
INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

FOREIGN LEGAL LIFE

1/2016

Beograd, 2016.

Redakcija
Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Belgrade

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić

redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu u penziji
Full Professor (retired), Faculty of Law University of Novi Sad

Prof. dr Spiridon Vrelis

redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog
instituta za međunarodno i strano pravo u Atini
Full Professor, Faculty of Law University of Athens, Director of Hellenic
Institute of International and Foreign Law in Athens

Prof. dr Mikele Papa

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence

Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach

redovni profesor, Državni Univerzitet u Beču
Full Professor, State University in Vienna

Prof. dr Vid Jakulin

redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani
Full Professor, Faculty of Law University of Ljubljana

Dr Stefanos Kareklas

advokat iz Soluna
Attorney, Thessaloniki

Prof. dr Alesandro Simoni

redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci
Full Professor, Faculty of Law University of Florence

Prof. dr Đorđe Ignjatović

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Prof. dr Đorđe Đorđević

redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu
Full Professor, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Prof. dr Dejan Đurđević

redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Full Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Prof.dr Dušan Vranjanac

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University „Union“ Belgrade

Ratomir Slijepčević

sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije
Secretary of the Commission for drafting the Civil Code of the
Republic of Serbia

Prof. dr Goran Dajović

vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu
Associate Professor, Faculty of Law University of Belgrade

Dr Branislava Knežić

naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja
Principal Research Fellow, Institute of Criminological and Sociological
Research, Belgrade

Dr Jovan Ćirić

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Čolović

naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo
Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Aleksandra Rabrenović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Doc. dr Jelena Ćeranić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Katarina Jovičić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Prof. dr Vladimir Đurić

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

Dr Ana Knežević Bojović

naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK

Editor in chief

Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA

Deputy of editor in chief

Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETARI REDAKCIJE

Secretaries of Editorial board

Mr Jelena Vukadinović

Mr Milica Matijević

TEHNIČKI UREDNIK

Technical editor

Miloš Stanić

IZDAVAČ

Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO

Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41

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

tel. + 381 11 32 33 213

ŠTAMPA

Print

GORAGRAF

TIRAŽ

Circulation

300 primeraka - copies

SADRŽAJ

<i>Борис Кривокапић</i> ЖЕНЕВСКА КОНВЕНЦИЈА О ПОБОЉШАЊУ СУДБИНЕ ВОЈНИХ РАЂЕНИКА У РАТУ (1864) - Поводом 140 година од приступања Србије Конвенцији	9
<i>Драган Јовашевић</i> ЗЛОУПОТРЕБА ОПОЈНИХ ДРОГА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СКАНДИНАВСКИХ ДРЖАВА	31
<i>Vesna Klajn Tatić</i> UPRAVLJANJE PRIRODNIM I NUKLEARNIM KATASTROFAMA: PRAVNI I ETIČKI PRISTUP	45
<i>Katarina Jovičić</i> SPECIFIČNOSTI ZAŠTITE POTROŠAČA KOD UGOVORA ZAKLJUČENIH NA DALJINU I VAN POSLOVNIH PROSTORIJA TRGOVCA	61
<i>Драгица Понеску</i> ЗАШТИТА ПРАВА ПРИВАТНОСТИ И ЊЕГОВЕ СФЕРЕ	73
<i>Ивана Ракић</i> ОБЈАВЉИВАЊЕ ОДЛУКА ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ У ПОСТУПЦИМА КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА	89
<i>Драган М. Пауновић</i> ПРАВНИ НЕДОСТАЦИ СТАНДАРДА «УДРУЖЕНИ ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ» И ПРИНЦИПИ МОГУЋИХ МОДАЛИТЕТА ОТКЛАЊАЊА ПРОБЛЕМА	101
<i>Snežana Stojanović</i> POVOLJŠANJE PORESKE TRANSPARENTNOSTI NA MEĐUNARODNOM NIVOU	121
<i>Ахмедин С. Лекнек</i> ПРОБЛЕМИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ИСЛАМСКИХ БАНКАРСКИХ УГОВОРА У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА ПОСЛОВАЊА	135

<i>Vukan Slayković</i> SPECIFIČNOSTI KRIMINALIZACIJE PRENOŠENJA VENERIČNIH BOLESTI I INFEKCIJE HIV VIRUSOM	153
<i>Aleksandar Jazić, Ana Batrićević</i> TERORIZAM – POLITIKOLOŠKI I PRAVNI ASPEKTI	167
<i>Jasmina Igrački, Ljeposava Ilijić</i> KRIMINALITET MALOLETNIKA-STANJE U SVETU I U SRBIJI	185
<i>Мирјана Мартић</i> УПОРЕДНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ПОЈМА УЗБУЊИВАЧ	201
<i>Санда Ђорац</i> БИОЛОШКА ИСТИНА VERSUS ЗАКОНСКИ УСТАНОВЉЕНЕ ВЕЗЕ У КОНТЕКСТУ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ	215
<i>Božidar Jeličić, Ljiljana Dragutinović</i> SUVERENITET KAO KATEGORIJA MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA	229

TABLE OF CONTENTS:

Boris Krivokapić

**GENEVA CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF
THE CONDITION OF THE WOUNDED IN ARMIES IN
THE FIELD (1864) - On the occasion of the 140th anniversary of
Serbia's accession to the Convention9**

Dragan Jovašević

**THE DRUGS ABUSE IN THE SCANDINAVIAN
CRIMINAL LAW31**

Vesna Klajn Tatić

**MANAGEMENT OF NATURAL AND NUCLEAR DISASTERS:
THE LEGAL AND ETHICAL APPROACH45**

Katarina Jovičić

**THE SPECIFICS OF CONSUMER PROTECTION IN
DISTANCE CONTRACTS AND CONTRACTS CONCLUDED
IN A PLACE THAT IS NOT THE TRADER'S
BUSINESS PREMISES61**

Dragica Popesku

**PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY AND
PRIVATE SPHERE73**

Ivana Rakić

**PUBLICATION OF THE EUROPEAN COMMISSION
DECISIONS IN MERGER CONTROL89**

Dragan M. Paunović

**LEGAL DISADVANTAGES OF STANDARDS
„JOINT CRIMINAL ENTERPRISE“ AND PRINCIPLES
OF POSSIBLE MODELS OF TROUBLESHOOTING101**

Snežana Stojanović

**IMPROVING THE TAX TRANSPARENCY AT THE
INTERNATIONAL LEVEL121**

Ahmedin S. Lekpek

**ISSUES OF THE ISLAMIC BANKING
CONTRACTS' IMPLEMENTATION IN
CONTEMPORARY BUSINESS CONDITIONS135**

<i>Vukan Slavković</i> TRANSMISSION OF VENEREAL DISEASES AND HIV INFECTION - SPECIFICITIES OF CRIMINALISATION	153
<i>Aleksandar Jazić, Ana Batrićević</i> TERRORISM – POLITICOLOGICAL AND LEGAL ASPECTS	167
<i>Jasmina Igrački, Ljeposava Ilijić</i> CRIMINALITY OF JUVENILS – SITUATION IN THE WORLD AND IN SERBIA	185
<i>Mirjana Martić</i> COMPARATIVE LEGAL ASPECTS OF THE CONCEPT WHISTLEBLOWER	201
<i>Sanda Ćorac</i> BIOLOGICAL TRUTH VERSUS LEGALLY ESTABLISHED CONNECTION IN THE CONTEXT OF PROTECTION OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE	215
<i>Božidar Jeličić, Ljiljana Dragutinović</i> SOVEREIGNTY AS A CATEGORY INTERNATIONAL PRIVATE LAW	229

**ЖЕНЕВСКА КОНВЕНЦИЈА
О ПОБОЉШАЊУ СУДБИНЕ ВОЈНИХ РАЊЕНИКА
У РАТУ (1864)
Поводом 140 година од приступања Србије Конвенцији**

Апстракт

Пре век и по Србија је ушла у чланство изузетно важног међународног споразума из материје ратног и хуманитарног права – Женевске конвенције о побољшању судбине војних рањеника у рату (1864).

У уводном делу аутор се осврће на зачетке хуманитарних правила у антици и средњем веку, све до XIX века. Такође, са позивом на ратове у XIX в. који су услед повећања бројности армија и нових, много убојитијих средстава ратовања имали огромне жртве, он показује да су у том периоду сазреле објективне потребе да се на универзалном плану регулише заштита рањеника и болесника у рату

Други део рада односи се на Женевску конвенцију из 1864., историјску позадину њеног закључења, садржину најважнијих решења и даљи ток развоја међународног хуманитарног права.

Треће део посвећен је значају Конвенције. Ту аутор указује на утицај тог споразума на унутрашње прописе држава, на развој међународног хуманитарног права и, посебно, на праксу, али и на развој културе људских права. Посебно су занимљива места на којима аутор указује на утицај Конвенције на развој релевантног права тадашње Кнежевине Србије, као и на, по много чему, невероватан пример примене принципа Конвенције од стране Србије у рату против Бугарском (1885).

Општи закључак аутора је да се не треба заваравати да кршења Женевске конвенције и њених принципа није било. Ипак, општа слика је несумњиво позитивна. Доволно је само замислити како би изгледао свет без Конвенције из 1864. и Женевских конвенција које су за њом уследиле. И даље би се ратовало, али жртве и њихове патње били би много већи.

Кључне речи: *Међународно право, Женевске конвенције, Жртве рата, Рат*

¹ Редовни професор, Факултет пословно-индустријски менаџмент и право, Универзитет „Унион – Никола Тесла“, Београд, mail: krivokapicboris@yahoo.com.

1. Увод

Мада у том тренутку још није била формално суверена (то ће постати тек на Берлинском конгресу 1878) Србија је 24.3.1876, дакле пре 140 година, ушла у круг чланица Женевске конвенције о побољшању судбине војних рањеника у рату.

То је и повод да се подсетимо на тај изузетно важан међународни споразум, оно што је довело до његовог усвајања, али и на занимљива питања која се непосредно тичу тадашње Србије, њеног законодавства и праксе.

2. Зачеци хуманитарних правила

Читава људска историја обележена је ратовима и са тим повезаним страдањима.

И премда се, нажалост, суочавамо са безброј примера ужасне окрутности и нељудскости, исто тако су забележени многи случајеви хуманог поступања према непријатељским болесницима и рањеницима, заробљеницима и сл.² Штавише, са пуно основа може се рећи да се није радило само о изненадним поривима човечности појединих војних команданата, већ да су практично одувек постојала одређена мање или више развијена правила онога што данас називамо ратним и хуманитарним правом.

Ова правила могу се наћи у свим епохама и културама. Зависно од случаја, забрањивала су употребу одређених, посебно нечовечних оружја, коришћење нечасних метода борбе и слично, а понекад су и изричито прописивала конкретне облике заштите оних људи које данашњим речником називамо жртвама рата.³

Тако још у VI в. пре н. е. чувени кинески стратег Сун Цу у својој књизи «Умеће ратовања» пише да: „Према заробљеним војницима треба се опходити човечно и бринути о њима“.⁴ Уосталом, у Кини су у тзв. периоду зараћених држава (од V в. пре н.е. до уједињења

² Више: В.Кривокапић, „The Position of People in Slave Owning and Feudal Societies“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 2/2014, 3-34.

³ За развој ратног и хуманитарног права види: Е.Нис, *Порекло међународног права*, Београд 1895, 205-287; L.S.Howard, „History of the law of war on land“, *International Review of the Red Cross* 838/2000, 339-350; К.Обрадовић, М.Шаховић М.Деспот, *Међународно хуманитарно право*, Београд 2002, 56-169; В.Кривокапић, *Међународно право – корени, развој, перспективе*, Београд 2006, 28-30, 43-44; Н Sheng, „The Evolution of Law of War“, *Chinese Journal of International Politics*, 2/2006, 267-301; В.Јончић, *Међународно хуманитарно право* Београд 2010, 17-74; З.Радивојевић, „Порекло међународног хуманитарног права“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 58/2011, 85-102.

⁴ Сун Цу: *Умеће ратовања*, Београд, Глава II „Покретање рата“, тачка 17, 27.

Кине 221. н.е.) постојала правила ратовања која су поштована од стране свих седам зараћених феудалних држава („седам сила“) а која су, поред осталог, подразумевала повољан однос према ратним заробљеницима, то да се не дирају стари људи и слично.

Са друге стране, индијски законик Ману (IV в. пре н.е.) утврђује да се морају поштедети земљорадници, они који моле за милост, да се не смеју убијати изнурени противници, они који спавају или се предају, да се не сме рађавати човек чије тело није покривено оклопом, да не смеју да се убијају рањеници, све до тога да не сме да се гони непријатељ који бежи.⁵

И у Средњем веку, постојала су одређена правила поступања у рату. У Европи је нпр. важио витешки кодекс (познат и као ритерска правила) а уз то католичка црква је у XI в. увела установу Божјег мира (*Pax Dei*) која је значила заштиту и недодирљивост у рату одређених категорија људи - свештеника, ходочасника, путника, трговаца, жена, сељака и њихове имовине.⁶ На другој страни, познато је да је султан Саладин, када је 1187. заузео Јерусалим дозволио својим љутим непријатељима - витезовима Јовановцима⁷ да остану у граду да би неговали своје рањенике и болеснике.

Уосталом, у скоро свим културама одувек је поштована недодирљивост свештеника, друида, шамана, врачева и сличних лица и оних који су под њиховом заштитом. Мада се то највероватније најчешће чинило због страха од освете божанстава, духова и сличних сила, чињеница је да су поменута лица углавном била поштеђена страхота рата. Зашто је овде битно то поменути? Зато што су у та времена ова лица, која су познавала чаробне обреде и третмане, лековите траве и сл. била, поред осталог, нека врста првог медицинског особља, које је по потреби неговало и рањенике и болеснике.

Према томе, мада је историја забележила и многобројне ратове вођене без икаквих обзира, исто тако су остали докази о томе да су постојала одређена правила онога што данас називамо хуманитарним правом. Тачно је да су она повремено више или мање кршена, али је исто тако несумњиво и да су у већини случајева заиста

⁵ Више о хуманитарним аспектима ратовања код старих Индуса: S. Manoj Kumar, "Hinduism and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross* 858/2005, 291-293.

⁶ Божји мир је важио широм Западне Европе (Француска, Немачка, Италија, Шпанија и др.). Почев од 1123. као санкција за непоштовање ових правила претила је екскомуникација. Установа Божјег мира губи се у XIII в., упоредо са јачањем централизованих држава, које су стале на пут приватним ратовима.

⁷ Припадници монашко-витешког реда светог Јована Јерусалимског, познати као витезови-хоспиталци одн. после пресељења на Малту, као Малтешки витезови.

поштована.⁸ Дакле, и наши далеки преци били су свесни нужности и дужности заштите лица која не учествују у непријатељствима - деце, жена, стараца, пустињака, ходочасника и сл., укључујући и рањенике, болеснике и ратне заробљенике.

Мада се често радило само о доброј пракси, која је могла бити више или мање изолована, тј. зависити од милости војног заповедника у чијим рукама су били животи људи, нема сумње да су се још у далекој прошлости формирала и извесна обичајна правила међународног права.⁹ Она су, разуме се, била регионалног карактера, што значи да су се понекад прилично разликовала у разним деловима света. Али – она су постојала.

Касније, са неизбежним све чешћим сусретањем и узајамним утицајем разних култура, све више се развија свест о извесним универзалним обичајним правилима ратног и хуманитарног права - о ономе што се не сме, или напротив о ономе што се мора урадити. Та правила се постепено уграђују у национална законодавства најразвијенијих земаља, па и тим путем постају све прихваћенија.

Штавише, у пракси се јављају и међународни уговори везани за поступање према рањеницима и заробљеницима. Мада су одређене *ad hoc* споразуме (картеле) војни командатни закључивали током читаве историје (нпр. споразум о прекиду борбе да би се пружила помоћ рањеницима и покупили и сахранили мртви) овде се ради о томе да се унапред или на самом почетку рата односно пред саму битку договарају одређена правила ратовања. По неким изворима, од 1551. до 1864. закључен је чак 261 међународни уговор усмерен на побољшање судбине рањеника, укључујући и оне у поморском рату.¹⁰

Па ипак, то није било довољно. Обичајна правна правила о поступању са рањеницима и болесницима не само да су била недовољно прецизна, већ су се често међусобно разликовала, због различитих традиција карактеристичних за разна подручја и културе. Уз то, чак и када су се у начелу слагале око ових правила, државе су их често тумачиле свака на свој начин. Дешавало се и да иста држава има различити однос према тим правилима у зависности од свог конкретног положаја – да ли је победила или је поражена у рату.

⁸ Да није тако, она би сасвим нестала. Свако право (правило) се понекад се крши, али само оно које се опште узев, поштује, опстаје.

⁹ Више: Б.Кривокапић, “Обичајна правна правила у међународном праву”, *Megatrend ревија – Megatrend Review* 3/2012, 35-81.

¹⁰ Нав. према: „Женевская конвенция (1864)“, *Википедия*, ru.wikipedia.org/wiki/Женевская_конвенция_1864, где се као извор наводи: В.Ф. Новицкий, *Военная энциклопедия*, СПб 1911-1915, т. 10. Овај и сви остали у овом раду наведени извори са Интернате последњи пут су консултовани 2.2.2016.

Међународни споразуми из ове области били су малобројни. Уз то они су најчешће били ограничени у смислу круга уговорница (тј. важили су само између конкретних зараћених страна) и временског домаћаја (у принципу важили су само за потребе конкретног рата).¹¹

Другим речима, све до средине XIX в. недостајали су вишестрани споразуми којима би на универзалном нивоу била извршена кодификација ове материје. Мада због сталних ратова између различитих актера долази до спонтаног уједначавања односних обичајних правила, још увек недостаје писмено, уговорно регулисање ових односа на светском нивоу, чиме би у глобалним оквирима унапред биле прецизно утврђене обавезе ратујућих страна – а самим тим и јасно дефинисана и у пракси заиста ефикасна заштита односних лица.

Уосталом, то не треба да чуди, када се зна да тек у другој половини XIX в. почиње кодификација и правила ратног права у ужем смислу (правила о законима и обичајима рата).¹²

3. Ратови у XIX веку

Читав XIX век пун је ратова (око 300!)¹³ од којих неки обимом ангажованих снага, величином жртава и разарања, значајем последица до којих су довели, и на друге начине спадају међу најкрупније и најважније у историји. Довољно је подсетити на оне који су обележили прву половину одн. средину тог века: Наполеонски ратови (низ ратова Француске 1803-1815),¹⁴ Опијумски ратови (1839-1842, 1856-1860), Кримски рат (1853-1856), Амерички грађански рат (1861-1865) и др.

Важна новина је масовност учесника, што значи и потенцијалних рањеника и ратних заробљеника. Више не ратују релативно малобројне ратничке касте (професионални ратници) већ ратови обухватају велике масе становништва, укљученог у стајаће војске, као и оног које је војсци придодато путем мобилизације, на основу опште војне обавезе.

¹¹ Примере конкретних споразума (између Француске и В. Британије 1780; између Пруске и САД, 1785. и др.) који су садржали решења о заштити ратних заробљеника за случај рата и друга релевантна решења, види код В.Јончић, *op. cit.*, 49-52.

¹² Париска декларација о поморском рату (1856), Петроградска декларација о забрани употребе одређених пројектила у рату (1868), Хашке конвенције (1899) и др.

¹³ За преглед види: *List of Wars 1800-99*, Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_wars_1800%E2%80%99399.

¹⁴ У ратовима је учествовало преко 20 држава, с тим да су се неке бориле на страни Француске, (Холандија, Италија, Баварска и др.), а друге против ње (Аустрија, Русија, Пруска, Уједињено Краљевство Шпанија итд.). Сматра се да је укупно страдало између 3,4 и 6,5 милиона људи од чега војника 2,5–3,5 милиона.

Са друге стране, дошло је до наглог развоја оружја и ратне технике, посебно артиљерије и артиљеријске муниције, пешадијског брзометног ватреног оружја, нагазних мина итд. То има за последицу све већи апсолутни и процентуални број жртава, у првом реду међу припадницима оружаних снага. При томе на једног погинулог долази 3-5, па и више рањених и осакаћених.¹⁵

Коначно, управо у то време бележи се прогресивни развој релевантног националног законодавства држава. Нарочити значај имало је усвајање у САД тзв. Либеровог законика (1863), који је за то време био врло напредан и који је извршио снажан утицај на правила ратовања других држава, посебно европских.¹⁶

Све то има за последицу да се постепено јавља и уобличује свест о нужности да се некако ограничи страхоте рата, да се смање број жртава и њихове непотребне патње.

4. Прва Женевска конвенција (1864)

4.1. Конференција 1864.

Посебан значај има чињеница да је средином XIX в. један број интелектуалаца јавно сведочио о ужасним и сасвим непотребним патњама рањених војника, који су масовно остајали да леже тамо где су пали, трпећи ужасне болове и чекајући смрт. Све то само због одсуства правовремене стручне неге која би их спасила.

Обично се развој савремене хуманитарне бриге и хуманитарног права везује за оснивача Црвеног крста, Швајцарца Анрија Динана (*Henry Dunant*). Међутим, и пре њега је било оних су непосредно учествовали у збрињавању рањеника и сведочењем о њиховим

¹⁵ У XIX в. долази до наглог развоја модерних распрскавајућих артиљеријских зрна, намењених уништавању непријатељске живе силе (картеч и шрапнел) и до појаве брзометних пушака („винчестер“ и др.), па и до првих митраљеца („рипли“, „гетлинг“, „максим“). Све то изазива огромне губитке и ужасна рањавања.

¹⁶ Пошто су током Америчког грађанског рата (1861–1865) вршени разни ратни злочини, Френсис Либер припремио је за јединице Севера једну врсту кодификације правила ратног права коју је 24.4.1863. председник Линколн прокламовао као Општу наредбу бр. 100. Ова кодификација, која је по имену свог творца постала позната као Либеров законик, санкционисала је бројне ратне злочине, предвиђајући, поред осталог, смртну казну за таква дела као што су намерно убијање непријатеља који је онеспособљен за борбу, убиство и тешко злостављање цивилног становништва и др.

страдањима успели да привуку пажњу јавног мњења.¹⁷

Једна од таквих била је Британка Флоренс Нахтигнгел (*Florence Nightingale*) која се сматра првом модерном болничарком. Прославила се у време Кримског рата (1853-1856) када је организовала војне болнице и увела нове начине неге рањеника, што је резултирало драстичним падом њихове смртности. Војници којима је спасила животе величали су је, тако да је по повратку у Британију постала национална јунакиња. Објавила је две књиге – „О факторима који утичу на здравље, ефикасност и управљање болницама британске армије“ (1858) и „Напомене о неговању болесника. Шта то јесте и шта није“ (1860).

Када је реч о Динану, он је био сведок ужаса после битке код Солферино 24.6.1859. вођене између Француске и Сардиније с једне, и Аустрије с друге стране. Тада је на бојном пољу, уз преко 4.000 мртвих, остало и близу 35.000 незбринутих рањеника, међу којима је велики број подлегао повредама само зато што није била обезбеђена адекватна медицинска помоћ.¹⁸

Потрешен сазнањем да су правовременом интервенцијом животи многих рањеника могли бити спашени, а патње олакшане, Динан је објавио књигу *Сећање на Солферино* (1862) у којој се заложиио за оснивање међународне организације која би на непристрасној и хуманитарној основи пружала помоћ рањеницима у рату, као и друге врсте помоћи жртвама рата.

Веома брзо, већ фебруара 1863. Динан је успео да оснује Међународни комитет за помоћ рањеницима, који је касније преименован у Међународни комитет Црвеног крста. Комитет је и данас једна од најважнијих међународних независних хуманитарних организација.

Само нешто касније, првих дана јула те исте, 1863. одиграо се најчувенији окршај америчког грађанског рата, битка у Гетисбургу у којој је страдало преко 50.000 људи, од чега је рањених било близу 30.000. И овде је неадекватна медицинска помоћ допринела да се број смртно страдалих и патње рањених умногоструче.

¹⁷ „Интелектуални темељи“ за развој хуманитарног права постављени су заправо још много раније. Поред осталог, Жан Жак Русо је у „Друштвеном уговору“ (1762) истицао да сврха ратничког напада никада не сме бити физичко уништење непријатеља, да сила може да се користи против појединаца војника само док они пружају отпор, те да сваки војник који одложи оружје, или то мора да учини због рањавања, више није непријатељ. Н.Р.Gaser, *Međunarodno humanitarno pravo*, Međunarodni pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca, Institut Anri Dinan, Haupt 1993, 9-10.

¹⁸ Динан је био запањен чињеницом да су присутна била само 2 лекара, без икакве пратеће медицинске службе. Успео је сам да анимира део локалног становништва да би се пружила прва помоћ за око 6.000 рањеника.

Ови догађаји, извештавање о њима у медијима и, на тој основи, пораст друштвене свести о непотребним жртвама (у то време нагло се развија новинарство, а вести, па и оне о великим биткама и страдањима, све брже и све даље се шире, поред осталог и због појаве пароброда, железнице и телеграфа) допринели су стварању климе која је погодовала закључењу вишестраног међународног споразума за заштиту војних рањеника.

И заиста, већ наредне, 1864. године Федерални савет Швајцарске сазвао је међународну дипломатску конференцију ради усвајања међународног споразума којим би се на широком међународном плану уредило питање побољшања положаја рањеника и болесника у рату. Од укупно 25 позваних, на конференцији су учествовали представници 16 држава.

Конференција је трајала од 8. до 22. августа 1864, када је потписана Конвенција о побољшању судбине војних рањеника у војскама у рату. То је био први случај уређења заштите рањеника и болесника путем универзалног међународног уговора. Наиме, премда у тренутку потписивања Конвенција није била универзалног карактера (потписао ју је само један број европских држава) она је закључена са намером да једног дана везује све државе света.

Ова очекивања су убрзо потврђена. Мада је Конвенцију одмах потписало само 12 држава,¹⁹ до краја 1864. круг чланица попео се на 14,²⁰ а у наредним годинама наставио је да се шири. Већ 1869, Конвенција је имала 21, до краја XIX века 43, а у време своје прве ревизије (1906) тачно 50 чланица.²¹

Конвенција је три пута мењана и допуњавана (1906, 1929. и 1949), а послужила је као основа и за три остале Женевске конвенције о заштити жртава рата и допунске протоколе уз њих.

Изменама из 1906, Конвенција је, поред осталог, проширена на болеснике. Ужаси Првог светског рата и свест о страдањима војних рањеника и болесника довели су до потписивања 1929. нове, још садржајнија верзија Конвенције.²² Нова ревизија извршена је после Другог светског рата када је ова материја уређена Женевским конвенцијама о заштити жртава рата (1949) и допунским протоколима

¹⁹ Баден, Белгија, Виртеберг, Данска, Италија, Холандија, Португалија, Пруска, Француска, Хесен, Швајцарска и Шпанија.

²⁰ Конвенцију су децембра те исте, 1864. потписале Норвешка и Шведска.

²¹ Списак конкретних чланица са годином када су ратификовале Конвенцију види у: "Parties to the 1864. Geneva Convention", in *List of Parties to the Geneva Conventions*, Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_parties_to_the_Geneva_Conventions.

²² Поређења ради, имала је 39 чланова, за разлику од само 10 чланова колико их је имао изворни текст из 1864.

уз њих, у првом реду Женевском конвенцијом за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату (I женевска конвенција) и Женевском конвенцијом за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (II женевска конвенција).

Поређења ради, док је првобитни текст Конвенције из 1864. имао само 10 чланова, важећа Конвенција из 1949. има 64 члана, не рачунајући текстове прилога, а уз то заштита рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору уређена је посебном конвенцијом која, не рачунајући прилоге, има 63 члана. Није реч само о много већем броју одредби, већ су у питању далеко потпунија, прецизнија и хуманија решења.

4.2. Садржина решења

Изворни текст Конвенције из 1864. је у укупно 10 чланова регулисао заштиту војника онеспособљених за борбу (рањеника и болесника) и, са друге стране, статус и заштиту медицинског и помоћног особља, медицинских објеката и добара (материјала).²³

Ближе гледајући, чланом 1. утврђено је да ће амбуланте и војне болнице бити признате као неутралне и да ће их, као такве, зараћене стране поштовати и штити, све док се у њима налазе рањеници и болесници. Неутралност престаје ако ове амбуланте или болнице заузму војне снаге.

Одредбом из члана 2. прецизирано је да ће лица која припадају интендатској, медицинској, административној и транспортној служби и војни свештеници уживати исту заштиту кад су на дужности и све док има рањеника којима је потребна помоћ.

Према члану 3, када непријатељ заузме односно подручје, поменута лица настављају да обављају своје функције у болници или амбуланте у којој служе или се могу повући да би се спојили са јединицама којима припадају. Кад у овим околностима ова лица престану да врше своје функције, окупирајућа сила дужна је да их преда непријатељским предстражама.

²³ За текст Конвенције види: *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, Geneva 22 August 1864, ICRC, <http://www.icrc.org/ihl/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/87a3bb58c1c44f0dc125641a005a06e0>.

Јелена Лопичић-Јанчић приказује решења Конвенције, али на више места даје нешто другачија тумачења и преводе на српски од оних које ми овде дајемо. Она наводи и чита текст Конвенције на француском. Ј.Љ.Лопичић-Јанчић, „Конвенција о побољшању судбине војних рањеника у војскама у рату, од 22. августа 1864. године, *Crimen* 1/2011, 110-111, 112-114.

Добра војних болница подлежу законима рата и лица која су била у служби у овим болницама могу приликом повлачења понети са собом само оне предмете који су у њиховом приватном власништву. За разлику од тога, у истим околностима амбуланте имају право да задрже своју опрему (чл. 4).

Члан 5. регулише помоћ рањеницима од стране локалног становништва. Становници који преузму на себе бригу о рањеницима морају се поштовати и остати слободни. Команданти зараћених сила дужни су да апелују на хуманост становништва и да га обавесте да ће у случају хуманог понашања оно уживати неутралност. Присуство било ког рањеног борца који је добио склониште и бригу у приватној кући обезбеђује тој кући заштиту. Становник који је пружио склониште рањенику биће изузет од обавезе пружања смештаја војсци и од дела других војних контрибуција.

Према члану 6. рањени или болесни борци, ма којој нацији припадали, морају се покупити и збринуту. Када то прилике допуштају и уз сагласност обеју страна, војни команданти могу одмах предати непријатељским предстражама борце рањене у окршају. Они за које се после опоравка процени да нису способни за војну службу, враћају се у своју земљу. И остали могу бити послати у отаџбину, под условом да више не учествују у датом оружаном сукобу. Лица која се евакуишу и особље које их спроводи сматрају се апсолутно неутралним.

Одредбом из члана 7. прецизирано је да се усваја препознатљива и јединствена застава за болнице, амбуланте и лица која се евакуишу. Уз ту заставу у свим околностима мора бити истакнута и државна застава. Уз то, особље које ужива неутралност може да носи траку око руке, с тим да ово питање решавају војне власти. И застава и трака треба да имају црвени крст на белој позадини.

О извршењу Конвенције старају се војни команданти зараћених армија, поштујући упутства добијена од својих влада и у складу са општим начелима утврђеним овом конвенцијом (чл. 8).

Чланови 9-10. садрже завршне и прелазне одредбе. Ту је утврђено да се Високе уговорне стране слажу да проследе Конвенцију са позивом за приступање оним владама које нису биле у могућности да пошаљу своје представнике на међународну конференцију у Женеви, на којој је Конвенција усвојена. Уз то, утврђено је да ће Конвенција бити ратификована и да ће ратификациони инструменти бити размењени у Берну у року од четири месеца, или, ако је могуће, и раније.

Не само да је Конвенција кодификовала одређене принципе који су већ били део општег обичајног права, већ је представљала прогресивни развој међународног права у овој области, уневши

важна нова решења као што су она о смештају рањеника у приватне куће или о јединственом знаку распознавања лица под заштитом (црвени крст).

4.3. Даљи ток

Убрзо су се показали одређени проблеми у вези са тумачењем и применом неких решења Конвенције. На њих су указали већ аустројско-пруски рат 1866. и француско-пруски рат 1870-1871,²⁴ а, сасвим логично, јавила се и тежња да се принципи Конвенције прошире и на рат на мору.

То је довело до одржавања у Женеви 1868. Друге конференције, која је припремила нових 15 чланова. Конвенција је допуњена новим решењима и проширена је на поморски рат, укључујући заштиту бродоломника. Државе, међутим, нису биле вољне да прихвате ову ревизију. То, међутим, не значи и да су ови напори били сасвим узалудни. Премда нису званично ступиле на снагу, поменуте допуне доживеле су примену у пракси – стране које су учествовале у неким од најважнијих оружаних сукоба тога времена (француско-пруски рат 1870-1871, шпанско-амерички рат 1889) сложиле су се да ће поштовати та решења.²⁵ Дакле, премда ревидирана конвенција из 1868. никада није ступила на снагу, у њој садржана правила су примењена, мада у ограниченом обиму (на основу билатералног договора зараћених страна).²⁶

У наредним годинама на разне начине долази до развоја ратног и хуманитарног права, са снажним ослоном управо на Конвенцију

²⁴ Поред осталог, немачки канцелар Бизмарк у француско-пруском рату (1870-1871) признавао је право на хуманитарни поступак припадницима регуларних јединица француске армије, али је оспоравао такво право француским „слободним стрелцима“ и добровољцима-страним држављанима, који су се борили у саставу француских регуларних јединица. А.Ник, „Заштита рањеника и болесника у народноослободилачком рату“, у: Р.Ђондовић (гл. ур.), Санитетска служба и санитетска служба у народноослободилачком рату Југославије 1941-1945, књига IV, Београд 1989, 273.

²⁵ Ј.Ђ.Лопичић Јанчић, „Конвенција о побољшању судбине војних рањеника у војскама у рату од 22. августа 1864. године, *op. cit.*, 112; В.Јончић, Међународноправни статус учесника оружаних сукоба, Београд 2012, 57-58.

²⁶ Тачно 35 година након потписивања Женевске конвенције, на Првој хашкој конференцији (1899) 15 држава је коначно потписало Конвенцију о примени начела Женевске конвенције на поморски рат.

из 1864.²⁷ У релативно кратком периоду од 50 година, између 1856. и 1907. склопљени су и ступили на снагу 14 међународних споразума о правилима ратовања, међусобним односима зараћених страна и њиховим односима с неутралним земљама, 4 споразума о заштити појединца у рату,²⁸ и око 250 одредби којима су регулисана најзначајнија питања и утврђена основна правила везана за рат на копну и мору.²⁹ С тим у вези, ако се изузме Париска декларација (1856) која се односила само на поморски рат и чија су се решења, уосталом, исцрпљивала у само 4 реченице везане за гусарење, неутралну имовину и блокаду,³⁰ први наредни споразум била је Женевска конвенција (1864) а сви остали документи следили су за њом.

5. Значај Конвенције

5.1. Утицај на унутрашње прописе држава

Конкретна решења Конвенције, али и општа позитивна клима створена њеним потписивањем, утицали су на то да принципи Конвенције буду прихваћени и даље разрађени одговарајућим прописима држава.

Овде је, илустрације ради, занимљиво поменути да је Србија и пре званичног стицања независности (1878) одржавала међународне односе са низом држава, те да је била везана једним бројем двостраних и вишестраних споразума, поред осталог из области ратног и хуманитарног права. Уосталом, након што је 6.2.1876. основано Српско друштво Црвеног крста,³¹ Србија је већ 24.3.1876. приступила Женевској конвенцији (1864). Наредне, 1877, Србија усваја и посебна „Ратна правила по међународном праву“, која у својих 92 члана обавезују војнике да се у рату понашају човечно. Поред осталог, чл. 25. било је прецизирано да непријатељу

²⁷ Јамчењем начела заштите рањеника, први пут је на широкој уговорној основи јасно истакнута неопходност ограничења војне потребе у корист принципа хуманости, што је довело до тога да су релативно брзо основне идеје заштите рањеника и болесника проширене и на заштиту других категорија жртава рата. Р.Јовановић, „Болесници и рањеници“, *Југословенска ревија за међународно право* 2/1958, 319-320.

²⁸ Женевска конвенција (1864), Женевска конвенција (1906), Конвенција за ослобођење болничких бродова за време рата плаћања свих обавеза и такси наметнутих у корист државе (1904) и Десета хашка конвенција о прилагођавању на поморски рат начела Женевске конвенције (1907).

²⁹ К.Обрадовић, М.Шаховић, М.Деспот, *op. cit.*, 61-62.

³⁰ За текст види: „Декларација о поморском праву (Париска декларација, 1856)“, у: М.Старчевић (прир.), *Извори међународног хуманитарног права*, Београд 1999, 267.

³¹ Више_Историјат, Црвени крст Србије, www.redcross.org.rs/Историјат-0~2395.

који је рањен на бојном пољу или који лежи у болници мора бити пружена неопходна лекарска помоћ.³²

Уз Правилник донета је и Наредба министра војног за све официре, ниже чинове и редовне војнике Књажевске српске стајаће војске и народне војске (Но. 838, 1877) која је, мада самосталан акт, чинила саставни део „Ратних правила“.³³ Поред осталог, она изричито предвиђа неповредивост и заштиту амбуланти, пољских, друмских, резервних, сталних и приватних болница; утврђује да су сва лица која служе при овим установама (сви лекари, апотекари, комесари, свештеници, носиоци рањеника, болничари и послуга) неповредиви за време рата, докле год врше своју дужност; прецизира да сваки рањеник кога су примили у некакву приватну кућу постаје за ту кућу заштита; и др. Посебно је занимљив чл. 5. који прописује: „За време битке и пошто се битка сврши, ваља покупити све рањенике и болеснике без разлике – и своје и непријатељске; при томе непријатељски рањеници и болесници могу се одмах после битке предати непријатељским предстражама, ако командант нареди и ако се обе стране тако договоре, и ако околности допусте; а ако је то немогуће, онда се и непријатељски рањеници и болесници лече у својим болницама. Они уживају онакву исту храну, негу и лечење, као и наши болесници и рањеници.“ Наредба садржи и многа друга решења којима се не само потврђују, већ и даље разрађују решење Женевске конвенције.³⁴

5.2. Утицај на развој међународног хуманитарног права

Већ је било речи о томе да, ако се изузме по много чему особена Париска декларација о поморском рату (1856), Женевска конвенција (1864) је била први корак иза кога је уследило доношење читавог низа разних споразума, којима је на ширем плану кодификована материја ратног и хуманитарног права. У том смислу, може се с правом закључити да је Женевска конвенција била темељ низа сличних, али све шире конципираних међународних уговора, чији је циљ био да се

³² Више: Ј.Лопичић, „Рањеници и болесници у законодавству Србије 1878-1918. године“, *Историја медицине – Растко нет*, <http://www.rastko.rs/rastko/delo/14679>.

³³ Велики део ових правила која су имала 92 члана, може се, заједно са Наредбом министра војног, наћи у: *Истраживање хуманитарног права*, МКЦК, 67-70, www.redcross.org.rs/slika_715_приручник.pdf.

³⁴ Поред осталог, у чл. 6. Објашњено је да је Турска молила да јој се призна да уместо знака црвеног крста употребљава знак црвеног полумесеца, те да је Србија 18.5.1877. изјавила „да ће црвеном полумесецу на белој застави и повесци давати ону важност и значај који у хришћанским државама има црвени крст.“

извођење непријатељстава подвргне одређеним правним правилима, а нарочито да се и у условима рата осигура хумано поступање према рањеницима и болесницима и санитетском особљу које се брине о њима, а затим и према ратним заробљеницима и цивилном становништву страна у сукобу.

1. Хашке конвенције (1899. и 1907). - Међу овим споразумима од посебног значаја су чувене Хашке конвенције, усвојене на Хашком конференцијама 1899. и 1907,³⁵ којима је кодификована материја међународног ратног и хуманитарног права. Од свих тих докумената (14 конвенција и један број декларација и резолуција) у непосредној вези са односом према рањеницима и болесницима су нарочито два споразума.

Први је Конвенција о прилагођавању на поморски рат начела Женевске конвенције о побољшању судбине рањеника у рату на копну од 22.8.1864, усвојена на Првој хашкој конференцији 1899. Као што јој и назив каже, њом су принципи Женевске конвенције проширени на рат на мору, уз регулисање појединих специфичних питања (статус болничког брода, статус бродоломника и др.).³⁶

Други је Правилник о законима и обичајима рата на копну (прилог уз IV хашку конвенцију о законима и обичајима рата на копну, 1907).³⁷ Мада од значаја могу бити и неке друге одредбе Правилника,³⁸ нарочито је занимљива она из чл. 21. која прецизира: “Обавезе учесника у рату у вези са болесницима и рањеницима прописане су Женевском конвенцијом.”

2. Женевске конвенције о заштити жртава рата. - С друге стране, сама Женевске конвенција доживела је ревизије 1906. и

³⁵ Више о Хашким и другим конференцијама из овог периода: P. A. Higgins, *The Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War* (1909), The Online Library of Liberty – A Project of Library Fund Inc., http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1053/Higgins_0466_EBk_v6.0.pdf.

³⁶ За текст види: *Convention (III) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention of 22 August 1864*, The Hague, 29 July 1899, ICRC, <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/155?OpenDocument>.

³⁷ За текст види: В.Тодоровић (прир.), „Ратно право и безбедност“, *Међународни уговори*, књига 3, том 1, 157-169.

³⁸ Нпр. она из чл. 14. у вези са обавештавањем о ступању ратног заробљеника у болницу. Од значаја је, уосталом, и тзв. Мартенсова клаузула, како се назива одредба у уводу саме Конвенције која на општи начин инсистира на хуманизацији рата, тако што утврђује: „Док један потпунији зборник закона рата не буде могао бити проглашен, Високе стране уговорнице сматрају корисним да потврде да, у случајевима који нису предвиђени прописима од њих усвојеним, становништво и учесници у рату остају под заштитом и влашћу начела међународног права онаквим како она произлазе из обичаја установљених међу просвећеним народима, закона човечности и захтева јавне савести.“ Више: Б.Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Београд 2010, одредница “Мартенсова клаузула”, 515-516.

1929, а затим је као Прва женевска конвенција, постала део и данас важећег комплета од четири Женевске конвенције о заштити жртава рата (1949).³⁹ Овај систем Женевских конвенција касније је допуњен допунским протоколима I и II (1977) и III (2005).⁴⁰

То су све познати споразуми, темељи савременог ратног и хуманитарног права. Овде не само да нема простора, већ нема ни потребе бавити се њима.

3. Међународно кривично право. - Као што је представљала почетни резултат у широком уговорном регулисању права оружаних сукоба, тако исто је Женевска конвенција утицала и на развој међународног кривичног права. Наиме, кршење њом утврђених решења и принципа представља ратни злочин и/или злочин против човечности.

Осврћући се само на савремену праксу, довољно је подсетити да Статут Хашког трибунала, већ у чл. 2.⁴¹ прецизира да је Трибунал овлашћен да гони лица која су чинила или наређивала да се чине тешке повреде Женевских конвенција од 12.8.1949.

Уосталом, и најважнији документ савременог међународног кривичног права – Римски статут (1988) којим је основан стални Међународни кривични суд – у чл. 8/2/а прецизира да за сврху тог статута, “ратни злочин” подразумева “озбиљна кршења Женевских конвенција од 12. августа 1949.”⁴²

А први корак ка усвајању Женевских конвенција из 1949. и уједно камен темељац њихових решења, била је управо Конвенција из 1864.

4. Опште обичајно међународно право. - Женевске конвенције о заштити жртава рата (1949) везују практично све државе света. На

³⁹ Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника и болесника у оружаним снагама у рату (I Женевска конвенција), Женевска конвенција за побољшање положаја рањеника, болесника и бродоломника оружаних снага на мору (II Женевска конвенција), Женевска конвенција о поступању са ратним заробљеницима (III Женевска конвенција) и Женевска конвенција о заштити грађанских лица за време рата (IV Женевска конвенција).

⁴⁰ Допунски протокол о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I, 1977), Допунски протокол о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол II, 1977) и Допунски протокол који се односи на усвајање допунског знака распознавања (Протокол III, 2005).

⁴¹ Дакле, пре навођења стварне надлежности Трибунала за гоњење учинилаца ратних злочина (чл. 3), геноцида (чл. 4) и злочина против човечности (чл. 5).

⁴² Затим се наводе конкретни кажњиви поступци, с тим да се на неколико места опет изричито помињу Женевске конвенције (чл. 8/2/b/vii, xxii-xxv; 8/ 2/c; 8/2/d/ii, vi).

дан 2.2.2016. оне имају 196 чланица.⁴³ То, уз чињеницу да обавезност ових споразума никада није оспорена, већ је, напротив стално потврђивана и у пракси, и путем других међународноправних докумената, али и националним прописима држава, даје за право да се констатује да су решења ових споразума прерасла у опште међународно обичајно право. То другим речима значи да су обавезна за све државе, па и оне које еветуално нису ратификовале Женевске конвенције (1949). Још једном, први корак ка томе, било је усвајања Женевске конвенције 1864.⁴⁴

5.3. Утицај на праксу

Сврха свих правних прописа, па и оних из домена међународног права, јесте да буду доследно примењени, да се по њима заиста и поступа.

То, разуме се, важи и за Женевску конвенцију (1864). Њено усвајање извршило је позитиван утицај на праксу на два начина – непосредно и посредно, а утицао је и на развој културе људских права.

1. Непосредни утицај. - Конвенција је примењена у пракси врло брзо након што је потписана. То се догодило у аустро-пруском (1866), а затим и у француско-пруском (1870-1871), руско-турском (1876-1878), српско-бугарском (1885), шпанско-америчком (1889) и другим ратовима.⁴⁵

Већ у аустријско-пруском рату (1866), дакле, само 2 године након њеног потписивања, показале су се користи које Конвенција пружа. Поред осталог, 12 националних хуманитарних друштава послало је помоћ медицинским службама обеју зараћених страна, обезбеђујући медицинске екипе, амбуланте, потрештине и новац.⁴⁶

⁴³ Све чланице УН (њих 193), Света Столица, Палестина и Кукова острва. *Treaties and States Parties to Such Treaties*, ICRC, http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=365; „List of Parties to the Geneva Conventions”, *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_parties_to_the_Geneva_Conventions.

О самој Првој женевској конвенцији (1949) више: Pictet Jean S. (gen. ed.): *Commentary, I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva 1952, http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf.

⁴⁴ Више: Б.Кривокапић, *Међународно јавно право*, Београд 2014, 114-115.

⁴⁵ Након што је 1906. односно 1929. Доживела одређење измене и допуне, Конвенција је нашла примену и у Првом и у Другом светском рату.

⁴⁶ A. Durand, *The International Committee of the Red Cross*, ICRC, Geneva 1981, 16.

Конвенцијом је суштински основан Црвени крст,⁴⁷ који је учинио изузетне услуге рањеницима, болесницима, другим несрећницима, па и човечанству у целини. Мисли се како на Међународни комитет Црвеног крста са седиштем у Женеви,⁴⁸ тако и на национална друштва Црвеног крста (прво основано у Виртебергу 1864) и на Међународну федерацију друштава Црвеног крста и Црвеног полумесеца. Сви заједно они чине Међународни покрет Црвеног крста и Црвеног полумесеца.⁴⁹ Са 187 националних друштава Црвеног крста и Црвеног полумесеца, то је данас највећа хуманитарна мрежа на свету, са близу 100 милиона волонтера који су пружили подршку милионима људи у најразличитијим катастрофама.

Остварујући своје циљеве Црвени крст је предузимао сасвим конкретне кораке у време многих оружаних сукоба, укључујући и оба светска рата – старао се о прикупљању и дистрибуцији лекова, завоја, ћебади и друге хуманитарне помоћи, вршио посете заробљеничким логорима и надзор над положајем ратних заробљеника; организовао и обезбеђивао помоћ цивилном становништву, репатријацију деце, помоћ избеглицама и др.).⁵⁰ Уз то је иницирао одржавање међународних конференција и учествовао у изради и усвајању међународних конвенција о заштити жртава рата. За изузетан допринос миру и унапређењу положаја жртава рата и других

⁴⁷ Потписивањем Прве Женевске конвенције основан је Црвени крст, <http://beleznica.wordpress.com/2011/09/26/potpisivanjem-prve-zenevske-konvencije-osnovan-je-crveni-krst/>

⁴⁸ Премда чланови Комитета (има их укупно 25) могу бити искључиво швајцарски држављани, организација се назива међународном због тога што делује на међународном плану. Комитет има огранке у осамдесетак држава, а његово особље укупно броји преко 12.000 људи. Више о оснивању МКЦК и првим годинама његовог рада, од оснивања до краја Другог светског рата: G.Willemin, R.Heacock, J.Reymond, *The International Committee of the Red Cross*, Martinus Nijhoff Publishers 1984, 19-27; D.P.Forsyte, *The Humanitarians – The International Committee of the Red Cross*, Cambridge University Press 2005, 13-50, M.Finnemore, *National Interest in International Society*, Cornell University Press 1996, 69-86.

⁴⁹ Више: Б.Кривокапић, Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа, *op. cit.*, одреднице „Црвени крст“, 149-150, „Међународни комитет Црвеног крста“, 542-543 и одреднице на које се у њима упућује; *International Red Cross and Red Crescent Movement*, <https://www.icrc.org/en/who-we-are/movement>; *International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies*, <http://www.ifrc.org/>; *International Committee of the Red Cross*, <http://www.icrc.org/eng/>; *International Red Cross and Red Crescent Movement*, Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/International_Red_Cross_and_Red_Crescent_Movement.

⁵⁰ Током времена проширио је своје ангажовање и на неке ситуације које не проистичу из оружаног сукоба – пружање помоћи жртвама природних катастрофа, помоћ избеглицама које нису последица рата, посете политичким затвореницима и сл.

страдалника, Црвени крст је добио чак 4 Нобелове награде за мир.⁵¹

Уосталом, Конвенција је створила и данас свима добро познати међународни знак распознавања санитарских служби у војскама односно хуманитарних организација и служби за пружање помоћи рањеним и болесним припадницима оружаних снага. Реч је о Црвеном крсту (црвени крст на белој подлози) односно алтернативно о Црвеном полумесецу, а у најновије време и о Црвеном кристалу.⁵² Сам овај знак спасио је многе животе широм света.⁵³

Каснијим изменама и допунама Конвенције одн. Женевских конвенција, створени су и други међународно признати знаци, који служе за идентификацију и заштиту одговарајућих категорија људи и објеката. Они могу бити представљени у разним облицима и могу, зависно од прилика, бити истакнути на застави, на зидовима и крововима зграда, санитарским возилима, болничким бродовима, могу се носити на повезу на руци, и сл. Пошто су установљени Женевским конвенцијама, ти симболи су познати као Женевски знаци.⁵⁴

2. Посредни утицај. - Конвенција је на праксу утицала и на посредан начин. Она је допринела стварању опште климе повољне

⁵¹ Прву Нобелову награду за мир је 1901. добио оснивач Црвеног крста Анри Динан; затим ју је 1917. и 1944. добио Међународни комитет Црвеног крста, а 1963. припала је Међународном комитету Црвеног крста и Федерацији друштва Црвеног крста и Црвеног полумесеца.

⁵² Иако је већ 1865. постала уговорница Женевске конвенције (1864) Турска је током рата против Русије 1876–1878. изјавила да ће поштовати Конвенцијом утврђени знак црвеног крста који штити санитарске јединице непријатеља, али да ће за означавање сопствене санитарске службе користити знак црвеног полумесеца. Ово решење примењено је у пракси. Доста касније, на дипломатској конференцији 1929. прихваћено је да се уз црвени крст призна употреба и црвеног полумесеца и црвеног лава и сунца. Од тада знак црвеног полумесеца користе муслиманске државе. Црвени лав и сунце били су у употреби у Персији одн. Ирану све до 1980. (од тада се користи црвени полумесец). Коначно, на захтев заједница које не припадају ни хришћанском, ни муслиманском свету, Трећим допунским протоколом уз Женевске конвенције о заштити жртава рата (1949), усвојеним 2005, као неутралан симбол са истим значењем усвојен је црвени кристал (дијамант) – квадрат црвене боје, на белој подлози.

⁵³ Тако што је јасно указао на неутралност и неповредивост односних лица и објеката (болница, амбуланти, санитарских возила, бродова и сл.) и тиме их заштитио од напада.

⁵⁴ Најважнији знак је црвени крст на белом пољу (одн. црвени полумесец или црвени кристал) који означава санитарске зоне и зоне безбедности, болнице и амбуланте, болничке бродове и сл. У конвенцијама се помињу и друга обележја, као што су знаци распознавању које носи особље добровољних друштва за пружање помоћи; слова „PW“ одн. „PG“ (од енгл. *prisoners of war*, одн. фр. *prisonnier de guerre*, ратни заробљеници); слова „IC“ (скр. од енгл. *internment camp*, логор за интернирање) и др. Ове знаке могу користити само овлашћена лица, искључиво у предвиђене сврхе. Државе уговорнице дужне су да се уздржавају од злоупотребе тих знакова и да предузимају потребне мере за спречавање и сузбијање њихове злоупотребе.

за, колико је то могуће, хуманизацију рата, и конкретно, збрињавање и заштиту рањеника. Поједине државе су, штавише, учиниле и много више од оног на шта их је обавезивала Конвенција, пружајући тако доказ праве човечности.

Најбољи пример је Србија. Када је, за време рата против Бугарске 1885. увидела да противник нема организовани санитет, те да његови рањеници остају препуштени сами себи, она је на један дан прекинула рат да би пропустила конвоје са санитетском помоћи, упућене Бугарској из Беча. Међутим, влада Србије се није задовољила тиме, већ је из својих магацина додала лекове, ћебад, кревете и друге потрештине за отварање једне болнице у Бугарској. Другим речима, поклонила је своје залихе свом непосредном непријатељу, земљи са којом је тренутно била у рату. За овај у историји ратовања незабележен чин, Међународни Црвени крст је доделио посебно признање Црвеном крсту Србије, а у холу зграде Међународног Црвеног крста у Женеви стоји табла на којој пише: “Буди тако хуман као што је била хумана Србија 1885. године.”⁵⁵

3. Утицај на развој културе људских права. - Један од важних посредних утицаја је и општи утицај Конвенције на развој културе поштовања људских права. Данас никоме не треба објашњавати да се и према непријатељским рањеницима и болесницима, али ратним заробљеницима и цивилима мора поступати човечно, уважавајући њихова права.

То не значи да у пракси није било или нема кршења тих права. Свако право се, нажалост, понекад крши. Ни међународно хуманитарно право није у том погледу изузетак.

И заиста, Женевска конвенција (1864) је у изворном или ревидинирам облицима (1906. 1929. одн. 1949) понекад драстично кршена, и то у разним оружаним сукобима, од разних ратујућих страна.

То је нарочито било присутно у Другом светском рату, који је и иначе најужаснији оружани сукоб у људској историји. С тим у вези, мада су одређени случајеви кршења међународног хуманитарног права, па тако и Конвенције, били у већој или мањој мери својствени скоро свим странама у сукобу, најгори примери отпадају на силе Осовине.⁵⁶ Ово не само због броја кршења, броја жртава и тежине

⁵⁵ Више: *Црвени крст: буди хуман као Србија*, <http://www.serbia.com/srpski/budi-human-kaio-srbija-2/>; *Случај незапамћен у историји ратовања*, <http://www.dnevno.rs/ekalendar/zanimljivosti-iz-istorije/85289-slucaj-nezapamcen-u-istoriji-ratovanja-srpska-vojna-komanda-prekinula-rat-da-propusti-medicinski-transport-za-neprijateljsku-vojsku.html>.

⁵⁶ Види: Ј. Лопичић-Јанчић, „Цивилно становништво, рањеници, болесници и ратни заробљеници у нацистичким концентрационим логорима за време Другог светског рата 1939-1945“, *Megatrend revija – Megatrend review* 4/2012, 217-230.

прекршаја, већ посебно због тога што се често није радило о изолованим инцидентима (изазваним нпр. поривом освете, примитивизмом и сл.) већ о систематским поступцима, заснованим на наређењима добијеним од највише команде. У том смислу довољно је подсетити на крајње нечовечан однос Немаца према заробљеним рањеним и болесним црвеноармејцима,⁵⁷ а посебно на њихову повремену праксу да једноставно убијају противничке рањенике.⁵⁸

Не треба се заваравати да кршења Женевских конвенција и њихових принципа није било и после Другог светског рата.⁵⁹ На жалост, било их је, а по свој прилици биће и убудуће.

Па ипак, општа слика је позитивна. Само треба замислити како би изгледао свет без Женевске конвенције, без Црвеног крста... И даље би се ратовало, али би жртве и њихове патње били многоструко већи.

Оно што је овде посебно важно, сама идеја саосећања према другом људском бићу, чак и када је он непријатељски војник, веома позитивно је утицала на развој људских права у читавом свету. На ширење схватања да су сви људи исти, људска бића, којима у невољи треба пружити помоћ. Ако огромна већина људи искрено увиђа и признаје потребу заштите рањеника, болесника и других жртава рата, чак када они припадају непријатељском табору, логично је да много лакше усваја идеју о нужности толеранције, недискриминације и одговарајућим правима других људи који припадају истој друштвеној заједници – жена, припадника етничких мањина и сл.

⁵⁷ По логици ствари, ратни злочини против рањених и болесних припадника оружаних снага непријатеља најчешће се догађају када та лица падну у заробљеништво. У том смислу, за неке од примера из праксе види: Ј.Ђ.Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини против ратних заробљеника – судска пракса*, Београд 2005. и Ј.Ђ.Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини против рањеника, болесника и цивилног становништва*, Београд 2012.

⁵⁸ Тако су само на Златибору 30.11.1941. Немци стрељали све непокретне партизанске рањенике које су ту нашли (њих преко 120), а у петој офанзиви (битка на Сутјесци, 1943) убили су око 1.000 рањеника и болесника, а уз њих још и 26 лекара, 9 референата санитета и око 460 болничарки и жена бораца, задужених за рад у Централној болници. Нав. према: А.Ник, *op. cit.*, 271, 276, 278-284.

⁵⁹ Више: Ј.Лопичић-Јанчић, „Кршење Женевских конвенција из 1949. Године у односу на рањенике, болеснике и ратне заробљенике у ратовима који су вођени од 1945. до 1990. године“, *Међународна политика* 1146/2012, 116-131; Ј.Лопичић-Јанчић, *Ратни злочини против рањеника, болесника и цивилног становништва – теорија и пракса*, *op. cit.*, 68-85, 97-147.

Prof. dr Boris Krivokapić

Full Professor,

Faculty of Business-Industrial Management and Law

University Union – Nikola Tesla, Belgrade

**GENEVA CONVENTION FOR THE AMELIORATION
OF THE CONDITION OF THE WOUNDED IN ARMIES IN
THE FIELD (1864)**

**On the occasion of the 140th anniversary of Serbia's accession to
the Convention**

Summary

The paper deals with the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field (1864).

In the introduction, the author refers to the origins of humanitarian rules in antiquity and the Middle Ages until the nineteenth century. Also, with regard to the wars in the 19th century which, due to increased numbers of combatants and new, much more lethal means of warfare produced enormous number of killed and wounded, he shows that during this period there appeared clear necessity at the universal level, for regulation of protection of the sick and wounded in the war.

The second part of the paper deals with the Geneva Convention of 1964. The author refers to the historical background of this agreement, turns attention to the content of its the most important solutions and then briefly show further development of international humanitarian law.

The third part is dedicated to the importance of the Convention of 1864. Here the author shows the impact of this agreement on the internal regulations of the countries, the impact on the development of international humanitarian law and, in particular, the impact on practice. In the latter case, he analyzes immediate impact on practice, indirect influence and impact on the development of a culture of human rights. Particularly interesting are the places where the author points to the impact of the Convention on the development of the then Principality of Serbia relevant national law, as well as, in many ways, on an amazing example of applying the principles of the Convention by Serbia in the war against Bulgaria (1885).

The general conclusion of the author is that one should not assume that there have been no violations Geneva Conventions and that such violation

will not take place in the future. However, he believes that the overall picture is positive. In this regard he suggests that one has to imagine how the world would look like without the Geneva Convention. There would still be wars, but the sufferings of victims would be much worse.

Key words: International Law, Geneva Conventions, Victims of War, War.

ЗЛОУПОТРЕБА ОПОЈНИХ ДРОГА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СКАНДИНАВСКИХ ДРЖАВА

Апстракт

Злоупотреба опојних дрога и других психоактивних супстанци природног или синтетичког порекла представља стару, дуго познату негативну, социјално-патолошку појаву којом се не угрожава само здравље и живот људи, већ се угрожава и породица, ужа и шира друштвена заједница, те свакако и безбедност целе државе. Поред тога, често су са злоупотребом опојних дрога повезане и друге криминалне појаве, односно вршење других кривичних дела у оквиру једне државе, па чак и прекогранични криминал који с временом добија карактер организованог и транснационалног криминала. Сва национална кривична законодавства на бази међународноправних аката универзалног и регионалног карактера предвиђају једно или више кривичних дела злоупотребе опојних дрога и систем кривичних санкција за њихове учиниоце. У овом се раду управо разматрају позитивноправна решења злоупотребе опојних дрога у кривичном законодавству скандинавских држава.

Кључне речи: *опојне дроге, злоупотреба, кривично дело, закон, санкције, скандинавске државе.*

1. Увод

На бази међународних стандарда који су усвојени у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација сва национална законодавства познају више различитих облика и видова испољавања кривичних дела злоупотребе опојних дрога. Ради се о различитим делатностима неовлашћене производње, прераде, стављања у промет, као и на разне начине подстрекавања, организовања или омогућавања другим лицима да дођу у посед опојних дрога ради непосредног уношења у организам чиме се озбиљно угрожава њихово здравље, па и живот. Зависно од потреба сваке поједине

¹ Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Нишу, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

државе, и разликују се кривична дела злоупотребе опојних дрога за чије учиниоце су прописане различите врсте и мере казни и других кривичних санкција. Слична је ситуација и са скандинавским (нордијским) државама као што су : Норвешка, Шведска и Финска.

Злоупотреба опојних дрога² представља озбиљан друштвени, међународни и национални правни, криминолошки и безбедносни проблем и тешку социјално-патолошку појаву. С обзиром да се ради о појави која не познаје границе између појединих држава, па ни између континената, међународна заједница је рано уочила овај проблем. Стога је у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација донето више међународних докумената који представљају систем међународних стандарда за ефикасну и квалитетну борбу са овим тешким друштвеним злом. То су³ :

- Јединствена конвенција о опојним дрогама из 1961. године,
- Конвенција о психотропним супстанцама из 1971. године и
- Конвенција о сузбијању незаконитог промета опојним дрогама из 1988. године.

На бази ових међународних докумената бројне државе, па тако и нордијске (скандинавске) државе као што су: Норвешка, Шведска и Финска су у свом националном (основном - кривичном или споредном – здравственом, медицинском) законодавству утврдиле систем кривичне одговорности и кажњивости за различите облике и видове кривичних дела злоупотребе опојних дрога.

2. Норвешка

У Краљевини Норвешкој је спречавање и сузбијање злоупотребе опојних дрога уређено са два законска текста који се међусобно допуњују. То су :

1. Општи Грађански Кривични законик Норвешке⁴ који је донет 22. маја 1902. године од када је више пута новелиран, при чему последњи пут 1. јула 2014. године. За кривична дела злоупотребе опојних дрога од значаја су две законске одредбе и то чл. 162. и 317. и

2. Закон о медицинским производима⁵ који је донет 4. децембра

² Д.Јовашевић, *Наркоманија као социјално-патолошка појава и њен криминогени значај*, магистарски рад, Правни факултет, Београд, 1985., 67-74.

³ Д.Јовашевић, *Међународно кривично право*, Ниш, 2010., 228-231.

⁴ The general Civil Penal code – Straffeloven, Act of 22. May 1902., No. 131., Norwegian Ministry of Justice, Oslo, 2014.

⁵ Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven), Ministry of Justice, Oslo, 2014.

1992. године при чему је у примени новелирана верзија Закона из 2014. године. Овај Закон у одредбама чл. 22, 24. и 31. уређује област употребе и поседовања мањих количина опојних дрога.

Законом о медицинским производима је изричито прописано да Краљ на предлог надлежних медицинских органа одређује које се супстанце сматрају опојним дрогама (члан 22.). Њиме је инкриминисано поседовање и употреба мањих количина опојних дрога противно одредбама Закона. При томе сам Закон под појмом „поседовање“ подразумева привремено поседовање (државину, фактичку власт) у циљу коришћења одређене илегалне опојне дроге. Насупрот томе, појам „складиштење“ значи поседовање опојне дроге које траје краће или дуже време (члан 24.).

Такође, овај Закон прописује и казне за учиниоце кривичних дела неовлашћеног поседовања и употребе опојних дрога у мањим количинама. Њима се може изрећи новчана казна или казна затвора до шест месеци. Иста казна је прописана и за саучесништво у извршењу дела, као и за сам покушај дела, што значи да су они изједначени са свршеним делом у погледу кривичне одговорности учиниоца и његове кажњивости (члан 31.).

Основно кривично дело злоупотребе опојних дрога у норвешком кривичном праву је прописано чланом 162. Општег Грађанског Кривичног законика. Ово дело има више облика испољавања : основни, два тежа и један лакши облик.

Основни облик дела се састоји у незаконитој производњи, увозу, извозу, набављању, складиштењу, слању или преношењу супстанце која се сходно посебном медицинском закону, а по одлуци Краља, сматра опојном дрогом. За учиниоца овог дела је прописана алтернативно новчана казна или казна затвора до две године (став 1.)⁶.

Дело има два тежа, квалификована облика испољавања.

Први облик је тешко кривично дело злоупотребе опојних дрога. Приликом процене суда да ли је кривично дело у конкретном случају „тешко“ или не, посебно се узимају у обзир следеће околности: природа (врста) супстанце која представља предмет радње извршења, количина (квантитет) супстанце и природа самог дела (начин предузимања радње - да ли је радња предузета систематски, обим последице – да ли је радња предузета према групи (више) лица, својство пасивног субјекта - посебно угрожена лица : ученици, затвореници у затворима и штићеници установама социјалне заштите). За ово дело је прописана казна затвора до десет година (став 2.).

⁶ N.Bishop, *Crime and crime control in Scandinavia*, Oslo, 1998., 217-231; K.Ingvaldsen, V.Ludgren, *Organized crime : norms, markets, regulation and research*, Oslo, 2009., 423-431.

Најтежи облик дела (став 3.) за који је прописана казна затвора од три до петнаест година постоји уколико је предмет радње извршења “’веома велика количина” опојних дрога. Када постоји “’веома велика количина” опојне дроге у конкретном случају представља фактичко питање које суд решава на бази објективних и субјективних околности учињеног дела и личности учиниоца. Уколико су при предузимању радње извршења овог облика дела постојале посебно отежавајуће околности, тада се учиниоцу може изрећи казна затвора до двадесет једне године.

Лакши, привилеговани облик дела из става 4. члана 162. Законика постоји ако је радња извршења предузета из нехата. Нехат, као блажи облик кривице учиниоца представља привилегујућу околност за коју је прописана алтернативно новчана казна или казна затвора до две године (став 4.).

Изричито је прописано да и саучесништво у извршењу овог дела, као и подстрекавање на његово извршење подлеже кривичној одговорности и кажњавању као и непосредног извршиоца дела (став 5.). Уз казну затвора се у овом случају може изрећи као споредна - новчана казна (став 6.)⁷.

Друго кривично дело злоупотребе опојних дрога је прописано чланом 317. Општег Грађанског Кривичног законика⁸. И ово дело има више облика испољавања : основни, два тежа и један лакши облик.

Основно дело (став 1.) се састоји у набављању или примању за себе или друго лице било којег прихода стеченог кривичним делом злоупотребе опојних дрога из члана 162. Но, као радња извршења овог дела је предвиђено и саучесништво у облику помагања или подстицања (подстрекавања) другог лица на обезбеђивање ове врсте прихода. Ово је, заправо, секундарно кривично дело код кога објект (предмет) радње извршења није супстанца која је проглашена за опојну дрогу, већ је то приход који је остварен противзаконитим делатностима у вези и поводом опојних дрога. За ово дело је прописана алтернативно новчана казна или казна затвора до три године. При томе је сам Законик изричито одредио да се под помагањем и подстицањем сматрају следеће радње : прикупљање, чување, прикривање, транспорт, слање, пренос, претварање, одлагање, залагање, задуживање или инвестирање прихода. Такође, са приходом у смислу овог кривичног дела сматрају се и средства, потраживања или услуге које се добијају као замена (еквивалент) за приход стечен кривичним делима у вези са опојним дрогама.

Дело има два тежа, квалификована облика испољавања.

⁷ J.Andenaes, T.Ogle, *The general part of the Criminal law in Norway*, Rothamn, 1865., 289-197.

⁸ J.Andens, *Das Norwegische Strafrecht*, Berlin, 1962., 317-324.

Први тежи облик дела за који је прописана казна затвора до шест година постоји ако се ради о “тешком” кривичном делу. При процени суда да ли је реч о таквом делу у конкретном случају се посебно узимају у обзир следеће околности : природа кривичног дела, врста и природа опојне дроге од које је приход прибављен, начин на који је учинилац дела дошао до незаконитог прихода, вредност (висина) прихода, као и да ли се учинилац “редовно” у виду заната бави вршењем овог кривичног дела (став 2.).

Најтежи облик дела (став 3.) за који је прописана казна затвора до двадесетједне године постоји ако је предмет радње извршења приход који је стечен вршењем кривичног дела злоупотребе опојних дрога под “посебно отежавајућим” околностима. Када постоје “посебно отежавајуће” околности објективног и субјективног карактера представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају.

Лакши облик дела који привилегује облик кривице учиниоца постоји ако је радња извршења предузета из нехата. За учиниоца овог дела је прописана алтернативно новчана казна или казна затвора до две године (став 4.).

Но, Законик је изричито предвидео могућност ослобођења од казне учиниоца овог дела (став 5.) ако се ради о приходима које је учинилац прибавио на следеће начине : а) на основу законског издржавања за себе или друга лица и б) у виду нормалног плаћања за обичну робу широке потрошње, предмете за свакодневну употребу или услуге.

3. Шведска

И Краљевина Шведска има разуђен систем правних прописа који уређују област злоупотребе опојних дрога. Три су закона од значаја за посматрану тему :

1. Кривични законик (који је посредног, допунског карактера),
2. Кривични закон о опојним дрогама и
3. Закон о санкцијама за кријумчарење робе.

Кривичним законом о опојним дрогама⁹ који је донет 8. марта 1968. године са изменама и допунама Законом број (2006:46) прописана су кривична дела која се састоје у различитим противправним делатностима злоупотребе опојних дрога и то у параграфима 1, 2, 3, 3–а, 3–б, 4, 5, 6, 7, 8. и 9.

⁹ Narkotikastrafflag (1968:64), Andrad : t.o.m. SFS 2006:46.

Кривични законик из 1962. године са изменама и допунама до 2010. године¹⁰ се примењује супсидијарно (поглавље 23.) при кажњавању за покушај, припремање и саучесништво у извршењу кривичних дела из параграфа 4, 5. и 6. Кривичног закона о опојним дрогама.

И коначно, Закон о санкцијама за кријумчарење робе¹¹ прописује одговорност и кажњивост за кривично дело које се састоји у : а) противзаконитом увозу и извозу опојних дрога и б) противзаконитом бављењу недозвољеним радњама са опојним дрогама сагласно параграфу 1. Кривичног закона о опојним дрогама који је и основни шведски правни акт у супротстављању различитим облицима и видовима злоупотребе опојних дрога.

Прво кривично дело из параграфа 1. став 1. Кривичног закона о опојним дрогама чини лице које са умишљајем предузме неку од алтернативно предвиђених радњи¹²:

- 1) преноси опојну дрогу,
- 2) припрема опојну дрогу намењену за противправно коришћење,
- 3) набавља опојну дрогу у циљу снабдевања других лица,
- 4) набавља, прерађује, пакује, превози, складишти или предузима друге радње у вези са опојном дрогом које нису намењене за његову личну употребу,
- 5) нуди опојну дрогу на продају, складишти или наплаћује опојну дрогу, врши посредовање између продавца и купца или предузима друге сличне радње у циљу промовисања трговине опојним дрогама и
- 6) поседује, користи или предузима другу недозвољену радњу са опојном дрогом.

За ово је дело прописана казна затвора до три године.

Казна за противзаконит увоз и извоз опојних дрога и незаконито бављење делатностима у вези са опојним дрогама прописана је у Закону о санкцијама за кријумчарење робе. Сагласно овим законским решењима учиниоцу дела се, поред казне затвора, може изрећи и новчана казна, а ако се ради о делу "тешког кријумчарења" тада је прописана казна затвора од шест месеци до шест година (параграф 1. став 2.).

Поред основног, ово дело има и лакши и тежи облик испољавања.

Лакши облик дела за који је прописана новчана казна или казна затвора до шест месеци (параграф 2.) постоји ако је радња извршења

¹⁰ Brottbalk (1962:700), Andrad : t.o.m. SFS 2014:615.

¹¹ Lag (2000:1225) om straf for smuggling, Andrad : t.o.m. SFS 2014:677.

¹² Act on penal law on Narcotics 1968:64.

основног дела предузета под олакшавајућим околностима које зависе од : а) врсте и количине опојне дроге и б) других околности које се сматрају лаким.

Тежи, квалификовани облик дела из параграфа 3. за који је предвиђена казна затвора од две до десет година постоји ако је радња извршења основног дела предузета : а) у великим размерама, б) професионално, в) у односу на нарочито велике количине опојних дрога и г) на нарочито опасан или безобзиран начин.

Следеће кривично дело из параграфа 3а. за које је прописана новчана казна или казна затвора до једне године постоји ако је радња извршења основног дела злоупотребе опојних дрога (из параграфа 1.) предузета са нехатом као обликом кривице учиниоца. У “лакшим” случајевима испољавања овог облика дела, Закон чак прописује могућност ослобођења од казне учиниоца¹³.

У одредби параграфа 3б. став 1. Закона предвиђено је кривично дело које се састоји у умишљајном предузимању противзаконитих делатности са прекурсорима. Ово дело за које је прописана казна затвора до две године постоји када учинилац :

1) преноси, производи, набавља на било који начин, прерађује, пакује или транспортује прекурсоре који су намењени за противзакониту производњу опојних дрога или

2) задржава, поседује, или предузима другу противзакониту делатност са прекурсорима.

Лакши облик овог дела постоји ако се предузета радња извршења с обзиром на врсту и количину опојне дроге, као и на друге околности сматра лаком. Одређивање “лаког” карактера кривичног дела представља фактичко питање које суд решава у сваком конкретном случају. За ово је дело прописана новчана казна или казна затвора до шест месеци (став 2.).

У ставу 3. параграфа 3б. Закона предвиђен је тежи облик дела за који је прописана казна затвора од шест месеци до шест година. Када постоји “теже” дело, такође је фактичко питање које суд решава на бази објективних и субјективних околности у свакој конкретној ситуацији узимајући посебно у обзир да ли је дело учињено : а) у великим размерама, б) професионално, в) у циљу производње великих количина опојних дрога и г) на нарочито опасан или безобзиран начин¹⁴.

За покушај или припремање основног или тешког кривичног дела у вези са опојним дрогама, као и за удруживање ради вршења овог кривичног дела учинилац се кажњава у складу са одредбама

¹³ S.Wennberg, M.Bogdan, *Criminal law, Swedish law in new millenium*, Stockholm, 2000., 155-174.

¹⁴ Strahl – Olivecrona, *A kuella Sporsmal*, Svensk Juristtdning, 1999., 196-201.

поглавља 23. Кривичног законика (параграф 4. став 1.) где су стадијуми у извршењу дела или саучесништво добили карактер самосталне радње извршења¹⁵.

Законом је изричито предвиђено да се учиниоцу наведених кривичних дела, поред казне, обавезно изричу и следеће кривичноправне мере : 1) одузимање предмета извршења дела - опојне дроге, односно прекурсора, осим уколико то није очигледно неосновано, 2) одузимање имовинске користи која је стечена кривичним делом, осим уколико то није очигледно неосновано и 3) одузимање имовинске користи коју је учинилац добио као накнаду за трошкове у вези са извршеним кривичним делом или друге вредности коју је преузео (параграф 6. став 1.)¹⁶.

Поред тога, од учиниоца се одузима и друга имовина која је послужила као помоћно средство приликом извршења кривичног дела : а) ако је то неопходно у циљу спречавања даљег вршења ових дела или б) ако постоје други посебни разлози. Такође се одузима и имовина која је намењена да се користи као помоћно средство за извршење, покушај или припремање кривичног дела злоупотребе опојних дрога (став 2.). У овом случају се имовина одузима сходно одредбама о одузимању имовине у Законику о судском поступку (параграф 7.).

Од учиниоца кривичног дела се одузимају и : а) шприцеви или игле као прибор који се може користити за убризгавање опоне дроге у тело и б) други предмети који су погодни за употребу опојне дроге или предузимање друге радње са опојном дрогом, без обзира коме припадају, осим уколико то није очигледно неосновано (став 3.)¹⁷.

4. Финска

Кривични закон¹⁸ Републике Финске из 1889. године са изменама до 2012. године у поглављу педесет које носи назив : „Кривична дела везана за опојне дроге“ предвиђа више кривичних дела злоупотребе опојних дрога. То су :

- 1) кривична дела везана за опојне дроге (члан 1.),
- 2) тешка кривична дела везана за опојне дроге (члан 2.),
- 3) неовлашћено коришћење опојних дрога (члан 2–а.),

¹⁵ Н.Ф.Кузњецова, С.С.Бељајева, *Уголовниј кодекс Швецији*, Санкт Петербург, 2001., 191-196.

¹⁶ S. Stromhalm, *An Introduction to Swedish law*, New York, 1981., 218-221.

¹⁷ N.Jareborg, *Scandinavian studies in law*, Uppsala, 1987., 159-174.

¹⁸ The Criminal Code of Finland – Rikoslaki (39/1889, amendments up to 927/2012 included), Ministry of justice, Helsinki, 2014.

- 4) припремање кривичног дела везаног за опојне дроге (члан 3.),
- 5) подстицање на извршење кривичних дела везаних за опојне дроге (члан 4.),
- 6) подстицање на извршење тешких кривичних дела везаних за опојне дроге (члан 4–а.) и
- 7) корпоративна кривична одговорност (члан 8.)¹⁹.

За разлику од претходних скандинавских закона који се баве кривичноправним третманом злоупотребе опојних дрога, фински законодавац је ова кривична дела предвидео искључиво и једино у Кривичном закону и то као ‘’именована’’ кривична дела.

Кривична дела везана за опојне дроге из члана 1. КЗ постоје ако лице неовлашћено:

- 1) производи или покуша да произведе опојну супстанцу или узгаја или покуша да узгаја биљку коке, кат (*Catha edulis*) или *psilosybe* печурке,
- 2) узгаја или покуша да узгаја опијумски мак, конопљу или кактус биљке које садрже мескалин у сврху употребе као опојне супстанце или сировине у циљу употребе у производњи или индустријској преради опојних супстанци,
- 3) увози, покуша да увезе, извезе, покуша да извезе, преноси, наложи пренос или покуша пренос опојне супстанце,
- 4) продаје, набавља, испоручује или на други начин ставља у промет или покуша да стави у промет опојну супстанцу или
- 5) поседује или покуша да набави опојну супстанцу.

За ова кривична дела прописана је алтернативно новчана казна или казна затвора до две године.

У члану 2. КЗ предвиђена су тешка кривична дела везана за опојне дроге (члан 2.) за која је прописана казна затвора од једне до десет година. Ова дела постоје у следећим случајевима²⁰:

- 1) ако је предмет кривичног дела ‘’веома опасна’’ опојна супстанца или ‘’већа количина’’ опојних супстанци,
- 2) ако се радња предузима у намери остварења ‘’знатне’’ финансијске користи,

¹⁹ I. Anttila, *A new trend in criminal law in Finland, Criminology between the rules and the outlaws*, Helsinki, 2014., 378-382.

²⁰ C.W.G. Jasperse, K.A. Leeuwen Burrow, L.G. Toornvlietat, *The Criminal law in Finland*, Kluwer, 1976., 144-152.

- 3) ако учинилац делује као члан групе организоване у циљу даљег извршења оваквих дела и
- 4) ако се опојна супстанца дистрибуира малолетницима или на безобзиран начин.

Кривично дело из члана 2а.КЗ “неовлашћено коришћење опојних дрога” постоји у случају неовлашћеног коришћења, поседовања или покушаја набављања за личну употребу мање количине опојних супстанци. За ово дело прописана је алтернативно новчана казна или казна затвора до шест месеци.

У члану 3. КЗ предвиђено је кривично дело²¹ “припремање извршења кривичног дела везаног за опојне дроге”. Оно дело се састоји у производњи, увозу, набављању или примању средстава, опреме или материјала који је погодан за извршење кривичног дела везаног за опојне дроге. Овде је предмет радње извршења не опојна супстанца, већ предмети који су намењени за њену производњу чиме су припремне радње добиле карактер самосталне радње извршења. За ово дело је прописана је алтернативно новчана казна или казна затвора до две године. Према изричитој законској одредби, и покушај овог дела је такође кажњив (став 2.).

“Подстицање на вршење кривичних дела везаних за опојне дроге” из члана 4. КЗ се састоји у производњи, превозу или предаји средстава, опреме или материјала другоме лицу у намери неовлашћене производње, узгајања, увоза или извоза опојних супстанци²². Но, ово дело постоји и ако учинилац позајмљивањем средстава или на други начин финансирањем подстиче или припрема извршење кривичног дела које је везано за опојне дроге. За ово дело је прописана алтернативно новчана казна или казна затвора до две године. Сам је Законик одредио да се и покушај предузимања неке од алтернативно наведених радњи кажњава као свршено дело.

У члану 4а. КЗ је предвиђено такође саучесништво као облик непосредног извршења кривичног дела. Ради се о кривичном делу “подстицање на извршење тешких кривичних дела везаних за опојне дроге”²³. Оно постоји ако се предузима радња извршења : а) од стране лица које делује као члан криминалне групе која је организована управо ради вршења кривичних дела везаних за опојне дроге, б) у односу на средства, залихе или супстанце које су намењене за производњу, узгој, увоз или извоз “веома опасне” опојне дроге или “велике количине” опојних дрога и в) у односу на велику финансијску корист

²¹ M. Joutsen, *The Criminal law in Finland*, Helsinki, 1979., 69-71.

²² J.Forsmann, *Le Grand duche de Finlande*, Helsinki, 2008., 217-221.

²³ M.O’Kane, J.Nakhwal, *Criminal Cartels, Law and Practice*, Helsinki, 2013., 189-194.

као надокнаду за подстицање на извршење тешких кривичних дела везаних за опојне дроге или услед таквог подстицања. За ово дело је прописана казна затвора од четири месеца до шест година, при чему је и сам покушај дела кажњив према изричитој законској одредби.

Поред законом прописане казне, учиниоцу кривичних дела злоупотребе опојних дрога у Финској се обавезно изриче и мера одузимања средстава, залиха или супстанци које су коришћене за извршење дела, као и финансијских средстава прибављених на овај начин (члан 6. КЗ).

Законодавац је изричито предвидео у члану 7. КЗ и могућност одустанка од оптужбе и изрицања казне учиниоцу наведених кривичних дела ако се процени на основу свих околности конкретног случаја да се ради о "ситном" делу, узимајући у обзир количину и врсту опојне супстанце, ситуацију у којој је супстанца коришћена и друге околности. На исти начин се може поступити и ако је учинилац дела затражио медицинску помоћ у смислу лечења од зависности од опојних дрога које је одобрено од стране Министарства за социјална питања и здравство.

И на крају фински законодавац је у члану 8. КЗ изричито предвидео корпоративну кривичну одговорност – одговорност правног лица за извршење, припремање или покушај извршења било ког кривичног дела злоупотребе опојних дрога, што представља специфично решење у савременом кривичном законодавству.

5. Закључак

На бази релевантних универзалних међународних стандарда који су донети у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација, и позитивно кривично законодавство скандинавских држава (Норвешке, Шведске и Финске) познаје више кривичних дела којима се на адекватан начин – системом казни (казна затвора и новчана казна) и других имовинских кривичноправних мера (одузимање предмета, одузимање имовинске користи и др.) покушава ефикасно сузбијање различитих облика и видова противправних делатности у вези и поводом опојних дрога. У том циљу присутна су два решења : а) када су кривична дела злоупотребе опојних дрога прописана истовремено у основном кривичном, али и у споредном (здравственом, медицинском) законодавству као што је случај у Норвешкој и Шведској и б) када су кривична дела злоупотребе опојних дрога предвиђена искључиво у Кривичном закону (Финска).

При томе су законодавци Норвешке и Шведске изричито предвидели и различите облике саучесништва као што су подстрекавање,

помагање или злочиначко удруживање у саставу групе као самосталне радње извршења и то квалификованих облика дела.

И припремне радње (Шведска и Финска) су на одређени начин добиле карактер самосталне инкриминације прописивањем њихове кажњивости, док је покушај ових дела кажњив у свим анализираним законодавствима. Нека законодавства (Норвешка и Финска) кажњавају и само коришћење опојних дрога у мањим количинама.

Специфично је решење у Норвешкој која као привилеговани облик ових кривичних дела предвиђа и нехатно предузимање радње извршења (где нехат као блажи облик кривице представља привилегујућу околност).

И коначно, Финска познаје специфичност у инкриминацији кривичних дела злоупотребе опојних дрога када изричито прописује корпоративну кривичну одговорност – одговорност правних лица за предузимање противправних радњи у вези и поводом опојних дрога.

Све те инкриминације, као и квалитетно, ефикасно и законито примењивање свих прописа у вези са узгојем, производњом, продајом, увозом или извозом, као и самим поседовањем опојних дрога треба да представљају ефикасан оквир којим се скандинавске државе покушавају ефикасно, законито и квалитетно супротставити противправним активностима у вези са злоупотребом опојних дрога и на тај начин смањити разорно дејство опојних дрога на људски организам.

Prof. Dragan Jovašević, Ph.D

Full Professor

Faculty of Law at the University of Niš

THE DRUGS ABUSE IN THE SCANDINAVIAN CRIMINAL LAW

Summary

The abuse of narcotic drugs and other psychoactive substances of natural or synthetic origin is an old, long known negative, socio-pathological phenomenon which endangers the health and life of people, but it also endangers the family, the narrower and wider community, and

certainly the safety of a whole state. In addition, the abuse of narcotic drugs often involves other crime-related phenomena, i.e. other criminal acts within a state, and even cross-border crime, which eventually gets organized and transnational character. Every national criminal legislation based on international acts of universal and regional character, foresees one or more criminal offenses of drugs abuse and system of criminal sanctions for their perpetrators. In this paper, author has discussed some positive criminal law solutions of drugs abuse in the criminal law in Scandinavian states.

Key words : narcotic drugs, abuse, criminal offense, code, sanctions, Scandinavian states

UPRAVLJANJE PRIRODNIM I NUKLEARNIM KATASTROFAMA: PRAVNI I ETIČKI PRISTUP²

Apstrakt

Cilj ovog rada je da osvetle neka od glavnih pitanja koja nastaju u vezi sa prirodnim i nuklearnim katastrofama. U tom kontekstu, posebno se razmatraju tri glavne faze u upravljanju katastrofama: predviđanje i spremnost na katastrofu; hitan odgovor na katastrofu; medicinsko upravljanje i podrška kao deo hitnog odgovora na katastrofu i obeštećenje žrtava katastrofe, i to kako sa stanovišta pravne teorije, tako i sa gledišta međunarodnih pravnih instrumenata.

Ključne reči: katastrofa, predviđanje i spremnost, hitan odgovor, medicinsko upravljanje, obeštećenje.

1. Uvod

Katastrofe (masovne nesreće, vanredne situacije) su više ili manje (ne)predvidljivi, izuzetni događaji, velikih razmera ili lokalni, ekstremni ili ograničeni. Međunarodna federacija Crvenog krsta (*International Federation of Red Cross*) i Društava crvenog polumeseca (*Red Crescent Societies*) definišu katastrofu kao: „iznenadan, koban događaj koji ozbiljno remeti funkcionisanje zajednice ili društva i uzrokuje ljudske, materijalne i ekonomske ili ekološke gubitke koji prekoračuju mogućnost zajednice ili društva da se izbori sa njim korišćenjem svojih vlastitih sredstava. Mada ih često prouzrokuje priroda, katastrofe može uzrokovati

¹ Naučni savetnik u Institutu društvenih nauka u Beogradu; mail: vklajn@idn.org.rs

² - Napomena o radu: tema je obrađena kao rezultat rada na projektu br. 179023 (2011-2015), koji podržava Ministarstvo za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije, a čiji je nosilac Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka u Beogradu.

i čovek“.³ Katastrofe uvek nasaju iz neke fundamentalne neravnoteže između opasnosti u okruženju i ranjivosti (podložnosti) ljudske zajednice, odnosno društva. Razumevanje glavnih faktora koji proizvode ili će proizvesti opasnosti i ranjivosti sada ili u budućnosti ima ključnu ulogu u procenjivanju rizika katastrofa.⁴

Postoje brojna objašnjenja zašto se oblast zakona o katastrofama opire kretanju ka „internacionalizaciji“, ali su dva najvažnija. Prvo, budući da su nacionalni zakoni i politike koji regulišu upravljanje katastrofama oskudni, nema adekvatnog utemeljenja u nacionalno specifičnim zakonima i normama na kojima bi se gradila međunarodna građevina. Drugo, težnja je vladâ da „idu same“ kada dođe do upravljanja katastrofama. Umesto da se upravljanje katastrofama tretira kao područje recipročnog rizika u kome su potrebe i interesi različitih zemalja međusobno zavisni, zemlje generalno upravljaju katastrofama na jednoj *ad hoc* pojedinačnoj osnovi.⁵

Ipak, ne postoji potpun nedostatak prekograničnih pravnih normi. Međunarodne pravne norme najvidljivije su kad dolazi do hitnog odgovora na prirodne katastrofe; samo su delom vidljive na polju predviđanja i spremnosti na katastrofe, ali su u velikoj meri nevidljive na polju obeštećenja žrtava posle katastrofe. Suprotno tome, međunarodni sporazumi postoje u nuklearnoj oblasti. Oni počivaju na poimanju da će nuklearna nesreća u jednoj zemlji imati negativne posledice i u drugim obližnjim zemljama. Nikakvi slični sporazumi ne postoje za prirodne katastrofe. Slučajnost (nasumičnost) prirodne katastrofe, zajedno sa teškoćom predviđanja njenih posledica i nedovoljna jasnoća između onog što ustanovljava prirodnu naspram ljudski-uzrokovane katastrofe otežava konstruisanje međunarodnih pravnih (zakonskih) normi.⁶

Mada je izvesnu kategorizaciju i razliku nužnu napraviti kada se analiziraju katastrofe, važno je istaći da su šira razdvajanja između različitih vrsta (tipova) katastrofa često nejasna. Ponekad je teško da se napravi razlika između onih koje „potiču od čoveka“ (*man-made*) i onih koje su „prirodne“. Poplava može biti „prirodna“ katastrofa, na primer,

³ Upor. H.Ashton: „Legal and Ethical Aspects of First Medical Response To Disasters“, Background Paper, *Centre for Science, Society and Citizenship*, 14./9/2008, 6, International Workshop, Rome 11-12 December 2008, Grant Agreement No. 218057, <http://www.cssc.eu>, 20.11.2014.; V. član 2, stav 1, tačka 3 srpskog Zakona o javnom zdravlju, „*Službeni glasnik RS*“, br.72/2009.

⁴ Upor. J.Arnold: „Disaster Medicine in the 21st Century: Future Hazards, Vulnerabilities and Risks“, Special Report, *Prehospital and Disaster Medicine*, Vol.17, No.1, January-March, 2002:3; <http://pdm.medicine.wise.edu>, 15.05.2015.

⁵ Upor. E.Feldman,C.Fish: “Natural Disaster, Nuclear Disaster and Global Governance”, (2015), *Faculty Scholarship Paper*, 1552: 1-2, http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1552, 17.06.2015.

⁶ *Ibid.*, 41-43

ali šteta koju ona prouzrokuje skoro je uvek izazvana „neprirodnim“ okruženjem (nedovoljno zaštićenim rečnim obalama - nasipima; gradnjom kuća suviše blizu reka u vodoplavnim područjima, i sl.). Topljenje jezgra nuklearnog reaktora na nuklearnoj elektrani može biti „nuklearna“ katastrofa, ali ona može biti aktivirana zemljotresom ili nekim drugim „prirodnim“ događajem. Čak i prirodna katastrofa može biti varljiva u tome što može da uključi katastrofe koje „potiču od čoveka“, koje štete „prirodnoj“ životnoj sredini, kao što je izlivanje nafte. Slično, razlika između spremnosti za i odgovora na katastrofu može biti neprozirna ili, kao ona između neposrednog, hitnog odgovora na katastrofu i obešćenja žrtava pošto se katastrofa dogodila.⁷

Cilj ovog rada je da osvetli neka od glavnih pitanja koja nastaju u vezi sa prirodnim i nuklearnim katastrofama. U tom kontekstu, posebno se razmatraju tri glavne faze u upravljanju katastrofama: predviđanje i spremnost na katastrofu; hitan odgovor na katastrofu; medicinsko upravljanje i podrška kao deo hitnog odgovora na katastrofu i, obeštećenje žrtava katastrofe, i to kako sa stanovišta pravne teorije, tako i sa gledišta međunarodnih pravnih instrumenata.

2. Prirodne katastrofe

Faktori koji imaju tendenciju da proizvedu opasnosti u svetu u XXI veku uključuju rast stanovništva, dalje uništavanje prirodne sredine, globalno zagrevanje, krčenje šuma, ekonomske neravnoteže, opasni materijali, hemijsko oružje, itd. Faktori koji uvećavaju (generišu) ranjivosti od opasnih događaja uključuju rast populacije, činioci infekcija, opasne materije, hemikalije, hemijska oružja, starenje populacije, siromaštvo, loša raspodela stanovništva u područja sklona katastrofama, urbanizacija, itd. Globalna ekološka međuzavisnost biće stare katastrofe u nepredviđenim oblicima i nove katastrofe na načine koji su još nezamislivi. U proceni rizika budućih katastrofa kritičnu ulogu ima mogućnost upravljanja. Verovatnoća bilo koje date katastrofe može značajno da se izmeni putem upravljanja njenim različitim komponentama opasnosti i ranjivosti.⁸

Četiri drevna elementa - zemlja, vatra, voda i vetar - nastaviće da izazivaju zemljotrese, požare vegetacije, poplave i tropske ciklone, mada će u mnogim slučajevima razlozi biti mnogo komplikovaniji, a posledice mnogo ozbiljnije. Bilo da se razmatra rizik prirodnih ili antropogenih katastrofa, važno je da upravljači katastrofom stalno imaju u vidu zemaljske opasnosti i ranjivosti, na primer, visok rizik od problema kao

⁷ *Ibid.*, 6-7.

⁸ Upor. J. Arnold, 2002., 3; 8.

što je prisustvo opasnih materija u društvu ili rast populacije zajedno sa događanjem zemljotresa.⁹

2.1. Predviđanje i spremnost na prirodne katastrofe

Napori na razvijanju upravljačkih mehanizama za predviđanje i spremnost na katastrofu rezultirali su u „napabirčenim“ multilateralnim i bilateralnim sporazumima između suverenih država i između suverenih država i regionalnih i međunarodnih organizacija. Ovim sporazumima često nedostaju primenjujući mehanizmi i skloni su da se usresrede na uska pitanja bitna za region i podregion. Region Kariba, na primer, zaključio je Konvenciju za zaštitu i razvoj životne sredine mora širom regiona Kariba 1983. godine (*Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region in 1983*), koja zahteva od strana ugovornica da preduzmu sve potrebne mere da odgovore ili na pretnju zagađenjem ili na postojanje zagađenja u području Kariba (član 11).¹⁰ Ova Konvencija je dobar primer nejasne granice između različitih vrsta katastrofa. Mnogi bi smatrali da je izlivanje nafte katastrofa koja potiče od čoveka. Međutim, rezultati izlivanja: povreda divljih životinja, kvaliteta vode, i sl., više odgovaraju definiciji prirodne katastrofe. Ključan deo Konvencije je Protokol koji se tiče kooperacije u borbi protiv izlivanja nafte u širem regionu Kariba, sa Aneksom člana 3, od 24. marta 1983, koji je stupio na snagu 11. oktobra 1986. godine.¹¹ Protokol neuspešno određuje i obaveze ugovornih strana u slučaju velikog izlivanja nafte i u stvaranju mehanizama koji osiguravaju da će strane ugovornice ispuniti svoje obaveze. Neodređenost odredbi ovog Protokola i Konvencije uopšte, samo ohrabruju, ali ne zahtevaju od država potpisnica da usklade svoje nacionalne politike da bi se postigli ciljevi Konvencije.¹²

Svetska konferencija o smanjenju katastrofa Ujedinjenh nacija iz 2005. godine (*United Nation's 2005 World Conference on Disaster Reduction*) predstavlja međunarodni napor ka razvijanju međunarodnih pravnih normi o predviđanju i spremnosti na prirodne katastrofe koja usvaja, na kraju, Međunarodni program ranog upozoravanja (*International Early Warning Programme*). Program ima hvale vredan cilj da razvije internacionalni sistem ranog upozoravanja kada su katastrofe bliske, okvire planova i potpuno opisivanje lanca donošenja odluka (UNISDR,

⁹ *Ibid.*, 8-9.

¹⁰ E. Feldman, C. Fish, 2015:7.

¹¹ *Protocol Concerning Cooperation in Combating Oil Spills in the Widler Caribbean Region, with Annex, art 3, March 23, 1983, T.I.A.S. No.11, 085, 1506, U.N.T.S. 157 (entered into force Oct. 11, 1986).*

¹² E. Feldman, C. Fish, 2015: 7.

2004).¹³ Program posebno naglašava da je vizija Međunarodne strategije za smanjenje katastrofa UN „da se omogući svim zajednicama da postanu otporne na dejstva prirodnih, tehnoloških i ekoloških opasnosti“.¹⁴

2.2. Hitan odgovor na prirodne katastrofe

Kada se katastrofa dogodi, svaka prepreka i zakašnjenje u pružanju pomoći mogu da budu fatalni za veliki broj ljudi i otuda su pravni i delotvorni zakoni u ovoj oblasti od suštinske važnosti. Do 2000. godine nije postojao nijedan šire prihvaćen izvor međunarodnog zakona koji bi sadržao pravne standarde, procedure, prava i dužnosti koji se odnose na odgovor i pomoć u katastrofi. Nisu postojala nikakva univerzalna pravila koja olakšavaju sigurnu, delotvornu međunarodnu pomoć i mnogi napori pomoći bili su otežani kao rezultat toga.¹⁵

Iz ovih razloga, Međunarodna federacija Crvenog krsta započela je rad na Međunarodnom zakonskom projektu odgovora na katastrofu 2000. godine (*International Disaster Response Law Project, 2000*). Ovim projektom, Federacija nastoji da okupi zajedno različite međunarodne instrumente koji sadrže zakonske politike koje se tiču katastrofa. Ovi međunarodni instrumenti uključuju ugovore, rezolucije i vodiče, koji se grupišu i formiraju Međunarodna zakonska pravila i principe u odgovoru na katastrofu (*International Disaster Response Laws Rules and Principles*) ili IDRL. Ključni osnov za IDRL je Zakon o ljudskim pravima (*Human Rights Law*), koji uključuje, između ostalih, pravo na život, hranu i vodu, stanovanje, odeću, zdravlje, izdržavanje i slobodu od diskriminacije. Dva osnovna ugovora o ljudskim pravima su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) (*The International Convent on Civil and Political Rights, 1966*) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) (*The International Convent on Economic, Social and Cultural Rights, 1966*). Za prikupljanje humanitarne pomoći važno je pomenuti Kancelariju UN za koordinaciju humanitarnih poslova (*UN's Office for the Coordination of Humanitarian Affairs/OCHL*), Razvojni program Ujedinjenih nacija (*United Nations Development Programme/UNDP*), UNICEF i druge međunarodne organizacije.¹⁶ Istaknuta je i uloga donatorske pomoći. Dva najvažnija instrumenta su Konvencija o pomoći u hrani (1999) (*Food Aid Convention, 1999*) i Principi i praksa dobrih humanitarnih donatorskih odnosa (2003) (*Principles and Practice of Good Humanitarian Donorships, 2003*). Važnost donatorske pomoći

¹³ *Ibid.*, 8-9.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Upor. H: Ashton, 2008: 8.

¹⁶ *Ibid.*, 8-9.

istaknuta je u hitnom odgovoru na zemljotres i cunami u Indijskom okeanu 2004. godine, u kojem je 78 zemalja, 30 organizacija i jedan broj bez presedana direktnih privatnih donatora doprineo sa više od 1,6 biliona američkih dolara pomoći. U narednim godinama uloga privatne pomoći u humanitarnoj pomoći posle katastrofa nastavila je da raste. Od 2006. do 2010. godine, na primer, privatni fondovi kao deo ukupnog humanitarnog odgovora raste od 17% na 32%. Nažalost, i humanitarne organizacije i donatorska pomoć naišli su na niz teškoća u borbi da se humanitarna pomoć koordinisano raspodeli. Sposobnosti za koordinaciju vrlo su malo napredovali u ovoj oblasti.¹⁷

Zakon o transportu (*Transport Law*), sadrži nekoliko ugovora, na primer, Konvenciju o olakšavanju međunarodnog pomorskog saobraćaja (1965) (*The Convention on Facilitation of International Maritime Traffic, 1965*) čije su pojedine odredbe oblikovane da olakšaju ulaz pomoći u stvarima i personalu posle katastrofe. Neki aspekti Kosmičkog prava takođe su bitni za odgovor na katastrofe, na primer, o Kooperaciji čartera da dostignu koordinisano korišćenje kosmičkih sredstava u slučaju prirodnih ili tehnoloških nesreća (1999) (*Charter on Cooperation to Archive Coordinated Use of Space Facilities in the Event of Natural or Technological Disasters, 1999*). Konvencija o obezbeđenju telekomunikacionih sredstava za ublažavanje katastrofa i operacija doturanja pomoći (1998) (*The Tampere Convention on the Provision of Telecommunication Resources for Disaster Mitigation and Relief Oporetion, 1998*) sadrži odredbe koje se odnose na smanjenje uobičajenih prepreka za korišćenje telekomunikacionih sredstava u toku nesreće/katastrofe; na uvozne i izvozne restrikcije; na korišćenje pojedinih vrsta opreme i pojedinih vidova radio-frekvencija. Ova Konvencija je jedna od malog broja pravnih dokumenata koja se odnosi i na države i na nevladine organizacije u pružanju pomoći.¹⁸

Za medicinski odgovor na katastrofe, Zdravstveno pravo (*Health Law*) posebno je važno. Različiti vodiči odnose se na doniranje lekova, korišćenje poljskih bolnica i prevenciju i odgovor na širenje bolesti. Prema sistemu UN, postoje zakoni o postupanju sa raseljenim licima, što je od posebnog značaja za žrtve katastrofa koje su ostale bez mesta za stanovanje. Najšire korišćeni zakoni i vodiči na polju pomoći u vanrednoj situaciji posle katastrofe su Zakon o ponašanju Međunarodnog Crvenog krsta i Pokreta Crvenog polumeseca i nevladinih organizacija (1994) (*The Code of Conduct of the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Government Organizations, 1994*); Sfera humanitarnog čartera i minimalni standardi pomoći u katastrofi (*The Sphere Humanitarian Charter and*

¹⁷ Upor. E. Feldman, C. Fish, 2015: 9-10.

¹⁸ H. Ashton, 2008: 9-10.

Minimum Standards in Disaster Relief), revidiran 2004. godine, i Hyogo okvirni postupak (2005) (*Hyogo Framework Action, 2005*) Iako neizmerno korisni, ovi dokumenti, pošto nisu obavezujući, njihov uticaj na globalnom nivou je ograničen. Neki od najsveobuhvatnijih globalnih instrumenata u ovoj oblasti su neobavezujuće deklaracije, zakoni i vodiči.¹⁹

Uprkos činjenici da je IDRL uspeo da pruži izvesnu jasnoću u pravnu situaciju koja okružuje odgovor na katastrofe, on je takođe istakao brojne praznine u sadašnjem zakonodavstvu. Otuda postoji još prostora za unapređenje i razjašnjenje zakona koji se odnose na hitan odgovor na katastrofe.

2.3. Medicinsko upravljanje i podrška kao deo hitnog odgovora na prirodne katastrofe

Lekari su deo koordinisanih operacija koje obuhvataju mnoge aktere, kao što su spasioci, vatrogasci i osoblje za sprovođenje zakona. Ove operacije iziskuju delotvornu i centralizovanu vlast koja koordinira društvene (javne) i privatne napore. Spasioci i lekari suočavaju se sa izuzetnom situacijom u kojoj njihova profesionalna etika mora da osigura da će tretman onih koji su preživeli katastrofu biti u skladu sa osnovnim etičkim načelima i da neće biti pod uticajem drugih motiva.²⁰

Neadekvatna i/ili nepostojeća medicinska sredstva na licu mesta i veliki broj povređenih ljudi u kratkom vremenu predstavljaju poseban izazov. Stoga Svetska medicinska asocijacija preporučuje sledeće etičke (i pravne – dodala VK) principe i postupke koji se odnose na ulogu lekara u situaciji katastrofe.

Pravo prvenstva, odabira ili trijaže je medicinski postupak prioritizovanja tretmana i upravljanja zasnovanog na brznoj dijagnozi i prognozi svakog pacijenta. Trijaža mora da se vrši sistematično, uzimajući u obzir medicinske potrebe, mogućnosti medicinske intervencije i raspoloživosti medicinskih sredstava. Vitalni postupci reanimacije mogu da se izvrše u isto vreme kad i trijaža. Trijaža nameće etičke i pravne problem koji su posledica ograničenih sredstava tretmana neposredno na raspolaganju u odnosu na veliki broj povređenih lica u različitim stanjima zdravlja. Idealno, trijaža treba da bude poverena ovlašćenim, istaknutim lekarima ili lekarskim

¹⁹ *Ibid.*, 10.

²⁰ Izjava Svetske medicinske asocijacije o medicinskoj etici u slučaju katastrofe /WMA Statement on Medical Ethics in the Event Of Disasters, usvojena na 46-oj Generalnoj skupštini WMA, Pilenberg, Južna Afrika, oktobra 2006. godine, 2/6, <http://www.wma.net/cn/30/publications/10policies/d> 7, 11.05. 2015. (dalje:Izjava WMA); Upor. Kodeks profesionalne etike Lekarske komore Srbije, član 4, stav 2 i član 6, stavovi 4,5 i 6, *Službeni glasnik RS*, br.121/2007.

timovima uz pomoć kompetentnog osoblja. Lekar treba da odvoji pacijente u kategorije i onda da ih leči sledećim redosledom, u skladu sa nacionalnim vodičima:

(a) pacijenti koji mogu biti spaseni ali čiji su životi u neposrednoj opasnosti treba da dobiju tretman odmah ili po prioritetu u narednih nekoliko sati;

(b) pacijenti čiji životi nisu u neposrednoj opasnosti, a koji imaju potrebu za hitnim ali ne neposrednim medicinskim lečenjem treba da budu lečeni sledeći;

(c) povređena lica koja zahtevaju samo mali tretman mogu da budu lečena kasnije ili od strane spasilaca (humanitarnih, pomoćnih radnika/*relief workers*);

(d) pacijentima kojima nije potreban tretman za telesne povrede, ali koji imaju psihološke traume potrebno je ponovno umirivanje ili sedacija ako bi se stvarno dodeljivala;

(e) pacijenti čije stanje prevazilazi raspoloživa sredstva, koji pate od krajnje ozbiljnih povreda, kao što su opekotine ili radijacija, do takve širine i stepena da oni ne mogu biti spaseni u posebnim okolnostima mesta i vremena, ili složeni hirurški slučajevi koji zahtevaju posebno delikatnu operaciju koja bi trajala suviše dugo, time obavezujući lekara da pravi izbor između njih i drugih pacijenata, mogu se kvalifikovati kao slučajevi „iznad hitne pomoći“ (*beyond emergency care*);

(f) pošto medicinska stanja pacijenata mogu da se razvijaju i otuda menjaju kategoriju, bitno je da tu situaciju ponovo proceni odgovorni lekar/funkcioner za trijažu.²¹

Prema Izjavi Svetske medicinske asocijacije (WMA), tretman „iznad hitne pomoći“ podrazumeva da medicinska etika dopušta lekaru da ne istrajava, po svaku cenu, na lečenju pojedinaca „iznad hitne pomoći“, pri tome trošeći oskudna medicinska sredstva koja su potrebna drugde. Odluka da se ne leči povređeno lice na račun prioriteta koji diktira situacija katastrofe, ne može da se smatra da je propust da se pritekne u pomoć licu u smrtnoj opasnosti. Lekar mora da pokaže prema takvim pacijentima saosećanje i poštovanje za njihovo dostojanstvo, na primer, sa izdvajanjem njih od drugih i sa davanjem prikladnih lekova za oslobađanje od bola i sedativa. Time lekar postupa u skladu sa potrebama pacijenata i raspoloživih sredstava i sa *postavljanjem prioriteta za tretman na način koji će spasiti najveći mogući broj života, a morbiditet svesti na najmanju moguću meru*. U odabiranju pacijenata koji mogu biti spaseni, lekar treba da razmotri samo njihov medicinski status, a da ne razmatra nemedicinske kriterijume.²²

²¹ Izjava WMA, 2006., 3-6.

²² *Ibid.*, 4-6.

Preživeli katastrofe imaju prava na isto poštovanje kao i drugi pacijenti i na prikladan tretman sa pacijentovim pristankom. Ipak, treba da se prizna da informisani pristanak nije realistična mogućnost u hitnom odgovoru na katastrofu, jer za to nema dovoljno vremena. U periodu posle katastrofe, potrebe preživelih moraju da se razmotre, Mnogi su možda ostali bez člana porodice i često im je potrebna psihološka podrška. Osim toga, lekari moraju da poštuju običaje, rituale i religije pacijenata i da ostanu u svemu nepristrasni.²³

2.4. Obeštećenje žrtava prirodnih katastrofa

Za razliku od predviđanja i spremnosti i hitnog odgovora na prirodne katastrofe, međunarodne norme za obeštećenje žrtava prirodnih katastrofa u velikoj meri ne postoje. Međunarodni instrumenti koji postoje oslanjaju se, pretežno, na raspodelu međudržavne odgovornosti, a ne na mehanizam koji bi obezbeđivao obeštećenja za pojedine žrtve. Pošto su podsticaji za međunarodnu koordinaciju posebno slabi, najveći deo obeštećenja - kada se plati – obezbeđuju pojedine zemlje ljudima unutar svojih granica.²⁴

U većini slučajeva pojedinci se ne obeštećuju za lične povrede ili imovinske gubitke. Neke žrtve mogu da se oslone na osiguranje, kada je raspoloživo. Na primer, Turski osiguravajući fond za katastrofe (*Turkish Catastrophe Insurance Pool*), kao javno-privatni partnerski odnos između turske vlade i privatne industrije osiguranja, povišio je za katastrofe vezano pokriće osiguranja od manje od 3% do više od 23% širom zemlje. Ipak, mnoge standardne osiguravajuće politike isključuju izvesne vrste katastrofalnih rizika. Imovinska šteta, na primer, isključena je iz pokrića osiguranja prema standardnim politikama osiguranja imovine u SAD, kao što su šteta koje potiče od katastrofalnih poplava i zemljotresa, iako je tržište privatnog osiguranja za politike koje su usko prilagođene prirodnim katastrofama izuzetno ograničeno.²⁵

U nekim slučajevima, *ad hoc* pomoć u katastrofi od nevladinih organizacija, međunarodnih organizacija, nacionalnih vlada i uvećano privatnih donacija mogu biti, takođe, kanali za katastrofom pogođene zemlje, posebno za zemlje u razvoju.²⁶

²³ V., na primer, G.Roshchin, O.Mazurenko: „Ukrainian’s Disaster Medicine Team Mission to India following the Earthquake of 2001“, *Prehospital and Disaster Medicine*, July-September 2002: 164, Brief Report, <http://phm.medicine.wisc.edu>, 20.04.2015.

²⁴ Upor. E. Feldman, C. Fish, 2015:12.

²⁵ *Ibid.*, 12-13.

²⁶ *Ibid.*, 13.

3. Nuklearne katastrofe

Nuklearne katastrofe ne mogu, nažalost, da se smatraju više hipotetičkim; naprotiv, one su sve češće sa starenjem nuklearnih elektrana. Od 440 nuklearnih elektrana u 28 zemalja, mnoge su smeštene u regione sa visokom gustom stanovništvu. Ma koja katastrofa ima prekogranična dejstva koja pogađaju nekoliko zemalja, posebno u Evropi. Posle katastrofe u Fukušimi postalo je jasno da uzroci katastrofa mogu biti multiplikovani i raznovrsni, na primer: tehnički loše funkcionisanje, ljudska greška, zastarevanje objekta, vatra, prirodni rizici, izuzetni vremenski događaji, terorizam, avionske nesreće, i sl. U nuklearnoj katastrofi mora da se uzme u obzir mogućnost da se istovremeno dogodi prirodna katastrofa i obratno. Nuklearne katastrofe su vrlo složene i nisu uporedive sa drugim vrstama prirodnih ili tehnoloških katastrofa zato što su njihova veličina i ozbiljnost posledica po životnu sredinu i po ljudsko zdravlje sadašnjih i budućih generacija udružene sa radioaktivnom kontaminacijom. Usled mogućih visokih nivoa radijacije na mestu nesreće, hitne (vanredne) mere uvek su teško primenljive i na njih mogu da utiču i regionalna topografija i meteorološka situacija.²⁷

3.1. Predviđanje i spremnost na nuklearne katastrofe

Međunarodnu kooperaciju u pogledu nuklearne bezbednosti predstavljaju dva ugovora pod pokroviteljstvom Međunarodne agencije za atomsku energiju (*International Atomic Energy Agency/IAEA*). Prvi je Konvencija o nuklearnoj bezbednosti (*Convention on Nuclear Safety*), koja je usvojena 17. juna 1994. godine, a stupila je na snagu 24. oktobra 1996. godine.²⁸ Konvencija zahteva ratifikaciju 76 zemalja za primenu posebnih bezbednosnih pravila i standarda u objektima nuklearne energije, uključujući mesto izbora, pripravnost/spemnost u vanrednim situacijama i verifikaciju rada i sigurnosti (čl.14-19). Kuba, Egipat, Izrael, Sudan i Sirija su među nekolicinom zemalja koje su je potpisale, ali je nisu ratifikovale.²⁹ Drugi je Zajednička konvencija o bezbednosti upravljanja potrošnjom goriva i o bezbednosti upravljanja radiološkim

²⁷ *Recommendations on human rights and medical management in nuclear disasters*, International Symposium on Legal and Medical Aspects of Nuclear Disaster and Human Rights organized at Waseda University (Tokyo, Japan) by the International Center for Comparative Law (Limoges, France) and the Waseda University Institute of Comparative Law, on 14 and 15 October 2014, <http://www.weder/preparatory/commitmentdownload/?file...docx>, 16.06.2015. (dalje: *Recommendations on human rights and medical management in nuclear disasters*, 2014.

²⁸ International Atomic Energy Agency (IAEA). International Conventions and Legal Agreements: *Convention on Nuclear Safety*, <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/nuclearsafety.html>, 17.06. 2015.

²⁹ Upor. E. Feldman, C. Fish, 2015: 18.

otpadom, a koja je stupila na snagu juna 2001. godine. Ona zahteva od ugovornih strana da prisustvuju sastancima o preipitivanju i da podnose izveštaje koji opisuju mere koje su preduzele ispunjavajući time obaveza koje imaju prema Zajedničkoj konvenciji (čl.29-34).³⁰

Kooperacija drugih organizacije nuklearno moćnih operatera koja je vezana za bezbednost odvija se i na međunarodnom i na nacionalnom nivou. Najznačajnija međunarodna institucija je Svetsko udruženje nuklearnih operatera (*World Association of Nuclear Oerators/WANO*), neprofitna grupa nuklearno moćnih fabričkih operatera (*nuclear power plant operators*), prodavalaca reaktora i druge organizacije koje su uključene u nuklearnu bezbednost. Sve one unapređuju podelu informacija kao načina na koji se uvećavaju bezbednosni standardi u industriji. U svetlu Fukušime, WANO je pojačala svoj postupak preipitivanja, sa dubljim pregledima svake četiri godine i dvogodišnjim praćenjem.³¹

3.2. Hitan odgovor na nuklearne katastrofe

Međunarodne pravne norme koje se odnose na nuklearne katastrofe, iako su manje razvijene od višestrukih propisa koji regulišu hitan odgovor na prirodne katastrofe, uključuju samo mali broj ugovora koji se tiču koordinisanog međunarodnog hitnog odgovora na nuklearne nesreće. Neseća u Černobilu 1986. godine, bila je povod za usvajanje dva relativno uska ugovora. Jedan je Konvencija o ranom obaveštavanju o nuklearnoj nesreći iz 1986. godine, koju je ratifikovalo 116 zemalja. Ove zemlje složile su se da obaveste Međunarodnu agenciju za nuklearnu energiju (IAEA) i sve potencijalno pogođene zemlje, ako se nuklearna nesreća dogodila unutar njihove teritorije i postoji verovatnoća da će pogoditi i druge zemlje (čl. 4-17).³² Drugi ugovor je Konvencija o pomoću u slučaju nuklearne nesreće ili radiološke vanredne situacije (*Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency*), usvojena iste godine, koja zahteva od 111 zemalja koje su je do sada ratifikovale da obaveste IAEA ako one mogu da pruže pomoć zemljama članicama koje su doživele nuklearnu nesreću. IAEA je središna organizacija za aktiviranje unutar-agencijskog odgovora na

³⁰ IAEA. International Conventions and Legal Agreements: *Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management*, http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/joint_convention-safety-spent-fuel-management-and-safety-radiactive-waste, 17.06. 2015.; Upor. *Ibid.*, 18-19.

³¹ *Ibid.*, 19-20.

³² International Energy Agency. International Conventions and Legal Agreements: *Convention on Early Notification of a Nuclear Accident*, <http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions.cenna.htm>, 17.06. 2015.

nuklearnu nesreću. Hitnim odgovorom olakšava se razmena informacija između država izvestilaca i pogođenih država i podela informacija drugim relevantnim međunarodnim organizacijama i agencijama. Unutar-agencijski Komitet o radiološkim i nuklearnim vanrednim situacijama (*Inter-Agency Committee on Radiological and Nuclear Emergencies / IACRNE*) služi kao koordinirajući mehanizam za spremnost i odgovor relevantnih međunarodnih unutarvladinih organizacija.³³

U celini gledano, međunarodni mehanizmi za pružanje hitne pomoći u nuklearnim katastrofama ograničeni su u opsegu.

3.3. Medicinsko upravljanje kao deo hitnog odgovora na nuklearne katastrofe

Međunarodna pravna komisija Ujedinjenih nacija u skiciranju članova usvojenih u avgustu 2014. godine o zaštiti ljudi u državama katastrofa kaže u članu 6 da „osobe pogođene katastrofama imaju pravo na poštovanje njihovih ljudskih prava“. Komitet o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima u svom Opštem komentaru No.14 (2000) o pravu na zdravlje smatra da „unapređenje životne sredine i industrijske higijene“ iziskuje prevenciju i umanjeње izlaganja stanovništva povredivim dejstvima radijacije. U Izveštaju od 30. decembra 2013. godine nezavisni stručnjak Saveta za ljudska prava Džon (*John*) H. Knoks (*Knox*) podseća da Komitet za ljudska prava zahteva od Država da opišu mere koje preduzimaju da zaštite pravo na život od rizika nuklearnih katastrofa prema Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima. Iznad (povrh) zakona, nuklearni rizici sa kojima se suočavaju ljudi predstavljaju ozbiljan etički problem i problem preživljavanja (opstanka).³⁴

Specijalni izvestilac o pravu na život Saveta za ljudska prava Ujedinjenih nacija *Anand Grover*, posle njegove posete Fukušimi, preporučio je Svetskoj konferenciji o smanjenju rizika katastrofa 2015. godine (*2015 World Conference on Disaster Risks Reduction*) da se pravo na zdravlje i zaštita budućih generacija u medicinskom upravljanju nuklearnim katastrofama učine prioritetom i na nacionalnom i na međunarodnom nivou. Takođe, da se i u nacionalnim i u međunarodnim pravnim dokumentima ostavi mesto za mere koje se odnose na fundamentalna prava: pravo na informisanje i učestvovanje; pravo da se ode i da se dođe; pravo na zdravlje; pravo na adekvatno stanovanje; pravo na zdravu hranu; pravo na zdravo životno okruženje i, pravo na pravdu i pravne lekove za popravku ekoloških šteta.³⁵

³³ E. Feldman, C. Fish, 2015:20-22.

³⁴ Recommendations on human rights and medical management in nuclear disasters, 2014:2

³⁵ *Ibid.*, 2-6.

3.4. Obeštećenje žrtava nuklearnih katastrofa

Zemlje koje su zainteresovane za razvoj kapaciteta za proizvodnju nuklearne energije u posleratnom periodu, shvatile su da je potrebno da osiguraju svoje građane u slučaju da se nuklearna nesreća dogodi kod kuće i/ili u susednoj i/ili susednim zemljama.

Prvi međunarodi ugovor koji govori o nuklearnim katastrofama bila je Pariska konvencija o odgovornosti treće strane na polju nuklearne energije (*Paris Convention on Third Party Liability in the Field Of Nuclar Energy /Paris Covention*), koja je usvojena 29. jula 1960. godine, a stupila je na snagu 1. aprila 1968. godine. Kao OECD Konvencija usredsređena je na prekogranične povrede žrtava u zemljama Zapadne Evrope. Pariska konvencija primenjuje se kada se nuklearna nesreća desi u zemlji koja je ratifikovala sporazum i uzrokuje štetu u drugoj zemlji koja ju je ratifikovala takođe. Uskoro pošto je usvojena, Pariskoj konvenciji pridodata je Briselska dopunska (*Supplementary*) konvencija 31. januara 1963. godine. Pariska i Briselska konvencija bile su izmenjene 2004. godine, u velikoj meri, u naporu da povećaju nivoe odgovornosti u slučaju nesreće, ali amandmani još nisu stupili na snagu.³⁶

Relativno ograničen opseg Pariske konvencije, koja je usredsređena, kako je rečeno, samo na zemlje Zapadne Evrope, Bečka konvencija o građanskoj odgovornosti za nuklearne štete (*Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Dameges*), usvojena 12. maja 1963. godine, a stupila na snagu 12. novembra 1977. godine, doseže daleko izvan Zapdane Evrope i pada pod pokroviteljstvo IAEA. Ratifikovalo ju je 40 zemalja do 27. januara 2014. godine, a 13 zemalja uključujući Izrael, Španiju i Veliku Britaniju, koje su je potpisale, nisu je još ratifikovale.³⁷

Bečka i Pariska konvencija radile su nezavisno do 21. septembra 1988. godine, kada je bio potpisan. Zajednički protokol (*Joint Protocol*).. Zajedničkim protokolom tretira se bilo koja zemlja koja ga je potpisala kao da je bila strana i Pariske i Bečke konvencije. Černobilska nuklearna katastrofa 1986. godine uverila je zakonodavce da je potreban širi, mnogo opštiji (globalniji) režim građanske odgovornosti za nuklearne nesreće. Izmenjeni Protokoli bili su potpisani 2004. godine da bolje povežu Parisku i Bečku konvenciju; da uvećaju nivoe obeštećenja i, da premeste izvesne finansijske terete obeštećenja sa vladâ na industriju. Pariska i Bečka konvencija zasnivaju se na sličnom skupu principa. Obe obezbeđuju naknadu u slučaju smrti, lične povrede ili gubitka imovine koje je uzrokovala nuklearna nesreća koja se dogodila u nuklearnom

³⁶ Nuclear Energy Agency. 2004 Protocol to Amend the Paris Convention, <http://www.oecd-nea.org/law/pars-convention-protocol.html>.

³⁷ Upor. E. Feldman, C. Fish, 2015: 24-25.

objektu, ili u toku transporta nuklearnih supstanci, ili od nuklearnog objekta. Prema Konvencijama, operateri u nuklearnim objektima su strogo odgovorni za povrede koje rezultiraju iz nuklearnih incidenata, što znači da unesrećene žrtve ne moraju da dokazuju da su operateri/ vlasnici pogrešili. Drugim rečima, sa strogom odgovornošću, žrtve su oslobođene obaveze da dokazuju uzročnost. Osim toga, obeštećenje se plaća bez obzira na nacionalnost, prebivalište ili boravište žrtve.³⁸

U oblasti globalnog upravljanja i obeštećenja od nuklearnih nesreća postoje međunarodni instrumenti od kojih nijedan nije obavezujući za sve zemlje koje proizvode i koriste nuklearnu energiju. Takođe, nijedan od njih ne obezbeđuje adekvatno obeštećenje u slučaju srednje do ozbiljne nuklearne katastrofe. Mana ovih međunarodnih instrumenata odražava se u činjenici da određene ključne zemlje, uključujući Japan, Južnu Koreju, Kinu, Kanadu i SAD nisu deo ma kog međunarodnog nuklearnog sporazuma, čak i ako se zna da one imaju više od 50% svetskih nuklearnih reaktora. Deo razloga zašto postoji tako mali udeo ovih zemalja jeste da izvesne zemlje sa značajnim ulaganjima u nuklearnu energiju ne dele isto gledište o tome šta ustanovljava poželjan globalni pristup. Dve najviše zavisne zemlje od nuklearne enegije, SAD i Francuska, dugo se nisu slagale u pogledu najboljeg načina upravljanja odgovornošću za nuklearne nesreće.

Potencijalni prelom dogodio se kasne 2013. godine, kada se pojavila mogućnost za mnogo snažniji globalni regulatorni režim. Globalni režim zasniavao se na Konvenciji o dopunskom obeštećenju (naknadi) za nuklearne štete Međunarodne agencije za atomsku energiju (IAEA) iz 1997. godine (*1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damages/ CSC*), koja je imala za cilj da ustanovi „režim odgovornosti širom sveta“, koji bi „dopunio i uvećao,“ Parisku i Bečku konvenciju, kao i nacionalne sisteme obeštećenja za žrtve nuklearnih nesreća. CSC znači, isto tako, da „ohrabruje regionalne i globalne kooperacije da unaprede viši nivo nuklearne bezbednosti u skladu sa principima međunarodnih partnerskih odnosa i solidarnosti“ (preambula).³⁹ CSC može stupiti na snagu jedino kada je ratifikuju zemlje za koje se računa da zajedno imaju za oko jedne trećine svetske nuklearne energije. Nedavna kretanja među ključnim učesnicima u nuklearnoj areni nagoveštavaju da jedna trećin nosilaca može uskora da bude dotignuta. Francuska, koja se dugo protivila CSC, pokazala je svoju podršku u zajedničkom saopštenju objavljenom sa SAD u 2013. godini. I Kanada i Japan pokazuju spremnost da uvedu zakonodavstvo u naporu da ratifikuju CSC.⁴⁰

³⁸ Upor. *Ibid.*, 25-26.

³⁹ *Ibid.*, 26-27.

⁴⁰ *Ibid.*, 27-28.

4. Zaključak

Katastrofe su retko rezultat jednostavnog uzroka, bilo da su događaji koji ih uzrokuju prirodni, ljudski, ili mehanički. Katastrofe su uvek komplikovane po poreklu i po posledicama i pokazuju skrivene probleme u društvu. Dubinski problemi neizbežno izlaze na površinu u nekoj vrsti darvinističkog izazova ekonomskim propustima i neuspesima: za neulaganje u gradnju odbrane od poplava; za nejačanje zgrada u zonama zemljotresa; za loš izbor mesta za izgradnju gradova i nuklearnih elektrana; za preteranu urbanizaciju, itd. U analiziranju mnogih faktora koji će imati tendenciju da uvećaju broj i veličinu katastrofa u buduće, važno je da se razume da je svaka katastrofa rezultat izvesnog složenog i jedinstvenog uzročno-posledičnog niza faktora. Razumno upravljanje katastrofama u ovom veku svodi se na razumno ublažavanje posledica katastrofa, koje će zauzvrat zavisiti od najjasnijeg mogućeg razumevanja korena uzroka katastrofa. Prepoznavanje i karakterisanje faktora koji doprinose proizvodnji opasnosti i ranjivosti biće centralni u ovom procesu. Procena rizika je most koji će umanjiti impovizacije iz prošlosti posle katastrofa i uvećati spremnost pre budućih katastrofa.

Vesna Klajn Tatić, PhD

Principal Research Fellow

Institute of Social Sciences, Belgrade

MANAGEMENT OF NATURAL AND NUCLEAR DISASTERS: THE LEGAL AND ETHICAL APPROACH

Summary

The aim of this work is to higelight some of the main issues that arise in connection with the natural and nuclear catastrophes. In this context, especially considering three main stages in disaster management: disaster prediction and preparedness; post disaster emegency response; medical management and support as a part of the immediate response to a disaster and, post disaster victim compenastion, both from the standpoint of legal theory, and from the point of view of international legal instruments.

Key words: disaster, prediction and preparedness, emergency response, medical management, compensation.

SPECIFIČNOSTI ZAŠTITE POTROŠAČA KOD UGOVORA ZAKLJUČENIH NA DALJINU I VAN POSLOVNIH PROSTORIJA TRGOVCA

Apstrakt

U ovom radu se razmatraju specifična pravila zaštite potrošača kod ugovora koji se zaključuju na daljinu ili van poslovnih prostorija trgovca. Ta zaštita je potrebna zato što navedene tehnike zaključenja ugovora nose određene rizike po potrošače, od kojih su najznačajniji taj što oni nemaju mogućnost da se pre kupovine uvere u kvalitet i svojstva proizvoda ili usluge koje kupuju, kao i okolnost što u tim uslovima oni često zaključuju ugovor pod psihološkim pritiskom trgovca. Specijalna zaštita potrošača kod ugovora na daljinu i van poslovnih prostorija se manifestuje, pre svega, kao pooštrena obaveza trgovaca u pogledu predugovornog informisanja potrošača, u pravu potrošača da odustane od ugovora, u vidu obaveze trgovca da u određenom roku izvrši ugovor, kao i kroz zabranu da se potrošačima isporučuju nenaručene pošiljke ili da im pružaju nenaručene usluge.

Ključne reči: potrošač, zaštita potrošača, ugovor zaključen na daljinu, ugovor zaključen van poslovnih prostorija trgovca.

1. Uvod

Potrošački ugovor se ni po čemu ne razlikuje od bilo kog drugog ugovora građanskog prava, osim po tome što se na jednoj strani nalazi lice sa svojstvom potrošača. Na te ugovore se primenjuju pravila koja i inače važe za ugovorne odnose, ukoliko za njih nije predviđeno nešto posebno. Takav, poseban režim se ustanovljava za brojna pitanja potrošačkih ugovora i osmišljen je sa ciljem da se potrošačima pruži dodatna zaštita u ugovornom odnosu sa trgovcem, koji je finansijski, organizaciono i stručno dominantan i može to da zloupotrebi radi sticanja ekonomske koristi.

Jedno od pitanja kome se u tom smislu redovno posvećuje pažnja u uporednom pravu i u pravu EU je zaštita potrošača u situaciji kada zaključuju ugovore na daljinu ili van poslovnih prostorija trgovca. Ovo stoga što navedene tehnike zaključenja ugovora nose značajne rizike po njih, koji se

¹ Naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu; mail: katarinajovicic.rs@gmail.com

ogledaju u nemogućnosti da pre kupovine ispitaju proizvod ili uslugu koju kupuju, ili donose odluku o kupovini pod psihološkim pritiskom trgovca. U tim okolnostima potrošač često ustanovi da kupljeni proizvod ili usluga ne ispunjava njegova očekivanja. Uprkos tome, ovi su ugovori veoma popularni jer pojednostavljaju kupovinu, a to odgovara potrošačima koji na taj način dobijaju mogućnost da kupuju robe i usluge sa bilo kog mesta, pa i iz sopstvenog doma, bez vremenskog ograničenja i bez potrebe da zbog toga odlaze u poslovne prostorije trgovca. To za njih otvara nova tržišta, uključujući i ona van nacionalnih granica, što sve bitno uvećava i pojeftinjuje ponudu.

Potreba za posebnom zaštitom potrošača u navedenim situacijama je odavno prepoznata u pravu EU i ovi su ugovori bili posebno uređeni još Direktivom 85/577/EEZ za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih van poslovnih prostorija² i Direktivom 97/7/EZ o zaštiti potrošača kod ugovora zaključenih na daljinu.³ One su zamenjene Direktivom 2011/83 Evropskog parlamenta i Saveta o pravima potrošača⁴ (dalje: Direktiva 2011/83/EU), sa kojom je usaglašen i Zakon o zaštiti potrošača⁵ Republike Srbije (dalje: ZZZP).

2. Kad se smatra da je ugovor zaključen na daljinu ili van poslovnih prostorija trgovca

Pojam ugovora zaključenog na daljinu, kao i ugovora zaključenog izvan poslovnih prostorija trgovca, u našem pravu su određeni Zakonom o zaštiti potrošača, koji u odnosu na oba ova pitanja polazi od pravila Direktive 2011/83/EU.

Ugovori zaključeni na daljinu: Tačkom 8) člana 5. stav 1. Zakona propisano je da „ugovor na daljinu” podrazumeva ugovor koji se zaključuje u okviru organizovane prodaje ili pružanja usluga na daljinu bez istovremenog fizičkog prisustva trgovca i potrošača, isključivo uz upotrebu jednog ili više sredstava daljinske komunikacije⁶ do trenutka zaključenja ugovora, uključujući

² Direktiva 85/577 EEZ Saveta o zaštiti potrošača u pogledu ugovora zaključenih van poslovnih prostorija od 20. decembra 1985. godine, *Sl. list EU*, br. L 372/31.

³ Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o zaštiti potrošača s obzirom na zaključenje ugovora na daljinu od 20. maja 1997. godine, *Sl. list EU*, br. L 144/19.

⁴ Direktiva 2011/83 Evropskog parlamenta i Saveta o pravima potrošača, izmeni Direktive Saveta 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta te o stavljanju van snage Direktive Saveta 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2011, *Sl. list EU*, br. L 304/64.

⁵ Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. list RS*, br. 62/2014 - ZZZP.

⁶ Pod sredstvom komunikacije na daljinu se podrazumeva ono sredstvo koje omogućava da se zaključi ugovor između lica koja se ne nalaze u isto vreme na istom mestu (v. tač. 9) stav 1. član 5. ZZZP i tač. (20) Uvodne izjave uz Direktivu 2011/83/EU).

i sam trenutak zaključenja. To su, na primer, ugovori koji se zaključuju preko Interneta, putem telefona, prodaja putem kataloga, TV prodaja i dr.⁷ Pritom, nema značaja činjenica da je potrošač dolazio u poslovne prostorije prodavca pre zaključenja ugovora, ako je on u tim prostorijama bio da bi prikupio informacije o robi ili o uslugama. Bitno je da je o zaključenju ugovora pregovarao i da je ugovor zaključio uz upotrebu sredstva daljinske komunikacije.

Nekada, međutim, potrošač i trgovac koriste sredstvo daljinske komunikacije u procesu zaključenja ugovora, ali ne na način da bi se, uzimajući u obzir određenje ugovora na daljinu, smatralo da su na taj način zaključili ugovor. Takav je, na primer, slučaj kada oni vode pregovore u poslovnim prostorijama trgovca, ali ugovor konačno zaključuju putem sredstva komunikacije na daljinu. Ni ugovor kod koga je komunikacija između potrošača i trgovca pokrenuta nekim takvim sredstvom, a koji je zaključen u poslovnim prostorijama trgovca, takođe nije ugovor na daljinu, niti je to ugovor u slučaju kada je potrošač učinio rezervaciju putem sredstva daljinske komunikacije, na primer, putem telefona je zakazao uslugu friziranja, ali je ugovor zaključio naknadno.⁸ Ovo zato što je potrošač u pomenutim situacijama imao dovoljno vremena da promisli o ponudi trgovca i donese racionalnu odluku da li da određenu robu ili uslugu kupi ili ne, dok kod ugovora koji se zaključuju na daljinu on, po pravilu, mora da odluči o kupovini u jednom kratkom roku a da pre toga nije bio u prilici da se uveri u svojstva i kvalitet robe odn. usluge.

Ugovor na daljinu mora biti zaključen na osnovu „organizovanog sistema prodaje ili pružanja usluga na daljinu”, tj. samo ako trgovac ima tako organizovan sistem prodaje. Drugim rečima, ugovor koji je zaključen uz upotrebu nekog sredstva komunikacije na daljinu, a da istovremeno trgovac ne organizuje takav način prodaje, nije ugovor zaključen na daljinu. Tako, na primer, kada potrošač stupi u kontakt sa trgovcem putem telefona i zamoli ga da mu poštom pošalje određeni proizvod zato što nije u mogućnosti da dođe u njegov prodajni objekat da bi ga kupio jer je bolestan, pa trgovac to i učini iako u okviru svog poslovanja ne vrši prodaju putem telefona, tada se ne smatra da je ugovor zaključen na daljinu.

Ugovori zaključeni van poslovnih prostorija prodavca: Članom 5. stav 1. tačka 11) Zakona o zaštiti potrošača određeno je da se ugovorom

⁷ Ova je definicija preuzeta iz člana 2. tačka 7) Direktive 2011/83/EU. Zakon o trgovini RS (*Sl. glasnik RS*, br. 53/2010, 10/2013 i 21/2015) u članu 17. takođe, u istom duhu određuje šta se smatra daljinskom trgovinom na malo i predviđa da je to „...prodaja robe/usluga koje trgovac vrši ponudom putem sredstava komunikacija, potrošaču koji nije neposredno prisutan.” Zakon, dalje, navodi da je to naročito: elektronska trgovina, kataloška prodaja, TV prodaja, trgovina putem pošte, štampanih pošiljki, reklamnih materijala sa narudžbenicom, telefona, tekstualnih ili multimedijalnih poruka u mobilnoj telefoniji i putem automata.

⁸ V. tačku (20) Uvodne izjave Direktive 2011/83/EU.

zaključenim van poslovnih prostorija prodavca smatra ugovor za koji je potrošač dao ponudu ili koji je zaključen tako što su trgovac i potrošač istovremeno fizički prisutni na istom mestu, ali to mesto nije poslovna prostorija trgovca, na primer, ugovori zaključeni u domu potrošača ili na njegovom radnom mestu i dr. Dalje se navodi da su to i ugovori zaključeni u poslovnim prostorijama trgovca ili putem sredstva komunikacije na daljinu⁹, pod uslovom da su pregovori o njihovom zaključenju vođeni izvan tih prostorija i uz istovremeno fizičko prisustvo trgovca i potrošača, na primer, potrošač je poručio proizvod od trgovca dok je ovaj bio u poseti njegovom domu, kojom prilikom je dogovoreno da će se ugovor zaključiti naknadno. I na kraju, ugovori koji se zaključe tokom ekskurzija ili putovanja koje organizuje trgovac sa ciljem promovisanja i prodaje robe ili usluga potrošaču, odnosno, na kome se obavi promovisanje i prodaja robe ili usluga se smatra, takođe, ugovorom zaključenim van poslovnih prostorija.¹⁰

Navedeni ugovori, međutim, ne bi trebalo da obuhvataju situacije kada trgovac prvo dolazi u potrošačev dom radi preduzimanja nekih radnji koje su u vezi sa ugovorom, na primer, radi uzimanja mere na osnovu koje će izraditi nameštaj ili odevni predmet, dok će ugovor biti zaključen naknadno, na bilo koji mogući način, uključujući i van poslovnih prostorija prodavca. Ovo zato što u tom, kao i drugim sličnim slučajevima, ugovor nije zaključen odmah nakon što se trgovac obratio potrošaču, već je potrošač imao dovoljno vremena da promisli da li mu treba ponudeni proizvod ili usluga, ili ne.¹¹

Određenje pojma ugovora zaključenog van poslovnih prostorija nije kompletno ako se jasno ne odredi i šta se podrazumeva pod poslovnom prostorijom trgovca. Prema članu 5. stav 1. tačka 12) ZZP poslovna prostorija, pre svega, obuhvata nepokretne maloprodajne objekte u kojima trgovac stalno obavlja svoju delatnost. Međutim, poslovne prostorije mogu biti i pokretni maloprodajni objekti¹² pod uslovom da trgovac u njima obično obavlja svoju delatnost, kao što je na primer prodaja suvenira sa tezge, štand za prodaju knjiga, prodaja kokica iz aparata za kokice itd.¹³

⁹ Na primer, trgovac i potrošač su se sreli na nekom javnom mestu i tom prilikom je trgovac uverio potrošača o tome koliko je korisna upotreba filtera za vodu koji trgovac prodaje. Razmenili su elektronske adrese pa je trgovac potrošaču naknadno dostavio primerak ugovora, koji je ovaj potpisao i vratio ga trgovcu na isti način (putem mejla).

¹⁰ Gotovo identičnu definiciju daje i član 2. stav 1. tačka (8) Direktive 2011/83/EU.

¹¹ V. tačku (21) Uvodne izjave Direktive 2011/83/EU.

¹² Zakon o trgovini u članu 20. reguliše pitanje trgovine na malo van prodajnog objekta i s tim u vezi navodi da se ta delatnost može odvijati u kioscima, na tezgi, na štandu ili u drugim objektima koji su „...relativno vezani za određeno mesto”, ali i trgovina sa pokretnih sredstava ili opreme (ambulantna trgovina).

¹³ Poslovne prostorije lica koje deluje u ime ili za račun trgovca smatraju se, takođe, poslovnim prostorijama trgovca. V. tačku (22) Uvodne izjave Direktive 2011/83/EU.

Ovako definisan pojam poslovnih prostorija u praktičnoj primeni može izazvati neke nedoumice, na primer, da li on obuhvata i maloprodajne objekte u kojima trgovac obavlja svoju delatnost na sezonskoj osnovi (samo tokom turističke sezone). Odgovor na to pitanje bi trebalo da bude potvrđan ako trgovac redovno obavlja svoju delatnost na navedeni način, a ako to nije slučaj onda nema osnova za takvo tumačenje. I obrnuto, ako trgovac izuzetno koristi neki prostor dostupan javnosti za svoju delatnost, kao što su na primer ulice, sportski tereni, trgovački centri itd, ili ako svoju trgovinsku delatnost izuzetno obavi u stambenom prostoru ili na radnom mestu, onda takve prostore ne bi trebalo smatrati poslovnim.¹⁴

3. Obaveze trgovca u pogledu informisanja potrošača

Kupovina na daljinu kao i van poslovnih prostorija prodavca, kao što je već pomenuto u uvodnom delu, donosi brojne prednosti za potrošače. Međutim, ona istovremeno nosi određene rizike, među kojima je za ugovore zaključene na daljinu najznačajniji taj što potrošačima nije moguće da se pre zaključenja ugovora uvere u svojstva i kvalitet robe ili usluge koju kupuju, dok kod ugovora koji se zaključuju van poslovnih prostorija trgovca potrošači često donose odluku o kupovini pod psihološkim pritiskom prodavca. Zbog toga pravo pruža potrošačima specijalnu zaštitu kod ovih ugovora i prva mera u tom cilju je ustanovljene dodatne obaveze prodavca u pogledu informisanja potrošača. To je potrebno zato što je istinita i potpuna informisanost potrošača neophodni uslov da bi on bio u stanju da donosi racionalne ekonomske odluke o kupovini određenog proizvoda ili usluge. Od informacija koje dobije od trgovca pre zaključenja ugovora, u krajnjem slučaju, zavisi i njegova mogućnost da realizuje ugovorom garantovana prava koja su u vezi sa prodavčevim (ne)izvršenjem ugovora.

Obaveza trgovca da potrošaču pre zaključenja ugovora pruži određene informacije o sebi i o ponuđenom proizvodu ili usluzi je redovno predmet regulisanja propisa koji uređuje zaštitu potrošača. Ta obaveza može biti opšta i posebna, prema tome da li je primenjiva na sve potrošačke ugovore, nezavisno od njihovog predmeta ili načina zaključenja, ili je propisana za određene takve ugovore. U pravu EU opšta obaveza predugovornog informisanja potrošača propisana je članom 5. Direktive 2011/83/EU, a preuzima je i ZZP u članu 13. Predviđeno je da je trgovac u obavezi da potrošaču pre zaključenja ugovora saopšti potpune i istinite informacije o svom identitetu, ceni robe ili usluge, načinu plaćanja i isporuci, odgovornosti prodavca za nesaobraznost robe ili usluge, načinu izjavljivanja reklamacije, dostupnosti rezervnih delova za tehničku

¹⁴ *Ibid.*

robu i uslovima za raskid ugovora. Pored toga, a u situacijama kada je to primereno okolnostima slučaja, obaveza predugovornog informisanja obuhvata i podatke o trajanju ugovora, minimalnom trajanju ugovornih obaveza i funkcionalnosti te merama tehničke zaštite digitalnog sadržaja.¹⁵

Međutim, za ugovore koji se zaključuju na daljinu ili van poslovnih prostorija je, kao što je već navedeno, predviđena i posebna obaveza trgovca u pogledu predugovornog informisanja tako da on, pored podataka koje je dužan da saopšti potrošaču na osnovu opšte obaveze predugovornog obaveštavanja, mora da mu predoči i dodatne informacije koje su specifične za te ugovore.¹⁶ To se, pre svega, odnosi na: pravo potrošača da odustane od ugovora i o načinu na koji to pravo može da realizuje, trošku upotrebe sredstva komunikacije na daljinu, postojanju primenjivog kodeksa dobre poslovne prakse, postojanju i uslovima za polaganje depozita ili drugih finansijskih garancija koje potrošač treba da plati ili dostavi na zahtev trgovca, te mogućnosti pristupa vansudskim mehanizmima za rešavanje sproova koje trgovac unapred prihvata.¹⁷

Sve navedene, kao i druge informacije, trgovac je dužan da potrošaču pruži u pismenoj formi ili na drugom trajnom nosaču zapisa. Njegova je obaveza da ih saopšti na jasan i razumljiv način, koji je prilagođen sredstvu (daljinske) komunikacije u konkretnom slučaju.¹⁸ Tako, na primer, kod komunikacije putem pismena ovaj zahtev neće biti ispunjen ako su informacije date sitnim slovima ili su, u slučaju komunikacije elektronskim putem, sakrivene unutar veb sajta trgovca.¹⁹

Direktiva nema obavezujuće ni upućujuće pravilo o jeziku na kome se saopštavaju predugovorne informacije, već prepušta državama da to pitanje uredi nacionalnim propisima. Uobičajeno rešenje je da se informacije obavezno pružaju na maternjem jeziku, a alternativno na drugom jeziku u skladu sa dogovorom između trgovca i potrošača.²⁰

¹⁵ V. član 5. Direktive 2011/83/EU odnosno član 13. ZZP. Prema stavu 3. člana 5. Direktive iz obaveze inofirmisanja su izuzete transakcije koje se svakodnevno zaključuju i izvršavaju odmah čim su zaključene.

¹⁶ U pravnoj teoriji su zabeležena mišljenja da preveliki broj informacija može zbuniti potrošače jer ih ometa da u mnoštvu informacija uoče i izdvoje one najbitnije. Međutim, u pravu EU je prevladalo shvatanje da je za njih sigurnije da se jasno i precizno označe informacije koje im trgovac mora saopštiti pre zaključenja ugovora, odnosno njegovog izvršenja. V. Z. Meškić, „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača od 25. oktobra 2011. godine, Sl. list EU 2011, L 304/64”, *Nova pravna revija* 1/2012, 47.

¹⁷ V. član 6. Direktive 2011/83/EU i član 27. ZZP.

¹⁸ V. čl. 7. i 8. Direktive 2011/83/EU i član 30. ZZP.

¹⁹ V. M. Jovanović Zatilla, *Pravo potrošača*, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2013., 106.

²⁰ Tako je ovo pitanje rešeno u članu 27. stav 8. ZZP. Direktiva nema pravilo o jeziku na kome se vrši predugovorno informisanje potrošača, pa ni upućivanje na maternji jezik u tom kontekstu, već prepušta državama da samostalno uredi ovo pitanje na način koji smatraju da je celishodan.

4. Pravo potrošača da odustane od ugovora

Okolnost da potrošač, koji zaključuje ugovore na daljinu, nije u prilici da pregleda robu pre nego je kupi smatra se dovoljnim razlogom da mu se prizna pravo da odustane od ugovora. Ovo zato što on tek kada primi robu dobija priliku da se uveri u njena svojstva, karakteristike i funkcionalnost i stiče mogućnost da je isproba, tako da on tek tada može da sagleda da li mu kupljeni proizvod odgovara ili ne. Pravo da odustane od ugovora potrošač može da upotrebi samo u okviru predviđenog roka, bez obaveze da navede razlog zbog koga to čini i bez obaveze da s tim u vezi snosi bilo kakav trošak. Isto pravo se priznaje i potrošaču koji je zaključio ugovor van poslovnih prostorija trgovca zato što on, po pravilu, u tom slučaju donosi odluku o kupovini u jednom veoma kratkom vremenu nakon što je primio ponudu i što tu odluku često donosi pod psihološkim pritiskom trgovca.²¹

Pravo potrošača da odustane od ugovora nije vremenski neograničeno, već ga potrošač može realizovati u jednom, relativno kratkom roku. Članom 9. stav 2. Direktive 2011/83/EU je predviđeno da je to 14 dana,²² a isto propisuje i ZZP u članu 28. stav 1.²³ Ovaj je rok relativno kratak zato što treba da ispuni dva, međusobno suprotstavljena zahteva. Prvi je zahtev u interesu potrošača, kome treba ostaviti dovoljno vremena da ispita svojstva, kvalitet i funkcionalnost robe, odnosno da bez psihološkog pritiska prodavca odluči da li mu odgovara ponuđeni ugovor ili ne. Drugi je zahtev u interesu trgovca i nalaže da taj rok bude što kraći kako on ne bi zbog odustanka potrošača od ugovora trpeo veću štetu nego što je neophodno, jer on, za vreme trajanja roka u kome potrošač ima pravo da odustane od ugovora, ne može biti siguran da li će ugovor opstati ili ne, čak i kada ga je u svemu ispunio onako kako je predviđeno.

Ako se trgovac ogлуši o obavezu da obavesti potrošača da ima pravo da odustane od ugovora zaključenog na daljinu ili van poslovnih prostorija, odnosno ako mu najkasnije prilikom zaključenja ugovora ne dostavi obrazac za odustanak od ugovora, onda se rok u kome potrošač može

²¹ V. C. Willett, D. Oughton, „Consumer Protection”, u M.P. Furmston, J. Chuah (eds), *Commercial and Consumer Law*, Harlow: Pearson Education 2010, 389-390.

²² Rok od 14 dana kod ugovora o prodaji robe počinje da teče od dana kada je roba dospela u državinu potrošača, dok kod ugovora o uslugama taj rok počinje od dana zaključenja ugovora. Predviđena su i posebna pravila o računanju rokova za ugovore koji se ne izvršavaju trenutno (v. član 9 stav 2. tač. b (i), (ii) i (iii), odnosno član 30. st. 3-5. ZZP). Kada potrošač u predviđenom roku izjavi da odustaje od ugovora tada se smatra da je izjavu dao onoga dana kada ju je odaslao trgovcu, a ne kada ju je trgovac primio (v. član 11. stav 2. Direktive 2011/83/EU, odn. član 28. stav 4. ZZP), što je povoljnije za potrošača.

²³ To je u skladu sa načelom maksimalne harmonizacije, koje se primenjuje na najveći broj odredbi Direktive 2011/83/EU.

koristiti ovo pravo produžava i traje 12 meseci. On se može skratiti jedino ako prodavac, u toku trajanja tih 12 meseci, ispuni navedenu obavezu i tada se rok u kome potrošač može odustati od ugovora skraćuje tako da traje 14 dana od dana kada je to, naknadno obaveštenje primio od trgovca.²⁴

Odustanak od ugovora predstavlja, u suštini, pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora. Direktiva 2011/83/EU, pa ni naš Zakon o zaštiti potrošača, ne postavljaju neke posebne zahteve u pogledu sadržine izjave kojom on to čini, ali je po prirodi stvari nužno da je potrošač sačini tako da bude nedvosmislena, odnosno da trgovac može na osnovu nje da bez dileme zaključi šta potrošač zapravo želi: da li da odustane od ugovora, ili samo izražava svoje nezadovoljstvo primljenom robom ili ugovorenom uslugom.²⁵ Potrošač nije dužan da u izjavi o odustanku od ugovora navede razloge zbog kojih to čini, jer on i ne raskida ugovor zbog toga što ga trgovac nije izvršio. Naprotiv, on može odustati i kada je prodavac ugovor u svemu uredno ispunio.

Izjava o odustanku od ugovora ne mora biti data u nekoj posebnoj formi, što ne dovodi u pitanje ni obaveza trgovca da potrošaču dostavi obrazac za odustanak od ugovora. Upotreba tog obrasca, naime, nije uslov punovažnosti izjave o odustanku od ugovora, zbog čega se ona ne može dovesti u pitanje i ako je data u bilo kom drugom obliku. Tako, na primer, i sam čin vraćanja robe prodavcu je u tom smislu dovoljan.

Pravno dejstvo izjave o odustanku od ugovora ogleda se u tome što se smatra da ugovor nije ni bio zaključen. Osnovna pravna posledica koja iz toga nastupa je oslobađanje potrošača od svih obaveza koje ima prema zaključenom ugovoru, sem obaveze da snosi troškove direktnog vraćanja robe trgovcu. On istovremeno stiče i pravo da od trgovca zahteva da mu vrati sve što je platio na ime kupovne cene.²⁶

Pored toga, kada potrošač odustane od ugovora tada se automatski raskidaju i svi povezani ugovori. To se posebno odnosi na ugovor o kreditu, koji je potrošač zaključio radi finansiranja obaveza na osnovu zaključenog ugovora o kupovini robe ili usluge.²⁷

5. Rokovi u kojima je trgovac dužan da izvrši ugovor zaključen na daljinu ili van poslovnih prostorija

Pitanje roka izvršenja ugovora je jedno od onih o kojima se strane ugovornice, po pravilu, dogovaraju a ako to propuste da učine onda se

²⁴ V. član 10. Direktive 2011/83/EU i član 29. ZZZP.

²⁵ Tako, na primer, kada potrošač u predviđenom roku za odustanak od ugovora obavesti prodavca da je očekivao bolji proizvod, tada trgovac samo na osnovu te izjave ne može sa sigurnošću da zaključi da li on istovremeno koristi i pravo da odustane od ugovora, ili ne.

²⁶ V. član 12. Direktive 2011/83/EU i član 35. ZZZP.

²⁷ V. član 15. Direktive 2011/83/EU i član 36. ZZZP.

primenjuju dispozitivna pravila propisa koji reguliše obligacione odnose. U potrošačkom pravu EU ovo pitanje, međutim, nije ostavljeno u domenu nacionalnog regulisanja, već je izričito predviđeno da je prodavac dužan da u roku od najviše 30 dana od dana zaključenja ugovora na daljinu ili ugovora koji se zaključuje izvan poslovnih prostorija izvrši uslugu ili isporuči robu.²⁸ U pitanju je dispozitivno pravilo, koje se primenjuje samo ako strane ugovornice nisu nešto drugo predvidele.

Ograničavanje roka isporuke na maksimalno 30 dana od dana zaključenja ugovora treba da onemogući zloupotrebe potrošača od strane nesavesnih trgovaca koji bi, u želji da zaključe posao, obećali kratki rok isporuke uprkos tome što su svesni da neće moći da ga ispoštuju. Ipak, ovo ograničenje nije dato imperativnim pravilom i strane se mogu sporazumeti i o dužem roku isporuke, što je razumljivo i potrebno zato što se ne mogu sve robe obezbediti i isporučiti u okviru 30 dana. U pogledu ugovaranja dužine trajanja roka isporuke Zakon pred trgovca i potrošača ne postavlja ni jedno ograničenje, sem zahteva da taj rok mora biti izričito ugovorom predviđen. Na taj način se štite potrošači, jer najkasnije u momentu kada zaključuju ugovor oni znaju da će na robu čekati duže od 30 dana i tu okolnost mogu da uzmu u obzir kada odlučuju da li da na ugovor pristanu ili ne.

6. Zabrana slanja nenaručenih pošiljki

Trgovcima je zabranjeno da potrošačima šalju nenaručene pošiljke²⁹ pa kada potrošač dobije takvu pošiljku, ili mu bude pružena usluga koju nije naručio, tada on nije dužan da se o tome izjašnjava, niti se odsustvo njegove reakcije u navedenoj situaciji smatra da je pristao na ugovor. Drugim rečima, ćutanje potrošača kada mu trgovac dostavi robu ili pruži uslugu koju nije naručio ne znači da je prihvatio ponudu, odnosno na osnovu toga ne može za njega nastati obaveza.³⁰

Šta više, potrošač kome je trgovac poslao nenaručenu robu ili mu je pružio takvu uslugu može da ih zadrži kao poklon, tj. bez obaveze da bilo šta plati. Ovim pravilom se potrošači štite od navedenog postupanja

²⁸ V. član 18. Direktive 2011/83/EU, odnosno član 32. ZZZP.

²⁹ V. član 27. Direktive 2011/83/EU i član 39. ZZZP.

³⁰ Ovo pravilo je propisano članom 39. ZZZP i ono je u skladu sa opštom zabranom zaključenja ugovora ćutanjem koju predviđa član 42. ZOO, čiji stav 1. glasi: „Ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude”. Ćutanje u ovom slučaju znači odsustvo bilo kakvih aktivnosti potrošača, jer se pod ćutanjem podrazumeva ne samo činjenica da se nije ništa reklo i ništa napisalo, nego i potpuno pasivan stav ponuđenog. Pravilo da ne može niko da bude obavezan da odgovori na sve ponude, pod pretnjom da će mu u suprotnom slučaju biti nametnut ugovor, zakonski je odgovor na zahtev pravne sigurnosti u prometu. V. M. Draškić, „Član 42” u B. Blagojević, V. Krulj (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, Drugo izdanje*, Savremena administracija 1983., 149.

trgovca, koje može da im nanese štetu zato što na osnovu toga mogu steći utisak da su u obavezi da mu plate za dostavljenu robu ili pruženu uslugu, koje inače nisu ni nameravali da kupe niti im je potrebna.³¹

7. Sankcije za povredu pravila o zaštiti potrošača kod ugovora zaključenih na daljinu ili van poslovnih prostorija

Pitanje sankcija za trgovce koji ne poštuju predviđene obaveze kada sa potrošačima zaključuju ugovore na daljinu ili van poslovnih prostorija nije predmet koji se reguliše na nivou EU, već je ostavljeno svakoj državi članici da utvrdi pravila u tom domenu, uz jedini uslov da predviđene sankcije budu delotvorne, proporcionalne i da imaju preventivnu funkciju.³²

Naš Zakon o zaštiti potrošača je regulisan, po pravilu, kognitivnim pravilima pa postupanje trgovca suprotno većini pravnih normi povlači njegovu prekršajnu odgovornost.³³ To se odnosi i na njihove obaveze prema potrošačima sa kojima zaključuju ugovore na daljinu ili van poslovnih prostorija.³⁴

Pored prekršajne, predviđene su i građanskopravne sankcije za povredu zakonskih obaveza kod ugovora na daljinu ili van poslovnih prostorija. Tako, ako trgovac ne saopšti potrošaču informacije koje je obavezan da mu pruži pre zaključenja ugovora, onda potrošač može tražiti da se ugovor poništi u roku od godinu dana od nada zaključenja ugovora.³⁵ Kada ne obavesti potrošača da ima pravo da odustane od ugovora ili mu u predviđenom roku ne dostavi obrazac na kome to može učiniti tada se produžava rok u okviru koga potrošač može da to pravo koristi. Ako propusti da obavesti potrošača da pored ugovorene cene za robu ili uslugu treba da plati i neki dodatni trošak, npr. za dostavljanje robe, onda potrošač nije u obavezi da to plati već pomenuti trošak tereti prodavca.

³¹ Slanje nenaručenih pošiljki, odnosno zahtev trgovca upućen potrošaču kojim se od njega traži da plati, da vrati ili čuva proizvod čiju isporuku nije tražio predstavlja nasrtljivu poslovnu praksu shodno članu 23. stav 1. tačka 6. ZZP (v. i tačku 29. Priloga I uz Direktivu 2005/29/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutrašnjem tržištu i o izmeni Direktive Saveta 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Evropskog parlamenta i Saveta, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Evropskog parlamenta i Saveta, „Sl. list EU” br. L 149/22).

³² V. član 24. Direktive 2011/83/EU.

³³ V. član 3. ZZP.

³⁴ Prekršajna odgovornost može pogoditi trgovca ili odgovorno lice. Ona je regulisana je članom 160. ZZP, koji predviđa i mogućnost izricanja novčanih kazni uz utvrđeni prekršaj u iznosu od 300.000,00 do 2.000.000,00 dinara za pravno lice, 50.000,00 do 150.000,00 za fizičko ili odgovorno lice u pravnom licu, a za preduzetnika u iznosu od 50.000,00 do 500.000,00 dinara.

³⁵ V. član 13. stav 7. ZZP.

I na kraju, potrošači mogu protiv trgovca sa kojim su zaključili ugovor na daljinu ili van poslovnih prostorija upotrebiti sva pravna sredstva koja im stoje na raspolaganju za slučaj povrede ugovora, što se pre svega odnosi na pravo da od trgovca zahteva ispunjenje ugovora u naknadnom roku, da traži da mu se snizi cena ako su za to ispunjeni predviđeni uslovi, da raskine ugovor i da zahteva naknadu štete.

8. Zaključak

Ugovori zaključeni na daljinu, odnosno van poslovnih prostorija trgovca su ugovori koje potrošači često zaključuju jer im oni donose razne pogodnosti koje kupovinu čine jednostavnijom i jeftinijom. Ipak, nemogućnost da se pre zaključenja ugovora uvere u kvalitet i svojstva proizvoda ili usluge koju kupuju, kao i veća izloženost psihološkom pritisku trgovca da donesu odluku o kupovini često ima za posledicu da potrošač ne bude zadovoljan zaključenim ugovorom odn. da kupljeni proizvod ili usluga iznevere njegova očekivanja. Ipak, to nije niti bi trebalo da bude razlog zbog koga bi se ovi ugovori zabranili, ali jeste razlog da se potrošačima pruži posebna zaštita kada ih zaključuju, kako bi oni mogli relativno bezbedno da učestvuju u tim transakcijama. Ona se manifestuje, pre svega, kao pooštrena obaveza trgovaca u pogledu predugovornog informisanja potrošača, jer oni prevashodno na osnovu informacija dobijenih od njega donose odluku o kupovini. To, međutim, nije dovoljno već se potrošaču priznaje i pravo da od već zaključenog, pa i izvršenog ugovora odustane u predviđenom roku, čak nezavisno od toga da li je prodavac napravio neki propust u njegovom izvršenju ili ne. Zabrana trgovcima da potrošačima isporučuju nenaručene pošiljke, ili da im pružaju nenaručene usluge je, takođe, u funkciji zaštite potrošača od eventualnih pokušaja trgovaca da im na takav način nametnu ugovor.

U radu su analizirana ova, kao i druga pravila specifične zaštite potrošača kod ugovora na daljinu ili van poslovnih prostorija trgovca. Pravni okvir te zaštite postavljen je relevantnim Direktivama koje se primenjuju ne celoj teritoriji EU, a prihvata ih i naš Zakon o zaštiti potrošača ne samo zato što je to međunarodni standard u ovoj oblasti, već i zato što je usklađivanje važećeg zakonodavstva Republike Srbije sa pravom EU u oblasti zaštite potrošača obaveza predviđena članom 72. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

Katarina Jovičić, Ph.D

Research Fellow

Institute of Comparative Law, Belgrade

THE SPECIFICS OF CONSUMER PROTECTION IN DISTANCE CONTRACTS AND CONTRACTS CONCLUDED IN A PLACE THAT IS NOT THE TRADER'S BUSINESS PREMISES

Summary

The paper analyzes specific rules of consumer protection in distance contracts and contracts concluded between consumer and trader in a place that is not the trader's business premises (off-premises contracts). Special protection is necessary because the above-mentioned techniques of concluding the contract are at risks for consumers, the most significant being that they don't have the opportunity to verify the quality and characteristic of the product or service they buy in distance contracts, as well as the fact that they often conclude off-premises contracts under trader's psychological pressure. This protection manifests primarily as traders additional obligations in respect of pre-contract informing, consumer's right of withdrawal the contract, the obligation of the trader to deliver the goods or performe service not later than 30 days and the ban of inertia selling.

Key words: consumer, consumer protection, distance contract, off-premises contract.

ЗАШТИТА ПРАВА ПРИВАТНОСТИ И ЊЕГОВЕ СФЕРЕ

Апстракт

Најпознатија подела домена приватности је степеновање на тајну-интимну, приватну и приватнојавну сферу. Правом на приватност штити се целокупност испољавања човековог постојања. Чини га право на приватни живот човека и право на личне записе. Приватни живот је лични домен активности појединца, у циљу очувања и развијања његове моралне и физичке целовитости, друштвених контаката и емотивних и других међуљудских односа. Право на личне записе чини право на лик, право на глас и право на личне писане записе, као апсолутно, субјективно право физичког лица да може самостално да одлучи о упознавању трећих лица са записима личног карактера. Континентални правни круг не предвиђа деликте, као посебне облике повреде права приватности, већ се постојање повреде овог права решава за сваки конкретни случај, према материјалном праву те земље, што важи и за нас. Ограничења права на приватни живот намећу међународни акти, попут Европске конвенције и Међународног пакта о грађанским и политичким правима, ради заштите виших интереса попут безбедност земље, здравља нације, јавног морала и другог.

Кључне речи: *право приватности, сфере приватности, тајна, интимна, приватна, приватнојавна сфера, приватни живот, лични запис, запис лика, запис гласа, писани запис, ограничење права на приватност.*

1. Заштита права приватности

Први радови на тему повреде и заштите приватности, као личног добра, настали су крајем XIX века у Европи и у Америци. Право на приватност, у теорији се први пут помиње 1890. године, у часопису *Harvard Law Review*, у чланку «The right of privacy», аутора S. Warren - L. Brandies²

¹ Апелациони суд у Београду, mail: popesku24@gmail.com

² В.В.Водинелић, et al., “Лична права“, у *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (III), том I, Службени лист СФРЈ, Београд 1978., 918. и даље.

У правној теорији Сједињених Америчких Држава, крајем XIX века, «right of privacy», почев од наведеног чланка, почело је да се признаје у судској пракси, негде од 1930. године, да би се временом почело признавати у већем броју америчких држава, пре свега као право којим се штити нечији приватни живот. У САД се ово право штитило путем тужби за деликте, које признаје common law-a, као што су *trespass* (сметање поседа) и *defamation* (лишавање угледа). Деликтне тужбе којима се данас штити приватност су: тужба за *intrusion* (продирање у физичку приватност лица проваљивањем у стан, телефонским прислушкивањем, тајним снимањем); тужба за *public disclosure* (објављивање приватних података, независно од тога да ли то штети части и угледу), тужба за *false light* (саопштавањем јавности погрешне представе о лицу, било да је дефаматорна или не, попут повреде права на интегритет у нашем праву, прим. аутора), тужба за *appropriation* (коришћење туђих личних добара у комерцијалне сврхе, нпр. туђег имена, слике)³. У случају последњег деликта, иако за титулара права настаје штета неимовинске природе, тужба се потеже преваходно ради заштите лица од комерцијалне експлоатације његових личних добара, па су у неким неким америчким државама донесени закони којима се забрањује неовлашћена употреба имена, или слике, у комерцијалне сврхе. Међутим, када су у питању личности из јавног живота, у које се убрајају политичари, естрадни и филмски уметници спортисти и слично⁴, судска пракса у САД полази од претпоставке да увек постоји њихова намера да им лик буде комерцијално искоришћен, јер имају својинско право, како на објављивање лика (*right of publicity*), те уновчавају записе лика (али и гласа, право на коришћење њиховог имена, или сопствених интимних података од стране других).

С друге стране, права личности у Енглеској, штите се путем традиционалних тужби за заштиту појединих личних добра, па их примењују и на случајеве повреде приватности. Тиме је утемељена одређена судска пракса, али није прихваћено *right of privacy* као у САД, пошто нема законског основа за заштиту општег права личности.

У енглеском, али и у америчком праву, користе се тужбе из *common law-a*, за случај повреде части,: а) *libel* (код увреде писаним путем или за увреду путем штампе или других масмедија, које се сматрају увредама трајног карактера) и б) *slander* (за увреду која није трајног карактера, а извршена је конклюдентно - мимиком,

³ С.Крнета, et al., "Лична права" у *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, (III), том I, Београд 1978., 909; В.В.Водинелић, (1978.), 919.

⁴ С.Гајин, „Накнада штете у случају повреде права на лик“, *Правни живот*, бр. 11-12/1992, Београд, 2077.

гестом). Лична добра као што су име, приватност, слика, штите се тужбом *defamation*, у ширем смислу њене примене, а такође и тужбама за *copyright*, која служи за заштиту ауторског права, у случају неовлашћеног објављивања записа лика, гласа или писаних запис). Путем деликтне тужбе за заштиту својине - *property*, штите се подаци из писама, како у односу на примаоца, тако и на пошиљаоца, а путем тужбе за заштиту непокретности, то јест поседа, *trespass*, штите се одређени аспекти приватности, од прислушкивања, тајног снимања на тим непокретностима. Тако постоје тужбе: *trespass to chattels* (сметање поседа на кући), или *trespass to land* (сметање поседа на земљи, поседу). Тужба за *breach of contract* (кршење поверења), користи се у случају изношења у јавност информација које се тичу тајних података добијених поверењем, а тужба *passing off*, служи за заштиту од нелојалне конкуренције, у случају опасности од имовинске штете због изазивања забуне на тржишту услед неовлашћеног коришћења имена, или слике, као аспеката приватности једног лица.^{5 6}

Континентални правни круг се разликује од англосаксонског, који предвиђа деликте, као посебне облике повреде права приватности. У Европи, постоји теорија сфера, најразвијенија у Немачкој и Швајцарској, по којој је приватност издељена по сферама које су степеноване као тајна - интимна, лична - приватна, властита, сфера поверљивости и приватно - јавна и заједничка сфера. Касније је у правној теорији прихваћена подела на следеће сфере приватности: тајну (интимну), приватну и приватно-јавну. У последњој сфери појединац у јавности учествује као непозната особа и мора да прихвати околност да свако може да има увид у део његовог живот који се одиграва на јавном месту. Посебан проблем у вези са тим настаје ширењем података приватне природе путем друштвених мрежа, без обзира на то да ли је реч о текстуалним, сликовним, аудио или видео информацијама.

Повреда тајности сматрала се повредом добрих обичаја, према немачкој судској пракси⁷, али се судска заштита праву приватности пружала само у случају настанка имовинске штете коју би титулар права претрпео откривањем тајне и повредом права на лично име и на своју слику. Пресудом Савезног суда Немачке, у случају *Шахт - Лезербриф*, 1954. године, признато је *опште лично право и право сваког човека на тајну сферу*, када се суд позвао на Бонски устав, сматрајући да је право на тајност писма, право личности, у

⁵ С.Крнета, 909; В.В.Водинелић, (1978.), 917 и даље.

⁶ А.Финжгар, *Права личности*, Службени лист СФРЈ, Београд 1988., 29 и даље.

⁷ В.В.Водинелић, (1978), 918. и даље; С.Гајин, (1992), 2075-2077.

које спада и забрана објављивања дневника, приватне преписке и сличних списа, без сагласности писца, примаоца или адресата, као лица на које се писмо односи, независно од повреде ауторског права, осим ако је у питању заштита неких других оправданих интереса⁸. Каснији закони у Немачкој предвиђали су и могућност ограничења права на тајност писмена у случају заштите оправданих интереса јавности, или истих таквих приватних интереса.

У параграфу 78. Закона о ауторском праву Аустрије, из 1936. године, поред права приватности, штити се и право на пијетет личности. Тако се забрањује јавно излагање и искоришћавање нечије слике, ако би се на тај начин вређали интереси портретисаног лица, али и његове ближе родбине, након његове смрти, осим ако постоји наредба да се то учини. Према параграфу 77. истог закона, ово важи и за писма, дневнике и личне списе⁹.

Швајцарски грађански законик садржи генералну клаузулу о заштити личности, па је тако и право на приватни живот законом заштићено. Међутим и пре доношења овог законика, сматрало се да се право приватности, попут права на част и углед, може штитити као самостално право¹⁰.

У Француској се приватност штити без обзира на то да ли је у питању индискреција - повреда права на приватни живот, која се тиче тајне, приватне или приватно - јавне сфере. Тако се сматра да апсолутно право на тајност писма, имају и пошиљалац и лице кога се тиче садржина писма, осим ако је јачи интерес јавности да оно буде објављено. У чл. 163. *Avant - project de Code Civil* регулисано је да прималац не сме да обелодани садржину писма без сагласности пошиљаоца¹¹. Од одлуке Апелационог суда у Паризу 1955. године, у вези са предметом објављивања измишљених мемоара глумице Марлен Дитрих, не тражи се дефаматоран услов повреде приватности. Дакле, приликом изношења личних података или записа о некој личности, не морају јој истовремено бити повређени углед или част, јер се *приватност сматра независним личним добром*¹², а повреда приватности није вид лишења угледа, што је прихваћено и у нашем праву, код грађанскоправне заштите овога

⁸ А.Финжгар, 128.

⁹ *Ibid.*, 118,129.

¹⁰ В.В.Водинелић, (1978), 917, 919.

¹¹ *Ibid.*, 918.

¹² Насупрот томе, дефамација је потребна за кривичноправну одговорност, код кривичног дела изношење личних личних и породичних прилика, чл. 172 Кривичног законика – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13.

права. Почев од 1970. године, право приватности у Француској је регулисано законом¹³. Временом се развила судска пракса у погледу заштите личности од објављивања тајних података, па тако и од неовлашћеног објављивања личних списа и записа, због повреде обавезе чувања тајне, као и забране објављивања службене тајне.

Италијанско право, путем ауторскоправних прописа штити тајност писма, тако да аутор, односно прималац писама и чланови њихових породица, дају сагласност за њихово објављивање у јавности, уколико се тичу тајног аспекта њиховог приватног живота¹⁴.

Наше право спада у континентални правни круг, који се разликује од англосаксонског, те не предвиђа деликте, као посебне облике повреде права приватности.

Одредбом члана 8. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, коју смо ратификовали¹⁵, предвиђено је да свако има право на поштовање свог приватног породичног живота, дома и преписке.

2. Зоне и сфере приватности

Подела животних сфера на јавну и приватну, није довољно прецизна, да би се поуздано знала граница до које се може залазити у нечију приватност, као скуп различитог степеновања испољености човекове личности.

У области заштите права на приватни живот, САД су развиле судску праксу, која се одразила и на правну теорију. Тако у парници *Грисволд против Конектиката*, судија објашњава зоне приватности (приватног живота) и наводи да су то места на којима особа може да буде појединац, а не члан заједнице и која би требало да послуже као заштићена подручја од уплива власти у “тајне пределе људског живота и воље”¹⁶. Правна теорија у САД-у је прихватила ову дефиницију зона, одакле произлази да је право на приватни живот, област која је искључена из живота у колективу. Професор Рајх ствара теорију о приватном животу, која се темељи на слободи понашања

¹³ А.Финжгар, наводи се да је према члану 9 *Code civil*, додатним законом бр. 70-643 од 17.07.1970. године, утврђено право заштите приватног живота појединца и забрана нарушавања овог права, 139.

¹⁴ *Ibid*, 128.

¹⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима) – ЕК, Рим 4. новембар 1950. године, ратификована Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, број 9/2003).

¹⁶ З.М.Петровић, *Накнада нематеријалне штете због повреде права личности*, Медија центар Одбрана, Београд 1996., “В.“ образложење судије Дагласа, 64 и даље.

у оквиру свог поседа, где се ни држава не сме мешати у слободу господара. Ово је позната теорија »концентричних кругова«, коју у САД прихвата судска пракса, која проширује домен приватности са места које означава приватни посед, на сва она места на којима се личност налази, а не жели да буде експонирана у јавности. Тако је решење за предмет *Кац против Уједињених држава*, као случај повреде приватности путем прислушкивања разговора вођеног у телефонској говорници, нађено је у Четвртом амандману америчког устава, који штити људе, а не места, а које тумачење је проширило теорију концентричних кругова, ради заштите приватног живота појединца, изван приватног поседа. Америчка судска пракса се бори за очување приватности, налазећи упориште у одредбама Устава, те сматрајући да се држава мора ограничити у прикупљању података са приватних рачуна и на други начин¹⁷.

Поделе приватности на сфере (тајну-интимну, личну-приватну, властиту, сферу поверљивости, приватно-јавну и заједничку сферу)¹⁸, у европском праву, постављена је ради ограничења у слободи коришћења података везаних за приватни аспект неке личности.

У правној науци се као *тајна или интимна сфера*, подразумева област скривених интимних података, који ће бити ретко коме откривени, па их особа држи у строгој тајности, јер њихово откривање интимно осећа неповољним по себе. Неретко су у питању личне тајне, којима се штите и друга лица, за која оне такође представљају интиму. Интимни подаци могу бити одређене девијације у понашању којих је лице свесно, одређене личне и породичне тајне, непријатне успомене и сл.

Приватна сфера је нешто познатија сфера живота појединца, у оквиру породичног, фамилијарног, односно круга пријатеља неког лица, где су сви упознати са начином живота титулара права, као и са породичним и здравственим проблемима, пословним, финансијским успесима и неуспесима, политичким и верским опредељењем, животним плановима, хобијима, али и социјалним и интимним релацијама са другим особама.

Приватно-јавна сфера је полуприватна и најпознатија сфера активности и стања, односно живота неког лица, где оно као титулар права на своју приватност, допушта трећим лицима да сазнају оне видове његовог живота који се одвијају на јавном месту, на коме се и она могу наћи, као што је улица, парк, јавна установа, аеродром, биоскоп, хотел и друго.

¹⁷ *Ibid.*, 6466.

¹⁸ С.Крнета, 918919.

Наведене поделе су субјективне природе¹⁹, јер титулар права на основу својих унутрашњих мерила процењује како ће одређене аспекте свог живота сврстати у неку од сфера. Те поделе зависе од његових личних осећања, и релативне су, па строга дефиниција садржине ових сфера од стране законодавца не би била објективна. Ситуације се неједнако одражавају на појединце, па се у случају повреде права приватности, мора имати у виду индивидуализација личности. Стога се у односу на елементе радње повређивања нечије приватности, мора вршити појединачно одмеравање интереса сваке особе за очување њене приватности од дотичне повреде. Истовремено, мора се вршити и одмеравање интереса других да у ту приватност уђу, зависно од тога да ли је реч о лично заинтересованим појединцима, или јавном интересу, односно о задирању у приватност насталом од стране масмедија, државних органа, друштвених организација итд.

3. Посебна лична права као делови права на приватност у ужем смислу

Делови права на приватност којим се штити целокупност испољавања човековог постојања су: право на приватни живот и право на личне записе.

3.1. Право на приватни живот

Приватни живот је лични домен активности појединца, у циљу очувања и развијања његове моралне и физичке целовитости, друштвених контаката и као и емотивних и осталих међуљудских односа²⁰. Свака личност има право на заштиту своје интима од уплива других лица. То је апсолутно субјективно право, као диспозиција

¹⁹ С.Гајин, *et al.*, „Право лица на које се односи информација“, у *Право медија са моделом закона о јавном информисању*, Београдски центар за људска права, Београд 1988., сматра да је немогуће одредити приватни живот, односно јавни живот, као правни појам, јер ова подела не омогућава одређивање правног појма приватног живота, јер не одговара на следећа правно операционална питања: «...Који су то аспекти живота једног лица који могу да се одреде као његов приватан живот; са којим активностима и стањима у којима се налази појединац може самостално да одлучи да ли ће упознати треће лице и ... која је разлика између приватног и јавног живота једног лица... Тако би приватан живот појединца могао да се одреди као скуп његових активности и стања у којима се налази за која трећа лица немају правом признати интерес да знају. Насупрот томе у јавну сферу живота једног лица спадају све оне његове активности и стања у којима се налази за које трећа лица имају право признати интерес да знају...», 166168.

²⁰ М.Маричић, „Породично право: право на приватност“, у *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2, Београд 2001., 344.

сваког физичког лица, да ли жели било кога да упозна са својим животом, односно «активностима и стањима у којима се налази»²¹, мимо података за које постоји правом признати интерес да са њима јавност буде упозната. Нема тачне дефиниције овог појма, па је тако у ову област могуће унети и слободну професију неких лица. Многе одлуке Европског суда за људска права третирале су повреду права приватности, тј. мешање у приватни и породични живот, попут задирања у сексуалну опредељеност (предмет тог суда *Salgeiro da Silva Mouta, против Португалије*), прислушкивањем телефонског разговора, прикупљањем информација и података, откривањем личних и медицинских података, физичком присмотром лица итд.²² Одлукама тог суда на основу члана 8. ЕК, штите се приватни живот, породични живот, дом и преписка, што су заштићене области²³.

3.2. Право на личне записе

Право на личне записе, као део права на приватност има неколико аспеката.

Њега чини, пре сверга, *право на лик*, као апсолутно субјективно право, искључиво физичког лица (па и *nasciturusa*, у чије име одлучује законски заступник), да може дозволити трећим лицима да се упознају са његовим ликом, било уживо, било забележеним на подобан начин. Објекат тог вида права приватности је човеков лик, односно његов физички изглед, који други опажају својим чулом вида, који се може забележити на носачу слике (цртежу, фотографији, филму, видео запису, CD-у, DVD-у и сл). Поред тога, лице може да дозволи другима да користе његов лик, било бележењем или коришћењем већ насталог записа лика, за одређено или неодређено време, односно за одређену сврху, које овлашћење може да опозове, осим ако за бележење свог лика, добије накнаду. У немачком праву сматрано је повредом личне сфере ремећење нечијег живота неовлашћеним објављивањем слике. Француско право прави разлику у томе да ли је неко пристао на фотографисање, али се забрањује објављивање снимака сачињених у

²¹ С.Гајин, (1998), 163-170.

²² *Одабрани случајеви из праксе Европског суда за људска права*, The AIRE centre, 53.

²³ Сходно члану 172. Кривичног Законика Републике Србије, изношење личних и породичних прилика је кривично дело које настаје изношењем или проношењем информација у вези са нечијим приватним животом, било на основу непосредног опажања, било проношењем туђег посредног или непосредног сазнања. Међутим, док се за кривичноправну одговорност тражи да је такво објављивање информација у стању да нанесе повреду части и угледу титулара права на приватни живот, у грађанскоправном смислу већ само изношење или проношење таквих информација, представља повреду овога права, М.Маричић, 346347.

несвесном и сличном стању.^{24, 25}

Својевремено је заштита права на лик у нашем праву била у оквиру права интелектуалне својине, а сада се штити прописима медијског права²⁶. Наиме, право на сопствену слику је право личности и разликује се од ауторског права или права на узорак или модел, али и од права власника на самом запису, као предмету и објекту права својине. Као посебно право личности, оно даје овлашћење титулару да може да забрани неовлашћено објављивање своје слике и када то није увредљиво, па услов повреде права на лик није и истовремена

²⁴ С.Гајин, *op. cit.*, (1998), 163164.; В.В.Водинелић, *Право масмедија*, Београд 2003., 8184, *id op. cit.*, (1978), 921 922; “В.“, А.Финжгар, у одељку цитираног дела *Права личности*, под насловом Право на сопствену слику, наводи да су у Немачкој заштити сопствене слике били посвећени XXVI и XXVII. Juristentag, 1900. и 1903. године, а *Keyssner и Gareis*, су били за признање таквог права ако је објављивањем слике повређен интерес неког лице или његове породице. Kohler је сматрао да се објављивањем слике вређа лична сфера ако је објављивање извршено на начин којим се вређају нормални животни односи. У француском праву такође је забрањено објављивање слике без пристанка неког лица, али не и уколико је то лице пристало на снимање, а поготову не за лица из јавног живота, са ограничењем и за та лица кад се налазе у неконтролисаним ситуацијама, као што је смрт, саобраћајна несрећа, 117125; “В.“, *Приручник о судској пракси ЕСЉП, Члан 10 Право на слободу изражавања*, Правосудна академија и *The AIRE Centre Advice on Individual Rights in Europe*, 2014 - пресуда у случају *Peck против Уједињеног Краљевства* (представка број 44647/98), 28.01.2003, којом је ЕСЉП утврдио повреду права на приватни живот подносиоцу представке, који је снимљен камером затвореног ТВ система (CCTV), коју је поставио Градски савет једног града у Великој Британији. Снимљен је у време када је, патећи од депресије, ходао улицом са ножем у руци и покушао самоубиство пресецањем вена на руци, а Градски Савет је касније објавио две фотографије скинуте са тог снимка у новинском чланку, под насловом „Лишен оружја – сарадња између CCTV и полиције решава потенцијално опасну ситуацију“. ЕСЉП је нашао да у демократском друштву није неопходно објављивање таквих података, иако може бити неопходно њихово прикупљање, па се CCTV често користи на јавним местима, ради спречавања злочина, 4345; пресуда у случају *Аврам и остали против Молдавије* (представка бр. 41588/05), представку је поднело пет жена из Кишињева, јер је на националној ТВ емитован интимни видео снимак на коме су оне у сауни са петорицом мушкараца, од којих су четворица полицајци, након чега су покушали да их уцене. ЕСЉП им је утврдио повреду права на приватност.

²⁵ *Приручник о судској пракси ЕСЉП - Члан 10 Право на слободу изражавања*, Правосудна академија и *The AIRE Centre Advice on Individual Rights in Europe*, 2014. пресуда у случају *Алкаја против Турске* (представка бр.42811/06), 09.10.2012, којом је утврђена повреда права на приватни живот подносиоце представке, иначе познате глумице из Истамбула, када је дневни лист *Акшам* објавио чланак о провали у њен стан док се у њему налазила, притом наводећи прецизно њену адресу и дајући њену фотографију, као илустрацију текста.

²⁶ А.Финжгар, 121125; одредбе чл. 8082 Закона о јавном информисању и медијима ЗЈИМ, *Службени гласник РС*, број 83/2014; „В.“ члан 27. Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања *Службени лист СФРЈ*, бр. 34/81.

повреда права на част и углед.²⁷,²⁸

Следеће право на лични запис, као други вид права приватности је *право на глас*. Оно представља апсолутно субјективно право искључиво физичког лица да може самостално да одлучи о упознавању осталих лица са својим гласом²⁹. Објекат овог права је глас, као производ човековог дисајног, говорног, али и мисаоног, па и уметничког апарата, који се опажа чулом слуха. Глас уопштено представља и људски говор, као материјализација мисли са одређеним смислом, ради споразумевања људи. По гласу и говору, али и по интерпретацији мелодије, песме, стиха разликују се гласови појединаца, па тако и интерпретатора, који уживају заштиту интерпретаторског права, према одредбама Закона о ауторском

²⁷ Закон о ауторском праву, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 36/57 и Закон о ауторском праву, *Службени лист СФРЈ*, бр. 30/68, регулисао је ову област, све до Закона о ауторском праву, *Службени лист СФРЈ*, бр. 19/78. године, који ове одредбе није садржавао и када је то прешло у правну регулативу република и покрајина бивше СФРЈ.

²⁸ „*Забране из Закона о ауторском праву из 1957. и 1968. године, односиле су се на јавно излагање, приказивање и пуштање у промет лика, портрета тог лица у било којој техници ликовне уметности, без обзира на то да ли дело има ауторскоправни карактер, те како је настало и са којом наменом. Односило се и на фотографије тог лица, затим на филмске и телевизијске записе приказане без пристанка титулара (изричитог, или конклюдентног примањем накнаде за сликање и слично за ту прилику), односно, без пристанка законског заступника те особе. На овим записима лика особа у питању морала је бити препознатљива. Сматрано је да ако неко лице одобри да његова слика уз накнаду, или без ње, буде објављена, то не значи и да се иста може искористићавати за рекламне сврхе, или за објављивање у штампани. Ограничење права на сопствену слику, према Закона о ауторском праву из 1968. године постојало је ако је реч о личностима из јавног живота, било да су то личности из савременог живота, или оне које су у јавности доспеле захваљујући неком догађају, несрећи, кривичном делу, па јавности интересују само у вези са тим дешавањем. Тада је морао постојати неодложан друштвени интерес јавности да буде, поред догађаја упозната и са ликом ове особе. Нису се смеле објављивати ради сензационализма, разоноде и сличних непримерених интереса, фотографије жртава, повређених, настрадалих, или лица у стању јаког душевног узбуђења. Овакви снимци нису се могли користити у комерцијалне сврхе, без пристанка титулара. Такође је било забрањено и објављивање слике малолетних извршилаца кривичног дела, као и фотографије брачног друга, или рођака починилаца кривичног дела... Ограничење овог права је постојало ако је то било у интересу правосуђа, због издавања потернице, у случају несталих лица, због препознавања лешева, или ако је постојала основана сумња да је до нечијег нестанка, или смрти дошло услед кривичног дела, или ако се за лице на фотографији сматрало извршиоцем кривичног дела“*, цитат, Д. Попеску, *Грађанскоправна заштита права приватности од повреда путем масмедија*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2008, 2931.

²⁹ С. Гајин, (1998), 164–165.; В.В.Водинелић, (2003), 8184; id (1978), 922923; А. Финжгар, наводи да је Институт за унапређивање јавних послова у Манхајму 1956. године, усвојио закључак да снимак гласа неког лица без његовог пристанка, представља задирање у правно заштићену личну сферу, 133138.

и сродним правима³⁰. Гласови садрже особености по мелодичности, јачини, висини, опсегу, боји, говорним манама, елоквентности. Могу се забележити техничким путем на носачу гласа, међутим, снимање гласа, тј. говора, без пристанка сниманог лица, представља недопуштено улажење у приватну сферу.^{31, 32} Поред ових права, глас, као лично добро, такође је објекат права на телесни интегритет.

Право на личне писане записе је део права приватности и уједно вид права на личне записе, као апсолутно, субјективно право физичког лица да може самостално да одлучи о упознавању других са својим писаним записима личног карактера.^{33, 34} Објекат овог права је човеков писани запис сачињен од стране титулара лично, или диктиран по његовом диктату, који може бити забележен техничким путем, на различитим подлогама. Писани запис је уједно и знак записан на материјалној подлози подобној за бележење, као носачу. Није од значаја која је врста знакова у питању, да ли су то речи, математички

³⁰ Интерпретација, као духовна творевина, настаје ради звучног, визуелног и звучног и визуелног саопштавања интерпретаторског дела јавности, личним ангажовањем интерпретатора. Често се бележи на фонограме и видеограме. Интерпретатор може забранити или дозволити, бележење снимање и умножавање своје интерпретације, јавно саопштавање снимљене интерпретације, као и њену дистрибуцију, емитовање преко техничких уређаја, као што су звучник и екран, значи и преко масмедија, публици која се налази изван простора у коме се интерпретирање изводи уживо, Д.Попеску, 3233.

³¹ *Пресуда у случају Драгојевић против Хрватске* (представка бр. 68955/11), 15.01.2015, Људска права у Европи, *Правни билтен*, The AIRE Centre Advice on Individual Rights in Europe, број 1/2015. Подносилац представке се жалио због примене мера тајног надзора и снимања његових телефонских разговора, тражећи да резултати мера тајног надзора буду искључени из списка кривичног поступка који је против њега вођен, као незаконито прибављени докази. Европски суд је нашао да је неспорно да је прислушкивање телефонских разговора подносиоца представке и тајни надзор, представљало у том случају мешање у право приватности из члана 8. ЕК, јер су кривични судови ограничили своју процену примене тајног надзора на питање могу ли се тако прибављени докази прихватити, без испитивања навода подносиоца представке, а Влада Републике Хрватске није доставила информације о правниом лековима који су подносиоцу били на располагању, 2124.

³² *Ibid*, *Пресуда у случају Апосту против Румуније* (Представка бр. 22765/12), 03.02.2015 – Подносилац представке се позвао на повреду права приватности јер су објављени транскрипти његових разговора приватне природе, за које је јавни тужилац добио овлашћење за пресретање, а који су прихваћени као доказни материјал у кривичном поступку против њега, због кривичног дела корупције. Европски суд је објављене телефонске разговоре сврстао у повреду приватног живота и преписке подносиоца, јер делови тих разговора нису били у вези са кривичним оптужбама против њега и тицали су се искључиво његовог приватног живота, стр. 2528.

³³ С.Гајин, (1998), 164165; В.В.Водинелић, (2003), 8184; *id* (1978), Право на приватни живот (приватност), Право на глас, изговорену реч, 922923; А.Финжгар, 134.

³⁴ С.Гајин, (1998), 165166; В.В.Водинелић, (2003), стр. 8182; *id* (1978), Право на личне записе, 920921.

знаци, слике, да ли су писани руком титулара или туђом, по његовом диктату, помоћу неке техничке справе или лично. Такође није важно да ли ови записи имају неки смисао за остале, или је намера аутора била да им се смисао не открије, или се не може докучити, ако их је саставило душевно оболело, или лице под халуциногеним средствима.

Спис личног карактера настаје и када лице другом износи догађаје из свог живота, да би у његово име и за његов рачун сачинио запис. Лични списи могу представљати и ствар у титуларовој, али и у туђој својини, иако садрже одређене информације о животу, стању здравља, расположењу титулара, па зато представљају објекат права приватности, а могу бити и објекат ауторског права, ако су настали као нечија оригинална духовна творевина. Неовлашћено читање, или изношење у медије садржаја нечије приватне преписке (писма, дневници, мемоари итд.), представља повреду права на личне писане записе. Међутим, објављивање садржине писмена која се тиче лица адресата, за то лице представља повреду права на приватни живот, а не на лични писани запис.

Поводом приватне преписке, Европски суд за људска права је решавао случајеве повреде права приватности, када су представке подносили затвореници, којима је повређено право на неповредивост преписке са адвокатима, или са судом. Такође је познат случај ограничења телефонског општења и преписке из 1992. године, лица под старатељством са сродником (случај *Margareta u Roger Andersson против Шведске*), цензура преписке, што такође може да представља повреду права на приватан живот (случај *Messsina против Италије*, пресуда из 2000. године).³⁵

4. Ограничење права на приватност

Повреда, односно ограничење права приватности утврђује се у сваком појединачном случају, јер је оно ограничено одредбом члана 8. став 2. Европске конвенције о људским правима³⁶ сем ако ограничење није већ, због виших интереса, законом утврђено (безбедност земље, здравље нације, јавни морал и др.), као што је то случај у нашем праву. Уочљиво је ограничење права на заштиту приватности код тзв. јавних личности, које су свесно изложене

³⁵ М.Маричић, 354355.

³⁶ Одредба члана 8. став 2. ЕК прописује да се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или заштите права и слобода других.

погледу и суду јавности, као и код политичара, због појачане одговорности коју им намеће функција коју обављају.

Ограничења права на приватни живот наметнули су међународни акти, попут Европске конвенције и Међународног пакта о грађанским и политичким правима³⁷ из 1996. године, који чланом 17. пружа заштиту праву личности на приватан живот, породицу, стан, преписку, али само од самовољних и незаконитих мешања. Такође, одредбама Устава Републике Србије из 2006. године, ограничена је неповредивост стана, писама и других средстава општења, као и података о личности, као аспеката приватности, уколико је заснована на одлуци суда и ако је ограничење потребно ради вођења кривичног поступка или отклањања непосредне или озбиљне опасности за људе и имовину, односно ради заштите безбедности наше земље, али само на законом предвиђени начин. Дакле, одредбе, којима се јемчи право приватности, дају могућност да оно буде ограничено законом и садрже одмеравање супротстављених интереса појединца и државе, или трећих лица и утврђују шта је код ограничења права приватности претежнији интерес³⁸.

Судска пракса Европског суда за људска права приликом заштите приватног живота, породичног живота, дома и преписке, води рачуна о ограничењу ових заштићених области права приватности,

³⁷ *Међународни пакт о грађанским и политичким правима*, усвојен и отворен за потпис, ратификацију и приступање Резолуцијом Генералне скупштине 2200 А (XXI), од 16.12.1966. ступио на снагу 23.03.1976. године, у складу са чланом 49, члан 17.

³⁸ Титулар права може дозволити да се подаци о њему похрањују у збиркама личних података и да се користе, сходно одредбама Закона о заштити података о личности *Службени лист СРЈ*, бр. 24/98, 26/98), у вези са диспозицијом из самог права приватности. Навдени закон у члану 16. прописује да лични подаци морају бити тачни, ажурни и засновани на веродостојнијим изворима, а с обзиром на намену за коју се прикупљају и потпуни. Прикупљају се на начин којим се не вређа достојанство човека. Могу се прикупљати од других грађана или преузимати из постојећих збирки личних података, у случајевима предвиђеним законом или на основу писмене сагласности грађанина. Лични подаци су према члану 3. тог закона, информације које се односе на приватност, интегритет личности, лични и породични живот и друга лична права, која су у вези са идентификованим лицем, или лицем које се може идентификовати. Лице може ставити и забрану за коришћење личних података из збирки, ако се они не користе у складу са тим законом, тј. на основу писмене сагласности грађана, или ако су нетачни, неажурни и непотпуни. Лице одлучује и који подаци могу бити предмет прикупљања, осим уколико су у питању подаци о здравственом стању и осуђиваности грађана, који се прикупљају, чувају и користе само у складу са законом (члан 13). Подаци који се односе на расно порекло, националну припадност, религиозна и друга уверења, политичка и синдикална опредељења и сексуални живот, могу се прикупљати, обрађивати и давати на коришћење, само уз писмену сагласност грађана (члан 18). Осим тога, лице може дозволити средствима јавног информисања увид у своју приватност, а дату сагласност може и опозвати.

сходно одредби члана 8. став 2. ЕК³⁹.

Титулар права на приватност, које се по нашем праву појављује у виду права на приватни живот и права на личне записе (лика, гласа и личне писане записе), има овлашћење да допусти појединцима или јавности да имају непосредно сазнање о његовом приватном животу, као и да објаве такве податке, као и личне записе, како његове писане, тако и записе његовог лика или гласа. Ствар воље појединца да то дозволи, осим ако постоји претежан интерес јавности да буде упозната са његовом приватношћу, у ком случају није потребно прибављати пристанак за објављивање информације из приватног живота, или личног записа од титулара права или од лица која дају пристанак у случају када је носилац права умро.⁴⁰

Према нашем праву нарочито није потребан пристанак

³⁹ *Пресуда у случају Tammer против Естоније* (представка бр. 41205/98), 06.02.2001, у *Приручник о судској пракси Европског суда за људска права* (ЕСЈП), Правосудна академија, *The AIRE Centre Advice on Individual Rights in Europe*, 2014. Подносилац представке се жалио да му је повређено право на слободу изражавања, када му је изречна забрана објављивања текста, до разрешења ауторских права на мемоарима Ђице *Vije Laanaru*, што је утврдио и ЕСЈП, премда је објављен интервју подносиоца, као новинара у естонском дневном листу, чији је био уредник, вођен са другим новинаром у вези са објављивањем поменутих мемоара, у којима је између осталог, *Vija Laanaru*, писала о односу са својим садашњим мужем, премијером Естоније, са којим је, док је био у првом браку, добила ванбрачно дете, о дилемама да ли му је разбила породицу и каква је мајка, пошто је заједничко дете поверила на старање својим родитељима. ЕСЈП је стао на становиште да је ограничење слободе изражавања подносиоца представке било у оправданом циљу заштите угледа и права других, која слобода није била неопходна у демократском друштву, јер је подносилац представке критику ауторке мемоара, могао написати и без увредљивих израза „растурачица брака“ и „неодговорна и неспособна мајка“, што није било у јавном интересу, стр. 3437. Насупрот томе, у *пресуди Klein против Словачке* (представка бр.ој 72208/01) од 31.10.2006. године, утврђена је повреда права на слободу изражавања из члана 10. ЕК, подносиоца представке, који је, као новинар, објавио чланак у коме је критиковао словачког архиепископа који је тражио да се рекламни плакат и филм „Народ против Ларија Флинга“ повуку из оптицаја. Чланак је помињао инцест између високог свештеника и његове мајке, у филму који је архиепископ желео да се забрани, а подносилац представке је позвао припаднике католичке цркве да је напусте. Међутим, ЕСЈП није сматрао да се он тим чланком неоправдано мешао у права верника и поред вулгарних и сексуалних алузија и утврдио да је од стране државе Словачке осудом на новчану казну или месец дана затвора, због клевете народа, расе и уверења, њему повређено право на слободу изражавања, 6263. Такође, у *случају Јупала против Финске* (представка бр. 18620/03), од 02.12.2008. године, Ејне Јупала је тужила државу због осуде за клевету јер је лекару изнела утиске да су модрице на леђима њеног унука последица удараца који му је нанео отац, а како јој је дете рекло. ЕСЈП је сматрао да јој је одлуком Апелационог суда Финске повређено право на слободу изражавања, што је поновила дечакову изјаву дају и лекару, а иако је у одговарајућем поступку, због сумње на злостављање детета, пријаву починиоца сваком требало омогућити, 6768.

⁴⁰ Види одредба чл. 80, 81. и 82. став 1. ЗЈИМ.

титулара права приватности за објављивање информације која га се тиче, ако је информацију, односно запис наменио јавности, односно доставио медију ради објављивања, као и ако се информација, односно запис односи на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, посебно ако је то носилац јавне или политичке функције, а објављивање информације је у интересу националне безбедности, јавне сигурности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или злочина, заштите здравља или морала, или заштите права и слобода других. Такође, ако је титулар права приватности својим јавним изјавама и понашањем у приватном, породичном или професионалном животу привукао пажњу јавности и тиме дао повода за објављивање информације или записа, они ће бити саопштени, без тражења његове сагласности. Када је информација саопштена, односно запис начињен у јавној скупштинској расправи или на јавном скупу, или ако је објављена у интересу правосуђа, националне или јавне безбедности, науке, образовања, ради упозорења на опасност од заразне болести, спречавања преваре, ради проналажења несталога лица, није потребна сагласност титулара права приватности. Ако се лице није противило прибављању информације у вези са његовим приватним животом, односно сачињавању личног записа, а знало је да се то чини ради њиховог објављивања, као и ако се запис односи на мноштво ликова или гласова или када је лице приказано као део пејзажа, панораме или сличног призора, а није на посебан начин обележено, дакле, у свим ситуацијама када не претеже његов интерес да се не објави податак из приватног живота или лични запис који се односи на њега, право приватности му је ограничено.⁴¹

⁴¹ Види одредбе чл. 80. и 82. ЗЈИМ

Dragica Popesku, PhD
Court of Appeal in Belgrade

PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVACY AND PRIVATE SPHERE

Summary

The best known classification of domains of privacy is by degree: secret/intimate, private and public sphere. The right to privacy protects the totality of man's existence. It consists of the right to private life and the right to personal records. Private life is the personal scope of an individual's activity in order to preserve and develop his moral and physical integrity, social contacts and emotional and other interpersonal relationships. The right to personal records consists of the right of image, the right of voice and the right of personal written records, as an absolute, subjective right of a natural person to independently decide on the introduction of third parties to records of personal character. Continental legal systems do not provide for offenses as special forms of violation of the right to privacy; violation of privacy rights is determined in each particular case, under the substantive law of that country; this also applies in the Republic of Serbia.

Restrictions on the right to private life are imposed by international acts, such as the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, to protect higher interests such as national security, national health, public morality or other.

Keywords: right to privacy, the private sphere, secret, intimate, private, public sphere, private life, personal records, image recordings, voice recordings, written records, restriction of the right to privacy.

ОБЈАВЉИВАЊЕ ОДЛУКА ЕВРОПСКЕ КОМИСИЈЕ У ПОСТУПЦИМА КОНТРОЛЕ КОНЦЕНТРАЦИЈА

Апстракт

У раду се даје преглед одредаба Смерница Европске комисије за припрему одлука о концентрацијама за јавно објављивање, донетих 2015. године. Аутор указује на то да би овим правилима требало да се унапреди правна сигурност и предвидљивост у поступцима контроле концентрација, што значи да би оваква унапређења требало да буду и у интересу заштите података које учесници на тржишту достављају Европској комисији. Смернице ЕУ предвиђају шта може и шта не може да буде предмет заштите, како се подноси захтев за заштиту података, шта Европска комисија изоставља из својих одлука, а садрже и одређена процесна правила.

Кључне речи: контрола концентрација, заштита података, пословне тајне, поверљиви подаци, Европска комисија

1. Уводна разматрања

У складу са основним начелима на којима се заснивају функционисање Европске уније и рад њених органа, оснивачки акти ЕУ у бројним одредбама наглашавају значај отворености, транспарентности и информисања грађана ЕУ. Уговор о ЕУ отуда у члану 1. предвиђа да се одлуке ЕУ доносе што отвореније и што ближе грађанима,² а Уговор о функционисању ЕУ ову општу одредбу разрађује у члану 15, у контексту подстицања добре управе и обезбеђивања учешћа цивилног друштва, предвиђајући да институције, органи, службе и агенције ЕУ врше своје послове што отвореније, а грађани имају право на приступ документима

¹ Научни сарадник. Самостални саветник, Комисија за заштиту конкуренције, Београд. Аутор је и спољни сарадник Института за упоредно право у Београду. Mail: ivanaracic12@gmail.com. Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције.

² Вид. чл. 1(2) Treaty on European Union, *O.J.*, бр. С. 191/1992.

свих институција, органа, служби и агенција ЕУ.³ Истовремено, свака институција, орган, служба или агенција ЕУ има обавезу да обезбеди да поступак њеног одлучивања буде транспарентан и да утврди посебна процесна правила која ће регулисати приступ њеним документима и објављивање тих докумената.

То значи да институције ЕУ морају да буду способне да јавности учине доступним одлуке које усвајају, а изузетак од овог правила може бити предвиђен како би се спречило објављивање појединих одлука или података садржаним у тим одлукама, првенствено због дужности чувања професионалне тајне.⁴ Такву обавезу има и Европска комисија, која је дужна да јавно објави што више информација из одлука које доноси, а има право да не објави само оне податке који су заштићени као професионална тајна или се морају заштити у јавном интересу.

У поступцима контроле концентрација са европском димензијом, Европска комисија објављује обавештење да је примила пријаву концентрације (нотификацију), а након окончања поступка испитивања концентрације објављује одлуку којом (условно) одобрава концентрацију у редовном или поједностављеном поступку, као и одлуку којом забрањује концентрацију. Обавештење о нотификацији се објављује уколико се утврди да концентрација подлеже контроли према Уредби Савета (ЕЗ) бр. 139/2004 о контроли концентрација између учесника на тржишту из 2004. године,⁵ при чему се наводе имена учесника у концентрацији, земље у којим су они регистровани (земља порекла), облик концентрације и области привреде у којима учесници у концентрацији послују. Одлуке о концентрацијама се такође објављују у „Службеном листу ЕУ“, и том приликом се наводе имена учесника у концентрацији и главни садржај одлуке. У оба случаја, Европска комисија је дужна да води рачуна о интересу учесника у концентрацији да штите своје професионалне тајне, и не сме да објављује податке које је добила приликом спровођења Уредбе о концентрацијама, а који представљају пословну тајну учесника у концентрацији. Подаци добијени применом Уредбе о концентрацијама могу да се употребљавају искључиво за потребе испитивања одређене концентрације и спровођења истражних радњи у поступку контроле.⁶

³ Вид. чл. 15. Treaty on the Functioning of the European Union, *O.J.*, бр. С. 83/2010 – consolidated version.

⁴ Вид. пресуду у случају *Bank Austria Creditanstalt v Commission*, бр. T-198/03, одлука Општег суда од 30. маја 2006. године, *ECR 2006*, II-1429, т. 69.

⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal*, бр. L. 24/2004 (даље у тексту: Уредба о концентрацијама).

⁶ Чл.17. Уредбе о концентрацијама.

Због тога се у „Службеном листу ЕУ“ и на сајту Европске комисије објављују само верзије одлука о концентрацијама које нису поверљиве, односно које су припремљене за јавно објављивање. У складу са таквом праксом, Европска комисија је у мају 2015. године утврдила посебне смернице за припрему одлука о концентрацијама за јавно објављивање,⁷ које би учесницима на тржишту требало да олакшају подношење захтева за заштиту података, а Европској комисији одлучивање о тим захтевима.⁸ Учесници у концентрацији и други учесници на тржишту у својим захтевима наводе оне податке које желе да заштите и за које сматрају да су пословна тајна или да су поверљиви, а уколико Европска комисија прихвати њихова образложења, такви подаци ће бити изостављени у одлуци која се јавно објављује. Практика показује да кумулативно морају да се испуне три услова да би се тражени подаци могли заштити и изоставити у одлукама које се објављују: 1) да су подаци познати само ограниченом броју лица; 2) да откривање података може нанети озбиљну штету лицима која траже заштиту података или трећим лицима; и 3) да је интерес подносилаца захтева, односно интерес који може бити оштећен, објективно вредан заштите.⁹

Смернице ЕУ отуда предвиђају шта учесници на тржишту могу да траже да се заштити као пословна тајна или поверљиви податак, а шта се уобичајено не сматра поверљивим информацијама; затим, како учесници на тржишту могу да поставе свој захтев за заштиту података, као и поступак који се спроводи по постављеном захтеву; и шта Европска комисија по сопственој иницијативи обично изоставља у одлукама које објављује.

⁷ Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation, 26 May 2015, (даље у тексту: Смернице ЕУ), www.ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/guidance_on_preparation_of_public_versions_mergers_26052015.pdf, 6.02.2016.

⁸ Пре доношења Смерница ЕУ, заштита података и објављивање одлука Европске комисије били су уређени Обавештењем Европске комисије о правилима увида у списе предмета који се воде пред Европском комисијом у поступцима заштите конкуренције (Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, *O.J.*, бр. С. 325/2005). Вид. Т. К. Giannakopoulos, *Safeguarding Companies' Rights in Competition and Anti-dumping/anti-subsidies Proceedings*, Kluwer Law International, 2011, 187. и даље. Више о заштити података у праву САД вид. R. S. Schlossberg, H. T. Robins, „Hart-Scott-Rodino Merger Investigations: A Guide for Safeguarding Business Secrets“, *Business Lawyer* 3/2001, 943. и даље.

⁹ Вид. т. 2. Смерница ЕУ.

2. Подаци који се могу заштитити

Све већи број концентрација које се спроводе на јединственом тржишту ЕУ и које захтевају пријаву Европској комисији (као и надлежним телима у различитим земљама истовремено), увећава вероватноћу откривања пословних података и других поверљивих података од стране ових институција, које су им током спровођења поступка испитивања концентрација учињене доступним.¹⁰ Зато учесници на тржишту морају да буду опрезни и да се упознају са правилима које регулишу заштиту података у поступцима контроле, како би сачували своје пословне тајне и спречили њихово објављивање, а регулатива им омогућава да у том смислу поднесу захтев за заштиту података.¹¹

Захтев за заштиту података могу да поднесу сви учесници у концентрацији (подносилац, односно подносиоци пријаве и са њима повезани учесници на тржишту) и они учесници на тржишту, односно трећа лица која Европској комисији током поступка доставе одређене податке. Заштита се може тражити за две врсте података: за податке који представљају пословну тајну и за друге поверљиве податке.¹²

Као пословна тајна, могу да се заштите поверљиви подаци о пословним активностима учесника на тржишту, чије откривање би могло изазвати озбиљну штету тим учесницима. Интерес подносилаца захтева, односно интерес који може бити оштећен, мора бити објективно вредан заштите.¹³ Примери података које се могу сматрати пословним тајнама у одлукама о концентрацијама јесу нарочито подаци о:

¹⁰ О заштити података приликом сарадње националних тела надлежних за заштиту конкуренције вид. R. Lambert, „Parallel Antitrust Investigations: The Long Arm of the DOJ from the Perspective of an E.U. Defense Counsel“, *Loyola Consumer Law Review* 4/2002, 515. и даље; M. Błachucki, S. Józwiak, „Exchange of Information and Evidence between Competition Authorities and Entrepreneurs’ Rights“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 5(6)/2012, 142. и даље; R. S. Schlossberg, H. T. Robins, 959. и даље.

¹¹ Питање заштите података у поступцима заштите конкуренције поставља се и у поступцима који се воде у складу са правилима о рестриктивним споразумима и забрани злоупотребе доминантног положаја, као и у оним деловима поступака у којим се остварује право увида у списе предмета и право обавештавања у поступку или се спроводе истражне радње. Вид. M. Bernatt, „Right to Be Heard or Protection of the Confidential Information? – Competing Guarantees of Procedural Fairness in the Proceedings Before the Competition Authority“, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 3(3)/2010, 58. и даље; H. T. Robins, 943. и даље; D. Adamski, „Access to Documents, Accountability and the Rule of Law – Do Private Watchdogs Matter?“, *European Law Journal* 4/2014, 520. и даље.

¹² Ова разлика се правила и пре доношења Смерница ЕУ. Вид. M. Bernatt, 65; R. Lambert, 515.

¹³ Вид. т. 9. Смерница ЕУ.

- структури трошкова и методима процене трошкова производње и дистрибуције;
- рачунању марже и структури цене;
- тајнама и поступцима производње,¹⁴ као и информације које се односе на *know-how* учесника на тржишту;
- изворима снабдевања;
- обиму производње и продаје;
- тржишним уделима;
- купцима и дистрибутерима;
- пословним и маркетиншким плановима, продајној политици и стратегији, и стратешким одлукама;
- финансијској ситуацији учесника на тржишту, укључујући финансијске споразуме.¹⁵

Други *поверљиви подаци* су подаци који нису пословна тајна, а чије откривање би значајно оштетило одређено лице или учесника на тржишту. Интерес који може бити оштећен, мора бити објективно вредан заштите.¹⁶ У зависности од околности сваког конкретног случаја, други *поверљиви подаци* могу се односити на све податке на основу којих се може утврдити идентитет подносиоца иницијативе за испитивање повреде конкуренције и осталих трећих лица која оправдано желе да остану анонимна.

Процену „поверљивости“ података за које се тражи заштита, Европска комисија врши у сваком појединачном случају (*case-by-case* процена). Уколико се процени да се специфицирани подаци не могу сматрати пословном тајном или другим *поверљивим подацима*, такви подаци се не могу заштитити, без обзира на то да ли су они у поднесцима или у комуникацији са Европском комисијом означени као „пословна тајна“ или као „поверљиви“.¹⁷

Подаци који се уобичајено не сматрају „поверљивим“ спадају у следеће категорије података:¹⁸

¹⁴ Тајне производње се односе на тајну, комерцијално вредан план, формулу, процес или уређај који се користи за израду, припрему, мешање, или обраду производа, и за који се може рећи да је финални производ настао као резултат иновације или значајних напора.

¹⁵ Вид. т. 10. Смерница ЕУ.

¹⁶ Вид. т. 11. Смерница ЕУ.

¹⁷ Више о процени „поверљивости“ пословних тајни и других *поверљивих података* вид. М. Kekeleki, *EC Merger Control Regulation: Rights of Defence, a Critical Analysis of DG COMP Practice and Community Courts' Jurisprudence*, Kluwer Law International, 2006, 204. и даље; Т. К. Giannakopoulos, 190. и даље.

¹⁸ Вид. т. 13-14. Смерница ЕУ.

- Подаци који су резултат сопствене процене Европске комисије, под условом да резултати такве анализе изричито не упућују на податке који се сматрају пословном тајном или другим поверљивим подацима.

Реч је нпр. о подацима који су резултат анализе садржаја интерних докумената учесника на тржишту или испитивања тржишта, укључујући наводе учесника у том испитивању (нпр. закључак Европске комисије да једно привредно друштво (друштво X), након концентрације, неће имати право вета на стратешке одлуке другог друштва (друштво Y)).

- Опште оцене Европске комисије које се односе на функционисање тржишта које је предмет испитивања.

Реч је о подацима којима се на општи начин описује динамика, односно конкуренција на конкретном тржишту, а који при томе изричито не упућују на пословну тајну учесника на тржишту (нпр. оцена да подносилац пријаве и његови главни конкуренти, када преговарају са својим купцима, уобичајено користе процене тржишних удела које су им обезбедили представници индустрије).

- Јавно доступни подаци, укључујући податке који се могу добити само плаћањем услуга приступа специјализованим информационим базама (регистрима), с тим што се тада мора поштовати право интелектуалне својине.

То су нпр. подаци из јавно доступних годишњих финансијских извештаја (објављених на сајтовима привредних друштава или регистара привредних субјеката) или закључци добијени на основу ових података (нпр. закључак да је друштво X имало значајне финансијске губитке у претходној години и подаци о тим губицима) или подаци који су познати учесницима на тржишту и потрошачима (нпр. закључак да друштво Y, иако је један од највећих учесника на тржишту, не послује на тржиштима свих земаља ЕУ).

Подаци о годишњем приходу учесника у концентрацији су, по правилу, јавно доступни подаци, због чега се не могу заштитити. Међутим, податак о приходима групе повезаних учесника на тржишту (којој припада учесник у концентрацији), може се сматрати поверљивим податком, уколико он није јавно доступан. Такође се може заштити податак о приходу учесника у концентрацији који је остварен на тржишту ЕУ или на националном тржишту, под условом да тај податак није јавно доступан, иако је податак о приходу остварен на светском тржишту јавно доступан податак.

- Подаци који су изгубили комерцијални значај, посебно због протеча времена.

Општи суд сматра да је период од пет година довољан да се сматра да поверљив податак није више пословна тајна или да се не сматра поверљивом информацијом. Изузетно се и овакав податак може заштитити, ако подносилац захтева за заштиту података докаже да се податак суштински још увек односи на пословни положај конкретнoг учесника, односно подносиоца захтева.¹⁹

- подаци који се односе на општа знања стручњака у одређеној области (нпр. знања инжењера или медицинских радника, односно доктора).

Реч је о закључцима који су добијени на основу података који су доступни академској заједници, односно стручној јавности (нпр. закључак да се лек Б може преписати као замена за лек А, због чега се ова два лека могу сматрати супститутима).

- Статистички или агрегатни подаци, укључујући податке у графиконима.

То су нпр. агрегатни подаци о обиму производње, потрошње или извоза, под условом да се заснивају на подацима који су прикупљени од свих учесника на тржишту, без навођења података о појединим учесницима и њиховим појединачним уделима.

- Закључак да је тржишни удео неког од учесника у концентрацији нижи или виши од одређене вредности (висине) и/или да је тај учесник већи од својих конкурената.

Ови подаци се не сматрају поверљивим, јер се односе на опште прагове, без навођења појединачних удела (нпр. закључак да је највећи конкурент подносиоца пријаве, у многим земљама, два пута, па чак и четири пута, мањи од новог учесника на тржишту који настаје спровођењем концентрације).

- Аргументи учесника у концентрацији, засновани на подацима доступним учесницима на тржишту (нпр. засновани на подацима о тржишним уделима, а који се не могу сврстати у категорије поверљивих података).

¹⁹ Вид. случај *Evonik Degussa v Commission*, бр. Т-341/12, пресуда Општег суда од 28. јануара 2015. године, ECLI:EU:T:2015:51, т. 84-85. Према овој пресуди, подаци који су некада били тајни и поверљиви, након протекла периода од пет или више године, не сматрају се поверљивим, него историјским подацима, осим ако се изузетно докаже да ти подаци, упркос њиховој старости, још увек представљају кључне елементе пословног положаја учесника на тржишту на којег се тај податак односи, односно трећег лица. Тиме се не оспорава могућност да и подаци који датирају из периода од пре пет или више, па чак и десет, година, буду заштићени, али се у том случају захтевају посебни аргументи у прилог таквом закључку.

3. Подношење захтева за заштиту података

Учесници у концентрацији и трећа лица која желе да заштите податке које су доставили Европској комисији, морају да поднесу посебан захтев за заштиту података којим захтевају објављивање поверљивих верзија одлука о концентрацији и других аката Европске комисије који се односе на ту концентрацију, у посебном року који им одреди Европска комисија. Подносилац захтева, у принципу, не може да захтева објављивање поверљиве верзије целе одлуке или свих делова одлуке, уколико је могуће да се заштита података обезбеди изостављањем само појединих података, односно објављивањем делимично поверљиве верзије одлуке.

У складу са досадашњим правилима ЕУ, подносилац захтева мора јасно да утврди податке које жели да заштити (у пријави концентрације или у допису који је доставио), као и делове одлука о концентрацији за које сматра да су поверљиви, уз навођење разлога за такву заштиту и достављањем посебних поверљивих верзија пријаве, дописа, односно одлука о концентрацији (које не садрже заштићене податке), у року који одреди Европска комисија. Европска комисија такође може од учесника концентрацији и од трећих лица која су јој доставила податке да затражи да означе документацију или делове документације за које сматрају да садрже њихове поверљиве податке, као и да такве податке означе у актима Европске комисије.²⁰

Смернице ЕУ такође изричито омогућавају учесницима на тржишту да од Европске комисије траже изостављање поверљивих података у одлукама о концентрацијама и повезаним публикацијама које се јавно објављују. Да би Европска комисија могла да објави поверљиве верзије одлука о концентрацијама, од учесника на тржишту се захтева да:²¹

1. у одлуци која треба да се објави, означи сваки достављени податак за који сматра да представља професионалну тајну (пословна тајна и други поверљиви подаци);
2. поткрепи доказима свој захтев за објављивањем поверљиве

²⁰ Вид. чл. 18. Уредбе Европске комисије бр. 802/2004 о примени Уредбе 139/2004 о контроли концентрација (Commission Regulation No 802/2004 of 7 april 2004 implementing Council Regulation No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *O.J.*, L. 133/2004, as amended by Commission Regulation (EC) No 1792/2006 of 23 October 2006 (*O.J.*, L. 362/2006), Commission Regulation (EC) No 1033/2008 of 20 October 2008 (*O.J.*, L. 279/2008), Commission Implementing Regulation (EU) No 1269/2013 of 5 December 2013 (*O.J.*, L. 336/2013), даље у тексту: Уредба бр. 802/2004.

²¹ Вид. т. 16. Смерница ЕУ.

верзије одлуке, тако што ће у писаном облику објаснити нарочито:

- a) зашто конкретан податак представља пословну тајну или други поверљив податак; и
 - b) како му објављивање тог податка може нанети озбиљну штету или може значајно оштетити неко лице или учесника на тржишту; и
 - c) чији интереси су вредни заштите, а који би могли бити оштећени откривањем података.
3. истакне у тексту одлуке сваки део који садржи поверљиве податке, тако да истакнути текст остане читљив;
 4. обезбеди сажет, али значајан резиме редигованих података, који није поверљив (*non-confidential summary*), нпр.: „продајна стратегија: [додати детаље о редигованим подацима, као што је временски период, подручје, итд.]. За бројеве (тржишни удели или годишњи приход), потребно је указати на распон.²² Потребно је указати и на категорију поверљивих података којој припада податак чија заштита се тражи – „[ПОСЛОВНА ТАЈНА]“ или „[ПОВЕРЉИВО]“.

Приликом навођења разлога, односно доказа, да одређени податак јесте поверљив, потребно је пружити детаљне информације на основу којих Европска комисија може да процени: а) јавни интерес да се активности институција ЕУ обављају што транспарентније; и б) легитимни интерес подносиоца захтева да се заштите поверљиви подаци. Дакле, да би могла да усвоји захтев за заштиту података, неопходно је да Европска комисија закључи да је интерес подносиоца тог захтева оправдан и да је значајнији од јавног интереса да се објаве сви подаци којима Европска комисија располаже.

Пожељно је да подносилац захтева у табели укаже на податке које жели да заштити (навођењем тачног места у тексту на којем се

²² Подаци о тржишним уделима се редикују тако што се у верзијама одлука које нису поверљиве користе следећи распони:

Између 0 и 4,99% [0-5]

Између 5,0 и 9,99% [5-10]

Између 10,0 и 19,99% [10-20]

Између 20,0 и 29,99% [20-30]

Између 30,0 и 39,99% [30-40]

Између 40,0 и 49,99% [40-50]

Између 50,0 и 59,99% [50-60]

Између 60,0 и 69,99% [60-70]

Између 70,0 и 79,99% [70-80]

Између 80,0 и 89,99% [80-90]

Између 90,0 и 100% [90-100]

налази конкретан податак), да прикаже разлоге за редакцију, као и предлог резимеа који није поверљив.

Уколико учесници на тржишту не утврде податке које желе да заштите, односно ако не поступи у складу са Смерницама ЕУ, Европска комисија ће сматрати да њене одлуке не садрже поверљиве податке, односно да се учесници на тржишту не противе објављивању одлука и откривању свих података које су они доставили, а који се налазе у тим одлукама.²³

4. Поступак објављивања одлука о концентрацијама

Када Европска комисија донесе одлуку о концентрацији, она о томе обавештава учеснике у концентрацији и даје им могућност да поднесу захтев за заштиту података, уколико они тај захтев већ нису поднели. Да би припремили верзију коначне одлуке о концентрацији, учесници у концентрацији имају рок од седам дана да Европској комисији доставе предлог верзије одлуке која није поверљива и да све пословне тајне прикажу ознаком [...] или у распону који се сматра одговарајућим начином заштите, као што је случај са примером тржишних удела.

Након одлучивања о захтеву за заштиту података, Европска комисија врши редакцију текста одлуке и редиговану верзију шаље подносиоцима захтева на сагласност. Редигована одлука би требало да буде верзија која се јавно објављује (верзија која није поверљива), јер се у њој изостављају поверљиви подаци (редакцијом текста и заменом одговарајућим описима, резимеима, распонима или ознакама [...]). Уколико подносилац захтева не одговори у посебно предвиђеном року, Европска комисија је овлашћена да објави редиговану одлуку, јер се сматра да се подносилац захтева не противи таквом објављивању.

Уколико подносилац захтева сматра да редигована одлука још увек садржи пословне тајне или друге поверљиве податке, он може да се обрати овлашћеном службеном лицу (*Hearing Officer*), у посебном року који му одреди Европска комисија. Ако се он не обрати овлашћеном службеном лицу у предвиђеном року, Европска комисија може да објави редиговану одлуку. Објављивање (редигованих) одлука о концентрацијама на сајту Европске комисије (*DG Competition*) не ограничава право Европске комисије да касније објави одлуку о истој концентрацији која би садржала много више података, под условом да

²³ Вид. чл. 18(4) Уредбе бр. 802/2004; т. 21. Смерница ЕУ.

се тиме не открију заштићени поверљиви подаци.²⁴

Пре објављивања одлуке о концентрацији, Европска комисија може да заштити одређене додатне податке, без обзира на то да ли је поднет захтев за заштиту података, и да у складу са тим, додатно редигује текст коначне одлуке и других публикација о конкретној концентрацији. На тај начин се могу заштитити лични подаци (у складу са посебним прописима о заштити личних података), војне тајне или, у зависности од околности сваког конкретног случаја, подаци о учесницима на тржишту које доставе трећа лица и који могу представљати знатан економски или пословни притисак на конкуренте или на њихове трговинске partnere, купце или добављаче.²⁵

5. Закључак

У поступцима контроле концентрација, учесници на тржишту обично достављају бројне осетљиве пословне податке, као што су подаци о највећим добављачима и купцима, вредности и обиму продаје и набавке, тржишним уделитема, разлозима за спровођење концентрација и др. Откривањем ових података може се нанети значајна штета учесницима у концентрацији и другим учесницима на тржишту, због чега је и установљено правило да Европска комисија не доставља, односно не објављује, нити ставља на располагање податке, односно документацију, која садржи пословне тајне или друге поверљиве податке за које Европска комисија сматра да их не треба откривати у циљу спровођења поступка.

Значај доношења Смерница ЕУ отуда јесте велики, посебно ако се узму у обзир околности да се убрзано развија пракса ЕУ у вези са применом правила о увиду у списе предмета који се воде пред Европском комисијом у поступцима заштите конкуренције и да је питање заштите података у поступцима контроле концентрација

²⁴ Вид. т. 24-25. Смерница ЕУ. Судска пракса ЕУ је утврдила тзв. правило *AKZO*, којим се уређује поступак достављања и објављивања, односно откривања поверљивих и пословних података у поступцима заштите конкуренције. Према овом правилу, уколико Европска комисија намерава да објави податке које је подносилац захтева за заштиту података означио као поверљиве, о томе мора у писаном облику обавестити подносиоца захтева и образложити своју одлуку. Против ове одлуке, подносилац захтева може да покрене поступак пред Општим судом (некада Првостепеним судом), ако сматра да спорне податке ипак треба заштитити. Вид. случај *AKZO Chemie and AKZO Chemie UK v Commission*, бр. 53/85, [1986] ECR 168, одлука Првостепеног суда од 24. јуна 1986. године, т. 26-31. Више Т. К. Giannakopoulos, 201. и даље.

²⁵ Вид. т. 22. Смерница ЕУ.

једно од најконтроверзнијих питања у праву конкуренције.²⁶ Иако су резултат вишегодишње праксе у примени правила о увиду у списе предмета, Смернице би требало додатно да унапреде правну сигурност и да учесницима на тржишту олакшају подношење захтева за заштиту података, а Европској комисији одлучивање о тим захтевима.

Ivana Rakić, PhD

Commission for Protection of Competition, Belgrade

PUBLICATION OF THE EUROPEAN COMMISSION DECISIONS IN MERGER CONTROL

Summary

This paper provides a short review of the provisions of the EU Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation. The author points out that these rules adopted in 2015 should increase legal certainty and predictability of the merger control, which means that such improvements would be also in the interest of data protection stemming from the undertaking. This Guidance outlines what can and cannot be claimed for redaction, how to claim confidentiality, what the commission redacts in the public version of a decision, and procedural aspects.

Key words: control of concentrations, merger control, data protection, business secrets, confidential information, EU Commission

²⁶ Вид. К. Fountoukakos, С. Puech-Baron, „What Happens in Luxembourg Stays in Luxembourg: Confidentiality Issues in Competition Law Proceedings Before the EU Courts“, *Journal of European Competition Law and Practice* 6/2014, 331.

**ПРАВНИ НЕДОСТАЦИ СТАНДАРДА «УДРУЖЕНИ
ЗЛОЧИНАЧКИ ПОДУХВАТ» И ПРИНЦИПИ МОГУЋИХ
МОДАЛИТЕТА ОТКЛАЊАЊА ПРОБЛЕМА***Апстракт*

Међународни Трибунал за бившу Југославију је испуњавајући своју мисију успостављања правде на конфликтном подручју установио правни стандард «удруженог злочиначког подухвата» у три појавна облика и на бази прописаних обавезних објективних и субјективних елемената, при том се позивајући на међународно обичајно право и Статут Међународног кривичног суда и Статут Трибунала. Са аспекта правне науке, посебно интересантним се испоставио трећи облик овог стандарда, који се у суштини заснивао на критеријуму “предвидивости” као основу потврђивања одговарајућег субјективног односа окривљеног лица према почињеном кривичном делу који га чини одговорним. Овакав став је убрзо наишао на оправдане примедбе великог броја истакнутих правних стручњака због своје правне неутемељености и противности суштинским кривично-правним институтима у националним правосудним системима и базним начелима међународног кривичног права. Обзиром да је инсистирање Трибунала на овом институту довело до одређених последица, веома је нужно да се сам Трибунал врати суштинској примени, а не интерпретацији права, као прихватљивом начину поновног успостављања система поштовања норми међународног кривичног права.

Кључне речи: *Удружени злочиначки подухват, МТЗБЈ (Међународни Трибунал за бившу Југославију), критеријум предвидивости, објективни елементи, субјективни елементи, начело законитости, кривично право*

¹ Министарство унутрашњих послова Републике Србије; mail: dragan_paunovic@yahoo.com

1. Појам и значење правног стандарда «удружени злочиначки подухват»

«Удружени злочиначки подухват (у даљем тексту УЗП) је правни стандард савремене историје правне науке. Настао је као резултат оригиналног и изворног тумачења одређених правних односа од стране Међународног Трибунала за бившу Југославију у Хагу. Обзиром на своју оригиналност и оспораваност утемељености оригиналности овог института, веома је значајно представити његово значење или појам, саставне елементе и нормативне изворе на којима је настао овај концепт.

УЗП је суштински правни институт или стандард којим се на оригиналан начин у правној историји утврђује одговорност одређене категорије окривљених лица. Специфичност овог правног стандарда произилази управо из ове две категорије: одговорност и специфична категорија окривљених лица.

Специфична одговорност се састоји у томе што се институт УЗП односи на одговорност саучесника, који су увек имали специфично место у кривичном праву, али и у међународном кривичном праву. Та специфичност се састоји у чињеници да се односи на појединце који нису директно или непосредно учествовали у извршењу кривичних дела или злочина, већ су допринели извршењу тог злочина на други начин.

Начини на који саучесник може да учествује у извршењу злочина су бројни, а међу најкарактеристичнијим се издвајају помагање, подстрекавање или давање доприноса извршењу кривичног дела или злочина на други начин. Дакле, уочава се да је у питању један широк спектар могућих радњи саучесништва, и то како оних који су познати у досадашњој кривично-правној теорији, тако и оних који се евентуално могу јавити у будућности као потпуно нови или оригинлни. Овако широком квалификацијом, све те радње се могу квалификовати као саучесништво.

Ипак, битно је истаћи да је та могућност условна и везана за разне критеријуме, које ћемо детаљније представити у наставку рада.

Специфичност категорије окривљених лица се састоји у чињеници да се ради о неспецифичним лицима. Специфичност саучесника се принципијелно састоји у одређеном дефинисаном кругу услова за саучесника који су највише везани за однос према кривичном делу и према непосредном починиоцу кривичног дела. Неспецифичност УЗП се налази у томе да се у овом случају ради о категорији лица која се налазе изван тог круга саучесника који су према кривичном делу или починиоцу у одређеном, законом дефинисаном,

односу. Неспецифичност овог облика УЗП се заправо налази у томе што је међународно кривично право (институционални представници међународног кривичног права) започело са експериментисањем одговорности лица која под нормалним условима не би могла бити одговорна. Такво експериментисање је нетипично за међународну кривично-правну науку, а тиме и веома опасно, јер у себи носи правне преседане и супротстављеност међународном кривичном праву. Односно, ради се о експериментисању које је веома дубоко инкорпорирано у политику и недовољно утемељено на праву, ако уопште. Обзиром на чињеницу да инструментализација права представља први знак неправда, значај теме УЗП експоненцијално расте у међународној кривично-правној науци и теорији.

Осим појма, за институт УЗП је битно напоменути да је у међународном кривичном праву познат под енглеским називом “Joint Criminal Enterprise” и да је први пут примењен у пракси Међународног Трибунала за бившу Југославију.

Међународни трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на подручју бивше Југославије од 1991. године (у даљем тексту: Међународни Трибунал за бившу Југославију и Трибунал) је основан Резолуцијом Савета безбедности УН број 808. од 22.3.1993. године², а Резолуцијом истог тела број 827. од 25.5.1993. године је усвојен Статут Трибунала.³

По замисли креатора, овај Трибунал је надлежан за процесуирање свих повреда Женевских конвенција којима су у највећем броју одређени и оквалификовани међународни злочини⁴, односно Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године, Женевске конвенција из 1949. године и два допунска протокола из 1977. године.⁵

² United Nations Security Council, Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council, Resolution 808 (1993), S/25704, 3 May 1993;

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf 15.08.2015.

³ United Nations Security Council, Resolution 827 (1993), S/RES/827 (1993), 25 May 1993; <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement> 15.08.2015.

⁴ Овим Конвенцијама су заштићене неке од основних вредности човечанства: 1. Намерно лишавање живота, 2. Мучење или нечовечно поступање, укључујући биолошке експерименте, 3. Намерно наношење великих патњи или тешких повреда тела или здравља, 4. Уништавање и одузимање имовине широких размера које није оправдано војном нуждом, а изведено је противправно и безобзирно, 5. Присиљавање ратног заробљеника или цивила на службење у снагама непријатељске силе, 6. Намерно ускраћивање права ратном заробљенику или цивилу на правичан и редован судски поступак, 7. Противправна депортација или премештање или противправно затварање цивила и 8. Узимање цивила за таоце.

⁵ ICRC, The Geneva Conventions of 12 August 1949 (1949).

<http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, 4. 04. 2014.

На крају, посебно је битно напоменути да је УЗП веома комплексан правни стандард. Један од разлога такве комплексности се налази у претходно описаном експериментисању које је обављено са овим кривично-правним институтом у међународном кривичном праву, а које је било нужно обзиром на недостатак доктринарног утемељења које би било искоришћено за његову верификацију. Таква комплексност је истовремено и један од узрока његове слабости. Управо анализом саставних делова ове комплексне појаве долазимо до корена проблема, али и могућих начина њиховог превазилажења, што је предмет овог рада. Први корак такве анализе је елаборирање конститутивних елемената концепта УЗП.

1.1. Елементи

Међународни Трибунал за бившу Југославију је први пут увео правни стандард УЗП у међународно кривично право 1999. године са пресудом у поступку против оптуженог Душка Тадића.⁶ Ради се о комбинацији процесне кореспонденције између Судаћег и Апелационог већа Међународног Трибунала за бившу Југославију у којој је на првостепено изречену пресуду Тужилаштво изјавило жалбу у којој је инсталирало елементе УЗП, који су потом потврђени од стране Апелационог већа и правни стандард је ушао на велика врата у рад Међународног Трибунала за бившу Југославију, али и на мала врата у међународно кривично право.

Том приликом су као основни елементи УЗП утврђени они објективног и субјективног карактера, односно објективни који су везани за радњу извршења или реални чин, у англосаксонском праву познатим као *actus rea* и субјективни који су везани за психички однос окривљеног лица према почињеном злочину или кривичном делу, у англосаксонском праву паознатим као *mens rea*.

На основу комбинације одређених објективних и субјективних елемената настали су различити облици УЗП који се принципијелно разликују по нивоу психичког односа окривљеног према кривичном делу. Они су познати као УЗП I, II и III и јасније ће се уочити разлика међу њима са описом битних елемената субјективног односа окривљених лица према кривичном делу.

Ради што квалитенијег анализе поједначних елемената, помоћи ћемо се наводима и закључцима Амбос Каија који је међу првима препознао саставне елементе овог концепта и њихове правне недостатке.

Као објективни елементи неопходни за постојање УЗП или услова *actus rea* се наводе следећи:

⁶ UN-ICTY, Appeal Judgment Dusko Tadic, IT-94-1-A, 15 July 1999;

1. Постојање више од једне особе као извршиоца, односно група у облику организације или колективног тела. Посебно је битна даља релативизација овог услова која се састоји у образложењу да није битно да ли је организација део административног, милитаризованог, политичког или неког другог апарата;
2. Та групација људи мора да има «заједнички план, дизајн или сврху» чија суштина мора да у себе укључује она кривична дела која са наведена у Статуту Међународног Трибунала за бившу Југославију. И овај услов се додатно релативизује кроз појашњење да «заједнички план, дизајн или сврха» могу бити плод инерције поступања или понашања претходне групације и да уопште није неопходно да буду планирани, формализовани, припремани или на други начин претходно утврђени;
3. Коначно, окривљени мора да узме учешћа у «заједничком плану, дизајну или сврси.» При том, то учешће се може састојати у помагању или доприношењу реализацији “заједничког плана, дизајна или сврхе” на други начин.⁷

Овим је листа објективних елемената исцрпљена, при чему посебно стављамо акценат на релативизацију основних објашњења правних стандарда.

Као субјективни елементи неопходни за постојање УЗП или услов *mens rea* се наводе следећи:

1. Постојање намере да се изврши кривично дело у идентичном односу код свих учесника или тзв. «подељена намера» је услов за ону групу кривичних дела где сва окривљена лица делују заједно са циљем остварења заједничког циља. Дакле, суштина услова се исцрпљује у подељеној заједничкој намери.
2. Друга трупа кривичних дела је доктринарно утемељење исцрпила из кривичне одговорности осуђених одговорних ратних злочинаца у концентрационим камповима из времена II Светског рата, односно оних ратних злочинаца који су њима управљали. На основу пресуда Међународног војног суда у Нирнбергу, за ову категорију лица је установљен субјективни услов за одговорност који се састојао у «личном познавању злочиначког третмана» уз намеру окривљеног лица да продужи функционисање злочиначког система;
3. Коначно, последњи облик *mens rea* који је саставни део стандарда УЗП је онај који се односи на одговорност окривљених лица која

⁷ A. Kai, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Essay in Journal of International Criminal Justice* 5, Oxford University Press, 2007, 160.

су саучествовала у извршењу злочиначких дела на начине изван претходно два наведена, односно:

- која су учествовала у криминалним радњама које нису биле обухваћене «заједничким планом, дизајном или сврхом» као претходно наведеним објективним елементом и
- да су при том та кривична дела «природна» и «предвидива» последица извршења «заједничког плана, дизајна и сврхе»

За ову категорију окривљених се захтева намера да се партиципира у криминалним радњама или да се на други начин даје допринос УЗП или криминалном догађају који је у вези са претходно наведеним објективним елементом који се састоји у извршењу кривичних дела која су део «заједничког плана, дизајна или сврхе.»

Да би ова категорија лица била одговорна за кривична дела почињена од стране лица изван «заједничког плана, дизајна или сврхе», нужна је:

1. предвидивост могућности да такви злочини буду почињени од стране чланова криминалне организације и
2. вољност окривљеног да преузме такав ризик на себе.⁸

Овако формулисан концепт УЗП је постао једно од главних правних средстава осуде већег броја окривљених лица пред Међународним Трибуналом за бившу Југославију. У периоду између 2001. и 2004. године, 64% оптужница Међународног Трибунала за бившу Југославију је почивало на концепту УЗП.⁹

Обзиром да то није предмет овог чланка, само ћемо да напоменемо да се најпре ради о окривљеним лицима српске националности који су скоро искључиво осифивани по основу правног стандарда УЗП.

2. Правни недостаци

Већ са настанком концепта УЗП је започело његово оспоравање као правно утемељеног стандарда. Примедбе су бројне и крећу се од институционалних, преко политичких до најбитнијих формалних

⁸ *Ibid.*, 105.

⁹ According to A.M. Danner, J. S. Martinez, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", 93 *California Law Review* (2005) 75, 64% of the indictments submitted in the ICTY between 25 June 2001 and 1 January 2004 relied on this doctrine." Више о томе: *Ibid.*, 159.

или правних. Институционалне и политичке примедбе нису предмет наше анализе, тако да ће фокус пажње бити усмерен искључиво на правне недостатке концепта УЗП. При том, нужно је напоменути да се примедбе правне науке принципијелно односе на арбитрерни карактер трећег облика УЗП или УЗП III познатог по својим екстензијама правне науке и праксе на радње-правне догађаје који се под њих не могу подвести и на начин који је супротан праву. Иако и прва два облика УЗП имају своје бројне недостатке, они се у мањој мери могу тако очигледно нападати него што се може учинити са трећим обликом, те ће с тога и наш фокус бити принципијелно на овом посматраном облику.

Суштина правних недостатака стандарда «удружени злочиначки подухват» се састоји у његовог правној неутемељености и противности начелима међународног кривичног права. Иако се овде ради више о схоластичкој него реалној подели, обзиром да је противправност доста везана за неутемељеност и обратно неутемељеност је значајно проузроковала противправност, настојаћемо да направимо границу између ова два облика.

2.1. Правна неутемељеност

Неутемељеност концепта УЗП се заснива на већинском ставу истакнутих посланика правне мисли да је концепт УЗП доктринарно неутемељен, па да стога и не постоји и немогуће га је применити.

Апелационо веће Међународног Трибунала за бившу Југославију се у образлагању основаности концепта УЗП позвало на међународно обичајно право, односно међународно обичајно кривично право уз специфицирање појединачних извора по њиховом значају на следећи начин:

1. одлуке Међународног војног суда из Нирнберга;
2. Конвенцију о сузбијању терористичког бомбардовања;
3. Статут Међународног кривичног суда¹⁰ и
4. појединачне одлуке националних законодавстава.¹¹

Анализирајући наведен изворе, велики број правних стручњака је изнео низ општих и конкретних примедби при том користећи изузетно стручну правну аргументацију. Обзиром да је немогуће да их наведемо све, настојаћемо да се фокусирамо на

¹⁰ International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC-7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, 26. 11. 2013.

¹¹ ICTY, Cases, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, 12.11.2013. 99-104.

најзначајније примедбе који следе значај доктринарних извора које је Апелационо веће навело у својој приоритетизацији.

Позивајући се на међународно обичајно право, Међународни Трибунал за бившу Југославију правилно поступа у процесу образлагања својих одлука, али истовремено чини и пропуст који се састоји у пропуштању навођења конкретних случајева или одлука међународног обичајног права које је користио у поступку доказивања.

Тако, поједини аутори стоје на становишту да је Трибунал сам себе дезавуисао оваквом аргументацијом, јер је применио концепт тек дуго времена након почетка рада уместо да је то учинио одмах са установљавањем што би било могуће да је тај концепт заиста постојао у међународном обичајном праву до тада.¹²

Други аутори добро примећују да се Трибунал у својим одлукама пуно више позива на концепт «заједничког циља» уместо на концепт «удруженог злочиначког подухвата», што је нелогично. Већи приоритет би неспорно требало да има концепт УЗП уместо «заједничког циља.» Међутим, проблем се састоји у томе што је концепт «заједничког циља» дубоко укореван у међународном кривичном праву, што није случај са концептом УЗП, те отуда и придавање вишег значаја овом другом концепту од стране Трибунала.¹³

Одлуке Међународног војног суда у Нирнбергу не могу послужити као основ за концепт УЗП како је то Међународни Трибунал покушао да представи из више разлога¹⁴, а овде ћемо се задржати само на оним најбитнијим за доказивање противправности и неутемељености УЗП. Дакле, одлуке Међународног војног суда могу да послуже као основ оба полазишта оспоравања концепта УЗП. Суштина покушаја Међународног Трибунала за бившу Југославију да искористи одлуке Међународног војног суда се састоји у чињеници да је Нирнбершки суд трасирао пут одговорности

¹² З. Стојановић, *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд, 2008., 99.

¹³ С. Стојановић, *Joint Criminal Enterprise – заједнички злочиначки подухват као повреда права оптуженог у поступку пред Трибуналом у Хагу*, Бранич, број 3-4. 2004.

¹⁴ Постоји пуно разлога који одлуке Међународног војног суда у Нирнбергу не чине идеалним и довољно компаративним за коришћење у случају Међународног Трибунала за бившу Југославију. Један од њих се налази у чињеници да је II Светски рат који је Нирнбершким судом и званично окончан, заправо био међународни конфликт, што рат на подрушју бивше СФРЈ никако не може бити и више има одлике грађанског сукоба. Више о томе: В. Чоловић, «Формирање Хашког Трибунала-пример непоштовања права и стварних чињеница», *Хашки Трибунал између права и политике* 2013., 120-138.

Друга се налази у чињеници да је сам Нирнбершки суд кршио начела законитости, што је супротно праву, али је изражени легитимитет овог судског органа био довољан да надокнади правне мањкавости у делу начела законитости и индивидуалне кривичне одговорности. Више о томе: М. Шкулић, «Начело законитости у кривичном праву», *Анали Правног факултета у Београду* I/2010., 88-89.

у случају “колективног криминалитета.”

Међутим, при том запоставља чињеницу да је управо начело индивидуалне кривичне одговорности једно од главних начела Нирнбершког суда и да јасно прецизира да «...нико не може бити криминално одговоран за радње у којима није лично учествовао или на други начин партиципирао»¹⁵, чиме се одговорност утврђује као индивидуална категорија, која је и омеђена начелима индивидуалне одговорности, која подразумева неопходне субјективне услове, који нису били испуњени када је концепт УЗП у питању, као што смо претходно видели. У складу са таквим начелом, поједини аутори са пуно права истичу да правни норматив којим је Нирнбершки суд одредио границе одговорности саучесника, а које се заснивају на “постојању добровољног чланства у организацији и знању о учињеном кривичном делу.”¹⁶

Позивајући се на Конвенцију о спречавању терористичког бомбардовања, Трибунал запоставља једну веома битну чињеницу. Она се састоји у томе да је у самој Конвенцији наведено да се одговорност лица у њој заснива на “заједничкој сврси”, односно заједничком доприносу који су саучесници пружили реализацији криминалног дела, с тим што такав допринос мора бити учињен са намером или знањем намере групе да реализује кривичну радњу која је предмет ове Конвенције.¹⁷ Дакле, поступајући на овај начин, Конвенција прилично строго држи лимите одговорности у делу намере и знања и не иде даље од тога као што то чини Међународни Трибунал за бившу Југославију у случају концепта УЗП.

Слично претходним међународним доктринарним документима и Статут Међународног кривичног суда користи опште прихваћен међународни концепт «заједничке сврхе.» Тако је у члану 25. став 3. тачка д) предвиђена «заједничка намера» као основ одговорности.¹⁸ Међународни Трибунал за бившу Југославију је нашао адекватним коришћење овог нормативног основа, али је при том запоставио контекст у којем је Статут уредио овај облик одговорности.

¹⁵ Yale Law School, The Avalon Project: Documents in Law, History and Diplomacy; <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art18>, 25.12.2013.

Каи, “Remarks on the General Part of the International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, 4/2006., 671.

¹⁶ Више о томе су писали професор др Зоран Стојановић у свом делу Међународно кривично право и Амбос Каи: З. Стојановић, 99. и *Ibid.*, 673.

¹⁷ Опис одредбе гласи: Such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned.

¹⁸ International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, 26.11.2013.

Наиме, Статут Међународног кривичног суда је одредбу члана 25. додатно квалификовао условима неопходности да је радња извршења кривичног дела учињена са циљем да се продужи криминална активност и посебно битно да је та радња извршења учињена са знањем да група има намеру да учини кривична дела која су предмет инкриминације.¹⁹

Дакле, Међународни Трибунал за бившу Југославију опет запоставља контекст одредбе у којем се «заједничка сврха» додатно прецизира и условљава, тако да је коришћење ове одредбе у поступку установљавања концепта УЗП морало бити учињено у целости, а не парцијално, као што је Трибунал учинио.

Коначно, Трибунал се позива и на одређени број одлука националних судова. Ипак, и сам Трибунал то чини прилично селективно, јер је свестан лимита ових одлука. Прво, критеријуми «заједничке сврхе» у великом броју националних кривичних кодификација су везани за стриктно одређење намере или знања одговорних лица, а то су најслабије карике концепта УЗП, те отуда и рестриктивно позивање Трибунала на њих. Друго, Генерална скупштина УН је сугерисала да се ове одлуке националних судова могу користити само уколико садрже међународно хуманитарно право у својим нормама.²⁰ Отуда и рационална одлука Трибунала да се опрезно односи према овим изворима.

И док су доктринарни контра-аргументи прилично јасни и крећу се у кругу непостојања адекватних теоријских упоришта за концепт УЗП како је то Трибунал све време покушавао да покаже, правна аргументација је пуно прецизнија када је у питању противправност појединих облика и елемената стандарда УЗП. При том имамо у виду најоспорованији трећи облик УЗП чији су одређени елементи супротстављени начелу законитости као кључном начелу међународног, али и кривичног права уопште.

2.2. Противправност одређених одредби

Пре него што изнесемо аргументе противправности концепта УЗП, сматрамо битним да истакнемо три веома битна облика начела законитости међународног кривичног права и да укажемо на њихов смисао и значај.

Наиме, један од облика начела законитости познат као *nulla poena sine lege scripta* инсистира на што је већем могућем утемељењу одлука међународних судова на писаним у односу на

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ ICTY, Cases,

<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. 12.11.2013., 99-104.

друге нормe.²¹ Свесни ограничења могућности поштовања овог начела у међународном кривичном праву, поједини аутори прилично јасно и оправдано инсистирају на ставу да начело законитости није искључено из међународног кривичног права, што опет поједини други аутори покушавају да представе, те да оно подразумева што ближе приближавање реалне радње извршења кривичног дела дефинисаној норми у међународном кривичном праву.²²

У складу са овим је и други облик начела законитости познат као *nulla poena sine lege certa*, чија се суштина састоји у настојању да «кривично-правне норме у што је могућем вишем степену буду одређене и прецизне.»²³ Коначно, битно је истаћи и облик *nullum crimen sine lege*, који изричито забрањује аналогију, те тумачење недовољно дефинисаних, прецизних и нејасних одредби у корист окривљеног лица.²⁴

Концепт УЗП је као нормативни основ навео члан 25. Римског статута, односно Статута Међународног суда. Статут предвиђа низ радњи саучесништва, а између осталог и да се радња саучесништва може извршити «...и на сваки други начин»²⁵, с тим што предвиђа и додатне услове везане за намеру и знање окривљених лица.

Међутим, осим члана 25., битно је истаћи да Римски статут у својим члановима 22. и 23. предвиђа облике начела законитости које смо навели у уводу овог дела, што значи да подразумева презумцију усаглашености радњи извршења са начелом законитости, док чланом 30. експлицитно предвиђа психички однос окривљеног лица према почињеном кривичном делу, који се исцрпљује у намери или знању, ближе описаној претходно. Уколико има и мало неодређености члана 25. или неусаглашености концепта УЗП са условима из члана 25., логично је да се примењују одредбе члана 22. и 23. којима се забрањује аналогија, али и којима се одређује тумачење непрецизних и недовољно дефинисаних одредби у корист окривљених, што дефинитивно није случај са концептом УЗП.

Уколико би се следила логика УЗП, како су приметили одређени аутори, “било која радња може прерасти у радњу саучесништва у

²¹ З. Стојановић, 21.

²² Професор Шкулић је истакао у вези начела законитости да се «сматра да је део међународног обичајног права, тако што се захтева да је криминално понашање било прописано што је могуће јасније у дефиницији злочина, али је овај стандард мање ригидан него што је то уобичајено у континенталном европском праву.» Више о томе: М. Шкулић, 85-94.

²³ *Ibid.*

²⁴ З. Стојановић, 21.

²⁵ International Criminal Court, Rome Statute of the International Criminal Court, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, 20. 12. 2013.

случају постојања заједничког циља²⁶, на ком становишту стоје поједини аутори који норму члана 25, став 3. д) сматрају ‘доктринарно инкохерентном’, те је мање основа за јасна и прецизна решења, а више за разноврсна тумачења која могу настати из такве одредбе.²⁷ То је већ довољан разлог за обавезно узимање у обзир чланова 22. и 23. Римског статута што се није десило, јер би се тада одредбе тумачиле рестриктивно или у случају неодређености, у корист окривљених лица, што у случају трећег облика УЗП дефинитивно није случај, већ напротив.

Позивајући се на Статут Међународног Трибунала за бившу Југославију Апелационо веће у случају УЗП прави још већу дубиозу своје правне аргументације наведеног концепта. Наиме, сам Трибунал истиче да Статут Трибунала не одређује објективне и субјективне елементе одговорности учесника «колективног криминалитета», али одређује радње извршења примарних починиоца кривичних дела Статута, што би се могло искористити за одговорност других лица у извршењу кривичних дела, односно саучесника!²⁸ Ту Трибунал упада у сопствену замку противправности концепта УЗП, јер као основ за овакав став узима ‘интерпретацију објекта и сврхе» Статута Трибунала и мишљење оснивача Трибунала.²⁹ На овај начин Трибунал директно супротставља свој концепт УЗП начелу законитости међународног кривичног права, као што је то учинио и у случају других нормативних одредби на које се позивао.

Закључујући правну неутемељеност и противправност концепта трећег облика УЗП и његових одређених елемената посебно, сматрамо битним подвући суштину притвправности и мишљења одређених истакнутих правних стручњака који су својим ауторитетима оспорили овај облик концепта и указали на кључне елементе његове мањкавости.

Суштина спорног концепта УЗП је у његовом трећем облику и то у елементу ‘предвидивости’ који је недовољно одређен и лимитиран, тако да оставља простора за најшира тумачења, али и за потенцијалне злоупотребе овако постављеног критеријума.

Амбос Каи је на становишту да је елеменат «предвидивости»

²⁶ З. Стојановић, 100.

²⁷ Више о томе: J.D. Ohlin, “Joint Criminal Confusion” *Scholarship@ Cornell Law: A Digital Repository*, 211/2009., 409.

²⁸ ICTY, Cases, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>, 12. 11. 2013., 99-104.

²⁹ ..the Statute intends to extend the jurisdiction of the International Tribunal to *all* “responsible for serious violations of international humanitarian law” committed in the former Yugoslavia.” Више о томе: *Ibid.*

непрецизан и непоуздан³⁰, а са констатацијом Петронијевића ћемо закључити овај део јер сматрамо да најпластичније представља отворени простор за злоупотребе који је настао оваквим увођењем елемента «предвидивости» и уопште трећег облика концепта УЗП у међународно кривично право.

Петронијевић који је у својству браниоца бранио велики број окривљених лица пред Трибуналом истиче «...да овакво правно тумачење и примена овог облика строге (неизбежне) одговорности од стране МКСЈ може обухватити сваког појединца, од обичног војника, па до врха командне структуре, уз само један услов да се на било који начин нађете ангажовани у ратним дејствима на некој од страна.»³¹

Листа могућих злоупотреба на овој основи је огромна и креће се од утицаја политике ради остварења једноставнијих циљева до покушаја историјског ревизионизма. У сваком случају је управо злоупотреба права отворила простор за овакве могућности, те је стога нужно право учинити оним што право јесте, а то је пре свега правда за жртве и терет за окривљене.

Стога је пред Међународним Трибуналом за бившу Југославију и међународним правом и правним стручњацима уопште велика мисија заштита међународног кривичног права од правно неутемељених и противправних стандарда, као што су концепт УЗП и елемент «предвидивости.»

3. Принципи могућих модалитета отклањања правних недостатака

Последице настале применом стандарда «удружени злочиначки подухват» су велике и озбиљне. Обзиром да је улога и функционисање Међународног Трибунала за бившу Југославију још увек актуеалан процес, као и политички утицај његовог оснивача, питање правне неутемељености и противправности стандарда «удружени злочиначки подухват» се још увек не истиче на запаженом нивоу или се још увек значајно скрива. Међутим, проблем ће пре или касније ескалирати, било у току мандата Међународног Трибунала за бившу Југославију или након његовог укидања, тако да је неопходно имати спремне аргументе за тај моменат.

Осим тога, указивање на правну неутемељеност и противправност треба да буде саставни део стручне правне јавности, као што су то учинили претходно споменути аутори, јер је управо то

³⁰ Више о томе: А. Каи, 671.

³¹ Више о томе: Г. Петронијевић, “Непринципијелности у примени правних стандарда у раду МКСЈ-а?”, Хашки Трибунал између права и политике 2013., 151-171.

указивање и трагање за моделима превазилажења проблема мисија правне струке.

Могући модалитети отклањања недостатака насталих применом критеријума «предвидивости» и трећег облика УЗП се заснивају на три кључна принципа. Први се састоји у повратку праву, други у искључењу политичког утицаја и трећи у поукама које би међународна кривично-правна наука требала да извуче из поступања међународног Трибунала за бившу Југославију уопште и посебно из критеријума «предвидивости» трећег облика УЗП-а.

3.1. Повратак праву

Овај принцип је најбитнији и најадекватнији могући сценарио. Његова суштина се састоји управо у поштовању основних материјалних и процесних начела међународног и кривичног права уопште, као што су начела законитости и индивидуалне кривичне одговорности, али и могућности жалбе и вишестепености суђења.

Међународни Трибунал за бившу Југославију има низ организационих пропуста који ова начела дезавуишу. Један од таквих организационих недостатака је и могућност да се исте судије појаве и у поступцима пред Судаћим и Апелационим већима³², што је могућност која је апсолутно искључена када су судови већине националних држава у питању. Међутим, без обзира на његове техничке и организационе недостатке, Трибунал је и даље најодговорнија институција међународног кривичног права чијим поступањем је дошло до непоштовања одредби међународног кривичног права, те је зато и његова одговорност највећа.

Као што је у претходним поглављима прецизно формулисано, Трибунал је до критеријума «предвидивости» и уопште концепта УЗП, а посебно његовог трећег облика, дошао не стриктном применом чланова 23., 25. и 30. Статута Међународног кривичног суда и члана 7. Статута Трибунала, већ «интерпретацијом» тих одредби на принципима које је сам поставио.

Први корак Трибунала у правом смеру би био управо да Трибунал прекине праксу заснивања својих одлука на «тумачењима», «интерпретацијама» и сличним неправним радњама, већ да се посвети искључиво «примени» права, односно правних норми онако како их је законодавац предвидео. Поједини аутори се експлицитно залажу за правилно тумачење члана 25. став 3. тачка д) у смислу

³² З. Стојановић, 169-171.

престанка «интерпретација»³³ које су довеле до погрешне примене ове одредбе за противправни стандард «предвидивости» и УЗП III, а сличног су становишта и други правни стручњаци.

У складу са праксом престанка «интерпретација», Трибунал мора да се ургентно врати правној струци и поштовању начела законитости, што подразумева поштовање начела међународног кривичног права, а међу њима најпре начела законитости и индивидуалне кривичне одговорности, односно примени слова, а не духа или смисла правних одредби, већ искључиво примени права.

У таквој атмосфери поштовања начела међународног кривичног права не би се могли дешавати правни нонсенси који су више девалвација него афирмација права, као што је необјашњиво контрадикторно тумачење трећег облика УЗП и «стандарда» предвидивости од стране судских већа у предмету Душка Тадића и ослобођених хрватских генерала Готовине и Маркача.³⁴

Сматрамо посебно значајним залагање одређеног броја правних стручњака који су препознали проблем дезавуисања права од стране Међународног Трибунала за бившу Југославију и који се залажу да тужиоци Трибунала искористе своју улогу органа гоњења и да се у измењеним оптужујућим актима искључиво придржавају правних начела међународног кривичног права онако како су формулисана, а не како су «интерпретирана».³⁵ Тако би обавезали и судећа и апелациона већа да се придржавају истих начела без потребе да их мењају и тумаче са циљем усклађивања одређеним интересима, јер интерес права и правде су највећи и најзначајнији.

3.2. Селектовање политичког утицаја најбитнијих међународних организација

Утицај политике на право скоро никада није имао позитиван крај. То је посебно очигледно у случају поступања Међународног Трибунала за бившу Југославију, где је, према мишљењу великог броја домаћих и страних правних стручњака, негативан утицај политике посебно дошао до изражаја. Иако то није био предмет овог рада, трагови таквог утицаја се могу наћи и у концепту који смо претходно описали.

Ипак, када такво стање настане, а право нема услова да се само избори за сопствено поштовање, као што је то случај са

³³ Више о томе: J.D. Ohlin, 410.

³⁴ Више о томе: М. Новаковић, «Међународни кривични суд за бившу Југославију-случај Готовина», Хашки Трибунал између права и политике 2013., 151-171.

³⁵ Више о томе: M. R. Damaska, «The Shadow Side of Command Responsibility», *the American Journal of Comparative Law*, 49/2001., 483.

Међународним Трибуналом за бившу Југославију, тада је позитивни утицај политике од посебног значаја.

Такав посебан политички утицај би превасходно подразумевао позитиван утицај Савета безбедности Уједињених Нација (у даљем тексту СБ УН) који би контролну улогу оснивача, а на бази примедби и сугестија истакнутих правних стручњака, правилно искористио и циљаним, ауторитативним и образложеним извештајима указивао свом органу, Међународном Трибуналу за бившу Југославију, на нужност поштовања начела међународног кривичног права и правне науке уопште.

Овај и овакав утицај би се битно разликовао од утицаја овог највишег органа међународне заједнице из времена оснивања Трибунала који је био усмерен на што брже отпочињања рада овог органа. То је био један од разлога каснијих правних конструисања са циљем убрзавања рада који је вероватно довео и до запостављања права ради добијања на брзини и пресудама одређених, по правилу, осуђујућих квалификација.

Обзиром да је Савет безбедности на овај начин креирао атмосферу у којој је настао критеријум “предвидивости” као основ концепта УЗП, сматрамо битним да својим утицајем коначно допринесе враћању и учвршћивању поштовања међународног права.

3.3. Препоруке позитивне кодификације међународног кривичног права

Коначно, сматрамо да је, са аспекта међународног кривичног права и правде уопште, веома битно да све оно што је потврђено као пропуст Међународног Трибунала за бившу Југославију буде избегнуто у наредном периоду у међународном кривично-правном систему.

Неподељено је мишљење великог броја правних стручњака да ће критеријум «предвидивости» и стандард УЗП представљати велики проблем међународном кривичном праву, а посебно Међународном кривичном суду и другим међународним судским институцијама. Због тога сматрамо нужним интерно кориговање овог начела и повратак праву.

Међутим, ван тога, сматрамо такође нужним да се на бази негативних искустава из овог критеријума и концепта изврши прецизирање међународних нормативних аката, као што је поменути Римски статут и други, како би се избегло будуће погрешно правно закључивање на основама правних вакуума.

Такође сматрамо битним учвршћивање поштовања свих облика начела законитости у актуелним и будућим нормативним документима, али и потврђених универзалних кривично-правних

института националних законодавстава. То је једини пут учвршћивања међународног права од самовоље и политичке произвољности као једног од доминантних проблема савременог међународног кривичног права.

Питање правног лека Ревизије и механизма из Правила поступка и доказивања³⁶ Међународног Трибунала за бившу Југославију су еклатантни примери рестриктивне примене права на жалбу као универзалног права утврђеног у националним законодавствима, обзиром да у разлоге за иницирање укључују искључиво спознају нових чињеница, а не и погрешно примењено право.

Свакако да се се листа нужних корекција са овим институтима не исцрпљује, већ само отвара, услед чега је широка и отворена расправа тужиоца и судија овог и других међународних судова са једне стране и правних стручњака са друге, неопходан механизам за превазилажење насталих недоследности и мањкавости.

4. Закључак

Међународни Трибунал за бившу Југославију у Хагу је институција међународног кривичног права чији циљ установљавања се састојао у повратку и учвршћивању међународног мира и правде на подручју бивше СФРЈ. Основан одлуком СБ УН, овај орган је преузео на себе улогу делиоца правде за почињене ратне злочине на овом подручју.

Убрзо по формирању и почетку рада, у раду Трибунала је значајно место заузео један правни институт, познат под називом "удружени злочиначки подухват" који је дефинисан у своја три појавна облика са објективним и субјективним елементима битним за његово постојање. Трибунал је сматрао да су одлуке и одредбе Повеле Међународног војног суда из Нирнберга за злочине почињене у II Светском рату, одредбе међународног обичајног права, Статута Међународног кривичног суда, Статута Трибунала и селективних одлука одређених националних судова, довољан основ за установљавање овог правног института. При том, Трибунал је установио три појавна облика овог института.

Ипак, већ са установљавањем, великом броју истакнутих правних стручњака је постало јасно да концепт УЗП, а посебно његов трећи облик искаче из оквира наведених нормативних аката, односно противан им је и недовољно правно основан у ширем смислу те речи. Суштина неутемељености и противправности је дошла до изражаја

³⁶ М. Новаковић, 169-170.

у критеријуму «предвидивости» као специфичној конструкцији Трибунала насталој не на основу примене, већ интерпретације норми међународних аката. Такав приступ и његов резултат у облику «предвидивости» је одмах препознат као проблем обзиром на његову супротстављеност општим кривично-правним институтима. Ипак, и поред оспораваности, овај инструмент је постао омиљено средство Трибунала које је послужило као правно средство за велики број његових коначних одлука.

Обзиром да су последице у смислу судских одлука по основу овог концепта већ наступиле и даље се дешавају, као начини за превазилажење настале ситуације су се дефинисали повратак праву уместо интерпретација права, профилисање позитивног политичког утицаја и извлачење поука из настале ситуације за даљи развој међународног кривичног права.

Иако се повратак поштовању правних института и кривично-правних начела од стране Трибунала намеће као тренутно најефикаснији модел отклањања недостатака, даља дорада нормативних докумената будућих међународних правних институција нису нимало мањег значаја. У случају и једног и другог модалитета, улога Савета безбедности као оснивача Међународног Трибунала за бившу Југославију је од непроцењивог значаја.

Dragan M. Paunović, LL.M.

Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

LEGAL DISADVANTAGES OF STANDARDS „JOINT CRIMINAL ENTERPRISE“ AND PRINCIPLES OF POSSIBLE MODELS OF TROUBLESHOOTING

Summary

ICTY established the standard of “joint criminal enterprise” as a part of the justice implementation process in the conflict region of former Yugoslavia. The legal standard of the “joint criminal enterprise” consists of mandatory *actus rea* and *mens rea* elements and come up in three different forms. ICTY stated this principle was based on the rules of the international customary law, as well as the articles of the Rome and ICTY Statutes. From the criminal law science view, the most relevant of three

JCE forms was the third one that was based on “prediction” criteria as a consisting main element of the perpetrator *actus rea*.

Very soon, a great number of legal scholars and scientists object this ICTY approach as the one not actually based on the legal principles and to the international criminal law principles and the basic national criminal law systems legal institutes, as well.

Regarding the fact that ICTY was the one introduced the “joint criminal enterprise” principle, it is extremely important for the ICTY itself to come back to the law implementation instead the law interpretation.

Key words: Joint criminal enterprise, ICTY, prediction criteria, *mens rea*, *actus rea*, legality principles, criminal law

POBOLJŠANJE PORESKE TRANSPARENTNOSTI NA MEĐUNARODNOM NIVOU

Apstrakt

Rad se bavi pitanjem poreske transparentnosti iz ugla mera koje se preduzimaju na međunarodnom planu. Različite međunarodne organizacije, Evropska unija i pojedinačne države sprovode mere i projekte kako bi se multinacionalne kompanije “naterale” na obelodanjivanje podataka o svom poslovanju i plaćanju poreza u svakoj državi u kojoj posluju. Posebno se ističu projekti OECD-a i Svetske banke u oblasti ekstraktivne industrije, i veći broj direktiva usvojenih u Evropskoj uniji.

Ključne reči: *poreska transparentnost, multinacionalne kompanije, profit, porez, obelodanjivanje podataka, međunarodne mere*

1. Uvod

Povezivanje savremenih država vidljivo je na svim nivoima. Globalizacija, kao trend, prisutna je u različitim oblastima delovanja država i drugih subjekata. Ovo je posebno izraženo u domenu delovanja kompanija koje posluju u više (najmanje dve) država, takozvanih *multinacionalnih kompanija* (eng. *multinational companies, MNC*). U toku svog poslovanja, one se suočavaju sa propisima različitih država, od kojih im neki omogućavaju veliku slobodu, dok ih drugi značajno ograničavaju. U tom smislu, poreska pravila, igraju značajnu ulogu, budući da mnoge kompanije pokušavaju da ih „zaobiđu“ ili izigraju, i na taj način plate što manji porez, što za posledicu ima (značajan) gubitak poreskih prihoda savremenih država. Navedena pojava dovela je do preduzimanja brojnih mera na međunarodnom, regionalnim i nacionalnim nivoima. U ovom radu, prvenstveno, će biti reči o merama preduzetim od strane međunarodnih subjekata: Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (eng. *Organisation for Economic Cooperation and Development,*

¹ Naučni saradnik. Vanredni profesor na Fakultetu za poslovno industrijski menadžment i pravo, Univerzitet UNION - Nikola Tesla, Beograd; mail: s_stojanovic2001@yahoo.com

OECD), Inicijative za transparentnost u ekstraktivnim industrijama (eng. *Extractive Industry Transparency Initiative, EITI*), Svetske banke (eng. *World Bank, WB*), Međunarodnog monetarnog fonda, MMF-a (eng. *International Monetary Fund, IMF*), Globalne inicijative za izveštavanje (eng. *Global Reporting Initiative, GRI*). Pored nabrojanih, značajne su, mada u manjoj meri sa aspekta poreske transparentnosti, mere koje preduzimaju: Ujedinjene nacije (UN), Međunarodna organizacija za standardizaciju (eng. *International Standardization Organization, ISO*) i Međunarodna organizacija rada (eng. *International Labour Organization, ILO*). Svakako, na nivou najvećeg broja evropskih država najznačajnije su mere regulisane direktivama Evropske unije.

2. Poreska transparentnost

Poreska transparentnost, kao fenomen, prvenstveno se posmatra iz ugla poslovanja pravnih subjekata, posebno kompanija. Kod njih je sklonost da što više umanje ili izbegnu svoju poresku obavezu mnogo prisutnija u poređenju sa pojedincima. Ranijih godina poreska transparentnost je, uglavnom, posmatrana imajući u vidu pristup „*proboja pravne ličnosti*“ (eng. *'pass through' ili 'looking through' approach*)², međutim danas se, najčešće, imaju u vidu tri nivoa transparentnosti: (1) transparentnost između poreskih obveznika i poreskih organa; (2) transparentnost s obzirom na javno obelodanjivanje podataka o porezima plaćenim od strane kompanija; i (3) transparentnost s obzirom na obelodanjivanje informacija od strane samih vlada, tj. država³. U prvom slučaju, poreska transparentnost omogućava poreskim organima da steknu uvid u to koji su subjekti u državi povezani sa određenim poreskim obveznikom, budući da to najčešće podrazumeva i uticaj obveznika na njih i njihove aktivnosti.

Drugi vid poreske transparentnosti podrazumeva javno objavljivanje podataka o ostvarenom profitu i plaćenim porezima u svakoj pojedinačnoj državi u kojoj kompanija (poreski obveznik) posluje. Ovde se, uglavnom, ima u vidu, transparentnost u poslovanju kompanija koje se bave eksploatacijom prirodnih resursa. Po pravilu, radi se o eksploataciji resursa poput nafte, gasa, različitih ruda na teritorijama uglavnom siromašnih i nerazvijenih država. U ovim državama česta je pojava korumpiranih državnih službenika, koji radi ostvarivanja

² Pod „*probojem pravne ličnosti*“ ima se u vidu pristup kod koga se prihvodi kompanija ne oporezuju na nivou same kompanije, već na nivou akcionara ili ortaka (zavisno od toga da li se radi o akcionarskom ili ortačkom društvu). Više v.: IBFD, *International Tax Glossary*, Revised Third Edition, Amsterdam, IBFD, 1996, 128.

³ Upor.: J. Owens, „*Embracing Tax Transparency*“, *Tax Notes International*, 2013, 1106-1109.

sopstvene (finansijske) koristi saraduju sa kompanijama i omogućuju im eksploataciju resursa i ostvarivanje profita koje je u nesrazmeri sa plaćenim porezima. Upravo zbog toga, građani i međunarodna zajednica insistiraju na transparentnosti podataka o ostvarenom profitu i porezu plaćenom u svakoj pojedinačnoj državi⁴.

Treći vid poreske transparentnosti usko je povezan sa prethodna dva, ali i sa fenomenom *nepravične poreske konkurencije* (eng. *harmful tax competition*) između država. Radi ostvarivanja većih javnih prihoda, države pružaju pokušavaju da, kroz pružanje različitih poreskih i drugih podsticaja, „privuku“ što veći broj kompanija na svoju teritoriju. Dešava se da se stopa poreza na profit kompanija značajno snizi ili se daju podsticaji u smislu neplaćanja poreza (ili plaćanja manjeg poreza) izvestan poreski period ako kompanija razvije poslovanje u određenoj industriji, odnosno na određenom području, itd. To može uticati s jedne strane na povećanje prihoda određene države, a s druge strane na smanjivanje prihoda drugih, najčešće, susednih država. Da bi se ovakva neravnoteža i „nefer“ konkurencija između država sprečila, međunarodna zajednica i Evropska unija pokrenule su više projekata i preduzele različite mere u cilju povećanja poreske transparentnosti i poboljšanja međudržavne razmene poreskih informacija.⁵

3. Poreska transparentnost i međunarodni akteri

Kao što je pomenuto, na međunarodnom nivou veći broj subjekata bavi se pitanjem transparentnosti uopšte, a neki posebno pitanjem poreske transparentnosti. Sveopšta povezanost država i značajan porast multinacionalnih kompanija u svetu, otkrili su veliki broj problema, od kojih je finansijski svakako jedan od izuzetno važnih. Dešava se da kompanije, čiji osnivači potiču iz razvijenih država, posluju u velikom broju drugih država, pri čemu pokušavaju da što više svojih profita transferišu iz država poslovanja u druge države, najčešće poreske rajeve. Na taj način, s jedne strane države ostaju uskraćene za poreske prihode, a s druge strane profiti kompanija su neoporezovani i “skriveni” od

⁴ Ovaj pristup poznatiji je kao ‘*country-by-country*’ (CBC).

⁵ Posebno se imaju u vidu mere koje preduzimaju OECD i EU. Još u drugoj polovini 90-ih godina XX veka oba aktera započela su rad na projektu nepravične poreske konkurencije, koji je nastavljen u XXI veku. Dok je EU usvojila različite direktive i strategije kako bi „primorala“ svoje članice na „fer poresko takmičenje“, OECD je 2012. godine započela BEPS (eng. *Base Erosion and Profit Shifting*, BEPS) projekat, sa prvenstvenim ciljem da se stvore ulovi za što veću transparentnost u poslovanju multinacionalnih kompanija. Jedna od tačaka BEPS projekta odnosi se na nepravičnu poresku konkurenciju. V.: OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, 1998 i OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, 2013

strane matičnih i drugih država poslovanja. S obzirom na to da je reč o globalnom problem, prvenstveno međunarodne organizacije koje se bave ekonomskim i finansijskim pitanjima (OECD, Svetska banka, MMF), ali i druge organizacije i subjekti, pokrenule su projekte i predložile preduzimanje konkretnih mera za dalje sprečavanje navedene pojave i ublažavanje, odnosno otklanjanje posledica pričinjene štete.

3.1. Uloga OECD-a

Na međunarodnom nivou, OECD je još 90-ih godina XX veka “uočila” da postojanje različitih poreskih režima u državama predstavlja problem i može dovesti do velikog gubitka budžetskih prihoda pojedinih država i značajnog uvećanja budžetskih prihoda drugih država. OECD je uvidela da kompanije koje posluju u više država nastoje da što više “iskoriste” poreske razlike i, u to vreme, malu razmenu poreskih informacija među državama. Vremenom, problem se uvećavao, ali ne samo uz “doprinos” poreskih obveznika, već i uz “doprinos” država, koje su pokušavale da svoje poreske sisteme što više prilagode u korist velikih poreskih obveznika. Posebno, male i/siromašne države su htele da na ovaj način uvećaju prihode nacionalnih budžeta. Dok je s jedne strane (finansijska) korist za pojedine države i poreske obveznike bila velika, s druge strane brojne države imale su gubitke koji nisu bili zanemarljivi. Usled toga, OECD je 1996. godine pokrenula *Projekat o nepravičnoj poreskoj konkurenciji* kako bi se formulisale mere za uklanjanje uticaja nefer međudržavne poreske konkurencije na donošenje odluka o investiranju i finansiranju, kao i radi otklanjanja loših posledica po nacionalne poreske osnovice⁶. Kao rezultat rada na pomenutom projektu, najpre 1998. godine, a zatim 2001, 2004, 2006. i 2009. sačinjeni su izveštaji u kojima se ukazivalo na rastući problem, definisani su kriterijumi za određivanje pojedinih poreskih režima kao nepravičnih i predložene su mere za njihovo uklanjanje, odnosno ublažavanje⁷. Postepeno, OECD je došla do zaključka da, pored niskih (ili nultih) poreskih stopa i pružanja različitih poreskih olakšica pojedinim poreskim obveznicima, poreska (ne)transparentnost i “skromna” razmena poreskih informacija među državama, u velikoj meri doprinose eroziji nacionalnih poreskih osnovica. Zbog toga je, kada je *Projekat o nepravičnim poreskim režimima* završen, OECD započela rad na projektima orijentisanim ka poreskoj transparentnosti i razmeni informacija u poreske svrhe. U tom

⁶ Više v.: S. Stojanović, *Nepravična poreska konkurencija u Evropskoj uniji*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, 70-71.

⁷ V.: OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paris, 1998, 2001, 2004, 2006. i 2009. Takođe upored.: S. Stojanović (2010) 71-73.

smislu danas, u okviru ove međunarodne organizacije, Globalni forum o transparentnosti i razmeni informacija u poreske svrhe (eng. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*) predstavlja najznačajnije telo koje se bavi pomenutim pitanjima⁸.

Pored toga, OECD je pokrenula i druge značajne projekte i usvojila veoma važne dokumente, a sve u cilju poboljšanja međudržavne saradnje u pogledu poreskih pitanja. Između ostalog, doneti su sledeći dokumenti: Smernice za multinacionalne kompanije⁹, Deklaracija i odluke o međunarodnom investiranju i multinacionalnim kompanijama¹⁰, Multilateralna konvencija o višestrukoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima¹¹ (i Model sporazuma o razmeni informacija u poreskim stvarima¹²), Vodič za zaštitu poverljivosti informacija razmenjenih u poreske svrhe¹³, izvršeno je ažuriranje člana 26 OECD-ove Model konvencije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja¹⁴, urađena je Studija o ulozi poreskih posrednika¹⁵, itd. Navedeni dokumenti i projekti doveli su do pokretanja Projekta o eroziji poreske osnovice i prebacivanju profita (eng. *Base Erosion and Profit Shifting, BEPS*) 2013. godine¹⁶.

Smernice za multinacionalne kompanije (u daljem tekstu: Smernice) predstavljaju dokument u okviru koga je OECD, na jednom mestu, prikupila preporuke nacionalnih vlada multinacionalnim kompanijama koje posluju na njihovim teritorijama. Navedeni dokument nema obavezujući karakter, tako da ako kompanije odluče da slede principe i standarde dobre prakse sadržane u njemu, to ih ne oslobađa obaveze da se pridržavaju pravnih propisa svake pojedinačne države u kojoj posluju. U skladu sa Smernicama, kompanije treba da sarađuju sa nacionalnim vladama na način da budu njihovi partneri i doprinesu ekonomskom i društvenom napretku i poboljšanju zaštite životne sredine. Takođe, kompanije treba da pruže informacije o svom poslovanju pravovremeno,

⁸ V.: S. Stojanović, „Improving the Transparency of the Operations of MNEs“ in *Tax Policy Challenges in the 21st Century*, edited by Raffaele Petrucci and Caroline Spies, LINDE Verlag, Vienna, 2014, 586.

⁹ V.: OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, 2011 (2011a)

¹⁰ V.: OECD, *Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises: Basic Texts*, Paris, 2012.

¹¹ V.: OECD, *Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, 1998 and 2011 (*OECD Mutual Administrative Assistance Convention*)

¹² V.: OECD, *Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*, 2002

¹³ V.: OECD, *Keeping It Safe: The OECD Guide on Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes*, 2012

¹⁴ V.: OECD, *Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary*, 2012

¹⁵ V.: OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, 2008

¹⁶ V.: OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013

pri čemu to ne treba da bude preveliko finansijsko opterećenje u poređenju sa ostvarenim profitom¹⁷. S druge strane, radi sprečavanja nepravične poreske konkurencije, države treba multinacionalne kompanije da tretiraju na isti način kao i domaće kompanije.¹⁸

Godine 2012. Savet OECD-a odobrio je ažuriranje člana 26 Model konvencije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koji se odnosi na razmenu informacija između država. Ovo je povezano sa prethodnim usvajanjem Protokola uz Konvenciju o višestrukoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima 2010. Godine, čime je Konvencija "otvorena" za ratifikaciju i od strane drugih država koje nisu članice OECD-a. Razmena informacija odnosi se, pre svega, na države i njihove poreske organe, ali treba i da omogući transparentnost u odnosu na različite poreske obveznike. Pri tom, treba imati u vidu i njihovu zaštitu, što znači postavljanje određenih granica u razmenjivanju informacija. Dalji značajan korak koji je u ovoj oblasti OECD preduzela, a Grupa 20 najrazvijenijih zemalja podržala na svom samitu 2014. godine, jeste usvajanje automatske razmene informacija kao sveopšteg standarda¹⁹. U skladu sa ovim standardom, nacionalne poreske uprave mogu dobiti informaciju od finansijskih institucija i automatski je razmeniti sa poreskim upravama drugih država na godišnjoj osnovi, vodeći računa o poverljivosti određenih podataka i zaštiti poreskih obveznika.

Projekat koji se odnosi na eroziju poreske osnovice i prebacivanje profita iz država u kojima se ostvaruju u druge države, takozvani BEPS projekat, u žiži je svetske ekonomske i finansijske javnosti i najmoćnijih država. Godine 2013. OECD je započela BEPS projekat definisan kroz Akcioni plan u 15 tačaka. Između ostalog, cilj projekta je poboljšanje finansijskog okvira i vraćanje izgubljene finansijske ravnoteže na globalnom nivou putem preduzimanja određenih mera kojima će se omogućiti da kompanije plaćaju poreze u državama u kojima ostvaruju profite. U tom smislu, Akcioni plan odnosi se na: uspostavljanje novih standarda u sprečavanju dvostrukog (ne)oporezivanja, bližu nacionalnu i međunarodnu saradnju, povećanje transparentnosti u izveštavanju i obelodanjivanju informacija, razvijanje takozvanog multilateralnog instrumenta kojim se bilateralni poreski ugovori mogu automatski menjati, itd. Iz ugla poreske transparentnosti, najvažnije tačke Akcionog plana su 12. i 13. Tačka 12 odnosi se na obavezujuća pravila obelodanjivanja

¹⁷ Od multinacionalnih kompanija traži se obelodanjivanje takozvanih „materijalnih informacija“, pri čemu se misli na: finansijsku situaciju, vlasničku strukturu, način poslovanja i upravljanja u kompaniji. Upored.: OECD (2011a) 29.

¹⁸ V.: S. Stojanović (2014) 586

¹⁹ V.: OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information: Common Reporting Standard*, 2014

agresivnog poreskog planiranja i poreskih aranžmana, transakcija i struktura kojima se omogućavaju zloupotrebe i ostvarivanje poreskih pogodnosti. Tačka 13 odnosi se na preispitivanje dokumentacije o transfernim cenama i ukazivanje važnosti da se razviju pravila koja će se odnositi na zahtev da multinacionalne kompanije nacionalnim vladama, u skladu sa usvojenim opštim okvirom, pruže potrebne podatke o svom celokupnom dohotku, ekonomskoj aktivnosti i porezima plaćenim u svim državama u kojima posluju²⁰. U vezi sa tačkom 13, OECD je objavila Belu knjigu o dokumentaciji koja se odnosi na transferene cene²¹ i Memorandum o dokumentaciji o transfernim cenama i izveštavanju po državama²², u kojima poziva multinacionalne kompanije da podnose izveštaje o poslovanju u svakoj pojedinačnoj državi (eng. *country-by-country reporting*), što treba da bude deo globalne glavne knjige (eng. *global master file*). U glavnoj knjizi, nalazili bi se podaci o ostvarenim prihodima, plaćenim porezima i ekonomskoj aktivnosti u svakoj državi u kojoj pojedina multinacionalna kompanija posluje.²³ Obavezivanje kompanija da podnose izveštaje o aktivnostima i prihodima prema državama poslovanja, treba da doprinese povećanju transparentnosti i sprečavanju odnosno smanjivanju izbegavanja plaćanja poreza, kome multinacionalne kompanije često pribegavaju.

3.2. EITI, Svetska banka, MMF i GRI

Pored projekata koje je sprovodi OECD, na globalnom planu značajne aktivnosti i projekte realizuje Svetska banka. Ova međunarodna organizacija podržava EITI, koja predstavlja globalnu inicijativu pokrenutu 2002. godine sa ciljem unapređivanja i pružanja podrške upravljanju u državama koje raspolažu značajnim prirodnim resursima, ali, koje su ekonomski prilično nerazvijene i, uglavnom, svrstane u red nerazvijenih država. EITI, kao inicijativa za transparentnost u ekstraktivnoj industriji, treba da omogući da se učine dostupnim javnosti podaci o plaćanjima od strane kompanija koje se bave eksploatacijom nafte, gasa i rudnih bogatstava, kao i prihodima koje nacionalne vlade, na ovaj način, ostvaruju.²⁴ Počev od 2004. godine, Svetska banka kao grupa, pruža tehničku i finansijsku pomoć državama u EITI implementaciji.

²⁰ Upor.: OECD (2013a) 22-23

²¹ V.: OECD, *White Paper on Transfer Pricing Documentation*, 2013

²² V.: OECD, *Memorandum on Transfer Pricing Documentation and Country by Country Reporting*, 2013

²³ V.: S. Stojanović (2014) 589

²⁴ Upor.: World Bank, *Implementing the Extractive Industry Transparency Initiative: Applying Early Lessons from the Field*, 2008

Takođe, Svetska banka upravlja Fondom koji podržava EITI (eng. *Multidonor Trust Fund*)²⁵.

Značaj EITI za poresku transparentnost sagledava se sa dva aspekta: (1) s obzirom na podatke (finansijske i nefinansijske prirode) koje treba da pružaju kompanije koje se bave eksploatacijom resursa, što su najčešće multinacionalne kompanije i (2) s obzirom na aranžmane sklopljene između nacionalnih vlada i pomenutih kompanija, koje treba učiniti dostupnim javnosti, kako bi građani bili informisani o aktivnostima vlasti, načinu i obimu raspolaganja državnih prirodnih resursa. Imajući u vidu da je najviše prirodnih resursa koncentrisano u nerazvijenim državama, drugi aspekt je posebno važan za sprečavanje korupcije koje je vrlo prisutna među državnim službenicima u odnosu na ekstraktivnu industriju.²⁶

Treba istaći da je EITI ustanovila određene principe i kriterijume značajne za postizanje transparentnosti u ekstraktivnoj industriji. Iako se EITI implementira na nacionalnom nivou, kompanije koje se bave eksploatacijom podstiču se da ovu inicijativu podrže na širem, međunarodnom planu. Kako bi se to i ostvarilo, potrebno je da kompanije potpišu izjavu kojom podržavaju EITI principe i kriterijume i učine ih dostupnim na svojim internet stranicama. Osim toga, kompanije treba da svojom aktivnošću doprinesu EITI implementaciji u državama u kojima posluju i dobrovoljno pruže finansijsku podršku međunarodnom upravljanju EITI.²⁷

Godine 2013. u okviru EITI ustanovljen je novi standard koji se odnosi na okvir informacija koje treba da se učine dostupnim javnosti. Reč je o pravilima kojih treba da se pridržavaju i kompanije i vlasti: kompanije treba da učine dostupnim javnosti podatke o svim plaćanjima učinjenim u državi u kojoj posluju, dok vlasti treba da objavljuju sve prihode (ne samo poreske, već i one ostvarene na druge načine) koje potiču od ekstraktivne industrije. Pri tom, dostupnost podataka treba da bude takva da se tačno vidi koje i kolike prihode, odnosno rashode imaju obe strane (kompanije i vlasti) u svakoj pojedinačnoj državi u kojoj konkretna kompanija obavlja eksploataciju prirodnih resursa. Ovde je, u stvari, reč o podržavanju pristupa koji je razvila OECD u odnosu na objavljivanje podataka o poslovanju multinacionalnih kompanija uopšte – izveštavanje po državama (eng. *country-by-country reporting*).²⁸

Izveštavanje o poslovanju kompanija po državama je pristup koji, podržavaju i druge međunarodne organizacije: MMF, ali i

²⁵ V.: S. Stojanović (2014) 589

²⁶ V.: World Bank (2008) 54

²⁷ Upor.: D. Ölcer, *Extracting the Maximum from the EITI*, OECD Development Center, WP No. 276, 2009, 14

²⁸ V. PWC, *Tax Transparency and Country-by-Country Reporting: An Ever Changing Landscape*, London, 2013, 13

organizacije kao što su *Transparency International* i Globalna inicijativa za izveštavanje (eng. *Global Reporting Initiative, GRI*). Važnost ovog pristupa ogleda se u tome što: (1) čini dostupnom javnosti vezu između matične kompanije i pojedinačne države u kojoj ona posluje, čime se odgovornost kompanije proširuje u obe države – matičnoj i državi gde se nalazi poslovna jedinica; (2) omogućuje da se aktivnost kompanije u pojedinačnoj državi oceni na osnovu kriterijuma kao što su: prodaje, troškovi, profiti, plaćeni porezi i honorari; (3) “skida masku” sa svakog pojedinačnog specijalnog aranžmana sklopljenog između nacionalnih vlada i kompanija, što dovodi do povećanja odgovornosti obe strane i (4) čini dostupnim javnosti postojanje svih poslovnih jedinica i različitih materijalnih i nematerijalnih informacija²⁹.

MMF je još 90-ih godina XX veka započeo aktivnosti u pogledu poboljšanja poreske (fiskalne) transparentnosti na međunarodnom nivou. U vezi sa tim, objavljeni su Kodeks dobre prakse u fiskalnoj transparentnosti³⁰, Priručnik o fiskalnoj transparentnosti³¹ i Vodič za transparentnost izvora prihoda³². Vodič predstavlja dopunu Kodeksu i Priručniku utoliko što se odnosi na primenu principa Kodeksa u rešavanju specifičnih problema sa kojima se suočavaju države bogate prirodnim resursima. Smatra se da je za postizanje transparentnosti neophodno da se javnosti učine dostupnim okvir vladine politike i pravna osnova za oporezivanje ili sklapanje aranžamana o raspodeli prihoda sa kompanijama koje se bave eksploatacijom prirodnih resursa. Pri tom, podaci treba da budu predstavljeni na način da budu razumljivi običnim građanima. Takođe, važno je da građani budu obavješteni da li je u aranžman između konkretne kompanije koja posluje u jednoj državi i vlasti uneta *klauzula fiskalne stabilnosti* koja podrazumeva da će se na poslovanje te kompanije primenjivati propisi koji su bili na snazi u vreme potpisivanja aranžmana, odnosno da će kompanija imati pravo na određenu kompenzaciju ukoliko dođe do promene poreskog režima koja bi imala štetne posledice po njeno poslovanje. Preduzimanje ovakvih mera usmereno je na zaštitu kompanija (investitora) od diskrecionog ponašanja nacionalnih vlada, ali na zaštitu građana i nacionalnih budžeta.³³

Inicijativa za globalno izveštavanje, odnosno GRI, kao međunarodna neprofitna organizacija ustanovljena 2000 godine, ima značajan uticaj na način izveštavanja od strane multinacionalnih kompanija.

²⁹ Upor.: Transparency International, *Transparency in Corporate Reporting: Assessing the World's Largest Companies*, Berlin, 2012, 30

³⁰ V. IMF, *Code of Good Practices on Fiscal Transparency*, 1998, 2001 and 2007

³¹ V.: IMF, *Manual on Fiscal Transparency*, 2007

³² V. IMF, *Guide on Resource Revenue Transparency*, 2005 and 2007

³³ Upor.: S. Stojanović (2014) 591

Ova organizacija ustanovila je posebne Smernice za izveštavanje 2000. godine, a zatim je narednih godina (2002, 2006. i 2013.) objavila još tri, poboljšane verzije.³⁴ Značaj Smernica je u tome što nude model koji bi kompanije i organizacije, nezavisno od svoje veličine, trebalo da slede u objavljivanju finansijskih i nefinansijskih podataka o svom poslovanju. Pri tom, ovi subjekti bi trebalo da se pridržavaju određenih principa i standarda koji se tiču sadržaja izveštaja (uključivanje svih aktera, održivi kontekst i materijalnost) i njegovog kvaliteta (uravnoteženost, uporedivost, ažurnost, pravovremenost, jasnoća i povezanost)³⁵.

3.3. UN, Međunarodna organizacija rada i Međunarodna organizacija za standardizaciju

Pored pomenutih subjekata, na poboljšanju poreske transparentnosti na međunarodnom planu značajnu ulogu imaju i UN i Međunarodna organizacija rada, mada su njihove aktivnosti znatno manjeg obima i nisu tako direktno usmerene na fiskalni aspekt, kao što su to aktivnosti OECD-a, Svetske banke i MMF-a.

UN su 2000. godine započele projekat *Global Compact* koji predstavlja najveću inicijativu korporativne održivosti. U suštini, radi se o pozivu upućenom kompanijama da, na dobrovoljnoj osnovi, prilagode svoje poslovanje poštovanju deset univerzalno prihvaćenih principa u oblasti ljudskih prava, rada, zaštite životne sredine i borbi protiv korupcije, kao i da pruže podršku ciljevima i pitanjima kojima se UN bave³⁶. Iako ovaj projekat nije direktno usmeren na obelodanjivanje finansijskih informacija, ipak je poštovanje pomenutih osnovnih principa usko povezano sa finansijskim podacima i ostvarivanjem korporativne stabilnosti, i to pre svega sa aspekta velikih multinacionalnih kompanija.

Aktivnosti Međunarodne organizacije rada, koje se odnose na dostizanje transparentnosti u odnosu na multinacionalne kompanije, povezane su sa Tripartitnom deklaracijom o principima koji se tiču multinacionalnih kompanija i socijalne politike³⁷. Deklaracija se, prvenstveno, tiče principa u vezi sa zapošljavanjem, obukom, uslovima života i rada, kao i odnosima u različitim granama industrije, ali može biti značajna i za dobijanje finansijskih podataka o poslovnoj aktivnosti konkretne kompanije. U skladu

³⁴ V.: <https://www.globalreporting.org/t/information/about-gri/what-is-GRI/Pages7default.aspx> 03.05.2015

³⁵ V.: GRI, *G4 Sustainability Reporting Guidelines: Reporting Principles and Standard Disclosures*, Amsterdam, 2013, 16-18, 20-23

³⁶ Upor.: UN Global Compact, *Global Corporate Sustainability Report*, 2013

³⁷ V.: ILO, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 2001 and 2006

sa Deklaracijom, u svojim aktivnostima kompanije treba da se pridržavaju opšte utvrđenih nacionalnih ciljeva država u kojima posluju, a pre svega treba da vode računa o razvojnim prioritetima i socijalnim ciljevima konkretne države. S druge strane, države treba i stranim i domaćim kompanijama da pruže isti (poreski) tretman, odnosno da poštuju princip nediskriminacije.³⁸

Aktivnosti Međunarodne organizacije za standardizaciju nisu direktno usmerene na poresku transparentnost. Ipak, principi sadržani u standardu ISO 26000 koji se odnose na društvenu odgovornost kompanija, na posredan način, doprinose obelodanjivanju podataka od strane velikih (multinacionalnih) kompanija, a time i povećanju poreske transparentnosti. Reč je o sledećim principima: odgovornost, transparentnost, moralno ponašanje, poštovanje interesa učesnika, poštovanje vladavine prava, poštovanje međunarodno prihvaćenih pravila ponašanja, i poštovanje ljudskih prava.³⁹

3.4. EU

Pored međunarodnih organizacija, i EU na nivou evropskih država preduzela je različite aktivnosti i mere u cilju povećanja odgovornosti kompanija i dostizanju što veće poreske transparentnosti. EU je pitanja koja se tiču multinacionalnih kompanija, uglavnom, regulisala putem direktiva. Usvojene mere i doneti dokumenti deo su paketa koji se odnosi na borbu protiv poreske utaje i poreske evazije⁴⁰. Posebno se ističu IV i VII računovodstvena direktiva, koje su 2013. godine “spojene” u opštu Računovodstvenu direktivu⁴¹. Iste godine, EU je sačinila predlog da se određeni članovi direktive izmene kako bi se poboljšala transparentnost u poslovanju kompanija u odnosu na pitanja zaštite životne sredine i druga društvena pitanja. Reč je o predlaganju da se izvesne kompanije, koje imaju više od 500 zaposlenih i godišnji neto prihod veći od 40 miliona evra, obavežu na obelodanjivanje podataka koji se tiču: zaštite životne sredine, socijalne politike, zaposlenih, poštovanja ljudskih prava, mera preduzetih protiv korupcije i krijumčarenja. Podaci treba da budu dati u formi takozvane nefinansijske izjave u okviru godišnjeg izveštaja poštujući

³⁸ Upor.: S. Stojanović(2014) 593

³⁹ Više v.: http://www.tuv.com/media/india/informationcenter_1/systems/Corporate_Social_Responsibility.pdf 03.05.2015

⁴⁰ V.: European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: An Action Plan to Strengthen the Fight against Tax Fraud and Tax Evasion*, {SWD(2012) 403 final} {SWD(2012) 404 final}, Brussels, 6.12.2012 COM(2012) 722 final

⁴¹ V.: The Fourth Council Directive of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the Annual Accounts of Certain Types of Companies (78/660/EEC), OJ EC, No. L 222 of 14 August 1978, 11-31; The Seventh Council Directive of 13 June 1983 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on Consolidated Accounts (83/349/EEC), OJ EC, No. L 193 of 18 July 1983, 1-171 The Accounting Directive of 26 June 2013, *OJ EC No 182* of 29 June 2013, 19-76

EU ili međunarodno prihvaćene standarde i principe izveštavanja⁴².

Izraziti značaj za transparentnost u aktivnostima multinacionalnih kompanija ima Direktiva o transparentnosti (eng. *Transparency Directive*)⁴³ usvojena 2013. godine. Ovim dokumentom posebno se regulišu pitanja koja se tiču velikih kompanija u oblasti ekstraktivne industrije koje se obavezuju da u godišnjem izveštaju podnesu informacije o plaćanjima vlastima u državama u kojima posluju i to na projektnoj osnovi (eng. *project-by-project basis*), a što u stvari znači s obzirom na svaku pojedinačnu državu u kojoj posluju (eng. *country-by-country*).

Treba navesti i IV direktivu i Regulativu o zahtevima u vezi sa kapitalom (eng. *The IV Capital Requirements Directive, The Capital Requirements Regulation*)⁴⁴, koje donose obaveze za evropske banke i druge finansijske institucije da, počev od 1. januara 2014. godine, prema državama poslovanja, a u vidu aneksa finansijskim izveštajima, objavljuju podatke o nazivima kompanija, karakteru njihovih aktivnosti i geografskoj lokaciji, obrtu prihoda i broju zaposlenih. Navedeni dokumenti obavezuju i na obelodanjivanje podataka o profitima i gubicima pre oporezivanja (eng. *pre-tax profit and loss*), plaćenim porezima i dobijenim subvencijama, i to prema pojedinačnim državama poslovanja⁴⁵.

Treba pomenuti i Preporuku Komisije o agresivnom poreskom planiranju⁴⁶ kojima se države savetuju da usvoje opšta pravila protiv zloupotrebe kako bi izbegle pojavu agresivnog poreskog planiranja, koje je dobilo velike razmere u svetu i Evropi. Reč je o pojavi koja podrazumeva iskorišćavanje specifičnosti jednog poreskog sistema ili razlika između dva/više poreskih sistema u cilju umanjivanja ili izbegavanja poreske

⁴² Upor.: Practical Law, *Narrative Reporting: Proposal for Amending Directive on Disclosure of Non-Financial and Diversity Information*, London, 2013

⁴³ V.: Directive 2013/50/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 amending Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council on the Harmonization of Transparency Requirements in Relation to Information about Issues whose Securities are Admitted to Trading on a Regulated Market, Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council on the Prospectus to be Published when Securities are Offered to the Public or Admitted to Trading and Commission Directive 2007/14/EC Laying Down Detailed Rules for the Implementation of Certain Provisions of Directive 2004/109/EC, OJ EC L 294 of 6 November 2013, 13-27 (Transparency Directive)

⁴⁴ V.: Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Access to the Activity of Credit Institutions and the Prudential Supervision of Credit Institutions and Investment Firms, Amending Directive 2002/87/EC and Repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ EC, L 176 of 27 June 2013, 338-436 i Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Prudential Requirements for Credit Institutions and Investment Firms and Amending Regulation (EU) No 648/2012, OJ EC, L 176 of 27 June 2013, 1-337

⁴⁵ Upor.: J. Owens (2013a) 1107

⁴⁶ V.: *Commission Recommendation of 6.12. 2012 on Aggressive Tax Planning*, Brussels, 6.12.2012, C(2012) 8806 final

obaveze. Na ovaj način, multinacionalne kompanije koriste mogućnost da prebace svoje profite i poreske osnovice u jurisdikcije koje im omogućuju (naj)povoljniji poreski tretman. Paralelno sa pojavom agresivnog poreskog planiranja kompanija, došlo je do pojave agresivne poreske konkurencije među državama na način da se “utrkuju” u davanju različitih poreskih podsticaja stranim kompanijama koje investiraju u njihove privrede⁴⁷. U vezi sa tim, u okviru EU usvojena je Direktiva o saradnji nacionalnih poreskih administracija (eng. *Directive on Administrative Cooperation in the Field of Taxation*)⁴⁸, putem koje se države članice EU obavezuju na saradnju u razmeni poreskih informacija, što se ostvaruje putem posebne internet mreže komunikacije (eng. *Common Communication Network*). Osim ovoga, značajna je i Nordijska multilateralna konvencija o pružanju višestruke administrativne pomoći u poreskim stvarima (eng. *The Nordic Mutual Assistance Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*), koju su 1989. godine potpisale Danska, Zeland, Farska Ostrva, Finska, Island, Norveška i Švedska. Ovom Konvencijom međudržavna razmena informacija reguliše se na sličan način kao i u EU, uvođenjem posebne sigurne mreže za razmenu kojoj pristup imaju samo nacionalne poreske administracije⁴⁹.

Osim EU i međunarodnih organizacija, brojne države usvojile su nacionalne mere kojima obavezuju multinacionalne kompanije na obelodanjivanje podataka o svom poslovanju, a sve u cilju dostizanja veće poreske transparentnosti. Pre svega, treba pomenuti Sjedinjene Američke Države (SAD), Veliku Britaniju, Australiju i Novi Zeland. Takođe, i druge države, mada ne tako intenzivno, usvajaju različite mere usmerene na povećanje transparentnosti u poslovanju kompanija na njivoj teritoriji i njihovom obavezivanju na plaćanje poreza srazmerno ostvarenim profitima.

4. Zaključak

Sveopšta globalizacija i povezivanje na svim nivoima (između država, kompanija, pojedinaca, itd.), rapidan razvoj internet i digitalizacije, pojava multinacionalnih kompanija i brzo prelaženje državnih granica doneli su savremenom svetu brojne prednosti, ali i probleme. Svakako jedan od velikih problema, u finansijskom smislu, predstavlja gubitak prihoda za države u kojima posluju multinacionalne kompanije. Ove kompanije nastoje da iskoriste nedostatke poreskih sistema i svoje poslovanje

⁴⁷ V.: J. Owens, *Tax policy in 21st Century: New Concepts for Old Problems*, European University Institute, RSCAŠ, Global Governance Program, Issue 2013/05, September 2013, 4

⁴⁸ V.: Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on Administrative Cooperation in the Field of Taxation and repealing Directive 77/799/EEC, OJ EC of 11 March 2011, L 64, 1-12

⁴⁹ Upor.: S. Stojanović (2014) 596

organizuju tako da što više svog profita “sakriju” od oporezivanja: posluju na teritoriji više država, a profit prebacuju na račune u državama gde je poreska stopa izrazito niska, čime izbegavaju plaćanje poreza matičnim državama. Ili, pak, kompanije svoje poslovanje lociraju u državama koje im nude najpovoljniji poreski tretman, odnosno gde je raširena pojava korupcije među državnim službenicima. Imajući u vidu da ovo predstavlja globalni, a ne samo nacionalni problem, brojne međunarodne organizacije i drugi subjekti preduzeli su različite mere usmerene na zaštitu državnih budžeta i povećanje discipline i transparentnosti u poslovanju multinacionalnih kompanija. Na međunarodnom planu, posebno se ističu aktivnosti OECD-a, Svetske banke i MMF-a, ali i UN, Međunarodne organizacije rada i određenih neprofitnih organizacija, dok je u Evropi EU usvojila veći broj direktiva usmerenih na “uvođenje reda” u ovu oblast. Takođe, i pojedinačne države preduzele su i/ili preduzimaju različite mere usmerene na povećanje discipline i što veću transparentnost u poslovanju kompanija na njihovoj teritoriji.

Prof. Snežana Stojanović, Ph.D

Research Fellow, Associate Professor

Faculty of Business and Industrial Management and Law

University Union-Nikola Tesla Belgrade

**IMPROVING THE TAX TRANSPARENCY AT THE
INTERNATIONAL LEVEL**

Summary

The article deals with issue of tax transparency from the aspect of the measures undertaken at the international level. Different international organizations, European Union and individual countries have undertaken measures and projects with an aim to make multinational companies to disclose information on their business activities and payment of taxes in each country. Special importance is given to the projects of the OECD and World bank in the sphere of extractive industry, but also a number of directives adopted in the European Union.

Key words: tax transparency, multinational companies, profit, tax, disclosure of information, international measures

ПРОБЛЕМИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ ИСЛАМСКИХ БАНКАРСКИХ УГОВОРА У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА ПОСЛОВАЊА *

Апстракт

У теорији и пракси исламског банкарства заступљено је неколико врста финансијских аранжмана, али су, према мишљењу шеријатских стручњака, најважнији исламски банкарски уговори мушарека и мудареба, уговори засновани на подели профита и ризика. Стога, предмет истраживања биће приказ елемената наведених уговора, као и могућности за њихову примену у савременом пословном окружењу. Значај истраживања је у коришћењу научно признатих теорија које се баве проблемима власничких и дужничких уговора (попут агенцијске теорије фирме) у анализи примењивости поменутих уговора. Циљ истраживања је да се домаћа научна и шири јавност упозна са темељним производима исламског банкарства кроз јасан, свеобухватан и научно заснован критички осврт на ову проблематику. Научни допринос рада темељиће се на откривању разлога зашто се ови уговори, иако теоретски изузетно битни, ретко примењују у пословној пракси исламских банака, као и сагледавању могућих решења за превазилажење њихових недостатака. У раду су коришћене следеће методе истраживања: метода дескрипције, метода анализе, компаративна метода и историјска метода.

Кључне речи: исламско банкарство, Шеријат, мушарека, мудареба, агенцијски проблем.

1. Кратак приказ исламских банкарских уговора

Исламски финансијски уговори засновани на принципу поделе профита и ризика (мудареба и мушарека) сматрају се најважнијим

¹ Асистент, Департман за економске науке, Државни универзитет у Новом Пазару, mail: alekpek@np.ac.rs

*Чланак је базиран на тексту докторске дисертације „Компаративна анализа управљања ризицима у исламском и конвенционалном банкарству“, коју је аутор чланка одбранио на Економском факултету Универзитета у Нишу.

уговорима у исламском банкарству, јер на најјаснији начин манифестују разлику између исламског и конвенционалног банкарства. Међутим, ови уговори у сличној форми постојали су знатно пре појаве ислама. Познато је да су мудареба и мушарека уговори били присутни у трговачкој пракси предисламске Арабије и да их је Мухамед с.а.в.с. због њихове усклађености са шеријатским принципима уврстио у исламски прихватљиве и пожељне облике финансијског посредовања. Са друге стране, поједини аутори наводе да је финансирање на бази ограниченог партнерства, слично данашњој мудареби, настало у Вавилону на подручју Месопотамије (данашњи Ирак).² Наиме, у Вавилону су власништво, ангажовање радне снаге, кредитирање, наплата камате, формирање и вођење партнерстава и друга питања везана за пословање и свакодневни живот становништва била регулисана на завидном нивоу закоником који је донео вавилонски краљ Хамураби (*Hammu-rapi* или *Khammurabi*, 18. век пре нове ере), по којем је било уређено вавилонско друштво. Ипак, финансирање на бази поделе профита и ризика доживљава праву експанзију тек након појаве ислама и ширења исламске државе, тако да се употреба ових аранжмана убрзо проширила на Блиски исток, северну Африку и муслиманску Шпанију. Током 10. и 11. века с мударебом и мушареком се упознаје и хришћанска Европа, првенствено захваљујући италијанским трговцима који су имали развијену пословну сарадњу с народима источног Медитерана (Блиски исток), а који је био претежно насељен муслиманским становништвом.³ Шеријатски стручњаци су веровали да ће, након обнављања исламске економске мисли крајем 19. и почетком 20. века и оснивања првих исламских финансијских институција, ови уговори бити најзаступљенији у пословној пракси исламских банака. Међутим, савремени услови пословања и висока ризичност наведених уговора довели су до ситуације да исламске банке избегавају улагања на бази ових уговора, тако да је њихово учешће у портфолиу већине исламских банака углавном ниско.

1.1. Мушарека

„Мушарека (*Musharakah*) је класичан партнерски уговор, код кога се на најјаснији начин манифестује један од кључних принципа исламског банкарства, принцип поделе добитка и губитка.“⁴

² А. Chachi, „Origin and Development of Commercial and Islamic Banking Operations“, *Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics* 2/2005, 5.

³ *Ibid.*, 14.

⁴ А. Лекпек, „Исламски банкарски уговори“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2013, 303-304.

Обавезни елементи мушарека уговора су:

1. Капитал. „Према мишљењу већине шеријатских правника⁵, уложени капитал мора бити у облику готовине и његова вредност мора бити јасно одређена и позната, за шта се посебно залажу представници маликијске, ханбелијске и шафијске исламске правне школе.“⁶

2. Подела профита. „Подела профита и губитка врши се према унапред одређеној формули, углавном пропорционално учешћу партнера у капиталу партнерства. Профит се може делити и по другачијем кључу, у складу с договором партнера, док се губитак, према мишљењу свих шеријатских стручњака, мора делити пропорционално учешћу у капиталу.“⁷

Битно је нагласити да ниједан партнер нема право на гарантовани принос у виду фиксне или варијабилне стопе приноса на уложени капитал или у виду одређене суме новца. Зарада партнера зависи искључиво од профитабилности заједничког улагања.

3. Управљање послом. Право на управљање мушарека партнерством имају сви партнери, с тим што се они тог права могу одрећи и тиме стећи статус пасивног партнера.⁸

4. Престанак мушарека уговора. Важење мушарека уговора престаје у следећим ситуацијама:⁹ 1. реализовањем циља формирања партнерства у случају мушарека уговора с одређеном наменом, 2. када се један од партнера повуче из партнерства, након обавештавања осталих партнера о својој одлуци, с тим да остали партнери могу очувати партнерство, 3. када један од партнера умре, с тим што га његови наследници могу заменити у партнерству уз сагласност осталих партнера, 4. када је целокупан мушарека капитал исцрпљен или изгубљен, 5. када је један од партнера спречен (услед пословне неспособности) или му је забрањено да користи своју имовину. Након окончања мушарека уговора, партнерима се враћају њихову улози (умањени за евентуални губитак), а уколико је остварен вишак изнад висине улога, тај вишак се распоређује сходно унапред дефинисаном кључу расподеле, о чему смо говорили код представљања система поделе профита.

⁵ Детаљније о мишљењу већине шеријатских правника о овом питању: М. Т. Usmani, *Uvod u islamske finansije*, Selsebil, Živinice 2003., 32-35.

⁶ М. Ayub, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley and Sons Ltd., 2007, 313.

⁷ Н. Visser, *Islamic finance – principles and practice*, Edward Elgar Publishing Limited, 2009., 55.

⁸ А. Venardos, *Islamic Banking and Finance in South-East Asia: Its Development and Future*, World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd., 2005., 76.

⁹ М. Ayub, 318-319.

1.1.1. Умањујућа мушарека

Као посебан тип мушарека уговора, у теорији и пракси издваја се умањујућа мушарека (*Diminishing Musharakah*), која партнерима омогућава постепено напуштање пројекта. Умањујућа мушарека подразумева периодичну продају јединица¹⁰ удела одлазећег партнера осталим партнерима. Исламске банке код уговора о финансирању на бази умањујуће мушареке углавном имају улогу одлазећих партнера. Умањујућа мушарека обухвата следеће трансакције:¹¹

1. стварање заједничког власништва у имовини,
2. узимање у најам удела одлазећег партнера од стране преосталих партнера или препуштање управљања послом преосталим партнерима,
3. обећање¹² осталих партнера да ће купити уделе одлазећег партнера,
4. постепен откуп јединица удела одлазећег партнера у одређеним периодима,
5. прилагођавање најамнине или удела одлазећег партнера у приносима према његовом преосталом уделу у послу.

„Умањујућа мушарека је као облик финансирања примењива код финансирања куповине објеката, производње, трговине, као и услужних делатности које носе стабилан принос.“¹³ *Usmani*¹⁴ детаљније објашњава специфичности наведених облика умањујуће мушареке. Код куповине објеката, финансијер (углавном банка) и његов клијент склапају уговор о стварању заједничког власништва, при чему клијент даје обећање финансијеру да ће уделе финансијера узети под закуп и да ће периодично откупљивати унапред дефинисане јединице

¹⁰ Удео одлазећег партнера се дели на одређени број јединица, које он потом периодично продаје осталим партнерима.

¹¹ М. Т. Usmani, 73-74; В. Bendjilali, Т. Khan, *Economics of Diminishing Musharakah*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah 1995., 19-20.

¹² Академија исламског права из Џеде (*OIC Fiqh Academy, Jeddah*) „обећања сматра обавезујућим ако су: а) једнострано дата, б) њихово неиспуњавање доноси трошкове оном коме је обећање дато, в) обећање није уговор и ступа на снагу тек кад се стекну услови за купопродају, односно продавац стекне власничка права над робом коју продаје и, у складу са свим наведеним, г) ова врста обећања (обећања у комерцијалним трансакцијама) је утерива на суду, било присиљавањем даваоца обећања да обећање испуни или плати стварне (али не и опортунитетне трошкове) које је имала друга уговорна страна“ (М. Т. Usmani, 109-110).

¹³ М. Н. В. М. Yatim, „Diminishing Musharakah: Using a Viable Kind of Equity Financing Instrument in Managing the Capital Requirement of Business“, *Journal of Economics and International Finance* 5/2009, 124.

¹⁴ М. Т. Usmani, 71-80.

удела. Вредност сваке јединице одређује се договором финансијера и клијента у тренутку куповине јединице или при потписивању уговора о умањујућој мушареки. Након сваког откупа јединица удела, смањује се и износ закупнине углавном за исти проценат за који се смањује и удео финансијера у партнерству. Код трговине и производње, уместо најамнине, клијент финансијеру плаћа унапред одређени удео у добити који ће се постепено смањивати услед купопродаје јединица удела. И у овом случају, цена јединица удела не сме бити унапред одређена, јер овде финансијер има улогу партнера. Овом одредбом се жели избећи ситуација да умањујућа мушарека постане каматоносни инструмент који финансијеру гарантује поврат улога, уз додатни принос у виду удела у добити. Финансирање услужних делатности је још једна типична форма умањујуће мушареке која се не разликује много од претходне две форме. *Usmani*¹⁵ ову форму објашњава кроз пример заједничке куповине такси возила, од стране финансијера и његовог клијента. Клијент периодично откупљује јединице удела и исплаћује финансијеру његово учешће у оствареном дневном нето приносу које се унапред одређује и постепеним откупом јединица удела умањује, слично умањењу закупнине код прве форме. Такође, приликом одређивања вредности јединица удела мора се узети у обзир чињеница да се возило временом амортизује и да му се вредност постепено смањује.

1.2. Мудареба

Мудареба (*Mudarabah*) је специфичан исламски банкарски уговор, код којег само једна уговорна страна (инвеститор, у исламској банкарској терминологији познат као *rabb ul-mal*) улаже новац у посао, али нема могућност управљања партнерством, док друга уговорна страна (*mudarib*) управља партнерством без обавезе улагања сопственог капитала.¹⁶ Мудареба уговор има следеће карактеристике:

1. Капитал. Једини шеријатски прихватљив облик улога код мудареба посла је готовина.¹⁷

2. Подела профита. „Да би мудареба уговор био валидан, кључ по којем ће се вршити подела профита мора бити договорен

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ T. Rahman, *Mudarabah and Pakistan Perspective*, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah 2000., 7-8.

¹⁷ M. Ayub, 323.

приликом склапања уговора.¹⁸ *Rabb ul-mal* не може рачунати на унапред договорен принос (у виду фиксне или варијабилне стопе приноса на уложени капитала или одређене суме новца), већ његова зарада, као и зарада *mudariba* зависи од успеха заједничког посла, након чијег окончања се најпре *rabb ul-malu* врати уложени капитал (који ће бити умањен уколико је остварен губитак у послу), а потом се вишак изнад висине капитала (уколико постоји) дели између партнера по унапред договореном кључу.¹⁹ Евентуални губитак покрива искључиво *rabb ul-mal*, осим у случају када се докаже да је губитак настао услед неодговорног поступања *mudariba*, када се обавеза покривања губитка пребацује на њега.²⁰

3. Управљање послом. Мудареба послом управља искључиво *mudarib*. У зависности од слободе коју *rabb ul-mal* даје *mudaribu* приликом избора посла у којем ће се ангажовати, мудареба може бити ограничена (уколико *mudarib* нема потпуну слободу избора) и неограничена.²¹ Шеријатски стручњаци немају јединствено мишљење о томе да ли *mudarib* има право да из капитала партнерства покрива личне трошкове које има током управљања послом, али су јединствени у мишљењу да „*mudarib* нема право на наплату накнаде за свој рад изван договореног удела у профиту“.²²

4. Престанак мудареба уговора. Уколико благовремено обавесте свог партнера, и *rabb ul-mal* и *mudarib* имају право да, кад год одлуче, окончају мудареба уговор²³ након чега *rabb ul-mal* добија назад свој капитал, а евентуални добитак се дели на претходно описан начин. Међутим, ово право мудареба партнера доводи у питање стабилност мудареба посла, па стога шеријатски стручњаци препоручују да се уговором ово право партнера ограничи.²⁴

¹⁸ A. Nadeem, *Islamic business contracts and microfinance – a case of mudarabah*, MPRA paper 27194/2010, 4.

¹⁹ T. Rahman, 13.

²⁰ M. T. Usmani, 40.

²¹ Z. Iqbal, A. Mirakhor, *Uvod u islamske financije: Teorija i praksa*, Mate, Zagreb 2009., 95.

²² M. Ayub, 326.

²³ A. Nadeem, 5.

²⁴ M. T. Usmani, 43.

2. Анализа проблема имплементације исламских банкарских уговора

2.1. Агенцијски проблем и његова заступљеност код исламских банкарских уговора

Корпоративно управљање подразумева да се функција управљања у предузећима препусти менаџерима, квалификованим професионалцима, који углавном нису власници (акционари) корпорације, већ су само запослени у корпорацији. Одвојеност функција власништва и управљања, међутим, може угрозити реализацију циљева власника предузећа, услед тога што се интереси власника и менаџера разликују. Однос између власника и менаџера дефинише се као однос између принципала и агента. Овај однос је у фокусу пажње агенцијске теорије фирме коју су развили *Michael Jensen* и *William Meckling*. Они су дали велики значај агенцијском односу у фирми, сматрајући га битним фактором пословног успеха фирме. *Jensen* и *Meckling*²⁵ дефинишу агенцијски однос као „уговор према коме једна или више особа (принципала) ангажују другу особу (агент) да би обавила одређене услуге за њихов рачун, што укључује давање одређених овлашћења агентима за доношење одлука“. Интереси принципала и агента се често разликују, што доводи до појаве агенцијског проблема. „Ако обе стране у овом односу теже максимирању сопствене користи, постоји добар разлог за веровање да агент неће увек деловати у најбољем интересу принципала.“²⁶

У економској теорији развијани су бројни модели и технике чији је циљ ублажавање агенцијског проблема. *Jensen* и *Meckling* сматрају да је у пракси „генерално немогуће да се без икаквих трошкова за принципала или агента осигура да ће агент доносити оптималне одлуке са тачке гледишта принципала“.²⁷ Решавање агенцијског проблема изискује издвајање средстава, а издаци у те сврхе се називају агенцијски трошкови. Постоје три врсте агенцијских трошкова:²⁸ 1. трошкови надзора од стране принципала, 2. трошкови уговорног везивања агента и 3. резидуални трошкови (пропуштена зарада због потенцијалног спутавања агента у обављању посла и губици због недостатака уговора између принципала и агента).

²⁵ M. Jensen, W. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics* 4/1976, 308.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Агенцијски однос и проблеми који су везани за њега, не односе се само на ситуацију када принципал ангажује агента да обави посао за његов рачун. Агенцијски однос се јавља и код финансирања, где финансијер постаје принципал, а дужник агент. Успех принципала у превазилажењу агенцијског проблема зависи од тога колико успешно прође кроз три фазе кредитног циклуса. Фазе кредитног циклуса су:²⁹

1. **Анализа** - Банка мора што потпуније проучити тражиоца кредита и његов захтев, да би могла да провери истинитост његових тврдњи, као и реалне потенцијале пројекта који он жели да реализује. На тај начин, банка може одбацити нереалне и сувише ризичне захтеве и, истовремено, ублажити проблем асиметричне информисаности.
2. **Надзор** - Успешно спроведена анализа није довољно осигурање да ће дужник кредитне обавезе уредно сервисирати. Стога, неопходно је спроводити и надзор који се односи на контролисање начина на који дужник користи позајмљена средства, односно надзор банци пружа одговор на питање, да ли дужник користи средства за уговорене сврхе. На овај начин банка ограничава присуство моралног хазарда.
3. **Присила** - Уколико дужник постане кредитно неспособан или постоји ризик кредитне неспособности дужника, банка примењује различите инструменте присиле, како би натерала дужника да испоштује своје обавезе. Послови које банке финансирају нису подједнако ризични. Финансирање трговине је далеко мање ризично од финансирања капиталних пројеката. Међутим, и сама банка може да утиче на ублажавање ризичности конкретног посла и осигурање наплата својих кредитних потраживања. Ту се, пре свега, мисли на различите типове залогe, као и казнене клаузуле у виду затезних камата у случају кашњења у отплати.

Агенцијски проблем постоји, такође, и код исламских банкарских уговора. Нарочито је заступљен код уговора о власничком улагању, тј. мударебе и мушареке. Иако ови уговори у принципу подстичу поделу ризика и самим тим побољшавају ризични профил исламске банке, исламска банка се кроз ове уговоре суочава са израженим агенцијским проблемом. Процес власничког финансирања код исламских банака може да се подели на фазе, слично процесу финансирања код конвенционалних банака. На

²⁹ Н. Visser, 86.

основу излагања *Sarkera*³⁰ о агенцијском проблему код исламског власничког улагања, анализирали смо агенцијски проблем у различитим фазама процеса власничког улагања:

1. **Анализа** - Исламске банке углавном послују на недовољно развијеним и нетранспарентним тржиштима, тако да имају велике проблеме да исправно процене квалитет пројекта за финансирање, што додатно повећава проблем асиметричне информисаности (неједнаке информисаности свих уговорних страна о послу). Тражиоци средстава ретко када упознају банку са свим појединостима које се тичу планираног пројекта, углавном представљајући свој пројекат далеко квалитетнијим него што заиста јесте. С обзиром на природу исламских уговора о власничком улагању, код којих терет губитка највећим делом или у потпуности преузима финансијер (исламска банка), ова врста улагања излаже исламске банке проблему негативне селекције, посебно уколико исламска банка послује у финансијском систему где је и конвенционално банкарство дозвољено. Наиме, кредитно способни тражиоци средстава који желе да улажу у квалитетан и профитабилан пројекат и којима је најбитнији економски интерес, пре ће се одлучити за узимање каматоносног кредита код конвенционалне банке на који се плаћа унапред позната камата, него за власничко финансирање код исламских банака, где би морали свој профит да деле са финансијером. Са друге стране, тражиоци средстава који имају лош кредитни бонитет, радије се одлучују за финансирање путем мударебе (ређе мушареке) јер полазе од тога да ће терет евентуалног неуспеха сносити финансијер.
2. **Надзор** - Квалитетна анализа није довољна гаранција исламским банкама да ће елиминисати проблем асиметричне информисаности. Зарада исламских банака код мудареба и мушарека уговора зависи од профитабилности финансираног посла. *Mudaribi* (код мударебе) или партнери (код мушареке) су мотивисани да приказују профит у мањем износу од реално оствареног (проблем моралног хазарда), користећи различите методе рачуноводствених малверзација. Због тога банка мора вршити непрекидни надзор над коришћењем средстава од стране *mudariba* или партнера, што исламску банку оптерећује додатним трошковима.
3. **Присила** - Код власничког финансирања, употреба инструмената присиле је ограничена принципима исламског банкарства.

³⁰ М. А. А. Sarker, „Islamic Business Contracts, Agency Problem and the Theory of the Islamic Firm“, *International Journal of Islamic Financial Services* 2/1999, 20.

Најпре, колатерал код власничког финансирања може да се користи само у изузетним приликама. Уколико је *mudarib* или партнер пословао савесно, професионално и у складу са договором, у ситуацији када се посао заврши губитком или незадовољавајућим приносом, исламска банка нема право да жељени принос наплати активирањем и продајом залоге, јер код ових аранжмана банка има улогу партнера, а не повериоца. Залога се може активирати једино ако је губитак настао услед немара, преваре или неодговорности *mudariba* или партнера. Осим тога, казнене клаузуле карактеристичне за конвенционалне финансијске уговоре могу се ограничено користити код исламских уговора о власничком финансирању. Новац прикупљен наплатом казни од партнера због његовог непрописног понашања, исламске банке морају дати у хуманитарне сврхе, без икаквог права да тај новац задрже.

Агенцијски проблем код исламских уговора о власничком финансирању се може сагледати и кроз поређење са агенцијским проблемом везаним за дужничко и власничко финансирање у конвенционалним банкама. Овим питањем, између осталих, бавио се и *Bacha*³¹, који је извршио компаративну анализу присуства агенцијских трошкова код конвенционалних уговора и мударебе. На основу обављеног истраживања, аутор је закључио да су код мударебе присутни агенцијски проблеми својствени, како власничким, тако и дужничким конвенционалним инструментима. Сличност са конвенционалним власничким финансирањем *Bacha*³² налази у улози *mudariba*, који слично менаџеру у корпорацији обавља посао за рачун принципала, с тим да свако од њих може нанети значајну штету принципалу, уколико буде имао другачије интересе од њега. Кад је у питању менаџер, најчешћи облик штетног деловања је његово ангажовање у ризичним пословима који краткорочно могу донети велику добит, али су на дуже стазе углавном неодрживи. Основни мотив за овакво ангажовање менаџер налази у премијама које наплаћује на основу остварене добити од послова које води. С обзиром на то да ризичнији послови доносе потенцијално већи профит, менаџере може да заведе краткорочна корист и обећани бонуси, што је често био узрок пропасти многих великих предузећа. Малверзације *mudariba*, осим ангажовања у ризичним пословима, могу се јавити и у облику обелодањивања профита у износу нижем од оствареног, јер на тај начин *mudarib* за себе задржава већи део

³¹ O. I. Bacha, „Conventional versus Mudarabah Financing: An Agency Cost Perspective“, *Journal of Islamic Economics* 1&2/1996, 33-49.

³² *Ibid.*

профита него што би му, по правилу, припало. Такође, због ограничене управљачке моћи *rabb ul-mala*, *mudarib* има далеко већа овлашћења него што је то случај са менаџером у корпорацији. Због тога је агенцијски проблем код мудареба улагања израженији него у случају конвенционалног власничког улагања. Када говоримо улагању на бази дуга, *Bacha*³³ наводи да је једина додирна тачка овог облика улагања са мудареба улагањем фиксна обавеза *mudariba* да *rabb ul-malu* врати комплетан улог у ситуацији када не послује одговорно, односно онако како је договорено. У свим осталим ситуацијама, фиксна обавеза *mudariba* према принципалу не постоји, тако да принципал преузима већи ризик код мудареба финансирања него у случају конвенционалног дужничког финансирања.

Током последњих неколико деценија бројни аутори су се бавили питањем агенцијског проблема, нудећи различита решења. *Jensen* и *Meckling*³⁴ су као решење агенцијског проблема, који постоји у односу између менаџера и власника у корпорацијама, навели давање власничког удела менаџеру. У радовима који су уследили посебно је потенциран дуг предузећа као ефикасан инструмент ублажавања агенцијског проблема. *Jensen*³⁵ наглашава да „дуг смањује агенцијске трошкове слободних новчаних токова путем смањења новчаних токова који су расположиви за потрошњу у дискрецији менаџера“. Предузеће задуживањем постаје предмет контроле повериоца који прати пословање предузећа, како би обезбедио редовну наплату својих кредитних потраживања, услед чега поверилац постаје савезник принципалу у контролисању деловања менаџера.

Наведене технике не могу се искористити на адекватан начин у исламском банкарству јер у исламу не постоји дуг у конвенционалном облику, а са друге стране, агенти, у овом случају, нису запослени у банци, него партнери банке који већ имају одређене власничке бенефиције (подела добитка). Такође, посматрање агенцијског проблема у исламском банкарству из искључиво конвенционалне перспективе, не може дати права решења за овај проблем у исламском банкарству. Проучавајући агенцијски проблем код исламских финансијских уговора, *Sarker*³⁶ и *Usmani*³⁷ у одвојеним студијама говоре о следећим решењима за агенцијски проблем у

³³ *Ibid.*

³⁴ M. Jensen, W. Meckling, 305-360.

³⁵ M. Jensen, „Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers“, *The American Economic Review* 2/1986, 324.

³⁶ M. A. A. Sarker, 20-21.

³⁷ M. T. Usmani, 67-68.

исламским банкама:³⁸ 1. исламска морална начела као психолошки фактор који би довео до смањења агенцијског проблема исламских банака; 2. јачање поверења између уговорних страна код исламских модела власничког улагања услед чвршће пословне повезаности него што је то случај код једнократног и краткорочног финансирања, чиме се олакшава надзор над клијентом и смањују трошкови који га прате; 3. откупљива власничка улагања која инвеститорима омогућавају лакши излазак из посла, а потенцијалне тражиоце средстава, нарочито млада предузећа, мотивишу да стварају дугорочне пословне односе са исламском банком и да избегавају краткорочно профитирање кроз малверзације и варање банке; 4. стварање ефикасног правног система и институција чиме би се омогућила несметана реализација исламског власничког финансирања и пружила заштита партнерима у послу.

2.2. Ограничења финансирања савремених предузећа на бази исламских банкарских уговора

Модели власничког финансирања савремених предузећа се разликују од мудареба и мушарека аранжмана. Највећи део савременог власничког финансирања одвија кроз емисију и продају акција, чији се власници могу повући из финансираног предузећа једино кроз продају својих акција на секундарном тржишту. На тај начин, елиминише се потреба да се предузеће или финансирани пројекат у потпуности ликвидирају како би се дошло у ситуацију да се инвеститору исплати улог увећан за евентуални добитак или умањен за евентуални губитак. С друге стране, исламски модели власничког улагања су се првобитно користили за финансирање трговачких послова код којих су извршење посла и расподела евентуалне добити могли бити спроведени у кратком периоду.³⁹ Говорећи од недостацима мудареба и мушарека улагања у савременим условима, *Bendjilali* и *Khan*, између осталог, наводе:⁴⁰

1. Власничка улагања у одређено предузеће, односно пројекат, на дугорочној или трајној основи ограничавају способност финансијера (банке) да улаже у нове пројекте и предузетничке активности.
2. Овај тип улагања ограничава краткорочне токове готовине у банци и њену способност да генерише довољно ликвидности.
3. У неким случајевима, стварање партнерског односа банке и

³⁸ Наведена решења аутор преноси и у: А. Лекпек, 312.

³⁹ Види: В. Bendjilali, Т. Khan, 11; А. Лекпек, 311.

⁴⁰ В. Bendjilali, Т. Khan, 14.

предузећа, кроз власничка улагања, може изазвати проблеме у виду недовољне заинтересованости предузетника за дугорочни раст предузећа.

Ипак, ове врсте улагања могу наћи примену и у савременим условима, преваходно кроз финансирање домаћих и међународних трговачких подухвата, што може бити један од кључних фактора унапређења привредне активности у многим земљама. С друге стране, финансирање предузећа у оснивању или скупих производних пројеката захтева велика и дугорочна улагања која би могла значајно успорити све остале пословне активности банке. Да би власничка улагања у пројекте овог типа била атрактивна и ефикасна за финансијере (банке), неопходно је да постоји могућност напуштања пројекта пре његовог завршетка, а да притом то не доведе до гашења самог пројекта. Ограничења мудареба и мушарека уговорних аранжмана добрим делом су превазиђена код финансирања на бази умањујуће мушареке која омогућава финансијерима постепено напуштање пројекта и повлачење улога.

Међутим, актуелни услови пословања у већини муслиманских земаља представљају значајну препреку за успешну имплементацију умањујуће мушареке. Прво, правни системи у овим земљама су недовољно ефикасни, па је њихова способност да пруже правну заштиту финансијеру, у случају када партнер не жели или није у стању да откупи уделе финансијера, под знаком питања. Друго, „у многим муслиманским земљама берзе не постоје“⁴¹, па је стога одређивање цене удела веома проблематично. Цена власничких удела у развијеним земљама одређује се сучељавањем понуде и тражње на финансијском тржишту. Теоретски концепт умањујуће мушареке предвиђа да, при продаји сваке јединице удела, банка (одлазећи партнер) уговара цену удела с мушарека партнерима. Овај начин утврђивања цене јединица удела може довести до неслагања партнера око реалне вредности удела. Неразвијено финансијско тржиште ускраћује одлазећим партнерима могућност да своје уделе понуде на тржишту, чиме би се заштитили од ризика друге уговорне стране и евентуално остварили бољу зараду од продаје удела. Наведени проблем би се могао ублажити посредовањем овлашћеног регулаторног органа који би вршио процену вредности јединица удела на основу анализе финансијских извештаја, вредности имовине и оствареног пословног успеха партнерског друштва. То се, ипак, не може сматрати адекватним решењем, пошто се на овај

⁴¹ *Ibid.*, 12.

начин занемарују бројни фактори које би ефикасно тржиште узело у обзир приликом вредновања удела (попут пословних перспектива предузећа и тржишта на којем оно послује). Такође, у многим државама финансијско извештавање није регулисано на одговарајући начин, па стога финансијски извештаји не приказују реално стање у предузећу и не могу бити основа за одређивање вредности удела.

Са друге стране, одређени проблеми за финансијере могу проистећи и из саме природе умањујуће мушареке. Поред агенцијских и других проблема који постоје код исламских форми власничких улагања, умањујућа мушарека је за финансијере проблематична и због тога што се постепеним напуштањем пројекта смањује удео финансијера у профиту пројекта. У првим фазама развоја пројекта остварени профит је углавном релативно низак, осим уколико пројектом руководи искусан и стручан партнер банке који већ има обезбеђено тржиште за своје производе. Међутим, уколико се ради о финансирању младог предузећа које тек ступа на тржиште или зрелог предузећа које покреће нову производну линију за тржиште на којем раније није пословало, мало је вероватно да ће се на самом почетку остварити високи приноси. Раст приноса се очекује у каснијим фазама реализације пројекта. Проблем за финансијере је у томе што с развојем пројекта њихов удео у пројекту опада, тако да у последњим фазама реализације уговорног аранжмана, када је принос од пројекта потенцијално највећи, удео финансијера у профиту је већ значајно редукован.

Финансирање на бази умањујуће мушареке има одређене недостатке и за финансирано предузеће. Један од главних недостатака финансирања на бази умањујуће мушареке, поред осталих недостатака који се иначе везују за власничко финансирање, је немогућност или веома ограничена могућност коришћења задржаног профита као извора финансирања. Према концепту умањујуће мушареке, одлазећем партнеру периодично се исплаћује део остварене добити. Партнер који остаје у послу већи део свог профита користи за откуп јединица удела одлазећег партнера, тако да мало профита може бити акумулирано. У већини земаља „задржани профит се сматра главним извором финансирања раста предузећа. Према наводима *Singha* и *Hamida*⁴², у земљама чланицама *OECD*-а у просеку 80% извора финансирања раста предузећа чини задржани профит, а у земљама у развоју 58%⁴³. Наведени подаци јасно указују на проблем који партнер који остаје у послу има услед ограничене могућности да посао финансира задржаним профитом.

⁴² A. Singh, J. Hamid, *Corporate financial structures in developing countries*, IFC Technical Paper No. 1, International Finance Corporation, Washington D.C. 1992.

⁴³ B. Bendjilali, T. Khan, 13.

3. Закључак

У складу са принципом поделе профита и губитка, шеријатски стручњаци истичу мударебу и мушареку као најзначајније исламске финансијске уговоре. Међутим, исламске банке се ретко одлучују да се укључе у мудареба и мушарека улагања јер ове уговоре одликује оптерећеност високим степеном ризика и изражен агенцијски проблем. У исламској банкарској пракси, најчешћи је мурабеха уговор, заснован на принципу трошкови плус. Код овог уговора, банка није поверилац, већ продавац специфичне имовине коју клијент купује, а онда плаћа на одложено. Износ који клијент плаћа обухвата трошкове набавке поменуте имовине, увећане за износ марже. Међутим, без обзира на чињеницу да код овог уговора банка нема улогу класичног повериоца, мурабеха има сличности са конвенционалним кредитним аранжманима. Зарада банке је знатно сигурнија код мурабеха уговора него код уговора заснованих на принципу поделе профита и губитка, што је кључни разлог велике заступљености мурабехе у билансима исламских банака.

Битне особине мударебе и мушареке су одсуство фиксних обавеза клијента према банци и условљеност приноса банке профитабилношћу пројекта који финансира. Управо то може да охрабри клијенте да улажу у ризичне активности (висок принос, али и велика вероватноћа губитка), јер су клијенти свесни да ће терет губитка, делимично или потпуно, сносити банка (проблем моралног хазарда). Овај проблем је проузрокован неједнаком информисаношћу банке и њених клијената о ризичности финансираног пројекта (проблем асиметричне информисаности), јер су клијенти боље информисани о природи пројекта него банка као финансијер. Такође, код мударебе и мушареке постоји и проблем негативне селекције. Наиме, сасвим је могуће да ће поједини клијенти који воде профитабилан посао и који редовно плаћају своје обавезе, радије бирати неки други облик исламског финансирања или се чак одлучити за конвенционално финансирање, ако им шеријатски аспект пословања није важан. Разлог за овакво понашање поменутих клијената је њихова неспремност да деле профит успешног пројекта са финансијерима. Стога, они преферирају дужничко финансирање, уз обавезу плаћања уговорене камате. Сасвим супротно понашање се може очекивати од ризичних и непоузданих клијената који немају могућност задуживања код конвенционалних банака. Они могу да злоупотребе чињеницу да исламске банке код уговора о власничком улагању немају адекватну контролу над реализацијом пројекта и добијени новац инвестирају у посао који банка не одобрава. Такође,

могућност осигурања од губитка код ових уговора је веома ограничен. Ако дође до губитка, банка не може тражити од свог партнера (код мушареке) или *mudariba* (код мударебе) да јој исплати главницу и очекивани принос, нити активирати колатерал, уколико партнер, односно *mudarib* није поступао супротно споразуму и принципима Шеријата.

Међутим, стручњаци за исламско банкарство сматрају да висок ризик ових финансијских аранжмана може бити знатно ублажен услед: 1. јачих веза између банака и клијената и стварања бољег пословног односа него у случају конвенционалног финансирања, 2. познавања кредитне историје потенцијалних клијената и квалитетне селекције пројеката, 3. учешћа банке у власништву са могућношћу постепеног напуштања финансираног пројекта (умањујућа мушарека, не занемарујући све недостатке овог уговора) и 4. постојања правне и финансијске инфраструктуре која пружа заштиту свим учесницима на тржишту и без које исламска власничка улагања не би била довољно атрактивна за исламске банке.

Ahmedin S. Lekpek, Ph.D

Teaching Asisstant at the Department of Economic Sciences,
State University of Novi Pazar

ISSUES OF THE ISLAMIC BANKING CONTRACTS' IMPLEMENTATION IN CONTEMPORARY BUSINESS CONDITIONS

Summary

In theory and practice of the Islamic banking there are several types of financial arrangements, but, according to the Sharia experts, the most important Islamic banking contracts are Musharakah and Mudarabah, the profits-loss-sharebanking contracts. Therefore, *the subject of this paper* is displaying the elements of mentioned contracts, as well as the possibilities for their application in the modern business environment. *The importance of the research* is in the use of recognized scientific theories that deal with the problems of equity and debt contracts (such as agency theory of the firm) in the analysis of the applicability of

the aforementioned contracts. *The main goal of this research* is to inform domestic scientific and wider public about the basic products of Islamic banking through a clear, comprehensive and scientifically based critical review of this issue. *The scientific contribution of the paper* is based on the detection of the reasons why these contracts, although theoretically extremely important, are rarely applied in business practice of Islamic banks, as well as consideration of possible solutions to overcome their shortcomings. In the paper, the following *research methods* are applied: analysis method, comparative method, historical method, description method, statistical method and empirical method.

Key words: Islamic banking, Shariah, Musharakah, Mudarabah, agency problem.

SPECIFIČNOSTI KRIMINALIZACIJE PRENOŠENJA VENERIČNIH BOLESTI I INFEKCIJE HIV VIRUSOM

Apstrakt

Porast veneričnih bolesti predstavlja ozbiljnu pretnju po zdravlje stanovništva i budućih generacija. Zbog izuzetne opasnosti i specifičnosti suzbijanja, usvojene su posebne krivičnopravne odredbe koje zabranjuju i kažnjavaju prenošenje infekcije. Kriminalna politika o širenju veneričnih bolesti počela se menjati u pravcu potpune ili delimične dekriminalizacije. U osnovi protivljenja je širi društveni otpor prema državnoj intervenciji, jer se prinudnim propisima dotiču fundamentalna pitanja lične slobode. Sa druge strane, povodom sve većeg interesovanja medija za slučajeve prenošenja infekcije HIV virusom, postoji zabrinutost da bi države mogle masovno da kriminalizuju ovo delo, rukovodeći se ograničavanjem prava lica obolelih od HIV-a ili side (PLWHA). Ova zabrinutost je nastala nakon dugogodišnje diskusije o prihvatljivosti primene krivičnog prava i drugih kaznenih mera, kao odgovora na epidemiju. Sa ciljem da ubrza razvoj javne politike po pitanju krivičnog prava i HIV-a, UNAIDS je objavio dokument pod nazivom: „Krivično pravo, zdravlje ljudi i prenošenje HIV-a” u kome se navode ljudska prava i preporuke koje država treba da razmotri kada donosi odluke o korišćenju krivičnog prava u datom kontekstu.

Ključne reči: *venerične bolesti, HIV infekcija, zdravlje ljudi, kriminalna politika, princip autonomije.*

1. Uvod

Zdravlje čoveka je određeno fiziološko stanje organizma, pri kojem svi procesi funkcionišu normalno. To pretpostavlja očuvanje anatomske celine organa, tkiva, njihovih fizioloških funkcija, kao i odsustvo bolesti i patoloških stanja.² Norme koje regulišu institut zaštite zdravlja čoveka

¹ Redovni profesor na Visokoj školi za kriminalistiku i bezbednost u Nišu;
email: vukanslavkovic@yahoo.com

² Уголовно - правовая характеристика заражения венерическими заболеваниями и инфекциями, http://theoldtree.ru/gosudarstvo_i_pravo/ugolovno_-_pravovaya_xarakteristika.php, 20. 07. 2015.

moгу se uslovno podeliti prema mešovitom pravno-faktičkom kriterijumu na dve velike grupe: građanskopravne i krivičnopravne. Ovakav paralelizam je neophodan, budući da svaki od socijalnih instituta ima posebne vlastite „komandne uređaje” ponašanja ljudi i samo kompleksno delovanje svih propisa omogućuje postizanje željenog rezultata. Pored raznolikosti pravne osnove treba posebno izdvojiti koncepciju savremene kriminalne politike u oblasti zaštite zdravlja ljudi. Integracija u civilizovano društvo, uporedo sa rešavanjem ekonomskih, političkih i kulturnih problema, podrazumeva postojanje efikasnog sistema krivičnopravne zaštite ličnosti.³

U svakoj pravnoj državi mora se obezbediti sigurnost ljudskih prava i njihova zaštita. Najvažnije i neodvojivo pravo čoveka je pravo na očuvanje zdravlja. Krivično zakonodavstvo Srbije priznaje zdravlje čoveka za prioritetni objekt krivičnopravne zaštite, zbog čega krivična dela protiv zdravlja ljudi predstavljaju posebnu glavu Krivičnog zakonika Srbije.⁴ Posledica kod krivičnih dela iz glave 23. KZ ogleđa se u ugrožavanju zdravlja čoveka. Ta opasnost može biti konkretna (mora se u svakom konkretnom slučaju utvrditi i dokazati), ili apstraktna (ne dokazuje se, već se pretpostavlja da je nastupila čim je preduzeta zakonom određena radnja izvršenja). No, ima i dela koja za posledicu imaju povredu: prenošenje polne bolesti, nesavesno pružanje lekarske pomoći itd. Kvalifikatorna okolnost kod krivičnih dela protiv zdravlja ljudi jeste nastupanje teške telesne povrede, teškog narušavanja zdravlja ili smrti jednog ili više lica, kada zakon predviđa strože kažnjavanje. Sadržina i obeležja ove radnje izvršenja u najvećem broju slučajeva mogu se utvrditi tek posle upoznavanja sa drugim propisima iz oblasti zdravstvene delatnosti, jer se upravo kršenjem tih normi može ostvariti radnja ovog krivičnog dela.⁵

Uprkos tome što krivična dela kojima se dovode u opasnost život i zdravlje uključuju veći broj radnji, celishodno je razmotriti osobenosti krivične odgovornosti za narušavanje zdravlja usled prenošenja veneričnih bolesti i infekcija HIV virusom.⁶ U poslednje vreme zapaža se širenje veneričnih bolesti, koje je povezano sa pogoršanjem socijalno - ekonomske

³ М. И. Галюкова, „Перспективы формирования современного уголовного законодательства о преступлениях против здоровья человека”, *Уголовное право: стратегия развития в XXI веке*, 2008, 257.

⁴ Krivični zakonik Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14.

⁵ D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd 2006., 230-231.

⁶ Особенности уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при совершении преступлений ставящих в опасность жизнь или здоровье, http://www.rae.ru/fs/?section=content&op=show_article&article_id=7782342, 30. 06. 2015.

situacije, prostitucijom⁷ i narušavanjem sistema zdravstvene zaštite.

Ova epidemija predstavlja ozbiljnu pretnju po zdravlje stanovništva i budućih generacija. Stoga je neophodno suprotstaviti se tome dugotrajnim angažovanjem države i društva, koje se ogleda u ostvarenju čitavog sistema mera socijalno-ekonomskog, medicinskog, obrazovnog i zakonodavnog karaktera. Važno mesto pripada merama krivičnopravnog uticaja.⁸

2. Pojam veneričnih bolesti

Krivično pravo proističe iz stare pravne prezumcije: *Ignorantia legis neminem excusat* (nepoznavanje zakona nikoga ne opravdava). Kada govorimo o kazni za inficiranje HIV virusom i drugim veneričnim bolestima neophodno je odrediti sam pojam.⁹ Venerične bolesti su grupa infektivnih oboljenja koja se prenose prvenstveno polnim putem: sifilis, triper (gonoreja)¹⁰, meki šankr, venerični limfogradulom (*lymphogranuloma inguinale*), donovanoza (*granuloma venereum*) i dr. Opasnost se ogleda u tome što one zadiru u skrivenu intimnu sferu, uz masovno širenje samolečenja, a prenose se i bespolnim putem.¹¹ Za razumevanje mera kažnjavanja, neophodno je oceniti karakter i težinu krivičnog dela. Inficiranje HIV virusom i drugim veneričnim bolestima proističe iz pravnih akata koji potpadaju pod definiciju krivičnog dela (ili prestupne radnje).¹²

⁷ Data teza ima osobitu aktuelnost. Mnogobrojna istraživanja određuju direktnu vezu između prostitucije i širenja side. Tako, u Grčkoj i Ruandi 83% ispitanih prostitutki nosioci su HIV infekcije. Početkom devedesetih godina XX veka, broj američkih prostitutki zaraženih smrtonosnim virusom iznosio je 40%. Nesumnjivo je da prostitucija doprinosi širenju veneričnih bolesti, ali ipak treba istaći da ona nije jedini, ni glavni uzrok. (К вопросу об объекте организации занятия проституцией, http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=4096:2013-04-03-06-26-07&catid=196:2010-12-29-10-42-57&Itemid=196, 12. 08. 2015.)

⁸ С. Щерба, В. Додонов, “Уголовная ответственность за заражение венерическими заболеваниями и ВИЧ – инфекцией по законодательству России и зарубежных стран”, *Уголовное право*, 3/2005, 65.

⁹ Ответственность за заражение ВИЧ и венерическими заболеваниями, <http://works.tarefer.ru/67/100579/index.html>, 05. 07 2015.

¹⁰ Toj bolesti u II veku p. n. e. ime je dao rimski lekar Klaudije Galen. U bibliji ona se naziva “nečistim izlučivanjem”.

¹¹ Uz to ide podsećanje na izvesnu analogiju između sifilisa i side, pa se kaže da je od pojave sifilisa 1480. godine prošlo četvrt veka pre nego što je otkrivena njegova klica, a još pola veka pre nego što su lekari mogli da raspolažu efikasnim sredstvima za borbu protiv ove bolesti koja je u svom začetku smatrana božjom kaznom i posledicom “slobodnog načina života i ponašanja”. (V. Šuvaković, *Sida-šta je sida i kako se braniti?*, Jugoart, Zagreb 1985., 9). U poemi Đirolama Frakastora “O galskoj bolesti” (1530 g.) “Sifilis” je bilo ime pastira - svinjara, koji se odlikovao ruspunim načinom života. Stradao je od zaraze koja je dobila naziv sifilis: (grč.) *sys* – svinja i *phileo* – ljubav. Tako je autor svom heroju dao ime koje se tumači kao “svinjska ljubav”. (А. И. Рапор, *Уголовное право, Особенная часть*, Ексмо, Москва 2009., 69).

¹² Ответственность за заражение ВИЧ и венерическими заболеваниями, <http://works.tarefer.ru/67/100579/index.html>, 05. 07. 2015.

Prenošenje veneričnih bolesti odlikuje oštećenje zdravlja, unošenjem u ljudski organizam infekcije, toksina, virusa i mikroba koji se prevashodno prenose polnim putem. Objektivna strana krivičnog dela ogleda se u prenošenju venerične bolesti na drugo lice. Način prenošenja može biti različit i nije od značaja za kvalifikaciju dela, ali zaraza po pravilu nastaje usled polnog akta ili drugih radnji seksualnog karaktera. Delo se vrši od strane prenosioca putem izvršenja radnji koje po pravilu vode zarazi: polni odnos, transfuzija krvi, upotreba istog šprica, poljubac, korišćenje iste posude za jelo i nepridržavanje drugih higijenskih pravila od strane obolelog u svakodnevnom životu, porodici, na poslu. Subjekt krivičnog dela je lice koje zna da boluje od venerične bolesti.

U vezi sa tim, neophodno je postojanje dokaza koji potvrđuju svesnost učinioca o tome (npr. upozorenje zdravstvene ustanove i drugi podaci koji svedoče o upućenosti lica u prisustvo infekcije).¹³ Između činjenja (nečinjenja) učinioca i inficiranja drugog lica mora postojati uzročna veza što potvrđuje materijalnu strukturu krivičnog dela. Krivična odgovornost učinioca može nastupiti ne samo u periodu bolesti i lečenja, nego i nadzora bolesnika od strane zdravstvene ustanove, sve do brisanja iz evidencije.¹⁴

HIV infekcija (human immunodeficiency virus infection - HIV infection; sindrom stečenog imunodeficitā – SIDA, acquired immunodeficiency syndrome - AIDS, erworbenen immundefektsyndrome - EIDS, syndrome d'immunodeficiences acquises - SIDA) – infektivna bolest koja se lagano razvija, nastaje prenošenjem HIV virusa koji napada imuni sistem usled čega organizam postaje veoma osetljiv na infekcije koje u konačnom ishodu dovode do smrti obolelog. Prenošenje HIV virusa ne izaziva obavezno ni naglo narušavanje imunog sistema. Pogoršanje zdravlja može nastupiti nakon znatnog vremena (ili uopšte neće nastupiti), ali čovek postaje nosilac virusa, što ugrožava zdravlje

¹³ Poverljivost je jedan od najstarijih atributa informacionog sistema u zdravstvu, kada se radi o građaninu, pojedincu, porodici i radnom kolektivu. Informacije koje se odnose na oboljenje, ili stanje, pojedini nalazi, moraju se čuvati kao tajna i mogu biti dostupni samo ovlašćenim licima. Matični broj građanina, šifre oboljenja i usluga, najpogodniji su način za obezbeđenje poverljivosti informacija u zdravstvu. (M. Stamatović, Đ. Jakovljević, M. Martinov-Cvejin, *Zdravstvena zaštita*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1995., 162). Stav da se sadržaj društvene opasnosti u prvom redu određuje pomoću zaštitnog objekta u izvesnoj meri umanjuje značaj društvene opasnosti za propisivanje krivičnopravnih normi. Naime, društvena opasnost ponašanja ne znači mnogo više od toga da ono dovodi do negativnih posledica na zaštitnom objektu, da predstavlja određeni modalitet napada na njega. Ipak, za ponašanje se vezuju neki principi koji predstavljaju prepreku čistom utilitarizmu i zaštiti po svaku cenu. To je pre svega zahtev da se ne zadire u ličnu, privatnu sferu i da se u što manjoj meri ograničava prostor za slobodno delovanje pojedinca. (Z. Stojanović, "Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta", *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, 2009, 23).

¹⁴ Уголовно - правовая характеристика заражения венерическими заболеваниями и инфекциями, http://theoldtree.ru/gosudarstvo_i_pravo/ugolovno_-_pravovaya_karakteristika.php, 20. 07. 2015.

ne samo obolelog nego i drugih lica. Izvor infekcije su inficirani ljudi – obolela lica sa svim kliničkim formama (u njihovoj krvi cirkuliše virus). Najveći značaj kod prenosa HIV infekcije ima kontaktni mehanizam za prenos uzročnika. On uključuje polni i kontaktno – krvni (transfuzioni i parenteralni) način prenosa. HIV infekcija nastaje dospevanjem virusa neposredno u krv ili sluzokožu.¹⁵

Retrovirusi, grupa u koju se ubraja virus side, jesu virusi sa ovojnicom koja je veličine desetohiljaditih delova milimetra, a koji poseduje RNK koja se prepisuje u DNK u ćeliji. Opasnost proizilazi iz činjenice da retrovirus, uzrok bolesti, napada pre svega ćelije imunološkog sistema. U pitanju je hronična bolest sa, uglavnom, sporom evolucijom: oko deset godina prođe od kontaminacije kod više od polovine slučajeva, tokom kojih pacijent ne pokazuje skoro nikakve kliničke znake, sve do razvoja bolesti. U međuvremenu, on je “seropozitivan”. Naročito se epidemija lakše razvija ukoliko period inkubacije traje duže, te se veliki broj mikroba prenosi na druge osobe, a posebno ako se prenosi seksualnim putem. Uglavnom, mikrob nema „interes” da ubije domaćina suviše lako i suviše brzo, jer bi se epidemija tako brzo završila. U slučaju side, koja se uglavnom prenosi seksualnim putem, dug inkubacioni period omogućava prenos na veliki broj osoba. Varijante virusa koje bi mogle da prouzrokuju munjevitou sidu su eliminisane. Osobe zaražene takvim virusima umirale bi pre nego što bi mogle da prenesu zarazu seksualnim kontaktom.¹⁶

3. Prenosnje veneričnih bolesti i infekcija HIV virusom u uporednom pravu

Pre Prvog svetskog rata posebne odredbe o odgovornosti za prenošenje veneričnih bolesti postojale su u manjem broju zemalja: Danskoj, Norveškoj, nekim državama članicama SAD, kantonima Švajcarske, Australiji i Kanadi. Sa rastom prostitucije i veneričnih bolesti u periodu Prvog svetskog rata ovaj problem je dobio posebnu aktuelnost, što je navelo i druge zemlje da u svoj krivični zakon unesu posebne odredbe: u Kanadi i Švedskoj taj zakon je donet 1919. godine, a u Čehoslovačkoj 1922. godine. Druge države primenjivale su po analogiji odredbe o nanošenju telesnih povreda (Francuska, Belgija, Španija). Zanimljivo je da se kriminalna politika o širenju veneričnih bolesti počela menjati u pravcu potpune ili delimične dekriminalizacije. Tako, u Kanadi je krivična odgovornost za prenošenje venerične bolesti ukinuta 1985. godine iz dva razloga:

¹⁵ Особенности уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при совершении преступлений ставящих в опасность жизнь или здоровье,

http://www.rae.ru/fs/?section=content&op=show_article&article_id=7782342, 30. 06. 2015.

¹⁶ L. Montagnier, *Sida – čovek protiv virusa*, Paideia, Beograd 1996., 79-80, 110-11.

1. širenje veneričnih bolesti je problem opšte zdravstvene zaštite, a ne krivičnog prava i
2. više od pola veka nijednom nije pokrenuta optužba na osnovu postojećeg člana zakona.

U većini zemalja ZND (Zajednice nezavisnih država), baltičkim zemljama i Švedskoj, ukinuta je krivična odgovornost učinioca koji izazove opasnost od prenošenja venerične bolesti na drugo lice. U današnje vreme posebne odredbe o odgovornosti za prenošenje infekcije HIV virusom i (ili) veneričnih bolesti, ili za prenošenje infektivnih bolesti, sadržane su u zakonodavstvu svih članica ZND, Austrije, Bahamskih ostrva, Belizea, Bosne i Hercegovine, Brazila, Vijetnama, Gvatemale, Zimbabvea, Kine, Kolumbije, Kostarike, Letonije, Litvanije, Makedonije, Meksika, Mongolije, Norveške, Paname, Poljske, Rumunije, Hrvatske, Švajcarske, a takođe i nekih država Australije i SAD. Sa druge strane, u većini država sveta (uključujući Veliku Britaniju, Nemačku, Španiju, Italiju, Kanadu, Francusku) u krivičnom zakonodavstvu nema posebnih normi o odgovornosti za navedene radnje. U nekim državama (Nemačka, Švajcarska) u odnosu na nosioca virusa koji je zarazio svoje partnere polnim putem, sudovi primenjuju opšte odredbe krivičnog zakona protiv napada na telesni integritet ili radnji koje nanose štetu zdravlju. U Sjedinjenim Američkim Državama u slučaju prenošenja infekcije HIV virusom učinioci se pozivaju na krivičnu odgovornost takođe na osnovu optužbe za napad (*assault*) ili pokušaj ubistva. Tako je 2001. godine jedan muškarac koji je zarazio HIV virusom pet žena, proglašen krivim od strane suda države Teksas za “napad pri otežavajućim okolnostima sa smrtonosnim oružjem”.¹⁷

U Francuskoj je krivična odgovornost za prenošenje HIV virusa prilikom dobrovoljnog polnog odnosa sasvim isključena, na osnovu opšteg principa da svako mora sam da vodi računa o svojoj bezbednosti i da snosi samostalnu odgovornost za rizik nezaštićenog seksa.¹⁸

¹⁷ Man pleads guilty in spreading HIV. Associated Press, 17. April 2001.

¹⁸ U Francuskoj, nacionalni nadzor side propisuje da lekar koji leči obolelo lice obaveštava obavezno i anonimno okružnu upravu sanitarnog i socijalnog delovanja (DDASS) o slučajevima side, odnosno o pacijentima u aktivnom stadijumu bolesti i o smrtnim ishodima. Rezultati se objavljuju svakih šest meseci. (L. Montagnier, 122). Jedan francuski poster prikazuje gigantski crnu masu sličnu UFO (NLO) – koja lebdi u vazduhu i zatamnjuje veći deo poznate zemlje u obliku heksagona, koja leži ispod nje. Iznad toga je napisano: “Od svakog od nas zavisi da li će se ova senka ukloniti” (*Il depend de chacun de nous d' effacer cette ombre*), a ispod toga: Francuska ne sme umreti od side (*La France ne veut pas mourir du sida*). Za moderno društvo je tipično da zahtev za mobilizacijom bude opšti, a da stvarnost reagovanja opada u odnosu na ono što se čini da je neophodno kako bi se odgovorilo na izazov koji svojim zlom ugrožava naciju. (S. Sontag, *Sida i njene metafore*, Dečje novine, Gornji Milanovac 1990., 93).

Ponekad se prenošenje zarazne bolesti kažnjava na osnovu opštih i posebnih normi krivičnog zakona. Tako je februara 1990. godine federalni sud u Švajcarskoj potvrdio osuđujuću presudu kantonalnog suda za prenošenje infekcije HIV virusom svojoj partnerki (teška telesna povreda, član 122. KZ) i širenje bolesti (član 231. KZ).

Za prenošenje venerične bolesti bez kvalifikatornih obeležja savremeno krivično zakonodavstvo propisuje prilično blage kazne. U onim zemljama gde se izdvajaju odgovarajuće strukture, samo je kod pojedinih lišenje slobode sankcija bez alternative (Bolivija, Gvatemala, Kostarika, Moldavija, Rumunija). U drugim zemljama u svojstvu alternativne kazne propisana je novčana kazna (Azerbejdžan, Jermenija, Belorusija, Bugarska, Brazil, Kirgizija, Letonija, Mongolija, Ruska Federacija, Turkmenistan, Hrvatska), popravni rad (Kazahstan, Turkmenistan, Ukrajina), ograničenje slobode (Ukrajina), zadržavanje (Jermenija, Letonija, Ruska Federacija, Tadžikistan, Ukrajina).¹⁹

3.1. Države *Common Law* sistema

U Velikoj Britaniji zabeležen je porast krivičnih postupaka zbog prenošenja infekcije HIV virusom. Povodom sve većeg interesovanja medija za ove slučajeve, postoji zabrinutost da bi države mogle masovno da kriminalizuju ovo delo, rukovodeći se ograničavanjem prava lica obolelih od HIV-a ili side (PLWHA). Štaviše, takvo zakonodavstvo može se zapaziti u novim zakonskim okvirima proširene Evropske Unije, kao održiv mehanizam za sprečavanje radnji koje povlače rizik od prenošenja HIV virusa (bez adekvatnog razmatranja drugih mogućnosti za rešavanje datog problema). Ova zabrinutost nastupila je nakon dugogodišnje diskusije o prihvatljivosti primene krivičnog prava i drugih kaznenih mera, kao odgovora na epidemiju. Sa ciljem da ubrza razvoj javne politike po pitanju krivičnog prava i HIV-a, UNAIDS je 2002. godine objavio dokument pod nazivom: „Krivično pravo, zdravlje ljudi i prenošenje HIV-a”²⁰ u kome se navode ljudska prava i preporuke koje država treba da razmotri kada donosi odluke o korišćenju krivičnog prava u datom kontekstu. Krivično zakonodavstvo bi trebalo primenjivati samo kao *ultima ratio*, a to se ne odnosi na sledeće slučajeve:

1. učinilac nije svestan da je nosilac virusa ili ne zna kako se HIV prenosi,
2. preduzete su razumne mere za umanjeње rizika od prenošenja infekcije (npr. upotreba kondoma),

¹⁹ С. Щерба, В. Додонов, 65-69.

²⁰ United Nations Program on HIV/AIDS (UNAIDS) and UN Development Program: Criminalization of HIV transmission: policy brief. Geneva, 2008.

3. partner je bio svestan da je učinilac HIV pozitivan i nije postojala prevara ili prisila,
4. ako učinilac ne otkrije zdravstveni problem iz straha od nasilja ili drugih negativnih posledica,
5. partneri su se prethodno složili o stepenu obostrano prihvatljivog rizika,
6. nehatno prenošenje virusa i
7. odsustvo "značajnog rizika" od prenošenja HIV infekcije.²¹

Prema R. Elliott-u, da bi se ustanovila krivična odgovornost, generalno se zahteva postojanje namere (umišljaja), nesmotrenosti ili grubog nehata. Koji će oblik krivice biti prihvatljiv zavisi od toga kako je podnošenje tužbe definisano u zakonu.²² U pogledu subjektivne odgovornosti, UNAIDS ističe da je kriminalizacija prenošenja ili izlaganja HIV infekciji prihvatljiva samo u slučaju postojanja namere. Umišljaj neće postojati ako učinilac nije svestan da je HIV pozitivan, ne zna kako se virus prenosi ili ako koristi kondom. U tim slučajevima, ne može se govoriti ni o nesmotrenosti ili grubom nehata. Međutim, tužilaštvo često prilikom primene pozitivnog prava ne uvažava uputstva UNAIDS-a. Sa druge strane, postavlja se pitanje: Da li postoji krivična odgovornost ako učinilac saopšti partneru da je HIV pozitivan, a on prihvati polni odnos, uprkos riziku? Pravo i sudska praksa po tom pitanju variraju zavisno od zakonodavstva. U slučaju *R. v. Cuerrier* (1998)²³ Vrhovni sud Kanade istakao je sledeće: Kada postoji "značajan rizik" od prenošenja infekcije, nema saglasnosti partnera, osim ako učinilac otkrije da je HIV pozitivan. Smisao izraza "značajan rizik" ostao je sporan, jer nije potpuno razjašnjen ni u kasnijim odlukama.²⁴ Neke druge zemlje predviđaju da zločinačka namera postoji i kada okrivljeni otkrije da je nosilac virusa.²⁵

U Velikoj Britaniji obim efektivne saglasnosti ostaje u okvirima običajnog prava (*common law*) i definisan je u odgovorima suda na tri pitanja. Prvo, šta podrazumeva saglasnost na fizički dodir? Drugo, kod kojih krivičnih dela se kao element pojavljuje odsustvo saglasnosti? Treće, čak i kada nije element krivičnog dela, da li saglasnost može biti relevantna pod određenim okolnostima? Odgovor na prvo pitanje izmenjen je nedavnim odlukama koje se odnose na prenošenje infekcije

²¹ Criminalisation of HIV transmission in Europe, <http://criminalisation.gnppplus.net/site/intro.shtml>, 10. 08. 2015.

²² R. Elliott, *Criminal law, public health and HIV transmission: a policy options paper*, UNAIDS Best Practice Series, Geneva, 2002.

²³ *R v Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371

²⁴ A. Symington, "Criminalization confusion and concerns: the decade since the Cuerrier decision", *HIV/AIDS Policy & Law Review*, 1/2009, 5-10.

²⁵ J. Csete, R.Elliott, "Criminalization of HIV transmission and exposure", *Future Virology*, 8/2011, 941-950.

HIV virusom. U starom slučaju *Clarence* (1888)²⁶ sud ističe: „Ako je oštećena pristala na seksualni odnos, činjenica da nije bila svesna da je optuženi nosilac polno prenosive bolesti ne isključuje saglasnost, iako se tužba odnosi na prouzrokovanje teškog oštećenja zdravlja, a žrtva se ne bi složila da je znala stvarne činjenice”. U slučaju *Dica* (2004)²⁷ Žalbeni sud navodi da saglasnost na seks ne implicira pristanak na narušavanje zdravlja zbog polno prenosive bolesti i slučaj *Clarence* ne treba da bude uzor. Presudno pitanje o tome “kada je saglasnost prisutna” ponovo je postavljeno u slučaju *Konzani* (2005)²⁸ kada je optuženi (koji je znao da je HIV pozitivan) upražnjavao nezaštićen seks sa tri žene, a nije ih obavestio o svom zdravstvenom stanju. Žalbeni sud je naveo da će samo saglasnost uz punu informisanost biti dovoljna, a to znači: ako druga strana nije svesna zdravstvenog problema optuženog, neće postojati važeći pristanak na prenošenje bolesti. Sud je istakao da je tako u datoj odluci podržan princip autonomije, ali je ova tvrdnja dovedena u sumnju. Ako je oštećena upražnjavala nezaštićen seks sa optuženim, iako nije upitala partnera za zdravstveno stanje, zar se ne može tvrditi da žrtva koristi autonomiju kako bi preuzela dobro poznati rizik od seksualno prenosive bolesti? Drugim rečima, odluka Žalbenog suda predviđa sledeće: optuženi mora da otkrije svoj zdravstveni problem. U suprotnom, to će značiti da eventualni pristanak oštećene neće biti validan.

Stoga, sud nameće optuženom obavezu, čime ovo delo pretvara u krivično delo nečinjenja, ali je vrlo verovatno i da okrivljeni mora poznavati načine prenošenja HIV infekcije.²⁹

U Australiji prenošenje HIV virusa inkriminisano je odredbama *Crimes Act*-a iz 1900. godine (NSW)³⁰. Svako lice koje prenese HIV ili izloži drugu osobu virusu, smatraće se krivično odgovornim. Tužilaštvo nastoji da proveri da li je optužba u skladu sa prirodom eventualne kriminalne aktivnosti. Ona ne sme da proizvede rezultat koji je izvan okvira zakonodavstva i mora da odražava stepen krivične odgovornosti učinioca. *Crimes Amendment Act* iz 2007. godine (NSW)³¹ uveo je mnoštvo izmena *Crimes Act*-a iz 1900. godine. Ovo uključuje ukidanje samostalnog krivičnog dela “Izazivanje teške telesne bolesti”

²⁶ R v Clarence [1888] 22 QBD 23.

²⁷ R v Dica [2004] QB 1257.

²⁸ R v Konzani [2005] 2 Cr App R 13.

²⁹ A. Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, New York 2009., 308-309.

³⁰ Crimes Act 1900 No 40 - NSW Legislation, <http://www.legislation.nsw.gov.au/inforcepdf/1900-40.pdf?id=e0d77639-842e-6bf4-cfe7-c6647ceeee9>, 05. 08. 2015.

³¹ Crimes Amendment Bill 2007 - Parliament of New South Wales, [http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/nswbills.nsf/0/08ef5ba36acfc8f6ca257361001fe792/\\$FILE/b2006-118-d08-House.pdf](http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/nswbills.nsf/0/08ef5ba36acfc8f6ca257361001fe792/$FILE/b2006-118-d08-House.pdf), 02. 08. 2015.

(član 36.). Umesto toga, krivično delo “Teška telesna povreda” (član 33.) obuhvata i uzrokovanje teške telesne bolesti. UNAIDS podržava primenu krivičnog prava u kontekstu prenošenja infekcije HIV virusom, ali izražava zabrinutost po pitanju formiranja samostalnih krivičnih dela u vezi sa HIV-om. Ukinuto je krivično delo “Zlonamerno nanošenje telesne povrede”, a termin “zlonamerno” zamenjen je izrazima ”umišljajno” (član 33.) ili “nesmotreno” (član 35.). Raniji član 36. Zakona koristio se retko za podizanje tužbe, jer je zahtevao postojanje namere koju je teško bilo dokazati. Novi zakonski članovi uzimaju u obzir sve moguće tužbe koje se mogu podneti u kontekstu krivičnog gonjenja za prenošenje HIV-a.³²

3. 2. Ruska Federacija

U Rusiji krivična odgovornost za prenošenje side najpre je uvedena 1987. godine. Krivični zakonik RSFSR iz 1960. godine dopunjen je članom 115 – 2. koji predviđa odgovornost za izazivanje opasnosti od prenošenja te bolesti (stav 1.) i za prenošenje (stav 2.). Ipak, praksa primene datog člana pokazala je da skraćenica SIDA nije bila pravilan izbor zakonodavca za opisivanje strukture krivičnog dela.³³ Pred sudovima koji razmatraju krivična dela predviđena članom 115-2. pojavilo se pitanje: može li krivično odgovarati lice kod koga su ispoljeni samo početni znaci bolesti HIV, a stadijum razvoja bolesti SIDA još uvek nije nastupio? Stoga se u zakonodavstvu koje reguliše odnose u datoj sferi od 1995. godine isključivo koristi termin „bolest izazvana virusom imunodeficitu čoveka (HIV infekcija)”. U članu 122. KZ Ruske Federacije iz 1996. godine ne koristi se više izraz “prenošenje side”, već ”prenošenje HIV infekcije”.³⁴ Kako prenošenje HIV virusa spada u posebno opasne infekcije, u cilju sprečavanja širenja te bolesti zakonodavac je u stavu 1. člana 122. KZ RF ustanovio krivičnu odgovornost samo za jedno svesno dovođenje u opasnost drugog lica od prenošenja HIV infekcije (činjenjem ili nečinjenjem). Da bi dato krivično delo bilo dovršeno ne zahteva se razvoj stadijuma bolesti side, ali ni dospevanje u organizam virusa imunodeficitu.

Član 122. KZ RF (Prenošenje infekcije HIV virusom)

1. Svesno dovođenje u opasnost drugog lica od prenošenja HIV infekcije,
2. Kada neko lice svesno prenese na drugog infekciju HIV virusom, znajući da je zaražen,

³² G. Mitchell, *Criminal transmission of HIV*, DLA Phillips Fox, Sydney 2009., 19-20.

³³ Lingvisti s pravom smatraju da mišljenje stručnjaka mora biti usklađeno sa stavovima o podudarnosti izraza i pojma koji obeležavaju.

³⁴ Krivični zakonik Ruske Federacije, *Službeni glasnik RF*, br. 63-Φ3/96.

3. Ako je delo iz stava 2. usmereno na dva ili više lica ili na maloletnika i
4. Prenošenje HIV infekcije na drugo lice, usled neovlašćenog izvršavanja profesionalnih dužnosti

Napomena: [uvedena Federalnim zakonom od 08.12.2003. godine (N 162-Φ3)].

Lice koje izvrši delo iz stava 1. ili 2. oslobađa se krivične odgovornosti ako je oštećeni bio blagovremeno upoznat o bolesti učinioca i dobrovoljno se saglasio da izvrši radnje koje su stvorile opasnost od inficiranja.³⁵

Tradicionalno se u nauci krivičnog prava izdvaja institut „saglasnost oštećenog”. Ipak, treba se složiti sa mišljenjem da izraz saglasnost “oštećenog” nije pravilan. Obzirom da je saglasnost okolnost koja isključuje kažnjivost radnje, ne može se govoriti o oštećenom kao licu kome je krivičnim delom naneta šteta (povreda).³⁶ Teoretičari različito određuju objekt krivičnog dela. Pojedini ističu da se datim krivičnim delom napada zdravlje oštećenog (Л. А. Прохоров). Po mišljenju drugih, objekt dovođenja u opasnost od prenošenja HIV infekcije su društveni odnosi koji obezbeđuju očuvanje zdravlja drugog čoveka (Л. Д. Гаухман, Л. М. Колодкина). Znatan broj autora smatra da u slučaju side, neizbežna smrtna posledica svedoči o tome da objekt napada nije samo zdravlje, već i život drugog čoveka (Н. И. Верпов, С. Щерба, Г. Н. Борзенкова). Dato gledište je najpravilnije. Zdravlje predstavlja objekt krivičnog dela, budući da lice inficirano HIV-om prolazi nekoliko stadijuma bolesti, pri čemu se na svakom od njih njegovo zdravstveno stanje pogoršava. Obzirom da je HIV infekcija neizlečiva bolest, što je poznato učiniocu, na taj način se stvara opasnost po njegov život.³⁷

Prema članu 121. KZ RF (“Prenošenje venerične bolesti”), saglasnost oštećenog na seksualni odnos sa inficiranim licem ne isključuje krivičnu odgovornost. Ipak, ako učinilac faktički nije zarazio drugo lice, ali je svojim ponašanjem stvorio opasnost, njegove radnje treba kvalifikovati kao pokušaj. Ukoliko je inficiranje nastupilo zbog silovanja, a oštećena nije saopštila nasilniku da boluje od venerične bolesti, prema članu 121. KZ RF, krivična odgovornost je isključena. Posledica je oštećenje zdravlja drugog čoveka zbog prenošenja venerične bolesti usled unošenja infekcije u organizam. Biće krivičnog dela konstituisano je materijalno,

³⁵ Особенности уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при совершении преступлений ставящих в опасность жизнь или здоровье,

http://www.rae.ru/fs/?section=content&op=show_article&article_id=7782342, 30. 06. 2015.

³⁶ Уголовно - правовая характеристика заражения венерическими заболеваниями и инфекциями, http://theoldtree.ru/gosudarstvo_i_pravo/ugolovno_-_pravovaya_karakteristika.php, 20. 07. 2015.

³⁷ Особенности уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при совершении преступлений ставящих в опасность жизнь или здоровье, http://www.rae.ru/fs/?section=content&op=show_article&article_id=7782342, 30. 06. 2015.

jer se radnja smatra okončanom u momentu faktičkog prenosa venerične bolesti na drugo lice. Sa druge strane, svesno dovodenje u opasnost od prenošenja zaraze je dekriminalizovano.

Sa subjektivne strane krivično delo se karakteriše umišljajem (direktnim ili eventualnim). Nehat je isključen, obzirom da učinilac zna da boluje od infektivne bolesti, pa ipak stupa u polni odnos sa drugim licem (ili licima). To znači da okrivljeni u svim slučajevima predviđa mogućnost inficiranja. Objekt krivičnog dela je zdravlje čoveka, a posledica je oštećenje zdravlja drugog lica putem prenošenja venerične bolesti. Saglasnost oštećenog na prenošenje infekcije ne može biti osnov za oslobođenje od krivične odgovornosti učinioca koji je znao da boluje od venerične bolesti i tako zarazio oštećenog. Nesporna uverenost učinioca da se u potpunosti izlečio od venerične bolesti isključuje osudu po članu 121. KZ RF. Krivična odgovornost za prenošenje venerične bolesti nastupa sa 16 godina.

Obzirom da radnja iz člana 121. KZ predstavlja specifičan način nanošenja povrede zaštitnom objektu, u slučaju konkurencije krivičnih dela prednost se daje ovoj normi i ne zahteva se dopunska kvalifikacija iz člana 115. KZ RF. U slučaju teškog oštećenja zdravlja ili narušavanja zdravlja srednje težine (npr. zaražavanje je izazvalo prekid bremenitosti) uz prisustvo subjektivnih osnova, postojaće celokupnost krivičnih dela, a izvršene radnje, osim po članu 121. KZ RF, treba kvalifikovati prema članu 111. ili 112. KZ RF. Prilikom kvalifikacije radnji iz stava 2. člana 121. KZ (sa obeležjima zaražavanja dva ili više lica), neophodno je ustanoviti da nije istekao rok zastarelosti krivičnog gonjenja, obzirom na činjenice koje prethode prenošenju infekcije. U slučaju kvalifikacije preostalih radnji iz navedenog stava, neophodno je utvrditi da li je okrivljeni znao, ili mogao pretpostaviti, da je oštećeni maloletan.³⁸

4. Završna razmatranja

Venerične bolesti su grupa infektivnih oboljenja koja se najčešće prenose polnim putem. One su značajan medicinski, ali i socijalno-ekonomski problem u čitavom svetu. Društvena opasnost prenošenja infekcije ogleda se u velikoj rasprostranjenosti među mladima i masovnom samolečenju. Brojni činioци doprinose njihovom nastajanju i širenju: česta izmena partnera, prostitucija, kulturna zaostalost, nedostatak seksualnog obrazovanja. Venerične bolesti su postale metafora za fizičku i moralnu degradaciju, koja predstavlja pretnju po stabilnost društva. U slučaju

³⁸ Особенности уголовной ответственности за причинение вреда здоровью при совершении преступлений ставящих в опасность жизнь или здоровье, http://www.rae.ru/fs/?section=content&op=show_article&article_id=7782342, 30. 06. 2015.

analiziranih krivičnih dela, učiniocu je poznato da se mora pridržavati sanitarno-higijenskih mera, ali ih svesno narušava, znajući da oštećenog dovodi u potencijalnu opasnost od prenošenja. Dokaz postojanja umišljaja predstavlja pismeno upozorenje zdravstvenog organa sa preciznim spiskom radnji koje uzrokuju prenos oboljenja. Određivanje objekta napada kod krivičnih dela vezanih za prenošenje veneričnih bolesti stvara izvesne teškoće. Iako se neposredno oštećuje zdravlje konkretne ličnosti, radnja je usmerena na zdravlje društva u celini (u slučaju HIV virusa i na sam ljudski život). Pri tome, izbor primarnog objekta napada koje vrši zakonodavac ima veliki značaj, jer od njega direktno zavise neka obeležja krivičnog dela. Pre svega, reč je o pravnim posledicama saglasnosti oštećenog na stupanje u rizik od prenošenja infekcije.

Uporedna analiza zakonodavstva i prakse pokazuje da u savremenom svetu odsustvuje jedinstven pristup krivičnopravnoj borbi protiv širenja veneričnih bolesti i HIV-a. Uprkos pogoršanju epidemijske situacije, razvoj zakonodavstva u razmatranoj oblasti često vodi u pravcu liberalizacije. U nekim zemljama zakonodavac je došao do zaključka da represivne metode za sprečavanje rasta opasnih infektivnih bolesti nisu efikasne i da problem treba rešavati isključivo putem socijalnih i medicinsko-preventivnih mera. U osnovi protivljenja je širi društveni otpor prema državnoj intervenciji, jer se prinudnim propisima pogađaju fundamentalna pitanja ljudskih prava. Sa druge strane, širenje seksualne slobode i podizanje nivoa seksualne svesti može predstavljati izvesnu opasnost. Pogledi se uopšte menjaju tokom vremena i može se desiti da se kao rezultat razvoja kulture i civilizacije čovek promeni, a da stara ubeđenja o seksualnim problemima i dalje ostanu nepromenjena. Možda je strah od polnih bolesti podstakao nostalgiju za tradicionalnim moralnim vrednostima, pa i monogamijom, ili je to samo pogodno sredstvo za ostvarivanje nove patrijahalnosti.

Prof. Vukan Slavković, Ph.D

Full Professor

Higher education School of Security and Criminalistic, Niš

**TRANSMISSION OF VENEREAL DISEASES
AND HIV INFECTION
- SPECIFICITIES OF CRIMINALISATION**

Summary

The increase in venereal diseases poses a serious threat to the health of the population and future generations. Due to the extremely danger and specificity of suppression, society has adopted special criminal provisions which prohibit and penalize the transmission of infection. The criminal policy on the spread of venereal diseases began to change in the direction of full or partial decriminalisation. Underlying the opposition is a broader social resistance to state intervention, because the compulsory regulations affect the fundamental issues of personal freedom. On the other hand, in light of the growing interest of the media in HIV transmission cases, there is concern that states might increasingly choose to legislate the criminalisation of HIV transmission, leading to restricting of the rights of people living with HIV or AIDS (PLWHA). This concerns has been arised after the long history of debate on the appropriateness of the use of criminal law and other punitive measures in the response to the epidemic. In order to assist in the development of public policy on the question of criminal law and HIV, UNAIDS has published document entitled „Criminal law, public health and HIV transmission” which specifies a number of human rights and recommendations that state should take into account when making decisions about the use of the criminal law in the context of HIV and AIDS.

Key words: venereal diseases, HIV infection, public health, criminal policy, principle of autonomy.

TERORIZAM – POLITIKOLOŠKI I PRAVNI ASPEKTI³

Apstrakt

Terorizam je jedna od najozbiljnijih pretnji po bezbednost savremenog društva na globalnom i nacionalnom nivou. Krivična dela sa elementima terorizma predviđena su u krivičnim zakonima većine država i u međunarodnim dokumentima univerzalnog i regionalnog važenja. Nije moguće uvek sa sigurnošću odrediti specifičnu razliku između terorizma kao krivičnog dela i drugih politički motivisanih nezakonitih akata. Zbog kompleksnosti ovog fenomena i njegovu tesnu vezu sa drugim krivičnim delima, autori u radu nastoje da analiziraju terorizam sa politikološkog i pravnog aspekta. Politikološka analiza treba da odredi šta je differentia specijica između terorizma i drugih sličnih pojava, dok je pravna fokusirana na najznačajnije međunarodne pravne izvore, kao i pozitivno krivično pravo Srbije, relevantne za prevenciju, sankcionisanje i suzbijanje terorizma.

Ključne reči: terorizam, teroristički akti, teroristi, krivično delo, međunarodni ugovori.

1. Uvod – osnovna obeležja terorizma

U najširem smislu, terorizam spada u takozvana politički motivisana krivična dela. Ako se izuzmu oni najekstremniji i najbrutalniji slučajevi u

¹ Naučni saradnik, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd; E-mail: jazic@diplomacy.bg.ac.rs

² Naučni saradnik, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd; E-mail: a.batricevic@yahoo.com

³ Ovaj naučni rad nastao je kao rezultat angažovanja autora na projektu “Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: strateški pravci razvoja i utvrđivanja pozicije Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljno-politički, međunarodno-privredni, pravni i bezbednosni aspekti“, podržanog od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije broj 179029, za period od 2011. do 2015. godine.

Ovaj naučni rad nastao je kao rezultat angažovanja autora na projektu broj 47011 “Kriminal u Srbiji: fenomenologija, etiologija i mogućnosti socijalne intervencije” koji se realizuje od strane Institut za kriminološka i sociološka istraživanja uz podršku Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije u period od 2011. do 2015. godine.

kojima je element terorizma sasvim očigledan, čini se da nije uvek jednostavno izdiferencirati ove dve vrste prestupa, niti razlikovati kažnjiva dela i pokušaje pojedinih naroda da realizuju svoje pravo na samoopredeljenje. Zbog toga je potrebno napraviti razliku između terorista i drugih, na prvi pogled sličnih ali suštinski potpuno drugačijih kategorija, uključujući i borce za slobodu ili gerilace, jer od toga praktično zavisi da li će neko lice imati status učinioca teškog krivičnog dela (terorista) ili će se tretirati kao osoba koja se, prkoseći nelegitimnom režimu, bori za slobodu i ljudska prava (gerilac).⁴ Tu se kao osnovni problem javlja izdvajanje onih karakteristika po kojima se pojam terorizma razlikuje u odnosu na opštiji pojam političkog krivičnog dela, koje predstavlja krivično delo učinjeno iz političkih motiva ili sa političkim ciljem i čiji se učinioци na osnovu međunarodnih ugovora i običaja izuzimaju od ekstradicije.⁵ Ipak, u teoriji i pravnim izvorima su se do sada iskristalisala brojna obeležja koja se mogu tretirati kao *differentia specifica* između ova dva pojma. Na primer, terorista najčešće napadaju civile, dok su meta gerilaca vojno osoblje i objekti. Aktivnosti boraca za slobodu zasnivaju se na vođenju kampanje u cilju oslobodjenja sopstvenog stanovništva radi uklanjanja diktature i preuzimanja nelegitimno preuzete vlasti. Teroristi se često posmatraju kao pojedinci ili grupe koje nemaju matičnu teritoriju, pa se smatra da je njihov najvažniji cilj preuzimanje vlasti i kontrole nad nekom državom. Tokom vremena postalo je jasno da se u suštini terorističkih aktivnosti nalazi verski fanatizam, ali je takođe postalo jasno da ove grupe teže preuzimanju neke države kako bi na određen način stekle nezavisnost u delovanju.

Danas je jasno da postoje države koje pružaju podršku aktivnostima pojedinih terorističkih organizacija. Takva situacija proizilazi iz sličnih ideoloških stavova koje zastupaju te terorističke grupe i vlasti država koje ih podržavaju.⁶ Zato takve države ulažu sredstva u finansiranje, obuku, opremanje i pružanje utočišta terorističkim grupama čije aktivnosti utiču na lakšu realizaciju njihovih spoljnopolitičkih ciljeva.

Pored jačanja pozicije na spoljnopolitičkom planu, vlasti takvih države koriste teroriste kako bi ojačale svoju poziciju u unutrašnjim okvirima. Trenutno je u bezbednosnim službama Sjedinjenih Američkih Država (SAD) prihvaćena klasifikacija na dve vrste država koje pružaju podršku terorističkim organizacijama. Prva vrsta su države koje preko terorističkih akcija u drugim državama nastoje da ostvare političke ciljeve. U slučaju ovih država, civili i civilni objekti predstavljaju najčešću metu. Druga vrsta su države koje pružaju terorističke organizacije logističku

⁴ Više o tome vid. M. Lawless, "Terrorism: an International Crime?", *Canadian Military Journal*, Vol. 9, No. 2/2009, 34.

⁵ Više o tome vid. V. Dimitrijević, et. al, *Osnovi međunarodnog javnog prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2005., 232.

⁶ Više o tome vid. J. M. Lutz and B. J. Lutz, *Global Terrorism*, Routledge, London 2004., 14-16.

podršku u vidu finansija, materijalne pomoći i političke i ideološke podrške.⁷

Razni istraživači na različite načine definišu terorizam. Čarls Kegli i Judžin Vitkof smatraju da je terorizam: „unapred smišljeno politički motivisano nasilje koje protiv neborbenih ciljeva sprovode subnacionalne grupe ili tajni agenti, obično sa namerom da utiču na javnost”.⁸ Bartelemi Kurmon i Darko Ribnikar stoje pri stavu da: „terorizam ima za cilj da kod stanovništva i vlasti na koje se ustremio unese strah, a da pri tome ne izazove obavezno masovna razaranja”.⁹ Za Brusa Hofmana terorizam je: „nasilni akt koji se preduzima naročito da bi privukao pažnju, a onda putem stvorenog publiciteta da bi preneo poruku”.¹⁰ Pipa Noris, Montanj Kern i Marion Džast definišu terorizam kao: „sistematsku upotrebu nasilnog zastrašivanja protiv civila zarad političkih ciljeva”.¹¹ Terorizam može biti definisan i kao: „upotreba pretnje nasiljem, od strane malih grupa protiv neuniformisanih pripadnika velikih grupa, zarad postizanja političkih ciljeva”.¹²

Na osnovu određenih osobenosti terorizma mogu se reći da je to: (1) nezakonita pretnja ili upotreba sile oličena u kampanjama zastrašivanja ili sporadičnim incidenatima, (2) manipulacija elementima moći radi izazivanja željenih promena korišćenjem nasilja u čijoj osnovi se nalazi moć da se to nasilje instrumentalizuje, (3) prouzrokovanje totalne promene političkog režima u državi (revolucionarni terorizam), (4) sprovođenje terorističkih od strane manjinskih grupa, a ponekad i usamljenih pojedinaca i (5) sprovođenje aktivnosti koje brzo postaju transnacionalne čime delovanje terorističke organizacije prelazi državne granice.¹³

Posle Francuske revolucije jasna razlika između uniformisanih i neuniformisanih osoba počela je da se gubi. Razlog je bio pojava takozvane narodne vojske, čime je u većini evropskih zemalja ukinuta profesionalna vojna služba. Zato se tokom vremena ustalio stav da je podrška naroda u korenu politike svake države. Time je u očima protivnika neke države njen narod postao legitimna meta. To je jedan od važnih razloga zbog kojih je civilno stanovništvo veoma često meta terorista.

Organizovanost terorističke organizacije znači prisustvo hijerarhijske strukture. U pitanju je horizontalna i vertikalna organizovanost.

⁷ Više o tome vid. D. J. Whittaker, *Terrorists and Terrorism in Contemporary World*, Routledge, New York 2004., 9-10.

⁸ Č. Kegli i J. Vitkof, *Svetska politika*, Centar za studije Jugoistočne Evrope, Beograd 2004., 622.

⁹ B. Kurmon i D. Ribnikar, *Asimetrični ratovi*, Novinsko-izdavački centar „Vojska”, Beograd 2003., 123.

¹⁰ Brus Hofman, *Unutrašnji terorizam*, Narodna knjiga i Alfa, Beograd 2000., 118.

¹¹ P. Norris, M. Kern and M. Just, *Framing Terrorism: The News Media, The Government and the Public*, Routledge, New York 2003., 6.

¹² C. R. McCauley, “The Psychology of Terrorism”, Social Science Research Council, <http://www.ssrc.org/sept11/essays/mccauley.htm>, 25.03.2015.

¹³ Više o tome vid. D. J. Whittaker, 1-4.

Horizontalna organizovanost podrazumeva postojanje više grupa istog karaktera koje nisu jedne drugima nadređene ili podređene. Vertikalna organizacija podrazumeva prisustvo hijerarhijske podređenosti horizontalno organizovanih grupa prema zajedničkom telu ili ličnosti. Izolovanost terorističke organizacije od postojećih normi u nekoj državi osnovni je faktor koji ovim organizacijama omogućava *tajnost u planiranju*.

Kreatori i izvršioци terorističkih planova moraju u XXI veku imati znanja koja će ih učiniti stručnim i sposobnim shodno savremenim trendovima razvoja u svim društvenim sferama. Iz te neophodnosti proizilazi *visoka stručnost* pojedinih pripadnika terorističkih organizacija. Izbegavanje analize organizacije i aktivnosti terorističkih grupa koju vrše bezbednosne službe država zahteva od terorističkih grupa *nepredvidivost* u izvršenju terorističkih akata.

Terorističku organizaciju ne čine samo ljudi koji su uključeni u organizovanje i sprovođenje akata nasilja, već i pojedinci koji podržavaju ciljeve terorističke organizacije, ali nisu zagovornici njihovog ostvarenja putem nasilja. Takva podrška je važna za opstanak terorističke organizacije, jer omogućava prikrivanje i povećanje članova. Snažan odgovor vlasti na terorističke akte ide na neki način u prilog terorističkim organizacijama, jer kod terorista postoji nada da će takve akcije zahvatiti i ljude koji nisu simpatizeri terorista. Takva situacija bi verovatno podstakla neke pojedince da postanu teroristi. Tako bi se povećao broj ljudi koji gaje simpatije prema teroristima, a možda bi se neko od simpatizera odlučio da učestvuje u akcijama ili da se žrtvuje za terorističke ciljeve. Preterana akcija vlasti dodatno bi učvrstila legitimitet vođa terorističke organizacije. Osnovni cilj terorističkih akata leži u prirodi nasilja koje teroristi sprovode, odnosno ovi akti treba da podstaknu vlasti na akcije koje bi zbog svog obima i intenziteta umanjile njihov politički autoritet.

Jedna od kulturnih karakteristika zajednice ili pojedinca je način života koja ima izuzetan uticaj na terorizam. Terorizam kao pojava ili aktivnosti sadrži određene kulturne odrednice. Najvažniji je pogled na pojedince koji se smatraju „strancima” i sa njim povezan strah za opstanak grupe u etničkom smislu. To je dalje povezano sa vrednostima koja se neguju unutar terorističkih grupa i organizacija, a koje su njihov identifikacioni element. Pojava pretnje da se neka od tih vrednosti izgubi može izazvati odbrambene aktivnosti često ksenofobične prirode. Snažan kulturološki identifikacioni element je religija zbog mnogih vrednosti koje sadrži. Zato stav grupe da postoji pretnja po dominantnu religiju može da se doživi kao ugrožavanje identiteta, tradicije i razvoja te grupe.

Demonstracija snage pokreta i razotkrivanje slabosti vladajućeg režima je jedan od ciljeva terorista. Teroristi koji se protive vladajućem establišmentu žele da demonstriraju svoju snagu kroz akte koji treba da

osramote snažnijeg protivnika. Time teroristi žele da pokažu da imaju mogućnosti da započnu otvorenu oružanu borbu i da je vladajući sistem mnogo slabiji nego što se misli. Psihološki efekat koji se želi postići ovakvim akcijama u potpunosti zavisi od ostvarenog publiciteta.

2. Terorizam u međunarodnim dokumentima

Počeci bavljenja fenomenom terorizma od strane međunarodnih organizacija vezuju se za tridesete godine XX veka i Treću Međunarodnu konferenciju za unifikaciju krivičnog prava. Prve napore usmerene na međunarodnopravno inkriminisanje terorističkih akata učinilo je Društvo naroda, koje je na konferenciji održanoj 1937. godine u Ženevi usvojilo Konvenciju o stvaranju Međunarodnog suda za suđenje učiniocima terorističkih akata kao i Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju terorizma¹⁴, koja je definisala terorizam kao krivična dela upravljena protiv države, čiji je cilj ili priroda prouzrokovanje straha kod pojedinih lica, grupa lica ili kod javnosti.¹⁵ Početak Drugog svetskog rata onemogućio je stupanje na snagu ovih međunarodnih dokumenata.¹⁶

Naredni talas interesovanja za sprečavanje i sankcionisanje terorizma na međunarodnom nivou vezuje se za rane sedamdesete godine XX veka i aktivnosti Ujedinjenih nacija¹⁷. Budući da terorizam predstavlja globalnu pretnju koja ugrožava bezbednost celokupne međunarodne zajednice, a ne samo pojedinih država ili njihovih građana, do sada je usvojen veći broj međunarodnih pravnih izvora koji se smatraju „antiterorističkim”¹⁸ u najširem smislu, od čega ukupno 13 pod okriljem Ujedinjenih nacija¹⁹. Tu spadaju: Tokijska konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih dela izvršenih u vazduhoplovu za vreme leta od 1963.²⁰, Haška konvencija o suzbijanju otmice vazduhoplova od 1970.²¹,

¹⁴ Više o tome vid. Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, adopted by 24 member states of the League of Nations on November 16, 1937, <http://www.wdl.org/en/item/11579/view/1/1/>, 24.03.2015.

¹⁵ Više o tome vid. I. Marković i M. Babić, „Borba protiv terorizma (krivičnopravni aspekti)”, u: Mile Šikman i Goran Amidžić (urs.), *Suprotstavljanje terorizmu – međunarodni standardi i pravna regulativa*, Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka 2011., 174.

¹⁶ Više o tome vid. Dragana Petrović, „Pojam terorizma u funkciji dobra ili zla?”, u: Sreto Nogo (ur), *Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd 2006., 316-317.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Više o tome vid. V. Dimitrijević, 232.

¹⁹ Više o tome vid. M. Lawless, 28.

²⁰ Više o tome vid. Convention on offences and certain other acts committed on board aircraft, signed at Tokyo on 14 September 1963, *United Nations – Treaty Series*, No. 10106, 1969.

²¹ Više o tome vid. Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft, signed at the Hague on 16 December 1970, *United Nations – Treaty Series*, No. 12325, 1973.

Montrealska konvencija o krivičnim delima protiv bezbednosti civilnog vazduhoplovstva od 1971.²², Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih dela protiv međunarodno zaštićenih lica od 1973.²³, Konvencija protiv uzimanja talaca od 1979.²⁴, Bečka konvencija o fizičkoj zaštiti nuklearnog materijala od 1980.²⁵, Rimska konvencija o suzbijanju nezakonitih akata uperenih protiv bezbednosti pomorske polovidbe od 1988.²⁶, Konvencija o suzbijanju terorističkih bombaških napada od 1997.²⁷, Konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma od 1999²⁸ i Konvencija o suzbijanju akata nuklearnog terorizma od 2005. godine²⁹.

Za borbu protiv terorizma u Evropi poseban značaj imaju određeni dokumenti usvojeni od strane Saveta Evrope, kao i od strane organa Evropske unije. Najvažnije od njih su: Konvencija Saveta Evrope o suzbijanju terorizma³⁰, Okvirna odluka Saveta Evropske unije o borbi protiv

²² Više o tome vid. Convention for the Suppression of unlawful Acts against the safety of Civil Aviation (with Final Act of the International Conference on Air Law held under the auspices of the International Civil Aviation Organization at Montreal in September 1971), concluded at Montreal on 23 September 1971, *United Nations – Treaty Series*, No. 14118, 1975.

²³ Više o tome vid. Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, annexed to General Assembly resolution 3166 (XVIII) of 14 December 1973, entered into force on 20 February 1977, *Treaty Series*, vol. 1035, United Nations, 2005.

²⁴ Više o tome vid. International Convention against the taking of hostages, adopted by the General Assembly of the United Nations on 17 December 1979, *United Nations – Treaty Series*, No. 21931, 1983.

²⁵ Više o tome vid. Convention on the Physical Protection of Nuclear Material, adopted on 26 October 1979, <http://cns.miis.edu/inventory/pdfs/aptcppnm.pdf>, 24.03.2015.

²⁶ Više o tome vid. Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation, concluded at Rome on 10 March 1988, *United Nations – Treaty Series*, No. 29004, 1992.

²⁷ Više o tome vid. Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, adopted at New York on 15 December 1997, UN General Assembly Resolution No. 52/164, <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv11.pdf>, 24.03.2015.

²⁸ Više o tome vid. Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, UN General Assembly Resolution No. 54/109 of 9 December 1999, <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>, 24.03.2015; „Zakon o potvrđivanju međunarodne konvencije o suzbijanju finansiranja terorizma”, *Službeni list Savezne Republike Jugoslavije*, Međunarodni ugovori, br. 7/2002.

²⁹ Više o tome vid. International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, adopted at New York on 13 April 2005, UN General Assembly Resolution 59/290, <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-15.pdf>, 24.03.2015.

³⁰ Više o tome vid. European Convention on the Suppression of Terrorism, *Council of Europe*, Strasbourg, 27 January 1977, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/090.htm>, 24.03.2015; “Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism Strasbourg”, Council of Europe, 15 May 2003, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/190.htm>, 24.03.2015.

terorizma od 2002.³¹ godine sa izmenama i dopunama iz 2008.godine³² i Konvencija Saveta Evrope o prevenciji terorizma od 2005. godine³³.

Krivična dela propisana antiterorističkim konvencijama poseduju neke zajedničke odlike, koje omogućavaju definisanje opšteg pojma terorizma u međunarodnom pravu. Iz nabrojanih međunarodnih dokumenata proizlazi da svi teroristički akti predstavljaju izuzetno ozbiljne akte nasilja, da su oni uvek politički motivisani, da njihove žrtve nemaju nikakve veze sa politikom i da je njihov cilj izazivanje opšteg straha i nesigurnosti. Još jedna zajednička osobina ovih krivičnih dela jeste univerzalna nadležnost država potpisnica antiterorističkih konvencija za krivično gonjenje njihovih učinilaca koji se zateknu na njihovoj teritoriji.³⁴

3. Terorizam u pozitivnom pravu Republike Srbije

Aktuelno rešenje u pogledu inkriminisanja terorizma u Republici Srbiji postoji od 2012. godine, kada je stupio na snagu Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije. U važećem Krivičnom zakoniku Republike Srbije³⁵, nakon izmena i dopuna iz 2012. godine, postoji nekoliko krivičnih dela kojima su inkriminisan različite radnje koje predstavljaju terorističke akte ili sa njima povezane aktivnosti. To su: 1) terorizam (član 391.), 2) javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela (član 391.a), 3) vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih dela (član 391.b), 4) upotreba smrtonosne naprave (član 391.v), 5) uništenje i oštećenje nuklearnog objekta (član 391.g), 6) finansiranje terorizma (član 393.) i 7) terorističko udruživanje (član 393.a). Ova krivična dela sistematizovana su u okviru 34. poglavlja Krivičnog zakonika, koje je posvećeno krivičnim delima protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Pre izmena i dopuna iz 2012. godine, Krivični zakonik Republike Srbije iz 2005. godine³⁶, koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine pravio je razliku između terorizma (član 312.) i međunarodnog terorizma (član

³¹ Više o tome vid. Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism, *Official Journal of the European Communities*, No. L 164, 22.6.2002, 3-7.

³² Više o tome vid. Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, *Official Journal of the European Union*, No. L 330, 9.12.2008, 21-23.

³³ Više o tome vid. Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, *Council of Europe*, Warsaw, 16 May 2005, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/196.htm>, 24.03.2015; „Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju terorizma”, *Službeni glasnik Republike Srbije*, Međunarodni ugovori, br. 19/2009.

³⁴ Više o tome vid. V. Dimitrijević, 233.

³⁵ Više o tome vid. Krivični zakonik-KZ, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, br. 88/2005, br. 107/2005, br. 72/2009, br. 111/2009, br. 121/2012, br. 104/2013 i br. 108/2014.

³⁶ *Ibid.*, br. 85/2005.

391.), a krivično delo finansiranja terorizma (član 393.), koje i sada postoji u našem pozitivnom pravu, bilo je takođe sadržano u njegovim odredbama.

Krivično delo terorizma (član 312.) bilo je sistematizovano u okviru krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, a postojalo je kada učinilac u nameri ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbednosti Srbije izazove eksploziju, požar ili preduzme neku drugu opšteopasnu radnju, izvrši otmicu, uzimanje talaca ili samovoljno lišavanje slobode nekog lica ili drugi akt nasilja ili preti preduzimanjem kakve opšteopasne radnje ili upotrebom nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili drugog opšteopasnog sredstva i time izazove osećaj straha ili nesigurnosti kod građana.³⁷ Radnja izvršenja ovog krivičnog dela sastojala se u preduzimanju neke opšteopasne delatnosti koja je podobna da stvori osećaj lične nesigurnosti kod građana ili grupe građana, poput, na primer, požara, eksplozije, razaranja ili kakvog drugog akta nasilja koji se preduzima prema licima ili imovini, mada u slučaju terorizma svaki akt nasilja prema imovini ima cilj da ugrozi sigurnost lica.³⁸ Krivični zakonik iz 2005. je kao tipičan akt nasilja kod krivičnog dela terorizma i međunarodnog terorizma eksplicitno navodio samo otmicu. Izmenama i dopunama iz 2009. godine zakonski opis krivičnog dela terorizma promenjen je da bi se razlikovao u odnosu na radnju izvršenja krivičnog dela međunarodnog terorizma pa su dodate i radnje uzimanje talaca i samovoljno lišenje slobode.³⁹

Međunarodni terorizam (član 391.) je postojao kada lice, u nameri da naškodi stranoj državi ili međunarodnoj organizaciji, izvrši otmicu nekog lica ili neko drugo nasilje, izazove eksploziju ili požar ili kakvom dugom opšteopasnom radnjom ili opšteopasnim sredstvima izazove opasnost za život ljudi ili imovine velike vrednosti ili preti upotrebom nuklearnog, hemijskog, bakteriološkog ili sličnog sredstva.⁴⁰ Ovo krivično delo bilo je sistematizovano u okviru poglavlja posvećenog krivičnim delima protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.⁴¹ Ono se dosta razlikovalo od krivičnog dela terorizma iz člana 312. Bitno obeležje međunarodnog terorizma bio je element inostranosti, u smislu da je celokupna aktivnost učinioca morala biti usmerena na stranu državu ili međunarodnu organizaciju. Pored toga, zahtevalo

³⁷ Više o tome vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Javno preduzeće „Službeni glasnik”, Beograd 2006., 680-681.

³⁸ Više o tome vid. B. Čejović, *Krivično pravo*, Dosije, Beograd 2007., 564.

³⁹ Više o tome vid. D. Kolarić, „Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije”, *Crimen*, (IV), br. 1/2013, 55.

⁴⁰ Više o tome vid. Z. Stojanović, 816.

⁴¹ Više o tome vid. V. Đurđić i D. Jovašević, *Krivično pravo: posebni deo*, Nomos, Beograd 2006., 338.

se da je namera učinioca usmerena na destabilizaciju strane države ili međunarodne organizacije. Nasuprot tome, kod krivičnog dela terorizma iz člana 312. zahtevalo se da je namera učinioca da ugrozi ustavno uređenje i bezbednost naše zemlje.⁴²

Postojeće zakonsko rešenje razlikuje se od onog iz 2005. godine pre svega po tome što je krivično delo terorizma koncipirano tako da se može odnositi i na terorističke akte učinjene na međunarodnom nivou, ali na terorizam čije su razmere „lokalnog” karaktera. Osim toga, pridodate su i neke nove inkriminacije kojima je omogućeno sankcionisanje i drugih radnji (pored finansiranja terorizma) koje ne predstavljaju terorističke akte ali su sa njima tesno povezane. U skladu sa tim, sva krivična dela relevantna za sankcionisanje terorističkih akata i sa njima povezanih delatnosti sada su sistematizovana u okviru jednog poglavlja, koje se bavi krivičnim delima protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Slične izmene kada je u pitanju sistematizacija, ali i sadržina krivičnih dela sa elementima terorizma učinjene su i u crnogorskom krivičnom zakonodavstvu nakon usvajanja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore iz 2010 godine.⁴³

3.1. Krivično delo terorizma

Krivično delo terorizma (član 391.) ima jedan osnovni, jedan lakši i dva teža oblika. Osnovni oblik krivičnog dela terorizma (član 391. stav 1.) čini lice koje u nameri da ozbiljno zastraši stanovništvo, ili da prinudi Srbiju, stranu državu ili međunarodnu organizaciju da nešto učini ili ne učini, ili da ozbiljno ugrozi ili povredi osnovne ustavne, političke, ekonomske ili društvene strukture Srbije, strane države ili međunarodne organizacije preduzme jednu ili više od sledećih taksativno nabrojanih radnji: 1) napadne na život, telo ili slobodu drugog lica; 2) izvrši otmicu ili uzimanje talaca; 3) uništi državni ili javni objekat, saobraćajni sistem, infrastrukturu uključujući i informacione sisteme, nepokretnu platformu u epikontinentalnom pojasu, opšte dobro ili privatnu imovinu na način koji može da ugrozi živote ljudi ili da prouzrokuje znatnu štetu za privredu; 4) izvrši otmicu vazduhoplova, broda ili drugih sredstava javnog prevoza ili prevoza robe; 5) proizvodi, poseduje, nabavlja, prevozi, snabdeva ili upotrebljava nuklearno, biološko, hemijsko ili drugo oružje, eksploziv, nuklearni ili radioaktivni materijal ili uređaj, uključujući i istraživanje i razvoj nuklearnog, biološkog ili hemijskog oružja; 6) ispusti opasne materije ili prouzrokuje požar, eksploziju ili poplavu ili preduzima druge

⁴² Više o tome vid. B. Čejović, 564.

⁴³ Uporediti: V. Rakočević, „Krivična djela terorizma u crnogorskom zakonodavstvu”, *Pravne teme*, vol. 2, br. 3/2013, 81-89.

opšteopasne radnje koje mogu da ugroze život ljudi ili 7) ometa ili obustavi snabdevanje vodom, električnom energijom ili drugim osnovnim prirodnim resursom koje može da ugrozi život ljudi. Za osnovni oblik krivičnog dela terorizma propisana je kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina.

Lakši oblik krivičnog dela terorizma (član 391. stav 2.) postoji ako neko preti izvršenjem osnovnog oblika krivičnog dela terorizma. Radnja izvršenja ovog krivičnog dela sastoji se u pretnji da će se preduzeti neka od prethodno nabrojanih radnji, što znači da za postojanje dela nije potrebno da se neka od tih radnji zaista i preduzme – dovoljno je samo njihovo stavljanje u izgled. Pretnju treba shvatiti kao što je to učinjeno kod pretnje u smislu oblika prinude u krivičnom pravu, što znači da ona predstavlja izjavu volje nekog lica kojom se drugom licu stavlja u izgled da će prema njemu biti preduzeto neko zlo. Kod pretnje mora biti jasno stavljeno u izgled koje će zlo biti primenjeno.⁴⁴

U slučaju pretnje krivičnim delom terorizma, zlo kojim se preti se sastoji u preduzimanju neke od sedam prethodno taksativno nabrojanih radnji kojima se ostvaruju obeležja bića krivičnog dela terorizma. Pretnja može biti učinjena usmeno, pismeno, simbolima ili konkludentnim radnjama. Da bi bila krivičnopravno relevantna, pretnja u smislu oblika prinude u krivičnom pravu mora biti: 1) ozbiljna, 2) moguća, 3) sadašnja 4) neotklonjiva. Pretnja je ozbiljna kada postoji realna mogućnost da će zlo koje je stavljeno u izgled biti primenjeno. Ozbiljnost pretnje procenjuje se sa aspekta lica kome se zlo stavlja u izgled, što znači da je za postojanje pretnje dovoljno da je lice kome je pretnja upućena nju shvatilo ozbiljno, bez obzira na to da li lice koje preti zaista namerava da je ostvari. Smatra se da je pretnja moguća kada je zlo koje je stavljeno u izgled realno ostvarivo, da se zaista može učiniti. Sadašnjost pretnje podrazumeva da zlo kojim se preti može biti ostvareno ili u sadašnjem trenutku ili u blskoj budućnosti. Kada je u pitanju neotklonjivost, treba naglasiti da se njeno postojanje zahteva kod pretnje kao oblika prinude u krivičnom pravu, ali da se neotklonjivost ne odnosi na pretnju kod lakšeg oblika krivičnog dela terorizma. Naime, neotklonjivost u smislu pretnje kao oblika prinude znači da se zlo koje se pretnjom stavlja u izgled ne može izbeći ni na koji drugi način do izvršenjem krivičnog dela čije preduzimanje onaj koji preti zahteva od onog kome se preti⁴⁵. Naravno, ovde toga nema, pa neotklonjivost ne treba uzimati u obzir prilikom procene postojanja elemenata pretnje izvršenjem terorističkog akta, već samo treba oceniti da li su ispunjene: ozbiljnost, sadašnjost i mogućnost pretnje. Za lakši oblik krivičnog dela terorizma zaprećena kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina.

⁴⁴ Videti: D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd 2011., 499.

⁴⁵ *Ibid.*

Prvi teži oblik krivičnog dela terorizma (član 391. stav 3.) postoji ukoliko je prilikom preduzimanja bilo koje od taksativno nabrojanih radnji izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela terorizma nastupila smrt jednog ili više lica ili su prouzrokovana velika razaranja. Iz citirane zakonske odredbe sledi da se teži oblik krivičnog dela terorizma od osnovnog razlikuje po posledici. Naime, u slučaju težeg oblika terorizma, potrebno je da je prilikom preduzimanja radnje izvršenja došlo do smrti jednog ili više lica ili da su prouzrokovana velika razaranja. U odnosu na ove posledice učinilac treba da postupa sa nehatom kao oblikom krivice. Ukoliko je učinilac sa umišljajem prouzrokovao smrt jednog ili više lica prilikom vršenja krivičnog dela terorizma, postojaće njegov najteži oblik, o čemu će biti reči u nastavku rada. Inače, priroda terorističkih akata i okolnosti pod kojima se oni po pravilu preduzimaju, kao i ciljevi i ideje terorističkih organizacija govore u prilog tome da se terorizam najčešće vrši upravo u ovom, težem obliku. Učiniocu prvog težeg oblika krivičnog dela terorizma može se izreći kazna zatvora u trajanju od najmanje deset godina.

Drugi teži oblik krivičnog dela terorizma (član 391. stav. 4.), odnosno njegov najteži oblik postoji ukoliko je pri izvršenju osnovnog oblika terorizma učinilac sa umišljajem lišio života jedno ili više lica. Dakle, za razliku od prethodnog slučaja gde se smrt jednog ili više lica javljaju kao nehatne posledice preduzimanja radnje izvršenja, ovde se zahteva da je učinilac u odnosu na posledicu u vidu smrti jednog ili više lica postupao sa umišljajem. Za najteži oblik krivičnog dela terorizma propisane su alternativno kazna zatvora od najmanje dvanaest godina ili zatvor od trideset do četrdeset godina.

3.2. Krivično delo javnog podsticanja na izvršenje terorističkih dela

Javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela (član 391. a) postoji kada neko lice javno iznosi ili pronosi ideje kojima se neposredno ili posredno podstiče na vršenje krivičnog dela terorizma iz člana 391. Krivičnog zakonika Republike Srbije. Ovo krivično delo zaprećeno je kaznom zatvora u trajanju od jedne do deset godina. Za postojanje ovog krivičnog dela zahteva se da je podsticanje učinjeno javno. Neće postojati krivično delo javno pozivanje na izvršenje terorističkih djela ukoliko samo jedno lice i bez prisustva drugog lica, odnosno javnosti poziva ili podstrekava na vršenje terorističkog akta, jer je tada u pitanju o podstrekavanje kao oblik saučesništva⁴⁶ To znači da ovo krivično delo neće postojati ukoliko je podsticanje sprovedeno na primer, u razgovoru ili korespondenciji između ograničenog broja lica, već da se to zahteva

⁴⁶ Više o tome vid. V. Rakočević, 84.

da je ono učinjeno, recimo, putem sredstava javnog informisanja ili na drugi sličan način.

Dakle, javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela se razlikuje od podstrekavanja na izvršenje krivičnog dela, kao oblika saučesništva. Naime, kod podstrekavanja podstrekač direktno ili indirektno utiče na stvaranje ili učvršćivanje volje kod izvršioca da učini određeno krivično delo. Kako je u našem krivičnom pravu zastupljena teorija limitirane akcesornosti, podstrekač se kažnjava ukoliko je izvršilac izvršio krivično delo, odnosno preduzeo radnju koja ulazi u kriminalnu zonu (dovršeno delo, kažnjiv pokušaj ili kažnjive pripremne radnje), pri čemu se ne zahteva postojanje krivice na strani učinioca već je dovoljno da je on ostvario sve objektivne elemente krivičnog dela. Nasuprot tome, kod javnog podsticanja na izvršenje terorističkih dela kad nije potrebno da je radnja usmerena na stvaranje ili učvršćivanje odluke kod nekog lica da izvrši krivično delo terorizma, već je javno podsticanje upravo upućeno neodređenom broju osoba. I, za razliku od podstrekavanja, javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela se ne mora odnositi na konkretno krivično delo. Dovoljno je da se javnim podsticanjem stvara opasnost od izvršenja jednog ili više terorističkih dela. U tom smislu, posledica ovog dela je apstraktna opasnost koja predstavlja neoborivu zakonsku pretpostavku te se kao takva ne utvrđuje u svakom pojedinačnom slučaju.⁴⁷

3.3. Krivično delo vrbovanja i obučavanja za vršenje terorističkih dela

Vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih dela (član 391. b) ima dva oblika. U pitanju su dve vrste pripremnih radnji koje su inkriminisane kao posebno krivično delo.⁴⁸ Za oba oblika ovog krivičnog dela propisana je ista kazna. U pitanju je kazna zatvora u rasponu od jedne do deset godina.

Prvi oblik ovog krivičnog dela (član 391. b stav 1.) čini lice koje u nameri izvršenja krivičnog dela terorizma iz člana 391. Krivičnog zakonika Republike Srbije, vrbuje drugo lice da izvrši ili učestvuje u izvršenju tog dela ili da se pridruži terorističkom udruženju radi učestvovanja u izvršenju tog krivičnog dela. Vrbovanje obuhvata privlačenje, nagovaranje, pridobijanje nekog lica za određenu ideju, misao, pokret, članstvo u grupi ili drugom udruženju ili za vršenje krivičnih dela. Definisano na taj način, vrbovanje u suštini predstavlja jedan od oblika ispoljavanja podstrekavanja kao vida saučesništva,⁴⁹

⁴⁷ Više o tome vid. D. Kolarić, 60.

⁴⁸ *Ibid.*, 62.

⁴⁹ Više o tome vid. D. Jovašević, 727.

s tim što je ovde reč o podstrekavanju kao posebnom krivičnom delu. Podstrekavanje se sastoji upravo u umišljajnom navođenju na izvršenje krivičnog dela (u ovom slučaju, krivičnog dela terorizma).

Radnja podstrekača se preduzima sa ciljem da se kod drugog lica izazove ili učvrsti odluka da preduzme radnju koja će prouzrokovati posledicu krivičnog dela. U skladu sa tim, podstrekavanja nema ukoliko je na strani nekog lica već postojala čvrsta odluka da izvrši krivično delo, već bi se tada moglo govoriti samo o neuspehom podstrekavanju ili takozvanom psihičkom pomaganju. Međutim, ukoliko na strani podstreknutog lica odluka postoji, ali nije dovoljno čvrsta, to jest ako se ono koleba da li da izvrši ili ne izvrši krivično delo (terorizma), pa se kao rezultat vrbovanja ta odluka učvrsti, podstrekavanje postoji.⁵⁰ Postoji niz delatnosti kojima se može vršiti podstrekavanje. Kao primeri se mogu navesti: nagovaranje, prikazivanje koristi, davanje poklona i obećanja, zloupotreba položaja ili posebnog odnosa prema licu koje se podstrekava, dovođenje u zabludu ili održavanje u zabludi, pretnja, ukazivanje na situaciju koja može biti nepovoljna po lice koje se podstrekava itd. Podstrekavanje se može realizovati i prividnim odvrćanjem od izvršenja krivičnog dela, koje je sprovedeno tako da, zapravo, vodi ka njegovom izvršenju. Podstrekavanje je aktivna delatnost, tako da se može ostvariti samo činjenjem – rečima, gestovima ili na drugi način, ali ne i pasivno, odnosno nečinjenjem ili propuštanjem.⁵¹

Drugi oblik vrbovanja i obučavanja za vršenje terorističkih dela (član 391. b stav 2.) čini lice koje u nameri izvršenja krivičnog dela terorizma iz člana 391. Krivičnog zakonika Republike Srbije, daje uputstva o izradi i korišćenju eksplozivnih naprava, vatrenog ili drugog oružja ili štetnih ili opasnih materija ili obučava drugog za izvršenje ili učestvovanje u izvršenju tog krivičnog dela.

3.4. Krivično delo upotrebe smrtonosne naprave

Krivično delo upotrebe smrtonosne naprave ima jedan osnovni i dva teža oblika. Osnovni oblik ovog dela (član 391.v stav 1.) postoji ako neko lice u nameri da drugog liši života, nanese tešku telesnu povredu ili uništi ili znatno oštetiti državni ili javni objekat, sistem javnog saobraćaja ili drugi objekat koji ima veći značaj za bezbednost ili snabdevanje građana ili za privredu ili za funkcionisanje javnih službi napravi, prenese, drži, da drugom, postavi ili aktivira smrtonosnu napravu (eksploziv, hemijska sredstva, biološka sredstva ili otrove ili radioaktivna sredstva) na javnom

⁵⁰ Više o tome vid. V. Đurđić i D. Jovašević, 186.

⁵¹ *Ibid.*

mestu ili u objektu ili pored tog objekta. Za osnovni oblik ovog krivičnog dela propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina.

Prvi teži oblik krivičnog dela upotrebe smrtonosne naprave (član 391. v stav 2.) postoji ako je prilikom izvršenja osnovnog oblika dela, učinilac sa umišljajem naneo nekom licu tešku telesnu povredu ili je uništio ili znatno oštetio javni objekat. Prvi teži oblik zaprečen je kaznom zatvora od pet do petnaest godina. Drugi teži oblik upotrebe smrtonosne naprave (član 391. v stav 3.) će postojati ako je prilikom izvršenja osnovnog oblika ovog dela učinilac sa umišljajem lišio života jedno ili više lica. Za ovaj oblik, učinilac se može kazniti ili zatvorom u trajanju od najmanje deset godina ili zatvorom u rasponu od trideset do četrdeset godina.

3.5. Krivično delo uništenja i oštećenja nuklearnog objekta

Krivično delo uništenja i oštećenja nuklearnog objekta (član 391.g) ima jedan osnovni i dva teža oblika. U osnovnom obliku, ovo delo (član 391.g stav 1.) čini lice koje u nameri da drugog liši života, nanese tešku telesnu povredu, ugrozi životnu sredinu ili nanese znatnu imovinsku štetu, uništi ili ošteti nuklearni objekat na način kojim se oslobađa ili postoji mogućnost da se oslobodi radioaktivni materijal. Za ovaj oblik predviđena je zatvorska kazna u trajanju od dve do deset godina.

Prvi teži oblik uništenja i oštećenja nuklearnog objekta (član 391.g stav 2.) postoji ako je prilikom izvršenja učinilac sa umišljajem naneo nekom licu tešku telesnu povredu ili je uništio ili znatno oštetio nuklearni objekat. Za njega je propisana kazna zatvora od pet do petnaest godina. Drugi teži oblik uništenja i oštećenja nuklearnog objekta (član 391.g stav 3.) će postojati ako je pri izvršenju osnovnog oblika dela učinilac sa umišljajem lišio života jedno ili više lica. Za ovaj oblik, učinilac se može kazniti zatvorom od najmanje deset godina ili zatvorom od trideset do četrdeset godina.

3.6. Krivično delo finansiranja terorizma

Krivično delo finansiranja terorizma (član 393.) čini lice koje neposredno ili posredno daje ili prikuplja sredstva sa ciljem da se ona koriste ili znajući da će se koristiti, u potpunosti ili delimično, u svrhu izvršenja nekog od krivičnih dela propisanih u članovima 391. – 392. Krivičnog zakonika, ili za finansiranje lica, grupe ili organizovane kriminalne grupe koji imaju za cilj vršenje tih dela. U pitanju su krivična dela: 1) terorizam (član 391.), 2) javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela (član 391.a), 3) vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih dela (član 391.b), 4) upotreba smrtonosne naprave (član 391.v), 5) uništenje i oštećenje

nuklearnog objekta (član 391.g) i 6) ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom (član 392.). Ovo krivično delo zaprećeno je kaznom zatvora od jedne do deset godina, a propisano je i da će se sredstva koja su upotrebljena u svrhu finansiranja terorizma oduzeti.

3.7. Krivično delo terorističkog udruživanja

Krivično delo terorističkog udruživanja (član 393.a) postoji ukoliko se dva ili više lica udruže na duže vreme radi vršenja sledećih krivičnih dela 1) terorizma (član 391.), 2) javnog podsticanja na izvršenje terorističkih dela (član 391.a), 3) vrbovanja i obučavanja za vršenje terorističkih dela (član 391.b), 4) upotrebe smrtonosne naprave (član 391.v), 5) uništenja i oštećenja nuklearnog objekta (član 391.g), 6) ugrožavanja lica pod međunarodnom zaštitom (član 392.) ili 7) finansiranja terorizma (član 393.). Za ovo krivično delo učinio se izriče kazna kojom je zaprećeno krivično delo radi čijeg vršenja je udruženje organizovano.

4. Zaključak

Prilikom razmatranja politikoloških i pravnih, ali i socijalnih, kulturoloških, religioznih, ekonomskih i drugih aspekata terorizma treba imati u vidu činjenicu da se radi o fenomenu koji na najozbiljniji način podrija bezbednost međunarodne zajednice, ali i pojedinačnih država i njihovih građana. Savremeni globalni terorizam predstavlja novi model ratovanja, koji može biti mnogo destruktivniji i opasniji po civilno stanovništvo od klasičnog oružanog sukoba. Zbog toga pojedini autori opravdano naglašavaju da je terorizam „rat koji se vodi izvan kontrole država”⁵², te da je njegova „namera da postigne daleko šire rezultate od običnih pobeda i poraza”⁵³. Zato izuzetno visok stepen društvene opasnosti terorizma i sa njime povezanih aktivnosti opravdava strogo sankcionisanje njegovih učinilaca, kao i neka ograničenja ljudskih prava i sloboda u svrhu njegove prevencije i suzbijanja. Pri tome je ipak važno stalno održavati balans između interesa bezbednosti sa jedne i ljudskih prava i sloboda sa druge strane.⁵⁴

Bez ikakvog pokušaja opravdavanja terorističkih akata, koji zaslužuju svaku vrstu osude, može se ipak u kontekstu zabrane terorizma postaviti pitanje granica u ostvarivanju prava naroda na samoopredeljenje,

⁵² D. Petrović, 309.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Više o problematici ograničenja ljudskih prava radi zaštite društva od terorizma videti u: D. Janković, „Međunarodni standardi u borbi protiv terorizma”, *Međunarodni problemi*, 4/2010, 602-628.

kao jednog od kolektivnih ljudskih prava, ili prava naroda, odnosno prava treće generacije⁵⁵, koje je zagarantovano Poveljom Ujedinjenih nacija⁵⁶, kao i Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima⁵⁷ i Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁵⁸. Pravo na samoopredeljenje, koje prate brojne kontroverze, podrazumeva da svi narodi imaju pravo da slobodno određuju svoj politički položaj i sprovode svoj privredni, društveni i kulturni razvoj, da radi ostvarenja svojih ciljeva mogu slobodno raspolagati svojim bogatstvom i izvorima, te da narod ni u kom slučaju ne sme biti lišen svojih sredstava opstanka. Zato se postavlja pitanje koje su granice ovog prava i kako postaviti ograničenja u pogledu sredstava koja jednom narodu stoje na raspolaganju u svojim pokušajima da ga realizuje. Iako je očigledno da je ovo pravo vezano za odnose političkih snaga u svakom istorijskom trenutku, treba ga uvek tumačiti unutar pravnih okvira Ujedinjenih nacija.⁵⁹ To znači da pravo na samoopredeljenje ne može poslužiti kao argument za preduzimanje bilo kakvih akata koji bi bili u suprotnosti sa međunarodnim konvencijama, a posebno ne za preduzimanje akata nasilja i terorizma. Istovremeno, potrebno je razgraničiti krivična dela sa elementima terorizma od drugih krivičnih dela koja jesu politički motivisana, s tim što im nedostaju ostale suštinske karakteristike terorizma. Ovo razgraničenje je veoma bitno, jer od njega zavisi sankcionisanje učinilaca ovih krivičnih dela, ali i njihov međunarodnopravni status u smislu primene međunarodnih antiterorističkih konvencija. Zato je potrebno umesto obilja različitih definicija formulisati jednu univerzalnu odrednicu terorizma, koja bi bila dovoljno široka da obuhvati sve akte sa elementima terorizma, ali i dovoljno precizna da omogući njegovo razgraničenje u odnosu na druge slične nezakonite akte.

Kada je u pitanju primena međunarodnog prava u slučajevima terorističkih akata, postavlja se pitanje da li postoje uslovi da se terorizam smatra međunarodnim krivičnim delom, odnosno da li je uopšte moguće da se međunarodno krivično pravo primenjuje u odnosu na učinioce terorističkih akata, kao što se to čini u odnosu na učinioce, na primer genocida, ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti?⁶⁰ Takav „iskorak” podrazumevao bi

⁵⁵ Više o tome vid. R. Marković, *Ustavno pravo*, Justinijan, Beograd 2005., 588.

⁵⁶ Više o tome vid. Charter of the United Nations, signed at San Francisco on 26 June 1945, *UN Treaty Series*, No. 16, 24 October 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, 24.03.2015.

⁵⁷ Više o tome vid. Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.

⁵⁸ Više o tome vid. Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/1971.

⁵⁹ Više o tome vid. M. Paunović, B. Krivokapić i I. Krstić, *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Megatrend univerzitet, Beograd 2007., 285-287.

⁶⁰ Više o terorizmu kao međunarodnom krivičnom delu videti u: M. Lawless, 28.

ekstenzivnije tumačenje teorijskog pojma međunarodnog krivičnog dela, a samim tim i proširenje nadležnosti međunarodnog krivičnog suda osnovanog Rimskim statutom⁶¹, (koji je inače nadležan za suđenje učiniocima genocida, zločina protiv čovečnosti, ratnih zločina i agresije⁶²) i na slučajeve krivičnih dela terorizma, umesto da za njih budu nadležni sudovi država na čijim teritorijama su ta dela učinjena. Ipak, izmene Rimskog statuta u smislu proširenja nadležnosti međunarodnog suda i na slučajeve terorizma, mogle bi se izbeći osnivanjem posebnog međunarodnog suda za suđenje učiniocima krivičnih dela sa elementima terorizma.

Aleksandar Jazić, Ph.D

Research Fellow , Institute of International Politics and Economics,
Belgrade

Ana Batrićević, Ph.D

Research Fellow , Institute of criminological and sociological research,
Belgrade

TERRORISM – POLITICOLOGICAL AND LEGAL ASPECTS

Summary

Terrorism represents one of the most serious threats to the safety of modern society on both – global as well as national level and criminal offences with the elements of terrorism are prescribed by criminal legislation of individual states as well as in international documents of universal and regional character. In spite of numerous theoretical and legal definitions of the actual term “terrorism”, the specific difference between this crime and other politically motivated illegal acts cannot always be determined with certainty. The authors of this paper attempt to analyze terrorism from politicological and legal point of view having in mind the complexity of this phenomenon and its tight correlation with other criminal offences. The aim of politicological analysis is to determine what comprises *differentia specifica* between terrorism and other similar acts, whereas legal analysis is focused on the review of the most important

⁶¹ Više o tome vid. Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, *Službeni list SRJ*, Međunarodni ugovori, br. 5/2001.

⁶² *Ibid.*, član 5. Rimskog statuta.

international legal sources pertain to the prevention, punishing and suppression and of terrorist acts on one hand and on legal consequences of terrorism and activities related to terrorism in accordance with current criminal law of the Republic of Serbia.

Key words: terrorism, terrorist acts, terrorists, criminal offence, international treaties.

KRIMINALITET MALOLETNIKA-STANJE U SVETU I U SRBIJI

Apstrakt

Društveno neprihvatljivo ponašanje mladih, kroz vreme menjalo se kako u oblicima ispoljavanja tako i u pogledu uzroka i uslova koji ga izazivaju. Maloletnički kriminalitet je negativna, dinamična društvena pojava koja predstavlja aktivnost jednog ili više lica u određenom periodu i prostoru, uslovljenu određenim društvenim odnosima i inkriminisano zakonskim propisima, čije nepoštovanje i kršenje povlači i adekvatne krivične sankcije. Izučavanje uzroka maloletničke delinkvencije obuhvata dva glavna, međusobno povezana područja, koji se mogu podeliti na objektivne (socijalno-ekonomske) i subjektivne faktore. Objektivni faktori se odnose na izučavanje socijalnih uslova kriminalnog ponašanja maloletnika i formiranje ličnosti pod uticajem tih uslova. Subjektivni faktori obuhvataju psihološke karakteristike ličnosti maloletnika, specifične po inteligenciji, temperamentu, karakteru, emocijama, motivima, stavovima, navikama, sklonostima, pre svega, zbog posebnih obeležja puberteta i adolescencije kao značajnih faza u razvoju ličnosti. Svetska zdravstvena organizacija procenjuje da godišnje u celom svetu, mladi uzrasta od 10 do 29 godina počine oko 200.000 ubistava, što predstavlja 43% od ukupnog broja ubistava koja se počine na svetu svake godine. Samo ovaj podatak ukazuje na ozbiljan problem društva u kontroli i prevenciji maloletničkog kriminaliteta na globalnom nivou.

Ključne reči: *kriminalitet, maloletnička delinkvencija, prestupništvo, nasilna krivična dela, krivične sankcije, prevencija.*

1. Uvod

Fenomen maloletničkog prestupništva, poslednjih decenija, zauzima sve značajnije mesto u društvenoj reakciji na kriminalitet. Pitanje šta zapravo predstavlja maloletnički kriminalitet, nije potpuno

¹ Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; mail: jasminaignracki@yahoo.com

² Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; mail: lelalela_bgd@yahoo.com

objašnjeno u litetaruri koja se bavi tim problemom, ali se najčešće pod tim pojmom podrazumeva posebna vrsta protivpravnog ponašanja koje karakteriše kršenje krivično-pravnih normi, inkriminiranih kao opasna dela za koja zakon saglasno težini tih dela, propisuje odgovarajuće sankcije. U fenomenološkom pogledu, kriminalitet mladih ispoljava se preko više pojedinačnih oblika ponašanja, krivičnih dela koja su zakonom određena kao društveno opasna dela i kao takva inkriminirana krivično-pravnim normama. U saglasju sa ovim određivanjem sva sagledavanja moraju obuhvatati kriminalno ponašanje kao ličnu, individualnu pojavu i kao opšti društveni fenomen u vidu negativne pojave u životu društva. Društveno neprihvatljivo ponašanje mladih, kroz vreme menjalo se kako u oblicima ispoljavanja tako i u pogledu uzroka i uslova koji ga izazivaju. Smer tih promena, kretao se u pravcu sve učestalijeg javljanja i drastičnijeg manifestovanja ovog ponašanja što je bila posledica, u prvom redu, razvoja društva i složenosti društvenih odnosa, a time i stvaranje većeg broja faktora i okolnosti koji mlade ljude opredeljuje na ovakvo ponašanje. Uporedno sa tim menjao se vrednosni, moralni i pravni odnos društva prema mladim subjektima takvog ponašanja. Te promene kretale su se prema sve tolerantnijem, humanijem tretmanu i zaštiti mladih sa neprihvatljivim oblicima ponašanja. Milutinović³ navodi da je prilikom određivanja pojma kriminaliteta bitno odrediti njegov društveni karakter, njegovu socijalnu uslovljenost i zakonitost javljanja u datim uslovim i strukturama, u kojim se vrši proces kriminalizacije pojedinih lica, vodeći računa da on predstavlja društvenu pojavu, koja se ispoljava u konkretnim inkriminiranim radnjama pojedinih lica. Na toj osnovi, maloletnički kriminalitet možemo odrediti kao negativnu, dinamičnu društvenu pojavu koja predstavlja aktivnosti jednog ili više lica u određenom periodu i prostoru, uslovljenu određenim društvenim odnosima i inkriminiranu zakonskim propisima, čije nepoštovanje i kršenje povlači i adekvatne krivične sankcije.

Po svojim pojavnim oblicima i po objektivnom karakteru kao i zakonskim inkriminacijama ovakva ponašanja mladih predstavljaju isto što i kriminalitet odraslih. Maloletnički kriminalitet ima niz zajedničkih karakteristika sa kriminalitetom punoletnih lica, ali zbog svojih specifičnosti izdvaja se u posebnu kategoriju. Specifičnosti maloletničke delinkvencije, pre svega u kriminološko-sociološkom pogledu, ogledaju se u osobinama ličnosti maloletnih prestupnika, etiologiji, fenomenologiji, kriminalnoj politici, kao i u nizu preventivnih mera koje preduzima društvena zajednica radi suzbijanja ove negativne društvene pojave. Osnovna odlika kriminaliteta mladih je relativno siromaštvo oblika ispoljavanja što je uslovljeno njihovim društvenim položajem i

³ M. Milutinović, *Kriminologija*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

nepostojanjem uslova za izvršenje velikog broja inkriminiranih radnji (politički, organizovani, profesionalni kriminal i dr.). Madi najčešće vrše imovinske delikte sa naglašenom crtom agresije. Za razliku od punoletnih oni krivična dela vrše često udruženi u grupama od dva ili više maloletnika, i koji su uglavnom neformalnog karaktera. Mladi se udružuju radi izvršenja određenog dela ili serije krivičnih dela, tako da se među njima ne stvaraju čvršće veze. Udruživanja se najčešće ostvaruje u cilju vršenja teških krađa, oduzimanja vozila, razbojništva i seksualnih delikata. Udruživanje maloletnih sa punoletnim licima radi vršenja krivičnih dela je ređa pojava.

Prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica⁴ za donju granicu odgovornosti utvrđuje se uzrast maloletnika od navršanih 14 godina. Prema zakonu maloletno lice je od navršene 14 godine do nenavršanih 18 godina života. Maloletnici su podeljeni u dve grupe: *mlađi maloletnici* (od 14 do nenavršanih 16 godina) i *stariji maloletnici* (od 16 do nenavršanih 18 godina). Posebna kategorija mladih u zakonu su *mlađi punoletnici*, odnosno lica sa navršanih 18 i nenavršanih 21 godinu života. Razlikovanje ovih kategorija važno je kako sa etiološkog, tako i sa krivičnopravnog i kriminalno-političkog stanovišta. Brojne studije ukazuju na podatak da broj mladih prestupnika koji formalno uđu u pravosudni sistem je relativno mali, u odnosu na ukupan broj prekršaja i krivičnih dela koji počine maloletnici. Stoga je vrlo važno imati u vidu da zvanični profili maloletnih pretupnika ne mogu predstavljati one koji počine krivična dela, već samo mali procenat onih maloletnika koji su procesuirani.⁵

2. Etiološko-fenomenološke karakteristike maloletničkog kriminala

Na pojavu kriminalne aktivnosti maloletnika utiču mnogobrojni faktori koji se mogu podeliti na objektivne (socijalno-ekonomske) i subjektivne. Njihovo izučavanje obuhvata ova dva glavna, međusobno povezana područja. Objektivni faktori se odnose na izučavanje socijalnih uslova kriminalnog ponašanja maloletnika i formiranje ličnosti pod uticajem tih uslova. Subjektivni faktori kriminaliteta maloletnika obuhvataju psihološke karakteristike ličnosti maloletnika, specifične po inteligenciji, temperamentu, karakteru, emocijama, motivima, stavovima, navikama, sklonostima, pre svega, zbog posebnih obeležja puberteta i adolescencije kao značajnih faza u razvoju ličnosti. Objektivni

⁴ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS* br. 85/2005. član 3.

⁵ *Characteristics of Juvenile Offenders*, 2007., Chapter 3. http://www.sagepub.com/upmdata/15996_Chapter_3_Characteristics_of_Juvenile_Offenders.pdf, 21.01.2015.

i subjektivni faktori deluju povezano, pri čemu spoljni, socijalni uticaji imaju odlučujući značaj, a ličnost daje obeležje svim akcijama koje se javljaju kao proizvod društvenih uticaja. Osim toga, značajan broj istraživanja ukazuju da bolesti zavisnosti i mentalne bolesti u značajnom stepenu doprinose maloletničkom kriminalitetu. Između 15-20% osuđenih maloletnika u Sjedinjenim Američkim Državama imaju ozbiljne mentalne bolesti. Smatra se da na maloletnike značajno utiče stanje u porodici i socijalna sredina, odnosno, da porodična dinamika utiče na stopu maloletničkog kriminala.

Jedan broj autora smatra da spoljašnji faktori nisu preovladajući uzroci maloletničkog prestupništva, već oni ukazuju da je sve veći broj kriminalaca koji se opredeljuje za kriminalitet kao profesiju. Takođe, značajan uticaj na prestupničko ponašanje mladih ima uticaj vršnjaka. Odnosi među vršnjacima, prijateljstva i druženja mogu dovesti do formiranja kriminalnih grupa i bandi koje karakteriše vršenje nasilničkih krivičnih dela.⁶

Maloletničko prestupništvo se u osnovi ne razlikuje od devijantnih ponašanja odraslih u pogledu svojih sadržaja, iako su neki vidovi prestupničkog ponašanja maloletnika specifični i izraženiji u odnosu na punoletna lica⁷. Uz svu ograničenost koju nosi sa sobom proučavanje maloletničkog kriminala preko zvanične statistike⁸ ona nam ipak ukazuje na neka opšta obeležja i trendove krivičnih dela koje izvrše maloletnici⁹. Uz različite činioce koji utiču na pojavu delinkventnog ponašanja valja istaknuti činjenicu da su mladi progonjeni neskladom između ličnih interesa i težnji društvenih potreba i mogućnosti kao što je na primer školovanje, postizanje određenog zanimanja itd. U literaturi se ističe da mladi odlikuju različitim biopsihološkim promenama čija dinamičnost daje znatne mogućnosti za vaspitanje i socijalizaciju. Mlada ličnost u fazi kada je još nedovoljno izgrađena postaje osetljiva i razni uticaji mogu njen razvoj i ponašanje usmeriti prema asocijalnom i antisocijalnom ponašanju. Takođe postoji i značajna povezanost emocionalnih osećanja, uznemirenosti, inferiornosti itd. sa devijantnim ponašanjem. Kao što je već istaknuto celi niz i individualnih i društvenih činioaca može uticati na pojavu društveno neprihvatljivog ponašanja.

⁶ Detaljnije na: http://en.wikipedia.org/wiki/Juvenile_delinquency_in_the_United_States, 23.02.2015.

⁷ M. Milosavljević, *Devijacije i društvo*. Izdavačka kuća Draganić. Beograd, 2003.

⁸ Kao što su npr. nepoznanost tamne brojke, ažurnost institucija i različitost postupaka i metoda evidentiranja pojave.

⁹ A. Jugović, Maloletničko prestupništvo u Srbiji i društvena reakcija: Socijalno-pedagoški pogled, 2007., 167-187. U: D. Radovanović (Ur.) *Poremećaji ponašanja i prestupništvo mladih: specijalno-pedagoški diskurs*. Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju. Beograd

Maloletnički kriminalitet ima niz zajedničkih karakteristika sa kriminalitetom punoletnih lica, ali zbog svojih specifičnosti izdvaja se u posebnu kategoriju. U literaturi se često navodi pet najbitnijih obeležja maloletničkog kriminaliteta: manifestovanje agresije i nasilja pri vršenju krivičnih dela; saizvršilaštvo (saučestvovanje) u vršenju krivičnih dela; recidivizam; visok stepen «tamne brojke» u otkrivanju maloletnih izvršilaca krivičnih dela i kontinuitet u vršenju krivičnih dela do prelaska u profesionalno bavljenje kriminalom.¹⁰

Svetska zdravstvena organizacija procenjuje da godišnje u celom svetu, mladi uzrasta od 10 do 29 godina počine oko 200.000 ubistava, što predstavlja 43% od ukupnog broja ubistava koja se počine na svetu svake godine. Stope ubistava maloletnika drastično variraju unutar jedne zemlje i između različitih zemalja sveta, međutim, kako navodi ova organizacija, zabrinjavajući je podatak o velikom broju maloletnika koji i počine krivična dela ubistva i maloletnika koji su žrtve krivičnog dela ubistva. Stopa ubistava koje počine maloletne žene su mnogo niže od stope ubistava koju počine maloletni muškarci. Iako je stopa ubistava koje su počinili maloletnici u periodu od 2000. godine do 2012. godine u većini zemalja smanjena, ipak se veći pad stope ubistava beleži u zemljama sa većim ekonomsko-materijalnim primanjima, nego u zemljama sa niskim ili srednjim prihodima.¹¹

3. Maloletnički kriminalitet u Sjedinjenim Američkim Državama

Zvanični padaci u Sjedinjenim Američkim Državama ukazuju na podatak da je stopa maloletničkog kriminala 2013. godine u opadanju, u poređenju sa stopom maloletničkog kriminala prethodnih decenija.¹²

U poslednjoj deceniji maloletnici su vršili nasilna krivična dela, zbog kojih je bilo preko 60000 hapšenja maloletnika ispod 18 godina starosti. Broj hapšenja za krivična dela sa elementima nasilja, poslednjih godina, smanjen je za 10%. Podaci o krivičnim delima maloletnika u Sjedinjenim Američkim Državama ukazuju da je u 2012. godini stopa hapšenja maloletnika zbog ubistava bila na najnižoj tački od 1980. godine. Od sredine 1980. godina pa do 1993. godine, stopa maloletničkih ubistava je više nego udvostručena, zatim ta stopa opada do 2000-tih godina. Međutim, ponovni rast stope hapšenja maloletnika zbog izvršenog

¹⁰ S. Ljubičić, *Maloletnički kriminalitet*, Kultura polisi, Novi Sad. 2007. <http://kpolisa.com/KP8-9-10/Pdf/kp08-VI-1-StankoLjubicic.pdf>, 08.05.2015.

¹¹ World Health Organization-Youth Violence, 2015. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs356/en/>, 25.03.2015.

¹² Special Feature: Youth Violence-Statistics (2013). NCJRS-National Criminal Justice Reference Service. www.ncjrs.gov/yviolence/statistics.html, 25.03.2015.

krivičnog dela ubistva raste od 2004. Godine.¹³ Slične podatke iznose i drugi izvori. Naime, od sredine 1980-ih godina, do kraja 1993. godine, u Sjedinjenim Američkim Državama, stopa ubistava koji su počinili maloletnici je i više nego udvostručena. Nakon toga stopa hapšenja maloletnika zbog ubistva opada od sredine 2000. godine, da bi u 2004. godini imala nivo koji je čak za 77% manji nego onaj zabeležen 1993. godine. Ponovni rast stope ubistava maloletnika beleži se od kraja 2004. do 2008. godine.¹⁴ Od 1999. do 2008. godine, ukupna stopa mladih ispod 18 godina koji su uključeni u pravosudni sistem za maloletnike je u padu, ali pojedine stope i promene u ovim stopama variraju. Promene u stopama hapšenja maloletnika zbog maloletničkog kriminala variraju upravo u zavisnosti od vrste počinjenog krivičnog dela. Stope hapšenja zbog ubistava, u pomenutom periodu, smanjene su za 9%, dok stopa hapšenja za krivična dela krađe povećana za 25%. U pogledu pola, u 2008. godini, primetan je porast izvršenih krivičnih dela maloletnica u odnosu na 1999. godinu, a ukupna stopa ženskog maloletničkog kriminala je znatno manje smanjena od stope muškog maloletničkog kriminala u većini kategorija. Za imovinski kriminal, stopa hapšenja maloletnika je smanjena za 28% dok je stopa hapšenja maloletnica povećana za 1%.¹⁵ Maloletnici su nesrazmerno zastupljeni u statistikama o kriminalu i nasilju i kao žrtve i kao izvršioци. Postoji bojazan da je udeo nasilnih zločina koji su počinili maloletnici u neki zemljama u porastu.¹⁶ Izveštaji pokazuju da poslednjih nekoliko godina mladi postaju sve nasilniji, i ne samo da je proporcija nasilnih zločina počinjenih od strane maloletnika u porastu, već postoje i veća verovatnoća da će maloletnici biti žrtve nasilnih zločina.¹⁷

Maloletnička hapšenja zbog nasilnog kriminaliteta (ubistvo, silovanje i zlostavljanje) čine 16% od ukupne stope uhapšenih lica, i čak

¹³ U.S. Department of Justice, 2013. Statistical Briefing Book. OJJDP-Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. www.ojjdp.gov/ojstatbb/publication/StatBB.asp, 09.03.2015.

¹⁴ C.Puzzanchera, *Juvenile Arrests 2008. Juvenile Justice Bulletin*, U. S. Department of Justice, Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2009. www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/228479.pdf, 21.03.2015.

¹⁵ D.Gotesman, S.W.Schwarz (2011). *Juvenile Justice in the U.S. Facts for Policymakers*. National Center for Children in Poverty, 2011.. http://www.nccp.org/publications/pub_1038.html, 12.05.2015.

¹⁶ United Nations-Fact Sheet on Juvenile Justice, 2014. <http://www.un.org/esa/socdev/unyin/documents/wyr11/FactSheetonYouthandJuvenileJustice.pdf>, 21.01.2015.

¹⁷ United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), 2006. State of the World's Cities 2006/07: The Millennium Development Goals and Urban Sustainability: 30 Years of Shaping the Habitat Agenda. <http://www.unhabitat.org/pmss/listItemDetails.aspx?publicationID=2101>, 17.03.2015.

26% svih krivičnih dela protiv imovine (provale, krađe i dr.).¹⁸ Prema podacima iz Izveštaja Human Rights Watch and Amnesty International za 2013. godinu, u Americi postoje preko 2,5 hiljade dece prestupnika na odsluženju doživotne kazne bez mogućnosti pomilovanja u američkim zatvorima za zločine počinjene pre nego što su imali 18 godina. Među maloletnicima koji su na izdržavanju doživotne kazne zatvora 16% je u vreme izricanja ove kazne bilo na uzrastu od 13 do 15 godina starosti.¹⁹

4. Maloletnički kriminal u Nemačkoj

Maloletnička delinkvencija se u suštini odnosi na krivična dela koja su počinili mladi starosti od 14. do 21. godine. U Nemačkoj, granica maloletstva, a time i krivične odgovornosti, određena je Krivičnim zakonom o maloletnim počiniocima krivičnih dela, a odnosi se na maloletnike od 14. do 18. godina, i pod određenim uslovima, i na mlade uzrasta od 18. do nenavršene 21. godine života.²⁰

Od uvođenja statistike kriminala, delinkventno ponašanje mladih ljudi se često posmatra na svim nivoima društva i u svim zapadnim zemljama, pa se sa statističke tačke gledišta, može smatrati i “*normalnim*” fenomenom. Postoji brojni dokazi da je delinkventno ponašanje maloletnika obično ograničeno na fazu odrastanja te da postoji veoma mali broj slučajeva maloletnih prestupnika koji kreću ka dugoročnim krivičnim karijerama i koji su više puta počinili teška krivična dela. Javna rasprava o maloletničkoj delinkvenciji je često fokusirana na mlade koji su stalni prestupnici i počinioci nasilja, jer snažno utiču na percepciju javnosti o bezbednosti.

Policijska statistika kriminala u Nemačkoj je u toku 2006. godine, registrovala ukupno 520.300 mladih osumnjičenih za krivična dela, starosti od 14 do 21 godine, što predstavlja nešto manje od četvrtine (24%) od ukupno 2.182.600 osumnjičenih punoletnih lica koji su krivično odgovorni. Od početka 1990-ih, broj osumnjičenih, od 14 do 21 godina pokazuje značajan i kontinuirani porast.²¹ Iako je stopa kriminala, posebno imovinskih krivičnih dela i krivičnih dela protiv života i tela povećana u ranim 1990-im godinama i dalje je tačno da ogromna većina maloletnika i mladih punoletih lica nisu nasilni prestupnici.

¹⁸ J.D. Alfrey, Juvenile Delinquency and Family Structure: Implication for Marriage and Relationship Education, National Healthy Marriage Resource Center, 2009. www.healthymarriageinfo.org/download.aspx?id=405, 13.03.2015.

¹⁹ J.Butts, Violent Youth Crime in U.S. Falls to New 32-Year Low. Research and Evaluation. Databits., 2013. www.johnjayresearch.org/rec/files/2013/10/databit201304.pdf, 23.02.2015.

²⁰ Statistischen Bundesamt, Juvenile Delinquency in Germany, 2008., www.destatis.de/EN/Publications/STATmagazin/Justice/2008_1/2008_1YouthCustody.html, 19.02.2015.

²¹ *Ibid.* .

Nenasilna imovinska krivična dela čine oko 70% svih krivičnih dela koja su počinili maloletnici.²²Sve u svemu, 30% više osumnjičenih maloletnika je registrovano na teritoriji Savezne Republike Nemačke u 2006. godini, u odnosu na 1990. godinu, od kada je ta stopa ukupno porasla za 45%.²³ Ono što je posebno primetno u statistici kriminalne policije, ali i tužilaštva, jeste zabeležen stalni porast broja krivičnih dela protiv života i tela. U periodu od 1990. godine do 2006. godine, broj maloletnika osumnjičenih za pomenuta krivična dela je uvećan tri puta, dok se kod punoletnih izvršilaca, ta stopa uvećala dva puta, u istom periodu. U pogledu pola maloletnih izvršilaca krivičnih dela, podaci se podudaraju sa globalnim podacima o dominaciji muškog pola u pogledu delinkvencije, pa se često navodi da je maloljetnička delinkvencija uglavnom muški fenomen. Kako beleže statistike kriminalističke policije za 2006. godinu, 76% od osumnjičenih uzrasta od 14. do 21. godina pod bili muškog pola. Krivična dela počinjena od strane žena, u proseku su manje ozbiljna i njihove društvene prognoze su obično bolje. Udeo muškaraca prestupnika povećava se sa svakim stepenom krivičnog gonjenja, a prema statističkim podacima o izvršenju kazne, muškarci čine 95% od ukupnog broja osuđenih zatvorenika u 2006. god.

U pogledu strukture počinjenih krivičnih dela, maloletnici se ne razlikuju mnogo od punoletnih počinitelja. Maloletnici najčešće izvršavaju imovinska krivična dela i krivična dela protiv života i tela, a prisutni su i posebno teški zločini nasilja. Ozbiljnost i težina počinjenih krivičnih dela, raste za svaku starosnu grupu.²⁴

Od reforme pravosuđa 1953. godine, maloletni prestupnici su u nadležnosti sudova za maloletnike koji izriču mere na osnovu posebnog Krivičnog zakona za maloletne počiniocce. Slična praksa postupanja je i u Austriji i Litvaniji, gde na osnovu procene ličnosti i dostignutog stepena zrelosti maloletnika, sud odlučuje za izricanje adekvatne sankcije.²⁵ U slučaju kada mladi koji su napunili 18, ali još nisu 21. godinu života, izvrše krivično delo, krivični sud utvrđuje stepen zrelosti počinioca, tipičnu za maloletničke faze razvoja, i vrstu dela, primenjujući Krivični zakon za maloletnike, umesto opšteg Krivičnog zakonika. Krivični

²² F.Düinkel, *Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice*. University of Greifswald. Germany, 2004., www.esc-eurocrim.org/files/juvjusticegermany_betw_welfar_justice.doc, 24.03.2015.

²³ Statistischen Bundesamt, *Juvenile Delinquency in Germany*, 2008., www.destatis.de/EN/Publications/STATmagazin/Justice/2008_1/2008_1YouthCustody.html, 19.02.2015.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ F.Düinkel, (2004). *Juvenile Justice in Germany: Between Welfare and Justice*. University of Greifswald. Germany, 2004., www.esc-eurocrim.org/files/juvjusticegermany_betw_welfar_justice.doc, 24.03.2015.

zakon za maloletnike nudi raznovrsniji sistema sankcija, u rasponu od vaspitnih mera, disciplinskih mera, sve do zavodskih, koje su fokusirane na obrazovnim reakcijama i sprečavanju recidiva. U opštoj praksi, Krivični zakon za maloletnike se primenjuje i u većini mlađih punoletnih prestupnika. U 2006. godini, 64% od mlađih punoletnih prestupnika osuđeni su na osnovu Krivičnog zakona za maloletne počinioce krivičnih dela, a generalno Krivični zakonik se primenjuje uglavnom kada mlađi punoletnici počine saobraćajne prekršaje.

5. Maloletnički kriminalitet u Srbiji

Maloletnici u Srbiji čine oko 7% ukupno krivično sankcionisanih ili osuđenih osoba, a najčešće izvršavaju krivična dela protiv imovine i krivična dela protiv života i tela. Jugović (2007) navodi da se za krivična dela protiv imovine krivično sankcioniše 81% maloletnih počinitelaca, a za krivična dela protiv života i tela 8%, te da je uočljivo stalno povećanje učešća krivičnih dela protiv života i tela u ukupnom kriminalu maloletnika. Zvanični podaci²⁶ ukazuju na podatak da su u 2007. godini u strukturi krivičnih dela maloletnika, najzastupljenija bila krivična dela: teške krađe, krađe i prikrivanja 37%, zatim razbojništva 19% i ubistava 13,7%. U strukturi krivičnih dela koji su počinili maloletnici primetne su određene promene. Naime, krajem 2013. godine, pored teške krađe i krađe, koju čini 35% ukupne strukture krivičnih dela maloletnika, i razbojništva koji čini 16,3%, na trećem mestu po zastupljenosti je nasilničko ponašanje, sa udelom od 11%. Ubistva maloletnika su na četvrtom mestu u ukupnoj strukturi izvršenih krivičnih dela maloletnika sa 5%. Stopa recidivizma maloletnih izvršilaca krivičnih dela, nije na visokom nivou i ona se kreće oko 7%. Jugović²⁷ navodi da je primetno da od 1998. godine, postoji tendencija smanjivanja stope recidivizma maloletnika. Međutim, u periodu od 2000. godine do danas, maloletničko prestupništvo u Srbiji dobija nešto umerenije i drugačije dimenzije.

Zanimljiva prateća pojava je takoreći utrka medija ko će više dići paniku navodeći alarmantne podatke (po pravilu, bez navedenog izvora) o sadašnjoj kulminaciji porasta maloletničkog kriminala, a stručnjaci čitajući zvanične podatke tvrde da u poslednjih nekoliko godina statistika beleži stagnaciju, pa čak i pad ove pojave. Istovremeno, odvija se i proces izgradnje novog sistema maloletničkog pravosuđa koji će objediniti ovu materiju u jedinstvenu celinu i približiti ga evropskim standardima. Ono što najviše treba da zabrinjava jeste činjenica da maloletničko prestupništvo

²⁶ Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, (2007). Ministarstvo pravde Republike Srbije.

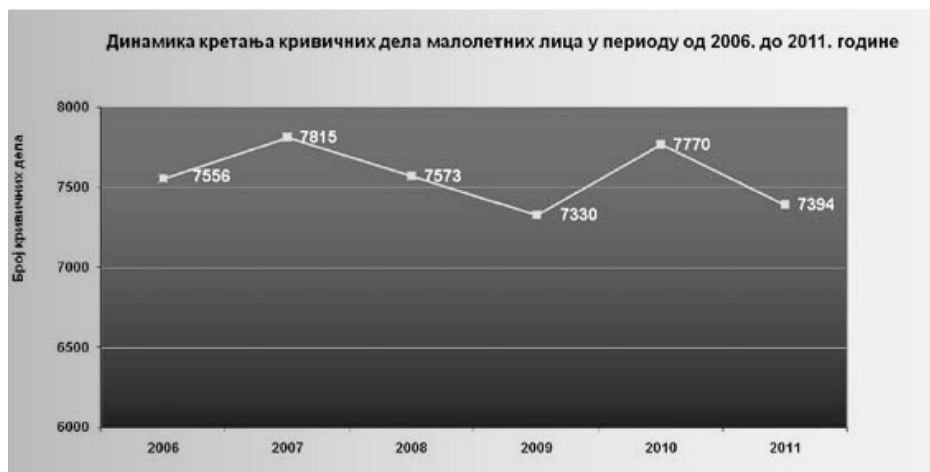
²⁷ A.Jugović, 167-187

po svojoj strukturi postaje sve agresivnije i to s naglašenim rasističkim i nacionalističkim elementima. Najčešća poprišta maloletničkih obračuna su sportske utakmice, ulice i dvorišta i to što dalje od škole, to jest od „školskog” policajca. Maloletni prestupnici danas, uostalom kao i ranije, i dalje najčešće krađu, obijaju, otimaju, ali, ono što javnost najviše zabrinjava, i sve češće premlaćuju, muče i ubijaju svoje vršnjake, usputne prolaznike. U svojim grupnim akcijama najčešće koriste noževe, bejzbol palice, pištolje, flaše, kamenje.

Statistički podaci potvrđuju da su maloletnički delikti protiv života i tela u porastu. Početkom devedesetih bilo ih je 6% u odnosu na ukupan broj maloletničkih delikata, a 2003. godine čak 13%. Dodamo li još i to da istraživanja pokazuju da je 60% učenika osnovnih i srednjih škola probalo drogu, njima jeftinu i nadohvat ruke, slika postaje kompletna.²⁸

Poslednjih šest godina prisutna je manje više stagnacija u pogledu obima maloletničkog kriminala u Srbiji. U proseku godišnje maloletnici izvrše od 7000 do 7500 krivičnih dela, od toga: oko 35% na teritoriji AP Vojvodina; oko 35% na teritoriji Centralne Srbije i oko 30% na teritoriji grada Beograda. U 2007. godini, evidentiran je porast maloletničkog kriminala za 3,4%, a u 2010. godini za 6%. Ovaj porast odnosi se na pojedina krivična dela protiv imovine i protiv javnog reda i mira.

Tabela 1. Stanje maloletničkog kriminaliteta od 2006 do 2011. godine²⁹



²⁸ D. Popadić, Nasilje u školama, Institut za psihologiju i UNICEF, Beograd 2009.

²⁹ Stanje i kretanje maloletničkog kriminala 2006-2011. (2012). Ministarstvo unutrašnjih poslova R.S. http://www.mc.rs/upload/documents/saopštenja_izvestaji/2012/121312_Cenar_za_prava_deteta-Maloletnicki-kriminal.pdf, 08.06.2014.

5.1. Vrste krivičnih sankcija prema maloletnicima u Srbiji

Uz uobičajene zakonske odredbe koje se odnose na krivičnu odgovornost i vrste krivičnih sankcija prema odraslim osobama koje su počinile krivična dela, u većini zemalja postoje i posebna pravila vezana za kriminalitet dece i maloletnika, tzv. maloletničko prestupništvo ili maloletnička delinkvencija, a izdvajanje maloletničkog prestupništva kao specijalnog u odnosu na opšti kriminalitet, nastalo je pod uticajem vladajućih shvatanja adolescencije.³⁰

Maloletnici predstavljaju posebni kategoriju lica, s obzirom na specifičnosti njihovog uzrasta i razvoja. Polazeći od nauka koje su definisale osobenosti bio-psiho-socijalnog razvoja i ponašanja u doba adolescencije, otuda i potreba da krivično pravo na specifičan način normira položaj maloletnih učinilaca krivičnih dela. Maloletnici kao izvršioci krivičnih dela i prekršaja imaju poseban materijalno-pravni i procesno-pravni položaj, što je rezultat intencije zakonodavca da tu kategoriju prestupnika tretira na drugačiji način od punoletnih lica.³¹ Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica³² naglašava da se prema maloletnim učinocima krivičnih dela mogu izreći: vaspitne mere, kazna maloletničkog zatvora i mere bezbednosti³³.

Poseban značaj i doprinos zakonodavnog uređenja maloletničke materije predstavlja uvođenje **vaspitnih naloga**.³⁴ Uslovi za primenu vaspitnog naloga su: priznanje krivičnog dela od strane maloletnika i njegov odnos prema krivičnom delu i oštećenom. Svrha vaspitnih naloga je da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi postupak, odnosno da se primenom vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi činio krivična dela.³⁵

Vrste vaspitnih naloga su: 1) poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom štete, izvinjenjem, radom ili na neki drugi način otklonile, u celini ili delimično, štetne posledice dela; 2) redovno pohađanje škole

³⁰ J.Hrnčić, *Prestupništvo mladih, rizici, tokovi i ishodi*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja. Beograd, 2009

³¹ Z.Kandić-Popović, *Pravo i maloletničko prestupništvo*, 151-167, U: Radovanović, D. (Ur.) *Poremećaji ponašanja i prestupništvo mladih: specijalno-pedagoški diskurs*. Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju. Beograd, 2007.

³² *Službeni glasnik RS* br. 85/2005.

³³ Predviđene članom 79. Krivičnog zakonika, osim zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti (čl. 9.).

³⁴ Z.Nikolić, I.Joksić, *Maloletnička delinkvencija*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja. Beograd, 2011.

³⁵ Čl. 6. Zakona o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS* br. 85/2005.

ili redovno odlaženje na posao; 3) uključivanje, bez naknade, u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; 4) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga; 5) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.³⁶

Vaspitne mere su: 1) *mere upozorenja i usmeravanja*;³⁷ 2) *mere pojačanog nadzora*;³⁸ 3) *zavodske mere*.³⁹ Mere upozorenja i usmeravanja izriču se kad je potrebno i dovoljno takvim merama uticati na ličnost maloletnika i njegovo ponašanje, dok se mere pojačanog nadzora izriču kad za vaspitavanje i razvoj maloletnika treba preduzeti trajnije mere uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć, a nije potrebno maloletnikovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine. Zavodske mere izriču se prema maloletniku prema kome treba preduzeti trajnije mere vaspitavanja, lečenja i osposobljavanja uz njegovo potpuno odvajanje iz dotadašnje sredine, radi vršenja pojačanog uticaja na maloletnika.

Zavodske mere izriču se kao poslednje sredstvo i mogu trajati, u granicama određenim ovim zakonom, samo koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mera.⁴⁰ *Svrha krivičnih sankcija* prema maloletnicima je da se nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu. Svrha maloletničkog zatvora je, pored unapred pomenute svrhe i vršenje pojačanog uticaja na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela, kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela.⁴¹

Ne ulazeći dublje u analizu vaspitnih mera i vaspitnih naloga, u ovom radu, shodno njegovoj temi, posebna pažnja će biti posvećena kazni maloletničkog zatvora, kao jedinoj i najtežoj kazni koja može biti izrečena maloletnim počinicima krivičnih dela. Uprkos svih humanih i humanističkih razloga i opravdanja postupaka društva prema maloletnim prestupnicima, za jedan broj njih, zbog težine počinjenog prestupa, nije

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sudski ukor i posebne obaveze.

³⁸ Pojačan nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, pojačan nadzor u drugoj porodici, pojačan nadzor od strane organa starateljstva, pojačan nadzor uz dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za vaspitavanje i obrazovanje maloletnika.

³⁹ Upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom, upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

⁴⁰ Čl.11. Zakona o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnih lica

⁴¹ Čl.10. Zakona o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnih lica

moгуća drugačija sankcija koja bi bila alternativa zatvoru. Vaspitne mere, kao osnovne krivične sankcije koje se mogu izreći maloletnicima, ne poseduju uvek kapacitet za pružanje adekvatnog odgovora na kriminalitet maloletnika, te je stoga, u određenim situacijama neophodno izricanje kazne maloletničkog zatvora. Maloletnički zatvor je krajnje sredstvo koje se može primeniti prema maloletnim počiniocima krivičnih dela i to samo i jedino onda, kada su iscrpljene sve druge mogućnosti izricanja krivičnih sankcija ili mera prema ovoj starosnoj grupi.⁴²

Važeći Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela navodi da se starijem maloletniku koji je učinio krivično delo za koje je zakonom propisana kazna zatvora teža od pet godina, može se izreći kazna maloletničkog zatvora⁴³ ako zbog visokog stepena krivice, prirode i težine krivičnog dela ne bi bilo opravdano izreći vaspitnu meru. Za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora dvadeset godina ili teža kazna, ili u slučaju sticaja najmanje dva krivična dela za koja je propisana kazna zatvora teža od deset godina, maloletnički zatvor može se izreći u trajanju do deset godina.⁴⁴ Prilikom odmeravanja kazne maloletničkog zatvora sud posebno vodi računa o granicama koje su zakonom propisane, posebni imajući u vidu svrhu maloletničkog zatvora. U obzir se uzimaju sve okolnosti koje utiču na visinu kazne, a posebno stepen zrelosti maloletnika i vreme koje je potrebno za njegovo vaspitavanje i stručno osposobljavanje. Kazna maloletničkog zatvora izvršava se u kazneno popravnom zavodu za maloletnike, a kazna se, po pravilu, izdržava zajedno, osim ako ne postoje posebne okolnosti koje zahtevaju izdvajanje (kao što su npr. zdravstveno stanje ili posebne potrebe za očuvanjem reda i bezbednosti). Osuđeni na kaznu maloletničkog zatvora u kazneno-popravnom zavodu za maloletnike mogu ostati najduže do navršene dvadeset treće godine, a ako do tada ne izdrže kaznu, premeštaju se u kazneno-popravne zavode u kojima punoletna lica izdržavaju kaznu zatvora izrečenu za krivično delo⁴⁵.

⁴² Z.Nikolić, I.Joksić, *op.cit*

⁴³ Maloletnički zatvor ne može biti kraći od šest meseci ni duži od pet godina, a izriče se na pune godine i mesece.

⁴⁴ Čl. 29. Zakona o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnih lica

⁴⁵ Izuzetno, u kazneno-popravnom zavodu za maloletnike osuđeni na kaznu maloletničkog zatvora može ostati iako je navršio dvadeset tri godine, ako je to potrebno radi završavanja školovanja ili stručnog osposobljavanja, ili ako ostatak neizdržane kazne nije veći od šest meseci, ali najduže do navršene dvadeset pete godine.

6. Umesto zaključka

Analizirani zvanični podaci o strukturi i dinamici maloletničkog kriminaliteta u različitim zemljama, ukazuju da je on jedan ozbiljan, globalni problem. I pored oscilacija u stopi kretanja kriminaliteta maloletnika, kao i vrsti počinjenih krivičnih dela, zapažen je trend povećane stope krivičnih dela sa elementima nasilja, krivičnih dela protiv života i tela, kao i visok udeo maloletničkog kriminala u ukupnoj stopi kriminaliteta. Međutim, kako ističe Jugović⁴⁶ rasprava o dinamici ili kretanju broja krivično sankcionisanih u nekom društvu je samo sa jedne strane priča o fenomenologiji pojave, ali sa druge strane, to je isto toliko priča o karakteru društvenog reagovanja na kriminal. Bitno je i zapaziti da karakter društvenog reagovanja na maloletnički kriminal bitno utiče na osobenosti ove društvene devijacije, tačnije na njegovu strukturu i dinamiku. Savremeni pristup problemu maloletničke delinkvencije pažnju usmerava ka preventivnom delovanju na svim društvenim nivoima, mikro i makro socijalnom nivou, kao i identifikaciji faktora rizika za devijantno i delinkventno ponašanje mladih. Svetska zdravstvena organizacija ukazuje na značaj preventivnih programa, a kao vrlo efikasni su se pokazali programi koji uključuju: Trening životnih veština kao i programi društvenog razvoja-dizajnirani tako da deci i adolescentima pomognu da upravljaju svojim besom, rešavaju konflikte i razvijaju pozitivne društvene veštine za rešavanje problema; Programi koji podržavaju roditelje i uče pozitivne veštine roditeljstva; Predškolski programi koji obezbeđuju deci sticanje akademskih i socijalnih veština u ranom uzrastu; Smanjenje pristup alkoholu i psihoaktivnim supstancama i dr. Sprečavanje nasilja mladih zahteva sveobuhvatan pristup koji se takođe bavi socijalnim determinantama nasilja, kao što su nejednakost prihoda, brze demografske i socijalne promene i nizak nivo socijalne zaštite.⁴⁷ Faktori koji povećavaju verovatnoću nasilja mladih su vrlo kompleksni, a najčešća podela uključuje faktore rizika na nivou pojedinca (individualne), faktore u okviru bliskih odnosa i faktore rizika u okviru zajednice i šireg društva. Kao najvažniji *faktori rizika na nivou pojedinca*, navode se: hiperaktivnost, impulsivnost, loša kontrola ponašanja, problemi pažnje i koncentracije, istorija agresivnog ponašanja, ran konzumacija alkohola i droga, antisocijalna verovanja i stavovi, niska inteligencija i dostignuća u obrazovanju, niska posvećenost školi i školski neuspeh, roditeljskog razdvajanje ili razvod i izloženost nasilju u porodici. Faktori rizika u okviru bliskih odnosa (porodica, prijatelji, intimnim partneri, i

⁴⁶ A. Jugović, 167-187.

⁴⁷ World Health Organization-Youth Violence, 2015. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs356/en/>, 21.02.2015.

vršnjaci) su: slabo praćenje i nadzor dece od strane roditelja, slabi ili nekonzistentna roditeljska disciplinska praksa, nizak nivo vezanosti između roditelja i dece, roditeljska zloupotreba supstanci ili kriminalitet, niski porodični prihodi i druženje sa vršnjacima delikventima. Faktori rizika u okviru zajednice i šireg društva najčešće su definisani kroz: nizak nivo socijalne kohezije unutar zajednice, odsustvo nenasilnih alternativa za rešavanje konflikata; visoka nejednakost prihoda, brze socijalne i demografske promene i dr.⁴⁸ Složen problem kao i uzročnost maloletničke delinkvecije, usmerava pažnju ka zajedničkom preventivnom delovanju, ali i eliminisanju faktora rizika za devijantno ponašanje, svih subjekata, od porodice i škole, do šire društvene zajednice.

Jasmina Igrački MA

Institute of criminological and sociological research, Belgrade

Ljeposava Ilijić LLM

Institute of criminological and sociological research, Belgrade

**CRIMINALITY OF JUVENILS – SITUATION IN THE WORLD
AND IN SERBIA**

Summary

Socially unacceptable behavior of young people has changed, over time, both in the forms of manifestations and in terms of causes and conditions which may lead it. Juvenile crime is negative, dynamic social phenomenon which represents the activity of one or more persons in a given period of time and space, conditioned by certain social relations and recognized by the legislation, whose disregard for and violation of the products and adequate criminal penalties. The study of the causes of juvenile delinquency includes two major, interrelated areas, which can be divided into objective (socio-economic) and subjective factors. Objective factors related to the study of the social conditions of criminal behavior of juveniles and the formation of personality under the influence of these conditions. Subjective factors include psychological characteristics of the personality of the minor, specific for intelligence, temperament,

48 *Ibid.*

character, emotions, motives, attitudes, habits, preferences, primarily due to the specific characteristics of puberty and adolescence as an important phase in the development of personality. The World Health Organization estimates that annually around the world, young people aged 10 to 29 commit about 200,000 homicides, representing 43% of the total number of murders that are committed in the world each year. Only this indicates a serious social problem in the control and prevention of juvenile crime at the global level.

Keywords: crime, juvenile delinquency, delinquency, violent offenses, criminal sanctions, prevention.

УПОРЕДНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ПОЈМА УЗБУЊИВАЧ

Апстракт

Република Србија усвојила је Закон о заштити узбуњивача са циљем да се омогући свеобухватна и ефикасна заштита узбуњивача. Диверзитет решења у упоредној пракси показује да је концепт узбуњивача, ипак, далеко од неспорног и јединственог. Циљ овог рада је да се идентификују универзалне карактеристике узбуњивача након нормативне анализе решења у европским законодавствима, мултилатералним инструментима и домаћем праву. Аутор настоји да одговори на питање: Да ли се узбуњивачи разликују од других лица која пријављују незаконитости и да ли је оправдано да се њима пружи посебна заштита због те "ексклузивне" карактеристике? На комплексност овог појма додатно указује чињеница да је радња коју врши узбуњивач, тзв. узбуњивање, такође, различито дефинисана у правним системима. Каква је упоредно-правна пракса држава чланица Европске Уније и да ли се може пронаћи "европски рецепт" за заштиту узбуњивача у Србији, представљају питања којима се аутор бави у првом делу рада. Након тога следи преглед међународних инструмената који уређују заштиту узбуњивача. У трећем делу рада дискутује се о постојању елемената које, према мишљењу аутора, чине универзални концепт узбуњивача без обзира на правни систем из којег потичу.

Кључне речи: узбуњивач, узбуњивање, откривање информације, слобода изражавања, јавни интерес, корупција

1. Увод

Реч "узбуњивач" представља превод енглеске речи "whistle-blower" који се у српском језику одомаћио као израз који означава лице које разоткрије информације о угрожавању или повреди јавног интереса. Усвајањем Закона о заштити узбуњивача² Србија је

¹ Судија Прекршајног суда у Београду, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду; mail: mirjanamihajlovic1@gmail.com

² Закон о заштити узбуњивача - ЗЗУ (Сл.гласник РС, број 57/2014).

испунила прихваћене међународне обавезе и постала прва држава која је област заштите узбуњивача уредила у складу са Препоруком 7(2014) Савета Европе³.

Расправа о ЗЗУ поделила је стручну јавност око кључних питања: Ко може бити узбуњивач? и Шта представља узбуњивање? Приликом дефинисања појма узбуњивач, наизглед јасно значење израза показало је своју комплексност и неуједначеност. У недостатку јединствених стандарда држава чланица Европске уније, Препорука СЕ и Резолуција 1729 (2010) Савета Европе⁴ представљају једину смерницу за одређивање категорије лица који се сматрају узбуњивачима и који могу остварити ту специфичну заштиту. Међутим, ако се занемаре новоусвојене европске смернице, велики диверзитет решења у упоредној пракси показује да је концепт узбуњивача, ипак, далеко од неспорног и јединственог. Детаљном анализом овог појма, јављају се многа питања на која треба потражити одговор. Да ли се и у чему узбуњивачи разликују од других лица који пријављују незаконитости и да ли је оправдано да се њима пружи некаква посебна и додатна заштита због те "ексклузивне" карактеристике? Да ли се тиме врши дискриминација једнаких или се оправдано пружа додатна заштита сразмерно ризику који неко лице прихвати како би разоткрило информацију од јавног интереса? На комплексност овог појма додатно указује чињеница да је радња коју врши узбуњивач, тзв. узбуњивање, такође, различито дефинисана у правним системима.

2. Појам узбуњивача у Европској Унији

Заштита узбуњивача годинама уназад представља једну од важних и актуелних тема у европским стручним круговима. Извештај Транспарентности Интернешнала⁵ показао је да не постоји јединствен стандард у заштити узбуњивача и да у многим државама чланицама заштита узбуњивача није на задовољавајућем нивоу. У табели⁶ која следи приказан је компаративни преглед лица која могу

³ Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers – Препорука СЕ.

⁴ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1725.htm>, 27.05.2015.

⁵ Mark Worth, Whistleblowing in Europe: Legal protections for whistleblowers in the EU, https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/EU_Whistleblower_Report_final_web.pdf, 16.05.2015. (Извештај не обухвата Републику Хрватску јер је припремљен 2013. године, али пре њеног придруживања Европској Унији.)

⁶ *Ibid.*

уживати заштиту узбуњивача у државама чланицама Европске Уније.

Држава чланица ЕУ	Ко може остварити право као узбуњивач?
◆ Аустрија	Државни службеници и запослени који пријаве неправилности на раду и оних које се тичу животне средине.
◆ Белгија	Запослени у јавном сектору
■ Бугарска	Сви грађани који пријављују неправилности које утичу на јавни интерес или на права или интерес других људи као и лица која пријаве сукоб интереса државних службеника
◆ Кипар	Запослени у јавном сектору који пријаве сумњу на мито и корупцију и у приватном сектору који пријаве било које неправилности.
◆ Чешка Република	Запослени
◆ Данска	Запослени у јавном сектору
◆ Естонија	Државни службеници који пријаве мито и корупцију, као и друге типове неправилности.
■ Финска	Државни службеници који пријаве кривична дела
◆ Француска	Запослени у приватним компанијама, као и у комерцијалним и индустријским друштвима у власништву државе. Усвојена је и законска заштита државних службеника који пријаве конфликт интереса.
◆ Немачка	Не постоје посебне одредбе о заштити узбуњивача, а запослени у приватном или јавном сектору могу да покушају да заштите своје право у судском поступку, што у пракси није дало позитивне резултате.
■ Грчка	Не постоји специфична заштита запослених у јавном или приватном сектору, али примена других законских одредаба омогућује извесну заштиту, док државни службеници који пријаве кривично дело које резултира кривичним гоњењем имају додатну заштиту.
◆ Мађарска	Запослени у јавном и приватном сектору, као и власници малих и средњих предузећа, који открију неправилности у вези државних фондова или имовине, административних радњи или јавних набавки.
◆ Ирска	Пријављивање сумње о злоупотреби и запуштању деце, миту, етичких нерегуларности државних службеника, корупцији, злоупотреби у полицији, здравству и безбедности, кривична дела "беле крагне". Год. 2013. припремљен је нови законски оквир који предлаже заштиту запослених у јавном, приватном и непрофитном сектору који је оцењен као врло напредан.
◆ Италија	Државни службеници који пријаве незаконите активности.
◆ Летонија	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве сумњу о кривичном делу или кршењу административних правила на радном месту.
■ Литванија	Лица која открију информације о финансијском криминалу. Постоје предлози за уређивање заштите узбуњивача у јавном сектору.

* Луксембург	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве корупцију, трговину утицајем или злоупотребу овлашћења.
◆ Малта	Запослени који пријаве незаконите или коруптивне активности послодавца. Постоји законски предлог да се заштите запослена лица у државном сектору, компанијама које испуне одређене услове и непрофитним организацијама.
◆ Холандија	Државни службеници, а запослени у приватном сектору могу остварити заштиту на основу општих одредаба прописа којима се уређују радни односи.
◆ Пољска	Запослени са неороченим уговором
■ Португал	Државни службеници и запослени у компанијама у државном власништву.
* Румунија	Државни службеници (на одређено, неодређено време, као и волонтери) који открију коруптивно деловање и друга кривична дела учињена у оквиру јавних органа, институција и компанија. Не постоји посебна заштита запослених у приватном сектору.
■ Словачка	Запослени у приватном сектору који поднесу кривичну пријаву против свог или другог послодавца. Постоји обавеза државних службеника да пријаве кривична дела и друге незаконитости, али не и механизми заштите тих лица.
* Словенија	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве све врсте незаконитог и неетичког понашања.
■ Шпанија	Грађани који анонимно пријаве конфликт интереса државних службеника на високим положајима и члановима Владе могу имати заштиту сличну заштити узбуњивача.
◆ Шведска	Свако ко открије информације од јавног значаја (осим државних тајни и информација од националног значаја). Запослени могу имати заштиту само ако узбуњују о озбиљним неправилностима, ако су се прво обратили послодавцу и ако се не ради о пословним тајнама, осим ако се тичу озбиљног кривичног дела.
* Уједињено Краљевство	Радници (различити облици радног ангажовања, укључујући запослене, лица са закљученим уговором, приправници и радници УК који обављају посао у иностранству) у државном, приватном и непрофитном сектору који открију информације од јавног значаја. Тест јавног значаја обухвата широк круг незаконитости и ометања правде, али не укључује штету великих размера, лош менаџмент и злоупотребу овлашћења.

◆ Напредна заштита ■ Делимична заштита * Неадекватна заштита или њено одсуство

Од 27 правних система држава чланица које су биле подвргнуте анализи, према мишљењу ове светске невладине организације, њих 4 може се похвалити напреднијом законском регулативом заштите узбуњивача (Луксембург, Румунија, Словенија и Уједињено Краљевство). Од преосталих 23 држава чланица, њих 16 имају парцијалну заштиту лица која пријављују неправилности, док осталих седам имају или веома ограничен законски оквир у овој

области или га немају уопште. Примера ради, Гамберини оцењује да је Италија тек започела прву фазу у развоју заштите узбуњивача тиме што је 2012. године усвојила законске одредбе којима се штите запослени у јавном сектору уколико пријаве корупцију, што указује да још увек не постоји свеобухватна заштита узбуњивача.⁷ Анализом законских решења у земљама које имају напредну заштиту, може се закључити да узбуњивачи могу бити лица са различитим радно-правним статусом уколико открију информације од јавног значаја. То су углавном указивања на сумњу у извршење појединих кривичних дела (подмићивање, трговина утицајем, итд.) и других незаконитих и неетичких радњи. Дакле, кључна карактеристика узбуњивача у државама чланицама ЕУ је њихово радно ангажовање у организацији на коју се односе наводи о угрожавању или повреди јавног интереса. Овакав приступ постоји и у смерницама за заштиту узбуњивача у институцијама Европске Уније, према којима узбуњивач може бити "члан особља" који, поступајући у доброј вери, пријави чињенице које је открио вршећи своје дужности, а које се односе на озбиљне неправилности укључујући незаконите радње и озбиљније професионалне неправилности.⁸

3. Појам узбуњивача према мултилатералним инструментима које је ратификовала Република Србија

Рана фаза међународног усклађивања заштите узбуњивача представља Конвенција МОР-а К158 из 1982. године⁹. У складу са чл. 5 ове конвенције, Србија је ускладила свој правни систем тако да се оправданим отказним разлогом не сматра подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца на кога се односе наводи о кршењу закона и других прописа или обраћање надлежном органу. Оваква одредба одражава "концепт запосленог-грађанина", који према Лубарди треба да омогући право на слободно изражавање мишљења на местима рада (а уз испуњавање одређених услова и ван места рада) којим се ограничава правна субординација и обавеза верности запосленог послодавцу. Оправдање за овако већи степен слободе изражавања запосленог-узбуњивача представља његова морална дилема између лојалности послодавцу и чувању поверљивих информација у вези

⁷ Gabriele Gamberini, Whistleblowing in Countries without Whistleblower Laws: the Italian Case, <http://www.whistleblowing.it/gabriele%20gamberini.pdf>, 27.05.2015.

⁸ Communication from Vice-President Šefčovič to the Commission on Guidelines on Whistleblowing, Brussels, 6.12.2012. SEC(2012) 679 final.

⁹ Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број К158 (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр.4/84 и 7/91).

са радом, са једне стране и потребе спречавања угрожавања јавног интереса и озбиљних опасности, са друге стране.¹⁰ Сличну одредбу садржи и Апендикс Европске социјалне повеље из 1996. године.¹¹

Разоткривање неправилности код послодаваца препознато је и као један од начина борбе против корупције у Конвенцији Уједињених нација против корупције (УНКАК)¹². Према чл. 33 УНКАК-а, Србија је у обавези да размотри имплементацију адекватних мера у национални правни систем тако да обезбеди заштиту против сваког неоправданог поступања према особи која у доброј вери и на разумној основи пријави надлежним органима било коју чињеницу која се тиче кривичних дела из Конвенције. Према томе, узбуњивач може бити било која особа а не само запослено лице како је то уређено Конвенцијом К158 МОР-а. Са друге стране, за разлику од Конвенције К158 МОР-а која обухвата све незаконитости послодавца, УНКАК ограничава појам узбуњивача кроз предмет узбуњивања, а то су само она кривична дела која су уређена Конвенцијом.

У области заштите узбуњивача, значајно је споменути конвенције Савета Европе. Кривичноправна конвенција Савета Европе против корупције¹³, обавезује Србију да обезбеди такве мере које су неопходне да омогуће ефективну и адекватну заштиту за особе које пријаве кривична дела наведена у Конвенцији или на други начин сарађују са органима гоњења, као и сведоке који дају исказе у вези наведених кривичних дела. Грађанскоправна конвенција Савета Европе против корупције, прати приступ Конвенције К158 МОР-а, али појам узбуњивача ограничава на запослено лице које пријави корупцију (дакле, не и остале незаконитости). Међутим, тренутно најважнији европски инструменти у области заштите узбуњивача представљају Резолуција и Препорука СЕ, који дају детаљније смернице и минималне стандарде за заштиту узбуњивача у државама чланицама Савета Европе. У пар. 3 Препоруке СЕ наводи се да би национално законодавство државе чланице требало да обухвати сваког појединца који ради било у приватном или

¹⁰ Б.Лубарда, "Посебна заштита запосленог узбуњивача" – у: Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије- књига 2 (С. Лилић, ed.), Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012., 79-84.

¹¹ Закон о потврђивању ревидиране Европске социјалне повеље (Сл.гласник РС – Међународни уговори, број 42/2009).

¹² Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, број 12/05).

¹³ Закон о потврђивању Кривичноправне конвенције о корупцији (Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 2/02 и Службени лист СЦГ – Међународни уговори број 18/05).

јавном сектору и то без обзира на природу радног ангажовања или чињеницу да се ради о плаћеном или неплаћеном раду. Додатно се напомиње да би персонални опсег требало да обухвати и лица чије је радно ангажовање престало, као и лица која тек треба да започну своје радно ангажовање уколико су за информацију о угрожавању или кршењу јавног интереса сазнали у поступку запошљавања, односно у фази која претходи закључењу уговора о радном ангажовању (пар. 4).

4. Појам узбуњивача према Закону о заштити узбуњивача

Према одредби чл. 2, ст. 1, тач. 2, израз "узбуњивач" означава физичко лице које изврши узбуњивање у вези са својим радним ангажовањем, поступком запошљавања, коришћењем услуга државних и других органа, носилаца јавних овлашћења или јавних служби, пословном сарадњом и правом власништва на привредном друштву. "Узбуњивање" је откривање информације о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера. Израз "радно ангажовање" дефинисано је у чл. 2, ст. 1, тач. 6. ЗЗУ тако да обухвата радни однос, рад ван радног односа, волонтирање, вршење функције, као и сваки други фактички рад за послодавца. Поред наведеног, значајно је нагласити да ЗЗУ користи синтаксу "у вези" радног ангажовања, што указује да се заштита пружа и лицима која више нису радно ангажована код послодавца (примера ради бивши запослени, пензионисана лица, итд.) а који су информацију коју су разоткрили сазнали током радног ангажовања код послодавца. Ваљало би напоменути да се ЗЗУ пружа заштита и лицима која изврше узбуњивање откривањем информације коју су сазнали у току поступка запошљавања. ЗЗУ пружа заштиту узбуњивачима у јавном и у приватном сектору. Пословна сарадња или било који облик права власништва на привредном друштву може бити извор информација о угрожавању или повреди јавног интереса подједнако као и рад у јавној служби.

5. Анализа појма узбуњивач *de lege lata* и *de lege ferenda*

Упоредна анализа појма узбуњивач, показује комплексност и варијабилност у односу на јавни интерес сваке државе. Не постоји јединствени концепт узбуњивача ни у једном правном систему европе, а и шире¹⁴. Постоје мишљења да дефиниција појма узбуњивач

¹⁴ Упор. G.Gamberini, 1.

није релевантна, већ да је важно дефинисати околности и услове под којима запослени треба да има заштиту од одмазде¹⁵. Аутор сматра да је тумачење појма узбуњивач предуслов за спречавање арбитрерности права на заштиту. Стога је неопходно издвојити основне карактеристике појма узбуњивач које могу бити заједнички именитељ различитих законских решења.

Према резултатима истраживања Транспарентности Интернешенала¹⁶, државе са напреднијом заштитом пружају заштиту запосленима у приватном и јавном сектору (Румунија пружа заштиту само у јавном сектору). У осталим државама заштита се пружа углавном само запосленима у јавном сектору. У САД је пресудом у случају Петерман (Petermann v. Teamsters Local 396) из 1959. године утемељен први корак ка заштити запослених у приватном сектору. Суд је увео изузетак на основу јавног интереса код тзв. доктрине отказа без ограничења (енг. "termination-at-will doctrine") јер је послодавац користећи право на отказ без ограничења према запосленом који је одбио да лажно сведочи о неправилностима пред надлежним органима, утицао на јавни интерес и угрозио спровођење правде. У случају Нис (Nees v. Hocks) из 1975. године суд појашњава да се изузетак не заснива на радном односу *per se*, већ на чињеници да је послодавац злоупотребио тај однос на начин који је штетан по правни систем¹⁷. Заштита запослених који пријаве незаконитости послодавца представља обавезу и према Конвенцији K158 МОП-а. Грађанскоправна конвенција обавезује да се заштите запослени али само ако пријаве корупцију. У појединим државама појам узбуњивач обухвата и друге категорије поред запослених, као што су лица која врше послове на основу уговора, приправници, лица упућена на рад у иностранство, итд. Материјални опсег заштите узбуњивача углавном се ограничава на сферу радно-правних односа. Резултат усаглашавања мишљења приликом припреме Препоруке СЕ огледа се у ставу да је узбуњивач физичко лице које открива информације о неправилностима у организацији у којој је радно ангажован. Међутим, процес проналажења заједничког става стручњака из различитих правних традиција представља изазов утврђивања заједничког јавног интереса. Стога се може аргументовати да појам узбуњивача може имати шире тумачење у односу на сферу радно-правних односа. Кривично-правна конвенција Савета Европе и Конвенција

¹⁵ D.Lewis, "Whistleblowing at Work: On what Principles Should Legislation Be Based?", *Industrial Law Journal*, Vol. 30, No. 2, 2001, 169.

¹⁶ M.Worth, 10.

¹⁷ J.Conway, "Protecting the private sector at will employee who "blows the whistle": A cause of action based upon determinants of public policy", *Wisconsin Law Review*, 1977, 797-798.

УН против корупције већ омогућавају могућност заштите лицима ван сфере радно-правних односа, додуше, само ако су пријавили кривична дела наведена у тим конвенцијама¹⁸. Слично, Д. Луис предлаже да се заштита узбуњивача прошири на друга лица која нису у радном односу јер сматра да је очигледно да запослени нису једини грађани који могу уочити неправилности¹⁹. Према мишљењу аутора, радно-правна веза лица са послодавцем, сама по себи, није диференцијална карактеристика узбуњивача. Она му омогућава привилеговану позицију да сазна интерне информације које нису доступне другим лицима. Могућност сазнања интерних информација од јавног значаја, које не би биле доступне да их узбуњивач није открио, представља један од основних подстицаја држави да пружи посебну заштиту узбуњивачу. Европски суд за људска права²⁰ оценио је да је узбуњивач једно лице или мала група људи који знају за неку информацију па су једини позвани да алармирају послодавца и друштво уопште. У Експланаторном меморандуму уз Препоруку СЕ објашњава се да *de facto* радно ангажовање узбуњивача даје *vis-a-vis* приступ интерним информацијама о угрожавању или повреди јавног интереса још у најранијој фази, без обзира да ли се ради о намерним радњама или не²¹. Није неопходно да се појам узбуњивача ограничава на сферу радних односа, већ би он могао да обухвати било коју везу коју узбуњивач има са организацијом на коју се односе неправилности, све док му она омогућава да се сазнају интерне информације. Постоје предлози да се напусти традиционални концепт и да се појам узбуњивача не доводи у радно-правну везу са организацијом у којој се дешавају неправилности, већ да се омогући заштита било коме ко пријави понашања која би представљала угрожавање или повреду јавног интереса.²² Према традиционалном схватању узбуњивач је дефинисан са два аспекта. Први се односи на његов радно-правни статус у организацији на

¹⁸ Упор. I.Carr, D.Lewis, "Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection", *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 2010, 57.

¹⁹ B. D.Lewis, "Providing Rights for Whistleblowers: Would an Anti-Discrimination Model be More Effective?", *Industrial Law Journal*, Vol. 34, No.3, 2005, 244-252.

²⁰ *Guja v. Moldova* (ECHR 14277/04); *Heinisch v. Germany* (ECHR 28274/08).

²¹ Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on the Protection of Whistleblowers, Bureau of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ-BU), Strasbourg, September 2013, prepared by Anna Myers and the Secretariat, CDCJ (2013)16 rev, 10-19, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec%282014%297E.pdf>, 17.05.2015.

²² Council of Europe, European Committee on legal co-operation (CDCJ) meeting to consult key stakeholders on protecting whistleblowers - explanatory notes, Secretariat Directorate General on Human Rights and Rule of law – DG I, 28.05.2013. Strasbourg.

коју се односе наводи о неправилностима, а други на радњу коју предузима, а то је откривање (алармирање) у јавном интересу. Прихватањем становишта да је кључна карактеристика узбуњивача откривање интерних информација од јавног значаја, први аспект традиционалног схватања постаје ирелевантан. Релевантно је да узбуњивач има могућност да сазна интерне информације, без обзира на то да ли му је такву привилеговану позицију омогућио радно-правни или други статус или веза са организацијом на коју се односе наводи о неправилностима. Појам узбуњивача би се одређивао на основу његове радње, а не на основу његове личне или друге карактеристике. Радња узбуњивача би представљала откривање интерних информација о угрожавању или повреди јавног интереса.

Веза узбуњивача са организацијом на коју се односе наводи о неправилностима, ствара *vis-a-vis* економску рањивост и могућност одмазде. Поставља се питање: Да ли се појам узбуњивача утврђује према врсти штетне последице (директне или индиректне)? Аутор сматра да врста штете не може бити јединствена карактеристика узбуњивача и да није од суштинског значаја за одређивање тог појма. Чињеница да је узбуњивач повезан са организацијом чини га рањивијим и подложнијим ширем дијапазону штетних последица од лица које није повезано. Међутим, понекад штетна последица може бити идентична. Стога, штета може бити разлог за посебну заштиту узбуњивачу али не и јединствена карактеристика појма узбуњивач. ЗЗУ, такође, ставља акценат на везу узбуњивача са организацијом на коју се односи предмет узбуњивача, а не на врсту штете коју може претрпети.

Питање које може утицати на утврђивање карактеристика узбуњивача је дилема коме иде у корист откривање интерних информација. *Prima facie* закључак је да се узбуњивање врши ради опште друштвене користи, а не ради остваривања личног интереса или користи. Уколико неко открије интерне информације које се тичу искључиво њега или покушава да утиче на исход поступка који га лично тангира, такво лице не би могло бити узбуњивач. Ово произлази из основне сврхе узбуњивача, а то је откривање угрожавања или повреде јавног интереса. Међутим, уколико се тиме угрожавају основна људска права или више лица трпе исте последице које имају већи друштвени значај, могло би се аргументовати да тај појединац може бити узбуњивач. У пресуди Хајниш против Немачке, подносилац представке, Бригита Хајниш, указивала је да услед недовољног броја запослених има превише радних обавеза које су утицале на њено здравље и узроковале честа одсуства са рада. Иако се г-ђа Хајниш притуживала на лични положај, таква информација била је од јавног значаја јер се на други начин није могло утврдити да су корисници геријатријског дома

здравствено, а можда и животно, били угрожени због неадекватне неге узроковане недовољним бројем запослених. Уколико би се друштвена корист узела као детерминанта за одређивање појма узбуњивач, круг релевантних интерних информација сузио би се на оне које су од јавног значаја. Последично, круг лица која могу бити узбуњивач сужава се на оне који открију интерне информације од јавног значаја. У САД је познат тзв. Пикеринг тест којим се утврђује јавни интрес, односно баланс слободе изражавања и пословне ефикасности. Он је довео до тумачења да за утврђивање јавног интереса треба процењивати садржину, форму и контекст изјаве узбуњивача из његовог угла гледања, а не само са чињеничног аспекта.²³ У Србији не постоји дефиниција јавног интереса, али ЗЗУ таксативно наводи релевантне информације са аспекта јавног интереса. Треба напоменути разлику између информација од јавног интереса и информација које могу интересовати јавност, између којих не мора увек постојати знак једнакости.²⁴ Утврђивање јавног интереса спада у домен суверености држава, па појам узбуњивача неминовно варира у односу на дефиницију јавног интереса. Концепт узбуњивача према ЗЗУ може да се посматра са два аспекта. Први се односи на личне карактеристике узбуњивача тако што је персонални опсег проширен ван сфере радно-правних односа. Други аспект је дефинисање узбуњивача путем радње узбуњивања. ЗЗУ не ставља експлицитно нагласак на карактер информације која, према мишљењу аутора, чини основну одлику узбуњивача. Међутим, чињеница да је узбуњивач лице које је у вези са организацијом на коју се односе неправилности, посредно указује да се ради о откривању интерних информација. Овакав закључак произлази из става да та веза омогућава привилеговану позицију сазнања интерних информација. Требало би размотрити стављање нагласка на то да узбуњивач открива информације од јавног значаја, односно узбуњује у друштвену, а не личну корист. Иако ЗЗУ практично одређује шта је јавни интерес, није баш свако откривање информација о кршењу прописа од користи за више људи, односно од друштвене користи. За примену ЗЗУ је питање користи ирелевантно, што значи да и у случају багателних кршења прописа постоји јавни интерес. Не улазећи у целисходност оваквог решења, позитивно је да ЗЗУ има широко поље примене што представља значајан помак унапред.

²³ J. Conway, "Protecting the private sector at will employee who "blow the whistle": A cause of action based upon determinants of public policy", *Wisconsin Law Review*, 1977, 777-812.

²⁴ Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on the Protection of Whistleblowers, Bureau of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ-BU), Strasbourg, September 2013, prepared by Anna Myers and the Secretariat, CDCJ (2013)16 rev, 10-19

У стручној литератури јавља се дилема да ли фаза која претходи узбуњивању треба да буде обухваћена заштитом, односно да ли је узбуњивач лице које има намеру да открије информације од јавног значаја а то, још увек, није учинило. Уколико су узбуњивачи лица која открију интерну информацију од јавног значаја, *argumentum a contrario* закључак је да лица која је нису открила не могу бити узбуњивачи, без обзира на њихову намеру да то учине. Д. Луис сматра да лица која су започела а нису завршила процедуру узбуњивања треба да буду заштићена, јер она спадају у најрањивију групу узбуњивача.²⁵ Разлог томе је чињеница да су они своју намеру узбуњивања материјализовали започињањем процедуре узбуњивања. Аутор оцењује да мешање процесног и материјалног аспекта откривања има обесхрабрујући ефекат на потенцијалног узбуњивача који би се нашао у ”трци са временом” да би ушао у категорију узбуњивача. Израз ”откривање” разликује се од поступка односно начина откривања. Откривањем се сматра чињење доступним информације једном или већем броју лица, док поступак откривања подразумева формалне, процесне радње узбуњивања. Уколико се раздвоје материјални и процесни аспект радње откривања, закључује се да су узбуњивачи лица која другоме учине доступним интерну информацију од јавног значаја, а да поједине државе пружају заштиту само оним узбуњивачима који то учине предузимајући прописане процесне радње. Појам узбуњивача треба разликовати од појма заштите узбуњивача, јер се у многим државама заштита пружа само одређеним узбуњивачима у зависности од јавног интереса. С правом Д. Луис сматра да су узбуњивачи лица која су започела, а нису довршила поступак узбуњивања у моменту одмазде. Да ли ће та лица имати заштиту, зависи од процене јавног интереса сваке појединачне државе. Према мишљењу аутора, у ЗЗУ, уочава се управо наведена разлика између појма узбуњивач и права на заштиту. Узбуњивач може бити лице које није испоштовало процедуру узбуњивања, али оно неће имати право на заштиту.

6. Закључак

Анализа концепта узбуњивача у различитим правним системима, међународним и европским документима доводи до закључка да се он може свести на једну суштинску карактеристику, а то је карактер информације која се открива. Оно што некога чини узбуњивачем није радно-правни или други статус које има

²⁵ D.Lewis, 2005, 247.

у организацији на коју се односе наводи о неправилностима, већ предузимање радње узбуњивања, односно откривање интерних информација које су од јавног интереса. Оно што је у јавном интересу представља опште друштвену корист, стога узбуњивач не може бити лице које открива интерне информације које су везане искључиво за остваривање личне користи и интереса. Радно-правна или друга веза са организацијом на коју се односе интерне информације од јавног значаја није јединствена одлика узбуњивача већ само околност која омогућава сазнање интерних информација. Слично наведеном, штетна последица није ексклузивна особина узбуњивача, већ један од разлога због којег би им требало омогућити специфичну заштиту. Шта је јавни интерес и које информације су од јавног значаја представљају питања која спадају у домен суверености појединачних држава, стога појам узбуњивача неминовно варира у односу на дефиницију јавног интереса. Међународна заштита узбуњивача започела је у сфери радног права усвајањем Конвенције К158 МОП-а, јер се ради о области у којој су они најрањивији и у којој се најчешће дешава одмазда. Међутим, развој заштите узбуњивача указује да она не мора да се заврши у оквиру радног права. Истина, Препорука СЕ дефинише концепт узбуњивача кроз радно ангажовање, али она ипак представља консензус различитих ставова представника држава које, свака за себе, различито дефинишу овај појам. Усаглашавање ставова око минимум стандарда израженог у Препоруци СЕ велики је корак унапред у заштити узбуњивача, али се може антиципирати будући развој у правцу изван сфере радног права. Дакле, оно што чини појам узбуњивача је откривање интерних информација које су од јавног значаја, без обзира да ли је он те информације сазнао у вези са радним ангажовањем или у оквиру друге врсте везе са организацијом у којој се дешавају неправилности. Иако се штетне последице, углавном, дешавају у сфери радних односа, појам узбуњивача не би требало да се везује за радно ангажовање. Евентуално, заштита узбуњивача може се ограничити на заштиту у оквиру радног права, али начин заштите не може и не треба да утиче на дефиницију појма узбуњивач. Обим и врста заштите зависе од карактеристика и могућности сваког појединачног правног система, али не могу бити од значаја за утврђивање концепта узбуњивача.

Mirjana Martić

Ph.D student at the Faculty of Law, University of Belgrade
Judge of the Magistrates Court, Belgrade

COMPARATIVE LEGAL ASPECTS OF THE CONCEPT WHISTLEBLOWER

Summary

The Republic of Serbia has adopted the Law on the protection of whistleblowers in order to provide comprehensive and effective protection of whistleblowers. Diversity of different national legal provisions regarding protection of whistleblowers illustrates conceptual confusion and theoretical discrepancy. The aim of this study is to identify universal whistleblowers' characteristics based on the analysis of standards in the European legislation, multilateral instruments and domestic law. Whether and to what extent whistleblowers differ from other persons who report irregularities and does that «specific» characteristics justifies the additional protection? The complexity of the problem is further demonstrated by the fact that the term whistleblowing is differently regulated in various legal systems. In the first part of the paper, the author deals with comparative legal practices of the EU Member States, researching the «European recipe» for the protection of the whistleblowers in Serbia. Second part comprises an overview of international legal instruments governing the protection of whistleblowers. In the third part of the paper, author undertakes analysis of whistleblowers' characteristics that could universally define this concept regardless of the legal system.

Keywords: whistleblower, whistleblowing, disclosure of information, freedom of expression, public interest, corruption.

БИОЛОШКА ИСТИНА *VERSUS* ЗАКОНСКИ УСТАНОВЉЕНЕ ВЕЗЕ У КОНТЕКСТУ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ПОРОДИЧНИ ЖИВОТ

Апстракт

Питање утврђивања порекла детета у односу на његове родитеље због важности коју генетска истина има за појединца, нашло је места за разматрање у одлукама Европског суда за људска права, где се тумачи у оквиру права на породични живот. Поред тога, заштиту у оквиру овог права имају и законски установљене везе између родитеља и детета. У раду је у контексту заштите права на породични живот анализирано вагање Европског суда за људска права између те две вредности (биолошке истине и законски установљених веза). Оно што руководи Европски суд за људска права у сваком случају јесте принцип најбољег интереса детета, који се посебно сагледава, као мерило свих одлука које су везане за дете, али који због своје неодређеност доводи до различитих исхода у случајевима заштите права на породични живот.

Кључне речи: *биолошко порекло детета, законски установљене везе између родитеља и детета, право на породични живот, пракса Европског суда за људска права*

1. Увод

Породични односи могу, а најчешће и укључују односе између родитеља и детета. Због тога овај однос, сликовито речено, означава језгро или срж породичног живота, па не чуди онда што је питање породичног живота у пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту Суд) најчешће уз њега и повезано. Суд је више пута у својим одлукама поновио да од момента рођења детета, између њега и његових родитеља постоји веза која улази у оквир појма “породични живот” из чл.8 Европске конвенције о људским

¹ Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу E-mail:sanda_bdt@yahoo.com

правима (у даљем тексту Конвенција),² али и да уживање родитеља и детета у међусобном односу представља фундаментални елемент овог појма.³

Однос између родитеља и детета заснива се на унапред утврђеним правним правилима, која најчешће и осликавају генетску везу која међу њима постоји. Међутим, то не мора нужно бити тако, па се породичне везе развијају и самим тим уживају заштиту пред Судом, без обзира дали се темеље искључиво на правним правилима или је пак, основ за њихово развијање крвна веза. У контексту заштите права на породични живот између биолошке истине и породичне стабилности засноване на законски установљеним везама, Суд се руководи принципом “најбољег интереса детета” као мерилем за постизање равнотеже.⁴ Како овај принцип нема универзално прихватљиву садржину, говори се о “магичној формули” која због те неодређености омогућава “велики маневарски простор приликом доношења одлука које се тичу деце”.⁵ Остављен је, у ствари, простор да се применом “најбољег интереса детета” може доћи до сасвим супротних исхода у случајевима који су по својим карактеристикама врло слични.⁶

2. Породични статус детета и његово биолошко порекло

Питање порекла детета је суштинско питање за сваку одраслу особу јер може значити стицање или пак престанак родитељства према одређеном детету. Подједнако, ако не и више, битно је и за дете, јер од овог важног статусног питања зависи штошта у дететовом животу

² Члан 8 Конвенције гласи:

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.
2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

³ В. нпр. Case of Monory v. Romania and Hungary, No. 71099/01 од 5. априла 2005, § 70; Case of Iosub Caras v. Romania, No. 7198/04 од 27. јула 2006, § 29.

⁴ Принцип “најбољи интерес детета” званично је први пут истакнут у Конвенцији о правима детета (Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о правима детета, Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90 и Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/97), у чл.3/1 који прокламује се да ће у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја. Овај принцип се примењује у свим одлукама које се односе на дете и Суд се њиме руководи, иако се изричито у Европској конвенцији о људским правима не помиње.

⁵ В. Влашковић, „Проблем одређивања садржине “најбољег интереса детета”, Анали Правног факултета у Београду 1/2012, 351.

⁶ Ibid., 352.

(нпр. идентитет, статус, држављанство, име, издржавање, наслеђивање, одржавање везе са породицом, одгој, итд).⁷ У савременим условима се, са потпуном извесношћу, може сазнати истина о пореклу детета. Начин за овакво сазнање је савремена научна метода - ДНК анализа. Захваљујући овом методу претпоставка или незнање уступају место истини и то оној која је утемељена на резултатима који не остављају место за двоумљење. Ипак, без обзира на велики напредак који је донела ДНК анализа, могло би се рећи и да овај својеврсни тест биолошке истине отвара прилику за подривање породичне стабилности. Њено неконтролисано и неодмерено коришћење може у сваком моменту срушити један родитељски однос који је дуги низ година проживљаван као прави.⁸

Питање биолошке истине отвара проблем утврђивања порекла детета и то најпре од очеве,⁹ јер је у знатно ређим ситуацијама спорно мајчинство.¹⁰ Тако са циљем утврђивања очинства, лицу може, од стране националног суда, бити наложено да се подвргне ДНК анализи”. Међутим, обавеза подвргавања овој крвној експертизи ради утврђивања биолошког порекла, није на јединствен начин уређена у државама уговорницама. Док је у појединим државама (нпр. у Немачкој), са циљем утврђивања биолошке истине могуће применити силу, у другим се чланицама Савета Европе, под окриљем заштите телесног интегритета, лице не може принудити на такву крвну експертизу.¹¹ Са тим у вези, уколико неко лице одбија да се

⁷ Конвенцијом о правима детета гарантовано је право детета да сазна своје порекло “када је то могуће”. У литератури је истакнуто да је енглески израз “as far as possible” употребљен у чл.7 ове Конвенције било боље превести на српски језик синтагмом “увек када је то могуће” који имплицира много строжу и мање субјективну квалификацију могућности за сазнање порекла. М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд 2011, 269.

⁸ З. Поњавић, „Утврђивање порекла детета – између биолошке истине и стабилности”, *Правни живот* 10/2014, 22.

⁹ Различита су правна правила утврђивања очинства у зависности од тога да ли је дете рођено у браку или ван брака. Очинство детета рођеног у браку одређује се према правној претпоставци да је муж мајке отац детета (према римском правилу *pater vero est quem nuptiae demonstrant*). Поред правне претпоставке која функционише у случају брачног очинства, када је у питању порекло од оца детета које је рођено ван брака различита су правила његовог утврђивања. Разлика се огледа у чињеници да се у том случају очинство утврђује признањем или судским одлуком.

¹⁰ Од правила *mater semper certa est* постоје изузеци који се односе на биолошки асистирани репродукцију или на анонимни порођај (који познају француско, италијанско и луксембуршко законодавство).

¹¹ Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006) у чл.25 прописује да је физички и психички интегритет неповредив, те да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Имајући у виду цитирану уставну одредбу може се закључити да у Србији није правно могуће приморати лице да изврши ДНК анализу. Видети у том смислу *Case of Jevremović v. Serbia*, No. 3150/05 од 17. јула 2007. (Службени гласник РС, бр. 73/07).

подвргне овој анализи прибегава се различитим решењима као што су нпр. кривична одговорност, плаћање новчане казне, наступање дејства претпостављеног очинства и сл. Наведено упућује на закључак да откривање биолошке истине у неким ситуацијама може бити ограничено или пак потпуно онемогућено из различитих разлога правне природе, а затим као последица тога и фактичке.

Са друге стране, и када је биолошка истина јасна установљене законске везе не одражавају нужно генетску реалност, што другим речима значи да се биолошко и правно родитељство не поклапају увек. Док је код материнства оно скоро увек обједињено, код порекла детета од оца, које је само социолошки видљиво, може бити неслагања и то без разлике да ли је очинство утврђено претпоставком, признањем или судском одлуком. Примера ради, претпоставка брачног очинства најчешће осликава истину о биолошком пореклу детета према оцу. Међутим, у неким ситуацијама то и не мора бити тако, па биолошка реалност може бити потпуно заклоњена правном фикцијом. То даље значи да се може догодити да у стварности та правно успостављена веза није и крвна, односно муж мајке није истовремено и биолошки отац детета (уколико рецимо супружници не живе заједно или је пак, због болести јасно да муж мајке не може истовремено бити и отац детета). Ипак, и поред несклада између правног и биолошког очинства претпоставка је и даље на снази. Овај несклад може бити доведен у исту раван, захваљујући могућности да очинство утврђено правном претпоставком буде оспорено од стране свих учесника тог односа (биолошког оца, правног оца, детета или мајке). Допуштено је у већини држава уговорница Конвенције оспоравање очинства у судском поступку уз испуњење одређених услова или рокова, док је потпуно ограничено у Холандији и Бугарској. Разлози ограничења могу се тражити у правној извесности и у настојању да се очува стабилност породице и породичних односа. Напослетку, мерило свих одлука које су везане за дете јесте његов најбољи интерес, који се у сваком случају посебно сагледава. Водећи се овим принципом у појединим ситуацијама се афирмише биолошка истина као основно правило за успостављање његовог порекла и истовремено, са истом мотивацијом, постављају законска ограничења на путу сазнања ове истине.¹²

3. Афирмација биолошке истине у пракси Европског суда за људска права

Право на сазнање биолошке истине није експлицитно установљено Конвенцијом, па се она ни не може тумачити на начин

¹² З. Поњавић, 26.

који би јој могао обезбедити посебну заштиту пред Судом. Ипак, у појединим одлукама са циљем да се заштити породични живот он управо генетској истини даје приоритет. Један од таквих случајева је *Kroon and Others v. the Netherlands*.¹³ Наиме, ограничена могућност претпостављеног биолошког оца да оспори очинство мужа мајке била је разлог да се о овом питању расправља пред Судом. Дете подносилаца представке у овом случају рођено је док је његова мајка још увек била удата за другог мушкарца са којим није живела. Дете је у матичну књигу рођених на основу правне претпоставке уписано под презименом мужа. Подносиоци представке (дете, мајка и биолошки отац детета) тврдили су да је повређено њихово право на породични живот, зато што створена породична веза није могла бити и правно потврђена. Наиме у матичним књигама нису могли променити детиње презиме без сагласности мужа подносиоце представке. Односно, њен муж требао је оспорити своје очинство (што је било немогуће, с обзиром да је непознато његово пребивалиште), због чега је захтев за упис биолошког оца (подносиоца представке) одбијен.

Суд је, у овом случају, истакао да се “породични живот” не своди искључиво на односе који се темеље на брачној вези и да може обухватати и друге *de facto* породичне везе у ситуацијама када појединци живе заједно, мада нису у браку. Затим је истакао да, иако, заједнички живот може представљати основ за такав однос, у неким случајевима и други чиниоци (рођење деце у овом случају) могу послужити као доказ да је однос у довољној мери константан да представља *de facto* породичну везу. Суд је постојање породичне везе између подносилаца представке и прихватио закључивши да је у конкретном случају постојала позитивна обавеза државе да правно обезбеди њено формирање.¹⁴ На тај начин Суд афирмишући генетску

¹³ Case of Kroon and Others v. the Netherlands, No. 18535/91 од 27. октобра 1994.

¹⁴ Како поједини аутори истичу, кроз праксу Суда показало се да су негативне обавезе «неадекватне да обезбеде ефикасно остваривање конвенцијских права» (D.J.Harris, M.O’Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Third edition, Oxford University Press 2014, 504). Управо је кроз његову јуриспруденцију превазиђен ранији приступ Суда, који се задовољавао чињеницом да је довољно да се држава уговорница уздржи од интервенције у гарантована права. У великој мери је замењен доктрином о постојању дужности државе да интервенише и предузима позитивне мере како би појединцима омогућила да ефикасно остваре своја права.

У немачкој литератури је о овој теми развијен појам «дужности заштите» (Schutzpflicht), али и један свеобухватан концепт «дужности поступања» (Gewährleistungspflicht), за које се сматра да представља полазну тачку у поимању онога што се на енглеском назива positive obligations (позитивне обавезе) према Конвенцији. Вид. Ch. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, Munchen -Wien 2003, 140, наведено према Д. Поповић, Постанак европског права људских права – есеј о судској креативности, Београд 2013, 206.

истину успостављено правило засновано на правној фикцији ставља у други план. Разлоге за доношење овакве одлуке темељи на мишљењу да поштовање права на породични живот захтева да биолошка и друштvena реалност надвладају правну претпоставку, која заправо у овом случају није користила никоме. Суд је закључио да развијена породична веза између подносилаца представке представља један породични однос који је имао континуитет, стабилност и посвећеност. Осим тога, истакао је и настојање актера тог односа да та веза буде и правно потврђене. Стога је, у конкретном случају и утврдио повреду права на породични живот подносилаца представке.

Ипак, судија Morenilla је у одлуци *Kroon* у издвојеном мишљењу, између осталог, истакао да се не слаже са ставом својих колега изнетим у овој одлуци. Сматрао је да се наметањем “позитивне обавезе” држави да призна право “природног” оца да оспори претпоставку очинства мужа мајке приоритет на тај начин даје биолошким везама.

У литератури се оправдано критикује афирмација биолошке истине уз образложење да може имати радикалне последице по судбину једног стабилног родитељског односа успостављеног на други начин, јер се отвара могућност његовог раскида и после низа година постојања.¹⁵ Опчињеност биолошком истином стога може поткопати темеље породице.¹⁶ Поставља се због тога питање ли у таквој ситуацији треба жртвовати породични мир у име биолошке истине чије откривање понекад може да пружи само интелектуално стерилну сатисфакцију.¹⁷ Генерални став за или против биолошке истине не може се ни заузети, већ то зависи од околности сваког случаја. У појединим ситуацијама наметањем овакве обавезе нарушава се породична хармонија што води дестабилизацији породице. Ипак, у неким другачијим околностима, признање породичне везе између биолошког оца и детета не води нужно уношењу конфузије у породицу. Тако нпр. у случају *Kroon* не треба затворити очи пред реалном ситуацијом, у којој је пребивалиште “правног оца” непознато, породична веза са њим никада није стварно успостављена, те је правна фикција у овом случају само празна љуштура и ипак сметња да један породични однос који истински постоји и правно буде установљен. Са друге стране биолошки отац *de facto* живи са дететом и остварује породичну везу, па је ова чињеница, као додатак крвној вези, определила Суд да у овом случају пружи заштиту породичном животу.

Ипак не може се рећи да је Суд у афирмацији генетске истине

¹⁵ З. Поњавић, 25.

¹⁶ Ibid, 24.

¹⁷ N. Coudoing, Les distinctions dans le droit de la filiation, tel.archives-ouvertes.fr/tel-00318797/document, наведено према З.Поњавић, 24.

доследан. То потврђује одлука у једном случају против Бугарске у којој је као и у Холандији, како је наведено, ограничена могућност биолошког оца да оспори претпоставку брачног очинства. Наиме, у случају *Chavdarov v. Bulgaria*¹⁸ подносилац представке живео је у ванбрачној вези са женом удатом за другог мушкарца. Из те ванбрачне заједнице, која је трајала тринаест година, подносилац представке и његова ванбрачна партнерка добили су троје деце, а према законској претпоставци у матичним књигама као отац је уписан муж мајке. Након што га је ванбрачна партнерка (мајка деце) напустила и започела живот са новим партнером, подносилац представке је живео сам са децом. Пред националним судом није могао оспорити ову законску претпоставку, па је немогућност да правно успостави своје очинство над троје деце сматрао повредом права на породични живот.

Према ставу Суда, године које је подносилац представке провео са својом бившом партнерком и троје деце која су рођена из те везе показују да они јесу породица. Он је са децом развио породичну везу, коју је настојао да учврсти и предузимањем корака који су, као додатак већ постојећој вези, имали за циљ и њено правно установљавање и превазилажење формалних препрека између њега и деце. Суд је даље навео да у регулисању питања очинства државе уговорнице имају широко “поље слободне процене”, јер је то област у којој се у обзир узимају различите моралне, етичке, друштвене и друге околности.¹⁹ Због тога, међу њима не постоји консензус ни по питању омогућавања биолошком оцу да оспори претпоставку очинства мужа мајке. У овом случају, по виђењу Суда, формирана породична веза између подносиоца представке и његове деце, није била угрожена ни по једном основу – ни од стране државе, ни од мајке, нити од законски уписаног оца. Истиче, надаље, да иако подносилац представке према националном закону није могао успоставити своје очинство, то га ипак не лишава могућности да оствари очинску везу

¹⁸ Case of *Chavdarov v. Bulgaria*, No. 3465/03 од 21. децембра 2010.

¹⁹ Јасно је из праксе Суда да међу државама уговорницама нема консензуса по питању утврђивања или оспоравања очинства. То је потврђено у случају *Rasmussen v. Denmark*, где је наведено:

Високе стране уговорнице уживају извесно унутрашње “поље слободне процене” код процене постојања или не постојања разлике у неким сличним ситуацијама, којима би се могао оправдати различит законски третман у ситуацијама утврђивања или оспоравања очинства. Ширина “поља слободне процене” разликује се од случаја до случаја, у зависности од суштине спора и историје целог случаја. У том смислу, један од релевантних чинилаца могло би бити постојање или непостојање заједничког основа међу законима држава уговорница. Упоредно испитивање закона високих страна уговорница којима се регулише поступак за утврђивање очинства показује да нема таквог заједничког основа и да је у већини њих правни положај мајке и правни положај мужа регулисан на различите начине.

са децом или да превазиђе практичне недостатке које носи одсуство такве везе. Конкретно, могао је поднети захтев за усвајање деце или пак, од надлежних социјалних служби захтевати да га поставе за старатеља малолетне деце. С обзиром да се он није користио овим могућностима које је имао на располагању, Суд сматра да се због његове пасивности држава не може сматрати одговорном. Уз то истиче и да су у оквиру националног законодавства, које не дозвољава могућност оспоравања претпоставке очинства мужа мајке, осигурани легитимни дечији интереси. Сходно томе, постигнута је правична равнотежа између интереса друштва и интереса појединца, па у овом случају није повређено право на породични живот.

Ипак, могло би се закључити да је оваква одлука Суда неутемељена и да потпуно негирање права биолошког оца на оспоравање очинства није без мане. Уколико се упореде одлуке у случајевима *Kroon* и *Chavdarov* јасна је, иако у различитим околностима, подједнако развијена породична веза учесника ових односа која би требало да ужива и правну заштиту. У случају *Kroon*, како је наведено, Суд је у том правцу и резонано признајући повреду права на породични живот подносилаца представке, наводећи да у ситуацијама када је успостављен породични живот, односно када постоји породична веза са дететом, држава у складу са позитивним обавезама мора деловати на начин да омогући да се те везе развијају и да уједно буду и правно заштићене.²⁰ Док у овом другом случају *Chavdarov* није напослетку тако и закључио, што указује на недоследност. Самим тим, констатација о афирмацији генетске истине ипак нема потпуно утемељење у пракси Суда, па би се могло закључити да се биолошкој истини не даје “слепа” предност у свим ситуацијама.

4. Породична стабилност заснована на законски установљеним везама и право на породични живот

Постојање крвне везе између детета и родитеља не представља само по себи породични живот, односно таква врста везе не генерише аутоматски породичну везу, нити стицање права на заштиту. При томе, свакако је допуштено позивање на крвно сродство као основ и полазну тачку за развијање и неговање једног породичног односа између родитеља и детета, па самим тим и доказивање породичног живота. Ипак, како та чињеница сама за себе није недовољна, самим тим није ни одлучујућа. Разматрају се наиме и друге околности,

²⁰ Case of Kroon and Others v. the Netherlands, §32; Case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg, No. 76240/01 од 28. јуна 2007, § 119; Case of Keegan v. Ireland, No бр.16969/90 од 26. маја 1994, §50.

додатни законски или фактички елементи, као што су емотивна и/или материјална повезаност између лица која траже заштиту. Релевантних случајева који поткрепљују овако изнету тврдњу има више.

Најпре, у случају *Nylund v. Finland*,²¹ Суд је утврдио да биолошка истина није у најбољем интересу детета. У овом случају подносилац представке се са мајком детета растао још док је она била у другом стању. Она се убрзо након тога удала и неколико месеци касније родила дете. Као отац детета, на основу правне претпоставке, уписан је њен муж. Предмет поступка у овом случају био је утврђивање очинства подносиоца представке са циљем раскида постојећих законски установљених породичних веза. Подносилац представке, као биолошки отац детета (што је уз дететов и његов обострани пристанак и доказано ДНК анализом) био је онемогућен да пред националним судом покрене поступак за утврђивање свог очинства. Тврдио је, да је на тај начин мајци омогућено да “легално киднапује дете”. Суд у овом случају сматра да се чл.8 не може тумачити једино на начин који обезбеђује заштиту већ установљеном породичном животу, већ се у извесним околностима може проширити и на потенцијалну везу која се може развити између биолошког оца и детета рођеног ван брака.²² Релевантни фактори који се при том узимају у обзир односе се на интересовање и посвећеност биолошког оца том односу, што у овом предмету није био случај. Подносилац представке, у ствари, није виђао дете, нити је са дететом формирао емотивну везу, стога није било основа да се потенцијалној вези пружи заштита права на породични живот. На тај начин је Суд, у овом случају, већу тежину дао интересу детета, имајући у виду стабилност породичних односа у којима оно живи, као и очувању тих односа, него интересу подносиоца представке да као биолошки отац оспори законску претпоставку. То потврђује изнет став да биолошка истина не значи нужно и правно признање очинства односно да искључиво постојање биолошке везе између родитеља и детета не подразумева постојање блиских личних веза које се могу подвести у оквир појма “породични живот”. У сваком случају полазна тачка је најбољи интерес детета, јер како је Суд

²¹ Case of *Nylund v. Finland*, No. 27110/95 од 29. јуна 1999.

²² Видети и друге одлуке у којима је Суд “намераваном” породичном животу, односно потенцијалној породичној вези пружио заштиту, нпр. Case of *Keegan v. Ireland*, No. 16969/90 од 26. маја 1994., Case of *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, No. 9214/80; 9473/81; 9474/81 од 28. маја 1985, Case of *Anayo v. Germany*, No. 20578/07 од 21. децембар 2010.

навео у одлуци *Keegan v. Ireland*²³ право на поштовање породичног живота се не може тумачити толико широко да обухвата право да се жеље биолошког оца ставе изнад интереса детета.²⁴

Стабилности породице је тако уступљена предност у односу на биолошку истину и у случају *Kautzor v. Germany*.²⁵ Подносилац

²³ Case of Keegan v. Ireland, No бр.16969/90 од 26. маја 1994, §47. Осим тога, одлука Keegan може послужити и као потврда друге изнете тврдње која се односи на недоследност Суда. Овде недоследност добија на значају, јер је управо у одлуци Keegan вези која тежи породичном животу Суд пружио заштиту. Наиме, Суд је у овом случају утврдио да се однос подносиоца представке и мајке детета, иако касније раскинут и ометен супротстављеним интересима, може подвести под категорију породичног живота. Уз то, што је још значајније сматра и да је дете рођено из такве везе самим тим део тог односа, па онда и између њега и његових родитеља постоји породични живот, и то упркос чињеници што они у време дететовог рођења нису живели заједно. Следи, како је Суд навео, да је од момента дететовог рођења постојала веза између подносиоца представке и његове кћерке, која је имала особине породичног живота. То је у случају Keegan било одлучујуће и за остварење осталих права ванбрачног оца који није желео да дозволи усвајање свог детета и самим тим осујети намеру дететове мајке. Суд је са тим у вези закључио да је тајно давање детета на усвајање непосредно после рођења без знања или сагласности подносиоца представке представљало мешање у његово право на породични живот. То, не само да је угрозило развој породичних веза подносиоца представке и детета, већ је покренуло и процес који је имао све изгледе да буде неповратан, чиме је подносилац представке стављен у битно подређени положај у своме надметању за старатељство над дететом са будућим усвојитељима. Определивши се за овакав закључак у одлуци Keegan v. Ireland, Суд је у отворио врата да у ревидирану Конвенцију о усвојењу деце пристанак на усвојење треба дати не само брачни већ и ванбрачни отац детета. Вид. European Convention on the Adoption of Children (Revised), чл.5/1(а), доступна на <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/202.htm>, 20.09.2015.

²⁴ На исти начин, дајући у складу са поменутих врховним принципом “најбољег интереса детета” предност правној претпоставци, а самим тим и социолошком, а не биолошком родитељству, Суд је резонувао и у случају *İyilik v. Turkey*, No. 2899/05 од 6. децембра 2011. При том, подносилац представке је био у неповољнијем положају од подносиоца из претходног случаја *Nylund* из разлога што његова законом призната ћерка није дала пристанак да се подвргне ДНК анализи, те он није имао доказе да није њен биолошки отац. Суд је утврдио да су одсуство ћеркине жеље да утврди биолошку истину, у комбинацији са протеклом времена, чињеница које иде у корист интереса ћерке да не буде лишена законски узстановљеног очинства подносиоца представке. Тако је између претпоставке очинства и могућности да се утврди биолошка реалност, опредељујући се за интерес детета предност дата првој, па је Суд утврдио да није повређено право на породични живот подносиоца представке. Ипак, морамо истаћи да је у одлуци *İyilik*, Суд штитећи интерес детета занемарио врло важну чињеницу, да је дете, чији је интерес тангиран и на који се Суд у својој одлуци ослања, постало пунолетно. То не значи, при том, да је требала бити донета другачија одлука, већ да је требало више пажње посветити интересима сваке стране, односно постизању равнотеже међу њима. Осим тога, како је у издвојеном мишљењу вове одлуке навео судија Keller, подносилац никада није имао никакав емотивни однос, нити развијену породичну везу са својим “путативном” ћерком, а овај фактор је од стране Суда игнорисан. Чињеница је да се правном фикцијом родитељски однос дугорочно штити, али исто тако је јасна и чињеница да однос детета и родитеља у овом случају нема никакву садржину, већ се и овде може окарактерисати као празна лужтура, што додатно слаби моћ ове претпоставке.

²⁵ Case of Kautzor v. Germany, No. 23338/09 од 22. марта 2012.

представке је претпостављао да је он биолошки отац ћерке, коју је родила његова бивша супруга, Д. Она живи са новим партнером (Е.), који је признао очинство над девојцом. Доцније су се Д. и Е. венчали и добили двоје деце. Подносилац представке је настојао да призна очинство и са тим циљем је покренуо поступак, истовремено оспоравајући уписано очинство. Национални суд је по спроведеном поступку одбио захтев подносиоца представке, а своју одлуку образложио већ установљеним друштвеним и породичним односом који је постојао између детета и њеног законског оца (Е.). У овом случају се правно установљено очинство мушкарца Е, иако није био биолошки отац детета, поклопило са његовом социјалном улогом.

Како је у овом случају наведено непостојање консензуса по питању оспоравања правног очинства од стране биолошког оца омогућава широко “поље слободне процене” државама уговорницама. Мишљење је Суда да у складу са тим принципом за тумачење Конвенције и треба донети одлуку у случају *Kautzor*. Наиме, чл.8 не намеће државама уговорницама обавезу да потенцијалном биолошком оцу у потпуности забране да оспорава утврђено правно очинство детета. Истовремено, не постоји њихова обавеза ни да у сваком случају морају дозволити биолошком оцу да оспори статус правног оца. Из тога даље следи да државе онда не морају обезбедити ни посебне услове који би за циљ имали успостављање биолошког очинства. Такође, како је Суд у овом случају истакао чл.8 се не може тумачити ни као наметање обавезе државама уговорницама да обезбеде биолошком оцу могућност да успостави везу са својим дететом, нарочито рецимо омогућавањем права на контакт.²⁶ Таква обавеза не произилази ни из праксе Суда.²⁷ Ипак, чини се да оно што јесте обавеза, у сваком случају који је везан за дете, па и када је установљивање правне везе са биолошким оцем, његов најбољи интерес мора бити од превасходног значаја. У случају *Kautzor*, управо је у складу са овим врховним принципом превласт дата постојећим породичним односима који постоје између детета и његових законских родитеља, што је најјачало интерес биолошког оца. Без обзира што однос између детета и подносиоца представке, није имао одређену форму, која је некада довољан предуслов да Суд закључи да породични живот постоји, спорна је у овом случају била његова садржина, јер осим правне везе која је недостајала, није постојала ни стварна веза у смислу блискости и развијених породичних односа, које су саставни елемент породичног живота. Подносилац представке у ствари никада није живео са дететом, па Суд, због тога, у овом случају

²⁶ Case of *Kautzor v. Germany*, §76.

²⁷ Case of *Kautzor v. Germany*, §77.

испред биолошке истине ставио друштвену realност и stabilност породичних veza и установио да није повређено подносиочево право на породични живот. Тиме је доказао да је потпуно јасно да су за породицу биолошке везе од великог значаја, али да је за постојање породичне блискости и развијање породичних veza које могу уживати заштиту под окриљем права на породични живот потребно и нешто више од тога.²⁸

Како генетска веза није за Суд увек одлучујућа чињеница на основу које ће пружити заштиту породичног живота, он јој даје предност у једном ограниченом виду, па није увек чинилац који га опредељује да установи да породични живот између одређених лица постоји и да га сходно томе треба и заштити. Као што присуство ове везе између родитеља и детета не подразумева аутоматски породични живот, ни одсуство такве везе не подразумева нужно не потпадање у оквир појма породични живот. Суд у својим одлукама јасно наводи да појам породичног живота укључује и друге везе и односе и не ограничава се на оне који су по својој природи биолошки засновани. То је и потврдио у својим одлукама, истичући да породични живот може постојати и без крвног сродства. Тако је *X,Y,Z v. The United Kingdom*²⁹ заправо редак пример у пракси Суда, где је утврђено да породични живот постоји међу лицима која нису крвно повезана. У овом случају подносилац представке је транссексуалац који је променио пол из женског у мушки, али му није дозвољено да у матичне књиге буде уписан као отац детета које је његова партнерка родила, а које је зачето поступком вештачке оплодње спермом непознатог донора. Суд је у овом случају најпре подсетио да појам

²⁸ Сличан са случајем *Kautzor* у једној мери је *Ahrens v. Germany* (No. 45071/09 од 22. март 2012.) у којем је подносилац представке тврдио да је повређено његово право на породични живот због немогућности да пред националним судом оспори правно очинство детета које је сматрао својим. Суд је у овом случају закључио да однос подносиоца представке са дететом не потпада у оквир породичног живота, без обзира на постојање крвне везе. Истичући врхунски значај принципа најбољег интереса детета, Суд је опет навео да у зависности од природе и карактера односа он може однети превагу над интересима родитеља. Мотиви Суда су ту сасвим јасни, па у судским одлукама у којима се кофронтирају права родитеља и детета, интереси детета морају превладати. То онда неминовно води ограничењу права на породични живот једног или оба родитеља. Ослоњен на принцип најбољег интереса детета Суд је сматрао да је у управу у складу са тим интересом од значаја очување породичне заједнице у којој је дете живело са мајком и њеним партнером (који је уз њену сагласност и уписан као отац детета) и где су социјалне и породичне везе већ биле формиране. Другим речима, интереси генетског оца нису превагнули над стабилношћу постојећег породичног односа. Тако да одлука националног суда да не дозволи биолошком оцу да оспори очинство спада у оквир поља слободне процене државе, које је у овим питањима веома широко обзиром на, како је већ истакнуто, недостатак консензуса. Овај принцип тумачења Конвенције послужио је као димна завеса да се иза ње закљони решеност државе да се у овом случају сачува породица у којој дете живи.

²⁹ *Case of X,Y,Z v. The United Kingdom*, No. 21830/93 од 22. априла 1997.

“породични живот” у смислу чл.8 није ограничен једино на породице засноване закључењем брака, већ може обухватити и друге *de facto* везе. Истакао је затим да приликом одлучивања да ли се неки однос може подвести под појам породични живот, морају се имати у виду и различите околности, од којих се издваја најпре заједнички живот партнера, затим дужина трајања тог односа, начин на који исказују посвећеност том односу, при чему заједничка деца могу бити један од показатеља у том смислу, али се то може исказати и на други начин. Узимајући у обзир ове елементе, Суд је у случају X,Y,Z утврдио да се веза успостављена између подносиоца представке, његове партнерке и детета може подвести под појам “породичног живота”. Релевантне околности на основу којих је Суд извео овакав закључак односе се квалитет установљених породичних веза, односно чињеницу да овај пар живи заједно више од 10 година, да је подносилац представке од почетка учествовао у поступку добијања дозволе за вештачку оплодњу, као и да касније према детету понашао као отац. Међутим, као што ни крвна веза сама за себе није довољна да Суд закључи да породични однос постоји и да заслужује заштиту, ни фактор “друштвене реалности” Суд не прихвата као основни критеријум у установљењу породичног живота, већ тражи чвршћи основ. Разлог је свакако што се искључиво везивање за друштвену реалност може сматрати врло несигурним.

5. Закључак

Презентовани случајеви из праксе Суд упућују на закључак да се у контексту заштите права на породични живот он изричито не опредељује нити за законски установљене везе, нити за оне које су засноване на биолошкој истини. Са једне стране, претпоставка као законска конструкција има своју снагу и као социолошка категорија опстаје зарад очувања породичних веза и одржања правне извесности и по том основу већ успостављеним породичним везама. Са друге стране, осим што утврђивање биолошке истине може у неким ситуацијама значити и дестабилизацију породице и породичног живота, истовремено не треба занемарити могућност развијања породичних веза управо по том основу. Језичак на тасу ваге је увек најбољи интерес детета.

Sanda Ćorac, LL.M.

PhD student

University of Kragujevac Faculty of Law

BIOLOGICAL TRUTH *VERSUS* LEGALLY ESTABLISHED CONNECTION IN THE CONTEXT OF PROTECTION OF THE RIGHT TO FAMILY LIFE

Summary

The question of determining the origin of the child in relation to his parents about the importance of genetic truth has for the individual, found a place for consideration in the decisions of the European Court of Human Rights (Court), which is interpreted in the context of the right to family life. In addition, the right to family life also protected the legally established connection between parent and child. The paper highlighted weighing of Court between those two values (the biological truth and legally established connection) in the context of the right to family life. Court in each case is guided by the principle of the best interests of the child, which is especially seen as the measure of all decisions related to the child, but that because of its vagueness leads to different outcomes in cases of protection of the right to family life.

Presented cases in this paper suggest that in the context of the right to family life, the Court explicitly destine nor for legally established connections, nor for those that are based on the biological truth. On the one hand as a legal presumption construction has its strength as a sociological category survives for the sake of maintaining family connections and maintaining legal certainty and on that basis already established family ties. At the same time we should not neglect the fact that in addition to determining the biological truth may in some cases mean the destabilization of the family and family life, at the same time we should not ignore the possibility of developing family ties on this basis.

Key words: biological origin of the child, legally established connection between parent and child, the right to family life, the European Court of Human Rights

SUVERENITET KAO KATEGORIJA MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA

Apstrakt

Suverenitet predstavlja pitanje čiji se teoretski i praktični aspekti razmatranja uglavnom vezuju za međunarodno javno pravo i međunarodne odnose, kao naučnih disciplina. Ovaj rad pokušava da izađe iz tog "tradicionalnog – standarda", otvarajući i otkrivajući moguće relacije pomenute političko-pravne kategorije sa "novim" pravno-teoretskim "okruženjem" – međunarodnim privatnim pravom. U radu se ne iskazuju neka posebna očekivanja niti pretenzije za dokazivanjem da pomenut institut predstavlja dominantnu kategoriju međunarodnog privatnog prava, ali se čini napor da se ukaže na postojanje određene relacije između njih. Suverenitet čini ono što se može nazvati "diskretnom" odrednicom u regulisanju predmeta međunarodnog privatnog prava, na kojoj se temelji sam nastanak ove naučne discipline i nadgrađuju njeni ključni principi i rešenja. On predstavlja ono što se istovremeno javlja i kao prepreka ali i kao smernica, pa i kao svojevrsni "stimulans" u traženju "pouzdatih i održivih" rešenja u ovoj pravnoj oblasti. Činjenica da teorija međunarodnog privatnog prava ne posvećuje neposrednu pažnju ovom odnosu ne utiče mnogo na činjenični sklop odnosa, ali zato ukazuje na potrebu otvaranja teoretskog prostora za drugačije načine promišljanja.

Ključne reči: *suverenitet, teritorijalni integritet, koliziorna norma, tačke vezivanja, ustanove međunarodnog privatnog prava*

1. Uvod

Suverenitet kao ekskluzivna³ odrednica države, a sa njim i teritorijalni integritet, predstavlja kategoriju koja se ne nalazi u fokusu neposrednog teoretskog i praktičnog interesovanja međunarodnog

¹ Docent na Fakultetu za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkić Novi Sad, Univerzitet Union Beograd; mail:bozidar.jelicic@gmail.com

² Asistent na Fakultetu za pravne i poslovne studije dr Lazar Vrkić Novi Sad, Univerzitet Union Beograd.

³ R. Etinski, S. Đurić, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad 2014, 593.

privatnog prava. Letimičan uvid u predmetni opus ove naučne discipline to najbolje pokazuje. U kakvom se, onda, obliku ova politička i pravna odrednica države javlja u materiji međunarodnog privatnog prava? Odgovor na ovo pitanje zahteva dubiozniji pristup, pristup koji će izaći iz standardnog okvira proučavanja predmetne materije ove naučne discipline i ući u relacije društvenih odnosa i pravno-političkih interesa koji su na neposredan ili posredan način ugrađeni u postojeća rešenja u materiji privatnopravnog karaktera sa elementom inostranosti ili su odredili pravce kretanja tih rešenja. Praktično, takav pristup nam otkriva ono što bi predstavljalo i odgovor na gore postavljeno pitanje. Suverenitet ili suverenost je kategorija koja je na suštinski način odredila ili određuje "sudbinu" brojnih rešenja u međunarodnom privatnom pravu, počevši od prvog koraka koji je učinjen u pravcu izgradnje savremenog međunarodnog privatnog prava, pa sve do najaktuelnijih rešenja u ovoj oblasti. Faktički, prvi iskorak ka nastanku savremenog međunarodnog privatnog prava, učinjen je u momentu kada su i teorija i praksa shvatile da se pitanja privatnopravnog karaktera sa elementom inostranosti ne mogu uspešno regulisati ukoliko se princip suvereniteta ne zameni principom suverene jednakosti država i, u skladu sa tim, isključiva primena teritorijalnog statuta ne dopuni mogućnošću primene personalnog statuta. Taj "revolucionaran i vizionarski" korak, koji su učinili predstavnici Holandske škole statuta označili su i početak procesa izgradnje međunarodnog privatnog prava koje danas poznajemo.⁴ Naravno, to ne znači da je princip zvani "suverenitet" u materiji međunarodnog privatnog prava stvar prošlosti. On je duboko ugrađen u brojna rešenja koja se odnose ne ovu materiju i kreću se od onih koja i dalje predstavljaju ogromnu prepreku u pronalaženju novih oblika odnosa, kao što je to slučaj sa jačanjem demokratskog kapaciteta država u oblasti prava stranaca, do onih koji u svom negativnom "naboju" sadrže i pretpostavku prihvatanja određenih rešenja, po principu "nužnog zla", kao što je to slučaj sa međunarodnim javnim poretom. Imajući sve to u vidu, u ovom radu pokušaćemo da ostvarimo neki uvid u navedena pitanja i osvetlimo oblike prisustva i uticaja principa suvereniteta na njih.

2. Šta je suverenitet?

Šta je suverenitet? To je pitanje na koje se daju različiti, ali međusobno dosta slični odgovori. Za naš rad odgovor na ovo pitanje nije od presudnog značaja, ali je neophodan radi preciziranja osnovnog okvira mogućeg dimenzioniranja načina razmišljanja na temu koju rad postavlja u centar svoje pažnje.

⁴ V. T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, 241-243; M. Ročkomanovć, *Međunarodno privatno pravo*, Niš 2012, 32-33.

Suverenitet je izraz francuskog porekla (*souveraineté*) koji u svom osnovnom izvornom obliku znači vrhovnu vlast, neograničenu vlast, potpunu državnu nezavisnost.⁵ U tom nekom smislu kontekstu nalaze se i druge definicije. Tako S. Avramov i M. Kreća suverenitet određuju kao vrhovnu vlast "nad državnom teritorijom i stanovništvom nezavisne od ma koje druge vlasti, ograničene pravilima međunarodnog prava"⁶. B. Janković i Z. Radivojević ga definišu kao "pravo držve na nezavisno od spoljnog mešanja u njene unutrašnje stvari"⁷, a R. Etinski kao pojma kojim se označava "pravna autonomnost u unutrašnjim odnosima i međunarodnopravna neposrednost, odnosno neposredan kontakt između države i međunarodnog prava",⁸ odnosno kao "ukupnost pravnih mogućnosti jedne teritorijalizovane nezavisne političke zajednice".⁹ Sličnu polaznu osnovu srećemo i u određenju u Enciklopediji političke kulture u kome se kaže da "Suverenost predstavlja svojstvo državne vlasti po kome je ona najviša vlast na području određene države"¹⁰. Inače, sastavni deo ovog određenja čini i tumačenje izraza "najviša vlast". Prema njemu, navedeni izraz ima dva značenja. Prvo, da je reč o državnoj vlasti koja je nezavisna od svih drugih vlasti, što ujedno predstavlja i međunarodnopravni sadržaj pojma suverenosti. I drugo, da se radi o vrhovnoj vlasti, vlasti kojoj su sve druge vlasti podređene, što čini državnoopravni sadržaj pojma suverenosti.¹¹

Sva ova pojmovna određenja u svom "osnovnom" značenju navode nas na dva pravca zaključivanja. Prvo, da je reč pravno-političkom sadržaju koji se tiče domena odnosa između država. Praktično, to je kategorija koja gubi svoj smisao "postojanja" izvan tog odnosa. Zbog toga i nije slučajno što se suverenitet veoma često izjednačava sa nezavisnošću, ili se nezavisnost tretira kao osnovni atribut suvereniteta.¹² Drugo, što neposredno i logično sledi iz prethodnog, to je da je reč o kategoriji koja se predmetno vezuje za međunarodno javno pravo, međunarodne odnose ili druge naučne discipline sa sličnom predmetnom orijentacijom. Kakva je uloga i kakvo mesto, onda, suverenitet zauzima u međunarodnom privatnom pravu? Letimičnim uvidom u predmet međunarodnog privatnog prava, bilo kao pozitivno-pravne discipline bilo kao grane pravne nauke, može se konstatovati da se suverenitet ne

⁵ M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1975, 917.

⁶ S. Avramov, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2003, 94.

⁷ B. Janković, Z. Radivojević, *Međunarodno javno pravo*, Niš 1995, 124.

⁸ R. Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, 2004, 90.

⁹ *Ibid.*, 378

¹⁰ *Enciklopedija političke kulture*, Beograd 1993, 1134.

¹¹ *Ibid.*, 1134-1135.

¹² R. Etinski, 90.

iskazuje kao predmet njegovog neposrednog interesovanja. Očigledno, njegovo se prisustvo izražava u "pojavnim" oblicima koji nemaju predmetnu transparentnost, ali se osećaju u sferi konkretnih rešenja, kao svojevrsna "siva eminencija" njihovog kreiranja. U tom smislu, nezaobilazan je sadržaj koncepta tzv. "relativne suverenosti"¹³ kao polazne pozicije u nastanku savremenog međunarodnog privatnog prava i odlučujućeg činioca koji je svojim temeljnim principom, zasnovanim na pravno - političkom konceptu na relaciji vlast – teritorija – građanin, ugrađen u brojna pravna rešenja ove naučne discipline. Takođe, ništa manje nije značajan ni izraz "suverenitet i teritorijalni integritet" jer on na "slikovit" način iskazuje suštinu navedenog odnosa, odnosa vlasti i prostora na kojoj se ona ostvaruje, a koji čini bit suvereniteta. Iako nam nam na prvi pogled sam izraz zvuči kao svojevrsni pleonazam, jer je vlast neodvojiva od teritorije i stanovništva koje tamo živi, ipak naglašavanje "teritorijalnog integriteta" ima svog smisla jer to ukazuje da teritorija kao bitna odrednica državnosti ima i svoju izvesnu "autonomnost" u odnosu na suverenitet. Praktično, očuvanje teritorijalnog integriteta u osnovi znači i očuvanje "integriteta" suverenosti.

3. Suverenitet kao istorijska komponenta savremenog Međunarodnog privatnog prava

Suverenitet predstavlja jednu od glavnih odrednica koja je trasirala put istorijskog razvoja međunarodnog privatnog prava. To se odnosi, kao što smo u ranijem izlaganju to već napomenuli, kako na razvojni koncept rešenja u ovoj oblasti, tako i na samo uobličavanje savremenog međunarodnog privatnog prava. Reč je o uticaju koji je bio na nivou prepoznatljivog "kriterijuma", ali u okviru onoga što možemo nazvati "diskretnom" odrednicom kreiranja rešenja. Inače, iako se na prvi pogled taj odnos čini prilično jednostavnim, mora se naglasiti da je on proizvod veoma složenih društveno-istorijskih i političkih razvojnih procesa koji su se pre svega kretali u domenu odnosa država – njihovih vlastodržaca, prema fenomenu suvereniteta.¹⁴ Naravno, ovde ne treba zanemariti ni snažan uticaj teorije počevši od Bodena¹⁵, za koga se vezuju začeci teorije savremenog shvatanja suverenosti što je kasnije podržano i od H. Grocijusa, Pufendorfa i drugih, koja je trasirala pravac zamene koncepta *neograničenog suvereniteta* njegovom "amortizovanom" varijantom, tzv. *ograničenim suverenitetom*, prožetim shvatanjem i razumevanjem

¹³ V. Đ. Ninčić, *Problem suverenosti u Povelji i praksi Ujedinjenih nacija*, Beograd 1967, 19-26.

¹⁴ V. *Ibid.*, 12-16.

¹⁵ V. J. Boden, *The Six Books of a Commonweale*, Harvard University Press, 1962.

potrebe za usklađivanjem suverenosti, kao pretpostavke za funkcionisanje međunarodne zajednice.¹⁶

Prateći tok istorijskog razvoja materije međunarodnog privatnog prava, pre svega u odnosu na temeljno pitanje – izbor merodavnog prava za regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, uočava se jedna pravilnost. Rešenje ključne "dileme" – teritorijalni ili personalni princip u izboru merodavnog prava za regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, bilo je direktno uzrokovano odnosom država i vlastodržaca prema suverenosti u datim društveno-istorijskom uslovima. U skladu sa tim, istorijski razvoj međunarodnog privatnog prava beleži praksu isključive primene teritorijalnog principa u uslovima primene koncepta tzv. *neograničenog suvereniteta*, te njegove zamene personalnim principom u fazi prihvatanja i primene tzv. koncepta *ograničenog suvereniteta*. Sličnu situaciju srećemo i u oblasti priznanja i izvršenja stranih odluka, kao i u domenu privatnih prava stranaca. Naravno, ne treba izgubiti iz vida da je ovde reč o korelaciji, o uzajamno-posledičnim odnosima, a ne samo o jednosmernom uticaju suvereniteta na "odabir" odgovarajućih rešenja. Intenziviranje veza između država, jačanje ekonomskih, komunikacionih i dugih veza između njih, a sa tim i privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, spontano je nametnulo potrebu traženja pravih rešenja u ovoj sferi pravnih odnosa. Suverenitet se u takvim uslovima pokazao kao ozbiljna prepreka u ostvarivanju ekonomske i pravne komunikacije između država, te je sam proces traženja rešenja zahtevao, "zaobilaženje" pomenute prepreke. U takvim uslovima, "ključ" rešenja je bio u omekšavanju shvatanja i odnosa prema suverenitetu kao osnovnom atributu jedne države i njene vlasti. Praktično, taj povratni uticaj koji se javio kao rezultat realnih interesa države, doveo je do toga da suverenitet "ustupi mesto" suverenoj jednakosti država. To je praktično bio onaj deo "slagalice" koji je nedostajao da bi se stvorili uslovi za nastanak savremenog međunarodnog privatnog prava. Ukoliko pokušamo da to projektujemo na konkretne društveno-istorijske uslove, možemo da identifikujemo dve faze u istorijskom razvoju međunarodnog privatnog prava. Prva faza je period u kome dominira teritorijalni princip u izboru merodavnog prava za regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti i koji možemo vezati za period do Holandske škole statuta, odnosno do XVII veka. I druga faza koja se vezuje za primenu personalnog principa, a počinje kao proizvod "ponuđenih" rešenja navedene Škole statuta, usvajajući mogućnost i praksu primene stranog prava u rešavanju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Ova druga faza predstavlja ono što danas nazivamo savremeno međunarodno privatno pravo.

¹⁶ V. Đ. Ninčić, 11-26.

4. Suverenost kao bitna odrednica normi i ustanova Međunarodnog privatnog prava

Već smo naglasili da je suverenitet bio i ostao prateća kreativna odrednica ne samo procesa nastanka savremenog međunarodnog privatnog prava, već i njenih brojnih sadržajnih aspekata – rešenja i instituta. Naravno kad ovo kažemo ne mislimo na formalno kreiranje odnosa u kome se suverenitet pojavljuje kao "vidljiv" kreativan element tih odnosa. On čini onu pretpostavljenu poziciju od koje je pošao donosioc zakonskog rešenja – znači zakonodavac, prilikom normativnog uobličavanja određenog privatnopravnog odnosa sa elementom inostranosti. Praktično, pitanje suvereniteta se u ovoj fazi javlja u "dva oblika". U prvom slučaju, to su rešenja koja u sebi već "sadrže" element zaštite suverenosti. Znači reč je o nečemu mnogo ranije "promišljenom i proverenom" sa aspekta "opšte svrhe" – a to je zaštita suverenih prava i interesa subjekta koji vrši pravno uobličavanje jednog privatnopravnog odnosa sa elementom inostranosti. U drugom slučaju, reč je o samoj nameri zakonodavca da izborom određene pravne norme izvrši zaštitu svog suvereniteta. Imajući ovo u vidu, možemo slobodno reći da navedeni proces normiranja navedenih pravnih odnosa, ustvari, predstavlja svojevrsno "prevođenje" zaštite suvereniteta sa opšteg – potencijalnog nivoa, na konkretan nacionalni nivo zaštite.

Pored gore navedenog načina zaštite suvereniteta koji kao sastavni deo norme – kolizione norme – ostvaruje taj cilj na "pravno kreativan način", u međunarodnom privatnom pravu postoje i normativna rešenja koja služe za "naknadnu" korekciju potencijalno moguće situacije ugrožavanja principa suverenosti a vezano za slučaj da se "prva linija odbrane" nije pokazala dovoljno efikasnom za ostvarenje tog cilja. Međutim ustanovama posebno mesto pripada međunarodnom javnom poretku, kao i institutu reciprociteta i retorizije.

4.1. Prisustvo principa suverenosti u rešenjima kolizionih normi

Kao što je poznato kolizione norme predstavljaju specifična pravna pravila koja služe za izbor merodavnog prava (zakona) koji će se primeniti u regulisanju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Praktično, ona se ovde pojavljuje u ulozi pravnog sredstva koje daje odgovor na pitanje da li će se u konkretnom slučaju primeniti strano ili domaće pravo. Na prvi pogled, razrešenje date dileme izgleda prilično jednostavno. Međutim, sam proces dolaženja do tog i takvog rešenja morao je da pređe dug put "sazrevanja", koje je pre svega podrazumevalo izlaženje iz tradicionalnog shvatanja suvereniteta i njegove zamene principom suverene jednakosti država. Kao što se može videti taj proces se poklapa sa procesom izgradnje savremenog međunarodnog privatnog prava.

Drugo se pitanje vezuje za sam predmetni koncept i način njegovog regulisanja koji zagovara koliziorna norma. U zavisnosti od toga na koji način koliziorna norma ostvaruje taj svoj osnovni cilj razlikuju se različite vrste kolizionih.¹⁷ U našem slučaju pažnju privlače "kumulativne" kolizione norme. Reč je o normama koje predviđaju primenu zakona dve ili više država kumulativno.¹⁸ Ono što ovde privlači posebnu pažnju, posmatrano iz ugla suvereniteta, predstavlja pitanje vezano za izbor vrste kumulacije koja će se u datom slučaju primeniti. Samo opredeljenje za primenu određene kumulacije – obične ili distributivne, otvara pitanje poštovanja/narušavanja principa suverene jednakosti država¹⁹ i, u vezi sa tim, traženje rešenja koje izbegava navedenu zamku. Ovaj problem je posebno izražen u slučajevima izbora merodavnog prava za materijalne uslove sklapanja braka, a vezano za razrešenje problema dvostranih (apsolutnih) bračnih smetnji.²⁰ Naime, u ovakvim situacijama distributivna kumulacija, kojoj su inače države naklonjenije jer obezbeđuje kontrolu država nad statusom svojih državljana, te predstavlja garant poštovanja nekih elemenata "personalnog suvereniteta" države, ne pokazuje se kao pogodno rešenje. Logičan "izlaz" iz takve situacije bila bi primena obične kumulacije. Međutim, njena primena bi značila istovremeno i udaljavanje od poštovanja principa suverene jednakosti država, jer on nije svojstven ovom tipu kumulacije. Zbog toga, države ove situacije razrešavaju primenom *lex forija*, koji u ovim prilikama ima funkciju javnog poretka u užem domenu.²¹

Međutim, ono što se u vezi problema koji nas zanima posebno nameće, to je njegovo manifestovanje u delu strukture kolizione norme koja se odnosi na tačku vezivanja, kao najznačajnijem njenom strukturnom elementu koji određuje ono što njen osnovni zadatak, a to je upućivanje na merodavno materijalno pravo. U skladu sa tim, u narednom izlaganju pokušaćemo da ostvarimo uvid u relacije koje postoje između tačke vezivanja i predmeta našeg interesovanja – suverenosti.

4.1.1. Tačke vezivanja

Na samom početku moramo napomenuti da predmet naše obrade neće biti sve tačke vezivanja, jer za tim i nema potrebe. Uostalom, sve one i ne "sadrže" predmetni odnos koji je svrha našeg interesovanja. Inače, posmatrano iz ugla našeg interesovanja, tačke vezivanja mogu

¹⁷ V. T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 96-98; M. Ročkomanović, 168-170; i dr.

¹⁸ M. Ročkomanović, 170.

¹⁹ T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 290-294.

²⁰ *Ibid.*, 293.

²¹ *Ibid.*, 294

da imaju dva pristupna aspekta. S jedne strane, sam njihov nastanak je vezan sa realnom težnjom njihovih tvoraca da se pronade rešenje koje će ispuniti glavni zadatak - očuvanje njihovih vitalnih interesa koji se u svojoj osnovi svode na suverenitet, ili efekata povezanih sa suverenitetom, poput suverene jednakosti država. I drugo, to je činjenica da se one kao odlučujuća okolnost u odabiru merodavnog prava i danas koriste radi zaštite suverenih prava njenih donosioca. Imajući ovo u vidu, na ovom mestu pomenućemo državljanstvo (*lex nationalis*), domicil (*lex domicilli*), boravište (uobičajeno), mesto nalaženja stvari (*lex rei sitae*) i *lex fori*.

4.1.2. Državljanstvo, domicil, boravište (uobičajeno)²²

Državljanstvo, domicil i boravište (uobičajeno)²³ predstavljaju tačke vezivanja koje čine "suštinu ili konkretizaciju" personalnog principa u izboru merodavnog prava za regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Drugim rečima, oni predstavljaju opredmećenje opredeljenja država da se u regulisanju navedenih privatnopravnih odnosa može primeniti strano pravo - *lex nationalis*, *lex domicilli* ili zakon boravišta (uobičajenog) i samim tim, izvrši zamena principa neograničenog suvereniteta principom suverene jednakosti država. Praktično to su tačke vezivanja na kojima se, između ostalog, temelji savremeni koncept međunarodnog prava. U kojoj meri one danas čine podršku principu suvereniteta država predstavlja pitanje koje zahteva posebnu analizu politike nacionalnih zakonodavaca. Ono što se na prvi pogled može zaključiti, to je da sigurno postoje dobri razlozi koji podržavaju pozitivan odgovor na postavljeno pitanje. U prilog tome najbolje govori ranije navedena definicija suvereniteta S. Avramov i M. Kreće, a prema kojoj on predstavlja vrhovnu vlast ne samo nad teritorijom već i nad stanovništvom jedne države. Ostvarivanje ovako definisanog suvereniteta – teritorijalnog i personalnog, u slučaju privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, nesumnjivo se može zasnivati na primeni ovih tačaka vezivanja. Naravno, u praksi se retko sreću objašnjenja koja ukazuju na tu činjenicu, ali se iz obrazloženja koja se običnu daju može se zaključiti da je reč o materijalizaciji našeg tumačenja.

²² V. M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo - opšti deo*, Sl. glasnik, 2008, 85-119; M. Ročkomanovć, 173-180; i dr.

²³ Uobičajeno (redovno) boravište predstavlja izraz nemačkog porekla i koristi se za označavanje boravka na jednom mestu u dužem periodu (npr. dužeg od 90 dana, ali ne i neprekidno). Iako postoji opasnost da se ovaj izraz poistoveti sa izrazom "prebivalište", on se koristi kako bi se napravila distinkcija u odnosu na trenutno – vremenski kraće, boravište. Drugim rečima, neko meože imati boravište i van uobičajenog boravišta (Npr. neko može imati uobičajeno boravište u Nišu, ali istovremeno može boraviti na kraće vreme u Vranju i plaćati boravišnu taksu).

4.1.3. Mesto nalaženja stvari

Mesto nalaženja stvari predstavlja tačku vezivanja čija je, nesumnjivo, "osnovna funkcija" da zaštiti suverenost države na čijoj se teritoriji nalazi nepokretnost. Na posredan način, putem primene principa reciprociteta, njegova primena obezbeđuje zaštitu suverenih prava i države koja ga primenjuje. Oko toga očigledno postoji nepodeljeno mišljenje u teoriji međunarodnog privatnog prava. To uostalom proizilazi i iz samog predmeta na koji se odnosi i pravnog koncepta regulisanja određenih odnosa u vezi sa njim. Mesto nalaženja stvari čini okosnicu pravnog rešenja kada su u pitanju stvarnopravni odnosi sa elementom inostranosti povodom nepokretnosti. U jednom broju država *situs* nepokretnosti proširuje se i na nasledno pravne odnose u vezi sa nepokretnom zaostavštinom. *Lex rei sitae* kao merodavan statut u navedenim slučajevima, javlja se kao logična "potreba" da se u datoj situaciji zaštiti sveukupni ekonomski interes konkretne države i interes koji proizilazi iz samog značaja date nepokretnosti za dotičnu državu. Nepokretnosti se tretiraju kao nerazdvojni deo jedne suverene države i kao takve ne mogu se procenjivati prema pravu neke druge države, već prema pravu suvereniteta kome pripadaju.²⁴ Ovo je posebno izraženo u vezi sa poljoprivrednim zemljištem, odnosno u vezi sa vlasnišvom nad zemljištem uopšte, koji se tretiraju kao *domain réservée* od strane država²⁵. Praktično, u ovom slučaju reč je o zaštiti teritorijalnog suvereniteta, a time i teritorijalnog integriteta jedne države. Svako drugačije rešenje bilo bi suprotno pojmu i suštini suverenita.²⁶

4.1.4. Mesto (zakon) suda (*lex fori*)

Mesto (zakon) suda ili *lex fori* predstavlja pravo države čiji sud postupa u rešavanju odnosa stvarnopravnog karaktera sa elementom inostranosti.²⁷ Kao što se može uočiti ovde je reč o primeni "domaćeg" prava, što u uslovima preovlađujućeg koncepta dvostrukih (potpunih) kolizionih normi predstavlja izuzetak.²⁸ Uostalom, već smo napomenuli da je savremeno međunarodno privatno pravo i nastalo napuštanjem teritorijalnog principa izbora merodavnog prava, a navedena tačka vezivanja čini njegovu pravnu okosnicu. Međutim, *lex fori* predstavlja tačku vezivanja koja i dalje ima odgovarajuće mesto u međunarodnom

²⁴ T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 349.

²⁵ M. Ročkomanović, 181.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ V. M. Ročkomanović, 191-193; M. Stanivuković, M. Živković, 143-144.

²⁸ M. Ročkomanović, 191.

privatnom pravu, posebno kao opšti procesni statut. Naravno, *lex fori* je zadržao karakter tačke vezivanja koja je naklonjena zaštiti suvereniteta države koja ga primenjuje.²⁹ To je npr. nedvosmisleno jedan od glavnih razloga njegove primene u slučaju utvrđivanja nadležnosti stranog suda od strane suda egzekviture prilikom priznanja stranih sudskih odluka. Ovo pravilo prilikom utvrđivanja indirektno nadležnosti, predstavlja dominirajuću praksu u zakonodavstvu skoro svih država u svetu.

4.2. Suverenitet kao ciljna odrednica pojedinih ustanova MPP

Princip poštovanja suverenih prava država našao je svoje mesto i prilikom ustanovljavanja i primene pojedinih ustanova – instituta međunarodnog privatnog prava. Među tim ustanovama čiji je glavni zadatak upravo zaštita suverenih prava država posebno mesto pripada međunarodnom javnom poretku i reciprocitetu, odnosno retorziji kao njegovom negativnom izrazu.

4.2.1. Javni poredak (Međunarodni javni poredak)³⁰

Javni poredak kao ustanova međunarodnog privatnog prava ostvaruje vezu sa principom suvereniteta u "dva nivoa". Prvi se odnosi na sam sadržajni koncept javnog poretka koji je neodvojiv od onoga što bi činilo suštinu vrednosnog određenja suvereniteta jedne države. Praktično, taj vrednosni koncept, koga čine temeljni principi društvenog i državnog uređenja jedne zemlje, čini sastavni element pojma suvereniteta država na planu regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti.³¹ Drugi nivo veza ostvaruje se primenom javnog poretka kao "institucije" međunarodnog privatnog prava³², čime se omogućava da domaći organ odstupa od domaće kolizivne norme ili ne prizna stranu sudsku odluku, a koje se ne uklapaju u vrednosni kompleks propisanog javnog poretka. Iako ova dva pristupa na prvi pogled iskazuju značajnu posebnost, oni ipak predstavljaju funkcionalno nerazdvojivu celinu, koja, kao takva, ostvaruje navedenu relaciju i odnos sa principom suvereniteta. Pri tome, neophodno je

²⁹ *Ibid.*, 82.

³⁰ U međunarodnom privatnom pravu često se sreće se izraz "međunarodni javni poredak" kao sinonim za "javni poredak". To je proizvod istorijske činjenice koja se odnosi na sam nastanak navedenih izraza. Naime, izraz "međunarodni javni poredak" – '*ordre public international*' prvi put je upotrebljen 1802. godine prilikom izrade francuskog *Code civile*, od strane teoretičara Boulay-a. Izraz "međunarodni javni poredak" je i danas u upotrebi, naročito kada se želi naglasiti da sve imperativne norme unutrašnjeg prava ne čine automatski i sadržaj javnog poretka.

³¹ M. Ročkomanović, 87.

³² T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 154.

istaći da navedeni odnos javnog poredka i suverenosti, nije i jedina funkcija ovog instituta međunarodnog privatnog prava. Javni poredak predstavlja i onu istorijsku pretpostavku bez koje se ne bi moglo govoriti o nastanku savremenog međunarodnog privatnog prava. Naime, javni poredak čini ono što neki teoretičari nazivaju "nužnim zlom"³³ koje je omogućilo da se princip suvereniteta zameni principom suverene jednakosti država. Drugim rečima, teško je uopšte i pretpostaviti da bi se, u uslovima krajnje neizvesnosti, države opredelile za "rizičan" korak primene stranog prava bez pravne forme – zvane javni poredak, koja im omogućava odgovarajuću "zaštitu" u slučaju potrebe.

4.2.2. Reciprocitet i retorzija

Reciprocitet, a sa njim i retorzija, spada među najstarije principe na kome su izgrađeni i na kome se temelje odnosi između država. Njegova suština i svrha sadržani su u težnji da osigura ravnoteža među suverenitetima te da, samim tim, stvori uslove da se saradnja među njima odvija na ravnopravnim osnovama.³⁴ Sve ovo ukazuje da je ova ustanova međunarodnog privatnog prava neposredno vezana za suverenitet kao bintoj odrednici država i odnosa između njih u međunarodnoj zajednici. Nisu retka mišljenja koja reciprocitet vezuju i za međunarodno pravo kao specifičnog sredstva kojim se obezbeđuje sankcija njegovim normama.³⁵ Ovako definisana postavka reciprociteta nedvosmisleno nas dovodi do zaključka da se on javlja istovremeno i kao bitno uporište suvereniteta, ali i kao element njegovog ograničavanja. Ovaj, po svemu sudeći, prilično opšti koncept odnosa, našao je svoje mesto i u materiji međunarodnog privatnog prava i to u oblasti privatnih prava stranaca i sukobu jurisdikcija. Pri tome, treba naglasiti da u ovim slučajevima reciprocitet i retorzija čine onaj neophodan kontekst odnosa između država koji omogućava da ustupci koje čine države na račun svoje teritorijalne suverenosti, a u cilju ostvarivanja međunarodne saradnje, budu uravnoteženi i to bez neposrednog dogovaranja i usaglašavanja.³⁶

4.3. Nejedinstveni pravni poredak i suverenitet kao temeljni princip rešenja u izboru merodavnog prava

Kao što je poznato sukob zakona nije pitanje koje se javlja samo na relacijama između država. Budući da se ono izvorno javlja kao posledica

³³ *Ibid.*, 161.

³⁴ *Ibid.*, 205.

³⁵ B. Janković, Z. Radivojević, 10-11.

³⁶ T. Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 206.

vršenja zakonodavne vlasti, te se ono može javiti kao prateća pojava i u sredinama – državama sa složenim pravnim sistemima. Pri tome, oblik i naziv teritorijalnih pravno-političkih jedinica nije bitan.³⁷ Sama činjenica da su oni nosioci zakonodavne aktivnosti predstavlja dovoljnu osnovu da se otvori pitanje i problem tzv. unutrašnjeg sukoba zakona. Ono što se ovde treba naglasiti, a što dodatno usložnjava datu situaciju, to je činjenica da se navedeno pitanje ne limitira samo na unutrašnje pravne relacije između delova složenog pravnog sistema. Budući da se unutrašnja i međunarodna koliziorna sfera mogu preklopiti, to i sam problem izbora merodavnog prava može dobiti novu dimenziju i novi problem – pronaći pravne mehanizme razrešenja situacije izbora unutrašnjeg merodavnog prava, odnosno pronaći pravno područje čije će se merodavno pravo primeniti.

Ukoliko stvari postavimo na gore dati način, analizom našeg predmetnog odnosa možemo doći do dve konstatacije. Prva bi se odnosila na uticaj suvereniteta na opšti kontekst vezan za unutrašnji sukob zakona i, druga, na njegov uticaj na rešenja u izboru merodavnog unutar područja - države sa nejedinstvenim pravnim poretkom. Ovde je reč, o dva problema koja su međusobno povezana ali istovremeno i prilično različita. Među tačkama koje ih povezuju suverenitet zauzima posebno mesto.

U prvom slučaju, suverenitet se pojavljuje kao politička odrednica koja se nalazi pod jakim uticajem opšteg političkog naboja opterećenog strahom za očuvanjem teritorijalnog integriteta složene države. Brojna istorijska iskustva, a i savremena dešavanja, idu u prilog datim strahovanjima. U takvim uslovima, složene države su sklonije rešenjima koja će minimizirati "opasnost" od bilo koje mogućnosti narušavanja njihove teritorijalne celovitosti. Taj strah je utoliko veći ukoliko su prisutnije separističke težnje na nekom delu teritorije i, naravno, u tim državama se teži rešenjima koja neće dodatno "podgrejavati" datu situaciju. U skladu sa tim, u praksi dominiraju dva glavna pravnotehnička tipa rešavanja unutrašnjeg sukoba zakona. U jednom slučaju okosnicu tih rešenja čine norme međunarodnog privatnog prava, pri čemu posebne norme za rešavanje unutrašnjeg sukoba zakona čine skroman izuzetak. To je npr. slučaj sa Španijom i anglosaksonskim zemljama. U drugom slučaju to je prepušteno posebnim "unutrašnjim" normama, zato da su one bile u potpunosti odvojene od kolizionih normi međunarodnog privatnog prava, kao što je to do nedavno bio slučaj sa bivšim SSSR-om ili Poljskom³⁸.

Ništa manje značajno nije ni pitanje vezano za položaj unutrašnjih kolizionih normi. Očigledno je da se i u traženju rešenja u vezi sa njim,

³⁷ V. *Ibid.*, 196-204.

³⁸ *Ibid.*, 197-198.

odnos prema pitanju suvereniteta, osećaj ugroženosti teritorijalnog integriteta, kao i pravno - politički položaj samih federalnih jedinica, javljaju kao "rukovodni princip" u traženju i postavljanju rešenja. U skladu sa tim, u praksi se sreću dva pristupa. U jednom, unutrašnje kolizione norme su raspoređene na nivou samih pravnih područja, kao što je to slučaj sa npr. anglosaksonskim državama. Drugi pristup, poput onog u Španiji, zasnovan je njihovom lociranju na nivou države kao celine i važe za sve njene sastavne pravne delove.

U drugom slučaju, kao što smo već napomenuli, reč je o uticaju odnosa prema suverenitetu u traženju rešenja koja treba da pomognu u utvrđivanju pravnog područja na teritoriji složene države čije bi pravo bilo merodavno za regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. U tom smislu i postojeće solucije koje zagovara teorija međunarodnog prava su prepoznale značaj pitanja suvereniteta za dati problem. Tako je npr. Barten³⁹ suverenitet video kao "demarkacionu" liniju između unutrašnjeg i međunarodnog sukoba zakona i, u skladu sa tim, pradio i razdvajanje kolizionih rešenja po principu "dvostepenosti"⁴⁰ Suverenitet je bio polazna pozicija i u teoretskim razmatranjima Agoa,⁴¹ ali sa potpuno suprotnim pristupom. On je suverenitet identifikovao kao problem, kao štetnu polaznu pretpostavku i, u skladu sa tim, iskazao naklonost "jednostepenosti" u izboru merodavnog prava.

5. Umesto zaključka

Činjenica je da suverenitet ne predstavlja dominantu predmetnu kategoriju međunarodnog privatnog prava. Ovaj rad nije imao nameru to da demantuje, ali je želeo da naglasi da ne postoje predmetno "rezervisana" pitanja i odnosi koji će se u teoretskom smislu isključivo vezivati za određene naučne discipline. U tom smislu, on predstavlja skroman pokušaj "izlaska" iz takvog načina razmišljanja i to putem identifikacije mogućih relacija između suvereniteta i materije međunarodnog privatnog prava i ukazivanjem na to da "pobočni i usputni" činoci često mogu da odrede tok uobličavanja određene materije, uključujući i rešenja za brojna pitanja, daleko snažnije nego što se to na prvi pogled može uočiti.

³⁹ V. E. Barten, *Principes de droit International privé*, tom I, Paris 1930, 15-17.

⁴⁰ Varadi, G. Knežević, B. Bordaš, V. Pavić, 200.

⁴¹ V. R. Ago, Règles generales des conflits de lois, *Recueil des Cours*, Tom 58, 1936, 365-367.

Assistant prof. Božidar Jeličić, Ph.D

Faculty of law and bussines studies Dr Lazar Vrkatić, Novi Sad,
University „Union“ Belgrade

Ljiljana Dragutinović, master

Faculty of law and bussines studies Dr Lazar Vrkatić, Novi Sad,
University „Union“ Belgrade

**SOVEREIGNTY AS A CATEGORY INTERNATIONAL
PRIVATE LAW**

Summary

The question of sovereignty is an issue whose both theoretical and practical aspects are usually discussed within the confines of International Public Law or International Relations as scientific disciplines. This paper is an attempt to go beyond this “traditional standard” elucidating and discovering possible connections of this legal and political category with its “new” theoretical “environment”, International Private Law. In this paper the author neither holds any expectations nor pretends to prove that this institute represents the domineering category regarding International Private Law, but wishes to point out that there are certain connections between them. Sovereignty is what one might call a “discreet” point of reference in determining the very subject-matter of International Private Law on the basis of which this scientific discipline has been developed and its basic principles and solutions brought about. It represents a barrier and a guideline in the same time, as well as a “motivator” in searching for “reliable and viable” solutions in this field. The fact that International Private Law does not focus directly on this relation has little influence on the factual state of relations; however, it points toward a need for opening theoretical space for different kinds of considerations.

Key words: sovereignty, territorial integrity, collision norm, attachment points, institutes of International Private Law