preuzme najbolje od dualizma i monizma i da na toj osnovi ponudi prihvatljivo rešenje, on je zapravo istovremeno preuzeo i najvažnije slabosti pomenutih koncepcija. Uz to ostaje glavna zamerka da se pluralizam, u bilo kom obliku, suviše naslanja na rešenja unutrašnjeg prava država. Drugim rečima, na praksu, koja je s jedne strane vrlo šarolika, a sa druge, suviše podložna promenama. On, dakle, ne nudi dovoljno utemeljeno teorijsko objašnjenje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, a posebno ne takvo objašnjenje koje bi važilo za sve države i njihove pravne poretke.<sup>35</sup>

## 1.2. Istorijski kontekst izloženih koncepcija

Posmatrajući napred izložene koncepcije i smeštajući ih u istorijski kontekst, možemo, uz sve razumljive ograde, primetiti sledeće:

1) u vreme kad međunarodnog pravo nije bilo dovoljno razvijeno, nije se, opšte uzev, ni postavljalo pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava;

<sup>35</sup> Neki autori, primećuju da, ovako shvaćen, pluralistički pristup i nije u stvari teorija o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava, već je pokušaj racionalizacije država prema pojedinim skupovima pravila međunarodnog prava, što potencijalno nosi veliku opasnost, u smislu fragmentalizacije međunarodnog prava po kriterijumu predmeta normi. M.Kreća, 77.

2) u vreme kada počinju da se primećuju prvi obrisi organizovane međunarodne zajednice i kada se javljaju prve velike kodifikacije međunarodnog prava otvara se i problem odnosa tog, po mnogo čemu novog prava,<sup>36</sup> sa unutrašnjim pravom država. U prvo vreme čak ni to, novo, međunarodno pravo nije dovoljno razvijeno te se u tom svetlu mogu razumeti teorije o primatu unutrašnjeg nad međunarodnim pravom. One u to vreme makar jednim delom odgovaraju stvarnosti;<sup>37</sup>

3) nezadrživi razvoj novih ideja i novih odnosa, pa i međunarodnog prava koje prati i uređuje te nove odnose, dovode do toga da se shvata narasli značaj međunarodnog prava. Reći da je ono na neki način podređeno unutrašnjem pravu više nije ni u interesu progressa, niti to zaista odslikava odnose u sada već dosta ojačaloj međunarodnoj zajednici. U tom kontekstu javlja se dualizam, kao pravac koji je pokušao da na neki način istakne značaj međunarodnog prava, da zaštiti to pravo i isposluje za njega načelno ravnopravan status sa unutrašnjim pravom. Otuda se i ukazuje da svaki od ova dva pravna poretka ima svoje subjekte, svoje izvore, svoje predmete, svoje polje regulisanja itd. Drugim rečima, ukazuje se da međunarodno pravo jeste drugačije, ali je pravo isto toliko koliko i unutrašnje pravo;<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Novog, jer za razliku od prethodnih epoha koje su obeležile ne preterano brojne i relativno nepromenjive običajne pravne norme u odgovarajućim materijama, sve više i više se razna pitanja – i ona koja su već bila regulisana običajnim međunarodnim pravom, ali i sasvim nova – uređuju putem međunarodnih ugovora i to naročito višestranih ugovora. Takva praksa počinje već u XVIII, ali naročito dobija polet u XIX i XX veku. Ujedno, u drugoj polovini XIX v. pojavljuje se i jedan sasvim novi fenomen – međunarodne organizacije. Njihovi organi donose odluke koje u pojedinim slučajevima pretenduju da budu pravno obavezujuće za države, pretvarajući se tako u izvore međunarodnog prava.

<sup>37</sup> Anufrijeva navodi da je prvi rad koji se posebno bavio odnosom međunarodnog i unutrašnjeg prava bilo delo Tripela „Međunarodno i unutrašnje pravo“, objavljeno 1899. (H.Tripel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899). Ona, međutim, odmah ukazuje na to da su još i pre toga ruski pravници Kamarovski (*Камаровский Л.А.*) i Martens (*Мартенс Ф.Ф.*) ukazivali na tesne veze i uzajamni uticaj međunarodnog i unutrašnjeg prava. Anufrijeva Л.П.: *op. cit.*, str. 155-156. Imajući potrebnu dozu razumevanja za rodoljubive porive autorke, željne da istakne značaj svojih slavni sunarodnika, moramo, međutim, primetiti da nisu u to doba samo ruski teoretičari uviđali povezanost unutrašnjeg i međunarodnog prava. Tačnije, ruska nauka međunarodnog prava se u XIX veku tek formirala i počela da razvija i to pod velikim uticajem učenja i ideja zapadnih naučnika. To čak ni u Rusiji niko ne spori. Više: B.Krivokapić, „The Roots and Formation of the Russian Science of International Law“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 1/2013, u štampi.

<sup>38</sup> Ovo je bilo potrebno, zato što su u to vreme određeni teoretičari osporavali da je međunarodno pravo – pravo, govoreći da je ono u najboljem slučaju spisak želja, moralnih principa i slično. Više o nekim od tih argumenata, koji se ponekad mogu čuti i u naše vreme: B.Krivokapić, *Aktuelni problemi međunarodnog prava*, Beograd 2011, 39-42.

4) u XX veku, a posebno njegovoj drugoj polovini, sve je očiglednija povezanost raznih delova sveta, kroz pripadnost sve većem broju međunarodnih organizacija, kroz sudbinsku povezanost država u rešavanju nekih pitanja od opšteg značaja kao što su svetki mir i bezbednost, očuvanje prirode, borba protiv međunarodnog terorizma i transnacionalnog organizovanog kriminala itd. U stalnom je porastu broj velikih univerzalnih ugovora kojima je izvršena kodifikacija odgovarajućih oblasti,<sup>39</sup> sve je veći broj raznih međunarodnih sudova i drugih međunarodnih tela i organa, sve je efikasniji sistem međunarodnih sankcija, sve je veća unifikacija unutrašnjih pravnih poredaka država posredstvom međunarodnog prava (međunarodnih konvencija), u porastu je značaj nekih novih izvora međunarodnog prava, u prvom redu odluka međunarodnih organizacija, itd. U takvoj klimi javljaju se, a zatim sve više razvijaju teorije o primatu međunarodnog prava nad unutrašnjim. Čak i ako su u prvo vreme možda bile malo preuranjene, uporedo sa protekom vremena i razvojem sveopšte globalizacije, a time i mesta i uloge međunarodnog prava, ove teorije sve više postaju realan odraz postojećeg stanja.

Opšte uzev, i dualizam i monizam javili su se na prelasku iz XIX u XX vek, u vreme kada je međunarodno pravo počelo da se naglo razvija, te se iz praktičnih i teorijskih razloga postavilo pitanje njegove prirode, a posebno njegovog odnosa sa unutrašnjim pravom država. U tom kontekstu dualizam i monizam (konceptija o primatu međunarodnog prava) bili su pokušaji da se nađe razložan i prihvatljiv odgovor. Suštinski gledajući, mada sa sasvim drugačijih polazišta, obe teorije su, svaka na svoj način, zapravo doprinele afirmaciji međunarodnog prava. Dualizam – dokazujući da je međunarodno pravo, iako po mnogo specifično, zapravo isto tako pravni sistem, kao što je to unutrašnje pravo, a monizam – dokazujući da je međunarodno pravo ne samo pravo, već i da je hijerarhijski iznad unutrašnjeg prava država.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Diplomatskog prava, konzularnog prava, ugovornog prava, prava mora, vazduhoplovnog prava, kosmičkog prava, prava ljudskih prava, prava međunarodnih organizacija itd.

<sup>40</sup> Istu ili sličnu misao, drugim rečima, iskazuju i neki drugi autori. Vidi: M.Kreća, str. 76.

## 2. Najvažnija pitanja u vezi sa odnosom međunarodnog i unutrašnjeg prava u naše vreme

Mnogi teoretičari pitanje odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava svode na samo jedan problem. Najčešće na to norme kog od ova dva pravna poretka imaju jaču pravnu snagu ili na to kako objasniti mehanizme putem kojih dolazi do primene međunarodnog prava od strane državnih organa. Sreću se i sveobuhvatniji pristupi, ali se najčešće ipak razni aspekti odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava ne odvajaju dovoljno, što samim tim otežava njihovo pravilno razumevanje.

Po nama problem odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava može se najbolje sagledati odgovorima ne nekoliko osnovnih pitanja:

1) da li postoji i kakav je uticaj unutrašnjeg prava na međunarodno i obrnuto (problem uzajamnog uticaja);

2) da li su norme međunarodnog i unutrašnjeg prava deo jednog pravnog sistema (problem povezanosti);

3) koje norme (međunarodne ili unutrašnje) imaju u slučaju sukoba jaču pravnu snagu (problem pravne snage odn. hijerarhije normi);

4) da li države primenjuju međunarodno pravo neposredno ili posredno i koji su u tom drugom slučaju mehanizmi preuzimanja normi međunarodnog prava (problem načina povezivanja unutrašnjeg i međunarodnog prava).

### 2.1. Uzajamni uticaji

Nećemo reći ništa novo ako kažemo da su tokom čitave istorije unutrašnje i međunarodno pravo uticali jedno na drugo. Razume se, u vreme kada je međunarodno pravo bilo tek u povoju, unutrašnje pravo je, kao mnogo razvijenije, vršilo daleko veći uticaj na norme međunarodnog prava. Čitav niz pojmova, principa, instituta i rešenja, uz manje ili veće izmene i prilagođavanja prenet je iz unutrašnjeg u međunarodno pravo.<sup>41</sup> Uostalom, opšta pravna načela, pod kojima se imaju u vidu apstraktne

<sup>41</sup> U vezi sa ugovorima, naknadom štete, službenostima, savesnošću itd.

pravne norme koje su nastale i su izvedene iz unutrašnje prakse država, i danas spadaju u izvore međunarodnog prava, pa su kao takva navedena i u čl. 38/1/c Statuta Međunarodnog suda pravde.

Međutim, čak i u antičko vreme određeni instituti nastajali su u međunarodnim, a ne unutrašnjim odnosima (npr. određeni zakoni i običaja ratovanja, pravila o neutralnosti u ratu, pravila o nepovredivosti diplomatskih predstavnika, o arbitraži i drugim oblicima mirnog rešavanja međunarodnih sporova i sl.). Ta su pravila ponekad potvrđivana domaćim propisima, dakle normama unutrašnjeg prava, ali su svakako u suštinskom smislu oblikovana prema onome što je postojalo u međunarodnom pravu, a ne obrnuto.

S druge strane, u meri u kojoj se međunarodno pravo sve više razvijalo ono je počelo da sve više i sve sadržajnije utiče na unutrašnja prava država. Ta pojava naročito postaje očita u XX veku i sve ukazuje da će u perspektivi biti još izraženija. U uslovima globalizacije na svim nivoima drugačiji ishod zapravo nije ni moguć.

I zaista, naročito unazad nekoliko decenija, može se zapaziti da su se mnoge norme i instituti (npr. iz domena ljudskih prava, krivičnog prava, vazduhoplovnog prava, prava mora itd.) prvo javili u okvirima međunarodnog prava, da bi tek zatim bili uneti i bliže razrađeni normama unutrašnjeg prava država. Mnogi propisi unutrašnjeg prava, ili bar pojedine odredbe nekih od najvažnijih zakona, doneti su upravo u zadovoljenju obaveza preuzetih na međunarodnom planu i često predstavljaju ponavljanje, a ponekad i razradu rešenja utvrđenih odgovarajućim međunarodnim ugovorima.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Dovoljno je podsetiti da su mnoga ljudska prava prvo formulisana na međunarodnom nivou pa tek zatim prihvaćena od strane država; da su mnoga krivična dela, za koja se danas kažnjava i u državama, po njihovom krivičnom zakonodavstvu, zapravo nastala kao međunarodna krivična dela (zločini protiv mira, genocid, zločini protiv čovečnosti, itd.), da su se npr. vazduhoplovno i kosmičko pravo razvili kao deo međunarodnog prava, te da su države svoje unutrašnje propise iz ovih oblasti donosile naknadno, na bazi relevantnih međunarodnih ugovora; da pojedine međunarodne organizacije imaju pravo da donose tehničke pravilnike iz svoje oblasti koji su obavezni za države članice.

Pored ostalog, ustavi velikog broja država se ili neposredno pozivaju na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (1948) ili prepisuju njena rešenja. Na delu je sve veća i sve potpunija unifikacija<sup>43</sup> čitavih oblasti društvenih odnosa u državama, što se ostvaruje posredstvom međunarodnog prava i njegovih instrumenata (međunarodnih ugovora). Javljaju se prve naddržavne međunarodne organizacije u kojima se vrši tzv. harmonizacija prava država članica.<sup>44</sup> Pri tome sve veći značaj imaju zajednički organi država članica koji odlučuju o sve širem krugu pitanja, s tim da su neke od njihovih odluka i neposredno izvršne na teritorijama država članica. Sve je to dobro poznato pa se time više nećemo ovde baviti.

<sup>43</sup> Donošenje jedinstvenih pravnih normi (uniformnih pravila) iz oblasti materijalnog ili procesnog prava. Može se vršiti i u granicama jedne države, ali je zanimljivija ona unifikacija koja se sprovodi na međunarodnom planu i koja ima za cilj da uniformna pravila postanu sastavni deo nacionalnog zakonodavstva odnosnih zemalja. To se čini putem odgovarajućih međunarodnih ugovora tako što se ovim sporazumima preciziraju jedinstvena (uniformna) rešenja, koja se zatim (ispunjenjem obaveza preuzetih odnosnim sporazumom) ugrađuju u nacionalna zakonodavstva odnosnih zemalja. Primera radi, Konvencijom o jednoobraznom zakonu o obliku međunarodnog testamenta (1973) svaka ugovornica preuzela je obavezu da u svoje zakonodavstvo uvede pravila o međunarodnom testamentu koja kao prilog pod nazivom „Jednoobrazni zakon o obliku međunarodnog testamenta“ čine sastavni deo Konvencije.

Unifikaciji odgovarajućih oblasti služe i drugi međunarodni sporazumi (hronološkim redom): Konvencija za izjednačavanje nekih pravila o sudarima brodova (1910), Međunarodna konvencija za unifikaciju izvesnih pravila o teretnici (1924), Konvencija za izjednačavanje izvesnih propisa o međunarodnom vazdušnom prevozu (1929), Konvencija o unificiranom meničnom pravu (1930), Evropska konvencija za unifikaciju zakona o arbitraži (1966), Atinska konvencija o prevozu putnika i njihovog prtljaga morem (1974), Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (1980), UNIDROIT Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu (1988), UNIDROIT Konvencija o međunarodnom faktoringu (1988), Konvencija o ujednačavanju izvesnih pravila o međunarodnom vazdušnom prevozu (1999), čitav niz konvencija usvojenih pod okriljem Međunarodne organizacije rada kojima je izvršena unifikacija radnog zakonodavstva država članica, i dr. U novije vreme, unifikacija se postiže i pripremanjem i usvajanjem tzv. modela zakona odn. vodiča (engl. *guide*), kao što su npr. UNIDROIT Vodič za međunarodni franšizing (1988) ili UNCITRAL-ovi vodiči za elektronski prenos fondova, za sastavljanje međunarodnih ugovora za investicionu izgradnju i dr.

Unifikacijom prava se u većoj ili manjoj meri bavi niz međunarodnih organizacija i tela, kao što su (na svetskom nivou): Međunarodna organizacija rada, Svetski poštanski savez, Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), Međunarodna akademija za uporedno pravo, Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT), Udruženje za međunarodno pravo, Haška konferencija za međunarodno privatno pravo i dr. Unifikacija raznih grana prava vrši se i u regionalnim okvirima - u okviru Saveta Evrope, Evropske unije, Organizacije američkih država, Nordijskog saveta, Komonvelta i dr.

<sup>44</sup> U terminologiji Evropske unije, uobičajeni naziv za međusobno usklađivanje zakonodavstva država članica radi što potpunije međusobne saradnje i integracije, a posebno radi uklanjaња prepreka slobodnom kretanju ljudi (radne snage), robe, usluga i kapitala. U pitanju je poseban vid unifikacije prava kojim se postiže da u svim pitanjima iz nadležnosti EU propisi država članica predviđaju slična rešenja. To se odnosi na odgovarajuća prava i obaveze fizičkih i pravnih lica, ali i na određena tehnička i slična pravila.

## 2.2. Međusobna povezanost

I unutrašnje i međunarodno pravu su pre svega pravni poreci. I kao što su ljudi akteri svih društvenih odnosa - i onih unutar državnih granica i onih na međunarodnoj sceni - tako su i ta dva poretka oduvek tesno povezana.

Ta veza je dvosmerna i naročito je vidljiva u naše vreme. Unutrašnja zakonodavstva često upućuju na međunarodno pravo. Tako se npr. obično već u samim ustavima upućuje na međunarodno pravo i to bilo na opšti način (pozivanjem na opšte međunarodno pravo, ratifikovane međunarodne ugovore, i sl.),<sup>45</sup> bilo pozivanjem na konkretne međunarodne ugovore.<sup>46</sup>

I obrnuto, međunarodno pravo upućuje na unutrašnje. Pre svega, unutrašnje pravo može biti uzeto kao dokaz o postojanju međunarodno-pravnog običaja odnosno opštih pravnih načela, koji su (i običaji i opšta pravna načela) uz međunarodne ugovore, glavni izvori međunarodnog prava. To, međutim, nije pravo upućivanje na međunarodno pravo. A ima i toga.

Ako se u prošlosti radilo o tome da je regulisanje nekih odnosa prepuštano državama (tačnije, njihovoj dobroj volji), danas je u stalnom porastu broj međunarodnih ugovora koji izričito nalažu državama da u svoj pravni sistem unesu određene odredbe odnosno da svojim propisima konkretizuju određena pitanja i obezbede sprovođenje utvrđenih rešenja.

<sup>45</sup> Tako npr. kada Ustav Srbije (2006) u već citiranoj odredbi iz čl. 16/2 utvrđuje: „Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju“, iz toga jasno slede tri stvari: 1) da se pomenuta pravila i ugovori primenjuju kao takvi, što znači bez posredstva domaćih propisa; 2) to da u Srbiji pravna i fizička lica stiču odgovarajuća prava i obaveze neposredno, na osnovu pomenutih pravila i ugovora; i 3) to da su državni organi, među njima i sudovi, dužni da štite ovako utvrđena prava.

Ustav Srbije upućuje na međunarodno pravo i u nekim drugim članovima. Tako npr. odredbom iz čl. 18/2 precizirano je: „Ustavom se jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim ugovorima i zakonima.“

<sup>46</sup> Tako npr. čl. 2/2 Ustava Bosne i Hercegovine (1995) utvrđuje: «Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima direktno se primenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prednost nad svim ostalim zakonima.»

Više o odnosu ustava ove države i Evropske konvencije: F. Vehabović, *Odnos Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Sarajevo 2006, i tamo navedenu literaturu.

Tu spadaju svi sporazumi kojima se vrši unifikacija određenih oblasti prava, ali i mnogi drugi ugovori, posebno iz domena ljudskih prava. U porastu je i broj ugovora koji nalažu državama da u svojim zakonodavstvima predvide odgovarajuća krivična dela i efikasne sankcije za njih.<sup>47</sup>

Upućivanje na unutrašnje pravo javlja se i u jednom drugom, užem smislu, utoliko što međunarodno pravo ostavlja da određena pitanja budu rešena u skladu sa domaćim propisima.<sup>48</sup> Pre svega, međunarodno pravo indirektno upućuje na unutrašnja prava država, onda kada uređuje određene odnose, ali propušta da definiše neke pojmove i kategorije. Tako se npr. u raznim međunarodnopravnim izvorima i u vrlo različitom kontekstu pominju "državljeni", ali ko je državljanin određene države uređuje se njenim domaćim pravom.<sup>49</sup> Pored toga, mnogi međunarodni ugovori i neposredno upućuju na propise država.<sup>50</sup> Najzad, u nekim izuzetnim situacijama, moguće je i da međunarodni sud svoju odluku zasnuje na

<sup>47</sup> Npr. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Ženevske konvencije o zaštiti žrtava rata (1949), Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca (1979) i dr.

Primeru radi, Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965), u čl. 4/a formuliše obavezu država potpisnica «da utvrde kao krivično delo svako širenje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, svako podsticanje na rasnu diskriminaciju, kao i sva dela nasilja, ili izazivanje na takva nasilja, uperena protiv svih rasa, ili svake grupe lica druge boje ili drugog etničkog porekla, kao i pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, podrazumevajući tu i njihovo finansiranje».

<sup>48</sup> Ovde ostavljamo po strani to što, kada tome ima mesta, međunarodni sudovi vode računa o unutrašnjem pravu država, kao o činjenici koja govori o volji (stavovima) i ponašanju država. To je, pored ostalog, konstatovao i Stalni sud međunarodne pravde u Sporu o određenim nemačkim interesima u Poljskoj Gornjoj Šleziji. Vidi: Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, 1926, Judgment No.7, Ser. A, No. 7, p. 19, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allemands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polonaise\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf), (16.3.2013).

<sup>49</sup> Isto je i sa mnogim drugim pojmovima kao što su npr. „nacionalna manjina“, „pripadnici nacionalne manjine“ i sl. Podsećamo da u međunarodnom pravu još uvek nema opšteprihvaćene definicije nacionalnih odnosno etničkih manjina.

<sup>50</sup> Primeru radi, Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) u čl. 7/2 precizira obavezu ugovornica da u slučajevima genocida dopuste ekstradiciju, *saglasno svom zakonodavstvu* (podvukao B.K.) i postojećim međunarodnim ugovorima; Bečka konvencija o diplomatskim odnosima (1961) u čl. 26. izričito pominje zakone i propise koji se odnose na zone u koje je ulaz zabranjen ili posebno regulisan iz razloga nacionalne bezbednosti; Konvencija UN o pravu mora (1982) u čl. 3. i 7. upućuju na propise obalne države u pogledu toga koja je širina teritorijalnog mora te država (unutar Konvencijom utvrđene maksimalne širine od 12 n.m.) i to da li je obalna država eventualno upotrebila metodu ravnih polaznih linija za utvrđivanje polazne linije od koje se meri širina teritorijalnog mora, u čl. 21. upućuje na zakone i propise obalne države o neškodljivom prolasku teritorijalnim morem; itd.

O mestu i ulozi jednostranih akata država u međunarodnom pravu, vidi: B.Krivokapić, „Jednostrani akti država kao izvor međunarodnog prava“, *Pravni život* 12/2011, 139-159.

rešenjima i principima unutrašnjeg prava neke zemlje.<sup>51</sup> Uostalom i pojedini važni savremeni ugovori predviđaju mogućnost da međunarodni sud primeni određeno pravilo unutrašnjeg prava.<sup>52</sup>

Međunarodno pravo i unutrašnje pravo (tačnije “unutrašnja prava”) država su različiti pravni poreci. Oni imaju razne subjekte, pravne izvore, osobene predmete regulisanja itd. Ali isto tako nema nikakve sumnje da oni predstavljaju jedinstveni pravni sistem. Norme tog sistema su međusobno povezane i isprepletene, one se dopunjuju i nadograđuju, slično kao što je sa normama različitog nivoa u okviru pravnog poretka svake konkretne države.<sup>53</sup>

Ako je već tako, sledi logično pitanje šta kada među ovim pravnim porecima postoji nesklad? Šta onda kada se unutrašnje pravo ne slaže sa međunarodnim, bilo da mu protivreči, bilo da ne obezbeđuje ostvarivanje međunarodnog prava. Da li su norme ova dva pravna poretka u nekakvoj hijerarhijskoj vezi i, ako jesu, kakvoj? Drugim rečima, norme kog prava imaju veću pravnu snagu - međunarodnog ili unutrašnjeg?

<sup>51</sup> Tako je npr. Stalni sud međunarodne pravde u sporu oko srpskih zajmova presudio oslanjajući se na relevantna rešenja srpskog prava. Vidi *Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France*, Judgment 1929, Ser. A, No. 20/21, p. 41, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_20/62\\_Emprunts\\_Serbes\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_20/62_Emprunts_Serbes_Arret.pdf) (16.3.2013). Ukratko o osnovnim elementima spora: I. Brownlie, 39-40.

<sup>52</sup> Tako je npr. članom 21/1/c Rimskog statuta (1998) kojim je osnovan stalni Međunarodni krivični sud, predviđeno da u nedostatku drugih u tom članu navedenih izvora, Međunarodni krivični sud primenjuje nacionalne zakone država koje bi inače imale nadležnost nad zločinom, pod uslovom da to nije u koliziji sa Statutom, međunarodnim pravom i međunarodno priznatim normama i standardima.

S tim u vezi, mora se primetiti da čak i ako međunarodni sud ili drugi međunarodni organ na osnovu ove ili slične odredbe odgovarajućeg međunarodnog dokumenta neposredno primeni nacionalno pravo neke države, to još ne znači da su nacionalni propisi postali izvor međunarodnog prava. Izvor u takvim prilikama i dalje je međunarodni instrument (u ovom slučaju odnosna odredba Rimskog statuta) a čitava stvar se svodi na to da se primeni pravno pravilo sadržano u relevantnom unutrašnjem propisu i to ne zato što taj propis obavezuje međunarodni sud ili drugo međunarodno telo (on tu snagu, jednostavno, nema) već zato što međunarodni sud (drugo međunarodno telo) na primenu tog propisa upućuje međunarodni ugovor, dakle – međunarodno pravo.

<sup>53</sup> Verujemo da ovde nema potrebe da se vraćamo na razloge zbog kojih je dualistička koncepcija o međunarodnom i unutrašnjem pravu kao o dva u svemu odvojena i nezavisna pravna sistema nerealna i neprihvatljiva.

### 2.3. Problem jače pravne snage (hijerarhije normi)

U mnogim teorijskim i stručnim radovima analiza odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava se suštinski svodi na osvetljavanje samo ovog jednog pitanja - koje norme (međunarodne ili unutrašnje) imaju u slučaju sukoba jaču pravnu snagu i zašto.

Uz dužno poštovanje svačijeg mišljenja, čini nam se da se uglavnom čitava priča o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava postavlja pogrešno. Ovo u smislu da se suviše analiziraju formalni momenti, nauštrb suštine.

Opšte uzev, ako ostavimo po strani čisto teorijske konstrukcije, problem hijerarhijskog odnosa međunarodnopravnih i unutrašnjepavnih normi postavlja se uvek pred nekim organom (telom). Taj organ može postojati na međunarodnoj sceni ili biti deo državnog ili društvenog aparata konkretne države. Razmotrićemo obe situacije.<sup>54</sup>

#### *-Postupanje međunarodnog organa*

Nije sporno da u međunarodnim odnosima primat pripada međunarodnom pravu, koje je i stvoreno da bi regulisalo te odnose. Međunarodni sudovi i druga međunarodna tela formirani su na osnovu međunarodnog prava, funkcionišu u skladu sa njegovim pravilima i sasvim je razumljivo da i sami primenjuju međunarodno pravo. Drugačije rešenje nije ni moguće, jer bi obesmisliilo postojanje i međunarodnog prava i samog međunarodnog organa o kojem je reč. Uostalom, sam međunarodni karakter ovih tela sprečava ih da se oslanjaju na propise konkretnih zemalja.

<sup>54</sup> Sličan prilaz, razume se, iz svog ugla, imaju i neki drugi autori. Tako npr.: I. Brownlie, 37-43; V.Đ. Degan, 21-32; E. Denza, 412-418; M. Dixon, 71-76, 85.

Razume se, mogući su i drugačiji pristupi. Tako npr. neki autori analiziraju uzajamni odnos normi međunarodnog i unutrašnjeg prava u procesu njihovog nastanka, s jedne, i u procesu njihove primene, s druge strane (Д.Б.Левин, 214-263), drugi ovaj odnos posmatraju takođe na dva nivoa, ali sa sasvim drugačijih pozicija - na nivou teorije i na nivou prakse (M. Kreća, 67), itd.

Dakle, postupajući u okviru svojih ovlašćenja međunarodni organ će uvek primeniti međunarodnu normu. Čak i u onim retkim slučajevima kada ga ta norma upućuje na primenu neke norme unutrašnjeg prava, konsultovanje rešenja unutrašnjeg prava u suštinskoj smislu predstavljaće primenu međunarodne norme (postupanje po međunarodnopravnoj normi).<sup>55</sup> Uz to, i onda kada ga međunarodna norma upućuje na primenu nacionalnog prava neke države, međunarodni organ neće primeniti zakon ili drugi nacionalni propis odnosno države (njen formalin akt) već pravno pravilo (rešenje) koje je u njemu sadržano.

Drugim rečima, na međunarodnom planu nema dileme - međunarodne norme imaju jaču pravnu snagu od domaćih. Štaviše postoji čitav niz oblasti u kojima su norme unutrašnjeg prava sasvim irelevantne ili čak i ne postoje - npr. pitanja koja se tiču rada međunarodnih organizacija (razni statuti, poslovници o radu i drugi opšti akti tih organizacija), pravnog položaja međunarodnih službenika, pravila o pravima i obavezama neutralne države i sl.

#### *- Postupanje državnog organa*

S obzirom na to da jedni državni organi stvaraju domaće pravo (zakonodavni organ, u naše vreme mahom parlament) a drugi ga pre svega primenjuju (sudski, izvršni i upravni organi) zanimljivo je odvojeno razmotriti ulogu tih organa i njihov odnos prema međunarodnopravnim obavezama države. Ovaj pristup omogućava da se istovremeno analizira granica slobode države u stvaranju sopstvenog (unutrašnjeg, nacionalnog) prava, u situaciji kada je određena oblast već regulisana međunarodnim pravom, dok se, s druge strane, daje odgovor na pitanje šta se dešava kada su neki odnosi uređeni i međunarodnim i unutrašnjim pravom, a među njima postoji nesklad.

<sup>55</sup> Tako je npr. čl. 21/1/c Rimskog statuta (1998) predviđeno da u nedostatku drugih u tom članu navedenih izvora, Međunarodni krivični sud primenjuje nacionalne zakone država koje bi inače imale nadležnost nad zločinom, pod uslovom da to nije u koliziji sa Statutom, međunarodnim pravom i međunarodno priznatim normama i standardima. O tome je već bilo reči.

**1. Postupanje zakonodavnog organa (granice slobode zakonodavca).** - Jedno od pitanje je i da li je država slobodna da po svojoj volji uređuje odnose na svojoj teritoriji, nezavisno od rešenja međunarodnog prava (problem slobode zakonodavca). To se može posmatrati i na drugi način, kao problem može li nastajati novo unutrašnje pravo koje je u suprotnosti ili bar nije u skladu sa međunarodnim pravom? Dakle kao odnos međunarodnog i mogućeg nacionalnog prava (nacionalnog prava u nastajanju). Ipak, pošto unutrašnje pravo u naše vreme ne nastaje samo od sebe, čini se da je bolje i preglednije sve posmatrati kroz prizmu slobode zakonodavca da uredi neki odnos koji je već regulisan međunarodnim pravom.

Naime, ako se pođe od toga da su države načelno suverene, mora se zaključiti da je i zakonodavac teorijski vlastan da kako god želi uređuje odnose pod jurisdikcijom date države.

Međutim, suverenitet država je načelna kategorija. Države nikada nisu imale puni tzv. apsolutni suverenitet. On jednostavno nije moguć. Prijem stranih diplomatskih predstavnika i priznavanje njima odgovarajući imuniteta i privilegija, zaključenje ugovora, članstvo u nekoj međunarodnoj organizaciji... Sve to ograničava suverenitet države.

To istovremeno znači i da zakonodavac nema punu slobodu u uređivanju društvenih odnosa, već da mora voditi računa o međunarodno-pravnim obavezama države.

Razne oblasti društvenih odnosa uređene su međunarodnim pravom na razne načine. Jedan deo odnosa ostavljen je isključivoj nadležnosti država; drugi je uređen međunarodnim pravom, ali je državama data sloboda da neka pitanja same preciziraju. I, najzad, u pogledu jednog dela odnosa međunarodno pravo je imperativno, tj. države ga moraju obavezno poštovati. Osvrnucemo se na sva tri slučaja.

*1. Domen isključive nadležnosti država.* – U prošlosti je domen isključive nadležnosti,<sup>56</sup> dakle polje onoga u pogledu čega države nisu bile vezane međunarodnim pravom, bio izuzetno širok. Moglo bi se čak reći

---

<sup>56</sup> Isključiva nadležnost država je izraz kojim se ističe da su u jednom delu svoje nadležnosti države, kao suvereni subjekti, potpuno slobodne u svojim odlukama i akcijama, pri čemu nisu vezane međunarodnim pravom, a bilo kakvo samovoljno mešanje drugih država ili međunarodnih organizacija isključeno je. Kao tipičan primer obično se navodi suvereno pravo svake države da sama organizuje svoje društveno-političko i ekonomsko uređenje. U istom značenju koriste se izrazi „unutrašnja nadležnost država“ „nacionalna nadležnost država“, „oblast zadržanih prava“, „domen isključive nadležnosti država“ i sl.

da je potpuna sloboda odlučivanja bila pravilo, a da se sve što bi je ograničavalo javljalo u vidu nekog izuzetka.

Međutim, razvoj međunarodnih odnosa, povezivanje raznih delova sveta putem ugovora i institucionalnih oblika saradnje (međunarodnih organizacija), zahuktala globalizacija, regionalna integracija i drugi faktori doveli su do toga da se domen isključive nadležnosti država iz dana u dan sve više smanjuje. Zapravo, jedna od karakteristika vremena u kojem živimo ogleda se upravo u tome da se sve više sužava sloboda država da po svom nahodjenju uređuju društvene odnose. Ova sloboda je sve više ograničena i u kvantitativnom (širina polja regulisanja tj. broj društvenih odnosa) i u kvalitativnom smislu (sloboda da se utvrđuju razna rešenja).

Međunarodno pravo ne sadrži preciznu definiciju, pa ni nabranjanje odnosa i pitanja koja spadaju u isključivu nadležnost država. Stoga se svaki konkretan slučaj mora ceniti za sebe, polazeći od opšteg međunarodnog prava i konkretnih uslova i prilika. Pri tome poseban problem predstavlja pitanje subjekta koji bi bio ovlašćen da ceni da li odnosna materija spada u oblast zadržanih prava.<sup>57</sup>

Ovde je bitno sledeće – činjenica da međunarodno pravo stalno sužava polje isključive unutrašnje nadležnosti država, već sama po sebi govori o tome da smo svedoci ne samo nezadrživog razvoja međunarodnog prava, već i njegovog primata u odnosu na unutrašnje pravo. Jer, iako je tačno da države slobodnom voljom preuzimaju nove međunarodno-pravne obaveze (i tako smanjuju sopstveni domen isključive nadležnosti) isto tako je činjenica da je njihova sloboda odlučivanja u tom pogledu sve manje prisutna, da su njihove odluke te vrste na neki način često prosto iznuđene,<sup>58</sup> kao i to da se tokom vremena mnoga ugovorna rešenja pretvaraju u pravila opšteg običajnog međunarodnog prava, čime postaju obavezna za sve države, nezavisno od njihove volje.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Ustanovu isključive nadležnosti država poznaje i Povelja UN koja u čl. 2/7 precizira da „ništa u ovoj Povelji ne ovlašćuje Ujedinjene nacije da se mešaju u pitanja koja se po suštini nalaze u unutrašnjoj nadležnosti svake države niti zahteva od članova da takva pitanja iznose na rešavanje na osnovu ove Povelje“. Povelja, međutim, predviđa i jedno važno ograničenje, sadržano u stavu da „ovo načelo neće uticati na primenu prinudnih mera predviđenih u Glavi VII“, što znači da u slučaju pretnje miru, povrede mira ili akata agresije pozivanje odnosne države na unutrašnju nadležnost ne može sprečiti preduzimanje Poveljom predviđenih kolektivnih mera.

<sup>58</sup> Pored ostalog, država koja želi da uđe u članstvo nekih regionalnih međunarodnih organizacija (npr. Saveta Evrope ili Evropske unije) mora prethodno da prihvati čitav niz raznih međunarodnih ugovora, jer je to preduslov za članstvo.

<sup>59</sup> Više o svemu: B.Krivokapić, „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 3/2012, 35-81.

Najbolji primer toga kako se neumitno smanjuje domen isključive nadležnosti država jeste materija ljudskih prava. Poznato je da su u prošlosti ljudska prava bila jedan od tipičnih primera pitanja u isključivoj nadležnosti država. Kako se ophodi prema svojim podanicima, bila je stvar samog suverena (vladara) i niko tu nije imao šta da se meša.

Ali posle Drugog svetskog rata ljudska prava su postala stvar od međunarodnog značaja. Država više ne može da se poziva na svoje propise i svoju unutrašnju nadležnost da bi otklonila interesovanje međunarodne zajednice u vezi sa ljudskim pravima. I tu više ništa nije sporno. Štaviše, država je i u pogledu najvažnijih pravnih rešenja u ovoj oblasti vezana međunarodnim pravom. Na današnjem stepenu razvoja međunarodnog prava ona npr. ne može uvesti robovlasništvo, rasnu diskriminaciju ili aparthejd, sprovoditi genocid i sl. iako su to pitanja koja se u načelu tiču uređenja unutrašnjih društvenih odnosa. Ako to i učini, krši međunarodno pravo i mora računati da će se suočiti sa međunarodnim sankcijama. A to već samo po sebi govori da postoje norme međunarodnog prava koje su iznad normi unutrašnjeg prava date države kojima je ona uvela pomenute politike i prakse.

Ovaj primer je dovoljan za ilustraciju činjenice da čak i kada uređuje pitanja koja su u domenu njene isključive nadležnosti država to čini u okvirima koji su joj ostavljeni *međunarodnim pravom!* Na taj način, ako se u prošlosti osnov ove nadležnosti tražio u suverenosti država, danas je vreme da se sve više traži u normama međunarodnog prava!

*2.Odnosi koji su uređeni međunarodnim pravom, ali je državama ostavljena određena sloboda.* - Neki odnosi uređeni su međunarodnim pravom, ali je državama data sloboda da izvesna rešenja prilagode svojim potrebama. One to mogu postići ugovornim putem (sa drugim državama) što je slučaj kod dispozitivnih normi, a mogu to učiniti i svojim sopstvenim propisima. Tako npr. Konvencija UN o pravu mora predviđa da širina teritorijalnog mora može biti najviše 12 nautičkih milja, ali svaka država je slobodna da, ne prelazeći tu granicu, sama odredi širinu svog terito-

rijalnog mora.<sup>60</sup> Međutim, i u ovim slučajevima granice slobode dejstva država postavljene su međunarodnim pravom!<sup>61</sup>

*3. Imperativne norme međunarodnog prava.* - U određenim materijama odnosno pitanjima međunarodno pravo ne dozvoljava državama slobodu akcije, već imperativno zahteva da se njegova pravila dosledno poštuju. Dovoljno je u tom smislu podsetiti na pravila o nepovredivosti diplomatskih predstavnika.

Ostavljajući po strani problem domena isključive nadležnosti država, koji se, kao što smo videli, ionako stalno sužava, činjenica je da je u svim drugim slučajevima (i kada ima određenu slobodu u regulisanju konkretnih odnosa i kada je nema) država vezana međunarodnim pravom.

Država, istina, može i da krši međunarodno pravo, ali tada se postavlja pitanje njene međunarodne odgovornosti. Svako pravo se ponekad krši, u nekim slučajevima čak i nekažnjeno. Ni međunarodno pravo u tom pogledu nije izuzetak. Međutim, ovde nas zanima samo činjenica da nema sumnje da u naše vreme zakonodavac svake države mora da vodi računa o međunarodnopravnim obavezama svoje zemlje i da se kreće u međunarodnim pravom utvrđenim granicama.

<sup>60</sup> Donekle slična situacija je i u vezi sa onim međunarodnim krivičnim delima (kao što su npr. piratstvo, mučenje, trgovina robovima, neovlašćeno emitovanje sa otvorenog mora i dr.) za koja međunarodno pravo utvrđuje da su krivična dela i čak daje njihovu definiciju, ali bliže inkriminisanje, uključujući i preciziranje zaprećene kazne, prepušta državama, kao što im prepušta i samo kažnjavanje za ta dela. Stoga se u praksi dešava da sudija (nacionalni sudija date države) i kada sudi za međunarodno krivično delo (npr. piratstvo) sudi neposredno na osnovu zakona svoje zemlje, a ne međunarodnog prava. Takve pojave su posledica nedovoljne izgrađenosti međunarodnopravnog poretka. Sa daljim jačanjem međunarodnog prava i međunarodnog krivičnog sudstva i tu se može očekivati neposredna primena međunarodnog prava, kao što je to već sada slučaj u praksi međunarodnih krivičnih sudova (u okvirima njihove nadležnosti tj. u vezi sa jednim brojem međunarodnih krivičnih dela).

<sup>61</sup> Ovo se često vidi već iz formulacije odgovarajuće odredbe relevantnog međunarodnog ugovora. Tako npr. čl. 27/1 Konvencije UN o pravu mora (1982) ostavljajući određenu slobodu državama u regulisanju odnosnih pitanja, precizira: „u skladu s odredbama ove konvencije i s drugim pravilima međunarodnog prava (podvukao B.K.) pomorska država može donositi zakone i propise o neškodljivom prolasku teritorijalnim morem, koji se odnose na sva ili neka od ovih pitanja: a) bezbednost plovidbe i regulisanje pomorskog saobraćaja; b) zaštitu navigacionih i tehničkih pomagala i drugih pomagala ili uređaja; c) zaštitu kablova i cevovoda; d) očuvanje živog bogatstva mora; e) sprečavanje kršenja zakona i propisa pomorske države o ribolovu; f) očuvanje sredine pomorske države i sprečavanje, smanjenje i nadziranje njenog zagađivanja; g) naučno istraživanje mora i hidrografska merenja; h) sprečavanje kršenja carinskih, fiskalnih i zdravstvenih zakona i propisa pomorske države ili njenih zakona i propisa o useljavanju.“

**2. Postupanje suda odnosno izvršnog ili upravnog organa.** - Najčešće se problem primata međunarodnog ili unutrašnjeg prava svodi na pitanje koje će pravo (unutrašnje ili međunarodno) da primeni sud odnosno drugi državni organ. Dok smo u slučaju granice slobode zakonodavca imali situaciju da je neki odnos uređen međunarodnim pravom, a postoji namera da se on nešto drugačije uredi novom normom unutrašnjeg prava, ovde već postoje i međunarodna i domaća pravna norma. Problem se dakle svodi na to koju će normu (domaću ili međunarodnu) primeniti domaći organ i zašto, kao i kakve su posledice ako primeni domaću normu, kršeći time međunarodnopravne obaveze.

Za domaćeg sudiju odnosno drugi domaći organ primarna je domaća norma. Sudija (drugi državni organ) može čak da neposredno primeni međunarodni normu, ali to će učiniti onda kada na to upućuje odgovarajuća ustavna ili druga *domaća* norma. Dakle, on pre svega gleda pravo svoje zemlje.

Više je razloga za to. Domaći sudija (odn. neki drugi domaći funkcioner ili službenik) poznaje pre svega pravo svoje zemlje.<sup>62</sup> Međunarodno pravo on po pravilu ne poznaje dovoljno, niti može da ga poznaje dovoljno (u protivnom on bi bio stručnjak za međunarodno pravo, a ne za domaće).<sup>63</sup> Takođe, možda će domaće pravo primeniti i zato što se plaši reakcije višeg (nadređenog) državnog organa... Postoje i drugi, objektivni momenti. Norme međunarodnog prava često nisu neposredno primenjive, one zahtevaju da budu precizirane normama unutrašnjeg prava, kojima ih svaka država prilagođava sopstvenoj stvarnosti sa svim njenim osobenostima.<sup>64</sup> Najzad i čisto načelni argument – ako je država suverena (a još uvek je suverenost jedno od osnovnih prava svake države) onda će državni organ da sluša zapovesti svoga suverena, a ne neke spoljne sile. Kao

<sup>62</sup> Čak i tu on ponekad nije načisto koji propis odnosno koju normu treba da primeni – npr. kada postoji sukob dva različita zakona, kada nije jasno da li je neka norma možda neustavna ili nezakonita, kada nije jasno da li je dati propis još uvek na snazi, kada postoji neka greška u jeziku ili problem tumačenja itd.

<sup>63</sup> Bliže gledajući, sudija nije ništa drugo nego specijalista za domaće pravo i to samo određenu njegovu oblasti (građansko pravo, krivično pravo...). Već po prirodi stvari od njega se ne može očekivati da jednako dobro poznaje i druge grane domaćeg prava (ustavno, upravno...), a samim tim još manje da bude jednako stručan i za strano (uporedno) pravo odnosno za međunarodno pravo.

<sup>64</sup> Mnoge međunarodnopravne norme sadrže određena rešenja ali nisu dovoljno precizne u smislu da se mogu neposredno primeniti, sve i kada bi spremnost za to postojala. One npr. utvrđuju kažnjavanje za određeno međunarodno krivično delo, ali ne daju bliže elemente, pored ostalog, ne preciziraju raspon zaprećenih kazni, ostavljajući državama da sve to bliže uredi svojim propisima.

što će vojni komandant slušati naređenje svoje vrhovne komande, tako će i sudija primeniti domaće propise, a ne strane ili međunarodne norme.

Da li to onda znači da su u pravu pristalice dualizma sa svojim stavom da su međunarodno i unutrašnje pravo dva samostalna, nezavisna pravna sistema? Naravno da ne znači. Posebno ne u naše vreme.

U savremenim uslovima domaći propis koji će primeniti sudija će skoro bez izuzetka biti u skladu sa međunarodnopravnim obavezama države. On će najčešće predstavljati samo preuzimanje i određenu doradu odgovarajuće međunarodnim pravom utvrđenog rešenja. Dakle, primenjujući domaći propis sudija će u krajnjoj liniji posredno primeniti međunarodno pravo.

Ali šta ako domaća norma nije u skladu sa međunarodnopravnim obavezama date države?

Pre svega, jasno je da su manja odstupanja moguća. Ona su u praksi ponekad prosto neizbežna jer su odraz specifičnosti društvene i pravne stavnosti date države.<sup>65</sup> Takođe, takva odstupanja su najčešće samo privremena, gledano na duži rok ona se postepeno gube.

Da ne bi došlo do toga, države nastoje ili da ne ulaze u međunarodne ugovore koji se kose sa bitnim rešenjima njihovog unutrašnjeg zakonodavstva, ili otežu sa ratifikacijom ugovora sve dok ne usaglase svoje relevantno zakonodavstvo sa međunarodnopravnim obavezama koje preuzimaju novim ugovorom.

Šta, međutim, u situaciji kada postoji suštinsko neslaganje između međunarodnopravne obaveze države i postupanja njenog organa? Konkretno, šta ako domaći sudija ili drugi organ uradi nešto na osnovu domaćeg prava, čime se ozbiljno povređuju međunarodnopravne obaveze države? Npr. sudija ili drugi organ postupi na osnovu zakona ili drugog propisa kojim se uvode ili tolerišu rasna diskriminacija, aparthejd, ropstvo, mučenje i sl.

Da li to znači da su samim tim propisi domaćeg prava iznad propisa međunarodnog prava? Naravno da ne.

Ovom pitanju treba prići na sasvim drugačiji način. Zapravo, pitanje ne bi trebalo da bude koje pravo će sud ili drugi državni organ *da*

---

<sup>65</sup> Uostalom, na toj osnovi se državama daje pravo da izjavljuju rezerve uz višestране međunarodne ugovore, da prihvataju ili ne prihvataju tzv. fakultativne klauzule odnosno opcione protokole itd.

*primeni*, već koje je pravo država preko svojih organa *dužna* da primeni.<sup>66</sup> I, s tim u vezi, da li država može da se pozove na svoje unutrašnje pravo da bi se oslobodila neke međunarodnopravne obaveze.

Nema sumnje da je država *dužna* da poštuje ono međunarodno pravo koje je obavezuje (u formalnom smislu: opšte međunarodno običajno pravo, ratifikovane međunarodne ugovore, a u sve većoj meri i odluke određenih međunarodnih organizacija).

Drugim rečima, država je dužna da uskladi svoje propise i ponašanje svojih organa se sopstvenim međunarodnopravnim obavezama. To proističe kako iz rešenja međunarodnog prava, tako i iz opštih pravnih načela, počev već od načela savesnosti. Ako nije voljna da prihvati neke obaveze na međunarodnom planu, država ne treba da ulazi u članstvo odnosnih međunarodnih ugovora i međunarodnih organizacija.

Iz obaveze da poštuje međunarodno pravo sledi da svoje domaće pravo država može da usvaja i primenjuje samo u meri u kojoj je ono u skladu sa njenim međunarodnopravnim obavezama. To je, pored ostalog, potvrđeno i Bečkom konvencijom o ugovornom pravu (1969) koja (čl. 27) precizira da: "Ugovorna strana ne može se pozvati na odredbe svog unutrašnjeg prava da bi opravdala neizvršenje ugovora."

---

<sup>66</sup> I inače, pravom, pa i unutrašnjim pravom, ne utvrđuje se šta će odnosi subjekti (npr. pravna i fizička lica) *da urade* već šta su *dužni da urade*.

Ovaj pristup je potvrđen i u praksi međunarodnih sudova.<sup>67</sup> Tako npr. u presudi u Slučaju slobodnih zona, Stalni sud međunarodne pravde je konstatovao: “sigurno je da Francuska ne može da se poziva na svoje zakonodavstvo da bi ograničila obim svojih međunarodnih obaveza.”<sup>68</sup> U savetodavnom mišljenju u slučaju grčko-bugarskih zajednica isti sud kaže “opšte je prihvaćeno načelo međunarodnog prava da u odnosima između sila koje su članice određenog ugovora, odredbe unutrašnjeg prava ne mogu imati prevagu nad onima iz ugovora.”<sup>69</sup> U savetodavnom mišljenju u vezi sa razmenom grčkog i turskog stanovništva (1925) Sud je naglasio da “država koja je ugovorila važeće međunarodne obaveze, dužna je da da izvrši u svom zakonodavstvu takve izmene, koje su potrebne da bi se

<sup>67</sup> Pored ostalog, u praksi Stalnog suda međunarodne pravde, u presudama i savetodavnim mišljenjima u slučajevima Wimbledon (*Case of the S.S. „Wimbledon“*, Judgment, 1923, Ser. A, No 1, 29), o nemačkim interesima u Poljskoj Gornjoj Šleziji (*Case Concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Judgment No. 7, 1926, Ser. A, No 7, 19); o fabrici u Hožuvu (*Chorzów Factory*, Judgment, 1928, Ser. A, No. 17, 33-34; o jurisdikciji sudova Danciga (*Jurisdiction of the Courts of Danzig*, Advisory Opinion, 1928, Ser. B, No. 15, 26-27); o grčko-bugarskim zajednicama (*Greco-Bulgarian „Communities“*, Advisory Opinion, 1930, Series B, No. 17, 32); o slobodnim zonama Gornje Savoje i u oblast Geks (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 1932, Series A/B, Fascicule No. 46, 167); o položaju poljskih državljana i drugih lica poljskog porekla ili jezika na teritoriji Danciga (*Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932, Series A/B, Fascicule No. 44, 24. Presude odnosno savetodavna mišljenja i druge relevantne dokumente za ove slučajeve Stalnog suda međunarodne pravde vidi na: Permanent Court of International Justice (1922-1946), <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9> (8.3.2013).

U određenoj meri, ova pitanja našla su odraz i u praksi Međunarodnog suda pravde, pored ostalog u poznatim sporovima: Slučaju ribolova (*Fishing Case*, Judgment of December 18th, 1951: *I.C.J. Reports 1951*, 116, 132), <http://www.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf> i Notebom (*Nottebohm case- second phase*, Judgment of April 6th, 1955, *I.C.J. Reports 1955*, p. 4, 20-21), <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>; Spor u diplomatskom i konzularnom osoblju SAD u Teheranu (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, *I.C.J. Reports 1980*, p. 3, 37-38, <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>; u savetodavnom mišljenju o obavezi podvrgavanja arbitraži na osnovu sporazuma o sedištu UN (*Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1988*, 12, 34, <http://www.icj-cij.org/docket/files/77/6729.pdf> (Svi sajtovi posećeni su 16.3.2013), i dr.

<sup>68</sup> *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment (1932), Series A/B, Fascicule No. 46, 167, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_46/01\\_Zones\\_franches\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf) (10.3.2013).

<sup>69</sup> *The Greco-Bulgarian „Communities“*, Advisory Opinion (1930), Series B, No. 17, 32, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_B/B\\_17/01\\_Communautes\\_greco-bulgares\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf) (10.3.2013).

obezbedilo ostvarivanje preuzetih obaveza.”<sup>70</sup> Najzad, u savetodavnom mišljenju Stalnog suda međunarodne pravde u slučaju *Položaj poljskih državljana u Dancigu* istaknuto je da: “... prema opšte prihvaćenim principima, država ne može da se u odnosu na drugu državu pozove na odredbe ustava te druge države, već samo na međunarodno pravo i valjano prihvaćene međunarodne obaveze” ali i da “država ne može da se u odnosu na drugu državu pozove na svoj ustav da bi umanjila obaveze koje joj nameću međunarodno pravo ili ugovori na snazi.”<sup>71</sup>

Kada je reč o praksi Međunarodnog suda pravde, dovoljno je istaći da je on, u već navedenom savetodavnom mišljenju o obavezi podvrgavanja arbitraži na osnovu sporazuma o sedištu UN (1988) istakao: “osnovno načelo međunarodnog prava jeste da međunarodno pravo ima primat nad domaćim pravom.”<sup>72</sup>

Ne samo države, već ni pojedinci ne mogu da se pozovu na rešenja unutrašnjeg prava da bi opravdali svoje kršenje međunarodnog prava. Posebno, ne mogu se osloboditi međunarodne krivične odgovornosti pozivom na to da su, čineći međunarodna krivična dela, zapravo delovali na osnovu unutrašnjeg prava neke države. Pored ostalog, već je Njamberška presuda precizirala da «odavno je priznato da međunarodni zakoni nalažu dužnosti i obaveze pojedincima kao i državama», da «pojedinci imaju međunarodne dužnosti, koje prevazilaze nacionalne obaveze poslušnosti koje im nameće pojedina država», da «onaj ko krši zakone rata ne može steći imunitet radeći u ime državne vlasti, ako država naređujući ovu akciju prelazi prava, koja ima prema međunarodnom pravu», da to što odgovarajuća međunarodna krivična dela nisu bila predviđena unutrašnjim zakonodavstvom odnosne zemlje, ne oslobađa odgovornosti njihovog izvršioca prema međunarodnom pravu, kao i to da se okrivljeni ne osloba-

<sup>70</sup> *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion (1925), Ser. B, No. 10, 20, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_B/B\\_10/01\\_Echange\\_des\\_populations\\_grecques\\_et\\_turques\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf) (16.3.2013).

<sup>71</sup> *Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion (1932), Series A/B, Fascicule No. 44, 24, [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AB/AB\\_44/01\\_Traitement\\_nationaux\\_polonais\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf) (10.3.2013). Dakle, Sud je jasno utvrdio država ne može da otkloni obavezu poštovanja međunarodnog prava ni pozivom na sopstveno pravo, ali ni tako što bi se pozvala na unutrašnje pravo neke druge države.

<sup>72</sup> U potvrdu tome Sud se pozvao na arbitražnu presudu u poznatom sporu „Alabama“ (1872), kao i na čestu kasniju praksu, navodeći izričito savetodavno mišljenje Stalnog suda međunarodne pravde u predmetu o grčko-bugarskim zajednicama (1930). Vidi: *Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, *cit.*, 34-35.

da odgovornosti po međunarodnom pravu zato što je delovao na osnovu naredbe vlade ili nekog pretpostavljenog.»<sup>73</sup> Ne samo da su načela Nirnberške presude potvrđena Rezolucijom 95(1946) Generalne skupštine kao načela međunarodnog prava, već su i mnogo godina kasnije ponovo potvrđena u praksi kasnijim međunarodnih krivičnih sudova.

No da se vratimo glavnom pitanju: da li će u praksi državni organ zaista primeniti međunarodnu normu? Ili će ipak dati prednost domaćoj normi?

Realno gledajući u modernim državama, državni organ će, ako posumnja da domaća norma nije u skladu sa preuzetom međunarodnom obavezom, najverovatnije zatražiti mišljenje višeg organa. Rezultat može biti tumačenje da se neposredno primeni međunarodna norma, uz istovremeno pokretanje postupka za izmenu spornog domaćeg propisa.

Međutim, šta ako takvo tumačenje izostane bilo da se nadležni organ nije obratio višem organu, bilo da je dobio tumačenje koje ga je uputilo na primenu domaće norme? Tada će, makar naoko, ta situacija izgledati kao dokaz u prilog tvrdnji o primatu unutrašnjeg prava. Takva slika je, međutim, suviše pojednostavljena.

Naime, moramo se složiti sa Ferdrosom u pogledu toga da iako za državnog sudiju (odnosno drugi postupajući organ) važi princip prema kojem unutrašnje pravo ima prednost nad međunarodnim pravom, taj primat unutrašnjeg zakona nad međunarodnim pravom ima samo privremeni karakter. Ovo zato što su države, na osnovu međunarodnog prava, dužne da, na zahtev oštećene države, poništavaju, menjaju ili ukidaju svoje norme koje su u suprotnosti sa međunarodnim pravom. Time se u krajnjem ishodu prvobitni spor između međunarodnog i unutrašnjeg prava rešava u korist onog prvog.<sup>74</sup>

Prema izloženom, jasno je da će u slučaju sukoba između normi međunarodnog i normi unutrašnjeg prava na kraju trijumfovati one prve. Ovde ipak treba još jednom podvući dva pitna momenta.

S jedne strane, kao što smo istakli, nije pitanje koje rešenje će primeniti konkretan sudija ili drugi državni organ, već koje rešenje je *dužna da obezbedi (primeni)* država preko svojih sudova i drugih organa.

<sup>73</sup> Presuda Međunarodnog vojnog suda koji je 1945-1946.g. u Nirnbergu sudio glavnim ratnim zločincima nacističke Nemačke. Generalna skupština UN je Rezolucijom 95 iz 1946. potvrdila ta načela, sadržana u statutu i presudi Suda, kao načela međunarodnog prava. Vidi: *Nirnberška presuda*, Beograd 1948, 89-90

<sup>74</sup> A.Фердросс, 90-91.

Sa druge strane, pravna norma nema samo dispoziciju. Ona ima i sankciju. A za razliku od stanja do pre svega nekoliko decenija, savremeno međunarodno pravo ima na raspolaganju čitav niz zaista efikasnih sankcija.

Država koja je prekršila međunarodno pravo iz čega je nekome pričinjena šteta biće dužna da tu štetu nadoknadi, a ako to ne učini mora računati s tim da će se suočiti sa nekom od međunarodnim pravom utvrđenih sankcija.<sup>75</sup> Dakle, u načelu, primat međunarodnog prava se potvrđuje i time što ako država prekrši međunarodno pravo i time nekome nanese štetu, trpeće odgovarajuću sankciju.<sup>76</sup> U najnovije vreme stvar je mnogo jasnija pored ostalog i zato što statuti i praksa međunarodnih krivičnih sudova potvrđuju da je pojedinac koji je izvršio međunarodni zločin odgovoran prema međunarodnom pravu, čak i kada to delo nije bilo krivično delo prema pravu odnosne države, pa i tada kada je postupao izvršavajući naređenje pretpostavljenog. Ne samo to, već takav pojedinac ima ozbiljne šanse da se nađe na optuženičkoj klupi pred međunarodnim krivičnim sudom, gde će mu se suditi na osnovu međunarodnog, a ne nacionalnog krivičnog prava.<sup>77</sup>

Uostalom, rešenje o tome da se norme međunarodnog prava moraju poštovati je jedino moguće. Sve drugo značilo bi negaciju međunarodnog prava, koje onda ne bi imalo nikakvu svrhu.

Prema tome, ako posmatramo stvari sa stanovišta toga koja norma ima jaču pravnu snagu, ostaje zaključak da iako će državni organ skoro uvek primeniti domaću normu, a ne neposredno međunarodno pravo, i mada postoji realna mogućnost, da se time ogreši o međunarodnopravne obaveze države, u krajnjoj liniji čak i u takvim situacijama, dokazuje se primat međunarodnog prava, ako ništa drugo ono bar kroz primenu međunarodnopravne sankcije protiv prekršioca.

<sup>75</sup> Mere samopomoći (retorzije odn. represelije), suspenzija članskih prava odn. isključenje iz članstva međunarodne organizacije, prekid diplomatskih odnosa itd.

<sup>76</sup> Po sebi se razume da u nekim situacijama država neće prerpeti sankciju (posebno ako je reč o velikoj sili). Nije za utehu, ali svako pravo se ponekad nekažnjeno krši, pa i međunarodno. Ni u unutrašnjim porecima država nisu sve norme pokrivenne sankcijama, niti se sankcije uvek i bez izuzetka primenjuju na sve subjekte (pored ostalog, nisu svi kriminalci u zatvorima).

<sup>77</sup> Konkretno, sudiće mu se na osnovu statuta datog međunarodnog krivičnog suda koji je po pravilu utvrđen međunarodnim ugovorom odnosno izuzetno (Haški tribunal i Tribunal za Ruandu) odlukom Saveta bezbednosti UN (dakle odlukom organa međunarodne organizacije).

## 2.4.Načini (tehnike) povezivanja unutrašnjeg i međunarodnog prava (mehanizmi unošenja pravila međunarodnog prava u unutrašnji pravni poredak)

Ako su već dužne da poštuju svoje međunarodnopravne obaveze što znači da u licu svojih organa neposredno ili posredno primenjuju međunarodnopravne norme, jedno od pitanja je i kako to države čine, putem kojih mehanizama.

Dakle, ako se pođe od toga da je međunarodno pravo u izvesnom smislu u hijerarhijskom pogledu iznad unutrašnjeg, onda neme dileme oko toga da li je državni organ *dužan* da primeni međunarodno pravo.

Otvara se, međutim, novi problem, koji se svodi na pravnotehničko pitanje *kako će država da obezbedi primenu međunarodnog prava* (onog njegovog dela koji je za nju obavezan) na odnose koji se odvijaju pod njenom jurisdikcijom.

Ili još prostije - kako će država ispuniti svoju međunarodnopravnu obavezu.<sup>78</sup>

Međunarodno pravo ne sadrži odredbe o tome. Ono se zadovoljava time da u vidu načela utvrđuje da se države ne mogu pozivati na svoje unutrašnje pravo da bi otklonile ispunjenje svojih međunarodnopravnih obaveza. Zašto je tako?

Međunarodno pravo ne propisuje na koji način će njime utvrđene obaveze biti ostvarene u državama, zato što ta pitanja spadaju u isključivu unutrašnji nadležnost država kao suverenih jedinki. Dakle, uređuju se ustavom i drugim unutrašnjim propisima država.

U skladu s tim, načini (tehnike) povezivanja unutrašnjeg i međunarodnog prava, ili drugim rečima, mehanizmi unošenja pravila međunarodnog prava u unutrašnji pravni poredak, uređuju se unutrašnjim pravom svake konkretne države, a pre svega njenim ustavom.

<sup>78</sup> Više o praksi raznih država (abecednim redom): M.Akehrts, 43-48; Л.П.Ануфриева, 166-178; S.Avramov, 76-79; I.Brownlie, 43-55; A.Cassese, 172-181; V.Đ.Degan, 23-27; E.Denza, 418-435; V.Dimitrijević Vojin et. al., 66-69; M.Dixon, 76-85; S.Đorđević (1997), 366-369, 377-387; R.Etinski, 105-109; C.W.Henderson, 108-109; B.M.Janković, Z.Radivojević, 15-18; M.Kreča, 72-76; Д.Б. Левин, 206, 219-237, 247-263; Г.И. Тункин, 77-78. Takođe: A.F.M.Maniruzzaman, „State Contracts in Contemporary international Law: Monist versus Dualist Controversies“, *European Journal of International Law* 2/2001, 309-328.

Tu su u principu moguća tri prilaza: 1) međunarodnopravne norme mogu da se primenjuju neposredno (sve je veći broj takvih normi), 2) mogu da se uvode u unutrašnji pravni poredak putem preuzimanja (tj. pretvaranjem u normu domaćeg prava) i, najzad, 3) mogu da se usvajaju odgovarajuća pravila unutrašnjeg prava, u skladu sa relevantnim međunarodnopravnim obavezama države o kojoj je reč.

Gledano iz nešto drugačijeg ugla, praksa raznih država pokazuje (a to sledi i doktrina) da se mogu izdvojiti sledeći osnovni pristupi:

1) međunarodno pravo se ustavom proglašava delom prava date države, s tim da mu se daje prednost nad domaćim propisima (prednost mu se daje u celini ili samo u nekoj oblasti, obično u materiji ljudskih prava);

2) međunarodno pravo se ustavom proglašava delom prava date države, u istoj ravni sa domaćim propisima, uz važenje načela prema kojem kasniji propis ukida raniji (*lex posterior derogat priori*);

3) međunarodni ugovori posle stupanja na snagu akta ratifikacije ili pristupanja i posle njihovog objavljivanja primenjuju se na teritoriji države neposredno; dok običajna norma automatski obavezuje državu čim kao takva nastane u međunarodnoj zajednici;

4) međunarodni ugovori posle stupanja na snagu akta ratifikacije, pristupanja primenjuju se na teritoriji države samo posle izdavanja posebnog zakona, koji ponavlja ugovor (ova metoda se često zove transformacijom);

5) država donosi svoje propise kojima zadovoljava zahteve predviđene međunarodnim pravom, tj. ostvaruje preuzete međunarodnopravne obaveze usvajajući određene opšte međunarodne pojmove, bez pominjanja odakle su oni preuzeti<sup>79</sup>

U vezi sa izloženim, u teoriji i praksi razlikuju se, opšte uzev, metode adopcije i transformacije. Razlika je u tome što kod *adopcije* sudovi i drugi domaći organi primenjuju međunarodno pravo kao takvo, dakle kao međunarodno. Čak i ako postoje, domaći propisi ne menjaju formu i sadržinu međunarodnopravnog pravila, već su uslovno rečeno neka vrsta uputstva kako primeniti međunarodno pravo bez promene njegovog statusa. Nasuprot tome, *transformacija* je naziv za tehniku koja se ogleda

<sup>79</sup> Više o ovim pitanjima i raznim s tim povezanim pristupima (abecednim redom): Л.П.Ануфриева, 171-178; И.П. Блищенко, М.М.Солнцева, 95; A.Cassese, 168-170; V.Dimitrijević at al., 62; S.Đorđević Stevan (1997), 356.

u tome da nadležni domaći organ putem zakona ili na drugi predviđeni način “transformiše” međunarodnu normu u unutrašnju, čime ona gubi međunarodnopravni karakter i pretvara se u sastavni deo unutrašnjeg prava. Na taj način, dok se kod adopcije međunarodnopravna norma prihvata kao međunarodna u pogledu kako sadržine, tako i forme, u slučaju transformacije dolazi do promene forme iz međunarodne u unutrašnjeppravnu, tako što se norma upodobljava unutrašnjem pravnom poretku države.

Mada se savremeni ustavi u najvećem broju slučajeva opredeljuju za adopciju, u praksi se javljaju razne kombinacije adopcije i transformacije.<sup>80</sup>

Prema izloženom, kao suverene jedinice, države su u načelu vlastne da same odluče kako će ostvarivati svoje međunarodnopravne obaveze. One tome prilaze na razne načine tako što svaka od njih ima svoj sistem, zasnovan na sopstvenim tradicijama. Štaviše i u okviru jednog istog unutrašnjeg prava ponekad se javljaju različita rešenja u zavisnosti od toga o kojoj vrsti društvenih odnosa se radi (npr. neposredna primenu međunarodnog prava, ali samo u pogledu materije ljudskih prava) ili od toga da li je u pitanju pravilo međunarodnog običajnog ili međunarodnog ugovornog prava.

Kako će država pravnotehnički rešiti potrebu da uskladi svoje ponašanje i svoje norme, sa međunarodnopravnim obavezama, stvar je svake konkretne države.<sup>81</sup> Pri tome ona može i da menja jednom utvrđena rešenja. Iako su ova rešenja važna sa pozicija unutrašnjeg pravnog poretka date države (naročito njenog ustavnog prava), jer predstavljaju putokaz za državne organe i druge subjekte, onda su sa stanovišta međunarodnog prava od drugostepenog značaja.

<sup>80</sup> Više: S.Đajić, 61; M.Kreća, 75.

<sup>81</sup> U vezi sa nekadašnjim pravom Jugoslavije odn. pravom današnje Srbije vidi (hronološkim redom): Đ.Đurković, „Mesto međunarodnog ugovora u pravnom sistemu Savezne Republike Jugoslavije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3-4/1994, 405-416; M.Buzandžić, „Ustav SRJ i međunarodni ugovori – sporazumi“, *Pravo – teorija i praksa* 3-4/1995, 3-19; Đ.Đurković, „Međunarodni ugovor i pravni poredak Savezne Republike Jugoslavije“, *Pravni život* 7-8/1996, 65-78; K.Obrađović, „Unutrašnji propisi Jugoslavije i međunarodno pravo“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 1-2/1996, 281-294; M.Mitić, „Spoljnopolitičke odredbe u novim ustavima na tlu bivše Jugoslavije“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2-3/1997, 318-329; M.Milojević, „Međunarodni ugovori u Ustavu Srbije od 2006. Godine“, *Godišnjak Udruženja za međunarodno pravo 2007*, Beograd 2008, 187-219; V.Petrov, „Uz dileme o kontroli ustavnosti međunarodnih ugovora“, 289-316, u: N.Stojanović, S.Golubović (ur.), *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije – stanje i perspektive*, sveska I, Niš 2009.

Opšte uzev, svejedno je kako će država da ispuni svoju međunarodnopravnu obavezu. Bitan je konačan ishod – da rešenje sadržano u međunarodnopravnoj normi bude ostvareno.

### **3.Zaključak**

#### **3.1.Opšti zaključci**

Prema izloženom, odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava ne može se, kao što se to prilično često čini u literaturi, svesti na problem primata jednog od ova dva pravna poretka nad onim drugim. On je daleko složeniji i podrazumeva i razne oblike međusobnog uticaja i povezanosti tih pravnih poredaka.

Mada se te stvari ponekad izjednačavaju, odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava treba razlikovati od mehanizama unošenja međunarodnog prava u unutrašnje. Na koji način će koja država svojim zakonodavstvom obezbediti izvršavanje svojih međunarodnopravnih obaveza, stvar je svake takve pojedine države. Ako ona savesno ostvaruje te obaveze, sasvim je svejedno kako će to pravnotehnički da uradi - da li će priznati neposrednu primenu određenih normi međunarodnog prava, uvoditi međunarodne norme u svoj pravni poredak putem zakona i sl. To su pitanja koja zavise od pravne stvarnosti svake konkretne države i njene tradicije. Ona su od interesa za ustavno pravo, pravnu filozofiju, uporednopravnu nauku itd., ali ne bi trebalo da budu od većeg značaja za međunarodno pravo. Sa stanovišta međunarodnog prava najvažnije je da se odnosne obaveze savesno izvrše.

Kad je reč o tome koje norme – međunarodne ili unutrašnje – imaju veću pravnu snagu, odgovor se može dati samo s obzirom na konkretne istorijske prilike.

Naša stvarnost se veoma mnogo razlikuje od onoga što je postojalo pre samo 100 ili čak samo 50 godina. S tim u vezi, ako se do pre nekoliko decenija primat međunarodnog prava i mogao prilično ubedljivo

osporavati, danas to više nije slučaj.<sup>82</sup> To ne znači da više nema nikakvih protivrečnosti ili nerešenih pitanja. Toga (pravnih praznina, sukoba nadležnosti, normi bez pravnih sankcija itd.) ima i biće i u unutrašnjim pravnim porecima država. Jednostavno, život je složen i njegovo shvatanje i razumevanje, pa i normiranje, nikada ne može biti do kraja sveobuhvatno i neprotivrečno. Ali, isto tako ne bi trebalo da bude sporno, da se u XXI veku primat međunarodnog prava više ne može dovoditi u pitanje.

### 3.2.Sam spor je nepotreban

Zapravo, čitav problem odnosa između međunarodnog i unutrašnjeg prava predstavlja odblesak jednog drugog spora – oko toga da li su i u kojoj meri države suverene odn. u kojoj meri je njihov suverenitet potčinjen međunarodnom pravu.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Dobar primer predstavlja pravna stvarnost nekadašnjeg Sovjetskog Saveza odn. današnje Rusije. Tu je za svega nekoliko godina pređen put od potpunog negiranja primata međunarodnog prava nad unutrašnjim, do utvrđivanja tog primata ustavom. Naime, u punom skladu sa zvaničnom politikom svoje zemlje, vodeći sovjetski teoretičari su isticali da: „u svim svojim oblicima teorija „o primatu“ međunarodnog prava nad unutrašnjim pravom je antinaučna“; da ta teorija: „polazi od pogrešnih pretpostavki i dolazi do pogrešnih zaključaka“; da ona: „grubo izvršće stvarnost u skladu sa političkim tendencijama vladajućih krugova najkrupnijih imperijalističkih država“, da takve tvrde: „služe tome da se olakša imperijalističkim vladama borba protiv suvereniteta naroda i država“ i sl. Vidi: Д.Б.Левин, 203, 205.

Međutim, nakon raspada SSSR (1991) usvojen je Ustav Ruske Federacije (1993) koji u čl. 14/5 izričito utvrđuje primat međunarodnog prava: „Opšteprihvaćeni principi i norme međunarodnog prava i međunarodni ugovori Ruske Federacije su sastavi deo njenog pravnog poretka. Ako međunarodni ugovor Ruske Federacije predviđa drugačija pravila od onih koja su utvrđena zakonom, primeniće se pravila iz međunarodnog ugovora.“

<sup>83</sup> O problemu suverenosti u savremenim uslovima vidi: B.Krivokapić, *Međunarodno pravo – koreni, razvoj, perspektive*, Beograd 2006, 163-173. i tamo navedenu literaturu.

Takođe vidi (hronološkim redom): B.Kingsbury, „Sovereignty and Inequality“, *European Journal of International Law* 4/1998, 599-625, <http://www.ejil.org/issue.php?issue=50>; F.H.Hinsli, *Suverenost*, Beograd 2001; Y.Alexandros, „The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics“, *European Journal of International Law* 5/2002, 1037-1052; J.H.Jackson, „Sovereignty – Modern: A new Approach to an Outdated Concept“, *American Journal of International Law* 4/2003, 782-802; C.Tomuschat, „How the Classical Concept of Sovereignty Has Evolved“, 21-34, u: M. Delević Đilas i V. Đerić (ur.): *O međunarodnom i narodnom – eseji u čast Vojina Dimitrijevića*, Beograd 2003; J.Bartelson, „The Concept of Sovereignty Revisited“, *European Journal of International Law*, 2/2006, 463-474, <http://www.ejil.org/issue.php?issue=2>; J.L.Cohen, „Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective“, 261- 280, in: S.Besson, J.Tasioulas, (eds.): *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010.

Izvorno polazište o tom pitanju utiče i na stav o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava.<sup>84</sup> Za dualiste jedini način da nastanu međunarodnopravne obaveze za državu, jeste da ta ista država, kao suverena jedinka, te obaveze dobrovoljno prihvati. Naprotiv, pristalice stava o primatu međunarodnog prava polaze od toga da određene norme međunarodnog prava obavezuju državu čak i nezavisno od njene saglasnosti.

Ova dilema mogla je da bude od interesa u nekim ranijim periodima. U naše vreme očigledno je da se suverenitet država (iako i dalje priznat i zaštićen) sve više kruni, a da, naprotiv, jača uloga međunarodne zajednice i međunarodnog prava. To je objektivna činjenica koja se javlja kao samo jedna od posledica sveprisutnog procesa globalizacije.

Uostalom, dovoljno je samo još jednom podsetiti da univerzalni međunarodnopravni običaji vezuju sve subjekte međunarodnog prava, pa i države koje su nastale nakon nastanka običaja i koje, sledstveno, nisu učestvovala u njegovom formiranju, što znači da nisu dale svoj pristanak. Šta tek reći za odluke međunarodnih organizacija, koje sve više dobijaju na značaju, a koje se u načelu donose bez formalnog pristanka svih zainteresovanih država?

S druge strane, suprotno polazištu dualista koji u centar svojih razmišljanja stavljaju državu,<sup>85</sup> praksa pokazuje da iako su države i danas najvažniji subjekti međunarodnog prava, krug tih subjekata je daleko širi.<sup>86</sup>

Ovaj nezaustavljivi proces vodi sve čvršćem povezivanju raznih delova sveta, što bi pre ili kasnije trebalo da dovede do nastanka neka-kve superdržave, svetske federacije, svetske vlade i sl. Dođe li do toga, smanjiće se, a u jednom trenutku verovatno i sasvim izbledeti, načelne razlike između unutrašnjeg i međunarodnog prava. Naime, svaki oblik dalje globalne integracije zahtevaće opšteg zakonodavca, relativno jasnu i nedvosmisleni hijerarhiju normi, neki vid obaveznog (opšteg, svetskog, regionalnog) sudstva itd. Na taj način, sa teorijskog aspekta smanjiće se ili čak u jednom trenutku izgubiti razlika između unutrašnjih pravnih poredaka država i međunarodnog prava. Ta dva poretka će se, načelno gledano, stopiti u jedan ("unutrašnje pravo" sveta).

<sup>84</sup> Na to ukazuju mnogi autori. Tako npr. Đorđević primećuje: „Iz odnosa prema načelu suvereniteta država nastao je i problem odnosa unutrašnjeg i međunarodnog prava.“ S.Đorđević (1997), 390.

<sup>85</sup> Neki autori primećuju da: „Dualistička teorija nosi skriveno antihumanističko usmerenje, jer u svojoj konstrukciji fetišizira državu i uspostavlja pojedinca kao adresata pravnih pravila.“ M.Kreća, 69.

<sup>86</sup> O tome je već bilo reči.

Silne rasprave o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava tokom više od 100 godina, koliko traju, nisu dale nikakve opipljive praktične rezultate, svodivši se mahom na puko nadmudrivanje pravnih teoretičata. Mada mogu biti zanimljive sa pozicija unutrašnjeg prava država odn. opšte pravne teorije, one nisu ili u svakom slučaju sve manje su interesantne sa stanovišta međunarodnog prava.<sup>87</sup>

**Prof. dr Boris Krivokapić**

Faculty of State Administration  
Megatrend university, Belgrade

## PROBLEM OF RELATION BETWEEN INTERNATIONAL AND MUNICIPAL LAW

### Summary

The paper has three parts. The first is called “Classical Conceptions”. It is a brief review of the most famous approaches, including turning attention to their weaknesses. Unlike most writers, who almost all theories divide to dualistic and monistic (provided that in the latter on the are the two different directions), the author identifies four approaches: 1) the primacy of municipal law, 2) dualism, 3) the primacy of international law, 4) pluralism. He specifically points to the historical context of these concepts ie. that they met the specific needs of the times in which they occurred. But in the meantime, the reality is radically changed.

<sup>87</sup> Još pre pola veka bilo je autora koji su prigovorili da kontroverza između monizma i dualizma predstavlja spor sholastičkog tipa, uzaludan i naporan posao, koji više zamaćuje stvari nego što ih osvetljava. Pripadnicima obeju koncepcija prebaćeno je odsustvo poštovanja stvarnosti i netačno predstavljanje stvari. Ocenjeno je da se zapravo radi o sukobu dveju političkih koncepcija, od kojih se prva zalaže za povećanje autoriteta međunarodnog prava nad unutrašnjim, dok druga, naprotiv, teži da sačuva suverenitet država potvrđujući nezavisnost njihovog unutrašnjeg prava. S tim u vezi, preporučeno je, po ovom gledištu, da se dve koncepcije sukobe neposredno i konkretno, a ne da se preko njih pribegava tumačenju složenih pravnih teorija. E.Giraud, „Le droit international public at la politique“, *Recuel des cours*, 1963, 110, 556-560. Navedeno prema S.Đorđević (1997), 373.

The second part is called “The Most Important Issues in Respect to the Relationship Between International and Municipal Law in Our Time.” Here the author tries to highlight the issue in question through the answers to four basic questions: 1) what is the impact of domestic and municipal law on each other (the problem of interaction), 2) whether the norms of international law and the municipal law are part of one single legal system (connection problem); 3) which norms (internal or municipal) in the event of a conflict prevail (or legal power problem i.e. hierarchy of norms), and 4) the problem of how to link domestic and municipal law.

Finally, in the concluding remarks, the author notes, among other things, that the relation between international and municipal law is not limited to the question of primacy; that this relation should be distinguished from the mechanisms of introduction of international law in domestic law; and that in our time we are witnesses of growing primacy of international law.

The author ends his work by noting that a dispute over the primacy of international or national law is in fact unnecessary. According to him, intense discussions on the relation between international and municipal law in more than 100 years, have not yielded any tangible practical results, and in fact were nothing more than the sheer sophistry of legal theorists. Although they may be interesting from the point of municipal law or general legal theory, they are not, or in any case they are much and much less interesting from the standpoint of international law.

**Keywords:** International Law, Municipal Law, National Law, Monism, Dualism, Doctrine.



## NEPODOBAN POKUŠAJ U UPOREDNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

### Apstrakt

*Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvari posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu. No, česte su u životu situacije, kada usled preduzete radnje nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom objektu (predmetu) posledica krivičnog dela, ipak, izostaje. U takvim slučajevima postoji nepodoban pokušaj krivičnog dela gde posledica niukom slučaju nije mogla da nastupi. No, moguće je da se za preduzimanje radnje izvršenja zahteva prethodno stvaranje uslova i pretpostavki kroz preduzimanje pripremnih radnji kojima se omogućava ili olakšava krivično delo. Realna opasnost ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje za prouzrokovanje posledice preduzetom radnjom izvršenja čini suštinu nepodobnog pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca. U ovom radu će stoga biti reč i o pojmu i karakteristikama, sadržaju i prirodi nepodobnog pokušaja u uporednom krivičnom zakonodavstvu i njihovom upoređivanju sa rešenjima u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije.*

**Ključne reči:** *krivično delo, radnja, pokušaj, posledica, zakon.*

## 1. Uvodna razmatranja

Pravilo je da se preduzimanjem jedne ili više delatnosti koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela ostvaruje posledica u smislu prouzrokovane promene ili stanja u spoljnom svetu na objektu napada<sup>1</sup>. No, česte su u životu situacije da usled preduzete delatnosti nekog lica, posledica krivičnog dela ipak izostaje. U takvim slučajevima postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno (nepotpuno) delo<sup>2</sup>. Realna opasnost povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra, kao i obim i intenzitet ispoljene kriminalne volje na strani učinioca za prouzrokovanje posledice, preduzetom radnjom izvršenja, čini suštinu pokušaja i osnov kažnjivosti njegovog učinioca<sup>3</sup>.

Od trenutka kada se kod učinioca pojavi misao ili ideja o ostvarenju posledice u spoljnom svetu izvršenjem krivičnog dela, pa do preduzimanja radnje izvršenja može da postoji nekoliko stadijuma (ili faza)<sup>4</sup>. Prvi stadijum, koji je obavezan, bez koga uopšte nema ni krivičnog dela (doduše umišljajnog dela), jeste donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela (iter criminis)<sup>5</sup>. Pošto je doneta kriminalna odluka, učinilac obično odmah pristupa i izvršenju krivičnog dela, tj. preduzimanju delatnosti, jedne ili više njih, koje su u zakonu određene kao elemenat bića krivičnog dela. Tako preduzetom delatnošću, posledica u smislu promene ili stanja u spoljnom svetu nastupi (pa postoji svršeno krivično delo) ili ona, pak, izostaje usled različitih okolnosti i razloga (kada postoji pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo)<sup>6</sup>.

Međutim, nije uvek moguće pristupiti izvršenju radnje krivičnog dela neposredno posle donošenja odluke, već je za to potrebno preduzeti određene pripremne radnje u smislu delatnosti kojima se to krivično delo omogućava ili olakšava. Naime, ovim se radnjama stvaraju uslovi ili pretpostavke da bi se planirano krivično delo uopšte moglo ostvariti. Prema

<sup>1</sup> D.Jovašević, *Krivično pravo*, opšti deo, Niš 2012., 159

<sup>2</sup> M.Đorđević, Đ.Đorđević, *Krivično pravo*, Beograd 2010., 72.

<sup>3</sup> N.Mrvić-Petrović, *Krivično pravo*, Beograd 2005., 109.

<sup>4</sup> M.Babić,I.Marković, *Krivično pravo*, opšti dio, Banja Luka 2008., 219.

<sup>5</sup> Lj. Jovanović, D. Jovašević, *Krivično pravo*, opšti deo, Beograd 2002., 178.

<sup>6</sup> D. Jovašević, (2012), 151.

nekim autorima<sup>7</sup>, svršeno i pokušano krivično delo se javljaju samo kao oblici ili forme pojave krivičnog dela u spoljašnjem svetu. Razmatranje pojedinih stadijuma u izvršenju krivičnog dela od značaja je naročito u situacijama kada učinilac i pored preduzete jedne ili više delatnosti (u okviru bića krivičnog dela ili van njega) ne uspe da ostvari krivično delo (odnosno da realizuje posledicu krivičnog dela na objektu napada u smislu promene ili stanja). U takvim slučajevima, krivično delo je samo delimično (parcijalno) ostvareno, Ali i takve situacije nalažu potrebu za odgovarajućim krivičnopravnim rešenjima<sup>8</sup>.

To znači da su u procesu izvršenja krivičnog dela moguća četiri stadijuma ili faze. Ovi stadijumi su mogući samo kod umišljajno preduzetih krivičnih dela. To je i logično, jer kod nehatnih krivičnih dela nema uopšte odluke učinioca da pristupi izvršenju takvog dela. Na taj način su po prirodi stvari isključene i pripreme radnje, kao i pokušaj kod ove vrste krivičnih dela. Iz toga proizilazi da se nehatno izvršena krivična dela javljaju samo kao dovršena (svršena) dela<sup>9</sup>. U procesu izvršenja krivičnih dela, dakle, mogući su sledeći stadijumi ili faze. To su<sup>10</sup>: 1) odluka za izvršenje krivičnog dela, 2) pripreme radnje, 3) pokušaj krivičnog dela ili nedovršeno delo i 4) svršeno (dovršeno, potpuno, kompletno) krivično delo<sup>11</sup>. U savremenom krivičnom pravu, pa tako i u novodonetom zakonodavstvu država koje su nastale raspadom bivše SFR Jugoslavije<sup>12</sup>, pripreme radnje nisu više predviđene kao kažnjivi stadijum u izvršenju krivičnog dela, već samo kao, posebno, samostalno krivično delo u posebnom delu zakonika.

Nepodoban (nepodesan) pokušaj krivičnog dela spada u stari institut krivičnog prava, poznat još od najstarijih vremena. Radi se, dakle, o institutu koji je prisutan u velikom broju pisanih pravnih spomenika. No, reč je i o institutu koji je i danas široko prisutan sa različitim modalitetima u zakonodavstvu velikog broja savremenih zemalja. U osnovi ovih zakon-

<sup>7</sup> F. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8. Auflage, Leipzig 1922., 98.

<sup>8</sup> M.Đorđević, Đ.Đorđević, 72.

<sup>9</sup> V.Grozđanić, M.Škorić, *Uvod u kazneno pravo*, opći dio, Zagreb 2009., 139.

<sup>10</sup> D. Jovašević, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Beograd 2002., 68-76.

<sup>11</sup> B.Petrović, D.Jovašević, *Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine*, opći dio, Sarajevo 2005., 173.

<sup>12</sup> D. Jovašević, *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*, Beograd, 2007., 20-24; Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006., 14-17.

skih rešenja se nalaze pravnoteorijska shvatanja, pravna tradicija, potreba sudske prakse, obim, dinamika i struktura kriminaliteta, sistem inkriminacija, ali i stavovi kriminalne politike (politike suzbijanja kriminaliteta).

## 2. Nepodoban pokušaj u krivičnom pravu Srbije

Nepodoban (neprikladan, neprimeren, nemoguć) pokušaj predviđa i novi Krivični zakonik Republike Srbije<sup>13</sup> i to u članu 31. KZ RS. Ova vrsta pokušaja postoji, kada, do nastupanja posledice nije došlo zbog toga što su sredstva sa kojima je ili predmet, prema kome je preduzeto izvršenje dela bili takvi da se krivično delo nije moglo uopšte izvršiti.

U pravnoj teoriji se mogu naći i shvatanja prema kojima nepodoban pokušaj krivičnog dela postoji i u slučaju nepodobnosti subjekta, odnosno, učinioca krivičnog dela. Tu se radi o krivičnim delima sa specijalnim ličnim svojstvom subjekta (*delicta propria*), pa, u slučaju, da takvom licu nedostaje u zakonu predviđeno lično svojstvo ili lični odnos prilikom preduzimanja radnje izvršenja, postoji nepodoban pokušaj tog krivičnog dela<sup>14</sup>. Praktično do nepodobnog pokušaja dolazi zato što sredstva kojima je preduzeta radnja izvršenja nemaju takva svojstva da bi se sa njima mogla prouzrokovati posledica ili je predmet radnje neprijemčiv i nepogodan za nastupanje posledice koja se prema umišljaju učinioca htela na njemu proizvesti. Zbog postojanja negativnih svojstava na strani sredstava kojima se delo vrši ili predmeta na kome se delo vrši nema objektivne mogućnosti za izvršenje krivičnog dela. To znači da tim sredstvima, odnosno, na tom predmetu u postojećim uslovima ne samo učinilac, nego bilo koje drugo lice ne bi moglo izvršiti nameravano krivično delo<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Krivični zakonik Republike Srbije - *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005.

<sup>14</sup> Z. Stojanović, *Krivično pravo*, opšti deo, Beograd, 2000., 229.

<sup>15</sup> Sudska praksa poznaje nepodoban pokušaj u sledećim slučajevima : kada učinilac pokuša izvršenje ubistva kuburom ručne izrade (presuda Vrhovnog suda Kosova Kž.125/77); kada optuženi sa umišljajem poseče slučajno pronađeno bilje „cannabis sativa“ i potom od listova i cvetova sačini cigaretu za koju se kasnije utvrdi da ne sadrži dovoljno psihoaktivne supstance usled čega se nije mogla zloupotrebiti kao opojna droga (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 528/2004); kada je okrivljeni pokušao da obije trafikku tako što je upotrebom fizičke sile iskrivio deo lima u donjem delu ulaznih vrata trafike, a potom lim skinuo, pa kako se sa unutrašnje strane vrata nalazila metalna rešetka koju nije mogao da odvali, odustao je od daljih radnji obijanja, tada je izvršio krivično delo teške krađe u pokušaju, a ne u nepodobnom pokušaju (presuda Okružnog suda u Čačku Kž. 499/2007).

No, nepodoban pokušaj ne postoji ako je sredstvo za izvršenje krivičnog dela inače ispravno i podobno za prouzrokovanje posledice, ali učinilac nije znao da ga upotrebi, odnosno, da rukuje sa njim. To znači da nepodobnost, nesposobnost učinioca u rukovanju sredstvom pri izvođenju radnje krivičnog dela ne dovodi do postojanja ove vrste pokušaja. Takođe, nema nepodobnog pokušaja ni u slučaju preduzimanja nerealnih i apsurdnih delatnosti kao što su mistične delatnosti magije i vračanje, u cilju izvršenja krivičnog dela iz razloga što takve delatnosti nemaju uzročno dejstvo na realizovanje posledice, pa stoga ni stvarnu opasnost<sup>16</sup>.

U teoriji krivičnog prava razlikuju se: a) apsolutno i b) relativno nepodoban pokušaj. Apsolutno nepodoban pokušaj postoji kada su sredstva sa kojima je pokušano izvršenje ili predmet na kome je pokušano izvršenje krivičnog dela takvi da krivično delo nije moglo biti ostvareno ni pod kakvim uslovima (npr. ubistvo leša ili nedozvoljeni prekid trudnoće nad ženom koja nije bremenita). Relativno nepodoban pokušaj postoji kada su sredstva ili predmet po svojim svojstvima podobni za izvršenje krivičnog dela, ali, u konkretnom slučaju, nisu bili podobni zbog postojanja izvesnih okolnosti koje su u tom momentu delovale, tako da su eliminisale neko svojstvo ili podobnost sredstva, odnosno, objekta za ostvarenje posledice. Naše današnje krivično zakonodavstvo ne poznaje ovu deobu nepodobnog pokušaja. No, istorijski posmatrano, Krivični zakonik FNR Jugoslavije iz 1951. godine pravio je razliku u kažnjavanju između relativno i apsolutno nepodobnog pokušaja. Nešto kasnije, novelom Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine ta razlika je brisana.

Za krivično delo učinjeno u nepodobnom pokušaju se kažnjava kao i za pokušaj. To znači da je ovaj pokušaj kažnjiv uvek kada se radi o krivičnom delu za koje je u zakonu propisana kazna zatvora pet godina ili teža kazna, odnosno, kada to zakon izričito propiše u posebnom delu. U takvim slučajevima učinilac se kažnjava u zakonu propisanom kaznom za krivično delo koje je ostalo u nepodobnom pokušaju, ali je zakon izričito predvideo mogućnost da se učinilac takvog dela može blaže kazniti ili potpuno osloboditi od kazne.

---

<sup>16</sup> Lj. Jovanović, D. Jovašević, 146-147.

### 3. Nepodoban pokušaj u uporednom krivičnom pravu

U cilju potpunijeg i svestranijeg sagledavanja prolematike nepodobnog pokušaja krivičnog dela u teoriji, praksi i zakonodavstvu nije dovoljno samo da se posvetimo teorijskoj i praktičnoj analizi pojma, elemenata, karakteristika, vrste, pravne prirode i dejstva nepodobnog pokušaja krivičnog dela, shodno odredbama domaćeg pozitivnog krivičnog zakonodavstva, već je potrebno da određenu pažnju posvetimo i uporednopravnoj analizi ovog instituta u savremenim krivičnopravnim sistemima.

Stoga ćemo posmatrati i analizirati pojam, karakteristike, elemente, vrste, pravnu prirodu i dejstvo nepodobnog pokušaja krivičnog dela shodno zakonskim rešenjima iz pojedinih nama dostupnih krivičnopravnih sistema. Interesantno je da mnoga savremena krivična zakonodavstva retko poznaju ovaj institut opšteg dela krivičnog prava. To se može tumačiti činjenicom da ona ovu vrstu nemogućnosti nastupanja posledice krivičnog dela kvalifikuju kao pokušaj krivičnog dela smatrajući da je potpuno irelevantno zbog čega je posledica dela izostala.

#### 3.1. Austrija

Krivični zakonik Republike Austrije u članu 15. stav 3. kao jednu od faza (stadijuma) u izvršenju krivičnog dela propisuje u nepodoban pokušaj. Ova vrsta pokušaja postoji ako dovršenje krivičnog dela (nastupanje posledice dela na objektu napada) nije bilo moguće ni u kojim okolnostima u nedostatku ličnih osobina ili prilika koje zakon pretpostavlja od lica koje vrši krivično delo ili prema vrsti radnje ili predmeta na kome je izvršeno delo<sup>17</sup>.

Dakle za postojanje nepodobnog pokušaja prema ovom zakonskom rešenju potrebno je ispunjenje sledećih elemenata u svakom konkretnom slučaju čije utvrđivanje zavisi od odluke suda. To su :

- 1) preduzimanje radnje izvršenja,
- 2) nemogućnost nastupanja posledice krivičnog dela na objektu napada nije bilo moguće ni u kojim okolnostima :

<sup>17</sup> E. Foregger, E. Serini, *Strafgesetzbuch*, StGB, Wien 1989., 22-23.

a) u nedostatku ličnih osobina ili prilika koje zakon pretpostavlja od lica koje vrši krivično delo ili

b) prema vrsti radnje ili predmeta na kome je izvršeno delo<sup>18</sup>.

### 3.2. Bosna i Hercegovina

Krivično pravo Bosne i Hercegovine sa svoja četiri zakonska teksta takođe poznaje institut nepodobnog pokušaja. On je uređen odredbama člana 27. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, člana 29. KZ Federacije BiH, člana 29. KZ Brčko Distrikta BiH i člana 21. KZ Republike Srpske<sup>19</sup>.

Nepodoban pokušaj<sup>20</sup> u smislu ovih zakonskih rešenja postoji kada do nastupanja posledice nije došlo zbog toga što su sredstva sa kojima je ili predmet prema kome je preduzeto izvršenje dela bili takvi da se krivično delo nije moglo uopšte izvršiti<sup>21</sup>. Praktično do nepodobnog pokušaja dolazi zato što :

1) sredstva kojima je učinilac preduzeo radnju izvršenja nemaju takva svojstva<sup>22</sup>, da bi se sa njima mogla prouzrokovati posledica, ili

2) predmet prema kome je radnja izvršenja preduzeta je neprijemčiv i nepogodan za nastupanje posledice koja se prema umišljaju učiniocah tela na njemu proizvesti<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> B. Petrović, D. Jovašević, 179-180.

<sup>20</sup> D. Jovašević, V. Ikanović, *Krivično pravo republike Srpske*, opšti deo, Banja Luka 2012., 167.

<sup>21</sup> M. Kokolj, D. Jovašević, *Krivično pravo Republike Srpske*, opšti i posebni deo, Bijeljina 2011., 216.

<sup>22</sup> P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., 279-280.

<sup>23</sup> G. Marjanovik, *Makedonsko krivično pravo*, opšt del, Skopje 1989., 206-207.

### 3.3. Grčka

Kao jedan od retkih krivičnih zakonika koji uopšte poznaju institut nepodobnog pokušaja jeste i Krivični zakonik Grčke. Ovaj Zakonik u članu 43. smatra da nepodoban pokušaj postoji kada učinilac započne izvršenje krivičnog dela mislima ili protiv objekta takve prirode da se izvršenje krivičnog dela čini nemogućim<sup>24</sup>. Ovo je interesantno rešenje prema kome zakonodavac u 20. veku uopšte razmišlja o kažnjivosti za »zle misli«.

Naime, dva su svojstva koja u Grčkoj dovode do nepodobnog pokušaja. To su :

- 1) misli (volja, želja, htenje) i
- 2) objekat.

Bitno je da se radi o elementima bića krivičnog dela koji su takve prirode da izvršenje krivičnog dela čine nemogućim. U takvom slučaju se učinilac pokušaja blaže kažnjava i to do polovine od u zakonu propisane kazne. No, zakon propisuje i mogućnost potpunog oslobođenja od kazne učinioca nemogućeg pokušaja u slučaju da je izvršenje takvog dela nemoguće jer proizilazi kao rezultat ekstremnog neznanja učinioca.

### 3.4. Litvanija

Krivični zakonik Republike Litvanije<sup>25</sup> posle izlaska iz SSSR je donet 2003. godine. Pored pripremnih radnji (član 21.) i pokušaja (član 22.) ovaj Zakonik u članu 22. stav 2. predviđa institut nepodobnog pokušaja.

Prema ovom zakonskom rešenju nepodoban pokušaj postoji, kada učinilac nije svestan da ne može izvršiti krivično delo zato što je radnja izvršenja preduzeta prema nepodobnom objektu ili sa nepodobnim sredstvom. To znači da i litvanski zakonodavac na gotovo identičan način kao i naš, propisuje tri uslova za postojanje ove vrste pokušaja. To su :

<sup>24</sup> N. Lolis, G. Mangakis, *The Greek Penal Code*, Sweet-Maxwell, London 1973., 25.

<sup>25</sup> O.V.Bogdanovič, *Ugolovnoe pravo Litvojskoj Republiki*, Moskva 2004., 32-36.

- 1) umišljajno preduzimanje radnja izvršenja,
- 2) izostanak posledice, i
- 3) radnja izvršenja se preduzima nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom objektu tako da posledica dela niukom slučaju nije mogla da nastupi. Bitno je da učinilac, u vreme preduzimanja radnje izvršenja, nije svestan da tako preduzetom radnjom ne može prouzrokovati posledicu krivičnog dela.

### 3.5. Makedonija

Krivični zakonik Republike Makedonije<sup>26</sup> iz 1996. godine sa nizom izmena i dopuna, u drugoj glavi, u drugom odeljku pod nazivom : ‘Izvršenje i pokušaj krivičnog dela‘, u članu 20. propisuje nepodoban pokušaj.

Prema ovom zakonskom rešenju nepodoban pokušaj postoji kada lice sa umišljajem preduzme radnju izvršenja sa nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom objektu<sup>27</sup>. To znači da ovu vrstu pokušaja, za koju zakon propisuje fakultativnu mogućnost oslobođenja od kazne učinioca ovakvog pokušaja čine sledeći elementi :

1. umišljaj,
2. preduzimanje radnje izvršenja kao elementa bića,
3. nepodobnost sredstva ili predmeta za nastupanje posledice i
4. odsustvo posledice.

### 3.6. Nemačka

Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke u čl. 22-24. određuje odgovornost i kažnjivost za nepodoban pokušaj krivičnog dela.

U članu 23. stav 3. nemačkog Krivičnog zakonika je propisana mogućnost oslobođenja od kazne učinioca pokušanoog krivičnog dela u slu-

<sup>26</sup> Krivični zakonik Republike Makedonije - *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 37/96, 80/99, 43/2003, 19/2004, 81/2005 i 73/2006.

<sup>27</sup> G.Marjanovik, 89

čaju kada je učinilac krivičnog dela, zbog grube nerazumnosti, pogrešno shvatio da je preduzeto sredstvo ili predmet prema kome je delo usmereno bilo takvo da se krivično delo uopšte nije moglo izvršiti. To je, dakle, nepodoban pokušaj, iako ga tako Zakonik ne naziva.

Nemački Krivični zakonik u članu 23. stav 3. ovu vrstu pokušaja vezuje za pogrešno shvatanje učinioca da može izvršiti krivično delo<sup>28</sup>. Zbog postojanja negativnih svojstava na strani sredstava kojima se delo vrši ili predmeta na kome se vrši, ne postoji objektivna mogućnost za izvršenje krivičnog dela. To znači da tim sredstvima, odnosno, na tom predmetu u postojećim uslovima ne samo učinilac, nego ni bilo koje drugo lice ne bi uopšte moglo izvršiti nameravano krivično delo.

No, nepodoban pokušaj<sup>29</sup> ne postoji, ako je sredstvo za izvršenje krivičnog dela inače ispravno i podobno za prouzrokovanje posledice, ali učinilac nije znao da ga upotrebi, odnosno, da rukuje sa njim. To znači da nepodobnost, nesposobnost učinioca u rukovanju sredstvom pri izvođenju radnje krivičnog dela ne dovodi do postojanja ove vrste pokušaja<sup>30</sup>. Zato se u pravnoj teoriji ističe da je nepodoban pokušaj, zapravo, obrnuta zabluda o biću krivičnog dela<sup>31</sup>.

### 3.7. Slovenija

Novi Kazenski zakonik Republike Slovenije<sup>32</sup> određuje krivičnu odgovornost i kažnjivost za pokušaj krivičnog dela (član 34. KZ RS), u članu 35. za nepodoban pokušaj, odnosno za dobrovoljni odustanak u članu 36.

Nepodoban pokušaj dela<sup>33</sup> („neprimeren poskus“) iz člana 35. Krivičnog zakonika Slovenije postoji kada je krivično delo preduzeto sa nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom predmetu. Dakle, i slove-

<sup>28</sup> U.Ebert, *Strafrecht, Allgemeiner teil*, 2. Auflage, Heidelberg 1993., 56.

<sup>29</sup> M.Babić, I.Marković, 230-232.

<sup>30</sup> Lj. Jovanović, D. Jovašević, 146-147

<sup>31</sup> P.Novoselec, 279.

<sup>32</sup> Kazenski zakonik Republike Slovenije - *Uradni list Republike Slovenije* br. 55/2008.

<sup>33</sup> B.Penko, K.Strolig, *Kazenski zakonik Republike Slovenije z uvodnimi pojasnili*, Uradni list, Ljubljana 1999., 81.

nački zakonodavac definiše nepodoban pokušaj na isti način kao i većina zakonodavaca u državama koje su nastale raspadom SFR Jugoslavije. Prema ovom zakonskom rešenju nepodoban pokušaj čine sledeći elementi :

1. odluka za izvršenje krivičnog dela,
2. preduzimanje radnje izvršenja sredstvom ili prema predmetu koji su nepogodni za nastupanje posledice i
3. izostanak, nenastupanje posledice u spoljnom svetu.

To znači da nepodoban pokušaj karakterišu svojstva sredstva ili predmeta prema kome je krivično delo usmereno tako da se protivpravna radnja uopšte ne može izvršiti.

### 3.8. Hrvatska

Krivični (Kazneni) zakon Republike Hrvatske iz 1997.godine<sup>34</sup> je u članu 33. pod nazivom »pokušaj« u prva dva stava određivao pojam i pravnu prirodu pokušaja krivičnog dela, a u trećem stavu je, tek, definisao pojam nepodobnog pokušaja iako ga tako ne naziva. Prema ovom zakonskom rešenju nepodoban pokušaj je postojao kada je učinilac pokušao ostvarenje krivičnog dela neprikladnim sredstvom ili prema neprikladnom objektu<sup>35</sup>.

Pojam nepodobnog pokušaja krivičnog dela poznaje i novi Kazneni zakon Hrvatske iz 2011. godine. I on za ovu vrstu pokušaja ne predviđa posebnu zakonsku odredbu, niti joj daje naziv. Naime, u članu 34. stav 3. je propisana vrsta pokušaja koja postoji kada je učinilac iz grube nerazumnosti pokušao da izvrši krivično delo neprikladnim sredstvom ili prema neprikladnom objektu. U tom slučaju se on može u potpunosti osloboditi od kazne. To znači, da pojam nepodobnog pokušaja nema svoju pravnu samostalnost, već predstavlja samo vrstu pokušaja gde do izostanka posledice krivičnog dela i pored preduzete radnje izvršenja dolazi zbog »grube nerazumnosti« učinioca. Šta je to gruba nerazumnost ostaje da pravna teorija, ali još više sudska praksa definiše u svakom konkretnom slučaju.

<sup>34</sup> Kazneni zakon Republike Hrvatske - *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 71/2006 i 110/2007.

<sup>35</sup> B.Pavišić, V.Grozdanić, P.Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb 2007., 142-147.

### 3.9. Crna Gora

Krivični zakonik Republike Crne Gore<sup>36</sup> sa nizom izmena i dopuna, u drugoj glavi : »Krivično delo«, u drugom odeljku pod nazivom: »Pokušaj krivičnog dela i dobrovoljni odustanak«, u članu 21. propisuje nepodoban pokušaj.

Prema ovom zakonskom rešenju nepodoban pokušaj postoji, kada lice sa umišljajem preduzme radnju izvršenja sa nepodobnim sredstvom ili prema nepodobnom predmetu<sup>37</sup>. To znači da ovu vrstu pokušaja, za koju zakon propisuje fakultativnu mogućnost oslobođenja od kazne učinoca ovakvog pokušaja čine sledeći elementi<sup>38</sup> :

1. umišljaj,
2. preduzimanje radnje izvršenja kao elementa bića,
3. nepodobnost sredstva ili predmeta za nastupanje posledice i
4. odsustvo posledice.

### 3.10. Švajcarska

I švajcarski Krivični zakonik u drugoj glavi pod nazivom: »Kažnjivost«, u četvrtom odeljku, u članu 23. poznaje institut nepodobnog (neprikladnog) pokušaja koji predstavlja osnov za ublažavanje kazne, osim u slučaju da je učinilac delovao iz neznanja (zablude) kada se može u potpunosti i osloboditi od kazne<sup>39</sup>.

Dakle, neprikladan pokušaj krivičnog dela (član 23. Krivičnog zakonika Švajcarske) postoji ako je sredstvo pomoću koga je pokušano izvršenje zločina ili prestupa ili predmet protiv koga je prestup, odnosno zločin upravljen poseduje takva svojstva da njihovim korišćenjem ili u

<sup>36</sup> Krivični zakonik Republike Crne Gore - *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 70/2003, 47/2006, 40/2008 i 25/2010.

<sup>37</sup> G.Marjanovik, 89.

<sup>38</sup> Lj.Lazarević, B.Vučković, V.Vučković, *Komentar krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004., 83-84.

<sup>39</sup> N.F. Kuznjecova, A.V. Serebrenikova, *Ugolovnij kodeks Švecarii*, Zercalo, Norma, Moskva, 2000., 10.

odnosu na njih posledica krivičnog dela uopšte ne može da nastupi. No, ako je učinilac preduzetim sredstvom ili predmetom delovao iz neznanja, tada ga sudija može u postupku odmeravanja kazne u potpunosti osloboditi od propisane kazne u zakonu<sup>40</sup>.

#### 4. Zaključak

U određenom broju savremenih evropskih krivičnih zakonodavstava, kao opšti institut u procesu ostvarenja kriminalne odluke javlja se više stadijuma (faza). Među njima se, po svom značaju, karakteru i prirodi izdvaja nepodoban pokušaj krivičnog dela (ili nedovršeno delo). Radi se o situaciji kada učinilac sa umišljajem preduzima radnju izvršenja predviđenu kao obeležje bića krivičnog dela, ali izostaje posledica u smislu povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra usled nedostataka upotrebljenog sredstva ili predmeta (objekta) koji je neprijemčiv za nastupanje posledice.

Za nepodoban pokušaj se i u našem, ali i u uporednom krivičnom zakonodavstvu kažnjava, kada se radi o krivičnim delima za koja se može izreći teža kazna, a u pogledu drugih krivičnih dela samo onda kada zakon izričito propisuje da će se kazniti za nepodoban pokušaj tih dela. Iz ovoga proizilazi da je za obavezno kažnjavanje nepodobnog pokušaja odlučna težina krivičnog dela izražena u vrsti i visini propisane kazne. No, zakonodavac ovlašćuje sud da za nepodoban pokušaj krivičnog dela može blaže kazniti učinioca nego za svršeno krivično delo, a može ga i u potpunosti osloboditi od zakonom propisane kazne.

---

<sup>40</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937., Stand Am 1. April 1996., Bern, 1997., 5.

**Prof. Dragan Jovašević, Ph.D**  
Faculty of Law, University in Niš

## IMPOSSIBLE ATTEMPT IN COMPARATIVE CRIMINAL LEGISLATION

### Summary

It is a common rule that the commission of one or several activities determined by the law as the elements of the essence of criminal offence, produces consequences i.e. causes changes of the conditions in the outside world. However, it is rather frequent that in some situations the consequence of a criminal offence is left out due to the fact that criminal activity is committed either by inadequate means or against inadequate subjects. Such cases represent the examples of impossible attempt in criminal law, in which the consequence of criminal offence could by no means be caused. But, it is possible that some criminal acts require previous preparation of conditions and presumptions that enable or facilitate the commission of a criminal offence, through the commission of preparatory activities. Actual risk of endangerment of the protected value as well as the scope and intensity of demonstrated will to cause the consequence by committing criminal act, constitute the essence of impossible attempt and the ground to impose punishment on its perpetrator. Therefore, the definition, characteristics and nature of impossible attempt in comparative criminal legislation will be analyzed in this paper and compared with the solutions present in criminal legislation of the Republic of Serbia.

**Key words:** criminal act, action, attempt, consequence, law.

**Dr Dejan Šuput**

naučni saradnik

potpredsednik Atletskog saveza Beograda

Originalni naučni rad

UDK: 343.8:796

## **KRIVIČNOPRAVNO SANKCIONISANJE NAMEŠTANJA SPORTSKIH REZULTATA**

### **- NEHARMONIZOVANOST ZAKONODAVSTAVA EVROPSKIH DRŽAVA -**

#### Apstrakt

*U ovom radu autor je analizirao odredbe pojedinih nacionalnih propisa evropskih država koje na različite načine zabranjuju i sankcionišu nameštanje sportskih rezultata. U tekstu je naglašena činjenica da su ekstremna komercijalizacija sporta i društveni uslovi u kojima sport danas funkcioniše doveli do toga da je nameštanje sportskih rezultata, a pogotovo nameštanje fudbalskih utakmica, po učestalosti, broju oštećenih, visini ostvarene protivpravne imovinske koristi i društvenoj opasnosti, veći problem od svih drugih negativnih pojava u evropskom sportu.*

*Posebnu pažnju autor je posvetio činjenici da Savet Evrope do danas nije pripremio i doneo konvenciju koja bi se odnosila na borbu protiv nameštanja sportskih rezultata, dok je odgovarajuće konvencije namenjene borbi protiv dopinga u sportu i borbi protiv nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama doneo pre više decenija.*

*U zaključnom delu teksta autor je ukazao da ozbiljnost problema nameštanja sportskih rezultata u Evropi, ali i na drugim kontinentima,*

*iziskuje donošenje međunarodne konvencije koja bi propisala, ne samo pravne, već i organizacione mere neophodne za unapređenje borbe protiv te negativne pojave. O tome da je sazrela potreba za pripremom i usvajanjem jedne takve konvencije govore, ne samo nedavno upućeni apeli čelnika FIFA i UEFA, već i zaključci sa Konferencije ministara sporta Saveta Evrope održane u Beogradu u martu 2012. godine. Osim toga, činjenica da je zakonodavna praksa evropskih država izuzetno neujednačena kada je reč o propisivanju krivičnog dela dogovaranja ishoda sportskih takmičenja i propisivanja vrste i mere krivičnih sankcija za izvršioce takvih delikata, dodatno potkrepljuje tvrdnju o neophodnosti donošenja posebne konvencije.*

*Na kraju, autor je izneo zaključak da su evropske zemlje u velikom broju krenule u pravcu propisivanja posebnog krivičnog dela dogovaranja ishoda sportskih takmičenja u okviru nacionalnih propisa i da će se sve manje takva deliktna ponašanja kažnjavati na osnovu krivičnihopravnih normi koje propisuju krivična dela prevare, ili krivična dela primanja i davanja mita.*

**Ključne reči:** sport, prevara, nameštanje rezultata, krivično delo, sankcije.

## 1. Uvod

Problem nameštanja sportskih rezultata, a pogotovo utakmica, star je koliko i istorija sporta. U zavisnosti od stepena društvenog razvoja, ali i društvene uloge koju je sport imao u istorijskim epohama, države su u različitom obimu i na različite načine bile zainteresovane za zabranu i sankcionisanje nameštanja sportskih rezultata.

Pitanje stvaranja, razvijanja i primene pravnih mehanizama namenjenih borbi protiv nameštanja sportskih rezultata aktuelizovalo se u poslednjih petnaestak godina, a usled sve većeg ispoljavanja negativnih efekata koje je ekstremna komercijalizacija sporta prouzrokovala sportu kao društvenoj vrednosti i poželjnoj i legitimnoj ljudskoj delatnosti. Na ozbiljnost eskalacije problema nameštanja sportskih rezultata i potrebu za intenziviranjem borbe protiv te negativne pojave ukazali su učesnici Konferencije ministara sporta Saveta Evrope (SE) u Beogradu 15. marta

2012. godine.<sup>1</sup> Nameštanje utakmica bilo je ključno pitanje na dnevnom redu konferencije SE u Beogradu. U rezoluciji usvojenoj na Konferenciji naglašeno je da bi nameštanje utakmica moglo da potkopa poverenje javnosti u sport i države u kojima se sportske manifestacije održavaju. Pozvani su članovi Proširenog delimičnog sporazuma o sportu i članovi relevantnih panevropskih tela: „da započnu pregovore o donošenju međunarodne konvencije protiv manipulisanja sa sportskim rezultatima, a posebno o nameštanju utakmica, kojom bi mogao da se uspostavi odgovarajući institucionalni i zakonodavni okvir posvećenosti i saradnje u borbi protiv te negativne pojave“. Osim toga, u svojstvu gosta Konferencije govorio je i Mišel Platini – predsednik Udruženja evropskih fudbalskih saveza (UEFA)<sup>2</sup> koji je apelovao na učesnike da svojim uticajem pomognu da nameštanje utakmica postane posebno krivično delo u evropskim zemljama. Ponavljajući svoj apel za javnu i političku podršku naporima za iskorenjavanje nasilja u fudbalu i prevara povezanih sa klađenjem na sportske rezultate, on je naglasio da UEFA neće biti u stanju da uspeh na tom polju ostvari sama: „čak i ako bude imala najviše volje na svetu“.

Posebnu potrebu za sagledavanjem i analizom evropske zakonodavne prakse stvorila je okolnost da je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije od 24. decembra 2012. godine<sup>3</sup>, u Krivični zakonik<sup>4</sup> dodat je novi član 208b. kojim je ponovo kao posebno krivično delo propisano dogovaranje ishoda takmičenja. Tako je po drugi put u istoriji krivičnog zakonodavstva Republike Srbije propisano takvo krivično delo, pošto je do 2006. godine u primeni bio Krivični zakon Republike Srbije<sup>5</sup> koji je članom 255z. propisivao na gotovo istovetan način

<sup>1</sup> Nova međunarodna inicijativa protiv nameštanja fudbalskih utakmica, nalazi se na veb-stranici: [http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/sr\\_Latn/features/setimes/features/2012/03/26/feature-04](http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/sr_Latn/features/setimes/features/2012/03/26/feature-04).

<sup>2</sup> Union of European Football Associations (UEFA) – Udruženje evropskih fudbalskih asocijacija (saveza) je međunarodna nevladina sportska organizacija sa sedištem u Nionu u Švajcarskoj. Ta organizacija ima 53 člana, a osnovni ciljevi rada su joj popularizacija i promovisanje fudbala kroz organizovanje vrhunskih fudbalskih klupskih i međunarodnih šampionata, razvoj i usavršavanje fudbalskih trenera i sudija, kao i opšti napredak fudbalske igre. Više informacija o istoriji i organizacionoj strukturi UEFA-e može se videti na veb-stranici: <http://www.uefa.com/uefa/aboutuefa/index.html>.

<sup>3</sup> *Sl. glasnik RS* br. 121/2012.

<sup>4</sup> *Sl. glasnik RS* br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012.

<sup>5</sup> *Sl. glasnik SRS* br. 26/77, 28/77 - ispr., 43/77 - ispr., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89 i 21/90 i *Sl. glasnik RS*, br. 16/90, 26/91 - odluka USJ br. 197/87, 75/91 - odluka USRS br. 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002 - ispr., 80/2002 - dr. zakon, 39/2003 i 67/2003.

krivično delo pod nazivom: „Ugovaranje ishoda takmičenja”. Kada je 2005. godine u Narodnoj Skupštini Republike Srbije bio izglasan Krivični zakonik koji je stupio na snagu 2006. godine umesto Krivičnog zakona Republike Srbije, pomalo iznenađujuće, krivično delo ugovaranja ishoda takmičenja nije se našlo u tekstu Krivičnog zakonika. Međutim, ispostavilo se da brisanje tog krivičnog dela nije bila slučajnost pošto je komisija koja je pripremala tekst Krivičnog zakonika smatrala da je deliktna ponašanja koja su činila elemente bića krivičnog dela ugovaranja ishoda takmičenja moguće podvesti pod krivična dela primanja i davanja mita, kao i pod krivično delo trgovine uticajem. Takvo obrazloženje delovalo je prilično neuverljivo, pogotovo kada se uzme u obzir uporednopravna praksa evropskih država koje su takvo ponašanje različitim zakonima propisale kao posebno krivično delo. Sada, po donošenju najnovijih izmena i dopuna Krivičnog zakonika, neophodno je upoznati se sa sadržinom sličnih odredbi koje postoje u zakonima evropskih država i dati odgovor na pitanje da li je srpski zakonodavac propisao krivično delo dogovaranja ishoda takmičenja u skladu sa najboljom evropskom zakonodavnom praksom.

## 2. Eskalacija problema nameštanja rezultata

U današnjem vremenu, sport je osim izvora zabave i zdravog razvitka ljudskog tela i duha, postao i privredna grana u okviru koje se ostvaruje ogroman profit. U poslednjih dvadeset godina stepen komercijalizacije sportskih aktivnosti dostigao je razmere koje do sada nisu zabeležene u istoriji<sup>6</sup>. Od kraja 80-ih godina XX veka, paralelno sa ukupnom liberalizacijom privrede i jačanjem uloge tržišta u svim sferama društvenog života, dolazi do sve većeg upliva profitnog motiva u profesionalni sport.<sup>7</sup> Sport se razvio u vid globalne industrijske grane, koja po ostvarenom prometu obuhvata više od 3% ukupne svetske trgovine, a po ukupnoj vrednosti kapitala vredni više od 1% bruto nacionalnog proizvoda Evropske unije.<sup>8</sup> Komercijalizaciji sporta i uvećanju problema koje ona prouzrokuje

<sup>6</sup> Slack T., Studying the commercialization of sport - The need for critical analysis, nalazi se na veb-stranici: <http://physed.otago.ac.nz/sosol/v1i1/v1i1a6.htm>.

<sup>7</sup> Cerović B., „Kontroverze privatizacije u sportu“, *Sport i privatizacija*, Institut za uporedno pravo i Sportski fond Cepter, Beograd, 2009, 41.

<sup>8</sup> Gardiner S. i dr, *Sports Law*, Cavendish Publishing Limited, London 2005, 37.

doprineli su i propisi Evropske unije (EU), kao i praksa Evropskog suda pravde koji sport posmatra kroz „izobličavajuću prizmu” zakona tržišta. Još 1974. godine Evropski sud pravde odlučio je da je komunitarno pravo primenjivo na sport kao privrednu delatnost u smislu člana 2. *Ugovora o Evropskoj zajednici* (EZ). Zapravo, Evropski sud pravde je presudio da se sport podvodi pod odredbe komunitarnog prava kada se sportske aktivnosti i delatnosti obavljaju kao privredne (komercijalne) aktivnosti. Takvo opredeljenje, koje nije predstavljalo samo pravno tumačenje suda, već i političku odluku i vrednosni sud o savremenom sportu, kasnije je potvrđeno i u slučajevima *Dona*, *Bosman*<sup>9</sup>, *Deliege* i *Lethonen*, a doprinelo je daljoj komercijalizaciji sporta u Evropi.

Sportisti koji se bave najpopularnijim sportovima postali su specifična vrsta robe koja se razmenjuje na tržištu, deonice sportskih klubova se prodaju i kupuju na svetskim berzama, vrednost prava zasnovanih na ugovorima o sponzorstvu velikih sportskih manifestacija dostiže iznose od više desetina miliona dolara, televizijske mreže plaćaju ogromne naknade za prenošenje utakmica, a proizvodnja i prodaja sportske opreme predstavlja jedan od najunosnijih poslova multinacionalnih kompanija. Prihodi od legalnog i ilegalnog klađenja na sportske rezultate prevazilaze budžete manjih država i predstavljaju jedan od najvećih generatora pranja nelegalno stečenog novca. Usled toga, savremeni sistem sporta, širom sveta doživljava neprekidne i suštinske kvalitativne, kvantitativne i strukturalne promene, koje proističu iz novonastalih društvenih, ekonomskih, političkih i tehnoloških uslova koji dalje podstiču komercijalizaciju sporta.<sup>10</sup> Jedna od najočiglednijih posledica komercijalizacije sporta koja je transformisala sistem sportskih takmičenja XX veka postala je vidljiva na Olimpijskim igrama održanim u Barseloni 1992. godine kada je po prvi put dozvoljeno učešće sportista profesionalaca na tom takmičenju.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Slučaj *Bosman* predstavljao je jednu od prekretnica u vođenju evropske sportske politike i najavu započinjanja stvaranja sportskog prava EU koje je direktan proizvod evropske sportske politike. Taj slučaj iz 1995. godine pokazao je da će EU insistiranjem na poštovanju odredbi komunitarnog prava i garantovanjem slobode kretanja radne snage na teritoriji EU direktno uticati na menjanje propisa sportskih organizacija koje su do tada autonomno uređivale oblasti kao što su transferi fudbalskih igrača iz kluba u klub.

<sup>10</sup> Životić D., *Menadžment u sportu*, Fakultet za menadžment u sportu Univerziteta Braća Karić, Beograd 2007, 9.

<sup>11</sup> Kosovac A., „Radno angažovanje profesionalnih sportista u državama članicama Evropske unije“, *Strani pravni život* br. 3/2009, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009, 225.

Tada je definitivno nestala razlika između sportista amatera i profesionalnih sportista, čime je proces komercijalizacije sporta dodatno osnažen i ubrzan.

O negativnim posledicama komercijalizacije sporta sve više govore sami sportisti i istovremeno naglašavaju da je preterana komercijalizacija sporta prouzrokovala, ne samo porast broja delikata koji se vrše u vezi sa sportom, već i odumiranje principa sportskog nadmetanja zasnovanog na drevnom i univerzalnom agonskom ljudskom nagonu koji je još u vreme starih Grka stvorio duh i misiju sporta. Najbolju ilustraciju takvih stavova o negativnim efektima komercijalizacije sporta predstavljaju reči Mišela Platinija, predsednika Evropske fudbalske asocijacije, koji je o tom problemu govorio 2008. godine pred poslanicima Parlamentarne skupštine Saveta Evrope.<sup>12</sup> Tom prilikom, Platini je istakao da je sport ugrožen korporativnim interesima profesionalnog sporta koji ima izuzetno veliku medijsku pokrivenost u čitavom svetu i naglasio je da je: „Postalo važnije napraviti profit nego osvojiti trofej”. Platini se priključio ocenama mnogih teoretičara sporta da postoji tendencija pretvaranja sporta u šou biznis i da će se time sport uniziti kako bi se pretvorio u proizvod. U svom obraćanju parlamentarcima Platini je, čini se sasvim opravdano, izneo tvrdnju da je preterana komercijalizacija sporta posebno izražena u fudbalu kao najpopularnijem sportu i da je ona, ako ne prouzrokovala, onda barem uvećala probleme kao što su nelegalno kladenje na sportske rezultate, nameštanje sportskih rezultata, doping, nasilje na sportskim priredbama i trgovima decom (trgovina najmlađim kategorijama sportista).

Prethodno opisani društveni uslovi doveli su do toga da je nameštanje sportskih rezultata, a pogotovo nameštanje fudbalskih utakmica, po učestalosti, broju oštećenih, visini ostvarene protivpravne imovinske koristi i društvenoj opasnosti, veći problem od svih drugih negativnih pojava u sportu.<sup>13</sup> To potvrđuju i reči Andrule Vasiliu – članice Evropske komisije – koja je na Sportskom forumu EU održanom 20. septembra 2012. godine u Nikoziji na Kipru, u svom zvaničnom obraćanju rekla: „Nameštanje utakmica je verovatno najveća pretnja integritetu sporta u

<sup>12</sup> Profit važniji od fudbala, nalazi se na veb-stranici:

[http://www.b92.net/sport/vesti.php?yyyy=2008&mm=01&dd=24&nav\\_id=281978](http://www.b92.net/sport/vesti.php?yyyy=2008&mm=01&dd=24&nav_id=281978).

<sup>13</sup> Najčešći motiv za nameštanje sportskih rezultata jeste želja da se uz pomoć unapred poznatog ishoda takmičenja, putem legalnog i ilegalnog kladenja, pribavi velika suma novca. Taj problem u Evropi je najizraženiji u fudbalu, pošto je reč o najkomercijalnijem sportu na tom kontinentu. Osim toga, nameštanje sportskih rezultata prisutno je i u sportovima kao što su trke konja, rukomet, boks, hokej i dr.

današnjem vremenu, što postaje očigledno kada se pogledaju medijski izveštaji poslenjih godina”.<sup>14</sup>

Osim medijskih izveštaja, o ozbiljnosti problema nameštanja sportskih rezultata, a pogotovo fudbalskih utakmica u Evropi, govore nedavne aktivnosti EUROPOL-a<sup>15</sup>. EUROPOL je početkom 2013. godine razotkrilo međunarodnu kriminalnu mrežu povezanu sa turskim kriminalnim organizacijama koja je nameštala fudbalske utakmice u desetina zemalja. Najveći broj utakmica, ta kriminalna mreža namestila je u Turskoj. „Nedavno sprovedene istrage pokazale su da Turska gotovo da je postala središte nameštanja utakmica u Evropi“, rekao je Mert Jašar sa Univerziteta Galatasaraj i član Komisije za sportsko pravo Nacionalnog olimpijskog komiteta Turske, u izjavi za portal „SETimes”. „Slučajevi nameštanja utakmica identifikovani su ne samo u dve glavne lige u Turskoj ili u nižim ligama, nego i tokom nekih međunarodnih prijateljskih utakmica koje su igrane u Turskoj poslednjih godina“, rekao je on.<sup>16</sup>

Istraga EUROPOL-a pokazala je da je bar 79 utakmica u Turskoj poslednjih godina namestila jedinstvena kriminalna mreža koja se sastoji od većeg broja organizovanih kriminalnih grupa. EUROPOL je zasnovao svoje zaključke na analizi obaveštajnih izveštaja, 13000 poruka e-pošte i drugih materijala, koje su dale policije nekoliko evropskih zemalja i Interpol. Osamnaestomesečna istraga pokazala je da pomenuta kriminalna mreža vodi većinu operacija iz Singapura, dok 151 osumnjičeni deluje u Nemačkoj, a samo 66 u Turskoj. Pored domaćih državljana, Turski državljani nalaze se i među ključnim osumnjičenicima u Nemačkoj i Švajcarskoj. Na osnovu pomenute istrage, otvoreni su brojni krivični predmeti koji su trenutno na postupanju u nacionalnim tužilaštvima država članica EU. Rezultati istrage EUROPOL-a presudno su uticali i na otvaranje do sada najveće istrage nameštanja utakmica u Turskoj, pa su do sada, tužiocu u Istanbulu optužili čak 93 zvaničnika fudbalskih klubova, igrača i trenera za pokušaj nameštanja utakmica dve glavne turske fudbalske lige tokom sezone 2010-2011. Optužen je čak i Aziz Jildirim, predsednik Fe-

<sup>14</sup> The fight against match-fixing, nalazi se na veb-stranici: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-621\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-621_en.htm?locale=en).

<sup>15</sup> EUROPOL je telo stvoreno na osnovu članova 29, 30 i 31. Ugovora o Evropskoj uniji. Detaljnije informacije o EUROPOL-u videti na veb-stranici: <https://www.europol.europa.eu/content/page/about-us>.

<sup>16</sup> Šimšek A., Turska pod pritiskom da razreši nameštanje fudbalskih utakmica, nalazi se na veb-stranici: [http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/sr\\_Latn/features/setimes/features/2013/02/08/feature-04](http://www.setimes.com/cocoon/setimes/xhtml/sr_Latn/features/setimes/features/2013/02/08/feature-04).

nerbahčea najvećeg fudbalskog kluba u Turskoj. U obimnom sudskom postupku se nalazi više od 40 okrivljenih, koji su u prvostepenom postupku proglašeni krivim, ali je u toku žalbeni postupak, pa je konačan ishod tog procesa još uvek neizvestan. Ako presude budu potvrđene, biće to do sada najveći otkriveni i procesuirani fudbalski skandal u Evropi. Zbog svega toga, predsednik FIFA Sep Blater u svom govoru održanom 22. marta 2013. godine na XXXVI Kongresu UEFA u Istanbulu ukazao je da se problem nameštanja utakmica pogoršava i upozorio je prisutne da: „Postoji nešto što je novo i odnosi se na region u kojem se nalazimo, a to je ilegalno klađenje, koje dovodi do nameštanja utakmica“.

### **3.Međunarodni nivo regulisanja borbe protiv nameštanja sportskih rezultata**

Imajući u vidu da se nameštanje sportskih rezultata smatra jednim od najvećih i najozbiljnijih problema modernog sporta, začuđuje činjenica da Savet Evrope do danas nije pripremio i doneo konvenciju koja bi se odnosila na borbu protiv nameštanja sportskih rezultata, dok je odgovarajuće konvencije namenjene borbi protiv dopinga u sportu i borbi protiv nasilničkog i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama doneo pre više decenija. Nisu to učinile ni Ujedinjene nacije (UN), iako su u oblasti sporta bile izuzetno aktivne putem Organizacije Ujedinjenih nacija za prosvetu nauku i kulturu (UNESCO), čija je Generalna skupština donela Međunarodnu povelju o fizičkom obrazovanju i sportu i Međunarodnu konvenciju protiv dopinga u sportu<sup>17</sup>. Ni EU nije donela propise koji se odnose na borbu protiv nameštanja sportskih rezultata, ponajviše zbog toga što u osnivačkim ugovorima EU nije predviđena nadležnost te organizacije za postupanje u oblasti pravnog regulisanja sporta.<sup>18</sup> Uprkos tome, usled značaja koji sport i sportske aktivnosti imaju za građane i privredu EU, u Amsterdamski ugovor iz 1997. godine uneta je posebna Izjava o sportu, koja je proširena Deklaracijom iz Nice u decembru 2000. godine. U okviru tih dokumenata EU je naglasila društveni značaj i druš-

<sup>17</sup> International Convention against Doping in Sport, nalazi se na veb-stranici: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=31037&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

<sup>18</sup> Đurđević N., Javne vlasti i sport, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2007, 70.

tvenu ulogu sporta, kao i potrebu da se pozitivne socijalne funkcije sporta održe i podrže. Međutim, to nije bilo dovoljno da se u okviru institucija EU pristupi izradi pravnih normi namenjenih borbi protiv nameštanja sportskih rezultata. Umesto toga, problem nameštanja sportskih rezultata postao je poslednjih godina jedna od „dežurnih tema” Evropskog sportskog foruma koji EU organizuje i održava jedanput godišnje.<sup>19</sup>

Posle dugog niza godina u kojima su EU, SE i UN ukazivale na problem nameštanja sportskih rezultata, kada je reč o stvaranju međunarodnog pravnog mehanizma za borbu protiv te negativne pojave, sve je ostalo na pozivu Konferencije ministara sporta SE da članovi Proširenog delimičnog sporazuma o sportu i članovi relevantnih panevropskih tela započnu pregovore o donošenju međunarodne konvencije protiv manipulisanja sa sportskim rezultatima, a posebno o nameštanju utakmica, kojom bi mogao da se uspostavi odgovarajući institucionalni i zakonodavni okvir posvećenosti i saradnje u borbi protiv te negativne pojave u Evropi“.

Međunarodne izvore prava u oblasti sporta koji su namenjeni borbi protiv nameštanja sportskih rezultata predstavljaju i brojni pravni akti transnacionalnih - međunarodnih nevladinih sportskih organizacija. Ti pravni akti, kao svojevrsni sportski propisi nevladinog sektora, ne obavezuju države i ne utiču direktno na nastanak zakonodavnih rešenja kojima pojedine države uspostavljaju kaznenopravni mehanizam zaštite sporta, pa i mehanizam zabrane i sankcionisanja nameštanja sportskih rezultata. Opšti pravni akti međunarodnih nevladinih sportskih organizacija predstavljaju izvor kaznenog prava na osnovu koga nacionalne sportske organizacije iz pojedine sportske grane, ili sportske discipline, svojim opštim pravnim aktima propisuju disciplinske delikte iz oblasti sporta i sankcije za izvršiioce tih delikata. Propisi međunarodnih nevladinih sportskih organizacija imaju dvostruku ulogu, pošto uspostavljaju mehanizam kaznenopravne zaštite sporta na međunarodnom nivou, posebno u domenu kaznenopravne zaštite međunarodnih sportskih takmičenja, a ujedno obavezuju na harmonizaciju propisa nacionalnih sportskih organizacija sa propisima međunarodnih sportskih organizacija<sup>20</sup>, čime se stvara me-

<sup>19</sup> Organizator Evropskog sportskog foruma je Evropska komisija, a on je formiran i po prvi put održan 1991. godine. Cilj održavanja Evropskog sportskog foruma je da jedanput godišnje okupi sve aktere evropske sportske scene (predstavnike organa EU, rukovodioce nacionalnih i međunarodnih sportskih organizacija, sportske medije, udruženja sportskih novinara, predstavnike univerziteta, sportske industrije i dr.) i omogući njihov dijalog, a kako bi se doprinelo rešavanju problema savremenog evropskog sporta.

<sup>20</sup> Kenović M. i Kovačević S., *Sport i sportsko pravo*, Amaks, Sarajevo, 2007, 53.

hanizam kaznenopravne zaštite sporta u okviru nacionalnih sportskih takmičenja. Tako FIFA<sup>21</sup> i UEFA<sup>22</sup> poseduju čitav sistem propisa koji je hijerarhijski ustrojen, u kome organi FIFA-e i UEFA-a imaju ovlašćenja za donošenje opštih pravnih akata – propisa tih organizacija, na osnovu kojih nacionalne fudbalske asocijacije i savezi donose svoje opšte pravne akte. Propisi FIFA-e i UEFA-e nalaze se na vrhu hijerarhijske piramide opštih pravnih akata fudbalskih organizacija i zbog toga propisi nacionalnih fudbalskih saveza i liga moraju biti harmonizovani – usklađeni sa propisima tih organizacija. Statut FIFA-e<sup>23</sup> predstavlja najviši opšti pravni akt te organizacije na čije poštovanje su obavezani svi nacionalni fudbalski savezi koji su članovi FIFA-e i čija pravila se, bilo neposredno primenjuju, bilo doslovno prenose u opšte pravne akte nacionalnih fudbalskih saveza. Do neposredne primene pravila iz Statuta FIFA-e dolazi na takmičenjima organizovanim od strane te organizacije, ili takmičenjima organizovanim pod njenim okriljem, kao i u slučaju kada neki nacionalni fudbalski savez svojim propisima nije predvideo pojedino pravilo ponašanja i sankciju za kršenje tog pravila. Do posredne primene pravila iz Statuta FIFA-e i drugih propisa FIFA-e, dolazi tako što nacionalni fudbalski savezi, prilikom propisivanja pravila koja se odnose na nacionalna fudbalska takmičenja, preuzimaju pravila sadržana u Statutu FIFA-e i drugim propisima FIFA-e. Među brojnim pravilima uređenim Statutom FIFA-e nalaze se i pravila o disciplinskim sankcijama (disciplinskim merama) i pravila koja daju nadležnost Izvršnom odboru FIFA-e da donese Disciplinski pravilnik FIFA-e. Ta pravila propisana članom 57. Statuta FIFA-e predstavljaju međunarod-

<sup>21</sup> Fédération Internationale de Football Association (FIFA) – Međunarodna federacija fudbalskih asocijacija (saveza) predstavlja udruženje osnovano u skladu sa švajcarskim pravom 1904. godine. Sedište te organizacije, koja je zapravo međunarodna nevladina sportska organizacija koju širom sveta nazivaju i svetska kuća fudbala, nalazi se u Cirihu. Ta organizacija ima 208 članova – nacionalnih fudbalskih saveza, a osnovni cilj njenog rada koji je određen Statutom FIFA-e je konstantno razvijanje i unapređivanje fudbala. Više informacija o istoriji, planovima razvoja i organizacionoj strukturi FIFA-e može se videti na veb-stranici:

<http://www.fifa.com/aboutfifa/federation/index.html>.

<sup>22</sup> Union of European Football Associations (UEFA) – Udruženje evropskih fudbalskih asocijacija (saveza) je međunarodna nevladina sportska organizacija sa sedištem u Nionu u Švajcarskoj. Ta organizacija ima 53 člana, a osnovni ciljevi rada su joj popularizacija i promovisanje fudbala kroz organizovanje vrhunskih fudbalskih klupskih i međunarodnih šampionata, razvoj i usavršavanje fudbalskih trenera i sudija, kao i opšti napredak fudbalske igre.

Više informacija o istoriji i organizacionoj strukturi UEFA-e može se videti na veb-stranici: <http://www.uefa.com/uefa/aboutuefa/index.html>.

<sup>23</sup> FIFA Statutes, nalazi se na veb-stranici: [http://www.fifa.com/mm/document/affederation/federation/01/24/fifa\\_statutes\\_072008\\_en.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/federation/01/24/fifa_statutes_072008_en.pdf).

ni izvor kaznenog prava u oblasti sporta, zajedno sa pravilima propisanim Disciplinskim pravilnikom FIFA-e<sup>24</sup> i njihova primena između ostalog, doprinosi borbi protiv nameštanja sportskih rezultata.

Disciplinski pravilnik FIFA-e propisuje disciplinske delikte koji predstavljaju kršenje pravila propisanih Statutom FIFA-e i drugim propisima FIFA-e, kao i sankcije koje se izriču fizičkim i pravnim licima koja učine neki od tih delikata. Osim toga, Disciplinski pravilnik FIFA-e sadrži odredbe o kažnjavanju za pokušaj izvršenja pojedinog disciplinskog delikta, pravila o odgovornosti za podstrekavanje na izvršenje disciplinskog delikta, kao i odredbe procesnopravne prirode koje uređuju nadležnost za vođenje disciplinskog postupka, pravila o sprovođenju postupka, odredbe o pravu na žalbu i odredbe o zastarelosti disciplinskog gonjenja i kažnjavanja izvršilaca disciplinskih delikata.

Slično opštim pravnim aktima FIFA-e i propisi UEFA-e predstavljaju međunarodni izvor kaznenog prava u oblasti sporta. Disciplinski pravilnik UEFA-e<sup>25</sup> predvideo je veliki broj disciplinskih delikata i sankcija za izvršioce tih delikata. U najnovijoj verziji Pravilnika, posebno se ističu stroge sankcije za nameštanje fudbalskih utakmica.

Osim UEFA-e i FIFA-e, i sve druge međunarodne sportske organizacije koje deluju u pojedinoj sportskoj grani, donose svoje pravilnike i druge opšte pravne akte kojima propisuju disciplinske delikte i sankcije za njihove izvršioce, a kao jedan od delikata koji se u svima njima najstrože sankcioniše, pojavljuje se nameštanje i dogovaranje sportskih – takmičarskih rezultata. Tako Međunarodna automobilska federacija<sup>26</sup>, Međunarodna rukometna federacija<sup>27</sup>, Međunarodna košarkaška federacija<sup>28</sup>, Međunarodna plivačka federacija<sup>29</sup>, kao i mnoge druge međunarodne sportske

<sup>24</sup> FIFA Disciplinary code, nalazi se na veb-stranici: [http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/disco\\_2008\\_en.pdf](http://www.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/disco_2008_en.pdf).

<sup>25</sup> UEFA Disciplinary Regulations, nalazi se na veb-stranici: [http://www.uefa.com/multimediafiles/download/regulations/uefa/others/72/95/88/729588\\_download.pdf](http://www.uefa.com/multimediafiles/download/regulations/uefa/others/72/95/88/729588_download.pdf).

<sup>26</sup> Federation Internationale de l' Automobile (FIA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fia.com/en-GB/Pages/HomePage.aspx>.

<sup>27</sup> International Handball Federation (IHF) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: [http://www.ihf.info/front\\_content.php?idcat=57](http://www.ihf.info/front_content.php?idcat=57).

<sup>28</sup> Federation Internationale de Basketball (FIBA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fiba.com>.

<sup>29</sup> Federation Internationale de Natation (FINA) - detaljnije informacije o toj organizaciji i njenim opštim pravnim aktima, nalaze se na veb-stranici: <http://www.fina.org/project>.

federacije, poseduju, bilo posebne disciplinske pravilnike, bilo pravilnike o pojedinim takmičenjima i sportskim delatnostima, koji između ostalog sadrže veći broj pravnih normi koje propisuju stroge sankcije koje se izriču izvršiocima u slučaju nameštanja sportskih rezultata.

#### 4. Zakoni evropskih država

Zakonodavna praksa evropskih država u oblasti zabrane i sankcionisanja dogovaranja ishoda sportskih takmičenja je veoma raznolika. Ono što je zajedničko svim državama jeste da se dogovaranje ishoda sportskih takmičenja, koje se češće naziva i nameštanje sportskih rezultata, smatra deliktним ponašanjem za koje se izriču raznovrsne sankcije. U svim evropskim državama izvršiocu takvog delikta snose krivičnu odgovornost, ali po različitim osnovama, tj. na osnovu podvođenja nameštanja sportskih rezultata pod elemente bića različitih krivičnih dela. Tako je Italija bila jedna od prvih evropskih država koja je kao posebno krivično delo propisala prevaru u vezi sa sportskim takmičenjima. Ta država je Zakonom broj 401 donetim 13. decembra 1989. godine uvela krivične sankcije za krivično delo prevare na sportskim takmičenjima, koje između ostalog obuhvata i nameštanje sportskih rezultata.<sup>30</sup> Osim Italije, kao najreprezentativniji primeri država koje su svojim zakonima propisale posebno krivično delo koje se odnosi na nameštanje sportskih rezultata mogu se navesti još i: Bugarska, Kipar, Grčka, Malta, Poljska, Portugal i Španija. Tu je i najnoviji primer Francuske koja je 2012. godine u okviru Zakona br. 2012-158 od 1. februara 2012. godine o jačanju sportske etike i prava sportista<sup>31</sup> donela posebnu krivičnopravnu normu kojom se propisuje krivično delo nameštanja sportskih rezultata, kao i primer Rusije čiji je premijer Vladimir Putin u januaru 2013. godine uputio Dumi na usvajanje predlog zakona kojim se kao krivično delo propisuje nameštanje sportskih utakmica<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Šuput D., *Kaznenopravna zaštita sporta*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2011, 225.

<sup>31</sup> LOI n° 2012-158 du 1er février 2012 visant à renforcer l'éthique du sport et les droits des sportifs (1)

Retrieved January 15, 2013, from: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025269948&dateTexte=&categorieLien=id>.

<sup>32</sup> Sport-Russia toughens law against match-fixers. Retrieved January 09, 2013, from: <http://sports.yahoo.com/news/sport-russia-toughens-law-against-match-fixers-125248674--sow.html>.

Praksa evropskih država u oblasti propisivanja krivične odgovornosti za dogovaranje ishoda sportskih takmičenja i propisivanja krivičnih sankcija za one koji izvrše takvo krivično delo prilično je neujednačena i neharmonizovana. Uočljiva su tri pristupa, tj. tri koncepcije nacionalnih zakonodavaca.

U prvoj, za sada najmalobrojnijoj grupi država, nalaze se one koje propisuju posebno krivično delo dogovaranja ishoda takmičenja, naravno pod različitim nazivima i u okviru različitih zakona. U toj grupi država postoje tri podgrupe, prva u kojoj je odgovarajuće krivično delo propisano u okviru krivičnog zakona (Bugarska, Španija i Srbija), druga u kojoj je takvo krivično delo propisano odredbama zakona koji uređuje sport (Kipar, Grčka i Poljska) i treća u kojoj se nalaze Italija, Malta i Portugal - države koje su donele posebne zakone o sprečavanju prevara u sportu i u okviru njih propisale krivično delo dogovaranja ishoda sportskih takmičenja.

Bugarska u okviru odredbi Krivičnog zakona koji je izmenjen i dopunjen 2011. godine poseduje novu glavu označenu brojem VIII koja ima naslov: „Krivična dela protiv sporta”. Članom 307. bugarskog Krivičnog zakona propisano je da će se kazniti svako ko upotrebom nasilja, pretnjom, prevarom, ucenom, ili na bilo koji drugi protivpravan način izvrši uticaj na drugu osobu da ostvari unapred dogovoreni (namešteni) sportski rezultat, ili se dogovori sa drugom osobom o ostvarenju rezultata sportskog takmičenja. Osim toga, bugarskim zakonom propisana je i odgovornost onih koji posreduju prilikom dogovaranja o ishodu sportskih takmičenja. Kazna za osnovni oblik krivičnog dela dogovaranja ishoda sportskog takmičenja u Bugarskoj iznosi do 6 godina zatvora, a za posrednike u sklapanju takvog dogovora do 3. godine zatvora. Postoji i teži oblik tog krivičnog dela za koji se izvršiocu može izreći kazna zatvora u trajanju od 3 do 10 godina zatvora. Reč je o onim dogovaranjima ishoda sportskih takmičenja prilikom kojih je vršen pritisak na maloletnog sportistu da učestvuje u nameštanju rezultata, ili kada ishod sportskog takmičenja dogovara funkcioner sportske organizacije, sudija ili delegat takmičenja, tj. delegat pojedine utakmice, ili bilo koje drugo službeno lice iz sfere sportskog takmičenja. Takav koncept propisivanja težeg oblika krivičnog dela deluje mnogo racionalnije nego ono što je učinjeno u Srbiji u kojoj na težinu krivičnog dela kao posebna kvalifikatorna okolnost utiče iznos pribavljene imovinske koristi.

Iz toga proizlazi i osnovna razlika u pristupu dva zakonodavca, a koja se ogleda u tome da se u Srbiji krivično delo dogovaranja ishoda takmičenja nalazi u grupi krivičnih dela protiv imovine, dok se u Bugarskoj, takvo delo nalazi u grupi krivičnih dela protiv sporta kao posebne društvene vrednosti.

Za razliku od država iz prve grupe, u drugoj grupi država nalaze se one koje ne propisuju posebno krivično delo dogovaranja ishoda sportskih takmičenja, već takva ponašanja tretiraju kao krivična dela primanja i davanja mita. Takav pristup zastupljen je u sudskoj praksi Belgije, Finske, Češke, Luksemburga, Švedske, Rumunije i Slovačke.

U trećoj grupi evropskih država, za dogovaranje ishoda sportskih takmičenja odgovara se kao za izvršenje bilo koje druge prevare, a na osnovu odredbi krivičnih zakona koji propisuju krivično delo prevare. Primere takvih zakonodavstava predstavljaju: Nemačka, Austrija, Danska, Estonija, Litvanija, Letonija, Finska, Mađarska, Irska i Holandija. Dovoljno je kao primer navesti Nemačku u kojoj je poslednjih godina doneto više sudskih presuda za nameštanje utakmica koje je bilo povezano sa klađenjem. U takvim slučajevima nemački sudovi su primenjivali odredbu iz člana 263. Krivičnog zakona Nemačke koji propisuje da će se zatvorskom kaznom u trajanju do pet godina, ili novčanom kaznom, kazniti onaj ko dovodjenjem ili održavanjem u zabludi trećeg lica sa namerom da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist na taj način oštetiti imovinu nekog trećeg lica. Za teži oblik tog krivičnog dela u Nemačkoj se može izreći kazna zatvora u trajanju do 10 godina. Praksa nemačkih sudova u vođenju krivičnih postupaka za izvršenje krivičnog dela prevare koje se odnosi na ponašanja koja predstavljaju dogovaranje ishoda sportskih takmičenja započela je još 1971. godine posle prvog velikog skandala u fudbalskoj Bundesligi. Najnoviji slučajevi nameštanja utakmica zabeleženi su 2000. i 2007. godine. U većini slučajeva nemački sudovi donosili su oslobađajuće presude usled nedostatka dokaza.

Čak i posle sasvim uopštenog upoznavanja sa propisima pojedinih evropskih država, stiče se utisak da tvorac pravne norme iz člana 208b. Krivičnog zakonika Republike Srbije nije uzeo u obzir zakonodavnu praksu drugih država. Tako kod nas dogovaranje ishoda takmičenja nije dovedeno u direktnu vezu sa legalnim i ilegalnim klađenjem na sportske rezultate, što u praksi predstavlja jedan od najčešćih motiva za tzv. nameštanje utakmica, ili drugih sportskih takmičenja. Osim toga, u okviru pravne norme kojom je propisano krivično delo dogovaranja ishoda takmičenja, nije propisana zabrana učesnicima u takmičenju (sportistima i

trenerima) da se klade na rezultate takmičenja u kojima učestvuju. To je moglo biti učinjeno, bilo u okviru člana 208b. Krivičnog zakonika, bilo propisivanjem posebnog krivičnog dela. Takva praksa zabrane i krivičnog sankcionisanja kladenja na sportske rezultate učinjenog od sportista i trenera koji su učesnici takmičenja već postoji u Engleskoj, Francuskoj i Italiji, a u Rusiji i Švedskoj je uvođenje takvih pravnih normi najavljeno u okviru predloga novih zakona.

## 5. Zaključak

Ozbiljnost problema nameštanja sportskih rezultata u Evropi, ali i na drugim kontinentima, iziskuje donošenje međunarodne konvencije koja bi propisala, ne samo pravne, već i organizacione mere neophodne za unapređenje borbe protiv te negativne pojave. O tome da je sazrela potreba za pripremom i usvajanjem jedne takve konvencije govore, ne samo nedavno upućeni apeli čelnika FIFA i UEFA, već i zaključci sa Konferencije ministara sporta Saveta Evrope održane u Beogradu u martu 2012. godine. Osim toga, činjenica da je zakonodavna praksa evropskih država izuzetno neujednačena kada je reč o propisivanju krivičnog dela dogovaranja ishoda sportskih takmičenja i propisivanja vrste i mere krivičnih sankcija za izvršioce takvih delikata, dodatno potkrepljuje tvrdnju o neophodnosti donošenja posebne konvencije. Međutim, ako u skorijoj budućnosti i bude usvojena odgovarajuća konvencija ne treba gubiti iz vida da ona neće biti čarobni štapić koji rešava sve probleme evropskog ili svetskog sporta povezane sa nameštanjem sportskih rezultata. Pravilna i ujednačena primena odredbi buduće konvencije od strane država potpisnica i eventualna harmonizacija i kasnija primena nacionalnih propisa koji će urediti tu oblast biće složen zadatak, a još u fazi donošenja takve konvencije, ne treba gubiti iz vida da je propise lakše doneti, nego pravilno i uspešno primeniti. Pravilna i uspešna primena neke buduće konvencije namenjene borbi protiv nameštanja sportskih rezultata biće moguća ako konkretna rešenja koja ona propiše budu celishodna, ekonomična i prilagođena specifičnim ekonomskim i političkim uslovima u kojima se razvija i funkcioniše sport kao privredna grana na početku XXI veka. Takođe, uspešna primena konvencije i nacionalnih propisa koji će verovatno biti doneti na osnovu nje, pretpostavlja i prethodnu kadrovsku i materijalnu

osposobljenost državnih organa i sportskih organizacija koje će te propise primenjivati u svakodnevnom radu.

Kada je reč o daljim pravcima razvoja nacionalnih propisa kojima se zabranjuje i sankcioniše nameštanje sportskih rezultata, čini se da su evropske zemlje krenule sve masovnije u smeru propisivanja posebnog krivičnog dela dogovaranja ishoda sportskih takmičenja i da će se sve manje takva deliktna ponašanja kažnjavati na osnovu krivičnopравnih normi koje propisuju krivična dela prevare, ili krivična dela primanja i davanja mita.

**Dejan Šuput, Ph.D**

Vice-president of the Athletic Association of Belgrade

## **CRIMINAL SANCTIONING OF MATCH FIXING**

### **- Example of uneven legislative practice of the European countries -**

#### Summary

The author analyzes various provisions of the European countries national regulations which prohibit and sanction match-fixing in different ways. The paper points out the fact that extreme commercialization of sport and social conditions surrounding sport today have led to a situation where match-fixing, in particular football match-fixing, is a problem by far more serious than any other negative phenomenon in the European sport, in terms of the frequency of occurrence, number of victims, the amount of illegally acquired profit and social threat.

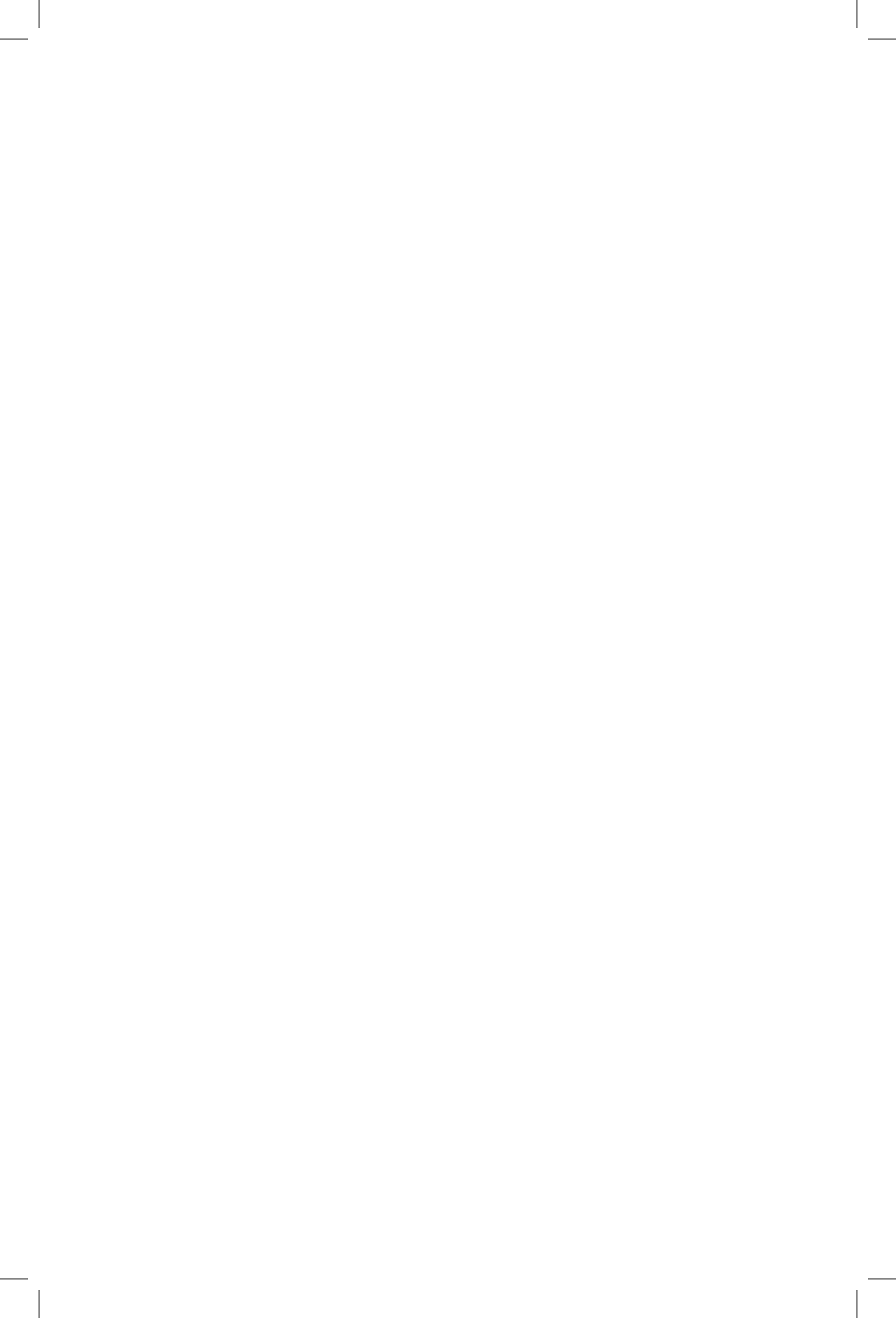
The author devotes special attention to the fact that the Council of Europe has not prepared nor adopted a convention that would tackle the fight against match-fixing, whereas the conventions dealing with the fight

against doping in sport and violent and inappropriate behavior in sport events had been adopted decades ago.

In the closing part of the paper, the author draws attention to the fact that the seriousness of the problem of match-fixing in Europe, and other continents, calls for an international convention stipulating not only legal but logistic measures necessary to enhance the fight against this negative phenomenon. Both the appeals made by the FIFA and the UEFA heads and the conclusions from the Council of Europe Conference of Ministers responsible for Sport held in Belgrade in March 2012, confirm the need for such convention to be drafted and adopted. Moreover, the fact that the legal practices of the European countries differ considerably one from another when it comes to the offence of match-fixing as well as the type and degree of the sanctions stipulated for such offenders, further speaks in favour of the need for a separate convention.

Finally, the author concludes that many European countries are heading towards stipulating a separate offence of match-fixing on a national level, thus reducing the practice of such delicts being punished under the legal provisions stipulated for the offence of fraud or corruption.

***Key words:*** sport, fraud, match fixing, criminal act, sanctions.



**Проф. др Љубинко Митровић**

ванредни професор

Факултет правних наука Паневропског универзитета

„АПЕИРОН“ Бања Лука

Прегледни научни рад

UDK: 343.232(497.6)

## **ПОЈЕДНОСТАВЉЕНЕ ФОРМЕ ПОСТУПАЊА У ПРЕКРШАЈНИМ СТВАРИМА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ**

**- прекршајни налог и споразум о санкцији -**

### Апстракт

*Прекршаји представљају посебну категорију казnenих деликата којима се крши јавни поредак, односно повређују прописи о економском и финансијском пословању утврђени законом, односно другим прописом за које су одређена обиљежја и за које су прописане посебне санкције. За ову врсту казnenих деликата предвиђено је и низ прекршајних санкција од којих посебно треба истаћи новчану казну чијим се изрицањем у прекршајном поступку, односно њеним извршењем остварују и значајна средства у буџетима различитих нивоа власти. Стога, у свим модерним државама свијета законодавни органи настоје уредити прекршајни поступак на начин да он буде што сврсисходнији, ефикаснији и економичнији, а што опет у крајњем исходу води ка значајнијем и бржем пуњењу одговарајућег буџета. Интересантна форма поједностављеног рјешавања прекршајних деликата која је уведена у прекршајно законодавство Републике Српске, односно Босне и Херцеговине 2006. године доношењем Закона о прекршајима Републике Српске, односно одговарајућим прекршајним законима у Босни и Херцеговини јесте тзв. прекршајни налог.*

*Данас је то посебан институт покретања и вођења прекршајног поступка, а самим тим и рјешавања највећег броја прекршајних предмета (предвиђен и у прекршајним законодавствима Републике Словеније, Републике Хрватске и најновије, у Закону о прекршајима Црне Горе). С друге стране, овај законски текст предвиђа још једну форму поједностављеног поступања у прекршајним стварима: то је тзв. споразум о санкцији. У овом реферату биће ријечи управо о наведеним формама поступања.*

**Кључне ријечи:** прекршај, прекршајни поступак, прекршајни налог, захтјев за покретање прекршајног поступка, споразум о санкцији.

## **1. Потреба за прекршајном реформом у Републици Српској и Босни и Херцеговини<sup>1</sup>**

Прекршајна реформа, односно реформа прекршајног законодавства и реорганизација прекршајног судства у Републици Српској крајем деведесетих година XX вијека, прије свега са становишта (не)рјешавања прекршајних предмета, чинила се заиста неопходном. Наиме, број неријешених предмета је из године у годину драстично повећаван (да би у једном тренутку достигао бројку од чак 150.000 предмета), а да домаће власти нису скоро ништа предузимале на превазилажењу овог проблема. И као спасоносно рјешење овог немалог друштвеног проблема, искристалисала се реформа или пројекат реорганизације прекршајног система Републике Српске, односно Босне и Херцеговине која је подразумијевала предузимање изузетно радикалних мјера које су водиле потпуном разлазу с прошлошћу у области прекршаја као посебне врсте казних деликата (уз кривична дјела). Реформа је надаље неминовно водила ка усвајању неких нових законских рјешења која су морала садржавати потпуно нове процедуре једноставнијег рјешавања предмета из подручја прекршаја, затим дефинисању статуса судија, те начина и поступка њиховог избора, односно одговорности судија,

<sup>1</sup> Подаци за овај реферат узети су из Коначног извјештаја Високог судског и тужилачког вијећа Босне и Херцеговине – Пројекат реорганизације судова за прекршаје у Босни и Херцеговини – 1. 10. 2003. – 31. 12. 2006. године.

као и других статусних питања, увођењу нових рјешења и института попут прекршајног налога у материјални и процесни дио закона о прекршајима којима би се постигло брже и ефикасније рјешавање прекршајних предмета, као и успјешно, односно ефикасно извршење изречених прекршајних санкција<sup>2</sup>.

Реформа прекршајног система или у јавности популарно назван Пројекат реорганизације судова за прекршаје успостављена је 1. октобра 2003. године, а званично је завршена 31. децембра 2006. године. Овај пројекат је највећим дијелом финансиран од стране Европске комисије уз додатну, намјенску помоћ Владе Италије. Поред Високог судског и тужилачког вијећа Босне и Херцеговине, носиоци ове реформе била су ентитетска министарства правде, те Министарство правде Босне и Херцеговине.

У складу са новим законима о прекршајима, новоорганизовани прекршајни систем званично је у Републици Српској ступио на снагу 1. септембра 2006. године, односно у Федерацији Босне и Херцеговине нешто касније, дакле 1. децембра 2006. године.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> О значају прекршајне реформе и потреби реформисања прекршајног законодавства и судства можда најсликовитије говоре статистички подаци о обиму ове проблематике из година које су претходиле реформи. Наиме, према подацима Министарства унутрашњих послова Републике Српске, у периоду од 2000. до 2004. године на подручју Републике Српске почињено је укупно 569.504 прекршаја у областима које ово Министарство прати (од тога 497.138 из области безбједности саобраћаја на путевима и 63.283 из области јавног реда и мира, с тим да овом броју треба додати и око 250.000 до 300.000 наплаћених мандатних казни годишње) или по годинама: 2000. године - 90.508 регистрованих саобраћајних прекршаја за које је поднесен захтјев за покретање прекршајног поступка и 11.664 регистрованих прекршаја јавног реда и мира; 2001. године - 102.056 регистрованих саобраћајних прекршаја и 12.634 прекршаја јавног реда и мира; 2002. године - 104.854 регистрована саобраћајна прекршаја и 12.622 прекршаја јавног реда и мира, те 2003. године - 91.019 регистрованих саобраћајних прекршаја и 12.923 прекршаја јавног реда и мира.

<sup>3</sup> Дистрикт Брчко Босне и Херцеговине је прикључио своја три суда за прекршаје Основном суду у Брчком током 2001. године (Види: Закон о прекршајима Дистрикта Брчко Босне и Херцеговине - *Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 8/2000, 1/2001 и 6/2002).

Наравно, ступањем на снагу нових прекршајних закона<sup>4</sup>, започео је са радом реформисани, односно новоуспостављени систем прекршајног судства, с обзиром на то, да су дотадашњи судови за прекршаје и све комисије за прекршаје које су дуги низ година функционисале у Републици Српској, односно Босни и Херцеговини престали с радом, новоименоване судије су преузеле своје дужности у новооснованим прекршајним одјељењима основних, односно општинских судова, а нови ентитетски процесни закони о прекршајима су ступили на снагу. Као резултат процеса прекршајне реформе, нови систем за рјешавање прекршајних предмета постао је саставни дио правосудног система Републике Српске, односно Босне и Херцеговине под надлежношћу Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине.<sup>5</sup>

Крајњи циљ стратегије за реформу судова за прекршаје, према замисли носилаца реформе, био је успоставити систем одлучивања у прекршајним предметима који је у складу са условима Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, а у којем ће се предмети рјешавати на ефикасан и економичан начин путем законодавне и организацијске реформе.

Током трајања овог пројекта требало је провести пет главних дијелова стратегије реформе судова за прекршаје, и то:

---

<sup>4</sup> Прекршајно законодавство Босне и Херцеговине, сходно њеном уставном устројству, данас чине четири потпуно одвојена (и значајно различита) прекршајно-правна система, и то: Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине, Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и на крају, Босне и Херцеговине. То подразумијева постојање и четири прекршајна закона, и то: Закон о прекршајима Републике Српске - *Службени гласник Републике Српске*, бр. 34/2006; 1/2009; 29/2010 и 109/2011 који је ступио на снагу 1. септембра 2006. године; Закон о прекршајима Федерације Босне и Херцеговине - *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 31/2006 који је ступио на снагу 1. децембра 2006. године; Закон о прекршајима Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине - *Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 24/2007 који је ступио на снагу 1. октобра 2007. године и Закон о прекршајима Босне и Херцеговине - *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 41/2007 чија је примјена везана за почетак примјене ентитетских закона о прекршајима.

<sup>5</sup> Закон о Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине - *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 39/2003; 9/2004; 25/2004; 93/2005; 32/2007; 48/2007 и 15/2008.

1. изградити и усвојити неопходне законе, тј. нове ентитетске процесне законе о прекршајима;
2. свеобухватно реорганизовати систем за рјешавање прекршајних предмета;
3. увести процес доживотног именовања судија који ће поступати у прекршајним предметима;
4. изградити и примијенити, односно ставити у функцију нови пасивни систем извршења за наплату казни – Регистар новчаних казни и трошкова прекршајног поступка;
5. едуковати будуће “кориснике” из примјене нових ентитетских закона о прекршајима и коришћења новог Регистра новчаних казни и трошкова прекршајног поступка.

Поред овог, било је потребно обавити и низ конкретних задатака, од којих посебно треба истаћи:

- изградити и усвојити законе о амнестији прекршаја у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине;
- усвојити измјене и допуне других закона који се односе на прекршаје;
- успоставити међуентитетске радне групе за праћење и координацију процеса прекршајне реформе;
- прикупити и анализирати статистичке податке о прекршајним предметима у судовима;
- усвојити уједначене норме за прекршајне предмете у свим судовима;
- извршити потребну едукацију судија, осталих запослених у судовима, полиције и запослених у другим надлежним институцијама<sup>6</sup>.

Са становишта начина поступања овлашћених органа и судова у прекршајним стварима, као посебан резултат реформе прекршајног законодавства у Републици Српској треба свакако истаћи увођење

<sup>6</sup> Коначни извјештај Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине – Пројекат реорганизације судова за прекршаје у Босни и Херцеговини – 1. 10. 2003. – 31. 12. 2006. године.

два нова института поједностављеног поступања<sup>7</sup> ових органа, и то прекршајног налога и споразума о санкцији.

## 2. Прекршајни налог

Посљедња свеобухватна и по многим веома успјешна реформа прекршајног система у Републици Српској која је остварена, како је то већ истакнуто у периоду 2003-2006. година и која је резултирала доношењем новог Закона о прекршајима Републике Српске донијела

<sup>7</sup> Посебан облик поједностављеног поступања по прекршајним предметима који је имао низ позитивних карактеристика и био дуго времена у примјени у Републици Српској јесте тзв. скраћени прекршајни поступак. Суштина скраћеног поступка односила се на могућност дати суду за прекршаје да на основу захтјева за покретање прекршајног поступка, приложене документације и других доказа, донесе одлуку о кажњавању окривљеног и без суђења на усменом претресу, односно без позивања и испитивања окривљеног. У оваквом поступку, окривљеном за кога суд утврди да је извршио прекршај могла се изрећи искључиво новчана казна до одређеног износа (заштитна мјера и одлука о накнади штете нису се могле изрицати у скраћеном поступку). Против одлуке, односно рјешења донесеног у том поступку окривљени је могао уложити приговор и тада се рјешење морало ставити ван снаге и спровести потпуни, односно редовни поступак. Скраћени прекршајни поступак се у том периоду широко користио у пракси, а према статистичким подацима више од половине прекршајних предмета рјешавано је на овај начин. Окривљени нису масовно подносили приговоре против рјешења о кажњавању донесених у скраћеном поступку из простог разлога, што је упуштање у редовни поступак подразумијевало губљење времена и повећавање трошкова, за разлику од најчешће изречене благе казне у скраћеном поступку. У скраћеном поступку су, статистички гледано, најчешће рјешавани прекршаји из области безбједности саобраћаја на путевима. Данас, скраћени прекршајни поступак у коме изостаје усмени претрес, а одлука, односно рјешење се доноси у некој ранијој процесној фази, не постоји у Републици Српској (наиме, одлуком Уставног суда Републике Српске број У-8/2000 од 27. децембра 2000. године - члан 216 Закона о прекршајима Републике Српске, објављен у Службеном гласнику Републике Српске, бр. 12/1994 до 40/1998 оглашен је неуставним, односно несагласним са Уставом Републике Српске). Ипак, без обзира на све примједбе, овај поступак је представљао веома успјешан, ефикасан и адекватан процесни модел за суђење великог броја прекршајних деликата. Уставни суд Републике Српске је својом одлуком нашао да законске одредбе о овом поступку нису у складу са Уставом Републике Српске, према коме нико ко је доступан суду не може бити кажњен ако му није било омогућено да буде саслушан и да се брани, односно да се без позива и саслушања не може водити поступак против учиниоца пред судом, ако је он био доступан суду (члан 19 Устава Републике Српске). Става смо да је одлука Уставног суда Републике Српске била свакако исувише строга, посебно ако се узме у обзир чињеница да наведена права окривљеног, оваквим, скраћеним поступком нису могла бити повријеђена или ускраћена, будући да је окривљени улагањем приговора увијек могао доћи до редовног поступка у коме је та своја права могао у потпуности користити.

је низ новина, а једна од најважнијих јесте свакако она која се односи на увођење института прекршајног налога као посебног начина покретања и вођења прекршајног поступка. Замишљен као поједностављена форма поступања овлашћених органа у прекршајним предметима, односно као посебан начин рјешавања огромног броја ових предмета, прије свега саобраћајних прекршаја, прекршајни налог је свакако подразумијевао потпуну елиминацију дотадашњег поступка наплате изречене новчане казне на лицу мјеста<sup>8</sup>. Јер, оправданих замјерки том систему тзв. мандатног прекршајног кажњавања, посебно оних које се тичу корупције овлашћених лица која су изречену новчану казну наплаћивала на лицу мјеста, у кешу, било је напретек.

С друге стране, не треба заборавити ни чињеницу да позитивно прекршајно-процесно законодавство Републике Српске познаје двије форме вођења прекршајног поступка, и то:

а) прекршајни поступак који се покреће и води издавањем прекршајног налога од стране овлашћеног органа и

б) прекршајни поступак који се покреће од стране подносиоца захтјева<sup>9</sup> подношењем захтјева за покретање прекршајног поступка надлежном суду<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Поступак за наплату новчане казне на лицу мјеста или тзв. органски мандат представља специфичан поступак у којем законом одређена службена лица могу учиниоцима прекршаја на лицу мјеста изрицати и наплаћивати новчане казне у одређеном износу под условом да су та лица затечена у вршењу прекршаја; у овом поступку овлашћена лица не одређују висину новчане казне, већ само врше њену наплату; новчана казна која се наплаћује од стране службеног лица, прописом је утврђена у фиксном износу; о извршеној наплати новчане казне службено лице издаје потврду у којој је евидентиран прекршај који је учињен и висина новчане казне која је изречена и наплаћена; у случају изрицања и наплате новчане казне на овај начин није допуштена жалба итд.

<sup>9</sup> Закон о прекршајима Републике Српске за разлику од Закона о прекршајима Федерације Босне и Херцеговине, у члану 2 став 1 тачка а) дефинише подносиоца захтјева за покретање прекршајног поступка, те се сходно наведеној одредби подносиоцем захтјева сматрају: а) овлашћени орган, б) тужилац или ц) оштећени.

<sup>10</sup> Митровић Љ., *Коментар Закона о прекршајима Републике Српске*, Comesgrafika, Бања Лука, 2006.

Иначе, прекршајни налог данас представља посебан институт покретања и вођења прекршајног поступка предвиђен и у прекршајним законодавствима Републике Словеније, Републике Хрватске и најновије, у Закону о прекршајима Републике Црне Горе<sup>11</sup>.

Услови издавања прекршајног налога прецизно су одређени законом, те тако овлашћени орган<sup>12</sup> обавезно издаје прекршајни налог уколико установи да је прекршај из његове надлежности утврђен на један од следећих начина, и то: 1) непосредним опажањем од стране овлашћеног службеног лица овлашћеног органа приликом инспекције, надзора и прегледа из њихове надлежности, као и увидом у службену евиденцију надлежног органа; 2) подацима који су добијени уређајима за надзор или мјерење; 3) приликом инспекцијског или другог надзора, прегледом документације, просторија и робе или на други законит начин или 4) на основу признања о извршењу прекршаја од стране окривљеног пред овлашћеним органом на лицу мјеста извршења прекршаја или у неком другом судском или административном поступку. С друге стране, прекршајни налози се могу издавати само у следећим случајевима, и то: 1) када одговарајући закон или други пропис за одређени прекршај одређује фиксну новчану казну; 2) када новчана казна коју ће изрећи овлашћени орган прекршајним налогом може бити израчуната коришћењем математичке формуле или 3) када овлашћени орган одлучи да изрекне минималну, односно почетну новчану казну, односно заштитну мјеру у најкраћем трајању, односно заштитну мјеру одузимања предмета одређену таквим законом или другим прописом<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Прекршајни налог као посебна одлука овлашћеног органа у прекршајном поступку на просторима држава бивше СФРЈ уведен је, поред Републике Српске, и у прекршајно процесно законодавство Републике Словеније (од 1. јануара 2005. године у Словенији је у примјени тзв. брзи или хитри поступак – члан 49. до 58. Закона о прекршких Републике Словеније - *Урадни лист Републике Словеније*, шт. 7/2003 до 51/2006 дефинише *хитри постопек са тзв. плачилним налогом*), а предвиђен је и у Закону о прекршајима Републике Хрватске - *Народне новине Хрватске*, бр. 107/2007. Од децембра 2010. године прекршајни налог је уведен и у прекршајно законодавство Републике Црне Горе - Закон о прекршајима Републике Црне Горе – *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2011; 6/2011 и 39/2011 ступио је на снагу 1. септембра 2011. године.

<sup>12</sup> У одредби члана 2 став 1 тачка а) Закона о прекршајима Републике Српске дефинисан је појам овлашћеног органа, те стога под овлашћеним органом подразумијевају се надлежни полицијски органи или други органи Босне и Херцеговине и Министарство унутрашњих послова Републике Српске, затим надлежни инспекцијски органи или министарства, предузећа или друга правна лица која имају јавна овлашћења и у чију надлежност спада директно или индиректно спровођење закона или прописа који прописују прекршаје.

<sup>13</sup> Митровић, Љ., „Прекршајни налог као начин покретања прекршајног поступка“, *Правна мисао*, Часопис за правну теорију и праксу, бр. 9-10, Сарајево, 2005.

Прекршајним налогом, поред новчане казне, овлашћени органи могу изрицати и двије врсте заштитних мјера, и то заштитну мјеру одузимања предмета и заштитну мјеру забране управљања моторним возилом, истина у најкраћем предвиђеном трајању (односно у трајању од 30 дана).

Примјена прекршајног налога као начина покретања и вођења прекршајног поступка искључена је у односу на сва малољетна лица, односно у прекршајном поступку који се води према малољетном учиниоцу прекршаја (прекршајни поступак према овој категорији учинилаца могуће је покренути искључиво захтјевом за покретање прекршајног поступка).

Садржај и форма прекршајног налога прописани су Законом о прекршајима Републике Српске, с тим да се прекршајни налог обавезно доноси у писаној форми. Са становишта његовог садржаја, важним свакако треба истаћи и посебно мјесто на којем се окривљени потписује у случају да након издавања и пријема налога захтијева судско одлучивање.

Различити овлашћени органи могу имати свој властити образац прекршајног налога, с тим да њихов облик мора бити одобрен од стране Министарства правде Републике Српске. Иначе, прекршајни налог се састоји од оригинала и најмање двије копије. Оригинал, у сваком случају задржава овлашћени орган у својој евиденцији, док се двије копије уручују окривљеном лицу.

Према основној верзији закона, прекршајни налог се могао уручити на три начина, и то: 1. личним уручењем, 2. уручењем путем поште и 3. причвршћивањем или остављањем прекршајног налога на безбједном и видљивом мјесту на моторном возилу. Међутим, посљедња два начина уручења прекршајног налога окривљеном изазвала су значајне полемике у правничкој, односно стручној јавности, а веома често су помињана људска права, те на крају и апелације и оцјена уставности наведених одредби. И коначно, Одлуком Уставног суда Републике Српске, број У – 28/10 од 27. септембра 2011. године утврђено је да члан 34 став 3 Закона о прекршајима Републике Српске који гласи: “Када је прекршајни налог уручен путем поште, сматраће се да је достављање извршено по протеку пет (5) радних дана након што га је овлаштени орган предао на пошту. Када је прекршајни налог остављен на моторном

возилу, датум уручења је датум када је остављен на моторном возилу” није у сагласности са Уставом Републике Српске. Наравно, због потребе усклађивања одредби Закона о прекршајима Републике Српске са наведеном Одлуком Уставног суда Републике Српске, Министарство правде Републике Српске је предложило доношење Закона о измјенама и допунама Закона о прекршајима Републике Српске<sup>14</sup>.

Након што прими прекршајни налог, окривљени може прихватити одговорност за учињени прекршај на два начина, и то тако: 1) што ће платити новчану казну и све друге обавезе које су одређене прекршајним налогом, и то у року који је за плаћање новчане казне која се изриче прекршајним налогом одређен. Плаћањем новчане казне окривљени се одриче права на било какав приговор против издатог прекршајног налога, што подразумијева да окривљени не може касније одбијати, односно порицати своју одговорност за учињени прекршај или се жалити на висину новчане казне, односно врсту прекршајне санкције или на висину трошкова прекршајног поступка. Међутим, уколико окривљени у остављеном року од осам дана плати новчану казну и друге обавезе из прекршајног налога па се након тога предомисли те затражи судско одлучивање, суд ће такав захтјев за судским одлучивањем одбацити јер је окривљени већ прихватио одговорност; 2) што ће по пријему прекршајног налога обавијестити овлашћени орган о прихватању прекршајне санкције која је у прекршајном налогу одређена, наравно, уколико је у прекршајном налогу таква могућност изричито дата окривљеном. Ово обавјештење о прихватању прекршајне санкције одређене прекршајним налогом окривљени је дужан овлашћеном органу дати у писменој форми, а прекршајну санкцију или санкције ако се ради о више њих, окривљени мора прихватити у цијелости.

<sup>14</sup> Закон о измјенама и допунама Закона о прекршајима Републике Српске је у форми Нацрта разматран и усвојен на сједници Народне скупштине Републике Српске која је одржана 15. маја 2012. године. У образложењу Нацрта Закона истакнуто је следеће: Разлог за доношење Нацрта садржан је у потреби да се изврши усклађивање његових одредби са Одлуком Уставног суда Републике Српске број У-28/10 од 27. септембра 2011. године, којом је аброгационо одређено да је уредно достављање прекршајног налога хипотеза за даљње поступање окривљеног, те да се прописивањем када се прекршајни налог сматра уручен, на начин како је то учињено оспореним одредбама члана 35 до 37 Закона о прекршајима Републике Српске (Службени гласник Републике Српске, бр. 34/2006; 1/2009; 29/2010 и 109/2011), ограничава принцип из члана 16 Устава Републике Српске. Наиме, наведеним чланом одређено је да свако има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом и другим државним органом и организацијом и да је свакоме зајемчено право на жалбу.

Прихватање одговорности за извршени прекршај пропуштањем друга је могућа ситуација која се може јавити након што окривљени прими издати му прекршајни налог. Према законском тексту, сматра се да је окривљени прихватио одговорност за учињени прекршај пропуштањем уколико су испуњени сљедећи услови, и то: а) када је окривљеном прекршајни налог уредно достављен на један од законом предвиђених начина и б) када окривљени у року који је одређен у прекршајном налогу није прихватио одговорност за прекршај. У овој ситуацији, издати прекршајни налог ће постати коначан и извршан, јер је окривљени прихватио одговорност пропуштањем, а овлашћени орган који је издао прекршајни налог одредиће окривљеном и додатну таксу за наплату у износу од 20 КМ. Ова такса по аутоматизму се уписује у Регистар новчаних казни и трошкова поступка и представља накнаду трошкова овлашћеног органа у погледу достављања прекршајног налога путем поште.

Трећа могућа ситуација по издавању прекршајног налога настаје у свим оним практичним случајевима када окривљени који на уредан начин прими прекршајни налог жели да се о предмету прекршајног поступка, односно о његовој одговорности одлучује пред надлежним судом<sup>15</sup>. У овој ситуацији окривљени мора: 1) прије свега, затражити судско одлучивање тако што ће се потписати на одређеном мјесту копије прекршајног налога, а затим једну од двије му уручене копије налога, и то ону потписану копију прекршајног налога вратити надлежном суду, свакако на начин одређен прекршајним налогом и прије истека рока одређеног прекршајним налогом, 2) појавити се пред надлежним судом на дан и у вријеме одређено за усмени претрес по прекршајном налогу (ако је вријеме претреса одређено од стране овлашћеног органа и суда), односно, ако датум није на овај начин одређен, онда на дан који је суд одредио за усмени претрес. У овој трећој, потенцијално могућој ситуацији, из претходног је потпуно јасно да је доношење одлуке о евентуалном судском одлучивању, односно терет подношења приговора којим се захтијева судско одлучивање на лицу које је примило прекршајни налог, односно о чијој је одговорности одлучено прекршајним налогом (у противном, изречена новчана казна постаје коначна и

<sup>15</sup> Према доступним статистичким подацима, право на судско одлучивање по издатом прекршајном налогу је затражио сваки десети грађанин, што указује на висок проценат правилне примјене овлашћења на издавање налога од стране овлашћених лица.

извршна). Уколико окривљени, на законом прописани начин затражи судско одлучивање, прекршајне санкције одређене у прекршајном налогу сматрају се ништавим, што опет подразумејева да је захтјев за судско одлучивање, уколико је поднесен на вријеме, суспензивног карактера и он одгађа извршење прекршајног налога. И оно што посебно не треба заборавити, само захтијевање судског одлучивања излаже окривљеног могућности изрицања веће новчане казне, односно било које, па чак и строже прекршајне санкције коју закон дозвољава (подразумијева се и веће новчане казне од новчане казне по прекршајном налогу, што би у сваком случају требало бити правило), као и плаћања судских трошкова.

Највећи број издатих прекршајних налога односи се на прекршаје из области безбједности саобраћаја (преко 95%)<sup>16</sup>, али се они могу користити и у другим прекршајним областима, као што су јавни ред и мир, порески и царински прекршаји, насиље на спортским приредбама, оружје и муниција, итд.

<sup>16</sup> Према званичним подацима, од 1. јануара 2009. године до 30. априла 2011. године овлашћена службена лица Управе за индиректно опорезивање Босне и Херцеговине издала су укупно 31.666 прекршајних налога, те 1.281 захтјев за покретање прекршајног поступка. Против рјешења надлежних судова, ова Управа је до сада, поднијела укупно 125 жалби.

Према подацима Министарства унутрашњих послова Републике Српске број поднесених захтјева за покретање прекршајног поступка износио је: а) јавни ред и мир: 2007 – 4.319, 2008 – 3.887, 2009 – 3.392, 2010 – 3.108, 2011 – 2.931; б) саобраћај: 2007 – 12.028, 2008 – 11.428, 2009 – 8.777, 2010 – 5.708, 2011 – 5.603; в) оружје и муниција: 2007 – 216, 2008 – 248, 2009 – 243, 2010 – 338, 2011 – 193 захтјева за покретање прекршајног поступка. Током 2011. године поднесен је 681 захтјев за покретање прекршајног поступка у области насиља у породици (укупно 1.047 прекршаја), затим 41 захтјев у области насиља на спортским приредбама (укупно 69 прекршаја), четири захтјева у области јавног окупљања (укупно 14 прекршаја), девет захтјева у области обезбјеђења лица и имовине (укупно 27 прекршаја), те 196 захтјева за покретање прекршајног поступка у осталим пословима полиције (укупно 274 прекршаја). Према подацима Министарства унутрашњих послова Републике Српске број издатих прекршајних налога износио је: а) јавни ред и мир: 2007 – 3.448, 2008 – 3.905, 2009 – 4.523, 2010 – 4.671, 2011 – 5.424; б) саобраћај: 2007 – 156.377, 2008 – 199.059, 2009 – 236.344, 2010 – 211.800, 2011 – 243.774; в) оружје и муниција: 2007 – 37, 2008 – 79, 2009 – 92, 2010 – 146 и 2011 – 112 прекршајних налога.

Према подацима Федералне управе полиције Федерације Босне и Херцеговине током 2010. године у области саобраћаја поднесена су 10.603 захтјева за покретање прекршајног поступка и издато 441.114 прекршајних налога, док је у области јавног реда и мира поднесено 7.730 захтјева за покретање прекршајног поступка и издато 12.906 прекршајних налога.

### 3. Споразум о санкцији

Закон о прекршајима Републике Српске (по узору на Закон о кривичном поступку Републике Српске који у члану 238 прописује споразум о признању кривње) предвиђа и тзв. споразум о санкцији као посебно значајну новину, односно посебан прекршајно-процедурални институт. Овај консензуални, односно споразумни прекршајно-процесни институт јесте посебан облик окончања прекршајног поступка у којем до пуног изражаја долази диспозиција главних учесника прекршајно-процесног односа (мисли се на овлашћени орган и окривљеног). Основни циљ института преговарања о прекршајној санкцији јесте поједностављење прекршајног поступка, односно ефикасност и убрзање прекршајног поступка<sup>17</sup>.

Наиме, овлашћени орган може (а не мора, из чега произилази факултативност споразума о санкцији), уз захтјев за покретање прекршајног поступка (подразумијева се да нема могућности закључења споразума о санкцији у случајевима покретања прекршајног поступка издавањем прекршајног налога) приложити и доставити надлежном основном суду своју понуду коју је доставио окривљеном с приједлогом да он прихвати у понуди предложену прекршајну санкцију. Уколико окривљени прихвати предложену прекршајну санкцију (новчана казна и/или заштитне мјере), односно уколико се овлашћени орган и окривљени споразуме о некој другој прекршајној санкцији (мимо у понуди предложене) прије доношења рјешења о прекршају, овлашћени орган ће поднијети надлежном основном суду на одобрење писани споразум о санкцији који садржи детаље о “договореној” прекршајној санкцији, потписан од стране окривљеног и овлашћеног представника овлашћеног органа.

Споразум о прекршајној санкцији представља својеврсну нагодбу или погађање између овлашћеног органа и окривљеног, који, с обзиром на значај и тежину предмета поступања, има своје пуно оправдање (нагодба или споразум овлашћеног органа са окривљеним, сигурно је, у прекршајном поступку је више оправдана него у кривичном поступку).

<sup>17</sup> Митровић, Љ.: *Прекршајно право*, Међународно удружење научних радника – АИС – Бања Лука, 2011.

Става смо да споразумом о санкцији, овлашћени орган може надлежном суду предложити и изрицање новчане казне чак и испод законом одређеног минимума новчане казне предвиђене за тај прекршај, па и блажу прекршајну санкцију за окривљеног (на овакав закључак упућује члан 41 став 2 Закона о прекршајима Републике Српске који прописује *mutatis mutandis* примјену одредбе члана 238 Закона о кривичном поступку на сва питања која нису регулисана чланом 41 Закона о прекршајима Републике Српске).

Исто тако, споразумом о санкцији може се предвидјети и плаћање новчане казне у више мјесечних рата (најдуже до шест мјесеци) што представља веома значајну повољност по окривљеног поготово у оним ситуацијама чињења прекршаја за које је прописана новчана казна са знатним општим максимумом, односно горњом границом новчане казне (нпр. царински или порески прекршаји за које се може прописати новчана казна у износу чак и до 200.000 КМ).

Споразум о санкцији закључен између окривљеног и овлашћеног органа одобрава основни суд, под условом да он испуњава предвиђене законске услове. Споразум о санкцији због тога мора бити формално-правно уредан, односно он мора садржавати све законске елементе, а посебно податке о овлашћеном органу и окривљеном, затим услове признања одговорности за учињени прекршај, те свакако потписе споразумних страна. Такође, свакако треба истаћи да ће суд, у сваком конкретном случају, приликом разматрања споразума о санкцији провјерити елементе добровољности, свјесности, разумијевања садржаја споразума о санкцији и његових процесних посљедица по окривљеног, те постојања довољно доказа о кривици окривљеног. Исто тако, суд ће провјерити и чињеницу постојања потпуног разумијевања окривљеног да се споразумом о санкцији одриче права на суђење (усмени претрес) и права на жалбу (окривљени нема право на жалбу, уколико је договорена прекршајна санкција у стварности и одобрена од стране надлежног суда).

#### 4. Закључак

Замишљени као посебне варијанте скраћеног, односно поједностављеног поступања у прекршајним стварима, институти прекршајног налога и споразума о прекршајној санкцији у прекршајно-правној пракси Републике Српске и Босне и Херцеговине већ дају значајне резултате. То се посебно односи на институт прекршајног налога чијим је прихватањем у потпуности реформисан дотадашњи прекршајни поступак на начин да је прекршајни поступак претворен у један потпуно нов, савременији, сврсисходнији, ефикаснији и економичнији казнени поступак који много успјешније успоставља равнотежу између општих, односно друштвених и индивидуалних интереса. С друге стране, повећање степена ефикасности прекршајног поступка с посебним нагласком на једно од најважнијих начела прекршајног поступка – начело економичности поступка подразумијевало је истовремено обезбјеђење одговарајућег нивоа права окривљеног у току прекршајног поступка. У сваком случају, увођењем прекршајног налога скупи и дуготрајни судски прекршајни поступци постали су прошлост, а прихватањем овог концепта овлашћени органи су као странка у прекршајном поступку добили много значајнију улогу и овлашћења, јер се издавањем прекршајног налога истовремено и покреће прекршајни поступак, а најчешће, након плаћања новчане казне одређене прекршајним налогом, поступак се и завршава што је према ранијим законским рјешењима било у искључивој надлежности судова за прекршаје. Не треба такође заборавити ни чињеницу да је плаћање новчане казне означене у прекршајном налогу знатно повољније по окривљеног, јер се на овај начин искључује судско одлучивање о прекршају које окривљеног излаже опасности изрицања теже прекршајне санкције, као и плаћања трошкова поступка. Када је споразум о санкцији у питању, чињеница је да он још увијек није на оном нивоу примјене који му је реално требао припасти чему свакако доприноси и неедукованост учесника у преговарању, односно закључењу конкретних споразума.

**Prof. Ljubinko Mitrović, PhD**

Faculty of Law, Pan-European University “APEIRON”, Banja Luka

## **SIMPLIFIED FORMS OF TREATMENT IN MISDEMEANOR MATTERS IN REPUBLIC OF SRPSKA**

### Summary

Misdemeanors are a special category of criminal offenses that violate public order, i.e. the regulations on economic and financial affairs established by law or other regulations, for which certain characteristics are determined and specific sanctions are prescribed. For this type of criminal offenses a series of sanctions is foreseen where monetary penalties need to be emphasized because the imposition and the execution of such penalties in misdemeanor proceedings bring the realization of significant funds in the appropriate budget. Therefore, in all modern countries in the world legislative bodies are trying to regulate misdemeanor proceedings to make them more purposeful, efficient and economical what again ultimately leads to a significant and rapid charging of the appropriate budget. An interesting form of simplified solving of misdemeanor offenses, introduced in the misdemeanor legislation of the Republic of Srpska, i.e. Bosnia and Herzegovina in 2006 by the adoption of the Law on Misdemeanors of the Republic of Srpska, i.e. relevant misdemeanor laws in Bosnia and Herzegovina, is the so-called misdemeanor warrant. Today, this is a special concept of starting and running a misdemeanor procedure, and therefore of the resolving of most misdemeanor cases, (which is also foreseen in the misdemeanor legislation of the Republic of Slovenia, the Republic of Croatia, and most recently, in the Law on Misdemeanors of the Republic of Montenegro). On the other hand, the statute is another form provides a simplified procedure in misdemeanor matters: it's called. agreement on the penalty. In this paper I will be just words on these forms of treatment.

**Keywords:** misdemeanor, misdemeanor proceedings, misdemeanor warrant, request to initiate a misdemeanor procedure, agreement on the penalty.

**Dr Aleksandra Rabrenović**  
Naučni saradnik  
Institut za uporedno pravo Beograd

Pregledni naučni rad  
UDK: 336.126.55/.56(410)

## ISTORIJSKI RAZVOJ KONTROLE JAVNE POTROŠNJE U VELIKOJ BRITANIJU

### Apstrakt

*U radu se analizira istorijski razvoj kontrole javne potrošnje u Velikoj Britaniji, sa posebnim osvrtom na institucije Engleske i Škotske od XII do početka XVIII veka. Autor nadalje obrađuje institucionalni razvoj mehanizama finansijske odgovornosti nakon ujedinjenja 1707. godine, i to posebno ustanovljavanje parlamentarnog Odbora za javne račune i Kancelarije za reviziju, kao preteču britanske Nacionalne revizorske institucije. Autor zaključuje da se iz istorijskog razvoja sistema kontrole javne potrošnje u Velikoj Britaniji mogu izvući brojne pouke za funkcionisanje postojećeg sistema finansijske odgovornosti Republike Srbije i predlaže uvođenje posebnog Odbora za kontrolu budžeta Narodne Skupštine Srbije, koji bi, po ugledu na britanski Odbor za javne račune, preuzeo aktivnu ulogu kontrole trošenja sredstava poreskih obveznika.*

**Ključne reči:** istorijski razvoj, kontrola javne potrošnje, Velika Britanija

## 1. Uvod

Istorijski razvoj parlamentarne kontrole javne potrošnje u Velikoj Britaniji izuzetan je iz mnogo razloga. Neprestana borba oko finansija između parlamenta i monarha dala je snažan i presudan podsticaj za ukupan ustavni razvoj ove ostrvske zemlje.<sup>1</sup> Za razliku od drugih zemalja u kojima se moć predstavničkog tela gradila na osnovu širih društvenih pokreta kojim su tražena različita politička prava, kao što su na pr. nezavisno pravosuđe, oslobođenje od strane dominacije, sloboda govora i sl, engleski parlament duguje svoje poreklo i postojanje skoro u potpunosti dobro poznatom protivljenju Engleza da im se ne mogu nametati porezi bez njihove saglasnosti.<sup>2</sup> Zanimljivo je da je radi ostvarivanja ovog cilja englesko predstavničko telo obezbedilo političke slobode za svoje građane mnogo ranije i mnogo efikasnije nego predstavnička tela zemalja koja su nastala kao rezultat borbe za ostvarenje političkih prava i sloboda.<sup>3</sup> Pravo nametanja poreza i kontrola javne potrošnje su kroz nekoliko vekova predstavljali zajednički i najpogodniji test odmeravanja snaga između parlamenta i monarha.<sup>4</sup>

Dok je engleski parlament uglavnom redovno vršio kontrolu nametanja prihoda i njihove potrošnje, škotski parlament u srednjem veku nikada nije stekao pravo da odlučuje o oporezivanju.<sup>5</sup> Njegova moć da kontroliše trošenje javnog novca bila je još slabija. To, međutim, ne treba da čudi, imajući u vidu da je razvoj škotske državne uprave bio znatno sporiji od razvoja engleke uprave tog vremena.<sup>6</sup>

Cilj ovog rada jeste da detaljnije analizira istorijski razvoja kontrole javne potrošnje u Velikoj Britaniji, sa posebnim osvrtom na institucije Engleske i Škotske od XII do početka XVIII veka. U radu će nadalje biti

<sup>1</sup> S. Walkland, "Parliamentary Control of Public Expenditure in Britain", u D. Coombes (ur.), *The Power of the Purse*, London George Allen & Unwin Ltd, 1976, 179-198.

<sup>2</sup> P. Einzig, *The Control of the Purse - Progress and Decline of Parliament's Financial Control*, London, Secker & Warburg, 1959, 17.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> C. Innes, *Lectures on Scotch Legal Antiquities*, Edinburgh, 1872, 111; I.E. O'Brien, *The Scottish Parliament in the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> Centuries*, Ph.D. Thesis, Glasgow, 1980, 180.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> C. Madden, *The Finances of the Scottish Crown in the Later Middle Ages*, Ph.D. thesis, Glasgow, 1975, 2.

obrađen institucionalni razvoj mehanizama finansijske odgovornosti Velike Britanije nakon engleskog i škotskog ujedinjenja 1707, i to posebno ustanovljavanje parlamentarnog Odbora za javne račune i kancelarije Državnog trezora i revizora, kao preteče britanske Nacionalne revizorske institucije. U zaključnom delu posebna pažnja biće posvećena izvođenju pouka koje sistem finansijske odgovornosti Srbije može izvući iz bogatog iskustava i tradicije sistema kontrole javne potrošnje Velike Britanije.

## **2. Razvoj kontrole javne potrošnje u Engleskoj – kontinuirana borba između monarha i predstavničkog tela**

Prvi oblici kontrole javne potrošnje u Engleskoj mogu se zapaziti već u XII veku. Za vreme vladavine Henrija I (1100-1135) kraljevska administracija proširena je i učvršćena je vladavina prava. Osnovana je takođe i ključna kraljevska institucija zadužena za pitanja finansija - srednjovekovni Državni trezor (the Exchequer). Državni trezor bio je najmoćnije i najprestižnije telo u celokupnoj državnoj upravi Engleske tog doba,<sup>7</sup> koje ne samo što je imalo ulogu evidentiranja i kontrolisanja prihoda krune, već je i postalo forum za rešavanje finansijskih pitanja i sporova.<sup>8</sup>

Struktura Državnog trezora sastojala se od dva organizaciona nivoa – višeg i nižeg. U donjem nivou poreski obveznici su predavali novac, o čemu se činio zapisnik, kako bi na gornjem nivou mogao da im se izda račun.<sup>9</sup> Sa druge strane, svako ko je raspolagao kraljevskim novcem imao je zakonsku obavezu da položi račune za svoj rad.<sup>10</sup> Izvršenje ove obaveze omogućeno je kroz uspostavljanje Računskog suda (the Court of the Exchequer).

---

<sup>7</sup> N. Richard, *The Course of the Exchequer*, London: Nelson, 1950, 33; R. Poole, *The Exchequer in the Twelfth Century*, Oxford, Clarendon Press, 1912.

<sup>8</sup> N. Richard, 34.

<sup>9</sup> A. Rabrenovic, *Financial Accountability as a Condition for EU Membership*, Institute of Comparative Law, 2009, 226.

<sup>10</sup> *Ibid.*

Prvobitna uloga Računskog suda sastojala se u rešavanju poreskih sporova i kontroli prikupljanja prihoda, ali i kontroli rashoda Krune.<sup>11</sup> Vršenje revizije, koja je po svojoj prirodi predstavljala sudsku kontrolu, podrazumevalo je utvrđivanje dugova računovođa i njihovo evidentiranje, što je bilo praćeno donošenjem sudske odluke, koja se mogla izvršiti radom izvršnih organa - šerifa.<sup>12</sup> Glavni državni blagajnik (the Treasurer) i Baroni, koji su bili glavni predstavnici višeg doma Računskog suda, su bili sudije, koje su svojim presudama potvrđivali zakonitost rada računovođa. Svojom sudskom praksom, Sud je razvio veliki broj pravila koji su postali samostalni izvori prava.<sup>13</sup>

Upravni-pravni aspekt rada Računskog suda zasnivao se na brojnim hijerarhijskim odnosima, počev od pisara i referenta na dnu hijerarije, do glavnog Državnog blagajnika i, najzad, kralja. Računski sud je funkcionisao kao birokratska organizacija koja je vršila evidenciju prikupljanja poreza na prilično organizovan način.<sup>14</sup> Sud je predstavljao prilično naprednu instituciju feudalnog sistema, čiji su osnovni principi rada sačuvani do današnjih dana.

Period XIII i XIV veka u Engleskoj obeležila je rastuća moć parlamenta, koji je u više navrata osporio drevno ovlašćenje krune na neograničeno trošenje javnih prihoda.<sup>15</sup> Iako engleski Parlament u to vreme još uvek nije imao dovoljno snažna ovlašćenja da kontroliše izvršenje budžeta, mogućnost kritikovanja trošenja sredstava poreskih obveznika predstavljalo je važno ograničenje ovlašćenja monarha u datom istorijskom trenutku.<sup>16</sup>

Imajući u vidu da je institucija Računskog suda bila u punoj funkciji monarha, Parlament je morao da pronađe druge načine da izvrši kontrolu javne potrošnje, van institucije Suda. Jedan od najčeće korišćenih instrumenata bilo je uspostavljanje parlamentarnih odbora ili komisija koji

---

<sup>11</sup> A.J.H. Morris, WS Gillbert and Sir Arthur Sullivan's Trial by Jury - A Legal Commentary, [www.lexscripta.com/pdf/TrialByJury.pdf](http://www.lexscripta.com/pdf/TrialByJury.pdf), 20.6.2013.

<sup>12</sup> J.E.D. Binney, *British Public Finance and Administration 1774-92*, (Oxford Clarendon Press), 1958, 4-5.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> N. Richard, 34.

<sup>15</sup> P. Einzig, 87.

<sup>16</sup> *Ibid.*

su vršili nezavisnu reviziju računa monarha.<sup>17</sup> Iako je kruna u mnogim slučajevima odbijala da podnese račune parlamentarnim telima, na kraju je ipak udovoljavala njihovim zahtevima, plašeći se da će Parlament odbiti da da svoju saglasnost na prikupljanje prihoda.<sup>18</sup>

Sledeći važan korak u jačanju finansijske odgovornosti monarha bilo je uspostavljanje direktne linije odovornosti između Parlamenta i kraljevskih službenika, odgovornih za upravljanje javnim fondovima. U više navrata, zloupotreba javnih sredstava bila je jedan od ključnih razloga za pokretanje postupka razrešenja kraljevskih službenika.<sup>19</sup> U pojedinim slučajevima, navodno loše upravljanje javnim sredstvima obezbedilo je dobar izgovor da se kraljevski službenici smene sa svojih pozicija, i to najčešće u situacijama kada su i monarh i parlament želeli njihovu smenu iz političkih i ličnih razloga. Iako je instrument opoziva zbog zloupotrebe javnog novca bio povremeno zloupotrebljavan, uspostavljanje direktne linije odgovornosti između kraljevskih službenika i parlamenta bilo je od velikog ustavnog značaja.

U vreme vladavine kraljice Elizabete I, 1559. godine, formirana je Kancelarija za reviziju, kao prva preteča današnje Nacionalne revizorske institucije. Formalna funkcija Kancelarije za reviziju bila je revizija računa Državnog trezora, kao i prihodi drugih važnih državnih institucija, kao što su: carina, pošta itd.<sup>20</sup> Valja napomenuti da je izvršena revizija po svojoj prirodi bila upravno-pravne a ne sudske prirode.<sup>21</sup> Ovaj sistem funkcionisao je skoro dva puna veka.

U XVII veku, sistem finansijske odgovornosti u Engleskoj pretrpeo je značajnu reformu, uglavnom zbog burnih političkih dešavanja koja su potresala celu naciju. Revolucija iz 1688. godine opšte poznata je kao prekretnica između perioda autokratske monarhije i ustavne monarhije u Engleskoj. Aktuelna politička dešavanja dodatno su podstakla postepeno uspostavljanje pune parlamentarne kontrole nad javnom potrošnjom i sistema odgovornosti države za trošenje budžetskih sredstava prema građanima.<sup>22</sup> Nakon revolucije, monarh je bio u obavezi da sazove parla-

<sup>17</sup> P. Einzig, 87-90.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> J.E.D. Binney, 195-197.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> P. Einzig, 117-131.

ment svake godine, što je parlamentu omogućilo jako dobru poziciju u procesu kontrole javne potrošnje.

Tokom vladavine Vilijema III godišnji računi javnih prihoda i rashoda bili su podvrgnuti reviziji parlamentarnih komisija, koje su bile imenovane putem opštih akata parlamenta. Prvi parlamentarni Odbor za javne račune bio je uspostavljen nedugo nakon toga, 1690. godine.<sup>23</sup> Međutim, naponi Parlamenta da uspostavi kontrolu nad javnom potrošnjom nisu bili dugog veka. Početkom XVII veka Donji dom engleskog parlamenta izgubio je svoju moć kontrole javne potrošnje, tako da za vreme vladavine Hanover-skih kraljeva niti je bilo moguće sazvati Odbor za javne račune, niti su računi sistemski polagani parlamentu.<sup>24</sup>

### **3. Razvoj kontrole javne potrošnje u Škotskoj – postepeno ograničavanje diskrecije škotske krune**

Mehanizmi finansijske odgovornosti u susednoj Škotskoj tokom XIV, XV i XVI veka bili su prilično nerazvijeni u poređenju sa Engleskom. Ovlašćenja parlamenta nad upravljanjem javnim finansijama bila su mnogo slabija nego što je to bio slučaj u Engleskoj.<sup>25</sup> Škotski parlament nije imao ekskluzivno pravo da nameće poreze, i to verovatno iz razloga što je i samo oporezivanje u Škotskoj bilo izuzetno neredovno, što je nesumnjivo oslabilo pregovaračku poziciju vlasnika feudalnih poseda (feudalnih staleža - estates).<sup>26</sup> Pored toga, čini se da je sam parlament pre-pustio pitanja javnih finansija drugim institucijama, kao što su na primeri bili Opšti saveti ili Skušina staleža, koji su se sastojali od predstavnika feudalaca. Izgleda da je u to vreme postojala opšta svest o potrebi davanja saglasnosti feudalnih staleža na pitanja javnih prihoda i rashoda, ali ne postoji nikakva dokumentacija koja ukazuje na to da je parlament ikada zahtevao da on sam dobije tu privilegiju.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> W.C. Dickinson, *Scotland from the Earliest Times to 1603*, Oxford at the Clarendon Press, 1977, 99-100.

<sup>26</sup> I.E. O'Brien, 180.

<sup>27</sup> Ibid. 180-184.

Slično kao i u Engleskoj, Državni trezor (the Exchequer) predstavljao je centralni organ uprave nadležan za pitanja finansija. Međutim, za razliku od sistema srednjovekovne Engleske, škotski Državni trezor se u najvećem delu bavio revizijom kraljevskih računa, čime je po svojoj funkciji odgovarao gornjem nivou engleskog Državnog trezora. Međutim, i pored određenih sličnosti, može se tvrditi da je škotski Državni trezor predstavljao prilično nerazvijenu instituciju, koja sve do druge polovine XI veka nije imala svojstvo stalnosti.<sup>28</sup> Škotski državni revizori, koji su bili predstavnici Doma lordova, imenovani su samo za vreme trajanja revizije i bili su oslobođeni vršenja revizorske funkcije nakon završetka revizije.<sup>29</sup>

Obavljanje godišnje revizije kraljevskih računa tokom XIV i XV veka bilo je takođe nesistematsko i nedovoljno profesionalno.<sup>30</sup> Početak revizije godišnjeg računa morao je biti najavljen najmanje šest nedelja unapred i računovođe su imale pravo da budu prethodno upozorene o vođenju postupka kontrole najmanje četrdeset dana unapred. Računovođe koje se nisu pojavile u zakazanom terminu mogle su biti kažnjene novčanom kaznom, koja, se međutim, nije sistematično izricala. Zbog toga se često dešavalo da kraljevski službenici koji su upravljali javnim finansijama nisu dolazili na zakazane termine da polože račune, što za posledicu nije imalo i njihovo finansijsko kažnjavanje.<sup>31</sup> Na ovaj način znatno je oslabljena revizorska funkcija.

Tokom XVI veka, uprkos privremenim problemima, prihodi Škotske su rasli i fiskalna administracija je postajala sve sofisticiranija. Za razliku od ranijeg sistema u kome se sav prihod automatski trošio bez ikakvog ograničenja rashoda, u XVI veku razvija se tendencija da se potrošnja usmeri ka željenim ciljevima.<sup>32</sup> Borba za kraljevski potpis,<sup>33</sup> između dvora, s jedne strane, i Krunskog veća (kao administrativnog tela nadležnog za prikupljanja prihoda) i Parlamenta s druge strane, pokazala je sve veće protivljenje neograničenoj finansijskoj kraljevskoj moći i stvorila uslove za postepeno uspostavljanje efikasne kontrole javne potrošnje. Institucija

<sup>28</sup> A. L. Murray, "The Procedure of the Scottish Exchequer in the early Sixteenth Century", *The Scottish Historical Review* No. 130, Vol. XL, (1961), 95-97.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 91.

<sup>30</sup> C. Madden, 12-40.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Davanje kraljevskog potpisa označavalo je davanje zemlje ili drugih oblika povlastica.

Državnog trezora, kao ad hoc pasivnog tela, koje se sastajalo samo jednom godišnje da izvrši reviziju računa, postaje stalna ustanova 1584. godine. Iako je glavna početna funkcija stalnog Državnog trezora bila sudske prirode, postepeno se razvijao i finansijsko-upravni aspekt njegovog rada, posebno posle 1590.<sup>34</sup> Stalni Državni trezor je na kraju postao organ uprave u pravom smislu te reči, a njegovi revizori bili su oslobođeni personalne odgovornosti blagajnika i kontrolora.<sup>35</sup>

#### **4. Zajednički razvoj kontrole javne potrošnje u Ujedinjenom Kraljevstvu**

Nakon potpisivanja Sporazuma o uniji između Škotske i Engleske 1707. godine, počela je nova faza razvoja finansijske odgovornosti Ujedinjenog Kraljevstva, u kojoj su zajedničke institucije finansijske odgovornosti započele da se suočavaju sa brojim izazovima. Britanski poraz u američkom ratu za nezavisnost pojačao je kritike na račun britanskog finansijskog upravljanja i kontrole javne potrošnje. Monopol Državnog trezora u finansijskom upravljanju, centralizacija revizije koja je i dalje imala elemente sudske kontrole često su kritikovani zbog lošeg funkcionisanja i rigidnosti.<sup>36</sup> Zbog toga su pripadnici političke opozicije započeli snažnu kampanju za reformu finansijskog upravljanja, koja je obuhvatala i reviziju kraljevskih računa.

Prvi uspešni koraci reforme sistema finansijske odgovornosti preduzeti su 1780. godine, kada je uspostavljena stalna Komisija parlamenta za ispitivanje javnih računa. Interesantno je napomenuti da su članovi Komisije počeli da se bave ne samo ispitivanjem zakonitosti i regularnosti javnih rashoda, već i ispitivanjem njihove ekonomičnosti i efikasnosti, kako bi se smanjilo rasipanje javnih sredstava i obezbedilo bolje upravljanje javnim novcem.<sup>37</sup>

U prvih nekoliko decenija XIX veka, nastavljaju se započete reforme

<sup>34</sup> A. L. Murray, "Sir John Skene and the Exchequer, 1594-1612", *Stair Society Miscellany*, 1971, 126.

<sup>35</sup> J. Goodare, 121.

<sup>36</sup> J.E.D. Binney, 7-19.

<sup>37</sup> D. Dewar, "Value for Money Audit: the first 800 years", *Public Finance and Accountancy*, 1985.

u cilju daljeg unapređenja sistema finansijske odgovornosti. Kancelarija za reviziju, koja je, kako smo prethodno istakli osnovana još 1559, značajno je osnažila svoje organizacione i ljudske kapacitete.<sup>38</sup> Najvažnija promena ogledala se u tome što Kancelarija od 1832. godine počela da svoje nalaze i izveštaje dostavlja Donjem domu Parlamenta a ne izvršnoj vlasti, čime su stvorene osnovne pretpostavke za demokratsku, parlamentarnu kontrolu javne potrošnje.

Najznačajnija ličnost koja je doprinela daljoj suštinskoj reformi sistema finansijske odgovornosti bio je William Gladstone, koji je obavljao funkciju ministra finansija od 1852. do 1866. godine. Gladstone je uveo niz značajnih reformi u sistemu kontrole javne potrošnje. Parlamentarna kontrola je proširena na kontrolu trošenja poreskih i carinskih prihoda 1854. godine. Sedam godina kasnije, uspostavljen je i najstariji i najprestižniji britanski parlamentarni odbor – Odbor za javne račune, odlukom broj 122 (sada odluka 148).<sup>39</sup>

Najznačajniji zakon u oblasti kontrole javne potrošnje tog doba bio je Zakon o Državnom trezoru i reviziji donet 1866. godine.<sup>40</sup> Ovim zakonom uspostavljena je funkcija Kontrolora i vrhovnog revizora (Comptroller and Auditor General). Kontroloru i vrhovnom revizoru poverene su, kao što samo ime kaže, dve osnovne funkcije: kontrolora i vrhovnog revizora. Kao kontrolor, on je ima dužnost da autorizuje izdavanje novca sa računa Centralne banke Engleske svim organima uprave. Funkcija vrhovnog revizora ga je, sa druge strane, obavezivala da izvrši reviziju računovodstvene dokumentacije svih državnih organa. Zakonom o Državnom trezoru i reviziji uspostavljena je takođe i institucija Državnog trezora i revizije, koja je nastala spajanjem kontrolnog odeljka Državnog trezora i Kancelarije za reviziju. Osnovni zadatak ove institucije bio je da pruži podršku Vrhovnom kontroloru i revizoru u reviziji javnih računa, kao i da dostavi informacije o obavljenim revizijama parlamentarnom Odboru za javne račune.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> F. White, K. Hollingsworth, *Audit, Accountability and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 35.

<sup>39</sup> *Ibid*, 35-36.

<sup>40</sup> The Exchequer and Audit Departments Act, 1866.

<sup>41</sup> J. Molinier, "Parliament's Financial Powers: A Comparison between France and Britain", u D. Coombes D. (ur), *The Power of the Purse*, London George Allen & Unwin Ltd, 1976, 173.

Donošenjem Zakona o Državnom trezoru i reviziji iz 1866. godine postavljeni su čvrsti temelji za sveobuhvatnu reformu britanskog sistema finansijske odgovornosti.<sup>42</sup> Ovim Zakonom predviđena je i obaveza svih organa uprave da pripreme svoju računovodstvenu dokumentaciju koja će biti predmet revizije.<sup>43</sup> Ministarstvu finansija je ostavljeno ovlašćenje da utvrdi koji će sve organi uprave biti u obavezi da pripreme i predaju računovodstvenu dokumentaciju Kontroloru i vrhovnom revizoru. Odeljkom 27. Zakona o Državnom trezoru i reviziji dato je pravo Kontroloru i vrhovnom revizoru da ispita svu računovodstvenu dokumentaciju i proverí da li je ona potkrepljena odgovarajućom pratećom dokumentacijom, kao i da li je novac potrošen u skladu sa svrhom koju je odobrio parlament.<sup>44</sup>

U prvim dekadama XX veka, sistem finansijske odgovornosti uspostavljen Zakonom iz 1866. već je počeo da zastareva, što je bio glavni razlog postepene izmene tadašnjeg zakonodavnog okvira. Krajem XIX veka i početkom XX veka javna potrošnja je enormno porasla, što je zahtevalo promene u javnom računovodstvu i reviziji. Zbog toga su 1921. godine donete izmene i dopune Zakona o Državnom trezoru i reviziji, kojima je prethodni zakonodavni okvir iz 1866. prilagođen novim društvenim prilikama.

Izmenama i dopunama Zakona o državnom trezoru i reviziji iz 1921. godine Kontrolor i vrhovni revizor dobio je znatno veća ovlašćenja u obavljanju revizije. Pošto je značajno povećanje rashoda onemogućilo proveravanje svakog pojedinačnog računa, izmene i dopune Zakona dale su dodatno ovlašćenje Kontroloru i vrhovnom revizoru da se osloni na postojeći sistem interne kontrole u okviru organa uprave i da, umesto da proverí sve račune, testira finansijske transakcije koje su rizičnog karaktera da bi se uverio u efektivnost postojećih internih kontrola.<sup>45</sup> Izmenama i dopunama Zakona, Kontrolor i vrhovni revizor dobio je takođe pravo da ispituje nove vrste računovodstvene dokumentacije, koja se razvila u prethodnim dekadama.<sup>46</sup> Međutim, izmenama i dopunama Zakona nije rešeno ključno pitanje nezavisnosti Kontrolora i vrhovnog revizora u

<sup>42</sup> White, K. Hollingsworth, 37.

<sup>43</sup> Odeljak 22, The Exchequer and Audit Departments Act 1866.

<sup>44</sup> White, K. Hollingsworth, 37.

<sup>45</sup> Odeljak 1(2), The Exchequer and Audit Departments Act 1921.

<sup>46</sup> Odeljak 4, The Exchequer and Audit Departments Act 1921.

odnosu na izvršnu vlast, koja je još uvek vršila snažan uticaj na ovu važnu kontrolnu instituciju.

Tokom 1960-ih pritisci za dalju reformu sistema kontrole javne potrošnje su rasli, poduprti zahtevima parlamentaraca i akademske zajednice da se opseg revizije, koji je u to vreme pokrивao samo polovinu ukupne javne potrošnje, značajno proširi. Nadalje, zahtevalo se da se uvede posebno ovlašćenje Kontrolora i vrhovnog revizora da izveštava parlament o svrsihodnosti javne potrošnje, odnosno vrednosti za uloženi novac.<sup>47</sup> Predlagači reformi su takođe tvrdili da bi trebalo ustanoviti pouzdanije mehanizme koji bi obezbedili nezavisnost revizora od izvršne vlasti.<sup>48</sup>

Kontinuirani pritisci za reformu postojećeg sistema urodili su plodom i rezultirali usvajanjem novog Zakona o nacionalnoj reviziji 1983. godine.<sup>49</sup> Donošenjem ovog Zakona, Kontrolor i vrhovni revizor formalno je postao predstavnik Donjeg doma britanskog Parlamenta i dato mu je eksplicitno pravo da obaveštava Parlament o ekonomičnosti, efikasnosti i delotvornosti trošenja javnih sredstava. Ovim Zakonom takođe je ustanovljena i Nacionalna revizorska institucija koja je zamenila instituciju Državnog trezora i revizije.<sup>50</sup> Službenici Nacionalne revizorske institucije nisu više imali status državnih službenika, čime su stvoreni uslovi za veći stepen njihove samostalnosti u odnosu na izvršnu vlast.

Sistem finansijske odgovornosti uspostavljen Zakonom iz 1983. godine ostao je gotovo nepromenjen do današnjih dana. Istorijski razvoj britanskog parlamentarnog sistema, kao i reforme koje su učvrstile nezavisan status Nacionalne revizorske institucije, postavili su osnove za delotvoran nadzor parlamenta nad javnom potrošnjom. Ovi mehanizmi finansijske odgovornosti počeli su da služe za primer ne samo zemljama anglo-saksonskog pravnog sistema, već i zemljama kontinentalne Evrope, uključujući i Republiku Srbiju.

Valja, međutim, primetiti da je u poslednjoj dekadi parlamentarna kontrola javne potrošnje u Velikoj Britaniji postala predmet kritike naučne i stručne javnosti. Tradicionalna uloga parlamenta kao "čuvara nacional-

---

<sup>47</sup> *The History of the National Audit Office*, UK National Audit Office web site, [www.nao.gov.uk](http://www.nao.gov.uk), 25.5.2013.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> F. White, K. Hollingsworth, 41-46.

<sup>50</sup> The National Audit Act 1983.

nog novčanika” danas postepeno gubi na značaju, dok moć izvršne vlasti u pogledu utvrđivanja i izvršenja javnih rashoda sve više dolazi do izražaja.

Britanski parlament pokušava da svoj uticaj finansijskog kontrolora ojača prvenstveno kroz rad parlamentarnog Odbora za javne račune, koji i dalje predstavlja jedan od najmoćnijih instrumenata parlamentarne kontrole javne potrošnje. Odbor je u svom radu tradicionalno nezavisan i nepristasan, što se jednim delom obezbeđuje ustavnom konvencijom koja predviđa da predsednik Odbora uvek mora biti predstavnik opozicione partije. Odbor u okviru svoje nadležnosti ispituje trošenje finansijskih sredstava svih Ministarstva, izvršnih agencija, Nacionalne zdravstvene službe i velikog broja drugih javnih tela.<sup>51</sup> Nema nikakve sumnje da glavna prednost Odbora za javne račune u odnosu na druge parlamentarne odbore leži u tome što se njegov rad u velikoj meri oslanja na rad Nacionalne revizorske institucije, što se smatra i ključom uspeha u njegovom viševekovnom uspešnom radu.<sup>52</sup> Na osnovu izveštaja koje dobije od Nacionalne revizorske institucije i svojih dodatnih istraživanja, Odbor za javne račune poziva nadležne državne službenike na odgovornost za trošenje javnog novca i o svojim nalazima obaveštava Donji dom Parlamenta. Izveštaji Odbora zajedno sa Vladinim odgovorima na njih su predmet debate u redovnim godišnjim diskusijama o trošenju javnih sredstava za prethodnu godinu, a poslanici ih mogu predložiti kao predmet diskusije i u drugim prilikama. Na ovaj način omogućava se kontinuirana parlamentarna, demokratska kontrola javne potrošnje, čiji su temelji postavljeni nekoliko vekova pre.

## 5. Zaključak

Istorijski razvoj kontrole javne potrošnje Velike Britanije pokazuje brojne izazove sa kojima su se britanske predstavničke institucije suočavale u težnji da ograniče rasipanje javnih sredstava od strane monarha. I dok su se ove institucije borile da monarh postane odgovoran za javnu potrošnju, monarsi su istovremeno radili na jačanju finansijskog nadzora u okviru svoje sopstvene administracije. Tokom viševekovnog razvoja, britanski

<sup>51</sup> L. Sharman of Redlynch, *The Review of Audit and Accountability for Central Government*, februar 2001, 39-41.

<sup>52</sup> A. Harrison, *The Control of Public Expenditure 1979-1989*, Policy Journals, 1989.

Parlament se konačno izborio za pravo da nadzire trošenje javnih sredstava prvenstveno putem rada svog Odbora za javne račune, čije su aktivnost svesrdno podržane od strane Nacionalne revizorske institucije.

Postavlja se i pitanje na koji način bi se britansko iskustvo parlamentarne kontrole javne potrošnje moglo primeniti u Srbiji, posebno u pogledu kontrole od strane parlamentarnih odbora. Poznata je činjenica da je rad parlamentarnih odbora u Srbiji i dalje nedovoljno razvijen i da je usmeren pre svega na aktivnost analize zakonskih predloga, a neuporedivo manje na ispitivanje sprovođenja politike Vlade. Poslovníkom Narodne Skupštine iz 2010. godine, Odboru za finansije data je odgovarajuća nadležnost za analizu zakonskih predloga iz oblasti javne potrošnje, kao i za nadgledanjem trošenja budžetskih sredstava. Medjutim, Odbor za finansije nema odgovarajuću strukturu, jer njegovi članovi nisu specijalizovani za pitanja javne potrošnje, već su primarno usmereni na analizu i pripremu legislative iz ove oblasti.

Smatramo da bi trebalo posvetiti ozbiljnu pažnju razmatranju mogućnosti uspostavljanja specijalizovanog parlamentarnog Odbora za kontrolu javne potrošnje u Srbiji, koji bi se isključivo bavio kontrolom trošenja finansijskih sredstava i koji bi bio modeliran po uzoru na britanski Odbor za javne račune. Odbor za kontrolu javne potrošnje bi predstavljao i ključnu vezu između Državne revizorske institucije, koja je i dalje u procesu konsultisanja, i Narodne skupštine, posebno imajući u vidu činjenicu da Državna revizorska institucija nema na raspolaganju značajna sredstva za sankcionisanje nezakonitosti i neracionalnosti javne potrošnje i da je stoga usmerena na Narodnu skuštinu za pomoć u primeni svojih preporuka. Uspostavljanjem parlamentarnog Odbora za kontrolu javne potrošnje i daljim razvojem kapaciteta Državne revizorske institucije zatvorio bi se krug institucionalne kontrole javne potrošnje i postavili zdravi temelji za stvaranje parlamentarne kontrole javne potrošnje u Srbiji, što bi nesumnjivo doprinelo poboljšanju transparentnosti procesa javne potrošnje i jačanju odgovornosti izvršne vlasti za trošenje finansijskih sredstava poreskih obveznika.

**Aleksandra Rabrenović Ph.D**

Research Fellow

Institute of Comparative Law Beograd

## **HISTORICAL DEVELOPMENT OF PUBLIC EXPENDITURE CONTROL IN GREAT BRITAIN**

### Summary

The paper analyses historical development of public expenditure control in Great Britain, with a special overview of English and Scottish institutions from XII to XVIII century. The author further examines development of institutional mechanisms of financial accountability, especially the establishment of the Public Accounts Committee and the Audit Office, as a predecessor of the UK National Audit Office. The author concludes that the historical overview of the system of public expenditure control can provide an important source of inspiration for further development of financial accountability system of the Republic of Serbia and proposes establishment of a special Committee for Budget Control of the National Assembly of the Republic of Serbia, which could, similarly to the UK Public Accounts Committee, undertake an important active role in the control of spending of taxpayers money.

**Key words:** historical development, public expenditure control, Great Britain.

## EUTANAZIJA I PRUŽANJE POMOĆI U SAMOUBISTVU KRIVIČNA ODGOVORNOST ZA POMAGANJE PRI SAMOUBISTVU

### Apstrakt

*Eufemizmi poput “oslobođenje”, “nežno spuštanje”, “pravo na vlastitu smrt”, ili konstrukcije kao “umiranje po sopstvenoj želji”, “čovjek ima pravo na život, ali i na smrt”, “neka smrt dođe sama”, “lekar treba da produžava život dokle god je to moguće, ali ne bi trebalo da produžava agoniju umiranja”, upućujući na “pasivnu eutanaziju” ili “pomaganje u umiranju”. Mnogi, uključujući i određeni manji broj lekara, smatraju da “umiranje po sopstvenoj želji” nije nemoralan čin i da u odnosu na moralne vrednosti svaki čovek može da ima svoj stav - to je u redu (eutanaziju treba legalizovati), ili to nije u redu (ne treba liberalizovati eutanaziju). Oko ovog pitanja su se oduvek lomila “teorijska koplja” i baš ovde je nastao ubedljiv dokaz jaza između moralnih i pravnih načela. Kako izaći iz ovog lavirinta? Vidimo dva dijametralno suprotna stanovišta koja su vladala tokom čitave istorije “eutanazije”. Međutim, kako se snaći u tim novim traganjima ka najoptimalnijem rešavanju označenog problema? Da li se i dalje kretati već trasiranim putevima u regulisanju ovakvog načina umiranja, samo su neka od pitanja na koja autor u ovom radu pokušava da dâ odgovore.*

**Ključne reči:** asistiranje u samoubistvu, nepodnošljiv bol, lični izbori, opasnost legalizacije

## 1.Uvod

### 1.1.Pomaganje u samoubistvu

Pod samoubistvom, u smislu ovog krivičnog dela, podrazumeva se svesno i voljno (umišljajno) lišenje života samog sebe. To znači da je uslov za postojanje ovog krivičnog dela da je samoubica napunio osamnaest godina života, i da je prema svojim intelektualnim i voluntarističkim sposobnostima u mogućnosti da shvati značaj svojih postupaka i da njima upravlja. Reč je, o licu koje je svesno da preduzima delatnosti kojima sebe lišava života<sup>1</sup>.

Radnja krivičnog dela se sastoji u umišljajnom doprinošenju, odnosno u omogućavanju (uticanju u smislu podrške ili podupiranja tuđeg dela) ili olakšavanju u izvršenju, punoletnom i uračunljivom licu da izvrši samoubistvo, nakon što je ono takvu odluku već donelo.<sup>2</sup>

Posledica krivičnog dela sastoji se kako u samoubistvu, tako i u pokušaju samoubistva. Izvršilac ovog dela može da bude svako lice koje umišljajno pomaže samoubicu u izvršenju samoubistva. Za ovaj, osnovni oblik krivičnog dela, predviđena je kazna zatvora od od šest meseci do pet godina (član 119. stav 1). U smislu bližeg razrađivanja i konkretizacije, u okviru ovog oblika krivičnog dela, postoje dva teža modaliteta koja su određena s obzirom na ličnost lica koje vrši samoubistvo, odnosno obzirom na uzrast i uračunljivost ličnosti kojoj se pomaže u realizovanju samoubistva: 1) prvi teži oblik ovog krivičnog dela (stav 3) sastoji se u pomaganju u izvršenju samoubistva maloletniku koji je navršio četrnaest godina, ili licu koje se nalazi u stanju bitno smanjene uračunljivosti (za ovo krivično delo predviđena je kazna zatvora od dve do deset godina); 2) drugi teži oblik ovog krivičnog dela sastoji se u pružanju pomoći u izvršenju samoubistva maloletniku koji nije navršio četrnaest godina, odnosno licu koje je neuračunljivo. U pogledu kažnjivosti ovo delo je izjednačeno sa krivičnim delom običnog ubistva. Upravo, ovde je reč o običnom ubi-

<sup>1</sup> Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar KZ CG*, Cetinje 2004., 371.

<sup>2</sup> Baumann kaže: "da radnja pomagača ne izaziva odluku o delu... Ona samo potpomaže realizovanje odluke o delu, rečju, i delom omogućava ili olakšava izvršenje zločina ili prestupa". J. Baumann, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Berlin 1977, 599.

Nasuprot tome, ako bi radnja pomaganja bila preduzeta pre nego što je učinilac doneo slobodnu odluku za izvršenje krivičnog dela, onda bi takva radnja predstavljala podstrekavanje, a ne pomaganje (ovo naročito važi za davanje saveta učiniocu kako da izvrši konkretno krivično delo.).

stvu, jer samoubica nije u stanju da rasuđuje i odlučuje da li će izvršiti samoubistvo. Ovakvo mišljenje se temelji na shvatanju da pomaganje ovih lica u tome faktički znači njihovo lišavanje života, bez obzira šta ona neposredno ne preduzimaju jednu radnju kojom se ostvaruje ova posledica. Pojam neuračunljivosti treba shvatiti kao nesposobnost shvatanja značaja svog dela, odnosno nemogućnost upravljanja svojim postupcima.<sup>3</sup> Ukoliko je, usled izvršenja krivičnog dela iz bilo kog od navedenih oblika, došlo samo do pokušaja samoubistva, izvršilac se može blaže kazniti (stav 5).

Međutim, našu pažnju privlači stav 2. u kome je predviđen jedan poseban, lakši oblik ovog krivičnog dela. Reč je o pomaganju u samoubistvu iz samilosti, o najlakšem obliku ove inkriminacije koja postoji, odnosno za koju se traže svi uslovi kao i kod dela lišavanja života iz samilosti (iz člana 117). Za ovaj oblik dela predviđena je kazna zatvora od tri meseca do tri godine.

1) Pomaganje pri samoubistvu može biti fizičko ili materijalno (stavljanje izvršiocu na raspolaganje sredstava za bezbolno izvršenje dela, uklanjanje prepreka za izvršenje dela,...) i psihičko ili intelektualno (davanje saveta ili uputstva kako da se izvrši krivično delo, hrabrenje samoubice da istraje u svojoj odluci da izvrši krivično delo,...).

2) Zavisno od načina pružanja pomoći samoubici, pomaganje može biti posredno i neposredno. Neposredno pomaganje postoji kada pomagač direktno ukazuje pomoć licu koje se odlučilo na ovakav akt, odnosno kad sam preduzima delatnosti kojima olakšava, omogućava, tj. potpomaže izvršenje samoubistva; ili, jednostavno, direktno (neposredno) pomaganje predstavlja direktnu umišljajnu pomoć učiniocu u ostvarenju samoubistva. Ovo je kraći i efikasniji način pružanja pomoći od pomoći pružene preko drugog lica. Što se tiče posrednog pomaganja, ono će postojati kada pomagač u samoubistvu pruža pomoć izvršiocu ovog dela preko drugog lica, odnosno posrednog pomagača. Drugim rečima, indirektno (posredno) pomaganje sastoji se u pružanju bilo kakve druge pomoći pre izvršenja ili u toku samog izvršenja samoubistva, a da se, pri tome takvo pružanje pomoći ne može smatrati direktnim pomaganjem u samoubistvu. To je, u stvari, pomaganje pomagaču.<sup>4</sup> Posredni pomagač je onaj koji pruža pomoć neposrednom pomagaču. Posredno pomaganje postoji i onda kada jedno lice pruža pomoć neposrednom pomagaču ili

<sup>3</sup> Vid. o tome opš: Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, 58-65.

<sup>4</sup> U presudi VS Srbije, Kž 232/86. pominje se "Konstrukcija pomagača pomagaču".

neposrednom podstrekaču u samoubistvu (na pr., posredni pomagač će biti i lice koje daje savete ili uputstva podstrekaču kako da ovaj navede izvršioca na izvršenje samoubistva). Dakle, posredno pomaganje je i pomaganje u podstrekavanju, ali i podstrekavanje na pomaganje.<sup>5</sup> S obzirom da se posredno pomaganje može vršiti i preko više posrednika, ovde se radi o sukcesivnom pomaganju.

Navedene vrste pomaganja mogu se izvršiti bilo aktivnom radnjom - činjenjem, bilo nečinjenjem, mada su u praksi slučajevi posrednog pomaganja nečinjenjem toliko retka pojava, da su prosto zanemarljivi.

3) Prema načinu izvršenja, odnosno vrsti radnje kojom se vrši, pomaganje u samoubistvu može biti pozitivno (*concurcus positivus*) i negativno pomaganje (*concurcus negativus*). Pozitivno pomaganje je pomaganje koje se preduzima činjenjem, a negativno pomaganje - pomaganje koje se vrši nečinjenjem.<sup>6</sup> U konkretnoj analizi, pored pomaganja kao oblika aktivnog doprinosa izvršiocu da oduzme sebi život, pomaganje u samoubistvu, međutim, može da se izvrši i nečinjenjem. Ovakvo pomaganje će postojati samo u slučaju ako je postojala pravna obaveza pomagača da preduzme određenu delatnost kojom bi sprečio nastupanje zabranjene posledice, odnosno kojom bi sprečio izvršenje samoubistva, a on to nije učinio. Dakle, nečinjenje se ovde sastoji u propuštanju jednog lica da postupi u skladu sa svojim dužnostima, ako tim propuštanjem olakšava drugom licu izvršenje samoubistva. U tom smislu, kada se insistira na prethodnoj konstataciji, onda se, svakako mora uzeti u obzir sledeće: ne postoji opšta zakonska obaveza sprečavanja samoubistva drugih lica, niti se takva obaveza može uspostaviti na osnovu opštih zakonskih normi. Izuzetno, određenim pravnim propisima se za pojedince takva obaveza može ustanoviti, može nametnuti kao pravna dužnost. Ukoliko po toj dužnosti, kao zakonskoj obavezi na činjenje, ne postupe, a nije bilo smetnji da se obavezna radnja preduzme i time spreči samoubistvo nekog lica, to tada kao propust ulazi u pojam pomaganja i smatra se uslovom posledice.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Prema Schoenke – Shroeder, "Pomaganje kod pomaganja je pomaganje glavnog dela" *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 1978, 168.

<sup>6</sup> F. K. Openhof, komentarišući paragrafe 34. i 46. Pruskog kaznenog zakonika iz 1851. godine, kaže: "Ne može se izvesti kao da ukazivanje pomoći treba da bude samo u pozitivnom činjenju, već se ona štaviše može ukazivati i namernim propuštanjem da se nešto učini, što nam je po zakonu ili ugovoru u dužnosti činiti".

<sup>7</sup> D. Pavlović, „Krivična odgovornost za navođenje na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu“, *Pravni život*, br. 9/1995, 166.

4) Radnja pomaganja u izvršenju samoubistva se, po pravilu, može preduzeti pre izvršenja samoubistva (prethodno pomaganje), ili u toku samog njegovog izvršenja (istovremeno pomaganje). Bitno je, dakle, da su (kumulativno) ispunjena dva uslova: a) da se delatnost pomagača ne pojavljuje kao sastavni deo radnje izvršenja - samoubistva, i b) da se pomoć pruža kada je izvršilac već doneo odluku za izvršenje samoubistva, jer u protivnom postoji podstrekavanje. To su najznačajnije koordinate: ukoliko pomagač u samoubistvu pruža pomoć izvršiocu samoubistva pre nego što je ovaj preduzeo radnju izvršenja samoubistva (na pr., kada pomagač nabavi odgovarajuće sredstvo nekom licu, a kojim ovaj treba da izvrši samoubistvo), onda se ona može učiniti tek od momenta kada je izvršilac definitivno odlučio da okonča svoj život. Dakle, pomaganje pretpostavlja da se jedno lice (samoubica) već odlučilo da izvrši samoubistvo. U suprotnom, postoji krivično delo podstrekavanja na samoubistvo (na pr. navođenje na samoubistvo učvršćivanjem kolebljive odluke potencijalnog samoubice da sebi oduzme život). Nema dileme da ovakvo stanje u potpunosti odražava prirodu i karakter odnosa samoubice i pomagača u samoubistvu.

Inače, između podstrekavanja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu nema sticaja. Zapravo, lakši oblik krivičnog dela - pomaganje u samoubistvu je konzumiran težim, tj. podstrekavanje kao teža forma učešća u jednom delu uvek konzumira pomaganje kao lakšu formu izvršenja dela.

5) Pomaganje u samoubistvu može da se ostvari delatnošću samo jednog lica, a može i kroz delatnost više lica. U slučaju učestvovanja više lica postoji sapomaganje, pri čemu se sva ova lica nalaze u međusobnom odnosu sapomagača u samoubistvu. Ova vrsta pomaganja postoji samo pod uslovom da sva lica, koja pružaju pomoć nekom licu u samoubistvu, čine to istovremeno.

6) Najzad, i bez posebnog obrazlaganja, pomaganjem u samoubistvu se doprinosi izvršenju samoubistva koje izvršuje drugo lice - samoubica. Radnja pomaganja pretpostavlja postojanje određenog odnosa između pomagača i pomognutog u samoubistvu, kao i između pomagača i dela samoubistva čiju realizaciju ovaj pomaže. Taj odnos se ogleda u tome što pomagač mora biti svestan kojem individualnom licu pomaže, ili kojem određenom krugu lica pripada samoubica. U istom kontekstu, pomaganje podrazumeva i individualno određeno delo u kome se pomaže. Drugim rečima, umišljaj pomagača treba da obuhvati svest o tome da

preduzimanjem određenih delatnosti on podupire, podržava, olakšava izvršenje samoubistva. Ili, umišljaj pomagača treba da je sračunat na pružanje neke dopunske, prethodne, istovremene ili naknadne pomoći koja je bila rezultat prethodnog dogovora između lica koje pruža pomoć i onog koji se odlučio da liši sebe života.

7) Da bi postojao kvalifikovani oblik krivičnog dela iz čl. 51. KZ Srbije, uslov je da pomagač zna da pruža pomoć maloletniku iznad ili ispod 14 godina života, odnosno da pomaže lice koje se nalazi u stanju bitno smanjene uračunljivosti, tj. lice koje je neuračunljivo u izvršenju samoubistva.

8) Uz sve iznete osobenosti krivičnog dela pomaganja pri samoubistvu, da kažemo nešto i o dobrovoljnom odustanku pomagača. Naime, pomagač se može osloboditi od kazne ukoliko je dobrovoljno sprečio izvršenje radnje samoubistva. Izvršenje dela mora biti sprečeno angažovanjem pomagača, a ne delovanjem nekih drugih, spoljnih faktora, pa makar se pomagač trudio, ali bezuspešno, da spreči izvršenje samoubistva. Međutim, ovo ne isključuje situaciju kad su, pored pomagačevog delovanja, i neki drugi faktori sadejstvovali u sprečavanju ovog dela. Nije dovoljno da se pomagač trudio da spreči izvršenje samoubistva, već da ga je stvarno i sprečio. Sprečavanje može da bude realizovano posle dovršenja radnji pomaganja, ali i u toku samog pomaganja. Ovde treba razlikovati dve situacije:

a) s obzirom na činjenicu da je radnja pomaganja kompletno dovršena (na pr., obezbeđivanje i stavljanje otrova na raspolaganje potencijalnom samoubici), da bi se pomagaču priznao dobrovoljni odustanak, sprečavanje radnje samoubistva mora biti izraženo kroz aktivno zalaganje, delovanje pomagača na ovo drugo lice - potencijalnog samoubicu u pravcu odustajanja od ostvarenja konkretnog čina usmrćenja samog sebe. Prema tome, nesporno je, da prekid radnje izvršenja i pasivizacija pomagača, jednostavna obustava pružanja pomoći, više nije dovoljna. Uslov je, u stvari aktivnost pomagača. S druge strane, nije nužno da je samoubistvo sprečeno neposrednom radnjom pomagača. Pomagač to može postići i posrednim putem, tj. svojom inicijativom preko drugih lica (npr. ako jedno lice - pomagač, da drugom - licu "samoubici" otrov koji mu je nabavilo da bi se ovo ubilo, a zatim se pokaje i angažuje neko treće lice da pozove lekara i spase ovo drugo lice - potencijalnog samoubicu). Ukoliko zalaganje pomagača nije imalo uspeha, ta okolnost će se ceniti kao olakšavajuća prilikom odmeravanja kazne.

b) Iz prethodnog izlaganja, dobrovoljni odustanak pomagača pri samoubistvu mogući je i u toku samog pružanja pomoći. Da bi ova vrsta dobrovoljnog odustanka postojala u radnjama pomagača, neophodno je da pomagač obustavi pomoć, potrebno je njegovo pasivno držanje, uzdržavanje od daljeg preduzimanja određenih aktivnosti, a bez kojih drugo lice ne može dovršiti radnju samoubistva.

Sprečavanje mora biti dobrovoljno. Dobrovoljan odustanak postoji kada je pomagač sam, po svojoj sopstvenoj volji bez spoljnih uticaja, doneo odluku o prekidanju radnje kojom se ostvaruju uslovi za izvršenje samoubistva. Koji su uzroci doveli do takve njegove odluke, kojim se razlozima odnosno motivima rukovodio, nije od značaja. Prema tome, odluka o odustanku može biti doneta iz etičkih pobuda kao što su: samilost prema potencijalnom ubici, iskreno kajanje i griža savesti, želja da ovaj i dalje živi, ali i kukavičluk, ponekad i strah od kazne,...Ako je pomagač u samoubistvu svojom vlastitom aktivnošću paralizovao pruženu pomoć, može se osloboditi od kazne. Dakle, oslobađanje od kazne nije obligatorno, već samo fakultativno. Sud odlučuje da li će, u konkretnom slučaju, iako je sprečio nastupanje štetne posledice - samoubistva, osloboditi pomagača od kazne.

Za pojam pomaganja pri samoubistvu, nije od značaja koliko je delatnost pomagača stvarno doprinela u izvršenju samoubistva drugog lica. Ili, jednostavno, forma, način kroz koji je ostvareno pomaganje i intenzitet doprinošenja pomagača u izvršenju samoubistva, bez značaja su za postojanje krivičnog dela ostvarenog pomaganjem. Ova okolnost može uticati samo na odmeravanje kazne onom koji je pružio pomoć u samoubistvu.

Najzad, da zaključimo ovaj deo izlaganja transponovanjem odnosnog krivičnog dela na teren uporednog prava.

Kao što smo već naglasili, i dok se odgovornost za samoubistvo, jednim "cik-cak" putem gotovo izgubila, kažnjavanje za saučesništvo u izvršenju samoubistva od strane drugih lica široko je prihvaćena. I opet, po ko zna koji put se pokazalo - da kao rezultanta "beskrajnog" mnoštva različitih ishodišnih stavova o ovoj pojavi - razna zakonodavstva inkriminišu radnje navođenja i pomaganja kod samoubistva, ali pod različitim nazivima i na različite načine. Upravo, iz okvira opšteg prikaza zakonskih tekstova koja poznaju odnosno krivično delo, izdvojivamo nekoliko najpoznatijih koja tretiraju taj problem, i to na sledeći način: član 107. sovjetskog KZ predviđa ovu inkriminaciju pod nazivom "navođenje na

samoubistvo”; član 580. italijanskog KZ inkriminiše ovakvo ponašanje pod nazivom “pomaganje i navođenje na samoubistvo”; švajcarski KZ propisuje ovu inkriminaciju članom 115. pod nazivom “podstrekavanje i pomaganje u samoubistvu”; u grčkom KZ, ovo krivično delo je predviđeno odredbom člana 301. pod nazivom “učesće u samoubistvu”; englesko pravo određuje ovu inkriminaciju u *Suicide Act* pod nazivom “pomaganje i navođenje na samoubistvo”;<sup>8</sup> pravo SAD-a u *Model Penal Code* predviđa ovu inkriminaciju u članu 210. stav 1. pod nazivom “uzročno samoubistvo kao kriminalno ubistvo” i “pomaganje i navođenje na samoubistvo kao nezavistan zločin”...<sup>9</sup>

U smislu malo bližeg razrađivanja i konkretizacije, veći broj krivičnih zakonika određuje ovu inkriminaciju šire, tako da ona, pored navođenja drugog na samoubistvo, obuhvata i pomaganje drugome da izvrši samoubistvo podrazumevajući tako kao krivično delo svaki doprinos izvršenju samoubistva - upravo ovakvo rešenje je zastupljeno u Krivičnom zakoniku Italije (član 580)<sup>10</sup>, Krivičnom zakoniku Švajcarske (član 115)<sup>11</sup>, Krivičnom zakoniku Austrije (član 78)<sup>12</sup>, Krivičnom zakoniku Portugalije (član 135)<sup>13</sup>, Krivičnom zakoniku Bugarske (član 127)<sup>14</sup>, Krivičnom zakoniku Norveške (član 236)<sup>15</sup> i Krivičnom zakoniku Mađarske (član 168)<sup>16</sup>. Ovo važi i za naš Krivični zakonik (član 119. KZ) koji, takođe, predviđa kao krivično delo navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu.

<sup>8</sup> Đ. Lopičić, „Krivično delo navođenja na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu - član 139. KZ“, *JRKK* br. 3/1975, 454-457.

<sup>9</sup> Da napravimo, ovde, jedan iskorak i pokažemo veoma zanimljivo saopštenje šefa hirurije Dejvida Sačera (David Satcher), pod nazivom: “Poziv glavnog hirurga na preduzimanje preventivnih mera, tj. na akciju sprečavanja samoubistva u 1999. godini”, u kojem je, najpre, naglasio da je samoubistvo “ozbiljan društveni i zdravstveni problem”. Istakao je da je u 1996. godini (poslednja godina za koju su statistički podaci bili dostupni), izvršeno:

\* oko 31000 samoubistava;

\* oko 20000 ubistava;

\* samoubistvo se našlo na devetom mestu na listi svih oblika okončanja života

\* svake godine u SAD je za oko 500000 ljudi potrebno primeniti medicinski tretman na intenzivnoj nezi, kao rezultat pokušaja samoubistva. Internet: <http://www.iaetf.org/sus.htm>

<sup>10</sup> R.Marino, G.Gatti, *Codice penale et leggi complementari*, Napoli 1992, 217.

<sup>11</sup> O.A.Germann, *Schweizerisches Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, Zürich 1956, 144.

<sup>12</sup> E.Foregger, E.Serini, *Strafgesetzbuch StGB*, IX Auflage, Wien 1989, str. 87.

<sup>13</sup> *Codigo Penal*, 3. edicatio, Coimbra Editora, 1997, 102.

<sup>14</sup> Наказателен кодекс, Солотон, 1995. 50

<sup>15</sup> R.Walford, *General Civil Penal Code*, Norwegian Ministry of Justice, Oslo 1995., 48

<sup>16</sup> *Revue de droit Hongrois*, N°. 1-2/1980, 71.

## 1.2. Međusobni odnos krivičnog dela pomaganja u samoubistvu i krivičnog dela ubistva iz samilosti

Pitanje krivičnog dela pomaganja pri samoubistvu problematski razvijemo, prosto je bilo prirodno da u njegovom razmatranju i objašnjavanju pođemo, jednostavno, od određivanja smisla i suštine ove vrste krivičnog dela, od formi u kojima se ono ispoljava, krivične odgovornosti i kažnjivosti onog koji pruža pomoć u samoubistvu, retrospektive našeg krivičnog zakonodavstva u pravnom normiranju ovakvog ponašanja i dr. Pri tome, namerno smo preskočili neke od problema koji kontinuirano intrigiraju,<sup>17</sup> upravo u nameri da malo više vremena i prostora posvetimo jednom drugom pitanju, pitanju koje u velikoj meri zaokuplja pažnju najširih krugova, o kome se vode rasprave višestruko zanimljivije, uvek od izvanrednog interesa koji zadire kako u domen teorije, tako i u područje sudske prakse. Reč je, zapravo, o pitanju međusobnog odnosa i odgovornosti za krivično delo pomaganja u samoubistvu i ubistvu na zahtev ili molbu.

Konvergiraju li se pomaganje u samoubistvu i aktivna ili pasivna eutanazija ili pak međusobno divergiraju, tj. kakav je njihov međusobni odnos?

Samo na prvi pogled, mnogi će pomisliti kako u ovako formulisanom pitanju već nailaze na ideju o potrebi drastičnog diferenciranja ove dve vrste učešća u određenom krivičnom delu. Ili, pri razmatranju čitavog opsega problema koji iskrsavaju u vezi sa pomenutim krivičnim delima, već se u samom “jezgru” fenomena eutanazije, njenoj specifičnoj prirodi, modalitetima ispoljavanja (!?) upadljivo odslikava različitost eutanazije od pomaganja u samoubistvu - i od toga treba poći u eksplikaciji odnosne problematike.

<sup>17</sup> A o kojima je već toliko pisano. Vid. J.Thomas, Marzen et al., „Samoubistvo - Ustavno pravo?“ 24 *Duquesne L. rev* 1, 17-100 (1986); „Lekari pomoćnici u samoubistvu i Njujorški zakon“, 57 *Alb. L. rev.* 819824 - 32 (1994); „Kada se priželjkuje smrt: Pomoć u samoubistvu i eutanazija u medicinskom kontekstu“, 54-56 (1994). Mišljenje sudije Scalia u Kruzan-u 497 U.S. 294-95 takođe sadrži korisne zaključke. Kod nas vid. Đ. Lopičić (1975), N. Đurđević, „Krivična odgovornost lekara“, *JRKK*, 1-2/1995; Đ. Lopičić, „Krivična odgovornost za navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu“, *Pravni život*, br. 9/1995; Đ. Đorđević: „Navođenje na samoubistvo surovim i nečovečnim postupanjem“, *Pravni život*, br. 9, Beograd, 1996. tom I. Đ. Đorđević, „Krivičnopravni aspekti samoubistva“, *Pravni život*, broj 9, Beograd, 2009. tom I

Međutim, razmatranju ovog problema treba pristupiti i sa drugog aspekta. Objašnjavanju konkretnog pitanja pristupiće se iz drugačije perspektive, još jednom uz napomenu da pomenuto razlikovanje predstavlja složen pravno-teorijski problem čije “dešifrovanje” ponekad zadaje značajne praktične teškoće, odnosno da je zbog svoje kompleksnosti, ono vrlo sporno i diskutabilno, veoma osetljivo i delikatno. Naravno da to sa svoje strane otvara vrata najrazličitijim tumačenjima i shvatanjima u odnosu na ovo složeno pitanje.<sup>18</sup>

Ova postavka koja ukazuje na njihov karakteristični unutrašnji sadržaj je, upravo bitna, jer se na osnovu toga može jedino i razumeti, ne samo razlika u viđenju označenih dela, već i njihova osobena suština. Pri tome, kada se prošire horizonti posmatranja, pokazuje se da se ne radi prosto o dve različite kategorije, ili naprotiv, o dve skoro identične prirode, nego o dva posebna oblika učešća u “usmrćenju samog sebe” između kojih, ipak, postoje izvesne dodirne tačke, a u određenim slučajevima i svojevrsno poklapanje.

Prethodna konstatacija nam može i mora poslužiti kao vodič u opisivanju, objašnjavanju i zaključivanju o bilo kojoj delatnosti i formama stvarnosti u kojoj je postavljeno pitanje: da li je reč o pomaganju u samoubistvu ili ubistvu iz milosrđa, odnosno, gde su granice prave eutanazije, a gde pomoći u “usmrćenju samoga sebe”?

U odgovoru na ovo kompleksno pitanje, za trenutak, ćemo se osvrnuti na početak ovog tematskog područja gde sve vreme provejava razmišljanje u pravcu - šta je sa principom bezuslovnog poštovanja života, pa samim tim i poštovanja prava na “smrt po izboru”, odnosno može li se čoveku oduzeti pravo na život i pravo na smrt kao esencijalno ljudsko pravo? Treba li i može li se prekinuti život jednog čoveka, kada taj život za njega predstavlja neotklonjivu patnju? Da li je potrebno čoveka braniti od njega samog, od njegove odluke da sam ili uz pomoć nekog drugog lica skonča na ovaj i ovakav način? Zar sprečavanje nekog da umre, ako on to već hoće, nije svojevrsno nasilje, socijalna hipokrizija ili licemerje jednog društva koje po svaku cenu želi da ga održava u “životu bez života”, u stanju besmislenom i jadnom, u životu nedostojnog življenja? Kako postupati prema onom ko “povredi” tuđe pravo na život, pa makar to učinio

<sup>18</sup> Najzad, otud polarizacija shvatanja u pristupu ovoj materiji. Primera radi, Đ. Lopičić smatra da pomaganje u samoubistvu nema ništa zajedničko sa ubistvom na zahtev ili molbu. Sasvim suprotno, neki pisci smatraju da se pojmom eutanazije može u širem smislu reći obuhvatiti i pomaganje pri samoubistvu. Vid. R. Schmitt, “Aerztliche Entscheidung zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht”, *Jursten Zeitung*, Heft 8/1985, 367 - 368.

i iz samilosti zbog njegovih patnji, ili na izričito traženje žrtve, drugim rečima, da li takvo ponašanje krivično sankcionisati ili ne? I upravo, na tragu ovih pitanja, tj. u označenoj višeznačnosti i komplikovanosti problema koja se u vezi sa tim “otvaraju”, prepoznaje se onaj centralni - ima li čovek pravo na dostojanstvenu smrt ili ne?

Tako su na dnevni red ovog dela izlaganja došla neka bitna pitanja koja se javljaju u vezi sa eutanazijom, koja ima dva osnovna značenja - aktivno oduzimanje života - prekidanje života teškim neizlečivim bolesnicima iz samilosti i eutanazija kao pomoć pri umiranju, kao olakšanje samrtnih patnji beznadežno bolesnoj osobi.<sup>19</sup>

U preciznijem omeđavanju problema, stavljamo akcenat na sledeća pitanja: da li je u konkretnom slučaju reč o ubistvu iz milosrđa, ili se tu pak radi o krivičnom delu pomaganja u samoubistvu? Možda se ipak radi o samoubistvu? I dalje, ukoliko je u pitanju eutanazija, na koji način je tretirati: kao obično ubistvo, kao privilegovano ubistvo ili legalizovanu eutanaziju ( i time odbaciti bilo kakvu mogućnost inkriminisanja ovakve radnje kao zabranjene)?

U detaljnom interpretiranju odnosa između označenih krivičnih dela, “zahvatamo”, najpre, samo njihove osobenosti, pa time i različitosti - jednom reči, ono što ih obeležava i izražava, ono što ih međusobno razlikuje.<sup>20</sup> Pođimo od prvog momenta. Već smo se ranije suočili sa pojmom eutanazije i pružanja pomoći u samoubistvu, ali da ovde budemo precizniji: dakle, kakva je razlika između eutanazije i pomoći u samoubistvu?

Kod eutanazije jedna osoba preduzima radnju direktnog skraćivanja života druge osobe u cilju sprečavanja daljih patnji i muka. Na pr., lekar daje smrtonosnu injekciju umirućem pacijentu. Kod pomoći pri samoubistvu, osoba koja pomaže, svesno i namerno obezbeđuje sredstva koja će omogućiti drugoj osobi da se ubije. Na pr., lekar prepíše recept za otrov, ili prikači masku za disanje na ugljen monoksid i daje uputstva kako da se pacijent uguši.

Ovde smo, u fokus našeg razmatranja najpre stavili motivaciju i način udovoljavanja “željama” pacijenta. I samo u tom smislu, lako je uočiti da ono što u bitnom razdvaja pomaganje u samoubistvu od eutanazije jeste razlika između ubistva drugog i samoubistva. Sa praktičnog stanovi-

<sup>19</sup> J. Striković, „Eutanazija“, *Savetovanje “Pravo i medicina (dodirne tačke - sporna pitanja)”*, Kopaonik, mart 1997, 7.

<sup>20</sup> <http://www.iaetf.org/faq.htm>

šta, za razgraničenje je odlučujuće da li radnju usmrćenja preduzima žrtva (pacijent) ili drugo lice (lekar), odnosno ko je stvarni gospodar događanja koje vodi u smrt.<sup>21</sup> Analizirajmo ovaj polazni, temeljni stav za diferenciranje jednog od drugog ponašanja: kod samoubistva ubica i ubijeni su jedno isto lice, dok su kod ubistva ubica i ubijeni različita lica. Sve dok se poslednja slobodna odluka o usmrćenju nalazi kod pacijenta, prema mišljenju A. Eser-a, radnje lekara se mogu jedino kvalifikovati kao pomoć u samoubistvu. Ali ako odluka o nastupanju ove smrti prevashodno leži u rukama lekara, reč je o ubistvu na zahtev.<sup>22</sup> U tumačenju ove razlike, možemo slobodno ići i dalje - "pomaganje u samoubistvu kao fizička radnja (stavljanje otrova na raspolaganje)... " i "aktivna dobrovoljna eutanazija kao uvođenje spoljnih sredstava koja uzrokuju pacijentovu smrt sa njegovim izričitim pristankom ili izričitom molbom (namerno davanje smrtonosne doze lekova ubrizgavanje smrtonosne injekcije), "su različitog vrednosnog ranga. Samoubistvo je tragičan individualni čin.<sup>23</sup> Eutanazija nije privatni čin. To je dozvoljavanje jednoj osobi da olakša smrt drugoj. To je javno pitanje zbog toga što može da dovede do teških zloupotreba eksploatacije i uskraćivanja nege nemoćnim ljudima."<sup>24</sup>

U tom smislu, na terenu krivične odgovornosti i kažnjivosti njihovih aktera, to što se pojedini aspekti pomaganja u samoubistvu i eutanazije poklapaju (o čemu će biti reči kasnije), u suštini ne menja stvar, jer ono što je bitno, određujuće kod pomaganja nije prisutno i kod eutanazije (da se podsetimo: kod eutanazije - različitost lica koje pruža pomoć i lica koje vrši samoubistvo, radnja pomaganja ne sme ni delimično da predstavlja sastavni deo radnje izvršenja samoubistva kod ubijenog nema namere za prouzrokovanjem posledice, tj. dobrovoljnost ubijenog ne postoji, eutanazija je "javni čin" i dr; kod samoubistva - ubica i ubijeni su ista lica, postojanje namere da okonča svoj život, dobrovoljnost samoubistvo je "privatni čin" i dr.) Drugim rečima, smatra se da ove dve vrste učešća u određenom krivičnom delu, svojim specifičnim karakterom i domašajem, značajem i svojstvima koja ih odlikuju, daju dovoljno osnova za različito normativno tretiranje.

<sup>21</sup> Vid. N. Đurđević, 252-253.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> "Ljudi imaju pravo" da izvrše samoubistvo. Svake godine samo u SAD-u se izvrši više samoubistava nego ubistava. <http://www.iaetf.org/faq.htm>

<sup>24</sup> *Ibid.*

Naravno, od ovih principijelnih razlika između pružanja pomoći u samoubistvu i ubistva iz milosrđa pošao je i naš zakonodavac rešavajući krivično delo “lišenje života iz samilosti” (član 117) kao specifičan oblik lišavanja života drugog lica - predstavljajući privilegovan, lakši oblik ubistva (sa zaprećenom kaznom zatvora do pet godina). Na drugoj strani (kao što smo već istakli), za pomaganje u samoubistvu (član 119) je predviđena kazna zatvora (stav 1 - od šest meseci do pet godina)), odnosno za lakši oblik (stav 2) zatvor od tri meseca do tri godine.

Međutim, krećemo se sada u sasvim suprotnom pravcu, odnosno problem posmatramo u smislu njihovih sličnih ili identičnih obeležja. Drugim rečima, hoćemo da pokažemo da razlike između njih samo na prvi pogled izgledaju toliko upadljive. U svakom drugom prikazivanju one se gube - reč je, o skoro istovetnim modalitetima umiranja, i za one koji ih zagovaraju, i za one koji su protiv ova dva oblika izazivanja smrti.

U tom smislu, sledeći ovaj pravac mišljenja, prva suštinska tačka u kojoj se dodiruju pomaganje u samoubistvu i ubistvo iz milosrđa je **pristanak umirućeg**. I u jednom i u drugom slučaju, ponašanje lekara se apsolutno poklapa sa namerom pacijenta. Drugim rečima, u ponašanju lekara oživotvorena je želja pacijenta - okončanje njegovog života. U smislu tog kriterijuma, ne postoji kvalitativna razlika između ovih dela. U okviru ovog razmatranja, pristanak umirućeg nije jedina crvena nit koja povezuje ove dve vrste ponašanja. Naime, potrebno je ovde pomenuti još nešto što je zajedničko za njih, a to je: eutanazija i pružanje pomoći u samoubistvu pružaju **“dostojanstvenu smrt”**. Istovremeno, sa legalizacijom ovakvih načina okončanja života, pacijenti umiru mirno, okruženi porodicom i lekarima.<sup>25</sup> Ukazivanje na njihovu istovetnost, stavlja akcent na sledeće činjenice: u činu onog koji pruža pomoć i onoga koji preduzima eutanaziju može se prepoznati jedino **dobra namera** u odnosu na pacijenta, s ciljem da se isti spase teških bolova prouzrokovanih bolešću koja je neizlečivog, fatalnog karaktera; I jedan i drugi su rukovođeni isključivo **humanim razlozima**, i jedan i drugi žele da pomognu pacijentu u lakoj i brznoj smrti.<sup>26</sup> U tom “istraživanju” njihovih identičnih obeležja potrebno je da se preciziraju još dve situacije: u oba slučaja je prisutan **rizik zloupotrebe** (o tome nešto kasnije), i jedan i drugi oblik učešća u krivičnom delu predstavljaju **osetljiva politička pitanja**, odnosno, mogli bi da prouzrokuju eventualnu pojavu političkog favorizma.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> <http://www.iaetf.org/faq.htm>

<sup>26</sup> <http://www.rights.org/deathnet/understanding.html>.

<sup>27</sup> *Ibid.*

Iz gore pomenutog, sasvim prirodno, u proučavanju odnosnog problema možemo pronaći mnogo karakterističnih tumačenja pojma eutanazije i pružanja pomoći u samoubistvu. Svakako. Odgovor koji smo dobili, naime da se i u eutanaziji i u pomaganju u samoubistvu nalaze ista svojstva i iste "vrednosti", treba tumačiti na sledeći način. Bliže određenje: odgovori na postavljena pitanja omeđili su nam precizno polje ili nivoe na kome se oni poklapaju - njihova nesporna podudarnost je "proizvela" zajedničku tačku ukrštanja, dok će svaki od ovih načina umiranja, samostalno sa svoje strane prouzrokovati "blagu i laku" smrt.

Podimo od prvog momenta. Već smo se ranije suočili sa pojmom eutanazije i pružanja pomoći u samoubistvu, ali da ovde budemo precizniji: dakle, kakva je razlika između eutanazije i pomoći u samoubistvu?

Kod eutanazije - jedna osoba preuzima radnju direktnog skrćivanja života druge osobe u cilju sprečavanja daljih patnji i muka. Na primer, lekar daje smrtonosnu injekciju. Kod pomoći pri samoubistvu - osoba koja pomaže svesno i namerno obezbeđuje sredstva koja će omogućiti drugoj osobi da se ubije. Na primer, doktor prepíše recept za otrov, ili neko prikači masku za disanje na ugljen-monoksid i daje uputstva kako da se pacijent uguši.

Da li eutanazija i pružanje pomoći u samoubistvu pružaju dostojanstvenu smrt?

"Dostojanstvena smrt je postala omiljena fraza zagovornika eutanazije i pomoći u samoubistvu; međutim, nema ničeg dostojanstvenog u metodama koje oni zagovaraju. Na pr. udruženje za njihovu liberalizaciju deli pamflete o tome kako se ugušiti plastičnom kesom. Većina "subjekata" Džeka Kevorkiana, kako ih on naziva, ugušena su ugljen- monoksidom.

Da li bi sa legalizacijom eutanazije i pružanja pomoći u samoubistvu pacijenti umirali mirno, okruženi porodicom i lekarima, umesto da se guše ugljen-monoksidom ili plastičnim kesama, kao sad?

Upravo, zagovornici eutanazije to tvrde. Međutim, to nije tačno. U dve države u kojima je izglasan zakon koji dozvoljava eutanaziju i pružanje pomoći u samoubistvu bilo je očigledno da se njihovom legalizacijom legalizuje i upotreba plastičnih kesu i ugljen-monoksida za ubijanje nemoćnih ljudi.<sup>28</sup>

Zar moderna tehnologija ne održava u životu ljude koji bi inače u prošlosti umrli?

Moderna medicina je definitivno produžila ljudski život. Početkom ovog veka zapaljenje pluća i slepog creva, dijabetes, visok krvni pritisak - čak i upala zuba - često su značile smrt praćenu jakim bolovima. Žene su kraće živele od muškaraca jer ih je mnogo umiralo na porođaju. Antibiotici, hirurgija, mnoge savremene rutinske terapije i lekovi su tada bili nepoznati.

Danas je, naravno, situacija sasvim drugačija.

Mnogi misle da je neko ko je primenom eutanazije ili pružanjem pomoći u samoubistvu umro jer ne želi da ostane u životu prikačen za mašine. Ali zakon već dozvoljava pacijentima da nalože takve mere ne budu preduzete ili da budu povučene.<sup>29</sup>

Zar ljudi ne treba da imaju pravo da počine samoubistvo?

Ljudi imaju moć da izvrše samoubistvo. Samoubistvo i pokušaj samoubistva se ne kažnjavaju. Svake godine, samo u SAD, se izvrši više samoubistava nego ubistava.

Samoubistvo je tragičan individualni čin. Eutanazija nije privatni čin. To je dozvoljavanje jednoj osobi da olakša smrt drugoj. To je javno pitanje zbog toga što može da dovede do teških zloupotreba, eksploatacije i uskraćivanja nege nadmoćnijim ljudima.

---

<sup>28</sup> Npr., odmah po usvajanju Mere 16 u Oregonu, oni koji su isticali da će ona omogućiti ljudima da umru mirno uz pomoć pilula, priznali su da će to dovesti do onakvih aktivnosti kakve je sprovodio Džek Kevorkian. Takođe su rekli da uz pilule treba koristiti i plastičnu kesu i time osigurati smrt. Slično se desilo i u Severnoj teritoriji u Australiji, gde su pobornici eutanazije i pružanje pomoći u samoubistvu stvorili sliku kako čovek umire na miru, okružen svojim najmilijima. Kada su napisane smernice za australijske mere (koje su ubrzo povučene) pošto je zakon usvojen, stavljeno je do znanja da će se dozvoliti i upotreba ugljen-monoksida. Preporučeno je da u slučaju korišćenja lekova za ove mere umiranja, porodica treba da napusti sobu u trenutku smrti pacijenta, jer je prizor veoma neprijatan za posmatranje. Posebno je "otrežnjujući" metod okončanja pacijentovog života je predložio Dr Filip Hurke, vodeći australijski aktivista za eutanaziju, kada je objavio da je usavršio kompjuterski program za eutanaziju i pomaganje u samoubistvu koji lekarima omogućava da se udalje sa mesta događaja: <http://www.iaetf.org/faq.htm>

<sup>29</sup> *Ibid.*

Eutanazija ne znači davanje prava osobi koja umire, već ona znači izmenu zakona tako da lekarima, rođacima i ostalima daje pravo da direktno ili indirektno okončaju nečiji život. Ova promena ne bi dala prava osobi koja treba da bude ubijena, već osobi koja ubija. Drugim rečima, eutanazija i pružanje pomoći u samoubistvu ne znači pravo na smrt, već na ubistvo.

Da li je ubistvo prejaka reč za eutanaziju?

Ne. Reč “ubistvo” znači “okončati nečiji život”. 1989. godine grupa lekara je objavila izveštaj u časopisu Medicinski žurnal Nove Engleske (New England Journal of Medicine), u kome zaključuju da bi bilo moralno prihvatljivo da lekari daju pacijentima informacije u vezi sa samoubistvom i recepte za smrtonosne lekove da bi mogli da se ubiju. Dr Ronald Kranford, jedan od autora izveštaja, javno priznaje da je to “isto kao i ubijanje pacijenta”. Dok bi promene u zakonu dovele do toga da se eutanazija smatra “medicinskom intervencijom” stvarnost se ne bi promenila - pacijent bi bio ubijen.<sup>30</sup>

Pa zar i ovo prethodno, reljefnije proučavanje krivične odgovornosti i kažnjivosti participanata u “okončanju života drugog lica” nije jedan od pokazatelja njihove uzajamne sličnosti, ali ovog puta kroz prizmu angažovanja njihovih aktera u funkciji apsolutnog ostvarenja prava na personalnu slobodu i njenu objektivnu upotrebu. Ili, jednostavno, “kad se sve sabere i oduzme”, osnovni je argument da u krajnjem cilju i u pozitivnoj i negativnoj konotaciji, nema principijelnih razlika između krivičnog dela pomaganja u samoubistvu i ubistva iz milosrđa.

Kao zaključak: ovaj osoben paralelogram, pokazaće nam, još jednom, da se ponašanje aktera eutanazije i pomaganja u samoubistvu sve vreme “kreće” po istovetnoj liniji poštovanja (za njihove pristalice), odnosno nepoštovanja (za njihove protivnike) slobode i njene vrednosti, ljudskog dostojanstva, razumevanja (za zagovornike), tj. nerazumevanja (za protivnike) potreba nekih ljudi da zbog smanjenja nepodnošljivih bolova i patnji zaista žele da okončaju život, odnosno po liniji stvarnog i potpunog realizovanja prava na život kao najvažnijeg među svim pravima. Na toj “skali”, njihove sličnosti (za koju možemo reći da je skoro apsolutna - do identičnosti) smatramo da se pojmom eutanazije u širem smislu reči, slobodno može obuhvatiti i pomaganje u samoubistvu od strane lekara. U tom kontekstu, i zaključak bi, kao kod aktivne i pasivne eutanazije bio isti.

<sup>30</sup> *Ibid.*

Oba načina okončanja života umirućeg pacijenta su moralno jednaka, tj. među njima u tom pogledu nema razlike. Ne postoji dovoljno ubedljiv razlog koji bi opravdao davanje prednosti jednom u odnosu na drugi način pomaganja u umiranju. Upravo, činjenica da se u jednom slučaju radi o pomaganju u umiranju, a u drugom o pomaganju u samoubistvu, nije sama po sebi razlog da se jedan tretira kao moralno gori, ili suštinski nekvalitetniji u odnosu na drugi. Tako, još jednom vidimo da oba oblika okončanja života opstaju ili padaju zajedno.

## 2. Zaključak

Surova stvarnost nas često stavlja u situacije u kojima se mora doneti odluka. Na graničnoj liniji između života i smrti izbori su ponekad neizbežni. Ovi izbori i odluke su podložni pravnom osporavanju, zato se mora odlučiti i birati između dva različita zla. O tome koje su odluke odgovorne, u našem društvu se, usled različitih mišljenja i polaznih tačaka, stavovi veoma razlikuju. Srećom, ne mora da znači da se međusobni izbori i odluke ne respektuju. Svako je odgovoran za svoj sopstveni izbor.

**Prof. Dragana Petrović Ph.D**

Institute of Comparative Law Beograd

## EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE SERVICE CRIMINAL LIABILITY FOR SUPPORTING THE SUICIDE

### Summary

Is there a place for respecting the autonomy of those who want to live? Should the mortally ill patients, who want to live, be allowed to live? What are the facts and arguments? What are the proofs that doctors actually deny treatments and that people are thus dying against their will?

Focusing on this problem during our considerations, we start from the doctor – patient relationship. It is difficult to speak about the facts since the level of doctor's reporting the cases of euthanasia is very low so that we can say there is no place for concern. Even such a low number of reported cases refers to the requests for help coming from dying patients who were suffering from a terminal disease. But what about the doctors who cannot or will not make a difference between active and passive euthanasia and what about the patients whose painful suffering prevents them from reaching a sound and reasonable decision?

Therefore we need to bring this issue on another level which would offer a more concrete proof that a law has been satisfied. We are referring to a some type of an official document (a statement of free will) in which the patient expresses his will to have his life terminated

**Key words:** assisting in suicide, unbearable pain, personal choices, danger of legalization.

Доц. др Александар Мојашевић  
Универзитет у Нишу, Правни факултет  
Проф. др Дејан Јанићијевић  
Универзитет у Нишу, Правни факултет

Оригинални научни рад  
UDK: 347.51

## ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРОПОРЦИОНАЛНЕ ОДГОВОРНОСТИ<sup>1</sup>

### Апстракт

*Предмет анализе у овом раду јесте ефикасност пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за штету. У ту сврху користе се стандардни економски модели развијени у америчкој теорији економске анализе права (скр. ЕАП). Полазећи управо од економске аргументације, аутори желе да установе да ли постоји оправдање за нормирање пропорционалне одговорности у нашем правном систему на бази одређених решења из тзв. Принципа европског одштетног права (скр. Принципи).*

*Први део рада односи се на економске импликације пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу, са нагласком на ефикасност пропорционалне одговорности у случају несигурности узрочне везе. У другом делу рада анализирају се решења из Принципа и Закона о облигационим односима у случају алтернативног каузалитета, као и случајеви из судске праксе у Србији и Америци који се односе на овај облик одговорности. У закључку, аутори износе став у прилог нормирања*

<sup>1</sup> Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије, бр. пројекта 179046.

пропорционалне одговорности у српском праву на бази одређених иновативних решења из Принципа.

**Кључне речи:** пропорционална одговорност, ефикасност, економски модели, узрочна веза.

## 1. Увод

Одговорност за непажњу<sup>2</sup> може се појавити у чистом облику, као једноставна одговорност за непажњу (енг. simple negligence), или као подељена одговорност за непажњу, а која се даље класификује на искључујућу подељену одговорност починиоца штете и оштећеног (енг. contributory negligence) и пропорционалну подељену одговорност починиоца штете и оштећеног (енг. comparative negligence).<sup>3</sup> Ова класификација извршена је према томе да ли се процењује само кривица починиоца штете, или се узима у обзир, поред кривице починиоца штете, и кривица оштећеног. У случају једноставне одговорности за непажњу, процењује се само кривица починиоца штете, те ће се починилац штете сматрати одговорним ако је предузео пажњу која је испод правног стандарда пажње,<sup>4</sup> независно од нивоа пажње оштећеног. С друге стране, када је реч о подељеној одговорности, процењује се, поред кривице починиоца штете, и кривица оштећеног према одговарајућим стандардима пажње.

У овом раду акценат се ставља на подељену одговорност

<sup>2</sup> *Непажња* представља један од облика кривице, поред намере. У овом раду, и нарочито у оквиру економских модела, изостављамо намеру као облик кривице. Сходно томе, у даљем тексту, када говоримо о кривици, мислимо на *непажњу починиоца штете или оштећеног*.

<sup>3</sup> Наглашавамо да је реч о терминологији из америчког права која је прилагођена нашој терминологији.

<sup>4</sup> У земљама енглеског говорног подручја, *common law* и закони прописују дужност разумне пажње (енг. *duty of reasonable care*). На основу овог стандарда, упоређује се стварна пажња починиоца штете са пажњом коју би разуман човек преузео у истим околностима. У нашем праву прихваћено је *објективно мерило за непажњу*. Пажња, коју лице на основу закона или правног посла дугује, оцењују се према ономе што би *разуман човек (bonus pater familias)* у датим околностима сматрао потребним. То је, према мишљењу неких аутора, веома широк стандард који суду даје положај креирања права, слично као у систему прецедентног права. В.: О.Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2008., 463.

између починиоца штете и оштећеног, и то на други облик те одговорности, пропорционалну одговорност. Прво питање јесте: какве економске импликације настају на темељу одлука о предузимању пажње починиоца штете и оштећеног, услед подстицаја које ствара пропорционална одговорност? Да би пружили одговор на ово питање приказаћемо стандардне економске моделе, развијене пре свега у америчкој теорији економске анализе права. Друго питање гласи: како је пропорционална одговорност регулисана, с једне стране, према тзв. Принципима европског одштетног права, а с друге стране, према нашем Закону о облигационим односима<sup>5</sup>? Ово питање нам се чини врло актуелним, узимајући у обзир стремљења наше земље према формалном учлањењу у ЕУ, као и чињеницу да је у циљу хармонизације одштетног права свих европских земаља, Европско удружење за одштетно право (енг. *European Ground on Tort Law*) усвојило споменуте Принципе.<sup>6</sup> Основни циљ Принципа јесте да створи основу за хармонизацију одштетног права свих европских држава, као и да омогући даљи напредак „истински хармонизованог европског одштетног права“.<sup>7</sup> Долажењем до одговора на ова питања требало би да остваримо основни циљ – да увидимо да ли постоји економско оправдање за нормирање пропорционалне одговорности у нашем праву на основу Принципа.

## 2. Основни економски модел пропорционалне одговорности

### 2.1. Економске импликације пропорционалне одговорности

Економски гледано, установљавањем пропорционалне одговорности, суд дели трошкове штете између починиоца штете и оштећеног, сразмерно (пропорционално) доприносу обеју страна да својом непажњом узрокују штетне последице. Зато се подељена

<sup>5</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78

<sup>6</sup> Рад на изради тих принципа поверен је стручњацима из области одштетног права, међу којима се, поред оних који долазе са европског правног подручја, налазе и они који припадају англо-америчком правном систему, правном систему државе Израел и других земаља. *Принципи* су доступни на сајту: <http://www.egtl.org/Principles/index.htm>

<sup>7</sup> В.: J.Spier, "General Introduction", *European Ground on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer, Vien, New York 2005., 16.

одговорност, како се назива у српском праву, може срести и под називом сразмерна или пропорционална одговорност.<sup>8</sup> Овај облик одговорности, у америчком праву, назива се компаративна одговорност за непажњу (енг. *comparative negligence*).

Под претпоставком чисте пропорционалне одговорности,<sup>9</sup> ако је починилац штете својом непажњом допринео настанку штете, примера ради, са 60%, а оштећени са 40%, накнада штете биће одређена пропорционално доприносу наступања штетних последица. Оштећени се може задовољити са 60% одштете од стране починиоца штете. То се може приказати на симболичан начин,<sup>10</sup> под базичном претпоставком да је правни стандард пажње за починиоца штете  $x_{1i}$ , односно за оштећеног  $x_{1v}$ , једнак ефикасном нивоу пажње за починиоца штете  $x_1^*$ , односно за оштећеног  $x_v^*$ . Ако би пошли од ове претпоставке, могла би се извршити компарација стварног нивоа пажње починиоца штете  $x_i$ , односно оштећеног  $x_v$ , са (ефикасним) правним стандардом пажње за починиоца штете  $x_1^*$ , односно за оштећеног  $x_v^*$ :

<sup>8</sup> У овом раду, користићемо термин *пропорционална одговорност*, која је, као што је у уводу наглашено, један облик подељене одговорности, поред искључујуће подељене одговорности. Ову поделу подељене одговорности из америчког права, ради лакше анализе, прихватимо у овом раду.

<sup>9</sup> Поред тзв. *доктрине чисте пропорционалне одговорности*, по којој тужилац може добити накнаду чак и ако је непажљивији од туженог (рецимо, тужиочев допринос настанку штете је 60%; упркос томе, тужилац ће добити одштету у вредности од 40% од настале штете), у америчком праву постоји и тзв. *доктрина модификоване пропорционалне одговорности*. Према једној варијанти ове доктрине, одговорност је подељена између тужиоца и туженог, али тужилац не може добити накнаду од туженог, *ако је његова непажња једнака или већа од туженикове непажње* (тзв. *правило 50%*). Ово правило прихвата 29 америчких држава. Такође, постоји доктрина по којој тужилац може добити накнаду, само ако је пажљивији од туженог (*тзв. правило 50% плус*). *Правило 50% плус* прихваћено је у неким земљама како би се избегла могућност, генерисана *правилом 50%*, да тужилац не може да добије накнаду ако је његов допринос узроковању штете *тачно 50%*. Иначе, *правило 50%* јесте најпопуларнија форма пропорционалне одговорности у Америци. В.: D.Cole, P.Grossman, *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 2005., 222–223.

<sup>10</sup> В.: R.Cooter, T.Ulen, *Law and Economics*, Pearson Addison Wesley, Boston, San Francisco, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Madrid, Mexico City, Munich, Paris, Cape Town, Hong Kong, Montreal 2004., 329.

починилац штете непажљив,  $x_i < x_i^*$ , оштећени пажљив,  $x_v \geq x_v^* \Rightarrow$  починилац штете одговоран и сноси све трошкове штете;

починилац штете пажљив,  $x_i \geq x_i^*$ , оштећени непажљив,  $x_v < x_v^* \Rightarrow$  починилац штете није одговоран и оштећени сноси све трошкове штете;

починилац штете непажљив,  $x_i < x_i^*$ , оштећени непажљив,  $x_v < x_v^* \Rightarrow$  починилац штете и оштећени носе трошкове штете пропорционално доприносу настанка штетних последица.

Из овог следи да је релативни<sup>11</sup> допринос починиоца штете да својом непажњом узрокује штетне последице једнак разлици између правног стандарда пажње који важи за починиоца штете и његовог (њеног) стварног нивоа пажње,  $x_{ii} - x_i$ . Аналогно томе, релативни допринос оштећеног да својом непажњом узрокује штетне последице једнак је разлици између правног стандарда пажње који важи за оштећеног и његовог (њеног) стварног нивоа пажње,  $x_{iv} - x_v$ . Сходно томе, релативни допринос починиоца штете и оштећеног у настанку штете, а који служи као основа за пропорционално одређивање одговорности једног и другог субјекта, дат је следећим једначинама:<sup>12</sup>

$x_{ii} - x_i / (x_{ii} - x_i) + (x_{iv} - x_v) =$  пропорционални део одговорности починиоца штете;

$x_{iv} - x_v / (x_{ii} - x_i) + (x_{iv} - x_v) =$  пропорционални део одговорности оштећеног.

Рецимо, ограничење брзине вожње на ауто-путу у Србији износи 120 km/h, и то ограничење представља правни стандард пажње за све учеснике у саобраћају. Претпоставимо да је дошло до судара и наступања штетних последица непажњом два возача, учесника у саобраћајној несрећи. Један возач је возио 130 km/h (стварни ниво пажње), а други 125 km/h (стварни ниво пажње). Према претходној једначини, на основу релативног доприноса штети (-10, односно -5, посебно за сваког возача), произилази да процентуални удео у одговорности за штету једног возача износи 66,66%, а другог возача 33,33%. На основу тих процентуалних удела у одговорности за штету, суд може да конкретизује висину накнаде

<sup>11</sup> У питању је релативни допринос настанку штете починиоца штете, будући да се утврђује у односу на допринос оштећеног настанку штете.

<sup>12</sup> В.: R.Cooter, T.Ulen, (2004), 329 фн. 13.

штете. Ако би суд заиста тако поступио, својом одлуком би креирао ефикасне подстицаје у погледу понашања потенцијалних починилаца штете и потенцијалних оштећених. Наиме, може се очекивати да би потенцијални починилац штете уподобио своје понашање према правном стандарду пажње (возио би 120 km/h, а не 130 km/h), јер би био суочен са одговорношћу сразмерно доприносу штети, што би за последицу имало интернализацију трошкова штете од друге стране (оштећеног).<sup>13</sup> Антиципирајући овакав след догађаја, потенцијални оштећени, као рационални појединац, предузео би ефикасан ниво пажње (возио би 120 km/h, а не 125 km/h). Према томе, пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје рационалним појединцима, по питању превенције будуће штете.<sup>14</sup>

## 2.2. Компарација пропорционалне одговорности са другим облицима одговорности за непажњу

Економска анализа пропорционалне одговорности<sup>15</sup> сугерише да овај облик одговорности креира ефикасне подстицаје у погледу понашања потенцијалних починилаца штете и оштећених, тј. ефикасне подстицаје по питању превенције будућих штета. Но, економска анализа сугерише и да други облици одговорности

<sup>13</sup> Овде се, ради аналитичке једноставности, користи технички термин *оштећени* у односу на технички термин *починилац штете*, будући да је у горенаведеном примеру и оштећени, у ствари, допринео настанку штете, додуше, са нижим степеном.

<sup>14</sup> Но, ваља нагласити да овај закључак важи само под строгом претпоставком рационалности појединаца, а која се често доводи у питање од стране једног новог правца у друштвеним наукама, који се налази на граници између психологије и економије, тзв. *Бихејвиоралног права и економије*. Иначе, замах истраживањима у циљу провере базичних претпоставки економских модела дали су двојица познатих бихејвиориста, Данијел Канеман (*Daniel Kahneman*) и Амос Тверски (*Amos Tversky*). Они су испитивали факторе који утичу на доношење одлука и развили једну нову теорију – *теорију изгледа или проспекта* (енг. *prospect theory*). В.: D.Kahneman, A.Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", *Econometrica*, Vol. 47, 1979.

<sup>15</sup> Компарација пропорционалне одговорности са другим облицима одговорности базирана је на: Т.Мичели, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California 2004., 57–59. Упор.: S.Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, London 2007., 5–32.

за непажњу,<sup>16</sup> такође, креирају ефикасне подстицаје по питању превенције.<sup>17</sup> Наиме, између ових облика одговорности, у економском погледу, једина разлика постоји по питању алокације одговорности, када би обе стране биле непажљиве. Другим речима, ако би обе стране биле непажљиве, исход по питању одговорности био би следећи: починилац штете одговоран, у случају једноставне одговорности за непажњу; оштећени одговоран у случају искључујуће подељене одговорности за непажњу; починилац штете и оштећени деле одговорност, у случају пропорционалне одговорности. Зато у теорији ЕАП постоји мишљење<sup>18</sup> да су једноставна одговорност за непажњу и искључујућа подељена одговорност за непажњу, у ствари, само посебни случајеви пропорционалне одговорности. Претпоставимо<sup>19</sup> да починилац штете плаћа део одштете, који се означава са  $F$ , а оштећеном припада остатак,  $1-F$ , при чему је  $F$  у позитивној корелацији са степеном непажње починиоца штете и у негативној корелацији са степеном непажње оштећеног. Другим речима, већи степен непажње починиоца штете повећава његов удео у одштини (треба више да плати), и обрнуто, већи степен непажње оштећеног смањује део који би добио на име одштете. Ако пођемо од тога да су обе стране непажљиве, и да је  $F=1$ , тада починилац штете сноси пуну одговорност за проузроковану штету (треба све да плати), као у случају једноставне одговорности за непажњу. Но, ако је  $F=0$ , и обе стране непажљиве, у том случају оштећени сноси све штетне последице (починилац штете не плаћа ништа), као у случају искључујуће подељене одговорности.

<sup>16</sup> Мисли се на једноставну одговорност за непажњу и искључујућу подељену одговорност. За ова два облика одговорности везује се принцип „све или ништа“, због импликација које производе на плану алокације одговорности између починиоца штете и оштећеног и сношења штетних последица. Једноставније речено, овај принцип значи да ће починилац штете одговарати за целокупну штету или неће уопште одговарати.

<sup>17</sup> Наравно, под базичном претпоставком да је правни стандард пажње једнак ефикасном нивоу пажње, као и под претпоставком да је накнада штете потпуна.

<sup>18</sup> В.: Т. Miceli, 57–58.

<sup>19</sup> Пример преузет, и прилагођен раду, из: *ibid.*

Будући да ова два облика одговорности (једноставна и искључујућа), као посебни случајеви пропорционалне одговорности, обезбеђују ефикасну превенцију, логичан закључак јесте да и пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје у погледу превенције.<sup>20</sup>

Но, мора се узети у обзир то да у равнотежи (када обе стране бирају ефикасан ниво пажње) пропорционална одговорност не доводи нужно до правичне компензације оштећеног. Другим речима, ако су обе стране задовољиле правни стандард пажње, и под претпоставком да је штета настала, у коначном, починилац штете неће одговорати, а оштећени ће сносити штетне последице – исто као код осталих облика одговорности.

Из тога следи да правична деоба укупних трошкова штете сходно степену непажње починиоца штете и оштећеног у настанку штете, под претпоставком пропорционалне одговорности, неће нужно бити остварена, упркос предузимању ефикасног нивоа пажње од стране починиоца штете и оштећеног.<sup>21</sup>

Сходно реченом, с једне стране, пропорционална одговорност креира ефикасне подстицаје за превенцију, као и други облици одговорности. С друге стране, пропорционална одговорност, будући да у коначном дели трошкове штете између две стране, у принципу се може сматрати правичнијим обликом одговорности у односу на друге облике одговорности. Економски речено, алокација одговорности је

<sup>20</sup> Наиме, под претпоставком примене ова два облика одговорности (једноставне и искључујуће), уколико је починилац штете изабрао ефикасан ниво пажње, може се очекивати да ће оштећени учинити исто, и обрнуто. Према томе, у равнотежи обе стране бирају ефикасан ниво пажње (стварни ниво пажње једнак је правном стандарду пажње). При том, ако пођемо од тога да су обе стране уподобиле стварни ниво пажње правном стандарду пажње, и под претпоставком да је штета настала, све штетне последице сносиће оштећени. *Следи да између ова два облика одговорности не постоји разлика у погледу алокације одговорности (оштећени сноси штетне последице под претпоставком примене оба облика одговорности), ни у погледу ефикасности (оба облика одговорности креирају ефикасне подстицаје за предузимање пажње). Исти закључак у погледу ефикасности изводи се и за пропорционалну одговорност. У наставку ћемо видети какве су импликације пропорционалне одговорности у погледу алокације одговорности између починиоца штете и оштећеног у односу на друге облике одговорности у ситуацији када обе стране бирају ефикасан ниво пажње.*

<sup>21</sup> Испитивањем економских импликација пропорционалне одговорности доказује се, у ствари, да се може остварити превентивна функција одштетног права, али не нужно и правична компензација. У суштини, овом анализом доказује се да се ове две функције одштетног права (превенција и компензација) могу раздвојити.

другачија под претпоставком примене пропорционалне одговорности у односу на друге облике. Но, претходна анализа сугерише и (супротно) могућност да, у ситуацији када обе стране бирају ефикасан ниво пажње, импликације пропорционалне одговорности, на плану алокације одговорности, могу бити идентичне као код других облика одговорности. На тај начин, пропорционална одговорност губи карактер „правичног“ облика одговорности, тј. не доводи нужно до равномерне деобе трошкова штете између две стране сходно њиховом доприносу у настанку исте. То је последица постојања одређеног прага према коме се процењује допринос починиоца штете и оштећеног да својом непажњом узрокују штету.<sup>22</sup>

### 3. Проширени економски модел пропорционалне одговорности

#### 3.1. Неизвесност у вези са доказивањем кривике на суду

Претходна анализа указује на то да уколико сва правила о одговорности за непажњу креирају ефикасне подстицаје по питању превенције, то значи да убудуће нико неће бити непажљив.<sup>23</sup> Управо је овај (нереалан) закључак отворио питање истраживања других фактора који доприносе непажњи и, консеквентно, настанку штета. Један од тих фактора, уочен од стране Кутера (*Cooter*) и Јулина (*Ulen*),<sup>24</sup> јесте неизвесност у вези с доказивањем кривике на суду са којом се потенцијални тужиоци и тужени суочавају. Та неизвесност може условити да они предузму вишак пажње, у односу на ефикасан

<sup>22</sup> Под претпоставком примене чисте пропорционалне одговорности, ако је починилац штете „пребацио“ праг пажљивости, оштећени ће сносити штетне последице у коначном, а починилац штете избећи одговорност. Супротно, ако није „пребацио“, а оштећени јесте, сносиће одговорност. Затим, ако ниједна страна не „пребаци“ праг, деле одговорност и штетне последице сразмерно степену непажње (у томе се огледа правичност овог облика одговорности). Коначно, као што је већ речено, ако обе стране задовоље праг, нема одговорности починиоца штете, а у коначном, штетне последице погађају оног који је штету претрпео.

<sup>23</sup> Ваља нагласити да закључак да сви облици одговорности за непажњу доводе до оптималне превенције јесте валидан, само када се ради о континуираној варијабли (као што је возња или контрола квалитета производа) у оквиру економског модела. Коришћење неконинуиране варијабле (попут везивања појаса) може довести до противуречних налаза по питању превенције. В.: R.Cooter, T.Ulen, (2004), 330–331.

<sup>24</sup> В.: R.Cooter, T.Ulen, “An Economic Case for Comparative Negligence“, *New York University Law Review*, Vol. 61, 1986, 1067–1110.

ниво пажње, а који је, по претпоставци, једнак правном стандарду пажње. Сходно томе, грешке судова на плану доказивања кривице могу довести до дисторзије подстицаја за ефикасну пажњу. Но, ови аутори указују на то да је неефикасна превенција нижа у случају пропорционалне одговорности. Објашњење је да ако једна страна погрешно у одређивању нивоа пажње у односу на правни стандард пажње, последице те погрешне одлуке неће сносити само страна која је погрешила, већ обе стране. С друге стране, код других облика одговорности за непажњу, последице погрешне одлуке сносиће само страна која је грешку начинила. Зато ови аутори истичу фактор неизвесности у вези са доказивањем кривице на суду као доминантан у избору пропорционалне одговорности. Затим, други аутори<sup>25</sup> издвајају чињеницу да појединци имају различит трошак пажње, а да се суочавају са правним стандардом пажње који важи за све. То значи да, под претпоставком пропорционалне одговорности, починилац штете и оштећени могу да прилагоде свој ниво пажње правном стандарду на бази индивидуалног знања о трошковима пажње. С друге стране, под претпоставком примене осталих облика одговорности за непажњу, сви појединци бирају идентичан ниво пажње.

Но, установљивање пропорционалне одговорности од стране судова, по природи ствари, изискује веће административне трошкове у односу на друге облике одговорности. Наиме, пред судом се поставља (комплексно) питање прецизног утврђивања одступања стварног нивоа пажње починиоца штете и оштећеног у односу на правни стандард пажње и, на тој основи, одмеравање висине одштете. Ово је снажан аргумент у прилог ефикасности других облика одговорности за непажњу.

На основу реченог, видимо да преимућство пропорционалне одговорности над осталим облицима одговорности у погледу ефикасности није тако очигледно, као и да зависи од различитих фактора. У сваком случају, питање предности пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу остаје предмет емпиријских истраживања. На овом месту наводимо једно истраживање саобраћајних несрећа<sup>26</sup> којим није потврђено

<sup>25</sup> В.: D.Rubinfeld, "The Efficiency of Comparative Negligence", *Journal of Legal Studies*, Vol. 16, No. 2, 1987, 375–394.

<sup>26</sup> В.: M.White, "An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law", *Rand Journal of Economics*, Vol. 20, 1989, 308–330.

да пропорционална одговорност пружа ефикаснију превенцију у односу на искључујућу подељену одговорност. Напротив, потврђена је ефикасност овог другог облика одговорности. Сходно резултатима овог истраживања, предност пропорционалне одговорности над другим облицима одговорности остаје, генерално гледано, у домену правичне компензације. Управо је правичност разлог због кога је преко четрдесет америчких држава нормирало пропорционалну одговорност, чиме је извршена супституција стандардних облика одговорности за непажњу.<sup>27</sup> Међутим, постоји још један разлог који доминантно утиче на избор пропорционалне одговорности у односу на друге облике одговорности за непажњу – несигурност узрочне везе. Овим питањем бавимо се у наставку текста.

### 3.2. Несигурност узрочне везе и пропорционална одговорност

Пропорционална одговорност јесте најефикаснији облик одговорности у оним ситуацијама када није сигурно која је од више активности (радњи) узроковала штету, под условом да је свака од тих активности (радњи) појединачно била довољна да изазове штету.<sup>28</sup> У овом случају постоји несигурна узрочна веза између радњи и штетних последица. Под претпоставком постојања несигурне узрочне везе, принцип „све или ништа“ условио би превенцију испод оптимума, услед ослобађања од одговорности починиоца штете, или превенцију изнад оптимума, ако би била установљена одговорност починиоца штете. С друге стране, примена пропорционалне одговорности, која је базирана на вероватноћи да је починилац штете узроковао штету, пружила би оптималну превенцију.

<sup>27</sup> Ова промена у правним системима америчких држава имала је за последицу и повећање тражње за правним услугама, тј. за адвокатима, будући да је њихова стручност сада више потребна тужиоцима (могу добити само делимичну накнаду), а што даље условљава повећање тражње за адвокатима од стране тужених лица. В.: С. Curran, "The Spread of the Comparative Negligence Rule in the United States", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, Issue 3, 1992, 317–332.

<sup>28</sup> Друга ситуација постоји уколико је више оштећених претрпело штету од неке активности, али је вероватно да та активност није узроковала штету свим оштећенима.

Поставља се питање: због чега пропорционална одговорност пружа ефикасне подстицаје у случају несигурности узрочне везе?<sup>29</sup>

Да би пружили одговор на постављено питање, размотримо следећи пример.<sup>30</sup> Фабрика емитује штетне материје које могу узроковати канцер. У овом случају постоји само могућност да је опасна болест последица удисања штетних материја, што значи да се она може развити и услед неких других, рецимо, природних фактора (стање организма, и томе слично). Претпоставимо да се број оболелих појединаца од канцера повећао за 40% у граду од 100.000 становника у којем је лоцирана фабрика<sup>31</sup> и претпоставимо да у популацији од 100.000 људи, у просеку, шест појединаца сигурно оболе од рака.<sup>32</sup> Следи да је емитовање штетних материја узроковало повећање оболелих од рака за четири појединца, тако да је укупан број оболелих десет појединаца. Но, проблем је што се код њих не може установити који је стварни узрок обољења, да ли су то штетне материје или природни фактори. Може се само претпоставити са вероватноћом од 40% да је узрок обољења сваког појединца емитовање штетних материја. Под претпоставком да су покренути поступци за накнаду штете од стране свих потенцијално оштећених, долазимо до (кључног) питања: који ће критеријум судија применити приликом одређивања одговорности за проузроковану штету власника фабрике? Економска теорија сугерише установљивање одговорности за штету на основу вероватноће наступања штетних последица. У наведеном примеру, то би значило да судија треба да одреди одштету у висини од 40% штете у свих десет случајева. Конкретније речено, власник фабрике требало би да плати сваком појединцу одштету у висини вероватноће (40%) да је сваком од њих узроковао штету. Ако

<sup>29</sup> Овим питањем бавио се Шавел (Shavell). В: S.Shavell, "Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability", *Journal of Law and Economics*, Vol. 28, Issue 3, 1985, 587–609.

<sup>30</sup> Анализа која следи, са адаптираном верзијом примера, базирана је на: R.Bergh, L.Visscher, "The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization", *German Working Paper in Law and Economics*, Vol. 2006, paper 8, 2006, 22–23.

<sup>31</sup> Такође, претпоставка јесте да је овај проценат исти за све оштећене, независно од одређених фактора који могу условити диференцијацију ризика наступања штете, попут: година старости, пола, близине или удаљености места становања оштећених у односу на локацију фабрике, итд.

<sup>32</sup> У некој области може важити овај просек, а у другој области може важити други просек. Но, прихватимо ову поједностављену претпоставку ради истицања предности пропорционалне одговорности.

би, хипотетички гледано, стварна штета износила 100.000 динара, сваком од њих требало би да плати 40.000 динара, што у збиру износи 400.000 динара. Уколико би тако судија резонувао, оптимална превенција не би била доведена у питање. Наиме, власник фабрике *de facto* би платио накнаду штете за четири оштећена појединца, а што одговара почетној претпоставци да је фабрика узроковала четири додатна обољења. Значи да власник фабрике одговара за онолико штете колико је узроковао. Судска пресуда базирана на овом економском критеријуму обезбеђује да власник фабрике *pro futuro* не узрокује такву штету, будући да ће платити одштету у износу који је идентичан насталој штети. Алтернативно, да је суд применио неки други критеријум, оптимална превенција била би доведена у питање. Рецимо, судија је могао да примени критеријум одговорности према прагу од 50%. Будући да вероватноћа да је власник фабрике узроковао појединачну штету износи 40%, следи да би, применом критеријума преласка одређеног прага (50%), судија ослободио одговорности за штету власника фабрике. Да ли се таквом судском одлуком обезбеђују ефикасни подстицаји у погледу превенције будућих штета? С друге стране, судија је могао да досуди одштету свим појединцима у пуном износу, тј. усвајањем претпоставке да је свим оштећенима емитовањем штетних материја фабрика сигурно узроковала штету (10 x 100.000 динара). Таква висока одштета доводи до дисторзије подстицаја у погледу превенције будућих штета, и то у обрнутом смеру у односу на нулту одштету, у случају примене критеријума преласка одређеног прага. И не само да висока одштета води ка превенцији изнад оптимума, већ за последицу може имати и смањење активности фабрике, и, у крајњем, одустајање власника фабрике од производње. Према томе, и у једном и у другом случају, оптимална превенција бива нарушена.

Претходна анализа сугерише да је одговорност одређена на основу процента (вероватноће) узроковања штете, а не на основу принципа све или ништа, и да такво установљавање одговорности за проузроковану штету задовољава и другу подједнако важну функцију одштетног права, поред компензације – превенцију. Но, заговорници компензације, као доминантног циља одштетног права, могу упутити критику пракси установљавања пропорционалне одговорности на бази вероватноће узроковања штете, да се тиме жртвује правична компензација. Рецимо, у горенаведеном примеру, појединци, који

су оболели од рака услед природних фактора, добијају одређену компензацију, иако то нису заслужили, чиме бива доведено у питање начело правичне компензације. На ову (претпостављену) критику може се одговорити питањем: да ли је принцип све или ништа базиран на одређеном прагу процене одговорности правичнији? Да је судија могао да утврди тачно и прецизно који је узрок довео до штете, економска теорија и не би морала да нуди додатне критеријуме. Будући да није могао, да ли је исход сви добијају једнаку одштету или исход нико не добија одштету правичнији у односу на исход сви плаћају према одређеном проценту? Ово посебно долази до изражаја када је потенцијалном починиоцу штете потребно упутити јасну поруку да ће платити пуну одштету за причињену штету. Случај фабрике која загађује и емитује штетне материје свакако завређује пажњу, будући да спречавање емитовања штетних материја, а које могу имати кобне последице по живот и здравље људи, представља важан друштвени циљ. Даље, почетна претпоставка да је ризик исти за све оштећене (40%) може се довести у питање, с обзиром на појединачне факторе који условљавају његову диференцијацију (године старости, пол, и други). Овај контрааргумент може се уважити, будући да указује на то да и установљавање одговорности према одређеном прагу (50%) не мора нужно бити проблематично, јер ће за неке оштећене, изнад прага, власник фабрике платити одштету, а за друге, испод прага, неће платити. То значи да се принцип све или ништа, диференцијацијом ризика од стране судије, у пракси релативизује. Најзад, установљавање одговорности према просечној вероватноћи наступања штетног догађаја може свакако бити предмет полемике, као што овај пример, између осталог, и показује.

### **3.3. Пропорционална одговорност у судској пракси: поглед из угла ЕАП**

Иако одређене критике концепта пропорционалне одговорности јесу утемељење, то не значи да судија не треба да утврђује, у сваком конкретном случају, да ли су тужилац и тужени својим понашањем повећали или смањили вероватноћу наступања штете. У прилог овој тврдњи наводимо примере из судске праксе у Србији и Америци.

**Први пример из судске праксе у Србији:**<sup>33</sup> тужила, која због година старости није способна за самостално кретање и слабијег је вида, примљена је као хитан случај у болницу, и потом се оклизнула на клизави под и пала, услед чега је задобила тешке телесне повреде, које су условиле инвалидитет. Иначе, тужила је претходно позвала медицинску сестру, али се она није одазвала позиву да помогне. У овом случају, Врховни суд Србије установио је да постоји подељена одговорност између тужиле и туженог правног лица (болнице), а које, према српском праву, одговара за штету коју његов радник причини у раду или у вези са радом, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао онако како је требало, тј. да није крив.<sup>34</sup> Будући да медицинска сестра није поступила према интерним прописима болнице о пажљивом понашању и бризи пацијената, и с обзиром на то да се болница није прописно старала о купатилу (клизав под), Врховни суд је установио да је тужени крив, али и да је тужила, која није способна за самостално кретање и не види добро, допринела настанку штете. Након пресуде првостепеног суда да допринос тужиле настанку штете износи 20%, односно пресуде другостепеног суда да износи 70%, Врховни суд Србије одлучио је да се одговорност за насталу штету подели на једнаке делове – 50% на страни тужиле и 50% на страни туженог.

Овај случај показује да је непажња и тужиле и туженог допринела настанку штете. Економски гледано, ако је вероватноћа наступања штете у случају предузимања дужне пажње нижа од вероватноће наступања штете у случају непреузимања дужне пажње, следи да појединац треба да буде одговоран.<sup>35</sup> Примена ове логике на горенаведени случај указује на то да би вероватноћа наступања штете у случају предузимања пажње сигурно била нижа од вероватноће наступања штете без преузимања пажње. Конкретније речено, у датим околностима, већа је вероватноћа да ће доћи до пада и повреде старице ако би сама отишла у купатило без нужне помоћи медицинског особља у односу на ситуацију да су обе биле пажљиве. У ствари, може се са великом вероватноћом рећи да не би дошло до

<sup>33</sup> В.: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1524/2007 од 18. 12. 2007.

<sup>34</sup> В.: А.Мојашевић, „Економска анализа одговорности предузећа и других правних лица према трећем“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 56/2010, 197–216.

<sup>35</sup> В.: H.Schäfer, C.Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA 2004., 206.

повреде да су обе биле пажљиве. Према томе, овај случај показује да је Врховни суд Србије, са економске тачке гледишта, правилно резонувао када је поделио одговорност између тужиле и туженог на једнаке делове. Тиме је послао јасне сигнале (ефикасне подстицаје) по питању превенције штете потенцијалним тужиоцима и туженима у будућим истим или сличним случајевима. Да се којим случајем спор окончао тиме што би одговорност тужиле била процењена на основу 70% доприноса настанку штете, поставља се питање да ли би таква пресуда послала ефикасне подстицаје потенцијалним туженима у погледу дужне пажње. Очигледно је да не би, те се може очекивати да се болнице не би бринуле о стварима о којима су, иначе, дужне да се старају. С друге стране, и потенцијални тужиоци би показали пажњу изнад оптимума, јер би добили нижу одштету.

**Други пример из америчке судске праксе:** у познатом случају *Scott v. Alpha Beta Company*<sup>36</sup> тужилац се оклизнуо и пао у бакалској радњи, која је у власништву туженог. Порота је утврдила да је тужени, својом непажњом, допринео настанку штете са 60%, а тужилац са 40%, на основу чега је суд досудио одштету у корист тужиоца, у укупном новчаном износу од 120.000\$, након одбијања процентуалног учешћа тужиоца (40%) у настанку штете, а које новчано износи 80.000\$.<sup>37</sup> Тужилац није успео да добије одштету у пуном износу од 200.000\$, јер је и сам допринео њеном настанку. У овом случају, за разлику од правила о искључујућој подељеној одговорности, по којем би тужилац добио нула одштете, правило о пропорционалној одговорности омогућава тужиоцу да делимично задовољи захтев за накнадом штете, сходно процентуалном учешћу у настанку штете, односно процентуалном учешћу у самој штети.

Постављамо питање: са каквим ће се подстицајима у погледу пажње тужилац и тужени убудуће суочити доношењем пресуде на основу правила о пропорционалној одговорности? Одговор лежи у процени економских импликација у случају примене алтернативног правила о одговорности за штету. Наиме, да није донета оваква

<sup>36</sup> California Court of Appeal, Second District, 104 Cal. App. 3d 305, 163 Cal.Rptr., 1980. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: D.Barnes, L.Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Company, St. Paul. 1992., 60–62.

<sup>37</sup> Према томе, укупна штета је процењена на 200.000\$, од чега 80.000\$ (40%) представља удео тужиоца у штети, а 120.000\$ (60%) представља удео туженог у штети.

пресуда, већ пресуда на основу правила о искључујућој подељеној одговорности, импликације би биле следеће: с једне стране, тужени не би имао додатне подстицаје да буде пажљивији, јер би трошкови целокупне штете били преваљени на тужиоца; с друге стране, тужилац би добио прејакe подстицаје у погледу пажње. Но, будући да је одговорност за накнаду штете процентуално подељена, обе стране се суочавају са ефикасним подстицајима у погледу пажње. Према томе, примена правила о пропорционалној одговорности ствара обострано ефикасне подстицаје у циљу минимизирања трошкова очекиване штете и трошкова пажње. Наравно, овај закључак је валидан само ако је у судском поступку правилно одређено процентуално учешће обеју страна у настанку штете. Тиме се имплицира да суд може бити суочен са проблемом информационе природе приликом установљавања пропорционалне одговорности. Међутим, такви проблеми постоје и у другим случајевима одређивања одговорности за причињену штету, рецимо, приликом установљавања солидарне одговорности више починилаца штете.<sup>38</sup>

### 3. Решења из Принципа и ЗОО у случају алтернативне узрочности

Могућност установљавања одговорности за проузроковану штету на бази вероватноће узроковања штете предвиђена је у Принципима, у делу у којем се говори о алтернативним узроцима настанка штете. Конкретније речено, у члану 3:103 (1) Принципа предвиђено је да када није сигурно која је од више активности (радњи) узроковала штету, при чему би свака од њих појединачно била довољна да изазове штету, али остаје несигурно која је до њих заиста исту узроковала, свака од активности ће се сматрати узроком штете у обиму који се одређује на основу вероватноће узроковања штете.

<sup>38</sup> О ефикасности солидарне одговорности, в.: W.Land, R.Posner, "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 3, 1980, 517–555.

Ова норма представља једну од ретких, али пожељних, иновативних решења у Принципима, будући да предвиђа пропорционалну одговорност уместо солидарне одговорности у случају алтернативног каузалитета.<sup>39</sup>

Овај члан Принципа односи се на ситуацију када постоји више потенцијалних починилаца штете, али није сигурно који је од њих заиста штету узроковао, при чему је понашање једног довољно да наступи штетна последица.<sup>40</sup> Творци Принципа заузели су становиште<sup>41</sup> да лице не може бити одговорно за целокупну штету у ситуацији када можда уопште није узроковало штету. Оно може *de facto* одговарати делимично за насталу штету, а што налази оправдање у захтеву да је понашање тог лица морало бити такво да је и оно могло узроковати штету. Очити разлог усвајања пропорционалне одговорности, у случају алтернативног каузалитета, огледа се у равномернијем ширењу ризика инсолвентности<sup>42</sup> између већег броја починилаца штете.<sup>43</sup> Исти аргумент важи и за починиоца штете и оштећеног, ако је и он (оштећени) допринео штети. У прилог томе у чл. 3:106 Принципа предвиђено је да ако је оштећени допринео штети, она (штета) не може бити екстернализована на друго лице, чак и ако је оно касније могло узроковати исту штету. Другим речима, оштећени мора да сноси сопствену штету у опсегу који се одређује према вероватноћи да је иста могла бити последица његове (њене) активности, или осталих околности у његовој (њеној) сфери.

Затим, у истом члану Принципа (3:103 (2)) предвиђено је да када је више оштећених претрпело штету од неке активности (радњи), при чему није сигурно да ли је одређена штета последица те активности, али је вероватно да та активност није узроковала штету

<sup>39</sup> В.: В.Коч, The "Principles of European Tort Law", *ERA Forum* (2007) 8:107–124, 110; или В. Коч, The "European Group of Tort Law" and Its "Principles of European Tort Law", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 1, 2005, 193.

<sup>40</sup> Рецимо, ако је лице В повери кључеве од свог стана лицу А и Б, па једно од њих (А или Б) украде неку ствар из стана, тада се не може знати које је лице то учинило. У том случају, лице А и Б, према наведеном члану Принципа, неће одговарати солидарно, већ пропорционално вероватноћи узроковања штете. Пример преузет из: Ј.Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд 2004., 211.

<sup>41</sup> В.: В.Коч, (2007), 112.

<sup>42</sup> Питање равномернијег ширења ризика добија другачију димензију, ако је неко од починилаца штете осигуран.

<sup>43</sup> В.: В.Коч, (2007), 112.

свим оштећенима, активност ће се сматрати узроком штете нанете свим оштећенима пропорционално вероватноћи наношења штете одређеном оштећеном. Овај члан односи се на горенаведени пример фабрике која емитује штетне материје. Може се навести и пример<sup>44</sup> доктора који је начинио лекарску грешку применом погрешног третмана над озбиљно повређеним пацијентом. Питање је да ли је смрт пацијента последица лекарске грешке или озбиљности повреде. У овим случајевима, Принципи предвиђају пропорционалну одговорност власника фабрике на основу вероватноће узроковања исте, односно подељену одговорност лекара и оштећеног пацијента.

С друге стране, у српском праву, у случају алтернативног каузалитета предвиђена је солидарна одговорност.<sup>45</sup> Оправдање прихватања солидарне одговорности огледа се у томе да ако судија не установи одговорност у случају постојања алтернативних узрока, оштећено лице може остати без накнаде. Тиме се наглашава<sup>46</sup> постојање проблема доказивања узрочне везе између радње починиоца штете и саме штете, када постоји већи број потенцијалних узрока штете. Будући да је тешко доказати узрочну везу у случају алтернативног каузалитета, према мишљењу српског законодавца, правично је да оштећени ипак добије накнаду штете, и то у пуном износу. Зато је нормирана солидарна одговорност. Но, питање је да ли је правично да један од потенцијалних починилаца штете одговара за проузроковану штету, иако можда уопште није узроковао штету. Он свакако може тужити остале солидарне дужнике регресном тужбом, у ком случају је на суду да установи појединачне уделе у штети. Ако суд то не може да учини, свако ће сносити једнак део штете, сем ако правичност не захтева другачије.<sup>47</sup>

Пропорционална одговорност није експлицитно предвиђена у нашем ЗОО, за разлику од Принципа. Наш законодавац се определио за концепт подељене одговорности,<sup>48</sup> под који се може подвести и пропорционална одговорност. Импликације оваквог решења јесу такве да је судовима остављено да у сваком конкретном случају

<sup>44</sup> В.: Н. Schäfer, С. Ott, 207–208.

<sup>45</sup> В.: чл. 206, ст. 4. ЗОО.

<sup>46</sup> В.: Ј. Радишић, 211.

<sup>47</sup> В.: чл. 206, 208. ЗОО.

<sup>48</sup> В.: чл. 192. ст. 1. ЗОО.

установљавају удео у одговорности за накнаду штете починиоца (или починилаца) штете и оштећеног (или оштећених),<sup>49</sup> као што је навођењем примера из наше судске праксе показано. С тим у вези, у случају постојања несигурности узрочне везе, у нашој судској пракси доминантно се примењује принцип све или ништа.<sup>50</sup> Ако судија стекне претежно уверење да узрочна веза између штетникове радње и штете постоји, он признаје право на накнаду целокупне штете. У супротном, ако задржи сумњу у узрочност везе, одговорности за причињену штету нема. Но, економска анализа указује на то да, у случају несигурности узрочне везе, одговорност за причињену штету може бити установљена на основу вероватноће наступања штетних последица.<sup>51</sup> На тај начин се не угрожава превенција, као подједнако важна функција одштетног права, поред компензације.

#### 4. Закључак

Основна теза у овом раду јесте да је у нашем праву потребно предвидети пропорционалну одговорност у случају алтернативног каузалитета, и то на бази споменутих решења из Принципа. Основни аргумент за усвајање пропорционалне одговорности, у случају алтернативне узрочности, произилази из економских импликација које пружа овај облик одговорности на плану превенције и алокације одговорности за штету. Такође, пропорционална одговорност доводи до равномернијег ширења ризика инсолвентности између већег броја починилаца штете, или између починиоца штете и оштећеног, ако је и он (оштећени) допринео штети.

У сваком случају, пропорционална одговорност представља концепт који би требало јасније инкорпорирати у српски правни систем. Приговор може бити то да је подељена одговорност већ предвиђена у ЗОО, када је реч о доприносу оштећеног да штета настане, или да буде већа него што би иначе била. Приговор може бити и то да је судској пракси препуштено да утврђује подељену

<sup>49</sup> В.: чл. 192. ст. 2. ЗОО.

<sup>50</sup> В.: Ј.Радишић, 278.

<sup>51</sup> Упор.: *ibid.*, 279.

одговорност починилаца штете и оштећених. Но, споменута решења из Принципа чине нам се као поуздан ослонац за нормирање пропорционалне одговорности у нашем праву. Усвајање концепта пропорционалне одговорности у српском праву може бити од велике користи, рецимо, на плану одговорности лекара за лекарке грешке. Између осталог, овај концепт широко се примењује у Француској, под називом накнада штете због изгубљене шансе (енг. *loss of chance*), управо на пољу несавесног лечења.<sup>52</sup>

Да закључимо. ЕАП се бави анализом многих правних института. У овом раду, аутори су покушали да методологијом ЕАП прикажу економске импликације пропорционалне одговорности. Анализа је показала да постоје снажни (економски) аргументи у прилог нормирања пропорционалне одговорности у српском праву, посебно у случају алтернативне узрочности, и то на бази одређених решења из Принципа европског оштетног права.

**Aleksandar Mojašević, PhD**

University of Niš, Faculty of Law, Serbia

**Dejan Janićijević, PhD**

University of Niš, Faculty of Law, Serbia

## ECONOMIC ANALYSIS OF PROPORTIONAL LIABILITY

### Summary

Subject matter of this paper is the efficiency of proportional liability in relation to other forms of liability. For this purpose the standard economic models developed in the American theory of Economic Analysis of Law (EAL) are used. Based just on the economic arguments, the authors wish to determine whether there is justification for the regulation of proportional liability in our legal system on the basis of certain solutions of

<sup>52</sup> В.: H.Schäfer, C.Ott, 210.

---

the so-called Principles of European Tort Law (Principles).

The first part of the paper deals with the economic implications of proportional liability in relation to other forms of liability, with an emphasis on the efficiency of proportional liability in case of uncertainty over causation. The second part analyzes the solutions in the Principles and the Serbian Code of Obligations in the case of alternative causation, and judicial practice in Serbia and the USA relating to this form of liability. In conclusion, the authors argue in favor of regulation of proportional liability in Serbian law on the basis of some innovative solutions in the Principles.

**Key words:** proportional liability, efficiency, economic models, causation.

**Проф. др Милан Благојевић**  
Ванредни професор на Универзитету  
за пословни инжењеринг и менаџмент у Бањалуци  
и судија Окружног суда у Бањалуци

Прегледни научни рад  
UDK: 342.4(497.6)

## СПЕЦИФИЧНОСТИ ЈЕДНОГ ИЗВОРА УСТАВНОГ ПРАВА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

### Апстракт

*Извори уставног права се у науци уобичајено дијеле на уставе, законе парламента, делегиране законе, декрете-законе, уредбе извршне власти, парламентарне пословнике, обичаје и уставне конвенције те одлуке уставних судова. Искључивши делегиране законе, затим декрете-законе као и уставне конвенције (које су као извор уставног права својствене енглеској уставноправној традицији), остале изворе уставног права познаје и уставноправни поредак у БиХ. Међутим, оно по чему се тај поредак издваја јесте један извор уставног права који познаје Устав БиХ. Ради се о споразуму о преузимању додатних надлежности Босне и Херцеговине као посебном извору уставног права, који се не сусреће у другим земљама у свијету. Том извору посвећен је овај рад у којем су приказане његове специфичности и објашњена њихова суштина.*

**Кључне ријечи:** извори уставног права, устав, делегирани закони, уредбе извршне власти, споразум о преузимању додатних надлежности.

## 1. Уводни дио

У науци уставног права извори уставног права уобичајено се дијеле на уставе, законе парламента, делегиране законе, декрете-законе, уредбе извршне власти, парламентарне пословнике, обичаје и уставне конвенције те одлуке уставних судова. У случају делегираних закона њихов доносилац није парламент већ неки други орган, који то право изводи на основу делегације законодавне власти парламента. Декрети-закони су акти извршне власти са законском снагом. Оваква подјела врши се на основу одговарајућег нормативног материјала који се затиче у уставноправним порецима држава. Након подсјећања на данас доминантну присутност устава као главног извора ове гране права, у овом уводном дијелу осврнућу се кратко на појмове делегираних закона и декрета-закона.

Дакле, устав у формалном смислу, као највиши и најважнији извор уставног права, затиче се у највећем броју држава савременог свијета, с обзиром на чињеницу да је број оних који немају овај извор права данас много мањи.

У случају делегираних закона они се најчешће одређују као преношење од стране парламента на извршну власт овлаштења да у одређеним областима доноси нормативне акте са законском важношћу. Такав примјер можемо наћи у нашем окружењу, у Републици Хрватској у којој већ неколико година Хрватски сабор доноси законе о овлаштењима Владе Републике Хрватске да уредбама уређује поједина питања из дјелокруга тог сабора. Тако је важећим Законом о овлаштењу Владе Републике Хрватске да уредбама уређује поједина питања из дјелокруга Хрватског сабора, од 28. септембра 2012. године („Народне новине“, број 108/12), Влада Хрватске овлаштена да уредбама уређује питања текуће привредне политике из дјелокруга Хрватског сабора, осим измјена државног буџета и прописивања пореза те оних питања која према Уставу Хрватске може уређивати само Хрватски сабор. Ово овлаштење дато јој је за одређени период (од 15.12.2012. до 15.1.2013. и од 15.7. до 15.9.2013. године). Према члану 2. овог закона Влада Хрватске је овлаштена да уређује поједина питања (дакле и друга питања, а не само питања текуће привредне политике) из дјелокруга Хрватског сабора, и то у

периоду од дана распуштања или истека мандата тог сабора па до дана засједања новоизабраног Сабора. У овом случају Влада Хрватске не може уредбама уређивати питања која према Уставу Хрватске може уређивати само Хрватски сабор нити може доносити или мијењати државни буџет или прописивати порезе. Но, не ради се о делегираним законима само онда када се парламентарна овлаштења за доношење закона преносе на извршну власт. О томе се ради и онда када се ова овлаштења преносе и на друге органе јавне власти који нису извршна власт државе. Примјер за ово пружа важећи Устав Републике Италије, који у члану 117. став 6. даје могућност централној државној власти да законодавну функцију у некој од својих искључивих надлежности делегира регионима. О делегираном законодавству ради се и онда када парламент своја законодавна овлаштења повјери неком од својих радних тијела. Примјер за то пружа Устав Исламске Републике Иран. „Према члану 85. Устава овај законодавни орган не може пренијети своја законодавна овлаштења појединцу или комитету. Међутим, када је неопходно Исламска консултативна скупштина може доношење одређених закона (Устав не каже којих) повјерити својим комитетима као радним тијелима. У том случају закони усвојени у овим тијелима примјењују се на привременој основи за период који одреди Скупштина, која у коначном и потврђује такве законе.“<sup>1</sup> Овакву могућност предвиђа и Устав Италије, јер је у члану 72. став 3. тог устава дата могућност да пословницима домова италијанског парламента буде прописано да се приједлози закона упуте на расправу и изгласавање у комитетима (као радним тијелима) парламента.<sup>2</sup> И у вези с овим Босна и Херцеговина, тачније Република Српска и Федерација БиХ, има специфична рјешења. Наиме, у уставима Републике Српске, односно Федерације БиХ, предвиђена је могућност да законе усваја посебна комисија као парламентарно тијело, у случајевима прописаним тим уставима. Тако је Амандманом LXXVII на Устав Републике Српске прописано да се приликом доношења закона и других аката у вези са виталним интересима, уколико у Вијећу народа није могућа сагласност, образује заједничка комисија. Ову комисију на паритетном основу чине представници (посланици) Народне скупштине Републике Српске и представници

<sup>1</sup> М.Благојевић, Исламски конституционализам на ирански начин (Кратка анализа основа уставног уређења Ирана), Бања Лука, 2012, 59.

<sup>2</sup> У мали број земаља чији уставни предвиђају овакве могућности спадају још Сенегал и Филипини.

(делегати) Вијећа народа. Комисија одлуке доноси консензусом, а уколико он буде постигнут у комисији, закон, односно други акт, сматра се усвојеним. Амандманом XXXIX на Устав Федерације БиХ прописана је процедура за законе у вези са виталним националним интересом, па је одређено да уколико сагласност није могућа у Дому народа или уколико се на приједлог амандмана не добије сагласност (у Заступничком дому Парламента Федерације БиХ) формира се заједничка комисија од представника ова два парламентарна дома на паритетном основу. И овдје та комисија одлуке доноси консензусом. Она, између осталог, усаглашава текст закона и уколико га усагласи закон се сматра усвојеним.

Уставом Руске Федерације послужићу се као примјером за декрете-законе. Чланом 90. тог устава прописано је да предсједник Руске Федерације, између осталог, доноси и декрете (у Уставу се за овај правни извор користи термин „указ) који су обавезујући на цијелој територији Федерације. Иако је ставом 3. овог члана прописано да укази предсједника Федерације не смију бити супротни Уставу Федерације и федералним законима, то предсједничке указе не лишава законске снаге.

Напријед побројани извори јесу извори уставног права који се сусрећу у уставноправним порецима широм свијета. На њих се, дакле, у свакодневном уставноправном животу своди материја извора ове гране права, одакле их је потом излучила наука уставног права. Искључивши делегиране законе, у облицима који су напријед кратко приказани, затим декрете-законе као и уставне конвенције (које су као извор уставног права својствене енглеској уставноправној традицији), остале изворе уставног права познаје и уставноправни поредак у БиХ. Међутим, оно по чему се тај поредак издваја јесте један извор уставног права који познаје Устав Босне и Херцеговине, на који се, како ће бити показано, не наилази у уставима других земаља. О том извору говорићу у наставку на начин што ћу најприје изложити одговарајућу одредбу савезног Устава која је основ правне егзистенције овог извора уставног права код нас, те навести примјере из досадашње праксе у којој је дошло до његове примјене. Потом ћу указати на његову практичну важност на коју указује један политички споразум који су недавно постигли лидери двије политичке странке у БиХ. С тим у вези указаћу на релевантни дио тог споразума. Да би се разумила једна од специфичности овог извора биће потребно

ту уставну одредбу упоредити са стањем у уставима неколико федерација широм свијета. Но, специфичност овог извора права није само у томе што представља јединствен примјер у свијету, већ и што указује на могућност допуна Устава БиХ без одговарајуће процедуре предвиђене у том уставу за његову промјену. У том смислу појам „допуна устава“ схватам и као измјену устава, будући да свака допуна устава, а о томе је ријеч код овог извора уставног права, подразумијева да након ње устав доживљава и сопствену промјену (јер у садржајном погледу то више није устав какав је постојао до те промјене). У вези са тим на крају стоји и питање како се, у чистоправном смислу, треба односити према овом уставноправном извору у тренутку када однос релевантних политичких снага достигне тачку послије које се захтијева измјена (у цијелости или дјелимично) правних односа који су до тада били уређени на другачији начин који је за свој правни темељ имао управо тај извор уставног права. То су, дакле, питања којима ћу се бавити у наставку рада.

## 2. Споразум о преузимању додатних надлежности БиХ

Уставноправни основ за постојање овог извора уставног права код нас налази се у члану 3 (5) Устава БиХ. Том одредбом је, да подсетим, прописано неколико модалитета преузимања додатних надлежности БиХ, мимо оних које су тим уставом прописане као њене искључиве надлежности. Једна од тих могућности је и да БиХ преузме надлежности о којима се споразумију ентитети.<sup>3</sup> Устав

<sup>3</sup> Након образовања Брчко дистрикта, а посебно након усвајања Амандмана I на Устав БиХ (у марту 2009. године), код примјењивања наведене уставне одредбе мора се водити рачуна и о уставноправном положају овог дистрикта. Наиме, овлаштења Брчко дистрикта у вршењу јавне власти на територији тог дистрикта одговарају у потпуности овлаштењима, то јест надлежностима које остала два ентитета (Република Српска и Федерација БиХ) врше на својој територији. Стога се код закључивања евентуално нових споразума о преносу/преузимању додатних надлежности БиХ, тај пренос, односно преузимање, у дијелу који се односи на Брчко дистрикт не би могао вршити без његове сагласности. Уколико би то којим случајем ипак било учињено, тиме би дошло до повреде Амандмана I, сада члан 6(4) Устава БиХ, којим је, између осталог, прописано да Брчко дистрикт има сопствене институције, законе, прописе, овлаштења и статус *коначно* прописан одлукама Арбитражног трибунала за спор у вези с међуентитетском линијом разграничења у области Брчког. Ради заштите тог свог положаја надлежни органи Брчко дистрикта се према наведеном амандману могу обратити Уставном суду БиХ, пред којим могу покренути спор против БиХ, а и против друга два ентитета, ради заштите свог уставноправног положаја.

садржи и одредбу (члан 3(5)б) према којој ће ентитети у року од шест мјесеци по ступању тог устава на снагу започети преговоре са циљем да у надлежности БиХ укључе и друга питања. Ово је, дакле, основ правне егзистенције споразума о преузимању додатних надлежности БиХ као специфичног извора уставног права код нас. Он се, како ће касније бити показано, не среће у уставима осталих федерација у свијету, у чему је једна од његових специфичности. У вези с њом стоји чињеница да Уставом БиХ није предвиђена могућност закључивања споразума у обрнутом смјеру. *De lege lata* нема, дакле, уставне могућности да БиХ и њени ентитети закључе споразум о преносу надлежности са БиХ на ентитете. Но, ако нема такве могућности не треба зазирати од њеног увођења, што би се могло и требало учинити одговарајућим амандманом на Устав БиХ током промјена овог устава које се очекују.

У наставку ћу изнијети два примјера споразума које су до сада закључили Република Српска и Федерација БиХ, а који су били правни основ за преузимање надлежности од стране БиХ.

Први од тих споразума је Споразум о преносу надлежности у области одбране, потписан (од стране ентитетских премијера) 30.12.2005. године између Републике Српске и Федерације БиХ.<sup>4</sup> У наставку ћу изнијети правно релевантне одредбе тог споразума, при чему ћу одговарајућа мјеста у тексту означавати курзивом ради тога да бих указао како се, у чистоправном смислу, ради о одредбама које имају уставноправни карактер, из чега, између осталог, извире уставноправна снага овог правног извора. Дакле, у члану 1. Споразума је одређено да су стране сагласне да се, на основу члана 3(5)(а) Устава БиХ, све надлежности ентитета у области одбране пренесу на институције Босне и Херцеговине. Чланом 2. Споразума је одређено да стране потписнице признају да ће све надлежности које ентитети пренесу на основу тог споразума у потпуности и искључиво вршити институције Босне и Херцеговине. Овакве одредбе другим ријечима говоре да су потписивањем тог споразума институције БиХ постале искључиво надлежне за све надлежности ентитета у области одбране. Када се садржина овог споразума доведе у везу са чланом 3 (1) Устава БиХ, којим су одређене надлежности институција БиХ, то значи да је листа дотадашњих уставних надлежности након потписивања наведеног споразума проширена, тако да институције БиХ сада имају

<sup>4</sup> Овај споразум објављен је у Службеном гласнику Републике Српске, бр. 4/06.

искључиву уставну надлежност и у области одбране. Осим што је за последицу имало проширење надлежности БиХ то је, неизоставно, довело и до образовања оружаних снага БиХ као нове институције на том нивоу.

Други споразум, истина не други према хронолошком редослиједу, је Споразум о преношењу одређених надлежности ентитета кроз оснивање Високог судског и тужилачког савјета БиХ. Овај споразум потписан је 11. марта 2004. године од стране тадашњег предсједника Владе Републике Српске, с једне, и премијера Федерације БиХ с друге стране. Тачком 1. тог споразума стране потписнице су се сагласиле да "...дају сагласност да се успостави институција државе Босне и Херцеговине под називом Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине (Савјет)...". Потом је тачком 2. Споразума одређено да је "Савјет одговоран за самосталност, независност, стручност и дјелотворност правосуђа, што укључује и тужилачку функцију, у Федерацији и Републици Српској, као и на нивоу Босне и Херцеговине. Тачком 4. Споразума одређено је да "Босна и Херцеговина преузима надлежности које су ентитети на њу пренијели, као што је одређено овим споразумом." Дакле, и у случају овог споразума важи да је њиме листа надлежности из члана 3 (1) Устава БиХ проширена новим надлежностима у области правосуђа, као и новом институцијом на нивоу БиХ у виду Високог судског и тужилачког савјета БиХ.

### **3. Практична важност овог извора уставног права**

Да напријед наведени и други споразуми који у будућности буду закључени нису само пуко слово на папиру, већ да се ради о изворима права уставноправне снаге, најбоље се може уочити на једном примјеру из праксе. Наиме, недавно су лидер Савеза независних социјалдемократа, господин Милорад Додик, и лидер Социјалдемократске партије БиХ, господин Златко Лагумџија, у том својству потписали Споразум о програмској/пројектној сарадњи у законодавној и извршној власти у БиХ за период 2012-2014. година. Тачком 3.4. тог споразума предвиђа се "...измјена закона о Високом судском и тужилачком вијећу БиХ (ВСТВ) у сљедећем правцу:

- Конкурсне процедуре за главне тужиоце, њихове замјенике и тужиоце проводи ВСТВ;

- Главне тужиоце на свим нивоима власти именују надлежна законодавна тијела на приједлог Савјета министара, ентитетских и кантоналних влада са листе успјешних кандидата које је утврдио ВСТВ уз постојање механизма деблокаде у поступку избора тј. уколико надлежна тијела не изврше именовање у року од 3 мјесеца, ВСТВ именује вршиоца дужности главног тужиоца док надлежно законодавно тијело не именује главног тужиоца са листе успјешних кандидата;

- Замјенике тужилаца на државном, ентитетском, кантоналном и окружном нивоу, укључујући и Брчко Дистрикт БиХ именује главни тужилац односног нивоа са листе успјешних кандидата коју утврђује ВСТВ;

- Тужиоце на државном, ентитетском, кантоналном и окружном нивоу, укључујући и Брчко Дистрикт БиХ именује главни тужилац...”

Из цитираног текста Споразума могу се, између осталог, извести два закључка која су од значаја за предмет овог рада. Први закључак је да Споразум предвиђа да ће се извршити дјелимични пренос надлежности са институција БиХ на ентитете и друге нивое јавне власти у БиХ наведене у Споразуму. Други закључак је у непосредној вези са првим, а суштина му је у томе да Споразум предвиђа да се дјелимични пренос надлежности изврши у поступку доношења савезног закона. Да се ради о дјелимичном преношењу надлежности са нивоа БиХ на ниже нивое власти може се закључити из чињенице да о именовању главних тужилаца, замјеника главних тужилаца и тужилаца више не би одлучивала институција БиХ (Високи судски и тужилачки савјет БиХ) већ законодавни органи нижих нивоа власти, односно главни тужиоци који су опет органи тих нижих нивоа власти. То је, у суштини, пренос надлежности са нивоа БиХ на ентитете и друге нивое јавне власти у БиХ наведене у Споразуму. Ако се овај закључак можда и не може непосредно извести из текста Споразума (али се сасвим извјесно може извести посредно), онда се без икакве сумње може непосредно закључити да би закон (савезни) требао бити инструмент помоћу којег би то требало учинити, будући да се на почетку тачке 3.4. Споразума предвиђа да

треба извршити измјене Закона о Високом судском и тужилачком савјету БиХ у наведеним правцима.

И управо овакви примјери показују о како специфичном извору уставног права у БиХ се ради када је ријеч о споразуму о преузимању додатних надлежности БиХ. Наиме, ради се о извору права уставноправне снаге, коју има из три разлога. Први разлог лежи у чињеници да овај споразум представља уставни институт, будући да га *expressis verbis* прописује Устав БиХ. Но, тај устав не прописује изричито само постојање овог института него му одређује и садржину, а то је пренос надлежности са нивоа федералних јединица на ниво федералних власти. Дакле, у питању је *materia constitutio- nis*, што је други разлог због којег овај споразум има уставноправну снагу. Најзад, такву снагу он има и због трећег разлога који се више него јасно препознаје и у тексту споразума чије релевантне одредбе су претходно цитиране у раду. Наиме, када се на примјер у члану 1. Споразума о преносу надлежности у области одбране каже да су стране сагласне да се, на основу члана 3(5)(а) Устава Босне и Херцеговине, све надлежности ентитета у области одбране пренесу на институције Босне и Херцеговине, односно да ће све надлежности које ентитети пренесу на основу тог споразума у потпуности и искључиво вршити институције Босне и Херцеговине, не треба пуно објашњавати како се ради о правним одредбама које уставном снагом уређују једно прије свега уставноправно питање. Исто важи и за тачку 4. Споразума о преношењу одређених надлежности ентитета кроз оснивање Високог судског и тужилачког савјета БиХ, којом је одређено да БиХ преузима надлежности које су ентитети на њу пренијели, као што је одређено тим споразумом.

Ради се, дакле, о уставноправном извору, усљед чега се он не може мијењати обичним савезним законом.

#### 4. Кратки компаративни приказ

Осим претходно наведених специфичности овај извор уставног права је специфичан и по томе што се не затиче у уставима других федерација у свијету. На овом мјесту кратко ћу изложити стање из неколико федерација у свијету.

У случају Сједињених Америчких држава тамошњим Уставом извршена је расподјела надлежности на начин што постоји претпоставка надлежности у корист држава чланица те федерације. Надлежност савезне државе одређена је методом еnumerације њених надлежности (члан I, одјељак 8. Устава), док државе чланице располажу свим преосталим надлежностима. Дакле, овај устав не познаје могућност закључивања споразума којим би федералне јединице преносиле своје надлежности на савезну државу.<sup>5</sup> Исто стање затиче се и у Канади, другој великој федерацији Сјеверне Америке. Канадски устав, који је првобитно имао назив Закон о Британској Сјеверној Америци (од 1867.), садржи занимљиво рјешење о расподјели надлежности између те федерације и њених покрајина, које се разликује од већине других федерација у свијету. Наиме, тим уставом је прописано (Поглавље VI, чл. 91. и 92.) да федералне јединице располажу само оним надлежностима које су им изричито додијелене уставним одредбама, што значи да сва остала власт представља надлежност федерације.

Питање расподјеле надлежности између Јужноафричке федерације и њених покрајина уређено је у нормативном дијелу Устава, у чл. 43, 44. и 104, као и додацима том уставу (Schedules) 4 и 5. У релевантим одредбама тог устава не наилази се на овакав уставноправни институт.

<sup>5</sup> То што је савезна држава временом повећавала своје надлежности је последица законодавне дјелатности Конгреса (кориштењем такозваних *имплицитних надлежности* федерације садржаних на крају листе федералних овлаштења у члану I одјељак 8. савезног Устава). Повећање савезних надлежности је и последица тумачења савезног Устава од стране Врховног суда САД, јер је он много пута до сада својим тумачењем и примјеном претходно споменутих *implied powers* у појединачним судским случајевима одлучивао (и тиме у коначном признавао) да федерација има инхерентне надлежности чак и тамо гдје се то према слову Устава САД не би могло рећи.

У Уставу Етиопије (чл. 51. и 52.) такође нема овакве могућности какву предвиђа Устав БиХ.

Устав Бразила (чл. 21-25.) не даје могућност за пренос додатних надлежности на ниво федерације путем споразума. Исто се може рећи и за Устав Аргентине (чл. 75. и 121.), с тим што овај устав у члану 121. садржи занимљиву одредбу којом је предвиђена могућност закључивања пакта о задржавању власти покрајина које се тек примају у ту федерацију, с обзиром на то да аргентински Устав пружа могућност пријема нових чланица у ту федерацију.

Устав Аустралије такође не познаје овакав уставноправни институт (чл. 51, 52. и 107. Устава).

Устав Индије садржи одредбе (члан 249.) које говоре о надлежности савезног парламента да у свом горњем дому (*Rajya Sabha*) донесе савезни закон о било ком питању из надлежности федералних јединица, који важи док је таква одлука на снази. Међутим, у овом случају се не ради о институту какав познаје Устав БиХ, с обзиром на то да одлука горњег дома индијског парламента не представља споразум федералних јединица о преносу њихових надлежности, него се ради о одлуци једног дома савезног парламента.

Устави Швајцарске (чл. 42-44.), Њемачке (чл. 70-75.), Белгије (чл. 35. и 38.) и Русије (чл. 71, 72. и 76.) такође не познају ову установу. Најзад, то се може рећи и за Устав Аустрије (чл. 10, 11, 12, 14а, 15. и 15а), уз напомену да члан 15а тог устава садржи наслов (рубрум) који би својом садржином могао навести на закључак како се ради о истом институту. Наиме, у рубруму тог члана стоји “Споразуми између Федерације и Држава”. Међутим, из садржине овог члана јасно произлази да се ради о споразумима између наведених субјеката о питањима из надлежности сваког од њих. Дакле, не ради се о споразумима о преносу надлежности већ о споразумима којима се уређују питања између ове федерације и њених федералних јединица која се односе на надлежности које су претходно уставом додијељене сваком од њих.

## 5. Закључна запажања

У завршном дијелу поновићу нека запажања која сам изнио у претходним дијеловима овог рада. Из њих (тих запажања) произлази један од могућих одговора на последње питање које се, како је наглашено у уводном дијелу, своди на то како се, у чистоправном смислу, треба односити према овом уставноправном извору у тренутку када однос релевантних политичких снага достигне тачку послје које се захтијева измјена (у цијелости или дјелимично) правних односа који су до тада били уређени на другачији начин који је за свој правни темељ имао управо овај извор уставног права.

Дакле, претходно излагање показује да споразум о преузимању додатних надлежности БиХ има више специфичности. Прва специфичност огледа се у томе што се основ његове правне егзистенције налази непосредно у Уставу БиХ. У вези са том специфичношћу је и наредна, а то је да се на овакав институт не наилази у компаративном уставном праву. Сљедећа специфичност овог споразума је у томе што он није само прописан у Уставу БиХ већ и што му тај устав одређује садржину која се, како је показано, односи на пренос надлежности са нивоа федералних јединица на ниво федералних власти. Ради се, дакле, о уставноправној материји, из које овај институт такође изводи своју уставноправну снагу. На такву снагу упућују и релевантне одредбе споразума о преносу надлежности у областима одбране и правосуђа, које су анализирани у раду. Но, искуство тих споразума указује на још једну његову специфичност која је од интереса прије свега за ентитете у БиХ, али и за БиХ. Наиме, када се путем овог института изврши пренос надлежности са ентитета на БиХ тиме се не ради само то, него се и допуњује Устав БиХ у његовом члану 3(1), којим су одређене надлежности институција БиХ. Дакле, сваки пут када се закључи овакав споразум врши се и допуна Устава БиХ, након чега се у члану 3(1) тог устава проширује списак надлежности институција БиХ. Стога у овом тренутку члан 3(1) Устава БиХ нема садржину какву је имао наком потписивања Општег оквирног споразума за мир у БиХ, то јест члан 3(1) тог устава више нема само првобитних десет тачака на колико су се првобитно сводиле надлежности институција БиХ. Ако се имају у виду споразуми који су анализирани у овом раду, онда

тај првобитни списак надлежности у члану 3(1) Устава БиХ садржи још најмање двије тачке које се односе на додатне надлежности које је БиХ преузела у областима одбране и правосуђа. И тако ће бити и убудуће сваки пут када се потпише неки нови споразум о преносу (дјелимичном или потпуном) надлежности са ентитета на ниво БиХ.

Ако ствари стоје на овакав начин, а стоје ако се посматрају из чистоправног угла, онда је једино исправан закључак да је овај споразум извор права који има уставноправну снагу. У до сада познатој типологији тих извора он се *stricto sensu* не може подвести ни под један од познатих, али му то не умањује уставноправну снагу. Из овог произлази и одговор на посљедње постављено питање у овом раду. Дакле, када се желе мијењати (у потпуности или дјелимично) правни односи који су до тада били уређени (у потпуности или једним својим дијелом) оваквим споразумом, онда се то не може чинити обичним законом (како савезним, тако ни ентитетским). Уколико би се ипак поступило тако, наступила би једна неуставна ситуација. У њој би упоредо правно егзистирала два општа правна акта, од којих је један уставноправне снаге, а други има снагу обичног закона. Овај потоњи акт би исти друштвени однос уређивао (у потпуности или дјелимично) на начин другачији од онога на који је тај однос уређен споразумом, али се због тога не може сматрати да је споразум престао да важи (ни у цијелости, а ни дјелимично). Он не може престати важити, јер га не може укинути правни акт слабије правне снаге од њега. Дакле, не би се могло примјенити правило које каже да каснији закон дерогира ранији закон (*Lex posterior derogat legi priori*).

С обзиром да се у случају споразума ради о актима уставноправне снаге, који у Устав БиХ нису унијети на начин предвиђен за његову измјену (што им не умањује уставноправну снагу и што је још једна специфичност овог споразума), неопходно је у промјенама тог устава које треба да услиједи поради на сљедећем. Неопходно је да се у члану 10. Устава БиХ (који садржи одредбе о његовој измјени) унесу одредбе којима би било предвиђено да се могу преносити и надлежности са БиХ на ниво ентитета а не само, као до сада, са ентитета на БиХ. Такву могућност би требало предвидјети како за оне надлежности које су Уставом БиХ изворно предвиђене као надлежности институција БиХ, тако и за оне надлежности које су споразумима пренесене на БиХ. У било ком од тих случајева, а имајући у виду да се ради о одредбама уставноправне снаге, за такав

пренос би требало предвидјети већину потребну за измјену Устава БиХ. Доследно овоме и ентитети би у својим уставима требали јасно одредити да о преносу њихових надлежности на ниво БиХ одлучују ентитетски парламенти већином која се захтијева за промјену ентитетског устава.

**Prof. Milan Blagojević Ph.D**

Associate professor at the University of Business Engineering and Management in Banja Luka and Judge of the District Court in Banja Luka

**SPECIFICS OF ONE SOURCE OF CONSTITUTIONAL LAW IN  
BOSNIA AND HERZEGOVINA**

Summary

In the science the sources of Constitutional law are usually divided into constitutions, the laws of parliaments, delegated laws, laws-decrees, decrees of executive power, parliamentarian rules of procedure, constitutional customs and constitutional conventions. If delegated laws, then laws-decrees and constitutional conventions (which as a source of Constitutional law are typical to English constitutional-legal tradition) are excluded, the rest of sources of Constitutional law are known in constitutional-legal order of Bosnia and Herzegovina. But, what is specific for that order is a source of constitutional law known only in Bosnia and Herzegovina. It is agreement on transfer of additional competences on Bosnia and Herzegovina as a special source of constitutional law. It is not known in other countries in the world. This paper is devoted to this source of law and its specificities and essence are shown and explained here.

**Key words:** sources of Constitutional law, constitution, delegated laws, decrees of executive powers, agreement on transfer of additional competences.

**Марија Величковић,**  
дипл.правник -мастер  
Заменик директора Агенције за  
јавне набавке – Град Београд  
Докторант Правног факултета Универзитета у Београду

Прегледни научни рад  
UDK: 658.71:340.134(415)

## ЈАВНЕ НАБАВКЕ У РЕПУБЛИЦИ ИРСКОЈ

### Апстракт

*Приоритет сваке државе представља јака и стабилна економија. Како јавне набавке представљају значајну економску функцију државе, владе многих држава поклањају велику пажњу усавршавању постојећег система јавних набавки и бројним реформама у оквиру тога.*

*У том смислу и Република Ирска недавно је кренула путем радикалних промена у овој области и реформисала национални систем јавних набавки. У овом чланку, аутор се бави системом јавних набавки у Републици Ирској, где се, уз кратак историјски осврт на систем јавних набавки ирског јавног сектора, пажња поклања тренутном институционалном и законодавном оквиру јавних набавки, али и будућим променама. У оквиру поменутог, аутор се фокусира на питање будућих реформи и на препоручени модел централизације ирског система јавних набавки.*

**Кључне речи:** јавне набавке, законодавни и институционални оквир, реформа система јавних набавки, централизација јавних набавки.

## 1. Увод

Некадакоришћени термини попут: „прибављање“, „куповина“, „набављање“, као и данас опште прихваћен термин јавне набавке (*енг. Public Procurement*) представљају израз који се користи да би објаснио једну од четири великих економских функција државе: куповину добара, услуга и радова (капиталних инвестиција).<sup>1</sup>

Јавне набавке имају богату историју. Записана на земљаној, црвеној плочици, пронађеној у Сирији, најранија јавна поруџбина датира из периода од 2400. до 2800. године пре нове ере. Наружбина се односила на 50 тегли мирисног уља у замену за 600 јединица жита.<sup>2</sup> Остали историјски извори о набавкама односе се на развој трговине свиле између Кине и грчке колоније у 800. години пре нове ере.<sup>3</sup>

Од тада па до данас појављивале су се различите форме куповине добара, услуга и радова од стране државе у најширем смислу те речи, док се степен актуелности јавних набавки кретао узлазном путањом.

Данас нема сумње да државе широм света улажу велике напоре да постојеће системе јавних набавки усаврше. С тим у вези и питање константне реформе, као и тежње за проналаском савршеног система јавних набавки уз искорењавање корупције, увек поседује обележје инхерентности и не губи на значају. Унапређење система јавних набавки један је од стратешких циљева сваке државе, јер се на тај начин омогућава остваривање других стратешких циљева као што су: економски развој и привредни раст, запошљавање и социјална заштита, побољшање услова живљења и рада, подстицање страних улагања итд.<sup>4</sup> Стога и не чуди што је право јавних набавки постало

<sup>1</sup> Више о економским функцијама државе види: Khi Thai, "Public procurement re-examined", *Journal of Public Procurement*, Volume 1, Issue 1, 10, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>, исто тако и у: С.Табороши, Т.Јованић, Економско право, Правни Факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010

<sup>2</sup> С. К. Coe, "Public Financial Management". *Englewood Cliffs*, NJ: Prentice Hall, 1989

<sup>3</sup> Khi Thai, 10

<sup>4</sup> М.Величковић, „Изузетна хитност као основ за спровођење преговарачког поступка јавне набавке“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2012, 633

одвојена правна дисциплина<sup>5</sup> и што се у управу у овој области права предузимају значајна истраживања.<sup>6</sup>

Перманентно настојање држава у погледу усавршавања постојећих система јавних набавки праћено је сличним и значајним дешавањима на међудржавном плану. Уређивање области јавних набавки на међународном плану започело је деведесетих година двадесетог века, када су на плану стандардизовања спровођења поступка и одобравања уговора о јавним набавкама од стране бројних међународних институција предузете значајне активности.<sup>7</sup> Наведене активности резултирале су, на пример, међународним стандардима о јавним набавкама, који су утврђени Општим споразумом о царинама и трговини (GATT) и унапређени 1994. године Споразумом о владиним набавкама. Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) је донела један број аката којима регулише ову област,<sup>8</sup> док је Светска банка припремила „Водич у области јавних набавки“<sup>9</sup> дорађиван више пута, а који примењују земље које користе зајмове и кредите ове институције.<sup>10</sup>

Имајући у виду чињеницу да је ЕУ највеће тржиште јавних набавки у свету<sup>11</sup>, Европска унија је почетком седамдесетих година, такође почела са уређивањем области јавних набавки и то посредством директива, којима је обавезала државе чланице у погледу циља којег треба оставарити, с тим што је државама чланицама препуштено да својим прописима утврде начин остварења тог циља, што уједно важи и за оне државе које претендују да постану чланице ЕУ и које

<sup>5</sup> Dijber and Stergiou, „Public Procurement Law and Internal Market“, 2009, 46 *C.M.L. Rev.*, 805-806

<sup>6</sup> Више о значају јавних набавки види у: P.Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, USA, 2005

<sup>7</sup> Љ.Дабић, Б.Ненадић, В.Ђурић, *Јавне набавке у упоредном законодавству*, Институт за упоредно право, Београд, 298.

<sup>8</sup> Конвенција о међународној продаји роба; Правни водич за закључење међународних уговора за изградњу инвестиционих објеката; Модел закона о набавци робе и инвестиционим радовима; Модел закона о набавци робе, радова и услуга

<sup>9</sup> World bank: *Procurement guidelines*, New York, 1995

<sup>10</sup> Љ. Дабић, Б. Ненадић, В.Ђурић, 298

<sup>11</sup> M.Trybus, „Improving the efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process“, *Public Contract Law Journal*, 2006, стр. 409, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>

с тим у вези морају постепено усклађивати своје законодавство са правним тековима ЕУ.<sup>12</sup>

Република Ирска постала је држава чланица Европске уније 1973. године, док је само чланство Републике Ирске трансформисало ирску државу, владу, економију и друштво. Чланство је подразумевало, укљученост у политику на европском нивоу и прихватање последица чланства на националном нивоу.<sup>13</sup> Како је Европска Унија заједница која се базира на владавини права, све државе чланице јесу субјект споразума којег су ратификовале, комплетног *acquis communitare*, пресуда Европског суда правде и контроле Европског ревизионог суда. Константно повећање јуриспруденције судова ЕУ, систем прелиминарног одлучивања и облигација да се изврши транспозиција и усклађеност са правом ЕУ, имају велики утицај на правни и уставни поредак сваке државе чланице ЕУ,<sup>14</sup> па и Републике Ирске.

## 2. Република Ирска

Према ОЕЦД, прегледу јавног управљања, Република Ирска је парламентарна демократска република.<sup>15</sup> Председник јесте шеф државе. У складу са Уставом<sup>16</sup>, извршна власт државе припада влади састављеној од најмање 6, а највише 14 министарстава. Владом председава премијер, постављен од стране председника након што је изабран од стране парламента. Тренутно, Република Ирска има 14 министарстава и 34 јединица локалних органа.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Више о стандардима ЕУ у овој области види: Г.Гасми, „Нови ЕУ стандарди о јавним набавкама радова, роба и услуга и значај за Србију“, *Право и привреда*, вол. 46, бр. 1 - 4, 2009, 570 - 582

<sup>13</sup> G.Barrett, B.Laffan, R.Thom, D.C. Thomas, B.Tonra, „Ireland’s Future in Europe: Scenarios and Implications“, *UCD Dublin European Institute*, Dublin, November 2008, 5, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>

<sup>14</sup> G.Barrett, B. Laffan, R. Thom, D.C. Thomas, B. Tonra, 6

<sup>15</sup> V.Campbell, „Is centralized procurement i.e. the establishment of the National Procurement Service (NPS) more beneficial to the public sector than decentralized procurement? The National Procurement Service – a case study“, *Dublin City University Business School, Ireland*, 2010., 1

<sup>16</sup> Constitution of Ireland enacted by the people 1st july, 1937 in operation as from 29th december, 1937 with the latest, thirtieth amendment of the constitution (treaty on stability, coordination and governance in the economic and monetary union) act 2012

<sup>17</sup> V. Campbell, 1

Шири јавни сектор Републике састоји се од одвојених елемената у оквиру државне службе, као и различитих група запослених у такозваном „ширем јавном сервису“. Државна служба састоји се од 15 трајних владиних одељења и одређених специфичних „суштинских“ агенција и канцеларија. Главни подсектори у оквиру ширег јавног сервиса укључују здравство, образовање, комерцијално и некомерцијална државно финансирана тела, управу, предузећа Ирске, локалне органе, гарду, одбрану.<sup>18</sup>

Тренутна економска криза погодила је тешко све европске земље, али је на неке од њих озбиљније утицала у односу на друге. Управо је Република Ирска искусила једну од тешких економских контракција еврозоне, са драматичним падом развитка и изненадним оштрим порастом незапослености. Она дели искуства кризе са другим европским земљама, али путања и искуство кризе показује значајне варијације. Свака земља доживљава кризу као изазов за њен домаћи капацитет да управља својим посебним „теретом проблема“. С тим у вези постоје варијације политичког и институционалног извора који се користи за решавање проблема.<sup>19</sup> Један од њих јесте и реформа јавног сектора.

Иако је у Ирској, као и у многим другим земљама, у последњих неколико деценија, реформа јавног сектора представљала сталан разлог за забринутост<sup>20</sup>, у светлу велике економске кризе она посебно добија на значају. У тежњи да се избори са тренутном економском кризом, кључни приоритет владе Републике Ирске јесте одржива редукација трошкова и постизање боље вредности за новац кроз реформу јавних набавки, обзиром да је област набавки идентификована као једна од 14 иницијатива реформе јавног сектора,

---

<sup>18</sup> V. Campbell, 2

<sup>19</sup> S.Dellepiane A.and N.Hardiman, „European Economic Crisis: Ireland in Comparative Perspective“, UCD School of Politics and International Relations, *American Political Science Association Annual Meeting Washington DC*, September 2010, 2, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>

<sup>20</sup> N.Hardiman, „Economic Crisis and Public Sector Reform: „Lessons from Ireland“, UCD School of Politics and International Relations, Impact of the Economic Crisis on Public Sector Reform UNDP Seminar, Tallinn, February 2010, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>

проглашене од стране министра за јавну потрошњу и реформу.<sup>21</sup> С тим у вези, 2012. године, Одељење за јавну потрошњу и реформу, ангажовао је „Accenture“, највећу светску, мултинационалну консултантску компанију, са циљем идентификације оних активности које се, за реализацију одрживих уштеда у јавним набавкама на кратак и средњи рок, јављају као неопходне и како би идентификовала активности које су неопходне за стварање структура и капацитета подобних за унапређење праксе јавних набавки и постизање веће ефикасности. Истраживање је трајало више од шест недеља и резултирало извештајем: „*Capacity and Capability Review of Central Procurement Function*“ у којем су изнети кључни закључци и препоруке за даље поступање.

### 3. Институционални оквир јавних набавки у Републици Ирској

У светлу пометуних реформи и тежње за проналаском савреног система јавних набавки, незаобилазно питање јесте: Да ли је централизована јавна куповина више корисна јавном сектору од децентрализоване јавне куповине и с тим у вези, да ли јавна тела треба обавезати да набавке врше преко централне агенције за јавне набавке или не?

У последњих неколико година, централизација набавки је постала јако популарна у Европи. Ову изјаву потврђује чињеница да је неколико земаља, попут Данске, Уједињеног Краљевства, Италије и Аустрије основало Централну Агенцију за јавне набавке у последње две деценије.<sup>22</sup>

У одређеном смислу, у наведену категорију се може сврстати и Република Ирска. Наиме, у поменутом Извештају из 2012. године, компаније „Accenture“, истакнуто је да тренутно у Републици Ирској, како на националном, а тако и на секторском нивоу, функционише

<sup>21</sup> Види: *Capacity and Capability Review of Central Procurement Function*, Accenture, (даље у фуснотама: *Capacity and Capability Review of Central Procurement Function*, Accenture), Department of Public Expenditure and Reform, Republic of Ireland, August 2012, 6

<sup>22</sup> L. Carpineti, "Shall public entities be obliged or free to buy through a central procurement Agency? Some insights", Enhancing best practice in Public Procurement, 3rd International Public Procurement conference proceedings, Amsterdam, August 2008, 2

систем јавних набавки који се категорише као мешовити (хибридни) децентрализовани модел.<sup>23</sup> То значи да одређена централна функција јавних набавки постоји, али да уједно постоје и бројна ограничења, политичког, али и стратегијског карактера.

Као битне централе функције јавне набавке у Ирској, тренутно се издвајају: Национални Сервис за јавне набавке (NPS), Национална јединица за политику јавних набавки (NPPPU), куповина од стране Центра за менаџмент и развој организација (CMOD) и Секција за привредне уговоре Главне државне адвокатске канцеларије (CSSO)<sup>24</sup> Поред постојећих идентификованих централних функција јавних набавки, остали сектори и одељења у оквиру јавног сектора представљају посебне и самосталне функције јавних набавки, тако да се поступци јавне куповине врше унутар сваког појединог сектора односно организације.

Иначе, све до 2009 године, јавне набавке у ирском јавном сектору биле су јако децентрализоване. Јавна тела вршила су функцију јавних набавки независно, а у оквиру ЕУ Директива, националног права и националних смерница (упутстава).<sup>25</sup> На први поглед, централизација јавних набавки у Ирској изгледа као новина, али питање, или боље речено, препорука централизовања система јавних набавку у овој држави потеже се још од 2001. године, када је Ирска ангажовала конзорцијум консултантске куће „*Price waterhouse Coopers*“ и адвокатске канцеларије „*Philip Lee Solicitors*“, да заједно са подпружаоцем услуга „*Purchasing Solutions*“, изврши свеобухватно истраживање система у циљу успостављања стратегије јавних набавки и сачињавања извештаја са препорукама. Иницијално, ово истраживање предузето је ради увођења одговарајућих решења у циљу стварање најбоље пословне праксе јавног сервиса у вези са е-набавкама и ради имплементације препорука, путем тестирања на пилот пројекту, пре него што се прошири на шири јавни сервис. Наведено истраживање резултирало је садржајним Извештајем: Стратегија имплементације е-набавки у ирском јавном сектору<sup>26</sup> из 2001. Године (даље у тексту: Извештај „*Price waterhouse Coopers*“), којим је између осталог констатовано да је ирски систем

<sup>23</sup> Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 61

<sup>24</sup> Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 27

<sup>25</sup> V. Campbell, 15

<sup>26</sup> Strategy for the Implementation of eProcurement in the Irish Public Sector, Final Report, Price Water House Coopertion, 2001, доступно на сајту: <http://per.gov.ie>

јавних набавки јако децентрализован, без координације међу телима која спроводе поступке јавних набавки и где је аргументовано препоручен адекватан облик централизације система уз оснивање више националних тела ради постизања постављеног циља. С тим у вези, било је предвиђено оснивање Националне јединице за политику, задужене за креирање политике јавних набавки, уз задатак да олакша, координира и надгледа имплементацију исте по различитим секторима. Поред ове јединице, предвиђено је и оснивање Националне Оперативна јединице, као посебног тела под Одељењем за финансије, чији би задатак био постављање оперативне стратегије за све аспекте набавки у складу са националном политиком, а како би се разрадили стандарди и најбоља пракса. Према Извештају, ово тело, надгледало би активности у вези са набавкама по секторима, а како би се обезбедила конзистентност приступа. Додатно, Национална Оперативна јединица требала је да обезбеди подршку наручиоцима (јавним купцима) по секторима, а у вези са набавкама (куповином), правним оквиром и системом.<sup>27</sup> Ради међусобне координације, између осталог, овим Извештајем препоручено је и оснивање Националног саветодавног одбора и Секторске јединице за јавне набавке.

Иако је још 2001. године у Извештају „*Price waterhouse Coopers*“, препоручен адекватан облик централизације јавних набавки, ирском јавном сектору требало је пуних 8 година да усвоји и реализује наведену препоруку.

Тако је Национални Сервис за Јавне набавке (*NPS*), као прво централно тело, основан априла 2009. године, а ради остварења више циљева. Главни циљеви основања били су:

- да развије употребу националних оквирних споразума дозвољавајући јавним органима (телима) куповину опште коришћених добара и услуга са примарним циљем обезбеђивања „оптималне ефикасности и вредности за новац у јавним набавкама“,
- да обезбеди професионалне савете у вези са јавним набавкама централној влади и државним агенцијама,
- да развије циљеве и спроведе акредитоване тренинге и мере едукације, као и
- да развије систем е-набавке.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Strategy for the Implementation of eProcurement in the Irish Public Sector, Final Report, Price Water House Coopertion, 2001, 59-60, доступно на сајту: <http://per.gov.ie>

<sup>28</sup> Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 27

Данас, Национални Сервис за јавне набавке представља организациону јединицу у саставу Канцеларије за јавне послове Владе Републике Ирске, а под окриљем је Одељења за јавну потрошњу и реформу. Пре оснивања овог тела, знатни износ централне владине потрошње кроз јавне набавке вршио, се посредством државне Агенције за снабдевање, којом је управљала Канцеларија за јавне послове. Много уговора је закључено путем коришћења „отказних уговора“ за добра, попут уговора за униформе, материјала за штампање, аутомобила, гаса, струје итд, са до 80 милиона еура потрошње годишње.<sup>29</sup> Поред набавки, ова Агенција за снабдевање имала је безброј других активности које се нису могле повезати са јавним набавкама,<sup>30</sup> те је оснивање централног тела са фокусом на јавне набавке било од есенцијалне важности.

У ширем смислу, сврха оснивања централне агенције за јавне набавке као што је Национални Сервис за јавне набавке у Ирској је да обједини потребе и захтеве јавних тела (наручилаца), а како би доделио оквирне споразуме или „централне уговоре“ кроз отворени, транспарентни и конкурентски поступак јавне набавке. Економски најповољнији понуђач(и) је/су изабран/и између оних који је/су били вољни да дају понуду за уговор. Када је споразум потписан и све до истицања периода важности истог, јавна тела имају прилику да купују добра и услуге од стране изабраног добављача.<sup>31</sup> Оквирни споразуми се учестало користе у пракси онда када наручиоци имају континуирану или често понављану потребу да набављају исте или сличне производе и када желе да избегну трошкове који су повезани са доделом нових уговора (посебно када вредност тих уговора премаша релевантне вредносне границе Директива) сваки пут када се нова набавка јави као неопходна.<sup>32</sup> Исто тако, оквирни споразуми могу бити коришћени како би се остварила економија обима кроз

---

<sup>29</sup> V. Campbell, 15

<sup>30</sup> V. Campbell, 16

<sup>31</sup> L. Carpineti, 2

<sup>32</sup> P. Trepte, *Public Procurement in the EU, a Practitioners Guide*, Oxford University Press, USA, second edition, 2007, 208. Више о оквирним споразумима види у: K. Karjalainen, „Estimating the cost effects of purchasing centralization – Empirical evidence from framework agreements in the public sector”, *Journal of Purchasing & Supply Management*, no. 17/2011, 87 – 97 и G.L. Albano, M. Sparro, „A simple model of framework agreements: Competition and efficiency”, *Journal of Public Procurement*, Volume 8, issue 3, 2008, 356 – 378

обимну куповину, приметно, најчешће се користе ради бенефита који се остварује када већи број наручилаца набавља заједно, као што је случај са централном куповином.<sup>33</sup>

Иако је Национални сервис видео агрегацију потреба (захтева) кроз јавни сектор као значајни допринос у постизању боље вредности за новац, обједињавање потреба није погодно за сва тржишта и за све категорије. Стога је Национални сервис на почетку користио оптималну стратегију која је предвиђала агрегацију и употребу оквирних споразума у погледу оних категорија добара и услуга, где се то показало као одговарајуће и практично,<sup>34</sup> те је њихова даља употреба од стране јавних тела, а за куповину добара у услуга, била на бази добровољног прихватања.

Употреба централних уговора или оквирних споразума од стране Националног сервиса, показала је временом многе користи за јавни сектор, попут: новчаних уштеда, административних уштеда, смањења дуплирања тендера; веће стручности и професионализацију, већи ниво доследности у поступању као и побољшање нивоа услуга. У неким инстанцама, прихватање оквирних споразума је било слабо, а како би повећали употребу оквирних споразума постављених од стране Националног сервиса за јавне набавке и како би обезбедили вредност за новац, Влада Републике Ирске одлучила је да у одређеним случајевима систем добровољне примене оквирних споразума трансформише у систем обавезне примене.<sup>35</sup>

Како обједињавање потреба није погодно за све категорије добра и услуга, тачно је наведено која су добра и услуге јавна тела у обавези да купују односно набављају користећи оквирне споразуме постављене од стране Националног Сервиса за јавне набавке, попут: канцеларијског материјала, папира, опреме домара, оглашавања, набавке аутомобила, енергије (струје и природног гаса), текуће потрошње у вези са информационом системима (трошкови папира, тонера, кертрица) тзв. *ICT Consumables*.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> P.Trepte, 209

<sup>34</sup> V. Campbell, 83

<sup>35</sup> Circular 06/12: Public Procurement (Framework Agreements), Department for Public Expenditure and Reform, July, 2012., 1

<sup>36</sup> Види: „Appendix I, Commencement Dates for Mandatory Arrangements“ у: Circular 06/12: Public Procurement (Framework Agreements), Department for Public Expenditure and Reform, July, 2012

Иако ово за наручиоце ирског јавног сектора још увек не значи легалну обавезу за коришћењем уговора централне агенције као што је случај са Националним Сервисом за јавне набавке, од њих се ипак захтева да их користе, односно да им се прикључе, а сходно одредбама циркулара који је донет од стране Одељења за јавну потрошњу и реформу.<sup>37</sup>

У случајевима који нису погодни за обавезну агрегацију, предвиђена је сарадња Националног Сервиса за јавне набавке са другим органима, а како би им олакшао и охрабрио заједничку куповину, док су у сваком случају остали оквирни споразуми Националног Сервиса за јавне набавке (који нису предмет тзв. обавезног приступања) увек отворени за сва јавна тела, која желе да им се прикључе.

У погледу осталих поменутих централних функција јавних набавки, Национални сервис за јавне набавке сарађује са Главном државном адвокатском канцеларијом (CSSO), конкретно, секцијом за привредне уговоре и то на развоју стандардних форми конкурсних документација и уговора, као и на обуци запослених у јавном сектору, а у вези са употребом тих стандардних докумената. Њихова сарадња односи се и на текуће уговоре, а у вези са реализацијом и пружањем подршке (у виду материјала) крајњим корисницима. С тим у вези 2011. године, оба тела, у сарадњи са Канцеларијом државног тужиоца, сачинила су модел „Захтева за тендер“ и „модел уговора“<sup>38</sup> који ће се користити у поступцима јавних набавки за одређена добра и услуге. Ови документи су израђени уз консултације са Владином комитетом за уговоре и Одељењем за финансије, као и уз консултације представника привреде и индустрије.<sup>39</sup> Употреба наведених докумената предвиђена је за спровођење отвореног поступка јавне набавке и она попут коришћење централних уговора, не представља правну обавезу за јавна тела. Њихова употреба се препоручује као добра пракса и служи као помоћ наручиоцима при спровођењу поступка јавних набавки.

<sup>37</sup> Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Part 2, European Commission Staff Working Paper, Brussels, 27.6.2011, 210

<sup>38</sup> Оба заједно чине конкурсну документацију. Уз њих постоји и упуство као олакшица за њихово коришћење.

<sup>39</sup> Department of Public Expenditure & Reform Circular 1/11: Model Tender and Contract Documents for Public Service and Supplies Contracts, Јун 2011., 1

Иначе, сама стандардизација конкурсне документације пожељна је не само за наручиоце, већ и за понуђаче, а нарочито за мала и средња предузећа којима ће њихова употреба олакшати испуњење захтева јавних тела, уз елиминацију ризика неисправности понуде због техничких грешака или недовољног познавања процедуре јавних набавки.

Како је главна опасност централизације јавних набавки искључивање малих и средњих предузећа путем постављања строгих захтева који се могу јавити у великим, обједињеним набавкама, Национални сервис за јавне набавке је, између осталог основан и као јединица која препознаје потребе малих и средњих предузећа и која препознаје чињеницу њихове релевантности као учесника и носилаца националне привреде. Стога, једна од главних функција Националног Сервиса за јавне набавке јесте и подршка малим и средњим предузећима кроз едукацију и стратегију,<sup>40</sup> као и кроз уклањања административних баријера и препрека за учествовање у поступцима јавних набавки.

Наведено централно тело предузима активности и на пољу политике јавних набавки, а посредством одређене сарадње са Националном јединицом за политику јавних набавки.

Национална јединица за политику јавних набавки (NPPPU) основана је 2002. године у саставу Одељења за финансије. Њена улога је да развије набавке јавног сектора, политику и праксу кроз реформе управљања набавкама. Национални оквир политике јавних набавки, писан од стране Националне јединице за политику јавних набавки, 2010. године, представљао је део реформе набавки у јавном сектору. Овај документ описао је како процес реформе укључује развој капацитета, тренинг и мере едукације и агрегације јавних набавки.<sup>41</sup> 2009. године, а 8 година од препорука наведених у Извештају „*Price waterhouse Coopers*“, Национални оквир политике јавних набавки је почео да се реализује. Очигледан доказ представља широко оглашавање јавних набавки путем националног вебсајта – Е-тендери, који је створен као олакшица за сва јавна тела, али и приватни сектор, потенцијалне понуђаче. Тренутно, овим сајтом управља Национални Сервис за јавне набавке.

<sup>40</sup> Више о томе види: V. Campbell, 82-83

<sup>41</sup> V. Campbell, *нав. дело*, 16

Центар за менаџмент и развој организација (CMOD), као још једна категорија идентификоване централне функције, одговоран је за „праћење и усвајање ICT потрошње у телима државног и јавног сервиса тела, за телекомуникациону политику и инфраструктуру, за е-Управу, политику и инфраструктуру, технолошка истраживање и политике, централне ICT набавке, као и заједничке ИТ системе, укључујући управљање људским ресурсима.“ То је дивизија Одељења за јавну потрошњу и реформу.<sup>42</sup>

Секција за привредне уговоре Главне државне адвокатске канцеларије (CSSO)<sup>43</sup> свим секторима пружа правне савете и подршку, а у вези са уговарањем куповине добара и услуга. Ова канцеларија, пружа нарочиту правну помоћ и саветовање Националном сервису за јавне набавке. У оквиру ове канцеларије, секција за привредне уговоре стара се о поштовању ЕУ директива и националног права и обезбеђује стандардне обрасце, у зависности од потреба.

Од наведених централних функција јавних набавки, једино Национални сервис за јавне набавке и Центар за менаџмент и развој организација (CMOD) представљају тела која су укључена у управљању потрошње.<sup>44</sup>

#### **4. Законодавни оквир јавних набавки у Републици Ирској**

Будући да Република Ирска представља део европске заједнице, законодавни оквир јавних набавки ове државе не може се посматрати одвојено од легислације ЕУ.

Као посебна правна дисциплина, право јавних набавки уско је повезано са основним принципима који су заједнички за све прописе ЕУ. Зачеци регулисања области јавних набавки могу се наћи у Споразуму о оснивању Европске заједнице из 1957. године, који, иако не помиње јавне набавке које спроводе јавне институције држава

<sup>42</sup> Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 28

<sup>43</sup> Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 27

<sup>44</sup> Процењена годишња потрошња посредством оквирних споразума износи е 888 милиона, у 2011. Више о томе види у: Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 29

чланица, садржи основне принципе попут забране дискриминације на основу држављанства, слободе кретања људи, капитала, роба и услуга.<sup>45</sup> У контексту поступака јавних набавки, ови принципи имају за циљ уклањање граница у трговини, препрека и дискриминаторске праксе према свим компанијама Европске уније које учествују и конкуришу у поступцима за доделу јавних уговора који се спроводе у државама чланицама Европске уније. Један од значајних инструмената за уклањање препрека за слободну трговину и постојање интерног тржишта у ЕУ јесте и усклађивање система јавних набавки држава чланица.<sup>46</sup>

Млада европска заједница се на почетку суочавала са бројним баријерама за стварањем јединственог, интерног и слободног тржишта. Неке од њих биле су предности које су на почетку оснивања, државе чланице ЕУ давале националним компанијама, а приликом куповине добара, услуга или радова. Брзо након оснивања ЕУ, схватило се да основни принципи о оснивању европске заједнице, попут једнаког третмана и забране дискриминације на бази националности, слободног кретања робе, права на оснивање и слобода пружања услуга, нису били довољни да отворе тржиште набавки за све државе чланице.

Стога се јавила неопходност да се државни уговори додељују након спровођења транспарентних процедура, а како би се избегло додељивање јавних уговора националним компанијама, под велом дискреције одређене државе чланице. Исто тако, сматрало се пожељним доношењем посебних правила која је требало да обезбеде адекватну и ефикасну правну заштиту оштећених понуђача.<sup>47</sup> Стога је с циљем обезбеђивања ефективније примене принципа из споразума о оснивању европске заједнице и стварањем отвореног тржишта, почетком седамдесетих година двадесетог века, Европска Унија прибегла регулисању области јавних набавки путем директива, које се у компарацији и поред основних принципа европске заједнице, а за област јавних набавки третирају секундарном легислацијом.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Кад су у питању јавне набавке највећи значај има слобода кретања роба и слобода давања и примања услуга. Више о томе види: S.Arrowsmith (editor), *EU Public Procurement Law: an Introduction*, University of Nottingham, 2011, 25-33

<sup>46</sup> М. Величковић, 631-632

<sup>47</sup> S. Arrowsmith, 53.

<sup>48</sup> Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Part 2, European Commission Staff Working Paper, Brussels, 27.6.2011, 175.

Укратко, Директиве су наметнуле свим државама чланицама, па и Ирској, објављивање додељених јавних уговора изнад одређене вредности у Службеном Листу Европске Уније, доделу уговора на основу унапред прописаних детаљних процедура и критеријума као и обезбеђивање ефикасне заштите оштећеним понуђачима у поступку по правним лековима.<sup>49</sup>

Од почетка уређивања ове области, законодавство ЕУ је, у зависности од области у питању, прибегло одвојеном регулисању поступка јавних набавки. Сходно томе, данас су набавке радова, добара и услуга у тзв. класичном јавном сектору регулисане посебно у односу на набавке у тзв. комуналном сектору, сектору водопривреде, енергије, транспорта и поштанских услуга, тако да су тренутно јавне набавке на нивоу Европске Уније регулисане Директивом 2004/18/ЕЗ<sup>50</sup> Европског парламента и Већа 31.03.2004. године о координацији поступака за доделу уговора о јавној набавци радова, јавној набавци роба и јавној набавци услуга<sup>51</sup> и Директивом 2004/17/ЕЗ<sup>52</sup> Европског парламента и Већа 31.03.2004. године која координира поступке набавки органа који послују у сектору вода, енергије, транспорта и поштанских услуга. Поред тога, Директива 2009/81/ЕЗ прописује да поступке за доделу одређених уговора о извођењу радова, уговора о прибављању добара и услуга координирају наручиоци или субјекти на подручју одбране и безбедности. Поред њих на снази су и две директиве које регулишу област ревизије уговора закључених у поступку јавне набавке - Директива 89/665/ЕЕЗ о „класичном сектору“ и Директиву 92/13/ЕЕЗ о „комуналном сектору“, измењена Директивом 2007/66/ЕЗ познатом као Директива о правним лековима.

Чланство Републике Ирске у ЕУ резултирало је хармонизацијом прописа ове државе са правом ЕУ, дакле и са поменутиим Директивама

<sup>49</sup> M. Trybus, 409.

<sup>50</sup> Directive 2004/18/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, Official Journal of the European Union, L 134, 30/04/2004.

<sup>51</sup> Више о Директиви 2004/18/ЕЗ види: Г.Гасми, „Директива 2004/18/ЕЗ Европског парламента и Савета о усаглашавању процедура за доделу уговора о радовима, робама и услугама (2004/18/ЕЗ)“, *Европско законодавство*, бр. 25 - 26, 2008, 22 - 27

<sup>52</sup> Directive 2004/17/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors; даље у фуснотама: Директива 2004/17/ЕЗ.

које регулишу област јавних набавки. Република Ирска извршила је имплементацију поменутих директива методом транспозиције, посредством коришћења тзв. законских инструмената (енг. *Statutory instruments - Si*), имплементирајући исте у национално право, готово реч по реч.<sup>53</sup> Данас, за област јавних набавки у Републици Ирској постоји онолико законских инструмената, колико има директива које регулишу ову област, дакле посебно за класичан јавни сектор, за поље комуналног сектора и за поље правне заштите и поступака по правним лековима.<sup>54</sup> Поред тога, Република Ирска, као и остале државе чланице у обавези је да директно примењује Регулације Европске Комисије које се односе на вредносне границе изнад којих се огласи у вези са јавним набавкама објављују у Службеном Листу Европске Уније<sup>55</sup>, као и Регулације које се односе на стандардне форме за њихову објаву.<sup>56</sup> Како би олакшала обраду позива на тендер који се објављују у Службеном гласнику<sup>57</sup>, ЕУ донела је заједнички речник јавне набавке, *Procurement Vocabulary (CPV)*, где је помоћу једног класификационог система омогућава описивање предмета уговора о

<sup>53</sup> Више о правном оквиру, генералним принципима јавних набавки, као и о поступцима јавних набавки према Директивама ЕУ види у: The SIGMA Programme — Support for Improvement in Governance and Management and the European Union, Join initiative of the OECD and the EU, principally financed by EU, *Public Procurement Brief 1, Public Procurement in the EU, Legislative Framework, Basic Principles and Institutions*, Paris, 2011 и The SIGMA Programme — Support for Improvement in Governance and Management and the European Union, Join initiative of the OECD and the EU, principally financed by EU, *Public Procurement Brief 10, What are the Public Procurement Procedures and When Can They Be Used?*, Paris, 2011.

<sup>54</sup> Statutory Instrument - Si 130 of 2010 European Communities (Public authorities contracts) (review procedures) Regulation 2010; Statutory Instrument- Si 50 of January 2007 European Communities (Award of Contracts by Utility Undertakings) Regulations 2007; Statutory Instrument - Si 329 of June 2006 Regulations European Communities (Award of Public Authorities' Contracts) Regulations 2006.

<sup>55</sup> Наведене вредносне границе одређују се на период од две године, за период од 2012. до 2014. види: COMMISSION REGULATION (EU) No 1251/2011 of 30 November 2011 amending Directives 2004/17/EC, 2004/18/EC and 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the awards of contract

<sup>56</sup> REGULATIONS, COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) No 842/2011 of 19 August 2011 establishing standard forms for the publication of notices in the field of public procurement and repealing Regulation (EC) No 1564/2005, Official Journal of the European Union, L 222/1, 27.8.2011

<sup>57</sup> Види: <http://europa.eu/>

јавним набавкама,<sup>58</sup> тако да се у изворе Ирског права јавних набавки сврста и наведени документ.

Поред наведених докумената, а за област јавних набавки, у Републици Ирској велики значај имају и Циркулари и Упутства појединих одељења, попут Одељења за финансије и Одељења за јавну потрошњу и реформу. Ова документа међутим нису правно обавезујућа и не мењају ЕУ право јавних набавки које је транспоновано у Ирској. Ипак, оваква документи јесу од првог значаја за она јавна тела којима су упућена.<sup>59</sup> У периоду од 2002. године до 2012. године донето је укупно 6 циркулара којима се регулишу различита питања из области јавних набавки, попут, на пример, области оквирних споразума, употребе стандардне тендерске документације или подршке малим и средњим предузећима у јавним набавкама. У вези овог последњег, а у односу на поменути централну функцију, поред циркулара који се односи на оквирне споразуме, примећује се велики значај циркулара који се односи на подршку малим и средњим предузећима као учесницима у приведи и који представља у ствари усвајање најбоље праксе, промовисане на нивоу организације ЕУ, о повећању учешћа малих и средњих предузећа и поступцима јавних набавки.<sup>60</sup>

## 5. Европске и Националне јавне набавке у Републици Ирској

У зависности од тога да ли постоји обавеза примене примене Директива ЕУ или не, све јавне набавке држава чланица ЕУ, могу се поделити на Европске и Националне јавне набавке. Европске јавне набавке су оне чија вредност премаша износ који је од стране Европске комисије прописан као износ изнад којег постоји обавезна

---

58 Regulation (EC) No 2195/2002 of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 on the Common Procurement Vocabulary (CPV), amended by Commission Regulation (EC) No 2151/2003 of 16 December 2003 L 329 1 17.12.2003, Commission Regulation (EC) No 213/2008 of 28 November 2007 L 74 1 15.3.2008.

59 P. McGovern, "Government Administrative Measures to support SMEs in Public Procurement: Circular 10/10, Issued by Department of Finance of Ireland, August 13, 2010", *Public Procurement Law Review*, Issue 1, 2011

60 Commission staff working document: „European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to Public Procurement Contract”, Brussels, 25.6.2008, доступно на: <http://ec.europa.eu/>

примена Директива ЕУ<sup>61</sup>, док су Националне јавне набавке оне у погледу којих не постоји обавеза примене ЕУ Директива, односно чија вредност не премаша износ који је прописан за категоризацију јавне набавке као Европске.

Многе државе чланице ипак, Директиве ЕУ примењују и онда када немају правну обавезу да то чине, а како би добили вредност за новац или како би спречили појаву корупцијског понашања. Друге су државе чланице, пак за јавне набавке мање вредности (испод релевантних прагова ЕУ), развиле своја национална правила, која су далеко једноставнија од правила Директива ЕУ за област јавних набавки. Република Ирска развила је своја национална правила која примењује на тзв. Националне Јавне набавке. Она су далеко једноставнија од правила Директива ЕУ, односно законских инструмената, али њихова једноставност не угрожава ни на који начин основне принципе транспарентности, једнаког третмана и недискриминације, док се истовремено води рачуна о ефикасности и одржавању баланса између ниске вредности набавке и постављених захтева, трошкова и административних баријера.

Тако се Националне јавне набавке у Републици Ирској деле у три категорије:

- 1) на набавке чија је процењена вредност до 5.000 еура
- 2) на набавке чија је процењена вредност од 5.000 еура до 25.000 еура
- 3) на набавке чија је процењена вредност од 25.000 еура до релевантног ЕУ прага

Национална правила за јавне набавке креирана су тако да поступак јавне набавке не произведе трошкове који би били већи од процењене вредности јавне набавке, што би поступак чинио неефикасним и нецелисходним. Што је вредност набавке већа,

<sup>61</sup> Тако је на пример за наредне две године (од 2012. до 2014. године) вредносна граница у класичном јавном сектору за владина тела и службе за набавке добара и услуга 130.000,00 еура, а за набавке радова 5.000.000,00 еура, док је вредносна граница у класичном јавном сектору за локалну самоуправу и регионе за набавку добара и услуга 200.000,00 еура, а за набавку радова такође 5.000.000,00 еура. За вредносне границе у области комуналног сектора и области одбране види већ поменут акт: COMMISSION REGULATION (EU) No 1251/2011 of 30 November 2011 amending Directives 2004/17/EC, 2004/18/EC and 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the awards of contract

национална правила поступак чине сложенијим. Тако се, на пример добра или услуге вредности до 5.000 еура набављају у поједноставном поступку, који не искључује набавке телефонским путем од стране једног добављача, али уз препоруку писане кореспонденције са потенцијалним понуђачима. За успех набавке довољана је и понуда само једног понуђача. За набавке вредности у оквиру распона од 5.000 еура до 25.000 еура, поступак је и даље неформалан, уз захтевано учешће минимално три понуђача и вођење писане евиденције. У погледу треће категорије националних јавних набавки, дакле од 25.000 еура па до ЕУ прагова, строго се препоручује употреба отвореног поступка јавне набавке, као оног који је прописан Директивама ЕУ, с тим што не постоји обавеза објаве огласа у Службеном листу ЕУ, већ се оглас објављује на сајту: [www.tenders.ie](http://www.tenders.ie).

Дакле, код набаки испод ЕУ прагова, ирски наручиоци, слободни су да на Националне јавне набавке примењују национална правила. Ова слобода пак условна је обзиром да се принципи ЕУ о основању Европске заједнице примењују и онда када су у питању набавке испод одређених вредносних граница ЕУ, али и на јавне набавке изнад прописаних прагова, уколико се њихов предмет може сврстати у неприоритетне услуге.<sup>62</sup> Ова обавезна примена поменутих принципа, односно њихово поштовање у сваком случају, најбоље рефлектује пресуда Европског суда правде, у случају C-226/09, Европске комисије против Републике Ирске. Наиме, У поменутом случају, предмет набавки тицао се услуга интерпретације и превођења, које се према Анексу II Б Директиве 2004/18/ЕЗ сматрају неприоритетним услугама, те сходно томе, набавка истих не подлеже обавезној примени Директива ЕУ. Али, иако није постојала обавеза примене Директиве ЕУ, постојала је обавеза поштовања основних принципа оснивачког уговора европске заједнице. У овом случају, Суд је донео одлуку да је Република Ирска прекршила обавезе које произилазе из поштовања принципа једнаког третмана и транспарентности, а онда када је након отварања поднетих понуда, извршила промену начина пондерисања и то у оквиру критеријума за доделу уговора. Одлуку суда, није могао променити аргумент Ирске да промена начина пондерисања након отварања поднетих понуда

<sup>62</sup> “Неприоритетне услуге“ јесу субјект само правила која се односе на техничке спецификације, обавештења о додели уговора ( према дискреционом праву наручиоца), и одређених обавеза у вези са пружањем статистике: S.Arrowsmith, 99.

није утицала на крајњи резултат, као ни чињеница да се у конкретном случају ради о неприоритетним услугама које нису субјект примене Директива ЕУ, јер је суд истакао да обавеза поштовања основних принципа о оснивању европске заједнице постоји у сваком случају, без изузетака.<sup>63</sup>

## **6.Промена система јавних набавки у Ирској – корак ка бољој будућности**

Не улазећи овде у питање законодавног оквира и долазећих промена важећих Директива ЕУ о јавним набавкама, реформа система јавних набавки, није нешто у чему само Република Ирска види корак ка бољој будућности. Препозната, не само као иницијални, већ и као кључни део реформе јавног сектора, у периоду који долази, Република Ирска ће, барем према наводима садржаним у Извештају компаније „Accenture“ из 2012. године, покушати да извуче максимум путем централизације система јавних набавки.

Генерално, као кључни недостаци система јавних набавки у овом извештају, истакнути су они који су повезани са:

- питањем стратегије јавних набавки (попут на пример, недостатак интегрисане стратегије јавних набавки и структурног планирања, некомплетне политике јавних набавки, неусаглашених циљева и нестандардизоване методологије мерења и извештавања бенефита јавних набавки),
- питањем управљања категоријама (попут на пример, недостатка централног приступа тачним и благовременим подацима о потрошњи),
- управљања уговорима и добављачима (попут на пример, недостатка тачних података укупној државној потрошњи),
- процесом плаћања (уочен је недостатак централног управљања

<sup>63</sup> Види пресуду Европског суда правде у случају С-226/09, Европска Комисија против Ирске, датум пресуде 18. новембар 2010. године.

или контроле потрошње)

- питањима радне снаге и организације, (нема централне листе професионалаца у држави, структурног тренинга)
- технологије набавки (систем е-Тендра је пласиран, али постоји недостатак интегрисаног аналитичког и оперативног система, као и система финансијског менаџмента).<sup>64</sup>

У вези са централном функцијом јавних набавки као кључни недостаци изнети су:

- недостатак адекватне организације централне функције за јавне набавке у смислу да она није организована на начин да створи реална оптималне уштеде за државу,
- недостатак благовременог приступа тачним подацима о потрошњи, што је неопходно при при доношењу одлука менаџмента,
- недостатак холистичког приступа управљања категоријама потрошње, добављачима
- недостатак адекватног система мониторинга или извештавања, који ће бити фокусиран на јавне набавке и други.<sup>65</sup>

С друге стране, елиминисање наведених недостатака, представља истовремено и препоруке за даље поступање. Након разматрања више опција, изгледа да ирском јавном сектору, највише у овом моменту одговара мешовити, хибридни централизовани систем јавних набавки. Стога је овај модел и садржан у Извештају компаније „Accenture“ као препорука за даље поступање.

Он подразумева оснивање једне централне функције, нове Националне канцеларије за јавне набавке, под окриљем Одељења за јавну потрошњу и реформу. Тренутно постојеће централне функције и то: Национални Сервис за јавне набавке, Национална јединица за политику јавних набавки и Центар за управљање и организацију развика ће бити спојене у нову Националну Канцеларију за јавне набавке, којом ће руководити Шеф Националне канцеларије за

<sup>64</sup> Више о томе види у: Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 9.

<sup>65</sup> Више о томе види у: Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 10.

јавне набавке, као лице одговорно за свој рад Министру, уз обавезу извештавања.<sup>66</sup>

Управни одбор Националне канцеларије за јавне набавке чинили би представници сваког од кључног наручиоца и то: одељења на нивоу помоћника генералног секретара, укључујући и одељење за заштиту животне средине, заједнице и локалне власти, одбране, правде и једнакости, образовања и вештина, здравља, као и представници Одељења за јавну потрошњу и реформу, као и шеф (директор) Националне канцеларије за јавне набавке и представник државног министра задужен за позицију јавних набавки. Нова Национална канцеларија за јавне набавке биће одговорна за сам процес и стратегију управљања потрошње за опште категорије добара и услуга, док ће свака секторска јединица за јавне набавке имати службеника за набавке, одговорног за јавне набавке у сектору/ организацији и који ће с тим у вези имати обавезу подношења месечног извештаја о потрошњама и уштедама у оквиру организације, шефу Националне канцеларије за јавне набавке.

Досадашњи недостатак адекватне политике и стратегије и недостатак централне базе или извештавања о потрошњи путем јавних набавки у оквиру ирског јавног сектора (упркос постојању усамљених адекватних извештавања), трансформисали су питање централизације јавних набавки у Ирској у крајњу неопходност.

У поменутом Извештају компаније „Accenture“, наведено је да Ирска на годишњем нивоу, а на набавку добара и услуга, троши 9 милијарди еура. Од наведеног износа, 6,9 милијарди односи се на потрошњу у поступцима јавних набавки. У оквиру поменутих 6,9 милијарди еура, утврђено је да сектор здравства има удео од 3,1 милијарди еура, док сектор образовања и локалне власти имају удео од по око 1,1 милијарди еура. Удео сектора правосуђа и одбране износи 647 милиона еура, а удео постојећих централних агенција износи, преосталих 890 милиона еура. Уштеде на годишњем нивоу, које се, усвајањем препорука Извештаја „Accenture“ могу остварити, крећу се између 249 милиона еура и 637 милиона еура.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> У оквиру Одења за јавну потрошњу и реформу, предвиђено је постављање новог Министра државе за позицију јавне набавке.

<sup>67</sup> Више о томе види у: Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, Accenture, 49-58.

Структурна реформа система јавних набавки у држави, одавно је истакнута као једна од области где држава може учинити значајне годишње уштеде. У том смислу закључци Извештаја „Accenture“ и нису врло значајани. Постојање конзистентне методологије и процеса јавне куповине у јавном сектору као и централизоване набавке за одређене заједничке/опште набавке добара и услуга, биће широко поздрављене у оквиру заједнице. Обим предложене структурне реформе предложене у Извјештају „Accenture“ је знатан, те ће за реализацију истих бити неопходан дужи временски период (од 18 до 24 месеци).<sup>68</sup>

## 7. Закључак

Да ли ће промене у ирском систему јавних набавки утицати на реформу јавног сектора, а онако како ирска влада претпоставља и да ли је реформа јавног сектора довољна да ирска економија превазиђе стање кризе, јесу питања на која се одговор мора сачекати. Свакако да само побољшање ирског система јавних набавки у многоме зависи од прихватања препорука наведених у Извештају „Accenture“, али чини се да ће много више зависити од адекватне имплементације тих препорука.

На путу ка реформисању, ирска се влада може, као што је и до сада био случај, суочити са многим баријерама, правним, економским, социјалним, техничким, онима који су повезани са питањима животне средине. Али, некако се чини да су политичке баријере те које ипак имају највећи утицај. Тако, на пример, политичка воља да стимулише јавне набавке како би се систем оснажио кроз колаборативне/централне набавке може доћи у сукоб са жељеном политиком за стимулацијом сектора малих и средњих предузећа, јер су обе по природи конфликтне/колизионе.<sup>69</sup> Ипак, изазови са којима ће се суочити током реформе система јавних набавки, не смеју успорити

<sup>68</sup> A. Cox, Procurement Law Update, Capacity and Capability Review of Central Procurement Function, доступно на сајту: <http://www.arthurcox.com>

<sup>69</sup> V. Campbell, 26.

сам процес реформе. Ирска влада се мора користити својим историјом у погледу реформи јавног сектора и оквиру њега, реформи система јавних набавки. Сам процес не сме трајати девет година, као што је то био случај ранијих година. У супротном, потези који би били предузети, значили би само безначајне кораке ка затварању круга започетог и заснованог на нереализованим препорукама Извештаја „Price waterhouse Coopers“ из 2001. године, а ради враћања на давни почетак.

### **Marija Veličković, Master in Law**

Agency for Public Procurement, Beograd

PhD student at the Faculty of Law in Beograd

## **PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF IRELAND**

### Summary

In the light of severe economic crisis, the governments of many countries resort to the different reform categories in order to contribute to the national economy recovery. On the road to the economic revival, the first step of the states mostly refers to the public sector reform. Within this framework, the reform of the public procurement system appears as an inevitable destination. In this article, the author deals with the system of public procurement in the Republic of Ireland, where, along with a brief historical review of the Irish public procurement system, the attention is paid to the current institutional and legal framework of public procurement, and future changes likewise. Within this, the author focuses on the question of future reforms and the recommended model of centralization of the Irish public procurement system.

**Keywords:** procurement, legal and institutional framework, public procurement system reform, public procurement centralization.

**Велимир Живковић**  
Мастер (Београд), MJur (Oxford),  
Истраживач сарадник  
Институт за упоредно право Београд

Прегледни научни рад  
UDK: 342.25(44)

## ПРЕФЕКТИ И ДЕКОНЦЕНТРАЦИЈА УПРАВЕ У ФРАНЦУСКОЈ

### Апстракт

*Тема деконцентрације управе и приближавања државе грађанима често је актуелна у реформама развијених земаља као и оних у транзицији, тако да ни Француска у том погледу није изузетак. Француска је посебно интересантна за упоредноправну анализу услед тензија између традиционално снажног француског централизма и жеље за ефикасном деконцентрацијом и децентрализацијом. Тема овог рада је француски систем префеката, као стожера деконцентрације, и потчињених деконцентрисаних служби кроз призму историјата, актуелних правних решења али и свакодневне праксе. Имајући у виду могућности и потребе реформи права Србије у овој области свакако је од значаја имати у виду и француски модел деконцентрације .*

**Кључне речи:** деконцентрација, управа, француско право, Француска

## 1. Увод

Деконцентрација управе у Француској тема је која завређује упоредноправну пажњу пре свега због промене уврежене слике о Француској као најцентрализованитој држави Европе. Ова слика присутна је и данас и то не само у лаичкој већ често и правној јавности. И поред јаке традиције у духу централизације и спречавања локалних центрифугалних тежњи, Француска се данас може похвалити избалансираним решењима у области децентрализације и деконцентрације. У овом раду обрађује се пре свега тема деконцентрације управе, односно спуштања функција централне државне власти на локални ниво.<sup>1</sup> Тема децентрализације, у смислу јачања локалне самоуправе, већ је на другим местима детаљније обрађивана.<sup>2</sup>

У циљу што обухватнијег приказа наведене материје, полази се од историјског развоја који је од великог значаја за разумевање постојећег правног оквира. Примарно ће бити представљен систем префеката и префектура, по коме је француска управа најпознатија, а потом и систем деконцентрисаних државних служби. Посебна тема је однос државних и органа локалне самоуправе. Поред анализе правних решења и њихових извора, покушано је и да се кроз илустрације свакодневице и политичких превирања прикаже не само форма већ и дух система деконцентрације и његовог функционисања.

## 2. Историјски развој

Француска држава има дугу историју централизације и снажне концентрисане државне управе као симбола јединства француске нације.<sup>3</sup> Корени централизације сежу све до средњовековних и раних нововековних настојања да се од скупа хетерогених историјских

<sup>1</sup> За објашњење суштине деконцентрације видети Г.Бребан, *Административно право Француске*, ЦИД/Службени гласник, 2002, 63.

<sup>2</sup> Видети на пример Д.Шупут, „Правно уређивање регионализације европских држава”, *Страни правни живот* 3/2011.

<sup>3</sup> W.Utomo, „Balancing Decentralization and Deconcentration: Emerging Need for Asymmetric Decentralization in the Unitary States”, GSID Discussion Paper No. 174, <http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/bpub/research/public/paper/article/174.pdf>, 18.

покрајина створи једна национална држава. То је између осталог чињено и увођењем функције интенданта, који је именован од стране краља и имао је велика овлашћења у управљању територијом у његово име.<sup>4</sup> Испод нивоа тадашњих покрајина стајале су парохije од којих ће настати општине (*communes*) које постоје и данас као основни облик децентрализоване јединице локалне самоуправе, уз одређену улогу у деконцентрацији.

Облик административне поделе територије Француске, који је директан зачетак облика какав данас постоји, настаје са Француском револуцијом и поделом на 80 а затим 83 департмана (*départements*) који намерно секу традиционалне покрајине и везују се и границама и називима за неутралне географске одреднице.<sup>5</sup> Основни критеријум одређивања граница департмана био је у функцији тадашњег транспорта: из сваког краја департмана се колима са коњском запрегом могло отићи и вратити у главни град департмана у току једног дана.<sup>6</sup> Стога нису ретке критике да су границе анахроне и да би их требало променити.<sup>7</sup> Мада се број департмана временом повећавао и данас их је 96 на територији европске Француске (уз још четири прекоморска), просечна величина департмана остала је иста до данашњих дана.

Регион као трећи основни облик територијалне поделе уведен је великом реформом из 1982. године, а заживео је формално тек 1986. Године. Пре тога регион је постојао од 1956. године статистичка јединица, а од 1972. као специфична јавна установа. Први покушај увођења региона као територијалног колективитета пропао је на референдуму 1969. године.

На челу сваког департмана од њиховог увођења је био префект као представник и симбол француске државе са широким управним овлашћењима. У том смислу често се истиче да су префекти били наставак краљевске традиције интенданата али у републиканском руху. Децентрализација и локална самоуправа дуго неће постати довољно значајан фактор да би представљале контратег власти

<sup>4</sup> O.Philip, „The Prefet”, [www.midi-france.info/061414\\_prefets.htm](http://www.midi-france.info/061414_prefets.htm), 2.

<sup>5</sup> A.Smith, P.Heywood, *Regional Government in France & Spain*, Joseph Rowntree Foundation, 2000, 5-6.

<sup>6</sup> Г.Бребан, 55.

<sup>7</sup> Слични мотиви су постојали и код одређивања граница региона. Видети више код A.Smith, P.Heywood, 7.

префекта постављеног од централне власти у Паризу. Паралелно са процесима деконцентрације и децентрализације, тече и процес претварања префекта од активне политичке фигуре у високо стручног и политички неутралног управљача, лојалног самој институцији државе а не политичкој опцији која га поставља.<sup>8</sup>

Историјски развој управе и самоуправе у Француској је процес постепеног сужавања овлашћења централне власти, јачања локалне самоуправе и настојања да се државне службе приближе грађанима у свакодневном обављању послова. Реформе често нису давале очекиване резултате а на делу су понекад били и реверзибилни процеси.<sup>9</sup> То је утицало да Француска задржи репутацију једне од најцентрализовананијих држава Европе. Реформе у области деконцентрације државне управе, често комбиноване са истовременим унапређењем децентрализације, биле су релативно честе током Треће, Четврте и Пете републике те стога постоји и велики број правних аката који су довели до система какав постоји данас.<sup>10</sup> Стога ћемо се, без непотребног оптерећивања текста, задржати на основном прегледу.

Први акт о деконцентрацији француске управе, са акцентима на јачању улоге префекта у односу на париску власт, донет је у време Другог царства и то 1852. године, од када је и на снази концепт префекта као представника свих министара на локалном нивоу и поред формалне подређености министру унутрашњих послова. Уследиле су реформе 1926. године које су увеле систем административне тутеле над локалном самоуправом и 1953. године, без већих суштинских измена.

Врло значајан корак у реформама је доношење Устава из 1958. године, са јаким личним Де Головим печатом, који је у члану 72. предвидео принцип слободне самоуправе децентрализованих јединица и улогу префекта као деконцентрисаног органа државе. У том тренутку децентрализација у Француској још увек није далеко одмакла али је видљив принцип дихотомије и интеракције деконцентрисаних и децентрализованих органа, чији однос данас игра важну улогу у правној свакодневици Француске.

<sup>8</sup> P.Bernard, „Decentralization and Deconcentration (The French Experience)”, OECD Paper, <http://www.oecd.org/turkey/35675310.pdf>, 3.

<sup>9</sup> B.Bizet, „Deconcentration versus Decentralisation of Administration in France: A Centre-Periphery Dilemma”, *Canadian Journal of Regional Science*, Autumn 2002, 476.

<sup>10</sup> P.Bernard, 3.

Најзначајнији законски акт пре великих реформи, а на основу овог Устава, био је декрет од 29. јула 1964. године који је кодификовао оно што би се данас назвало класичним француским системом префектура, системом који је данас у значајној мери измењен. Нека начела важе и данас, али не и систем административне тутеле који је можда био и кључно обележје.<sup>11</sup>

Из исте године (14. март) је декрет којим се уређује положај потпрефеката, који су као и данас превасходно надлежни за арондисмане.<sup>12</sup> Арондисман није јединица локалне самоуправе већ само јединица административне поделе испод нивоа департмана. Поред ових декрета којима се регулишу положај и овлашћења префеката у оквиру државне управе, од значаја су и акти којима се регулише положај префеката и потпрефеката (који се заједно називају префекторално тело) као државних функционера. Тај положај регулисан је општим законом о функционерима из 1946. године, ордонансом у истој области од 4. фебруара 1959. године, серијом декрета из те исте године, а коначно законима од 13. јула 1983. године и 11. јануара 1984. године, који су усвојени у склопу велике реформе започете 1982. године.<sup>13</sup>

Пре те реформе од значаја су и мере деконцентрације путем два декрета од 13. новембра 1970. године, када је на префекте региона (тада јединица још увек без већег практичног значаја) и департмана пренета надлежност да доносе одлуке о улагањима које врши или субвенционире држава када су она од регионалног, департманског или општинског (а не националног) значаја, уз забрану да се убудуће одлуке о таквим улагањима доносе од стране министра. Иако нису од превеликог суштинског значаја за деконцентрацију, ови декрети ће бити зачетак давања префектима важне полуге моћи у односима са локалном самоуправом.

Интересантно је да је традиционална терминологија коришћена за префекте и потпрефекте била промењена у периоду између 10. маја 1982. и 29. фебруара 1988. године, када су у употреби били термини комесар Републике и заменик комесара. Ови називи нису били

<sup>11</sup> Више о овом периоду и В. Bizet, 478.

<sup>12</sup> Г. Бребан, 56.

<sup>13</sup> Више о томе UN DPADM, *Republic of France Public Administration – Country Profile*, 2006, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan023308.pdf>, 12.

прихваћени и стога су релативно брзо замењени старим.<sup>14</sup> Још једна дуга традиција, која је и даље на снази, је да префекти и потпрефекти имају службене парадне униформе и беле рукавице, према којима су можда и најпрепознатљивији у француској јавности.

Организација спољних служби државе и однос са органима локалне самоуправе суштински су измењени почев од 1982. године низом правних аката у које спадају:

- Закон од 2.марта 1982. године, посвећен правима и слободама општина, департмана и региона, даље промењен Законом од 22.јула 1982. године;
- Два декрета од 13.априла 1982. године који су се односили на стављање на располагање председника регионалних и генералних савета спољних државних служби;
- Два декрета од 10.маја 1982. године који су се односили на овлашћења комесара Републике у регионима и департманима;
- Закон од 7.јануара 1983. године који се односио на прераспodelу надлежности између општина, департмана, региона и државе.<sup>15</sup>

Нови импулс дат је законом од 6. фебруара 1992. године који је учврстио суштинске принципе у области деконцентрације: изричито се наглашава да територијално управљање Републиком врше територијални колективитети (локалне самоуправе) и деконцентрисане државе службе; уводи се принцип супсидијарности у складу са правом ЕУ, по коме се послови морају вршити на најнижем могућем нивоу (што централној администрацији оставља само послове од националног значаја); и институционализује преношење овлашћења са централних на деконцентрисане службе у низу области.<sup>16</sup>

Суштински најбитније измене за тему деконцентрације су укидање административне тутеле и прелазак извршне власти у територијалном колективитету на председника Генералног савета конкретне локалне самоуправе. До ових реформи, за спровођење донетих одлука локалне самоуправе (које би претходно одобрио)

<sup>14</sup> Г.Бребан, 57.

<sup>15</sup> Г.Бребан, 55-56.

<sup>16</sup> Г.Бребан, 64-65.

био је задужен префект као извршна власт. Са овим реформама, суштински је оснажена улога изабраних представника локалне самоуправе и онемогућен значајан уплив префекта у одлучивање.<sup>17</sup>

И после ових реформи организација државе на регионалном и локалном нивоу садржи два градивна елемента - префектуре и деконцентрисане државне службе (називане и специјализоване спољне службе)<sup>18</sup>, али су њихов положај, функције и међусобни односи измењени.

Ваља напоменути да је после реформи, почев од 1982. године, одређени број префеката и потпрефеката сматрао да је за њих много боље да ступе у службу департмана као генерални секретари или директори служби. Они су се у том смислу нашли у позицији деташмана, издвојени из својих матичних органа - али упркос томе и даље са правом на напредовање и пензију.<sup>19</sup>

Принципи деконцентрације и децентрализације установљени Уставом из 1958. године потврђени су уставним амандманима из 2003. године. Тада је у устав унета одредба да је Француска унитарна, али да је њена организација децентрализована.<sup>20</sup> Тако је француски Уставни савет постао чувар развоја децентрализације.<sup>21</sup> Реформе су још конкретније укључивале даљи пренос овлашћења са државне управе на децентрализоване органе и оснаживање њиховог положаја, финансирања и демократског легитимитета.

Коначно, декретом од 16. фебруара 2010. године<sup>22</sup> значајно је ојачан положај и улога регионалних префеката. Најбољи преглед система префектура и деконцентрације у Француској пружа пречишћени текст Декрета о овлашћењима префекта и организацији служби државе из 2004. године, са укљученим амандманима из 2010.

---

<sup>17</sup> P.Bernard, 5.

<sup>18</sup> Г.Бребан, 58.

<sup>19</sup> Г.Бребан, 57. В. Bizet, 485.

<sup>20</sup> Члан 1. Устава Републике Француске од 1958. године, доступно на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>.

<sup>21</sup> P.Bernard, 5-6.

<sup>22</sup> Décret n° 2010-146 du 16 février 2010 modifiant le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, доступан на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021838449>.

године.<sup>23</sup> Поред понављања неких од традиционалних принципа о положају и улози префекта, декретима се разрађују и њихова конкретна овлашћења и начела организације деконцентрисаних служби.

### 3. Овлашћења префеката и однос према органима који обављају деконцентрисане послове

#### 3.1. Опште одредбе

Префект је представник државе на регионалном и локалном нивоу.<sup>24</sup> Он је и даље симбол француске традиције централизације и деконцентрације, а такође је и једини службеник чија је управна функција поменута у Уставу.<sup>25</sup> У даљем тексту термин префект када се употребљава самостално означава како префекта региона тако и префекта департмана. Када су у питању овлашћења и специфичности које се односе само на префекта региона или департмана то је изричито и наведено.

Префект департмана је на челу 100 департмана (укључујући прекоморске) у Француској, а префект департмана где је седиште региона је истовремено и префект региона (*préfet de région*).<sup>26</sup> Потпрефекти (*sous-préfet*) су (поред осталих функција које могу обављати) на челу арондисмана на које су департмани подељени, под префектовом одговорношћу. Префекте и потпрефекте поставља извршна власт, тачније декретом Председник на седници Савета министара, а на предлог премијера и министра унутрашњих послова. Највећи број постављених су дипломци Национале школе администрације (Ecole Nationale D'administration - ENA).<sup>27</sup> Поред

<sup>23</sup> Décret n°2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements, доступан на адреси: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=132AD6DFFB8E462A62082E62F0E7E4F1.tpdjo04v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000000249712&dateTexte=20130211](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=132AD6DFFB8E462A62082E62F0E7E4F1.tpdjo04v_3?cidTexte=JORFTEXT000000249712&dateTexte=20130211) (у даљем тексту Декрет).

<sup>24</sup> Више о особеностима префекта као представника државе код Г.Бребан, 58.

<sup>25</sup> члан 72, алинеа 3. Видети и The World Bank, *A Changing Administrative Organisation*, 2005, <http://go.worldbank.org/0DMY67R1L0>, 22.

<sup>26</sup> Декрет, чл. 7.

<sup>27</sup> Г.Бребан, 56; UN DPADM, 13-14. За више о ЕНА видети: ввв.

100 департаманских и 26 регионалних префеката, према подацима из 2010. године било је 340 потпрефеката и 7 префеката одбрамбених зона. Од тог броја било је 13 жена префеката, од којих једна префект региона.<sup>28</sup>

Префект је делегат централне власти и има међуминистарску димензију јер се сматра изаслаником премијера и сваког од министара понаособ.<sup>29</sup> Стриктно формално, префект се сматра високим званичником министарства унутрашњих послова. Према схватању о међуминистарској изасланичкој улози, омогућено је да сви шефови деконцентрисаних служби у региону/департаману одговарају за свој рад префекту<sup>30</sup>. Области над којима префект нема контролу (иако има облике сарадње са руководиоцима) су одбрана, судство, финансијско-пореска управа и образовање.<sup>31</sup>

Префекти се такође сматрају и представницима свих јавних установа националног карактера које имају своје регионалне и локалне нивое организације.<sup>32</sup> Обавеза је префеката да и у том својству координирају и подстичу сарадњу деконцентрисаних државних служби, локалних јавних установа и представништава националних јавних установа и омогућавају њихов кохерентан наступ према територијалним колективитетима (што је назив који се користи за јединице локалне самоуправе).<sup>33</sup> У случајевима када јавна установа нема локалну јединицу, префекти могу склопити посебан уговор са том установом којом се прецизира начин на који ће локалне деконцентрисане државне службе обављати послове за ту јавну установу на конкретној територији.<sup>34</sup>

Према дугој традицији и законским одредбама префект је заштитник националних интереса и спровођења закона, а има широка полицијска овлашћења као руководилац полиције у департаману. Устав

<sup>28</sup> „What exactly does a préfet do?”, *The Connexion*, September 2010, <http://www.connexionfrance.com/prefet-france-what-do-they-do-10662-news-article.html> (у даљем тексту Connexion), 24.

<sup>29</sup> Декрет, чл.1; Више о томе UN DPADM, 8-9.

<sup>30</sup> Декрет, чл.1;

<sup>31</sup> Декрет, чл. 32 и 33. За разлоге видети више код The World Bank, 24.

<sup>32</sup> Декрет, чл. 59-1.

<sup>33</sup> Декрет, чл. 59-2 и 59-3.

<sup>34</sup> Декрет, чл. 60-1.

и закони прописују да је префект одговоран за националне интересе, административну контролу и поштовање закона.<sup>35</sup> Као представник државе, обавља функцију контроле легалности и одржавања јавног реда и мира, имплементира националну и политику Заједнице (ЕУ), надзире економски развој, друштвену солидарност и управљање територијом. Улога у поштовању закона не своди се само на пуку контролу законитости већ и на обезбеђивање поштовања духа закона. Тако се наводи да је важна улога префекта да по потреби тумачи спорне или нејасне правне акте централне власти и даје упутства деконцентрисаним органима како би их примењивали на што исправнији начин.<sup>36</sup>

Већ је поменуто да префекти региона и департмана више немају овлашћења да спроводе *ex ante* административну контролу територијалних колективитета која је подразумевала претходну сагласност на одлуке изабраних органа локалне самоуправе. Префекти сада могу да одлуку проследе Административном суду на оцену легалности, уколико сматрају да је тим актом повређен закон, у оквирима онога што се данас назива управном контролом. Иста је ситуација и са буџетом територијалних колективитета, само што се оцена усвојеног буџета (његове легалности, не и целисходности) оставља посебном рачунском суду за одређену територију.<sup>37</sup> У пракси, коришћење овог овлашћења је крајња мера и настоји се да се евентуалне примедбе које би префект имао реше у дијалогу са локалном самоуправом у фази израде предлога и доношења одређене одлуке. Политички проблем у пракси може настати услед тога што је префект дужан да поступи исто у идентичним ситуацијама – уколико један акт због спорне одредбе буде прослеђен суду, то исто мора бити учињено и за сваки други идентични акт. Проблем настаје уколико је на челу територијалног колективитета министар или утицајни опозициони политичар (не постоји забрана кумулација положаја) тако да префект може доћи у позицију да се замери одређеним политичким групацијама.<sup>38</sup>

Подела између централних и деконцентрисаних служби државе посебно је разрађена Законом о деконцентрацији из 1992.

<sup>35</sup> Декрет, чл.1;

<sup>36</sup> О.Philip,21.

<sup>37</sup> Више о институцији рачунског суда код А.Рабреновић, „Француски рачунски суд – традиционални чувар државне касе”, *Страни правни живот* 3/2012.

<sup>38</sup> А.Smith, P.Heewood, 6-7. О.Philip,17.

године а спроводи се и тако што су централе министарстава задужене за развој стратегија и општих докумената о правцима развоја, док се деконцентрисане службе на челу са префектом баве се оперативним задацима спровођења тих стратегија. Декрет из 2004. године доделио је префекту одговорност за обезбеђивање кохерентности локалних стратегија и потврдио пресудну улогу префекта у усмеравању и практичном спровођењу политике и смерница утврђених на националном нивоу. Поред тога, реформе финансирања администрације из 2001. године дају префекту додатна овлашћења на пољу стратешког планирања и управљања јавним службама.

Начелно, због положаја представника свих министара и ближе повезаности са локалним заједницама, префект се све више јавља у улози арбитра у споровима између различитих нивоа локалних власти, медијатора у случајевима друштвених конфликта, пружаоца подршке градоначелницима у разради локалних пројеката, примаоца примедби грађана и партнера пословним субјектима на локалном нивоу. Префект тако постаје људско лице државне управе на одређеној територији.<sup>39</sup>

### 3.2. Префект региона

Префект региона је гарант кохерентне акције француске државе у конкретном региону.<sup>40</sup> Регион је највећа цивилна административна јединица поделе територије у Француској и састоји се од 2-8 департмана. Префект региона има одређена овлашћења над префектима департмана у свим областима деловања осим оних изричито искључених. У искључене области спадају:

- управна контрола употребе овлашћења од стране департмана и општина као територијалних колективитета, као и њихових јавних установа и јавних установа међудепартманског карактера;
- јавни ред и безбедност;
- улазак и боравак странаца и регулисање права на азил.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Г.Бребан, 58; Р.Бернард, 7.

<sup>40</sup> Декрет, чл.2;

<sup>41</sup> Декрет, чланови 2, 10, 11.

Формалноправно гледано, префект региона није хијерархијски надређен префектима департмана. Држава има једног представника на локалном нивоу, а то је увек префект у свом департману. Ипак, то не мења чињеницу да су префекту региона дата важна додатна овлашћења.

Као представник државе задужен за правилно спровођење националне политике, префект региона доноси, после саветовања са регионалним комитетом о коме ће бити нешто више речи касније, пројекат стратешке државне акције у региону.<sup>42</sup> У складу са овим и другим актима, он је овлашћен да доноси опште смернице у спровођењу националне политике у одређеном домену које су префекти департмана дужни да поштују. У случају потребе на ограничено време префект региона може доносити одлуке, уместо префекта департмана - ако је то нужно зарад остварења координације на нивоу региона која је потребна за испуњење одређеног циља.<sup>43</sup> Префект региона је овлашћен да надлежним министрима као повратну информацију према националном нивоу, предлаже елементе који би требало да се нађу у националним стратешким програмима у одређеној области.<sup>44</sup>

У последњих петнаест година посебно се развила улога регионалног префекта као представника ЕУ за свој регион, нарочито у домену аплицирања за добијање и спровођења пројеката финансираних од стране Уније.<sup>45</sup> Префект региона све више преузима на себе и улогу провере усклађености прописа са европским законодавством и јача директну кореспонденцију са бриселском администрацијом. Регионални префект, понекад заједно са председником Генералног савета региона, председава комитетом за надзор европских пројеката. Овакав развој префекта као представника ЕУ не наилази увек на одобравање централне власти која не жели превише одрицања од сопственог суверенитета.<sup>46</sup>

На нивоу регионалних институција, префект региона спроводи управну контролу региона као територијалног колективитета,

<sup>42</sup> Декрет, чл.5.

<sup>43</sup> Декрет, чл. 2.

<sup>44</sup> Декрет, чл.6.

<sup>45</sup> A.Smith, P.Heuwood, 14-15.

<sup>46</sup> O.Philip, 34-35.

регионалних јавних установа и јавних установа међурегионалног карактера које своје седиште имају у региону.<sup>47</sup> У ширем смислу, префект региона надзире употребу овлашћења од стране свих органа и установа локалне самоуправе и према њима представља „лице државе”. Префект региона овлашћења управног надзора има и према државним установама и јавним телима чија активност превазилази границе тог конкретног региона, осим у изричито искљученим областима образовања, инспекције рада, пореске управе и здравства.<sup>48</sup>

На нивоу свакодневног обављања послова, префекту региона помажу генерални секретар за регионалне послове као и сви руководиоци децентралисаних државних служби са регионалним надлежностима.<sup>49</sup> Овај елемент заједничког рада у остваривању државног циља је уједно и први елемент односа префекта и децентралисаних служби. Формално гледано, префект региона је надређен свим руководиоцима децентралисаних државних служби на регионалном нивоу. То се односи и на службе са међурегионалним овлашћењима и територијом дејства које имају седиште у конкретном региону.

За функцију која се врши на територији другог региона руководиоца те службе одговара и префекту тог другог региона.<sup>50</sup>

Значајно је овлашћење префекта региона да издаје наредбу о функционалној и територијалној организацији децентралисаних служби које су му подређене, у складу са националним планом надлежног министарства и по саслушаном мишљењу руководиоца децентралисаних служби.<sup>51</sup> Један облик ове организације је и овлашћење да се постави шеф пројекта (често потпрефект) задужен да подстиче и координира рад више служби у одређеном циљу. Таквој пројектној групи могу бити одобрена посебна средства, дужина трајања мисије, и одређен начин евалуације резултата.<sup>52</sup>

Префекту региона мора бити достављена сва кореспонденција између централних органа власти и децентралисаних државних

<sup>47</sup> Декрет, чл.4.

<sup>48</sup> Декрет, чл.33.

<sup>49</sup> Декрет, чл. 8.

<sup>50</sup> Декрет, чл.17 и 18.

<sup>51</sup> Декрет, чл. 26.

<sup>52</sup> Декрет. чл. 27 и 29.

служби с једне стране и територијалних колективитета и њихових јавних служби, као и хијерархијски нижих државних органа, с друге.<sup>53</sup> Јасно је да са практичног становишта префект региона нема интерес за највећи део комуникације, али му се ипак пружа прилика да буде и званично обавештен о стварима за које процени да могу бити од значаја. Симболички гледано, оваква одредба означава префекта дуги низ деценија као незаобилазног чиниоца на територији која му је поверена.

Префект мора бити претходно консултован код постављања од стране централне власти било ког шефа деконцентрисане службе под његовом надлежношћу, као и потпрефеката и руководиоца јавних установа.<sup>54</sup> Префект региона је обавезан да сваке године обави евалуацију рада руководиоца деконцентрисаних служби и предложи њихове оцене министарству. По коначној оцени, префект има право да о њој буде обавештен.<sup>55</sup>

У случају међурегионалних служби, евалуацију и предлог даје префект региона где је седиште службе али у консултацији са префектима других региона где та служба има надлежности.<sup>56</sup>

Префект региона задужен је за управљање непокретностима и другим ресурсима којима се служе деконцентрисане државне службе којима је надређен.<sup>57</sup> Префект региона или његов делегат је задужен, када закон тако предвиђа, да буде представник државе при свим правним лицима која добијају финансијску потпору државе а чија се делатност простире на територији више департмана али не прелази границе региона.<sup>58</sup> Ово представља још једну форму бриге о имовини државе.

Од посебног значаја је и чињеница да је префект региона у положају „секундарног законодавца” према деконцентрисаним државним службама.<sup>59</sup> Ово у француском праву означава да је

---

<sup>53</sup> Декрет, чл.55 и 56. Видети и Г.Бребан, 61.

<sup>54</sup> Декрет, чл. 30.

<sup>55</sup> Декрет, чл. 31.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Декрет, чл.19 и 37.

<sup>58</sup> Декрет, чл. 61.

<sup>59</sup> Декрет, чл.20.

овлашћен да доноси одлуке, уредбе и правилнике којима се, где је законом могуће, ближе регулише и појашњава извршавање закона од стране тих служби. Како је могуће да у законом предвиђеним случајевима ово овлашћење може бити даље делегирано руководиоцима деконцентрисаних служби, постоји реална могућност да се на територији региона и департмана нађе већи број оваквих секундарних законодаваца.<sup>60</sup> Један од таквих примера је и поменути шеф пројекта коме може бити делегирано право да буде секундарни законодавац. Због тога је и предвиђена могућност да префект региона оснује посебну службу подршке свим секундарним законодавцима, што је својеврсни регионални „секретаријат за законодавство”.<sup>61</sup>

Префект региона има право да буде континуирано обавештаван од стране централних власти о развоју програма и пројеката јавних инвестиција националног карактера које имају утицаја на регион.<sup>62</sup> По добијеном мишљењу регионалног комитета управе, префект је овлашћен да сва запажања и предлоге у овом погледу проследи министрима у чијој су конкретној надлежности ове инвестиције.<sup>63</sup>

### 3.3. Префект департмана

У положају и овлашћењима префекта департмана приметна је симетрија са положајем и овлашћењима префекта региона. Тако је префект департмана, најшире посматрано, задужен за спровођење националне и ЕУ политике на нивоу департмана.<sup>64</sup> Задужен је и за управну контролу департмана и општина као територијалних колективитета, њихових јавних служби, као и међудепартманских служби са седиштем у департману за који је задужен.<sup>65</sup> Префект департмана обавља и надзор над законитошћу обављања послова од стране департманских и општинских деконцентрисаних државних служби као и других јавних установа чија активност не прелази

<sup>60</sup> Декрет, чл.38.

<sup>61</sup> Декрет, чл. 20-1.

<sup>62</sup> Декрет, чл.47.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Декрет, чл.9.

<sup>65</sup> Декрет. чл. 10.

границе департмана (искључујући опет образовање, инспекције рада, порезе и здравље).<sup>66</sup>

Префект департмана сноси одговорност за чување јавног реда, мира и безбедности и у складу са другим релевантним законима припрема и извршава мере усмерене ка њиховом очувању.<sup>67</sup> Овлашћен је и да од војних власти добија сва потребна обавештења о безбедности департмана.<sup>68</sup>

Повезано са овим овлашћењима у домену унутрашњих послова, префект департмана је надлежан за послове уласка, боравка и давања азила странцима на територији департмана.<sup>69</sup> Посебном одлуком министра унутрашњих послова и министра задуженог за послове азила, једном префекту може бити делегирана надлежност за обављање ових послова на територији више департмана.<sup>70</sup>

У обављању послова префекту департмана помажу генерални секретар, шеф кабинета, потпрефекти арондисмана, руководиоци деконцентрисаних служби на нивоу департмана, командант жандармерије у департману, руководилац служби ватрогасаца и хитне помоћи као и шефови посебно именованих мисија на територији департмана.<sup>71</sup> Посебна координација и сарадња предвиђена је са директором регионалне агенције за здравље.<sup>72</sup>

У домену односа са деконцентрисаним службама префект департмана је надређен свим руководиоцима деконцентрисаних државних служби на нивоу департмана, као и команданту жандармерије и руководиоцу ватрогасне и службе хитне помоћи,<sup>73</sup> а такође има истоветна права као и префект региона у домену функционалне и територијалне организације деконцентрисаних служби и постављања шефова пројекта. Постоји и истоветна обавеза претходног консултовања код постављања руководиоца и

---

<sup>66</sup> *Ibid*

<sup>67</sup> Декрет, чл.11.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Декрет, чл. 11-1.

<sup>70</sup> *Ibid*

<sup>71</sup> Декрет, чл.13.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Декрет, чл.17.

потпрефеката.<sup>74</sup> Сличне су и одредбе у домену служби које имају међудепартмански карактер као и у погледу одговорности о старању над имовином државе. Разлика у погледу представљања државе при правним лицима је у томе што се обавеза префекта департмана односи на правна лица чија делатност не прелази границу департмана.<sup>75</sup> Префект департмана има положај секундарног законодавца у односу на службе којима је надређен и своја овлашћења у том погледу може делегирати само у складу са стриктним законским условима.<sup>76</sup>

У погледу достављања кореспонденције, префект департмана има иста овлашћења као и префект региона, уз додатну обавезу служби на нивоу региона да сву кореспонденцију коју обављају са својим органима на територији департмана такође доставе и префекту департмана.<sup>77</sup>

У домену оцењивања руководиоца служби, правила су иста као и на нивоу региона уз додатак да префект департмана даје и евалуацију и предлог оцене о раду команданта жандармерије у департману.<sup>78</sup> У случају јавних инвестиција о којима је обавештаван префект региона, уколико су информације од значаја и за департман о њима мора бити обавештен и префект департмана.<sup>79</sup>

Донекле посебан режим важи за департман Париз. Иако има префекта, који је истовремено и префект региона Ил-д-Франс, посебан префект (париски префект полиције, иначе један од најважнијих положаја у државној управи) се бави полицијским пословима у Паризу и околини као и другим повезаним дужностима. Обавља и функције локалне полиције које у другим градовима припадају градоначелнику. Оваква ситуација у Паризу је наслеђе Париске комуне из 1871. године. Изузетак је и то да власт француске државе над морем врши у сваком поморском региону посебно именовани поморски префект.

---

<sup>74</sup> Декрет, чл.30.

<sup>75</sup> Декрет, чл.63.

<sup>76</sup> Декрет, чл.43.

<sup>77</sup> Декрет, чл.56.

<sup>78</sup> Декрет, чл. 31.

<sup>79</sup> Декрет, чл.47.

Префектура је назив који означава администрацију која припада Министарству унутрашњих послова, а често и саму зграду, објекат у коме се налази.<sup>80</sup> Префектура је место издавања личних карти, возачких дозвола, пасоша, дозвола боравка и радних дозвола за странце, регистрације возила, регистра удружења (оснивање, промена, укидање) и централа полиције и ватрогасаца. У зависности од величине департмана, укупна администрација под префектовом контролом може имати од три стотине до хиљаду људи.<sup>81</sup>

### 3.4. Потпрефект

Потпрефект најчешће има положај делегата префекта у арондисману са задатком да помаже префекту у обављању његове функције, надзире поштовање закона, јавног реда и мира као и да подстиче и координише акцију државних служби у арондисману.<sup>82</sup> Поред учествовања у управној контроли територијалних колективитета, потпрефект учествује и у саветовању органа тих колективитета како би се обезбедило законито извршавање њихове функције.

Потпрефекту може бити додељена и трајна или привремена мисија изван територије арондисмана или департмана (уз сагласност свих релеватних префеката), а префект региона му може доделити задатак чије је обављање предвиђено на територији читавог региона.<sup>83</sup>

Потпрефекти могу имати различите функције и звања: потпрефекти арондисмана (спровођење мисије префекта на нивоу арондисмана), генерални секретари префектуре (управља персоналом и имовином префектуре, први заменик префекта), генерални секретари за регионалне послове, директори кабинета префекта (помажу у полицијским и жандармеријским пословима и јавној безбедности), шефови мисија за градску политику итд. Као и за префекта, потпрефект означава и функцију и ранг.

<sup>80</sup> Г.Бребан, 58.

<sup>81</sup> Connexion, 5.

<sup>82</sup> Декрет, чл.14.

<sup>83</sup> *Ibid.*

Арондисман се сматра најпогоднијим нивоом деконцентрације за подстицање локалног развоја и близак однос за локалним изабраним званичницима. Присуство потпрефекта и општинских званичника на нивоу арондисмана омогућава изградњу личног односа што доприноси успешном остваривању мисије саветовања а по потреби медијације у односима са вишим нивоима централне власти.

### 3.5. Комитет регионалне управе

Комитет регионалне управе је колективно тело које помаже префекту региона у раду и има консултативну улогу о свим битнијим питањима у погледу обављања функција државе у региону а посебно у погледу расподеле буџетских средстава, предлога стратешких планова и пројеката и заједничке употребе државних средстава и непокретности.<sup>84</sup> Посебно овлашћење је контрола завршних извештаја префектура и јавних установа као и пројеката за које су одобрена средства а који могу укључивати и органе и установе територијалних колективитета.<sup>85</sup>

Комитетом председава префект региона, а његов састав чине: сви префекти департмана, ректор академије (начелник образовног округа), регионални директор јавних финансија, генерални секретар префектуре седишта региона, регионални генерални секретар, регионални директор пољопривреде и шумарства, регионални директор заштите животне средине, регионални директор за спорт и омладину, регионални директор за привреду, рад и конкуренцију, регионални директор за културу, директор регионалне агенције за здравство, у приморским регионима и међурегионални директор за поморска питања.<sup>86</sup>

По потреби и по одлуци префекта региона, комитету се могу придружити и руководиоци јавних установа или појединих служби са територије региона а префект може упутити позив и представницима

<sup>84</sup> Декрет, чл. 36.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Декрет, чл.35.

правосуђа са територије региона да узму учешћа у раду комитета. Свака особа која може допринети раду комитета може бити позвана ради саслушања и давања извештаја комитету.<sup>87</sup>

### 3.6. Скуп руководилица служби у департману

Аналогно комитету регионалне управе, на нивоу департмана образује се скуп руководилица служби у департману. Овај скуп има саветодавну улогу у погледу услова и начина спровођења државне политике у департмену, организацији и функционисању деконцентрисаних служби државе, остваривању заједничких пројеката и заједничке употребе средстава.<sup>88</sup> Департмански директор финансија задужен је да скупу периодично доставља извештаје о употреби државних средстава у департману.<sup>89</sup>

Скуп чине: посебно делегирани префекти у департману, уколико постоје, потпрефекти, руководиоци деконцентрисаних служби у департману, департмански директор јавних финансија, представник високог образовања са територије департмана; командант жандармерије, директор ватрогасне и службе прве помоћи, директори префектура и локални директор регионалне агенције за здравство.<sup>90</sup>

Слично регионалном комитету постоји могућност придруживања и других чланова, а посебно представника регионалних агенција, као и учешћа представника правосудних органа. Скуп руководилица може бити сазиван у пуном саставу или ужем, који према потребама дневног реда одређује префект департмана.

---

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Декрет, чл.41.

<sup>89</sup> *Ibid*

<sup>90</sup> Декрет, чл.40.

### 3.7. Деконцентрисане државне службе

Деконцентрисане државне службе запошљавају преко 90% службеника у државној управи са основним циљем приближавања управе грађанима и растерећивања централне администрације.<sup>91</sup> Њихова важност је расла са успоном начела деконцентрације.

Деконцентрисане државне службе у Француској носе различите називе, али је најчешћи назив дирекција. О врстама послова које се обављају биће више касније, а на овом месту ће бити дат преглед нивоа на којима се организују ове службе као и њихових типова.<sup>92</sup>

Деконцентрисане државне службе постоје на нивоу<sup>93</sup>:

- зона (великих територијалних подела војно-безбедносног карактера),
- међурегионалном/међудепартманском,
- региона,
- департмана и
- посредно, општина (у смислу у коме је градоначелник и државни службеник).

Ове службе могу бити:

- дирекције,
- центри,
- службе,
- префектуре,
- ректорати (не у смислу универзитета),
- агенције,
- региони (не у уобичајеном смислу) и
- групације.

<sup>91</sup> The World Bank, 29.

<sup>92</sup> Видети више код Г.Бребан, 58-59.

<sup>93</sup> Подаци о овим јединицама преузети су са званичних сајтова Републике Француске <http://www.legifrance.gouv.fr/Aide/A-propos-de-l-ordre-juridique-francais> и <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/definition/quelles-sont-specificites-administration-francaise.html> као и бројних докумената на које упућују.

Не постоји униформност о томе које деконцентрисане службе постоје на ком нивоу. На пример, Министарство запошљавања има дирекције на регионалном и департманском нивоу, а Министарство спољне трговине само на регионалном.

У погледу префектове надређености службама, циљ је да се обезбеди највећа кохерентност активности државних служби и поклањање дужне пажње очекивањима грађана. Префект има улогу и у реформи институција кроз одговорност за боље груписање државних служби како на регионалном тако и на департманском нивоу. У случају кризних ситуација, префект је у позицији да мобилише све јавне службе.<sup>94</sup>

#### 4. Именовање префекта и одговорност

Префекте формално поставља Председник декретом у Савету министара.<sup>95</sup> Положај префеката и потпрефеката је прерастао у строго професионални и њих карактерише да су увек на располагању Савету министара за пребацивање на други положај, често у кратком року. Аутори који пишу о француској управи скоро анегдотално говоре о ситуацијама у којима су префекти на радију сазнавали да су пребачени у други крај државе, још пре добијања званичног обавештења или најаве.<sup>96</sup>

Префекти за свој рад одговарају председнику и Савету министара који их постављају и требало би да буду оцењени у складу са постигнутим резултатима у остваривању стратешких планова. На смењивање или напредовање префеката доста утиче и перцепција јавности. Избијање насилних демонстрација у департману (на пример у Греноблу 2010. године) често за собом вуче смену префекта услед осуда јавности.<sup>97</sup> Префекти ретко остају на истом положају дуже од 3 до 4 године.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> P. Bernard, 7.

<sup>95</sup> Више о томе The World Bank, 23.

<sup>96</sup> Г.Бребан, 56-57.

<sup>97</sup> Connexion, 1, 22.

<sup>98</sup> *Ibid.*

Пут до положаја префекта неизоставно иде преко унапређења из положаја потпрефекта, а избор у положај потпрефекта најчешће је везан за завидан успех на већ поменутој Националној школи администрације. Приметно је међутим да после искуства Француске са насилним нередима, повећан број потпрефеката и префеката долази из редова полиције.<sup>99</sup>

## 5. Врсте послова деконцентрисаних служби

О врстама послова које су у надлежности префектура и потпрефектура било је већ речи, а области послова деконцентрисаних државних служби су, према нивоима организовања, следећи<sup>100</sup>:

- зоне – управљање посебним одредима полиције за јавни ред (CRS), пограничне полиције и пословима министарства одбране везаним за одбрану и безбедност
- међурегионални/међудепартмански ниво – студије и технички послови у области рударства, екологије и саобраћаја; правна помоћ грађанима у управним пословима; цивилно ваздухопловство; међудепартмански надзор и одржавање путне мреже; међурегионална царински послови; међурегионална поморски послови; међурегионална дирекција за извршавање кривичних санкција; међурегионална дирекција и међудепартманске службе за правну заштиту омладине.
- регионални ниво – послови префектуре региона; пољопривреда и шумарство; привреда, конкуренција, заштита потрошача, рад и запошљавање; заштита животне околине; регионалне јавне финансије; образовни систем у региону (ректорат академије); спорт и омладина; истраживање, наука и развој; здравствени систем у региону; жандармеријска управа у региону.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> И ови подаци преузети су са званичних сајтова <http://www.legifrance.gouv.fr/Aide/A-propos-de-l-ordre-juridique-francais> и <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/definition/quelles-sont-specificites-administration-francaise.html> и докумената на које упућују.

- департмански ниво – послови префектуре департмана; департманске јавне финансије; војна делегација департмана; жандармеријска управа у департману; дирекција образовног система у департману; јавна безбедност; саобраћај и навигација; социјална служба.
- општински ниво – послови поверени градоначелнику и његовој служби када се сматрају деконцентрисаним државним органом - матичне књиге, судску полицију, општински полицијске послове, организација избора.

У погледу расподеле овлашћења деконцентрисаних и децентрализованих јединица и даље остаје одређена несређеност услед неких преклапања надлежности.<sup>101</sup> У поређењу са другим европским државама, локалне децентрализоване јединице не обављају велики број поверених послова од стране државе, већ је акценат на развоју њихове изворне надлежности уз одговарајућу државну контролу путем префекта и управног судства.<sup>102</sup> Неке надлежности могу бити јасније разграничене и усаглашене путем уговора између префекта и децентрализованих јединица о заједничком деловању. Поред тога, префект може узети и улогу медијатора између локалног нивоа и централне власти, као и дати допринос балансирању стратегија на оба нивоа.<sup>103</sup>

## 6. Финансирање деконцентрисаних јединица

Кључна одлика финансирања деконцентрисаних органа је постојање једног јединственог буџета, односно одвојене количине средстава, за сваку префектуру (департмана и региона), којима располаже префект. Регионални префекти координирају елаборацију регионалних стратешких планова за које ће та буџетска средства бити утрошена. Под префектовом контролом, ова средства се даље расподељују службама под његовом надлежношћу, а које

<sup>101</sup> H. Wollmann, „Local Government Reforms in Great Britain, Sweden, Germany and France: Between Multi-Function and Single-Purpose Organisations”, *Local Government Studies*, Vol.30, 4/2004, 657.

<sup>102</sup> B. Bizet, 479.

<sup>103</sup> *Ibid.*

имплементирају циљеве разрађене у стратешким плановима.<sup>104</sup> Префекти региона и департмана доносе и посебне планове заједничке употребе државних средстава од стране више државних служби.<sup>105</sup>

Пре коначне расподеле префект је у обавези да саслуша и мишљење руководиоца деконцентрисаних служби као и регионалног комитета.<sup>106</sup> Слична су решења и у погледу префекта департмана и департманских деконцентрисаних служби. Овакав систем омогућава флексибилније управљање средствима услед могућности да се по потреби изврши реалокација средстава по префектовој одлуци. Под релативно стриктним законским условима, овлашћење за расподелу буџетских средстава може бити делегирано од стране префекта.<sup>107</sup>

У складу са овим овлашћењима је и право префекта да од свих служби које користе расподељена средства добије правремене и детаљне извештаје о њиховом утрошку. Руководиоци деконцентрисаних служби су у обавези и да нацрте буџета својих служби дају на мишљење префекту пре коначног усвајања.<sup>108</sup>

## 7. Однос облика деконцентрације према децентрализованим територијалним јединицама

Поред већ поменутих овлашћења префеката у односу према територијалним колективитетима, пре свега односа *ex post* управне контроле, могуће је говорити и о још неким аспектима односа деконцентрисане државне власти и локалне самоуправе. Ваља напоменути и да регулисање односа државе и локалних самоуправа није завршен процес, већ је то један константан напор ка проналажењу најбољих решења.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> Декрет, чл.21.

<sup>105</sup> Декрет, чл.23-1.

<sup>106</sup> Декрет, чл. 21.

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> Декрет, чл. 23.

<sup>109</sup> W.Utomo, 18-19.

Префекти региона и департмана представљају државу у односу према територијалним колективитетима. Тако је префект региона једини овлашћен да истиче државне ставове пред Регионалним саветом као органом региона као територијалног колективитета а префект департмана пред Генералним саветом као органом департмана као територијалног колективитета, уз могућност делегирања особе која ће то чинити уместо њих.<sup>110</sup>

Префект региона је једини овлашћен да у име државе преговара и закључује уговоре са регионом као територијалним колективитетим и регионалним јавним установама.<sup>111</sup> За департмане, општине и јавне установе на том нивоу, то овлашћење припада префекту департмана.<sup>112</sup> Понекад, у случају када се уговор склапа са мањом јединицом одређеног регионалног тела, префект региона може делегирати право преговарања и потписивања префекту оног департмана који у погледу тог уговора има најближи интерес. Изричито је наглашено да се овлашћења односе и на склапање уговора у име јавних установа националног карактера а чији су префекти представници на регионалном/департманском нивоу.<sup>113</sup>

Уговори се склапају у различитим областима као што су безбедност (са општинама), изградња стамбеног простора и запошљавање (са департманима) и истраживање природних ресурса (са регионима).<sup>114</sup> У том циљу се развијају и локални развојни планови где више територијалних јединица у природним географским целинама уједињују ресурсе за своје будуће пројекте. У овом погледу, регионални простор је постао раскршће стратегија поготово националне политике, локалних иницијатива и европских директива.<sup>115</sup>

Однос са општинама је посебно интересантан. Општине имају хибридную институционалну природу, у исто време су и децентрализоване и деконцентрисане јединице, иако им је прва

<sup>110</sup> Декрет, чл.58.

<sup>111</sup> Декрет, чл.59.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> H.Wollmann, 657-658.

<sup>115</sup> P.Bernard, 8.

улога несумњиво значајнија.<sup>116</sup> Градоначелник је поред тога што је изабрани представник грађана истовремено и представник државе. У области делегираних послова (обухватају службу матичних књига, судску полицију, општинске полицијске послове, организовање избора и др.) градоначелник је под хијерархијском влашћу префекта. Од посебног је значаја општинска полиција која има ограничену улогу, пре свега у ситнијим нарушавањима реда и закона и примени комуналних прописа, али је у начелу у надлежности градоначелника. То градоначелнику омогућава да декретима и појединачним прописима остварује очување јавног реда у општини. По потреби и ова овлашћења градоначелника може преузети префект.

Теоретичари француског управног права и политичког система истичу да би односи између државе и децентрализованих јединица требало да буду базирани на неопходној сарадњи између одговорних званичника посвећених пружању најбоље службе француској нацији, а на бази три осовине<sup>117</sup>:

- сталном дијалогу који омогућава размену информација и реципрочно учешће на радним састанцима;
- контроли легалности као есенцијалном услову поштовања локалних одговорности и слобода, што обухвата и надзор борбе против корупције и неформалну улогу пружања правних савета у циљу подршке локално изабраним функционерима;
- заједничке активности које омогућавају удруживање дела државних служби и локалних иницијатива и ресурса а све у оквиру националне политике. Ове активности спроводе се на неколико нивоа, од координације пројеката до консултовања о заједничкој акцији, уговорима и удруживању ресурса како би се остварили приоритети.

## 8. Закључак

Трансформација улоге префекта најупечатљивији је аспект реформе државне управе у Француској. Некада неприкосновена фигура државне власти, префект постаје све више ново лице

<sup>116</sup> A.Smith, P.Heywood, 14-15; Г.Бребан, 55.

<sup>117</sup> P.Bernard, 7-8.

државе за XXI век. Са једним оком према Бриселу, постаје окренут грађанима и привреди, својеврстан трибун свог региона и департмана према централној власти у Паризу. Опет, овлашћења остају довољна да може употребити сву силу државног апарата у случају ванредних ситуација. Деконцентрација државних служби у великој мери прати овакав развој – циљ је бити што ближе грађанима а потом бити и оруђе префекта за што ефикасније остваривање задатих, пре свега развојних циљева.

Два су могућа извора инспирације за Србију. Један је увиђање да политички што је више могуће неутралан и професионално оријентисан представник државе са јасно дефинисаним овлашћењима може учинити много на повезивању центра и периферије, као и на промени репутације државног апарата као крутог и неприступачног. Да ли би реформе у овом смислу биле прави пут за Србију, ствар је пре свега политичке процене и неопходних претходних анализа у смислу постојећих капацитета управе и запослених у њој. Друго важно сазнање је да чак и вишевековна традиција није разлог за спутавање реформи и иновација у циљу ефикасније управе и помоћи грађанима и привреди. Ова област је можда једна од ретких где непостојање било какве истински дуговечне традиције у Србији може бити и предност. Пут за иновативна и боља решења је у том смислу отворен и њиме би требало кренути без одлагања.

**Velimir Živković**

LL.M (Belgrade), MJur (Oxford)

Associate Researcher

Institute of Comparative Law Beograd

## **PREFECTS AND THE DECONCENTRATION OF ADMINISTRATION IN FRANCE**

### Summary

The theme of administrative deconcentration and bringing the state closer to the citizens is often in vogue during reforms in both developed and transition countries. France is no exception in that regard, and is especially interesting for comparative law analysis due to existing tensions between traditionally strong centralism on one hand and the desire to create effective deconcentration and decentralization. The topic of this article is the French system of prefects as the backbone of deconcentration and their subordinate deconcentrated state services. It is presented through the prism of historical development, current legal regime but also everyday practice. Taking into account the possibility of Serbian law reform in the area of deconcentration, it is surely of importance to have in mind the French model as a source of inspiration.

**Key words:** deconcentration, administration, French law, France



**Mr Ivana Rakić**  
Istraživač saradnik  
Institut za uporedno pravo u Beogradu

Pregledni naučni rad  
UDK: 336.126.55(497.5)

## **EKSTERNA REVIZIJA U JAVNOM SEKTORU – PRIMER HRVATSKE**

### Apstrakt

*U radu se daje prikaz eksterne revizije u Republici Hrvatskoj koja se ogleda u radu Državnog ureda za reviziju koji je osnovan 1994. godine kao nezavisno telo, odgovorno parlamentu. Državni ured za reviziju je član INTOSAI i ima ugled nezavisne i efikasne revizorske institucije, posebno zato što je njegov položaj sada učvršćen Ustavom, nakon izmena iz 2010. godine, i zato što Zakon o Državnom uredu za reviziju obezbeđuje njegovu institucionalnu, funkcionalnu i finansijsku nezavisnost. Od Hrvatske se očekuje da prilikom obavljanja eksterne revizije Državni ured nastavi da primenjuje INTOSAI standarde i da obezbedi stalnu obuku državnih revizora kako bi se eksterna revizija obavljala u skladu sa Međunarodnim standardima za reviziju i najboljom evropskom praksom. Potrebno je ipak uložiti značajne napore da se ojača organizacija i da se uveća uticaj eksterne revizije, unapređivanjem mehanizama za praćenje učinaka revizije i kontrole kvaliteta rada Državnog ureda.*

**Ključne reči:** eksterna revizija, državna revizija, finansijska kontrola, javni sektor, Hrvatska, EU.

## 1. Uvodna razmatranja

U okviru procesa pristupanja Evropskoj uniji, Hrvatska je u junu 2011. godine službeno zatvorila sva poglavlja pretpristupnih pregovora za članstvo u EU, uključujući Poglavlje 32 – Finansijska kontrola, pošto je procenjeno da je Hrvatska sposobna da preuzme obaveze koje proizlaze iz članstva i da je u mogućnosti da sprovede i primeni pravne tekovine EU. Poglavlje 32. privremeno je zatvoreno još u julu 2010. godine, ali je Komisija EU nastavila da redovno prati položaj i aktivnosti Državnog ureda za reviziju i napredak u oblasti eksterne revizije i da ocenjuje spremnost Hrvatske da uspešno upravlja javnim sredstvima, a posebno sredstvima iz EU fondova.

Oblast eksterne revizije se sagledava u okviru Poglavlja 32, tako što se analizira institucionalni i pravni okvir za eksternu reviziju, uspostavljanje nezavisne i funkcionalne vrhovne revizorske institucije (VRI), praksa obavljanja revizije i sprovođenje mišljenja i preporuka VRI. Na taj način se prati izgradnja kapaciteta i stvaranje ambijenta odgovorne javne uprave kako bi se uspostavio sistem zakonitog, transparentnog i efikasnog korišćenja sredstava iz EU fondova. Eksterna revizija je najvažniji mehanizam institucionalne kontrole izvršenja budžeta, a nezavisna VRI je osnovni uslov za formiranje javne odgovornosti svih budžetskih korisnika za upravljanje javnim finansijama i važan činilac u sprečavanju i otkrivanju korupcije.

Regulisanje eksterne revizije u javnom sektoru izuzetno je važno za sprečavanje korupcije, jer revizori mogu da utvrde da li je postupanje državnih organa u skladu sa utvrđenim standardima finansijskog izveštavanja i računovodstvenim standardima i da na vreme utvrde pokazatelje zloupotrebe, znakove upozorenja i činioce koji utiču na korupciju. Ovi načini sprečavanja korupcije ključni su mehanizmi kojima se obezbeđuje pravilno korišćenje javnih resursa u smislu zakonitosti, regularnosti, efikasnosti i ekonomičnosti, tako da u slučaju nepostojanja odgovarajuće eksterne revizije javna sredstva mogu biti zloupotrebljena. Značaj eksterne revizije naročito dolazi do izražaja u uslovima (svetske) ekonomske krize, kada VRI ostvaruju specifičnu ulogu u kontroli trošenja budžetskih sredstava, a upravljanje budžetskim sredstvima privlači ogromnu pažnju građana. Država je tada posebno odgovorna prema svojim građanima i ima obavezu da im objasni kako se koriste javna sredstva i kako to doprinosi

pružanju kvalitetnijih javnih usluga. Revizijom javnih rashoda utvrđuje se na koji način se troše budžetska sredstva i da li se ona troše namenski, čime se uspostavlja disciplina u trošenju javnih resursa, što je veoma važno i predstavlja prvi korak ka ublažavanju posledica ekonomske krize.<sup>1</sup>

Prema Limskoj deklaraciji o smernicama za pravila revizije, eksterna revizija je neophodan element kontrolnog sistema u javnom sektoru čiji je cilj utvrđivanje odstupanja od usvojenih standarda i od načela zakonitosti, ekonomičnosti, efektivnosti i efikasnosti upravljanja javnim sredstvima, kako bi se na vreme preduzele korektivne mere u pojedinačnim slučajevima, a odgovorne strane naterale da prihvate odgovornost, kao i da bi se na vreme obezbedila nadoknada ili preduzele mere za sprečavanje takvih prekršaja ili barem za ublažavanje prekršaja.<sup>2</sup>

U oblasti eksterne revizije ne postoje propisi EU koje je potrebno preneti u domaće pravo, pošto se obaveze država u toj oblasti odnose na usvajanje opšteprihvaćenih međunarodnih standarda Međunarodne organizacije vrhovnih revizorskih institucija (INTOSAI) i najbolje prakse EU, u cilju unapređenja sistema upravljanja javnim sredstvima i kontrole tog sistema.<sup>3</sup>

## 2. Međunarodni standardi

Eksterna revizija je najvažniji mehanizam koji poreskim obveznicima omogućava da provere kako vlada koristi javna sredstva, zbog čega je u uporednom pravu prihvaćeno rešenje osnivanja nezavisnih vrhovnih revizorskih institucija koje imaju zadatak da ispituju trošenje sredstava iz budžeta i drugih javnih sredstava, odnosno da ispituju zakonito i efikasno

<sup>1</sup> Više o ovoj ulozi VRI i o ulozi VRI u sprečavanju korupcije v. N. Sándor, „*The role of Supreme Audit Institutions in fight against the consequences of financial and economic crisis: A theoretical approach*“, u: *Crisis Aftermath: Economic policy changes in the EU and its Member States*, Conference Proceedings, Szeged, University of Szeged, 2012, 270-282; M. Borge, *The role of Supreme Audit Institutions (SAIs) in Combating Corruption*, 9th International Anti-Corruption Conference, Durban, October 1999, [http://9iacc.org/papers/day4/ws2/dnld/d4ws2\\_mborge.pdf](http://9iacc.org/papers/day4/ws2/dnld/d4ws2_mborge.pdf), 20.01.2013, 3 i dalje.

<sup>2</sup> V. Poglavlje 1. Limske deklaracije (*Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts*).

<sup>3</sup> Više v. A. Rabrenović, *Financial Accountability as a Condition for EU Membership*, Institute of Comparative Law, Belgrade, 2009, 167-168.

korišćenje javnih fondova.<sup>4</sup> Okvir Međunarodnih standarda VRI sastoji se od dokumenata koje je usvojio Kongres Međunarodne organizacije VRI (INCOSAI), s ciljem regulisanja profesionalnih standarda rada vrhovnih revizorskih institucija.<sup>5</sup>

Dokumenti ISSAI okvira su razvrstani u četiri nivoa – *Nivo 1*: Osnovni principi, sadržani u Limskoj deklaraciji o smernicama za pravila revizije; *Nivo 2*: Preduslovi za funkcionisanje vrhovnih revizorskih institucija (Meksička deklaracija o nezavisnosti vrhovnih revizorskih institucija,<sup>6</sup> Principi transparentnosti i odgovornosti,<sup>7</sup> Etički kodeks i dokumenti o kvalitetu revizije);<sup>8</sup> *Nivo 3*: Fundamentalni principi revizije (Osnovni principi, Opšti standardi, Standardi obavljanja revizije, Standardi izveštavanja); *Nivo 4*: Smernice za reviziju (Smernice za primenu standarda za finansijsku reviziju, reviziju učinka i reviziju usklađenosti, i posebne smernice o pojedinim tematskim oblastima). Pored ovih dokumenata, primenjuju se i INTOSAI Smernice za dobro upravljanje (INTOSAI GOV) – Standardi interne kontrole i Računovodstveni standardi.

Najvažnijim dokumentima se smatraju Limska i Meksička deklaracija iz 1977, odnosno 2007. godine koje definišu nezavisnost VRI i utvrđuju osnovne principe nezavisnosti, odnosno standarde koje bi VRI trebalo da ispune kako bi kvalitetno obavljale eksternu reviziju.<sup>9</sup> Iako bi sve države trebalo u potpunosti da usvoje međunarodne standarde za eksternu reviziju, praksa u mnogim državama pokazuje da VRI nisu funkcionalne kao što bi trebalo. Često im nedostaju neophodna ovlašćenja, veštine i sredstva da bi vršile reviziju i da bi slobodno i bez ikakvog straha objavljivale rezultate svog rada.<sup>10</sup>

Svaka država bi trebalo da ima VRI – nezavisnu javnu instituciju koja je odgovorna parlamentu i koja u skladu sa zakonom obavlja najvišu funkciju revizije javnih sredstava, pri čemu je naknadna (*ex post*) revizija

<sup>4</sup> U većini zemalja centralne i istočne Evrope, uspostavljanje VRI je usledilo nakon pada Berlinskog zida. – *Ibid.*, 52 fn. 128.

<sup>5</sup> *International Standards of Supreme Audit Institutions* – ISSAI okvir.

<sup>6</sup> ISSAI 10 – Mexico Declaration on Independence.

<sup>7</sup> ISSAI 20 – Principles of transparency and accountability.

<sup>8</sup> Etički kodeks obuhvata sledeće principe: integritet, nezavisnost, objektivnost i nepristrasnost, profesionalno čuvanje tajne, stručnost.

<sup>9</sup> Good Practices in Supporting Supreme Audit Institutions, OECD, <http://www.oecd.org/dac/aideffectiveness/Final%20SAI%20Good%20Practice%20Note.pdf>, 20.01.2013, 15.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 13. Posebno o VRI u zemljama EU v. State Audit in the European Union, National Audit Office, 2005, [http://www.nao.org.uk/publications/0506/state\\_audit\\_in\\_the\\_eu.aspx](http://www.nao.org.uk/publications/0506/state_audit_in_the_eu.aspx), 20.01.2013, 16 i dalje.

neophodan zadatak svake VRI, bez obzira na to da li vrši i prethodnu (*ex ante*) reviziju. VRI tradicionalno vrše finansijsku reviziju (reviziju ispravnosti i zakonitosti upravljanja finansijama i reviziju računovodstva), ali pored toga vrše i reviziju rezultata rada (učinka).<sup>11</sup> Revizijom se utvrđuje da li su finansijski izveštaji istiniti, da li je primenjena važeća regulativa i da li su budžetska sredstva iskorišćena u okviru predviđenog budžeta, i to na efikasan i svrsishodan način. Revizija je dakle usmerena ne samo na ispitivanje i izražavanje mišljenja o istinitosti i objektivnosti finansijskih izveštaja, već i na analizu celokupnog poslovanja budžetskih korisnika da bi se utvrdilo da li su ispunjeni unapred postavljeni kriterijumi i da bi se izrazile preporuke za otklanjanje uočenih nedostataka, nepravilnosti i nezakonitosti.

Nezavisnost VRI i osoblja i funkcionera VRI mora biti obezbeđena u funkcionalnom, institucionalnom i finansijskom smislu. VRI se uspostavljaju ustavom, kojim se i garantuje nezavisnost VRI i članova VRI, a detaljnije se regulišu zakonom. Ustav mora posebno regulisati postupke razrešenja sa položaja, koji ne smeju ugrožavati nezavisnost članova, a mora se garantovati pravna zaštita nezavisnosti, koju će pružati vrhovni sudovi. Članovi VRI su nezavisni od subjekata revizije i zaštićeni su od njihovog uticaja. Vrhovnim revizorskim institucijama moraju se obezbediti finansijska sredstva neophodna za izvršavanje njihovih zadataka, a VRI moraju imati pravo da se neposredno obrate za potrebna sredstva javnoj instituciji koja odlučuje o državnom budžetu. VRI mogu da koriste sredstva koja su im dodeljena pod odvojenom stavkom budžeta onako kako one smatraju za shodno.<sup>12</sup>

VRI vrše reviziju aktivnosti vlade, njenih upravnih organa i drugih podređenih institucija, a u pogledu odnosa sa parlamentom mora im se garantovati visok stepen inicijative i autonomije.<sup>13</sup> VRI bi trebalo da imaju pristup svim zapisima i dokumentima u vezi sa finansijskim upravljanjem i trebalo bi da su ovlašćene da od subjekta revizije usmeno ili pismeno zahtevaju sve informacije koje smatraju potrebnim. Svaka VRI samostalno utvrđuje plan i program revizije i slobodna je da odlučuje o vrsti i obimu revizije.<sup>14</sup> Sve javne finansijske operacije, bez obzira na to da

---

<sup>11</sup> Poglavlje 2. i 4. Limske deklaracije.

<sup>12</sup> V. poglavlja 5-7. Limske deklaracije.

<sup>13</sup> V. poglavlja 8-9. Limske deklaracije.

<sup>14</sup> V. poglavlja 10. i 13. Limske deklaracije.

li se i na koji način reflektuju u nacionalnom budžetu, trebalo bi da budu predmet revizije, a delovi finansijskog upravljanja koji nisu obuhvaćeni budžetom takođe moraju biti predmet revizije.<sup>15</sup> VRI mora ustavom biti ovlašćena i obavezana da najmanje jednom godišnje izveštava parlament ili drugu nadležnu javnu instituciju o svojim nalazima. Izveštavanje mora biti nezavisno, a izveštaj se mora objaviti, kako bi se obezbedila opsežna distribucija i rasprava i unapredilo sprovođenje nalaza VRI.<sup>16</sup> VRI moraju imati pravo da slobodno izveštavaju i objavljuju rezultate svoga rada. Posebno je važno pratiti sprovođenje preporuka VRI i parlamenta.

Polazeći od osnovnih principa Limske deklaracije, Meksička deklaracija predviđa određene standarde za nezavisnost VRI i zahteva od država usvajanje sledećih osnovnih načela:

- Postojanje odgovarajućeg i efektivnog ustavnog/pravnog okvira i *de facto* primena tog okvira;
- Nezavisnost članova VRI, uključujući sigurnost mandata i pravni imunitet u slučaju normalnog razrešenja sa dužnosti;
- Dovoljno širok mandat i potpuna diskrecija, prilikom udaljavanja s funkcija VRI;
- Neograničen pristup informacijama;
- Pravo i obaveza izveštavanja o radu;
- Sloboda odlučivanja o sadržaju i vremenu izveštavanja i sloboda objavljivanja izveštaja;
- Postojanje efektivnih mehanizama za praćenje postupanja po preporukama VRI;
- Finansijska i upravljačka/administrativna autonomija i raspoloživost odgovarajućih ljudskih, materijalnih i finansijskih resursa.<sup>17</sup>

Uspostavljanje i obezbeđivanje odgovornosti korisnika budžetskih sredstava u državama koje žele da pristupe EU nameće se kao posebna obaveza u okviru pregovora o učlanjenju u EU (Poglavlje 32), a analiza

<sup>15</sup> Poglavlje 18. Limske deklaracije.

<sup>16</sup> Poglavlje 16. Limske deklaracije.

<sup>17</sup> V. Meksičku deklaraciju o nezavisnosti VRI.

eksterne revizije koja se ogleda u radu VRI vrši na osnovu procene da li su i u kojoj meri prihvaćeni međunarodni standardi. S obzirom na to da se zbog različitih okolnosti (društvenih, istorijskih, ekonomskih, kulturoloških i dr.) ne mogu usvojiti isti propisi u državama, nemoguće je dati jedan univerzalni model VRI koji bi prihvatile sve države. Čak se i u državama članicama EU pristup eksternoj reviziji, definisanje njene uloge i organizacija eksterne revizije značajno razlikuju, iako su sve članice prihvatile osnovne principe državne revizije i normativno uspostavile nezavisne VRI.<sup>18</sup>

### 3. Uspostavljanje VRI u Hrvatskoj

Vrhovna revizorska institucija u Hrvatskoj jeste Državna kancelarija za reviziju (*Državni ured za reviziju*), osnovana 1994. godine, kao samostalni i najviši državni organ kontrole upravljanja budžetskim sredstvima koji je odgovoran samo parlamentu. Državni ured za reviziju je uspostavljen Ustavom, odnosno zakonom na osnovu Ustava, koji garantuje njegovu samostalnost i nezavisnost. Pod pritiskom EU, a u skladu sa međunarodnim standardima VRI, odnosno preporukama Limske i Meksičke deklaracije, u Hrvatskoj su ustavne garancije nezavisnosti Državnog ureda za reviziju utvrđene tek 2010. godine, izmenama Ustava koji je donet 1990. godine, a pored Ustava primenjuje se i Zakon o Državnom uredu za reviziju koji pruža dodatne garancije i bliže uređuje eksternu reviziju u Hrvatskoj.<sup>19</sup> Ustav sadrži samo osnovna određenja Državnog ureda za reviziju, a svi ostali elementi su predmet zakonskog regulisanja. Ustavom je Državni ured za reviziju utvrđen kao najviša republička revizorska institucija koja je samostalna i nezavisna u svom radu, a Državnim uredom za reviziju upravlja glavni državni revizor koji o njegovom radu izveštava Hrvatski sabor.<sup>20</sup> Državni ured za reviziju je član INTOSAI od 1994. i EUROSAI od 1996. godine.<sup>21</sup>

Nezavisnost Državnog ureda za reviziju i njegovih funkcionera i osoblja obezbeđena je u funkcionalnom, institucionalnom i finansijskom smislu, pošto su prihvaćeni standardi koje predviđaju Limska i Meksička

<sup>18</sup> V. *State Audit in the European Union*, 6. i 15; A. Rabrenović, 53.

<sup>19</sup> Narodne novine, br. 80/11.

<sup>20</sup> V. čl. 53a. Ustava Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10.

<sup>21</sup> EUROSAI je Evropska organizacija vrhovnih revizorskih institucija – European Organisation of Supreme Audit Institutions.

deklaracija, a revizija se sprovodi u skladu sa Međunarodnim standardima revizije predviđenim dokumentima ISSAI okvira. Zakon o Državnom uredu za reviziju (dalje u tekstu: Zakon) izričito predviđa da se revizija obavlja na način i prema postupcima utvrđenim okvirom revizorskih standarda Međunarodne organizacije VRI i Kodeksom profesionalne etike državnih revizora.<sup>22</sup>

Iako je preporuka Limske deklaracije da se u ustav unesu odredbe o imenovanju i razrešenju funkcionera, odnosno članova VRI, u Hrvatskoj je ovo pitanje uređeno Zakonom koji predviđa da glavnog državnog revizora bira i razrešava parlament. Glavnog državnog revizora, koji upravlja Državnim uredom za reviziju, imenuje Hrvatski sabor na predlog Odbora za izbor, imenovanja i upravne poslove, uz mišljenje Odbora za finansije i državni budžet. Glavni državni revizor imenuje se na period od 8 godina, uz mogućnost reizbora i ima imunitet kao i poslanici (*zastupnici*) u Hrvatskom saboru.<sup>23</sup>

Hrvatski sabor može razrešiti dužnosti glavnog državnog revizora pre isteka perioda na koji je imenovan ako glavni državni revizor to sam zatraži, ako uz svoj pristanak bude imenovan na drugu dužnost, ako trajno izgubi sposobnost obavljanja svoje dužnosti ili ako bude pravno-snažno osuđen za krivično delo. Ako se protiv glavnog državnog revizora pokrene krivični postupak za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a za koje se može izreći kazna zatvora od 5 godina ili teža kazna, glavni državni revizor ne može obavljati svoju dužnost do pravno-snažnog okončanja tog postupka. Odluku o udaljenju donosi Hrvatski sabor.<sup>24</sup>

Reviziju vrše ovlašćeni državni revizori – nezavisna stručna lica koja imaju sertifikat ovlašćenog državnog revizora i ispunjavaju druge uslove iz Zakona. Zapošljavanje ovlašćenih državnih revizora u Državnom uredu za reviziju vrši se na osnovu javnog konkursa, a o prijemu u radni odnos i o prestanku rada ovlašćenih državnih revizora odlučuje glavni državni revizor. Njihova nezavisnost i objektivnost se obezbeđuje i odredbama o zabrani sukoba interesa, prema kojima ovlašćeni državni revizor ne sme biti član nadzornog odbora ili drugog organa privrednih društava i drugih pravnih lica koja podležu reviziji Državnog ureda za

<sup>22</sup> Čl. 12. st. 3. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>23</sup> Čl. 8. Zakona o Državnom uredu za reviziju. Glavni državni revizor ima zamenika kojeg imenuje Hrvatski sabor na predlog glavnog državnog revizora, na period od osam godina (čl. 11. st. 1. Zakona). Zakonom su posebno utvrđeni uslovi za izbor glavnog državnog revizora i njegovog zamenika (čl. 8. st. 4. i čl. 11. st. 2).

<sup>24</sup> Čl. 10. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

reviziju. Istovremeno, ovlašćeni državni revizor ne sme obavljati reviziju: ako je učestvovao u vođenju poslovnih knjiga ili izradi finansijskih izveštaja subjekta revizije, ili ako je supružnik, krvni srodnik u pravoj liniji do četvrtog stepena srodstva, a u pobočnoj liniji do drugog stepena srodstva, staratelj, usvojlac, usvojenik, hranitelj jednog od zakonskih predstavnika subjekta revizije ili članova nadzornog odbora.<sup>25</sup>

Finansijska nezavisnost Državnog ureda za reviziju obezbeđena je na zadovoljavajući način, pošto se sredstva neophodna za njegov rad obezbeđuju iz republičkog budžeta, u skladu sa predloženim planom budžeta koji odobrava parlament. Zakon na uopšten način reguliše finansiranje Državnog ureda za reviziju, ali se može reći da su ispunjeni standardi o finansijskoj nezavisnosti, jer Državni ured za reviziju samostalno planira sredstva potrebna za svoj rad, a utvrđuje ih Hrvatski sabor u državnom budžetu Hrvatske. Državni ured za reviziju ima pravo da samostalno upravlja i raspolaže sredstvima za svoj rad, u skladu sa predviđenim budžetom i u skladu sa propisima, a može ostvarivati i vlastite prihode obavljanjem revizije nacionalnih i međunarodnih sredstava, kao i učestvovanjem u međunarodnim projektima i programima. Vlastiti prihodi koriste se za unapređenje rada Državnog ureda za reviziju.<sup>26</sup>

Funkcionalna nezavisnost Državnog ureda za reviziju je obezbeđena, pošto Državni ured za reviziju planira i obavlja reviziju u skladu sa predviđenom godišnjim programom i planom rada koji samostalno utvrđuje. To znači da može slobodno da odlučuje o subjektima revizije, da definiše obim i vrstu revizije i da odredi vreme i način revizije. Izuzetno, Hrvatski sabor može predložiti obavljanje određenih revizija, ali Državni ured za reviziju nije obavezan da prihvati takav predlog, već će reviziju vršiti prema zahtevu Hrvatskog sabora samo ako glavni državni revizor oceni da je takav zahtev opravdan.<sup>27</sup> Pored toga, Državni ured za reviziju ima značajna istražna ovlašćenja koja mu daju pravo na slobodan i direktan pristup svim neophodnim dokumentima i informacijama u vezi sa upravljanjem javnim finansijama, a budžetski korisnici su dužni da državnim revizorima omoguće takav pristup i da im usmeno ili pisanim putem pruže tražene informacije. Zakonski predstavnik subjekta revizije dužan je ovlašćenom državnom revizoru staviti na raspolaganje svu potrebnu

<sup>25</sup> Čl. 19. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>26</sup> Čl. 3. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>27</sup> Čl. 12. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

dokumentaciju, isprave, izveštaje, evidencije i druge informacije za potrebe obavljanja revizije, kao i dokumentaciju koja predstavlja poslovnu ili drugu tajnu radi obavljanja revizije.<sup>28</sup> Ukoliko subjekti revizije ne izvrše ovu obavezu, subjekti revizije i odgovorna lica će se kazniti novčanom kaznom za prekršaj.<sup>29</sup>

Usvajanju konačnog izveštaja o obavljenoj reviziji prethodi izjašnjavanje subjekata revizije koji imaju pravo da se izjasne o izveštaju o reviziji i da iznesu svoje komentare na nalaze revizije. Nakon izvršene revizije, ovlašćeni državni revizori sastavljaju nacrt izveštaja o obavljenoj reviziji i dostavljaju ga zakonskom predstavniku subjekta revizije na odgovor. Zakonski predstavnik subjekta revizije mora u roku od 8 dana od dana prijema nacrta izveštaja da dostavi Državnom uredu za reviziju svoj odgovor na činjenice opisane u nacrtu izveštaja, da bi se na osnovu tog odgovora sastavio izveštaj o obavljenoj reviziji. Izveštaj o reviziji se zatim dostavlja zakonskom predstavniku subjekta revizije i na njega zakonski predstavnik subjekta revizije može staviti prigovor u roku od 8 dana od dana prijema izveštaja. O prigovoru odlučuje glavni državni revizor u roku 30 dana od dana prijema prigovora. U roku 60 dana od dana prijema izveštaja, zakonski predstavnik subjekta revizije je dužan da dostavi Državnom uredu za reviziju pisani izveštaj o preduzetim merama po nalazima revizije.<sup>30</sup>

### 3.1. Obim i vrste revizije

Državnom uredu za reviziju omogućeno je da vrši reviziju svih javnih finansijskih operacija, tako da može da obavlja eksternu reviziju poslovanja svih korisnika javnih sredstava – direktnih i indirektnih budžetskih korisnika i pravnih lica koja su povezana sa budžetskom korisnicima. Finansijske operacije koje podležu reviziji zapravo se određuju preko subjekata revizije – nabranjem, odnosno definisanjem subjekata čije poslovanje se kontroliše.

Reviziji podležu državni prihodi i rashodi, finansijski izveštaji i

<sup>28</sup> Čl. 13. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>29</sup> Čl. 23. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>30</sup> V. čl. 14. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

finansijske transakcije jedinica državnog sektora, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravnih lica koje se financiraju iz budžeta, pravnih lica čiji je osnivač Republika Hrvatska ili jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, društava i drugih pravnih lica u kojima Republika Hrvatska, odnosno jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave imaju većinsko vlasništvo, odnosno učešće u kapitalu. Pod jedinicama državnog sektora i jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave podrazumevaju se sva tela zakonodavne, izvršne i sudske vlasti, kao i sve agencije, institucije i drugi subjekti koji se financiraju iz državnog budžeta ili budžeta jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Nadležnost Državnog ureda za reviziju dakle obuhvata sve javne organe i institucije, ali i korisnike sredstava iz EU i drugih javnih fondova, jer eksternoj reviziji podleže i korišćenje sredstava Evropske unije i drugih međunarodnih organizacija ili institucija za finansiranje javnih potreba.<sup>31</sup>

Zakon o finansiranju političkih aktivnosti i izborne kampanje, koji je usvojen 2011. godine zbog usklađivanja hrvatskih propisa sa pravom EU, proširuje nadležnosti Državnog ureda i sveobuhvatno uređuje reviziju i nadzor poslovanja, finansiranja i izveštavanja političkih stranaka, nezavisnih zastupnika, zastupnika nacionalnih manjina i nezavisnih članova predstavničkih tela lokalnih jedinica.<sup>32</sup> Ovim zakonom je povećan obim poslova Državnog ureda, jer je propisana obaveza obavljanja revizije političkih stranaka, nezavisnih zastupnika, zastupnika nacionalnih manjina i nezavisnih članova predstavničkih tela lokalnih jedinica svake kalendarske godine za prethodnu godinu, koji su u skladu s propisima o vođenju računovodstva neprofitnih organizacija dužni sastavljati finansijske izveštaje. Državni ured ima i obavezu preduzimanja radnji u administrativnom postupku o obustavi isplate sredstava za redovno godišnje finansiranje iz budžeta, kao i obavezu da o utvrđenim povredama Zakona o finansiranju političkih aktivnosti i izborne kampanje obavesti Državno tužilaštvo Republike Hrvatske i dostavi svu dokumentaciju koja se odnosi na konkretni predmet.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> V. čl. 6. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

<sup>32</sup> Zakon o financiranju političkih aktivnosti i izborne promidžbe, *Narodne novine*, br. 24/11, 61/11.

<sup>33</sup> O stanju zakonodavstva pre donošenja Zakona o finansiranju političkih aktivnosti i izborne kampanje i Zakona o Državnom uredu za reviziju v. *Analiza sustava nacionalnog integriteta – Izvješće*, Transparency International Hrvatska, Zagreb, 2005, 35-36. i 81-87.

U skladu sa međunarodnim standardima, Hrvatska je prihvatila rešenje po kojem Državni ured za reviziju, pored finansijske revizije, vrši i reviziju rezultata rada (učinka). Državni ured tradicionalno kontroliše pravilnost i zakonitost trošenja budžetskih sredstava i upravljanja imovinom države (finansijska revizija), pa otuda vrši ispitivanje finansijskih transakcija u smislu zakonitog korišćenja budžetskih sredstava i ispitivanje dokumenata, isprava, izveštaja, sistema interne kontrole i interne revizije, računovodstvenih i finansijskih postupaka i drugih evidencija radi utvrđivanja da li finansijski izveštaji prikazuju istinit finansijski položaj i rezultate finansijskih aktivnosti u skladu s prihvaćenim računovodstvenim načelima i računovodstvenim standardima. Revizija ekonomičnosti, efektivnosti i efikasnosti poslovanja korisnika javnih sredstava (revizija učinka) normativno je ustanovljena u skladu sa međunarodnim standardima i obuhvata davanje ocene o efektivnosti i ekonomičnosti obavljanja delatnosti i davanje ocene o efikasnosti ostvarenja ciljeva poslovanja ili ciljeva pojedinih finansijskih transakcija, programa i projekata.<sup>34</sup>

### 3.2. Izveštaji Državnog ureda za reviziju

Državni ured za reviziju ima pravo i obavezu da slobodno izveštava parlament o rezultatima obavljenih revizija podnošenjem godišnjeg izveštaja o radu i izveštaje o obavljenim revizijama, i da slobodno, bez ikakvih ograničenja objavljuje rezultate svog rada. Postupak izveštavanja i objavljivanja izveštaja u skladu je sa međunarodnim standardima, s obzirom na to da pravni okvir za eksternu reviziju sadrži ustavno ovlašćenje i obavezu glavnog državnog revizora da o radu Državnog ureda za reviziju izveštava Hrvatski sabor, a da je Zakon u čl. 15. bliže uredio način izveštavanja. Glavni državni revizor izveštava Hrvatski sabor o radu Državnog ureda za reviziju do kraja tekuće godine za period koji počinje 1. oktobra prethodne godine, a završava se 30. septembra tekuće godine. Revizija izveštaja o izvršenju državnog budžeta obavlja se svake godine, a izveštaj o obavljenoj reviziji dostavlja se Hrvatskom saboru do 1. juna tekuće godine za prethodnu godinu. Nakon podnošenja godišnjeg izveštaja parlamentu, izveštaj o radu Državnog ureda za reviziju i izveštaji o obavljenim revizijama objavljuju se na zvaničnoj internet prezentaciji (sajtu) Državnog ureda za reviziju i tako postaju dostupna javnosti.

<sup>34</sup> Čl. 7. Zakona o Državnom uredu za reviziju.

#### 4. Zaključna razmatranja

Državni ured za reviziju Republike Hrvatske, prema važećim propisima, ima visok stepen institucionalne, funkcionalne i finansijske nezavisnosti i ostvaruje svoju izuzetno važnu ulogu u kontroli trošenja budžetskih sredstava u Hrvatskoj, s obzirom na to da su vidljivi brojni pozitivni efekti uspostavljanja Državnog ureda. Nezavisnost Državnog ureda je učvršćena nakon izmena Ustava iz 2010. godine, tako da postojeći pravni okvir za eksternu reviziju garantuje nezavisnost Državnog ureda i uređuje eksternu reviziju u skladu sa međunarodnim standardima.<sup>35</sup> Prema oceni Komisije EU, Hrvatska je ostvarila veliki napredak u pogledu razvoja eksterne revizije, a usklađivanje propisa sa standardima za eksternu reviziju je skoro završeno.<sup>36</sup> U tom smislu, Hrvatska može poslužiti kao primer za države u regionu koje žele da pristupe EU, a koje još uvek usklađuju svoje zakonodavstvo sa pravom EU.

Ipak, eksterna revizija u Hrvatskoj se još uvek razvija i čine se veliki naponi da eksterna revizija zaista postane glavni instrument kojim se jača odgovornost korisnika javnih sredstava i da se na taj način uspostavi poverenje građana u javni sektor. Potrebno je zato poboljšati postupanje Hrvatskog sabora nakon preporuka Državnog ureda, kontrolu kvaliteta rada Državnog ureda i nastaviti s edukacijom državnih revizora za rad sa savremenim revizorskim tehnikama prema međunarodnim standardima.<sup>37</sup>

Zbog nedovoljne svesti budžetskih korisnika o ulozi eksterne revizije u kontroli trošenja budžetskih sredstava, najveći problemi u praksi i u radu Državnog ureda stvaraju se prilikom primene nalaza i preporuka koje Državni ured daje u svojim izveštajima. Dosadašnja praksa nije zadovoljavajuća, budući da korisnici budžetskih sredstava u velikoj meri odbijaju da postupe u skladu sa iznetim preporukama i da isprave svoje greške, zbog čega Državni ured često donosi ista (nepovoljna) mišljenja u pogledu istih subjekata revizije, budući da ponavljanje nepravilnosti i propusta i neizvršavanje naloga i preporuka utiče na vrstu izraženog

<sup>35</sup> Pojedini primeri iz prakse, kao što je afera *Kamioni*, pokazuju da Državni ured za reviziju *de facto* još uvek nije potpuno nezavisan i da je podložan političkim pritiscima. V. G. Mišić, *Controlling High Level Corruption in Croatia: The Role of Audit*, Central European University, Department of Public Policy, Budapest, 2011, [www.etd.ceu.hu/2011/misic\\_gorana.pdf](http://www.etd.ceu.hu/2011/misic_gorana.pdf), 11. 01. 2013, 27-29.

<sup>36</sup> V. *Sveobuhvatno izvješće Evropske komisije o praćenju Hrvatske*, SWD(2012) 338, Komisija EU, Brisel, 2012, 53.

<sup>37</sup> *Ibid.*

mišljenja.<sup>38</sup> Ovakva praksa povremeno otežava i negativno se odražava na rad Državnog ureda, pošto Državni ured stalno insistira da se njegove preporuke sprovode, a nema ovlašćenja da sankcioniše budžetske korisnike koji nezakonito ili nesvršishodno troše budžetska sredstva ili koji ne dostavljaju tražene informacije i dokumenta. Izveštaj o radu državnog ureda za 2011. godinu pokazuje da su subjekti revizije postupili po preporukama koje su date u prethodnoj reviziji u 44,1% slučajeva, a da 49,8% preporuka i nalaza nije realizovano. Izveštaj o radu iz 2012. godine pokazuje da su subjekti revizije postupili prema 47,8% preporuka koje je dao Državni ured u prethodnoj reviziji, a da nije postupljeno prema 39,3% preporuka.<sup>39</sup>

Zato bi trebalo još više unapređivati mehanizme za praćenje učinaka revizije i realizacije preporuka Državnog ureda (*follow-up*) i na taj način obezbediti efikasan i kvalitetan rad Državnog ureda, s obzirom na to da se u javnosti stiče utisak da se na rad Državnog ureda niko ne osvrće. Realizacijom datih preporuka bi se uklonile brojne nepravilnosti i propusti koji se odnose na finansijske izveštaje i poslovanje subjekata revizije ili bi se bar sprečilo da se oni ne ponavljaju u kasnijem poslovanju. U tom smislu bi bilo korisno primeniti neka od međunarodnih načela koja predviđaju nezavisno uređivanje postupaka za obezbeđivanje povratnih informacija o postupanju subjekata revizije po preporukama VRI, i npr. (kao što je to predloženo Državnoj revizorskoj instituciji u Srbiji) objavljivati odazivne izveštaje na internet prezentaciji Državnog ureda i objavljivati opšte preporuke subjektima i odgovore na njihova česta pitanja.<sup>40</sup>

Osnaživanje kapaciteta i prakse razmatranja i sprovođenja nalaza Državnog ureda je neophodno, jer se revizijama još uvek utvrđuju brojni propusti (nepravilnosti i nezakonitosti) u radu budžetskih korisnika koji se uglavnom odnose na računovodstveno poslovanje, planiranje, prihode i rashode, postupke javne nabavke i dr.<sup>41</sup> Zbog toga je za 2011. godinu Dr-

<sup>38</sup> *Ibid.*, 116-117.

<sup>39</sup> V. *Izvešće o radu Državnog ureda za reviziju za 2011*, Državni ured za reviziju, 2011, 107; *Izvešće o radu Državnog ureda za reviziju za 2012*, Državni ured za reviziju, 2012, 117.

<sup>40</sup> V. *Towards a More Financially Responsible Government in Serbia: Implementation of Recommendations and Measures of the Serbian State Audit Institution*, European Policy Centre, Belgrade, 2012, 80-81. Međunarodna organizacija vrhovnih revizorskih institucija navodi brojne primere dobre prakse organizovanja follow-up funkcije, tako da postoje različite mogućnosti da se unaprede navedeni mehanizmi. *Ibid.*, 23-25.

<sup>41</sup> V. *Izvešće o obavljenoj reviziji godišnjeg izveštaja o izvršenju državnog proračuna Republike Hrvatske za 2010*, Državni ured za reviziju, Zagreb, 2011, 15; *Izvešće o obavljenoj reviziji godišnjeg izveštaja o izvršenju državnog proračuna Republike Hrvatske za 2011*, Državni ured za reviziju, Zagreb, 2012, 15.

žavni ured dao 77,2% uslovnih mišljenja nakon obavljenih revizija, dok je kod 22,6% subjekata revizije ovo mišljenje bili bezuslovno. Za 2010. godinu, čak 84,8% mišljenja bilo je uslovno, dok je kod 14,6% subjekata revizije izraženo bezuslovno mišljenje.<sup>42</sup> Ovi propusti su posledica i određenih nedostataka u funkcionisanju sistema internih finansijskih kontrola i nepridržavanja propisa, pa je istovremeno neophodno unapređivati i oblast finansijskog upravljanja i interne revizije, jer samo efektivna provera sistema upravljanja i kontrole javnih sredstava i sredstava Evropske unije može ojačati sveobuhvatnu finansijsku kontrolu u javnom sektoru.

Uprkos brojnim nepravilnostima u poslovanju budžetskih korisnika koje je utvrdio Državni ured, može se reći da je Zakonom o državnoj reviziji institucionalno dobro postavljen sistem kontrole budžeta i budžetskih korisnika i da su uočeni pozitivni efekti u trošenju i racionalnom upravljanju budžetskim sredstvima. To znači da rad Državnog ureda sve više doprinosi transparentnosti i poboljšanju upravljanja javnim sredstvima, a da uloženi napor da se unapredi praksa Državnog ureda i uveća njegov uticaj u Hrvatskoj ipak daju rezultata. Povećan je i broj izvršenih revizija, što se delimično objašnjava i povećanjem broja ovlašćenih državnih revizora i njihovim stručnim usavršavanjem, tako da je istovremeno bitno obezbediti i kontinuiranu obuku državnih revizora, ali i ojačati kapacitete Državnog ureda, odnosno uvećati broj revizora kako bi sve planirane revizije mogle da se obave i kako bi one mogle da se obave kvalitetno i profesionalno.

---

<sup>42</sup> V. Izvešće o radu Državnog ureda za reviziju za 2012, 6-7; Izvešće o radu Državnog ureda za reviziju za 2011, 6.

**Ivana Rakić, LL.M.**  
Associate Researcher  
Institute of Comparative Law Beograd

## **EXTERNAL AUDIT IN THE PUBLIC SECTOR – THE EXAMPLE OF CROATIA**

### Summary

The article deals with the external audit in Republic of Croatia and the State Audit Office (SAO) which was established in 1994, as an independent body, accountable to parliament. The SAO is a member of INTOSAI and has a reputation as an independent and efficient audit institution, because its position is now strengthened by the 2010 constitutional reforms and the Law on the SAO provides for institutional, functional and financial independence of the SAO. Regarding external audit, Croatia is expected to apply the norms defined by INTOSAI and training of external auditors needs to continue in order to carry out external audits in accordance with International Standards on Auditing and European best practice. Further efforts are required to strengthen the organisation and to enhance the impact of external audit, by improving the follow-up of the SAO's recommendations and quality control of the SAO's performance.

**Keywords:** external audit, state audit, financial control, public sector, Croatia, EU

**Dana Dobrić**  
dipl. iur., asistentica,  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Pregledni naučni rad  
UDK: 343.352:342.9(497.5)

**Adriana Matijević**  
bacc. admin. publ.

## KORUPCIJA U JAVNOJ UPRAVI S OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU

### Apstrakt

*Korupcija predstavlja devijantno ponašanje državnih dužnosnika i javnih službenika kojemu, iako nije u skladu s njihovim službenim dužnostima, podliježu s ciljem stjecanja privatnog bogatstva ili statusa pojedinca, uže obitelji ili povezane grupe ljudi. Kao fenomen prisutna je u gotovo svim područjima života i djelovanja, u javnim institucijama, privatnom sektoru, politici, medijima, gospodarstvu. U prvom dijelu rada autorice analiziraju vrste korupcije u javnoj upravi te sistematiziraju konkretne primjere koruptivnih aktivnosti na državnoj i lokalnoj razini. U drugom dijelu rada pozornost je posvećena modelima antikorupcijskih strategija te instrumentima za suzbijanje korupcije. Detaljno je razrađen institucionalni okvir za borbu protiv korupcije u Republici Hrvatskoj uz prikaz kretanja indeksa percepcije korupcije tijekom godina te rezultata istraživanja stope raširenosti korupcije prema kriteriju vrste službenika zaposlenih u javnoj upravi.*

**Ključne riječi:** politička korupcija, administrativna korupcija, “pljenidba države“, državni službenici, lokalni službenici, antikorupcijske strategije

## 1. Uvodno razmatranje

Kao prioriteta socijalno-politička zadaća, borba protiv korupcije dominantna je tema političkih te osobito kriminalističko-političkih diskusija na nacionalnoj i međunarodnoj razini. Instrumenti za borbu protiv korupcije sadržani su u brojnim dokumentima: konvencijama, deklaracijama, strategijama, programima i sl.

U demokratskim zemljama, sa solidnom pravnom državom, korupcija se prvotno poimala kao marginalni fenomen, kao lakši oblik disfunkcionaliteta.<sup>1</sup> No, u nekoliko posljednjih desetljeća radikalno se mijenja takvo shvaćanje te se korupcija definira kao pojava šireg značenja prisutna u javnoj i privatnoj sferi života i kroz njihovu interakciju. U pitanju je ponašanje trajnije naravi, a ne fenomen koji postaje socijalno očit u periodu posebnih kriza ili u nekim posebnim odnosima. Iako je korupcija u stalnom porastu, statistički podaci svjedoče njezinoj manjoj rasprostranjenosti u razvijenim zapadnim zemljama nego u postsocijalističkim i zemljama u razvoju.

U postsocijalističkim zemljama, ili „još ne-demokracijama“, fenomen korupcije vrlo je izražen iz razloga što još ne postoji izgrađeno civilno društvo ni mehanizmi javne kontrole vlasti kakve je već izgradila zapadna demokracija tijekom stoljeća. Širenju korupcije također pridonosi nepostojanje stvarno opozicijskih stranaka, neovisnog sudstva te slobodnih i nepristranih medija. Zbog toga je naročito u postkomunističkim zemljama, kakva je i Hrvatska, istraživanje korupcije i efikasno suzbijanje korupcije na svim poljima jedan od bitnih preuvjeta izgradnje demokracije. Međutim, na tom je području izražen poznati „nojev sindrom“ zakapanja glave u pijesak, odbijanje konkretnih rasprava o korupciji te njezino minimiziranje i svođenje na beznačajne dimenzije.<sup>2</sup>

U posljednjem desetljeću 20. stoljeća hrvatsko društvo i država suočili su se ne samo s ekonomskom i političkom krizom nego i s moralnom krizom zbog čega možemo govoriti o općem moralnom rasulu. Tijekom 1980-ih godina često se rabila sintagma „dno krize“: nakon što dosegne dno, trebao bi uslijediti uspon i oporavak. Zbivanja u posljednjih 20

<sup>1</sup> F.Bačić, „Korupcija i antikorupcijsko kazneno pravo“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2000, 827.

<sup>2</sup> D.Grubiša, „Politička korupcija u društvima u tranziciji“, *Erasmus* 14/1995, 34.

godina pokazuju, međutim, kako dna zapravo nema te se može propadati i dalje. Korupcija je zahvatila sve segmente društva i državne institucije (pravosuđe, policiju, državno odvjetništvo, zdravstvo, obrazovne institucije, itd.). Tijekom 1990-ih godina došlo je do nerazmrsive sprege institucija države i organiziranog kriminala te nije bilo moguće vidjeti jasnu granicu između države i mafijaške organizacije.<sup>3</sup> Hrvatski Sabor je pod pritiskom Europske unije i domaće javnosti pokazao političku volju za obračun s korupcijom tek 2006. godine kada je donio Nacionalni program suzbijanja korupcije za 2006.-2008. te osnovao Nacionalno vijeće za njegovo praćenje. Naknadno su doneseni novi dokumenti u svrhu suzbijanja korupcije no, prema godišnjim izvještajima *Transparency Internationala*, nema velikog pomaka na bolje u pogledu indeksa percepcije korumpiranosti.

## 2. Korupcija u javnoj upravi

Sa stajališta javnih dužnosti korupcija uključuje zlouporabu javnih ovlasti ili autoriteta u zamjenu za neki oblik osobne koristi. U ovom je kontekstu najpoznatija Nyeova definicija korupcije kao „ponašanja koje odstupa od formalnih obveza osoba s javnom ulogom (izabranom ili do-dijeljenom) u svrhu stjecanja privatne (osobne, obiteljske) dobiti ili statusa, kao i kršenje pravila zbog ostvarivanje određenog oblika vlastitog utjecaja“.<sup>4</sup> Iako je relativno precizna, definicija ima određene nedostatke. Iz nje su isključeni moćni *lobbyji* i interesne grupe kao potencijalni subjekti korupcije, osim ukoliko eksplicitno ne podmiću ili krše zakon. Također, nisu uključene aktivnosti političara ili službenika koji favoriziraju određene ciljne skupine, npr. osobe iste etničke pripadnosti ili građane iz njihove regije. Konačno, ne predstavlja nužno svako kršenje formalnih obveza korupciju već se može raditi o krađi, prijevari, pronevjeri i sličnim aktivnostima. Važno je razlikovati korupciju od drugih ilegalnih aktivnosti, između ostalog, i zbog razlike u načinu i mjerama njihovog suzbijanja. Unatoč tomu, većina današnjih teoretičara koriste definiciju korupcije u

<sup>3</sup> R.Blažević, *Karizma. Politička vlast i karizmatičke ličnosti*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2006., 280.

<sup>4</sup> J.S.Nye, „Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis“, *American Political Science Review* 2/1967, 421 i dalje.

kontekstu javnih dužnosti. Više je razloga za to. Prvo, radi se o „minimalnoj“ definiciji korupcije oko koje se slaže većina teoretičara. Farrales ju naziva „najmanjim zajedničkim nazivnikom“ različitih tipova definicija korupcije budući da i ostale definicije pretpostavljaju zlouporabu javne dužnosti zbog stjecanja privatne dobiti.<sup>5</sup> Drugo, tijekom 1980-ih, najznačajniji istraživači fenomena korupcije prihvatili su Nyeovu definiciju ili barem neku od njezinih verzija. Konačno, transnacionalni subjekti poput Svjetske banke i *Transparency Internationala* također su doprinijeli konvergenciji prema Nyeovoj definiciji. Naime, kasnih devedesetih spomenute organizacije su službeno usvojile „zlouporabu javne dužnosti zbog privatne koristi“ kao svoju radnu definiciju.<sup>6</sup>

Iz Nyeve definicije proizlaze dvije osnovne vrste korupcije, politička i administrativna. Politička je korupcija prisutna među visokim državnim dužnosnicima koji imaju političku moć, odnosno pravo donošenja političkih odluka. To je korupcija na visokoj razini za razliku od administrativne ili „birokratske“ korupcije koja se odnosi na djelatnike javne uprave zadužene za provedbu odluka, propisa i mjera politike.<sup>7</sup> Definira se kao ponašanje (izabranih) dužnosnika koje odstupa od njihovih formalnih dužnosti i ovlasti, prava i obveza u svrhu ostvarenja osobne koristi.<sup>8</sup> Dakle, političkim dužnosnicima ili političkim putem imenovanim djelatnicima javne uprave povjerene su značajne ovlasti iz kojih, sukladno tome, proizlazi i visoka razina odgovornosti da će pri obnašanju dužnosti zastupati prvenstveno javne interese. Upravo zbog te odgovornosti, političkom se korupcijom smatraju ilegalna ili kriminalna djela koja političari čine prije, za vrijeme ili po završetku obavljanja dužnosti.

U slučaju političke korupcije, korumpirani vlastodržac će formirati pretjerano veliku vladu kao sredstvo ostvarivanja imovinske koristi za brojne nepotrebne službenike. U takvoj će se vladi naći mjesta za političke istomišljenike kojima će biti plaćena njihova odanost i lojalnost.

<sup>5</sup> Mark J. Farrales, What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1739962](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962), 14.08.2012.

<sup>6</sup> Mohammad Mohabbat Khan, Political and Administrative corruption: concepts, comparative experiences and Bangladesh case, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN019105.pdf>, 10.08.2012.

<sup>7</sup> J.Budak, „Ekonomске posljedice korupcije“, u: J.Hrecigonja, M.Kuzmić (ur.), Korupcija - pojavni oblici i mjere za suzbijanje, Inženjerski biro d.d., Zagreb 2008., 154.

<sup>8</sup> Mohammad Mohabbat Khan, Political and Administrative corruption: concepts, comparative experiences and Bangladesh case, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN019105.pdf>, 10.08.2012.

Primjerice, za jedno ministarsko mjesto može se oformiti dvadeset do pedeset radnih mjesta za druge službenike u pojedinom ministarskom kabinetu. Troškovi novih radnih mjesta se, naravno, pokrivaju iz državnog proračuna. Korupcija u samom vrhu među službenicima stvara očekivanje sudjelovanja u podjeli bogatstva i smanjuje moralne zapreke kod nižih službenika. U kleptokratskom režimu<sup>9</sup> su „udomaćene“ protuzakonitosti na nižim razinama koje, s druge strane, pošteni vlastodržac može imati pod kontrolom. Naime, mnoge mogućnosti stvaranja bogatstva ne bi se mogle ostvariti bez osoblja koje postavlja prepreke i ubire mito. No, postojanje podmitljivih državnih službenika stvara kod korumpiranog vlastodržca manje entuzijazma za povećanje opsega državne uprave budući da tada ostvaruje manji udio u dobiti. Učinkovitost kojom vladar može izvući privatnu korist iz društva smanjena je zbog korumpirane birokracije koja nije pod njegovom kontrolom.<sup>10</sup>

Konkretni oblici političke korupcije su pronevjera novca od strane političara na vlasti, netransparentnost novčanih tokova, omogućavanje privatnom sektoru da „kupi“ politički utjecaj, korupcija u izbornom postupku, utjecaj na pravni sustav države da neučinkovito procesuiru i time štiti kaznena djela korupcije, utjecaj na zakonodavnu vlast da legalizira povoljniji tretman za pojedine interesne skupine. Začetke političke korupcije nalazimo u netransparentnom financiranju političkih stranaka,

---

<sup>9</sup> Termin kleptokrat odnosi se na vladara ili najvišeg dužnosnika čiji je osnovni cilj organizirati politički sistem na način koji će mu omogućiti osobno bogaćenje. Brojne su mogućnosti za to. Primjerice, povezivanje s privatnim poduzećima koja će ga financirati dokle god održavaju gospodarsku aktivnost, a on će za njih učiniti nužne ustupke koji će im omogućiti poslovanje. Nadalje, kleptokrati se često odlučuju na provođenje procesa privatizacije kojim osobno upravljaju. U tom su slučaju rezultati privatizacije porazni za čitavu zajednicu. Privatizacija je, u pravilu, organizirana na način da se poduzeća prodaju kleptokratu osobno, njegovoj obitelji ili prijateljima i to po cijenama nižim od tržišnih. U upravljanju državom može, pored privatizacije, provoditi i nacionalizaciju, transakciju kojom dodatno zarađuje. Privatizaciju perspektivnih državnih poduzeća provodit će po niskim cijenama, a neefikasna privatna poduzeća nacionalizirati po enormno visokim cijenama. Također, kleptokrat će se namjerno protiviti nekim procesima privatizacije proglašavajući ih promašenima, dok će druge favorizirati. Stavove o privatizaciji formirat će ovisno o tome hoće li primiti zadovoljavajuću količinu novca, na temelju čega će odobriti prodaju novim vlasnicima. Državno poduzeće može se koristiti i za prodaju radnih mjesta, davanjem prednosti kod sklapanja poslovnih ugovora, itd. Osnovu ostvarenja njegovih ciljeva čini slaba i neefikasna država s nedostatkom stručnih kadrova, a time i snage za borbu protiv korupcije i organiziranog kriminala. Pred očima javnosti kleptokrat zagovara borbu protiv kriminala, dok osobno nastoji spriječiti svaki pokušaj kojim bi kontrole državnih institucija mogle prekinuti korupcijsku mrežu u zemlji. (D.Petričić, Hrvatska u mreži mafije, kriminala i korupcije, Argus media, Zagreb 2009., 59.)

<sup>10</sup> S.R.Ackerman, *Korupcija i vlada*, Progres, Zagreb 2002., 135.

primjerice u kupovini izbornih glasova, ilegalnim izvorima financiranja, besplatnom korištenju javne infrastrukture u privatne svrhe ili njezino ustupanje drugima za protuuslugu, plaćanju „pristupnice“ nekoj stranci čime kandidatura postaje privilegija bogatih, prikupljanju donacija od djelatnika javne uprave, prisilnom prikupljanju sredstava od privatnog sektora pod prijetnjom porezne i drugih inspekcija i dr. „Politička je korupcija prijetnja demokraciji jer se negativna alokacija resursa odvija kroz izigravanje institucija i pravnog sustava neke zemlje od strane onih koji su odgovorni upravo za uspostavu i očuvanje vladavine prava u društvu.“<sup>11</sup>

S druge strane, administrativna korupcija predstavlja institucionaliziranu privatnu zlouporabu javnih resursa od strane javnih službenika. Iako imaju niže ovlasti od državnih dužnosnika, njihovo im diskrecijsko pravo u provedbi mjera politike omogućuje ostvarenje osobne dobiti u vidu mita ili protuusluga dobivenih za usluge iz nadležnosti javne uprave. Samovoljnim, nezakonitim i neetičkim postupanjem narušavaju jedno od temeljnih načela kojima su se dužni voditi u obavljanju službe: načelo jednakosti svi građana, odnosno načelo jednake dostupnosti službi svima pod jednakim uvjetima. Najčešći oblici administrativne korupcije javljaju se kad djelatnik javne uprave za plaćeno mito ili dobivenu protuuslugu, nepropisno izdaje dozvole ili potvrde, omogućuje povoljniji tretman u pružanju javnih usluga u zdravstvu, školstvu i drugim javnim službama, omogućiti izbjegavanje kazne ili plaćanje poreza.<sup>12</sup>

Političku i administrativnu korupciju možemo obuhvatiti zajedničkim pojmom korupcije u javnom sektoru koja obuhvaća korupcijska djela unutar javnog sektora ili između privatnog i javnog sektora.

U korupcijske transakcije obvezno su, dakle, uključeni javni službenici i državni dužnosnici što je pokazatelj neuspješnog upravljanja.<sup>13</sup>

Begović identificira tri osnovna tipa korupcije u javnom sektoru. Prvi oblik se koristi u svrhu ostvarenja, tj. materijalizacije određenog

<sup>11</sup> J.Budak, 154.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 155.

<sup>13</sup> Upravljanje se poima kao skup normi, tradicija i institucija temeljem kojih se ostvaruje vlast i autoritet u nekoj zemlji. Konkretno, radi se o institucijama odgovornosti i participacije u upravljanju, normama i mrežama civilne uključenosti, ustavno-pravnom okviru odnosa građana i vlasti, postupku izbora, monitoringa i smjene vlasti te legitimitetu, kredibilitetu i učinkovitosti institucija koje uređuju političke, ekonomske, kulturne i socijalne interakcije građana i vlasti te građana međusobno. (A.Shah, „Tailoring the Fight against Corruption to Country Circumstances“, u: A.Shah (ur), *Performance accountability and combating corruption*, The World Bank, Washington 2007., 234.)

prava koje pripada nekoj fizičkoj ili pravnoj osobi, odnosno radi bržeg rješavanja određene upravne stvari. Radi se o korupciji bez krađe. Primjerice, ukoliko građanin potkupi službenika da ubrza postupak izdavanja putovnice, a ne postoji nikakva pravna prepreka za njezino izdavanje. Drugi je oblik korupcije kojim se krše ili zaobilaze određene pravne norme. U ovom slučaju zahtjev za mitom zbog kršenja pravila dolazi od strane javnog službenika. U zemljama s jako rasprostranjenom korupcijom, ona se poima kao rješenje loših javnih politika, neovisno o tomu koji je razlog kreiranja takvih politika. Uzimajući u obzir troškove korupcije kao metode kojom se zaobilazi primjena loših političkih odluka, bolje bi rješenje bilo da se uopće ne nastoji nametnuti provođenje tih odluka. Konačno, treći oblik korupcije jest „pljenidba“ ili „kupovanje države“, a podrazumijeva vršenje pritiska na zakonodavnu, izvršnu i sudbenu vlast. Korupcija je usmjerena na mijenjanje pravnih pravila sukladno interesima koruptora. Taj je koncept razvila Svjetska banka prvenstveno kako bi objasnila zbilju političkog života i tranzicijske ekonomije. Na zakonodavni postupak i kreiranje javnih politika odlučno se utječe podmićivanjem zakonodavca od strane nekolicine oligarha, moćnih poduzetnika. Javne politike, dakle, nisu kreirane u javnom interesu. Problem je povući jasnu crtu razgraničenja između legitimnih političkih *lobbyja* i interesnih grupa te koruptivnih pritisaka na odlučujuća tijela budući da se pritisak može vršiti kako agresivnim lobiranjem, tako i efektivnom korupcijom. Zbog toga se postavlja pitanje u kojoj su mjeri javne politike rezultat lobiranja, odnosno korupcije.<sup>14</sup> S druge strane, „pljenidbu“ mogu izvršiti i same državne institucije: parlament, egzekutiva ili sudstvo. Ministri, primjerice, mogu oblikovati propise, pojedine odredbe ili poreznu politiku u vlastitu korist, odnosno u vlastitom financijskom interesu. U brojnim zemljama vladajuća elita provela je proces privatizacije državne imovine putem mehanizama koji sprječavaju konkurenciju i pogoduju njihovim vlastitim interesima ili interesima njihovi partnera. To im je omogućilo preuzimanje kontrole nad znatnim dijelom ekonomije.<sup>15</sup>

S obzirom na to koja ponašanja javnost i politička elita poima koruptivnima, Heidenheimer nudi drugačiju tipologiju korupcije. On, naime, razlikuje „crnu, bijelu i sivu“ korupciju. Crnom korupcijom se označavaju

<sup>14</sup> B.Begovic, „Corruption: concepts, types, causes and consequences“, *Documentos*, 26/2005, 3- 4.

<sup>15</sup> The World Bank, *Anticorruption in Transition: a contribution to the policy debate*, <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/contribution.pdf>, 22.07.2012.

ponašanja koja javnost i politička elita osuđuju kao krajnje nedozvoljena te zahtijevaju da budu zakonski kažnjiva. U liberalnim demokracijama se takvim ponašanjem poima, primjerice, podmićivanje. S druge strane, bijela korupcija obuhvaća ponašanja koja načelno toleriraju obje grupe, tj. poimaju ih kao „marginalno neetička“. Primjerice, situacija u kojoj lokalni vijećnik koristi svoj položaj da izbjegne plaćanje parkirne karte. Siva korupcija, pak, označava ponašanja koja izazivaju različite reakcije javnosti i političke elite. Jedni mogu smatrati kako se radi o ekstremnom obliku korupcije, drugi kako je ipak riječ o marginalnoj korupciji, dok se treći dvoume oko značaja koruptivnog ponašanja.<sup>16</sup>

## 2. 1. Javni službenici pred izazovom korupcije

Uvođenjem novog javnog menadžmenta kao modela reformi javne uprave naglasak se s političkih, pravnih i socijalnih vrijednosti prebacuje na tržišne, odnosno ekonomske vrijednosti. Reforme su usmjerene smanjenju javnog sektora, njegovoj deregulaciji i privatizaciji, racionalizaciji njegovog djelovanja, agencifikaciji, strateškom planiranju, itd., a uslijed čega dolazi do marginalizacije etičkih standarda. „Globalizacija i narastajuća privatizacija uzrokovale su neobuzdanu korupciju, tajnost, sukob interesa, neetično postupanje i gubitak odgovornosti, posebno na visokim upravnim i političkim položajima, dok je novi javni menadžment njihovo intelektualno oružje i operativno sredstvo.“<sup>17</sup>

U takvom kontekstu položaj javnog službenika postaje sve zahtjevniji i složeniji. Ulogu zaštitnika javnog interesa u suvremenim uvjetima može ostvariti jedino uz određenu razinu profesionalnosti, učinkovitosti i moralnosti. Dakle, osim obrazovanja i osposobljenosti javnih službenika, jednako je važan i proces internalizacije, tj. usvajanja određenih društvenih pravila kao osobnog kriterija ponašanja službenika. Radi se o etičkim pravilima koje službenik, za razliku od ostalih društvenih pravila (pravnih, konvencionalnih), ne doživljava kao nametnuta, nego ih usvaja kao vlastita. Ona postaju dio njegovog pogleda na svijet, društvo

<sup>16</sup> N.Allen, S.Birch, „On either side of a moat? Elite and mass attitudes towards right and wrong“, *European Journal of Political Research* 1/2011, 91.

<sup>17</sup> G.Marčetić, *Javni službenici i tranzicija*, Društveno veleučilište u Zagrebu – Konrad Adenauer Stiftung, Zagreb 2005, 135.

i odnose među ljudima. Ako i postoje sankcije društvene naravi u slučaju kršenja tih etička pravila, njihovo je značenje sekundarno jer se službenik ponaša u skladu s pravilima, ne zbog straha od sankcija, nego zbog toga što je pravila prihvatio kao svoja. To znači da njihovo kršenje službenik doživljava kao sukob s vlastitom savješću.<sup>18</sup>

Neizvjesne političke situacije i ekonomske depresije u postsocijalističkim i zemljama u razvoju uvelike određuju osobne ciljeve javnih službenika. Javno poštenje, dakle, ovisi o gospodarskim, socijalnim i kulturnim problemima zajednice. Dosadašnje je iskustvo pokazalo da su postsocijalistički službenici prečesto usmjereni na dobivanje što veće količine moći koju će upotrijebiti za stvaranje osobnog blagostanja. Sveopći nedostatak etičkog ponašanja, odgovornosti i poštenja pokazuje svoje lice u raznim oblicima korupcije.

Gledano sa stajališta mikroproblematike, ljudski faktor je u javnoj upravi presudan. Država i građani imaju pravo zahtijevati strogu profesionalnost javnih službenika, posebice rukovodećih. No, nemoguće je odjednom promijeniti upravne strukture i organizacijsku kulturu. Proces modernizacije podrazumijeva njihovo postupno mijenjanje uz stalno praćenja i analizu rezultata.<sup>19</sup>

### 2. 1. 1. Korupcija državnih službenika

Korupcija se kod državnih službenika javlja prvenstveno zbog slabo plaćenog radnog mjesta u odnosu na privatni sektor. No, uz povećanje osobnih prihoda službenika temeljem njegovog koruptivnog ponašanja, pri čemu su mogućnosti takvog ponašanja brojne, državna služba postaje beneficij, odnosno izvor moći. Što je veći krug klijenata, to su beneficije povezane sa službom veće.<sup>20</sup>

Tri su načina na koja državni službenici mogu naplaćivati usluge vezane uz njihovo radno mjesto. Prvo, mogu klijentu naplatiti uslugu po-

<sup>18</sup> R.Blažević, *Upravna znanost*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb 2010., 95.

<sup>19</sup> N.Šimac, *Europski principi javne uprave od vladanja do služenja građanima*, Udruga za demokratsko društvo, Zagreb 2002., 41-42.

<sup>20</sup> J.Kregar, *Nastanak predatorskog kapitalizma i korupcija*, Naklada RIFIN, Zagreb 1999., 123.

žurivanja rješavanja nekog predmeta, ili korištenja svoje veze među drugim državnim službenicima kako bi napravili uslugu za dotičnu stranku. Drugi način je neaktivnost službenika, što znači da službenik neće uzeti u rješavanje predmet stranke dok za to od nje ne dobije novac ili drugu uslugu. Za razliku od prethodnog slučaja, službenik traži mito u svrhu ispunjenja neke od obaveza koje su mu formalno propisane. Konačno, treći način je sabotaza koja se vrši na način da državni službenik u sudskoj arhivi za određeni novčani iznos zagubi spis, dodaje ili izostavi važne dokumente. Mogućnost dodatne zarade predstavljaju i povjerljive informacije koje se mogu prodavati zainteresiranim strankama, kao što su najniže cijene na javnim natječajima ili donošenje zakona o novim porezima, ograničenjima i propisima koji bi mogli utjecati na profitabilnost poslovanja.

Među državnim službenicima razlikuje se korupcija na hijerarhijski višoj i nižoj razini. Niži službenici ubiru mito te ga dijele sa svojim pretpostavljenima kroz kupovinu njihovih usluga. Ukoliko su plaćanja pretpostavljenima institucionalizirana, ovakav obrazac postaje uvjet za zapošljavanje u državnim, ali i ostalim javnim službama. S druge strane, „kod korupcije na višoj razini, nadređeni službenici kupuju šutnju podređenih podjelom dobiti ili odobravanjem povlastica koje niži rangirani službenicima inače ne bi trebale pripasti“.<sup>21</sup>

Petričić razlikuje pet korupcijskih modela prema kojima vlada ili nadležno ministarstvo isplaćuju mito državnim dužnosnicima koji sudjeluju u ugovaranju poslova. Prvo, određeno poduzeće daje mito kako bi ga se „ubacilo“ na listu najkvalificiranijih ponuđača ili, s druge strane, u svrhu ograničavanja duljine liste. Drugi je slučaj plaćanja usluge pružanja povjerljivih informacije. Treće, od službenika se zahtjeva da ponudu sastave u korist određenog poduzeća koje onda postaje jedini kvalificirani dobavljač. Četvrto, poduzeće može platiti da ga se izabere kao najboljeg ponuđača. Peto, moguće je „kupiti“ naklonost nadzornog organa te, prilikom izvedbe projekta koristiti jeftinije materijale, oskudijevati na materijalima ili nekvalitetno izvoditi radove.<sup>22</sup>

Naposljetku, potrebno je skrenuti pozornost na lojalne interpersonalne odnose koji se javljaju između službenika iz srodnih resora, odnosno službi. Stoga je teško za očekivati da će državni službenici iz ministarstva nadležnog za financije pokrenuti istragu o korupciji protiv carinske uprave. Time se stvara „začarani krug“ budući da će carinska uprava ponuditi

<sup>21</sup> D.Petričić, 60.

<sup>22</sup> *Ibid.*, str. 61.

mito ministarstvu u svrhu ne pokretanja istrage. Ovakva solidarnost eliminira mogućnost borbe protiv korupcije u državnim službama pa se sve češće predlaže cirkuliranje službenika s jednog na drugo radno mjesto u državnim službama.<sup>23</sup>

### 2. 1. 2. Korupcija na lokalnoj razini

Koruptivne aktivnosti na razini jedinica lokalne samouprave mogu se podijeliti u dvije grupe. Ili su vezane uz upravljanje odnosno raspolaganje sredstvima proračuna ili imaju učinak na prava i interese jedinica ili trećih subjekata. Također se razlikuju aktivnosti vezane uz prihodnu i rashodnu stranu proračuna. U prvom slučaju se pogoduje pojedinom subjektu s posljedicom umanjenja prihoda proračuna koji bi se ostvarili da nije bilo koruptivne aktivnosti. Primjerice, oslobađanje od obveze plaćanja (komunalne naknade, zakupnine, koncesijske naknade, i sl.), dogovaranje niže cijene odnosno naknade od one koja je propisana, propuštanje naplate ili poduzimanja mjera za prisilnu naplatu duga, ugovaranje niže kamate od propisane, deponiranje ili oročavanje sredstava proračuna kod poslovne banke uz manju kamatnu stopu od one koja je objektivno moguća, itd. U pogledu rashodne strane proračuna radi se o aktivnostima kojima se iz sredstava proračuna plaća dobro ili usluga koji nisu stečeni, korišteni odnosno ostvareni, a čime se također neosnovano umanjuju sredstva proračuna. Primjerice, financiranje subjekata bez programa, financiranje programa u većem iznosu od troškova njegove provedbe, namjerno propuštanje nadzora nad provedbom financiranog programa i utrošenim sredstvima, financiranje radova odnosno aktivnosti izvan usvojenih programa (npr. izgradnja ceste, postavljanje javne rasvjete i sl.), plaćanje radova ili usluga koje nisu obavljene, ugovaranje veće cijene od one koju se na tržištu može postići, odobravanje subvencija, pomoći, kredita i sl. bez ili mimo donesenih mjerila, neopravdano raspolaganje sredstvima proračunske zalihe, priznavanje neopravdanih ili neostvarenih putnih troškova, uzimanje kredita i pozajmica uz veću kamatnu stopu od one koja je objektivno moguća.

Moguće koruptivne aktivnosti koje nisu ili ne moraju biti izravno vezane uz sam proračun jesu zapošljavanje u upravi ili subjektima

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

osnovanim od strane općinskih tijela (trgovačka društva, javne ustanove), davanje neosnovane prednosti pojedinim osobama (npr. upis djece u predškolsku ustanovu), prostorno uređenje (npr. pogodovanje pojedinim, subjektima određivanjem zone građevinskog zemljišta i sl.), raspolaganje imovinom (npr. prodaja ili zakup bez ili mimo propisanih mjerila i postupka), nabava proizvoda i usluga bez provedbe postupka javne nabave, itd.<sup>24</sup>

Nadalje, važan aspekt su također poslovi u općinskim tijelima koji su potencijalno izloženi koruptivnoj aktivnosti, pri čemu izloženost raste proporcionalno ovlastima i objektivnoj mogućnosti utjecaja na donošenje odluka. U tom smislu koruptivnom ponašanju najizloženija je dužnost općinskog načelnika i gradonačelnika koji su ovlašteni donositi brojne važne odluke i raspolagati značajnim financijskim sredstvima. Također, takav položaj obilježava blizina neposrednim izvorima informacija i mogućnost manipuliranja informacijama, inokosno odlučivanje, koncentracija informacija, ovlasti i nadzora u jednoj osobi, kao i teško ostvariva mogućnost opoziva s dužnosti.

Drugi subjekti podložni korupciji u lokalnoj zajednici su članovi predstavničkog tijela na lokalnoj razini i službenici upravnih tijela jedinice. Članovi predstavničkog tijela donose opće akte koji mogu imati vrlo velik utjecaj na interese pojedinih subjekata (npr. prostorni planovi) te odlučuju i u nekim pojedinačnim slučajevima (npr. o stjecanju i otuđivanju pokretnina i nekretnina veće vrijednosti, dodjeli koncesija i dr.). U tom smislu zagovaranje i glasovanje pojedinog vijećnika može biti važno, pa čak i odlučujuće za donošenje odluke u određenom slučaju. Ipak, činjenica da predstavničko tijelo donosi odluke većinom glasova njegovih članova umanjuje izloženost pojedinačnog člana predstavničkog tijela koruptivnim ponudama. Najmanje su izloženi vanjski članovi pojedinih odbora predstavničkog tijela, ali se mogućnost njihovog posrednog utjecaja u pojedinim slučajevima nikako ne treba zanemarivati. Lokalni službenici, pak, prikupljaju podatke i informacije te pripremaju materijale za donošenje odluka. Prilikom obavljanja tih poslova mogu samovoljno prilagođavati i distribuirati informacije te na taj način utjecati na donošenje odluka i pogodovati određenim subjektima. Opseg utjecaja na proces odlučivanja povezan je s razinom izloženosti službenika koruptivnom iskušenju koja ovisi o podložnosti izravnom nadzoru njihovog rada.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> T. Antić, I. Malatestinić, Istraživački izvještaj. Smanjenje percepcije korumpiranosti u lokalnoj samoupravi, SPEKULAS, Zagreb 2010., 12-13.

<sup>25</sup> Ibid., 14.

S druge strane, postoje i čimbenici koji ovise o specifičnim konkretnim okolnostima svake pojedine jedinice, „siromašne“ ili „bogate“.<sup>26</sup> Koruptivnom ponašanju u „siromašnim“ pridonosi niska plaća načelnika ili financijska ovisnost jedinice o pomoćima i subvencijama viših razina vlasti ili aktivnostima drugih državnih organizacija. U „bogatijim“ jedinicama izvor korupcije može biti osobit interes više konkurentnih subjekata izazvan zemljopisnim položajem jedinice ili prirodnim dobrima kojima ona raspolaže.

Azfar daje nekoliko prijedloga za borbu protiv korupcije: javno objavljivanje imovinskih kartica lokalnih dužnosnika i službenika, javno emitiranje sjednica na kojima egzekutiva odgovara na pitanja lokalnog vijeća te nadzor aktivnosti lokalnog vijeća od strane odbora nasumce izabranih građana. U rad odbora trebalo bi uključiti po jednog pravnika i računovođu koji bi građane instruirali glede pravnih i financijskih pitanja.

Nakon što se predložene mjere počnu primjenjivati, nevladine organizacije i fakulteti bi mogli organizirati natjecanje između lokalnih jedinica. Svjetska banka bi onda nagrađivala jedinice s najboljom praksom i razvojnim projektima.<sup>27</sup>

Shah skreće pozornost na debatu koja se vodi o tome pogoduje li decentralizacija širenju korupcije ili ju ograničava. S jedne strane, lokalni službenici su u bliskijem kontaktu s građanima što jača njihove međusobne personalne odnose i dovodi u pitanje profesionalnost službenika. Personalizam pogoduje širenju korupcije budući da službenici posvećuju više pozornosti svakom građaninu pojedinačno zanemarujući pritom javni interes. Također, lokalne jedinice podliježu slabijem monitoringu i vertikalnoj kontroli što je dodatna motivacija službenicima da se upuste u koruptivne radnje. Prostor za korupciju povećava se i sukladno većem utjecaju interesnih grupa na lokalnoj razini. One mogu učinkovitije utjecati na lokalna tijela što je stupanj njihove kohezije veći ili informiranost birača što manja. Niska razina političke osviještenosti i mali postotak birača koji izlaze na lokalne izbore dodatno narušavaju lokalnu demokraciju te vode visokom stupnju „pljenidbe“ lokalne vlasti od strane političke i „birokratske“ elite. S druge strane, lokalizacija ograničava širenje korup-

<sup>26</sup> V. R. Klitgaard, R. MacLean-Abaroa, L.H. Parris, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, Institute for contemporary studies – World Bank Institute, Oakland – Washington D. C. 2000.

<sup>27</sup> O. Azfar, „Disrupting Corruption“, u: A. Shah (ur), *Performance accountability and combating corruption*, The World Bank, Washington 2007., 280.

cije, a argumenti za to temelje se na pretpostavci o većoj političkoj odgovornosti lokalnih tijela s obzirom na to da je proces političkog odlučivanja bliži građanima. Međusobna kompetitivnost lokalnih jedinica jača kulturu odgovornosti za donesene političke odluke, a to pokazuje potencijal za reduciranje koruptivnih radnji. Lokalna samouprava jamči veće mogućnosti građanima da izraze svoje potrebe i interese pa bi, stoga, javni sektor na lokalnoj razini trebao biti odazovniji i odgovorniji lokalnom stanovništvu. Zbog regionalne heterogenosti političkih interesa smanjena je mogućnost „pljenidbe“ lokalne vlasti od strane prevladavajuće nacionalne političke stranke. Također, odgovornost na lokalnoj razini je veća jer je lokalno stanovništvo bolje informirano i ima više uvida u aktivnosti lokalnih tijela. O učinkovitosti njihovog rada ovisi hoće li im građani na sljedećim izborima ponovno dati povjerenje. Konačno, brojna su istraživanja pokazala kako i fiskalna decentralizacija povećava kvalitetu lokalnog upravljanja i nepovoljno utječe na korupciju.<sup>28</sup>

U travnju 2012. godine objavljeni su rezultati GONG-ova istraživanja transparentnosti rada tijela jedinica lokalne i regionalne samouprave (dalje: JLRS), njihove suradnje s civilnim društvom te funkcioniranja mjesne samouprave. Informacije su prikupljene uvidom u statute i poslovničke, putem upitnika poslanog svim gradovima, općinama i županijama, pregledom službenih internet stranica JLRS te direktnim kontaktom putem telefona. Rezultati su pokazali kako je 70% lokalnih vlasti u Hrvatskoj još uvijek nedostavno transparentno ili izrazito netransparentno. Od maksimalnih 10 bodova prosječno ostvareni rezultat je nizak te iznosi 4.57, pri čemu je 59% JLRS ostvarilo rezultat niži od ovog prosjeka. Samo je 30% JLRS ostvarilo „prolaznu“ ocjenu, tj. više od 5 bodova. Izrazito transparentnih JLRS, koje su ostvarile iznad 7.5 bodova, je svega 6%. U usporedbi s prosječnim rezultatom gradova od 6.25 i županija od 6.45 bodova, uočljiv je značajno lošiji rezultat općina s prosjekom od 3.91 bod. Na prvom mjestu po transparentnosti rada JLRS nalazi se Rijeka, a slijede je Labin, Samobor i Pula. Na začelju liste nalazi se nekoliko općina iz Dubrovačko-neretvanske, Splitsko-dalmatinske i Zadarske županije. Na rang listi županija najbolje rezultate ostvarile su Krapinsko-zagorska i Varaždinska županija, dok se na predzadnjem i zadnjem mjestu nalaze Ličko-senjska i Požeško-slavonska županija.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Anwar Shah, *Corruption and Decentralized Public Governance*, <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/CorruptionandDecentralizedPublicGovernance.pdf>, 22.08.2012.

<sup>29</sup> Rezultati istraživanja LOTUS2011/12., <http://www.gong.hr/cpage.aspx?page=printPage.aspx&PageID=230>, 24.08.2012.

Rezultati se na pojedinim pokazateljima smanjuju proporcionalno njihovoj zahtjevnosti aktivnog angažmana tijela javne vlasti. Najzastupljeniji su pokazatelji koji se odnose na formalne mehanizme, a manje oni koji zahtijevaju transparentnu objavu odluka i dokumenata te oni koji omogućuju građansku participaciju u procesu donošenja odluka. Takvi nalazi potvrđuju dominantnu „administrativnu i političku kulturu tajnosti“ kao jednu od temeljnih obilježja hrvatske političke kulture u kojoj javna uprava još uvijek nije postala servis u službi i za potrebe građana.<sup>30</sup>

Ipak, dugoročno gledano, lokalna samouprava pogoduje ograničavanju korupcije. Naime, decentralizacija pomaže lomljenju monopola moći kojeg nalazimo na nacionalnoj razini približavajući proces donošenja političkih odluka građanima. Također, višerazinsko upravljanje omogućuje diobu vlasti pri čemu različite razine upravljanja „discipliniraju“ jedna drugu.<sup>31</sup> Uključivanje građana u praćenje aktivnosti javne uprave daje im pravo predlaganja korektivnih mjera koje bi lokalna tijela trebala provesti. Time jača odgovornost vlasti lokalnom stanovništvu što za posljedicu ima smanjenje prisutnosti korupcije i povećanje učinkovitosti pružanja usluga. No, potrebno je pozornost posvetiti institucionalnom okruženju i riziku „pljenidbe“ lokalne vlasti od strane političke i „birokratske elite“. Takav se rizik može uspješno izbjeći jačanjem vladavine prava i aktivnim uključivanjem građana u političke procese.<sup>32</sup>

### 3. Borba protiv korupcije

U borbi protiv korupcije koriste se tri osnovna modela antikorupcijskih strategija ovisno o razini korupcije prisutne u pojedinoj zemlji. Ukoliko je razina korupcije visoka, kvaliteta upravljanja je vrlo slaba te je potrebno uspostaviti vladavinu prava, ojačati institucije odgovornosti i participacije, implementirati reforme ekonomske politike te utvrditi osnovna prava građana. Ako je razina korupcije osrednja, provodi se decentralizacija i reforma ekonomske politike te se u javnu upravu uvodi javni

<sup>30</sup> N.Miošić, LOTUS 2011/2012. Prilog za raspravu „Zašto biti transparentan?“, GONG, Zagreb 2012., 5.

<sup>31</sup> O.Azfar, 271.

<sup>32</sup> Abhijit Banerjee, Rema Hanna, Sendhil Mullainathan, Corruption, <http://web.hks.harvard.edu/publications/workingpapers/citation.aspx?PubId=8409>, 22.07.2012.

menadžment i odgovornost za rezultate. Konačno, u slučajevima niske razine korupcije uspostavljaju se antikorupcijske agencije, jača financijska odgovornost, dužnosnici i službenici polažu antikorupcijske prisege, a u javnosti se pridaje velika važnost kaznenim progonima korupcije.<sup>33</sup>

Dahlström, Lapuente i Teorell ponudili su četiri mehanizma koji imaju pozitivan učinak na kontrolu korupcije. Prvi mehanizam odnosi se na podizanje kvalitete pružanja javnih usluga pri čemu je jedan od glavnih preduvjeta uspjeha postavljanje „pravog čovjeka na pravo mjesto“. Odbir najkompetentnijeg kandidata za određeni posao obavlja se na temelju diskrecijske evaluacije životopisa i provođenjem intervjua s kandidatima. Alternativno, odluka se može donijeti i s obzirom na stupanj obrazovanja ili znanja kojeg su kandidati pokazali tijekom formalne provjere znanja. U oba slučaja se prilikom zapošljavanja službenika primjenjuje merit sistem, a ne kriterij obiteljskih veza, političke podobnosti, nacionalne i vjerske pripadnosti. Drugi mehanizam usmjeren je podizanju razine etičnosti službenika. Za ostvarenje tog cilja potrebno je razviti pravila ponašanja i etičke standarde koji će poticati nepristrano i antikoruptivno obnašanje dužnosti. To dovodi do jačanja *esprit de corps-a*, odnosno harmonije i jedinstva među članovima organizacije. Veća interakcija između javnih službenika i njihova međusobna povezanost odvraća ih od poduzimanja koruptivnih radnji. Treći mehanizam odnosi se na platni sistem javnih službenika. Plaće u javnoj upravi potrebno je učiniti kompetitivnima u odnosu na privatni sektor. Ukoliko su službenici dovoljno plaćeni, neće podlijeći koruptivnom ponašanju u svrhu dodatne zarade. Posljednji je mehanizam „odvajanja interesa“. U upravnim organizacijama nalazimo političke dužnosnike izabrane od strane građana i upravne službenike koji nisu zaposleni po političkim kriterijima već temeljem merit sistema. Sustav odgovornosti političkih dužnosnika i upravnih službenika se razlikuje iz čega proizlaze i njihovi različiti interesi. Dužnosnici odgovaraju svojim biračima, a službenici profesionalnim revizorima, kao i javnosti za ostvarenje ciljeva organizacije u kojoj su zaposleni. Za razliku od prvog mehanizma, ovdje je merit sistem regrutiranja spomenut u svrhu naglašavanja različitog statusa između dužnosnika i službenika. Ukoliko bi u upravi bili zaposleni službenici bez ikakve političke kontrole mogao bi se očekivati relativno visoki stupanj korupcije.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Anwar Shah, Corruption and Decentralized Public Governance, <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/CorruptionandDecentralizedPublicGovernance.pdf>, 22.08.2012.

<sup>34</sup> Carl Dahlström, Victor Lapuente, Jan Teorell, Bureaucracy, Politics and Corruption, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1450742](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1450742), 23.07.2012.

U političkoj akciji suzbijanja korupcije, koja obuhvaća izradu dokumenata i poduzimanje određenih akcija, sudjeluju mnoge međunarodne organizacije, vlade pojedinih zemalja, međunarodne nevladine udruge i organizacije te istaknuti pojedinci. Postoji niz konvencija, bilateralnih ugovora, relevantnih inicijativa i programa međunarodne zajednice, iz kojih, također, proizlaze određene obveze za Republiku Hrvatsku, a kojima države nastoje ojačati instrumente za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala, posebice transnacionalnog kriminala.<sup>35</sup> Sve inicijative obvezuju na uspostavljanje specijaliziranih jedinica (npr. u RH, Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta<sup>36</sup>) ili preporučuju osnivanje multidisciplinarnih jedinica za učinkovito istraživanje, progon i donošenje presuda u slučajevima korupcije.<sup>37</sup> Očito je da Hrvatska zakazuje u poduzimanju mjera za prevenciju korupcije. Najavljivane akcije usmjerene sprječavanju sukoba interesa nisu ni danas završene, a problemi postaju sve veći ulaskom brojnih poduzetnika u politiku. Postojeća nezadovoljavajuća regulacija financiranja stranaka i izbornih kampanja još uvijek nije izmijenjena, a politički skandali pokazuju koncentraciju golemih sredstava u vrhu Hrvatske demokratske zajednice (HDZ). Značajan je i problem učestale korupcije u postupcima javnih nabava te velike manjkavosti u primjeni Zakona o pravu na pristup informacijama.<sup>38</sup> Ono što je stvarno postignuto cijeli je niz istraga i otkrivenih slučajeva koji su u dugotrajnoj fazi istrage.<sup>39</sup> Kada se u obzir uzme i činjenica da su u 2009. i 2010. godini otkriveni korupcijski skandali i u samom vrhu vlasti, očekuje se, osim sumnjičenja, završetak suđenja i otvaranje novih slučajeva.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Popis međunarodnih konvencija i protokola za suzbijanje korupcije može se pronaći na internet adresi: <http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=505>.

<sup>36</sup> Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (USKOK) osnovan je 2001. godine jer postojeća mreža državnih odvjetništava i njihova nadležnost za postupanje u slučajevima koruptivnih kaznenih djela i organiziranog kriminala nije bila prikladna. Velika opasnost i izuzetno štetna djelovanja takvih oblika kriminaliteta zahtijevala su djelotvornije rješenje u vidu osnivanja specijaliziranog tijela koje bi uz represivnu funkciju osiguralo i preventivno djelovanje. Hrvatska je osnivanjem USKOK-a ujedno ispunila i obveze preuzete ratifikacijom Kaznenopravne konvencije Vijeća Europe o korupciji i Konvencije Ujedinjenih naroda protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta.

<sup>37</sup> D.Novosel, „Kaznenopravni aspekti i dometi Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta“, *Hrvatska pravna revija* 1/2001, 122.

<sup>38</sup> Zakon o pravu na pristup informacijama, *Narodne novine*, br. 172/03, 144/10, 37/11, 77/11.

<sup>39</sup> Primjerice, afere „Ina-Mol“, „Hypo banka“, „Fimi medija“, „Indeks“, „Hipokrat“, „Spice“, „Reflektori“, „Glavaš“, „Ipsilon“, „Riječka banka“, „Viktor Lenac“ i mnoge druge. V. <http://afere.pollitika.com/>.

<sup>40</sup> J.Kregar, „Korupcija: neznanje nije opravdanje“, u: J.Kregar, D.Sekulić, Ž.Šporer, *Korupcija i povjerenje*, Centar za demokraciju i pravo Miko Tripalo, Zagreb 2010., 11.

### 3. 1. Institucionalni okvir za borbu protiv korupcije u RH

U Republici Hrvatskoj postoji čitav niz pravnih propisa kojima se nastoji suzbiti korupcija. No, budući da svrha ovog rada nije analiza postojeće pravne regulative koja uređuje problematiku korupcije, propise ćemo samo taksativno nabrojati: Kazneni zakon, Zakon o kaznenom postupku, Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, Zakon o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Zakon o državnom odvjetništvu, Zakon o sudovima, Zakon o sprječavanju pranja novca i financiranju terorizma, Zakon o policiji, Zakon o policijskim poslovima i ovlastima, Zakon o osobnom identifikacijskom broju, Zakon o sprječavanju sukoba interesa, Zakon o državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, Zakon o službenicima i namještenicima u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, Zakon o financiranju političkih aktivnosti i izborne promidžbe, Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela, Zakon o zaštiti svjedoka, Zakon o pravu na pristup informacijama, Zakon o javnoj nabavi, Zakon o koncesijama, Zakon o javno-privatnom partnerstvu, Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, Zakon o upravnoj inspekciji, Zakon o vježbenicima u pravosudnim tijelima i pravosudnom ispitu, Zakon o sustavu unutarnjih financijskih kontrola u javnom sektoru, Zakon o državnim službenicima, Zakon o radu, Zakon o proračunu, Zakon o općem upravnom postupku, Zakon o pravosudnoj akademiji, Zakon o državnom sudbenom vijeću, Uredba o Uredu za središnju javnu nabavu Vlade Republike Hrvatske, Uredba o provođenju nadzora nad provedbom Zakona o javnoj nabavi kroz obavljanje preventivno- instruktivne djelatnosti, Odluka o osnivanju Povjerenstva za praćenje provedbe mjera za suzbijanje korupcije.<sup>41</sup>

Hrvatski je sabor u ožujku 2006. godine, četiri godine nakon donošenja Nacionalnog programa za borbu protiv korupcije s akcijskim planom za borbu protiv korupcije,<sup>42</sup> donio Nacionalni program suzbijanja korupcije za razdoblje od 2006. do 2008. godine.<sup>43</sup> Drugi se Program deklarativno razlikuje od prvog po tome što naglasak nije stavljen na donošenju zakona nego na njihovu provedbu. Međutim, detaljna evaluacija provođenja nacionalnih programa nije provedena. Iz toga se može naslu-

<sup>41</sup> Popis navedenih propisa s brojem Narodnih novina u kojima su objavljeni može se pronaći na internet adresi: <http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=504>.

<sup>42</sup> Nacionalni program za borbu protiv korupcije s akcijskim planom za borbu protiv korupcije, *Narodne novine*, br. 34/02.

<sup>43</sup> Nacionalni program suzbijanja korupcije 2006.-2008., *Narodne novine*, br. 39/06.

titi da je glavna svrha njihovog donošenja ispunjenje preporuka Europske unije koja opetovano naglašava da je borba protiv korupcije jedan od temeljnih preduvjeta za pridruživanje Republike Hrvatske. U lipnju 2008. godine Sabor donosi Strategiju suzbijanja korupcije s pripadajućim Akcijskim planom koja ne sadrži empirijsku evaluaciju već sistemsku analizu provedenih mjera iz prethodnog Nacionalnog programa te prioriteta područja na koja se treba usmjeriti pri suzbijanju korupcije.<sup>44</sup> Akcijski plan je dokument koji se revidira i dopunjuje svake godine s ciljem praćenja i analize provedbe Strategije.<sup>45</sup> Međutim, dosad je revidiran samo 2010.<sup>46</sup> i 2012. godine.<sup>47</sup>

Strategija suzbijanja korupcije sastoji se od šest cjelina. Nakon uvodnog dijela, u kojemu se objašnjava intencija donošenja Strategije i Akcijskog plana, detaljno su obrađena tematska područja na koja će Vlada RH usmjeriti svoje aktivnosti: pravni i institucionalni okvir, sprečavanje korupcije, kazneni progon i sankcioniranje korupcije, međunarodna suradnja i širenje javne svijesti o štetnosti korupcije. Za svako od prioriteta područja navedeni su ciljevi, mjere i rokovi za njihovo ostvarenje, izvori sredstava te tijelo nadležno za nadzor nad provođenjem mjera. U poglavlju o sprječavanju korupcije naglasak je stavljen na područja koja su prepoznata kao najviše izložena riziku korupcije, a to su sprječavanje sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti, financiranje političkih stranaka, pravo na pristup informacijama, kodeksi ponašanja državnih službenika, gospodarstvo, javne financije, javne nabave, zaštita oštećenika i osoba koje u dobroj vjeri prijavljuju korupciju, pravosuđe, zdravstvo te znanost, obrazovanje i sport.

U Republici Hrvatskoj na snazi je Zakon o sprečavanju sukoba interesa kojim se definiraju dužnosti i zabranjena djelovanja visokorangiranih dužnosnika u tijelima državne vlasti, postupak i sankcije u slučaju sukoba interesa te ovlasti Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa.<sup>48</sup> Svrha Zakona je sprječavanje sukoba interesa i privatnih utjecaja na

<sup>44</sup> Strategija suzbijanja korupcije, *Narodne novine*, br. 75/08.

<sup>45</sup> O.Čaldarović *et al.*, „Combating Corruption in Croatia: From Expert Perceptions to Policy-Oriented Action Strategies and Back“, *Revija za sociologiju* 1-2/2009, 9.

<sup>46</sup> Akcijski plan uz Strategiju suzbijanja korupcije (revizija), 2010., <http://www.antikorupcija.hr/lgs.axd?t=16&id=537>, 01.09.2012.

<sup>47</sup> Akcijski plan uz Strategiju suzbijanja korupcije, 2012., <http://www.mprh.hr/novi-akcijski-plan-uz-strategiju-suzbijanja-korupc>, 29.11.2012.

<sup>48</sup> Zakon o sprječavanju sukoba interesa, *Narodne novine*, br. 26/11, 12/12.

donošenje odluka u obnašanju javnih dužnosti, jačanje integriteta, objektivnosti, nepristranosti i transparentnosti u obnašanju javnih dužnosti te jačanje povjerenja građana u tijela javne vlasti. Navedene svrhe nastojat će se postići sustavnim edukacijama državnih, regionalnih i lokalnih dužnosnika i službenika na temu sprječavanja sukoba interesa, provođenjem promotivnih aktivnosti s ciljem predstavljanja rada Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa te ustrojavanjem Registra dužnosnika RH radi upoznavanja javnosti tko se sve smatra dužnosnikom. U rujnu 2011. godine Povjerenstvo za odlučivanje o sukobu interesa donijelo je Smjernice o sukobu interesa za javne dužnosnike u svrhu upoznavanja javnih dužnosnika s njihovim obvezama koje proizlaze iz novog Zakona o sprječavanju sukoba interesa i međunarodno preuzetih obveza RH u procesu pridruživanja Europskoj uniji.<sup>49</sup>

U svrhu podizanja razine etičnosti zaposlenih u državnim tijelima, Vlada RH donijela je Etički kodeks državnih službenika koji sadrži pravila ponašanja i etička načela kojih se državni službenici moraju pridržavati u obavljanju svojih dužnosti.<sup>50</sup> Kodeks je usklađen s odredbama Konvencije Ujedinjenih naroda protiv korupcije<sup>51</sup> i Međunarodnim etičkim kodeksom za državne službenike,<sup>52</sup> s ciljem povećanja stručnosti državnih službenika te poticanja promjena u njihovom ponašanju i načinu obavljanja poslova. Stoga je prvotno potrebno izraditi analizu primjene Kodeksa i etičkih standarda, a kao jedan od kriterija provođenja istraživanja preporuča se uzeti broj pritužbi građana i službenika na neetično i moguće koruptivno postupanje državnih službenika. Osim Kodeksa, potrebno je donijeti jedinstveni zakon kojim bi se propisali standardi ponašanja i etička načela obavljanja službene dužnosti u cjelokupnoj javnoj upravi, tj. u tijelima državne uprave, jedinicama lokalne i regionalne samouprave, javnim službama i ustanovama. Nadalje, potrebno je podići kvalitetu pružanja upravnih usluga unaprjeđenjem inspekcijskog nadzora u području službeničkih odnosa. U 2011. godini Upravna inspekcija provela je 10 neposrednih nadzora, do kolovoza 2012. godine 13 od planirana

<sup>49</sup> Smjernice o sukobu interesa za javne dužnosnike, 2011., [http://www.sukobinteresa.hr/posi/posifiles.nsf/0/325BBC0E90D13483C125796000311D94/\\$FILE/SMJERNICE-lektura.pdf](http://www.sukobinteresa.hr/posi/posifiles.nsf/0/325BBC0E90D13483C125796000311D94/$FILE/SMJERNICE-lektura.pdf), 01.09.2012.

<sup>50</sup> Etički kodeks državnih službenika, *Narodne novine*, br. 40/11, 13/12.

<sup>51</sup> United Nations Convention against Corruption, United Nations, New York 2004.

<sup>52</sup> United Nations International Code of Conduct for Public Officials, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan010930.pdf>, 01.09.2012.

22 nadzora za cijelu godinu, a za 2013. godinu planirano je povećanje na 25 inspekcijskih nadzora.<sup>53</sup> Konačno, potrebno je nastaviti sa sustavnim provođenjem etičke edukacije i održavanjem seminara koji bi se odnosili na relevantne primjere i rizična područja iz svakodnevne prakse. Pored edukacija koje su namijenjene svim državnim službenicima, planiraju se organizirati i specijalističke edukacije prilagođene posebnostima pojedine službe. Važno je provesti i primjerenu edukaciju službenika o provedbi zakona i drugih propisa kojima je cilj zaštita „zviždača“. Time ih se potiče na suradnju i prijavljivanje korupcije. Kako bi javnost bila što bolje informirana o ovoj problematici, Ministarstvo pravosuđa planira objaviti brošuru o pravima „zviždača“.

Jedan od prioriteta je povećanje transparentnosti rada tijela državne uprave i jedinica lokalne i regionalne samouprave, a posljedično i jačanje povjerenja građana u državne institucije.<sup>54</sup> Na temelju upitnika kojim se procjenjuje transparentnost rada jedinica lokalne i regionalne samouprave Ministarstvo pravosuđa će organizirati okrugle stolove s lokalnim vlastima kako bi se ispravili uočeni nedostaci, ali i kako bi građani imali uvid u aktivnosti koje se provode na lokalnoj razini. Takav pristup pogoduje suzbijanju korupcije na lokalnoj razini.<sup>55</sup>

#### 4. Zaključak

Korupcijski sustav je u Hrvatskoj izgrađen 1990-ih, tijekom provođenja procesa pretvorbe i privatizacije. Model privatizacije koji se provodio imao je za cilj oblikovati klijentelističku, vlasničko-poduzetničku društvenu strukturu koju bi tvorili stranački dužnosnici iz vrha stranke HDZ-a i pojedinaca koji su im bili bliski po stranačkoj ili interesnoj povezanosti.<sup>56</sup> Tuđmanov režim omogućio je bogaćenje politički podobnih

<sup>53</sup> Akcijski plan uz Strategiju suzbijanja korupcije, 2012., <http://www.mprh.hr/novi-akcijski-plan-uz-strategiju-suzbijanja-korupc>, 29.11.2012.

<sup>54</sup> Transparentnost postaje ključni koncept u borbi protiv korupcije, posebice u javnom sektoru. (Council of Europe, Programme of action against corruption, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/GMC96%20E95%20Actionprogr%20English.pdf>, 02.09.2012.)

<sup>55</sup> Nacrt Akcijskog plana uz Strategiju suzbijanja korupcije, 2012., <http://www.mprh.hr/novi-akcijski-plan-uz-strategiju-suzbijanja-korupc>, 01.09.2012.

<sup>56</sup> S.Ravlić, „Izvori političke korupcije u demokratskom poretku: o stranačkoj korupciji“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3/2010, 1259.

tajkuna, odnosno pljačku nacionalnog bogatstva budući da je u procesu pretvorbe i privatizacije izgubljeno 15 milijardi eura.<sup>57</sup> Također, lokalni moćnici kontrolirali su cjelokupni život na pojedinom području, što se održalo i do danas. Miješaju se u rad sudova, raspoložu i određuju lokalne proračune, određuju kapitalne i infrastrukturne projekte, umrežuju u strukturu lokalne poduzetnike, zapošljavaju prijatelje, obitelj, kumove.<sup>58</sup> Ipak, u posljednjem desetljeću u Hrvatskoj se povećala svijest o štetnosti korupcije te je borba protiv korupcije postala važan prioritet u političkim odrednicama zemlje. Iako u toj borbi napredujemo u odnosu na ranije stanje, i dalje zaostajemo u odnosu na druge zemlje. Godine 1999. indeks percepcije korupcije (IPK) iznosio je 2.9, da bi u naredne dvije godine porastao do 3.9. U razdoblju od 2003.-2006. godine IPK ponovno pada do 3.4, a narednih godina varira između 4.0-4.4. *Transparency International* se u najnovijem istraživanju IPK-a koristila novom i preciznijom metodologijom. U rasponu od 0-100 Hrvatska je ocijenjena sa 46 bodova, pri čemu je potrebno istaknuti da 50 bodova predstavlja prolaznu ocjenu. Dakle, to je najbolja ocjena koju je Hrvatska dobila u odnosu na ranije godine. No, uspoređujući s članicama Europske unije, samo su 4 zemlje lošije ocijenjene: Rumunjska, Italija, Bugarska i Grčka.

Različiti sektori u hrvatskoj javnoj upravi zahvaćeni su korupcijom u različitim razmjerima. Rezultati ankete<sup>59</sup> koja je provedena među građanima pokazuju da se, s obzirom na vrstu javnog službenik, mito najviše daje liječnicima (56% ispitanika), medicinskim sestrama (36%), policajcima (30%) i djelatnicima zaduženima za registraciju osobnih vozila (14%). Ako se u obzir uzme kriterij veličine naselja, liječnici i medicinske sestre se češće podmićuju u ruralnim naseljima, a policajci i djelatnicima zaduženima za registraciju osobnih vozila u gradovima. Stopa raširenosti podmićivanja može se prikazati i kao postotak građana koji su dali mito u odnosu na ukupan broj građana koji su ostvarili kontakt s određenom kategorijom službenika. Takva analiza pokazuje najveću raširenost korupcije među liječnicima (8,1%), medicinskim sestrama (7,2%), policajcima (5,6%), sucima i državnim odvjetnicima (4,3%) te carinskim službenici-

<sup>57</sup> Posljedice toga hrvatski narod osjeća i danas. Vanjski dug države prema posljednjim neslužbenim podacima iznosi 73 milijarde američkih dolara!

<sup>58</sup> D.Petričić, 347.

<sup>59</sup> Anketa je provedena u okviru regionalnog programa za proučavanje iskustva građana s korupcijom u regiji Zapadnog Balkana u srpnju i kolovozu 2010. godine. Građane se ispitivalo o njihovim iskustvima s korupcijom u posljednjih 12 mjeseci.

V. Korupcija u Hrvatskoj: stvarna korupcijska iskustva građana, [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/corruption/Croatia\\_corruption\\_Report\\_2011\\_croatian.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/corruption/Croatia_corruption_Report_2011_croatian.pdf), 13.08.2012.

ma (3,6%). Omjer između građana koji daju mito i onih koji to odbijaju iznosi 4:1. Među onim građanima koji odbiju dati mito, 25% ih odbija podmititi policijskog službenika, 19% liječnika, 8% suca/državnog odvjetnika, a 6% djelatnika u zavodu za socijalnu skrb.

Kako bi se korupcija suzbila na razinu koja neće ugrožavati poštenu tržišnu utakmicu i daljnji razvoj u svim segmentima društva hrvatska Vlada bi morala uključiti antikorupcijske mjere u sve postupke odlučivanja o javnim politikama te povećati otvorenost, odgovornost i transparentnost svih tijela javne vlasti<sup>60</sup> u odnosima prema građanima. Prioritetna područja na koja Vlada RH treba usmjeriti antikorupcijske aktivnosti jesu sprječavanje sukoba interesa u obnašanju javnih dužnosti, transparentnost financiranja političkih stranaka i provođenja postupka javnih nabava, garancija prava na pristup informacijama, neovisnost pravosuđa i zaštita osoba koje prijavljuju korupciju, zdravstvo, obrazovanje, znanost i sport.

**Dana Dobrić,**

dipl. iur., Assistant, Faculty of Law University in Rijeka

**Adriana Matijević**

bacc. admin. publ.

## **CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF CROATIA**

### Summary

Corruption represents a deviant behavior of state officials and public servants which is contradictory to their formal duties, but provides a personal gain or privileged status for them or for the members of their family. As a phenomenon, corruption affects almost all aspects of society, politics, public institutions, private sector, media and economy. In the first part of the article the authors discuss types of corruption that appears in public administration and analyze the examples of corrupt activities on the state and local level. In the second part attention is focused on anticor-

<sup>60</sup> Popis tijela javne vlasti može se pronaći na Internet adresi:  
[http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010\\_02\\_19\\_458.html](http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2010_02_19_458.html).

ruption strategies and instruments for combating corruption, especially with reference to the Republic of Croatia. The variation of the corruption perceptions index over the years in Croatia is also analyzed, as well as survey results about the prevalence of corruption in different categories of public servants.

**Key words:** political corruption, administrative corruption, “state capture”, civil servants, local officials, anticorruption strategies

**Катарина Тасић**  
студент докторских студија  
Правног факултета у Београду

Прегледни научни рад  
UDK: 347.441.11:347.641

стипендиста Министарства просвете, науке и  
технолошког развоја

## ПОСЛОВНА (НЕ)СПОСОБНОСТ МЛАЂИХ МАЛОЛЕТНИКА

### Апстракт

*Иако се истиче да су млађи малолетници апсолутно пословно неспособни, ипак им се дозвољава да предузимају одређене правне послове који су у складу са њиховим потребама и искуством. Међутим, ова могућност постоји само када су у питању лица старија од седам година због чињенице да се деца до седме године живота сматрају апсолутно неспособним за расуђивање па самим тим не могу преузимати никакве правне послове. У том смислу српски Породични закон предвиђа да млађи малолетници могу самостално предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, оне којима се не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Може се уочити да важеће решење закона није најбољи избор. Најпре, термин правни послови којима се стичу искључиво права искључује могућност да млађи малолетници закључе уговор о поклону, уговор о послузи, уговор о зајму без камате, уговор о бесплатној остави као и уговор о бесплатном пуномоћству (напред наведени уговори се у литератури обично наводе као пример уговора којима се стичу искључиво права) због тога што сви ови послови стварају или могу створити одређене обавезе на страни млађих малолетника. Затим, као пример правног посла којим се не стичу ни права ни обавезе се*

*наводи дереликција што свакако није правни посао који је примерен узрасту и искуству млађих малолетника те сматрамо да је овај део одредбе члана 64. става 1. српског Породичног закона сувишан. Најзад, када су у питању правни послови малог значаја, у сваком случају би требало водити рачуна о различитим околностима, а не само о вредности конкретног посла, приликом процене да ли је млађи малолетник могао закључити одређени правни посао.*

**Кључне речи:** млађи малолетник, правни посао, правни посао којим се стичу искључиво права, правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе, правни посао малог значаја

## 1. Увод

Када говоримо о пословној способности млађих малолетника односно деце која нису навршила 14. годину живота, онда у виду имамо члан 64.ст.1. српског Породичног закона којим је предвиђено да ова лица могу предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе, као и правне послове малог значаја. Мимо напред наведених категорија млађи малолетници ни један други правни посао не могу закључити. Истиче се да су млађи малолетници, у ствари, апсолутно пословно неспособни уз напред наведене изузетке који су предвиђени из разлога практичне природе.<sup>1</sup> Право мора штитити малолетнике како од сопственог неискуства које одређена лица могу искористити да би стекла неправедну корист тако и од закључивања уговора, који сами по себи могу бити фер, али који су просто расипнички.<sup>2</sup> Током излагања које следи покушаћемо да одредимо којим се све пословима могу стећи искључиво права, да ли је могуће постојање правног посла којим се не стичу права ни обавезе тј. да ли је ова формулација у складу са дефиницијом правног посла, као и по ком критеријуму ће се утврђивати да ли је одређени посао малог значаја у сваком конкретном случају. Овакво одређење ће имати и практични значај због тога што ће се сви правни послови млађих малолетника, који се

<sup>1</sup> О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2009, 237.

<sup>2</sup> G.H.Treitel, *The law of contract*, London 1991, 481.

не могу сврстати у напред наведене, сматрати апсолутно ништавим. Са друге стране, битно је утврдити да ли је важеће решење у складу са интересима млађих малолетника и предложити одређене измене и допуне које би побољшале њихов положај, при чему свакако треба консултовати и одредбе упоредног права које се односе на пословну способност малолетника.

## 2. Пословна способност млађих малолетника

Пословна способност се дефинише као способност да се изјавама сопствене воље проузрокују одређене правне последице у смислу стицања, измене, гашења или преношења грађанских субјективних права.<sup>3</sup> Пословна способност нужно претпоставља способност за расуђивање и условљена је њоме, а способност за расуђивање подразумева могућност појединца да сопствену вољу усмери тако да њоме оствари жељена економска дејства.<sup>4</sup> Појединци способност за расуђивање стичу постепено, током свестраног развоја своје личности, првенствено кроз васпитање у оквиру породице и друштва, путем целокупног процеса образовања као и кроз сопствено животно искуство.<sup>5</sup> Када је у питању пословна способност млађих малолетника неопходно је разликовати две категорије ових лица. Наиме, млађи малолетник је лице које није навршило 14. годину живота.<sup>6</sup> Иако је чланом 64.ст.1. Породичног закона предвиђено да ова лица могу закључивати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја, потребно је истаћи да напред наведене послове могу закључивати само млађи малолетници који су навршили седму годину живота. Ово је последица необориве претпоставке да деца до седме године немају способност за расуђивање па су самим тим апсолутно

<sup>3</sup> Д.Стојановић, О.Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004,142; О.Станковић, В.Водинелић *Увод у грађанско право*, Београд 2004, 56-57.

<sup>4</sup> Т.Ачански Тодор, „Ступњевитост пословне способности појединца“, *Зборник радова* 1 -3, Нови Сад 1988, 163-164.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 164.

<sup>6</sup> Чл. 64. ст.1. Породичног закона

неспособна за уговарање.<sup>7</sup> Иначе, општа тенденција у упоредном праву је већа поступност у стицању пословне способности и нижа старосна граница која је потребна за обављање појединих правних послова.<sup>8</sup> Тако, у швајцарском праву малолетник, који је способан за расуђивање, може закључивати добротине правне послове, без обзира на узраст (чл.19. Швајцарског грађанског законика), док у немачком праву малолетник који је старији од 7 година може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе (параграф 104-113 Немачког грађанског законика).<sup>9</sup> У праву енглеске је предвиђено да су пуноважни уговори којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневи живот.<sup>10</sup> Такође је и чланом 389-3 и 450 француског Code civil – а прописано да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника и који се могу подмирити средствима која су уобичајна и у складу са положајем и стилем живота његове породице.<sup>11</sup>

За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора.<sup>12</sup> Исто важи и за закључење осталих правних послова. Уколико млађи малолетник закључи одређени правни посао ван граница сопствене пословне способности, такав правни посао ће бити апсолутно ништав, са свим последицама које апсолутна ништавост може произвести.<sup>13</sup> Декларативну тужбу (тужбу за утврђење) да је уговор апсолутно ништав моћи ће да поднесе свако заинтересовано лице, а на ту околност ће и суд пазити по службеној дужности.<sup>14</sup> Право да се захтева утврђење да је уговор апсолутно ништав неће се угасити

<sup>7</sup> О. Антић (2009), 237.

<sup>8</sup> М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2009., 272.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> G.H. Treitel., 481.

<sup>11</sup> K.Zweigert, H.Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998, 349.

<sup>12</sup> Чл.56.ст.1. Закона о облигационим односима

<sup>13</sup> О. Антић (2009), 238; М.Почуча, Н.Шаркић, *Породично право и породично правна заштита*, Београд 2011,185.

<sup>14</sup> Чл.109. ЗОО

протоком времена.<sup>15</sup> Свака уговорна страна ће бити обавезна да врати другој уговорној страни оно што је примила по основу апсолутно ништавог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа онога што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке уколико закон што друго не одређује.<sup>16</sup> „Треба направити разлику између једностране и двостране реституције. Код једностране реституције ће само једна уговорна страна бити у обавези да изврши повраћај примљеног и то првенствено у природи, а ако је то немогуће онда у новцу (до једностране реституције ће доћи код једнострано обавезних уговора, када је обавезна страна извршила своју обавезу, као и код двострано обавезних уговора уколико је само једна уговорна страна извршила своју обавезу), а код двостране реституције сваки уговорник враћа свом саговорнику оно што је примио од њега по основу ништавог уговора, а ако је то немогуће онда ту вредност изражену новчаним еквивалентом.“<sup>17</sup> Као и код осталих ништавих уговора, поред правила реституције у обзир долази и примена правила о одузимању предмета уговорне обавезе у корист надлежне општине односно правило о одбијању тужбеног захтева с позивом на максиму *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>18</sup>, чији се смисао огледа у захтеву да се никоме не може дозволити да од сопственог индигнитета чини основ за судску заштиту.<sup>19</sup> Такође, уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме саговорачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништавости.<sup>20</sup> Оштећену страну треба, накнадом штете, довести у положај у коме би се она налазила да апсолутно ништав уговор није био закључен.<sup>21</sup> Имајући у виду напред наведене последице које могу настати услед закључења апсолутно ништавог уговора потребно је тачно навести које послове

<sup>15</sup> Чл.110. ЗОО

<sup>16</sup> Чл.104. ст.1. ЗОО

<sup>17</sup> С.Перовић, *Облигационо право*, Београд 1986, 421.

<sup>18</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Горњи Милановац-Крагујевац 1980, 454.

<sup>19</sup> С.Перовић, „Правне последице неморалних уговора“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 1966, бр.2, 202.

<sup>20</sup> Чл.108. ЗОО.

<sup>21</sup> М. Fabre – Magnan, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2008, 445.

би млађи малолетници могли да закључују уз посебну напомену да лица која нису навршила седму годину живота не могу закључити ниједан правни посао, без било каквог изузетка који важи за лица између седме и четрнаесте године живота.

Да би се чл.64.ст.1. Породичног закона могао примењивати у пракси, потребно га је правилно протумачити и указати на евентуалне недостатке овог решења. Најпре је потребно утврдити који су то правни послови којима се стичу искључива права као и правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе. На први поглед се чини да најмање простора за дилему остављају послови малог значаја, али то зависи од тога који ће се критеријум користити приликом утврђивања да ли је одређени посао малог значаја те ћемо показати да се и у том случају могу јавити извесне недоумице. Управо је тема нашег излагања покушај приказа сваког од напред наведених правних послова, које млађи малолетник може закључити, и евентуално предлог адекватнијег решења овог правног питања, уз осврт на одредбе упоредног права.

### 3. Правни послови којима се прибављају искључиво права

Када су у питању правни посао којим се стичу искључиво права, у литератури се као пример најчешће наводи уговор о поклону.<sup>22</sup> Поред уговора о поклону, као уговори којима се стичу искључиво права, наводе се и уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави.<sup>23</sup> Такође се и уговор о бесплатном пуномоћству наводи као пример једнострано обавезног уговора уколико није било трошкова око обављања посла или штете на страни пуномоћника.<sup>24</sup> Основно питање које се у вези са овим поставља је то да ли су напред наведеним уговорима стичу само права или они рађају и одређене обавезе.

Најпре, треба разјаснити да ли уговор о поклону ствара само права на страни обдареног или пак могу настати и одређене обавезе

<sup>22</sup> Г.Ковачевић-Станић, *Породично право*, Нови Сад 2005, 288.; О.Цвејић Јанчић, *Породично право*, Нови Сад 2009, 300.; М. Драшкић, 272.

<sup>23</sup> С.Панов, *Породично право*, Београд 2010., 211.; М. Драшкић, 272.

<sup>24</sup> С. Перовић (1986), 743.

односно да ли уговор о поклону спада у двострано или једнострано обавезне уговоре. Уговори који стварају узајамне обавезе као израз сагласности воља, називају се двостраним уговорима док су једностранни уговори они који стварају једну или више обавеза, али само за једну уговорну страну.<sup>25</sup> Уговором о поклону поклонодавац преноси или се обавезује да ће на поклоноприца пренети право својине одређене ствари односно неко друго право или да ће му на рачун своје имовине учинити неку корист без **одговарајуће** накнаде или бесплатно.<sup>26</sup> Када је у питању уговор о поклону несумњиво је да на поклонодавчевој страни настају одређене обавезе и то обавеза преноса одговарајућег права и предаја ствари као и обавеза накнаде евентуалне штете.<sup>27</sup> Међутим, постоје дилеме у вези са тим да ли уговор о поклону ствара обавезе на страни поклонопримца и самим тим да ли се може сврстати у двострано обавезне уговоре. Код уговора о поклону правна норма, у ствари, обавезује поклонопримца на одређено понашање и то на такав начин да на његовој страни настаје обавеза трајног карактера: он мора бити благодаран.<sup>28</sup> Сама чињеница да закон предвиђа могућност да поклонодавац раскине уговор о поклону услед неизвршења ове обавезе од стране обдареног указује на то да се ради о двострано обавезном уговору због тога што је раскид због неиспуњења могућ само код ове врсте уговора. Такође се уговор о поклону може раскинути и уколико поклонодавац нема нужних средстава за живот<sup>29</sup> осим уколико обдарени не преузме обавезу да му пружи помоћ и надокнади неопходна средства.<sup>30</sup> Из свега напред наведеног можемо закључити да је уговор о поклону двострано обавезан уговор који за поклонопримца ствара обавезу да буде благодаран у односу на поклонодавца што, између осталог, обухвата и обавезу да поклонодавца издржава уколико овај западне у такву оскудицу да нема нужних средстава за живот. Дакле, млађи

<sup>25</sup> С. Перовић (1986), 198.; Ј.Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 331.

<sup>26</sup> С. Перовић (1986), 602.; Љ.Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, 284.; Б.Лоза, *Облигационо право*, посебни део, Пале 2000, 66.

<sup>27</sup> С. Перовић (1986), 615; Б. Лоза, 74.

<sup>28</sup> О. Антић (2009), 283.

<sup>29</sup> Чл.567. ст.2. СГЗ-а; М. Константиновић, *Облигације и уговори*, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1996, 193-194. (Чл.518); Радна верзија Грађанског законика РС I књига, 258. (чл.15.ст.1)

<sup>30</sup> М. Константиновић, 193-194. (чл.518. ст.2); Радна верзија Грађанског законика РС I књига, 258. (чл.15. ст.2)

малолетник се не би могао појавити у улози поклонопримца због тога што он може закључивати једино уговоре којима се стичу искључиво права, а уговор о поклону рађа и одређене обавезе које нису занемарљиве посебно уколико поклонодавац западне у оскудицу чиме се на страни поклонопримца рађа обавеза да му пружи неопходна средства за издржавање.<sup>31</sup> Да ли ће поклонопримац испунити напред наведене обавезе које закон предвиђа, остаје у домену његове добре воље. Уколико он те своје обавезе не испуни поклонодавац може раскинути уговор о поклону и захтевати да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још увек налази у његовој имовини (у случају ако поклонодавац раскине уговор о поклону због немања нужних средстава за живот)<sup>32</sup> или да врати поклон, односно његову вредност према правилима о стицању без основа (у случају када се уговор о поклону раскида због грубе неблагодарности обдареног)<sup>33</sup>.

Поред уговора о поклону навели смо још неке уговоре који се у литератури истичу као уговори којима се стиче искључиво право. То су: уговор о послузи, уговор о бескаматном зајму, уговор о бесплатној остави.<sup>34</sup> Такође, и уговор о бесплатном пуномоћству, уколико није било трошкова око обављања посла или штете на страни пуномоћника, може бити једнострано обавезан уговор.<sup>35</sup>

Уговор о послузи је такав уговор којим се давалац на послугу (послугодавац) обавезује да одређену непотрошну ствар преда узимаоцу на послугу (послугопримцу) на бесплатну употребу неко време, а послугопримац се обавезује да исту ствар, по истеку тог времена, врати неоштећену послугодавцу.<sup>36</sup> Према класичној концепцији уговор о послузи је реалан и самим тим једнострано обавезан, с обзиром на то да обавезе настају само за послугопримца.<sup>37</sup> Међутим, у савременим правним системима је заузето становиште да је уговор о послузи консензуалан и двострано обавезан уговор који

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> М. Константиновић, 193-194. (чл.518. ст.1); *Радна верзија Грађанског законика РС I књига*, 258. (чл.15.ст.1)

<sup>33</sup> *Радна верзија Грађанског законика РС I књига*, 257.(чл.14)

<sup>34</sup> С.Панов, 211., М. Драшкић, 272.

<sup>35</sup> С. Перовић (1986), 743.

<sup>36</sup> М. Константиновић, 204 -205. (чл.560)

<sup>37</sup> *Лексикон грађанског права*, Београд 1996, 515.

ствара обавезе на обе стране.<sup>38</sup> Када је у питању пословна способност млађих малолетника, чак и ако бисмо пошли од тога да је уговор о послузи једнострано обавезан и реалан уговор, опет не бисмо послугу могли убројати у групу оних уговора који стварају искључиво право на страни послугопримца због тога што би у том случају уговор о послузи створио обавезе само на страни послугопримца. Иако је добротин, уговор о послузи ствара обавезу на страни малолетника да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, што значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања).<sup>39</sup> Када послугопримац прими ствар од послугодавца на послугу у обавези је да ствар чува и да се према њој опходи са пажњом доброг домаћина.<sup>40</sup> Такође, послугопримац је у обавези да ствар која му је предата употребљава у складу са уговором или њеном природом и наменом, да сноси трошкове њеног редовног одржавања (трошкови који су скопчани са редовним одржавањем, чувањем и употребом ствари) и да је по истеку рока врати послугодавцу неоштећену.<sup>41</sup> Из свега што је напред наведено, можемо закључити да се уговор о послузи не може сврстати у групу оних уговора којима би млађи малолетник стекао искључиво права.<sup>42</sup>

Уговор о зајму је уговор којим се један уговорник (зајмодавац) обавезује да другом уговорнику (зајмопримцу) преда одређени износ новца или одређену количину других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета.<sup>43</sup> Уговор о зајму је двострано обавезан уговор који на страни зајмодавца ствара обавезу да изврши предају одређене количине заменљивих ствари, док на страни зајмоприца настаје обавеза да после извесног времена врати исту количину ствари, исте врсте и

---

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> М. Бурђевић, „Уговор ограничено пословно способног малолетника“, *Правни живот* 10/1996, Београд, 479.

<sup>40</sup> С. Огњановић, *Облигационо право – посебан део*, Нови Сад 2010., 179.

<sup>41</sup> С. Огњановић, 179-180.

<sup>42</sup> Т. Ачански, 168.

<sup>43</sup> Чл.557.300

квалитета.<sup>44</sup> Поред тога, уговор о зајму може бити конституисан као добротин уговор уколико камата није уговорена приликом закључења уговора.<sup>45</sup> У делу правне теорији се истиче да млађи малолетник може закључити уговор о бескаматном зајму као правни посао којим прибавља искључиво право.<sup>46</sup> Међутим, чак и уколико није уговорена обавеза зајмопримца да плати камату, на његовој страни ће постојати обавеза да врати исту количину позајмљених ствари исте врсте и истог квалитета, а може вратити и саму позајмљену ствар.<sup>47</sup> Као што можемо видети ни уговор о бескаматном зајму се не може сврстати у уговоре којима се стичу искључиво права.

Уговор о остави је уговор којим се један уговорник обавезује да, уз награду или без ње, прими покретну ствар од другог уговорника (оставодавца), да је чува и да је врати када је овај буде затражио.<sup>48</sup> Уговор о остави може бити једнострано или двострано обавезан уговор те уколико није била уговорена награда за чување ствари нити је било трошкова око чувања ствари или штете на страни оставопримца услед чувања, онда на страни оставодавца и нема никаквих обавеза.<sup>49</sup> И уговор о бесплатној остави се често наводи као пример уговора којим млађи малолетник може стећи искључиво права.<sup>50</sup> Међутим, чак и када је у питању остава без накнаде, она може на страни оставодавца створити одређене обавезе. Најпре, сам акт чувања ствари може довести до извесних издатака који су неопходни да би се чување обавило те је оставодавац дужан да овакве трошкове сам сноси односно да их надокнади оставопримцу уколико их је овај претходно поднео.<sup>51</sup> Такође, уколико је оставопримац претрпео штету приликом чувања поверене ствари, без своје кривице, онда ће оставодавац бити у обавези да му ту штету надокнади уколико је у питању бесплатна остава.<sup>52</sup> Као што смо видели, у случају да се закључи уговор о бесплатној остави, могуће је да обавезе

<sup>44</sup> С. Перовић (1986), 634.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> М. Драшкић, 272

<sup>47</sup> С. Перовић (1986), 646.

<sup>48</sup> Чл. 712. ЗОО

<sup>49</sup> С. Перовић (1986), 762.

<sup>50</sup> С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

<sup>51</sup> С. Перовић (1986), 762.

<sup>52</sup> С. Огњановић, 222.

настану само на страни оставопримца и у том случају би се уговор о бесплатној остави могао уклопити у појам правног посла којим се стичу искључиво права. Међутим, закон предвиђа могућност да током извршења уговора о остави за оставодавца настану одређене обавезе уколико настану трошкови око чувања ствари или уколико оставодавац претрпи штету без своје кривице.<sup>53</sup> Тада се уговор о бесплатној остави не би могао сматрати уговором на основу кога се стичу искључиво права. С обзиром на то да се пословна способност уговарача цени у тренутку закључења уговора, када није могуће предвидети да ли ће за оставопримца настати неки трошкови поводом чувања ствари или ће он претрпети штету, онда се ни уговор о остави не би могао уклопити у концепцију правног посла којим се стичу искључиво права, зато што бисмо дошли у парадоксалну ситуацију да уговор буде пуноважан уколико оставопримац није имао никакве штете ни трошкова поводом чувања ствари, а да би у супротном био апсолутно ништав тако да би судбина тог уговора били неизвесна све док остава траје.

Све што је напред наведено у вези са уговором о бесплатној остави важи и у случају уговора о бесплатном пуномоћству. Уговором о пуномоћству властодавац овлашћује пуномоћника да у његово име и за његов рачун предузме одређене правне послове.<sup>54</sup> Уговор о пуномоћству може бити добротин уколико не постоји обавеза властодавца да исплати награду пуномоћнику<sup>55</sup> те се у таквом случају ради о уговору о бесплатном пуномоћству. Поред тога, уговор о бесплатном пуномоћству може бити једнострано обавезан уколико не настану никакви трошкови ни штета на страни пуномоћника током његовог испуњења.<sup>56</sup> Међутим, као што је истакнуто код уговора о остави, у тренутку закључења уговора се не може предвидети да ли ће током испуњења настати одређене обавезе на страни властодавца, у смислу обавезе да пуномоћнику надокнади штету или трошкове које је овај имао приликом предузимања правног посла. Из свега што је напред наведено следи да се ни овај уговор не може сврстати у оне уговоре којима се стичу искључиво права и које би млађи малолетник могао закључити из разлога што се у тренутку његовог закључења,

<sup>53</sup> Чл. 719. ЗОО, Т. Ачански, 168.

<sup>54</sup> С. Перовић (1986), 731.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 744.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 734.

када се процењује пословна способност млађег малолетника, не може предвидети да ли ће такав уговор створити и одређене обавезе на његовој страни.<sup>57</sup>

Пошто смо анализирали оне правне послове који се у литератури обично наводе као пример правних послова које може закључити млађи малолетник и којима се стичу искључиво права, можемо закључити да се ниједан од наведених правних послова, односно уговора, не би могао уклопити у појам правног посла којим се стичу искључиво права. Последица овога је немогућност малолетника да закључи било који од напред наведених уговора с обзиром на то да ће сваки од њих створити одређене обавезе на страни млађег малолетника. Тако ће поклонопримац увек бити дужник поклонодавца, а његов дуг није безначајан пошто спада у трајне облигације, он је дужник до краја свог живота и мора бити благодаран према поклонодавцу посебно уколико овај западне у положај немања нужних средстава за живот.<sup>58</sup> И уговор о послузи, иако спада у добротине уговоре, ипак ствара обавезу на страни малолетника (послугопримца) да примљену ствар чува, да сноси трошкове њеног редовног одржавања, да је по истеку уговореног рока врати, што значи да тај уговор не подразумева само стицање користи (бесплатна употреба ствари), већ и отуђење имовине (издаци за трошкове редовног одржавања).<sup>59</sup> Такође ће и зајмопримац код бесплатног зајма имати обавезу да након одређеног рока исту количину позајмљених ствари исте врсте и истог квалитета.<sup>60</sup> Једино би уговори о бесплатној остави и бесплатно пуномоћству могли представљати пример правног посла којим се стичу искључиво права у случају да за оставопримца тј. пуномоћника нису настали никакви трошкови или штета приликом испуњења ових уговора. Међутим, ово не сврстава напред наведене уговоре у оне којима се стичу искључиво права јер је у тренутку његовог закључења немогуће предвидети да ли ће оставопримац односно пуномоћник имати неке трошкове током испуњења уговора или ће претрпети штету без своје кривице. Након свега наведеног поставља се питање какво би решење било адекватно за овакве ситуације. У науци се истиче да је боље било направити разлику између теретних и добротиних

<sup>57</sup> Т. Ачански, 168.

<sup>58</sup> О. Антић, „Кауза“, *Правни живот* 10/2005, Београд, 854.

<sup>59</sup> М. Ђурђевић, 479.

<sup>60</sup> С. Перовић (1986), 646.

правних послова.<sup>61</sup> Уговори код којих једна страна даје накнаду за корист коју је уговором од друге стране добила називају се теретним уговорима док су добротини уговори они код којих једна страна не даје никакву накнаду за користи које од друге стране добија (уговор о поклону, послузи, бескаматном зајму, бесплатној остави).<sup>62</sup> Као што можемо видети сви напред наведени уговори се уклапају у појам добротиног правног посла те би требало прихватити решење да је млађи малолетник способан да закључује добротине уговоре. Тако је и чланом 533. Српског Грађанског законика било предвиђено: „Који су разума лишени, не могу уговора чинити, то јест нити могу обећати нити примити. Овима је подобно и дете млађе од 7 година. Они пак, који од оца, татора или старатеља зависе, **не могу ништа обећати, али ако што на корист своју приме, оно стоји.**“ Слично решење је прихваћено и у швајцарском праву где малолетник, који је способан за расуђивање, може закључивати добротине правне послове, без обзира на узраст (чл.19. Швајцарског грађанског законика), док у немачком праву малолетник, који је старији од 7 година, може закључивати све правне послове уз сагласност законског заступника, а самостално може предузимати правне послове којима прибавља неку корист за себе (параграф 104-113 Немачког грађанског законика).<sup>63</sup> Међутим, чак и ако се млађем малолетнику допусти да закључује напред наведене уговоре, поставља се питање да ли ће такав уговор баш увек бити у његову корист. Нпр. да ли млађи малолетник може ван банкарских токова позајмити милион евра без камате и да ли ће такав уговор бити пуноважан обзиром на то да је добротин?<sup>64</sup> Можда би се у оваквим случајевима могао применити критеријум који се у енглеском праву примењује приликом процене да ли се неки правни посао може сврстати у уговоре којима се набављају оне ствари које су малолетнику неопходне за свакодневи живот (ови уговори се могу упоредити са пословима малог значаја у нашем праву) те се као такви правни послови, према Sale of Goods Act из 1979. године, сматрају они који се односе на добра која одговарају условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје

<sup>61</sup> О. Антић (2009), 237.

<sup>62</sup> С. Перовић (1986), 203.

<sup>63</sup> М. Драшкић, 272.

<sup>64</sup> С. Панов, 211.

и испоруке.<sup>65</sup> Када млађи малолетник закључује одређене добротине уговоре код којих се може јавити сумња да ли су у најбољем интересу млађег малолетника, посебно уговор о бескаматном зајму, требало би применити напред наведени критеријум и проценити да ли тај правни посао одговара потребама и условима живота млађег малолетника. Истакли смо пример уговора о зајму с обзиром на то да код закључења тог добротиног уговора у навећој мери могу бити погођени интереси млађег малолетника имајући у виду могућност да млађи малолетник може позајмити велику суму новца и да је може ирационално потрошити услед недовољног искуства. Када је, пак, у питању уговор о поклону, уколико би и био раскинут услед немања нужних средстава за живот на страни поклонодаваца, млађи малолетник би био у обавези да врати само оно што је од предмета поклона остало у његовој имовини.<sup>66</sup> Са друге стране, поклонодавац ће бити у могућности да захтева повраћај предмета поклона или његове вредности без обзира да ли је још увек у имовини поклонопримца, али само уколико се овај буде понео неблагодарно. Са друге стране, код уговора о послузи, бесплатној остави и бесплатно пуномоћству ће постојати много мање могућности да ови уговори буду закључени на штету интереса млађег малолетника. Ипак, у свакој ситуацији у којој се јави сумња да је одређени добротин уговор закључен на штету млађег малолетника треба применити наведени допунски критеријум, на основу којег ће се ценити да ли је одговарајући правни посао био у складу са потребама и условима живота млађег малолетника.

#### 4. Правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе

Породичним законом је такође предвиђено да млађи малолетник може закључивати и оне правне послове којима се не стичу ни права ни обавезе.<sup>67</sup> Као пример таквог правног посла се

<sup>65</sup> R.Stone, *The modern Law of contract*, London 2005, 181.

<sup>66</sup> М. Константиновић, 193-194. (чл.518,ст.1); *Радна верзија Грађанског законика РС* I књига, 258. (чл.15, ст.1)

<sup>67</sup> Члан 64.ст.1. ПЗ

наводи дереликција.<sup>68</sup> Са друге стране, истиче се да су правни послови којима се не стичу ни права ни обавезе супротни дефиницији правног посла<sup>69</sup> те се дереликција сврстава у правне радње сличне правним пословима односно у чинове воље.<sup>70</sup> Најпре би требало размотрити да ли је могуће да постоји правни посао којим се не стичу ни права ни обавезе. Правни посао се дефинише као изјава воље која производи одређено правно дејство у смислу настанка, престанка, преноса или измене постојећих субјективних права.<sup>71</sup> Са друге стране, дереликција представља престанак права својине на одређеној ствари, одрицањем власника од права својине на њој за шта је неопходна његова јасно изражена воља да ствар напушта и да више не жели да буде њен власник.<sup>72</sup> Полазећи од тога да путем дереликције може престати постојеће право својине на одређеној ствари, и то тако што ће власник те ствари јасно показати вољу да ствар напушта, онда можемо закључити да се дереликција може уклопити у напред наведену дефиницију правног посла. Чинови воље такође спадају у правне послове, али у једном ширем смислу.<sup>73</sup> Међутим, оно што је по нама спорно је да ли би уопште требало допустити млађем малолетнику да изврши дереликцију. Да ли нпр. лице које нема навршених 14 година, а добило је мотор, компјутер или бицикл за рођендан може правно потпуно суверено да изврши дереликцију ових ствари.<sup>74</sup> Пословна неспособност штити малолетнике како од трећих лица која би могла да злоупотребе њихово неискуство и страст тако и од њих самих.<sup>75</sup> Сматрамо да је овај део одредбе чл.64.ст.1. у потпуности сувишан те да млађем малолетнику не би требало допустити да се одрекне права својине на одређеној ствари имајући у виду да лица овог узраста често нису довољно искусна и промишљена.<sup>76</sup>

<sup>68</sup> С. Панов, 211.; М. Драшкић, 272.

<sup>69</sup> О. Антић (2009), 237.

<sup>70</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 313.

<sup>71</sup> О. Станковић, В. Водинелић, 160.

<sup>72</sup> *Лексикон грађанског права*, Београд 1996, стр. 117.

<sup>73</sup> Д. Стојановић, О. Антић, 313.

<sup>74</sup> С. Панов, 212.

<sup>75</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes - La famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, Paris 2004, 878.

<sup>76</sup> О. Цвејић Јанчић, 300.

## 5. Правни послови малог значаја

Најзад, млађи малолетник може закључивати и правне послове малог значаја.<sup>77</sup> У науци се, са једне стране, сматра да су послови малог значаја у суштини ситни, свакодневни послови, где трећа лица која ступају у уговорни однос не треба да брину о пословној способности малолетника којима се даје извесна аутономија да сами закључују послове сагласно својим годинама и зрелости.<sup>78</sup> Према напред наведеном схватању појам правног посла се дефинише према вредности посла који је млађи малолетник предузео. Истиче се да се код послова мањег значаја ангажују мање економске вредности па је и штета која би у овом случају могла настати за малолетника занемарљива.<sup>79</sup> Међутим, насупротив томе, често се напомиње да би у обзир требало узети и још неке критеријуме као што су учесталост закључења правног посла (имајући у виду и чињеницу да свакодневно или често закључивање правног посла чији је предмет мале вредности може да представља озбиљно оптерећење кућног буџета) и имовно стање сваке конкретне породице.<sup>80</sup> Наводи се да је погрешно да се законски стандард правног посла мањег значаја дефинише само уз помоћ критеријума „куповина свакодневних потрепштина“.<sup>81</sup> Приликом дефинисања правних послова малог значаја, могли бисмо у обзир узети и критеријум који се примењује у енглеском праву приликом одређивања који су то послови које малолетник може закључивати. Sale of Goods Act из 1979. године предвиђа да малолетник може закључивати правне послове који се односе на неопходна добра која су одговарајућа условима живота малолетника и његовим потребама у време продаје и испоруке.<sup>82</sup> Поред тога и чланом 389-3 и 450 француског Code civil – а је предвиђено да су послови малолетника пуноважни у оним случајевима где закон или обичај овлашћује малолетника да делују самостално што се односи на свакодневне послове који не представљају већи ризик за малолетника

<sup>77</sup> Члан 64.ст.1. ПЗ

<sup>78</sup> З.Поњавић, *Породично право*, Крагујевац 2011, 234.

<sup>79</sup> Т. Ачански, 168.

<sup>80</sup> С. Панов, 210.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> R.Stone, 181.

и који се могу подмирити средствима која су уобичајна и у складу са положајем и стилем живота његове породице.<sup>83</sup> Даље се истиче да се под неопходним добрима не сматрају само храна и одећа већ ће се приликом одређивања овог појма у сваком конкретном случају у обзир узети и друштвени статус конкретног малолетника имајући у виду да се једна ствар можда не може посматрати као неопходна уколико је у питању дете из „радничке класе“, али иста та ствар може бити неопходна за дете које потиче из богате породице.<sup>84</sup> Такође се у обзир мора узети и чињеница да ли је конкретно добро у сваком појединачном случају било неопходно малолетнику, без обзира на његову финансијску ситуацију.<sup>85</sup> Оно што може бити неопходно данас, можда неће бити наредне недеље уколико је та потреба у међувремену задовољена те је у случају *Nash v. Inman* заузет став да се уговор о куповини одеће, који је укључивао и куповину једанаест прслука, не може посматрати као уговор којим се набавља оно што је неопходно чак и када је у питању студент последње године на Кембрицу с обзиром на то да је отац малолетника доказао да је овај имао довољно одеће која му је била неопходна, а продавац није могао пружити ниједан доказ којим би оборио ову тврдњу.<sup>86</sup> Са друге стране је, у случају *Chapple v. Cooper* (1844) 13M&W 252, заузет став да је пуноважан уговор који је малолетница закључила у вези са сахраном свог мужа.<sup>87</sup>

## 6. Закључак

Као што је више пута истакнуто, чланом 64.ст.1. српског Породичног закона је предвиђено да млађи малолетници могу предузимати правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе као и правне послове малог значаја. Током претходног излагања покушали смо да протумачимо напред наведене појмове и да изведемо закључак који су то правни послови које млађи малолетник може у нашем праву

<sup>83</sup> K. Zweigert, H. Kötz, 349.

<sup>84</sup> C. Elliotte, F. Quinn, *Contract Law*, Harlow, England 2009, 70.

<sup>85</sup> G. H. Treitel., 483.

<sup>86</sup> L. Koffman, E. Macdonald, *The law of contract*, Oxford 2007., 468.

<sup>87</sup> Ibid., 467

закључивати као и да укажемо на евентуалне недостатке позитивно правног решења. Када су у питању правни послови којима се стичу искључиво права, истакли бисмо да млађи малолетник не би могао закључити ниједан од уговора који се у правној литератури наводе као пример послова којима се стичу искључиво права с обзиром на то да ће сваки од њих створити одређене обавезе на страни малолетника било у тренутку закључења уговора (уговор о поклону, уговор о бескаматном зајму, уговор о послузи) било у тренутку његовог извршења (уколико током бесплатне оставе за оставодавца односно бесплатног уговора о пуномоћству за пуномоћника настане штета без његове кривице или одређени трошкови). Са друге стране, сви напред наведени уговори се уклапају у појам доброчиног правног посла те би било адекватније прихватити решење, које важи у швајцарском и немачком праву, да је млађи малолетник способан да закључује доброчине уговоре због тога што важеће решење нема никакав практичан значај за млађе малолетнике. Такође, у свакој ситуацији у којој се јави сумња да је доброчин уговор закључен на штету малолетника треба применити допунски критеријум на основу којег ће се ценити да ли је конкретан правни посао био у складу са потребама и условима живота малолетника. Овај критеријум је прихваћен у праву енглеске, а може послужити и приликом процене да ли је одређени правни посао малог значаја. Када су у питању послови малог значаја, поред напред наведеног, у обзир би требало узети и вредност правног посла као и учесталост закључивања ових послова у сваком појединачном случају. Најзад, Породичним законом је предвиђено и да млађи малолетник може закључивати оне правне послове којима се не стичу ни права ни обавезе. Као пример таквог правног посла се наводи дереликција. Сматрамо да је овај део одредбе сувишан и да млађим малолетницима свакако не би требало пружити могућност да се одрекну од права својине на одређеним стварима посебно уколико су оне веће вредности. Све што је напред наведено указује на то да постојеће законско решење које се односи на пословну способност млађих малолетника захтева ревизију.

**Katarina Tasić**

PhD student at the Faculty of Law in Beograd  
Scholar of the Ministry of Education, Science and  
Technological Development

**INCOMPETENCE IN TERMS OF LEGAL AFFAIRS OF  
YOUNGER JUVENILES****Summary**

Although the law states that juveniles under 14 are incompetent in terms of legal affairs, they are granted the right to be included in certain legal transactions, in accordance with their needs and experience. However, this is valid only when the person in question is older than seven, because children under seven are considered completely incompetent when it comes to rational understanding (judgment) and therefore cannot participate in any legal transactions. In that respect, according to the Serbian Family Law, juveniles can be included in legal transactions, but only when it comes to obtaining sole rights, or in legal transaction that does not include obtaining either rights or obligations, or a part of contract for necessities. Therefore, the existing law is not the best solution. The term 'legal transactions', by which sole rights are obtained, does not include the possibility for juveniles to sign a gift agreement, service contract, loan agreement (without interest), (free) proxy agreement, resignation agreement (previously mentioned contracts are usually stated as the example of the contract by which sole rights are obtained) because by participating in certain legal transaction, when it comes to juveniles, a certain obligation may be established. Furthermore, dereliction is stated as a legal transaction that does not include obtaining either rights or obligations, which is certainly not a legal transaction appropriate for age and experience of juveniles under 14, and this part of regulation, act 64, paragraph 1 of Serbian Family Law is therefore considered redundant. Finally, when it comes to contract for necessities, we must consider a variety of circumstances,

beside value of a certain transaction, while evaluating the juvenile's capacity to sign a certain legal contract.

**Key words:** juvenile, legal transaction, legal transaction by which sole rights are obtained, legal transaction that does not include obtaining either rights or obligations, contract for necessities.

**Александар Марковић**  
студент четврте године Правног факултета  
Универзитета у Београду

Стручни рад  
UDK: 327.55 "20"

## УЛОГА ПОКРЕТА НЕСВРСТАНИХ У 21.ВЕКУ

### Апстракт

*Међународни односи из дана у дан постају све комплекснији и разноврснији. Светска економска криза и даље хара Европском унијом и САД, док на другој страни планете имамо нову светску велесилу Кину. Аутор покушава да открије каква ће бити улога Покрета несврстаних у 21. веку, колико ће успети да утичу на развијање институција Уједињених нација и колико је уопште идеја несврставања и даље актуелна. У раду аутор акценат ставља на неколико аспеката међународних односа: војно-политички, економски и еколошки.*

**Кључне речи:** Покрет несврстаних; - несврставање; - јачање механизма УН.

### 1. Увод

Након завршетка Другог светског рата и победе антихитлеровске коалиције долази до стварања два војна блока: Северно-атлантског савеза на челу са САД и Варшавског пакта, на челу са СССР. Због противречних тенденција које су се испољиле у току рата дошло је и до противречног карактера развоја односа унутар антихитлеровске

коалиције.<sup>1</sup> На једној страни се у рату остваривала сарадња на политичким начелима утврђеним у Атлантској повељи попут: одрицања од територијалних повећања и омогућавања територијалних промена само уз сагласност народа дате територије, признавање права народа на самоопредељење, успостављање трајног мира...<sup>2</sup> На другој страни, оваквом развоју који је био резултат сарадње због заједничких опасности, а не заједничких погледа на међународне односе, супротстављали су се противречни класни интереси и идеолошке разлике. Тако се демократском развоју међународних односа, на основама Повеље УН, супротставила политика блоковске поделе света. У историји, време јачања затегнутости између ових блокова је остало упамћено као „доба хладног рата». Из тог разлога сам назив Покрета несврстаних уско је повезан са блоковском поделом света, с обзиром да је изражавао тежње држава које се нису сврстале ни на једну страну, ни на Запад, ни на Исток. Међутим, Покрет несврстаних је и израз једне много дугорочније, друштвено - историјске тенденције савременог човечанства, која се није родила после Другог светског рата. Напротив, може се рећи да је та тенденција већ била међу одлучујућим факторима који су самом развоју Другог светског рата, односно унутарњем односу снага у њему, у све већој мери настојали да наметну, а у знатној мери су и успевали да наметну, ослободилачки, прогресивни и демократски карактер. „Реч је о најприсутнијој тежњи народа и њиховој активној борби да постигну пуну националну слободу и да обезбеде право да се у тој слободи друштвено развијају сагласно свом властитом избору.”<sup>3</sup>

Чини се да су оснивачи Покрета, на конференцији одржаној у Бандунгу, имали јасну визију улоге Покрета:

1. Држати НАТО пакт и Варшавски пакт у стању равнотеже снага.
2. Спречити да „Хладни рат» прерасте у нуклеарни рат.

<sup>1</sup> М. Стојковић, Тито, Нехру, Насер-настанак и развој покрета несврстаних, Зајечар, 1983., 41.

<sup>2</sup> М. Радојевић, Приче из XX века, Платонеум, Београд, 2003., 105.

<sup>3</sup> Е. Кардељ, *Историјски корени несврставања*, Комунист, Београд, 1977., 6.

## 2.Историјат

Конференција која је одржана у Бандунгу, у априлу 1955. представља зачетак Покрета и прву колективну акцију новоослобођених држава, у циљу јачања свог утицаја у међународним односима. Конференцији су присуствовале 23 азијске и 6 афричких држава, а како то закључује Бојана Тадић: „Бандуншка конференција је у својој бити, по садржини закључака које је усвојила, одражавала дух несврставања, јер је стварала услове за унапређење антиблоковских тенденција и политике независности.»<sup>4</sup> Конференција у Бандунгу је надмашила очекивања и самих учесника, па је тако Јосип Броз Тито изјавио „да су га њени резултати веома угодно изненадили, јер иако сам очекивао да ће та конференција бити од огромног значаја, ипак се нисам надао да ће на њој бити обухваћени толики проблеми и да ће у већини њих доћи до сагласности.» Након конференције у Бандунгу долази до серије дипломатских сусрета пре свега Тита, Нехруа и Насера и до изузетне дипломатске активности Југославије, чији су представници обишли велики број новоослобођених држава. Развој међународних односа у свету све више је ишао у прилог стварања Покрета несврстаних, а по многим пресудан тренутак у одлуци о стварању Покрета представља „иницијатива петорице»(Тито, Нехру, Насер, Сукарно и Нкрумах), у седишту УН у Њујорку 1960. године. Овом иницијативом се желело преко УН утицати на велике силе у циљу њихових контаката и преговарања, а не конфронтације која је уследила после обарања америчког авиона изнад ваздушног простора СССР.<sup>5</sup> Иницијатива је у основи имала за циљ усвајање посебне резолуције, али су је њени предлагачи повукли због амандмана Аргентине и Аустралије које су, под утицајем САД, захтевале промену њеног смисла. Међутим, како истиче Љубомир Радовановић: „Њен значај је за настанак Покрета несврстаних велики јер је то прва заједничка непосредна акција несврстаних земаља на сцени светске организације, а оне ће се касније умножити и имаће више успеха, нарочито у оквирима њихове заједничке политике против колонијализма, расне дискриминације,

<sup>4</sup> Б.Тадић, *Историјски развој политике несврставања*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1968.

<sup>5</sup> М.Стојковић, 73.

или у проблемима економског развоја.»<sup>6</sup> На овом заседању усвојена је и посебно значајна Декларација о давању независности колонијалним земљама и народима, која је била од посебног значаја за даљи процес деколонизације. 1960. година проглашена је годином Африке, а читава деценија од 1960. до 1970. је проглашена деценијом Африке. До сада је одржано 17 конференција Покрета несврстаних, а као куриозитет јесте и конференција одржана 2011. у Београду, која је имала за циљ да обележи 50 година постојања Покрета. Од тих 17 конференција, као најзначајније издвојиле су се три:

1. Београдска конференција 1961. - оснивачка конференција на којој су постављени темељи организације.

2. Алжирска конференција 1973. - конференција која се одвијала у време највећег светског нафтног шока, што је довело до тога да поједине чланице Покрета нагло остваре значајан економски напредак.

3. Хаванска конференција 1979. - донета је декларација о сврси постојања Покрета несврстаних у којој је нарочито истакнуто да је циљ Покрета да обезбеди: „националну независност, суверенитет, територијални интегритет и безбедност несврстаних земаља у њиховој борби против империјализма, колонијализма, неоколонијализма, апартхејда, расизма, укључујући и ционизам и све облике стране агресије, окупације, доминације, мешања или хегемоније, као и против блоковске политике.“ Такође на Хаванској конференцији под вођством Фидела Кастра расправљало се о концепту антиимперијалистичке алијансе са Совјетским Савезом. По мишљењу бројних аналитичара конференција у Хавани била је веома значајна за даљу улогу Покрета у међународним односима, с обзиром да његова улога није више била тако снажна, што се нарочито показало у подељености по питању совјетске инвазије на Авганистан. Каснији развој међународних односа, неће ићи у прилог Покрету.

---

<sup>6</sup> Љ.Радовановић, *Несврстаност - основи једне доктрине међународне политике*, Радничка штампа, Београд, 1973. 107.

### 3. Улога у пост-хладноратовској ери

Након пада Берлинског зида и пропасти социјалистичких режима, као и престанком хладног рата и настанком једног новог монополарног света, са изразитом доминацијом САД, поставило се питање улоге Покрета несврстаних у новој констелацији међународних односа. Сигурно је да у данашње време Покрет нема потребу да гради равноправне односе са блоковима као некада, као нити да се бори за ослобађање од колонијалне доминације, с обзиром да се тај процес сматра довршеним. Међутим, свет се данас суочава са различитим изазовима попут: светске економске кризе, заштите и очувања животне средине, питањем сиромаштва, а то су сва питања која се не могу решавати без учешћа Покрета несврстаних који данас броји 118 чланова што представља 3/5 држава у свету и показује снагу у Генералној скупштини УН. Многи стручњаци за међународно право и међународне односе нову улогу Покрета несврстаних видели су нарочито након инвазије САД на Ирак и Авганистан, а нова улога би подразумевала спречавање стварања униполарног света и борбе да свет постане мултиполаран. Према неким аналитичарима шансу Покрета несврстаних треба тражити у све већем јачању Кине, пре свега у економском, али наравно и у политичком смислу. Јачање Кине поспешује поновно враћање Покрета као треће, балансирајуће тачке у светским односима, с тим што сада претња од војног сукоба је знатно мања него што је била за време Хладног рата.<sup>7</sup> Кина своје односе поставља као односе равноправних страна, премда се то врло често замера са Запада, пре свега утицај Кине на изборе у Зимбабвеу<sup>8</sup>, а многи наводе да је кинеска финансијска подршка условљена непризнавањем Тајвана, што опет доводи државе чланице Покрета несврстаних у неравноправан положај, али и најбоље осликава сву комплексност међународних односа, као и врло незахвалне улоге Покрета несврстаних. Интересантно је и напоменути да су се током одржавања конференције у Шарм Ел Шеику чланице Покрета несврстаних сагласиле о доношењу једног документа у форми декларације који има за циљ да осуди досадашње вођење светских економских односа, који су пре свега контролисани

<sup>7</sup> S. K. Sahni, R. N. Srivastava, *Non – aligned movement and struggle for peace and disarmament*, Indian Institute for Non – Aligned Studies New Delhi, 38

<sup>8</sup> J. Eisenman, Zimbabwe: *China's African ally*, China Brief volume 5, issue 15, 4.

од стране најмоћнијих држава света, и који су довели до увећавања сиромаштва у свету. Покрет несврстаних као алтернативу нуди да се ојача позиција УН у међународним економским односима, и да се нарочито ојача позиција Генералне скупштине и Економско - социјалног савета.<sup>9</sup>

### 3.1. Очување светског мира и безбедности

С обзиром да УН имају мандат да се баве очувањем светског мира и безбедности, а уважавајући чињеницу да УН не поседују сопствене војне снаге, поставило се питање у којој мери ће несврстане државе моћи да допринесу колективној безбедности. Први пут се питање улоге несврстаних држава у очувању колективне безбедности поставило током сукоба у Сомалији, када су САД децидирано изјавиле да неће учествовати у мировним операцијама које нису у складу са њиховим интересима.<sup>10</sup> Очигледно је да се безбедносни изазови у 21. веку, пре свега везују за земље које припадају тзв. „трећем свету», што се показало на примерима побуна у Либији, Египту, Тунису, Сирији... Кроз примере ових конфликта указано је на неопходност интервенције УН, као и на чињеницу да ће велики допринос у таквим ситуацијама морати да дају несврстане државе. Утицај појединих чланица Покрета несврстаних у обављању мировних мисија био је евидентан и током кризе у Камбоџи, када су највећи део мировних снага УН чинили војници из Малезије и Индонезије.<sup>11</sup> Извесни аутори значај улоге Покрета несврстаних подижу и чињеницом да Покрет као и УН не поседује сопствене војне снаге нити поседује институционалне механизме којима би могао да мобилише војне трупе.<sup>12</sup> Самом чињеницом да не поседује сопствене трупе Покрет је посвећен мирном решавању конфликта. Најактивнија улога Покрета у последње време била је усмерена у циљу заустављања

<sup>9</sup> R.Makwana, *The Non – Aligned Movement: Renewed Relevance in a Time of crisis, Share the World' s resources*, 2009, 3.

<sup>10</sup> M.Chetty, *New role for the non-aligned movement in post-cold war era*, Department of the Political studies, Rhodes University, 2000., 35.

<sup>11</sup> M.Chetty, 36.

<sup>12</sup> M.S.Rajan , *Nonalignment and Nonaligned Movement: Retrospect and Prospect* , Vikas Publishing House, New Delhi, 1990, 42.

војних активности израелских трупа у појасу Газе и омогућавања стварања нове државе на том простору-Палестине. Такође, ваља истаћи да је у 21. веку, врло значајна и посвећеност Покрета у правцу поштовања принципа Повеље УН и јачања демократских вредности, упркос томе што још увек све државе Покрета своје унутрашње политичке режиме нису конституисале као демократске. Ипак, с обзиром да се са разлогом може очекивати да ће 21. век у већем делу обележити мултиполарност, односно да ће међународни утицај Кине, Индије, Бразила и Русије бити такав да ће сигурно омогућити јачање међународног права, које је увек делотворније када постоји равнотежа међу светским силама, а самим тим и јачу улогу Покрета који окупља 118 држава, чији ће утицај у Генералној скупштини УН бити огroman.

### 3.2. Очување здраве животне средине

Осим многих бенефита попут интернета, ваздушног саобраћаја, стварања Уједињених Нација, јачања борбе за људска права, доба 20. века за собом је и оставило проблеме попут пробијања озонског омотача и све већег загађивања животне средине. Протокол из Кјота покушао је да успостави један поредак који ће омогућити спречавање даљег уништавања планете, али с обзиром да највећи светски загађивач САД нису прихватиле да потпишу овај Протокол, сматра се све више да су његови циљеви врло ограниченог домета. Поставља се питање какав допринос „здравијој планети» могу да пруже чланице Покрета несврстаних? На Стокхолмској конференцији одржаној 1972. која је по многим отворила зелено доба, иницијална позиција земаља из Покрета несврстаних била је да еколошким проблемима треба да се баве развијене државе, што су оне широко користиле, злоупотребљавајући идеју очувања животне средине на уштрб развоја земаља у развоју.<sup>13</sup> Међутим, данас, државе чланице Покрета несврстаних заузимају све активнију улогу у решавању овог комплексног питања. Све чешће се помиње да оне постају „мост између богатог Севера и сиромашног Југа”<sup>14</sup>. Као модел који би

<sup>13</sup> G.Porter,J.W.Brown. , *Global Environmental Politics* – Westview Press, United States of America, 1991, 36.

<sup>14</sup> M.Chetty, 6.

требало да им послужи као узор узима се пример који је дао професор Алан Хендриксон о посредничкој улози коју је Канада преузела на конференцији у Чикагу као посредник између САД и Велике Британије.<sup>15</sup> Од Покрета несврстаних се такође може очекивати пуна сарадња са свим релевантним међународним институцијама, пре свега са УН, што се и показало на конференцији одржаној у Монреалу, непосредно након ступања на снагу Кјото протокола.

### 3.3. Либерализација тржишта

Упоредо, са сломом социјалистичких режима и стварањем америчке доминације, кренуо је и притисак на несврстане државе да све више либерализују своја тржишта, и да се што активније укључе у процес светске трговине. Упркос томе, што врло често таква врста трговине не иде у њихову корист, и упркос томе што у времену Светске економске кризе, код неолибералних држава примећујемо све већи државни интервенционизам, чланице Покрета несврстаних у великом броју пристајале су да либерализују своја тржишта, и често недовољно спремне улазиле су у тржишну утакмицу. Како је својевремено писао професор Сакс: „Једно од главних обележја светске економије данас јесте да бивше колоније сада улазе на светско тржиште ,не у подређеном положају, већ као равноправни учесници на тржишту.»<sup>16</sup> Оно што им омогућава да опстану у једној тако суровој утакмици јесу правила Светске трговинске организације, која им иду добрим делом у прилогу. Међународни монетарни фонд и Светска банка предњачили су у вршењу притисака на несврстане земље, али по мишљењу бројних економских аналитичара, као и професора др Бориса Беговића, то је уродило плодом, с обзиром да је просечна стопа раста БДП само у Африци током протекле деценије била 5, 7%, што је много више него што су оне остваривале током првих година своје независности. Почеле су да примењују оне економске политике и спроводе оне институционалне реформе које погодују привредном расту. Умањене су баријере спољној трговини тако да су почеле да тргују између

<sup>15</sup> A.Hendrikson, "Middle Powers as Managers: International Mediation within, across and outside institutions" Macmillan Press, New York, 1997, 3.

<sup>16</sup> J. Sachs. "International Economics: Unlocking the Mysteries of Globalization", *Foreign Policy*, Spring, 1988, 97-111.

себе, са свим погодностима које слободна трговина доноси. Баријере уласку новим предузећима су умањене, а пословно окружење је постало привлачније за инвеститоре. И коначно, повећана је, у највећем делу континента, политичка стабилност, нарочито у односу на време у којем је један државни удар смењивао други, па тиме и стабилност пословног окружења. А све је то довело до повећаног прилива капитала. Док је почетком прошле деценије, износ страних директних инвестиција био једнак износу стране помоћи афричким земљама, крајем деценије достигао је три пута већи ниво, иако се ниво стране помоћи није умањио.

Не само да је дошло до увећаног прилива капитала, него се и постојећи ресурси боље користе. Најзаслужнији за то је – мобилни телефон. Данас је то основно средство за пословање у Африци – преко мобилног се добијају информације о стању на тржишту, тргује се и плаћа, што је од великог значаја у земљама у којима је број мобилних телефона већи од броја рачуна у банкама. Предузетници више нису изоловани, улазе у размену и могу да се специјализују.<sup>17</sup> Овакве иновације условљавају да је стопа раста продуктивности у афричким земљама виша од одговарајуће стопе у САД.

У Африци се догодила и значајна демографска промена – пад стопе наталитета. То значи да не само да се смањује брзина раста становништва него се мења и старосна структура. Повећава се број радно способних у односу на укупан број становника, што значи да се смањује удео издржаваног становништва. Упоредо са оваквом променом јача и средња класа, увећава се број људи који у политичком процесу захтевају стабилне институције, како би на миру могли да живе од свог рада и посвете се свакодневним животним стварима попут васпитавања и школовања деце, отплаћивања кредита за кућу и томе слично. Смањује се тражња за политичким авантуристима, што додатно политички стабилизује континент. А, када дође до политичке стабилизације остварује се могућност за већи регионални и међународни утицај, као и могућност утицаја на рад бројних међународних организација.

<sup>17</sup> <http://www.politika.rs/pogledi/Boris-Begovic/Mobilna-Afrika.sr.html>

#### 4. Недостаци у функционисању Покрета

„Очеви оснивачи” Покрета несврстаних: Јосип Броз Тито из Југославије, Нехру из Индије, Насер из Египта, Сукарно из Индонезије и Нкрума из Гане, приликом стварања Покрета имали су за циљ да покрет буде заснован на неколико темеља: неагресивност, немешање у унутрашње односе држава, борба за независност колонијалних држава, једнакост и мирољубива и активна коегзистенција.<sup>18</sup>

Ипак, кључни проблеми који су пратили Покрет од самог оснивања нису решени до данашњих дана:

1. Војна алијанса која је замишљена у Бандунгу, као противтежа друге две војне алијансе, до данас није створена.
2. Политички односи међу државама чланицама, нису довољно развијени. Не постоје механизми који би омогућили чвршћу сарадњу међу чланицама, као нити постоји војна солидарност целог Покрета уколико једној земљи прети напад.
3. Економски односи су врло неразвијени, с обзиром на потенцијале које већина држава чланица поседује. Не постоји јединствен трговински споразум који би омогућио лакши и бржи промет роба и услуга.
4. Кључна слаба тачка Покрета јесте велика зависност његовог деловања од државе која председава, што се најбоље видело приликом поређења деловања Покрета током председавања Кубе, када је Покрет врло активно учествовао у решавању светских проблема, од 2006.- 2009. и председавања Египта, од 2009., када је Покрет „пао у сенку”<sup>19</sup>, како истиче професор Антон Карагеа.

Позитиван помак, свакако, представља и чињеница да постоји одлука да се формирају два јединствена комитета. Први би се бавио самим деловањем Покрета, док би други био усмерен на јачање економских односа.

<sup>18</sup> <http://www.worldpress.org/Mideast/3425.cfm>

<sup>19</sup> <http://www.worldpress.org/Mideast/3425.cfm>

## 5. Закључак

Иако је увек тешко износити нека предвиђања без дубоких анализа, статистичких података, искуства, ипак са сигурношћу се може тврдити да ће међународне односе и стварање нових извора међународног права у 21. веку обележити снажна улога Покрета несврстаних. Ову тврдњу можемо поткрепити са две евидентне чињенице: све већим утицајем Кине, Индије и Бразила у светским економским и политичким процесима, као и на све снажнији развој већине чланица Покрета несврстаних, а нарочито афричких држава које чине његову окосницу. Прошлогодишња прослава у Београду, поводом 50 година од оснивања Покрета, показала је да је идеја несврставања и даље јако жива, да је време није прегазило, да ће Покрет и даље бити „савест човечанства» и да ће и даље представљати један светао пример успостављања међународних односа, заснованих на равноправности, међународних односа којима ће човечанство несумњиво тежити.

### **Aleksandar Marković**

Fourth-year student at the Faculty of Law, University in Beograd

## **ROLE OF THE NON-ALIGNED MOVEMENT IN THE 21st CENTURY**

### Summary

International relations from day to day become more complex and varied. The global economic crisis is still raging in the European Union and in the United States, while on the other side of planet, we have a new world superpower - China. The author tries to find out what will be the role of the Non-Aligned Movement in the 21st century, how it will be able to influence the development of the institutions of the United Nations, and

how does the idea of non-alignment remains relevant. The author places emphasis on several aspects of international relations: the military-political, economic and ecological.

**Keywords:** Non-Aligned Movement; - nonalignment; - strengthening of UN mechanisms.