UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2008 /БРОЈ 2/ ГОДИНА LVI

Анали Правног факултета у Београду

Година LVI, бр. 2/2008, стр. 1–413

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Лоран Микиели, Једно насилније друштво? Друштвено-историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас (II део) – – – – – 5

Миодраг А. Јовановић, Постоје ли колективна права? (II део) – 25

Вук Радовић, Кумулативно гласање за избор чланова управе (II део) – 47

Љубица Кандић, Гарашанинови нацрти уставног уређења Србије у XIX веку – 69

Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, Утврђивање извора дохотка у пореском праву – – – – – – – – – – – – – – – – 96

Борис Беговић, Институционални аспекти стране помоћи– – 121

Игор Вуковић, Материјално довршење кривичнога дела – – 139

Наташа Делић, Свест о противправности као конститутивни елемент кривице – – – – – – – – – – – – 161

Наташа Петровић Томић, Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија – – – – – – – – 180

ПРИЛОЗИ

Јасминка Хасанбеговић, Теоријски оквир као методолошки приступ Олге Поповић-Обрадовић у истраживању парламентаризма у Србији 1903–1914.– – – – – – – – – 200

Александра Чавошки, Будућност Европе у светлости уговора из Лисабона – 225

Марко Станковић, Федерализам у Африци: случај Етиопије – 242

Сања Глигић, Да ли је дозвољено убити? – – – – – – – – – – – 262

ЗАКОНОДАВНА ХРОНИКА

Весна Бесаровић, Преузимање отворених акционарских друштава у праву Европске уније и Републике Србије – 272

Мирослав Врховшек, Услови одговорности правног лица за кривично дело – 291

Милош Милошевић, Закон о порезу на доходак грађана у светлу члана 91, став 2 Устава Републике Србије – – – 305

Светислав В. Костић, Резидентство физичких лица у српском пореском праву – – – – – – – – – – – – – – – – – 320

СУДСКА ПРАКСА

Марија Драшкић, Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије – – – – – – – – – – – – – – – – – – 341

Никола Бодирога, Одбацивање неразумљиве тужбе – – – – – 352

ПРИКАЗИ

Johann Graf Lambsdorff, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, стр. 286. (Борис Беговић) – 363

Драгољуб Поповић, *Увод у упоредно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд 2007[3], стр. 211. (Танасије Маринковић) – – – – – – – – – – – – – – – – – 367

Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2008, стр. 373. (Владан Петров) – 373

Политикологија религије – Politics and Religion, Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд 1/2007 (стр. 228), 2/2007 (стр. 175), 1/2008 (стр. 204). (Душан Ракитић)– 378

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Милош Станковић, Правна природа уговора у спорту – студија случаја – 383

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА – 401

Упутство за ауторе – 407

УДК 316.624(44)

Др Лоран Микиели

директор Центра за социолошка истраживања права и кривичних институција у Гијанкуру*

ЈЕДНО НАСИЛНИЈЕ ДРУШТВО? ДРУШТВЕНО-ИСТОРИЈСКА АНАЛИЗА ИНТЕРПЕРСОНАЛНИХ НАСИЉА У ФРАНЦУСКОЈ ОД 1970. ГОДИНЕ ДО ДАНАС (II део)

Овај текст представља друштвено-историјску анализу и промишљање кретања насилних понашања у интерперсоналним односима од седамдесетих година прошлог века, кроз француски случај. Он се ослања на оригиналну синтезу различитих типова расположивих података: полицијске и судске статистике, анкете о виктимацији и самооткривеној делинквенцији, демографске и друштвено-економске податке. Предложени модел изражава пет процеса који прожимају француско друштво: друштвени процес пацификације обичаја, политичко-правни процес инкриминисања, процес судивости сукоба у свакодневном друштвеном животу, друштвено-економски процес такмичења за потрошачка добра, процес економско-друштвено-просторне сегрегације. Уз то, овај есеј настоји једнако да изрази бројне теоријске доприносе које је дао историјат социологије и криминологије.

Кључне речи: *Насиље. – Пацификација обичаја. – Дисциплиновање. – Криминализација. – Судивост. – Такмичење. – Сегрегација. – Цивилизација.*

---

* *Laurent Mucchielli* је директор познатог француског *Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales* (*CESDIP/CNRS*), *Guyancourt*. Аутор захваљује Софи Неванен (*Sophie Nevanen*) на помоћи у представљању графичких табела. Први део овог чланка је објављен у претходном броју часописа, в. Л. Микиели, „Једно насилније друштво? Друштвено-историјска анализа интерперсоналних насиља у Француској од 1970. године до данас“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 26–48.

3. СУДИВОСТ КАО НАЧИН РЕШАВАЊА СУКОБА У ДРУШТВЕНОМ ЖИВОТУ

Судивост је обраћање судству ради решавања спорова, сукоба, сваковрсних размирица. Разуме се да је овај процес потпомогнут настављањем пацификације обичаја и непосредно појачан сталним ширењем инкриминација. Повезан је такође и са развитком начинâ живота у мери у којој они умањују способности решавања међусобних у сукоба у микродруштвеним заједницама. Урбанизација се у суштини не наставља због пораста величине великих градова, већ због развоја периурбанизације, тј. јаке урбанизације некадашњих сеоских зона у близини метропола.[1] Али оно што се понекад назива „повратак на село“ није у стварности праћено никаквом поновном изградњом динамике заједнице. Напротив, ови урбани и пери-урбани начини живота још више раздвајају место породичног пребивања од радног места (које је постало несигурније или привременије, дакле мање повољно за продубљивање односа), од трговина где се „обављају куповине“ (све чешће у великим анонимним супермакетима) и понекад од школских објеката, слободног времена и места друштвеног окупљања. На другој страни, они интензивирају употребу превозних средстава. Наша пребивалишта су услед тога све анонимнија. У центру града, непознавање комшија је уобичајено, анонимност је правило у заједничком превозу и на местима на којима се проводи слободно време.[2] Када је реч о осетљивим урбаним зонама (ОУЗ), интензивна и бурна друштвеност младих је бацила у засенак анкете спроведене на општој популацији које поврђују да су изолација, неспокој и повлачење у себе много чешћи у ОУЗ него другде, што је узроковано пре свега незапосленошћу и слабошћу професионалних, друштвених и породичних мрежа.[3] Уопштено говорећи, блиски контакти (на-

---

[1] T. Le Jeannic, „Trente ans de périurbanisation: extension et dilution des villes“, *Économie et statistique* 307/1997, 21–41; P. Bessy-Pietri, „Les formes récentes de la croissance urbaine“, *Économie et statistique* 336/2000, 35–52.

[2] „Нигде се не осећа таква усамљеност и напуштеност као у маси великих градова, то је наличје слободе“, како је говорио Симел. G. Simmel, *Philosophie de la modernité*, (trad.), Payot, Paris 1989, 245.

[3] J.-L. Pan Ké Shon, „La représentation des habitants de leur quartier: entre bienetre et repli“, *Économie et statistique* 386/2005, 3–18. То подсећа да раширени стереотип, по којем странци или лица страног порекла чине хомогене заједнице у сиромашним четвртима, представља најчешће измишљотину. Насупрот томе, контрола заједнице одраслих у сиромашним четвртима данас изгледа мања него у прошлости, иако је омладина у њима врло бројна. У поређењу са шездесетим годинама прошлог века, требало би поново читати поједине странице Шамбордона о тој контроли и односима с полицијом који одатле проистичу. J-C. Chamboredon „La délinquance juvénile, essai de construction d’objet“, *Revue française de sociologie* 12/1971, 350–351.

супрот телефонским) се убрзано проређују.[4] Услед тога се додатно појачава некадашњи тренд смањења способности вансудског решавања међусобних сукоба. Међусобно непознавање, одсуство навике вођења дијалога и посредовања, појединце нагони да у међусобним сусретима покушају да реше своје сукобе и, ако не успеју да се договоре, немају другог решења до да се окрену ка јавним властима.

Утицај описаних промена у начину живота непосредно се одражава на однос између становништва и органа реда, и доприноси сталном повећању регистровања лаких напада на лица. То је, примера ради, потврђено у једном скорашњем истраживању спроведеном на периурбаним територијама под контролом националне жандармерије, уз помоћ методологије којом је укрштена анализа регистроване делинквенције, анализа садржаја поступака и продубљених односа са особљем.[5] Резултати указују да основне промене у делинквенцији регистрованој од стране жандармерије у току последњих петнаест година не почивају у природи понашања делинквената, већ у проширењу дефиниције делинквенције, на једној страни, и промени начина рада жандармерије и притужбених понашања становника, на другој. То иде дотле да се жандарми не жале највише на пораст делинквентних понашања, већ на понашања становника које су описивали наизменично као „штићенике“, „индивидуалисте“ који их исцрпљују безначајним захтевима који не спадају у њихову надлежност, а ради се нарочито о комшијским сукобима, непристојности младих (почев од буке и различитих облика нереда на јавном месту) и, најзад, брачним и породичним сукобима у којима се жандарми осећају злоупотребљеним.[6] У том правцу је, помоћу обраде „службених белешки“ полицијског комесаријата у једном провинцијском граду, недавно спроведено истраживање[7] које се односило на ноћне притужбе. Резултати су потврдили да у таквим ноћним интервенцијама провлађујући удео имају кућне размирице, што представља банализовани облик искоришћавања полиције од стране супружника у решавању својих сукоба.

Уосталом, процес судивости се не односи само на односе између појединаца и полицијских и судских органа. Он је подједнако на делу у односима између правосудних и других управних органа,

[4] N. Blanpain, J.-L. Pan Ké Shon, „1983–1997: les Français se parlent de moins en moins“, *Insee Première* 571/1998, 1–4.

[5] L. Mucchielli (dir.), *Gendarmes et voleurs. De l’évolution des délinquances aux défis du métier*, L’Harmattan, Paris 2007.

[6] F. Dieu, P. Mignon, *La force publique au travail. Deux études sur les conditions de travail des policiers et des gendarmes*, L’Harmattan, Paris 1999, 168.

[7] F. Sanselme, „Ce que l’on demande à la police la nuit: six mois de mains courantes dans une ville française“, *Revue suisse de criminologie* 2005, 20–33.

нарочито оних који преузимају бригу о малолетницима и млађим пунолетним лицима. У наведеном истраживању жандармеријских области наша пажња ће за тренутак бити усмерена на необично високу стопа регистрованог насиља од стране бригаде. Анкета на терену показује да се објашњење за то налази у постојању прихватилишта за судску заштиту малолетника на тој територији. Тим васпитача у тој установи је стекао навику „оспољавања" третмана насилних препирки са малолетницима, систематски позивајући у помоћ жандарме ради решавања тих сукоба, иако су они својствени преузимању бриге о проблематичној младежи и познавале су их све генерације васпитача од стварања „надзираног васпитања" након Другог светског рата. Чини нам се да овде новина не почива толико у инцидентима изазваним од стране малолетника о којима се брине, већ у несналажењу одраслих који их окружују. Слична анализа би могла да буде примењена и на школску средину, у проблематици „насиља у школи".

Пораст пријављивања ових насиља је повезан са више структуралних чинилаца (почев од продужења школовања ђака из нижих друштвених слојева) и изражава нарочито деловање три процеса која смо управо анализирали. Овде стављамо нагласак на последњи, јер он одражава промене које делују мање на понашања него на начин на који се она схватају и прихватају. Граја у разреду, зачикавања одраслих, ђачки нереди на часовима физичког и у школским ходницима, крађе, бруцошки несташлуци су све, осим нови. Школа у протеклим деценијама није била, нити је икада била, мирна лука. Међутим, девијације и насиља су тада били кудикамо боље контролисани и ограничени јер су, на једној страни, прагови толераниције били виши (процес пацификације обичаја), док је, са друге стране, социјална дистанца између ђака и одраслих који их окружују била мања него што је данас. Дибе[8] добро сажима промену: „Школски живот, снажно контролисан, није сигурно био лишен насиља. Али та насиља су била прихватана и контролисана у мери у којој је свако знао преко које границе не треба да иде. Зато што је образован такав простор, значајно је да су сви заинтересовани учесници делили, изван својих сукоба, одређено „саучесништво". Било је потребно да учитељ зна да разликује „ритуални" метеж од опасног метежа. Било је потребно да разликује ларму ради истицања од истинског насиља. Било је потребно да зна да направи разлику између ритуалних бруцошких несташлука од колективног насиља. Било је потребно да учитељ зна да одгонетне и прочита ђаке." Од тада се повећава „социјална и културна дистанца" између школараца и наставника који их дочекују, присуствује се „прекиду кодова"; предавач не разуме више смисао

[8] F. Dubet, „Les figures de la violence à l'école", *Revue française de pédagogie* 123/1998, 38–39.

насиља (вербалног у интеракцији са одраслима, вербалног и/или физичког између младих) и зато не зна како да управља њиме.[9] Он убрзо нема другог избора до да се окрене ка јавној власти да би пронашао излаз из ситуације којом више не господари. Најзад, ови процеси долазе све снажније до изражаја тако што их школа све више охрабрује. Од почетка деведесетих година XX века она је развила целовит механизам за поправљање и преузимање бриге о „школском насиљу“, али и о изостајању и нешколовању. Тако, „у име укључивања, борбе против ‘непристојности’ или преузимања бриге о ‘проблематичним’ школарцима, присуствује се заиста поновном одређивању начина институционалног реаговања према ђацима средњих школа који не реагују на школска правила. Било да се ради о пријављивању и кажњавању изостанка, о стварању међуразреда[10] или примени средстава за укључивање, циљ који се жели остварити је стварање променљиве целине мера које омогућавају проналажење ‘одговора’ прилагођених индивидуалним потребама, у непосредној сарадњи са различитим институцијама изван националног образовања, као што су службе републичког јавног тужиоца, судске заштите младих, предузећа, локалне мисије за укључивање, итд. Новим начинима управљања и обликовања школараца на путу ка ‘школском неприпадању’ даје се предност у односу на традиционалније облике одржавања школског реда (одлазак у канцеларију директора установе, постављање ‘коски од питања’, привремено удаљење, итд.) или на поступање са ‘проблематичним’ школарцима уз помоћ ‘педагошких’, ‘образовних’ и ‘друштвених’ средстава (преузимање бриге од стране предавача, главних саветника за образовање, социјалних помоћника за школство).“[11]

Ови механизми делују у бројним професијама које се на различитим нивоима суочавају са „непристојностима“ и ситном делинквенцијом младих. То обухвата државне службенике као предаваче, васпитаче из судске заштите младих[12] и, још шире, социјалне радни-

[9] C. Bachmann, O. Brinis, „Sur la haine de proximité: l’école et les apprentis casseurs“, *Migrants-Formation* 97/1994, 125–131.

[10] Међуразреде (*les classes relais*) је осмислио 1998. године Клод Алегр (*Calude Alègre*) са намером да помогне средњошколцима који су напустили школу. Укључивање се врши на основу уговора који потписују средњошколац, његова породица и надлежни за међуразред. Боравак у међуразреду не сме да траје дуже од годину дана, а просечно трајање је око четири месеца. Постоје 273 међуразреда на територији Француске са просечно пет до шест ђака (*прим. прев.*).

[11] B. Geay, „Du ‘cancre’ au ‘sauvageon’. Les conditions institutionnelles de diffusion des politiques d’‘insertion’ et de ‘tolérance zéro’, *Actes de la recherche en sciences sociales* 149/2003, 22.

[12] Судска заштита младих (*Protection judiciaire de la Jeunesse*) је дирекција француског Министарства правде која покрива читаву државну територију. Стара се

ке,[13] али такође и полицајце и жандарме који су током претходних петнаестак година умногостручили поступке због увреда и опирања приликом њихових контрола (о чему ће бити речи), као и службенике јавних предузећа попут контролора националних железница или париског градског превоза, и запослене у приватним друштвима као што су лица која обезбеђују трговине. То је скуп тужилаца које је Кутан[14] пронашао у једном дому правде и права,[15] то је тај механизам судивости који се масовно одвија у тим споровима ниског интензитета, ретко нових по себи (понекад локално интензивнијих), али којих се организације (јавне институције или приватна друштва) растерећују и настоје да их „оспоље“ ка полицији и судству, препуштајући запосленима на најнижем нивоу, службеницима „прве линије“ бригу да поднесу тужбу.

Разуме се да су ови општи механизми посебно појачани када се, на једној страни, налазе школарци који не само што су из нижих друштвених слојева, већ и потичу из неевропских миграција која изражава одређене културне посебности, док су на другој страни представници институција произашлих из средње класе, „обликоване“ путем институционалних култура, а чији је образовни ниво, неопходан за улазак на посао, повећан у току последњих двадесет година. Дистанца и неразумевање су понекад максимални.

4. ТАКМИЧЕЊЕ ЗА ПОТРОШАЧКА ДОБРА У АНОНИМНОМ ДРУШТВУ

На размеђи шездестих година прошлог века француско друштво се нашло у потпуно новом стицају околности узрокованом снажним порастом удела младих у општој популацији. Као последица *baby boom*-а који је уследио након Ослобођења, број младих од 15 до 25 година се од 5,6 милиона у 1960. години попео на 8,5 милиона у 1975. години, што је пораст од 50%. Класични феномени малолетничке делинквенције су због тога били нарочито појачани. Јавна расправа тог времена је у једном тренутку представљала одјек који је

о проблематичним малолетницима, малолетним делинквентима и млађим пунолетним лицима која имају проблеме са укључивањем у друштво (*прим. прев.*).

[13] C. Carra, *Délinquance juvénile et quartiers „sensibles“. Histoires de vie*, l'Harmattan, Paris 2001, 141 *sqq*.

[14] I. Coutant, *Délit de jeunesse. La justice face aux quartiers*, La Découverte, Paris 2005, 48 *sqq*.

[15] Домови правде и права (*Maisons de la Justice et du Droit*) су институције које, под покровитељством председника суда велике инстанце и републичког тужиоца, организују сталне пријеме заинтересованих грађана с циљем давања правних савета (*прим. прев.*).

изражавао страх од *Blousons noirs*.[16] Они су представљени као млади који делују у „бандама“, понашају се насилно како према физичким лицима, тако и према институцијама, чине оно што је (већ) називано „безразложно насиље“, изненада долазе на протесте и рокенрол концерте да би „дивљали“; једном речи „разбијачи“. Међутим, иза медијских конструкција заснованим на неколико спектакуларних, али ретких догађаја, језгро малолетничке делинквенције и њеног пораста су чиниле крађе, од којих су неке биле потпуно нове врсте, са новом мотивацијом. Није се више у суштини радило о крађама ради преживљавања сиромашних (крађе бескућника или слугу у XIX веку), ни о крађама „професионалца“ које је описао Едвин Сатерленд. Један део тих крађа је нов јер су усмерене на нове предмете: оне које оличавају потрошачко друштво. У првом реду су то крађе аутомобила (и двоточкаша) и пратеће опреме ових нових „култних предмета“ цивилизације (који су основа индустријског раста, аутомобилски парк је између 1950. и 1970. године порастао од 1,5 до 15 милона моторних возила): „владавина возила се проширила без премца у модерним земљама, са ауторитетом којим ниједан фабрички производ још није био овенчан. Имати ‘ауто’ је постао један од циљева свих младих, један од знакова разликовања друштвеног успеха одраслих и чак значајна опрема за завођење онима који траже авантуру.“[17] Возило и рањивост започели су тако своју дугу заједничку историју. И данас још вожња аутомобила „чини човека“, у том смислу што раздваја дете од одраслог поузданије него пунолетство стечено на основу грађанског статуса.[18] Симбол самосталности, возило је такође у средишту *цивилизације слободног времена* које се тада намеће. Кола омогућавају вечерњи „излазак“ на крају недеље и слушање музике на „ауто-радију“ (који ће такође бити често предмет крађа када постане распрострањен). То је, дакле, нова врста крађе што уочавају истраживачи из тог времена: „У највећем броју случајева, возило је украдено да би било непосредно употребљено од стране младих: његово коришћење одговара једној тренутној потреби (касно враћање кући, бекство од куће, дело у изгледу или, најчешће, обична вожња); задовољењем потребе, возило је напуштано; ради се у суштини о шетњи ради игре или остваривања практичне потребе. [...] То није крађа присвајања; њена опасност је пре свега у чињеници да малолетници изазивају удесе.“[19]

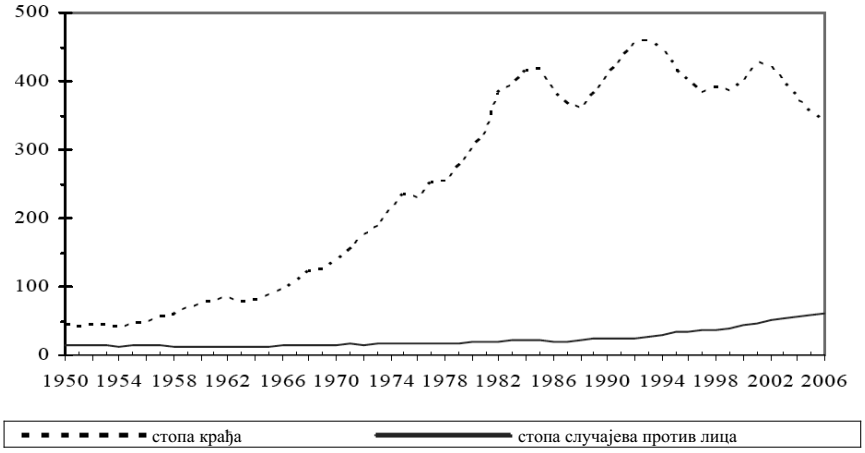
[16] L. Mucchielli, *Violences et insécurité. Fantasmes et réalités dans le débat français*, 84 *sqq*.

[17] J. Cazneuve, *La vie dans la société moderne*, Gallimard, Paris 1982, 93.

[18] M. Esterle-Hedibel, „Virées, incendies et vols de voitures: motivations aux vols et aux dégradations de voitures dans les bandes de jeunes de milieu populaire“, *Déviance et société* 20, 2/1996, 119–139; O. Masclet, „Passer le permis de conduire: les conditions pratiques d’un rite de fin d’adolescence“, *Agora* 26/2002, 46–56.

[19] J. Sélosse (dir.), *Vols et voleurs de véhicules à moteur*, Cujas, Paris 1965, 45, 86.

Дијаграм 4: кретање напада на имовину и лица утврђених од стране полиције и жандармерије од 1950. до 2006. године



Извор: Министарство правде, прорачун по учиниоцу на 10.000 становника

Парадокс савремености је, као што је то указао Дејвид Рајсман већ 1948. године (*The Lonely Crowd*), у томе што позива младе да своју индивидуалност потврде потрошњом стандардизованих производа које су им путем реклама представљени као модерни. Овај процес је, као што је неколико година раније добро приметио један други амерички социолог, Роберт Мертон,[20] био тако снажан да је осудио на фрустрацију и изазвао девијацију једног дела оних који нису могли да се остваре у тој потрошњи.[21] Ако је овај феномен могао да остане релативно скроман у току шездесетих година прошлог века које је обележио снажан пораст куповне моћи код свих друштвених слојева (рачунајући ту и раднике), дошао је до изражаја када је нафтна криза из седамдесетих година XX века означила крај „славних тридесетих", а француско друштво ушло у доба масовне незапослености која ће пореметити судбину нових генерација.[22] Ако крађа није изгу-

[20] R. K. Merton, Structure sociale, anomie et déviance, repris en *Éléments de théorie et de méthode sociologique*, (trad.), Plon, Paris 1965 [1938].

[21] Иако наша идеологија отворених класа и друштвене покретљивости опстаје у негирању тога, за оне који се налазе на дну друштвене структуре, цивилизација намеће противуречне захтеве. На једној страни, од њих се захтева да усмере своје понашање ка богатству, док им се, на другој страни, ускраћују законска средства за његово стицање. Последица те неусклађености је повећан обим девијантних понашања. *Ibid.*, 181.

[22] L. Chauvel, *Le destin des générations. Structure sociale et cohortes en France au XXe siècle*, Presses Universitaires de France, Paris 1998.

била своје преступничке и играчке димензије карактеристичне за адолесценцију, добила је такође „егзистенцијални“ вид постајући како финансијско, тако индивидуализирајуће средство за преживљавање дела оних који су искључени из игре.

Једна врста насилне прерасподеле

Стални узлет потрошачког друштва је праћен развојем делинквенције присвајања која представља једну врсту насилне прерасподеле, вршене обично од стране оних који, ако нису потпуно искључени, бар су на маргинама тог друштва, али желе да постоје, покажу се, поседују, уживају у потрошњи као остали (а, за одређене, представља и активност прикривања и препродаје). „Савременост“ се одликује тим све суровијим такмичењем за поседовање потрошних добара у једном друштву где анонимност олакшава умногоме посао лопова.[23] Ту почива основна карактеристика промена у протеклих пола века, као што дијаграм 4 приказује. У ствари, основни ризик у савременом француском друштву представља крађа предмета или новца која омогућава стицање добара, у трговини, стану или на јавном месту: возило, скутер, ручна торба, капути и новчаници, пртљази, а убудуће и: мобилни телефони, читачи CD-а, копјутери, видео игрице, итд.

На почетку XXI века, иако је заустављен њихов спектакуларни пораст из протеклих педесет година, напади на добра представљају и даље језгро делинквенције и основни ризик којем су појединци потенцијално изложени. Виктимацијске анкете спроведене у региону Ил-д-Франс почетком овог века, показале су да је скоро једна четвртина домаћинстава претрпела у последње три године једну крађу или провалну крађу, док је мање од 0,5% лица пријавило да су били изложени нападу који је проузроковао телесно оштећење.[24] С обзиром на то, и то је тачка до које је требало доћи, *ризици који се односе на добра и они који се односе на лица нису увек независни једни од других*. Заиста, извршење неких крађа захтева да њихови учиниоци прете или употребе физичку силу, наричито када жртва пружа отпор. Поменуте виктимацијске анкете показују да је, у местима из париских предграђа, око половине (на појединим местима и више) насиља свих врста пријављених од стране жртава повезано у ствари са крађом или њеним покушајем.[25] Другим речима, док изгледа да при-

[23] L. E. Cohen, M. Felson, „Social change and crime rate trends: a routine activity approach“, *American Sociological Review* 44/1979, 588–608; Ph. Robert, *Le citoyen, le crime et l'État*, Droz, Genève-Paris 1999.

[24] A. Fouquet, H. Lotodé, S. Nevanen, Ph. Robert, R. Zauberman, „Victimation et insécurité en Île-de-France. Deuxième enquête de l'Iaurif (2003)“, *Études et données pénales*, n° 104, CESDIP, Guyancourt 2006.

[25] R. Zauberman, S. Nevanen, Ph. Robert, E. Didier, „Victimations et insécurité en milieu urbain. Les enquêtes 2005“, *Questions pénales* 19, 5/2006, 1–4.

мена физичке силе опада у многим другим областима друштвеног живота и друштвених односа, *крађа уз употребу насиља, која се дешава најчешће између непознатих, показује се као значајна противуречност процесу пацификације обичаја*. А та крађа не карактерише мање „савременост" од тог процеса, у мери у којој је повезана са техолошким развојем.

Два савремена примера то добро потврђују. Најпре традиционална крађа возила која се проређује, али постаје понекад насилнија (то је *car jacking*) чим ауто-сигурносни системи отежавају посао лоповима.[26] Затим, скорашњи развој потрошачког друштва је обележен наглим појављивањем мобилног телефона, који је постао потрошно добро које је најбрже и најмасовније раширено у Француској од Другог светског рата.[27] Избачен на комерцијално тржиште 1996. године, десет година касније га је поседовало три четвртине Француза, тако да представља најчешћи део опреме одраслих и малолетника, дипломираних лица, као и оних који имају најниже приходе. Не чуди зато податак да једно тако једнодушно прижељкивано, а нејднако распоређено, добро, представља и предмет масовних крађа. У 2003. години, 185.000 крађа ове врсте је пријављено полицији и жандармерији, првенствено од стране малолетника и млађих пунолетних лица, што представља око 45% укупних крађа (са насиљем или без насиља) против лица на јавним местима регистрованим те године од стране полиције и жандармерије.[28] Најзад, у око 30% ових крађа је коришћено насиље, што поткрепљују и виктимацијске анкете.[29] Тако је крађа мобилног телефона генератор насиља, најчешће без физичких повреда, осим ако жртва не пружа отпор.[30]

Класично питање које је поставио Мертон могло би да буде поновљено овде: ако 100% младих жели мобилни телефон, а 90% њих га и поседује, због чега преосталих 10% који не могу да га регуларно купе не би могли да га украду, ако су и они сâми, чак и више (услед недостатка других перспектива за лично остварење), *отуђени у потрошачком стандарду*.[31] Лагранж показује да постоји снажна

[26] L. Mucchielli, D. Saurier, „L'évolution de la délinquance enregistrée par la gendarmerie: énigmes et enseignements", 55–56.

[27] R. Bigot, *La diffusion des technologies de l'information dans la société française*, Credoc, Paris 2006.

[28] AFOM, *Chiffres-clefs du marché français de la téléphonie mobile*, Afom, Paris 2007.

[29] C. Rizk, J. Boé, „Les résultats de l'enquête de victimation 2006", *Grand angle. Bulletin statistique de l'Observatoire national de la délinquance* 10/2006, I–II.

[30] Почев од 2004. године, пријављене крађе мобилних телефона су почеле благо да опадају, услед подстицања корисника да употребљавају систем за блокирање који украдени телефон чини неупотребљивим.

[31] H. Lagrange, *De l'affrontement à l'esquive. Violences, délinquances et usages de drogues*, Syros, Paris 2001, 176.

корелација између развоја крађа и незапослености младих људи са ниском школском спремом или без дипломе.[32] Насилна понашања су дакле последица одређених крађа, што би се могло сматрати ценом која се плаћа за одржавање неједнакости и ситуацијâ искључења у потрошачком друштву које је у непрестаном развоју.

5. СЕГРЕГАЦИЈА: НАСИЉЕ „ГЕТА“ НА ФРАНЦУСКИ НАЧИН

Као што категорија „насиље“ нема нарочито значење, размишљање о националној територији као јединственој целини има још мање смисла. Након анализе процеса који прожимају читаво француско друштво, треба се запитати о разликама које произилазе из типа територије и друштвених група које их настањују. Не само да се начини живота у „хиперцентрима“ разликују много од оних у „забитим“ сеоским областима и периурбаним зонама у пуном замаху, већ се и унутар „предграђа“ средњих и великих градова друштвена поларизација непрестано увећава. Тако је након Закона о повељи за обнову града од 1996. године, НИСЕС[33] издвојио „осетљиве урбане зоне“ (ОУЗ) уз помоћ серије демографских и друштвено-економских критеријума, а нарочито великог броја младих, великог броја лица стране националности, стопе незапослености и привремених послова. Укратко, на овим територијама се у толикој мери стичу ситуације несигурности, па чак и искључења,[34] да изгледа легитимним да се говори о *процесу гетоизације*.[35] Не ради се о предлогу за непосредно поређење између француске ОУЗ и гета у одређеним великим америчким градовима, још мање са оним у земљама Јужне Америке, у мери у којој сегрегација не значи *ipso facto* гетоизацију.[36] Неће се зато говорити о „гету“ без наводника у француском случају. Требало би ипак учинити покушај да се размотри постојање једног процеса „друштвеног раздвајања“ који удаљава све више животне услове и

[32] *Ibid.*, 83 *sqq*.

[33] Реч је о Националном институту за статистику и економске студије који се помиње у првом делу превода овог текста (*прим. прев.*).

[34] На попису становништва од 1999. године, издвојена је 751 ОУЗ у којој је живело 4,7 милиона лица (значи 8% француског становништва и 12% становника региона Ил-д-Франс).

[35] *Спирала гетоизације* по речима Робера (Ph. Robert, „Les territoires du contrôle social, quels changements?“, *Déviance et société* 24, 3/2000, 215–235); *притисак ка гету* за Бјејар-Барона. H. Viellard-Baron, „Des banlieues françaises aux périphéries américaines: du mythe à l’impossible confrontation?“, *Hérodote* 122/2006, 10–24.

[36] L. Wacquant, „Les deux visages du ghetto. Construire un concept sociologique“, *Actes de la recherche en sciences sociales* 160/2005, 4–21.

судбине различитих друштвених група.[37] Најзад, видећемо да ти процеси имају убудуће последице на израз „колективни идентитет“ (и то како на друштвене, тако и на менталне границе), да се поново употреби тај критеријум на чији значај је тачно подсетио Вакан.[38]

Какве последице има ова ситуација за наше разматрање? Да ли су насилна понашања чешћа у „осетљивим урбаним зонама“ него раније? Испитивање података које је прикупила полиција, а проверила Национална опсерваторија за осетљиве урбане зоне (2006)[39] упућује на такав закључак, премда разлика између ОУЗ и остатка територије није била нарочито значајна, *a fortiori* у поређењу са готово традиционалним окупљањима с циљем изазивања нереда у тим четвртима (пожари, уништавања и рушења). Међутим, укупан број „умишљајних телесних повреда“ је у ОУЗ нешто већи, као и вербална насиља (претње, уцене) и насилне крађе без употребе оружја извршене на јавним путевима, при чему су ове три врсте кривичних дела откривање искључиво преко пријава оштећених, а не путем полицијске контроле која је често дискриминаторна. На другој страни, годишње виктимацијске анкете које врши НИСЕС показују такође да су напади (у општем смислу), као и крађе против појединаца, чешћи у ОУЗ. Табела 4 приказује та кретања у 2003. и 2004. години. Запажа се да се виктимацијске стопе између ОУЗ и општина и насеља која не садрже ниједну ОУЗ разликују од један до два пута.

Табела 4: виктимацијска стопа према месту становања у 2003–2004 (у %)

	Становници ОУЗ	Остали становници насеља са ОУЗ	Становници општина и насеља без ОУЗ	Читаво становништво
Напади	11	9	6	8
Крађе против појединаца	6	5	3	4

Извор: НИСЕС

Напомена: виктимацијска стопа је овде одређена као број појединаца који су бар једанпут у току године били жртве наведених дела

[37] E. Maurin, *Le ghetto français. Enquête sur le séparatisme social*, Seuil, Paris 2004; J. Donzelot, *Quand la ville se défait. Quelle politique face à la crise des banlieues?*, Seuil, Paris 2006.

[38] L. Wacquant, „Les deux visages du ghetto. Construire un concept sociologique“, 18.

[39] Observatoire national des zones urbaines sensibles, *Rapport annuel*, Les Éditions de la DIV, Paris 2006.

Требало би, међутим, учинити још један покушај да се иза уопштеног означавања утврди шта се подразумева под „насиљем“ или „нападом“. Која су насилна понашања најчешћа у ОУЗ? Крађе уз употребу насиља? Нереди између малолетничких банди? Намирivање рачуна међу делинквенатима? Породична насиља? Она која су повезана са комшијским сукобима? Локалне виктимацијске анкете дају материјал за одговор у мери у којој указују на место и врсту пребивалишта жртве. Ту се открива да, у области насиља, ОУЗ бележе вишу стопу насиља само у области породичног насиља. Насупрот томе, стопа сексуалних и „насумичних“ напада је ту нижа од оне у градским центрима. Логично је да је мултивиктимација израженија у ОУЗ (када се ради о породичном насиљу, учиниоци и жртве су у сталном контакту, насупрот „насумичним“ нападима до којих долази најчешће на јавним местима, између незнанаца или назови таквих који имају слабе шансе да се поново виде). Као што и степен тежине насиља подједнако изгледа нешто виши у ОУЗ. Дакле, „*све одлике – претерано указивање на скромне професије и друштвено-професионалне категорије, проблематичне четврти, приградска насеља са дотираним станаринама – кумулирају се како би се у том насиљу између ближњих сугерисало виђење виктимацијског облика који је нарочито повезан са сложеним друштвено-економским контекстом*.“[40]

И наша истраживања судских списа подупиру то запажање о тешким насиљима (од убистава[41] до телесних повреда праћених ПНР)[42] извршеним најчешће у оквиру међусобног познавања и често у породичним или брачним односима, а која се дешавају много чешће на територијама на којима се налазе лица у ситуацији велике друштвено-економске неизвесности, што представља додатни чинилац нелагодности, депресивности, стреса и агресивности која може само да погорша интерперсоналне сукобе.

С обзиром на то, виктимацијске анкете су корисне, али далеко од тога да су довољне да би се оценила различитост учесталости насилних понашања на одређеним територијама. Најпре, постављајући питања само лицима старијим од 15 година, њима по дефиницији недостаје велики део насилних понашања која настају између

[40] A. Fouquet, H. Lotodé, S. Nevanen, Ph. Robert, R. Zauberman, „Victimation et insécurité en Île-de-France. Deuxième enquête de l’Iaurif (2003)“, 63.

[41] L. Mucchielli, „Les caractéristiques démographiques et sociales des meurtriers et de leurs victimes“, *Population* 59, 2/2004, 203–232.

[42] L. Mucchielli, „Aspects de la violence dans les relations sociales. Les coups et 37 blessures volontaires suivis d’ITT jugés par un tribunal correctionnel de la région parisienne en l’an 2000“, *Questions pénales* 19, 1/2006, 1–4. Реч је о привременој неспособности за рад која се помиње у првом делу превода овог текста (*прим. прев.*).

деце или адолесцената, што потврђују анкете са терена[43] и анкете о самопријављеној делинквенцији и подаци различитог порекла који се односе на насиље у школи и усмерени су на ђаке. Они посебно указују на највећу учесталост, као и највеће понављање напада у установама (нарочито средњим школама) смештеним у „осетљивим зонама".[44] Поред тога, сагледавањем територије уз помоћ пребивалишта жртве, поменуте виктимацијске анкете не могу да оцене насилна понашања којима су у ОУЗ била изложена лица која су ту имају занимање или посао, али ту не живе. Нарочито се не могу обухватити сукоби који настају у односима између дела младих и представника институција, нарочито наставника и полицајаца. Очигледно је да су се ти односи значајно погоршали у току последњих двадесет пет година. Најпознатији аспект овог питања се тиче односа између младих и полицајаца, односа који су постали симетрично насилни, који се изопачују понекад у масовно сукобљавање, одржавајући локално циклусе одмазде.[45] Указано је већ да ова изопачена интеракција са полицијом представља данас све чешћи начин уласка адолесцената из ових четврти у кривични систем.[46] Али напетост расте подједнако око школа и у односима између дела младих и одраслих (наставници, али и саветници за усмерење, па чак и директори установа), а у вези са очигледно све већим неуспехом школе у овим четвртима. Без обзира да ли је према полицији или према наставницима, види се јасно да је реч о једној насилној врсти озлојеђености због неуспеха и понижења која се једнако испољава у свакодневици и у одређеним тренуцима излива колективних осећања као што су побуне.[47]

Најзад, виктимацијске анкете нису нимало приближиле насилна понашања унутар организованих делинквената, у вези са којим не постоји ниједан систематски рад који би пружио елементе за гео-

[43] M. Mohammed, „Bandes de jeunes et 'embrouilles de cités'", *Questions pénales* 1/2008, 1–4.

[44] É. Debarbieux, *La violence en milieu scolaire. 2– Le désordre des choses*, Éditions Sociales Françaises, Paris, 1999; Observatoire national des zones urbaines sensibles, *Rapport annuel*, Les Éditions de la DIV, Paris 2005, 309–312.

[45] M. Mohammed, L. Mucchielli, „La police dans les 'quartiers sensibles': un profond malaise", en L. Mucchielli, V. Le Goaziou (dir.), *Quand les banlieues brűlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, 2e éd., La découverte, Paris 2007, 104–125.

[46] L. Mucchielli, „L'évolution de la délinquance juvénile en France (1980–2000)", *Sociétés contemporaines* 53/2004, 106*sqq*.

[47] L. Mucchielli, A. Aďt-Omar, „Les émeutes de novembre 2005. Les raisons de la colère", en L. Mucchielli, Le Goaziou (dir.), *Quand les banlieues brűlent. Retour sur les émeutes de novembre 2005*, 2e éd., La découverte, Paris 2007, 11–35; H. Lagrange, „Autopsie d'une vague d'émeutes, La structure et l'accident", en H. Lagrange, M. Oberti (dir.), *Émeutes urbaines et protestations. Une singularité française*, Les Presses de Sciences-Po, Paris 2006, 37–58 et 105–130.

графско и друштвено упоређење, иако заузима вероватно значајно место у развоју криминалитета у Европи.[48]

Повратак класне мржње скривене иза „етничке припадности“

Треба изнети и последњу хипотезу која се односи на најобичнија индивидуална или групна насилна понашања: о стављању нагласка на насилну озлојеђеност која је нераскидиво повезана са односима између друштвених класа, али је у наше време доведена до врхунца размерама друштвено-територијалних неједнакости и „обојена“ чињеницом груписања без преседана становништва пореклом из Магреба и подсахарске Африке у ОУЗ.

Јавна расправа не престаје на свој начин да поставља то питање од краја деведесетих година прошлог века. О томе, на пример, сведоче алармантни говори о постојању „антибелог расизма“ одржани у 2005. и 2006. години приликом протеста средњошколаца и студената током којих су „разбијачи“ придошли из „предграђа“, већином „црни и мрки“, налазили опасно задовољство да злостављају учеснике протеста који су у већини били „бели“. О томе такође сведочи аларманта расправа у вези са „повратком антисемитизма“ приписаног поново тим младим „потеклим из имиграције“ који станују у четвртима на путу ка гетоизацији. Уосталом, и насилно понашање у школама добија понекад „расни“ призвук.

Ова питања су лоше постављена у јавној расправи у којој страх, културне представе и морални судови доминирају у анализама. Оне се могу превести на социолошке појмове. Треба се најпре подсетити традиционалног карактера супротстављености између група младих које се убацују на суседне територије и бивају окружене супарничким колективним идентитетима. Суочавање група младих придошлих из суседних села прожима читаву историју сељачког друштва.[49] Затим, треба се подсетити и традиционалног каратера супротстављености између друштвених класа која је настајала у градској средини у односима између младих кроз њихово школско искуство. Вајт[50] је тридесетих година прошлог века у Сједињеним Америчким Државама указивао на супротстављеност између *Corner boys* и *College boys*. У Француској је у то време један популарна узречица говорила да је *школско двориште место на којем хвалисавци*

[48] M. Aebi, „Crime trends in Western Europe from 1990 to 2000“, *European Journal of Criminal Policy and Research* 10/2004, 163–186.

[49] Чак и почетком XX века, славни роман Луја Пергоа (*La geurre des boutons*, 1912), настао на основу његових запажања као васпитача у сеоској средини, описује тај стални „рат“ у који се упуштају млади из два суседна села, заснован на политичкој супротстављености између католика и антиклерикалних републиканаца.

[50] W. F. White, *Street Corner Society. La structure sociale d'un quartier latinoaméricain*, La Découverte, Paris 1995 (1943).

враћају мило за драго бубалицама.[51] У време *Blousons noirs* шездесетих година прошлог века, *Loubards* или *Zonards* опеваних од Данијела Балавоана седамдесетих година XX века, супротстављају се јасно „народни" синови и „буржујн". У поменутим периодима су друштвене супротности допринеле структурисању суочавања између младих, пружању оправдања, изградњи статуса жртава и криваца, повећању беса и освете, дакле, неутрализовању забрањеног морала насиља.[52] Актуелно супротстављање између *Bouffons* и *Racailles* понавља само ову стару друштвену шему. Уосталом, чињеница да су најсиромашнији ђаци из нижих друштвених класа најраније у лакој делинквенцији, која је стална у одређеним четвртима, тесно повезана са учесталим дружењима са групама њима сличних и, нарочито, са неуспехом у школи, такође је класична тврдња.[53] Једина новост која се ту може уочити је да школска и друштвена супротстављеност логично све више бива удвојена „етничком" супротстављеношћу, јер школска сегрегација не престаје да појачава овај феномен.[54] Ова ситуација погубно доприноси настанку колективних идентитета заснованих на расним критеријумима,[55] што одређени малолетници још више усвајају кроз школски неуспех.[56] Иза ударца песницом који млади „црнац" задаје младом „белцу" да би потврдио своју надмоћ или га приволео да му да свој мобилни телефон, крије се ипак један очигледан друштвени реванш. Ова димензија боји без сумње део нереда, крађа уз употребу насиља, као и, у другачијем поретку идеја, одређене насилне акте извршене од стране „разбијача" на рубовима протеста.[57] У свим овим случајевима се ради о насиљу учињеном у групи у којој

---

[51] Наведено према: B. Defrance, *La violence à l'école*, 5e éd., Syros, Paris 1998.

[52] G. Sykes, D. Matza, „Techniques of neutralization. A theory of delinquency", *American Sociological Review* 22/1957, 664–670; R. Cintron, *Chero ways, gang life and rhetorics of the everyday*, Beacon Press, Boston 1997.

[53] J-C. Chamboredon, „La délinquance juvénile, essai de construction d'objet", 338–344.

[54] G. Felouzis, F. Liot, J. Perroton, *L'apartheid scolaire. Enquête sur la ségrégation ethnique dans les collèges*, Seuil, Paris 2005.

[55] Као што каже Може, „док су банде 'loubards' из седамдесетих година прошлог века (као и банде 'blousons noirs' из шездесетих година XX века) биле пре свега одређене својом припадношћу нижим друштвеним класама (а да нико није сматрао потребним да се задржава на често различитим 'етничким' пореклима), данашње банде 'младих из града' се идентификују својим 'етничко-религијским пореклом' (т.ј. 'расним')." G. Mauger, *Les bandes, le milieu et la bohème populaire. Études de sociologie de la déviance des jeunes des classes populaires (1975–2005)*, Paris--Berlin 2006, 14.

[56] D. Lepoutre, *Coeur de banlieue. Codes, rites et langages*, Odile Jacob, Paris 1997, 72.

[57] G. Ricordeau, „Pourquoi cassent-ils? Présentation des discours et motivations des casseurs", *Déviance et société* 25, 2/2001, 179–182.

је тешко не видети један начин мушког потврђивања као групе која се данас одређује помоћу расних критеријума, подеснијих да се ту очита друштвена класа.[58]

Најзад, овај процес заслужује да буде проширен на делинквентну активност младих на уопштен начин. Ако пођемо од начела да су две главне одреднице за улазак младих у делинквентну каријеру неуспех у школи и прихватање делинквентног идентитета, онда су млади потекли из ОУЗ двоструко ослабљени наспрам тог процеса.[59] Масовно протерани од стране школског система ка неуспеху или најмање цењеним пословима, они су постали предмет истинског одређивања кроз улогу младог делинквента. Од тада, након класичног просеца стигматизација/контрастигматизација,[60] анализирајући њихову ситуацију искључености и доминације као последицу расизма чијим се жртвама сматрају, не треба да чуди што су поједини развили за узврат контрарасизам окренут ка „белцима“ (и „Јеврејима“) који симболише „искључене“ и доминанте.[61]

ЗАКЉУЧАК: ПОВРАТАК НА „ЦИВИЛИЗОВАЊЕ ОБИЧАЈА“

У току последњих двадесетак година радови Норбера Елијаса подстакли су обимну социолошку и историјску литературу о теми развоја насиља од краја Средњег века.[62] У то доба је насиље било свеприсутно у друштвеним односима, вредновано као такво, при-

[58] Следећи Бурдјеа, може се поставити питање „да ли народно вредновање физичке снаге као основног мерила мушкости и свега што је ствара и подржава [...] не одражава јасан однос са чињеницом да сељачка и радничка класа имају заједничко то што зависе од радне снаге коју закони производње и тржишта рада своде, више него код било које друге класе, на мишићну снагу; не заборављајући чињеницу да једна класа, попут радничке, богата само својом радном снагом, не може ништа да супротстави другим класама, изван повлачења те снаге, да њена борбена снага зависи од физичке снаге и храбрости њених чланова и њиховог броја, што ће рећи њихове свести и солидарности или, ако се више воли, о свести о њиховој солидарности.“ P. Bourdieu, *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris 1979, 448.

[59] L. Mucchielli, „Immigration et délinquance: fantasmes et réalités“, en N. Guénifsouilamas (dir.), *La République mise è nu par son immigration*, La Fabrique, Paris 2006, 39–61; H. Lagrange, „Déviance et réussite scolaire ŕ l'adolescence“, *Recherches et prévisions* 88/2007, 53–70.

[60] Ph. Robert, P. Lascoumes, *Les bandes de jeunes. Une théorie de la ségrégation*, Éditions Ouvrières, Paris 1974; N. Elias, J. Scotson, *Logiques de l'exclusion. Enquête sociologique au coeur des problèmes d'une communauté*, Fayard, Paris 1997 [1965].

[61] E. Marlière, *La France nous a lâchés! Le sentiment d'injustice chez les jeunes des cités*, Fayard, Paris 2008.

[62] P. Spierenburg, „Violence and the civilizing process: does it work?“, *Crime, Histoire et Sociétés/Crime, History and Society* 5, 2/2001, 87–105.

мењивано од стране владајуће класе племића-ратника између себе самих, као и према нижим класама, примењивано подједнако масовно од стране нижих класа у контексту велике несигурности која се надвијала над животом. У свом свакодневном испољавању то насиље је мушко, боље рећи младалачко, оно се суштински одиграва на јавним местима, са логиком одбране власништва и различитих облика части.[63] Током векова се та економија насиља темељно изменила у Европи. Остају међутим два питања.

Прво се односи на тумачење онога што постоји од тих интерперсоналних насилних понашања у савременим европским друштвима. Видели смо да анализа француског друштва захтева сложену аналитичку шему. Три прва процеса која смо идентификовали сведоче о преображају нашег погледа на насиље и подупиру хипотезу о настављању опште тенденције његовог повлачења из понашањâ. Оно што данас привлачи пажњу, далеко од тога да представља новост, остатак је процеса који Елијас зове цивилизовање обичаја, а који смо радије назвали пацификација обичаја. У мери у којој се приближава савременој епохи, брачно и породично насиље, као и одређена малолетничка делинквенција, поново добијају много више значаја у односу на остале врсте насиља које су на путу нестанка.[64] Исто тако, удео нижих класа у тешким физичким насиљима је данас утолико већи, јер је удео виших класа практично нестао, у мери у којој су присвојиле правне инструменте за решавање сукоба.[65] Услед тога, „откривање“ и стално пријављивање тобоже „нових насиља“ осликава у ствари снагу са којом процес пацификације обичаја наставља да делује у тим друштвима. С обзиром на то, два друга процеса ће додатно усложнити анализу. Оба потичу из друштвено-економске области и указују колико су, у друштву капитала и савремене потрошње, насилна понашања снажно повезана са стварним условима живота становника, са друштвеном интеграцијом преко посла, са односима између друштвених група и са више или мање бруталним начином на који држава управља свим тим.[66] Одатле се намеће друго питање, које се односи на механизам помоћу којег се процес пацификације спроводи.

[63] J. Pitt-Rivers, *Anthropologie de l'honneur. La mésaventure de Sichem*, Hachette, Paris 1997.

[64] M. Eisner, „Long-term historical trends in violent crime“, *Crime and Justice. A Review of Research* 30/2003, 118–121; M. Kaspersson, „'The great murder mystery' or explaining declining homicide rates“, *Comparative histories of crime*, (eds. B. Godfrey, C. Emsley, G. Dunstall), Willan, Portland 2003, 80–81.

[65] M. Cooney, „The decline of elite homicide“, *Criminology* 35, 3/1997, 381–407.

[66] J. Young, „Merton with energy, Katz with structure: the sociology of vindictiveness and the criminology of transgression“, *Theoretical Criminology* 7, 3/2003, 389–414.

Иако изгледа да је тврдња о повлачењу интерперсоналног насиља, са различитим ритмовима, потврђена у свим европским земљама, Елијасов дифузиони психосоциолошки модел носи обележје свог времена (тридесете године XX века) и остаје недовољан да објасни механизме тог развоја. Најпре, ако се остави по страни то да његов концепт „цивилизовања“ није лишен нормативности,[67] освајање монопола легитимног насиља (и опорезивања) од стране централизованих држава није довољно за објашњење историјског процеса који би било боље оквалификовати као друштвену пацификацију и дисциплиновање, а који је одређен бројним другим чиниоцима као што је процес битократизације[68] и прогресивно усвајање религијског морала снажно утувљеног масама од стране цркве након реформе,[69] да се наведу два основна правца рада Макса Вебера, али такође и описмењивање и образовање, као и развој мануфактуре и капиталистичко-фордистичка организација посла.[70] Елијас је уопште посветио премало пажње феноменима друштвено-економског карактера који изгледа имају растућу улогу у развоју насилних понашања.[71] У ствари, почев од средине седамдесетих година прошлог века, након фазе консензуса о друштвеном напретку и ефективном приближавању животног нивоа изазваном Славним тридесетим и развојем Државе провиђења, процеси економско-друштвено-просторне сегрегације су се прогресивно укоренили у француском друштву од пре тридесетак година, подстакавши у делу становништва стрес, депресију, неспокојство, фрустрацију, озлојеђеност, агресију и бес. Повезано са непрекидним развојем потрошачког друштва, такво стање ствари представља основни чинилац који противуречи општем процесу пацификације обичаја који доприноси настављању, па чак и убрзању напре-

[67] D. Linhardt, „Le procès fait au *Procès de civilisation*. À propos d’une récente controverse allemande autour de la théorie du processus de civilisation de Norbert Elias“, *Politix* 55/2001, 151–181; Y. Bonny, J.-M. de Queiroz, E. Neveu, *Norbert Elias et la théorie de la civilisation*, Presses Universitaires de Rennes, Rennes 2003.

[68] C. Dandeker, *Surveillance, power and modernity. Bureaucracy and discipline from 1700 to the present day*, Polity Press, Cambridge 1990.

[69] P. Gorski, „The Protestant ethic revisited: disciplinary revolution and state formation in Holland and Prussia“, *American Journal of Sociology* 99, 2/1993, 265–316.

[70] M. Eisner, „Long-term historical trends in violent crime“, 127.

[71] Чињеница је да поменути феномени нису истакнути у први план у првом издању његове књиге. Прелаз преко тома насловљеног *Динамика Запада* показује да су они у потпуности изостали из његових коментара. Елијас ту пише: „Сваки од помака цивилизаторских норми је праћен повећањем друштвене снаге слојева дотакнутих њима, прилагођавањем њиховог начина живота ономе највишег слоја или, бар, општим подизањем нивоа живота. Слојеви којима непрестано прети глад или су осуђени на стално сиромаштво и беду не могу да имају цивилизовна понашања. Постављање и одржавање бар донекле стабилног механизма ‘Над-ја’ увек је претпостављало релативно виши ниво живота и одређену сигурност.“ N. Elias, *La dynamique de l’Occident*, Calmann-Lévy, Paris 1975 [1939], 285.

довања започетог с краја Средњег века и доласка Модерних времена. То је, дакле, питање демократске организације расподеле богатства које одређује услове живота, на шта упућује *in fine* анализа развоја насиља у нашим друштвима названим „постмодерним".

(Превод: др Горан П. Илић)

Laurent Mucchielli, PhD

Director of the Center for Sociological Research of Law
and Criminal Institutions, Guyancourt

A MORE VIOLENT SOCIETY? SOCIO-HISTORICAL ANALYSIS OF INTERPERSONAL VIOLENCE IN FRANCE SINCE 1970 TO OUR DAYS (Part two)

Summary

This text is an essay of socio-historical interpretation to think the evolution of violent behaviours in interpersonal relationships since the 70', through the French case. He uses an original synthesis of various types of data: police and judicial statistics, victimization and self-reported surveys, demographic and socioeconomic data. The model links together five process acting in French society: a societal process of pacification, a political and legal process of criminalization, a process of judiciarization of everyday life conflicts, a socioeconomic process of competition for consumer goods, a process of economic, social and spatial segregation. This essay also try to link many theoretical contributions that had built the history of sociology and criminology.

Key words: *Violence. – Pacification. – Disciplinarization. – Criminalization. – Judiciarisation. – Competition. – Segregation. – Civilization.*

УДК 347.121/.125

Др Миодраг А. Јовановић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОСТОЈЕ ЛИ КОЛЕКТИВНА ПРАВА?*
(II део)

У настојању да понуди пролегомену за једну свеобухватну правну теорију колективних права, аутор разматра неколико најважнијих проблема. Први од њих се односи на критеријуме за дефинисања колективних права. Аутор заступа тезу да оно што превасходно одређује природу колективног права није начин вршења права, већ пре карактер самог титулара, односно колективитета, који се разликује и од физичких и од правних лица. Затим, аутор упозорава да не треба мешати колективитете са ужим класама субјеката чији је правни статус у правном поретку регулисан делимично општим нормама. Када је реч о заступању колективитета, аутор сматра да решење треба тражити у стварању посебног представничког тела колективитета, актом јавног права, чији би персонални састав бирали сâми његови чланови, како би интереси тог колективитета на што аутентичнији и репрезентативнији начин били представљени. Најзад, аутор допушта могућност да се колективним правима понекад ограничавају и индивидуална права припадника колективитета. Но, сматра, прво, да у либерално-демократском друштву морају постојати одређена основна индивиудална права која су ненападива и, друго, да је ограничавање оних права која то нису легитимно само онда када колективитет може да докаже постојање претежног интереса и да се постизање тог интереса не може постићи неким мање рестриктивним средствима.

Кључне речи: *Вршење права.– Уже класе субјеката.– Заступање.– Индивидуална права.– Тест пропорционалности.*

---

* Овај рад је урађен у оквиру истраживања на пројекту *Развој правног система Србије и хармонизација* са *правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспект*. Почетна верзија овога рада је саопштена на научном скупу *Преиспитивање појма права*, који је поводом 30 година Правног факултета у Подгорици одржан 5. и 6. децембра 2002. године. Први део рада је објављен у претходном броју часописа, в. М. А. Јовановић, „Постоје ли колективна права?“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/ 2008, 89–107.

1. КА ЈЕДНОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Хартни каже да „ако заједнице поседују морална права на опстанак, чини се да би то обезбедило одређено оправдање да им се подаре и законска права“.[1] Иако он сам одбацује могућност да колективни ентитети поседују инхерентни морални субјективитет, у првом делу рада је показано да је позиција „вредносног колективизма“ одбрањива. Да ли, ипак, из тога нужно проистиче да је и у правнотеоријском смислу могуће појмити колективитете као титуларе права? Не може ли се исти циљ постићи на начин да се не напушта терен индивидуалних права?

Чини се да је, у том погледу, Варади у праву кад каже да „треба да се суочимо с чињеницом да су у неким доменима колективна права *незаобилазна*“. Једна од њих је, на пример, област језичких права – „Право да се говори српски у Србији, естонски у Естонији, или мађарски у Мађарској, није једнако право за све грађане тих земаља, већ је то колективно право већине“.[2] Он каже да признање ове чињенице није ни у ком смислу поражавајуће, већ, штавише, изражава сасвим легитимна права већинских народа у овим државама. Управо стога, и преко потребно признање колективних права мањина не представља „пуко напуштање принципа једнаких права за једнаке грађане, већ пре *фактор уравнотежења који је суочен са колективним правима већине*“.[3] На приговоре оних који сматрају да „не постоји потреба да се одвојимо од либералног језика *индивидуалних* права“ да бисмо праведно поступали према колективитетима,[4] Варади одговара ставом да „порицање двојезичних знакова на путу, табли с ознакама градова и мањинских школа тешко да може да буде другачије схваћено до као став и поступак према групи; било би крајње тешко изградити противљење таквом порицању на основама индивидуалних права“.[5] На наредним страницама биће учињен покушај да

[1] M. Hartney, „Some Confusions Concerning Collective Rights“, *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), Oxford University Press, Oxford 1995, 216.

[2] Т. Варади, „Осврт на колективна већинска и мањинска права“, *Положај мањина у Савезној Републици Југославији* (уред. М. Мацура, В. Становчић), САНУ, Београд 1996а, 77.

[3] T. Várady, „Collective Rights of Minorities and Majorities Within the Context of International Law“, *Dual Images – Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (ed. D. Szabo), The Royal Society of Canada and Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1996b, 123.

[4] C. Kukathas, „Are There Any Cultural Rights?“, *Group Rights – Perspectives Since 1900* (ed. J. Stapleton),Thoemmes Press, Bristol 1995, 261.

[5] T. Várady, „Minorities, Majorities, Law, and Ethnicity: Reflections of the Yugoslav Case“, *Human Rights Quarterly* 1/1997, 39.

се препознају и у основним цртама размотре неки кључни проблеми правнотеоријског заснивања колективних права, уз напомену да је ово тек први корак ка једној свеобухватној правној теорији колективних права.

2. КРИТЕРИЈУМ ДЕФИНИСАЊА КОЛЕКТИВНИХ ПРАВА

Један од првих аутора који у међународноправној теорији говори о колективним правима јесте Динштајн. Он, ипак, упозорава да ова права „задржавају свој карактер директних људских права. Група која их ужива у заједници (*communally*) није корпоративни ентитет и не поседује правни субјективитет. Природа ових људских права захтева, међутим, да она буду вршена заједнички, пре него одвојено“.[6] Реомова, опет, сматра да „партиципаторна добра“ могу бити уживана само колективно, па једино колективитети могу бити носиоци права у погледу таквих добара. Насупрот томе, појединци могу бити титулари права само у погледу добара која уживају индвидуално.[7] Џоунс, међутим, каже да „оно што одваја право као групно право јесте његов субјект, пре него његов објект – ко је тај ко поседује право, пре него у погледу чега је право“.[8] На другој страни, овај аутор напомиње да групна права понекад могу бити институционализована и у форми индивидуалних права. Као пример он наводи колективно и ексклузивно право племена да рибари у одређеним водама, које је институционализовано као индивидуално право, тако да оно може бити „вршено засебно од стране припадника племена, пре него од стране племена колективно“.[9]

Иако наведени аутори крећу с различитих позиција, оно што им је заједничко јесте склоност да појам колективних права дефинишу преко *начина вршења, односно уживања једнога права*.[10] Међутим, то, по мом суду, не може бити одлучујући критеријум за одређи-

[6] Y. Dinstein, „Collective Human Rights of Peoples and Minorities“, *International and Comparative Law Quarterly* 1/1976, 103.

[7] B., D. G. Réaume, „The Group Right to Linguistic Security: Whose Right, What Duties?“, *Group Rights* (ed. J. Baker), University of Toronto Press, Toronto 1994, 118–141.

[8] P. Jones, „Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights“, *Human Rights Quarterly* 1/1999a, 82–83.

[9] P. Jones, „Group Rights and Group Oppression“, *Journal of Political Philosophy* 4/1999b, 356.

[10] Тако и наш уставотворац, у основној одредби о правима припадника националних мањина (чл. 75), каже да се њима јемче „додатна, индивидуална или колективна права“, а онда прецизира да се претходна остварују појединачно, а потоња у заједници с другима.

вање природе колективног права.[11] Пре свега, Хартни исправно увиђа да и „право на окупљање и слободно удруживање не може бити вршено од стране једне особе, па је ипак индивидуално право".[12] Иста ствар се може рећи и за право на штрајк, које се у литератури често наводи као колективно право,[13] а заправо је индивидуално право за чије остваривање је потребан већи број појединаца. На тим позицијама је и Михаљ Шами који каже да, за разлику од поменутих индвидуалних права која могу бити вршена једино у групи, „постоје нека која су одлучујуће повезана са постојањем групе, заједнице, са осигуравањем њеног опстанка, са заштитом њених интереса ... Ова права су *sui generis* колективна права".[14] Најзад, да начин вршења права није релевантан критеријум потврђује и становиште Савета Европе, изражено у Извештају-објашњењу (*Explanatory Report*) *Оквирне конвенције за заштиту националних мањина.* Поводом члана 3(2), у којем се каже да припадници националних мањина могу вршити своја права и уживати слободе, како појединачно, тако и „у заједници с другима", у Извештају се јасно истиче да се „могућност заједничког вршења ових права и слобода ... разликује од појма колективних права",[15] премда се овај потоњи концепт даље не дефинише.

Ако се, међутим, тврди да треба повући разлику између индивидуалних права која се могу колективно вршити и колективних права, намеће се питање критеријума тога разликовања. Јанош Киш је понудио следећу дефиницију: „Колективна права се разликују од заједничких права удружених појединаца на основу два критеријума. Прво, њихови субјекти не настају путем удруживања већ су напросто дати, и друго, да би били способни да поседују права, они морају

[11] Иако Бујкенен као иницијални критеријум за разликовање индивидуалних и групних права (које дели на *nonindividual* и *dual standing*) узима управо начин уживања права, чини се да и он на крају претежнији значај даје чињеници да се групним правима непосредније штити интерес колективитета као целине, A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *In Harm's Way – Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan) Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

[12] M. Hartney, (1995), 219.

[13] Тако, на пример, у нашој литератури Б. Лубарда каже: „Право на штрајк се у савременим правним системима признаје као једно од основних демократских (колективних) права", Б. Лубарда, *Колективни уговор о раду – Упоредно право, теорија, пракса*, Радничка штампа, Београд 1990, 156.

[14] M. Samu, „The Collective Rights of the Minorities and Their Quality as Constituent of the State", *Dual Images – Multiculturalism on Two Sides of the Atlantic* (ed. D. Szabo), The Royal Society of Canada and Institute for Political Science of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1996, 180.

[15] *Framework Convention for the Protection of National Minorities – Explanatory Report*, ETS No. 157, 37.

бити званично признати од стране државе“.[16] Титулар ових права је, дакле, колективитет као целина. Стварност тог колективитета – националне, етничке, религијске, језичке заједнице или аутохтоног народа – није *de iure*, него *de facto*. Зато тај колективитет јесте више од простог збира његових индивидуалних припадника. Зато се он као титулар права не може поистоветити ни с правним лицем.[17]

Ово становиште може бити правнотеоријски кохерентно изложено *ако и само ако* се претходно усвоји политичко-филозофска позиција вредносног колективизма, по којем извесни колективитети поседују морални субјективитет и располажу колективним интересима у погледу одређених добара.[18] Будући да је та позиција брањена у првом делу рада, сада на конкретним примерима ваља показати како је могуће правнотеоријски утемељити права која припадају категорији колективних права. Позабавимо се у ту сврху језичким правима, од чије заштите несумњиво зависи опстанак и развитак културног идентитета једне заједнице. Чини се да у литератури постоји понајвећа збрка у вези с правом природом појединих језичких права. Тако, Џоунс наводи следећи случај. Замислимо, каже он, државу у којој постоји језичка мањина, али влада те земље „забрањује или на други начин омета мањину у употреби свога језика“. Чија права су у датом случају повређена? Џоунс каже да је „могућ одговор да права припадају језичкој мањини као групи; али једнако могућ одговор је и да право индивидуално припада сваком појединачном припаднику мањине“.[19] На основу овако штуро формулисаног примера, међутим, немогуће је докучити о повреди којих права се ради. Стога се ок-

[16] J. Kis, „Beyond the Nation State“, *Social Research* 1/1996, 221.

[17] Њумен ту особеност покушава да покаже дистинкцијом између простог „скупа“ (*set*), који представља „групу појединаца коју бисмо окарактерисали различитом када би се лица унутар скупа променила“ и „колективитета“ (*collectivity*), који представља „такву групу појединаца коју бисмо сматрали истом и када би се нека или сва лица унутар колективитета променила“. При том, „лица која су унутар колективитета сматрају себе, у неком нетривијалном смислу, припадницима тог колективитета“, D. G. Newman, „Collective Interests and Collective Rights“, *The American Journal of Jurisprudence* 1/2004, 128. Ова дистинкција није, међутим, прецизна, јер и највећи број правних лица (на пример, корпорација) не мења свој идентитет са сваком променом чланова (акционара).

[18] На тај корак, као што смо видели у првом делу, спреман је мали број либерално оријентисаних политичких филозофа, који, у начелу, прихватају могућност постојања колективних права. Најчешће се заступа теза да етнокултурна заједница представља само контекст за смислени индивидуални избор (тако Вил Кимлика, Ненад Димитријевић: заједница је „контекст у којем моја аутономија постаје операционална“), N. Dimitrijević, „Ethno-Nationalized States of Eastern Europe: Is There a Constitutional Alternative“, *Studies in East European Thought* 4/2002, 260. Односно, каже се да етнокултурни колективитет поседује вредност само дотле док доприноси благостању појединца (тако Кукатас, Хартни и Киш).

[19] P. Jones, (1999b), 356.

рећемо анализи примера с почетка првог дела рада. У примеру бр. 4 каже се да „припадници националних мањина могу слободно употребљавати свој језик и писмо, приватно и јавно". Ако влада онемогућује припадницима језичке мањине да се у приватној сфери служе сопственим језиком или да децу подучавају том језику или ако забрањује његову употребу на јавним местима, онда таква влада несумњиво крши *индивидуална* права припадника језичке мањине.[20] То стога што се у поменутом случају ради о *универзалном људском праву* које уживају сви, а не само припадници мањина, јер се њиме штити један од основних интереса сваког појединца – да говори својим матерњим језиком. Ипак, због специфичног значаја ове одредбе за припаднике мањинских заједница, она се често појављује у прописима који регулишу ту материју. Међутим, *номотехнички прецизнија* формулација била би, рецимо, она, садржана у мађарском закону, која гласи: „У Републици Мађарској свако, на сваком месту и у свако време, може слободно да употребљава свој матерњи језик".[21]

Размотримо сада пример бр. 5, у којем се каже: „Припадници националних мањина имају право на васпитање и образовање на свом језику у институцијама предшколског, основног и средњег васпитања и образовања. За остваривање права из овог члана може се прописати одређени минималан број ученика". Ако влада укида овакво једно право или, на пример, установљено право језичке мањине да се локалним властима обраћа и добија одговор на матерњем језику или да топоними буду исписани и на језику мањине или да личне карте буду двојезичне, онда она закида *колективна* права мањине.[22] Појединa од тих права се могу уживати индивидуално, попут права на обраћање локалним властима на матерњем језику или права на двојезичну личну карту, док се појединa врше колективно, попут наведеног права на школовање које је условљено одређеним бројем ђака. Међутим, независно од начина вршења, ова права *директно* овлашћују колективитет, а тек посредно његове индивидуалне припаднике. Стога, да би једно лице остварило право на двојезичну личну карту није довољно да не припада већинској етнокултурној заједници, већ је *неопходно да изражава припадност релевантном мањинском колективитету и да је као такав признат од стране других чланова*.[23] Природа ове везе је *социо-*

[20] Тако и Reiner Baubök, *Liberal Justifications for Ethnic Group Rights*, *Multicultural Questions* (eds. C. Joppke, S. Lukes), Oxford University Press, Oxford 1999, 136.

[21] Наведено према, М. Митић, *Националне мањине – права припадника мањина и заштита територијалног интегритета држава*, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 407.

[22] Тако и T. Várady, (1996b), 123.

[23] На тај начин се решава ситуација у којој појединац покушава да врши право, чији је титулар колективитет којем он не припада, што би било противно циљу због којег је та норма донета. Киш то има на уму када говори о унутрашњој

лошка, односно она је *ванправна* и *предправна*, и управо то је оно што представља једно од проблематичних места, али и особених разлика колективних права.

3. КОЛЕКТИВИТЕТИ И УЖЕ КЛАСЕ СУБЈЕКАТА

У дискусији о правима колективитета наилазимо и на тврдње, попут ове, да „су сва права групна права, јер сва она важе за неку *класу* субјеката“.[24] Ову тезу поближе разрађује Брајан Бери. Коментаришући одредбу енглеског кривичног закона из 1988. године (*Criminal Justice Act*), којом се предвиђа да се оптужени може бранити доказивањем да је одређени предмет поседовао са собом на јавном месту „из верских разлога“, која је уведена да би Сикима било дозвољено да у јавности носе своје традиционалне бодеже, кирпане, овај аутор каже да је „тривијално тачно“ рећи да се ови изузеци односе на „све Сике и само на њих“. Али, наставља он, „то је групно право само у том неинтересантном погледу у којем се за свако правило (на пример, бесплатан улазак у музеје за студенте и пензионере) може рећи да је групно право за све оне који су њиме покривени: Сики изузеће уживају индивидуално, као што то чине и појединачни студенти и пензионери“.[25]

Да ли је, отуда, право установљено одредбом из 2. примера, у којој се каже да је „посета музеју у дане викенда бесплатна за студенте и пензионере“, колективно право чији су титулари колективни ентитети „студенти“ и „пензионери“? Уместо директног одговора на ово питање, размотримо претходно Бојбекову поделу групних права на „групно-диференцирана права“ и „колективна права“. Прва се, каже он, „односе на разликовање индивидуалних права према чланству у групама“, док су друга права она код којих је „сама група носилац права“.[26] Као пример за прву врсту групних права, Бојбек, између осталог, наводи и бирачка права која су „групно диференцирана

устројености етнолингвистичких група: „Оне су напросто дате на сличан начин члановима и нечлановима, путем знакова који се користе и препознају, путем међусобног признања чланова једних од стране других, и на начин да их тако схватају и нечланови (*outsiders*)“. J. Kis, (1996), 221.

[24] W. Barbieri, „Group Rights and Muslim Diaspora“, *Human Rights Quarterly* 4/1999, 918.

[25] B. Berry, *Culture and Equality – An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Polity Press, Cambridge 2001, 112.

[26] Исту категоризацију групних права, али друге називе користи и В. Барбијери. Прва врста групних права су „колективна права“, односно права која се додељују појединицима, у зависности од њиховог припадништва одређеној групи, док се друга врста назива „корпоративним правима“, и то су права која припадају групи, као таквој. Надаље, ова потоња могу бити „унутрашња“, ако ограничавају

према старосној доби".[27] Међутим, овде је управо реч о правима чији су титулари појединци, а норма која регулише та њихова права је по свом карактеру делимично општа, тј. односи се на ужу класу субјеката.[28] Стога, у датом примеру не постоји као дато „чланство у групи", на основу којег би ово право било називано групним. Група, о којој Бојбек говори, заправо је ужа класа индивидуалних субјеката права створена правном конструкцијом законодавца, на начин да су ауторитативно прописани услови који морају бити задовољени да би одређени појединац био титулар бирачких права, односно да би „припадао" групи „бирача". На сличан начин и Милер, говорећи о групним правима, прави разлику између „групе у ужем смислу" (*group proper*), коју дефинише као „скуп људи који на основу неких заједничких карактеристика за себе сматра да твори засебну групу", од „категорије лица" (*category of persons*), „која одговара одређеном опису" – на пример, лица од 21 године, итд. Само у првом случају реч је о титуларима групних права.[29]

Све речено не повлачи за собом немогућност да се појединац социјално идентификује с одређеном „групом", адресатом делимично општих норми. На пример, неко себе може друштвено легитимисати као студента или пензионера, али то неће утицати на питање титулара утврђених права. Разлог за то је што држава прописује услове под којима одређено лице стиче својство студента или пензионера. Збир свих појединаца који испуне претходно прописане услове чиниће ужу класу субјеката – студената, пензионера – адресата делимично општих норми. Међутим, *овде није по среди њихова индивидуална припадност било каквом колективитету, већ је реч о њиховом правном статусу*.[30] Отуда, и у наведеном примеру, не може бити говора о колективном, већ о индивидуалном субјективном праву на бесплатну посету музеју у дане викенда.

права чланова групе, и „спољашња", ако су уперена против шире политичке заједнице, W. Barbieri, (1999), 918.

[27] R. Bauböck, (1999), 134.

[28] Опште правне норме могу, према броју случајева које обухватају, бити универзално или делимично опште. Када се односе на ужу класу субјеката, одређених према неком критеријуму, онда су делимично опште. Такве норме, рецимо, уређују права и обавезе студената, пензионера, ратних војних инвалида, адвоката и сл., в. Р. Васић, К. Чавошки, *Увод у право II*, Драганић, Београд, 1997, 79–80.

[29] D. Miller, „Group Rights, Human Rights and Citizenship", *European Journal of Philosophy* 2/ 2002, 178.

[30] „Сваки субјект права у сваком датом тренутку има известан одређени број овлашћења и обавеза. Скуп ових сачињава његову правну ситуацију, или стање, или статус. Пошто велики број ових ситуација припада истом типу, то такве ситуације, које обухватају велики број појединачних ситуација, стварају посебан појам – на пример, удата жена, наследник, народни посланик итд. Свака од ових ситуација садржи иста овлашћења и дужности, који су типични за њу". Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Службени лист СРЈ, Београд 2000, 437.

4. ЗАСТУПАЊЕ КОЛЕКТИВИТЕТА

У једином преосталом неразмотреном примеру с почетка првог дела рада каже се да ће „музеји, архиви и институције за заштиту споменика културе чији је оснивач држава, обезбедити представљање и заштиту културно-историјског наслеђа националних мањина са своје територије“. Чини се, на основу свега изреченог, да је овде реч о једном класичном колективном праву, које је, како то примећује и Киш разматрајући га, непреводиво на језик права појединаца који чине мањинску групу.[31] Међутим, осврнимо се за тренутак на *теорију избора* (*choice theory*) Херберта Харта, по којој се исказ „*X* има право (*right*)“ сматра истинитим ако су испуњени следећи услови:

„ *a*) постоји правни систем.

b) према правилу или правилима тог система, неко друго лице *Y* је, на основу догађаја који су се одиграли, дужно да нешто учини или се уздржи од чињења.

c) правним правилом је ова обавеза учињена зависном од избора или лица *X* или лица које је овлашћено да поступа у његово име, тако да је лице *Y* обавезно или да нешто учини или да се уздржи од чињења само ако лице *X* (или неко друго овлашћено лице) тако одлучи или, с друге стране, само док лице *X* (или овлашћено лице) не изабере супротно“.[32]

Ако би у наведеном случају, право зависило од избора, које би у име X – националне мањине као колективитета – извршило неко „овлашћено лице“, поставља се питање *ко* би био властан да у име колективитета одреди шта је културно-историјско наслеђе дате националне мањине?[33] Штавише, то питање остаје актуелно чак и онда када се појам колективних права не покушава утемељити у теорији избора.[34]

---

[31] J. Kis, (1996), 230.

[32] H. L. A. Hart, *Definition & Theory in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford 1966, 16–17.

[33] Дејвид Мејкинсон на то упозорава када каже да „ако народ, примера ради, има право да развија сопствени културни идентитет, остаје питање које лице или које тело одређује различите сегменте те културе, одваја их од других, и одређује шта треба гајити, а од чега треба одвраћати“. D. Makinson, „Rights of Peoples: Point of View of a Logician“, *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Clarendon Press, Oxford 1988, 77; и Киш увиђа исти проблем постављајући питање „како одредити тело које ће вршити колективна права у име групе“, J. Kis, (1996), фн. 6.

[34] На овом месту није ни учињен покушај те врсте, а Тамирова напомиње да, будући да су за Хартову теорију рационалност и аутономија кључна обележја титулара права, то је чини посебно тешко применљивом на колективитете. Y. Tamir, „Against Collective Rights“, *Multicultural Questions* (eds. C. Joppke, S. Lukes), Oxford University Press, Oxford 1999, 166. До сличног закључка долази и Босхамерова, S.

Аргументација против колективних права често се ослања управо на проблем репрезентативности. Тако, Кукатас запажа да „већина група није хомогена ни у једном датом тренутку“, што за собом повлачи „сукоб интереса унутар група“, од којих је посебно опасан онај „између маса и елита“.[35] Како је ова врста сукоба карактеристична за „етничке културне заједнице суочене с модернизацијом“, то, по његовом мишљењу, значи да у политичком процесу „масе могу бити више заинтересоване за радна места и економски развитак, док елите, које већ уживају ове материјалне погодности, имају већи интерес за симболички традиционализам“.[36] На исту опасност указује и Тамирова речима да „групна права оснажују доминантне подгрупе унутар сваке културе и привилегују конзервативна тумачења културе на уштрб оних реформаторских и иновативних“.[37] То постаје посебно очигледно у периодима друштвене и културне транзиције, када би колективна права требало да заштите заједницу од спољашњих притисака. У тим ситуацијама, међутим, страдају управо друштвени реформатори. Ако се права, закључује Тамирова, доделе групи као целини, „онда феминисткиње, верски реформатори, попут либералних Јевреја или муслимана, друштвени активисти, какви су противници индијског кастинског система, итд. бивају лишени својих права“.[38]

Иако се ова упозорења морају узети с пуном озбиљношћу у разматрање, ипак ваља скренути пажњу на неколико ствари. Пре свега, предочена размишљања на тему унутрашње хетерогености различитих колективитета, из које проистиче проблем представљања групе као целине, не могу бити ограничена искључиво на „неорганизоване, неформалне колективитете“ (Тамир).[39] Држава као правно лице, с правним субјективитетом, ступа, примера ради, у различите међународне односе, којом приликом стиче извесна права, односно преузима одређене обавезе. С обзиром на то да државни органи не иступају у сопствено име, већ у име грађана, „народа“ као целине, такође се јавља проблем репрезентативности. Он се у савременом свету решава на начин да „када су органи управљања (*governing bodies*) изабрани на демократски и недискриминаторски начин у редовним периодима, држава може веродостојно наступати као портпарол (*spokesman*)“.[40] Међутим, чак и тада мањина себе може легитимисати

Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

35 C. Kukathas, (1995), 269.

36 *Ibid*., 271.

37 Y. Tamir, (1999), 163.

38 *Ibid*., 162.

39 Тако и, A. Buchanan, (1994), 13.

40 D. Makinson, (1988), 77.

као „напредну“, „реформаторску“, итд. и на тим основама оспоравати позиције које заступају државни органи. Најзад, „у оним случајевима у којима народ егзистира као мањина у већој држави ... питање заступања може се јавити као још критичније“.[41]

У међународном праву се, међутим, питању заступања „неформалних“ колективитета, какви су читави колонијални народи или мањинске заједнице, није увек прилазило с подозрењем. Систем Лиге народа признавао је мањинама, као таквим, право да подносе петиције Савету.[42] Такође, Касезе напомиње да обичајни међународноправни режим права на самоопредељење налаже репрезентативност организације или тела које поставља захтеве у погледу овога права. Када је реч о спољашњем самоопредељењу народа под колонијалном влашћу, страном окупацијом или расистичким режимом, „мора постојати ослободилачки покрет или друга врста тела која представља цео народ“. Исто важи и за унутрашњи облик самоопредељења расних група, јер су оне „овлашћене да захтевају самоопредељење и бране своја права само ако постоји репрезентативна организација способна да дела у име целокупне групе“.[43]

Чини се да упозорења која су Тамирова и Кукатас изнели у погледу проблема заступања „неформалних“ колективитета посебно долазе до изражаја у ситуацијама каква је, на пример, ослобађање од колонијалне зависности, када се под видом борбе за независност могу водити и паралелни ратови међу различитим политичким, социјалним и другим фракцијама ослободилачких покрета. Ипак, поменути проблем Уједињене нације су покушале да превазиђу на тај начин што је Резолуцијом 2918 (XXVII) из 1972, задатак процене репрезентативности ослободилачких покрета на афричком континенту поверен Организацији афричког јединства, док је Резолуцијом 3102 (XXVIII) из 1973, исти задатак у погледу ослободилачких пок-

[41] *Ibid*., 78. У међународним односима позната је и пракса међународног непризнавања оних влада које не поседују политички легитимитет. Како је та пракса до сада била руковођена претежно разлозима политичког опортунитета, поједини политички филозофи, попут Бјукенена, теже стварању заокружене теорије признања легитимних држава и влада. Међу критеријумима легитимизовања влада помиње се и онај који налаже њену репрезентативност, в. A. Buchanan, „Recognitional Legitimacy and the State System“, *Philosophy & Public Affairs* 1/1999, 60. В. и критички осврт, М. А. Јовановић, „О филозофским разматрањима међународноправног признања држава и влада“, *Филозофија и друштво* 17/2000, 72–87.

[42] На основу такве једне притужбе, Стални суд међународне правде је изнео саветодавно мишљење по којем забрана приватних школа од стране албанске владе представља нарушавање колективних језичких права грчке мањинске заједнице, в. Permanent Court of International Justice, *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion of April 6, 1935, Series A/B, No. 64.

[43] A. Cassese, *Self-Determination of Peoples – A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, 147.

рета Блиског истока поверен Арапској лиги. Генерална скупштина УН наставила је да утврђује репрезентативност ослободилачких покрета у другим деловима света. Иако тиме нису решени сви проблеми у вези с овим питањем,[44] овај модел указује на могуће правце његовог решавања.

Када је реч о заступању мањинских колективитета унутар држава, једно од могућих решења овог проблема, које је ближе духу класичног либерализма, налагало би да та улога припадне њиховим културним, просветним и сличним удружењима и организацијама. Поменути механизам представљања интереса мањинских заједница у потпуности произилази из још увек доминантног индивидуалистичког дискурса. Међутим, ако су сва зајемчена, посебна права припадника националних мањина по својој природи индивидуална права, због чега би се онда обезбеђивао правни основ за некакав специјални положај удружења и организација које су основали поједини индивидуални припадници дате мањине? С друге стране, ако постоје неки колективни интереси мањине који треба да буду правно заштићени, зашто би се њихово остваривање поверавало удружењима, која превасходно настају удруживањем појединаца који желе да заштите сопствене интересе? Другим речима, логика уставно-правног признања посебног положаја мањинских колективитета налаже управо супротно решење, а оно се састоји *у стварању посебног представничког тела мањинске заједнице, актом јавног права, чији би персонални састав бирали сâми представници мањинских заједница, како би интереси тог колективитета на што аутентичнији и репрезентативнији начин били заступани*. Истовремено, тако би се обезбедио демократски легитимитет таквих тела, чиме би се спречила и могућа узурпација и ексклузивитет у заступању интереса мањинских заједница. Што је најважније, таква тела би поседовала активну легитимацију да у поступцима пред државним органима заступају и бране интересе мањинске заједнице коју представљају.[45]

5. КОЛЕКТИВНА И ИНДИВИДУАЛНА ПРАВА

Једно од централних места расправе о колективним правима јесте оно које се тиче односа колективних према индивидуалним правима. С једне стране, могуће је наићи на изјаве, попут оне Јеал Тамир, која на једном месту каже: „Што се више неко упознаје с ак-

[44] В. опширније, *ibid*., 166–169.

[45] За такво решење се, начелно, опредељује и наш уставотворац, када у чл. 75, ст. 3 предвиђа: „Ради остваривања права на самоуправу у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма, припадници националних мањина могу изабрати своје националне савете, у складу са законом“

туелним случајевима, то више долази до закључка да категорија колективних права која не шкоде појединачним припадницима, јесте (из свих практичних разлога) једна празна категорија".[46] Нису, ипак, сви склони тако радикалним закључцима. Мајкл Игњатиеф, рецимо, подсећа на језичка права, па каже: „Право да говориш језик који си изабрао неће много значити ако је језик изумро. Из тог разлога, групна права су потребна да би се заштитила индивидуална права". Међутим, и он упозорава, „крајња сврха и оправдање групних права није у заштити групе као такве, већ у заштити појединаца који је чине".[47] То посебно ваља имати на уму када се зна да се „индивидуални и групни интереси неизбежно сукобљавају".[48] Фримен, чак, дефинише колективна људска права као „права чији су носиоци колективитети, и која су несводива на индивидуална људска права, али су у сагласности с њима...".[49] Најзад, Кимликина либерална теорија мањинских права тежи повлачењу разлике између оних колективних права која представљају „спољашње заштите" (*external protections*) групе према широј заједници и оних која намећу „унутрашња ограничења" (*internal restrictions*) властитим члановима. Док се прва могу оправдати, дотле би се признавањем других обесмислило утемељење сâме категорије колективних права, унутар дате теорије, а то је да социјетална култура, као колективни оквир, представља контекст за смислени индивидуални избор, па је само стога треба и штити „групно-диференцираним" правима.[50]

Џилијан Тригс, међутим, с правом упозорава да позивање на штетан ефекат колективних права по права индвидуалних припадника групе „понекад имплицира да су индивидуална права подједнако непроменљива и апсолутна. Заправо, индивидуална права се често вагају како с другим индивидуалним правима, тако и с интересима демократског друштва".[51] Већ начелно прихватање могућности да одређени колективитети буду титулари права подразумева да се у одмеравању потенцијално конфликтних интереса, поред појединаца и државе, јављају и сами колективитети. Та конскевенца је посебно изражена код корпоративног концепта, од којег се у овом раду полази, јер он, „додељујући морални статус групама као таквим, ствара свет у којем се захтеви група не могу морално анализирати као захтеви

[46] Y. Tamir, (1999), 164.

[47] M. Ignatieff, „The Attack on Human Rights", *Foreign Affairs* 6/2001, 108.

[48] *Ibid*., 110.

[49] M. Freeman, „Are there Collective Human Rights?", *Political Studies* 1/1995, 38.

[50] W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford 1995, 35–44.

[51] G. Triggs, „The Rights of `Peoples` and Individual Rights: Conflict or Harmony?", *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Clarendon Press, Oxford 1988, 144.

појединаца. Према томе, постаје морално могуће да захтеви група оспоравају и обарају захтеве појединаца".[52]

Либерали не показују толику забринутост за индивидуална права припадника шире политичке заједнице, која понекад бивају ограничена или, чак, укинута институционализацијом колективних права одређене етнокултурне групе. Много већи зазор имају спрам ситуација у којима се зарад осварења колективног права групе нарушавају индивидуална права њихових припадника. Стога, свака теорија која у начелу прихвата и могућност признања тзв. унутрашњих ограничења, мора понудити одговор на два темељна питања. Прво, потребно је утврдити која се индивидуална права у либерално-демократској политичкој заједници никада не могу укидати зарад признања неког колективног права, а која се, пак, могу ограничавати или укидати зарад заштите виталног и легитимног права групе. У суштини се ово питање своди на проблем толеранције. С обзиром на то да и либерализам представља „борбену веру" (Тејлор), не може свака нелиберална културна или религијска пракса и обичај *a priori* бити сматран подобним за политичко и правно признање у либерално-демократском друштву.[53] Друго, „тамо где постоји раздор унутар групе, корпоративна концепција мора да пронађе неки начин да одреди чији глас је ауторитативан или аутентичан глас групе".[54]

---

[52] P. Jones, (1999a), 93; упор. и A. Buchanan, (1994), 8.

[53] Поултер, на примеру Енглеске, разматра палету различитих правних техника којима се примењују одређене политичке мере у сфери захтева мањинских групација. Тако, оне праксе и обичаји који се налазе „изван граница" које налажу минимални стандарди либералног друштва бивају проглашени кривичним делима. Пример такве праксе у Енглеској је клитеридектомија. Следећа мера састоји се у простом поништавању правних дејстава одређених аката који су неприхватљиви из перспективе либералног друштва. Ова мера је карактеристична за брачно и породично право и односи се, на пример, на полигамију, бракове између деце, вансудске разводе. Једна од мера јесте и спречавања уласка у земљу лица која су починила нека од наведених дела или спречавање увоза неких токсичних производа који се користе за одређене верске ритуале. Заштита мањинских пракса и обичаја се, најпре, може штитити политиком *laissez-faire*, сходно начелу да све је дозвољено све што право изричито не забрањује. Затим, у неким сферама живота је довољно доследно спровести начело забране дискриминације. Најзад, понекад су неопходне мере различитог третмана према припадницима мањинских заједница, а у извесним случајевима те посебне мере морају бити и државно финансиране и потпомагане. Поултер закључује да је у досадашњој пракси процене да ли се у погледу појединих мањинских захтева треба приклонити асимилационистичким или плуралистичким принципима као критички тест коришћен принцип „општег јавног интереса". Иако је тај појам сам по себи недовољно прецизан, новија пракса највиших судских инстанци (*Court of Appeal* и *House of Lords*) указује на стварање везе између модерног схватања појма јавности и међународних инструмената о људским правима, чија је приступница и Велика Британија. Овај тренд, је по мишљењу Поултера, свакако за похвалу, S. Poulter, *Ethnicity, Law and Human Rights – The English Experi*ence, Oxford University Press, Oxford 1998, 59–67.

[54] P. Jones, (1999a), 92.

Коментаришући квебешко језичко законодавство, Тејлор је понудио одговор на прво питање. Иако је свестан да у поменутом случају долази до ограничавања индивидуалних права грађана Квебека, он наглашава да постоји „опасно превиђање суштинских ограничења када се говори о темељним правима на ствари какве су оглашавање фирме на језику који неко изабере“. Мора се, каже Тејлор, направити разлика између „темељних слобода, оних које никада не би требало да буду нарушене и стога треба да буду утврђене као ненападиве, с једне стране, и привилегија и имунитета који јесу важни, али који могу бити опозвани или ограничени из разлога јавне политике – иако би некоме био потребан јак разлог да то учини – с друге стране“.[55] Поменута подела на индивидуална права и слободе која се сматрају „основним“ и неповредивим, и она која су као „повластице и имунитети“ подложна ограничењима, добра је полазна основа за једну свеобухватну правну теорију колективних права, која би се до краја позабавила њеном нормативном операционализацијом. Сам Тејлор је оставио недоумице у погледу тога која би се права могла сврстати у једну, а која у другу категорију,[56] али Тригс нуди једну од могућих смерница за детаљније разрађивање ове дихотомије. Говорећи о потенцијалном сукобу колективних и индивидуалних права, он скреће пажњу на околност да већина правних инструмената која штите људска права „дозвољава дерогирање бар неких права које дефинишу, тако што даје привремену предност држави при јавним опасностима ‘угрожености живота нације’“. С друге стране, одређене основне слободе, какво је право на живот, право да се не буде изложен мучењу, нечовечном и понижавајућем поступању или кажњавању или држању у ропству, не могу бити стављене ван снаге ни у таквим ситуацијама.[57] *Mutatis mutandis*, наведена индивидуална права представљају минимум који ни у једном случају захтева за признањем неког колективног права не би смео да буде прекорачен. Несумњиво да је у погледу вагања конфликтних слобода појединца и виталних и легитимних права колективитета тај праг могуће подићи, али је,

[55] C. Taylor, „The Politics of Recognition“, *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, (ed. A. Gutmann), Princeton University Press, New Jersey 1994, 59.

[56] O`Нил сматра да Тејлор под основним слободама има на уму: право на живот, слободу, одговарајући судски поступак, слободу говора и слободу вероисповести. D. O`Neill, „Multicultural Liberalism and the Rushdie Affair: A Critique of Kymlicka, Taylor, and Walzer“, *Review of Politics* 2/1999, 239. С друге стране, Н. Димитријевић је мишљења да Тејлор под правима која „могу бити одузета неким члановима друштва, а у име очувања идентитета групе“ има на уму право на слободу кретања, на употребу сопственог језика и на образовање, в. Н. Димитријевић, „Устав као акт позитивирања друштвеног уговора“, *Хабитус* 1/1999, 135 фн. 48.

[57] О забрани стављања ван снаге у Европској конвенцији, в. више у Д. Гомиен, *Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима*, Београдски центар за људска права, Београд 1996, 107.

ипак, тешко *in abstracto* таксативно навести сва права која би се нашла у групи оних основних.[58]

Из свега до сада реченог, произилази да „настојећи да подржава разноликост кулура и традиција, савремени либерализам брине за колективна права народа и мањина, а не само за аутономију и једнакост индивидуа, што су, традиционално гледано, основна начела либерализма".[59] Када је то већ тако, онда у одређеним ситуацијама сваки од супротстављених релевантних захтева мора бити разматран у светлу оног другог.[60] На примеру Квебека, то значи да „право појединца на слободу изражавања може бити тумачено у светлу права језичке заједнице да сачува сопствени језик".[61] У компаративној судској пракси либералних друштава, у којима су до скора једини признати актери били држава и појединци, увелико се примењује тзв. *тест пропорционалности*, према којем је ограничавање инидвидуалних права и слобода легитимно у оним случајевима у којима држава може да докаже постојање претежног интереса (*compelling interest*) и да се постизање тог интереса не може постићи неким мање рестриктивним средствима (*minimal impairment analysis*).[62] Одбацивање мита о етнокултурној неутралности либералних друштава и политичко признање различитих етнокултурних колективитета повлачи за собом већ поменуте ситуације у којима ће се, поред државе и појединa-

[58] Примера ради, *Indian Civil Rights Act*, који је 1968. године донет да би се заштитила одређена иднивидуална права припадника индијанских племена, а који пружа мању заштиту од уставног *Bill of Rights*, јемчи индивидуално право на исповедање вере, али с друге стране не забрањује институционализацију племенске религије, јер је то витални аспект постојања највећег броја племена.

[59] М. Ступар, „Ролсов 'Закон народа'", *Српска политичка мисао* 2–3/1998, 89.

[60] На врло сличан начин Ступар каже да је политичка питања која су спорна са становишта либералне толеранције прво потребно класификовати према њиховој комплексности, затим по томе до којих граница се унутар културне групе намећу ограничења слобода и, на крају, неопходно је „одредити либералне принципе које изражавају толеранцију тако да се друштво које би прихватило ове принципе не распадне као јединствена политичка јединица". M. Stupar, „A Question of Political Tolerance", *Интеркултуралност и толеранција* (уред. Б. Јакшић), Република – Библиотека XX век, Београд 1999, 95–96.

[61] V. van Dyke, „The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory", *The Rights of Minority Cultures* (ed. W. Kymlicka), Oxford University Press, Oxford 1995, 53.

[62] Тест пропорционалности се примењује пред америчким и канадским Врховним судом, пред немачким Уставним судом, у Аустрији и Швајцарској, пред Европским судом, као и пред Европским судом за људска права. види опширније у S. Rodin, „Principle of Proportionality and Codification of Fundamental Rights – Lessons for Suprantional Legal Order", paper presented at the conference *Vertrauen in den Rechtstaat: Rechtstraditionen und Rechtsgarantien in Europa nach 1989"*, Bucarest, October 2000. И српски Устав у чл. 20 предвиђа употребу овога теста приликом ограничавања људских и мањинских права.

ца, и групе које овима припадају појавити као актер с легитимним захтевима. У јавној и јуристичкој сфери оне морају доказати да постоји интерес за заштиту одређене праксе, обичаја или начина живота, да је он конститутиван за одржање и опстанак саме етнокултурне групе, те да он претеже у односу на супротстављене захтеве појединачних припадника групе и/или државе.[63] Сумња у погледу аутентичности или ауторитативности гласа групе, речено је већ, биће понајмања ако је колективитет заступљен од стране јавно-правног и демократски устројеног тела. Најзад, при сваком конфликту појединачних, посебних и општих интереса, колективитет мора доказати и то да се жељени циљ не може постићи неким другим, блажим средствима. Тако се у случају квебешких језичких закона може аргументовано тврдити да је постојао претежан интерес ове етнокултурне заједнице да заштити свој језик и културу, како у односу на ширу политичку заједницу, тако и у односу на појединачне припаднике, али се исти циљ могао постићи и мање рестриктивним мерама – уместо обавезног прописивања пословног оглашавања на француском језику, довољна је, рецимо, била забрана оглашавања искључиво на енглеском језику.

6. ЗАКЉУЧАК

На претходним странама је понуђена пролегомена за једну свеобухватну правну теорију колективних права.[64] Та теорија, сматрам, може бити кохерентно развијена *ако и само ако* прихвати политичко-филозофско становиште вредносног колективизма, односно став да одређени колективитети поседују морални субјективитет, који је несводив на њихове индивидуалне припаднике. Да се у том погледу не захтева неки радикалан заокрет либерално оријентисане политичке и правне теорије, доказ су понајпре одредбе важећег међународноправног поретка, у којима се *implicite*, ако не већ *explicite*, већ може наћи упориште вредносног колективизма.

Надаље, признати правни субјективитет различитих колективитета – народа, мањинских заједница и аутохтоних народа – како на међународном плану, тако и у унутрашњим порецима многих држава, налаже заокружену правнотеоријску концептуализацију појма ко-

[63] После разматрања два случаја која је решавао амерички Врховни суд – *Wisconsin v. Yoder* 406 U.S. 205 (1972) и *Santa Clara Pueblo v. Martinez* 436 U.S. 49 (1978) – Розенфелд закључује да се у оба ова случаја предност даје групи у односу на добробит како појединаца, тако и ширег друштва. M. Rosenfeld, „Can Human Rights Bridge the Gap Between Universalism and Relativism?“, *Columbia Human Rights Law Review* 2/1999, 265.

[64] Потпуно је разумљиво да су могући и на другим основама засновани приступи правнотеоријском утемељењу колективних права.

лективних права. Овде су размотрени тек неки од жаришних проблема с којима се правна теорија колективних права мора ухватити у коштац. Ипак, оно што се намеће као недвосмислен закључак из свега реченог јесте да треба преиспитати традиционалну поделу субјеката права на физичка и правна лица. Показано је да, поред тога што већ јесу, *колективитети и треба да буду титулари одређених права*. При том, околност да се не могу свести на збир индивидуалних припадника, односно да је њихова стварност *de facto*, а не као код правних лица *de iure*, чини се да оправдава њихово издвајање у засебну категорију субјеката права.

Постоји још један проблем, који је у тексту само успутно дотакнут, а који је изузетно важан за успешну правно-теоријску концептуализацију појма колективних права. То је проблем *номотехничке стандардизације и канонизације* у овој материји. Због јасних историјских разлога, међународноправним дискурсом је након Другог светског рата завладала својеврсна индивидуалистичка парадигма, што је за последицу имало да сви значајнији инструменти буду устројени према том обрасцу.[65] У том смислу, и формулација члана 27. Пакта о грађанским и политичким правима[66] представља „смишљену одлуку, устројену да би се избегло давање групи међународног субјективитета. Такав међународни субјективитет, страховало се, могао је дати мањини способност да утужује своја права пред надлежном међународном институцијом, какав је Комитет за људска права, основан овим Пактом".[67]

За разлику од система Лиге народа где је и супротна могућност постојала, Факултативни протокол Пакта предвиђа активну легитимацију искључиво индивидуалних припадника мањинских заједни-

[65] Добро је позната историјска чињеница да је Хитлер злоупотребио систем Лиге народа, користећи мањинско питање Немаца у Пољској и Чехословачкој као повод за доцнију агресију на ове земље. Отуда је завршетак Другог светског рата означио и дисконтинуитет с дотадашњом политиком заштите мањина. Превладало је схватање да је потенцирање мањинског статуса и мере њихове посебне заштите „охрабривало групе да себе дефинишу у опозицији према другима". Нацистичка расна доктрина је била најеклатантнији пример таквог одређивања националног идентитета. Стога се као алтернатива наметнуо систем „општег скупа међународних норми о људским правима, заснованих на западњачкој и либералној филозофији, који нагласак ставља на политичким уместо на економским, социјалним и културним правима и на суштинску једнакост појединаца, а не група", J. E. Oestreich, „Liberal Theory and Minority Group Rights", *Human Rights Quarterly* 1/1999, 113.

[66] „У оним земљама у којима постоје етничке, националне, верске и језичке мањине, лица која припадају тим мањинама неће бити лишена права, заједно с другим члановима групе, да уживају сопствену културу, исповедају сопствену веру и служе се сопственим језиком".

[67] L. B. Sohn, „The Rights of Minorities", *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin), Columbia University Press, New York 1981, 274.

ца. Стога се, рецимо, и према мишљењу сâмог Комитета за људска права, право на самоопредељење не може штитити према Факултативном протоколу, јер је титулар овога права „народ“ као колективитет. Међутим, Комитет у свом коментару члана 27. на једном месту каже и следеће: „Мада су права заштићена чланом 27. појединачна права, она на известан начин зависе од *способности мањинске групе* да одржи сопствену културу, језик и веру“. Отуда, „позитивне мере од стране државе чланице могу бити нужне да би се *заштитио идентитет мањине* и права њених чланова да уживају и развијају културу и језик и штите сопствену веру, у заједници с осталим члановима групе“. Крајњи закључак Комитета јесте да заштита права предвиђених чланом 27. „има за циљ да осигура *опстанак и трајан развој културног, верског и друштвеног идентитета одређене мањине* обогаћујући на тај начин читаво друштво“, (курзиви, М. Ј.).[68] На основу ових ставова, стиче се утисак да и Комитет стоји на становишту да је заштитни објекат ове одредбе опстанак и развитак мањинске заједнице, као такве.[69] Ако је то тако, онда усвојена стратегија, према којој је овде реч о индивидуалним правима припадника мањинских група, која они врше „заједно с другим члановима групе“, представља само грубо номотехничко поигравање са стварном природом највећег броја права из овога корпуса,[70] која су управо колективна, те их као таква треба и прописати.[71] Нема сумње да би једна заокружена правна теорија колективних права значајно допринела крајњем циљу, номотехничкој стандардизацији и канонизацији ове материје.

Треба рећи још и то да једна настајућа теорија о колективним правима мора искористити све расположиве и богате потенцијале опште правне теорије. Како се сама налази у ембрионалној фази раз-

[68] Општи коментар Комитета за људска права број 23(50), тачке 6.2 и 9.

[69] Торнбери недоумицу у погледу титулара овога права покушава да разреши на следећи начин: „Право на идентитет сакрива колективно право иза права индивидуа. Група представља ‘непризнато присуство’ иза индивидуалних права. Колектива права су супстантивни, ако не ‘формални’ аспект правне реалности. Већи део ове реалности је искоришћен за индивидуална права. ‘Мањинска права’ су супстантивна и индиректна, а не формална и директна“, P. Thornberry, *International Law and Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford 1991, 396.

[70] Варади је склонији да, имајући у виду предоминантан индивидуалистички дискурс, усвојену стратегију назове „(унеколико стидљивим) компромисом“ (*somewhat shy compromise*). T. Várady, (1996b), 116.

[71] У Извештају-објашњењу поводом *Предлога Европске конвенције за заштиту мањина* каже се да „се чини неопходним да се признају права која припадају не само индивидуалним припадницима мањина, већ и мањинама као таквим, пошто мањине нису тек збир одређеног броја појединаца, већ представљају и систем односа међу њима. Без концепта колективних права, заштита мањина би унеколико била ограничена“. Council of Europe, European Commission for Democracy through Law, *Explanatory Report on the Proposal for a European Convention for the Protection of Minorities*, CDL (91) 8, Strasbourg, March 11, 1991, p. 5, section 16.

витка, правна теорија колективних права првенствено мора изнаћи погодна методолошка оруђа за утврђивање оних права која су по својој природи колективна, односно чији је титулар колективитет. При том, постизање тог циља у великој мери зависи од анализе могуће садржине самог субјективног права, па се, на пример, чувена подела правних односа Веслија Хохфелда намеће као једно од таквих, подесних методолошких средстава.[72] Будући да би ова типологија помогла да се детаљније и прецизније утврди међусобни однос титулара права и друге стране унутар датог правног односа,[73] правна теорија колективних права би свој први корак – непобитно утврђивање права која су по својој природи колективна – учинила мање тешким.

На самом крају, ваља упозорити да се правна теорија колективних права мора, поред оних себи својствених задатака, а један од њих је, рецимо, и детаљнија типологија колективних права,[74] позабавити и питањима која, строго узевши, задиру у поље социолошких дисциплина. Тако, упозорава се да чланство у групама може бити флуидно и несигурно,[75] да се колективним идентитетима може мани-

---

[72] Подсећања ради, Хохфелд је разликовао четири корелативна типа правних односа који настају из одговарајућег субјективног права. Код првог типа, праву једног субјекта (*claim right*) одговара дужност неког другог субјекта (*legal duty*). Код другог, слободи, односно повластици једног субјекта (*privilege*) одговара непостојање права на страни другог субјекта (*no-right*). Код трећег типа, корелат овлашћењу једног субјекта (*power*) представља одговорност друге стране (*liability*). Најзад, код четвртог типа, имунитету једног субјекта (*imunity*) одговара немоћ неког другог субјекта (*no-power*). W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven 1964, 36 и даље.

[73] Тако и R. Martin, *A System of Rights*, Clarendon Press, Oxford 1997, 46.

[74] Једну од најопсежнијих типологија понудио је Џејкоб Леви. Овај аутор сматра да постоји осам врста права етнокултурних група. То су: 1) изузећа од закона који кажњавају или отежавају обичаје неке културе; 2) пружање помоћи за активности које већинска етнокултурна група упражњава без помоћи; 3) права на самоуправу; 4) спољашња правила која ограничавају слободу неприпадника групе; 5) унутрашња правила која се под претњом екскомуникације врше над члановима групе; 6) признање и примењивање традиционалног правног система неке културе; 7) представљање мањина у државним органима и телима; и 8) симболички захтеви за потврђивањем вредности, статуса или постојања различитих група. J. T. Levey, „Classifying Cultural Rights“, *Ethnicity and Group Rights* (eds. I. Shapiro, W. Kymlicka), New York University Press, New York 1997, 22–66.

[75] Разматрајући проблем тзв. „категоријалног атрибурирања“ на примеру етничког идентитета, Путиња и Стреф-Фенар кажу „да се етнички идентитет никад не дефинише на чисто ендоген начин, преношењем етничке суштине и квалитета кроз *membership*, него ... се конструише у односу између категоризације коју врше нечалнови и идентификације с једном посебном етничком групом ... Управо тај дијалектички однос између егзогене и ендогене дефиниције етничке припадности чини етницитет динамичким процесом који је увек подложан редефинсиању и прекомпоновању“, Ф. Путиња, Ж. Стреф-Фенар, *Теорије о етницитету*, Библиотека XX век, Београд 1997, 160.

пулисати и да се они могу присилно наметати,[76] као и да они могу представљати основу за неправедне захтеве. Надаље, признање колективних права може фиксирати колективне идентитете на сувише ригидан начин и представљати својеврсни вид принуде.[77] Најзад, „заједнице и културе нису статичне, тако да узајамно дејство идентитета, разлике и права не би требало да буде арбитрарно прекинуто зарад неког хегемонистичког тумачења заједнице".[78] Ова упућеност правне теорије колективних права и на методске поступке и инструменте других дисциплина, уз неопходност да буде заснована на тачно одређеној филозофској методолошкој основи,[79] значи само да поменута теорија не може бити никакво *Reine Rechtslehre* већ, управо супротно, пример интердисциплинарног приступа у правној теорији.[80]

Miodrag A. Jovanović, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

ARE THERE COLLECTIVE RIGHTS?
(Part two)

Summary

In an attempt to offer prolegomena for a comprehensive legal theory of collective rights, the author discusses several most important issues. First of them concerns the criteria for defining collective rights. The author advances the thesis that what primarily determines the nature of a

[76] Киш као један од тешких техничких проблема везаних за институционализацију колективних права наводи тај што је границе колективитета потребно дефинисати на неарбитраран и непринудан начин, J. Kis, (1996), фн. 6.

[77] Тако, K. A. Appiah, „Identity, Authenticity, Survival – Multiculral Societies and Social Reproduction", *Multiculturalism (Examining the Politics of Recognition)*, (ed. A. Gutmann), Princeton University Press, New Jersey 1994, 162–163.

[78] M. Freeman, (1995), 39.

[79] Методолошка основа се може представити као сума неких основних сазнања која дају онтолошко-гносеолошке претпоставке о предмету проучавања, а истовремено су одлучујућа за даљи избор методских поступака и методских инструмената путем којих се непосредно и увећава садржинско знање о проучаваном феномену, в. у С. К. Врачар, *Преиспитивања правне методологије – наговештаји државно-правног интегрализма*, Научна књига, Београд 1994 – о методолошкој основи стр. 49–54, а о методским поступцима и инструментима стр. 72–73. и 87–92.

[80] О томе опширније у M. Jovanović, „Collective Rights – A Case Study of Interdisciplinary Approach in Jurisprudence", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 2009 (у штампи).

collective right is not the way that right is exercised, but rather the character of the right-holder, i.e. collective, which is different both from natural and juristic persons. Furthermore, the author emphasizes that one should not confuse between collectives and narrow classes of subjects, whose legal status is determined by partly general legal norms. When it comes to the problem of representation, the author argues that a solution might be found in the creation, by an act of public law, of the special representative body of collective, which would be elected by members themselves, which, in turn, would lead to a more authentic representation of collective interests. Finally, the author allows the possibility that collective rights might sometimes override rights of the individual members of the collective, but he considers, first, that in a liberal-democratic society certain fundamental individual rights should never be infringed, and, second, that the restriction of other individual rights and liberties can be legitimate only if collective can prove it has a relevant compelling interest, and that the realization of this interest could not be achieved through less restrictive measures.

Key words: *Exercise of rights.– Classes of subjects.– Representation.– Individual rights.– Proportionality test.*

УДК 347.72.036

Др Вук Радовић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КУМУЛАТИВНО ГЛАСАЊЕ ЗА ИЗБОР ЧЛАНОВА УПРАВЕ (II део)*

Развој корпоративног управљања је последњих деценија изнедрио велики број нових правних института, међу којима се истиче и кумулативно гласање. Осим чињенице да је кумулативно гласање модерна тема, о којој европска теорија и пракса још увек нису дале коначан суд, подстицај за писање овог чланка аутор је пронашао и у околности да је овакав модалитет гласања акционара дозвољен Законом о привредним друштвима, а прецизиран и појашњен Кодексом корпоративног управљања. У том погледу је потребно објаснити постојећа решења и дати смернице друштвима о пожељним правцима њихове имплементације, али и указати на спорне аспекте у примени кумулативног гласања.

У првом делу чланка, објављеном у претходном броју овог часописа, било је речи о појму, дејствима и примени директног гласања, као уобичајеног начина гласања акционара, основним карактеристикама кумулативног гласања и претпоставкама за његову примену. Аутор је у том делу чланка детаљно објаснио и начин примене кумулативног гласања, уз наглашавање бројних проблема који могу довести до неправичних и непожељних исхода. У овом делу чланка су приказана најзначајнија ограничења кумулативног гласања, међу којима се посебно издвајају: смањење броја чланова управе, укидање кумулативног гласања, једнака подела гласова, увођење класификоване управе, разрешење члана управе именованог од стране мањинских акционара и попуњавање упражњених места у управи. Анализа ограничења је од великог значаја, јер од њих зависи домен примене и ефикасност оваквог начина гласања. У последњем делу рада биће показано да је кумулативно гласање институт који се може са подједнаком аргументацијом нападати и бранити, због чега је немогуће дати недвосмислен закључак у прилог оправданости његовог увођења.

Кључне речи: *Кумулативно гласање. – Класификована управа. – Управни одбор. – Разрешење чланова управе. – Акционарско друштво.*

---

* Први део рада је објављен у претходном броју часописа, в. В. Радовић, „Кумулативно гласање за избор чланова управе (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/ 2008, 150–164.

1. УВОД

Кумулативно гласање је усвајањем Закона о привредним друштвима из 2004. године по први пут уведено у право Србије, и то као претпостављен начин гласања за избор чланова управног и надзорног одбора отвореног акционарског друштва, односно као дозвољен начин за избор чланова управног одбора затвореног акционарског друштва и друштва са ограниченом одговорношћу.[1] У првом делу рада, објављеном у претходном броју овог часописа, било је речи о основним карактеристикама кумулативног гласања, претпоставкама за његову примену, односу са директним гласањем, као и начинима ефикасног коришћења кумулативног гласања, уз наглашавање проблема који могу довести до неправичних и непожељних исхода. У овом делу рада су приказани најзначајнији правни институти и корпоративне технике које могу имати утицај на ограничавање ефикасности кумулативног гласања, а све у циљу схватања домашаја и смисла наших позитивноправних решења. Услед опирања појединих великих правних система, још увек се не може говорити о кумулативном гласању као универзално прихваћеном начину гласања акционара на седницама скупштине акционарског друштва. Због тога су у раду изложени најзначајнији аргументи којима се правда и оспорава кумулативно гласање, како би се српска правничка јавност упознала са изазовима на које овакав начин гласања даје адекватан одговор, односно са проблемима чији настанак индукује.

2. ОГРАНИЧЕЊА КУМУЛАТИВНОГ ГЛАСАЊА

Кумулативно гласање често представља „ноћну мору“ за већинског акционара, који због тога жели да се ослободи „страних елемената“ (представника мањинских акционара) у управи друштва. С тим циљем се смишљају и примењују различити начини којима се може умањити или анулирати дејство кумулативног гласања.[2] Ограничења су најактуелнија у државама које прописују обавезно кумулативно гласање, јер се на тај начин изиграва одредба императивног карактера. Развијеност регулативе и праксе корпоративног управљања у овој области се цени зависно од степена заштите коју је држава, односно коју су конкретна акционарска друштва имплементирала у циљу доследног спровођења принципа кумулативног гласања.

[1] В. Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 154, 309, 327, 330.

[2] Д. Радоњић, „Правни и математички аспекти кумулативног гласања“, *Право и привреда* 5–8/2003, 59.

Као основни начини ограничавања кумулативног гласања се издвајају: смањење броја чланова управе, укидање кумулативног гласања, једнака подела гласова, увођење класификоване управе, разрешење члана управе именованог од стране мањинских акционара и попуњавање упражњених места у управи.

2.1. Смањење броја чланова управе

Између ефикасности кумулативног гласања и броја чланова управе постоји директан однос: што је већи број чланова управног одбора које треба изабрати, то је већа могућност да мањински акционари изаберу свог представника у управном одбору.[3] Отуда је смањење броја чланова управе једна од најједноставнијих дозвољених стратегија за умањивање ефеката кумулативног гласања, јер смањењем већински акционар диже проценат акцијског капитала неопходног за именовање једног члана управе.[4]

То би на једном примеру изгледало овако: акционарско друштво има два акционара, од којих акционар А поседује 19 акција, док акционар Б поседује 81 акцију, при чему је основни капитал друштва подељен на 100 акција. Управни одбор друштва се састоји од пет чланова. Применом кумулативног гласања, лице А би имало право да именује једног члана управног одбора, јер је за именовање једног члана неопходно имати 17 акција.[5] Ако акционар Б успе да промени оснивачки акт или статут, на тај начин што ће смањити број чланова управе са пет на четири члана, онда ће акционар А изгубити право на именовање свог представника у управи, јер је за именовање једног члана четворочлане управе неопходно имати 21 акцију.[6]

Питање броја чланова управе се у већини европских законодавстава одређује оснивачким актом у складу са законским правилима о минималном и/или максималном броју чланова, што значи да се мења квалификованом већином гласова на скупштини акционара.[7] Исто правило је предвиђено и за отворена акционарска друштва у Србији.[8] Супротно, у САД и Јапану, одредбе овакве садржине се

---

[3] *Корпоративно управљање – приручник*, International Finance Corporation, Београд 2007, 91.

[4] W. A. Klein, J. C. Coffee, *Business Organization and Finance – Legal and Economic Principles*, Foundation Press, New York 2000, 125.

[5] Према формули: [100/(5+1)]+1=17,66 акција. Међутим, због непрецизности формуле мањинском акционару је довољно да поседује 17 акција за избор једног представника.

[6] Према формули: [100/(4+1)]+1=21 акција.

[7] В. немачки Закон о акцијама (*Aktiengesetz*) из 1965. године (даље: AktG), чл. 95.

[8] В. ЗОПД, чл. 308, ст. 1.

уобичајено налазе у статуту, те их чланови управе могу једнострано променити.[9]

Иако правила логике налажу да се заштите мањински акционари код смањења броја чланова управе, законописци нису нашли за сходно да ову гаранцију уврсте макар и међу диспозитивне законске норме. Из тих разлога Кодекс корпоративног управљања садржи препоруку да друштва треба својим актима да онемогуће лако смањивање броја чланова управног одбора (на пример, одредбама о кворуму или већини за одлучивање) с циљем заштите права гласа мањинских акционара по основу кумулативног гласања.[10]

2.2. Укидање кумулативног гласања

У државама у којима кумулативно гласање није императивно, већински акционар може променом оснивачког акта или статута да укине или на други начин ограничи кумулативно гласање, без обзира на евентуално противљење мањинских акционара.[11] У том погледу треба имати на уму и резултате истраживања која су показала да укидање кумулативног гласања доводи до благог снижавања цена акција на тржишту.[12] Према томе, акционари и потенцијални инвеститори овакву радњу виде као негативан сигнал у контексту будућег пословања друштва.

У нашем праву, контролном акционару ништа не стоји на путу да измени оснивачки акт или статут у правцу увођења директног гласања.[13] Овим се актуелизује питање начина промене ова два акта, јер се један мења квалификованом акционарском већином (оснивачки акт), а други већином присутних чланова управног одбора (статут). Као и код смањења броја чланова, и код укидања кумулативног гласања законодавац је требало да предвиди нека ограничења са циљем заштите мањинских акционара, јер се у супротном обесмишљава концепт његовог увођења. Слично смањивању броја чланова управ-

---

[9] B. E. Rock, H. Kanda, R. Kraakman, „Significant Corporate Actions“, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (ed. R. Kraakman *et al.*), Oxford University Press, Oxford 2005, 138.

[10] В. српски Кодекс корпоративног управљања (даље: Кодекс КУ), *Службени гласник РС*, бр. 1/2006, чл. 174.

[11] H. E. Bowes, L. A. De Bow, „Cumulative Voting at Elections of Directors of Corporations“, *Minnesota Law Review* 21/1937, 356.

[12] S. Bhagat, J. Brickley, „Cumulative Voting: The Value of Minority Shareholder Voting Rights“, *Journal of Law and Economy* 27/1984, 353–355.

[13] Кодекс КУ, чл. 170. Према неким ауторима, праву мањинских акционара на кумулативно гласање треба дати карактер стеченог колективног права, слично правима ималаца преференцијалних акција. В. више М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду – Профинвест, Београд 2007, 72–73.

ног одбора, Кодекс корпоративног управљања препоручује друштвима да онемогуће лако укудање кумулативног гласања (на пример, одредбама о кворуму или већини за одлучивање).[14] Поред квалификоване већине за одлучивање, у упоредном праву су позната и решења по којима мањински акционари у случају укидања кумулативног гласања имају право да захтевају откуп својих акција од друштва.[15] У српском праву би се ово право акционара могло предвидети оснивачким актом друштва и то само за акционара који је био насагласан са одлуком већине.[16]

2.3. Једнака подела гласова

Чињеница да акционари код кумулативног гласања слободно распоређују гласове којима располажу може довести до ситуације да неколико кандидата за чланове управе добију једнак број гласова. Ако се због тога не може утврдити ко су кандидати који су добили највећи број гласова, гласање се мора поновити, и то само за онолико чланова управе који нису могли бити изабрани.[17] Зависно од околности случаја, једнака подела гласова може нанети штету већинском или мањинском акционару.

Следећи пример на најбољи начин илуструје недостатке кумулативног гласања који могу настати услед једнаке поделе гласова: акционарско друштво има укупно 150 акција, од којих акционар А поседује 101 акцију, а акционар Б 49 акција, и бира се пет чланова управног одбора. Акционар А расподељује 505 гласова којима располаже на четири кандидата, тако што првом кандидату даје 145 гласова, а на преостала три кандидата равномерно распоређује преосталих 360 гласова (свако добија по 120 гласова). Акционар Б својих 245 гласова расподељује на два кандидата, тако што првом даје 125, а другом 120 гласова. Као последица оваквог гласања, биће изабрана само два кандидата за чланове управног одбора (представник акционара А који је добио 145 гласова и представник акционара Б који је добио 125 гласова), док се за три члана мора поновити гласање, јер је четири кандидата добило исти број гласова. У поновљеном гласању, акционар Б има право да именује још једног члана управног одбора, јер је за именовање једног члана у трочланом одбору потребно да акционар поседује 39 акција, а акционар Б има 49 акција.[18]

---

[14] Кодекс КУ, чл. 174.

[15] W. Campbell, „The Origin and Growth of Cumulative Voting for Directors“, *Business Lawyer* 10/1955, 14.

[16] ЗОПД, чл. 444, ст. 1, тач. 5.

[17] H. E. Bowes, L. A. De Bow, 361; З. Арсић, „Кумулативно гласање за избор чланова одбора директора“, *Правни живот* 11/2004, 51.

[18] Према формули: [150/(3+1)]+1=38,5 акција.

Једнака подела гласова је у наведеном примеру очито привилеговала мањинског акционара, јер је он уместо да именује једног члана управног одбора, именовао два члана.[19]

Сличан ефекат се може постићи и у супротном правцу – мањински акционар услед једнаке поделе гласова именује мањи број чланова управе него што теоријски има право. То би се у претходном примеру могло десити у случају да акционар А своје гласове распореди на следећи начин: првом и другом кандидату да по 127 гласова, трећем 126, а четвртом 125. Тада би се изабрала само три члана управног одбора (и то три кандидата већинског акционара), а за преостала два би се поновило гласање. У поновљеном гласању мањински акционар не би могао да именује свог представника.

Проблеми који могу настати у вези са једнаком поделом гласова се могу лако заобићи ако се акционари придржавају два важна правила: прво, кандидатима за које се гласа треба дати различит број гласова (да је у првом случају акционар А то и учинио не би дошао у ситуацију да изгуби једног члана управног одбора); и друго, акционари своје гласове треба да распореде на највише онолико кандидата колико могу да изаберу у складу са општим правилима о кумулативном гласању (у томе се састојала грешка мањинског акционара у другом случају).

Посебан проблем у вези са једнаком поделом гласова се јавља у ситуацији када мањински акционар има гранични проценат акција на основу кога не би могао да именује члана управе, али у исто време ту могућност нема ни већински акционар. Примера ради, друштво има 600 акција и два акционара: лице А са 100 и лице Б са 500 акционара. Број од 100 акција не гарантује акционару А право да ће именовати једног члана управе, јер му је потребно више од 100 акција, али му у исто време гарантује да то неће моћи да учини ни већински акционар. Разрешење овакве ситуације треба тражити у договору већинског и мањинског акционара, а ако он није могућ онда треба приступити избору члана управе од стране суда, а у екстремним случајевима и покретању поступка принудне ликвидације друштва.

2.4. Увођење класификоване управе

У друштвима са класификованом управом, чланови су подељени у одређени број група (уобичајено три), тако да скупштина акционара сваке године бира чланове следеће групе, а када се после неколико година сви изаберу, поново на дневни ред долазе чланови групе

[19] Да би имао право на именовање два члана управног одбора акционару Б су потребне још две акције [(2x150/(5+1)]+1=51 акција.

од које се и почело.[20] Основна карактеристика класификоване управе је да се сви чланови не бирају у исто време,[21] чиме се једна фракција бира сваке године на одређени период дужи од годину дана.[22] Класификовањем број чланова управе остаје непромењен, јер се постојећи директори деле у неколико група. Међутим, овом правном радњом се остварује идентичан ефекат као да је дошло до смањења броја чланова.[23] У суштини, класификована управа смањује број директора који се бирају годишње, чиме се повећава проценат акцијског капитала неопходног за именовање једног представника.[24] У друштву са унитарном управом од три члана, мањинском акционару је неопходно више од 25% акцијског капитала да би изабрао свог члана у управи, док у ситуацији када је ова управа класификована у три групе, мањински акционар не може да рачуна на свог представника. Ако друштво има девет неротирајућих чланова управе, мањинском акционару је потребно капитал-учешће од преко 10% за избор једног члана, а у случају њиховог класификовања у три групе од по три директора проценат се повећава на 25%.[25] Наведени примери указују на

[20] Амерички MBCA у члану 8.06. прописује да „оснивачки акт може предвидети класификовану управу на тај начин што ће поделити укупан број директора на две или три групе, тако да свака група садржи половину или трећину од укупног броја... У том случају, мандат директора прве групе престаје на првом годишњем скупштинском заседању после њиховог избора, мандат друге групе престаје на другом годишњем скупштинском заседању после њиховог избора, док мандат треће групе, ако постоји, истиче на трећем годишњем скупштинском заседању после њиховог избора. На сваком следећем годишњем скупштинском заседању, директори ће бити бирани на две или три године, зависно од случаја."

[21] F. A. Gevurtz, *Corporation Law*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000, 485.

[22] G. A. Bryan, *Black's Law Dictionary*, WEST Group, St. Paul, Minn.1999, 166.

[23] Због тога неки аутори смањивање броја чланова управе и увођење класификоване управе виде као два начина на која се ограничење ефикасности кумулативног гласања спроводи смањивањем броја чланова управе који се бирају, F. A. Gevurtz, 485.

[24] „Смањивањем броја директора који се бирају, смањује се значај кумулативног гласања." E. W. Sell, L. H. Fuge, „Impact of Classified Corporate Directorates on the Constitutional Right of Cumulative Voting – a Critical Evaluation of the Wolfson v. Avery Problem", *University of Pittsburgh Law Review* 17/1956, 162.

[25] Овај ефекат на најбољи начин илуструје случај *Coalition to Advocate Public Utility Resposibility, Inc. v. Engels* (364 F. Supp. 1202) из 1973. године. *Nothern States Power Company* (*NSP*) је имала 14 директора, који су се заједно бирали кумулативним гласањем сваке године. Коалиција група за заштиту животне средине и потрошача је у јавном интересу изабрала кандидата за члана управе (*Alpha Smaby*), кога су желели да предложе на следећој скупштини акционара. *Smaby* је обећала да ће, ако буде изабрана, промовисати јавни интерес указујући посебну бригу питањима заштите животне средине и потрошача. Управа *NSP*-а се супротставила овом предлогу и покушала је да га спречи тако што је: а) смањила број директора на 12; и б) класификовала управу у три групе од по четири директора са трогодишњим мандатом. Као резултат, само су четири директора годишње могла бити бирана. Да

очигледну наконзистентност која постоји између класификоване управе и кумулативног гласања.[26]

Због деструктивног дејства класификоване управе на ефекте кумулативног гласања, оправдано се поставило питање да ли увођење кумулативног гласања поставља неко ограничење за класификацију управе.[27] Одговор на постављено питање је од посебног значаја у државама у којима је право на кумулативно гласање уставна категорија или је законом уведено као императивно правило. У ситуацијама када се од акционарских друштава захтева да примењују кумулативно гласање за избор чланова управе, а у исто време им се и омогућава да класификују своју управу, тешко је аргументовати у прилог тезе да је класификована управа недозвољена са образложењем да се тиме умањује ефикасност кумулативног гласања.[28] Судска пракса је у складу са наведеним резоном заузела став по коме се мањинским акционарима гарантује једино право на кумулативно гласање (уставом, законом или конститутивним актом друштва), што не подразумева и гаранцију да ће они коришћењем свог права и имати представника у управи друштва.[29] У свим оним случајевима када се класификовањем управе кумулативно гласање претвара у директно гласање (на пример, управни одбор од три члана је класификован у три групе), може се са правом говорити о незаконитости класификовања, јер тада право на кумулативно гласање постоји само на папиру.[30] Државе могу заштитити ефекте кумулативног гласања тако што би увеле законску забрану класификовања управе у случајевима примене кумулативног гласања.

се ништа није променило, мањинским акционарима би требало свега око 7% акцијског капитала да изаберу *Smaby*. Променама је управа повећала број акција неопходних да би се обезбедио њен избор на 20%. Суд је закључио да су према америчком праву обе промене законом дозвољене. Највећи број компанијских закона дозвољава управи да промени број својих чланова, а друштву да има класификовану управу. Суд је и поред ова два закључка донео привремену меру против управе. Зашто? У основи, неправично је мењати правила за време трајања игре. Суд је заузео становиште по коме је управа, променама усред изборне кампање, без најаве и неопходних обавештења, са циљем да се не изабере кандидат мањинских акционара, прекршила своје фидуцијарне обавезе. Такве промене би требало дозволити само уколико су учињене знатно пре скупштине акционара. В. више S. M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002, 447–448.

[26] L. D. Adkins, „Corporate Democracy and Classified Directors“, *Business Lawyer* 11/1955, 37.

[27] Слична логика је применљива и на смањивање броја чланова управе.

[28] F. A. Gevurtz, 485.

[29] В. случај *Humphrys v. Winous Co.* Врховног суда Охаја из 1956. године (133 N.E.2d 780).

[30] Слично в. L. D. Adkins, 37–38.

2.5. Разрешење члана управе изабраног кумулативним гласањем

Ако су чланови управе акционарског друштва изабрани кумулативним гласањем и ако су мањински акционари у том поступку именовали свог представника, онда већински акционар (у пракси најчешће преузималац након стицања већинског капитал-учешћа) може да примени следећу стратегију у циљу заобилажења дејстава кумулативног гласања: прво ће сазвати ванредну седницу скупштине акционара, на којој ће као тачку дневног реда уврстити разрешење члана управе именованог од стране мањинских акционара и именовање новог на упражњено место. Када се донесе одлука о опозиву, што већинском акционару неће бити тешко због већинских гласачких права које поседује, приступиће се избору новог члана, али овога пута то ће бити кандидат већинског акционара. Како се у случају избора једног члана управе ефекти кумулативног гласања не разликују од ефеката директног гласања, последица приказане стратегије је опозив представника мањинских акционара у управи одмах након избора и заобилажење дејстава кумулативног гласања.

У циљу спречавања оваквог исхода и заштите последица кумулативног гласања, у неким државама је било уведено правило по коме члан управе може бити разрешен само уколико за његово разрешење гласа квалификована већина (на пример, 2/3) од укупног броја гласачких акција.[31] Данас се најбољим начином разрешења односа кумулативног гласања и разрешења члана управе сматра решење по коме члан управе не може бити разрешен ако би гласови против његовог разрешења били довољни за његов избор у случају кумулативног гласања за избор целог одбора.[32] Наведено правило је императивног карактера због чега није дозвољено ограничење кумулативног гласања у случају разрешења члана управе именованог од стране мањинског акционара.

Три су претпоставке за примену посебног правила о разрешењу члана управе:

1) чланови управе морају бити изабрани кумулативним гласањем, јер се у случају да су изабрани директним гласањем примењују општа правила о разрешењу члана управе;

2) не разрешавају се сви чланови управе – ако се разрешавају сви чланови управе онда нема потребе за посебном заштитом мањинских акционара; и

---

[31] W. Campbell, 13; H. E. Bowes, L. A. De Bow, 367.

[32] В. амерички *Model Business Corporation Act* из 1984. године (даље: MBCA), чл. 8.08(c); њујоршки *Business Corporation Law* из 1963. године, чл. 706(c); Кодекс КУ, чл. 178.

3) законодавство дозвољава разрешење члана управе у свако доба без навођења разлога – у случају да је прихваћен систем разрешења само из оправданог разлога, општа правила о разрешењу би преко заштите права изабраних чланова управе у довољној мери штитила права мањинских акционара.

Специфичан начин разрешења члана управе именованог кумулативним гласањем има за последицу увођење посебног режима доношења скупштинских одлука. Према општем режиму скупштинска одлука се сматра донетом ако је за њу гласао одређени проценат акционара са правом гласа (најчешће већина гласова присутних акционара), што је применљиво и на овај случај, јер ако за предлог не гласа довољан број гласова, одлука не може бити донета.[33] „Одлука, међутим, није донета и онда, када је предлог добио довољан број гласова, али је против предлога дато онолико гласова, колико је довољно за избор члана управног одбора кумулативним гласањем.“[34] Акционари који су се уздржали од гласања се не могу рачунати као лица која су гласала против разрешења. Одлука о разрешењу члана управног одбора има правно дејство само ако је донета у складу са законом.[35] Ако нису испуњене све законске претпоставке, према доминантном схватању, одлуку скупштине акционарског друштва треба сматрати ништавом.[36]

Приказано на практичном примеру посебан начин за разрешење члана управе изабраног кумулативним гласањем би изгледао овако: у затвореном акционарском друштву лица А и Б имају по 40 акција, а лице Ц 20 акција. Управни одбор се састоји од пет чланова, а чланови се бирају на кумулативан начин. Према формули, свако лице које поседује преко 17,66 акција (практично 18) ће имати право на једног представника у управи. Ако лице Ц све своје гласове (100 гласова) веже за сопствени избор у управу, онда према наведеном законском решењу, он не може бити опозван, ако са истим бројем гласова гласа против свог опозива. Другим речима, опозив ће бити онемогућен ако акционари који поседују 18 акција гласају против.

Закон о привредним друштвима познаје посебно правило за разрешење члана управе именованог кумулативним гласањем, и оно гласи: „Ако акционарско друштво има кумулативно гласање за избор

[33] У српском праву одлуку о разрешењу мора да „одобри најмање већина гласова акција са правом гласа за избор члана управног одбора на скупштини акционара...“ ЗОПД, чл. 327, ст. 2. Наведена одредба има два правнотехничка недостатка: први, скупштина акционара не одобрава разрешење, већ доноси одлуку о разрешењу (тј. усваја предлог одлуке о разрешењу); и други, одлука се одобрава већином гласова акционара, а не већином гласова акција.

[34] З. Арсић, 54.

[35] В. ЗОПД, чл. 327, ст. 2.

[36] З. Арсић, „Ништавост одлука скупштине акционарског друштва“, *Право и привреда* 1–4/2007, 15.

члана управног одбора, а не разрешавају се сви чланови одбора, члан управног одбора може бити разрешен ако би гласови за његово разрешење били довољни за његов избор у случају кумулативног гласања за избор целог одбора.“[37] Иако је *ratio* ове одредбе требало да буде заштита кумулативног гласања, она је због језичке непрецизности изгубила свој смисао. Наиме, законодавац омогућава да се разреши члан управног одбора изабран кумулативним гласањем, само ако би за разрешење било дато онолико гласова колико је неопходно за његов избор. То значи да би већински акционар увек могао да разреши члана управног одбора именованог од стране мањинског акционара, јер он располаже довољним бројем гласова за избор тог члана у случају да се кумулативно гласа за избор целог одбора. Штавише, оваква формулација има још једну недопустиву последицу: она даје могућност и мањинском акционару да разреши члана управе именованог од стране већинског акционара. У горе наведеном примеру, за разрешење једног члана управе је потребно да гласају акционари који поседују 17,66 гласачких акција, што значи да ће лица А и Б моћи да разреше представника лица Ц у управи друштва и именују свог члана. У исто време би и лице Ц могло да разреши једног члана управе именованог од стране лица А и Б, али без могућности да изабере свог представника.

Кодекс корпоративног управљања је исправио уочени недостатак Закона о привредним друштвима и разрешење члана управе изабраног кумулативним гласањем поставио на праве основе.[38] Међутим, Кодекс као меко право представља само допуну важећој законској регулативи, тако да ниједна његова одредба не може да укине законско правило које исто питање уређује другачије.[39] Како су законска правила о разрешењу императивног карактера, ова одредба Кодекса се не може применити, већ њу треба схватити као препоруку законодавцу за промену законског текста *pro futuro*.

И адекватно правило о разрешењу члана управе изабраног кумулативним гласањем има један значајан недостатак: оно може блокирати разрешење било ког члана управе, јер мањински акционари могу онемогућити не само разрешење члана управе кога су они именовали, већ и сваког другог члана управе. Према томе, већински акционар без сагласности мањинског акционара не само да не може да разреши члана управе кога је именовао мањински акционар (чак и у случају да за то постоји оправдан разлог),[40] већ он није у могућности

---

[37] ЗОПД, чл. 327, ст. 2, тач. 2.

[38] Кодекс КУ, чл. 178.

[39] Кодекс КУ, чл. 2.

[40] „...ово решење пружа могућност непробојне заштите у управном одбору члана који је репрезентант мањинских акционара, па и када постоји оправдан разлог за разрешење...“, М. Васиљевић, 222.

ни да разреши члана управе кога је сам изабрао ако није задовољан његовим радом. На другој страни, за мањинског акционара се поставља додатни проблем у виду немогућности именовања другог лица уместо свог представника у управи (наравно, ово важи само у случају да већински акционар претходно подржи разрешење). Како се специјално правило о разрешењу члана управе изабраног кумулативним гласањем не би претворило у несмењивост чланова управе, компанијски закони неких држава дозвољавају у овом случају могућност судског разрешења члана управе и то само ако за то постоји оправдан разлог.[41] Ово је једна од ретких ситуација када се судски поступак сматра погоднијим начином разрешења члана управе.[42] У праву Србије је судско разрешење члана управног одбора предвиђено само као једна од мера коју суд може наложити у случају да не покрене поступак престанка друштва на захтев мањинских акционара.[43]

2.6. Попуњавање упражњених места у управи

У случајевима када члан управе изабран кумулативним гласањем од стране мањинског акционара да оставку, умре или буде проглашен за умрлог, јавља се проблем начина попуњавања упражњеног места. Попуњавање састава управе може бити учињено од стране скупштине акционара, саме управе (тзв. кооптација), суда у ванпарничном поступку или на неки други начин одређен интерним актима друштва.

а) Ако попуњавање упражњеног места врши скупштина акционара, очигледно је да ће већински акционар имати могућност да именује свог кандидата, без обзира што је недостајући члан био представник мањинског акционара. Ефекти су у овом случају исти као и када већински акционар разреши члана управе именованог од стране мањинског акционара и изабере свог кандидата.

б) Ако одлуку о попуњавању упражњеног места доноси управа друштва, онда то значи да ће одлука зависити од воље чланова управе који су изабрани од стране већинског акционара. У тим околностима, „није реално очекивати да ће они показати претерани ентузијазам у погледу ефеката кумулације“.[44]

в) Мањински акционар би могао да иницира покретање ванпарничног поступка за попуњавање састава управе и да предложи

[41] Према члану 8.09(а) америчког MBCA, суд може донети одлуку о разрешењу директора на предлог акционарског друштва или акционара који представљају 10% акцијског капитала, у случају да суд установи: (1) преварно или непоштено понашање директора, или крајњу злоупотребу ауторитета или дискреције; и (2) да је разрешење у најбољем интересу друштва.

[42] S. L. Emanuel, *Corporations*, Emanuel Publishing Co., New York 1997, 62–63.

[43] ЗОПД, чл. 346, ст. 4, тач. 1.

[44] З. Арсић, (2004), 53.

име лица кога треба именовати.[45] Премда суд није везан тим предлогом, он неће бити без значаја, јер би суд приликом попуњавања упражњеног места требало да води рачуна о чињеници да се чланови управе бирају кумулативним гласањем, као и да је недостајући члан био представник мањинског акционара.

г) Попуњавање састава на начин предвиђен интерним актима друштва омогућава сваком друштву да на аутономној основи заштити ефекте кумулативног гласања у случају да место у управи буде упражњено (на пример, увођењем квалификоване већине за доношење одлуке о избору).[46]

У српском праву се упражњено место у управном одбору попуњава кооптацијом на првој наредној седници одбора, ако оснивачким актом или статутом друштва није друкчије одређено.[47] Према томе, кооптација је правило, ако интерним актима друштва није укинута. У случају укудања могућности кооптације, избор недостајућих чланова управе мора да изврши скупштина акционара на наредној седници. Без обзира да ли попуњавање састава врши управни одбор или скупштина акционара, очито је да законска правила привилегују већинског акционара и не воде рачуна о њиховим последицама на кумулативно гласање.

3. КУМУЛАТИВНО ГЛАСАЊЕ – *PRO ET CONTRA*

У којој мери је кумулативно гласање добро или лоше зависи од становишта са ког се посматра. До сада су у теорији истицани бројни аргументи за и против кумулативног гласања. Кумулативно гласање је један од оних института који се могу са подједнако јаком аргументацијом нападати и бранити, због чега није могуће недвосмислено заузети позицију око оправданости његовог увођења.

3.1. Аргументи у прилог кумулативног гласања

Најзначајнији аргументи у прилог увођења кумулативног гласања су следећи:

а. *Представничка демократија као фундаментални принцип*. Идеја кумулативног гласања је првобитно настала у јавном праву,

[45] Попуњавање од стране суда се уобичајено везује за ситуацију када орган управе нема довољан број чланова који је неопходан за доношење одлука. J. Barbić, *Pravo društava – društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2000, 418.

[46] У теорији се оправдано истиче да би овакво решење створило три правна режима за доношење одлуке о избору чланова управе: први, који се примењује на избор првог органа управе; други, који се односи на кумулативно гласање; и трећи, који би се примењивао у случајевима попуњавања састава, З. Арсић, (2004), 53.

[47] ЗОПД, чл. 311, ст. 2.

као модел будућег развоја политичког система који би уважавао интересе мањина у друштву. Највећи утицај је у том правцу извршио есеј „Представничка влада“ чувеног енглеског филозофа Џона Стјуарта Мила из 1861. године, у коме је он заступао тезу по којој је адекватно представљање мањине један од стубова демократије. Он се при том залагао за доминацију већине, али не у смислу да мањина нема могућност да изабере свог представника. Чињеница да већина увек може да надвлада мањину, не значи да већина треба да има све представнике, а мањина ниједног.[48] Акционарска друштва у том смислу не представљају изузетак,[49] те управа друштва треба да у што је могуће већој мери репрезентује структуру акционара.[50] Представничка демократија преко пропорционалне заступљености примењена на акционарска друштва подразумева да особа са значајним (али мањинским) капитал-учешћем треба да има глас у управљању друштвом. Према томе, за разлику од директног гласања које изражава односе доминације у једном друштву, кумулативно гласање обезбеђује примену односа демократичности.[51]

б. *Принцип правичности*. Управа друштва управља средствима која јој не припадају, тј. располаже новцем других лица. Има ли шта природније и правичније од давања права значајном броју тих других лица да учествују у доношењу управљачких одлука.[52] Мањинским акционарима се на тај начин даје могућност да сазнају о којим се питањима на седницама управног одбора расправља, које околности утичу на доношење различитих одлука и какве одлуке се на крају доносе, и то у најкраћем могућем року (тј. када се о одлукама одлучује, односно чим се одлука донесе).[53]

в. *Умањивање конфликта између већинског и мањинских акционара (начин разрешења другог агенцијског проблема)*. У системима концентрисаног акционарства, акутан је проблем односа већинског и мањинских акционара.[54] Обезбеђивање ефикасне правне заштите

---

[48] Наведено према W. Campbell, 3; G. D. Gibson, „Should Cumulative Voting for Directors be Mandatory? – A Debate“, *Business Lawyer* 11/1955, 22–23.

[49] Демократија је начин живота, чији домен примене није ограничен само на државне органе, већ је принцип читавог друштва, укључујући и акционарска друштва, J. G. Sobieski, 316.

[50] C. W. Steadman, „Should Cumulative Voting for Directors be Mandatory? – A Debate“, *Business Lawyer* 11/1955, 16.

[51] Д. Радоњић, 55. О противаргументима в. H. F. Sturdy, „Mandatory Cumulative Voting: an Anachronism“, *Business Lawyer* 16/1961, 570–571.

[52] G. H. Young, „The Case for Cumulative Voting“, *Wisconsin Law Review* 1950/1950, 55.

[53] R. E. Axley, „The Case against Cumulative Voting“, *Wisconsin Law Review* 1950/1950, 281.

[54] У теорији корпоративног управљања је инхерентна супротстављеност контролног и мањинских акционара обухваћена појмом други агенцијски проблем.

мањинских акционара од злоупотреба извршених или планираних од стране или у интересу већинског акционара један је од основних циљева права акционарских друштава,[55] а делимично и добре праксе корпоративног управљања.[56] Учествовање у управљању се данас сматра ефикасном техником заштите права акционара, а кумулативно гласање је један од начина постизања тог циља. Увођење кумулативног гласања је оправдано кад год постоји снажан конфликт између контролног и мањинских акционара, а основна последица се састоји у преношењу тог конфликта на управни одбор и смањивању ефикасности постојања централизоване управе.[57] Омогућавањем мањинском акционару да именује свог представника у управи друштва дестумулише се доминантан акционар да злоупотребљава своју контролну позицију на штету мањине у друштву. У супротном, мањински акционари би захваљујући информацијама којима располажу могли поренути и поступак ликвидације друштва.[58]

г. *Позитивни ефекти укрштања различитих интереса у управи.* Пожељно је да се у управи друштва укрштају што је могуће различитији интереси.[59] Кумулативно гласање омогућава мањинским акционарима да преко свог представника у управи изразе своја мишљења и ставове о свим питањима која се поставе пред управу.[60] Посматрање истих проблема из различитих углова доприноси њиховом свестранијем расправљању и претресању. Консеквентно, преламање интереса води доношењу бољих одлука, заснованих на принципима информисаности и заштите интереса друштва и свих његових акционара.[61]

У том односу контролни акционар „носи капу са ознаком агента“, а мањински акционари са ознаком принципала. Више о другом агенцијском проблему и начинима његовог разрешења, в. В. Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (уред. М. Васиљевић, В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 251–257.

[55] OECD Principles of Corporate Governance из 2004. године, 20.

[56] Иако се корпоративно управљање првобитно развило са идејом разрешења првог агенцијског проблема, оно се показало као веома корисно и за умањивање другог агенцијског проблема, E. Wymeersch, *Some Recent Trends and Developments in Company Law*, Financial Law Institute, Working Paper Series, WP 2001–07, 2001, 8.

[57] P. L. Davies, „The Board of Directors: Composition, Structure, Duties and Powers“, *Company Law Reform in OECD Countries – A Comparative Outlook of Current Trends*, Stockholm, 2000, *www.oecd.org/dataoecd/21/30/1857291.pdf, 13*.

[58] ЗОПД, чл. 346.

[59] R. W. Hamilton, *Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies – Cases and Materials*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2001, 497, фн. 5; Д. Радоњић, 56.

[60] W. Campbell, 15.

[61] О потреби да управни одбор постане отворени форум за дискутовање проблема, в. G. H. Young, 56.

д. *Умањивање конфликта интереса између чланова управе и друштва*. Постојање члана изабраног од стране мањинских акционара умањује могућност конфликта интереса између друштва и осталих чланова због веће вероватноће откривања.[62] Представници мањинских акционара представљају својеврсну форму унутрашње контроле рада управе, која спречава исту да користи друштво за остваривање сопствених интереса.[63] На тај начин се остварује терапеутско дејство на управу, која не само што ће извршавати своје обавезе у интересу друштва, већ ће њени чланови бити подстакнути да се понашају као директори, а не као пуки заштитници интереса оних који су их изабрали.[64]

ђ. *Појачана одговорност*. Због повећане могућности откривања злоупотреба и других видова незаконитог, непоштеног или преварног понашања, присуство мањине у управи појачава одговорност представника већине. Према неким ауторима, и само право на кумулативно гласање, без обзира да ли је искоришћено, може остварити наведени ефекат.[65] Кумулативно гласање омогућава мањинским акционарима да буду информисани о свим штетним одлукама које је управни одбор усвојио, што може представљати основ за покретање поступака против одговорних чланова управе (на пример, подношењем деривативне или индивидуалне тужбе).[66]

е. *Развој тржишта акција*. Кумулативно гласање има тенденцију да стимулише интересе акционара у акционарском друштву чије акције поседују.[67] Сви акционари ће постати активнији и заинтересованији за учествовање у управљању друштвом. У крајњој консеквенци, због могућности да мањински акционари именују своје представнике у управи друштва, повећава се атрактивност тржишта акција, што би требало да доведе до његовог развоја.[68]

3.2. Аргументи против кумулативног гласања

а. *Нестабилност (дисхармонија) управе*. Присуство члана мањинског акционара у управи може проузроковати дисхармонију унутар овог органа.[69] Дугорочна стабилност управе је један од захте-

[62] R. W. Hamilton, *The Law of Corporations*, WEST Group, St. Paul, Minn. 2000, 269.

[63] W. Campbell, 15; М. Васиљевић, 71; Д. Радоњић, 56.

[64] C. W. Steadman, 17.

[65] *Ibid.*

[66] З. Арсић, (2004), 48.

[67] C. W. Steadman, 17.

[68] G. H. Young, 55–56.

[69] R. W. Hamilton, (2000), 269; J. G. Sobieski, 321; R. E. Axley, 279; Д. Радоњић, 56.

ва који се поставља пред модерна акционарска друштва, као предуслов њихове експанзије и развоја. Представник мањинских акционара може узроковати умањену ефикасност и нестабилност управе, јер већина више нема потпуну контролу над доношењем одлука.[70] Од чланова управе се очекује да функционишу као тим, а не као разједињена и нехомогена коалиција чланова.[71]

б. *Средство узнемиравања управе*. Кумулативно гласање омогућава мањинским акционарима да узнемиравају управу и злоупотребљавају своје право да учествују њеном раду.[72] Ово је од посебног значаја у случајевима када неко лице жели да преузме друштво противно вољи управе (непријатељско преузимање). Тада потенцијални непријатељски преузималац може користити кумулативно гласање као средство притиска на чланове управе у правцу непредузимања мера одбране друштва од преузимања контроле и у правцу заузимања позитивног става према будућем преузимању.[73]

в. *Уздржавање од доношења ризичних одлука.* Мањински представник може неосновано критиковати управу, што ће исту обесхрабрити да предузима ризичне (али пожељне) пословне потезе.[74]

г. *Непредвидиви резултати*. Ако акционари не расподеле своје гласове на оптималан начин, резултати могу бити непредвидиви (на пример, већински акционар не именује већину чланова управе или мањински акционари не именује број чланова које му кумулативно гласање иначе омогућава).[75] Да би избегли нелогичне последице, законодавства и акционарска друштва уводе бројна правила и развијају праксу са циљем едукације акционара како да гласају и на најбољи начин заштите своје интересе.[76] Међутим, треба имати у виду да нелогични резултати не настају само због непознавања принципа на којима је засновано кумулативно гласање, већ често настају као последица покушаја већинског или мањинских акционара да добију више преставника у управи него што им заиста и припада. Са таквим стратегијама се најчешће покушава онда када једна страна претпостави како ће друга страна гласати, што у случају да је претпоставка била нетачна може довести до неправичног исхода.

д. *Одавање пословних тајни конкурентима.* Кумулативно гласање омогућава конкуренту да се инфилтрира у управни одбор дру-

---

70 C. W. Steadman, 18.

71 W. Campbell, 15; З. Арсић, 48.

72 W. Campbell, *ibid*; C. Steadman, 20; М. Васиљевић, 72.

73 H. F. Sturdy, 550.

74 R. W. Hamilton, *ibid.*

75 H. F. Sturdy, 565–567; G. H. Young, 50; З. Арсић, (2004), 49.

76 Више в. В. Радовић, 161–163.

гог друштва, чиме му постају доступне пословне тајне и друге релевантне информације о пословању тог друштва (теорија корпоративне шпијунаже).[77] Опасност од одавања пословних тајни конкурентима (мањинским акционарима) је мања у државама које имају развијено тржиште менаџера и доследну судску примену фидуцијарних дужности директора.

ђ. *Заштита партикуларистичких интереса*. Кумулативно гласање неформално промовише заштиту партикуларистичких интереса. Наиме, директори изабрани од стране мањинских акционара су превасходно заинтересовани за заштиту интереса акционара који су их изабрали, а не интереса друштва у целини.[78] Према неким ауторима, мањински директори су фокусирани на остваривање краткорочних ефеката у виду повећања вредности акција, а не вредности друштва.[79]

е. *Ограничења кумулативног гласања.* Бројна ограничења кумулативног гласања су снажан аргумент против његовог увођења.[80] Премда тачан, овај аргумент превиђа две околности: прво, већина ограничења је отклоњива, како на законском, тако и на аутономном нивоу (на пример, смањење броја чланова и разрешење члана управе); и друго, нека ограничења су применљива и у случају примене директног гласања (на пример, у друштвима која немају већинског акционара може да дође до једнаке расподеле гласова, односно до ситуације када више кандидата има једнак број гласова, што може произвести изненађујуће резултате – погодовање већинског или мањинских акционара).

ж. *Тешкоћа укидања*. Једном уведено кумулативно гласање се у случају експанзије друштва и дисперзије акционарства тешко укида. Ово је један од разлога због којих законодавство не треба да претпоставља кумулативно гласање за отворена акционарска друштва.[81]

з. *Заштита другим средствима*. Компанијско право је развило бројне институте који омогућавају мањинским акционарима да заштите своје интересе (на пример, право на информисање, право на покретање поступака против чланова управе, право на сазивање ванредне седнице скупштине акционара, дужности чланова управе, и др.).[82] Кумулативно гласање је сходно оваквим размишљањима не-

[77] C. W. Steadman, 19; J. G. Sobieski, 322; R. E. Axley, 283.

[78] G. D. Gibson, 26; F. A. Gevurtz, 484.

[79] J. G. Sobieski, 322.

[80] Више в. део овог чланка под насловом Ограничења кумулативног гласања.

[81] R. E. Axley, 285.

[82] Више о законским правима мањинских акционара у Србији, в. М. Васиљевић, *Компанијско право (право привредних друштава Србије и ЕУ)*, Правни

потребно због постојања других модалитета заштите мањинских акционара.[83] Овај аргумент се не може у потпуности прихватити, јер се ниједно право мањинских акционара не може мерити са правом на избор свог представника у управи друштва. За разлику од других начина заштите права мањинских акционара, који се испољавају само у одређеним ситуацијама и то привремено, присуство у управи друштва карактерише перманентност и континуитет у учествовању у раду и доношењу одлука.[84]

и. *Ограниченост само на избор чланова управе.* Примена кумулативног гласања је ограничена само на једно питање – избор чланова управе, док је неприменљиво у погледу других одлука, при чему неке од тих других одлука могу бити од великог значаја за мањинске акционаре (на пример, одлука о реинвестирању добити, одлука о повећању основног капитала).[85]

ј. *Смањивање утицаја представника мањине преношењем овлашћења на извршне органе.* Утицај представника мањинских акционара се може на различите начине умањити, а давање већих овлашћења извршним органима друштва се издваја као један од најзначајнијих. Како већински акционар има контролни утицај у органу управљања друштва, он може већином гласова да именује све чланове извршних органа, јер се за њихов избор примењује директно гласање. Преношењем овлашћења на извршне органе се умањује утицај органа управљања, а посредно и представника мањинских акционара.

к. *Неадекватан састав управе (отежан избор независних директора)*. Приликом утврђивања састава органа управљања треба водити рачуна да се он састоји од чланова који као целина имају потребно знање, способности и стручна искуства неопходна за успешно обављање послова из његовог делокруга. Најмање један члан управног одбора у српском праву треба да има потребно искуство и знање о вођењу финансија и рачуноводству у котираним друштвима, а најмање два члана морају бити независни чланови.[86] Ове норме се

факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, 292–310; М. Пауновић, „Заштита мањинских акционара у функцији стабилности правног режима директних инвестиција“, *Право и привреда* 1–4/2005, 77–83; Д. Марјановић, „Права мањинских акционара према Закону о привредним друштвима“, *Право и привреда* 1–4/2005, 89–96.

[83] О преувеличавању значаја кумулативног гласања и потреби да се мањински акционари штите превасходно правилима о одговорности директора изабраних директним гласањем, в. H. Mattes, „The Burden of the Corporate Director Elected Noncumulatively“, *California Law Review* 63/1975, 465.

[84] C. W. Steadman, 19–20.

[85] З. Арсић, (2004), 49.

[86] ЗОПД, чл. 310; Кодекс КУ, чл. 131–132, 137–147.

лако могу имплементирати у случајевима избора чланова управе директним гласањем, јер већински акционар има право да именује све чланове управе, што му даје могућност да структуру чланства прилагоди законским захтевима и установљеним принципима добре праксе корпоративног управљања. Са друге стране, кумулативно гласање отежава примену одредаба о саставу управног одбора, јер ће се оправдано поставити питање како *ex ante* сагледати структуру читавог одбора и испоштовати све императивне прописе. Да би се предупредио избор неадекватног састава управе (на пример, избор управе без иједног независног члана), свако друштво треба својим интерним актима да предвиди посебна правила о односу кумулативног гласања и састава управе. При том, друштво треба да води рачуна да се појединим решењима могу ограничити ефекти кумулативног гласања.[87]

4. ЗАКЉУЧНЕ ОПСЕРВАЦИЈЕ

На крају сумарно указујемо на најзначајније замерке које се могу упутити српској регулативи и на сугестије друштвима и акционарима о правцу у ком треба да отклањају инхерентне недостатке кумулативног гласања, имајући у виду пре свега доминанатна законодавна решења у упоредном праву и релевантну добру праксу корпоративног управљања.

1) Могућност избора чланова управног одбора коришћењем кумулативног гласања треба оценити као модерно решење Закона о привредним друштвима. Међутим, у условима неразвијеног акционарства и непостојања акционарске културе, претпостављати кумулативно гласање за отворена акционарска друштва се чини као погрешна концепција. Боље решење би било да је законодавац само прописао могућност за ова друштва да бирају своје чланове управног одбора кумулирањем гласова, а да се и даље претпоставља директно гласање.

2) Одредбу закона о разрешењу чланова управног одбора изабраних кумулативним гласањем *de lege ferenda* треба променити на начин да се онемогући разрешење члана у случају ако би гласови против његовог разрешења били довољни за његов избор у случају кумулативног гласања за избор целог одбора. Примена важећег правила нема никаквог смисла и ни на који начин не штити члана управног одбора изабраног од стране мањинских акционара.

[87] Примера ради, друштво се може одлучити да прво бира независне чланове управе, а након тога остале. Оваквом поделом избора директора у две групе се смањује број лица која се бирају, чиме се отежава могућност мањинским акционарима да именују свог представника.

3) Иако није изричито предвиђено, кумулативно гласање према Закону о привредним друштвима треба разумети на начин да акционар може своје гласове да расподели и на неколицину кандидата, а не само на једног или све.

4) Акционарска друштва треба да учине све како би минимизирали негативне последице коришћења неких института компанијског права и корпоративних стратегија на ефикасност кумулативног гласања. У том смислу друштва могу својим интерним актима да предвиде комплекснију процедуру и услове за смањење броја чланова управног одбора и укидање кумулативног гласања, као и посебна правила за случај једнаке поделе гласова између више кандидата и за попуњавање упражњених места у управном одбору.

5) Акционарска друштва која прихвате кумулативно гласање за избор чланова управног одбора треба да изврше одговарајућу едукацију акционара (на пример, у виду публиковања упутстава о начину вршења права гласа) како би се избегли могући проблеми у његовој примени.

Vuk Radović, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CUMULATIVE VOTING FOR ELECTION OF BOARD MEMBERS
(Part two)

Summary

Corporate governance has created many new legal issues in recent decades, among which cumulative voting stands out. Beside the fact that the European theory and practice still haven't made the final judgment concerning this type of voting, the major incentive for writing this paper was legal availability of this type of shareholder voting according to the Serbian Law on Business Organizations and the Serbian Corporate Governance Code. Furthermore, cumulative voting is the presumed type of voting for the election of board of directors and supervisory board in open corporations. There is apparent need to clarify these provisions, as well as to offer necessary guidelines to companies in order to properly implement rules on cumulative voting.

The introduction of this article covers meaning, application and basic characteristics of straight voting, as a standard voting rule for shareholders. In the following parts of the article, the author explaines the basic characteristics of cumulative voting, and conditions for its application (legal availability and type of decisions). The author emphasizes the numerous problems in cumulative voting application, which can lead to unjust and unexpected results. The following part of the article shows the most frequently used limitations of cumulative voting, such as reducing the size of the board, replacing cumulative voting with straight voting, deadlock situations, classifying the board, removing minority-elected directors without cause, and filling the vacancy on the board. The analysis of these factors is very important, because they undermine the effectiveness of cumulative voting. The last part of the article shows that arguments in favor and against cumulative voting are approximately equal, and therefore it is hard to give unequivocal conclusion in respect of justifying its introduction.

Key words: *Cumulative voting. – Straight voting. – Classified board. – Board of Directors. – Removal of Board Members. – Corporation.*

УДК 342.4(497.11)”1837/1867”
32:929 Гарашанин И.

Др Љубица Кандић

редовни професор у пензији
Правног факултета Универзитета у Београду

ГАРАШАНИНОВИ НАЦРТИ УСТАВНОГ УРЕЂЕЊА СРБИЈЕ У XIX ВЕКУ

У Фонду Илије Гарашанина у Архиву Србије налазе се четири уставна нацрта које један број писаца приписује Гарашанину. Истраживањем архивске грађе у поменутом архиву и Архиву САНУ, аутор закључује да се Гарашаниново ауторство за неке од њих може довести у питање, а само на некима потврдити.

Аутор прихвата становиште да је први нацрт којим је одређен државноправни статус Србије, заиста сачинио Гарашанин. На нацрту се налази 1853. година као датум настанка, али аутор истиче да његова садржина указује да је сачињен после Париског уговора.

Други, тзв. „Недовршени нацрт“, је датиран у 1850. годину, мада и његова садржина указује да је настао после Париског уговора. Аутор у овом случају оспорава Гарашаниново ауторство с обзиром на његово тадашње политичко опредељење, које је у супротности са наглашеним положајем кнеза у систему власти у односу на Савет (Совјет), као и због сличности са нацртом Матије Бана из 1846. године.

Аутор верује да је и трећи уставни нацрт сачинио Гарашанин, али десет година раније у односу на 1868. годину која се налази на нацрту. Поред тога што га је Гарашанин вероватно својеручно написао, у њему је исказан и његов политички став у погледу одређивања положаја врховних органа власти, с преимућством Савета над кнезом, што указује на његово ауторство. Аутор истиче да се овај нацрт у погледу форме, а донекле и садржине, у извесној мери ослања на српске уставе из 1835. и 1838. године, нацрт Матије Бана из 1846. године, Уставне законе, а посебно на Саветски нацрт устава из 1856. године, али и да је Гарашанин притом прилагодио њихову садржину тадашњим политичким приликама у Србији, као и да је додао неке нове главе и чланове којих нема у претходним нацртима и уставима.

Четврти уставни нацрт, насловљен „Пројекат Устава за Књажество српско“, има две верзије: прва, датирана у 1835. годину се налази у Архиву Ср-

бије у фонду И. Гарашанина, а друга, без датума, чува се у Архиву САНУ у фонду Јована Ристића. Њу је највероватније написао Јован Мариновић, а Илија Гарашанин је само читко преписао. Година на првој верзији, имајући у виду њену садржину, није тачна, па се претпоставља да су обе верзије сачињене после Светоандрејске скупштине, вероватно у току 1859. године. Дакле, ни на овом нацрту ауторство се не би могло приписати Гарашанину.

И поред великог Гарашаниновог значаја и угледа, његови нацрти углавном нису имали већи утицај на касније српске уставе, јер су одражавали време у којем су настали и његове потребе, када се уставним путем тражило разрешење уставне кризе, што је често водило у неадекватна решења, како за постојеће односе, тако и за демократску опцију будућег уређења Србије.

Кључне речи: *Илија Гарашанин.– Уставни нацрти.– Уставност у Србији у XIX веку.*

О Гарашаниновом утицају на политичка збивања у Србији од 1837. до 1867. године доста се писало у последњој деценији XX века.[1] Наравно, било је и бројних појединачних чланака објављених у разним часописима пре Другог светског рата и после њега. Међутим, још увек су многа питања о његовом тридесетогодишњем учешћу у политичком животу ондашње Србије остала недовољно расветљена. Једно од њих је и тема о којој је овде реч.

Уставни развој Србије у XIX веку не може се искључиво оцењивати на основу четири донета Устава – 1835, 1838, 1869. и 1888. године и уставних закона, већ и према уставним нацртима, делимично познатим и објављеним, или недовољно познатим и необјављеним.[2] Аутори уставних нацрта најчешће су били војвођански Срби, али и странци, а понекад и страни конзули који су боравили у Србији као представници држава са којима је Србија одржавала својеврсне дипломатске односе. Било је и уставних нацрта чији су аутори непознати. Није се увек знало ни време када су сачињени: на неким нацртима не налази се година настанка, док се на некима појављује, мада понекад та година не одговара садржини нацрта, јер се очигледно односила на раније или касније прилике у Србији. Ова запажања донекле важе и за уставне нацрте који се везују за Гарашаниново име. Нашу пажњу овде посебно заокупљају следећа питања: 1) Гарашаниново ауторство нацрта који су пронађени у његовој заоставштини у Архиву Србије; 2) време њиховог настанка; 3) утицаји ранијих устава и уставних закона на садржину Гарашанинових уставних нацрта; 4) Гарашанинова концепција уставног уређења Србије.

---

[1] В. нарочито Д. Мекензи, *Илија Гарашанин, државник и дипломата*, Београд 1987; Д. Страњаковић, *Илија Гарашанин*, Крагујевац 2005; *Илија Гарашанин 1812–1874*, Међународни научни скуп САНУ 1987, Београд 1991.

[2] Љ. Кандић, „Необјављени нацрти Устава у Србији у првој половини XIX века“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972; Д. Поповић, „Гарашанинов уставни нацрт из 1858. године“, *Илија Гарашанин 1812–1874*, Међународни научни скуп САНУ 1987, Београд 1991, 175.

Гарашанинов утицај на уставно обликовање Србије испољавао се на разне начине: креирао је уставне нацрте, учествовао је у реформи уставног поретка оспоравањем неких одредаба Устава из 1838. године и уставних закона који су регулисали положај врховних органа власти, али је иницирао и нове законе који су се односили на ту материју.

У овој области његов утицај био је израженији док је био у апарату државне власти као попечитељ (министар) важних ресора. Но, и када није био попечитељ и члан Совјета, настојао је да утиче на ток догађаја у Србији, било преко својих пријатеља који су у то време имали значајне ресоре у српском Правитељству (Јован Мариновић, Стеван Магазиновић и други), било преко неких дипломатских представника европских земаља који су се налазили у Србији.

За одређивање историјског значаја Устава и уставних нацрта, између осталог, по правилу важно је и ауторство, односно углед личности који су их сачинили, као и њихов политички утицај на збивања у одређеном периоду развоја српске државе. Ова опаска важи и за нацрте који је сачинио Гарашанин.

У заоставштини Илије Гарашанина у Архиву Србије налазе се четири уставна нацрта. Историчари који су се бавили уставним уређењем Србије у XIX веку сматрају да су два писана његовом руком и да је Гарашанин њихов аутор.[3] За ауторство трећег нацрта мишљења су подељена.[4] Четврти нацрт није посебно проучаван и о његовом ауторству нема поузданих података.

I

Први спис означен као нацрт,[5] по садржини не представља формални Нацрт устава, већ су њиме обухваћена права која је Србија стекла турским хатишерифима и међународним уговорима. Другим речима, овим списом одређен је државноправни статус Србије и њен однос према Порти.[6]

Материја у овом тексту је раздељена у 11 глава. Сам спис нема наслова, а његова садржина је следећа: 1) Србија остаје трибутарна кнежевина, која плаћа Порти Хатом (хатишерифом, Љ. К.) утврђени данак; 2) Кнежевина Србија има независну унутрашњу управу у пог-

[3] Р. Љушић, „Илија Гарашанин о српској државности“, *Илија Гарашанин 1812–1874*, Међународни научни скуп САНУ 1987, Београд 1991, 135–136; Д. Поповић, *ibid.*

[4] Р. Љушић, 135–137 сматра да га је сачинио Јован Мариновић, док Д. Поповић, 178–180 верује да је аутор овог нацрта Гарашанин.

[5] Архив Србије, Фонд Илије Гарашанина, бр. 862 (у даљем тексту АС. ИГ).

[6] Р. Љушић, 135–136.

леду законодавства, вере, трговине и пловидбе; 3) Србија има национални грб и заставу; 4) постојећи уставно-монархијски начин правленија задржава се; 5) Кнежевина има право на довољан број народних војника ради одржавања унутрашње сигурности и одбране граница земље од напада; 6) у случају рата између Порте и које друге државе војска не може у Србију улазити или преко ње прелазити; 7) да би се то предупредило требало би иселити турске гарнизоне и срушити утврђења; 8) да се иселе сви Турци према Хату из 1830. године, осим оних који хоће да се подвргну српској власти и на тај начин се изједначе у правима са Србима и да уживају слободу вероисповести; 9) српска влада има право да одржава односе са страним властима и склапа царинске и друге уговоре који се тичу материјалног благостања и развитка земље. Српско-турско ћумручко питање решило би се на основу узајамности; 10) да се прегледају сви уговори Порте и исправе уколико су у супротности са међународним правом и ако вређају српску аутономију; 11) да се припоје Србији сва места одређена Хатом из 1833. године уколико су злоупотребом при разграничењу остала у Турској.[7]

На овом спису налази се 1853. година као датум када је сачињен. Међутим, овај датум не одговара у потпуности његовој садржини, јер су у њему поменута и права која је Србија добила после Кримског рата, па би се могло претпоставити да је сачињен непосредно након закључења Париског уговора 1856. године. Наиме, садржина овог списа, односно нацрта, слична је акту који је Савет[8] упутио Порти 1856. године.[9] Саветски акт има три дела. Први део садржи оптужбе против кнеза Александра Карађорђевића; други део, који је сличан поменутом спису И. Гарашанина, одредио је садржину аутономије у Србији, док трећи део садржи уставне одредбе и Нил Попов га назива „Саветским нацртом устава“.[10] Попов није назначио аутора Саветског акта у целини. Ипак, на основу сличности између дела Саветског акта о аутономији који помиње Н. Попов и Гарашаниновог списа односно нацрта, може се претпоставити да је Гарашанин можда саставио спис 1853. године, али да га је коначно уобличио после Париског уговора 1856. године, тј. да је он послужио Савету као узор када је правио коначну верзију захтева упућених Порти.

У овом Гарашаниновом спису о аутономији нема уставних одредаба нити су назначени његови ставови о унутрашњем уређењу Србије, али широка аутономија (која би се остварила уколико би

---

[7] АС. ИГ бр. 862.

[8] У литератури се као синоними користе „Савет“ и „Совјет“, док се у архивској грађи налази термин „Совјет“. У тексту ћемо користити оба термина као синониме.

[9] Н. Попов, *Србија и Русија*, Београд 1870, 344–347.

[10] Н. Попов, *ibid.*

Порта испунила све обавезе према Србији предвиђене хатишерифима и међународним уговорима) била је претпоставка за самостално одређивање уставног уређења Србије. Поменимо захтеве за исељењем Турака из градова, територијално проширење, ревизију међународних уговора у погледу обима аутономије, одређивање грба, заставе и успостављање народне војске. Неки од захтева истакнутих у Гарашаниновом спису изведени су и из одредаба Сретењског устава. Сличност овог Гарашаниновог списа са Саветским актом, односно његовим деловима, биће видљива и у каснијим нацртима који се везују за Гарашаниново ауторство.

Закључку о овом спису, односно нацрту, рекло би се да га је сачинио Гарашанин, и то не само због тога што га је својеручно написао, већ и због тога што је његово политичко опредељење у то време било усмерено према Савету, а против кнеза А. Карађорђевића и његове камариле.

II

Други релевантни спис који се налази у заоставштини Илије Гарашанина,[11] датиран је 1850. године и по садржини и форми представља уставни нацрт, јер се у њему налази велики број уставних одредаба, али не и све које би чиниле целовиту уставну материју, а сусрећу се у другим уставима, као и у четири поменута српска устава из XIX века; зато се за овај нацрт често употребљава назив „Недовршени уставни нацрт“.

Година настанка и овог нацрта не одговара његовој укупној садржини и може се претпоставити да је сачињен, као и претходни, 1856. године, јер садржи неке тачке Париског уговора које су се односиле на Србију.

Нацрт обухвата три одељка са одговарајућим бројем глава, у којима су распоређена 62 члана. Први одељак је насловљен „Политичка права Књажевине Србије“; други „Права грађанска Србаља“; и трећи одељак „Централно правленије“. Главе у оквиру 3. одељка распоређене су на следећи начин: а) „О власти књажеској“; б) „О Државном већу“; в) „О Совјету земаљском“. Други чланови нацрта за ово питање нису битни те их зато не наводимо.

Овај нацрт верификован је од стране историчара који су се бавили уставним развојем Србије у XIX веку као Гарашанинов нацрт, са аргументацијом да се налази у његовој заоставштини и да је написан својеручно.[12]

---

[11] АС. ИГ бр. 656. Р. Љушић, 136 и Д. Поповић, 176.

[12] У регистру Архива Србије заведено је да је написан руком његовог сина Милутина. Овај податак не би довео у сумњу да је нацрт саставио сам Гарашанин, јер

За утврђивање Гарашаниновог ауторства на овом нацрту значајно је писање Н. Попова о односима кнеза и Савета у борби око власти средином XIX века.[13] Наиме, он помиње два нацрта који су настали 1856. године, а који су упућени Порти како би се уставним путем разрешили сукоби између поменутих врховних органа власти. Један нацрт је сачињен по налогу кнеза – „Кнежев нацрт", а други по налогу Савета – „Саветски нацрт".

Садржина „Кнежевог нацрта", према Попову, у основним тачкама била је следећа: а) наследност престола у породици Карађорђевића; б) сазивање скупштине само у случају ако се прекрати лоза Карађорђевића; в) подела Савета на два одбора чије чланове би кнез постављао и мењао по својој вољи; један одбор би био надлежан за администрацију, а други за одобравање или одбијање закона без права предлагања; и најзад, г) дужност Правитељства да издржава сталну народну војску ради заштите Отоманске царевине.[14]

Попов није интерпретирао целу садржину „Кнежевог нацрта", већ само део који се односио на положај врховних органа власти с намером да поменутим одредбама нагласи превласт кнежеве власти над Саветом и побуде кнежевих присталица да се упути овакав нацрт Порти. У том контексту упоредили бисмо овај нацрт и „Недовршени нацрт" са нацртом Матије Бана да бисмо доказали да се садржина „Кнежевог нацрта" углавном поклапа са „Недовршеним нацртом"; да га није сачинио Гарашанин, већ неко од кнежевих истомишљеника и да су оба нацрта сачињена по узору на нацрт Матије Бана. Идентичност одредаба између „Кнежевог" и „Недовршеног" нацрта огледа се у одредбама о превласти кнеза над Саветом; о наследном кнежевском достојанству у породици Карађорђевић; о подели Савета на два одбора, чији називи у „Кнежевом нацрту" нису назначени, али је надлежност идентична у оба нацрта.

Није познато да ли је Попов поседовао изворни текст кнежевог нацрта устава, односно, „Недовршеног нацрта" или га је интерпретирао на основу посредних сазнања. Но, очигледно је да су кнежев, односно „Недовршени" нацрт имали свој узор у уставном нацрту Матије Бана из 1846. године.[15] Дистанца од десет година изгледа да није била препрека да се сачини сличан текст са изменама које је наметао Париски уговор из 1856. године. Ово утолико пре што се однос кнеза и Савета није променио и још увек су биле спорне одредбе о надлежности кнеза и Савета према Уставу из 1838. године и Уставним законима.

је познато да је Милутин преписивао многа документа свога оца, или због лоше читљивости, или због других разлога. Могуће је и да забелешка у регистру није тачна.

[13] Н. Попов, 345–346.

[14] *Ibid.*

[15] Архив САНУ, Фонд Матије Бана VI/1–5, 1846. година.

По нацрту Матије Бана, Србија би била уставна монархија са три врховна органа власти: кнез, Државно веће и Земаљски савет, са доминантном улогом кнеза у систему власти. Скупштина као орган власти није предвиђена и могла се сазвати само у случају када би народ „имао изабрати нову кнежевску породицу“.[16] Таксативно су набројане делатности свих врховних органа власти и одређен њихов међусобни однос. Композиција нацрта М. Бана и „Недовршеног нацрта“ је веома слична, чланови су распоређени у три одељка са идентичним насловима одељака. Ипак, неке разлике постоје између ова два нацрта. У нацрту М. Бана прецртано је да се наследство даје фамилији Карађорђевића, док је у „Недовршеном нацрту“ оно изричито наглашено. У одељку нацрта М. Бана о „Централном правленију“, под тачком Б, предвиђено је да ће чланови Државног већа бити доживотни, а под тачком В да ће се чланови Земаљског савета бирати на 5 година, док у „Недовршеном нацрту“ таква одредба не постоји. У истом одељку нацрта М. Бана, али у глави о кнежевској власти (чл. 4), предвиђено је да кнез „не може премештати чиновнике из једне струке у другу“; такав став не постоји у „Недовршеном нацрту“. Даљи текст тог члана је идентичан у оба нацрта. У истом одељку у глави „о Државном већу“ (чл. 2) постоје разлике у поменутим нацртима. У нацрту М. Бана Државно веће могло је имати шест или осам чланова, а у „Недовршеном нацрту“ шест чланова. У нацрту М. Бана чланови Државног већа морали су имати најмање 35, а у „Недовршеном нацрту“најмање 40 година. У истом члану нацрта М. Бана предвиђено је да број чланова Већа мора бити увек потпун и да они не могу бити пензионисани пре 60 година, док таквог става нема у „Недовршеном нацрту“. У чл. 9 нацрта М. Бана о Државном већу између осталог је предвиђено да се Веће стара да се „све струке администрације побољшавају“, док у „Недовршеном нацрту“ такав став не постоји. Најзад, у нацрту М. Бана у глави о Земаљском савету налази се став којег нема у „Недовршеном нацрту“, који гласи: „Веће ће подносити књазу 20 кандидата међу којима ће саветнике моћи изабрати“.

Из упоредне анализе садржине кнежевог, односно „Недовршеног нацрта“ и нацрта М. Бана, произлази да су нацрти устава рађени по узору на нацрт М. Бана и да разлике које постоје у неколико поменутих чланова указују да је Матија Бан био опрезнији у одређивању кнежевих прерогатива, односно да је прецизније одредио однос кнеза према Државном већу и Земаљском савету, иако је нацрт рађен по налогу кнеза.

Приказујући садржину „Кнежевог нацрта“, Н. Попов је вероватно имао у виду нацрт М. Бана, са изменама које су учињене у „Недовршеном нацрту“ о наследном кнежевском достојанству у породици Карађорђевића (које се не помиње у нацрту М. Бана), што је

[16] *Ibid.*

иначе било суштинско питање за положај кнеза и његов однос према другим врховним органима власти. Измене које су учињене у „Недовршеном нацрту“, односно „кнежевом“ у односу на нацрт М. Бана још више би ојачале кнежеву власт која је – по нацрту М. Бана – била веома значајна. Матија Бан својим нацртом није желео да инаугурише апсолутну власт монарха, јер је у тзв. „побуђенију“, односно побудама да се промене Устав из 1838. и Уставни закони забележио да „форма правленија не сме бити ни сасвим абсолутна, ни сасвим обширно конституционална...за нас је најбоље да у њој монархично начело над уставним претежније буде.“ [17]

Сличност садржине поменутих нацрта устава намеће питање не само узора, већ и ауторства на „Кнежевом“, односно „Недовршеном нацрту“ устава. Већ смо истакли да је и једном и другом нацрту као аутентичан узор служио нацрт М. Бана, али разлике које постоје између поменутих нацрта намеће питање Гарашаниновог ауторства на „Недовршеном нацрту“. Да нема поменутих и других разлика између једног и другог нацрта, с правом бисмо могли закључити да је „Недовршени нацрт“ копија нацрта М. Бана, али разлике у тексту указују да је ипак направљен нови нацрт, који се ослањао на нацрт М. Бана, с обзиром да је значај кнеза као врховног органа власти још више наглашен. Осим тога, велика подударност чланова „Кнежевог нацрта“ и „Недовршеног нацрта“ намеће питање да ли је реч о једном или два нацрта и да ли је Гарашанин могао бити аутор поменутих уставних нацрта. Одговор на прво питање, иако не располажемо текстом „Кнежевог нацрта“ у целини, гласио би да се ради о једном нацрту, с обзиром на велику сличност кључних одредаба о положају врховних органа власти. Одговор на друго питање – оно о Гарашаниновом ауторству – био би одречан, јер политички догађаји у Србији у време када је сачињен нацрт Устава нису мотивисали Гарашанина да осмисли организацију државне власти у којој би кнез имао предност над осталим врховним органима власти. Подсетимо се да Гарашанин у то време није био у апарату државне власти и да је био у сукобу са Кнезом А. Карађорђевићем, којег је сматрао неспособним, сујетним и осветољубивим. Овакав однос према кнезу потврдио је у два писма упућена Јовану Мариновићу 1856. године. У писму од 20. фебруара исте године пише о интригама Кнеза да му је наводно обећао да ће порадити за његово наследно кнежевско достојанство и примећује „да не одобрава никад наследство гди наследника не види“.[18] Да Гарашанин није био творац овог нацрта закључујемо и по томе што у поменутом писму од 20. фебруара 1856. године обавештава Мариновића да је „чуо да се непрестано ради на једном уставу

[17] Архив САНУ, Фонд М. Бана VI/1, 1846.

[18] *Преписка Илије Гарашанина са Јованом Мариновићем*, књ. I, Београд 1931, 296.

код представника“.[19] У другом писму од 24. фебруара исте године обавештава Мариновића да се у народу говори о сазивању Народне скупштине на којој ће се решавати о наследству и о „новој конштитуцији“.[20] У писму од 13. јуна 1855. године између осталог он пише Мариновићу: „Књаз и Совјет тару се једнако око устава и Устројенија...Ја сам му совјетовао да је најбоље сад престати од распре и претресања устава и Устројенија, казавши му да није сад време доводити то двоје у согласије, и кад је то могло постојати 16 година зашто не би још стајало неколико месеци, кад ће се као што је по Бечким Конференцијама вероватно та ствар и онако претресати и други вид добити. Упуштати се сад у то... значи толико колико тражити лекове за мртваца кога смо на носила метнули да га у гробље спроводимо“.[21]

Да је Гарашанин имао дистанцу према новом уставном уређењу у то време закључујемо из његовог реаговања на кнежеву Прокламацију донету после Париског уговора мимо знања Савета, у којој је назначен програм уставног уређења Србије. Гарашанин је сматрао да би било паметније да је Кнез „учинио да се поврати на старо стање и да се уваже стара Устројенија.“[22] О свом учешћу у тим догађајима, или боље речено, о интригама које су погађале његову личност, Гарашанин пише Мариновићу: „Што се мене тиче ја ћу се све већма повлачити од овакве политике и гледаћу да се што брже тако повучем да се о мене нико више ни сумњати не може. Другачије поступање ја разумем могло би само за мене опасности приуготовити, а безполезно се томе излагати била би само једна будалаштина а ништа боље.“[23]

Да Гарашанин није могао бити аутор овог нацрта сазнајемо из једне његове забелешке о стању у земљи у којој, између осталог, наводи да је он саставио оптужбу против Александра Карађорђевића 1858. године,[24] која има сличности са оптужбом против Кнеза коју је Савет 1856. године упутио Порти, мада су оптужбе из 1858. године много конкретније и односе се на злоупотребу власти од стране кнеза у домену законодавне, извршне и судске власти. Због сличности оптужби против кнеза 1856. и 1858. године, основано закључујемо да је Гарашанин могао бити аутор оптужби из 1856. године. Према томе, он није истовремено могао саставити нацрт устава којим се даје велика предност кнезу у односу на Савет и учествовати у писању оптужби против Кнеза А. Карађорђевића у акту упућеном Порти.

---

[19] Тада је кнежев представник и попечитељ иностраних дела био Алекса Јанковић, *ibid.*

[20] *Ibid.*, 299.

[21] *Ibid.*, 277.

[22] Писмо Мариновићу од 3. јула 1856, *ibid.*, 308.

[23] *Ibid.*, 309.

[24] АС. ИГ, бр. 1003.

Оспоравање његовог ауторства на „Недовршеном нацрту“ не значи да Гарашанин није био заокупљен проблемима који су у то време постојали око доношења новог устава или одговарајућих корекција у Уставу из 1838. године и Уставним законима.

На основу садржине „Недовршеног нацрта“ и околности у којима је настао, може се претпоставити да је нацрт сачињен по налогу Кнеза А. Карађорђевића и да га је могао саставити неко од његових присталица који је познавао технику писања устава, јер овај нацрт, и по форми и по садржини, иако недовршен, представља уставни текст којег је могао сачинити правник по образовању, поготово што је постојао већ готов нацрт Матије Бана, који се могао применити у Србији.

III

Трећи уставни нацрт који се налази у Гарашаниновој заоставштини је најобимнији и најпотпунији.[25] Састоји се од преамбуле и 92 члана распоређених у десет глава. Прва глава носи наслов „Политичка права Књажества Србије“ (10 чланова); друга „О грађанским правима Срба“ (13 чланова); трећа „О Правленију Србије“ (1 члан); четврта „О књазу“ (17 чланова); пета „О Совјету земаљском“ (27 чланова); шеста „О попечитељима“ (7 чланова); седма „О Административном Совјету“ (6 чланова); осма „О судовима“ (2 члана); девета „О чиновницима (6 чланова); и десета глава „Закључение“ (4 члана).

На нацрту се налази 1868. година као време када је сачињен (та година је наведена и у регистру Архива под којим је заведен). Међутим, и код овог нацрта спорни су време његовог настанка, Гарашаниново ауторство,[26] као и његова оригиналност, тј. да ли је сачињен по узору на неке претходне уставе и нацрте или је то оригинални текст.

Како би се бар приближно одредила година настанка, потребно је анализирати његову садржину, да би се утврдило да ли су у овом нацрту нашле места идеје или одредбе Уставних закона, донетих после 1856. године (Закон о изменама и допунама Совјета из маја 1858. године; Закон о скупштини из 1858. и 1859. године; Закон о

[25] АС. ИГ, бр. 1682.

[26] Д. Поповић сматра да је нацрт вероватно настао 1858. године и ауторство приписује Гарашанину. Он је детаљно анализирао садржину нацрта указујући на Гарашанинове идеје и његов концепт уставног уређења Србије, 176–178. Р. Љушић мисли да је нацрт настао 1859. године и да га је сачинио Јован Мариновић, те се због тога само узгред задржао на њему, 136–137. Други аутори нису се посебно бавили овим нацртом и интерпретирали су само „Кнежев“ и „Саветски нацрт“ из 1856. године, в. нарочито Ј. Продановић, *Уставни развитак и уставне борбе у Србији*, Београд 1936, 116; С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада*, Београд 1933, 227–278.

наследству књажеско-српског престола из октобра 1859. године). Упоређивањем поменутих закона са нацртом лако је уочити да, изузев неких одредаба Закона о изменама и допунама Совјета из маја 1858. године, одредаба других закона није било, што значи да је Нацрт могао настати вероватно пре њиховог настанка 1858. и 1859. године. Поред тога, у преамбули Нацрта не спомињу се одредбе Париског уговора које се односе на Србију, као што је то учињено у „Недовршеном нацрту" из 1856. године, што казује да се по протеку две године од Париског уговора, у време настанка овог нацрта, подразумевало да се та материја не уноси у нацрт.

Но, док у Гарашаниновом Нацрту такорећи нема одредаба из споменутих уставних закона, евидентна је сличност овог нацрта и „Саветског нацрта" устава из 1856. године, па се у том контексту поставља питање и Гарашаниновог ауторства на првопоменутом нацрту.

Нацрт из 1856. године, који се приписује Савету, није познат у целини, већ у фрагментима и то, као што је већ истакнуто, у оној мери у којој је Нил Попов писао о њему, а касније преузели Јаша Продановић и Слободан Јовановић.

„Саветски нацрт" из 1856. године, према наводима Н. Попова, има девет глава у којима је распоређено 85 чланова: прва глава – Политичка права Књажевства Србије; друга – Грађанска права Србије; трећа – одређује „Уставно монархично" уређење са деобом власти на законодавну, извршну и судску власт; четврта – Права и дужности књаза; пета – О Државном савету; шеста – О попечитељима; седма – О правима и дужностима судија и чиновника; осма – није насловљена; девета – „Закључение".[27]

Разлика у броју глава у „Саветском" и Гарашаниновом нацрту настала је због тога што у првом само једна глава одређује положај Државног савета, док у Гарашаниновом то чине две главе: О Земаљском савету и Административном савету. Седма глава „Саветског нацрта" о судовима и чиновницима подељена је у Гарашаниновом на две главе. Према томе, више је реч о техничком спајању глава у „Саветском нацрту" у односу на Гарашанинов, него о суштинским разликама у броју глава. Разлика у броју чланова настала је због повећаног броја чланова о положају Савета у Гарашаниновом нацрту и повећаног броја чланова о судовима и чиновницима.

Упоређивање ова два нацрта, имајући у виду разлике и сличности, има за циљ да утврди ауторство – да ли су оба нацрта потекла из пера Илије Гарашанина, или је „Саветски нацрт" сачинило непознато лице, а други нацрт из 1858. године Илија Гарашанин. Но, очигледна је намера аутора оба нацрта да се овим путем одреди однос између кнеза и Савета као врховних органа власти са значајним пре-

[27] Н. Попов, 350–351; Ј. Продановић, 116.

имућством Савета. Ипак, садржинско поређење чланова поменутих нацрта није могуће јер, као што смо истакли, није познат текст појединих чланова „Саветског нацрта“. Ипак, могуће је поређење овог Гарашаниновог нацрта из 1858. године са „Недовршеним нацртом“ из 1856. године, скоро идентичним са „Кнежевим нацртом“, чиме би се још једном указало на разлике које постоје у члановима о положају врховних органа власти. Закључујемо да Гарашанин није могао бити аутор „Недовршеног нацрта“, односно, да је могао бити аутор „Саветског нацрта“ из 1856. и овог из 1858. године, због сличних одредаба и тадашњег Гарашаниновог политичког опредељења.

У „Недовршеном нацрту“ врховни органи власти били су кнез, Државно веће и Земаљски совјет, а у Гарашаниновом нацрту кнез, Административни совјет и Земаљски совјет. Поклапају се називи два врховна органа власти, али постоји разлика у називу трећег органа и положају свих поменутих органа власти.

Државно веће, које је пандан Административном совјету, би имало шест чланова, а Административни совјет седам чланова, али су оба нацрта предвидела да су то морали бити образовани, угледни и искусни политичари. Изричитом одредбом у оба нацрта одређен је њихов положај и они би били највиша „цензорска власт“ у домену извршне власти. Али, по „Недовршеном нацрту“ Државно веће је замишљено као кнежев саветодавни орган са широким овлашћењима, а по Гарашаниновом нацрту Административни совјет би имао мања овлашћења, при чему би утицај кнеза на његове одлуке био знатно мањи. Осим тога, попечитељи су у „Недовршеном нацрту“ саставни део Државног већа и подчињени су кнезу, док су попечитељи у Гарашаниновом нацрту знатно самосталнији у обављању послова у домену њихове надлежности.

Различит је састав и положај Земаљског совјета у ова два нацрта. По „Недовршеном нацрту“, Земаљски совјет би имао десет чланова, рачунајући и председника, а његови чланови могла су постати лица која су навршила 40 година живота, која поседују непокретну имовину у Србији, која су образована, „непорочног понашања“ и заслужни за отаџбину. Такође, други син књаза по рођењу могао је присуствовати седницама, али до 25 година не би имао право гласа.

По Гарашаниновом нацрту, Земаљски совјет би имао онолико чланова колико је било округа у Србији, а бирали би се преко пуномоћника општина датог округа у окружној вароши. Били би доживотни и служба би им могла престати оставком, пензионисањем (када по закону наврше године службе), извршењем кривичног дела, осудом због повреде Устава и земаљских закона и ако би у приватном животу учинили такав преступ који повлачи осуду „обезчеставајуће

казне“.[28] Предвиђени су исти услови за избор као у првом нацрту, али је смањена граница старости на 35 година живота и кнез се није могао мешати у њихов избор. Такође, Порта се није могла мешати у односе кнеза и Земаљског совјета.

По овом нацрту устројство и начин рада Земаљског совјета одредио би се посебним правилником, као и избор председника, потпредседника и секретара. Чак је одређен рок за попуњавање упражњених совјетских места. Но, уколико би њихов избор био противан закону, био би извршен нови избор сходно закону. Овог члана нема у „Недовршемном нацрту“. Очигледна је намера аутора нацрта да се на тај начин спречи дотадашња злоупотреба кнеза да поставља саветнике мимо Устава и других законских прописа. Осим тога, предвиђено је да совјетници не могу истовремено никакву другу службу да обављају, док такве одредбе нема у „Недовршеном нацрту“. Попечитељи су могли заседати у Совјету, али нису имали право гласа (чл. 61); по „Недовршеном нацрту“ они су могли гласати „кад год Књаз то наложи“ (чл. 14).

У оба нацрта Земаљски совјет је био законодавни орган власти, али је његова надлежност у овом домену знатно шира по Гарашаниновом овом нацрту у односу на „Недовршени нацрт“. У Нацрту из 1858. године Земаљски совјет је имао законодавну иницијативу (коју је по „Недовршеном нацрту“ имао кнез) у случају када сматра да у интересу земље треба донети неки закон; онда кнез по његовој молби може препоручити надлежном попечитељу да изради предлог закона (чл. 45) који ће ући у законску процедуру. Да би се спречило одуговлачење расправе прликом доношења закона и других одлука у надлежности Земаљског совјета, овај нацрт је предвидео изгласавање простом већином, уколико Уставом није другачије предвиђено. Уставни нацрт из 1858. године предвиђа другачију процедуру изгласавања закона уколико Земаљски совјет двотрећинском већином одбије поновни кнежев предлог закона: тада се претрес одлаже на годину дана и после истека рока предлог закона се може поново узети у разматрање. Очигледна је намера аутора овог нацрта да учини беспредметним поновно узимање у претрес кнежевог предлога и на тај начин обезвреди утицај кнеза на законодавну власт Земаљског совјета. Ако томе додамо чињеницу да су се закони и законске уредбе могли мењати по истој законској процедури као што су донети и да њихово обустављање није било могуће без сагласности Земаљској совјета, онда је видљива наглашенија улога Совјета у законодавству. Такође је проширена делатност Земаљског совјета у вођењу финансијске политике. Поред одређивања буџета, сви изванредни издаци морали су бити од њега одобрени (чл. 51, 52). Једном речју, овим нацртом знатно је сужена законодавна власт Државног већа (које је

[28] АС. ИГ, бр. 1682.

било продужена рука кнежеве власти), а повећана улога Земаљског совјета.

У Гарашаниновом нацрту налазе се и други чланови о широј надлежности Земаљског совјета, којих нема у „Недовршеном нацрту". Примера ради, ниједан део државне територије није се могао „отуђити" пре одлуке Совјета (чл. 43), или одредба да Совјет сачињава цивилну листу за сваког новоизабраног кнеза (чл. 44).

У одређивању уставног положаја Земаљског совјета корисно је сагледати и уставни положај кнеза по једном и другом нацрту. У „Недовршеном нацрту" 19 чланова одређује права и дужности кнеза, а ако томе додамо и један број чланова који се односе на Државно веће, у којима је предвиђен међусобни однос кнеза и Већа у одлучивању, онда је број чланова много већи. У Гарашаниновом нацрту положај кнеза регулисан је са укупно 17 чланова. У оба нацрта постоје неки идентични чланови, али и разлике у надлежностима кнеза. Разлике су настале делимично због карактера монархије; у „Недовршеном нацрту" предвиђена је наследна монархија на челу са породицом Карађорђевића, док је у Гарашаниновом нацрту предложена изборна монархија, при чему није назначен евентуални кнез, вероватно због чињенице да је овај нацрт настао као противтежа „кнежевом", односно „Недовршеном нацрту".

Сличности у неким члановима о правима и дужностима кнеза у оба нацрта нашле су одредиште у члановима Турског устава из 1838. године, који су начелно регулисали положај кнеза, па је у оба нацрта кнез „законоизвршни" врховни орган власти, с правом законодавне иницијативе, али су у „Недовршеном нацрту" предвиђена знатно шира овлашћења за кнеза, како у домену законодавства, тако и у другим областима, у односу на Гарашанинов нацрт. На пример, по „Недовршеном нацрту", попечитељи су у оквиру своје надлежности одговорни за одлуке које кнез доноси; кнез је имао право да поставља и отпушта попечитеље, као и искључиво право да бира, поставља, премешта и пензионише све чиновнике, без изузетка. Осим тога, он је давао чинове, одликовања и награде чиновницима, а други органи власти се нису могли мешати у поменуту надлежност. Кнез је могао председавати седницама Државног већа и Земаљског совјета кад год је хтео, а попечитељи и чланови Већа могли су присуствовати седницама Земаљског совјета и гласати на основу кнежевог одобрења. Кнез је могао премештати чланове Земаљског совјета у Државно веће и обратно и, најзад, могао је иницирати изградњу јавних објеката, чије су трошкове одобравали или оба врховна органа власти, или један од њих, а у случају „преке нужде" и сам кнез, уз обавезну каснију потврду поменутих органа. У оба нацрта кнез је врховни заповедник војске и највиша жалбена инстанца у случајевима умањења казни и помиловања у званичним преступима.

У Гарашаниновом нацрту положај кнеза је, поновимо, одређен мањим бројем чланова, а у њему се налази неколико чланова измењених у односу на „Недовршени нацрт“. Формулације чланова о надлежности кнеза су начелне и нема додатних ставова, који у оквиру начелне формулације проширују овлашћења кнеза, као што је то случај у „Недовршеном нацрту“.

Већ и летимичан поглед на положај кнеза у оба нацрта указује да је кнез имао знатно повољнији положај у „Недовршеном нацрту“, а да су његова овлашћења смањена у Гарашаниновом, било када је сам доносио одлуке, било када их је доносио заједно са Земаљским и Андминистративним совјетом. Чак је и традиционално право кнеза да сазива Скупштину ограничено споразумом са Земаљским совјетом. Једном речју, овлашћења кнеза по Гарашаниновом нацрту су знатно сужена, не само у односу на „Недовршени нацрт“, него и на Турски устав из 1838. године. Смањење обима кнежеве власти у Гарашаниновом нацрту треба објаснити чињеницом да је промењен положај два поменута врховна органа власти. Државно веће је замењено Административним совјетом, али са много мање власти, па је изостала спрега кнеза и Административног совјета у вршењу власти, која је била видљива у „Недовршеном нацрту“ као и спрега између кнеза и Државног већа. С друге стране, Земаљски совјет је добио знатно повољнији положај, јер је проширена његова надлежност у свим државним пословима, а утицај кнеза на састав Земаљског совјета био је практично искључен.

У контексту поменутих чињеница које указују на Гарашаниново ауторство, тешко је веровати да је поменути нацрт сачинио Јован Мариновић, који у то време није имао већег утицаја на збивања у Србији. Први пут је ушао у владу Алексе Симића септембра 1856. године као попечитељ финансија,[29] а други пут у владу Стефана Марковића, годину дана касније, у истом својству.[30] У каснијим владама попечитељство финансија преузели су други. Осим тога, он се налазио у сродничким везама са Кнезом Александром Карађорђевићем (био је пашеног његовог синовца Ђорђа), па обзиром на то сигурно није сачинио за кнеза неповољан нацрт какав је „Саветски“, као ни овај други, који везујемо за Гарашаниново име, а који су веома слични. Међутим, ако Мариновић није утицао на уставно обликовање Србије од 1856. до 1858. године, могао је то учинити касније – уочи или после заседања Светоандрејске скупштине – у четвртом уставном нацрту који се налази у заоставштини Илије Гарашанина у Архиву Србије, као и у заоставштини Јована Ристића у Архиву САНУ.

[29] Р. Љушић *et al., Владе Србије 1805–2005,* Београд 2005, 93–94.

[30] *Ibid*., 94–95.

IV

Четврти нацрт, недовољно спомињан и анализиран, како по форми тако и по садржини представља класичан нацрт устава. У ствари, постоје два текста овог нацрта, насловљена „Пројекат устава за Књажество српско“ – један у фонду Гарашанина, датиран 1835. године,[31] а други у Архиву САНУ, у фонду Ј. Ристића, без датума.[32] Оба нацрта имају по 11 глава које су идентично насловљене и по 132 члана. Нацрт у фонду Ј. Ристића није читко написан и у тексту има доста исправки, док је други (у заоставштини И. Гарашанина) читак и уредан, а у њега су унете и неке исправке из првог концепта нацрта.

У оба нацрта главе су распоређене на следећи начин: глава прва – О књажеству Србије и њеном правленију (8 чланова); друга – О општим правима и дужностима Срба (14 чланова); трећа – О цркви (6 чланова); четврта – О властима српским (4 члана); пета – О књазу (28 чланова); шеста – О попечитељима (17 чланова); седма – О Совјету (14 чланова); осма – О Народној скупштини (19 чланова); девета – О судској власти (12 чланова); десета – О чиновницима (11 чланова); и глава једанаеста – „Закључение“ (3 члана).

У Нацрту није посебно издвојена преамбула, већ део прве главе садржи и преамбулу. У поређењу са Гарашаниновим нацртом из 1858. године, овај нацрт има две нове главе: о Цркви и о Народној скупштини. Редослед глава није идентичан,[33] чак и у главама чији су називи исти, њихова садржина се не поклапа у свим члановима, мада у појединим главама има идентичних чланова, али и већих и мањих разлика међу њима.

И код овог нацрта спорна је година његовог настанка. Назначена 1835. година на нацрту који се налази у заоставштини Гарашанина очигледно није тачна из следећих разлога: у глави првој – „О књажевству Србије и њеном правленију“ – поменуто је да се аутономија Србије налази под гаранцијом пет великих сила, што је предвиђено Париским уговором из 1856. године. Такође, садржина Нацрта указује да је он вероватно сачињен после Светоандрејске скупштине из 1858. године, па су видљиве разлике у положају врховних органа власти по овом нацрту и структура власти предвиђена Сретењским уставом и Гарашаниновим нацртом из 1858. године. Неке одредбе овог нацрта о

[31] АС. ИГ, бр. 5.

[32] Архив САНУ, ИВ/1 Ин. бр. 4/1.

[33] На пример, 4. глава „О властима српским“ по редоследу одговара 3. глави Гарашаниновог нацрта – „О правленију Србије“; 5. глава „О књазу“ одговара 4. глави Гарашаниновог нацрта; 7. глава „О совјету“ одговара 5. глави „О земаљском совјету“; 6. глава „О попечитељима“ поклапа се са истом главом по реду Гарашаниновог нацрта; девета глава – „О судској власти“ одговара 8. глави Гарашаниновог нацрта; 10. глава – „О чиновницима“ поклапа се са истоименом 9. главом из Гарашаниновог нацрта и 11. глава – „Закључение“ одговара истоименој 10. глави Гарашаниновог нацрта.

врховним органима власти имале су своје одредиште у Уставним законима из 1858. и 1859. године и нацртима који су настали у уставобранитељском периоду, па и у Гарашаниновом нацрту из 1858. године.

Да четврти нацрт није могао бити сачињен 1835. године може се утврдити даљим поређењем његове садржине са Сретењским уставом и Гарашаниновим нацртом, посебно са члановима који регулишу положај врховних органа власти, нарочито кнеза и Совјета. Истина, основне функције власти и по овом нацрту остале су исте као у Уставу и напред поменутим нацртима. Кнез је био врховна, законоизвршна власт, а Совјет, без обзира како је организован, врховни законодавни орган власти. Међутим, обим власти и начин одлучивања ова два органа зависио је од политичке ситуације, која је наметала одговарајућа тумачења уставних одредаба у корист једног или другог органа, али је очигледно да се поново померила сказаљка која показује значај два врховна органа власти – кнеза и Совјета.

У овом, четвртом нацрту, за разлику од Гарашаниновог нацрта из 1858. године, наглашенија је улога кнеза као врховног органа у односу на Совјет, што је донекле повезано с повратком династије Обреновића. Поновљена су нека права кнеза из Гарашаниновог нацрта, али она добијају наглашеније значење у овом нацрту, с обзиром да је кнез наследан, а не изборан, као што је предвидео Гарашанинов нацрт. Истина, ни у овом нацрту није назначена династија, иако је предвиђена уставна монархија као облик владавине. Али, у њему се налазе неке одредбе из области којих нема у Гарашаниновом нацрту, као што су именовање намесништва у случају малолетства наследног кнеза и туторства због његове физичке или психичке неподобности.

У одређивању обима кнежеве власти по Гарашаниновом и овом нацрту, важан је и положај попечитеља. Оба нацрта предвиђају попечитељство као непосредни орган „законоизвршне“, односно кнежеве власти и одговорност попечитеља према кнезу и Совјету за дела по службеној дужности и кривична дела. Попечитеље је постављао кнез и по једном и по другом нацрту, с тим што по Гарашаниновом попечитељи нису могли гласати у Совјету уколико нису његови чланови, док су по овом нацрту то могли. У оба нацрта је предвиђено да ће се надлежност попечитеља одредити законом. Но, по овом нацрту наглашенија је улога попечитеља као непосредних извршних органа кнеза.

Наравно, у одређивању обима кнежеве власти, као и у претходним нацртима, битан је и обим власти њему супротстављеног Совјета. По четвртом нацрту Совјет је другачије организован. Он је и даље представнички орган власти састављен од 17 чланова (колико има округа), које поставља кнез од „најодличнијих и најспособнијих људи“, који имају више од 35 година и непокретну имовину у Србији. Није предвиђена подела Совјета на Земаљски и Администра-

тивни совјет, као што је то било по Гарашаниновом нацрту, већ подела на три одељења, с тим што би у сваком одељењу било по 5 совјетника, од којих би један међу њима био председник одељења. Председник и потпредседник Совјета нису били чланови ових одељења. Одељења су по наредби председника предлагала пројекте закона, који су усвојени на главном заседању Совјета, у присуству свих попечитеља. Уколико би били усвојени једногласно или већином гласова, достављани су кнезу на одобрење, а ступали су на снагу када их кнез одобри и када се на одговарајући начин обнародују.

Значај Совјета као законодавног органа власти смањен је с обзиром да су попечитељи имали право да гласају о предложеним пројектима закона, а кнез је имао право чинити примедбе Совјету на поднете законске предлоге. Уколико се у Совјету не постигне сагласност о кнежевим примедбама, расправа се одлагала на годину дана, односно, рок се продужавао до постизања сагласности.

По Гарашаниновом нацрту овлашћења Совјета у домену законодавства била су шира, јер је постојала подела надлежности између Земаљског и Административног совјета, као и одговарајућа самосталност приликом доношења закона, иако је и по Гарашаниновом нацрту кнез имао право да чини примедбе Совјету на поднете законске предлоге, али без могућности одлагања, као што је то предвиђено четвртим нацртом.

Разлика између овог и Гарашаниновог нацрта постоји у броју врховних органа власти. Четврти нацрт предвиђа Скупштину као орган власти, истина са невеликим овлашћењима, док у Гарашаниновом нацрту она није предвиђена. Скупштина је по овом нацрту представнички орган власти; сваки срез и свака опкружна варош могла је да бира по једног посланика. Предвиђени су услови за активно и пасивно бирачко право. Међутим, Скупштина није добила већа овлашћења: имала је право да предлаже Правитељству народне жалбе, да га извештава о потребама народним, али предлози Скупштине, док их кнез и Совјет не одобре, нису имали обавезну снагу. У глави о положају Скупштине назначене су неке интенције Закона о скупштини из 1858. и 1859. године.

У четвртом нацрту, и поред разлика које постоје у броју, положају и организацији врховних органа власти, видљиве су и сличности са Гарашаниновим у главама о политичким и грађанским правима Срба. То указује на време када су нацрти настали, тј. на демократске процесе у неким европским земљама, које су у своје уставе унеле многе политичке постулате прокламоване после буржоаских револуција у политичким декларацијама, постулате који су постали универзални и прихватљиви за многе европске државе. Србија није била ван тих процеса – истина не увек са политичким и економским покрићем, као што је било у време доношења Сретењског устава из

1835. године. Али шездесетих година XIX века, када су настали поменути нацрти, скоро четврт столећа после Сретењског устава, битни политички и економски принципи грађанске демократије могли су бити не само прокламовани, већ и применљиви. Србија је у то време била већ развијенија, јер се школовао знатан број српских интелектуалаца на универзитетима у европским земљама, али и на Лицеју, а касније на Великој школи у Београду. Стога би се могло закључити да у поменутим нацртима политички и економски принципи из устава европских земаља нису преузимани без покрића у друштвено-економском и политичком животу ондашње Србије.

И код четвртог нацрта, као и код претходних, поставља се питање ауторства – да ли су то два нацрта, с обзиром на то да су написана различитим рукописом и јер се налазе у два архивска фонда, или је у питању један нацрт, чији је концепт вероватно саставио Јован Мариновић, а касније читко преписао Илија Гарашанин. Као аргументе у корист нашег мишљења да је концепт нацрта сачинио Мариновић, наводимо неке чињенице које то потврђују. Наиме, Мариновић је водио обимну преписку са Гарашанином у току 1858. и 1859. године о догађајима у Србији око доношења, односно промене постојећег Устава. У тој преписци, између осталог, важно је споменути неколико података битних за утврђивање ауторства. Мариновић у једном писму са краја 1858. године моли Гарашанина да му пошаље Закон о устројству Совјета (вероватно из маја 1858. године, прим. Љ. К.) и Устав из 1835. године, како би их проучио[34] (а ми додајемо, да би сачинио нови устав). Гарашанин му је послао тражена документа, али је у писму од 20. јануара 1859. године дао следећи коментар: „Но опет је ли могућно обдржати једну конштитуцију која је већ толико рањена и која по садашњим опстојатељствима судећи само ће на артији стајати. Ја би о овом дао моје мјеније, али не смем, а тим мање и хоћу да га дам што се надам да ће мом заниманију око тих државних послова скоро крај бити.“[35]

Поред констатације да је овај нацрт саставио Мариновић, као и да су постојале извесне разлике између његовог и Гарашаниновог нацрта из 1858. године, важно је утврдити колико се Мариновић ослањао на Сретењски устав, односно, које су сличности и разлике између устава и овог нацрта, с напоменом да су разлике израженије у односу на сличности. Разлике постоје у броју глава. Сретењски устав има 14 глава, а нацрт 11, али су неке главе које су посебно назначене у Уставу спојене у Нацрту.[36] Извесне разлике постоје у одредбама о

[34] Преписка књ. II, стр. 17.

[35] Архив САНУ, фонд И. Г. кут. LXXIX, бр. 7951.

[36] На пример, у нацрту нема посебних глава: „О боји и грбу Србије“; „О законодавству и начину како га ваља водити“; „О финансијама“ (азнадарству) и главе „Промјене и додатци к уставу Књажества Сербије“. Међутим, ни у Сретењском уставу нема посебне главе о попечитељима.

положају врховних органа власти. Знатно већи број чланова у Сретењском уставу одређује положај кнеза, што се посебно уочава код чланова устава који се односе на наследно кнежевско достојанство у породици Обреновића и на све варијанте које могу настати у случају наслеђивања престола када је исцрпљена шира лоза породице Обреновић по мушкој линији и када престо може наследити првороћени син најстарије ћерке умрлог кнеза. Мариновићев нацрт није именовао нову наследну лозу, нити је улазио у детаље око наслеђивања престола, али је искључио у било којој варијанти наслеђивање престола по женској линији. Ипак, у нацрту су преузете неке одредбе о намесништву и туторству из Сретењског устава.

Сличност Устава и Нацрта, и поред видљивих разлика, испољила се у насловима неких посебних глава, као што је глава „О цркви и скупштини". Предвиђен је исти назив за Совјет, који се у оба нацрта назива „Државни Совјет", али са различитом организацијом. Сличност је видљива и у главама „О општенародним правима Срба" (по Уставу) и „О општим правима и дужностима Срба" (по Нацрту).

Поређењем Устава и овог Нацрта корисно је утврдити и обим власти који би имали врховни органи власти: кнез, Совјет и скупштина.

Положај кнеза према Нацрту је повољнији, иако су основне функције власти кнеза по Уставу и Нацрту остале исте, јер је кнез био „законоизвршителна власт". Међутим, у Уставу нема одредбе да кнезу припада врховно заповедништво над војском, као што је то предвиђено овим нацртом. Такође, у Уставу нема одредбе да кнезу припада право вођења спољне политике и закључивања уговора са другим државама, уз споразум и одобрење Државног совјета, као ни одредбе да кнез не може своје достојанство, власт или своја права пренети на друго лице, као у овом нацрту.

Положај Државног совјета према Нацрту је неповољнији у односу на одредбе Сретењског устава. Аутор Нацрта није преузео већину одредаба из Сретењског устава које су се односиле на Државни Совјет – посебно одредбе о саставу и организацији Совјета. По Сретењском уставу Државни Совјет је састављен од шест попечитеља, „неопредјељеног числа државни Совјетника", председника и главног секретара. Кнез је имао право да пошаље синове и своју браћу на заседање Совјета кад наврше 18 година живота, али они нису могли давати своје мишљење док не наврше 20 година живота. У Нацрту Совјет је подељен на три одељења.

Има извесних разлика у положају попечитеља према Уставу и Нацрту. По Уставу из 1835. године, кнез је имао право да поставља и отпушта попечитеље, али отпуштени попечитељи су постајали чланови Совјета. Осим тога, по уставу су попечитељи део Државног совјета, а према Нацрту они по функцији нису аутоматски постајали

чланови Совјета и њихов положај је регулисан у посебној глави нацрта у којој су предвиђена права и дужности попечитеља.

Одредбе о положају Скупштине такође се у извесној мери разликују у Уставу и Нацрту. Скупштина се по Уставу састоји од 100 посланика из свих група, а њихов број по округзима и дужина мандата одређивао се законом. Састајала би се једном годишње, а по потреби и више пута. Основна делатност Скупштине била је одређивање годишњег данка, без чије сагласности се није могао повећавати и смањивати, а попечитељство финансија подносило је једном годишње извештај о државним приходима и расходима, према потреби и на њен захтев и пре тог рока. Остале делатности Скупштине нису биле битне за њен положај и више су саветодавног него императивног карактера, као што су: упућивање народних жалби кнезу и Државном совјету због народних тегоба; упућивање представки у случају злоупотребе власти од старне „Правленија“, посебно жалбе кнезу ако би чланови Државног совјета или друга власт нарушили Устав и права утврђена Уставом.

Мариновићев нацрт није дао шира овлашћења Скупштини, а Гарашанинов нацрт није ни предвидео скупштину као орган власти. Одсуство Скупштине као органа власти у Гарашаниновом нацрту одражава његов неповољан став према њој, који је исказао више пута, поготово у забелешци поводом одржавања Светоандрејске скупштине. Ту Гарашанин пише: „Народ овај волео сам, али се никад о њему варао нисам. Нисам никад сматрао да је способнији него што је. Какве су друге скупштине у свету не знам, али знам да наша Скупштина никад није кадра била земљом да управља. То није била кадра ниједна, а Светоандрејска скупштина мање него иједна“.[37]

По Мариновићевом нацрту, положај Скупштине у погледу надлежности није битније измењен у односу на Устав из 1835. године, јер одлуке скупштине нису имале обавезујући карактер док их кнез и Совјет не потврде. Међутим, у Нацрту је предвиђена другачија организација скупштине, тј. подела на обичну и изванредну скупштину, са таксативно набројаним случајевима када се изванредна скупштина сазива (у случају кнежевог одступања са престола, малолетства и смрти). Остала је одредба Устава да се Скупштина углавном сазива једном годишње, а изванредна (према Нацрту) по одлуци кнеза и Совјета у поменутим случајевима. Преузимање Скупштине у Нацрту из Сретењског устава објашњавамо све бројнијим захтевима свих друштвених слојева да се преко представничког органа, са изабраним народним посланицима боре против злоупотреба власти, не само од стране врховних органа – кнеза, попечитеља и Совјета, него и од локалних органа власти на нивоу округа, среза и општине.

[37] АС. ИГ, бр. 1073.

Из анализе упоредног текста Устава и Нацрта који се односи на организацију државне власти запажа се да аутор није у потпуности пренео концепт власти предвиђен Сретењским уставом. Објашњење би се могло наћи у догађајима који су уследили после доношења Турског устава из 1838. године и Уставних закона. Овоме треба додати и податак да је аутор имао у виду и најављени долазак династије Обреновића и да је сачинио нацрт по мери те династије, са наглашеном улогом кнеза у систему власти. Међутим, ни овај нацрт, као ни нацрти донети у међувремену до Намесничког устава, нису били узор за Устав из 1869. године.

V

Да закључимо: на неким нацртима пронађеним у Гарашаниновој заоставштини његово ауторство се може довести у сумњу. Сви они се због недостатка поузданих извора за њега везују првенствено зато што се налазе у његовој заоставштини.

Може се са сигурношћу сматрати да први нацрт, који има неких уставних одредаба, потиче од Гарашанина – не само зато што је писан његовом руком, већ и због чињенице да је његова садржина скоро идентична с делом акта који помиње Н. Попов, а који је Совјет упутио Порти 1856. године да би дисквалификовао „Кнежев нацрт“, упућен нешто раније исте године од стране кнежевих присталица.

Други, тзв. „Недовршени нацрт“, који неки историчари везују за Гарашаниново име, не може се, по нашем мишљењу, приписати Гарашанину, имајући у виду његову садржину. Наиме, одредбе о привилегованом положају кнеза и одредбе о наследном кнежевском достојанству у породици Карађорђевић, нису у складу са његовим политичким опредељењем у време када је сачињен, јер је Гарашанин дуго био политички противник кнеза Александра Карађорђевића.

Трећи нацрт је вероватно сачинио Гарашанин, не само зато што га је својеручно написао, већ је у њему исказао и свој политички став у одређивању положаја врховних органа власти – кнеза и Совјета, с преимућством Совјета над кнезом. Имајући у виду укупну садржину Нацрта, могло би се рећи да Гарашанин није одступио од својих принципијелних ставова како треба организовати државну власт. Као политичар био је заговорник чврсто организоване државе у којој ће закон бити главни регулатор свих односа. Као дугогодишњи министар унутрашњих дела, уредио је „своје“ министарство на том принципу. Није случајно да су и у „Совјетском“ и у његовом Нацрту издвојене посебне главе о правима и дужностима попечитеља и чиновника. Нарочито је интересантна глава о чиновницима у његовом Нацрту, у којој је исказао схватање о улози и положају чиновника у

држави у којој би постојала владавина закона. У Нацрту је предвиђено да се чиновници постављају и напредују према личним способностима, а загарантовано им је право на плату и пензију из државне касе. Као најважнија одредба, предвиђено је да се чиновници заклињу на верност и поштовање устава и закона. Уосталом, Гарашанин је често у многим документима, а посебно у преписци са Јованом Мариновићем, наглашавао принцип законитости као основно мерило уређења односа у модерној држави, па и у Србији.

Спорно је Гарашаниново ауторство и на четвртом Уставном нацрту. Ни за овај Нацрт не постоје аутентични непосредни подаци о томе ко га је сачинио, али смо упоређивањем његове садржине са Гарашаниновим нацртом из 1858. године и Сретењским уставом дошли до закључка да нацрт није сачинио Гарашанин, већ Јован Мариновић, коме је као узор делимично служио Сретењски устав, али и други закони који су у међувремену донети. Разлике које постоје између Гарашаниновог нацрта из 1858. године и овог нацрта, али и одговарајуће сличности између њих, указују да се Мариновић није стриктно ослањао ни на Сретењски устав ни на Гарашанинов нацрт. Он је из Гарашаниновог нацрта углавном преузео распоред глава, с истим или сличним називима, али је променио садржину појединих чланова. Објашњење зашто је Мариновићу Сретењски устав делимично служио као узор треба тражити у чињеници да је он важио као демократски не само међу школованим Србима, већ су га и земље са којима је Србија одржавала дипломатске односе, посебно Русија и Аустрија, сматрале као „конституцију“ увезену са стране. Мариновићу нису били непознати европски устави, јер се као државни питомац школовао у Паризу; одлично је знао француски и врло рано је ушао у државну службу када се вратио у Србију. Према томе, Мариновић је, у време када је сачинио овај нацрт, имао довољно практичног знања и значајно искуство дипломате и попечитеља једног од најважнијих ресора (финансија), а уз то важио је за изванредног познаваоца прилика у Србији, па је могао да сачини релативно демократски нацрт. Истина, Мариновић није био истакнути актер политичких збивања у Србији, као што је то био Гарашанин, али је био довољно утицајан да сачини Нацрт који би могао бити основа за српски устав.

Мариновићев уставни нацрт, као и Гарашанинови нацрти, нису били основа за наредни Намеснички устав из 1869. године, јер су каснији Уставни закони одредили положај врховних органа власти, а сукоби између кнеза и Совјета нису више били у жижи политичких збивања у Србији, с обзиром да је Србија и пре Берлинског конгреса фактички била независна, док је мешање Порте у унутрашње односе тј. у постојећу структуру власти, било симболично. Осим тога, Србија се Уставним законима ослобађала неадекватног механизма влас-

ти, који је спутавао модернизацију власти у Србији. Уставним законима о Скупштини, Совјет је изгубио значај као орган власти, а равнотежа власти се тражила у односима између кнеза и Скупштине. Јован Мариновић је схватио тај процес и његова Скупштина, мада без много власти, имала је значајна обележја демократске институције; њега су такође обавезивали и Уставни закони о скупштини, па су зато неке одредбе тих закона нашле места у његовом Нацрту.

VI

Гарашанинов допринос уставном уређењу Србије се, дакле, може ограничити на два нацрта, а посебно на нацрт из 1858. године у којем су јасно постављене његове идеје, односно концепт уставног уређења. И поред чињенице што су у Нацрту прокламована политичка права и слободе грађана, Гарашанин је уставно питање, или, прецизније речено, разрешење уставне кризе, видео у постојећем систему власти, нарочито у одређивању положаја кнеза и Совјета и њихових међусобних односа. Другим речима, остао је привржен постојећем систему власти. Сматрао је да се кнежев апсолутизам може ограничити Совјетом, иако није имао илузија о карактеру Совјета као олигархијског органа власти. Између скупштине и Совјета, који су могли ограничити кнежеву власт, Гарашанин се определио за Совјет. Гарашанин је био конзервативни политичар и није видео ни у постојећој Скупштини, коју је некада називао „разулареном гомилом“ неодговорних представника, као ни у модерној скупштини као представничком органу власти, тело које би ограничило кнежеву власт и добило значајне ингеренције. Гарашанин, као одговорни политичар, није могао превазићи тадашње политичке прилике у Србији и предложити уставно уређење које није примерено тим приликама. Сматрао је и да Србија није достигла такав степен развоја да је могла да уведе министарску одговорност пред Скупштином, јер ако нема народног представништва, резоновао је Гарашанин, нема ни министарске одговорности. Одговорност попечитеља, коју је предвидео према кнезу и Земаљском совјету, имала је друго значење, с обзиром на однос кнеза и попечитеља које је кнез постављао и отпуштао, а њихова одговорност према Земаљском совјету, имајући у виду процедуру утврђивања одговорности, била је обесмишљена.

Вероватно да у Србији није постојала особа која је боље познавала прилике у земљи од Гарашанина. Преко њега, а некада и због њега, преламали су се многи догађаји у Србији, јер све до седамдесетих година XIX века, он није био изван политике. Често је због одлука које је доносио као дугогодишњи попечитељ унутрашњих дела, кнежев представник и попечитељ иностраних дела, као и члан Совјета, долазио у сукоб са кнезом, а не ретко и са Совјетом. Нису изоста-

ле несугласице између дипломатских представника неких земаља са којима је Србија одржавала дипломатске односе, посебно с аустријским и руским представницима, али ни са представницима Порте. У таквим ситуацијама често је преовлађивала тактика над стратегијом, са изузетком његовог става према кључним спољополитичким питањима, када се радило о статусу Србије. Његов неретко испољен песимизам у оцени политичких догађаја сведочи у којој мери је био окупиран свакодневним политичким и другим проблемима у земљи. Уосталом, могло би се рећи да је Гарашанин у осмишљавању уставног уређења био више прагматичар него визионар. Његово визионарство било је наглашеније у другим областима (посебно у спољној политици), о чему сведочи и његово *Начертаније* из 1844. године.

У погледу оригиналности, Гарашанинов први нацрт углавном представља компилацију тадашњих и будућих права које је Србија добила (или ће их добити), а садржани су у хатишерифима и међународним уговорима. Зато се у том тзв. Нацрту не може говорити о оригиналности Гарашанинових идеја, већ само о томе да их је презентирао у документу у којем је потврдио свој став о постојећој аутономији, с изгледима на остваривање зацртаних аутономних права.

Што се тиче тзв. „Недовршеног нацрта“, који неки историчари везују за Гарашаниново име, сматрамо на основу изнетих аргумената да га Гарашанин није сачинио.

Нацрт из 1858. године је и по форми и по садржини целовит. У погледу форме, он се ослања у извесној мери на два претходна устава из 1835. и 1838. године, унеколико и на нацрт Матије Бана из 1846. године, као и на два нацрта из 1856. године које помиње Нил Попов. У погледу садржине, постоји сличност са „Саветским нацртом“ из 1856. године, коме је такође као узор у извесној мери служио нацрт Матије Бана, али је Гарашанин отишао даље од садржине поменутих нацрта, додајући неколико посебних глава са одговарајућим бројем чланова. Иако је користио форму, а донекле и садржину устава, Уставних закона и поменутих нацрта, он их је прилагодио тадашњим политичким приликама у Србији, а додао је неке нове главе и чланове којих нема у поменутим нацртима.

Чини се да је Гарашанин, иако није био правник по образовању, сачинио поменуте нацрте по мери ондашњих прилика у Србији, водећи ипак рачуна о неким модерним принципима уставног уређења у Европи.

У погледу историјског вредновања његових нацрта, рекло би се да они нису имали утицаја на касније српске уставе, али су били одраз времена у којем су настали и указују на Гарашанинову свестраност и његов допринос укупном разрешавању политичких сукоба у Србији. Као искусан политичар, Гарашанин није имао илузија да

се они могу решити новим уставом, али бојазан да устав може донети Порта или нека од држава потписница Париског уговора, нагнала га је да сачини Нацрт, макар и без великих очекивања у погледу могућности његове примене. У нацртима се уставним путем тражило разрешење политичких сукоба, додуше често неадекватно, како с обзиром на постојеће односе, тако и на будуће демократско уређење Србије. Али, значајно је да је превладала свест, и код заговорника опције о кнежевом примату и код заговорника идеје о примату Совјета, да се ти односи разрешавају уставним путем. Исто толико је значајно што се у свим нацртима, без обзира на то ко су били аутори, налазе посебне главе о политичким и грађанским правима Срба, и то у време док се Србија још увек налазила у склопу Турске царевине (истина са широком аутономијом), у доба када су у једном делу Европе још увек постојали кметски односи, где се о таквим категоријама није ни размишљало.

Ljubica Kandić, PhD

Retired Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

GARAŠANIN'S CONSTITUTIONAL DRAFTS IN XIX CENTURY SERBIA

Summary

Serbian politician Ilija Garašanin is commonly credited with the four draft constitutions which are currently deposited in the Archive of Serbia. The purpose of this article is to look at this widespread attribution, and to examine its accuracy.

The analysis of the records from a number of archives shows that the first Draft dated 1853 is, in fact, Garašanin's early peace of work. However, the contents of this Draft confirms that the Draft itself was prepared somewhat later, most probably after the Treaty of Paris of 1856.

The second Draft is commonly believed to be written in 1850; but, judging from it contents, this one was also created after the Treaty of Paris of 1856. The author contests Garašanin's authorship of the second Draft, mainly because of the Garašanin's political standing of that time. Namely, the Draft lays down a favorable constitutional position of the Prince against the Council, which was contrary to Garašanin's opposition to the then Prince of Serbia, Aleksandar Karađorđević.

As to the third Draft Constitution, the author believes that it was composed by Garašanin himself, as this Draft was written by Garašanin's own hand, and as it reveals Garašanin's political conviction that the Council should have priority over the Prince. The third Draft was partially influenced by the previous Serbian Constitutions of 1835 and 1838, as well as by Matija Ban's Draft Constitution of 1846, and the Constitutional Draft of 1856 which was prepared by the Council. Furthermore, the author points out that, according to what is noted on the very document, the third Draft should be dated some ten years prior to the commonly cited year of 1868.

The title of the fourth Constitutional Draft is *The Project of Constitution for the Princedom of Serbia*. Two versions of this Draft are known – the first one dated 1835, and the second undated. The author disputes Garašanin's authorship over both versions of the Fourth Draft Constitution, and argues that they probably originate from the period after the St. Andrew's Day Assembly (1858) – most likely from 1859. The author concludes that, regardless of the fact that Garašanin was a person of high authority and political significance in the XIX century Serbia, his constitutional drafts did not considerably affect subsequent Serbian constitutions.

Key words: *Ilija Garašanin.– Constitutional Drafts.– Constitutionality in XIX century Serbia.*

УДК 347.73(497.11)

Др Дејан Поповић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Гордана Илић-Попов

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

УТВРЂИВАЊЕ ИЗВОРА ДОХОТКА У ПОРЕСКОМ ПРАВУ*

Израз „извор“ се, као terminus technicus, у пореском праву користи за означавање територије на којој се налази објективна чињеница (доходак, имовина или трансакција), која представља опорезиви догађај. И док резидентство ствара неограничену пореску обавезу, извор подразумева примену територијалног принципа. Правила о извору имају две различите улоге: (1) да дефинишу границу између нерезидентовог дохотка који подлеже и који не подлеже домаћем порезу („улазна“ функција); и (2) да уреде кредит за инострани порез („излазна“ функција). Фокусирајући се на „улазну“ улогу, аутори наглашавају да најзначајнији пореско-политички фактор који се налази иза правила о дохотку представља обвезникова фактичка и економска веза са датом врстом дохотка. У анализу улазе и други чиниоци, попут могућности администрирања пореза. У многим државама не постоје елаборирана правила о извору, те се оне ослањају на разрађену праксу у погледу исцрпне примене општег принципа, као и на широку мрежу важећих пореских уговора, који садрже експлицитна или имплицитна правила о извору за готово све врсте дохотка. Пошто је мрежа пореских уговора Србије прилично ограничена, а релевантна судска пракса практично не постоји, аутори детаљно разрађују одредбе пореских уговора и одређене индикације у домаћем законодавству да би дефинисали смернице за одређивање извора за различите врсте дохотка. Они закључују да би извор активног дохотка требало одређивати према месту обвезникове делатности, а извор пасивног дохотка према месту делатности привредног друштва које исплаћује дивиденде, камате и ауторске накнаде.

Кључне речи: *Извор.– Активни доходак.– Пасивни доходак.– Порески уговор.– Стална пословна јединица.*

* Овај чланак је реализован у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)*.

1. УВОД

У пореском праву „извор“ (енг. *source*) има различита значења,[1] али, узет као *terminus technicus*, означава територију на којој се налази објективна чињеница (доходак, имовина или трансакција), чијим појављивањем, односно подвођењем под законски опис пореског чињеничног стања настаје пореска обавеза. Пошто одређена држава може поставити порески захтев само према лицима која су на неки начин подвргнута њеном суверенитету, потребно је установити присуство неке од одлучујућих чињеница за заснивање пореске јурисдикције – држављанства (којега се држе само САД и Филипини), резидентства, односно извора. Одлучујућа чињеница не одређује само субјективну страну порескоправног односа (тј. да ли неко лице потпада под пореску јурисдикцију дате земље), него и размере распростирања пореске обавезе. Резидентство (као и држављанство) представља одлучујућу чињеницу персоналног карактера, која доводи до успостављања неограничене пореске обавезе: лица која су на основу чињенице резидентства подвргнута пореској јурисдикцији одређене државе могу у њој бити опорезована у складу са својим „светским дохотком“ (енг. *worldwide income*), односно „светском имовином“. Другим речима, у овом случају „пореска јурисдикција, иако проистиче из територијалног суверенитета, разбија територијалне границе државе и проширује се на пореске објекте ван њене националне територије“.[2] Просторно ширење пореске јурисдикције могућно је јер је држава у стању да релативно ефикасно спроведе поступак утврђивања и наплате пореза у односу на лица која су резиденти на њеној територији – чак и у односу на доходак или имовину који су остварени, односно који се поседују у иностранству. С друге стране, извор као одлучујућа чињеница само економског карактера доводи до успостављања ограничене пореске обавезе; у том случају држава се задовољава опорезивањем имовине која је лоцирана на њеној територији, односно дохотка који са њене територије потиче. У питању је територијални принцип распростирања пореске обавезе.

У највећем броју савремених пореских система до подвргавања пореској обавези долази на основу комбиноване примене и персоналне и економске одлучујуће чињенице. Отуда су лица која су резиденти неограничено порески одговорна, док нерезиденти подле-

---

[1] Упор. E. C. C. M. Kemmeren, „Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach“, *Bulletin for International Fiscal Documentation,* November 2006, 432.

[2] A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer 1979, 36.

жу територијалном принципу.[3] До сукоба пореских јурисдикација долази због тога што у међународном јавном праву нису постављена међународно призната начела којима би се ограничавала суверености државе у пореској области. Једини изузетак представља принцип екстратериторијалности, на којем се заснивају пореске привилегије дипломатског и конзуларног особља.[4] Отуда у начелу не постоје спољашњи лимити којима би се ограничавала пореска јурисдикција: државе националним законодавством, у складу са властитим интересима и могућностима, обликују своје пореске системе и размере распростирања пореске јурисдикције. Не обазирући се на прописе других земаља, свака држава уређује својим законима шта ће узети за одлучујућу чињеницу, односно да ли ће применити комбинацију неограничене и ограничене пореске обавезе или ће се, евентуално, само ослонити на територијални принцип. Исто тако, свака држава ће у свом законодавству прописати критеријуме на основу којих ће неко лице сматрати својим резидентом, а требало би и да предвиди правила за одређивање извора.

Пошто се, поновимо, у највећем броју држава као одлучујуће чињенице за заснивање пореске јурисдикције симултано користе и резидентство и извор, у пракси се најчешће среће конфликт једне неограничене (засноване на резидентству) и једне ограничене (засноване на извору) пореске обавезе. Међутим, правила о одређивању извора дохотка релевантна су и када је у питању сукоб две ограничене пореске јурисдикције. До таквог конфликта ће доћи уколико две државе сматрају да исти доходак има извор у свакој од њих. Примера ради, ако је резидент Холандије у Мађарској проценио на основу достављене документације покретну ствар коју резидент Словачке користи у Чешкој, при чему је из Чешке извршено плаћање услуге, настаће двоструко опорезивање оствареног дохотка по основу сукоба две ограничене пореске јурисдикције (мађарске и чешке), уколико се по мађарским прописима сматра да се извор налази у земљи пружања услуге, а по чешким прописима у земљи где се услуга користи, односно где је извршено плаћање.

---

[3] Једино се у мањем броју држава у Латинској Америци (Боливија, Костарика, Ел Салвадор, Гватемала, Никарагва, Панама, Парагвај, Уругвај) и данас употребљава територијални принцип *као искључив*: одлучујућа чињеница извора примењује се на сва лица, тако да и резиденти и нерезиденти плаћају порез само на имовину која је лоцирана у границама државе, односно на доходак који потиче са њене територије. B. A. Schindel, A. Atchabahian, „Source and Residence. General Report", *Cahiers de droit fiscal international* 90 A/2005, 40 фн. 58.

[4] Бечка конвенција о дипломатским односима, од 18. априла 1961. године и Бечка конвенција о конзуларним односима, од 24. априла 1963. године.

2. ФУНКЦИЈЕ ПРАВИЛА О ИЗВОРУ

Правила о одређивању извора (у даљем тексту: *правила о извору*) имају две функције. Прво, она су битна за дефинисање границе између дохотка нерезидента који подлеже домаћем порезу и дохотка нерезидента који не подлеже домаћем порезу. Оваква улога могла би се назвати „улазном функцијом“ (енг. *inbound role*).[5] Вршећи је, правила о извору сâма не постављају поменуту границу, јер не прецизирају када ће, у којој мери и на који начин доходак нерезидената бити опорезован у датој држави; то ће обезбедити тек материјални порески прописи. Дакле, иако су важна за спровођење разграничавања, правила о извору само одређују простор у оквиру којег се порески материјални прописи могу примењивати: у питању су *колизионе* норме. То, практично, значи да доходак може имати извор у једној држави, али не мора увек бити подвргнут њеном порезу ако га остварује нерезидент. Тако се у америчком пореском праву могу наћи примери када се ради о дохотку нерезидента[6] који није везан за трговину и пословање у САД (рецимо, камате на депозите у америчким банкама): у тим случајевима нерезидент остварује доходак чији извор јесте у датој држави (у овом примеру – у САД), али се, на основу материјалног пореског прописа, не подвргава домаћем порезу. Исто тако, ако привредно друштво – резидент Хрватске прима од закупца – резидента Србије накнаду за коришћење индустријске опреме, добит на овај начин остварена на територији Србије не би у њој била опорезована, пошто у случају оперативног лизинга није потребно да нерезидентни закуподавац оснива сталну пословну јединицу на територији Србије, а само је она добит коју нерезидентни обвезник оствари пословањем преко сталне пословне јединице лоциране у Србији подложна српском порезу на добит предузећа.[7]

Друга функција правила о извору лежи у њиховој улози у уређивању кредита за инострани порез: она помажу да се дефинише део националног пореза који се може умањити као кредит за инострани порез на доходак плаћен иностраним пореским властима. Оваква улога могла би се назвати „излазном функцијом“ (енг. *outbound role*). Како резиденти подлежу домаћем порезу на светски доходак, у овој функцији правила о извору немају задатак да разликују доходак који се опорезује од дохотка који се не опорезује, него да разликују

[5] H. D. Rosenbloom, „US Source Rules: Building Blocks of Cross-Border Taxation“, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, October 2006, 388.

[6] Уједно и странца, јер се у пореском праву САД неограничена пореска обавеза распростире не само на резиденте, него и на држављане.

[7] В. одељак 4. 1. 1.

примарну пореску јурисдикцију државе резидентства од секундарне.[8]

Ова „излазна“ улога правила о извору различита је, дакле, од „улазне“ улоге. Отуда правила која се користе за поменуте две функције у одређеној мери нису иста. У случају нерезидената, правила о извору имају улогу потврђивања пореске јурисдикције земље извора; у контексту кредита за инострани порез, она пружају одговор на питање када ће земља резидентства одступити пред легитимним захтевом друге државе (тј. земље извора) и пружити олакшицу да би се елиминисало међународно двоструко опорезивање. Без обзира на то што је извор на територији изван земље резидентства, „излазно“ правило о извору потврђује легитимност пореског захтева земље извора, али само до мањег од следећа два износа:

– износа пореза на доходак који је остварен у земљи извора, обрачунат по стопама које важе у земљи резидентства; или

– износа пореза на доходак који је остварен у земљи извора, обрачунат по стопама које важе у земљи извора.[9]

Ради се о тзв. „обичном кредиту“.[10] Земља резидентства тако користи предност када је у другој држави уговорници пореска стопа нижа него у њој, док је заштићена од претераног губитка својих пореских прихода у ситуацији када би пореска стопа у другој држави уговорници била виша.

Одредити шта представља „доходак остварен у иностранству“ има практичан значај, јер право на порески кредит ради избегавања двоструког опорезивања припада резидентном обвезнику само за порез плаћен на доходак *остварен у другој држави*.[11] Примера ради, запослени у страном дипломатском или конзуларном представништву у Србији, који је држављанин или резидент Србије, дужан је да, у складу с одредбом чл. 107, ст. 1 ЗПДГ, сâм обрачуна и уплати порез

[8] H. D. Rosenbloom, 388.

[9] Примера ради, ако је порез на светски доходак резидента Србије К. Ч., уз пореску стопу од 10%, једнак РСД 300.000, при чему је у Холандији остварен доходак у динарској противвредности од РСД 1.000.000, на који је по стопи од 25% плаћен холандски порез, К. Ч. ће имати право на порески кредит у висини од РСД 100.000, иако је на доходак чији је извор у Холандији платио порез у износу од РСД 250.000. Обрнуто, уколико је доходак у динарској противвредности од РСД 1.000.000 остварен у Босни и Херцеговини, па тамо опорезован по стопи од 9%, К. Ч. ће имати право на порески кредит у висини од само РСД 90.000, без обзира на то што би се, применом српских прописа на доходак остварен у Босни и Херцеговини, добио порез у висини од РСД 100.000.

[10] В. *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, *OECD*, Paris 2003, 236–237.

[11] В. чл. 12, ст. 1 Закона о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

по одбитку на ту зараду, без обзира на околност што је послодавац обрачунао и уплатио по одбитку порез на зараду по прописима државе о чијем се дипломатском или конзуларном представништву ради. Ако се страна амбасада сматра „иностранством“ за потребе опорезивања, онда запослени има право на порески кредит из чл. 12, ст. 1 ЗПДГ, јер би тада зараду остварио и на њу платио порез „у другој држави“; у супротном, неће моћи да од пореза обрачунатог на основу чл. 107, ст. 1 ЗПДГ одбије порез по одбитку наплаћен од стране послодавца. Српски ЗПДГ не садржи прецизно правило о одређивању извора зараде, али из чл. 23 Бечке конвенције о дипломатским односима произлази да су просторије мисије, иако су, у складу са чл. 22, ст. 1 Конвенције, неповредиве, ипак подвргнуте пореском суверенитету државе код које се акредитује: држава која акредитује и шеф мисије ослобођени су сваког пореза или таксе за просторије мисије чији су они власници или закупци, при чему се ово ослобођење не примењује на такве порезе и таксе ако, према законодавству државе код које се акредитује, оне падају на терет лица које је сауговарач државе која акредитује или шефа мисије (на пример, закуподавца). И (начелно) ослобођење од пореза и (лимитирано) право на опорезивање „просторија мисије“ (зграде или делова зграде и околног земљишта који се, ма ко био њихов власник, користе за потребе мисије, укључујући и резиденцију шефа мисије) представљају манифестацију вршења субјективног пореског права државе код које се акредитује. Ову логику следи и чл. 20 ЗПДГ, који, у складу са Бечком конвенцијом, ослобађа од пореза на зараду за рад у страним дипломатским и конзуларним представништвима дипломатске агенте, као и нека друга лица под одређеним условима, док, уколико ти услови нису испуњени, предвиђа опорезивање. Закључујемо, дакле, да се дипломатско или конзуларно представништво не може сматрати „иностранством“ за потребе опорезивања, те да је запослени у страном дипломатском или конзуларном представништву у Србији, који је држављанин или резидент Србије, дужан да плати порез на зараду у складу са ЗПДГ, без права на порески кредит за порез који је по одбитку наплатио послодавац, у складу са прописима државе која акредитује.

3. ПОСТАВЉАЊЕ „УЛАЗНИХ“ ПРАВИЛА О ИЗВОРУ

У контексту „улазне“ улоге, код развијања правила о извору за опорезивање нерезидената узимају се у обзир различити пореско-политички фактори. На првом месту се наглашава фактичка и економска веза са датом врстом прихода. Начелно се ова веза сматра апсолутно неопходном да би се увео порез за лица која нису подвргнута

домаћој пореској јурисдикцији на основу одлучујуће чињенице персоналног карактера. Но, једном утврђена, правила о извору не морају по аутоматизму довести до опорезивања одређеног прихода од стране земље извора; исход зависи и од других политичких фактора, а не само од економске везе. То су: могућност администрирања, неподложност манипулисању и усаглашеност са опште прихваћеним међународним стандардима у трговини и опорезивању.[12] С обзиром на то да су правила о извору различита за различите врсте прихода, отвара се проблем класификације дохотка. Није, наиме, свеједно да ли ће се неки приход сматрати зарадом, чији је извор у земљи у којој је рад извршен, или ауторском накнадом, чији је извор у земљи исплатиочевог резидентства.[13]

За разлику од америчког пореског права, у осталим *common law* системима (Велика Британија, Канада, Аустралија), као и у већини европских континенталних права, појам „извор" није дефинисан. Тако, аустралијски Закон о утврђивању пореза на доходак дефинише „инострани доходак" као „доходак остварен из извора у иностраној држави или у иностраним државама" (чл. 6 AB (1)). У пресуди *Nathan v. FCT*, Високи суд Аустралије је навео да је „законодавац у коришћењу речи 'извор' мислио не о правном концепту, него о нечему што би практичан човек сматрао за стварни извор дохотка... Одређивање стварног извора датог дохотка јесте нешто практичне, тврде чињеничне природе".[14] Не види се да овај став пружа какву корисну оријентацију.[15] Упркос приоритету који се даје јурисдикцији заснованој на извору,[16] концепт извора је прилично слабо развијен у пореској литератури (као и у националним пореским законодавствима). Кемерен (*Kemmeren*) закључује да „извор дохотка" треба схватити као *порекло* (енг. *origin*) дохотка, а „порекло" означава државу у којој се одвија људска интелектуална делатност којом се ствара доходак;[17] та држава треба да има субјективно право да опорезује овај доходак, јер је лице уживало користи од јавних расхода који су му омогућили да ствара доходак, па је природно да им кроз порез доприноси.[18] Ако се људска делатност којом се доходак ствара одвија у више држава

[12] H. D. Rosenbloom, 390.

[13] В. одељак 4. 2. и одељак 4. 5.

[14] (1918) 25 CLR 183, at 189.

[15] A. Easson, „Common Law Approaches to the Determination of the Source of Income: Pragmatism over Principle", *Bulletin for International Fiscal Documentation,* October 2006, 495.

[16] Од земље резидентства, а не од земље извора, очекује се да предузме неку од метода за отклањање двоструког опорезивања.

[17] E. C. C. M. Kemmeren, 434.

[18] *Ibid.*, 432.

(на пример, добро се произведе у Србији, транспортује преко Македоније до Грчке, где се складишти и одакле се врши маркетинг), у свакој од њих се додаје одређена вредност и у свакој од њих се налази извор аликвотног дела дохотка. Да би се доделила пореска јурисдикција некој држави за одређени доходак, потребно је да постоји довољно значајна веза између људске делатности и те државе; уколико је веза спорадична (на пример, ако неко лице само краткотрајно борави у држави и оствари какав приход у њој), сматраће се да су економске нити са том државом преслабе да би оправдале опорезивање, али то неће нарушити концепт извора базиран на пореклу дохотка.[19]

И док готово сва национална пореска права посвећују значајан простор уређивању питања резидентства,[20] правила о извору (и у одсуству дефиниције) срећу се у релативно малом броју држава.[21] Стиче се утисак да су, пропуштајући да детаљније регулишу ово питање, законодавци сматрали да се извор дохотка, односно имовине некако подразумева или да се може препознати, остављајући тако управној и судској пракси широк простор за тумачење, уз ризик од арбитрарности у примени.

Но, још један моменат треба имати у виду. У савременом свету, за већину развијених земаља домаћа правила о извору више нису много битна, јер имају широку мрежу уговора о избегавању двоструког опорезивања (у даљем тексту и: *порески уговори*). Због тога је одређивање извора постало превасходно ствар тумачења уговора, осим у ретким случајевима. Домаћа правила о извору била би релевантна само када:

- нерезидентни обвезник није резидент државе уговорнице;[22]
- одговарајући порески уговор допушта земљи извора да опорезује, али су правила о извору те земље ужа од одредаба уговора. Начелно су правила о извору из уговора ирелевантна ако доходак није опорезив по домаћим правилима о извору, али на пример, Аустралија укључује у већину својих по-

[19] *Ibid.*, 436.

[20] За српско право, в. чл. 7 и 8 ЗПДГ и чл. 2 и 3 Закона о порезу на добит предузећа – ЗПДП, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04.

[21] Изузетке налазимо, на пример, у америчком (чл. 861–865. *Internal Revenue Code*) и француском (чл. 164B. *Code général des impôts*) праву.

[22] У 2008. години Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања са 35 држава. Од значајнијих економских партнера, на листи држава уговорница не налазе се Аустрија, Грчка и САД, али се налазе све земље из окружења (осим Црне Горе), као и Немачка, Италија, Француска, Русија, Велика Британија и др. Упор. Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет – Службени гласник, Београд 2008, 245–246.

реских уговора правило по којем се доходак који би по уговору могао бити опорезован у Аустралији сматра дохотком чији је извор у Аустралији. Из тога произлази чудан исход да резиденти земаља са којима постоји порески уговор могу бити неповољније третирани од резидената земаља са којима уговор не постоји;[23]

– резидентни обвезник – у контексту горе поменуте „излазне" функције – тражи кредит за порез плаћен у земљи са којом порески уговор не постоји.

Поновимо да основну пореско-политичку идеју која се налази иза концепта одређивања извора дохотка представља захтев да би извор требало да буде у оној држави са којом доходак има „супстанцијалну економску везу". Уколико доходак има такву везу са две државе, или са више њих, потребно је применити какву формулу за поделу међу тим државама.[24] Наравно, морају се имати у виду и други, већ поменути, пореско-политички фактори (могућност администрирања, неподложност манипулисању, усаглашеност с опште прихваћеним међународним стандардима у трговини и опорезивању и сл.).

У пореско-правној литератури се истиче да се у пореским уговорима налазе експлицитна (ређе) или имплицитна (чешће) правила о одређивању извора појединих врста прихода, што би могло утицати на попуњавање правне празнине у ситуацијама када уговор о избегавању двоструког опорезивања не постоји.[25] Што се тиче Србије, овај аргуменат већ *prima facie* није од већег значаја, јер је број пореских уговора који је обавезују релативно мали (у 2008. години – 35), а њихов је утицај, пре свега због готово непостојеће судске праксе, занемарљив. Међутим, ни у државама са развијеном тржишном привредом не би се смео прецонити утицај који решења из пореских уговора имају на постављање смерница за правила о одређивању извора, и то барем из три разлога. Прво, уколико нека држава жели да учврсти властиту позицију у преговорима око закључивања уговора о избегавању двоструког опорезивања, њени домаћи прописи о одређивању извора требало би да садрже шира решења од оних која се налазе у уговорима. Друго, пошто колизиона правила садржана у пореским уговорима служе да се разграничи субјективно пореско право земље извора од субјективног пореског права земље резидентства, природно је да ће земља извора настојати да у домаћем праву до крајњих могућности прошири пореску јурисдикцију, са домашајем

[23] A. Easson, 496 фн. 6.

[24] R. J. Vann, „International Aspects of Income Tax", *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 2 (ed. Victor Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1998, 734.

[25] *Ibid.*, 735.

који је већи од онога који би се остварио кроз порески уговор, чије закључење подразумева узајамне уступке држава уговорница. Треће, правила у пореским уговорима су у одређеној мери обликована према практичним захтевима пореске администрације, па се тако држава понекад одриче права да опорезује неки приход не због тога што му се извор не може одредити на њеној територији, него из разлога што су административни трошкови и трошкови наплате пореза на тај приход превелики, те је исплативије одустати од покушаја да се он подвргне опорезивању.[26]

Али, чак и да правила о одређивању извора из уговора о избегавању двоструког опорезивања начелно одговарају захтевима који се постављају у ситуацијама када порески уговор не постоји, ова правила се не могу непосредно примењивати ван персоналног опсега примене одређеног пореског уговора.[27] У одсуству законске норме, утицај правила о одређивању извора дохотка из пореских уговора на ситуације у којима уговор не постоји може бити само индиректан. Тако, порески саветници имају ту улогу да пореским органима сугеришу да, када постоји празнина у домаћем законодавству, извор дохотка треба тражити следећи смернице постављене у Модел-конвенцији *OECD*, на којој се заснивају и правила уграђена у појединачне пореске уговоре, јер се те смернице базирају на доброј, међународно прихваћеној, пракси. У крајњој линији, и сâма пореска администрација може оценити да је целисходно да тако поступи. Исход је неизвестан, а покривеност управном праксом зависи од појављивања појединих питања пред Пореском управом, односно пред Министарством финансија. Зато је питање одређивања извора дохотка потребно уредити законом. У постојећој ситуацији остаје да се, водећи рачуна о горе наведеним ограничењима, анализи подвргну одговарајућа решења из упоредног права и правила садржана у пореским уговорима.

4. ИЗВОР ПОЈЕДИНИХ ВРСТА ПРИХОДА

Постојање „супстанцијалне економске везе“ неког прихода с одређеном државом установљава се на један начин за активни доходак (из радног односа и од самосталне привредне или професионалне делатности), а на други начин за пасивни доходак од инвестиција (дивиденде, камате, ауторске накнаде и др.). Начелно, активном дохотку обично се извор одређује према месту обвезникове делатности, а па-

[26] *Ibid.*, 736.

[27] У чл. 1 Модел-конвенције *OECD*, као и у чл. 1 пореских уговора који обавезују Србију, налази се формулација да се уговор примењује на лица која су резиденти једне или обе државе уговорнице.

сивном дохотку према месту делатности исплатиоца дохотка. При томе се не сме изгубити из вида корективна улога других, горе поменутих, пореско-политичких фактора у дефинисању домета пореске јурисдикције земље извора.

4.1. Добит од пословања

Добит од пословања (енг. *business income*) представља приход који предузетничком активношћу остварују правна или физичка лица. На терену материјалног пореског права, добит правних лица опорезује се порезом на добит предузећа, који се у савременим пореско-правним системима среће под називима *corporate income tax, Körperschaftsteuer*, *impôt sur le revenu des sociétés* и др. Добит од пословања физичког лица подлеже порезу на доходак грађана за приходе од самосталне делатности, при чему се у неким, данас малобројним, државама (на пример, у Француској) разликују приходи од самосталног обављања комерцијалне трговачке (привредне) делатности од прихода од самосталног обављања професионалне делатности,[28] мада им је порески третман у основи исти. На терену колизионих норми, у Модел-конвенцији *OECD* је до 2000. године постојао посебан чл. 14, који је уређивао поделу пореских јурисдикција земље резидентства и земље извора код прихода од самосталног обављања професионалне делатности, док је поделу пореских јурисдикција земље резидентства и земље извора код прихода од самосталног обављања комерцијалне трговачке (привредне) делатности уређивао чл. 7 – који, иначе, садржи колизиона правила за опорезивање добити правних лица. У варијантама Модел-конвенције *OECD*, насталим у првој деценији XXI века, чл. 14 је брисан, па се колизиона правила из чл. 7 распростиру на све облике добити од пословања. Међутим, сви уговори о избегавању двоструког опорезивања који обавезују Србију, укључујући и оне закључене после 2000. године, садрже посебан чл. 14, тако да правна анализа важећих уговорних решења мора и даље водити рачуна о поменутој дистинкцији.

Основно правило за одређивање извора дохотка у случају добити од пословања – место где се делатност обавља – може се кориговати из практичних разлога везивањем добити за сталну пословну јединицу (кадгод је у питању правно лице, као и код привредних делатности физичког лица), односно за сталну базу (када су у питању професионалне делатности физичког лица), које нерезидентни обвезник има у земљи у којој обавља делатност.

---

[28] L. Burns – R. Krever, „Individual Income Tax“, *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 2 (ed. Victor Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1998, 525, нарочито фн. 110.

Посматрано у начелу, правила о извору за дивиденде, камате и накнаде по основу права интелектуалне својине (у даљем тексту: *ауторске накнаде*) следе друкчију логику: узима се да је извор тих прихода у земљи исплатиочевог резидентства.[29] Међутим, уколико су дивиденде, камате и ауторске накнаде остварене у контексту пословања (на пример, банка одобрава кредит, па остварује камату), важиће правила о извору за добит од пословања,[30] утолико што ће одговарајући приход постати саставни део примаочеве добити (тако што улази у укупне приходе, од којих се, приликом утврђивања добити, одбијају укупни расходи).[31]

4.1.1. Добит од пословања правних лица

У српском пореском праву, у одсуству пореског уговора, чл. 4. ЗПДП дефинише сталну пословну јединицу као свако стално место пословања преко којег нерезидентни обвезник обавља делатност, а нарочито: (1) огранак; (2) погон; (3) представништво; (4) место производње, фабрика или радионица; (5) рудник, каменолом или друго место експлоатације природног богатства. Сталну пословну јединицу чине и стално или покретно градилиште, грађевински или монтажни радови, ако трају дуже од шест месеци (и то једна од више изградњи или монтажа које се упоредно обављају, или неколико изградњи или монтажа које се обављају без прекида једна за другом). Коначно, ако лице, заступајући нерезидентног обвезника, има и врши овлашћење да закључује уговоре у име тог обвезника, сматраће се да нерезидентни обвезник има сталну пословну јединицу у погледу послова које заступник врши у име обвезника.[32] Нерезидентни обвезник пореза на добит предузећа подлеже, дакле, опорезивању добити коју оствари пословањем преко сталне пословне јединице која се налази на територији Србије.[33] Из овакве законске формулације индиректно произлази да је, у начелу, свакој добити коју пословањем у Србији оствари нерезидентни обвезник извор у Србији, али да само

---

[29] В. одељак 4. 2.

[30] R. J. Vann, 740. Услов је да се пословање са којим је тај приход повезан обавља на територији државе извора и да је приход остварен у вези са тим пословањем.

[31] С. В. Костић заступа став да ће, када је у питању предузеће – резидент једне државе, које обавља пословну делатност на територији друге државе, та друга држава (земља извора) примењивати „неограничену пореску јурисдикцију“ – не у односу на обвезника, него у односу на његову пословну делатност, те ће у добит за опорезивање, по принципу извора, ући и појединачни приходи (дивиденде, камате и ауторске накнаде), чији је извор у трећој држави. Упор. Д. Поповић, С. В. Костић, „Коментар уговора о избегавању двоструког опорезивања“ (у рукопису), 51–52.

[32] В. чл. 4, ст. 1–3 ЗПДП.

[33] В. чл. 3, ст. 1 ЗПДП.

добит која се може приписати пословању нерезидента преко сталне пословне јединице лоциране у Републици подлеже опорезивању у Србији. Стална пословна јединица је, дакле, својеврсни *праг*, постављен превасходно из административно-техничких разлога: уколико је пословање нерезидента испод тога прага, земљи извора се „не исплати" да опорезује такву добит. Њу ће ексклузивно захватити земља резидентства, у складу са принципом неограничене пореске обавезе.

Статус „нерезидентног обвезника пореза на добит предузећа", у смислу чл. 3 ЗПДП, може се, у начелу, оцењивати са становишта српског права или права државе резидентства, а исход у многим случајевима не мора бити исти, јер српско право, попут белгијског, грчког, шпанског, хрватског или словеначког, статус правног лица признаје и друштвима лица, што, иначе, није случај у немачком, италијанском, америчком, британском, холандском и многим другим правима, у којима друштва лица немају својство правног лица, него представљају фискално транспарентне ентитете.[34] Отуда ће ортачко друштво које је основано и има седиште стварне управе и контроле у Грчкој, а поседује огранак лоциран у Србији, и по грчком и по српском праву бити сматрано нерезидентом Србије, у смислу чл. 3 ЗПДП. Међутим, ортачко друштво које је основано и има седиште стварне управе и контроле, на пример, у Аустрији (са којом Србија нема закључен порески уговор), а поседује огранак лоциран у Србији, не би се могло сматрати „нерезидентним обвезником" пореза на добит предузећа у складу с аустријским прописима, јер по њима нема статус правног лица. Но, мишљења смо да је, у ситуацијама када не постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, за квалификацију меродавно српско право, пошто се ради о когентној норми ЗПДП која уређује домете пореске јурисдикције Србије: тако ће аустријско ортачко друштво ипак имати својство „нерезидентног обвезника" из чл. 3, ст. 2 ЗПДП.

Чл. 60, ст. 3. ЗПДП прописује да се трансакције између нерезидентне централе и њене сталне пословне јединице лоциране у Србији имају обрачунавати по ценама „ван дохвата руке"; поменуто законско решење имало је инспирацију у одредби чл. 7 Модел-конвенције *OECD*. Оно, отуда, подразумева да се сталној пословној јединици приписује добит коју би могла да оствари да је била одвојено и посебно предузеће које се бави истим или сличним делатностима, под истим или сличним условима и да је пословала потпуно самостално са предузећем чија је стална пословна јединица. Код утврђивања добити сталне пословне јединице не признају се трошкови камате и припадајући трошкови зајма одобреног тој јединици од стране њене нерези-

[34] Д. Поповић, 308–312.

дентне централе, нити трошкови ауторске накнаде коју стална пословна јединица исплаћује својој нерезидентној централи.[35]

Обрнуто посматрано, само добит која се може приписати пословању правног лица – резидента Србије преко његове сталне пословне јединице лоциране у другој држави има извор у иностранству. Тада обвезник има право на порески кредит из чл. 51 ЗПДП ради избегавања двоструког опорезивања. Добит коју резидент оствари пословањем у иностранству мимо сталне пословне јединице има извор изван Србије, али ће се опорезовати искључиво у њој, у складу са принципом неограничене пореске обавезе (осим уколико, у ситуацијама када не постоји порески уговор, национално законодавство земље извора не пропише друкчије решење).

Уколико се ради о ситуацијама на које се примењују одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања, треба имати у виду да и чл. 7, ст. 1 српских пореских уговора (у складу с одговарајућом нормом Модел-конвенције *OECD*) прописује правило да се добит предузећа[36] државе уговорнице опорезује само у тој држави, осим ако предузеће обавља пословање у другој држави уговорници преко сталне пословне јединице која се у њој налази. Ако предузеће обавља пословање у другој држави уговорници преко сталне пословне јединице, добит предузећа може се опорезовати у тој другој држави, али само до износа који се приписује тој сталној пословној јединици.

Дефиниција сталне пословне јединице из уговора о избегавању двоструког опорезивања врло је слична законској дефиницији из чл. 4 ЗПДП. За потребе пореских уговора, израз „стална пословна јединица“ из чл. 5 Модел-конвенције *OECD* означава, на првом месту, стално место (пословања) преко кога предузеће једне државе уговорнице потпуно или делимично обавља пословање у другој држави уговорници. У пореским уговорима то су, примера ради, место (седиште) управе, огранак, пословница, фабрика, радионица, рудник, извор нафте или гаса, каменолом и друго место искоришћавања природних богатстава. Поред овога, порески уговори које примењује Србија садрже одредбу о „грађевинској сталној пословној јединици“, при чему, уз варијације, прате или Модел-конвенцију *OECD* – када је прописано да градилиште или грађевински или монтажни (инсталациони) радови чине сталну пословну јединицу само ако трају дуже од 12 месеци, или Модел-конвенцију УН – када је прописано да стална пословна јединица обухвата и градилиште, грађевинске, монтажне или инсталационе радове или надзорне делатности у вези са тим радовима, али само ако њихово одвијање пређе рок од 6 месеци.

[35] В. чл. 20 ЗПДП.

[36] Појам *предузеће* (енг. *enterprise*) не означава привредно друштво или предузетника, већ *предузетничку делатност* коју врше привредни субјекти – они који њиме управљају, односно који су носиоци одређеног „предузећа“.

Коначно, уговори о избегавању двоструког опорезивања предвиђају и изузетак од основног облика сталне пословне јединице и прописују да се када лице – осим заступника са самосталним статусом – у једној држави уговорници ради у име предузећа друге државе уговорнице, сматра да то предузеће има сталну пословну јединицу у првој држави у односу на делатности које то лице обавља за предузеће, ако то лице има и уобичајено користи у држави извора овлашћење да закључује уговоре у име предузећа. Код „заступничке сталне пословне јединице" није потребно да постоји стално место пословања, већ је довољно да лице које заступа предузеће друге државе уговорнице има и редовно користи у држави извора овлашћење да закључује уговоре у име тог предузећа.[37] Напоменимо да се, истина ретко, у неким уговорима о избегавању двоструког опорезивања могу наћи и специфичне форме сталне пословне јединице (на пример, тзв. „услужна стална пословна јединица" из чл. 5, ст. 3, тач. 2 пореског уговора између Србије и Албаније[38]).

Постојање сталне пословне јединице на њеној територији је, дакле, основни предуслов да би држава извора имала право да опорезује добит предузећа којим управља резидент друге државе уговорнице.[39] Стална пословна јединица представља, поновимо, праг који пословање предузећа државе уговорнице, односно нерезидентног правног лица у држави извора мора да пређе како би у држава извора могла да опорезује добит од тог пословања. Стална пословна јединица није статусни облик организовања пословања, већ начин на који се оно одвија у држави извора. Другим речима, стална пословна јединица је *фикција* пореског права, скуп услова чијим испуњењем држава извора добија право да опорезује добит од пословања предузећа друге државе уговорнице (односно, у ситуацијама када не постоји порески уговор – нерезидентног правног лица које обавља пословање у Србији преко те сталне пословне јединице). Овакав праг постављен је у националном законодавству и у стандардним одредбама пореских уговора многих савремених држава (Финске, Швајцарске и др.[40]).

Када су у питању нерезидентна правна лица, односно предузећа којима управљају нерезидентна правна лица, потребно је прво

[37] Уговори о избегавању двоструког опорезивања садрже и тзв. „негативну листу" активности за које се неће сматрати да представљају сталну пословну јединицу.

[38] В. у оквиру овог одељка.

[39] Предузећа чија је делатност везана за пољопривреду и шумарство потпадају под чл. 6. пореских уговора, те стога углавном не могу имати сталне пословне јединице.

[40] R. J. Patrick, Jr., „Rules for Determining Income and Expenses as Domestic or Foreign. General Report", *Cahiers de droit fiscal international* 65 B/1980, 18.

утврдити да ли она имају сталну пословну јединицу за потребе примене домаћих прописа (чл. 4 ЗПДП). Уколико нерезидентно правно лице нема сталну пословну јединицу за потребе домаћих прописа, његова добит неће бити опорезована у Србији, без обзира на то што уговор о избегавању двоструког опорезивања евентуално даје, рецимо, Србији право да је опорезује (на пример, уколико постоји стална пословна јединица за потребе пореског уговора, али не постоји за потребе примене домаћег прописа). То би се могло догодити ако, рецимо, уговор о избегавању двоструког опорезивања сталном пословном јединицом сматра и тзв. „услужну сталну пословну јединицу" (као што је предвиђено у чл. 5, ст. 3, тач. 2 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између Србије и Албаније[41]), а у српском праву такав се облик не може подвести под „стално место пословања преко кога предузеће државе уговорнице потпуно или делимично обавља пословање у другој држави уговорници" из чл. 4, ст. 1 ЗПДП. Уколико, пак, нерезидентно правно лице има сталну пословну јединицу за потребе примене домаћих прописа, потребно је утврдити да ли је оно има и за потребе примене пореског уговора. Ако нерезидентни обвезник има сталну пословну јединицу и према ЗПДП и према пореском уговору, онда Србија може опорезовати његову добит, али само у оној мери у којој се добит може приписати тој сталној пословној јединици.

Постоје, међутим, правни системи у којима је „праг" постављен ниже од сталне пословне јединице: такав је, на пример, случај с америчким пореским правом, у којем се примењује тест „укључености у трговину или пословање на територији САД",[42] или канадским, у којем се, у ситуацијама када не постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, трага за местом где је „пословање обављено" кроз посматрање одређених фактора (где је уговор закључен, где су добра испоручена, где су услуге пружене, где је добит остварена, где је плаћање извршено и др.).[43] У литератури се указује на практичан проблем како опорезовати нерезидента који нема сталну пословну јединицу у земљи извора, а ипак у њој остварује добит: изгледа да би једини излаз могао бити у наметању обавезе наплате пореза по одбитку резиденту који врши плаћање за пружене услуге или испоручена добара од стране нерезидента.[44] При томе треба имати у виду

[41] Сталном пословном јединицом сматра се пружање услуга (укључујући консултантске услуге) од стране предузећа државе уговорнице преко запослених или другог ангажованог особља, али само ако се делатности те врсте обављају у другој држави уговорници у периоду који траје дуже од девет месеци у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години.

[42] R. J. Patrick, Jr., 19.

[43] A. Easson, 496–497.

[44] *Ibid.*, 497.

да порез по одбитку захвата бруто износ прихода, што га чини прилично „суровим“, те да ће нерезидентни обвезник зато настојати да терет тога пореза превали на резидентног плаца.

Коначно, потребно је имати у виду и нека посебна правила која дерогирају поменуто опште правило за одређивање извора добити. У пореским уговорима се право на опорезивање добити од коришћења бродова у међународном поморском саобраћају, ваздухоплова у међународном ваздушном саобраћају, односно речних бродова на унутрашњим пловним путевима додељује по посебном критеријуму – оно ексклузивно припада држави уговорници у којој се налази седиште стварне управе предузећа, тј. земљи резидентства привредног друштва које обавља овакав саобраћај.[45]

4.1.2. Добит од пословања физичких лица

Када су у питању нерезидентна физичка лица која обављају самосталну *привредну* делатност, у односу на приход од такве делатности примењивала би се иста правила о извору као и за добит од пословања правних лица, при чему треба имати у виду да је тешко замислити пример нерезидентног физичког лица које би, без регистрације, могло у Србији обављати самосталну делатност преко сталне пословне јединице. Наиме, Закон о привредним друштвима[46] не дозвољава предузетнику да има огранак (дакле, сталну пословну јединицу или сталну базу),[47] што се односи и на нерезидентно физичко лице. Међутим, могу се замислити *via facti* ситуације да нерезидентно физичко лице ипак обавља самосталну делатност у Србији, а да није регистровано. Тада је потребно је имати у виду чл. 9, ст. 3 Закона о пореском поступку и пореској администрацији,[48] који предвиђа да ће, када су на прописима супротан начин остварени приходи, Пореска управа утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза. Другим речима, иако је нерезидентно физичко лице обављало, рецимо, нерегистровану трговинску делатност на тезги на пијаци, порески орган би могао да му утврди порез на приходе од самосталне делатности на начин уређен у ЗПДГ. При томе је потребно утврдити да ли пореска јурисдикција припада Србији. У случајевима када постоји порески уговор, продаја на тезги представља „сталну пословну јединицу“ преко које резидент друге државе уго-

---

[45] За посебна правила о извору дохотка уметника и спортиста, као и прихода од осигурања и још неких категорија прихода, упор. R. J. Vann, 739–740.

[46] *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

[47] „Не може постојати ‘део предузетника у форми огранка’“, в. М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Службени гласник, Београд 2006, 54.

[48] *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07.

ворнице обавља пословање на територији Србије, те Пореска управа може, ако национални пропис то допушта (а допушта), да спроведе опорезивање дохотка у мери у којој се он може приписати тој сталној пословној јединици. У ситуацијама када се ради о физичком лицу – резиденту државе са којом Србија нема порески уговор, праг у виду сталне пословне јединице се не поставља: сваки његов доходак од самосталне делатности биће опорезован по српским прописима, мада ће опорезивање прихода остварених током краткотрајних боравака у Србији бити тешко спроводиво у одсуству обавезе наметнуте исплатиоцу прихода да обрачуна и наплати порез по одбитку.

И у случају прихода од самосталне *професионалне* делатности физичког лица извор ће бити у земљи у којој се делатност врши. Иако је и код тих делатности неопходна регистрација, у пракси се такође могу замислити ситуације да нерезидентно физичко лице ипак обавља професионалну делатност у Србији, а да није регистровано. Основ за опорезивање опет ће се наћи у чл. 9, ст. 3 Закона о пореском поступку и пореској администрацији, који предвиђа да ће, када су на прописима супротан начин остварени приходи, Пореска управа утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза. У овом случају никакав минимални праг није постављен у материјалном пореском пропису (тј. у ЗПДГ), те ће сав овакав доходак нерезидента, остварен на територији Србије, бити подвргнут српском порезу на доходак грађана, при чему ће се отворити питање како спровести опорезивање прихода остварених током краткотрајних боравака у Србији када исплатиоцу прихода није наметнута обавеза да обрачуна и наплати порез по одбитку.[49] Мишљења смо да би *de lege ferenda* одредбу чл. 40 ЗПДП, којом се намеће обавеза исплатиоцу прихода по основу дивиденди, учешћа у добити, ауторских накнада, камата, капиталних добитака и накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари да обрачуна и плати порез по одбитку по стопи од 20%, ако те приходе остварује нерезидентни обвезник пореза на добит предузећа, требало проширити у два правца: (1) тако да обухвати и накнаде за консултантске, менаџерске и сличне услуге; и (2) тако да се „исплатиоцем“ сматра и стална пословна јединица нерезидентног предузећа, лоцирана у Србији.

У ситуацији када постоји порески уговор, држава извора добија право на опорезивање дохотка од професионалне делатности

[49] Нека пореска законодавства садрже норму којом се, у ситуацијама када не постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, исплатилац накнада по основу консултантских, менаџерских и сличних услуга (које, иначе, може одбити као трошак од основице својег пореза на добит) обавезује да обрачуна и плати порез по одбитку кад год те накнаде исплаћује нерезидентним примаоцима. Упор. R. J. Vann, 738.

нерезидентног физичког лица по основу чл. 14. одговарајућег уговора о избегавању двоструког опорезивања. Ова колизиона норма предвиђа да се доходак који оствари физичко лице – резидент једне државе уговорнице од професионалних или других сличних самосталних делатности опорезује само у тој држави, *осим ако за обављање својих делатности има сталну базу коју редовно користи у другој држави уговорници*, у којем случају се само део дохотка који се приписује тој сталној бази опорезује у тој другој држави уговорници.[50] Сталном базом се, у складу са праксом пореских власти (јер не постоје ни законска, ни, у највећем броју случајева, уговорна дефиниција) сматрају канцеларија, биро, ординација или сличан објекат сталног карактера у којем нерезидент обавља професионалну делатност. У већини пореских уговора који обавезују Србију (осим у онима са Мађарском, Словенијом и Швајцарском) прописан је још један изузетак: ако лице борави у другој држави уговорници у периоду или у периодима који укупно трају 183 дана или дуже у периоду од дванаест месеци који почиње или се завршава у односној пореској години, право на опорезивање његовог дохотка од самосталног обављања професионалне или сличне делатности припада земљи у којој се делатност врши. Другим речима, земља извора може користити право на опорезивање само ако је прећен праг у погледу постојања сталне базе или дужине боравка на њеној територији.

4.2. Дивиденде, камате и ауторске накнаде

И у домаћем праву, и у пореским уговорима, извор прихода у случају дивиденди и других учешћа у добити је у земљи резидентства привредног друштва које их исплаћује. Исто правило важи и за камате, с тим што се одредбом чл. 11, ст. 5. *in fine* Модел-конвенције *OECD*, односно одговарајућом одредбом уговора о избегавању двоструког опорезивања, предвиђа изузетак за случај када зајмови из којих произлази камата имају *економски очигледну везу* са сталном пословном јединицом коју исплатилац камате поседује у другој држави уговорници. Ако је зајам уговорен за потребе те пословне јединице, а она сноси трошак камате, предвиђено је да се извор камате налази у држави уговорници у којој је лоцирана стална пословна јединица, без обзира на то где је место резидентства власника те сталне пословне јединице (које може бити и у трећој држави): *lex specialis derogat lege generali.* Потребно је, међутим, имати у виду да овај *lex specialis* не значи да ће извор камате бити пребачен из једне државе уговорнице у трећу државу. Уколико банка – резидент Србије има огранак у Грчкој, који исплаћује камату по основу кредита узе-

[50] Изузетак у погледу „сталне базе“ не налази се једино у пореским уговорима са Белгијом, Шри Ланком и Шведском.

тог за своје потребе повериоцу – резиденту Велике Британије, до промене правила о извору у контексту уговора о избегавању двоструког опорезивања између Србије и Велике Британије неће доћи: извор остаје у земљи дужниковог резидентства (Србији), јер стална пословна јединица (грчки огранак српске банке) није лоцирана у држави уговорници.

Као последица примене чл. 11, ст. 5 *in fine* Модел-конвенције *OECD* у више од једном пореском уговору настаје проблем двојног извора, чак и у случају када постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања између треће државе – оне у којој је лоцирана стална пословна јединица и земље повериочевог резидентства (у претходном примеру: између Грчке и Велике Британије). Наиме, порески уговор између земље дужниковог резидентства (у претходном примеру: Србије) и земље повериочевог резидентства (у претходном примеру: Велике Британије) одредиће да је извор камате у земљи исплатиочевог (дужниковог) резидентства (у претходном примеру: у Србији), док ће порески уговор између земље повериочевог резидентства и земље у којој је лоцирана стална пословна јединица одредити да је извор камате у земљи у којој се налази стална пословна јединица (у претходном примеру: у Грчкој). Велика Британија би у таквом случају имала обавезу да пружи олакшицу ради отклањања двоструког опорезивања камате и Србији и Грчкој.[51]

Иако Модел-конвенција OECD не садржи детаљно правило о извору за ауторске накнаде, будући да препоручује да право опорезивања треба искључиво да припадне земљи примаочевог резидентства, велики број пореских уговора, укључујући готово све пореске уговоре који обавезују Србију (изузев оних са Француском и Шведском), прописује правило о извору за ауторске накнаде на начин идентичан начину који важи за камате: *lex generalis* – извор у земљи исплатиочевог резидентства, а *lex specialis* – извор у држави уговорници у којој је лоцирана стална пословна јединица, за случај када обавеза плаћања ауторске накнаде има *економски очигледну везу* са сталном пословном јединицом коју исплатилац ауторске накнаде поседује у другој држави уговорници (тј. ако та стална пословна јединица сноси трошак исплате ауторске накнаде).

У ситуацијама које нису покривене пореским уговором, чл. 40 ЗПДП прописује обавезу резидентном обвезнику да обрачуна и наплати порез по одбитку од 20% ако исплаћује дивиденде (и уделе у добити правног лица), камате и ауторске накнаде нерезидентним об-

[51] О могућностима за превазилажење проблема двојног извора, упор. J. F. Avery Jones *et al.*, „Tax Treaty Problems Relating to Source“, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, March 1998, 80–84.

везницима пореза на добит предузећа, чиме индиректно дефинише да је извор ових прихода у земљи исплатиочевог резидентства. Чл. 99, ст. 1, тач. 2 и 3 ЗПДГ прописује обавезу обрачуна и плаћања пореза по одбитку на ове приходе када је прималац нерезидентно физичко лице. За разлику од ЗПДП, који пропушта да обавеже сталну пословну јединицу нерезидентног обвезника, лоцирану у Србији, да обрачунава и плаћа порез по одбитку када исплаћује дивиденде, камате или ауторске накнаде нерезидентним обвезницима *пореза на добит предузећа*, у чл. 99, ст. 2 ЗПДГ је изричито предвиђено да овој обавези подлеже и стална пословна јединица нерезидентног правног лица кад год исплаћује ове приходе нерезидентним *физичким лицима*.

4.3. Капитални добици

У пореским уговорима извор капиталних добитака диверзификован је у зависности од врсте средства чијим се диспонирањем уз накнаду остварује: (1) добици од продаје пословне имовине (састављене од покретних ствари, укључујући бестелесне ствари) везују се за сталну пословну јединицу којој се добитак приписује; (2) добици од продаје непокретности, укључујући добитке остварене отуђењем акција или удела чијих је више од 50% вредности непосредно или посредно изведено из непокретности – за државу уговорницу у којој је непокретност лоцирана; (3) добици од продаје ваздухоплова и бродова који послују у међународном ваздушном саобраћају, међународном поморском саобраћају, односно на унутрашњим пловним путевима – за државу уговорницу у којој се налази седиште стварне управе предузећа, тј. за земљу резидентства привредног друштва које обавља овакав саобраћај; (4) добици од продаје остале имовине (на пример, акција чијих је не више од 50% вредности непосредно или посредно изведено из непокретности или обвезница) – за државу резидентства лица које остварује капитални добитак.

У ситуацијама када не постоји порески уговор, национална пореска законодавства поступају различито, мада се ретко срећу експлицитна правила о извору капиталних добитака. Могуће је, отуда, прибећи општој формулацији, као што је то случај у канадском праву,[52] или користити индиректне начине за закључивање о томе какво

[52] Нерезиденти подлежу опорезивању капиталних добитака од располагања „опорезивом канадском имовином". Закон затим прецизира да се ради о непокретностима лоцираним у Канади, капиталним средствима која се користе за обављање пословања у Канади, акцијама у резидентној компанији, инвестиционој јединици у резидентном трасту и др. Упор. A. Easson, 498.

је правило о извору. У оквиру другог приступа, чл. 40, ст. 1 ЗПДП садржи општу одредбу којом је предвиђено да се на приходе које оствари нерезидентни обвезник од резидентног обвезника по основу капиталних добитака обрачунава и плаћа порез по одбитку по стопи од 20%, ако међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено. У оваквом контексту и резидентни купац (лице које треба да обрачуна и наплати порез по одбитку) и нерезидентни продавац (лице које је остварило капитални добитак) јесу правна лица, а за капитални добитак може се сматрати да има извор у Србији ако је *купац* њен резидент,[53] уз ограничење, засновано на практичним разлозима, да се ово правило не примењује када нерезидент продаје акције или уделе у нерезидентном привредном друштву резиденту Србије. Норма о порезу по одбитку на капитални добитак од продаје хартија од вредности[54] је често неспроводива, јер порески дужник за *порез по одбитку* (купац, на пример, акција на берзи) у начелу не може знати ко је продавац – нерезидентно лице које остварује капитални добитак, нити колика је била набавна цена акција.

У ситуацији када је нерезидентни продавац (остварилац капиталног добитка) физичко лице, примењује се ЗПДГ, који не садржи норму о порезу по одбитку. Такав нерезидентни порески обвезник био би дужан да поднесе пореску пријаву за порез на доходак грађана на капиталне добитке, а индиректно можемо закључити да ће се сматрати да у Србији извор имају капитални добици остварени продајом: (1) непокретности која се налази на њеној територији; (2) права интелектуалне својине регистрованих код надлежног органа у Србији; (3) акција и удела у правном лицу – резиденту Србије; (4) осталих хартија од вредности (осим дужничких хартија од вредности) чији је издавалац резидент Србије; (5) инвестиционе јединице, односно акумулисаних средстава са рачуна члана добровољног пензијског фонда, основаног према прописима Србије;[55] (6) инвестиционе јединице откупљене од стране отвореног инвестиционог фонда, којим управља привредно друштво – резидент Србије.

---

[53] Ако нерезидентно правно лице прода непокретност лоцирану у Србији другом нерезидентном правном лицу, не ради се о „приходу који остварује нерезидентни обвезник (продавац, прим. *Д. П.* и *Г. И. – П.*) од резидентног обвезника (купца, прим. *Д. П.* и *Г. И. – П.*)“, јер је купац такође нерезидент. Тако ће, парадоксално, извор капиталног добитка од продаје непокретности која се налази на територији Србије испасти ван територије Србије.

[54] Основицу пореза на капитални добитак представља *разлика* између продајне цене имовине и њене набавне цене.

[55] Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

4.4. Приходи од непокретности

Приходи од закупа непокретности, као и приходи од пољопривреде и шумарства и накнаде за коришћење минералних сировина стандардно имају извор у земљи где се непокретност (земљиште, грађевински објекат, рудник и сл.) налази. У пракси се на овом терену не појављују отворена питања, јер је принцип *lex rei site* уграђен у чл. 4, ст. 1. Закона о порезима на имовину,[56] па се системским тумачењем преноси у домен пореза на доходак, односно добит. Тај принцип је експлицитно формулисан и у чл. 6. Модел-конвенције *OECD* и у одговарајућем члану пореских уговора који обавезују Србију.

4.5. Зараде

За доходак из радног односа се у чл. 15 Модел-конвенције *OECD* узима да има извор у земљи у којој је рад извршен, при чему се поставља праг у виду дужине присуства запосленог у земљи у којој врши рад (праћен одређеним допунским, кумулативно постављеним, условима) да би та земља могла применити своју пореску јурисдикцију у односу на зараду. У пореским уговорима који обавезују Србију прописано је да земља резидентства запосленог задржава право да опорезује његову зараду: (1) ако је у земљи у којој је рад вршен боравио у периоду или периодима који укупно не прелазе 183 дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години;[57] (2) ако се примања исплаћују од стране или у име послодавца који није резидент земље у којој се рад врши; и (3) ако примања не падају на терет сталне пословне јединице коју послодавац има у држави у којој се рад врши. Уколико, међутим, макар један од ових услова није испуњен, земља у којој је рад вршен моћи ће да следи правило о извору и да опорезује зараду запосленог за тај рад.

У ситуацијама када не постоји порески уговор, поједина национална законодавства примењују правило о извору зараде у складу са решењем из чл. 15 Модел-конвенције *OECD*, али се праг у погледу дужине боравка често поставља ниже (на пример, на 30, 60 или 90 дана[58]). Из практичних разлога додаје му се и услов у погледу минималног новчаног износа, да би се избегло администрирање пореза на преписка примања.

У српском пореском праву извор зараде није прописан, тако да се у ситуацијама када не постоји порески уговор отвара простор за арбитрарност у поступању пореских органа. Тако је Министарство

[56] *Службени гласник РС*, бр. 26/01, 45/02, 80/02, 135/04, 61/07.

[57] У неколико пореских уговора референтни период је дефинисан као „односна пореска година", „две узастопне године", или „12 месеци".

[58] R. J. Vann, 744.

финансија заузело став да нерезидентно физичко лице које ради у Србији, али уговор о раду има с иностраним послодавцем, који га је ставио на располагање својој филијали – резиденту Србије, не остварује зараду у Србији, него „други приход“ из чл. 85 ЗПДГ.[59] Тиме је извор зараде везан за место где се налази послодавац, што је у супротности не само са решењем из Модел-конвенције *OECD*, него и са солуцијама које се срећу у највећем броју упоредних законодавстава. Квалификујући примање које је ово лице остварило у Србији као „други приход“, Министарство финансија је омогућило да се, уколико би се радило о ситуацији у којој постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, такав приход у Србији уопште не опорезује (јер, у складу са чл. 21 Модел-конвенције *OECD*, право опорезивања „другог дохотка“ припада искључиво земљи примаочевог резидентства). Мишљења смо да би *de lege ferenda* у ЗПДГ требало уградити правила о извору, која би, када се ради о зарадама, поред афирмисања принципа да право опорезивања припада држави на чијој је територији рад извршен, могла да поставе два *de minimis* услова, који би искључивали пореску јурисдикцију Србије: за краткотрајне боравке (на пример, краће од 30 дана) и за ниска примања (на пример, испод пет просечних месечних зарада).

Dejan Popović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Gordana Ilić – Popov, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

DETERMINATION OF THE SOURCE OF INCOME IN THE TAX LAW

Summary

Technically, the term „source“ is used in the tax law to denominate the territory in which an objective fact, representing a chargeable event (income, capital or transaction) is located. While residence triggers off unlimited tax liability, source implies application of the territorial princi-

[59] Упор. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414–00–107/2006–4, од 23. новембра 2006. године.

ple. Source rules have two distinct roles: (1) to define the boundary between the incomes of a non-resident person that is and that is not subject to domestic taxation („inbound" role); and (2) to regulate the foreign tax credit („outbound" role). The authors focus on the „inbound" role of the source rules, and they point out that the most important tax policy factor which lies behind the source rules is the taxpayer's factual and economic nexus with the given type of income. Other considerations, such as easiness of administration of the tax, also enter into the analysis.

Many countries do not have elaborate source rules, relying on a well-developed body of practice as to the detailed application of the general principle, as well as on the extensive network of tax treaties in place, containing explicit and implicit source rules for virtually all types of income. Since Serbia's tax treaty network is rather limited and relevant judicial cases practically non-existent, the authors carefully elaborate tax treaty provisions and certain indications in domestic legislation, in order to define guidelines for the determination of the source for various types of income It is their conclusion that active income should be sourced according to the taxpayer's place of activity, while passive income should be sourced by the place of activity of the company paying dividends, interest and royalties.

Keywords: *Source. – Active income. – Passive income. – Tax treaty. – Permanent establishment.*

УДК 339.96

Др Борис Беговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
председник Центра за либерално-демократске студије

ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ СТРАНЕ ПОМОЋИ

Циљ рада је да истражи релације између стране помоћи и квалитета институција земаља које примају ту помоћ, као и да установи смер узрочно-последичне везе. Показало се да не постоји готово никакав утицај институција на обим стране помоћи. Истраживање три основне потенцијалне погодности стране помоћ на плану унапређења институција земаља прималаца помоћи – (1) обезбеђивање ресурса који су потребни за институционалну изградњу; (2) увећавање, пренос и ширење одговарајућих знања; и (3) стварање подстицаја властима да граде институције – показало је да постоје бројни фактори који ублажавају овакво дејство стране помоћи. Показало се да постоји неколико канала којима страна помоћ доводи до погоршања институционалног оквира у земљама које је примају: (1) успостављање лоших институционална решења услед дисторзије одговорности државних власти; (2) утицај на погоршање владавине; и (3) истискивање ресурса из области институционалне изградње. Овим налазом се отвара се пут за објашњење парадоксалне ситуације да огромна страна помоћ која је додељена најсиромашнијим земљама, услед погоршања институционалног оквира, није дала очекиване резултате у погледу привредног раста.

Кључне речи: *Страна помоћ.– Институционални оквир.– Привредни раст.– Владавина.– Истискивање ресурса.*

1. УВОД

Неспорна је чињеница да је у неколико последњих деценија забележен фасцинантан привредни раст у свету. Многи људи у земљама у развоју нису више сиромашни. Ипак, око милијарду људи, који живе у шездесетак земаља, нису окусили плодове привредног

раста – још увек живе у дубоком сиромаштву.[1] Истовремено, управо су те земље примиле издашну страну помоћ, која је, бар како тврде они који су је давали, требало да омогући њихов привредни раст, односно излазак из сиромаштва.

На пример, у последње четири деценије развијене земље доделиле су око 570 милијарди америчких долара стране помоћи афричким земљама, а управо те земље чине највећи део поменутих најсиромашнијих земаља и њихова просечна стопа привредног раста током наведеног периода била је блиска нули.[2] Очигледно је да досадашњи начин додељивања стране помоћи, нарочито најсиромашнијим земљама, није дао очекиване резултате: није остварен одрживи привредни раст, већ, понекад, само краткотрајне епизоде раста, сиромаштво је учвршћено у тим земљама и оне још увек нису кренуле на пут ка просперитету. Извесно је да се велика очекивања у погледу стране помоћи нису испунила, па се отвара веома озбиљно питање због чега страна помоћ није дала очекиване резултате на плану привредног раста. Без уверљивих одговора на ово питање не може се приступити делотворној реформи система стране помоћи, а још мање се могу подржати гласни захтеви за драматичним увећањем те помоћи, која ће довести до „краја сиромаштва".[3]

Једна од могућности за тражење неуспеха стране помоћи јесте разматрање институционалних аспеката те помоћи, односно сагледавање релација у троуглу институције – страна помоћ – привредни раст. Основа за овакав приступ лежи у све већем броју истраживања која показују да су одговарајуће институције кључни предуслов одрживог привредног раста, односно елиминације сиромаштва. Отуда се и неокласична теорија привредног раста, која је доминирала теоријом раста све до краја XX века, све више посматра искључиво као „опис механике привредног раста", док се под теоријом раста све више подразумева релација између одговарајућих институција и привредног раста – фундаментални фактор привредног раста се сагледава у добрим институција.[4] Под добрим институцијама се подразумевају оне које стварају подстицаје појединцима да увећају сопствену економску ефикасност, односно да доносе оне одлуке у погледу

[1] P. Collier, *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries Are Failing and What Can Be Done About It*, New York 2007, 16–24.

[2] W. Easterly, „Was Development Assistance a Mistake?", *American Economic Review* 97/2007, 329.

[3] J. Sachs, *The End of Poverty: How We Can Make It Happen in Our Lifetime*, London 2005, 36–67.

[4] D. Acemoglu *et al.*, Institution as Fundamental Cause of Long Run Growth, (eds. P. Aghion, S. Durlauf), *Handbook of Economic Growth, Volume 1A*, Amsterdam 2005, 388–396.

штедње, инвестирања и избора инвестиција које поспешују привредни раст и максимизују његову стопу.

Чак и у пословично дисонантним тоновима који се могу чути у расправи у оквиру савремене теорије привредног раста, постоји пуна сагласност о томе да оне институције које штите приватна својинска права (у економској литератури се то поистовећује са „владавином права“),[5] подстичу уговорене стране да извршавају своје уговорне обавезе и које умањују неизвесност са којом се суочавају привредни субјекти представљају предуслове дугорочног, одрживог привредног раста. И емпиријски се показало да земље које имају описане институције бележе високе стопе привредног раста, односно да су достигле високе нивое развијености и створили богато друштво, док је супротан случај са земљама којима такве институције недостају.[6] Другим речима, квалитетне институције стварају подстицаје свим привредним субјектима да се понашају тако да увећавају економску ефикасност, односно убрзавају привредни раст. Домаћинства штеде уколико су њихови штедни улози безбедни од експропријације, било инфлацијом, било арбитрарним одлукама власти, или пљачкашким потезима привредних субјеката из приватног сектора, који нису спутани одговарајућим институцијама. Предузетници инвестирају уколико су заштићена њихова својинска права и уколико је мали ризик државне интервенције која ће им одузети већ стечена својина и друга права. Произвођачи ефикасно производе уколико постоји неспутана конкуренција на тржишту, која ствара снажан притисак на сваког произвођача и подстиче га да контролише сопствене трошкове. Све то доводи до увећања нивоа економске активности, повећања економске ефикасности и убрзања привредног раста – расте богатство и долази просперитет.

Сходно томе, поставља се питање какве су релације између стране помоћи, с једне стране, и институционалног оквира земље која прима страну помоћ, с друге. Уколико се покаже да страна помоћ обара квалитет институционалног оквира земље која прима помоћ, отвара се пут за објашњење парадоксалне ситуације да огромна страна помоћ која је додељена најсиромашнијим земљама није дала очекиване резултате у погледу привредног раста. Она је, штавише, довела до обарања квалитета институционалног оквира тих земаља,

[5] Под својинским правима у овом тексту подразумева се својина и сва друга заштићена чисто имовинска права попут: стварних права, потраживања, интелектуалних права, права индустријске својине, итд. Овако поимање својинских права блиско је концепцији својине у англосаксонском праву.

[6] Најзначајније емпиријско истраживање на том плану објавио је R. Barro, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, Cambridge Mass. 1998.

или бар није довела до његовог побољшања, па неодговарајући институционални оквир не дозвољава да се успостави одрживи привредни раст.

Због тога је циљ овог рада да истражи релације између стране помоћи, с једне стране, и квалитета институција земаља које примају ту помоћ, с друге. При томе је потребно установити и смер узрочно-последичне везе: да ли квалитет институција утиче на обим стране помоћи или обим стране помоћи утиче на квалитет институција у земљама које примају ту помоћ? Добијање недвосмисленог одговара на наведена питања омогућава да се донесе закључак у погледу институционалног објашњења емпиријски забележене неделотворности стране помоћи у односу на привредни раст земаља које је примају.

Пре него што се приступи истраживању наведених релација, потребно је дефинисати основне категорије. Страна помоћ представља бесповратна давања (трансфере) и све зајмове који су додељени под концесионалним условима, тј. условима који су повољнији од оних које би се добили на тржишту капитала. Другим речима, концесионални зајмови имају компоненту бесповратног давања, понекад као део главнице који се не враћа, а понекад као каматну стопу која је испод тржишне. Зајмови који имају компоненту бесповратних давања се обрачунавају као страна помоћ само у оној мери у којој садрже та давања. Комерцијално позајмљена средства, односно средства позајмљена на међународном тржишту капитала, дакле средства позајмљена под тржишним условима, не убрајају се у страну помоћ.[7] Такође, под страном помоћи у овом раду подразумева се искључиво тзв. развојна помоћ, без обзира да ли су трансфери монетарни или реални (трансфери добара или услуга), а не други облици стране помоћи.[8]

---

[7] Највећи део стране помоћи се односи на помоћ коју дају државе, државне агенције у име тих држава, као и на међународне финансијске институције којима, преко својих представника, управљају те државе. Због тога се страна помоћ понекад, погрешно, поистовећује са званичном помоћи за развој (*Official Development Assistance, ODA*). Поред државе, помоћ даје и приватни, непрофитни, односно добротворни сектор. Иако постоје знатне разлике између односа државне (званичне) и приватне стране помоћи, у свим земљама донаторима укупни износ државне помоћи је знатно већи од износа приватне. Упоредна анализа структуре помоћи за 19 земаља највећих донатора, показује да се у 1998. години највеће учешће дате приватне стране помоћи бележе САД у којима је државна страна помоћ за 3,29 пута већа од приватне, док у случају Француске, приватна страна помоћ практично и не постоји. Са државном помоћи која је скоро 80 пута већа од приватне Финска је земља да највећим односом те врсте. Више о томе в. В. Begović *et al.*, *From Poverity to Prosperity: Free Market Based Solutions*, Belgrade 2008, 84.

[8] Насупрот развојној помоћи, чији прокламовани циљ дугорочан (дугорочно увећање нивоа развијености земље примаоца помоћи и елиминација, односно смањење сиромаштва у тој земљи), постоји и хуманитарна помоћ чији је циљ

Под институцијама се у овом раду подразумевају „правила игре у посматраном друштву, или, нешто више формално, вештачки створене ограничења понашању појединаца намењена обликовању односа између људи“.[9] Инвестиције стварају подстицаје људима да успостављају контакте и размену са другима, „без обзира да ли се ради о економским, политичким или друштвеним контактима, односно размени“. Овакво широко дефинисање институција омогућава да анализом буду обухваћене и економске и политичке институције. Показало се да политичке институције имају доминацију над економским, будући да „политичка правила игре“ дефинишу процес у коме се доносе економска правила игре. Надаље, овако широка дефиниција институција омогућава да се у њу укључе и установе у ужем смислу речи – она тела, односно организације које се баве формулисањем и спровођењем правила игре, као и она правила игре која се називају државне политике, без обзира у којој су области, мада су за наше разматрање најзначајније државне економске политике.[10] Укључивањем установа и државних политика у категорију институција избегавају се неспоразуми који се на овом плану могу јавити.[11]

2. УТИЦАЈ ИНСТИТУЦИЈА НА СТРАНУ ПОМОЋ

Да ли институције у земљама које примају помоћ утичу на износ те помоћи? Да ли одређени институционални аранжмани подстичу земље донаторе да дају средства управо земљама у којима се налазе ти институционални аранжмани, а не неки други? Да би се одговорило на ово питање потребно је претходно одговорити на сле-

краткорочно умањење патњи људи, без обзира како су те патње изазване (ратови, природне катастрофе, односно непогоде итд.).

[9] D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance: Political Economy of Institutions and Decisions*, Cambrdge 1990, 7. У економској анализи је уобичајено овако поимање категорије институција. То поимање мање-више одговора поимању „норме“ у правом вокабулару.

[10] Државне политике, ипак, представљају бољи израз од буквалног превода „јавне политике“, односно политике јавних власти. Под државним политикама се посматрају фундаменталне политике које су претворене у законе, односно одговарајуће подзаконске акте.

[11] Један од таквих неспоразума може да произађе из чињенице да се понекад под институцијама подразумевају искључиво политичке институције, док се под економским институцијама подразумевају искључиво државне економске политике. То је и довело до налаза да привредни раст не зависи од институција, већ искључиво од економских политика. Ипак, аутори нису одговори на питање да ли одређење политичке институције имају више склоности ка неким економским политикама. Више о томе видети у E. Glaeser *et al*.,“ Do Institutions Cause Growth?“, *Journal of Economic Growth* 9/2004, 271–303.

ђење: због чега донатори дају страну помоћ? Шта мотивише богате државе и друге донаторе на тако нешто? Који фактори утичу на њихове одлуке?

Свеобухватна анализа тих фактора показала је да пресудни елементи стране помоћи леже, пре свега, на стани понуде те помоћи и то у политичким и стратешким разматрањима земаља донатора, а далеко мање на страни тражње, посматрано, на пример, кроз институционалне аранжмане који постоје у земљама које примају помоћ.[12] На пример, бивше колонијалне силе упућују највећи део своје помоћи у земље које су некада биле њихове колоније и са којима одржавају блиске политичке и културне везе – 57% француске помоћи у периоду од 1970. до 1994. године отишло је у бивше француске колоније. Надаље, помоћ се усмерава ка земљама с којима је успостављано политичко стратешко парнтерство и заједничко деловање, попут, на пример, истоветног гласања у међународним институцијама.[13] Примећује се, такође, да демократизација неке земље може да доведе до повећања стране помоћи која та земља добија, мада је то повећање најчешће једнократно, непосредно после демократизације, али се не показује да донатори реагују на промене државних политика тих земаља.[14]

Са становишта разумевања понашања донатора, односно разумевање фактора који утичу на њихово понашање, веома је значајно истраживање односа стране помоћи и корупције: да ли корумпиране владе (земље) добијају мање стране помоћи? Истраживања су показала да не постоји ни теоријска основа, ни емпиријска регуларност да корумпирање земље добијању мање стране помоћи – то јест, институције не утичу на ниво стране помоћи.[15] Само неки донатори, пре свих скандинавске земље, воде рачуна о степену корумпираности

---

[12] A. Allesina, D. Dollar, „Who Gives Foreign Aid to Whom and Why?“, *Journal of Economic Growth* 5/2000, 33–63.

[13] Емпиријска истраживања су показала да државна помоћ САД статистички значајно расте уколико је земља прималац члан Савета безбедности УН. Очигледно је да пружање ове врсте помоћи представља механизам којим се обезбеђују повољни, са становишта америчке глобалне политике, исходи гласања у Савету безбедности. Место у Савету безбедности, према налазима овог рада, доноси повећање од 59% укупне америчке државне помоћи (економска и војна помоћ заједно). Више о томе в. I. Kuzienko, E. Werker, „How Much Is a Seat on the Security Council Worth? Foreign Aid and Bribery at the United Nations“, *Journal of Political Economy* 114/2006, 905–930.

[14] C. Brunside, D. Dollar, „Aid, Policies and Growth“, *American Economic Review* 90/2000, 847–784.

[15] A. Alesina, B. Wader, „Do Corrupt Governments Receive Less Foreign Aid?“, *American Economic Review* 92/2002, 1126–1137.

владе земље примаоца, тако да мање корумпиране земље добијају већу скандинавску помоћ.

Дакле, очигледно је да не постоји готово никакав утицај институција на обим стране помоћи. Стога истраживање треба усредсредити на испитивање утицаја стране помоћи на институције земаља које је примају.

3. УТИЦАЈ СТРАНЕ ПОМОЋИ НА ИНСТИТУЦИЈЕ

Истраживање утицаја стране помоћи на институције у земљама које је примају може се организовати око две супротстављене хипотезе. Прва је да страна помоћ доводи до унапређења институција у земљи која је прима. Уколико се ова хипотеза потврди, будући да је неспорно да институције омогућавају и поспешују привредни раст, утицај стране помоћи на институције не може да објасни неуспех стране помоћи у поспешивању привредног раста, односно то објашњење треба да се тражи у неким другим ефектима стране помоћи.[16]

3.1. Страна помоћ и унапређење институционалног оквира

Теоријски посматрано, постоје три основне потенцијалне погодности стране помоћ на плану унапређења институција земаља прималаца помоћи: (1) обезбеђивање ресурса који су потребни за институционалну изградњу; (2) увећавање, пренос и ширење одговарајућих знања, односно обавештавање јавности; и (3) стварање подстицаја властима да примењују реформе и граде институције.[17]

Што се прве потенцијалне погодности тиче, извесно је да многе сиромашне земље не располажу са довољно средстава у својим буџетима за финансирање унапређења институција и институционалне изградње, а додатни порези би или угрозили привредне активности, или, услед слабости пореске администрације, не би ни довели до повећања буџетског прихода. У том смислу, обезбеђивање ресурса заиста може да буде потенцијална погодност, али се, међутим, показало да додатни приливи у буџет пореклом из стране помоћи, веома често одлазе у потрошњу и то потрошњу оних који су блиски властима – политиче елите сиромашних земаља. Надаље, уколико страна

[16] На пример, у макроекономским ефектима, попут тзв. „холандске болести“, која доводи до раста курса домаће валуте и услед тога до опадања конкурентности домаће привреде и непожељне промене њене структуре. Више о томе в. В. Begović *et al.*, 2008 и P. Collier, 2007.

[17] D. Coviello, R. Islam, „Does Aid Help Improve Institutions?“, *World Bank Policy Research Working Paper WPS 3990*, Washington 2006.

помоћ финансира институционалну изградњу, онда власти за своје активности на том плану рачуне полажу страним донаторима, а не својим бирачима или, макар, домаћим интересним групама. Стога се поставља питање мотива донатора, односно да ли су донатори суштински заинтересовани за изградњу институција и да ли су у позицији да делотворно казне оног који је направио пропуст на том плану.[18]

Друга потенцијална погодност стране помоћи односи се на увећавање, пренос и ширење одговарајућих знања, односно на обавештавање јавности у погледу изградње институција. Ова погодности је неспорна, више знања и информација може само да користи, независно од тога у којој је мери недостатак знања заиста препрека стварању добрих институција. Постоје, међутим, два битна ограничења ове погодности. Прво, мали је број донатора у позицији да понуди систематизована, одговарајућа знања на овом плану – то су, пре свега, међународне финансијске институције и њихови истраживачки институти. Друго, поједини донатори, који могу да одиграју улогу обавештавања јавности, често ту јавност занемарују и ограничавају се на послове које обављају са владом земље примаоца помоћи. На тај начин, донатори постају својеврсни „таоци" владе, без изграђених позиција у (цивилном) друштву.

Трећа потенцијална погодност стране помоћи је најконтроверзнија. Да ли страна помоћ може да створи подстицаје властима сиромашних земаља да започну, односно да спроведу институционалну реформу? Ово питање се, практично, своди на питање условљавања помоћи као покретачког механизма реформе. А ту се додатно постављају два питања. Прво је о мотивима донатора: због чега би донатор условљавао страну помоћ реформама у земљи? Друго је о делотворност условљавања: да ли такво условљавање има неког ефекта на институционалне реформе у једној земљи?

Што се мотива донатора тиче, условљавање реформама није приоритет. Далеко су популарнија два друга условљавања. Прво је политичко, у коме се експлицитно или имплицитно од земље тражи спровођење одређене политике, на пример, подршка земљи донатору у акцијама које немају ништа заједничко са земљом примаоцем помоћи. Мотиви за условљавање ове врсте налазе се у стратешким размишљањима земаља донатора и максимизацији стратешке политичке користи до које се може доћи пласирањем стране помоћи. Друго је условљавање да се део помоћи прими у натури и то из земље донатора. У случају, на пример, техничке помоћи, ради се о ангажовању консултантских кућа из земаља донатора, које најчешће шире идеје које доминирају управо у тој земљи. Мотиви за оваква условљавања

[18] В. ниже, политике условљавања.

налазе се у још увек распрострањеној кејнзијанској филозофији економских политика развијених земаља да је јавном потрошњом потребно увећавати тражњу и на тај начин повећавати домаћу производњу и запосленост.

Тиме се реформско условљавање практично своди на условљавање од стране међународних финансијских институција – једино оне могу да имају неке мотиве ове врсте.[19] Још једино те институције верују у одређене економске политике, попут Вашингтонског консензуса, или у потребу умањивања трошкова које сносе предузетници (*Doing Business*). Надаље, међународне финансијске институције, поред помоћи у виду средстава, нуде и техничку помоћ, односно преношење знања у реформа, како реформама економских политика, тако и у изградњи институција. Но, отворено је питање ефеката реформског условљавања: да ли је оно делотворно? Да ли, уколико не постоје домаћи подстицаји за реформе економских политика и институционалне реформе, то подстицаје може успешно да замени политика условљавања.

Показало се да су наведена условљавања делотворна онда када практично нису ни потребна – у ситуацијама у којима постоје владе које су чврсто привржене реформама. Тада условљавања стране помоћи могу да буду корисна у смислу тактика које ће се применити, односно начина на који ће се реформске владе супротстављати антиреформским групама и њиховим активностима. Са становишта политичке тактике понекад се исплати одговорност за поједине реформске потезе у јавности пребацити на међународне финансијске институције. Такође, уколико дође до краткорочног „умора од реформе“, условљавање може да доведе до промошћавања проблема. Међутим, то може да доведе само до краткорочног помака. Уколико на дуги рок посматрано недостаје реформски потенцијал, њега условљавање не може надоместити. Онда ће домаћа влада само тражити начин како да изигра то условљавање.[20]

---

[19] Ово, наравно, не значи да земље које имају велики број гласова у међународним финансијским институцијама, не могу да злоупотребљавају гласања у Борду директора за своје политичке, односно стратешке циљеве.

[20] Током 15 година власти Кеније су четири пута заредом и наново „продавале“ Светској банци реформу пољопривреде. Сваки пут је банка условљавала ослобађање средстава одговарајућим променама законодавства, односно државних политика у пољопривреди. Сваки пут, пошто су средства ослобођења и пошто је реализована страна помоћ, влада кеније је поништавала реформу која је била услов за ослобађање средстава. Очигледно је да онај који није решен да спроведе реформу увек може да пронађе начин да изигра реформско условљавање стране помоћи. Више о томе видети у: W. Easterly, *The White Man Burden*: *Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done so Much Ill and so Little Good*, Oxford 2006, 248–249.

Још један разлог за неделотворност условљавања јесте чињеница да званичници међународних финансијских институција, једних донатора који су заиста у позицији да реформи условљавају помоћ, постају својеврсни таоци власти земље примаоца помоћи. Без сарадње с тим властима нема новог пројекта, а особље, на пример, Светске банке, бива награђено тек уколико је пројекат одобрен. Није битно да ли је тај пројекат одржив и који су његови ефекти, једино је битно да је пројекат одобрен.[21] Страна помоћ се мери трансфером средстава, а не резултатима који су постигнути. Због тога ће особље бити спремно да „прогледа кроз прсте" властима које и нису баш делотворне у спровођењу институционалне реформе.

Коначно, изградње институција под утицајем стране помоћи носи још један проблем. Институције, начелно посматрано, настају на два начина. Један је онај који долази одоздо, на основу конкуренције различитих институција, при којој супериорне институције замењују инфериорне.[22] Ово је спор, дугорочан процес, који се заснива на децентрализованим иницијативама и методу покушаја и грешке, а цео процес спроводе својеврсни институционални предузетници. Условљавање стране помоћи не може да побољша или убрза овај процес, будући да је он, по самој својој дефиницији, аутохтон.

Други начин изградње институција је њихова трансплантација, односно преношење из једне средине у другу. Иако се, на први поглед, уз трансплантацију везује неуспех, односно мала вероватноћа успеха, трансплантација може да буде значајан део успешне институционалне изградње. Она не може да замени поменуту институционалну изградњу одоздо на горе, али институције створене у другим земљама могу да уђу у конкуренцију за избор најефикаснијих институција. У том смислу, условљавање институционалне изградње успостављањем одређене врсте институција може да има неке користи, једино уколико се прихвати да су те институције само једна опција у институционалној изградњи и да оне треба, заједно са другим, алтернативним институцијама, да издрже тест времена, односно конкуренције. Уколико се то не догоди, онда ће земљама којима је наметнут одређени институционални аранжман да тај аранжман само формално прихвате, да донесу одређено законодавство, али га онда оно једноставно неће спроводити.

Овим су изнесени разлози због којих страна помоћ може да доведе до побољшања институционалног оквира, али и фактори који ублажавају, односно анулирају то дејство. Но, поставља се питање да

[21] M. Shirley, „Can Aid Reform Institutions", *A Working Paper prepared for the Stanford Center for International Development*, Stanford 2004.

[22] D. North, 47 и даље.

ли постоје фактори због којих страна помоћ доводи до погоршања економских и политичких институција у земљама које примају помоћ. Уколико они постоје, отворено је питање карактера, односно смера утицаја стране помоћи на квалитет институција, то јест питање који од наведених фактора претеже, па је стога неизвесно какав ће да буде коначан исход (резултанта) њиховог деловања. Другим речима, може се претпоставити да страна помоћ доводи до погоршања државних политика и институција у земљи која је прималац помоћи. Стога треба испитати и ту могућност.

3.2. Страна помоћ и погоршање институционалног оквира

Постоји неколико потенцијалних канала којима страна помоћ може да доведе до погоршања институционалног оквира у земљама које је примају. То су: (1) успостављање лоших институционална решења услед дисторзије одговорности државних власти; (2) утицај на погоршање владавине; (3) истискивање ресурса из области институционалне изградње.

Основна дисторзија одговорности произлази из тога што се умањује одговорност оних који доносе кључне одлуке у погледу институционалне изградње и избора институција, будући да они полажу рачуне страним донаторима, односно владама других земаља, а не домаћој политичкој бази. На пример, показало се да страна помоћ доводи до умањења економских слобода, односно до слабљења реформи усмених ка успостављању слободног тржишта.[23] Међутим, остаје нејасно који механизам доводи до овакве узрочно-последичне везе. Једна могућност јесте да условљавање иде у таквом правцу да страни донатори инсистирају на онаквим институционалним решењима којима се умањују економске слободе. Но, не постоје емпиријска потврда овакве тезе. Друга могућност јесте да страна помоћ умањује подстицаје домаћим властима да приступе реформама које ће довести до оних државних политика којима се увећавају економске слободе. Једноставно, уколико се велики део буџета пуни на основу стране помоћи, власти нису одговорне домаћој јавности којој би, начелно посматрано, у интересу била економска либерализација, повећање економске ефикасности и убрзани привреди раст, па тиме и раст пореске основице. Стога и политика финансирања структурног прилагођавања, веома дуго популарна у међународним финансијс-

[23] J. Heckelman, S.Knack, „Foreign Aid and Market-Liberalizing Reforms“, *World Bank Policy Reasearch Working Paper* 3557, 2005; A. Dreher, S. M. Rupprecht, „IMF Programs and Reforms – Inhibition or Encourgement“, *Economic Letters* 95/2007.

ким институцијама, може да има негативна дејства на плану институционалне реформе. Замишљена као буџетска подршка влади која би омогућила да се компензују они који губе оваквом реформом, ова врста помоћи може да уклони сваки подстицај властима да приступе било каквој институционалној реформи.

Штавише, будући да страна помоћ у највећем броју случајева доспева до владе сиромашне земље, она неминовно доводи до етатизације привреде, политизације привредног живота, јачање улоге државе и њеног интервенционизма заснованог на арбитрарним одлукама.[24] Емпиријски се показало да страна помоћ доводи до повећања величине владе, мерено релативним обимом јавне потрошње (у односу на бруто домаћи производ).[25] При томе се показало да не постоји разлика у ефектима стране помоћи у случају либерално-демократских и репресивних режима – и у једном и у другом случају су се појавили исти ефекти. Уместо да се држава бави својим пословима пружања основних јавних добара (владавина права и стварања основних предуслова свим приватним инвеститорима и предузетницима за пословне активности), све се више баве прерасподелом стране помоћи, што погоршава карактер институционалног оквира. Мењају се институције, тј. правила игре – расте држава и њено (контрапродуктивно) уплитање у привреду.

Утицај стране помоћи на погоршање владавине може се објаснити тиме што сама страна помоћ, нарочито она у форми буџетске подршке, појачава интензитет трагања за рентом и других редистрибутивних активности, укључујући и корупцију, будући да се појачава сукоб око пристиглих ресурса.[26] Уколико се већи део буџетских расхода финансира из страних извора, онда они који доносе одлуке о расподели тих средстава нису одговорни својим бирачима, односно својим пореским обвезницима, па и не реагују на притисак који они стварају – њихова политичка база налази се ван земље.[27]

---

[24] P. Bauer, *The Development Frontier*, Englewood Cliffs 1991.

[25] P. Boone, „Politics and the Effectiveness of Foreign Aid“, *European Economic Review* 40/1996, 289–329.

[26] Трагање за рентом сачињавају активности којима се не ствара вредност, већ се она искључиво прерасподељује. Више о овом аспекту погоршања владавине в. у S. Knack, „Aid Dependence and the Quality of Governance: Cross-County Empirical Tests“, *Southern Economic Journal* 68/2001, 310–329.

[27] Штавише, страни донатори се усредсређују на ресурсе које је релативно лако обезбедити, а не на стварање подстицаја за нормално обављање делатности. Иако се дају средства за уџбенике и за плату наставника у основним школама у сиромашним земљама, не решава се проблем одсуства наставника, који подигну своју плату, па онда не долазе на часове: не ствара се систем подстицаја и контроле, односно полагања рачуна, тако да се не успоставља економска ефикасност.

Надаље, показује се да увећање стране помоћи доводи до јачање трагања за рентом и одговарајућих активности политичара на власти како би и се на њој одржали и како би задовољили интересне групе које их одржавају на том месту. У околностима раста стране помоћи слабе подстицаји за стварање институција везаних за владавину права, односно за заштиту приватних својинских права. Напротив, нарушавање приватних својинских права свих осим повлашћених представља циљ владајуће елите, што доводи до опадања квалитета владавине.

Све је више налаза који показују постојање директне везе између стране помоћи и корупције. Теоријски модел стране помоћи као фактора корупције ослања се на већ уочени феномен раста трагања за рентом до кога долази са повећањем стране помоћи.[28] Резултати модела су веома занимљиви. Прво, под одређеним условима, повећање јавних прихода владе услед стране помоћи доводи до смањења, а не повећања понуде јавних добра. Ти услови су везани за бројност и организацију интересних група које учествују у трагању за рентом. Уколико надметање тих група доведе до некооперативне равнотеже, онда ће увећање стране помоћи да доведе до умањења понуде јавног добра, повећања прерасподеле тих средстава ка интересним групама, као и ангажовање ресурса за прибављање тих средстава, односно повећања расипања ренте, па тиме и раста економске неефикасности. Емпиријско истраживање које је спроведено на налазима овог модела показало је постојање статистички значајне оцене параметра уз страну помоћ као фактор корупције – што је већи износ стране помоћи, то је распрострањенија корупција. То је потврђено другим емпиријским истраживањима која су такође показала постојање статистички значајне везе између стране помоћи и корупције. При томе, увећање стране помоћи доводи до раста корупције. Параметар уз међузависну променљиву између стране помоћи и величине владе показује да се гранични ефекат повећања корупције при расту владе повећава са растом стране помоћи.[29]

Страна помоћ има и негативне ефекте на демократизацију земље – велики приходи се сливају у буџет и тиме се стварају подстицаји да се оштром политичком, и не само политичком борбом, обезбеди доминација над тим средствима.[30] Захтеви за демократијом и слободним изборима одбијају се будући да се владајућа елита која

[28] J. Svensson, „Foreign Aid and Rent-Seeking“, *Journal of International Economics* 51/2000, 437–461.

[29] A. Ali, H. Ise, „Determinants of Economic Corruption: A Cross-Country Comparison“, *CATO Journal* 22/2003, 449–466

[30] S. Djankov *et al.*, „Does Foreign Aid Help“, *CATO Journal* 26/2006, 1–28.

ужива све погодности стране помоћи плаши да би побољшање политичког представљања сиромашних могло да довде до прерасподеле те помоћи у њихову корист. Понекад, као што се догодило у Сомалији, страна помоћ (у овом случају, додуше, хуманитарна помоћ у храни) била је један од разлога за започињање грађанског рата, будући да је та борба била, између осталог, борба за контролу над том помоћи у њеној дистрибуцији.[31]

Притисак интересних група у условима снажне стране помоћи доводи и до промене структуре јавне потрошње.[32] Директни трансфери постају све већи и већи, под притиском снажних интересних група које су заинтересоване за прерасподелу, и све мање средстава остаје за пружање јавних добара. У условима релативно малог буџета, без стране помоћи, трошкови колективне акције интересних група су често прохибитивно високи, па стога ни нема притиска на власти. Наиме, интересним групама се исплати да се организују тек када шансе за присвајање средстава из буџета постану високе, а то и омогућава управо страна помоћ која, независно од изворних буџетских прихода, увећава расходну страну буџета.[33]

Чак и да не долази до обарања квалитета владавине, јавља се проблем апсорпционе моћи земље, односно државе да „преради" страну помоћ. Чак и да се сва средства стране помоћи сливају у инвестиције, неразвијене земље немају довољно административних капацитета да се све те инвестиције реализују, а нема ни довољно капацитета да се свим тим инвестицијама добро управља. Тиме се ствара потреба да се ресурси алоцирају у апсорбовање стране помоћи, чиме се ти ресурси, пре свега талентовани и квалификовани људи, истискују из њихових алтернативних намена, попут институционалне реформе и изградње. Ова врста дисторзије до којих доводи страна помоћ, не односи се само на апсорпцију стране помоћи у ужем смислу, већ на свеобухватно истискивање ресурса из области

[31] Више о томе в. M. Maren, *The Road To Hell: The Ravaging Effects of Collaborative Peace-Building in Somalia* 1993–1996, New York 1997, 24–68. Онај који располаже залихама хране у земљи која је, попут Сомалије, доведена на ивицу егзистенције, расподелом те хране може да добије много на плану регрутовања политичких присталица.

[32] J. Svensson, (2000), 451–455.

[33] У литератури је идентификован ефекат „незаситости" (*voracity effect*), који показује да раст понуде стране помоћи, која се потом расподељује међусобном борбом интересних група, доводи до повећања потрошње интересних група и до раста њихових рационалних очекивања у том погледу, што доводи до раста притиска на владу да тражи више помоћи, па тиме и расте тражње за страном помоћи – раст обима стране помоћи ствара подстицаје који доводе до даљег раста те помоћи. Више о томе в. A. Tornell, P. Lane, „The Voracity Effect", *American Economic Journal* 89/1999, 22–46.

институционалне изградње. Страна помоћ доводи до појачавања интензитете трагања за рентом и других редистрибутивних активности, укључујући корупцију, и доводи до реалокације ресурса, пре свега талентованих и школованих људи, у потпуно погрешне намене, извлачећи их из домаће државне службе, односно активности на плану изградње и реформе институција. Тиме се умањује квалитет ресурса алоцираних у институционалну изградњу, што доводи до слабљење домаћих институција,

Ефекат истискивања ресурса из области институционалне реформе везан је и за феномен који се у литератури назива „фрагментација донатора".[34] Наиме, са повећањем износа стране помоћи, расте и број самих донатора. Сваки донатор целокупан посао имплементације помоћи обавља сам за себе, па су му стога потребни знатни административни капацитети у земљи примаоцу стране помоћи. Ти административни капацитети се стварају тако што се на тим пословима упошљава најбоља локална радна снага, она који би се ангажовала у домаћем приватном сектору или у државној администрацији, на пословима институционалне изградње. Другим речима, долази до истискивања овог ресурса из његових постојећих намена и његова реалокација у страни, донаторски сектор. Самим тим се слаби административни капацитет домаћих власти, односно способност осмишљавања и спровођења институционалне реформе и изградње. Штавише, политика плата у донаторском сектору се одређује централизовано, независно од прилика на локалном тржишту радне снаге. Уобичајено је да су наднице у том сектору далеко изнад надница у домећем приватном, односно јавном сектору. Не само да то доводи до већ ученог одлива квалитетног кадра у донаторски сектор, па тиме не само до даљег умањења апсорпционе способности земља примаоца помоћи, већ и до снажних ограничења на плану институционалне реформе и изградње.

4. ЗАКЉУЧАК

Размотрени теоријски и емпиријски налази показали су да очигледно постоје бројни канали којима страна помоћ може да доведе до обарања квалитета институција, односно да онемогући или успори институционалну реформу. Тиме се може објаснити неуспех стране помоћи да обезбеди убрзани привредни раста земљама које је примају. Будући да добре институције представљају предуслов при-

[34] S. Knack, A. Rahman, „Donor Fragmentation and Bureaucratic Quality in Aid Recipient", *Journal of Development Economics* 83/2007, 176–197.

вредног раста, извесно је да погоршање институционалног оквира услед дејства стране помоћи конзистентно објашњава њен неуспех са становишта прокламованих циљева.

Овај налаз се појачава налазима једног од најутицајнијих радова који је показао да страна помоћ доводи до привредног раста само у земљама које имају добре економске политике.[35] Уколико постоје добре економске политике (економске институције), страна помоћ може да поспеши привредни раст, односно да увећање стране помоћи доводи до подизања стопе привредног раста. Међутим, страна помоћ то не може да чини самостално, већ искључиво здружено са добрим економски политикама, односно економским институцијама.

Сама спецификација модела указује да самостално дејство добрих економских политика, односно економских институција, има пресудан значај за привредни раст, независно од износа стране помоћи. Према томе, закључак је да страна помоћ може да доведе до убрзавања привредног раста једино уколико постоји солидна основа за то, отелотворена у добрим економски политикама, односно институцијама. Будући да добре економске институције већ, саме по себи, обезбеђују динамику привреда најсиромашнијих земаља, у оваквим условима, страна помоћ може да доведе до додатног убрзања привредног раста. Другим речима, у условима лоших економски политика, страна помоћ не може ништа да учини на плану привредног раста. Земље које имају лоше економске политике осуђене су на стагнацију, односно на сиромаштво, независно од стране помоћи, односно њеног износа.

Наведени емпиријски налаз и његово тумачење били су предмет интензивне расправе у последњих неколико година. Додатна истраживања показала су на наведени емпиријски налази нису били економетријски робустни.[36] При томе, међутим, нити једно истраживање није показало постојање статистички значајне везе стране помоћи и привредног развоја независно од економских политика, односно економских институција земље, али су многа показала да страна помоћ не утиче на привредни раст, чак ни у случајевима у којима земља има добре економске политике. Другим речима, не доводи се у питање песимизам у погледу постојања непосредне везе између стране помоћи и при-

[35] C. Brunside, D. Dollar, 847–784. Идентификоване су три компоненте добре економске политике: добра монетарна политика (монетарна стабилност, односно ниска инфлација), добра фискална политика (уравнотежени буџет) и добра спољнотрговинска политика (ниске баријере увозу и извозу).

[36] Робустност резултата се тестира тиме што се мењају неки параметри само емпиријског истраживања. На пример, мења се величина и обухват узорка, спецификација модела, индикатори којима се представља одређена променљива.

вредног раста. Међутим, у неким случајевима ни добра економска политика не може да услови да страна помоћ има позитиван ефекат на привредни раст, а земљама са лошим економским институцијама страна помоћ никако не може да помогне.

Разматрање институционалних аспекта стране помоћи помаже да се боље разумеју разлози због којих страна помоћ у неколико протеклих деценија није успела да обезбеди привредни раст и просперитет најсиромашнијих земаља света. Стога је од велике важности да се настави теоријско истраживање канала и механизама којим страна помоћ утиче чак на погоршање квалитета институција. Резултати таквих истраживања омогућиће формирање свеобухватне теорије институционалног утицаја стране помоћи. На емпиријском плану, велики методолошки напредак у мерењу квалитета институција, нарочито квалитета владавине по земљама, као и успостављање сада већ завидно дугачких временских серија, омогућава да се реализују свеобухватна емпиријска истраживања која ће обухватити велики број земаља света. Тиме би се знатно унапредила досадашња емпиријским истраживања која су углавном била усмерена ка појединим, специфичним сегментима квалитета институција.

Коначно, на нормативном плану, извесно је да су данашња знања о функционисању стране помоћи довољна да се са сигурношћу могу одбацити предлози да се драстичним увећањем стране помоћи „искорени сиромаштво“. Реализација таквих предлога, извесно је, неће искоренити сиромаштво, а створиће нове проблеме.

Boris Begovic, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

INSTITUTIONAL ASPECTS OF FOREIGN AID

Summary

The aim of the paper is to explore the relations between foreign aid and quality of institutions of the recipient country as well as the causality. It was demonstrated that institutions do not affect the scale of the foreign aid. Examination of the three potential advantages of the foreign aid regarding institutional improvement of the recipient country – (1) provision of the resources for the institutional building; (2) know-how transfer; (3) creation of incentives for the institutional reform – demonstrated that

there are numerous factors that scale down these advantages. It was demonstrated that there are a few mechanisms by which the foreign aid deteriorates institution of the recipient country: (1) distortion of the accountability of the decision-makers; (2) deterioration of the governance; (3) crowding out of the resources from the institutional reform. This finding provides an explanation of the paradoxical situation that substantial foreign aid provided to the poorest countries of the World, due to worsening of their institutional framework, did not results in the expected accomplishments regarding economic growth.

Key words: *Foreign aid. – Institutional framework. – Economic growth. – Governance. – Crowding out*.

УДК 343.23

Др Игор Вуковић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

МАТЕРИЈАЛНО ДОВРШЕЊЕ КРИВИЧНОГА ДЕЛА

У савременој теорији континенталног кривичног права среће се схватање о тзв. материјалном довршењу кривичног дела. Наиме, иако је деликт формално довршен када је учинилац својим понашањем остварио целокупна објективна и субјективна обележја кривичног дела, код појединих категорија кривичних дела извесна правна дејства (нпр. саучесништва) остварују се као да дело није довршено – све до коначне истинске материјалне повреде правног добра. Овај тренутак поједини аутори називају „материјално довршење кривичнога дела“ (Beendigung). У раду се анализирају различите ситуације материјалног довршења и категорије кривичних дела код којих се овај институт може применити.

Кључне речи: *Формално довршење кривичног дела. – Материјално довршење кривичног дела. – Трајна кривична дела. – Итеративна структура деликта.*

За разлику од других стадијумâ остварења кривичног дела (доношења одлуке, припремања, покушаја, односно довршења), као степенâ својеврсног пута (*iter criminis*) кроз које сваки деликт најчешће пролази – питање тзв. материјалног довршења, као фазе која би евентуално следила након формалног довршетка, у науци кривичног права још увек је отворено. Та актуелност материјалног довршења чак не дотиче некакво његово оправдање или евентуална кривичноправна дејства, већ и то да ли оно уопште егзистира као правни институт. Размимоилажења иду од тврђења да је реч о „неуспелој правној фигури“,[1] преко разноврсних међурешења с различитим последицама унутар појединих категорија кривичних дела, све до његовог равноправног укључивања у систематизацију општег дела кривичног права, као самосталног стадијума остварења кривичног дела.

[1] N. Bitzilekis, „Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1987, 749.

У нашој новијој и старијој доктрини,[2] материјално довршење углавном се разматра у оквиру проблематике трајних кривичних дела, какво је, на пример, противправно лишење слободе (чл. 132 српског Кривичног законика[3]). Тако Живановић истиче да како „код трајних кривичних дела последица само *може*, а не мора трајати по произвођењу своме, ова су кривична дела *свршена* у тренутку *наступања* последице... Но, ако се последица продужи, свршеност дела, која већ постоји формално, *наставља се* све до престанка последице (радњом извршиоца или трећег лица). Код трајних кривичних дела се има према томе разликовати између *формалне* свршености... и *потпуне* или *материјалне* свршености“.[4] Живановић такође признаје да се у периоду „трајања последице“ (до материјалног њеног довршетка) остварују извесна правна дејства. Тако, према његовом мишљењу, трајање последице утиче на одмеравање казне, у овом периоду је могуће саучесништво, а рок застарелости почиње да тече престанком трајања последице.[5] Слично разликовање трајних кривичних дела преузимају убрзо и други наши аутори.[6] Временом, међутим, кривичноправна наука преузима извесна правна дејства материјалног довршетка од трајних кривичних дела и преноси их на још неке категорије деликата. С друге стране, српска судска пракса не признаје никаква општа дејства овог института, уз извесне изузетке на плану појединих деликата. Из свих ових разлога, корисно је стећи детаљнији увид у основне идеје које прате научну обраду материјалног довршења, с одговарајућим закључцима релевантним за српско кривично право.

---

[2] У страној науци кривичног права, разликовање материјалног и формалног довршења углавном се не доводи у питање, в. у швајцарској науци F. Riklin, *Schweizerisches Strafrecht. Algemeiner Teil I. Verbrechenslehre*, Zürich 2002[2], 200; G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Straftat*, Bern 1996[2], 298; S. Trechsel, P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht. Algemeiner Teil I: Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich 1998[5], 101; у аустријској науци, в. H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien – New York 2002[5], 206; O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wien – New York 1994[2], 385.

[3] Ако другачије није наведено, означавање чланова у даљем тексту односи се управо на одредбе српског Кривичног законика.

[4] Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије. Општи део. I књига (Увод. – I. Кривично дело)*, Београд 1935, 379.

[5] *Ibid.*, 381. Осим тога, разматрају се и извесна дејства на плану места и времена извршења, повратног дејства кривичних закона, начела *ne bis in idem*, просторног важења кривичног права, судске надлежности и амнестије.

[6] На пример, Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 1956, 53; Б. Чејовић, *Кривично право: општи део*, Београд 2002, 126 (са истина спорним тврђењем да постоји „стицај кривичних дела у оном тренутку када учинилац предузме неку нову радњу, да би тиме обезбедио даље трајање последице“).

1. УЧЕЊА О МАТЕРИЈАЛНОМ ДОВРШЕЊУ

Иако институт „довршења кривичног дела“ има известан значај у објашњењу функционисања остварења кривичног дела у времену (као стадијум довршења у оквиру општег дêла) – његова садржина одређује се примарно унутар посебног дêла кривичног права. Ту, код конкретног законског описа, утврђује се које претпоставке учинилац својим понашањем мора да испуни, да би механизам кажњавања био покренут. Управо мање или више детаљни описи појединих деликата дају одговор на питање, шта је потребно да би учиниоца казнили прописаном казном. Тиме је одређена и дефиниција довршеног деликта. Деликт је довршен када је учинилац својим понашањем остварио целокупна објективна и субјективна обележја[7] која су описана у диспозицији кривичноправне норме одговарајућег деликта. Другачије речено, кривично дело је формално довршено „потпуним остварењем његовог бића“,[8] што законодавац претежно везује за наступање какве последице повреде. Ако је за легитимацију казне и остварење функције кривичнога права одлучна идеја о заштити правних добара, онда би пуна кажњивост неког понашања морала наступити тек с повредом или оштећењем таквог заштићеног правног добра. Постоје међутим и таква кривична дела, код којих формално довршење наступа испред материјалне повреде правног добра. Тако је, примера ради, законодавац инкриминисао већ сâмо прављење лажног новца у намери да се овај стави у оптицај као прави (чл. 223 ст. 1). Овде остварење намераваног (стављање лажног новца у оптицај) више и није саставни део објективног бића. Како је остварио све околности описа, учинилац одговара за довршено дело, независно од тога што циљ његове криминалне активности („претварање“ папира у стварни новац, његовим укључивањем у платни промет) уопште није остварен. Основни разлог оваквог инкриминисања јесте процена да се ранијим кривичноправним захватањем може ефикасно спречити стварна повреда правног добра. Ипак, може се констатовати да се у сличним случајевима формално окончање кривичног дела и суштинско довршење релевантног догађања више не поклапају.

Како оваквих деликата с „помереном“ зоном кривичноправне заштите има више, развила се мисао да и ово накнадно догађање, које само у једном материјалном смислу представља довршетак за-

[7] K. Kühl, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, Berlin 1974, 18.

[8] H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969[11], 188. Треба, ипак, имати у виду да се довршење кривичног дела не може доследно везати за „биће“, с обзиром да мањи број законских описа поред бића обухвата и тзв. објективне услове кажњивости. Ови деликти су довршени тек наступањем таквог објективног услова, чак и ако су остварена сва обележја њиховог бића. Отуда је прецизније говорити о „потпуном остварењу целокупних обележја законског описа“.

мишљеног, треба да остварује извесна кривичноправна дејства. Тиме се дошло до разликовања тзв. формалног (*Vollendung*) и материјалног довршења (*Beendigung*).[9] Темељни аргумент дотицао је управо „логику помицања кажњивости".[10] Ако је каткада из кримнално-политичких разлога неопходно померити кажњивост испред повреде правног добра, било би крајње нелогично да и сама повреда правног добра не буде деликт.[11] „Да се обично угрожавање правног добра кажњава, а да његово оштећење не представља кажњиво дело – било би логички противречно и кримнално-политички неприхватљиво".[12] Истовремено, код трајних деликата је такође уочено да дело остварује извесна правна дејства и након формалног довршења – све до окончања противправног стања. Живановићева објашњења показују како се уобичајено овим путем долазило до означавања овог тренутка као „материјалног довршења".

Већ câмо појмовно разликовање два тренутка довршетка дела указује на централни проблем института. Иако законодавац свакако није изгубио из вида материјалну димензију инкриминисања, она у довршењу кривичнога дела има сасвим периферно значење. Да ли је дело довршено, сазнаје се искључиво из законске норме. Некакво материјално објашњење због чега законодавац извесно понашање инкриминише, који су његови појавни облици и на какав начин такво понашање погађа извесне друштвене и личне вредности – свакако постоји, али оно у примени права не остварује никакве правне последице. Кримнално-политичка промишљања повлаче се пред снагом начела законитости. Утолико је према овом свом обележју судбина појма „материјалног довршења" већ унапред у знатној мери ограничена ефектима остваривања овога начела и границама тумачења кривичноправне норме.

Како смо већ констатовали, осим у контексту објашњења трајних кривичних дела, у југословенској и српској теорији ретка су ука-

[9] Стручни термини *Vollendung* и *Beendigung* могу се само описно превести на српски језик. Уосталом, о разликовању формалног и материјалног довршења изричито говоре, примера ради, G. Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin – Heidelberg – New York 1998, 276, G. Furtner, „Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat", *Juristische Rundschau* 5/1966, 169; F. Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, München 2004[9], 228; H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996[5], 517; H. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1–79b)*, Frankfurt am Main 1981[3], 134; G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln *et al*. 2000[4], 337; H. Welzel, 188. Треба нагласити да ову материјалну зону након формалног довршења углавном не поседују класична последична кривична дела.

[10] N. Bitzilekis, 723.

[11] J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2002[32], 194.

[12] N. Bitzilekis, 723.

зивања на материјално довршење, али и ова спорадична објашњења такође дотичу однос са заштитним објектом. Тако се истиче да је кривично дело окончано у материјалном смислу „кад је учинилац – без обзира што то није обухваћено у законском опису датог дјела – остварио према својој замисли повреду заштићеног добра. То ће бити онда кад су остварене околности које су изван бића дјела, али су такве да неправо датог дјела до краја обликују, адекватно допуњују, или онда кад је учинилац реализирао намјеру из законског описа, иако ту реализацију законски опис тог дјела не захтијева“.[13] Међутим, иако наведена идеја звучи смислено, појам материјалног довршења, због крајње хетерогених категорија које обухвата, није једноставно дефинисати. Основни проблем садржан је управо у ономе преко чега се олако прелази – чињеници што се овде, за разлику од формалног довршења, налазимо на терену изван бића дела, те не постоји никакав ослонац у законском опису. Тамо где се фаза материјалног довршења представља као догађање које није нужно укотвљено за биће дела и које се само посредно наслања на његово материјално неправо, налазимо се на терену фактичког. Не само то. Како се такве материјалне околности које коначно обликују догађање налазе у сфери ванзаконског, неописаног – релацију онога што је учинилац замислио да оствари према заштитном објекту треба „дописати“, па се унеколико подразумева даље тумачење заштитног објекта кривичноправне норме, с често неизвесним исходом такве анализе. Стога не изненађују крајње различите дефиниције материјалног довршења које се могу срести.

Како смо већ видели, један број аутора материјално довршење везује за *остварење намере* учиниоца. Ова теорија очигледно тиме обухвата искључиво оне деликте код којих је постојање какве намере субјективно обележје бића, али чије испуњење за остварење бића, и консеквентно томе формално довршење – није нужно.[14] Већ то по себи представља битно ограничење домета овог критеријума. Најзначајније категорије деликата код којих материјално довршење има извесно правно значење уопште и не садрже намеру као обележје бића. С обзиром да ово субјективно обележје у законском опису недостаје, остварење некакве намере учиниоца делује сасвим произвољно. Евентуално померање критеријума код таквих деликата ка неодређеном остварењу злочиначког плана[15], такође не делује нарочито убедљиво.

---

[13] F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb 1986[3], 317–318.

[14] Овај критеријум се каткада може срести као једино мерило (H. Welzel, 188), док се често комбинује и са критеријумом повреде заштићеног правног добра (A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001[26], 394). Ово и не изненађује, с обзиром на то да се намера увек односи према повреди одређеног добра (с правом K. Kühl, 1974, 33).

[15] Тако H. Welzel, 188.

Много употребљивији критеријум представља *крајња повреда правног добра* као тренутак материјалног довршења.[16] Логику овог мерила већ смо показали. Ако кривично право има задатак да заштити извесна правна добра, која вршење кривичних дела повређује, онда њихово материјално неправо мора бити везано за коначну повреду тих добара, чак и када таква повреда није изричито обухваћена бићем конкретног деликта. Јасно је да слична размишљања налазе свој теоријски оквир у учењима која кривично неправо везују за неправо последице дела. Утолико су и она изложена примедбама које прате такво разумевање кривичног неправа. То се најбоље дâ уочити на примеру кривичних дела угрожавања. Ако крајњи оквир сваког кривичног дела описаног законом представља заштићено добро и његова повреда, онда обликовање инкриминација путем кривичних дела угрожавања делује као сувишан посао. Ако се једно конкретно опасно кривично дело материјално сматра довршеним тек наступањем повреде, онда обликовање кривичних дела повреде и није нужно, осим уколико се не жели направити нарочита квалитативна разлика у погледу казненог распона. Осим тога, „заштитни објект" нужно представља извесну апстрактну вредност. Он у примени права нужно доживљава извесну трансформацију у објект видљив у свету реалног и конкретног. Ово његово „превођење" у објект извесне радње[17] ипак нема ослонац у бићу дела и слично претходном критеријуму ослања се на обичну импровизацију.[18]

Но, независно од тога, предност критеријума „повреде правног добра" у односу на критеријум „остварења намере" на плану његове примењивости не може се спорити. Свако кривично дело погађа извесно правно добро, те је откривање ове релације свакако прихватљивије него остварење намере, коју већина законских описа и не познаје. Међутим, кривично неправо није искључиво каузално, већ и социјално-персонално одређено, и не равна се искључиво према невредности последице, већ и према невредности људске радње,[19] односно степену супротстављености кривичноправној норми. Пут изналажења материјалног довршетка у ситуацији једног чисто делатносног (формалног) деликта, у практичној примени оваквог критеријума такође би довело у питање остваривање уставног принципа законитости. Утолико се моменат материјалног довршења може тражити искључиво код оних деликата код којих овај тренутак происхо-

[16] На пример, U. Ebert, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2001[3], 117; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin – Heidelberg – New York 2001[2], 286.

[17] Ову нужност исправно уочава K. Kühl, (1974), 29.

[18] О некаквом „тумачењу" тешко може бити говора, с обзиром на то да се излази из оквира норме.

[19] Детаљније в. И. Вуковић, *Покушај кривичнога дела*, докторска дисертација – Правни факултет Универзитета у Београду, 2008, 1 и даље.

ди из бића дела, независно било од критеријума повреде правног добра, било од критеријума остварења намере.

2. КАТЕГОРИЈЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА СА МАТЕРИЈАЛНИМ ДОВРШЕЊЕМ

Не постоји потпуна сагласност у теорији код којих законских описа долази до раздвајања формалног и материјалног довршења. Начелно, треба разликовати две групе деликата, код којих би се могло поставити питање кривичноправног значаја материјалног довршења.[20]

Прву категорију чинила би она кривична дела, код којих законодавац из криминално-политичких разлога помера кривичноправну заштиту испред повреде заштићеног правног добра.[21] Према овом критеријуму, ту се најпре сврставају кривична дела с *намером* као својим субјективним обележјем, на пример, крађа или фалсификовање исправе. Потпуни садржај неправа остварује тек коначно васпостављање намераваног присвајања ствари или намеравана употреба исправе као праве, иако законодавац довршење оба деликта везује за један ранији тренутак (прекид притежања или сâмо фалсификовање). Овде дакле потпуна повреда правног добра нужно подразумева два акта, иако законодавац криминално-политичке циљеве сматра задовољеним првенствено остварењем првог акта. Код ових „засечених“, купираних деликата (фр. *couper* – сећи, резати), или, како се у науци често може срести – деликата с „премашујућом унутрашњом тенденцијом“ (*Delikte mit überschießender Innentendenz*),[22] тек остварењем намере наступио би тренутак коначног, материјалног довршења дела. Тај моменат можемо замислити на примеру већине „намерних“ деликата. Отмица би тако била формално довршена чим је неко лице одведено или задржано у намери да се од њега или кога другог изнуди новац или друга имовинска корист, или да се оно или неко други принуди да нешто учини, не учини или трпи (чл. 134); да ли је новац или шта друго заиста и изнуђено, за покретање правних дејстава довршења није од нарочитог значаја,[23] иако се може тврдити

[20] Слично N. Bitzilekis, 725. У свом познатом чланку што дотиче проблематику материјалног довршења, Јешек разликује четири групе деликата, код којих овај моменат има извесно кривичноправно значење. Ова Јешекова четвородеоба данас доминира у немачкој науци (в. на пример, A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, 394).

[21] H. Jescheck, „Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat“, у: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin – New York 1974, 685 и даље.

[22] Другачије речено, умишљај учиниоца „премашује“ законски опис дела; управљен је на одређени циљ који се налази изван бића.

[23] Ову карактеристику – да остварење намере за формално довршење није од значаја – уочава већ Белинг (E. Beling: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, 247).

да је у релацији с намераваном повредом правног добра – дело остало у извесном смислу непотпуно.[24]

Слични криминално-политички мотиви препознају се и код кривичних дела *угрожавања*. Ни овде инкриминисано понашање не остварује пуни садржај неправа, „већ се штавише законодавац задовољава објективном тенденцијом његовог остварења".[25] Оно што се инкриминисањем самог угрожавања хоће постићи, тиче се процене да се сличним законским описима могу предупредити разноврсни нежељени исходи високо ризичних понашања, и то независно од тога да ли се то чини путем конструкције дела конкретне или дела апстрактне опасности.[26] Материјално довршење наступило би овде или у тренутку када је опасност престала, или када се развила у повреду.[27]

Напослетку, у ову прву категорију обично се сврставају и деликти код којих законодавац умишљајно започињање остварења дела уноси у законски опис.[28] Како је код ових дêла (на пример, угрожавање територијалне целине – чл. 307, или напад на уставно уређење – чл. 308) *покушај* изједначен с формалним довршењем (с искључењем могућности ублажавања), материјално довршење би се овде имало везати за остварење онога на шта је покушај управљен (код наведених деликата – на отцепљивање неког дела територије земље, промену њеног уставног уређења или свргавање највиших државних органа).

За разлику од претходне категорије, код које појам материјалног довршења нема основ у обличју бића, већ представља исход криминално-политичких промишљања и идеје о некаквом истинском, суштинском довршењу дела учиниоца, *другу* категорију чинили би они деликти чије вршење одликује извесно понављање; код ових дела с тзв. *итеративном* структуром биће дела се континуирано и изнова остварује путем више чињења и пропуштања, иако се дело формално окончава већ првим чињењем или пропуштањем.[29] Овакву

[24] Отмица као трајно кривично дело је унеколико специфична, с обзиром на то да у њој сусрећу два момента материјалног довршетка: тренутак престанка противправног стања лишења слободе и моменат остварења намере.

[25] H. Hau, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*, Berlin 1974, 37; H. Jescheck, 686.

[26] Иако код потоњих опасност није обележје бића, већ законодавни мотив инкриминисања, и деликте апстрактног угрожавања према овом аутору карактерише моменат материјалног довршења.

[27] H. Hau, 91; H. Jescheck, 694.

[28] Детаљније о овим делима в. И. Вуковић, 165 и даље.

[29] Ови деликти се у нашој теорији помињу као „кривична дела са индиферентним бројем чињења или проузроковања" (в. М. Ђорђевић, *Коментар Кривичног*

природу показују најпре деликти, код којих због употребљених појмова радњу може да гради мноштво појединачних аката (какав је случај нпр. код деликата фалсификовања – на пример, чл. 223, 224 или 225). Како је објект радње одређен збирном именицом (лажни новац), односно множином као граматичким бројем (лажне хартије од вредности односно платне картице) – како прављењем прве, тако израдом и хиљадите лажне платне картице или новчанице, изнова се остварује само једно кривично дело фалсификовања.

Овде такође треба имати у виду и једну нарочиту одредбу интерпретативног карактера садржану у српском кривичном законику, што покрива могућу *дуративну* структуру деликта. И овде поновљено остварење истог бића има основ у законском опису, само што се ради о понављању радње, а не о дејству којег другог обележја дела. Наиме, „кад је радња кривичног дела одређена трајним глаголом, сматра се да је дело учињено, ако је радња извршена једном или више пута“ (чл. 112, ст. 30). Број кривичних дела с радњом одређеном имперфективним глаголом (учесталим или трајним) није мали.[30] У свим таквим случајевима могло би се тврдити да је дело довршено већ првим чињењем или нечињењем (у цитираним кривичним делима: непоступањем по прописима, вршењем медицинских или других сличних експеримената, неовлашћеном производњом или прерадом робе, или неовлашћеним стављањем у промет супстанце или препарата који је проглашен за опојну дрогу), а да свако касније чињење или нечињење представља даље остварење истог кривичног дела. Овде би материјално довршење „пало“ у тренутак последње такве радње.

Итеративну структуру показују и они деликти код којих понављање остварења дела није изричито садржано у бићу, али где такав могући исход смислено произлази из његовог тумачења, представљајући тако могући фактички исход „случајног обличја радње“.[31] Тако се телесна повреда може нанети и једним ударцем шаком, али и путем двадесетак удараца. Законодавац телесну повреду последично одређује, допуштајући посредно да такав исход уследи на било који од наведених начина, путем једног или више вољних телесних покрета. Такво последично одређивање за питање материјалног довршења није од нарочитог значаја, с обзиром да у конкретном примеру телесно повређивање, иако процес, исходи у противправном стању у

закона СФРЈ, Београд 1986[3], 226).

[30] В. примера ради чл. 242, 246, 249 или 252. Сличну природу показују и деликти са радњом учествовања (нпр. оружана побуна), припадништво групи или другом злочиначком удружењу (чл. 346, ст. 2), запуштање и злостављање малолетног лица (чл. 193) и бројна друга кривична дела.

[31] H. Jescheck, 688.

којем се формално и материјално довршење сусрећу у истом тренутку (наступању повреде). Али и у наведеном примеру можемо такође наћи клицу проблематике материјалног довршења. Буде ли телесна повреда нанета већ првим ударцем шаком, за којим одмах уследи нових двадесет удараца који такође, разуме се, представљају даље повређивање, окончање овог процеса подстиче сумњу да се и овде у извесном смислу ради о материјалном довршењу дела телесне повреде. Тако, могуће је замислити да управо двадесети ударац произведе уништење ока, дакле нарочито тешку телесну повреду, тако честу у нашој судској пракси. Може ли се тврдити да овај квалификовани облик обичне тешке телесне повреде, следи након формалног довршења (првог ударца), те да не може бити основ повишавања кажњивости? Разуме се, логика тумачења процеса повређивања искључила би такав закључак, али не и нужност давања ваљаног правног образложења зашто је то тако. Уствари, овде се толико и не ради о некаквом „случајном обличју радње", већ о проблематици тзв. *природног јединства радње*, где заиста можемо разликовати раздвајање довршења на два одвојена момента. Сличност с природним јединством радње, али где веза није природна већ искључиво правна, показује још један институт што представља дериват учењâ о стицају кривичних дела – *продужено кривично дело* (чл. 61).[32] У обе ове категорије више појединачних аката или појединачних кривичних дела под одређеним условима постају једно јединствено кривично дело. Овде би такође формално довршење имало да наступи првим, а материјално довршење последњим остварењем законског бића. Тако, ако би се крадљивац (у ситуацији природног јединства радње), након што је један део робе из магацина изнео и однео на сигурно, у исти објекат вратио с другим саучесником (како би наставио да износи робу) – крађа не би била материјално довршена, све док магацин не би био потпуно „испражњен". Исто тако, ако би благајник сто дана за редом присвајао известан износ повереног новца, проневера (чл. 364) у продуженом трајању такође би се материјално окончала стотим таквим присвајањем.[33] Иако се у делу теорије ове категорије издвајају у самосталне ситуације материјалног довршења,[34] то нам се не чини

[32] У овом раду нећемо разматрати материјално довршење продуженог кривичног дела, с обзиром на то да се овде појављују нарочити проблеми повезани са озбиљним недостацима овог правног јединства. Утолико, а најмање због института материјалног довршења, треба размислити о напуштању правне конструкције продуженог кривичног дела.

[33] Иако би предузимање последње радње што улази у састав продуженог кривичног дела требало да означи тренутак његовог материјалног довршења, ова спорна категорија деликата отвара исувише питања што превазилазе оквире овог рада.

[34] H. Jescheck, 688.

нужно, с обзиром да се случајеви из ове подгрупе такође манифестују у понављајућем остварењу бића дела, те се могу у крајњем свести на итеративну структуру дела.

Посебну подврсту унутар ове категорије чинили би и тзв. деликти *бављења*, код којих законодавац радњу дела одређује као бављење одређеном активношћу.[35] Како појам бављења, и поред могућих другојачијих тумачења (нарочито старије теорије и судске праксе у контексту анализе категорије колективног кривичног дела), подразумева вишекратно понављање извесне делатности,[36] то и овде више појединачних аката гради један деликт бављења. Разлика у односу на друга кривична дела одређена несврш еним глаголским обликом, међутим, састојала би се у томе што овде дело не би било формално довршено ако је радња извршена само једном, већ би била нужна најмање два њена предузимања. Тренутак материјалног довршења, међутим, чинила би такође последња радња бављења.

Теоријски најинтересантнију групу унутар ове категорије обухватају *трајна* кривична дела,[37] која сматрамо прасликом деликта с елементом материјалног довршења. Њихово вршење одликује стварање противправног стања, које се чињењем или нечињењем учиниоца одржава, те противправно стање траје продужено у времену.[38] Тако се сваким противправним затварањем, држањем затвореним или другим одузимањем или ограничењем слободе кретања дело сматра довршеним (чл. 132), иако ово одузимање или ограничење слободе кретања може трајати и дужи временски период. Сваким тренутком одржавања овог противправног стања учинилац изнова довршава дело, тако да се противправно стање окончава тек ослобађањем жртве.[39] Или, докле год се учинилац неовлашћено налази у

[35] В. чл. 120, ст. 2, чл. 214, ст. 4, чл. 215, ст. 4, чл. 221, ст. 3, чл. 230, чл. 233, ст. 2, чл. 243, чл. 254, чл. 342. чл. 353, чл. 388, ст. 6, чл. 389, ст. 2.

[36] В. оправдане приговоре у нашој теорији, нпр. И. Симић, *Кривични законик – практична примена*, Београд 2007, 325; З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, 589.

[37] Овај назив не треба мешати са кривичним делима чија је радња одређена трајним глаголом.

[38] J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003[11], 123.

[39] Уобичајено је да се овој категорији супротставља друга подврста последичних деликата – тзв. кривична дела стања, код којих предузимањем радње такође настаје извесно противправно стање, али где продужавање и одржавање овог стања углавном не производи никаква кривичноправна дејства (могуће су значајне грађанскоправне последице), осим незнатног значаја на плану одмеравања казне (в. А. Стајић, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд 1986[3], 49). Тако, самим закључењем новог брака лице које се већ налази у браку остварује кривично дело двобрачности (чл. 187). Време до утврђења ништавости таквог новог брака и само трајање стања бигамије мање је кривичноправно релевантно.

туђем стану или туђим затвореним просторијама, или се и након захтева овлашћеног лица из тог стана или простора не удаљава, довршено дело нарушавања неповредивости стана траје (чл. 139). Која се кривична дела имају сматрати „трајним" у изнетом смислу, могуће је открити само тумачењем њихових обележја.[40]

Напослетку, слично противправно стање стварају и тзв. деликти *поседовања*.[41] Докле год неовлашћено држање ватреног оружја, муниције или експлозивне материје траје (чл. 348), деликт се у сваком тренутку овог периода изнова бескрајно пута довршава, све до окончања таквог држања. Утолико се наши одговарајући закључци односе и на дела поседовања.

3. ПОДВОЂЕЊЕ МАТЕРИЈАЛНОГ ДОВРШЕЊА ПОД БИЋЕ ДЕЛА

Материјално довршење кривичног дела може остваривати извесна *правна дејства* само уколико представља саставни део бића кривичног дела. Како то није увек случај, ову везу је каткада могуће пронаћи само посредно, тврђењем да је оно саставни део кажњивог понашања које биће управо оцртава – његовог материјалног неправа. Утолико не изненађују објашњења која иду овим трагом. Тако Хау (*Hau*), у својој монографији о материјалном довршењу, изричито наглашава да је законодавац „код једног дела бића кривичних дела хтео да фиксира само тренутак почетка кажњивог понашања, али не истовремено и његову крајњу тачку". Ако би се материјално довршење занемарило, тврди Хау, била би игнорисана воља законодавца, који није хтео „да обухват кажњивости учини сувише зависним од мање или више случајног обличја бића кривичног дела".[42] Тиме је отворен пут телеолошком тумачењу норме с крајње удаљеним погледом на обележја законског описа.[43] Оно што је довело до оваквог исхода је-

[40] Трајним кривичним делима сматрамо такође: отмицу (чл. 134), ванбрачну заједницу са малолетником (чл. 190), одузимање малолетног лица (чл. 191), недавање издржавања (чл. 195), узимање талаца (чл. 392).

[41] Детаљније о овој актуелној категорији кривичних дела в. C. Roxin, „Besitzdelikte", у: *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања. II део*, Београд 2008, 9 и даље.

[42] H. Hau, 48.

[43] Хау велики део својих запажања посвећује стога управо одбрани критике да материјално довршење у ситуацијама што нису покривене бићем дела повређује начело законитости (стр. 49 и даље), тврдећи како се овде ради о форми допуштеног обичајног права, с обзиром да је велики број института општег дела (каузалност, посредно извршилаштво итд.) такође приликом свог настанка није имао ослонац у законској норми, већ је обликован од стране судске праксе.

сте погрешан методолошки пут, који полазиште, уместо у криминалној зони обликованој искључиво границама законских описа, има у правдању одлука судова,[44] нарочито када се материјално трајање крађе продужава до момента осигурања плена. Ако се ствари поставе другачије, и пође од онога што је законодавац већ описао као саставни део криминалне зоне, може се такође утврдити постојање извесне материјалне зоне која следи након формалног довршења дела, која ће међутим потпуно произлазити из *структуре* бића дела, а неће бити производ некакве имагинарне везе с законским описом. У супротном се и не би радило о телеолошком тумачењу, већ о креативној аналогији, неприхватљивој у кривичном праву.

Осим тога, иако позиција материјалног довршења као својеврсног кривичноправног „чардака" – који би само када устреба требало тумачити као обележје објективног бића, делује привлачно – тако нешто није могуће без извесних реперкусија на плану дејстава основних кривичноправних института. То изричито забрањује начело законитости. Уосталом, ако материјално довршење представља тренутак истинског довршења објективног бића, онда најмање два општа института кривичнога права треба да задобију другачији правни оквир.

Ако би материјално довршење представљало истинско довршење деликта, онда би *умишљај* учиниоца морао да обухвати не само остварење објективних обележја бића, већ и ову „накнадну" зону. Нелогичност оваквог исхода најбоље се дâ видети на примеру кривичних дела угрожавања. Учинилац дела конкретне опасности морао би тако увек да поседује умишљај повреде, с обзиром на то да тек наступање повреде заштићеног добра означава престанак релевантног догађања.[45] Овакав закључак, међутим, нарочито из перспективе апстрактно опасних деликата, нико наравно није спреман да извуче. Други, још озбиљнији проблем, представљао би тренутак образовања умишљаја. Консеквентна последица учења о материјалном довршењу била би могућност обликовања умишљаја и након формалног довршења дела; све док дело није и „суштински" окончано, учинилац би могао да задобије неопходну интелектуалну и волунтаристичку компоненту долуса. Тиме би се, у ствари, „на мала врата" увео тзв. *dolus subsequens*.[46] Ова подврста умишљаја, међутим, има данас врло ограничено кривичноправно значење, које се исцрпљује у „држању учиниоца после учињеног кривичног дела" (чл. 54), и која никако не може да замени умишљај који постоји актуелно у време

[44] Како се научна обрада овог института углавном среће у немачкој теорији, повремени критички осврти углавном дотичу одлуке немачких судова.

[45] С правом N. Bitzilekis, 743.

[46] *Ibid.*, 744.

дела. Умишљај нужно прати дело. Овде се у ствари и не би радило о истинском умишљају, већ обичном одобравању онога што је већ учињено.

Слични проблеми извиру и у погледу признавања могућности *добровољног одустанка* након формалног довршења дела. Доследан закључак евентуалног прихватања појма материјалног довршења подразумевао би извесно проширивање кривичноправних дејстава одустанка (чл. 32) и на овај интервал. Тако нешто, међутим, у закону не стоји. Штавише, могућност ослобођења од казне признаје се само оном који је „одустао од даљег предузимања радње извршења или је спречио наступање последице". Како ова „последица", пак, не представља некакву материјалну повреду правног добра, већ формално описано обележје објективног бића, нема никакве сумње да никакво екстензивно тумачење и није могуће.[47] Ове проблеме није могуће адекватно решити без превредновања основних кривичноправних института. Стога материјално довршење није могуће сматрати својеврсним продужетком бића дела, већ решење треба тражити у поштовању начела законитости и правне сигурности, строгим везивањем за обележја законског описа.

Да основни оквир вредновања кривичноправних дејстава мора остати нужно формални, уоквирен правном нормом, а не обликован некаквим даљим магловитим критеријумима „истинског", „суштинског" или „материјалног" довршења – говори и наша досадашња законодавна пракса обликовања бића кривичних дела. Код највећег броја законских описа већ је сам законодавац, прописујући више облика истог кривичног неправа тамо где је сматрао да је то оправдано и нужно, степеновао тежину повреде заштићеног добра – управо према стадијуму у којем учинилац остаје откривен. Тако је код фалсификовања новца средиште кривичног неправа, према којем је управљена и оштрица кажњавања, „прављење лажног новца" или „преиначење правог новца", обе радње у намери да се такав новац „стави у оптицај као прави" (чл. 223, ст. 1). Овде моменат материјалног довршења, који би се према претходним излагањима имао без сумње везати за моменат стављања новца у оптицај,[48] и није било неопход-

[47] Друга је ствар то што српски законодавац у више својих одредаба признаје дејства и тзв. стварном кајању учиниоца, по ефекту често изједначавајући га са добровољним одустанком. Тако је у чл. 59, ст. 2 прописано да „суд може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом". „После извршеног кривичног дела" не значи ништа друго до „после формалног довршења".

[48] Овде се, штавише, остварење намераваног од стране учиниоца (са прибављањем имовинске користи садржане у разлици употребљеног материјала и но-

но даље нормирати, ако се материјално довршење хтело укључити у *iter criminis*. Другим речима, било је довољно нормирати само акт фалсификовања, док би се реализација намере стављања у оптицај имала објаснити само као логичан исход претходног чина. Тако, међутим, није размишљао и аутор норме, с обзиром на то да је у ставу 2. као посебне облике фалсификовања новца даље обухватио прибављање лажног новца и његово само стављање у оптицај. Да је искључиви мотив оваквог инкриминисања била неопходност нарочитих лакших облика, тешко се може прихватити, с обзиром на врло малу разлику у прописаној казни. Рекло би се да је српски законодавац пошао од крајње логичног захтева да је у целокупном процесу фалсификовања, од прављења новца до његовог пуштања у промет, фазе које захтевају другачији кривичноправни третман прикладније истакнути посебним радњама извршења (прављања, преиначења, прибављања и стављања у оптицај). Тиме се задобио један формални оквир који омогућава квалитетније тумачење од стране суда, али је истовремено искључена потреба за некаквим материјалним довршењем. Уосталом, сличну законитост примећују и други аутори.[49]

Из свега изнетог произлази да институт материјалног довршења може остваривати одређена правна дејства само уз чврсто поштовање начела законитости. Да одређена кривична дела трају у времену није спорно, било да се ради о непрекинутом створеном противправном стању (како је то код трајних кривичних дела или деликата поседовања), било да сам учинилац у блиској временској и просторној вези континуирано остварује биће дела (у случају природног јединства радње), било да извесно понављање остварења дела произлази из непосредног тумачења његове радње (итеративна или дуративна структура и деликти бављења). У свим наведеним ситуацијама заиста можемо разликовати тренутак када дело напушта зону покушаја и постаје формално довршено, од тренутка када касније континуирано остварење бића престане. Управо овај последњи моменат представља материјално довршење. Ако се у овом интервалу заиста остварују извесна правна дејства, ово окончање остварења бића неопходно је именовати и указати на његове практичне консеквенце. Због тога постојање института није могуће смислено негирати.[50] С друге међутим стране, његово везивање за какав материјални

миналне вредности добијеног „новца“) и материјална повреда заштићеног добра (функционисања новчаних токова и фискалне стабилности) – у потпуности поклапају.

[49] На пример, H. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, 135.

[50] С правом T. Hillenkamp, „§§ 22, 23 (Versuch)“, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Erster Band. Einleitung; §§ 1 bis 31*, Berlin 2003[11], 19. Супротно Бицилекис, који овај појам потпуно избацује као сувишан (N. Bitzilekis, 749).

критеријум, чиме би се хтело указати на универзалну потенцијалну примењивост материјалног довршетка на сва кривична дела не прихватамо.[51] Његова примена везана је искључиво за оне законске описе код којих овај моменат можемо непобитно извести пре свега језичким и телеолошким тумачењем њихове норме.[52] Како би усвајање материјалног критеријума довршења имало тенденцију да се норма „пребаци", то би отворило врата неконтролисаном ширењу криминалне зоне изван домена примене начела законитости. Због изнетих разлога тренутак материјалног довршетка који би се везао: за остварење намере (код деликата који познају ово субјективно обележје), за наступање повреде правног добра (код деликата угрожавања), односно наступање последице дела (код деликата код којих законодавац покушај дела издиже на ниво радње извршења) – одбацујемо.

4. ПРАВНА ДЕЈСТВА МАТЕРИЈАЛНОГ ДОВРШЕЊА

Прво материјалноправно дејство које се помиње у литератури тицало би се могућности *саизвршилаштва* и у интервалу до тренутка његовог наступања. Наиме, према већинском схватању у теорији, саизвршилачки допринос не мора да постоји од самог почетка дела, већ може да следи и накнадно, све до тренутка довршења дела (тзв. сукцесивно саизвршилаштво),[53] разуме се, уколико је остварен објективни услов из чл. 33 да се ради о „битном доприносу". Иако се под овим уобичајено подразумева формални довршетак, остаје отворена могућност тумачења приступања вршењу дела у интервалу до његовог материјалног довршетка. Поједини аутори прихватају ову могућност,[54] објашњавајући да је неважно да ли се делу приступа пре или након формалног довршења. Раније остварени делимични акти урачунали би се таквом саизвршиоцу уколико је за њих знао, јер дело које саизвршава представља „нераскидиво јединство вредновања".[55] Не може се порећи да сличан приступ има извесно своје оправдање. Делује крајње смислено возача, што с упаљеним возилом чека испред банке коју његови партнери у злочину пљачкају, казнити као саучесника (саизвршиоца или помагача свеједно), независно од тога

[51] Супротно T. Hillenkamp, 19.

[52] Сличан поступак уосталом примењујемо и када утврђујемо тренутак формалног довршења неког кривичног дела, па у том смислу не видимо неке нарочите потешкоће.

[53] В. на пример, З. Стојановић, 153.

[54] H. Hau, 114, A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, 395.

[55] H. Jescheck, 697.

да ли ће се учињено разбојништво вредновати као формално довршено или недовршено. На први поглед, рекло би се да се овде заиста ради о „нераскидивом јединству вредновања“. Треба, међутим, већ на овом месту нагласити да унапред обећани доприноси према српском праву, што се у пракси редовно и догађа, имају свој саучеснички квалитет, чак и када евентуално следе након формалног довршења.[56] То значајно помера практичне домете изложене ситуације. Наш возач је највероватније од самог почетка учесник разбојничког подухвата, с улогом да остале након одузимања плена брзо пребаци на сигурно место, с правном позицијом саучесника. Проблем се, дакле, у основи своди искључиво на оне учеснике који делу сукцесивно приступају након формалног довршетка, без претходне свести о заједничком деловању.

Већ на самом почетку, схватање које допушта саучесништво у интервалу између формалног и материјалног довршења наилази на опасност да прекорачи границе саучесништва, или да их барем крајње разводни. Формалне границе које појам довршења нуди представљају камен међаш и кривичне одговорности и правне сигурности. Дело може да буде са/извршено само уколико није формално окончано. Да ли дело јесте или није материјално окончано, за примену права није од нарочитог значаја, јер законодавцу увек стоји на располагању могућност да границе кажњивог другачије постави. У супротном би постојала могућност да саучесником сматрамо и лице које „ступа на сцену“ и када су сва обележја законског бића већ наступила, када, примера ради, ни у једном ширем смислу не може бити говора о некаквом „одузимању“ код крађе.[57] Допуштање таквог исхода више би шкодило саучесништву и његовим границама, него што би употпунило његово разумевање.

На сличне потешкоће наилазимо и код *помагања*, такође у варијантама сукцесивног помагања.[58] И овде одговор на питање да ли је помагање могуће до тренутка материјалног довршетка зависи од тога да ли материјално довршење има икакав ослонац у бићу дела. Ако то није случај, ни помагање није могуће. Тада, помоћ коју неко учини након што је дело већ извршено, не можемо више квалификовати као облик саучесништва, већ само као посебно кривично дело помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела (чл. 333). Друга-

[56] Тако, „куповина противправно одузетих предмета, која је унапред обећана, представља облик помагања у извршењу кривичног дела, а не кривично дело прикривања из члана 184 КЗ РС“ (пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 1583/94 од 14. фебруара 1995. године).

[57] С правом G. Furtner, 170.

[58] Подстрекавање као стварање одлуке да се учини дело могуће је по правилу само пре вршења деликта.

чије решење и није могуће због акцесорне природе саучесништва.[59] Саучесништво представља учествовање у туђем делу, и могуће је само док такво дело постоји; када дела више нема, нема ни саучесништва, па би супротно поступање повредило начело *nulla poena sine lege scripta*.[60] Након формалног окончања дела, више се у њему не може саучествовати, већ се може бити само учинилац сопственог дела. Тако, замислимо ситуацију да је жена „сумњивог морала" К уценила своју бившу муштерију Т да ће његовој супрузи предочити „инкриминисани материјал" с једног од њихових заједничких виђења, захтевајући новац. Т учини како је К тражила и пошаље јој новчани износ у коверти коју је К требало да подигне на пошти. Уместо К, писмо с новцем подигне њен сводник М.[61] Овде о помагању лица М у уцени не може бити говора, јер је Т (слањем писма) већ принуђен да нешто учини на штету своје имовине (в. чл. 215), па се у тренутку када М предузима своју радњу уцена више не налази у покушају, већ представља (формално) довршено дело. Стога подводач одговара према чл. 333.[62]

У материји посебног дела практично је још значајније неприхватање могућности помагања до момента тзв. „осигурања плена", као форме материјалног довршења крађе. Одузимање туђе ствари нужно прати даље учвршћивање новог притежања, све до његовог потпуног обезбеђења, када се може устврдити да је ранији притежалац коначно изгубио свако фактичко располагање на ствари.[63] Овај крајњи тренутак, међутим, не припада неправу крађе (чл. 203).[64] Не-

[59] Слично M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg 1997, 536.

[60] H. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, 134–135. Супротно тврде H. Hau, 120; H. Jescheck, 697; G. Stratenwerth, (2000), 338 (са разликовањем да ли је учинилац одлуку о давању доприноса донео пре или након формалног довршења), као и највећи део немачке судске праксе.

[61] Килов пример. B. K. Kühl, „Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung", *Juristische Schulung* 3/1982, 189.

[62] Ово, како смо већ констатовали, само уколико не постоји претходни договор жене и подводача. Тада, већ према општим правилима постоји њихово саучесништво.

[63] Уобичајено се указује да радња одузимања стоји у непосредно временској и просторној вези са даљим присвајањем. Стога учинилац материјално не довршава деликт све док се налази „у непосредном подручју власти покраденога", односно док год је „изложен повишеном ризику да плен у журби изгуби", све док, примера ради, „не стигне на одредишно место". Више о сличним формулацијама, нарочито у немачкој судској пракси в. T. Hillenkamp, 14.

[64] Слично G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York 1993^2, 676; M. Köhler, 536; K. Kühl, „Die Beendigung des vollendeten Delikts", *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin – New York 2001, 675; C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 90.

право крађе исцрпљује се радњом одузимања ствари (с намером прибављања противправне имовинске користи присвајањем). Стога не може бити помагач онај који одвози украдену робу до коначног одредишта.[65] Другачије је, међутим, уколико деликт показује итеративну структуру. Тада, видели смо, формални довршетак наступа првим остварењем бића, али како се дело радњама учиниоца, његовим чињењима или пропуштањима, изнова остварује – помагање је могуће све до материјалног довршетка деликта. Дакле, ако је извесно лице, након што је извршилац другога закључао у своме подруму, овоме повремено доносило храну и пиће, може се сматрати помагачем у делу из чл. 132,[66] иако је извршилац довршио противправно лишење слободе већ тренутком затварања. Слично се могу вредновати и други доприноси до момента ослобађања жртве.

Исте закључке изводимо и у погледу поменуте могућности саизвршилаштва у интервалу материјалног довршења. Код оба ова института, појам материјалног довршења има специфичну тежину, јер би његово прихватање засновало кажњивост учиниоца.[67] Без материјалног довршења не би се могло уопште говорити о кривичној одговорности у виду саизвршилаштва или помагања, иако би под одређеним условима постојала кривична одговорност за посебно дело. Како такво кривичноправно дејство у ситуацији недоречености момента наступања материјалног довршења отвара правну несигурност, помагање и саизвршилаштво у интервалу до материјалног довршетка сматрамо могућим искључиво код оних деликата код којих појам материјалног окончања дела происходи из бића дела. Само код ових деликата с итеративном структуром материјално довршење има своје оквире постављене кривичним законом.

Следећа у науци разматрана последица овог разликовања, али не с дејством заснивања, већ појачавања кажњивости, тицала би се

---

[65] Супротно Бачић, према коме „кад крадљивац бјежи са украденом ствари, дјело крађе је довршено у формалном смислу, али не и у материјалном смислу ... па ће подршка коју том учиниоцу пружи трећа особа и у том моменту представљати помагање у дјелу крађе (F. Bačić, 318). Друкчије је, наравно, уколико је таква помоћ у транспорту украдене робе предходно договорена, што ће уосталом и бити најчешћа ситуација у пракси. Такво доприношење делу, након његовог формалног окончања, има све карактеристике психичког помагања као облика саучесништва („унапред обећано прикривање ... предмета прибављених кривичним делом“ – чл. 35, ст. 2). Уосталом, сличан закључак среће се и у нашој судској пракси. Тако, оптужени је сматран помагачем, када је извршиоцу тешке крађе према претходном договору ставио на располагање своје путничко возило са возачем, који се одвезао до места извршења дела, а затим и возилом превезао одузете ствари (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2449/96 и пресуда Општинског суда у Обреновцу К. 469/94).

[66] Остављамо по страни питање да ли се евентуално може радити и о саизвршилаштву.

[67] K. Kühl, (2001), 672.

могућности да се *квалификативне* околности које наступе у интервалу до материјалног довршења деликта урачунају учиниоцу, као да су наступиле до формалног довршења. Ову могућност одбацујемо,[68] осим уколико се такође не ради о деликтима које одликује итеративна структура. Замислимо да А хоће да опљачка лице Г, у којој намери одлази колима до његовог стана. Оружје оставља у возилу и креће у извршење, у стану налазећи више новчаница у великим апоенима, које на лицу места ставља у џеп своје јакне. А успева након извесног времена да возилом побегне лицу Г које га је пратило.[69] Овде се поставља питање може ли се лицу А приписати одговорност за тешку крађу у смислу чл. 204, ст. 1, тач. 4. Јасно је да А при себи није имао оружје током самог одузимања. Довожење до места крађе још увек не значи извршење већ некажњиво припремање, тако да остављање оружја у возилу није захватило зону извршења, да би се на овом супротном полу (граници с покушајем) засновала одговорност за квалификативну околност. Сличан закључак може се извести и у релацији с сфером довршења. Стављањем плена у џеп од јакне дело је формално окончано, тако да се ношење оружја након овог тренутка не може квалификовати према чл. 204, ст. 1, тач. 4.[70]

Другачије, међутим, ствари стоје, ако вршење дела карактерише више појединачних аката, који већ појединачно потпуно испуњавају биће дела, али тако да се више таквих аката ипак формално сматра једном радњом кривичног дела. Ово уосталом може да се закључи и из претходних излагања о делима које одликује итеративна структура. Овде, иако је дело већ предузимањем првог таквог акта формално довршено (учинилац је прву врећу с пленом однео до возила), остварење квалификативне околности у даљем вршењу дела не искључују урачунавање такве околности. Ако је, дакле, у наведеном примеру,[71] крадљивац, што је хтео да плен изнесе у три вреће, наишао код друге вреће на закључана врата која је отворио дупликатом кључа – одговарао би за тешку крађу проваљивањем (чл. 204, ст. 1, тач. 1). Ствари слично стоје и у нашем претходном примеру. Да је плен учинилац евентуално морао да вишекратно унесе у аутомобил, поневши при том приликом неког од каснијих долазака и оружје, облик тешке крађе из чл. 204, ст. 1, тач. 4 био би, разуме се, неспоран.[72]

Извесни аутори, такође, наводе да појам материјалног довршетка дотиче и утврђивање *истовремености напада* у позицији

---

[68] Слично G. Jakobs, 709; K. Kühl, (2001), 683.

[69] Килов пример, B. K. Kühl, (1982), 191.

[70] Остављамо отвореним да ли се евентуално ради о тешкој крађи обијањем или проваљивањем из чл. 204, ст. 1, тач. 1.

[71] A. Schönke, H. Schröder, A. Eser, 395.

[72] Слично K. Kühl, (1982), 192.

нужне одбране као основа искључења противправности. Овај закључак се нарочито експлоатише када се истовременост напада и одбране признаје и у ситуацији крадљивца који бежи с украденом ствари, тврђењем како је то исход материјално недовршене крађе. Истовременост напада и одбране треба признати и у овом случају, али независно од било каквих поређења с дејствима материјалног довршења. За истовременост напада одлучна је блиска временска и просторна веза с губитком ствари, у ситуацији када њено враћање делује изгледно и могуће,[73] а не неодређена зона некаквог материјалног довршења. Ако је крађа овде и формално окончана,[74] напад, што је једино релевантно – није.

Напослетку, могуће дејство које се помиње у теорији односило би се и на евентуално везивање почетка рока *застарелости кривичног гоњења* за тренутак материјалног довршења. Ова могућност је према нашем праву спорна, с обзиром на то да оно почетак рока не везује за тренутак довршења, већ за наступање последице. Наиме, застарелост кривичног гоњења према српском Кривичном законику почиње да тече од дана када је кривично дело извршено. Али, „уколико последица кривичног дела наступи касније, застарелост кривичног гоњења почиње од дана када је последица наступила“ (чл. 104, ст. 1). Како последица представља обележје дела, почетак рока на први поглед рекло би се није могуће везати за тренутак материјалног довршетка. Такав закључак стоји, али само у ситуацијама у којима овај моменат не происходи из бића. Како, међутим, наш појам материјалног довршења има потпуни ослонац у бићу дела, почетак тока рока застарелости и није нужно везати за последицу дела, јер иста код деликата с материјалним довршетком најчешће и није обележје дела, већ за само извршење кривичног дела. Како се код сваког деликта с итеративном структуром биће дела изнова остварује сваким новим предузимањем радње, то почетак тока рока застарелости треба везати за последњу такву радњу која има ослонац у бићу дела. Ако је, међутим, дело последично (нарочито у ситуацији тзв. природног јединства радње[75]) или трајно, овај тренутак треба везати за наступање последице или престанак противправног стања.[76] Исти закључак можемо извести и у погледу места извршења кривичног дела. Свако место где је учинилац радио (на пример, одржавао против-

[73] N. Bitzilekis, 742.

[74] Ово многи споре. Тако Лазаревић указује да је реч о граничном случају када „лопов који бежи са украденом ствари, има ову ствар у ‘поседу’, али још није на њој засновао државину, јер не може са њом слободно располагати“ (Љ. Лазаревић, *Коментар кривичног законика РС*, Београд 2006, 571).

[75] В. наш пример наношења телесне повреде путем двадесет ударача шаком.

[76] Слично А. Стајић, 162.

правно стање), или где је евентуално наступила последица – представља место извршења дела (чл. 17).[77] Тако свако место у којем је отето лице било премештано током трајања стања лишености слободе представља место извршења кривичног дела из члана 134.

Igor Vuković, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

MATERIAL COMPLETION OF CRIMINAL OFFENCE

Summary

In contemporary theory of continental criminal law one can come across the view of so-called materially completed criminal offences. Namely, although an offence is formally completed when a perpretrator commits all its objective and subjective elements, some legal consequences (e.g. of conspiracy) may appear as if the offence is not completed, until the final substantive material damage to the legal good is done. By certain authors, this moment is called „material completion of criminal offence" (*Beendigung*). This article examines different situations of materially completed crimes and various categories of criminal offences by which this institute could apply.

Key words: *Formally completed criminal offence. – Materially completed criminal offence. – Continuous criminal offence. – Iterative structure of criminal offence.*

[77] Исте закључке треба доследно извести у погледу свих института код којих одређивање времена и места има извесно кривичноправно значење (на пример, просторно важење кривичног законодавства, одређивање месне надлежности судова, итд.)

УДК 343.222

Др Наташа Делић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

СВЕСТ О ПРОТИВПРАВНОСТИ КАО КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТ КРИВИЦЕ

До доношења Кривичног законика Републике Србије у нашем правном систему је био прихваћен материјално-формални појам кривичног дела као и психолошке теорије кривице, у складу са којима се кривица своди само на психички однос учиниоца према делу и утврђује се с обзиром на његову свест и вољу. Последица овог схватања је било законско решење према коме правна заблуда није имала утицаја на постојање кривице и кривичног дела, већ је представљала само факултативни основ за ублажавање или ослобођење од казне. Кривични законик Републике Србије у складу са тековинама савремене кривичноправне теорије усваја формални појам кривичног дела, а кривицу дефинише у складу са ставовима мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице, према којима кривица представља психички однос учиниоца према делу због кога му се може упутити прекор. У чл. 22 Кривичног законика Републике Србије је прописано да је кривица сложена категорија која се састоји из урачунљивости, умишљаја и нехата и свести о противправности. У раду аутор напре кроз анализу психолошких, нормативних и психолошко-нормативних теорија кривице приказује на који начин је свест о противправности постала елемент кривице, а потом разматра поједина питања везана за садржину и правну природу свести о противправности. На крају рада су дата закључна разматрања и поједини ставови које аутор заузима у погледу ове изузетно сложене проблематике.

Кључне речи: *Кривично дело. – Кривица. – Теорије кривице. – Правна заблуда*

Према одредби чл. 22 Кривичног законика Србије кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Кривица може постојати и онда када је учинилац поступао из нехата ако то закон изричито предвиђа. Сходно наведеном, кривица је сложена и комлексна категорија, а њену структуру чине три компоненте/елемента, и то: урачунљивост, умишљај и нехат и свест (или дужност и

могућност те свести) о противправности. Дати начин законског дефинисања кривице је последица прихватања психолошко-нормативних теорија кривице, што је у систему кривичног права од непосредног значаја било и за решавање питања кривичноправног значаја, односно дејства правне заблуде.[1]

До доношења Кривичног законика Србије код нас су биле прихваћене психолошке теорије кривице (виности). Ове теорије су настале у Немачкој крајем XIX века под снажним утицајем позитивистичког начина мишљења који је у то време имао значајано упориште у западноевропској и англосаксонској научној мисли и у складу са основним поставкама филозофског позитивизма (сматрало се да законитости које владају у природи треба открити и на подручју друштвених наука). Психолошке теорије кривице су афирмисале идеју да кривицу у основи треба посматрати као емпиријски проверљиву чињеницу. Отуда се, према овим теоријама, кривица своди само на одређене психичке процесе и веома једноставно дефинише као психички однос учиниоца према делу. Полазне основе на којима почивају психолошке теорије кривице су најпре Листов (*Liszt*) натуралистички, односно објективно-каузални појам радње (који је настао под утицајем механичког и контемплативног материјализма и био камен темељац целокупне „објективне" догматике) затим, Белингова (*Beling*) подела елемената кривичног дела на објективне, који чине биће и субјективне, који чине унутрашњу страну кривичног дела, као и Биндингов (*Binding*) објективно-формални појам противправности.[2]

Основна карактеристика психолошких теорија кривице јесте њихова једноставност. Међутим, јасно је уочљива и ограниченост њихове примене и то пре свега у односу на појам нехата. Наиме, пошто умишљај и нехат по својој природи имају хетерогену структуру, практично је било немогуће у складу са овим теоријама нехат свести само на пуки психички процес, јер је пре свега несвесни нехат садржински незамислив без нормативне компоненте. Осим тога, симплификовање кривице искључиво на констатацију одређеног психичког односа као пуке чињенице имало је за последицу то да психолошке теорије, због своје етичке безбојности и моралне индиферентности, нису могле да дају одговор на суштинско питање, а то је зашто одређени психички однос представља кривицу. Другим речима, ове теорије нису могле да изразе праву суштину кривице која је несумњиво много више од пуког психичког односа, јер нису располагале апаратуром која би била погодна да идентификује и марки-

[1] В. више о томе Н. Делић, „Теорије кривице и кривичноправни значај правне заблуде", *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања*, II део, Београд 2008, 171–191.

[2] C. Roxin, *Strafrecht, Algemeiner Teil*, Band I, München 2006, 195–197, као и E. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tubingen 1975, 367.

ра социјално-етичку страну кривице и осветли њену моралну утемељеност и друштвеност. Једном речју, суштински недостатак психолошких теорија је био у томе што су настојале да кривицу сведу на морално индиферентни психички процес, који као такав не може да резултира одговарајућим социјално-етичким прекором.

У складу са наведеним психолошким теоријама кривице и у нашем праву пошло се од става да кривица представља психички однос учиниоца према делу и да тај однос може бити двојак, тј. да се може манифестовати као умишљај или нехат. Тако су умишљај и нехат постали врсте или облици кривице, а кривица која се означавала појмом виност представљала је генерички појам за умишљај и нехат. Осим тога, урачунљивост је била издвојена из појма кривице/виности, што је опет довело до увођења (могло би се рећи сувишног) појма кривичне одговорности као вишег родног појма. Најзад, непосредна последица оваквог схватања је и непризнавање (неотклоњиве) правне заблуде као основа који искључује кривицу.

Даљи развој кривичноправне доктрине који се, са једне стране, огледа у напуштању индетерминистичког учења, а са друге стране у тенденцији уважавања личних својстава учиниоца кривичног дела, а под утицајем одговарајућих криминалнополитичких учења, довео је у сумњу и целокупно схватање кривице као чисто психолошке категорије. Наиме, постепено је постало сасвим јасно да само утврђивање психичког односа учиниоца према делу не значи истовремено и утврђивање оног психичког садржаја/супстрата који је сам по себи подложан прекору и осуди. Воља, као таква, не носи у себи и са собом прекор, већ се појављује само као један психички феномен који је правно и морално безбојан, а сам садржај воље показује се као недовољан за закључак о њеној невредности. Једном речју, воља се појављује као чист психички процес који још увек не даје одоговор на питање да ли је одређени учинилац крив или не. На овај начин оповргнута је не само теорија воље као варијанта психолошке теорије, већ и теорија свести, која такође своје учење о кривици заснива на психичком односу учиниоца према делу, а из разлога што ни свест као психички процес, исто као ни воља, не даје могућност да се објасни у чему заправо лежи суштина прекора који се упућује учиниоцу кривичног дела. Сходно томе, најпре долази до појаве нормативних, а потом и (умерених) мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице.

Нормативне теорије кривице су настале у Немачкој почетком XX века на идеолошким основама субјективног идеализма и неокантовске филозофије вредности у складу са којом се афирмише мишљење да су и у кривичном праву вредновање и објект вредновања основне полазне тачке, те да тим дуализмом треба да буду про-

жети и основни кривичноправни појмови. Ова афирмација телеолошких приступа у кривичном праву имала је за последицу то да и сам појам кривице почиње да се везује за вредносне оцене. Посматрано у ширем контексту, настанак нормативних теорија кривице везан је за усвајање нових концепција о појму радње – финални појам, односно за напуштање Листовог објективно-натуралистичког појма радње кривичног дела, што је представљало окосницу целокупног кривичноправног система, као и напуштање дескриптивно-објективног схватања бића кривичног дела, које је представљало препреку за уношење вредносних судова у сам појам радње и тиме онемогућавало проширење платформе одговорности учиниоца са терена чисто психичког односа према делу на терен одговорности за саму невредност дела. Све ово је надаље омогућило слободно преплитање објективних и субјективних елемената у самом појму кривичног дела, тако да на тај начин кривично дело постаје објективно-субјективни феномен, при чему и противправност фигурира као објективно-субјективни појам, а кривица, као што је напред истакнуто, добија примесе нормативног. Све у свему, настанак нормативних теорија кривице представља веома радикалан захват у структуру до тада општеприхваћених института у науци кривичног права, јер се и многи институти који су се до тада сматрали независним од кривице, сада доводе у везу са њом. Пре свега, такав случај је био са противправношћу, која се дуго времена сматрала сасвим засебним кривичноправним појмом, а која у интерпретацији овог учења постаје критеријум оцене невредности као основа субјективне прекоривости. Сходно томе, могло би се рећи да је развојем науке кривичног права који је обележен настанком финалног појма радње, признавањем субјективних обележја бића кривичног дела као и признавањем субјективних момената конститутивних за противправност неког понашања, обезбеђена иницијална платформа за појаву нормативних теорија кривице, док су од непосредног значаја за њихов настанак биле Франкова (*Frank*) теорија „пратећих околности“ и „прекоривости,“ теорија о кривици као „могућности да се захтева другачије понашање“ као и већ споменута Велцлова (*Welzel*) финална теорија радње.[3]

Франкова теорија „пратећих околности“ и „прекоривости“. – Франк, који се сматра оснивачем нормативних теорија, први је формулисао и разрадио идеју да је кривица прекор (*Schuld ist Vorwurf*), пребацивање, а остварено биће кривичног дела, објект тог прекора. Према овом аутору кривица није садржана у психи учиниоца, већ представља суд који нам говори то да је једно противправно понашање услед одређених околности подложно прекору, тј. да се учини-

[3] A. Schönke/H.Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2001, 145, као и C. Roxin, 282.

оцу за то може пребацити. Сходно томе, аутор сматра да се кривица не исцрпљује у психичком односу учиниоца према делу, већ у суштини представља једну нормативну (*normative*) појаву, тј. почива на вредносном (*wertender*) суду. Надаље, према Франковом мишљењу, постојање прекора који представља суштину кривице зависи од три предуслова, а то су: урачунљивост, умишљај и нехат и „нормалне пратеће околности“ (*normalen Beschaffenheit der Umstände*). Урачунљивост и постојање умишљаја и нехата Франк убраја у тзв. опште основе за изрицање прекора због предузете противправне радње која садржи обележја бића неког кривичног дела. Међутим, да би прекор који је заснован на наведеним општим претпоставкама могао бити упућен конкретном учиниоцу за конкретно дело, неопходно је да је он поступао/деловао у „нормалним пратећим околностима.“ Ово надаље значи да је могуће да у конкретном случају постоје општи услови за кривични прекор (урачунљивост и умишљај), али да се он због постојања одређених околности учиниоцу не може упутити за дато дело (таква околност је, на пример, стање нужде). „Нормалне пратеће околности“ су због своје превасходно објективне природе касније под утицајем критике замењене субјективним елементом означеним као „нормално мотивисање“ (*normale Motivierung*), односно „мотивисајуће значење“ (*motivierende Bedeutung*), а што би надаље значило да у конкретном случају нису постојале околности које би онемогућиле то да одговарајуће правне норме одврате учиниоца од извршења противправног дела, односно да су га постојеће околности могле мотивисати на понашање које би било у складу са одговарајућом нормом, али се он „оглушио“ на њихово деловање. Суштину овако схваћене кривице Франк је назвао „прекоривост“ – прекорност/пребацивост (*Vorwerfbarkeit*). Овај израз је требало да означи да се забрањено понашање неком може приписати у кривицу само уколико му се на основу њега може упутити прекор.[4]

Допринос овог аутора се пре свега огледа у томе што међу првима уочава основне слабости психолошких теорија и указује на неопходност садржинског обогаћења кривице, истичући да се она ни у ком случају не може исцрпети само у умишљају и нехату и да је очигледно да њена егзистенција зависи и од неких других момената/елемената, а што је у крајњој линији за последицу имало уношење нормативног елемента у појам кривице.

Теорија о кривици као „могућности да се захтева другачије понашање“. – Франкова теза о кривици као прекору даље је разрађена од стране Голдшмита (*Goldschmidt*) и Фројдентала (*Freudenthal*). Оба ова аутора су у својим радовима посебну пажњу посветила

[4] *Ibid*., 195, 856–857. и П. Новоселец, *Темељни актуелни проблеми кривње у кривичном праву*, ДД, Загреб 1985, 127.

трећем елементу Франковог појма кривице, тј. питању да ли је индивидуални учинилац у конкретном случају, а с обзиром на околности датог случаја, у тренутку извршења кривичног дела био у стању да се понаша у складу са захтевима правног поретка, или, другим речима, да ли се од њега у конкретном случају могло очекивати да се понаша другачије него што се понашао. Ако се од учиниоца није могло очекивати другачије понашање које би било у складу са захтевима правног поретка, не би се могло говорити о његовој кривици. Како се наводи, повод за настанак ових теорија били су неки случајеви крајње нужде код којих се у суштини није могло оправдати ни искључење противправности, али ни осуда учиниоца (тзв. „случај непослушног коња" из 1897. године). Наиме, у датим ситуацијама није било основа за прекор учиниоца, иако је у чисто психолошком смислу кривица постојала. Отуда се као ново обележје кривице уводи „могућност да се захтева другачије понашање" (*Zumutbarkeit Anderen Verhaltens*), код нас преведено као „приписмост", односно „приписивост", и у том смислу се сматра да кривица не постоји уколико такве могућности није било. При томе, како се истиче, ова могућност није психолошке, већ нормативне природе и у суштини представља вредносни суд о делу учиниоца, тј. суд о невредности дела којим учинилац крши одређену норму. Дакле, присталице ових теорија у појам кривице уносе нови, нормативни елемент који се састоји у могућности да се захтева другачије понашање. Сходно томе, учинилац се може прекорети за своје понашање само ако се од њега могло захтевати другачије понашање. Односно, немогућност да се захтева другачије понашање искључује кривицу. Ово схватање је најпре имало упориште само у односу на нехатна кривична дела, али се касније проширило и на умишљајна, а осим тоге, утицало је и на проширење схватања појма крајње нужде.[5]

Надаље, с обзиром на то на који начин је био одређен критеријум могућности да се захтева другачије понашање, ова теорија има две варијанте: индивидуализирајућу и генерализирајућу.

Главни представник индивидуализирајуће теорије је Фројдентал који Франкове „пратеће околности" означио као „мотивационе моменте" (*Motivationsdrucks*) од којих зависи да ли се од учиниоца могло захтевати понашање у складу са нормама правног поретка и уколико су у конкретном случају ове околности биле такве да им се учинилац није могао одупрети (није имао могућност), не може му се ни упутити прекор за учињено дело, што значи да нема ни кривице. У складу са овим схватањем, могућност да се захтева другачије понашање постаје етички елемент кривице (тзв. етички утемељена индивидуализирајућа теорија), јер се мотиви који су довели до кривич-

[5] C. Roxin, 856 и П. Новоселец, 126–127.

ног дела превасходно етички вреднују и сходно томе се сматра да кривичноправни прекор није основан уколико је искључена могућност етичког прекора. Но, могло би се рећи да је осим пренаглашеног „етизирања“ недостатак овог схватања и у томе што се суд о кривици изводи из пуког фактицитета, тј. само на темељу испитивања могућности учиниоца, а уз неоправдано занемаривање дужности да се поштује дата норма.[6]

Надаље, најзначајнији представник генерализирајуће теорије је био Голдшмит који је оправдано инсистирао на уношењу вредносних судова у појам кривице и у том смислу пошао од разликовања кривичноправне норме на „обавезујућу/дужносну норму“ и „оправдавајућу норму“ (*Pflichtnorm und Rechtsnorm*). Према овом аутору предмет обавезујуће/дужносне норме је спољно понашање и она је као таква обавезна за свакога и значајна за противправност, а функција оправдавајуће норме је та да утврђује утицај норме на представе и мотиве појединца и стога је значајна за кривицу. Сходно датом, обавезујућа/дужносна норма је та која успоставља дужност да се поштује правна норма, но та дужност неће постојати ако у конкретном случају превазилази психофизичке могућности људи. Отуда, уколико се од неког у конкретном случају не може захтевати другачије понашање, при чему се као релевантне не узимају индивидуалне психофизичке могућности појединца, већ могућност оправдавајуће норме да делује на мотивациони процес „просечног грађанина“ (*Durchschnittsmenschen*), онда му се ни не може упутити прекор, и стога кривица не постоји.[7]

Основна замерка овом схватању је што се критеријум просечног грађанина у својој основи повезује са детерминизмом, а разлика између мотивације конкретног учиниоца и мотивације просечног грађанина своди на разлику њихових карактера. Сходно томе, сматра се да је став учиниоца према друштвеним вредностима, који је дошао до изражаја у вршењу кривичног дела, пре свега израз његове деформисане личности, његовог асоцијалног карактера.

Велцлова финална теорија радње. – Шире посматрано, може се рећи да је нови појам радње у научном систему кривичног права био креиран под утицајем друштвено-економских, идеолошких и криминално-политичких прилика које су владале у Немачкој почетком тридесетих година XX века. Наиме, у то време је развој науке кривичног права ишао у правцу уважавања субјективних момената у до тада претежно објективно орјентисаној догматици кривичног пра-

[6] С. Roxin*.,* 857; П. Новоселец,129. О кривици као етичком појму у грађанском праву в. детаљније М. Караникић, „Кривица као етички или технички појам“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 181.

[7] П. Новоселец, 130.

ва. Међутим, реализација тог развојног правца попримила је у конкретним приликама и веома реакционарне видове, у том смислу што се у немачкој теорији кривичног права, а пре свега под утицајем друштвено-економских и политичких прилика, у контексту датог све изразитијег померања тежишта од објективног ка субјективном, садржински мења и сам појам противправности, тако да се она све мање схвата као повреда или угрожавање заштићеног добра, а све више као суд о моралној и етичкој невредности учиниочевог личног става и политичког уверења. Тако је суштина противправности везивана за различите субјективне моменте, што је довело до „етизирања" кривичног права и формирало теоријски основ који је требало да омогући да се кривичноправна санкција првенствено „веже" за учиниочево уверење, његов политички и морални став. Сам идеолошки основ датих схватања представљале су идеје неокантовске југозападне немачке филозофске школе које су својим „спекулацијама" („метода вредновања") кривично право напросто удаљиле од стварног живота, уместо да га сасвим супротно, уважавањем субјективних момената, приближе животној стварности. У датом контексту, ослањајући се на феноменолошку филозофију Хартмана (*Hartmann*) и његову онтологију, Велцл критикујући како натурализам и механички материјализам, тако у извесној мери и неокантовску филозофију вредности прожету субјективним идеализмом, а у основи заступајући радикални субјективизам, у својим теоријским разматрањима даје један нови појам радње у којем је објективни моменат потпуно занемарен на рачун субјективног.[8]

Полазна тачка у учењу о финалној радњи јесте да је људска радња сврсисходни акт, односно да је финалност битна онтолошка одлика радње, а тиме и људске делатности уопште, и да се по овоме она разликује од каузалног збивања. Сходно томе, људска радња не може постојати ако није циљна, јер она представља акт коме је циљна усмереност иманентна. Другим речима, ако људска радња није усмерена ка одређеном циљу, онда она престаје да буде „радња" и укључује се у слепи каузални ток збивања.[9] Надаље, из овога произлази и основна поставка теорије о финалној радњи, а то је да је усмереност на циљ, финалност, идентична са умишљајем, тј. да је радња циљно спровођење умишљаја, односно, да је умишљај нераздвојни елемент радње, што опет значи да је он истовремено и основни субјективни елемент умишљајног бића кривичног дела, као и важна индиција противправности сваког умишљајног дела. У том смислу Велцл надаље саму противправност одређује као један вредносни суд, и то негативни вредносни суд о односу радње према норми. При томе, сматрало се да овај вредносни суд може бити објективан само као опште мерило, а да предмет тог суда јесте кривично

[8] C. Roxin, 203–204.

[9] H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, 33.

дело које представља јединство објективних и субјективних елемената. Сходно томе, полази се од мишљења да је за постојање кривичног дела од примарног значаја да се утврди невредност радње с обзиром на морални став учиниоца. Другим речима, није битан остварени резултат неке радње, већ су битне трајне унутрашње тенденције које детерминишу понашање учиниоца. Као што се може видети, усвајање датог субјективног појма радње за последицу је имало и суштински другачије схватање противправности, тако да је приликом њене оцене одлучујући значај имао субјективни, социјално-етички моменат који је изражен у финалном својству радње, у њеној сврсисходној усмерености. Оваквим приступом Велцл елементе противправности налази претежно у личности учиниоца, у невредном усмеравању радње, односно егзистенцију противправности неког понашања примарно везује за субјективне моменте, што у крајњој линији за последицу има то да за овог аутора кривично дело у првом реду представља повреду дужности, а тек узгредно и повреду заштићеног добра. Финална теорија радње имала је непосредни значај и за појам кривице јер, као што је наведено, тиме што је умишљај као интегрални део радње и као субјективни елемент бића кривичног дела постао конститутиван за кривичноправни значај неког понашања, он је потпуно изузет из кривице. Тако, умишљај као објект суда о невредности није више и елемент тог суда, односно кривице. Сходно томе, „изгубивши“ умишљај, кривица је постала потпуно нормативан појам. Она је отуда чист суд о невредности дела, односно прекор упућен урачунљивом учиниоцу што своју одлуку није донео у складу са морално-етичким вредностима, иако је то могао да учини. Укратко, према овом схватању, кривица зависи од одговора на питање да ли је учинилац могао и другачије да поступи него што је поступио у конкретном случају. Надаље, егзистенцијалним претпоставкама кривице Велцл сматра слободу воље и урачунљивост. Од егзистенцијалних претпоставки кривице разликују се конститутивни елементи кривице у односу на конкретно кривично дело у које спадају интелектуални и волунтативни елемент кривичног прекора, односно „прекоривости.“ Интелектуални елемент кривичног прекора састојао би се у томе да је учинилац знао и могао знати битна обележја бића кривичног дела садржаног у његовом понашању и да је знао и могао знати да је његово дело противправно, при чему знање битних обележја бића кривичног дела има двоструку функцију, представља конститутивни елемент умишљаја и истовремено конститутивни елемент кривичног прекора. Волунтативни елемент кривичног прекора пак, сводио би се на питање да ли се у конкретној ситуацији од одређеног учиниоца могло очекивати да поступа у складу са захтевима правног реда.[10]

[10] П. Новоселец, 139–141.

Недостаци финалне теорије радње јасно су били уочљиви пре свега код нехатних кривичних дела, као и код кривичних дела нечињења. Осим тога, овако екстремно проширивање појма радње за последицу је имало то да се у оквирима чисто нормативних теорија кривице појам кривице крајње сужава, јер се она одваја од умишљаја и нехата и своди само на оцену и закључак о невредности дела као чисто објективан суд, независтан од психичког односа учиниоца према делу. Због тога је и сама финална теорија радње претрпела критике и била напуштена и у претежном делу немачке доктрине замењена социјалном теоријом радње. Но, у целини посматрано ово учење је ипак дало допринос прогресивном развоју кривичноправне науке, а у том смислу и настанку и развоју нормативних теорија кривице.

Као што је напред наведено, нормативне теорије кривице су пре свега настале на спознаји да се нехат не може објаснити уколико се остане у сфери чистог психологизма, јер се он сходно својој природи не може свести на пуки психички однос. Сходно томе, сазрело је схватање да је за кривицу потребно још нешто осим умишљаја и нехата, који су на тај начин прво „деградирани“ на ранг елемената кривице, а потом пребачени у неправо. Кривица је тако практично „изгубила“ везу са умишљајем и нехатом и била је сведена само на прекор, који је био квалитативно једнак и код умишљаја и нехата („теорија јединствене кривице“). Овај недостатак је пак, на известан начин отклоњен кроз „теорију о двострукој улози/функцији умишљаја,“ према којој умишљај има две улоге, прву, да у оквиру неправа показује смисао радње, и другу, да у оквиру кривице показује невредност дела. Оваквим решењем нормативне теорије кривице су ипак посредно „признале“ да степен кривице не може бити једнак код умишљаја и нехата.

Сам развој нормативних теорија кривице карактерише то што се у појам кривице уместо елемента који се означавао као „могућност да се захтева другачије понашање“ као суштински, кључни елемент, њено централно обележје уноси свест о противправности. Сходно томе, према нормативним теоријама кривице, кривица се утврђује тако што се оцењује/вреднује однос учиниоца према одређеним нормама и на основу тога доноси закључак о оправданости прекора који му се упућује. Једноставно речено, кривица је објективни вредносни суд (негативна оцена) који је заснован на критеријуму свести о противправности, тј. разлог прекора је одговарајућа свест о противправности.[11]

Све наведено резултирало је и ставом да је могуће да учинилац у конкретном случају буде урачунљив и да има одговарајући психич-

[11] C. Fiore, *Diritto penale, Parte generale*, Torino 1995, 362–368, као и A. Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale, I*, Verona 2007, 287–294.

ки однос према делу, умишљај, али да кривица (која је изван умишљаја и нехата) не постоји јер, с обзиром на непостојање свести о противправности, учиниоцу није оправдано упутути прекор. Другим речима, последица овог схватања је то да правна заблуда под одређеним условима (неотклоњива) може да искључи кривицу.

Ако се даље посматра генеза теорија кривице, уочава се да се суштински недостатак нормативних теорија кривице састоји у томе што на артифицијелан начин одвајају суд о кривици од њеног психолошког супстрата, што је усмерило даљи развој теорија кривице у правцу настанка (умерених) мешовитих, психолошко-нормативних теорија, које полазе од комплексног појма кривице и одређују је као унутрашњи однос учиниоца према делу због којег му се може упутити прекор.

Ове теорије своје упориште имају у ставу да се не може доћи до исправног и потпуног суда о кривици уколико се не процењује и субјективни, психолошки садржај који постоји код учиниоца у односу на дело које је учинио. Стога се увек полази од психолошког садржаја који се допуњава нормативним елементима и у том смислу кривица је јединство реалног, материјалног, субјективног, психолошког супстрата и објективног, вредносног, правног суда о њему, који има своју социјално-етичку димензију и чија садржина је одређена доминантним друштвеним моралом. Једном речју, кривица је јединство онтолошког и нормативног.[12]

Сходно томе, према овим теоријама кривица је виши родни појам, сложена категорија која обухвата следеће елементе: урачунљивост, умишљај и нехат и свест о противправности.

Урачунљивост је неопходна претпоставка или обавезан елеменат кривице и представља способност учиниоца за кривицу која подразумева исправност његовог психичког апарата. Урачунљивост подразумева постојање способности расуђивања и способности одлучивања. По правилу, полази се од претпоставке урачунљивости и она се у конкретном случају утврђује само онда када се појави сумња да је реч о неурачунљивом учиниоцу, што значи да се тада не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост.

Према психолошко-нормативним теоријама кривице умишљај и нехат су истовремено и елементи и облици кривице. Елементи зато што не садрже читаву кривицу, као у оквиру психолошких теорија, већ морају бити и вредновани. При томе, они су елементи од посебног значаја и то из два разлога. Првог, јер дају суштински печат кривици и другог, јер се остали елементи (урачунљивост и свест о противправности) претпостављају, па је практично у највећем броју случајева утврђивањем умишљаја и нехата, решено и питање кривице.

[12] З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд 2007, 156.

Истовремено, умишљај и нехат су и два појавна облика кривице, односно два различита степена кривице, јер у основи умишљај значи свесно кршење друштвених норми и отворено супротстављање темељним друштвеним вредностима, а нехат само равнодушност према њима. Сходно томе, кривично право узима у обзир одговарајуће социјално-етичко вредновање и правно га артикулише на тај начин што се умишљајном и нехатном учиниоцу упућује прекор различите тежине. Међутим, овде треба имати у виду и то да осим тога што умишљај и нехат чине садржину саме кривице, њихови одређени сегменти појављују се већ на нивоу предвиђености у закону, тј. обухваћени су бићем кривичног дела. Дакле, у том смислу они су облик понашања које је предвиђено као кривично дело и облик кривице (теорија о двострукој функцији умишљаја и нехата).[13]

Најзад, као трећи конститутивни елемент кривице јавља се и свест о противправности чије уважавање као елемента кривице значи напуштање начела *error iuris nocet* или *nemo censetur ignorare legem* и схватања да је правна заблуда ирелевантна за постојање кривице, односно самог кривичног дела.

Ако после свега пажњу усмеримо на садржину чл. 22, ст. 1 Кривичног законика Србије у коме је дефинисана кривица, у односу на свест о противправности као њен елемент, можемо да уочимо следеће: прво, свест о противправности је самостални елемент кривице и друго, свест о противправности може бити актуелна и потенцијална.

Осим тога, у вези свести о противправности могу се поставити и два питања: прво, шта чини садржај/предмет свести о противправности и друго, каква је њена природа/суштина?

Свест о противправности је самостални елемент кривице који се претпоставља и чије се постојање не мора утврђивати у сваком конкретном случају, те се полази од обориве претпоставке да она постоји. Другим речима, полази се од претпоставке да је сваки просечан, нормалан човек свестан дозвољености, односно забрањености сопственог понашања.

Свест о противправности је самостална компонента кривице и њено постојање или одсуство нема никаквог значаја за постојање умишљаја или нехата. Наиме, свест о противправности је знање учиниоца да се са својом радњом сукобљава са правом, да чини нешто забрањено и разликује се од интелектуалног елемента умишљаја који се састоји у свести о битним обележјима бића кривичног дела. Стога се прво утврђује да ли је учинилац поступао са умишљајем, а након тога и да ли постојала свест о противправности.

[13] *Ibid.*, 122, 158.

По својој природи свест о противправности може бити актуелна или потенцијална, односно она не мора увек да постоји, довољно је да је постојала дужност и могућност да се таква свест има.

Наведена схватања да је свест о противправности самостални елемент кривице и да је за постојање кривице довољна и потенцијална свест о противправности последица су усвајања тзв. „теорије кривице."

Наиме, у кривичноправној доктрини не постоји јединствен став по питању места свести о противправности у оквиру кривице и ту се у основи разликују два гледишта. Једно, према коме је свест о противправности део умишљаја и друго, према коме је она самостални елемент кривице. С тим у вези је и питање да ли је за постојање кривице неопходна актуелна свест о противправности или је довољна потенцијална свест о противправности. С обзиром на начин решавања датих питања издвојиле су се четири теорије: строга теорија умишљаја, ограничена теорија умишљаја, строга теорија кривице и ограничена теорија кривице.

Присталице строге теорије умишљаја сматрају да умишљај не обухвата само свест о појединим обележјима бића кривичног дела већ и свест о противправности. Основна идеја ове теорије је да свест о обележјима бића кривичног дела добија смисао тек ако се повеже са свешћу о противправности. То надаље значи да свест о противправности мора бити актуелна, што ову теорију чврсто везује за психологизам, јер се и свест о противправности третира искључиво као чист психички процес без нормативних елемената. Сходно томе, основна слабост овог схватања је што занемарује нормативност свести о противправности и сам принцип кривице дефинише преуско, јер недовољно наглашава значај дужности сваког члана друштва да према својим могућностима испита исправност својих поступака. Осим тога, ова теорија има слабости и на плану догматике, јер, са једне стране, уводи тзв. „правни нехат", док, са друге стране, долази до неоснованог цепања умишљаја на две врсте: редовни облик умишљаја, који је укључен у свест о противправности и „природни умишљај" који се исцрпљује у свести о законским обележјима кривичног дела.[14]

Слабости строге теорије умишљаја покушао да превазиђе Мацгер који је заступао ограничену теорију умишљаја и у том смислу је одступио од начела да свест о противправности увек мора бити актуелна и стао на становиште да је довољна и потенцијална свест о противправности, чиме се у ствари у великој мери приближио самој теорији кривице. Наиме, овај аутор је увидео неодрживост конструк-

[14] П. Новоселец, 171–172.

ције правног нехата и сматрао да ће се у овим случајевима неосновано позивање учинилаца на правну заблуду избећи ако се теорија умишљаја ограничи у том смислу да се правној заблуди не призна дејство у случајевима када она почива на тзв. „правном слепилу," које је касније замењено појмом „непријатељског става према праву." Одступање од строге теорије умишљаја аутор је објашњавао тиме да ова теорија вреди само у мери у којој не противуречи општем правном принципу према коме се правна заблуда у одређеним случајевима изједначава са свесном побуном против права, што надаље значи да у таквим случајевима учинилац треба да буде кажњен као да је умишљајно поступао.[15]

Према строгој теорији кривице, свест о противправности или могућност свести о противправности представља самостални елемент кривице који је независтан од умишљаја. За разлику од теорије умишљаја, теорија кривице се задовољава и потенцијалном свешћу о противправности. Према овом схватању кривица је искључена само ако правна заблуда није скривљена, а то ће бити само онда када је неотклоњива. Ако је пак, правна заблуда била отклоњива, то нема никаквог дејства на постојање умишљаја. Међутим, пошто се и у том случају степен кривице у суштини „смањује", учиниоцу се казна може ублажити. Иначе, теорија кривице везана је за напред објашњену Велцелову финалну теорију радње и настала је као нужна консеквенца изједначавања финалности и умишљаја. Наиме, ако се пође од тога да је умишљај у суштини начин управљања каузалним током и да сходно томе спада у неправо, онда је сасвим логично и то да свест о противправности нема на њега никакав утицај јер умишљај припада сфери онтолошког, а свест о протиправности сфери нормативног. Заслуга ове теорије је пре свега у томе што је афирмисала потенцијалну свест о противправности као довољну за упућивање прекора.[16]

Представници ограничене теорије кривице слажу се са представницима строге теорије кривице да је свест о противправности елемент кривице, а не умишљаја. Но, од њих се разликују по томе што заблуду о основима који искључују противправност не третирају као правну заблуду и сматрају да она искључује умишљај уколико се у конкретном случају није могла избећи, односно уколико се могла избећи постоји одговорност за нехат ако се ради о кривичном делу код кога је нехат кажњив. Међутим, приликом аргументовања датог става настају значајне потешкоће које произилазе из тога што код заблуде о основима који искључују противправност, остаје сачувана свест о обележјима бића кривичног дела, као и воља да се то

[15] *Ibid.,* 176–177.

[16] *Ibid.,* 178–179.

биће оствари, те сходно томе остаје отворено питање зашто је умишљај искључен.

С тим у вези издвојила су се три става: теорија о негативним обележјима бића кривичног дела, теорија о аналогији између заблуде о бићу дела и заблуде о основима који искључују противправност и теорија о изједначавању заблуде о основима који искључују противправност и заблуде о бићу кривичног дела само у односу на санкцију. Теорија о негативним обележијима бића кривичног дела полази од тога да су околности које искључују противправност као негативно обележје саставни део бића кривичног дела. Умишљај се стога мора односити на такво проширено биће кривичног дела и, осим свести о бићу кривичног дела, мора садржати и свест о непостојању основа који искључују противправност. Отуда, према овом схватању, заблуда о основима који искључују противправност јесте једна врста заблуде о бићу кривичног дела. Основни недостатак ове теорије је у томе што је она суштински нереална, јер је умишљај схваћен на дати начин практично немогућ, пошто у пракси учиниоци кривичних дела по правилу никад не размишљају о одсуству основа који искључују противправност. Теорија о аналогији између заблуде о бићу кривичног дела и заблуде о основима који искључују противправност, полази од структурних сличности ових заблуда које произилазе из тога што се обе односе на дескриптивна и нормативна обележја неког правног правила, при чему се заблуда о бићу кривичног дела односи на обележја бића, а заблуда о основима који искључују противправност, на обележја основа искључења противправности и због тога се обе заблуде у једнакој мери разликују од правне заблуде код које постоји исправно схватање свих поменутих обележја, само је вредносни суд о њима погрешан. Због наведене сличности, сматра се надаље, оправдано је да заблуда о обележјима бића кривичног дела и заблуда о основима које искључују противправност имају исто кривичноправно дејство те да је и код једне као и код друге заблуде искључен умишљај, као и противправност. Основни приговор који се упућује овој теорији је да се у крајњој линији своди на теорију о негативним обележијима кривичног дела, јер у суштини нема аргументе да оправда аналогију на којој цела конструкција почива. Недостаци теорије о аналогији довели су до настанка теорије према којој је заблуда о основима које искључују противправност изједначена са заблудом о бићу кривичног дела само у погледу санкције. Ова теорија у основи полази од теорије о двострукој улози/функцији умишљаја, те се узима да је у случају заблуде о основима који искључују противправност постоји умишљај као елемент противправности, али да је искључена умишљајна кривица и да у обзир долази једино одговорност за нехат. Наиме, како се сматра, учинилац је у том случају са умишљајем остварио биће кривичног дела, али је погрешно сматрао да

постоје околности, које би да су заиста постојале оправдавале његову радњу и уколико је ту заблуду могао да избегне учиниоцу се, узевши у целини, може упутити прекор само због нехата. Другим речима, умишљај у односу на обележја бића кривичног дела и нехат у односу на околности које искључују противправност оправдавају у тоталитету само нехат. Чини се да је јасно уочљива противречност у коју запада ова теорија тиме што се сматра да умишљајне кривице нема у случају када је биће кривичног дела остварено са умишљајем.[17]

Најзад, по питању шта чини садржај/предмет свести о противправности, или, другим речима, када свест о противправности постоји, односно које су то околности које учинилац мора знати да би био свестан противправности, треба рећи да сходно законској одредби она постоји када је учинилац био свестан да је његово дело забрањено. Иако у теорији постоје различита мишљења о томе шта се под тим конкретно подразумева, треба узети да свест о противправности постоји када је учинилац свестан правне забрањености дела које предузима тј. када код њега постоји свест о томе да чини понашање које је правом, правним нормама забрањено. Сходно томе, свест о противправности постоји када је учинилац свестан да је његово понашање противно правном поретку, односно да представља напад на неко правом заштићено добро, што у суштини значи да је учинилац на један лаички начин свестан тога да чини неправо. При томе, постојање свести о противправности не значи да се захтева да учинилац познаје правну норму у њеном конкретном облику, тј. да познаје текст закона којим се одређено понашање забрањује или наређује јер када би се то захтевало, онда би сасвим основан био приговор да само правник може бити крив (и то не сваки). Из наведеног надаље произилази да свест о противправности не мора да обухвати и свест о кажњивости. Наиме, свест о кажњивости практично у себи увек садржи и свест о противправности, али свест о противправности не садржи увек и свест о кажњивости. Даље, када је реч о односу свести о противправности и свести о друштвеној штетности понашања, треба рећи да свест о друштвеној штетности није довољна за постојање свести о противправности јер не обухвата и свест о томе да дато добро које се у конкретном случају повређује или угрожава истовремено представља и правно добро, односно не обухвата свест о томе да повреда или угрожавање датог добра истовремено представља и угрожавање правног поретка и правне сигурности. На крају, из претходно реченог јасно произилази и то да за постојање свести о противправности није довољна ни само свест о неморалности датог понашања.[18]

---

[17] *Ibid.*, 180–186.

[18] З. Стојановић, (2007), 177–179, З. Стојановић, *Правна заблуда у новом Кривичном законику*, РКК, 2006/3, 15–16; П. Новоселец, 168; В. Камбовски, „Норма-

Када је реч о природи/суштини свести о противправности, а ако пођемо од тога да свест о противправности подразумева и актуелну и потенцијалну свест о противправности, могло би се најпре закључити да је реч о психолошко-нормативној категорији. Наиме, у случају актуелне свести о противправности доминантна је свест учиниоца као психичка чињеница, док код потенцијалне свести о противправности долази до изражаја њен нормативни карактер, јер је учинилац био дужан и могао, а није удовољио датом захтеву.

Међутим, сматрамо да дата констатација никако не може да буде дефинитивни одговор на питање каква је природа свести о противправности, јер се до њега практично може доћи само преко одговора на још једно питање, а то је, шта код свести о противправности има већи значај за оправдање прекора који се упућује учиниоцу, да ли је то свест или је то дужност и могућност? У вези овог питања могућа су два одговора. Први, према коме је свест о противправности примарно нормативна категорија, јер је сама свест као психички процес по својој природи вредносно неутрална и етички безбојна и у том смислу у контексту свести о противправности по свом значају не превазилази сопствени пуки фактицитет. Са друге стране, пак, противправност као вредносна категорија увек претпоставља одређени захтев који је стављен пред учиниоца, односно норму која му налаже одређено понашање, и ако се он није понашао на дати начин, а био је дужан и могао, следи закључак о томе да није удовољио својој дужности, тј. да се одлучио за неправо иако се могао одлучити за право, што управо говори о његовом негативном ставу према правном поретку.[19] Другим речима, код свести о противправности психички фактицитет се у основи интегрише са дужношћу и могућношћу, које као што је познато нису емпиријске чињенице већ припадају сфери вредновања, и том приликом свест о противправности заправо губи онтолошки карактер, али задржава своју онтолошку суштину, док би пак, вредносна, нормативна, аксиолошка компонента била та која примарно дефинише ово нераскидиво психолошко-нормативно јединство. И други могући одговор према коме је свест о противправности примарно психолошка категорија,[20] при чему његово објашњење захтева један шири контекст посматрања.

Наиме, ако се још једном присетимо генезе теорија кривице, несумњиво је да су прво настале психолошке теорије према којима кривица има чист психолошки супстрат дефинисан преко свести и

тивна концепција за винаша“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу и Зборник радова Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопју, посвећен проф. др. Ф. Бачићу*, Загреб-Скопје 2007, 165–166.

[19] Тако, П. Новоселец, 195.

[20] Тако, З. Стојановић, (2007), 155–156.

воље учиниоца, а потом, нормативне теорије, према којима се нормативни супстрат кривице огледа у прекору заснованом на свести о противправности. Дате теорије су се потом, интегрисале у виду мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице које у суштини повезују психолошки супстрат и суд о невредности дела, прекор. Сходно томе, условно речено, на једној, психолошкој „страни" кривице као сложене/комплексне категорије налазе се урачунљивост, умишљај и нехат, а на другој, нормативној „страни" је суд о невредности дела. Међутим суд о невредности дела по природи ствари увек са собом носи, подразумева и свој основ, претпоставку, а то је свест о противправности. Дакле, на нормативној страни овог комплексног појма кривице осим суда о невредности дела налази се и свест о противправности. При томе, ако би се у оквиру комплексног појма кривице свест о противправности посматрала као примарно психолошка категорија, као сегмент материјалног супстрата кривице, то би практично значило модификовање изворног психолошко-нормативног схватања појма кривице, јер се свест о противправности према овом гледишту из нормативног пребацује у психолошки супстрат. При томе, није сувишно нагласити да овакав начин приступа проблему никако не значи давање предности психолошким теоријама кривице, на рачун нормативних теорија, већ сасвим оправдано, квалитативно обогаћење психолошког супстрата на основу кога се прекор упућује. Истина, на овај начин прекор као нормативна категорија губи своју непосредну/изворну нормативну претпоставку, али истовремено, што је по нашем мишљењу и далеко значајније, добија „нову" психолошку, квалитативно сложенију претпоставку.

Према томе, стојимо на становишту да третирање свести о противправности као нормативне категорије у суштини представља „само" изворну примену психолошко-нормативне теорије кривице, односно пуко спајање психолошких и нормативних теорија кривице, док став, коме овде дајемо предност, према коме је свест о противправности примарно психолошка категорија, подразумева не само спајање ових теорија, већ и њихово прогресивно интегративно модификовање које је остварено на тај начин што се свест о противправности садржински интегрише у психолошки суспстрат и тиме тај супстрат престаје да буде вредносно неутралан и етички безбојан, односно добија „своју" примарну „дозу" нормативности, а која се потом у својој потпуности (тоталитету) остварује кроз сам суд о невредности дела којим учинилац крши норму и суд о његовом односу према тој норми и добру које та норма штити, једном речју, кроз прекор који се упућује учиниоцу кривичног дела.

Сходно свему наведеном сматрамо да је у оквирима мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице сасвим основано тре-

тирати свест о противправности као примарно психолошку категорију, тј. као психолошки елемент кривице, који заједно са урачунљивошћу и умишљајем односно нехатом чини њен психолошки супстрат на коме се заснива суд о невредности дела.

Nataša Delić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

A SENSE OF PROHIBITION OF THE ACT AS A CONSTITUTIONAL ELEMENT OF GUILTINESS

Summary

Till the ratification of Criminal Code of Republic of Serbia the materially-formal general notion of criminal offence as well as psychical theories of guilt were accepted, according to which the culpability comes up to only a psychical attitude of perpetrator to a felony and is been defined according to his sense/aware and volition. The implication of this concept was the legal decision according to which legal error did not have any influence to existence of guilt and criminal offence/criminal act but only symbolized optional ground for lenient or divestiture from the punish. The Criminal Code of Republic Serbia in accordance to a modern inheritance of criminal legal theory adopts formal concept of general notion of criminal offence and guilt defines in the line with miscellaneous, psychological-normative theories of guilt, according to which the guilt reflects psychical relation of perpetrator to offence for which purpose the lecture might be consigned to him. It is stipulated by the article 22. of the Criminal Code of Republic of Serbia the guiltiness is a complex category which consists of competence, intention and negligence and a sense of prohibition of the act. In the piece of the work the author firstly explains the way of sense of prohibition of the act become an element guiltiness by analyzing psychological, normative and psychological-normative theories of guiltiness and subsequently analyzes particular matters relating to a content and legal nature of sense of prohibition of the act. At the end of the work, the author briefly specifies the conclusions which the gained during the analysis of particular aspects of this extremely complex contention.

Key words: *Criminal offence. – Guilt/culpability. – Theories of guilt. – A sense of prohibition of the act. – Legal error.*

УДК 368.6:347.72

Мр Наташа Петровић Томић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОСИГУРАЊЕ ОД ОДГОВОРНОСТИ ДИРЕКТОРА И ЧЛАНОВА УПРАВЕ КОМПАНИЈА*

Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија је институт од све већег значаја. Како привредноправни амбијент двадесет првог века карактерише повећање регулативе која се односи на корпоративне директоре и перманентно подизање стандарда њихове одговорности, савремено пословање се тешко може замислити без института који умањује корпоративне ризике. Чланак је међу првима у нашој литератури који анализира осигурање од одговорности директора, фокусирајући се на његов појам и значај за корпоративно управљање. У првом делу рада, након дефинисања различитих значења која се придају појму осигурање од одговорности директора, аутор наводи круг лица која могу бити обухваћена покрићем. Извршни и неизвршни, зависни и независни директори, чланови управног одбора анализирани су као осигураници, уз истицање разлика у условима покрића. У другом делу рада аутор се бави значајем осигурања од одговорности директора за корпоративно управљање. Заштита чланова управе од одговорности, омогућавање регрутовања квалификованих кадрова и подстицање развоја добре праксе корпоративног управљања су основни показатељи значаја осигурања од одговорности за праксу корпоративног управљања.

Кључне речи: *Директори. – Чланови управног одбора. – Осигурање од одговорности. – Корпоративно управљање.*

1. ПОЈАМ ОСИГУРАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ ДИРЕКТОРА

1.1. Један појам – три значења

У ери корпоративних скандала и ширења одговорности као последице све већих и све чешћих оптужби на рачун корпоративних

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту *Развој правног сиситема Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)* Правног факултета Универзитета у Београду.

директора, институт којим се ова одговорност покрива изазива велико интересовање.[1] Сведоци смо свакодневних дебата о начинима унапређења корпоративног управљања. Посебно место у тој дебати припада изналажењу механизама дисциплиновања, одговорности и уопште контроле корпоративних директора. Део те дебате представља осигурање од одговорности директора.

Осигурање од одговорности директора и чланова управе друштва (енг: *directors' and officers' liability insurance*, фран: *assurance contre la responsabilité des dirigeants*, нем: *D&O Versicherung*)[2] је врста осигурања од професионалне одговорности. У англосаксонском праву, одакле потиче ова врста осигурања од професионалних ризика, овај појам се не употребљава једнозначно. Њиме се, заправо, означавају три потпуно различите врсте покрића. Прво, покриће типа А (енг: „*Side A Coverage*") покрива све трошкове (трошкове одбране, накнада штета, итд) које су директори и чланови управе, на основу правноснажне пресуде или поравнања, дужни да накнаде, а за које не могу добити обештећење од компаније.[3] Овај вид покрића пружа заштиту директорима и члановима управе друштва за случај да они из својих личних средстава морају да сносе трошкове одбране или накнаде штета. Његов значај долази до изражаја ако компанија не може (због инсолвентности), не сме (због законске или статутарне забране) или неће (због тога што је таква воља новог борда директора) да исплати накнаду уместо директора који су оглашени одговорним.[4] Историјски посматрано, овај вид покрића је први настао.[5] Тек кас-

[1] K. F. Brickley, „From Boardroom to Courtroom to Newsrooms: The Media and the Corporate Governance Scandals", *The Journal of Corporation Law*, Vol. 33, 3/2008, 636 и даље.

[2] Немачки оригинални назив за ово осигурање је *Haftphlichtversicherung der Manager und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaft*. Али, у пракси је одомаћен овај други (скраћени) назив, који упућује на англосаксонско порекло установе.

[3] R. Ek, *Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat*, Verlag C. H. Beck, München 2005, 197; K. Schelauske, „D&O Versicherung, Airbag für jeden Firmenchef", *Steuern & Finanzen* 2/2008, 36.

[4] R. C. Anderson, H. Lane, *Considering D&O Insurance*, 1. Доступно на: *http://eventuring.kaufmann.org/resources/resource.aspx?id=33990.*

[5] Корени осигурања од одговорности директора везују се за велику економску кризу тридесетих година прошлог века. Тада је је енглески Lloyd's први пут понудио могућност покрића за корпоративне директоре и уопште чланове управе. Међутим, о интензивнијем коришћењу овог осигурања може се говорити тек од средине 60-тих година. Поставља се питање шта је условило мањак интересовања за осигурање од одговорности директора. Успорени развој и мање коришћење овог осигурања могу се довести у везу са неколико обележја правног система оног времена. Прво, у то време је било спорно да ли закључење уговора о осигурању од одговорности директора од стране компанија тангира јавни поредак? Посебно ако је реч о покрићу штета које оне на основу закона нису овлашћене да накнађују. Проблем је решен доношењем закона који су *explicite* допуштали закључење овог осигурања, без

није, када се све чешће дешавало да и компаније буду тужене заједно са директорима, јављају се и други облици покрића.

Друго, покриће типа Б (енг. *Side B*; *indemnity coverage*) омогућава компанији да од осигуравача регресира трошкове које је исплатила уместо директора и чланова одбора за штете нанете у вршењу њихових функција.[6] То претпоставља да је реч о трошковима које је компанија на основу закона обавезана и/или овлашћена да плати уместо директора и чланова управе. Иако би се на први поглед могло помислити да се ради о осигурању од одговорности компанија, исправно је сврстати овај модалитет осигурања у осигурање од одговорности директора. У прилог наведене тврдње најбоље говори чињеница да се њиме покрива само тзв. индиректна одговорност компанија. Како индиректна одговорност компанија претпоставља директну одговорност њених директора и чланова управе, то се покриће типа Б може сматрати врстом осигурања од одговорности директора. Али, за разлику од покрића типа А – које је једино осигурање од одговорности директора у ужем смислу – покриће типа Б је осигурање од одговорности директора у ширем смислу. Полиса типа Б не обезбеђује покриће директне одговорности компанија. На основу поседовања полисе покрића Б, компаније од осигуравача могу потраживати само оно што су платиле на основу одговорности директора. Уколико оне желе да и њихова директна одговорност буде покривена осигурањем, морају да закључе посебан уговор. Иако компанија има несумњиви интерес да прибави покриће типа Б, пре него што се одлучи за такав потез треба да испита своје приоритете. Иако осигуравачима одговара да пружају покриће и компанијама, не може се губити из вида чињеница да експанзија осигурања од одговорности у смислу ширења и на заштиту компанија од индиректне одговорности има за последицу смањење заштите индивидуалних директора.[7]

обзира на то да ли је реч о штети коју је компанија могла да накнади. Друго, ризик одговорности директора био је неупоредиво мањи него данас тако да ни њихова заштита, ни атрактивност професије, нису зависили од постојања осигурања. Тек када су 60-тих година донети нови закони, којима је пооштрена одговорност директора, директори, компаније и судови су почели да увиђају значај овог осигурања и оно почиње да се продаје.

[6] G. S. Mogel, „A-Side D&O Is 'Sleep' Cover", *National Underwriter* 2/2003, 14.

[7] Ова појава је повезана са једном од карактеристика осигурања од одговорности директора. Наиме, лимит покрића доступан за заштиту директора исцрпљује се приликом исплате сваке накнаде из осигурања. Уколико се истом полисом обухвате и осигурање од одговорности директора и осигурање од индиректне одговорности компанија, а при том полисом не одреди редослед намирења, распололожива сума за исплату накнада из осигурања појединим директорима биће умањена плаћањем накнада оним осигурницима (било да је реч о директорима или компанијама) против којих је најпре подигнут тужбени захтев који

Треће, покриће типа Ц (енг. *Side C, entity coverage)* пружа заштиту самим компанијама за случај да оне буду тужене у вези са акцијама и другим хартијама које су издале (енг. *securities claims*).[8] Уколико поред директора буде тужена и компанија, она ће за износ накнаде који је њој досуђен моћи да се обрати осигуравачу само ако је обезбедила покриће овог типа.[9] Увођењем покрића типа Ц настоје се ускладити интереси директора и компаније у одбрани од тужбених захтева акционара, који су у пракси и најчешћи, и избећи спорови око алокације досуђених износа.[10] Наиме, пре увођења покрића Ц (које је уведено 90-тих година прошлог века), осигурани директори су имали проблеме у остваривању накнаде из осигурања када је тужбени захтев био истакнут и против њих и против компаније. Осигуравачи су у великом броју таквих случајева покушавали да оспоре своју обавезу тврдећи да је тражени део трошкова одбране или других плаћања настао у вези са утврђивањем одговорности неосигуране компаније.

Из садржине наведених врста осигурања произлази да се једино у првом случају ради о *осигурању од одговорности директора и чланова управе у ужем смислу*! Док се трећи модалитет осигурања без сумње може сматрати врстом осигурања од одговорности саме компаније, други модалитет може бити споран. Иако се њиме штити и компанија, њена одговорност рефлектује одговорност директора, тако да се покриће типа Б може сматрати *осигурањем од одговорности директора у ширем смислу*. У пракси се изузетно може срести само покриће типа А. Уместо тога, различити типови осигурања од одговорности директора се комбинују како би се постигли следећи циљеви: 1) заштита менаџера од личне одговорности, 2) заштита компанија од индиректне одговорности (због обавезе да обештети своје директоре у одређеним случајевима) и 3) заштита компаније од директне одговорности.[11] Иако се у америчкој пракси истим терми-

---

се може подвести под опсег покрића. Директори који нису имали среће и против којих је касније покренутнеки захтев мораће да се задовоље „остацима колача". J. Keogh, „Issues and Trends in D&O Liability Insurance"*, Directorship*, Vol. 29, 5/ 2003, 3.

[8] T. Baker, S. J. Grifftith, „Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market"*, The University of Chicago Law Review* 74/2007, 498. Доступно на *http://lawreview.uchicago.edu/issues/archieve/v74/74_2/12.Bacer-Griffith.pdf.*

[9] B. E. D. Lenz, „D&O Insurance: The Stand-Alone 'Side A' Dillema what is it (and do we need it?)", 1. Доступно на *http://www.foley.com/publications/pub_details.aspx?pubid=3964*.

[10] J. Keogh, „D&O Entity Cover Had Its Downsides"*, National Underwriter* 11/2002, 29.

[11] S. J. Griffith, „Uncovering A Gatekeeper: Why the SEC Should Mandate Disclosure of Details Concerning Directors' and Officers' Liability Insurance Policies", *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 154, 1147/ 2006, 1168.

ном означавају све три врсте осигурања, ми ћемо израз „осигурање од одговорности директора и чланова управе“ акционарског друштва користити само за означавање првог типа осигурања![12]

1.2. Дефиниција и основна обележја осигурања од одговорности директора у ужем смислу

Осигурање од одговорности директора се може дефинисати као осигурање које има за предмет одговорност директора и чланова управе компаније (акционарског друштва) за штету коју проузрокују трећим лицима у вршењу својих функција.[13] Увођење осигурања од одговорности изазвано је новонасталим положајем директора и чланова управе, чија је основна одлика повећана изложеност одговорности. Крај двадесетог и почетак двадесет првог века, доноси повећано неповерење према директорима и наметање строжијих стандарда њиховог понашања.[14] Директори модерних акционарских друштава носе бреме потенцијално велике личне одговорности, која се у најпознатијим случајевима мери милионима долара. Будући да је то објективно стање ствари и да директори са тим морају рачунати приликом вршења својих функција, најефикасније решење у циљу њихове заштите од одговорности је осигурање од одговорности.[15]

---

[12] Поред овог осигурања које прибавља компанија, директори могу одлучити да закључе додатно „лично“ осигурање од одговорности (енг. *personal director and officer insurance*). Постоје два модалитета личног осигурања од одговорности: 1) полиса на основу које осигураник-директор може тражити накнаду, без обзира на то да ли постоји обештећење од компаније или осигуравача са којим је она закључила уговор и 2) полиса која се може користити само ако је осигуравач од одговорности са којим је компанија закључила уговор одбио да исплати накнаду и ако одредбе о обештећењу од стране компаније не могу да се примене. Детаљније *Individual Liability Insurance: Additional Protection for Independent Directors*, 1. Доступно на: *http://www.aon.com/risk_management/d_and_o.jsp*.

[13] Иако би подједнако било исправно говорити о осигурању од одговорности директора и чланова управног одбора или осигурању од одговорности чланова управе (јер директори и чланови управног одбора чине управу компаније), опредељујемо се за назив који у први план ставља корпоративне директоре. Њих је оправдано издвојити због највеће изложености одговорности и специфичних услова покрића, в. C. Kirk, „Protecting Directors' Liabilities, Directors and Officers Insurance“, 61. Доступно на *www.management.co.nz*.

[14] B. F. Hansen, „D&O Goes Global“, 1. Доступно на: *http://www.businessfinancemag.com/channels/riskManagement/article.html?articleID=14684*.

[15] Постоје и други начини заштите директора од претеране личне одговорности. Будући да је прибављање осигурања од одговорности директора у појединим фазама развоја тржишта велики терет за компанију, компаније прибегавају алтернативним методама заштите. Механизми заштите директора су најразвијенији у Америци и крећу се од осигурања и обештећења до примене правила пословне процене, ограничавања или укидања одговорности директора и оснивања сопствених друштава за осигурање. Детаљније: M. R. Paspan, C. Campbell, J. Birds, „The Protec-

Основни предуслов ефикасности осигурања од одговорности директора је да оно пружа „разумно покриће“ и да се уклапа у буџет компаније![16] Поставља се питање да ли је и у којој мери могуће помирити оба захтева? Из угла компаније, најважније питање је да ли је и колико осигурање од одговорности директора скупо? Компаније покушавају да минимизирају трошкове пословања, а трошковима осигурања од одговорности директора припада посебно место међу тим трошковима. Међутим, када је реч о директору-осигуранику за њега је најважније да ли је оно „обликовано“ према његовим потенцијалним потребама! Стручњаци за управљање ризиком се слажу око минимума радњи које треба предузети како би се максимизирала вредност и ефикасност полисе. Директорима се најпре саветује да се лично укључе у сам поступак преузимања ризика и да надзиру брокера или лице коме је у оквиру компаније поверено прибављање осигуравајућег покрића. Многи директори препуштају преговарање и одређивање услова осигурања од одговорности другим лицима у компанији. То може бити опасно и штетно по њих, будући да се друга лица приликом доношења одлуке о томе са којим осигуравачем ће закључити уговор првенствено руководе висином премије, а не самим покрићем. Уколико су директори незадовољни покрићем које је обезбедио менаџер за управљање ризиком они имају право да о трошку компаније ангажују спољног експерта, који ће их саветовати о покрићу које највише одговара њиховим потребама.[17] Постоји неколико околности о којима директори морају водити рачуна пре него што прихвате одређено покриће.

Прво, да ли је полиса редигована на начин који је несумњиво у њиховом интересу? Полисе покривају различите директоре, а често и компанију, што може имати за последицу да осигурање буде окрњено захтевима многобројних директора и да неки од њих остану без покрића. Ако постоји спор око тога ко први има приступ осигурању, то ће редовно бити компанија. Најбољи начин да се предупреде овакве ситуације, неповољне по директоре, је да се у полису унесе клаузула о редоследу наплате. Уношењем у полису клаузуле о редоследу плаћања (енг: *priority of payments clause)* фаворизују се директори у погледу накнада у односу на компанију и нуди врста гаранције да они неће бити изиграни и да њихова заштита неће бити мања од очекиване.[18] Лимит накнаде је довољан уколико је у самој полиси

tion of Corporate Directors in England and the USA“, *Anglo-American Law Review* 26/1997, 464.

[16] S. M. Mannel, „D&O Insurance Still Available – and More Critcal than Ever“*, American Banker*, Vol. 168, 200/2003, 12.

[17] E. W. Armstrong, „Director and Officer Liability: Getting the Right Coverage“*, American Banкer*, Vol. 167, 247/2002, 8.

[18] D. Ferrara, „Directors and Officers: Side A Only Coverage Working Through the Hype“*, FDCC*, Quarterly/Summer 2007, 354.

назначено редослед приоритета компаније, односно директора који имају право на накнаду. Основна погодност наведене клаузуле лежи у чињеници да осигуравачи пристају да је унесу у полису без наплаћивања додатне премије, тако да од брокера осигурања, а не од спремности компаније да издвоји средства за додатне премије, зависи да ли ће директори уживати оптималан степен заштите. Друго, да ли је покриће прибављено од финансијски здравог осигуравача? Пошто се спорови против директора и/или компанија могу отегнути у недоглед, осигураник мора имати гаранције да ће његов осигуравач за то време опстати и моћи да исплати евентуалне накнаде на које буде осуђен.[19]

Треће, да ли је у полису унета одредба по којој се трошкови одбране исплаћују унапред тј. пре окончања тужбеног поступка против директора? С обзиром да се на окончање парница против директора може чекати и по неколико година и да трошкови одбране могу бити већи од накнаде штете, јасно је да је поменута одредба од виталног интереса за сигурност осигураника. Заправо, имајући у воду фреквентност обавезе осигуравача у вези са покрићем трошкова одбране осигураника и чињеницу да се у многим случајевима његова обавеза завршава на томе, може се закључити да осигурање од одговорности директора у овом сегменту врши функције иманентне *осигурању правне заштите*![20] Четврто, да ли је осигурање закључено на период одговарајуће дужине? Осигурање од одговорности директора је осигурање које производи дејство уколико против директора буде подигнут одштетни захтев у току периода осигурања (енг. *claims made insurance*).[21] Из овог разлога је неопходно да се обезбеди да уговор важи бар шест или седам година.[22] Ако трајање осигурања

[19] Ово може бити јако проблематично уколико се реализација права осигураних директора одиграва у фази тзв. тврдог циклуса тржишта осигурања од одговорности директора. Осигуравајућа друштва се у том случају суочавају са питањем да ли ће моћи опстати на тржишту и под којим условима. Један од начина на који друштва, ипак, опстају је отказивање уговора о осигурању осигураницима за које је извесно да ће више бити изложени повећаном ризику тужби! Да би се то избегло, осигураници треба да покушају да једном закључени уговор обнове код истог осигуравача и да своју позицију, између осталог, заснивају на претходно успостављеним пословним односима.

[20] P. Wollny, *Die Directors and Officers Liability Insurance in den Vereinigten Staten von America (D&O–Versicherung), Vorbild für eine Aufsichtsratshaftplichtversicherung in Deutschland?,* Peter Lang, Frankfurt am Mein 1993, 177–178.

[21] Изузетно, ако је у полису унета клаузула о откривању и продужењу покрића (енг. *extended discovery period*), осигураник може, уз доплату премије осигурања, да се користи покрићем и у погледу захтева који буду истакнути у одређеном периоду након истека покрића, али само ако су произашли из околности које су се десиле у току периода осигурања. Детаљније, J. W. Bishop, „Understanding D&O insurance policies“*, Harvard Business Review*, March-April 1978, 27.

[22] У пракси ствари стоје овако: компаније по правилу закључују уговор на годину дана, с тим што се продужава сваке година за исти период. Оваква техника

није тако одређено, може се десити да захтев против директора буде подигнут након што је компанија продата или над њом отворен поступак реорганизације тако да он неће имати покриће. Пето, да ли је осигурањем покривена одговорност директора филијала, спољних директора, одговорност директора у случају реорганизације или стечаја?[23] Шесто, да ли је осигуравачу предочена евентуална могућност фузије, неког облика стратешког повезивања или великих инвестиција које компанија планира у будућности и какав је статус директора по питању заштите?[24] Директори не би смели препустити случају покриће у вези са променом контроле, ранијим или текућим поступцима који се воде против њих.

Седмо, да ли су полиса и понуда за закључење уговора тачно и у потпуности попуњене? Уколико то није случај, осигураник се може суочити са захтевом осигуравача за поништај полисе по основу непријављивања чињеница и околности од значаја за оцену ризика.[25] Осмо, колики је самопридржај осигураника? Један од начина смањења покрића коме прибегавају осигуравачи је одржавање премија на истом нивоу уз истовремено повећавање самопридржаја. Девето, како су редиговане одредбе о искључењу покрића тј. који случајеви директорске одговорности су искључени из осигуравајуће заштите?[26]

закључења уговора више одговара осигуравачима, јер они преузимају прихватљив ризик. Већ је било речи о томе да дведесет први век карактерише променљивост стандарда одговорности корпоративних директора што значи променљивост ризика који осигуравачи преузимају и који, сходно томе, нису у стању адекватно да процене. Да би њихови прорачуни у вези са висином премије били иоле поуздани, осигуравачи инсистирају да период за који се праве буде што краћи.

[23] Питање како је одређен круг лица која имају својство осигураника је од највећег практичног значаја. Ужи или шири приступ тј. деловање осигурања rationae personae и на директоре филијала, представништава, спољне и бивше директоре говори о томе колики се круг лица може ослонити на осигурање од одговорности. Што је шире одређен тај круг, то ће бити већа заштита на коју могу рачунати директори, а ово осигурање ће бити више цењено. Деатљније, P. Zinkewicz, „D&O... The Responsibility Buck Stops Here", *Insurance Advocate* 2/2002, 2.

[24] У интересу је осигураних директора да се овакве околности предоче осигуравачу већ приликом закључења уговора. Реч је о околностима које могу утицати на квалитет корпоративног управљања компаније у будућности и повећати степен изложености директора. Будући да се могу сматрати околностима од значаја за оцену ризика, осигуравач би њихово неоткривање могао сматрати разлогом за поништај уговора, у T. Gallagher, „Developments in Director and Officer Liability Insurance", *The Corporate Governance Advisor*, Vol. 9, 4/2001, 24.

[25] C. McDonald, „Corporate Buyers can Still Be Choosy When Shopping In D&O Market, National Underwriter", *Property & Casualty/Risk & Benefits Management Edition* 12/ 2002, 18.

[26] Постоји усаглашеност полиса осигурања од одговорности различитих компанија по питању штета које су искључене из покрића. У стандардно искључене штете убрајају се: спорови између самих осигураника, као и између осигураника и компанија (искључење „осигураник против осигураника"); спорови против директора

1.3. Директор и члан управе акционарског друштва у својству осигураника

Будући да је осигурањем од одговорности покривена одговорност директора и чланова управе компанија, јасно дефинисање круга лица која улазе у наведену категорију је претпоставка несметаног функционисања овог осигурања. Осигурано лице је директор или неки други члан управе друштва, без обзира на то да ли је валидно именован. Појмом *чланови управе* друштва означавају се првенствено чланови управног одбора, док се под директорима подразумевају сви директори друштва, извршни и неизвршни, зависни и независни.[27] Као осигурано лице најчешће се јављају чланови управног одбора и извршни директори (менаџери). Правилима осигурања од одговорности није забрањено прибављање покрића и за неизвршне и независне директоре, али су услови нешто другачији у односу на покриће извршних директора. Разлика у њиховом положају, а сходно томе и потенцијалној одговорности, повлачи различит третман у осигурању.

Извршни и неизвршни директори. Основни разлог зашто и неизвршним (и независним) директорима треба пружити осигуравајућу заштиту лежи у чињеници да они сносе одговорност за одлуке борда чији су чланови, због чега чланство у борду за њих може бити врло ризично ако нису снабдевени осигурањем. Њиме се обезбеђује покриће у истим ситуацијама у којима право на накнаду имају и остали

након отварања стечајног поступка; додатни захтеви; штете услед загађења животне средине; штете на стварима и личне повреде; захтеви који подпадају под опсег раније закључених осигурања; штете услед покретања тужби од стране запослених; увреда и клевета; лична добит осигураника, итд. Детаљније, D. Ferrera, „Directors' and Officers' Liability Insurance: The Issue of 'Non-Indemnifiable Loss', *FDCC*, Summer 2004, 360.

[27] Када је реч о члановима управе, у страном праву се прави разлика између органа управе у формалном и органа управе у материјалном смислу. *Органима управе у формалном смислу* сматрају се чланови управног одбора, регуларно изабрани од стране скупштине друштва и са мандатом за управљање друштвом. Другим речима, квалитет формалног органа не зависи ни од уписа у регистар, ни од задатака које у пракси врше одређена лица. Из овога произлази да својство формалног органа управе почиње прихватањем избора члана управног одбора, а завршава се оставком или разрешењем. *Органима управе у материјалном смислу* сматрају се сва лица која, иако формално нису део управног одбора, врше послове који су по својој суштини (природи) управљачки. Реч је о лицима која иако формално нису чланови управног одбора, немају мања овлашћења за вођење послова друштва и формирање воље друштва. Будући да тужбе из одговорности нису ограничене само на формалне органе управљања, већ и на сва остала лица која фактички воде пословање, изузетно је значајно одређење органа управе на начин који води рачуна о реалном стању ствари. Детаљније, A. M. Garbarski, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes,* Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires (ed. Peter Forstmoser), Achulthess 2006, 25–27.

директори. Али, његов значај је велики зато што покрива и бројне случајеве у којима традиционално осигурање од одговорности директора не би било доступно: 1) када су испуњени услови за примену искључења „осигураник против осигураника“, 2) када је полиса замрзнута због отварања стечаја над компанијом у којој су ангажовани, 3) када је цео уговор раскинут или одбијено цело покриће због погрешног понашања менаџмента или чланова управног одбора и 4) када су лимити стандардног осигурања исцрпљени плаћањем трошкова поступка појединцима за које је утврђено да су намерно прекршили дужности.[28]

Покриће спољних директора, које је некада било опционог карактера или врло рестриктивно, сада је стандард. Данас се све више говори о одговорности неизвршних директора као *чувара доброг корпоративног управљања* (енг. *gatekeeper liability*).[29] Екстензија дужности и одговорности неизвршних директора као чувара корпоративног управљања мора бити праћена ширењем могућности осигурања њихове одговорности. Из тог разлога је у енглески *Higgs Report* унета препорука о ширењу осигурања од одговорности директора на неизвршне директоре и пре њиховог именовања.[30] Међутим, из угла осигуравача ово осигурање може бити проблематично, јер чини отежаном примену технике осигурања и адекватну процену ризика. Ово посебно важи уколико је реч о спољним директорима који су чланови борда две или више компанија.[31]

У прилог осигурања од одговорности спољних директора посебно говори чињеница да отварање стечајног поступка утиче на право директора на обештећење. Иако је у случају *Enron*-а и *WorldCom*-а стечајни суд имао прилику да се изјасни о томе да ли дужност обештећења компаније и даље постоји и дао позитиван одговор, то не гарантује спољним директорима заштиту. Иако стечајни закони не забрањују компанијама да обештете своје директоре, отварање стечајног поступка редовно има за последицу исцрпљивање фондова компаније за друге намене и останак директора без овог вида заштите од личне одговорности.[32] Ситуација је нешто боља када је реч о поступку реорганизације, јер се планом реорганизације из-

[28] The Hartford: „New D&O Product Protects Independent Director“, *Insurance Advokate* 7/2005, 14.

[29] J. Kirkbride, S. Letza, „Corporate Governance and Gatekeeper Liability: the lessons from public authorities“, *Corporate Governance*, Vol. 11, 3/2003, 262.

[30] J. Kirkbride, S. Letza, „Can the Non-Executive Director Be an Effective Gatekeeper? The Possible Development of a Legal Framework of Accountability“*, Corporate Governance*, Vol. 13, 4/2005, 543.

[31] P. Wollny, 168.

[32] D. Ferrara, (2007), 358.

дваја одређени износ средстава на име обезбеђења корпоративног обештећења.

Зависни и независни директори. – Чини се да апсолутно посебан статус у погледу доступности осигурања од одговорности треба да имају независно-неизвршни директори. У срцу дебате о најбољој пракси корпоративног управљања је идеја о независним директорима као носиоцима надзорне функције.[33] Ако им се већ приписује тако одговорна улога – која ће бити повезана са увећеном одговорношћу – то мора бити испраћено и на плану њихове заштите. Њихово именовање карактерише проверавање испуњености бројних претпоставки које их чине адекватно квалификованим. Осим тога, они не могу рачунати на пакет врло привлачних и подстицајних накнада, који следује извршним директорима. Имајући у виду комплетност и комплексност њиховог положаја, покриће које за њих прибавља компанија мора бити прилагођено специфичном положају.

Ради обезбеђења адекватне заштите личне имовине независних директора, амерички осигуравачи су понудили посебну полису за осигурање од одговорности независних директора. Покриће за независне директоре обезбеђује полиса која се примењује када због корпоративних пропуста нису испуњени услови за деловање стандардног осигурања од одговорности директора.[34] Без обзира на то о ком пропусту се ради, независни директори би у одсуству овакве полисе били лишени осигуравајућег покрића иако им се неиспуњење обавеза према осигуравачу не може ставити на терет. Реч је о полиси која је ексклузивног карактера у том смислу што обезбеђује покриће само за независне директоре.[35] Она пружа покриће које се не може поништити због непријављивања чињеница и околности од значаја за оцену ризика од стране извршних директора и/или менаџера за управљање ризиком.[36] То је једино логично решење када је реч о полисама које се односе на независне директоре, који – за разлику од извршних директора – нису инволвирани у процес прибаве покрића. Ова полиса производи дејство само ако се стандардна полиса не може применити због поништаја или постојања неког од основа искључења.[37]

---

[33] A. Belcher, „Trust in the Boardroom“*, Griffith Law Review*, Vol. 16, 1/2007, 151.

[34] J. Keogh, (2002), 31.

[35] „Independent Director Liability Policy“, IDL Premier.

[36] G. B. Grover, M. G. O'Bryan, „Checklist of key issues in renewing D&O liability insurance“*, Directorship* 10/2003, 18.

[37] О потреби посебне заштите независних директора оправдано је говорити нарочито у случају отварања стечајног поступка над компанијом. Независни директори морају инсистирати да им се обезбеди покриће чија доступност неће

De iure и de facto директори. Када се каже осигурање од одговорности директора обично се мисли на пружање покрића правним директорима. Оно што није тако јасно је да ли осигурањем које компанија набавља за своје директоре треба покрити и могућу одговорност фактичких директора?! Чини се да постоји интерес компаније да тако нешто учини. Наиме, компанија у крајњој линији одговара за све штете које су настале активношћу њених директора тако да је из угла настанка обавезе осигурања од одговорности свеједно да ли се ради о прав(н)им или фактичким директорима.

Приликом анализирања положаја *de facto* директора треба поћи од чињенице да они нису „стварни" директори и да се у погледу права не могу уподобити положају „правих" директора.[38] Али, могу и морају у погледу обавеза! Интерес компаније и лица потенцијално оштећених радњама фактичких директора је исти – спречавање избегавања одговорности на основу чињенице да је неко директор само *de facto*. Из тог разлога, за време док активно воде послове друштва, фактички директори имају исте дужности као и валидно именовани директори. Уколико они својим лошим управљањем пословима друштва нанесу штету компанији они ће бити у обавези да је накнаде. Међутим, мера у којој ће они моћи да измире своје обавезе зависиће од степена њихове солвентности. Није немогуће замислити да је фактички директор инсолвентан. Ова и сличне могућности оправдавају проширење поља примене осигурања од одговорности директора rationae personae. Уколико оно покрива и фактичке директоре, боље ће бити заштићена сва лица која посредно или непосредно могу трпети последице узурпације овлашћења.

Међутим, проширити поље примене осигурања од одговорности директора *rationae personae* је једно, а одредити ко ће у крајњој линији сносити трошкове тог проширења је нешто сасвим друго. Чини се да нема оправдања за преваљивање трошкова нечијег незаконитог уплитања у вођење пословања на компанију. Компанија, чије послове нису водила лица која за то имају мандат, је довољно оштећена услед самог преузимања вођења пословања од стране фактичких директора. Наметање терета плаћања премија осигурања, које

бити спорна ни након покретања стечаја. Они то могу остварити куповином засебног осигурања које се односи само на њих или куповином осигурања у коме је јасно раздвојен лимит доступан директорима од лимита који је намењен компанији. Детаљније: K. S. Wollner, „Enron's Directors' and Officers' Liability: Does the emperor have clothes*?", Directorship* 9–10/2002, 9.

[38] Фактички директори нису овлашћени да принудним путем траже накнаду за директорски рад у износу на који би имали право као de iure директори, али суд може наложити компанији да им исплатити неку врсту накнаде за извршени рад. Детаљније, R. R. Pennington, *Directors' Personal Liability,* Collins Professional Books, London 1987, 25.

може послужити и за накнаду штета проузрокованих од стране фактичких директора, представљало би неку врсту приватне казне за компаније. Овакав приступ је апсолутно неопрадан и неприлагођен потребама корисника осигурања од одговорности директора. Уместо тога, залажемо се за проширење дејства овог осигурања и на фактичке директоре, уз неколико специфичности његове примене. Прво, фактички директори не могу претендовати на осигуравајућу заштиту под истим условима као прав(н)и директори. Најпре, када се против њих покрене поступак због пропуста приликом вршења директорске функције или кршења директорских дужности, не могу тражити да им осигуравач плати трошкове одбране или исплати накнаду износа досуђене штете. Али, уколико су они инсолвентни и оштећени се за износ накнаде обрати компанији, она може од осигуравача регресирати износ који је платила на име одговорности фактичких директора. Из овога произлази да одговорност фактичких директора може бити обухваћена осигурањем од одговорности само ако је компанија купила и покриће типа Б. Фактички директори, при том, не уживају осигуравајућу заштиту директно, већ само у мери у којој је компанија била обавезана да уместо њих накнади штету коју су проузроковали.

„Shadow" директори. Најзад, може се поставити питање да ли је оправдано осигурањем од одговорности покрити и директоре у сенци.[39] Имајући у виду податак да је по правилу реч о компанијама које овим путем реализују своје интересе и у погледу којих би требало да важи претпоставка солвентности, чини се да није неопходно оптерећивати компанију обавезом плаћања премије осигурања које се протеже и на директоре у сенци.

2. ЗНАЧАЈ ЗА КОРПОРАТИВНО УПРАВЉАЊЕ

2.1. Заштита директора од личне одговорности

Савремено пословање одвија се у условима постојања великих ризика од подношења тужби против директора, а убудуће се само може очекивати њихов пораст.[40] Ризици којима је изложен директор оптужен за погрешно пословање (или неки други пропуст) крећу се од угрожавања здравља, преко угрожавања и/или губитка личне имо-

[39] Детаљније о томе ко се сматра директорима у сенци, в. *Mayson, French & Ryan on Company Law,* Oxford University Press, Oxford 2007[24], 407–408.

[40] Повећање броја тужби против корпоративних директора доводи се у везу са неколико фактора. Прво, бум у погледу броја фузија реализованих крајем деведесетих година прошлог века. Друго, развој тржишта капитала и повећани број преузимања. Треће, велики број стечаја отворених над компанијама које послују на међународном тржишту. Детаљније, M. W. Larsen, „Recent Trends in Directors' and Officers' Liability Insurance", *Directorship* 9/2002, 7.

вине до угрожавања или губитка репутације и каријере. Питање има изузетан практични значај будући да је лична одговорност директора велики терет и да може деловати дестимулативно на спремност да се прихвати директорска функција.[41] Иако се постепено ширење одговорности директора настоји искористити као средство дисциплиновања,[42] уочљиво је и њено контрапродуктивно дејство. Приликом просуђивања оправданости одређене концепције одговорности, битно је не губити из вида чињеницу да директори нису гарант добрих резултата компаније. Ако се њихово понашање – како се то сада чини – цени према сувише строгим (или чак идеалним) стандардима тешко је очекивати да се велики број њих снађе у својој улози.

Обезбеђење заштите директора од личне одговорности се не ограничава само на случај када су они оглашени одговорним за накнаду штете. „Доларски сат" почиње да откуцава много пре него што повреда дужности буде доказана правноснажном пресудом.[43] Поступци покренути на основу акционарских или тужби трећих лица могу трајати и по неколико година. Чак и уколико директор на крају ипак (!) буде ослобођен одговорности, то га може врло скупо коштати. Поред финансијских губитака које је имао у вези са трошковима одбране, директор се суочава са нарушавањем професионалног угледа.[44] Осим ових непосредних, директори, а још више њихова компанија, се суочавају и са додатним и посредним трошковима парничења. Они се састоје у томе да покретање било ког поступка против директора има за последицу удаљавање директора од управљања компанијом. Они не могу бити посвећени вођењу пословања као пре покретања поступка што у крајњој линији наноси штету интересима саме компаније.[45] При таквом стању ствари, осигурање од професионалне одговорности је кључно средство управљања ризиком.[46] Иако су трошкови осигурања од одговорности значајна ставка која у вели-

---

[41] B. M. Smith, „Directors' Liability", 2000, 1. Доступно на *http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb9944-e.html*.

[42] Сматра се да је наметање личне одговорности директора примарно решење првог агенцијског проблема. Оно служи одвраћању директора од неадекватне употребе својих овлашћења и обезбеђењу компензације компанији за штету коју су јој нанели директори. Детаљније: Z. Cohen, „Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View", *The Journal of Corporation Law* 10/2001, 353.

[43] B. C. Kirk, 60.

[44] Остављамо овом приликом по страни стрес и душевни бол и последице које они могу проузроковати лицу коме се одређена незаконитост и/или неморалност ставља на терет. Иако смо због природе теме ограничени на чисто материјалне компоненте директорске функције, јасно је да ови нематеријални моменти могу значајно утицати на одлуку лица да ли да прихвати именовање на директорску функцију!

[45] M. W. Larsen, 6.

[46] B. C. Kirk, 60.

кој мери подиже трошкове пословања, погрешно би било закључити да је ово осигурање нешто без чега се може. У данашњем друштву, битније је него икада заштити директоре.[47] Адекватно осигурање од одговорности је кључно у обезбеђивању оптималне финансијске заштите личне имовине појединаца и корпоративне активе.[48]

2.2. Очување високо квалификованих кадрова

Повећана одговорност директора и пратећи ефекти у виду перманенте контроле свих сегмената пословања, покретања тужби против њих, негативне медијске пажње утичу на атрактивност директорских функција. Чак ни високе накнаде које се исплаћују лицима на директорским позицијама често нису довољан разлог да се преузме толика одговорност. Из угла директора, изложеност одговорности је претња, јер њихову личну имовину излаже ризику. Како ризик од одговорности расте трошкови вршења директорске функције расту и бивају део трошкова са којима треба рачунати приликом вршења професије. Када се достигне највећи тј. ниво ризика који је за директоре неприхватљив, квалитетни појединци, који се могу бавити и другим пословима, одустају од директорских функција.[49] Уколико акционарско друштво које им нуди ангажман располаже неким средством заштите од одговорности утолико ће бити лакше одлучити се.

За добро корпоративно управљање потребно је имати директоре који су вољни да служе и који ће бити снабдевени одговарајућим уговорима о обештећењу или осигурању.[50] Иако се у теорији може срести мишљење да непостојање осигурања може утицати само на „лоше директоре" да се одрекну својих функција, такав аргумент нема реално утемељење.[51] Осигурање од одговорности директора је важно због очувања високо стручних кадрова, који се већ приликом закључења уговора о раду могу информисати о покрићу које им је обезбеђено.[52]

---

[47] Упор. J. Buchta, „Verantwortlichkeit und Haftung", *Vorstand der AG, Führungsaufgaben, Rechtspflichten und Corporate Governance* (ed. J. Van Kann), Erich Schmidt Verlag, Berlin 2005, 136–137; S. M. Mannel, „D&O Insurance Still Available – and More Critical than Ever", *American Banker*, Vol. 168, 200/2003, 11.

[48] P. Reynolds, „Differences in D&O Coverage", *Canadian Underwriter* 11/2006, 60.

[49] B. M. R. Kaplan, R. Harrison, „Defusing the Director Liability Crisis: the Strategic Management of Legal Threats", *The Institute of Management Sciences*, Vol. 4, 3/1993, 416.

[50] B. E. N. Vaesy, „Musings on the Dynamics of Corporate Governance Issues, Director Liability Concerns, Corporate Control Transactions, Ethics and Federalism", *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 152, 1007/2003, 1010.

[51] J. L. Kanzler, 511.

[52] До пре неких двадесетак година се говорило: „Ако се понашаш опрезно, није ти потребно осигурање од одговорности". Али, правно окружење се променило,

2.3. Развој добре праксе корпоративног управљања

Сигурно најзначајнија улога осигурања од одговорности директора састоји се у доприносу стварању добре праксе корпоративног управљања. Пошто осигуравачи који се баве овом врстом послова осигурања преузимају ризик од покретања акционарских и других тужби против директора, добро функционисање осигурања подразумева претходну адекватну процену ризика. Како је ризик од покретања тужби против директора и чланова одбора у директној вези са квалитетом корпоративног управљања, осигуравачи имају интерес да прикупе податке о корпоративном управљању конкретне фирме и да на основу њих провере потенцијалне осигуранике и квантификују ризик.[53] Добро корпоративно управљање би требало да води смањењу акционарског и уопште корпоративног парничења.[54] Пошто укупни трошкови акционарских тужби бар делимично зависе од обима погрешних аката на нивоу компаније – који, у крајњој линији, представљају пропусте корпоративне управе – фирме са бољим корпоративним управљањем се суочавају са мањим укупним трошковима парничења. Мањи укупни трошкови парничења једне компаније у односу на конкурентске компаније за осигураваче су битна околност код процене ризика и разрезивања премије осигурања.[55] На основу свих релевентних података осигуравачи цене вероватноћу да ће одређени тим менаџера бити изложен акционарским тужбама и квалификују га као мање или више ризичан и исплатљив за осигурање.

Из ових разлога на добро организованом тржишту осигурања од одговорности директора долази до изражаја улога осигуравача као *споредних (посредних) чувара корпоративног управљања*. Осигуравачи су, наиме, мотивисани да изврше пажљиву анализу ризика корпоративног управљања, јер то чине из сопствених средстава и за потребе правилног функционисања сопственог бизниса. Утолико више постоји гаранција да су подаци до којих су осигуравачи дошли и који се рефлектују кроз висину премија веродостојни и да откривају стање корпоративног управљања. Основна законитост до које се дошло де-

---

тако да је данас скоро немогуће привући добре директоре без постојања овог осигурања, в. *Director and Officer Liability Insurance: Analysis of Survey Results,* Centre for Corporate Governance and Risk Management, 2006, 1, доступно на *http://sfnbusiness.ca/files/PDF/cibs-centre/survey_Analysis.pdf*.

[53] Поменута хипотеза не би могла опстати да не постоји директна веза између акционарских тужби и корпоративног управљања. У одсусутву овакве везе, осигуравачи не би били у могућности да усаврше квалитет свог пула ризика ценећи корпоративно управљање компаније.

[54] Обрнуто се не може тврдити. Наиме, у теорији компанијског права се истиче да су акционарске тужбе слаб, ако не неефикасан, инструмент корпоративног управљања.

[55] S. J. Griffith, 1161.

ловањем тржишта осигурања од одговорности директора је да компаније са добрим корпоративним управљањем плаћају ниже премије осигурања, док компаније са лошим корпоративним управљањем плаћају веће премије.[56] Имајући у виду такав учинак осигурања од одговорности директора на корпоративно управљање, у теорији се истиче оправданост увођења обавезе компанија које се котирају на берзи да објављују податке о овом облику корпоративног осигурања. Подаци о осигурању од одговорности директора могу бити битан сигнал инвеститорима и осталим учесницима финансијског тржишта о квалитету корпоративног управљања компаније. Наиме, компанија која је купила само покриће типа А има мање агенцијске трошкове од компанија које су купиле и покриће типа В и С.[57] Осим тога, одсуство добровољног објављивања података о осигурању од одговорности директора може потенцијалне инвеститоре навести на закључак да те информације не иду у прилог компанији и њеним директорима![58]

Утицај осигурања од одговорности директора на корпоративно управљање испољава се на још један начин: кроз утицај на начин решавања спорова против корпоративних директора. Како се велики број оваквих спорова завршава поравнањем у границама полисе, то долази до изражаја посредничка улога осигурања од одговорности. Посредовањем између оштећених акционара и потенцијално одговорних директора осигурање појачава тзв. *одвраћајућу функцију (*енг. *deterrance function)* компанијског права. Осигуравачи, наиме, имају неколико средстава за остварење одвраћајуће функције: 1) одбијањем да пруже покриће, односно повећањем премија у зависности степена ризичности конкретне фирме,[59] 2) праћењем праксе корпоративног управљања компанија чији су директори код њих осигурани и предлагањем измена као услова за смањење премија или пружање покрића, 3) начином вођења одбране свог осигураника, закључењем по-

[56] S. J. Griffith, 1150.

[57] У теорији има мишљења да степен покрића на коме инсистирају менаџери открива њихову процену ризика управљања одређеном компанијом. Ако су сигурни у квалитет вођења компаније, пристаће на мањи обим покрића! S. J. Griffith, 1183.

[58] Противници изношења у јавност података о осигурању од одговорности директора као један од аргумента против истичу да би откривање детаља о премијама осигурања могло подстаћи још веће подношење тужби против директора од стране акционара и инсистирање на већим сумама поравнања. Познаваоци осигурања од одговорности знају да овај аргумент не може да се одржи. Када туже директоре и/или компаније, акционари ангажују адвокате специјализоване за вођење корпоративних поступака који су довољно информисани о осигурању од одговорности директора, независно од тога да ли су детаљи о овом осигурању објављени у пословним извештајима компаније! S. J. Griffith, 1150.

[59] P. D. Ostwald, „How to Menage Cross-Border Fraud?“, *Corporate Governance Advisor*, Vol. 15, 5/2007, 10.

равнања, одбијањем исплате накнаде осигураницима укљученим у преварно пословање, итд.[60]

3. ПОГЛЕД НА ДОМАЋЕ ПРАВО

Наш правни систем се може сврстати у групу оних правних система који немају регулативу института осигурања од одговорности директора. Иако је број држава које се могу похвалити правним уређењем ове врсте осигурања сразмерно мали, то нам не може служити као оправдање. Држава која својим решењима у области компанијског права настоји да иде у корак са најновијим тенденцијама на међународном плану не може наћи оправдање за непостојање регулативе овако значајног института. Закон који бар (!) помиње ово изузетно значајно осигурање сматрамо пожељним, јер он, заједно са другим законима из области пословног права схваћеног у најширем смислу, чини део правног оквира корпоративног управљања. Према OECD принципима корпоративног управљања, ефикасан оквир корпоративног управљања подразумева постојање одговарајуће правне, регулаторне и институционалне основе.[61] Када је реч о *правном основу* корпоративног управљања, он настаје синергијским деловањем законодавства, саморегулаторних аранжмана, добровољних стандарда и пословне праксе.[62]

Не залажемо се, при том, за детаљну законску регулативу наведеног института, већ за уношење у компанијски закон само одредбе програмског карактера.[63] Ово зато што очекујемо да кључни подстицај развоју ове врсте осигурања дају друштва за осигурање, која ће препознати потребу за његовим увођењем у наш привредноправни живот и у своју понуду осигурања уврстити и осигурање од одговорности директора. Најзад, из угла државе која је „преживела“ тек део

[60] B. T. Baker, S. J. Grifftith, 489.

[61] В. OECD Принципи корпоративног управљања, 2004, бр. I.

[62] Како је у теорији истакнуто, ефикасан правни оквир корпоративног управљања базира се на постојању три претпоставке: неопходан квантитет права, потребан квалитет и објективна примена права. Детаљније, М. Васиљевић, „Привреда и правна сигурност“, *Право и привреда* 5–8/2006, 4.

[63] Могло би се помислити да је логичније да се одредба о овом осигурању налази у закону о осигурању. Међутим, упоредна анализа показује да највећи број замаља (од оних које имају ово питање уређено законом) исто уређује у оквиру компанијског законодавства. Међутим, то не значи да се законом о осигурању не може ово питање уредити у делу који помиње врсте послова осигурања.То би било јако пожељно, јер би се на тај начин једним законом (који је за дату материју *lex specialis*) међу пословима осигурања изричито навело и осигурање од одговорности директора, док би се другим (компанијским) законом уредило питање ко купује ово осигурање.

транзиције и која нема довољно искусан директорски кадар, који у условима све веће конкуренције и борбе за профитабилност пословања лако могу постати мете акционарских тужби (као и тужби других оштећених лица) постоји интерес за увођење ове врсте осигурања.

Уколико не желимо да се понови сценарио, који је толико често био присутан у нашем праву (а који је подразумевао увођење правних института непримерених степену друштвено-економског развоја и правној традицији), правно регулисање института осигурања од одговорности директора не сме да се сведе на просто реципирање упоредноправних (тј. у последње време по правилу англосаксонских) правних института, без вођења расправе о томе да ли су и колико прилагођени духу нашег права. Указивање на постојање овог института и све позитивне ефекте које доноси компанијама које се одлуче да га користе, чини се нарочито оправданим у тренутку формирања Комисије за израду Грађанског законика Србије, који би требало да уреди и материју уговора о осигурању. У одредбу која наводи врсте осигурања требало би да се унесе и осигурање од одговорности директора.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Осигурање од одговорности директора компанија, иако из угла нашег правног поретка апсолутно нов, у развијеним тржишним економијама представља добро познат и последњих година све више коришћен институт. У прилог имплементирања осигурања од одговорности директора у програм корпоративног управљања успешних компанија говори његов утицај на контролу ризика пословања. Компаније које се одлуче да део својих средстава (који по правилу неће бити занемарљив) издвоје за куповину овог осигурања доносе добру пословну одлуку. Та одлука је у непосредном интересу како директора, тако и саме компаније.

Основна погодност коју уживају директори компаније која је купила осигурање састоји се у заштити од одговорности, без обзира на то да ли је против њих покренут поступак који је резултирао доказивањем непостојања основа одговорности (када осигуравач сноси само трошкове одбране) или су након спроведеног поступка оглашени одговорним (када осигуравач плаћа накнаду штете уместо директора, ако је реч о неком од случајева који се подводе под опсег покрића). Када је реч о компанији, и она има интерес да купи осигурање од одговорности за своје директоре. То јој олакшава посао око регрутовања нових кадрова, јер ће они бити ради да прихвате директорске

позиције ако знају да ће њихова потенцијална одговорност бити покривена осигурањем. Осим тога, ово осигурање доприноси развоју добре праксе корпоративног управљања. Постојање осигуравајућег покрића и праксе решавања одштетних захтева осигураника-директора утиче на њихово понашање у будућности, јер они на основу искустава других директора могу знати у ком случају не смеју рачунати на заштиту од стране осигуравача.

Nataša Petrović Tomić, LLM

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY INSURANCE

Summary

Directors and officers liability insurance is an institute that is becoming increasingly important. As the economic and legal environment of the twenty-first century is characterized by an increase in the number of regulations regarding corporate directors, and by the permanent rising of the standards of their liability, it is difficult to imagine contemporary business without having the institute which decreases corporate risks.

This article gives introductory information about directors and officers liability insurance, by focusing on the notion and its importance to corporate governance. The article is divided into two parts. After making distinctions between different meanings of the notion of directors and officers liability insurance, the author points out the persons who could be covered by this type of insurance. Executive and non-executive directors, dependent and independent directors, members of the board of directors are analyzed as insured persons, with emphasis on the differences in the conditions of the respective coverage. In the second part of the article, the author deals with the importance of the directors and officers liability insurance to corporate governance. The protection of the directors from liability, enabling the recruitment of qualified personnel, and encouragement of the development of good corporate governance practice are the main indicators of the importance of directors and officers liability insurance to the practice of corporate governance.

Key words: *Directors – Members of the Board – Directors and Officers Liability Insurance – Corporate Governance.*

УДК 342.53(497.11)”1903/1914”

Др Јасминка Хасанбеговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ТЕОРИЈСКИ ОКВИР КАО МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУП ОЛГЕ ПОПОВИЋ-ОБРАДОВИЋ У ИСТРАЖИВАЊУ ПАРЛАМЕНТАРИЗМА У СРБИЈИ 1903–1914.

На основу анализе пет основних узорних историјских типова парламентаризма у периоду од настанка парламентаризма до Првог светског рата, анализе која плени како својом нередукованом обухватношћу и правила и праксе у њиховој социјално-политичкој условљености и дејствености, с једне стране, тако и прегнантном краткоћом захваљујући усредсређености на сигурно одабране суштинске карактеристике, с друге стране, Олга Поповић-Обрадовић је (без обзира на неке неравнине у излагању) успела да у сјајно аргументованој синтези изведе закључак о правној суштини парламентаризма, а то је: политичка одговорност владе пред парламентом, или, што је исто, политичка одговорност егзекутиве пред законодавцем. Такво одређење парламентаризма – као што истиче и сама Олга Поповић-Обрадовић – није ново, прво, ни скорашње, нити у страној нити у нашој науци, али се оно – међу сличним, иначе упадљиво мањинским одређењима – у излагању Олге Поповић-Обрадовић одликује не само својом лапидарном језгровитошћу, већ пре свега снагом и разложношћу аргументације на којој почива.

Кључне речи: *Нормативно-стварно*. – *Парламентаризам*.

Теоријски приступ у било ком истраживању битно одређује његове домете и резултате, јер претходно одређује и предмет (оно шта) и начин (оно како) истраживања. Ово нарочито важи за историјска правно-социо-политиколошка истраживања у којима је комплексност испитиваног не само иредуцибилна него и тешко разложива на сегменте и аспекте. Неретко, нажалост, приступ истраживаном уопште не сеже до теоријског, покаткад је чак и неосвешћен, али он увек постоји као предразумевање, које може имати разне видове – у великом распону од релевантних савремених теоријских знања и увида до погрешног знања, заблуда и предрасуда, у односу на које би свест о незнању представљала гигантски корак напред.

Олга Поповић-Обрадовић је у свом истраживању парламентаризма у Србији 1903–1914. године имала потпуно јасну свест о методолошком значају поменутог теоријског приступа и зато је прву од три целине своје књиге посветила теоријским и методолошким питањима.[1]

Излагања у тој првој и најкраћој, теоријско-методолошкој целини (која у извесном смислу има уводни карактер – представља увод у излагање резултата истраживања српског парламентаризма 1903–1914) имају два циља. Први је дефинисање суштине парламентарног режима као типа представничке владе, а други је ближе одређење и теоријско утемељење метода анализе парламентарног режима у Србији на основу базичних теоријских, како правних, тако и социјално-политичких претпоставки парламентарне владе које се изводе из парламентарног искуства западних земаља.[2]

Погледајмо сада поближе и критички како су и колико су остварена та два циља.

При остварењу свог покушаја дефинисања суштине парламентарног режима, Олга Поповић-Обрадовић одмах на самом почетку наглашава да је парламентарни режим немогуће одредити изван процеса политичке еволуције.[3] Заиста, најчешћа грешка при дефинисању не само парламентаризма, него и многих других распрострањених појава дужег трајања, јесте узимање једног периода или једног сегмента за целину – *pars [temporis vel exemplorum] pro toto* – из било ког разлога: као наводно репрезентативног, идеал-типског, узорног и сл. Стога се и парламентаризам може дефинисати само узимајући у обзир све његове видове и еволутивне мене. То је услов и за правилно разумевање домета српског парламентаризма 1903–1914. Па ипак, појму енглеског парламентаризма морала је бити поклоњена посебна пажња пре свега из практичких разлога, наиме, због околности што су се главни актери српске парламентарне праксе, који су је пресудно обликовали, редовно и готово искључиво позивали баш на енглески модел.[4]

На најопштији начин парламентарни систем би се могао одредити као представнички систем заснован на „мекој“ подели власти тј. „сарадњи“ легислативе и егзекутиве.[5] Проблем оваквог и сличних одређења парламентаризма није у томе што је његову „правну суш-

[1] Олга Поповић-Обрадовић, *Парламентаризам у Србији 1903–1914*, Службени лист СРЈ, Београд 1998, 17–52.

[2] *Ibid.*, 12–13.

[3] *Ibid.*, 12.

[4] *Loc. cit.*

[5] *Cf. ibid.,* 17.

тину тешко нормативно дефинисати", односно што „између номиналног и стварног међусобног односа уставних органа [у парламентаризму] постоје разлике, чак противречности" – као што каже Олга Поповић-Обрадовић,[6] а о чему ће још бити речи – већ је проблем овог и сличних одређења парламентарног система у њиховој неодређености, и то како неодређености употребљених израза (на пример, конкретно, *мека* подела власти; *сарадња* легислативе и егзекутиве) тако, додатно и покаткад нарочито, у неодређености подразумеваног а неизреченог у оваквим и сличним дефиницијама (на пример, чини се пре свега, околности што је у парламентарном систему представничко тело /парламент/ – законодавац; затим, околности што је егзекутива у парламентарном систему увек бар само најформалније подељена између шефа државе и владе; и др.).

Размотримо ово детаљније и пођимо редом. Став да је „правну суштину парламентаризма тешко нормативно дефинисати", односно став да „између номиналног и стварног [... у парламентаризму] постоје разлике, чак противречности", подразумевају, прво, нормативну концепцију права (права као скупа норми, а не права као правног поретка – јединства норми и понашања по њима), дакле, нормативну концепцију права која је карактеристична за континентално-европска, а не англосаксонска схватања. Зато је с таквог, континенталноевропског стајалишта тешко нормативно дефинисати правну суштину парламентарног система, јер правна суштина у англосаксонском смислу подразумева управо јединство норме и понашања по њој и не може се редуковати само на норму односно нормативно. И друго, разлике, чак противречности – или, према другом схватању „разлике", чак „*противречности*" – између номиналног и стварног међусобног односа уставних органа у парламентаризму појављују се само ако се сметне с ума да је, из англосаксонског угла посматрано, веома тешко, практично немогуће говорити о ономе што је по „по слову устава" односно о ономе што треба да буде „по слову устава".[7] Ово из више разлога: не само зато што је, сходно владајућој концепцији права, и устав као део права мишљен не као скуп норми већ као уставни поредак – јединство одговарајућих норми и понашања по њима; затим, такође, не само стога што је енглески устав (односно што су енглески устави) превасходно неписани устав(и), па је о *слову* тог устава и о ономе што је „по слову тог устава" не само веома ретко могуће говорити већ, и тада кад је могуће, веома је тешко говорити шта је „по слову устава", управо због концепта устава и уставности; а коначно, можда понајвише, и стога што су уставне конвенције, тј. уставни обичаји, најзначајнији и – унутар англосаксонског схва-

[6] *Loc. cit.*

[7] *Loc. cit.*

тања права и устава – најприроднији извор односно конституенс и права и устава и парламентаризма. Јер, у сложеној природи обичајности јесте како фактичко тј. понављање понашања тако и нормативно, тј. свест о обавезности тог понашања, дакле, јединство норме и понашања по њој. Спорност постојања сваког од ова два елемента (с једне стране, понашања односно истоветности понашања односно понављања понашања, а с друге стране, свести о обавезности односно овлашћености на одређено понашање) може учинити спорном егзистенцију обичаја, па и уставног обичаја, и чини не само питање (не)постојања неке уставне конвенције сложеним, него и одговор на њега прилично неухватљивим. Али, то је нешто што се не сме изгубити из вида када се говори о уставу и парламентаризму у англосаксонским оквирима. У противном, једино ако се англосаксонском (тј. енглеском) уставу и парламентаризму приступи с континентално-европских позиција, „парламентаризам се представља као својеврсна негација уставних норми и о њему се утолико може – како то чини највећи део теорије – говорити као о *res facti non iuris*“.[8] Али, то значи пренебрегнути две ствари: прво, да уставне норме ту уопште не постоје без одговарајуће праксе и да се, штавише, понајчешће из ње изводе, разазнају и сазнају, и друго, да парламентаризам као *res facti* ту, управо због концепта права и устава, обухвата и оно нормативно (што у континентално-европској визури значи „чисто“ правно), те да је подела на *factum – ius* (= *norma*) односно *res facti – res iuris* (= *res normae*) карактеристична за континентално-европска гледања, а страна англосаксонском погледу на право, устав и парламентаризам.

У XIX и у првим деценијама XX века у уставној науци односно теорији признат је као једино неспоран правни елемент парламентаризма, онај без кога нема парламентаризма, дакле, суштински – одговорна влада или, мало прецизније речено, одговорност министара пред парламентом. Међутим, о питањима обима, садржине и манифестација те одговорности, као и о питању односа министара према шефу државе, уставна наука односно теорија није имала јединствен одговор, иако је та питања сматрала темељним, па је тако и одговор на питање правне суштине парламентаризма остао неодређен у многим фундаменталним разрадама детаља те суштине.[9] Али, не само у многим фундаменталним разрадама суштине парламентаризма – у чему се тешко ико може не сложити с Олгом Поповић-Обрадовић – већ, као што је раније напоменуто, и у свему оном подразумеваном а неизреченом о тој суштини.

Узроке те велике неусаглашености ставова уставне науке односно теорије о темељним питањима разраде суштине парламента-

[8] *Loc. cit.* и фн. 4.

[9] *Cf. ibid.*, 18.

ризма треба тражити у следећим околностима. Најпре, у околности што је парламентаризам у самој земљи порекла – дакле, енглески парламентаризам – настао као резултат дуге еволуције енглеских политичких односно политичко-правних институција. Потом, у већ наведеној околности што су концепти права, устава и парламентаризма (због значаја обичајности, уставних конвенција, те уопште неписаног права) специфични за англосаксонски свет, па им не треба олако приступати и тумачити их с континентално-европских позиција у схватању права и устава. Затим, у околности што је и сам енглески парламентаризам значајно еволуирао, добијао нова обележја и форме, али и доживљавао дубоке, темељне промене, тако да се никако не може говорити о енглеском парламентаризму као једном истом типу парламентаризма, већ о битно, темељно различитим облицима или типовима енглеског парламентаризма током његове еволуције. Уз све то, и у околности што се енглески парламентаризам на посебан начин проширио на европски континент, где је реципиран у писане уставе који су разрађивали нека решења другачије од било ког типа или облика енглеског парламентаризма, укључујући и републиканска уређења (после 1875). И коначно, али никако као најмање важно, у околности што се све то збивало у веома различитим, а специфичним социјалним и политичким условима, тј. приликама односно контекстима: и настанак и еволуција и рецепција енглеског парламентаризма.[10]

Имајући све претходно на уму као свест и знање Олге Поповић-Обрадовић, њено прво одређење парламентаризма испод наслова *Појам парламентаризма* треба прочитати, протумачити и схватити превасходно као њено упозорење не само на тешкоће на које се може наићи, већ и на грешке које се могу направити при одређивању појма односно суштине парламентаризма, а не, дакле, као само њено одређење:[11]

„ТЕОРИЈСКО-МЕТОДОЛОШКИ ОКВИР

ПОЈАМ ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

Парламентарни систем улази у ред оних политичких режима представничког карактера чију је саму правну суштину тешко нормативно дефинисати.* Заснован на специфичном типу поделе власти, одређеном у теорији као „мека“ подела или „сарадња“ легислативе и егзекутиве, парламентаризам представља такав тип представничке владе у коме између номиналног и стварног међусобног односа уставних органа постоје разлике, чак противречности. По слову устава, законодавно тело или парламент** и правно неодговорни шеф државе равноправно деле законодавну и буџетску власт, док је извршна

[10] *Cf. ibid.*, 18–20.

[11] *Ibid.*, 27.

власт у искључивој надлежности шефа државе. Парламентарни режим, међутим, подразумева да се шеф државе у дужем трајању уздржава од слободне употребе својих уставних прерогатива, иако њихово нормативно постојање, исто као и када је у питању законодавна и буџетска власт парламента, чини управо правну претпоставку овог режима.*** У том, и само у том смислу, парламентаризам се представља као својеврсна негација уставних норми и о њему се, утолико, може – како то чини највећи део теорије – говорити као о *res facti non iuris*.****

* * *

* Овде се има у виду само онај тип представничке владе који је под називом парламентаризам познавала уставна пракса европских држава до првог светског рата.

** Под парламентом, као законодавним телом, овде ће се подразумевати само представничко тело. Евентуално постојање другог дома неће се узимати у обзир.

*** Постоје, додуше, писци који су, имајући у виду еволуцију парламентарног режима у правцу потпуне пасивизације шефа државе, били склони да под овај тип режима подведу и такав систем власти у коме шеф државе уопште не постоји. (В. на пример R. Capitant, *Régimes parlementaires*, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933, стр. 51–52)

**** Неки писци ову разлику између уставних норми и парламентарног система оцењују чак као контрадикцију. Парламентарни систем је „у очигледној контрадикцији са формално правним положајем уставних чинилаца“ и „формира се више *via facti*...“. (Милан Владисављевић, *Развој уставности у Србији*, Београд, 1938, стр. 61–62)“

Зашто се, дакле, горње мора схватити као ауторкино упозорење на тешкоће и грешке при одређивању парламентаризма, а не као њено одређење парламентаризма? Из више разлога, које ћемо подробно побројати.

Јер, само ако се карактеристике првог, дакле, англосаксонског парламентаризма (а то значи и првог уопште и првог међу различитим облицима енглеског парламентаризма) поопште и узму као суштина односно појам парламентаризма, и ако се уз то још и том англосаксонском феномену приступи као да је континентално-европска појава, *ergo*, ако се тај облик енглеског парламентаризма посматра на континенталноправни начин, само онда се може говорити:

– о томе да „је саму правну суштину [парламентаризма] тешко нормативно дефинисати“,[12] као да постоји нека сама правна суштина која није и нормативна, као да нормативно није обухваћено правним, нарочито у англосаксонским поимањима; затим,

[12] *Loc. cit.*

– о разликама, чак *противречностима* између номиналног и стварног,[13] што је раније критички размотрено, а чему треба додати и једну терминолошку напомену: између номиналног (тј. нормативног) и стварног не могу постојати противречности (чак ни у континенталноправном поимању, где је разликовање између нормативног и стварног не само легитимно већ неретко и неопходно), зато што нормативно и стварно припадају различитим сферама односно категоријама, у којима у свакој понаособ могу постојати противречности (као противречне норме односно као противречна понашања), али између којих не може бити противречности, већ само (не)усклађености, и то мање или веће, па и потпуне (крајње) неусклађености тј. супротности нормативног и стварног; потом,

– о „слову устава“ и о ономе „по слову устава“[14] у енглеском уставу, што је такође раније критички размотрено; даље,

– о правно неодговорном шефу државе[15] тј. монарху, као да је парламентаризам у разматраном периоду, дакле, од његовог настанка до Првог светског рата, био само монархијски парламентаризам, као да није постојао и републикански парламентаризам (у Француској после 1875), који по дефиницији подразумева правно одговорног шефа државе; надаље,

– о томе да парламент и монарх равноправно деле законодавну и буџетску власт,[16] што је карактеристика средњовековног, предмодерног, претпарламентарног англосаксонског конституционализма, а не модерног, парламентарног, који настаје управо тада када парламент постаје искључиви законодавац тј. искључиви носилац законодавне власти (а самим тим и буџетске, јер се буџет усваја годишње у парламенту, дакле, у форми закона); истина, у парламентаризму законодавну (а сходно томе и буџетску) власт парламент може делити с монархом односно владом, али *само* у том смислу да ови имају законодавну *иницијативу*, дакле, никако *равноправно*; затим,

– о томе да је извршна власт у искључивој надлежности шефа државе,[17] као да парламентаризма уопште може бити без министара односно владе; потом,

– о томе да парламентарни режим подразумева да се шеф државе у дужем временском трајању уздржава од слободне употребе својих уставних овлашћења, чије нормативно постојање управо чини

[13] *Loc. cit.*

[14] *Loc. cit.*

[15] *Loc. cit.*

[16] *Loc. cit.* и стр. 19.

[17] *Ibid.*, 17.

правну претпоставку парламентаризма,[18] што је опет комбинација континенталноправног приступа англосаксонском феномену (што води неразумевању појаве) и недопуштеног уопштавања својстава првог облика енглеског парламентаризма; и коначно,

– о парламентаризму као својеврсној негацији уставних норми и нечему што је *res facti non iuris*,[19] о чему је такође раније било довољно критичког разматрања.

Дакле, у ситуацији у којој је значајан део теорије, с једне стране, правио грешке при одређењу појма парламентаризма, и то како грешке неоснованог уопштавања типа *pars pro toto*, тако и грешке које су последица континенталноправног начина сагледавања англосаксонских феномена и следствене неминовне дисторзије њиховог поимања, а с друге стране, у ситуацији у којој та иста теорија, и када се слагала о одговорној влади односно одговорности министара пред парламентом као једином неспорном правном елементу парламентаризма, ипак уопште није имала јединствен и одређен одговор на темељно питање о могућим разрадама тог елемента, наиме, о важним питањима детаљнијих разрада поменуте одговорности, Олга Поповић-Обрадовић, имајући свест и о тим грешкама, и о тим неслагањима, и, нарочито, о њиховим узроцима, није могла једноставно преузети неко решење, неки одговор, неки појам парламентаризма. Она је кренула тежим путем и урадила и „тућ", теоретичарски посао, који се у односу на њен, историчарски посао појављује као претходни, као услов добро обављеног сопственог посла.

Појам односно правну суштину парламентаризма у периоду до Првог светског рата Олга Поповић-Обрадовић је одредила тако што је најпре осликала главне историјске облике парламентарне владе (или парламентарне владавине – због могуће двозначности термина *влада*, или, просто, парламентаризма) у периоду од преко два века – од настанка (првог облика) парламентаризма почетком XVIII века до Првог светског рата,[20] па је потом на основу тога извела закључак о правној суштини односно појму парламентаризма.[21]

Излагање главних историјских облика парламентаризма обухвата опис заправо пет типова парламентаризма: класичан или дуалистички енглески парламентаризам (који почиње да се формира од 1701. да би коначно био јасно уобличен током последњих деценија истог, XVIII века и трајао до 1832), монистички енглески парламентаризам с превлашћу представничког тела, тј. „златно доба енглеског

[18] *Loc. cit.*

[19] *Loc. cit.*

[20] *Ibid.*, 21–39.

[21] *Ibid.*, 40–46.

Парламента“ (1832–1867), монистички енглески парламентаризам кабинетског система (после 1867), орлеански, тј. континентално-европски дуалистички или класични парламентаризам (1830–1848) и француски парламентаризам, тј. континентално-европски монистички парламентаризам с превлашћу представничког тела (од 1875. односно 1877. до Првог односно Другог светског рата).

Одмах треба истаћи специфичност и вредност организације овог излагања. Наиме, Олга Поповић-Обрадовић се није држала ни хронолошког (тј. историјског) критеријума при излагању ових типова, нити се пак држала уобичајеног теоријског критеријума: дуалистички – монистички парламентаризми (који се покаткад, у не увек ваљаној теоријској интерпретацији, изједначавају с критеријумом монархијски – републикански). И добро је што није тако поступила, јер се придржавањем до краја ни временског ни (било ког) теоријског критеријума као основног не могу стећи увиди у битне мене парламентаризма, нити у узроке тих промена.

Основни њен критеријум је, заправо, просторни: енглески парламентаризам (односно парламентаризми) наспрам континенталног-европском – пре свега француском – парламентаризму (односно парламентаризмима). То је добро одабран основни критеријум из много разлога, а пре свих, имајући на уму следећа три. Тим основним критеријумом уважава се и хронологија (у значајној мери тј. у свему временски битном), и однос узора и репликâ (тј. историјских „премијера“ и „репризa“, или „оригинала“ и „копија“ односно „варијација“), и битна различитост у схватањима права и устава у англосаксонском, тј. енглеском парламентаризму односно парламентаризмима, а наспрам оном односно оним континентално-европским.

Та основна подела (острвски или енглески или англосаксонски наспрам континентално-европског или, кратко, континенталног) даље је развијена потподелама на основу новог, у обе врсте идентичног, теоријског критеријума: дуалистички – монистички, па су тако добијена четири типа парламентаризма (енглески дуалистички тј. класични, енглески монистички, континентални дуалистички, тј. класични, тј. орлеански и континентални монистички парламентаризам).

Међутим, пошто монистички парламентаризам није једнообразан, већ има два битно различита поттипа: онај с превлашћу парламента, који у теорији нема посебно име, али би се економије језика ради могао кратко, мада плеонастично, назвати парламентарним парламентаризмом, или опет кратко, а фигуративно златним парламентаризмом, и онај који се уопште не назива парламентаризмом, већ кабинетским системом, али би се сад терминолошког уједначавања ради могао назвати кабинетским парламентаризмом, то онда ова два

поттипа монистичког уз онај првобитни, дуалистички (који Олга Поповић-Обрадовић у енглеској варијанти назива формативним) дају, дакле, по три поттипа парламентаризма у обе основне групе (енглеској и континенталној), што би укупно требало да чини шест поттипова. Међутим, док се у развоју енглеског парламентаризма до Првог светског рата сва ова три поттипа могу јасно разазнати, на континенту Европе, посебно у Француској, то није случај – ту се срећу само два поттипа: орлеански или дуалистички и монистички с превлашћу парламента, али не и кабинетски, па зато Олга Поповић-Обрадовић анализира укупно пет главних узорних историјских типова парламентаризма у периоду до Првог светског рата.

У овој разуђеној подели историјски узорних парламентаризама, у којој основни критеријум (Острво – Континент) прати уобичајена потподела на дуалистичке и монистичке, посебно треба истаћи даљу потподелу монистичких парламентаризама на оне с превлашћу парламента и оне с превлашћу владе, јер је то подела која се у теорији веома ретко среће (за разлику од поделе – или поделâ – на дуалистичке и монистичке односно на монархијске и републиканске), а веома је важна јер се заснива на увидима у битно различито функционисање ових врста парламентаризама (или парламентарних система). Монистички парламентаризам с превлашћу парламента (овде назван парламентарни или златни) имао је и своју острвску, енглеску верзију и своју континенталну, француску верзију (по којој је и добио име: француски парламентаризам), док је монистички парламентаризам с превлашћу владе (тј. кабинетски систем) до Првог светског рата имао само енглеску верзију, мада ће после и на континенту, и то не само европском, имати своје одговарајуће – назовимо их – канцеларске или премијерске (или кабинетске, да не кажемо владинске) верзије. Уопште, може се рећи да је ова подела монистичких парламентаризама (на оне с превлашћу парламента, или златне, или парламентарне, и оне с превлашћу владе или кабинета, дакле, кабинетске, или владинске, или премијерске, или канцеларске) једнако значајна као и подела на дуалистичке и монистичке,[22] те да парламентаризме (или парламентарне системе) треба непосредно, а не посредно, поделити у три групе: 1) дуалистичке, 2) златне (монистичке) и 3) кабинетске или премијерске (монистичке) парламентарне системе. Но, то је теоријско питање *per se*, које за сврху овог списа није неопходно даље детаљно обрађивати.

Сада треба само накратко погледати да ли у тим описима има каквих недостатака који су могли онемогућити извођење ваљаног закључка о правној суштини парламентаризма. Изричући свој став о

[22] Сличан став о томе Олга Поповић-Обрадовић изричито исказује разматрајући правну суштину парламентаризма. В. *ibid.*, 44.

томе сад – одмах (а то значи изричући га унапред, пре него што су изнети разлози на којима се он заснива, а што га чини заправо прелиминарним ставом, прелиминарним закључком, или хипотезом), можемо рећи да у описима Олге Поповић-Обрадовић пет главних узорних парламентарних система има неких неодређености, непрецизности и неравнина, али оне ни у ком случају нису утицале на ваљаност њеног закључка о правној суштини парламентаризма. У изношењу аргумената за овакву оцену идимо редом.

О енглеском класичном или дуалистичком парламентаризму Олга Поповић-Обрадовић на самом почетку каже: „По окончању процеса обликовања уставне монархије, у Енглеској су, путем уставних обичаја, почеле да се изграђују основне институције и механизми парламентарног система. Отпочела је еволуција уставне у парламентарну монархију. Кључну улогу у том процесу имала је еволуција карактера и значаја министарске функције – дакле, оног чиниоца политичког система који уставна монархија обликована до почетка XVIII века не познаје као посебан орган власти“.[23]

Овим поводом треба запазити неколико ствари.

Говорећи о енглеској уставној монархији, Олга Поповић-Обрадовић не прави језичку (мада – сигурно – прави појмовну) разлику између предмодерне (до 1701) и модерне (после 1701) енглеске уставне монархије, што ствара неодређеност која може водити нетачностима, а која се на овом месту не појављује први пут.[24] Дакле, могло би се рећи: „По окончању процеса обликовања *модерне* уставне монархије, [...]“ – ако се под окончањем процеса обликовања подразумева крај, тј. завршетак процеса трансформације или претварања

[23] *Ibid.*, 21.

[24] Тако и на крају основног текста на стр. 18 она каже: „Иако прва уставна монархија, нормативно дефинисана већ до почетка XVIII века,* [...]“ А прецизније би било да се каже: „Иако прва *модерна* уставна монархија, нормативно дефинисана већ до почетка XVIII века,* [...]“ Ту се из контекста јасно види да је реч о *модерној* енглеској уставној монархији. Проблем је у томе што се тај контекст одређује накнадно, у наставку реченице, а претходна неодређеност непотребно отежава разумевање. Слично је и с почетком текста фусноте бр. 5 (овде означене *) на истој, 18. страници, који гласи: „Уставна монархија у Енглеској коначно је уобличена између 1688. и 1701, када [...]“ А било би боље да гласи: „*Модерна* уставна монархија у Енглеској коначно је уобличена између 168*9*. и 1701, када [...]“ (Успут, ауторкин контекст – *Bill of Rights* /из децембра 1689/ а не славна револуција /1688/ – јасно указује и на штампарску грешку: 1688. уместо 1689.) Овде је такође неодређен тј. двозначан и израз *коначно*. Он би могао сугерисати да је модерна уставна монархија у Енглеској коначно уобличена између 1689. и 1701, као да се она после тога није развијала и имала различите облике, као да је тада добила дефинитиван, коначан облик, који се није мењао, што, наравно, није тачно. Реч је заправо о томе да се процес уобличавања или претварања предмодерне у модерну уставну монархију, процес који се одвија током целог XVII века, тај процес се окончава (или: завршетак те трансформације се одвија) крајем XVII века, прецизније, између 1689. и 1701.

предмодерне у модерну уставну монархију (који завршетак обухвата, као што се видело, период 1689–1701). А можда би још боље било рећи: „У процесу обликовања модерне уставне монархије у Енглеској су уставним обичајима почели да се изграђују основне институције и механизми парламентарног система."

Но, не може се затим рећи: „Отпочела је еволуција уставне у парламентарну монархију" – као да парламентарна монархија није само једна врста, један вид уставне монархије, те следствено, као да парламентарна монархија *eo ipso* не подразумева постојање уставне монархије, као да је парламентарна монархија нешто друго, а не сама уставна монархија. Стога би се морало рећи: „Отпочела је еволуција уставне *баш* у парламентарну монархију".

И напослетку, тачно је да је кључну улогу у том процесу (еволуције уставне баш у парламентарну монархију) имала еволуција карактера и значаја министарске функције – дакле, оног чиниоца политичког система који *ни предмодерна ни тек створена модерна* уставна монархија, обликована до почетка XVIII века, не познаје као посебан орган власти. Али, ни уз ово прецизирање *министарска функција* се не може (као, уосталом, ни било чија функција) сматрати чиниоцем политичког система односно органом власти тј. државним органом. Зато је боље говорити о еволуцији карактера и значаја *институције минист(а)ра*, а не *министарске функције*, јер функција карактерише одговарајућу институцију и указује на њену еволуцију и онда када се сама институција веома дуго *именом* уопште не мења, али се само институција може сматрати чиниоцем политичког система односно органом власти.

Пред крај излагања енглеског класичног или дуалистичког парламентаризма, објашњавајући његову трансформацију у монистички (с превлашћу парламента), Олга Поповић-Обрадовић упућује у напомени на Сарторијево разликовање одговорне (*responsible*) од одзивне (*responsive*) владе.[25] Тим поводом треба свакако истаћи њено завидно познавање не само политичке историје, него и политичке теорије, и то како историје политичке теорије, тако и савремене политичке теорије. Ово тим пре што то на нашем простору уопште није уобичајена одлика не само наших историчара већ, нажалост, ни наших теоретичара. Но, успут, треба указати и на једну неравнину која се поткрала у интерпретацији Сарторија. Олга Поповић-Обрадовић, наиме, на том месту каже: „Владу која је одговорна парламентарној већини независно од тога да ли је ова репрезентативна или не, теорија назива одговорном владом (*responsible government*), и разликује је од владе одговорне репрезентативној парламентарној већини, коју, пак, назива одзивном владом – владом окренутој бирачима (*responsive government*)". Ипак, није реч о влади одговорној нерепрезентативној однос-

[25] *Ibid.*, 24 фн. 11.

но репрезентативној парламентарној већини, зато што се уопште не ради о (не)репрезентативности парламентарне већине, већ о (не)репрезентативности парламента (у целини, као целине), те стога и о влади која у почетку само дела, а историјски посматрано, потом се и формира у (не)репрезентативном парламенту (или: из њега, тј. његове већине), али која је свакако одговорна том (не)репрезентативном парламенту односно, заправо, његовој већини.

Говорећи о енглеском монистичком парламентаризму односно о узроцима трансформације оног дуалистичког у овај монистички, Олга Поповић-Обрадовић говори о „[о]државањ[у] улоге круне помоћу политички апатичног бирачког тела, у времену у коме је јавно мњење већ било политички артикулисано".[26] Ако бирачко тело формира јавно мњење или чини бар део јавног мњења (што је, изгледа, ван сваке сумње), онда политички апатично бирачко тело и политички артикулисано јавно мњење представљају готово апорематичне феномене политичког живота. А реч је, заправо, о друштву у коме се изразито мањинско бирачко тело и његово јавно мњење сучељавају с политички артикулисаним јавним мњењем већинског остатка друштва, остатка који, дакле, још увек не чини бирачко тело и не може утицати на политику. Но, пре свега, конституционализована улога круне се не одржава (нити се може одржавати) помоћу бирачког тела било оно политички апатично било политички активно.

Слично претходном, не може се рећи ни да се „изборном реформом [...] краљ нашао у немогућности да њиме [тј. парламентом] даље управља".[27] Јер, ни до тада, тј. до изборне реформе (1832) краљ није могао (на уставан начин) управљати парламентом. Исто тако и из истих разлога, уопште се не може говорити ни о „парламент[у] чију је структуру, својим утицајем на изборе, круна строго контролисала".[28] А следствено томе, ни о „уклањању могућности такве контроле" и о том моменту као моменту у коме је „парламент постао политички аутономно тело".[29] Овде је – речено континенталноправним језиком – реч о бркању нормативног и стварног плана односно – из англосаксонске визуре – о неразликовању конституционалног од социјалнопатолошког стања. Изборна реформа спада у прво, а краљево управљање парламентом и строго контролисање структуре парламента утицајем на изборе (корупцијом, сплеткарењем, манипулацијом и сл.) у друго.

Такође, не може се рећи да „је парламентарни систем у Енглеској, убрзо пошто је настао, изашао из оквира класичног обрасца".[30]

[26] *Ibid.*, 24–25.

[27] *Ibid.*, 25.

[28] *Loc. cit.* с позивањем на Редслоба (*Redslob*) у фн. 13.

[29] *Cf. ibid.*, 25.

[30] *Loc. cit.*

Ово стога што парламентарни систем у Енглеској почиње да се формира још у првој половини XVIII века, да би се коначно, као уставним обичајима изграђен и потпуно развијен класични (или дуалистички) систем правила и праксе, уобличио после око три четврт века и као такав функционисао још најмање пола века (до 1832). Према томе, за оно што се збива *после више од века* или, у најстрожем смислу, *после око пола века* – у овом историјском контексту никако се не може рећи да се дешава *убрзо*.

Двосмислено је, и не сасвим тачно, рећи да је „као модеран облик представничког режима, енглески парламентаризам, наиме, дефинисан тек онда када је краљ удаљен из политичког живота“.[31] Јер, то може сугерисати да је енглески парламентаризам дефинисан као модеран облик представничког режима тек тада *зато што* је тек тада краљ удаљен из политичког живота. А то није тачно. Модерност представничког режима и удаљавање краља из политичког живота нису уопште у парламентарном систему непосредно повезане појаве, а камоли узрочно-последично повезане, дакле, оне су и у случају енглеског парламентаризма (као и у сваком другом случају) пука коинциденција. Ово зато што модерност представничког режима у парламентарном систему (и не само у њему) зависи од репрезентативности парламента (односно законодавног представничког тела у другим системима), па ако је парламент репрезентативан, онда је влада не само одговорна већ и одзивна, а ако није, онда је она само одговорна влада том нерепрезентативном парламенту, који, према томе, има карактер предмодерног представничког тела. Удаљавање или неудаљавање краља из политичког живота нема дакле с тим никакве везе. (Не)удаљавање краља из политичког живота у парламентарном систему указује на тип парламентаризма: дуалистички односно монистички, при чему сам парламент у оба случаја може бити било репрезентативан било нерепрезентативан односно, прецизније, мање или више (не)репрезентативан, што и историја енглеског парламентаризма са свим својим изборним реформама најбоље показује. А могуће нијансе у (не)репрезентативности парламента упућују на то да ни разлика предмодерно – модерно представничко тело не мора (а врло често и не може) бити оштро постављена. И на крају крајева, сама политичка историја како Енглеске тако и других модерних демократија јасно показује да парламентаризам и модерна демократија (која *eo ipso* подразумева репрезентативност законодавног представничког тела, па и парламента) не само што уопште нису идентични феномени, него чак нису ни појаве које једна другу подразумевају.

Када се каже да „дуалистички образац представља предисторију“,[32] онда је то неодређено и не сасвим тачно. Јер, премда претхо-

[31] *Loc. cit.*

[32] *Loc. cit.*

ди монистичком обрасцу (односно, прецизније, монистичким обрасцима енглеског парламентаризма), дуалистички образац, сигурно, никако не може представљати предисторију парламентаризма. Он се може „посматрати као формативна фаза енглеског парламентаризма“[33] (или, слично, као прва његова фаза), али управо стога не и као његова предисторија.

Говорећи о енглеском монистичком парламентаризму с превлашћу представничког тела, Олги Поповић-Обрадовић поткрале су се две нејасноће које није лако отклонити. Она ту каже: „Дисолуција као резултат губитка поверења у парламенту, у овом раздобљу је била ретка: владе су настајале и падале у парламенту, што је ово тело чинило врховним арбитром у држави“.[34] Остаје нејасно ко (ни)је губио чије поверење, тј. ко (ни)је губио поверење у кога. Влада (није губила односно ретко је губила поверење) у парламент? И мало даље она каже: „[...] њена употреба [тј. употреба дисолуције] нема функцију решавања питања владине већине [...]“[35] Као да је дисолуција парламента икада могла имати функцију да реши питање владине већине? Ту функцију имају само односи политичких снага у парламенту, или пак сами избори, тј. односи политичких снага (било као појединачних кандидата било /и/ као политичких партија) изван парламента.

У излагању кабинетског система поткрала су се два лапсуса. Први: „Стога је пад владе у парламенту постао изузетак, а дисолуција и демисија као резултат ванредних избора правило.“[36] – без кога би реченица гласила: Стога је пад владе у парламенту постао изузетак, а дисолуција као узрок ванредних избора и демисија као њихова последица – правило. Но, други лапсус је озбиљнији: „Принцип поделе власти у овом систему је, фактички, готово избрисан: један једини орган, иначе непознат уставу као орган власти – влада, обавља свеукупне функције државне власти, као целине (изузев, наравно, судске), [...]“.[37] Јер, никако се не може рећи да влада *обавља* свеукупне функције државне власти (осим судске), што ће рећи да влада *обавља* и законодавну и егзекутивну функцију, зато што законодавну функцију – бар формално, макар само као гласачка машина – *обавља* парламент. Влада, дакле, битно, пресудно утиче на законодавство и остале одлуке парламента и обавља све функције егзекутиве. Такође се за владу не може рећи да је орган власти непознат уставу, јер постојање уставних конвенција које се односе на владу није спорно.

[33] *Loc. cit.*

[34] *Ibid.*, 24.

[35] *Loc. cit.*

[36] *Ibid.*, 31.

[37] *Ibid.*, 32.

Стога се може рећи да је влада орган власти непознат у писаним уставним актима, а не непознат уставу.

Говорећи о облицима парламентарне владе на европском континенту, у уводним објашњењима Олга Поповић-Обрадовић на самом почетку каже: „Преовладавање индивидуалистичке политичке филозофије, до чега је у Европи дошло после Француске револуције, донело је собом, као победнички, принцип поделе власти у држави.“[38] Ова је мисао прилично непрозирна, јер се директна (посебно, узрочно-последична) веза између индивидуалистичке политичке филозофије и принципа поделе власти у држави односно веза између преовладавања те филозофије и увођења поделе власти тешко може успоставити односно утврдити. А нешто даље стоји: „У сваком случају, еластична подела власти на којој се темељила енглеска уставна монархија значила је препуштање круни не само свеукупне извршне власти него и дела законодавне власти“.[39] Историјски посматрано, у развоју енглеске уставне монархије не може се говорити о *препуштању* круни било извршне било законодавне власти, јер се збивало управо супротно: круна је препуштала и законодавну и извршну власт (парламенту и министрима односно влади).

При разматрању дуалистичког и монистичког обрасца на континенту користе се изрази „енглески уставни модел“,[40] „енглеска уставна монархија“,[41] „устав по моделу енглеске уставне монархије“,[42] „енглески“ [парламентаризам],[43] „енглески образац“,[44] те поново „енглески парламентаризам“.[45] По себи, ови су изрази неодређени зато што су се, како енглески устав, тако и енглески парламентаризам мењали односно развијали, али њихово значење може бити уз одређени напор прецизно одређено на основу контекста. Тако, чини се, од ових шест израза сви осим четвртог и шестог („енглески парламентаризам“) означавају класичан или дуалистички енглески парламентаризам односно онај енглески устав којим је конституисан тај тип парламентаризма, док израз „енглески парламентаризам“ означава енглески монистички парламентаризам с превлашћу представничког тела.

Поред тога, излагање монистичког обрасца на континенту садржи једну нејасноћу и једну недореченост. На самом почетку стоји:

[38] *Ibid.*, 33.

[39] *Ibid.*, 34.

[40] *Ibid.*, 36.

[41] *Loc. cit.*

[42] *Ibid.*, 37.

[43] *Loc. cit.*

[44] *Loc. cit.*

[45] *Ibid.*, 38.

„Пред крај XIX века, парламентаризам схваћен као равнотежа власти између круне и представничког тела, односно као влада истовремено одговорна и шефу државе и законодавном телу, оспорен је и у пракси континенталних држава. Преокрет је наступио кад се француска уставотворна скупштина, 1875, упркос републиканском облику владавине, определила за дуалистички, или орлеански тип парламентарне владе".[46] Овде је потпуно нејасно о каквом се *преокрету* ради и у чему се он састоји. А недореченост се пак односи на став Сената о дисолуцији из 1877. Наиме, Олга Поповић-Обрадовић ту каже[47] да су се *сви* релевантни политички чиниоци јасно дистанцирали од дуалистичког парламентарног духа француског уставотворца од 1875. године, већ после прве практичне манифестације тог духа, тј. дисолуције из 1877. Но, с обзиром на то да је по Уставу од 1875. дисолуција условљена сагласношћу Сената, није јасно какав је био став Сената 1877. Да ли је и он као други дом, и то такође изборни дом законодавног тела, попут свих осталих политичких чинилаца, био против дисолуције, и како је у том случају уопште дошло до ње, или је он дао сагласност за дисолуцију, па се после дистанцирао?

Наведене неравнине у излагању пет основних узорних историјских типова парламентаризма нису – као што је раније напоменуто – утицале на вредност закључка о правној суштини парламентаризма, па ни на вредност овог истраживања у целини.

Дакле, на основу анализе пет основних узорних историјских типова парламентаризма у периоду од настанка парламентаризма до Првог светског рата, иначе, анализе која плени како својом нередукованом обухватношћу и правила и праксе у њиховој социјално-политичкој условљености и дејствености, с једне стране, тако и прегнантном краткоћом захваљујући усредсређености на сигурно одабране суштинске карактеристике, с друге стране, Олга Поповић-Обрадовић је (без обзира на наведене неравнине) успела да у сјајно аргументованој синтези изведе закључак о правној суштини парламентаризма.[48] Суштина парламентаризма је политичка одговорност владе пред парламентом,[49] или, што је исто, политичка одговорност егзекутиве пред законодавцем. Такво одређење парламентаризма – као што истиче и сама Олга Поповић-Обрадовић[50] – није ново, прво, ни скорашње, нити у страној нити у нашој науци, али се оно – међу сличним, иначе упадљиво мањинским одређењима – одликује не само својом

[46] *Ibid.*, 37.

[47] *Cf. ibid.*, 37–38. и фн. 52.

[48] *Ibid.*, 40–46.

[49] *Ibid.*, 45 *et passim*.

[50] *Loc. cit.*

лапидарном језгровитошћу, већ пре свега снагом и разложношћу аргументације на којој почива.[51]

И још нешто. Ово одређење парламентаризма – за разлику од разних варијанти већинског („равнотежног“) одређења – успева не само да издвоји заједничко, а битно обележје свих историјских облика парламентаризма (не искључујући прокрустовски зарад теоријске конструкције оне историјске облике који се у њу не уклапају), него успева и да тим заједничким, а битним обележјем (политичком одговорношћу егзекутиве тј. владе пред законодавцем тј. парламентом), одвоји парламентарни систем од осталих модела (или врста) представничког система, и то не само (и пре свега) од скупштинског односно директоријалног, као што изричито чини и наглашава Олга Поповић-Обрадовић,[52] већ и од председничког система, што она не чини, али што се веома једноставно може учинити на основу постављеног критеријума. Наиме, парламентарни систем као пред законодавцем (парламентом) политички одговорна егзекутива (влада) разликује се, с једне стране, од скупштинског односно директоријалног система по томе што у овом егзекутива (извршно веће, савет или сл.) није политичко тело, није политички самостално, те не може бити ни политички одговорно законодавцу (скупштини или др.), чија је само „продужена рука“, јер законодавац контролише и целисходност рада односно аката егзекутиве, па стога нема потребе да је опозива, смењује,[53] нити пак егзекутива подноси оставку (ни колективно ни индивидуално), јер се и не може не слагати са законодавцем. А с друге стране, парламентарни систем се разликује и од председничког по томе што у овом егзекутива (председник са себи подређеном администрацијом) јесте политички самостална и политички одговорна, али не пред законодавцем (конгресом или др.), који и не конституише егзекутиву, већ пред бирачким телом. Тиме су испуњени сви теоријски захтеви који се постављају одређењу суштине било ког феномена, па и одређењу суштине – у овом случају – парламентаризма.

Коначно, о методу истраживања,[54] тј. о методолошком приступу Олге Поповић-Обрадовић изучавању српског парламентаризма 1903–1914. Унајкраће, том методолошком приступу се нема шта замерити, напротив – може се само хвалити, јер он својим неуобичајено великим захтевима обухвата и нормативну анализу, и анализу праксе, остваривања односно функционисања нормативних решења, али и социјално-политичку анализу узрока и последица тих решења односно њиховог практичког остваривања. А о томе како је Олга По-

[51] Посебно в. *ibid*., 40–46.

[52] *Ibid.*, 45–46 и фн. 68 и 69.

[53] *Loc. cit.*

[54] *Ibid*, 47–52.

повић-Обрадовић испунила ове самопостављене велике методолошке захтеве при истраживању српског парламентаризма у наведеном раздобљу, наши најистакнутији историчари, правни историчари и експерти уставног права и политичког система већ су – без иједног изузетка или уздржаности – изрекли највише оцене.

Но, када је реч о самом методолошком приступу, можда вреди позабавити се неколиким детаљима који нису имали утицаја на само истраживање и његове резултате, јер имају више општи теоријски (и евентуално, историјски) него конкретан значај за ово истраживање.

Реч је пре свега о концепту и пракси либерализма и њиховом значају за парламентаризам.

„У ред неопходних претпоставки парламентаризма“ – ово је тек незнатно парафразиран основни став Олге Поповић-Обрадовић – „редовно се, као једна од најзначајнијих, убраја и либерализам као преовлађујућа политичка филозофија“.[55] И мада се идеја и пракса либерализма мењала (и мења се), чини се да је концепт либерализма у претходном ставу ипак преширок схваћен, јер управо историја енглеског (што никако не значи једино енглеског) парламентаризма несумњиво показује да су се ту смењивали, тј. наизменично преовлађивали, конзервативизам и либерализам. Стога је, изгледа, боље као неопходну претпоставку парламентаризма одредити неке слободе и права човека (које се, истина, сматрају тековином либерализма, а да ли само либерализма – то није битно за ово разматрање), него сâм либерализам као преовлађујућу политичку филозофију (или можда боље: идеологију, или доктрину). Овако протумачено, ово се схватање потврђује и следећим ставом: „На социјално-политичком [нивоу], она [тј. парламентарна монархија] је претпостављала постојање грађанског, дакле индивидуалистичког друштвеног поретка, [...]“.[56] Јер, грађанин – или онај *liber homo* из и данас још делом важеће Велике повеље слобода од 1215. године – јесте грађанин тек када су му као слободном човеку зајемчена нека права и слободе, и тек тада он као појединац, *individuum*, може бити, постојати, опстајати у друштву односно политичкој заједници.

Нешто мало даље Олга Поповић-Обрадовић каже: „Однос између парламентаризма и либерализма може се одредити исто онако како Лидија Баста одређује однос између конституционализма и либерализма: у питању је ‘на праву засновано саморазумевање политичког либерализма’“.[57] Но, изгледа да ово ипак не стоји, јер, заснивајући се на праву тј. конституционализујући се, политички либера-

[55] *Ibid.*, 49.

[56] *Loc. cit.*

[57] *Ibid.*, 50 и фн. 74.

лизам себе разуме и на начин парламентарног система, и на начин председничког система, и на друге могуће начине. Само историјски посматрано, (енглески) парламентаризам јесте први (али никако једини) модерни облик конституционализма тј. конституционализације (енглеског) политичког либерализма и (енглеског) политичког конзервативизма. Другим речима, модерног конституционализма нема без слобода и права човека које у крајњој линији јемчи независно судство (које је једна од врховних вредности не само политичке идеологије либерализма него и конзервативизма), док однос законодавства и егзекутиве може имати (и има) различите облике.

Због тога раније изречени, несумњиво тачан став: „Парламентаризам [...] је израз либералне политичке идеологије, чији је врховни постулат ограничена и контролисана власт у интересу слободе појединаца, [...]“[58] – треба исправно схватити тек релативизујући га у два правца тако да значи: парламентаризам није увек и једино израз либералне политичке идеологије, већ каткад и оне конзервативне. И није једино парламентаризам тј. парламентарни систем израз либералне политичке идеологије, чији је врховни постулат ограничена и контролисана власт у интересу слободе (и права) појединаца, већ то могу бити и други системи, на пример председнички.

Слично претходном, став да „парламентарна влада, у којој је опозиција фактички институционализована као део система, представља највернији израз политичког либерализма“[59] – јесте прејак, јер ништа мање веран израз политичког либерализма (од парламентарног система) не представља на пример председнички систем, или мешовити, тј. парламентарно-председнички, или који други систем у коме је опозиција фактички институционализована као део система, а она то може бити (и јесте) под условом да су неке слободе и права човека зајемчени у систему.

А мало даље, опет, читамо: „Парламентаризам је пре свега либералан па тек онда демократски политички систем, подвлаче Лалимијер и Демишел. Због тога су грађанско друштво и либерализам као доминантна политичка идеологија за овај режим претпоставке од фундаменталног значаја“.[60] И овај став захтева релативизовање и прецизирање да би могао бити исправно схваћен: парламентаризам је у идеолошком смислу каткада либералан каткада конзервативан, а у смислу модерног политичког представљања он није одувек, од почетка, од настанка, био демократски политички систем. Али, грађанско друштво односно зајемченост неких основних слобода и права

[58] *Ibid.*, 49.

[59] *Ibid.*, 50.

[60] *Ibid.*, 50 и фн. 75.

човека јесу претпоставке од фундаменталног значаја за овај режим односно идејно доминантне вредности у њему.

Олга Поповић-Обрадовић с правом истиче да парламентаризам изискује „висок степен политичке културе, изражен у аутентичном уважавању политичког плурализма, као једног од неспорних начела политичког живота у најширем смислу".[61] Овим поводом треба истаћи две ствари. Прво, при одређењу правне суштине парламентаризма (као представничког система у коме је влада тј. егзекутива политички одговорна парламенту тј. законодавцу) Олга Поповић-Обрадовић се зауставила (што је научно и стручно неоспорно легитиман поступак) на одређењу правне суштине парламентарне *форме*, облика, тј. организације власти, и није се бавила (што, уосталом, није ни морала) одређењем правне суштине *и* онога што чини (бар минималну) *садржину* парламентаризма (а што се, на пример, може одредити као независним судством зајемчене основне слободе и права човека и грађанина). Као последица овако одређене правне суштине парламентаризма морају се као парламентарни прихватити не само они представнички пореци који су по другим својим аспектима форме било недемократски било демократски било нешто између, него и они пореци који су по својој садржини ауторитарни, уколико испуњавају наведени услов – наиме, да је влада, тј. егзекутива, политички одговорна парламенту, тј. законодавцу (или нечему што се тако зове, или што је на континенту писаним уставом одређено као такво). И вероватно баш због тога (зато што је одредила правну суштину парламентаризма само као парламентарну форму, тј. организацију власти, а не и као њену бар минималну садржину, те стога, нарочито, због свих последица које таква теоријска концепција има за оцењивање стварности и вредности поредака као парламентарних или непарламентарних) Олга Поповић-Обрадовић се у излагању *О методу истраживања* посебно позабавила политичком садржином парламентаризма или, другим речима, политичким идеологијама које могу испуњавати парламентаризам, тј. парламентарне форме, а да се оне не претворе у испразне форме (или мртва слова уставних папира) препуњене ауторитарном садржином. У том одређењу политичко-идеолошке носивости парламентарних форми или, другим речима, садржинске компатибилности парламентарних форми и разних могућих политичких идеологија Олга Поповић-Обрадовић је, чини се, као што се овде покушало показати, покаткад у понекој нијанси, недовољно одређеној формулацији или детаљу преценила било либерализам било парламентаризам, али то, као што је речено, није утицало ни на њено основно истраживање ни на његове резултате. И друго,

[61] *Ibid.*, 49.

што је најтешње повезано с овим првим: треба имати на уму да парламентаризам изискује политички плурализам односно уважавање политичког плурализма, као што каже Олга Поповић-Обрадовић, али такође и да тај полтички плурализам има јасно одређене границе. Непосредне доказе за ово даје нам „накнадна (историјска) памет", а посредни су постојали и пре ње. Наиме, парламентаризам (као и други модерни облици конституционализма) изискује уважавање јасно ограниченог политичког плурализма у том смислу што је *без* плурализма политичких идеологија потпуно *обесмишљен* као тип представничког система, али тај плурализам има и јасне *границе* с обзиром на став сваке политичке идеологије према *основним слободама и правима човека*. Стога је ондашњи политички плурализам укључивао (само) разне варијанте либерализма (било недемократске било демократске), конзервативизма (ако нису екстремно колективистичке, тј. ако уважавају основне слободе и права човека), национализма (ако нису екстремни и ако почивају на грађанском принципу), а историјски доцније још и демократски социјализам, тј. социјалдемократију.

Имајући претходно у виду, разјашњава се, а тиме и релативизује, мало даље изречени став: „Са становишта те [тј. либералне] идеологије, политички плурализам се подразумева, што се на нивоу вршења власти изражава признавањем мањине, дакле, опозиције, као конститутивног чиниоца режима".[62] Прво, политички плурализам се не подразумева само са становишта либералне идеологије, већ и са становишта, на пример, конзервативне, националистичке (под поменутим условима), а историјски потом – и социјалдемократске, и уопште, генерално одређујући, сваке оне политичке идеологије у којој заједмчено уживање одговарајућих права и слобода човека (доцније – људских права) представља темељ заједнице. Друго, политички плурализам који се подразумева са становишта либералне идеологије (слично другим, на општи начин управо одређеним идеологијама) има – као што је раније указано – јасно одређене границе, тј. искључује антилибералне идеологије, иначе идејно и практички запада у парадокс односно антиномију слободе, а то је: слобода за непријатеље слободе. Треће, са становишта свих политичких идеологија у којима се (на објашњени начин и у одређеним границама) политички плурализам подразумева – мањина, дакле опозиција, ће у пракси вршења власти бити призната као конститутиван чинилац режима. То, дакле, није искључива својственост ни либерализма ни парламентаризма. И четврто, када се каже да се подразумевање политичког плурализма унутар либералне идеологије у пракси вршења

[62] *Loc. cit.*

власти изражава признавањем мањине, дакле опозиције, као конститутивног чиниоца режима, онда не треба сметнути с ума да је та мањина искључиво политичка мањина и да се њено признање као конститутивног чиниоца режима обезбеђује јемчењем одређених слобода и права, али да либерална идеологија није имала и нема капацитет за савладавање проблема осталих типова мањина нити за колективна права.

Остају ипак сасвим нејасна и непрозирна два става која се односе на питање већине: „Као систем који правно функционише на темељу принципа већине, он [тј. парламентаризам] се није могао уклопити у било који вид овог принципа, штавише, стајао је у сукобу с рационалистичким поимањем већине као израза опште воље, која је као таква свемоћна и непогрешива“.[63] У овој сасвим нејасној, а делом и противречној целини спорни су не само неки њени сегменти који се односе на парламентаризам, већ и они који се односе како на рационалистичко поимање већине (као израза опште воље), тако и на општу вољу (која је као таква свемоћна и непогрешива). А у другом значењски недокучивом ставу каже се да либерална политичка идеологија „као таква искључује вредносно просуђивање различитих политичких опција с обзиром на њихову већинску, односно мањинску подршку“.[64]

У излагању о методу истраживања поновљена су и два раније оспорена става. Ту се при почетку каже: „Наравно, устав мора садржати правне претпоставке парламентарне владе – међу којима пре свега равноправну [*sic!*] поделу [*sic!*] законодавне и буџетске власти између шефа државе [*sic!*] и парламента, као и дуализам егзекутиве који се остварује министарским премапотписом свих аката власти неодговорног шефа државе“.[65] А нешто доцније се и у овом поглављу опет помиње „[е]волуција уставне у парламентарну монархију“.[66]

На страну све неравнине, јер нису значајно утицале на истраживање и вредност његових резултата, Олга Поповић-Обрадовић је веома добро одредила теоријски и сходан методолошки приступ научно-истраживачком испитивању и изучавању парламентаризма у Србији од 1903. до 1914, и то бирајући пут којим се најтеже и стога најређе иде. Она је сама одредила теоријски појам и правну суштину парламентаризма и сасвим примерено томе сама себи поставила велике методолошке захтеве испитивања како обухватно релевантних

63 *Loc. cit.*

64 *Loc. cit.*

65 *Ibid.*, 47.

66 *Ibid.*, 49.

нормативних правних решења, тако и њиховог функционисања у пракси, стварности, животу, разматрајући их у социјално-политичком контексту, условљености и деловању. Зато је и постигла велике резултате, које су најкомпетентнији критичари оценили највишим оценама. Истина, може се рећи да прво издање књиге Олге Поповић-Обрадовић *Парламентаризам у Србији 1903–1914.* није побудило довољно широку пажњу како опште тако ни стручне јавности, пажњу коју је свакако заслужило, и да је одређени део стручне јавности, у немогућности да оспори вредност резултата, одлучио да књигу просто прећути. Али, све то није нимало чудно у земљи у којој је више од половине функционално неписмених људи и у којој онај остатак тако нерадо и мало чита, а посебно у земљи у којој се и општа и стручна јавност, и масе и (можда нарочито) елите тако нерадо суочавају са стварном, неулепшаном, демитологизованом сликом о себи, тј. својој прошлости, као и својој садашњости. Утолико друго издање књиге Олге Поповић-Обрадовић *Парламентаризам у Србији 1903–1914.* има много већи значај: не само уобичајени књишки, књижарски, библиофилски већ потенцијално и вишеструко просветитељски – друштвени, културни, политички и стручни.

Jasminka Hasanbegović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THEORETICAL FRAMEWORK AS A METHODOLOGICAL APPROACH OF OLGA POPOVIĆ OBRADOVIĆ IN THE STUDY OF PARLIAMENTARISM IN SERBIA FROM 1903 TO 1914

Summary

On the basis of analysis of five elementary, exemplary and historical types of parliamentarism, from the period of its emergence to the World War I – of analysis which captivates indeed both by its unreduced comprehensiveness of rules and practices, in their socio-political context of action and reaction, and by its concise brevity, due to concentration on ably chosen essential characteristics of parliamentarism – Olga Popović Obradović managed (in spite of certain inconsistencies in her narration), in an impressively well argued synthesis, to draw a conclusion on the legal essence of parliamentarism. And that would be: a political responsibility of government before parliament, or what would be the same, po-

litical responsibility of executive before legislative power. This definition of parliamentarism – as it is stressed by Olga Popović Obradović herself – is not the first, novel, or a recent one, neither in foreign, nor in domestic doctrine, but it stands out in her narration – when compared to similar, conspicuously minoritarian definitions – not only by its concise lapidarity, but primarily by the force and reasonableness of argumentation on which it is based.

Key words: *Normative-real. – Parliamentarism*.

УДК 341.217.013(4) ; 339.923:061.1EU

Др Александра Чавошки

ванредни професор Правног факултета
Универзитета Унион у Београду

БУДУЋНОСТ ЕВРОПЕ У СВЕТЛОСТИ УГОВОРА ИЗ ЛИСАБОНА

Имајући у виду неуспех референдума у Ирској јуна 2008. године, будућност Европске уније и начини превазилажења ове кризе су нека од питања која су предмет тренутних расправа. Штавише, тренутна ситуација последично утиче и на питање проширења које је значајно за све земље Западног Балкана. Анализирајући околности у којима је усвојен Уговор из Лисабона, као и саме разлоге за неуспех референдума, аутор је покушао да установи сличне ситуације које су постојале у историји европских интеграција. Поред овог аутор је анализирао и саме реакције држава чланица и органа ЕУ да би, имајући све ово на уму, предочио могућа решења за превазилажење тренутне ситуације.

Кључне речи: *Уговор из Лисабона.– Ратификација.– Референдум у Ирској.– Проширење ЕУ.– Флексибилна геометрија.– Измене уговора.*

Након неуспеха референдума у Ирској 12. јуна 2008. године сасвим је легитимно постављено питање даље будућности Европске уније, као и самог питања проширења, које је условљено судбином Уговора из Лисабона. Како би предочио могућности које предстоје Европској унији, аутор је одлучио да се прво позабави околностима које су претходиле усвајању Уговора из Лисабона. Надаље, аутор ће анализирати разлоге неуспеха референдума у Ирској, како би могао да упореди ову ситуацију са сличним дешавањима у историји европских интеграција. Коначно, аутор ће представити могућности које предстоје Унији, а које произилазе из реакције самих држава чланица и званичника Европске уније.[1]

[1] Аутор је представио и анализирао околности закључно с 10. новембром 2008. године.

1. ШТА ЈЕ ПРЕТХОДИЛО УГОВОРУ ИЗ ЛИСАБОНА?

Да би се боље схватио политички контекст око израде и ступања на снагу Реформског уговора,[2] важно је поменути догађаје који су претходили изради и потписивању овог уговора.

Одмах након потписивања Уговора из Нице постало је јасно да је даља институционална реформа неопходна уколико буде даљих проширења Европске уније. Већ је на Европском самиту у Лакену децембра 2001. године донета одлука да се крене с припремама за нову реформу уговора у оквиру „Конвенције за будућност Европе". Радило се у ствари о радном телу на челу с бившим председником Француске Валери Жискар Дестаном (*Valéry Giscard d'Estaing*) које је окупило на једном месту представнике влада, националних парламената, посланике Европског парламента и представнике Комисије и које је требало да изради текст новог уговора. Нацрт текста у форми Европског устава завршен је априла 2004. године и представљен Европском савету у Солуну. Том приликом је и постигнут договор да је овај текст добра основа за сазивање међувладине конференције, као тела које се сазива када се ради о изменама уговора.

Међутим, већ на самој међувладиној конференцији постало је јасно да ће се тешко постићи договор око нових решења предвиђених Европским уставом. Највише отпора су пружале Шпанија и Пољска због измене квалификоване већине у Савету министара. Остале државе чланице сматрале су да би усвајање акта под називом Европски устав подразумевало даљу предају преостале националне суверености Европској унији. Ипак, неколико месеци касније државни челници потписују Европски устав у Риму и започиње се с ратификацијом. На првом референдуму одржаном у Шпанији 20. фебруара 2005. године грађани су гласали за Устав, да би већ на другом и трећем референдуму одржаним у Француској и Холандији грађани гласали против.

Овај неуспех Европског устава у две државе чланице указао је да је потребно добро размислити о даљим корацима, будући да се радило о још једној у низу криза које су потресале Европску заједницу, односно Европску унију од самог оснивања. Управо је то и навело Европски савет да позове на период размишљања који је трајао читавих годину дана.[3] Током овог периода Немачка, која је јануара 2007. године преузела улогу председавајуће државе, одржала је низ нефор-

[2] Аутор ће подједнако користити термине *Уговор из Лисабона* и *Реформски уговор*.

[3] „This leads us to think that a period for reflection, clarification and discussion is called for both in the countries which have ratified the Treaty and in those which have still to do so" – преузето са *http://www.euractiv.com/en/future-eu/constitutional-treaty-reflection-period/article–155739.*

малних састанака с појединачним државама чланицама како би утврдила мере које је требало предузети. На захтев Европског савета Немачка је представила извештај који је био плод ових састанака и који је потврдио потребу за сазивањем нове међувладине конференције.

За разлику од претходне међувладине конференције, на овој међувладиној конференцији врло брзо је постигнут договор о Реформском уговору. Већ 5. октобра 2007. године завршен је први нацрт Реформског уговора, да би две недеље касније на неформалном састанку у Лисабону био постигнут договор око преосталих тачака. Као што је то на самом почетку речено, свечано потписивање уговора уследило је средином децембра 2007. године, да би већ 18. децембра 2007. године Мађарска прва ратификовала овај уговор.[4]

Може се закључити да је потписивању Реформског уговора претходила криза која је достигла свој врхунац приликом ратификације Европског устава. Нажалост, саме одредбе Устава нису биле разлог за његов неуспех. Један од разлога је свакако била сама идеја Устава и даље продубљивање сарадње на путу ка идеји „савезне државе". Међутим, томе су допринеле и потешкоће настале након највећег проширења Европске уније у 2004. години. Коначно, и саме државе чланице нису уложиле довољно напора у промовисању Европског устава и онога што он доноси за грађане Уније.

Имајући у виду ово искуство, договорено је да се, осим ако одржавање референдума није уставна обавеза, не сазивају референдуми већ да се само обави ратификација у националним парламентима. Поставља се питање да ли се на овај начин Европска унија удаљава од идеје на којој се заснива Уговор из Лисабона, а то је идеја утврђена на Европском самиту у Лакену 2001. године којом „грађани траже јасан, отворен, делотворан и демократским средствима контролисан комунитаран приступ". Стога, „Унија мора да постане демократскија, отворенија и делотворнија како би се грађани, нарочито млади, приближили европском моделу и европским установама".[5]

2. ГДЕ ЈЕ КРЕНУЛО НАОПАКО? – СЛУЧАЈ ИРСКЕ

Једина држава чланица које је имала уставну обавезу да организује референдум била је Република Ирска, која је то чинила након

[4] Поред Мађарске закључно с 10. новембром 2008. године двадесет две државе чланице ратификовале су Уговор из Лисабона. Шведска, Ирска, Чешка, и Пољска још нису ратификовале Уговор. У Немачкој је ратификација завршена, али ће немачки Уставни суд разматрати његову усклађеност с Основним законом Савезне Републике Немачке.

[5] Laeken Declaration on the Future of the European Union, *http://european-convention.eu.int/pdf/LKNEN.pdf.*

сваке измене оснивачких уговора, почевши од Јединственог европског акта. Ова обавеза проистекла је из пресуде Врховног суда Ирске[6] из 1987. године када је Суд разматрао однос између измена оснивачких уговора и Устава Ирске и начина за њихову ратификацију. Ирска је то и учинила на референдуму организованом 12. јуна 2008. године када је 53,4% грађана гласало против Уговора из Лисабона, а 46% за. Излазност је била неочекивано висока и 53,1% грађана од укупног броја гласача је изашло да гласа.

Овај резултат је донекле био очекиван и на њега су указивали резултати испитивања јавног мњења о Реформском уговору пре одржавања самог референдума.[7] Већ тада се велика већина грађана изјаснила против уговора, највише због непознавања његове садржине. Неки су чак сматрали да ће гласањем против исказати своје незадовољство због начина ступања овог уговора на снагу у другим државама чланицама, односно због ускраћивања права грађанима да гласају о новим изменама оснивачких уговора.

И сами актери на политичкој сцени били су подељени око ратификације овог уговора. Нажалост, групација која је била против ратификације, а коју су чинили чланови Шин Фејн партије, социјалисти и чланови тзв. Либертас невладине организације, организовали су интензивну кампању током које су грађанима погрешно предочили нека решења предвиђена уговором, али су чак прибегавали и неистинама и пласирали нека спорна решења која уопште нису прописана уговором. Тако је, на пример, грађанима објашњено да ће Уговором из Лисабона Ирска можда у већ следећем сазиву изгубити свог комесара, али исто тако су прећутали чињеницу да већ следеће године према правилима Уговора из Нице Ирска може, након увођења система ротације, да остане без свог комесара. Једна од тема која се нашла на списку противничког табора било је питање абортуса, где је грађанима објашњено да ће ратификација Уговора из Лисабона обавезати Ирску да дозволи абортус, иако ништа у Реформском уговору не обавезује Ирску на предузимање овакве једне мере. За разлику од табора против референдума, владајућа коалиција Фине Фол, Напредних демократа и делом Зелене партије нису сматрали да је потребно да организују свеобухватну кампању о значају Реформског споразума, што се касније показало као један од главих разлога за неуспех референдума.

Не треба заборавити ни политичке прилике које су свакако допринеле оваквом резултату на референдуму. Само месец дана пре референдума ступио је на дужност нови премијер Брајан Кауен

[6] Crotty v. An Taoiseach [1987] IESC 4; [1987] IR 713 (9th April, 1987).

[7] Battle mounts over Irish EU vote, *BBC news*, 2008/06/08; Irish EU referendum: Voters' views, *BBC News* 2008/06/04.

(*Brian Cowen*), што није прошло неопажено. Надаље, саме економске прилике које потресају целу Европску унију додатно су утицале на незадовољне грађане који се после више година силовитог економског раста суочавају с рецесијом.

Неуспех ирског референдума био је једна од тема на самиту у Бриселу одржаном јуна 2008. године на коме је једно од важних питања управо било питање наставка ратификације Уговора из Лисабона.[8] На самиту је постигнут договор да ће се наставити с ратификацијом овог уговора, а да ће Ирска установити разлоге за неуспех и анализирати ситуацију, као и предочити излазак из кризе на следећем самиту у октобру.

Као што је и обећала ирска влада је прво кренула с испитивањем јавног мњења како би установила узроке оваквог гласања и резултате свог истраживања предочила јавности у форми извештаја.[9] Уколико се погледа структура извештаја може се запазити да је истраживање било свеобухватно и да је, поред установљења самих разлога који су довели до неупеха, обухватило и последице нератификације на инвестиције у Ирској, ирски утицај у оквиру Европске уније, као и начине за промовисање Европске уније и значаја чланства међу грађанима.

Истраживање је обухватило 2101 гласача у свим окрузима Ирске. Основни разлог за неуспех референдума је несумњиво пропуст ирске владе да боље приближи Европску унију и сам Реформски уговор својим грађанима, што је отворено признао и ирски министар спољних послова Мајкл Мартин (*Micheál Martin*) након објављивања резултата истраживања.[10] Највећи број испитаника, тачније 42%, је навео да је главни разлог гласања против био недостатак знања и информација о овом уговору.[11] Одређене теме које је углавном пласирао антиреформски табор представљале су разлог да 26% испитаника гласа против Реформског уговора.[12] То су биле следеће теме: абортус, састав Комисије, сарадња у области одбрамбене политике и губитак даље неутралности и пореска политика. Мањи број испитаника, око 16%, је навео да их је губитак даљег суверенитета сходно Уговору из Лисабона навео да гласају против. Врло је интересантно да питање имиграције није био разлог да грађани гласају против,

[8] *http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/101346.pdf.*

[9] Текст се може наћи на *http://www.dfa.ie/uploads/documents/Publications/Post Lisbon Treaty Referendum Research Findings/post lisbon treaty*.

[10] „Government admits that it failed to run effective referendum campaign“, *the Irish Times*, Thursday, September 11, 2008.

[11] *http://www.dfa.ie/uploads/documents/Publications/Post Lisbon Treaty Referendum Research Findings/post lisbon treaty.*

[12] *Ibid.*

иако се велики број држављана централне и источне Европе, највише Пољске, после пријема у чланство доселио у Ирску.

Интересантно је поменути и демографску и полну структуру становништва који су гласали против ступања на снагу Уговора из Лисабона. Ако се погледа полна структура може се видети да су жене углавном гласале против, док старосна структура указује да се радило највише о грађанима између 25 и 34 године, већином из сиромашнијих слојева становништва.

3. ДА ЛИ ЈЕ ВЕЋ БИЛО ОВИХ СЛУЧАЈЕВА У ИСТОРИЈИ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА И КОЈА ЈЕ РАЗЛИКА У ОДНОСУ НА САДАШЊЕ СТАЊЕ?

Иако постоји бојазан да иста судбина може да задеси и овај Уговор и да је даљи развој Европске уније доведен у питање, чини се да је ово само понављање потешкоћа с којима се Европска заједница, односно Европска унија сусреће у одређеним временским интервалима. Ако се само вратимо 15 година уназад, сетићемо се да је постојао велики отпор држава чланица изменама предвиђеним Уговором о Европској унији, што се и обелоданило приликом ратификације овог Уговора.

Ратификовање овог уговора показало се као врло тежак задатак, што се види из саме чињенице да је коначно ступио на снагу 1. новембра 1993. године, односно скоро две године од потписивања. Ступање на снагу овог Уговора је додатно било отежано одржавањем референдума у Данској и Ирској. Први референдум је организован у Данској на коме је 50,7% гласало против ратификације наспрам 49,3% који су гласали за.[13] У Ирској је референдум успео, али Уговор није ступио на снагу због неуспеха у Данској.

Наставак разговора о ратификацији Уговора о Европској унији је уследио на Европском самиту у Единбургу децембра 1992. године, када је Данска тражила да се постигне договор који ће данска влада моћи представити приликом позивања грађана да изађу на други референдум. На овом Самиту донета је одлука која је у ствари представљала компромис постигнут због неуспеха у Данској. Договорено је следеће:

1. одредбе о европском грађанству нису значиле одбацивање националног грађанства;

2. Данска је дала изјаву да неће узети учешће у трећој фази успостављања економске и монетарне уније;

[13] Данска је већ приликом ратификације Јединственог европског акта имала проблем јер је референдум успео с танком већином против ратификације.

3. ништа у Уговору о Европкој унији не обавезује Данску на чланство у Западноевропској унији;

4. одредбе о сарадњи у области правосуђа и унутрашњих послова могу бити разрађене само у складу с уставним одредбама држава чланица.[14]

С овим условима данска влада је маја 1993. године организовала референдум на коме је 56% гласало за ратификацију.

Међутим, није само Данска искусила проблеме око ратификације овог Уговора. У Великој Британији и Немачкој ратификовање овог Уговора није прошло лако. У Великој Британији је Законом из 1986. године било утврђено да ступање на снагу било којих измене оснивачких уговора којима се Европском парламенту дају већа овлашћења захтева доношење одговарајућег прописа у британском парламенту, што се показало као велики подухват за владајућу партију. У Немачкој је чак постављено питање пред немачким Уставним судом да ли се Уговором о Европској унији крше одредбе Основног закона.

Слична ситуација се десила приликом ратификације Уговора из Нице који је потписан 26. фебруара 2001. године, а ступио на снагу 17. фебруара 2003. године. Одмах након потписивања овог Уговора започело се с његовом ратификацијом. Нажалост, на првом референдуму одржаном у Ирској 7. јуна 2001. године грађани су гласали против Уговора из Нице,[15] што је било велико изненађење, будући да је Ирска увек била отворена за продубљивање сарадње у оквиру Европске уније. Иако неки сматрају да су грађани својим гласом показали отпор и незадовољство новим решењима предвиђеним Уговором из Нице, неуспех референдума се може објаснити сасвим неевропским, односно националним разлозима. Овакво гласање на референдуму превасходно је био неуспех саме ирске владе која је потпуно пропустила да грађанима приближи и објасни Уговор из Нице, будући да је гласање на референдуму приликом претходних измена оснивачких уговора била рутинска ствар. Штавише, делимично је овакво гласање било последица чињенице да грађани нису подржавали владајућу коалицију и на овај начин су исказали своје незадовољство. Коначно, већина оних који су евроскептици ширили су мишљење да Уговор из Нице подразумева даљу милитаризацију Ирске. Ова грешка је исправљена на другом референдуму одржаном 19. октобра 2002. године када су грађани гласали за овај Уговор.[16]

---

[14] Conclusions of the Edinburgh European Council, *EC Bulletin* 12–1992, Annex 1, Part B.

[15] 53,9% грађана је гласало против – преузето из *Ireland and the European Union – Nice, Enlargement and the Future of Europe* (ed. Michael Holms), Manchester University Press, 2005, 8.

[16] 62,9% грађана је гласало за – преузето из *Ireland and the European Union*, 8.

Ако се упореди овај референдум с референдумом организованим поводом Уговора из Лисабона може се закључити да постоје и сличности и разлике. Као прво, резултати референдума су врло слични: приликом ратификације Уговора из Нице 53,9% грађана гласало је против, а 46,1 за, док је на првом референдума за Уговор из Лисабона 53,4% било против, а 46% за. Међутим, оно што је кључна разлика у изборним резултатима јесте излазност. За разлику од првог референдума за Уговор из Нице када је излазност била мала, тачније 34,8%, приликом ратификације Реформског уговора излазност је била 53,1%.

Основна сличност је та да је у оба наврата ирска влада пропустила да обавести своје грађане о садржини уговора и самим тим приближи текст грађанима у складу са одредбом Уговора о Европској унији према којој „се одлуке доносе што је могуће отвореније и на нивоу што је могуће ближем грађанима“.[17] Међутим, разлике ипак постоје. Ако се анализирају политичке околности може се закључити да су приликом гласања о Уговору из Нице грађани показали своје незадовољство тренутном владајућом коалицијом и цела ситуација је била под сенком следећих парламентарних избора заказаних за мај 2002. године. Још један од важних фактора који је условио неуспех првог референдума о Ници била је епидемија слинавке и шапа, што је значајно утицало на сам референдум, будући да је извоз говедине један од важних аспеката ирске привреде. Приликом референдума о Уговору из Лисабона сама промена премијера узбуркала је јавност и усредсредила пажњу власти на нову поделу ресора, али није пољуљала поверење грађана у владајућу коалицију. Штавише, оставка премијера није уопште била очекивана, а околности под којима је отишао бациле су сенку на све његове претходне успехе. Економске прилике су биле значајно различите. Приликом организовања референдума о Уговору из Нице Ирска је искусила велики економски раст и благостање, док је ове године ситуација значајно различита, будући да се Ирска после 25 година први пут суочава с рецесијом.

4. РЕАКЦИЈЕ РАЗЛИЧИТИХ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА НАКОН НЕУСПЕХА ИРСКОГ РЕФЕРЕНДУМА

Неуспех ирског референдума у овом тренутку има далекосежних последица, што се јасно види из реакција држава чланица и самих органа Европске уније. Основна три питања која су се наметнула у први план била су: а) по којим правилима ће се следеће године бирати нови Европски парламент (у јуну 2009. године) и именовати

[17] Чл. 1, ст. 2 Уговора о Европској унији.

Комисија (у новембру 2009. године)?; б) да ли ће бити даљег проширења?; в) постизање договора око изласка из кризе.

4.1. По којим правилима ће се бирати нови Европски парламент и именовати Комисија?

Одговор на прво питање је најлакши. Будући да је одмах након неуспеха референдума ирска влада ставила до знања да није сигурна да ли ће уопште организовати други референдум, а чак и ако се одлучи за ову могућност, то најраније може да буде у октобру следеће године, постало је сасвим јасно да је примена Уговора из Нице неминовна. Многе државе чланице, нарочито Шпанија, биле су врло незадовољне овом чињеницом, будући да су правила овог уговора била повољнија за многе државе чланице. Тако, на пример, Шпанија према Уговору из Лисабона има четири посланика више у Европском парламенту него према Уговору из Нице. Италија је чак успела да добије једног посланика више и изједначила свој број посланика с Великом Британијом.

4.2. Да ли ће бити даљег проширења?

Још једна од последица овог неуспеха јесте одлагање питања проширења Европске уније на земље Западног Балкана, имајући у виду неодговарајући институционални оквир за пријем нових чланица. У овом тренутку се не може рећи који је то рок известан за пријем нових чланица, будући да ни само ступање на снагу Уговора из Лисабона није извесно.

Као што је то познато, Уговором из Лисабона предвиђене су измене како институционалне, тако и процедуралне природе. Најважније измене тичу се састава Комисије, начина избора председника и преосталих чланова Комисије, величине и улоге Европског и националних парламената, оснивања нових органа, као што је стални председник Европског савета, измене начина гласања у Савету и многе друге важне измене. Све ове измене донете су у циљу постизања што делотворнијег рада европских органа, као и у циљу припреме Европске уније за нова проширења.

Поред овог институционалног проблема други разлог који је политичке природе лежи у чињеници да се после два узастопна неуспеха да ратификује измене оснивачких уговора, тачније Европски устав и Уговор из Лисабона, Унија нашла у тешкој ситуацији суочена с великим степеном евроскептицизма око своје даље будућности. Државе чланице су преусмериле своје интересовање с даљег проширења на питање даљег опстанка Европске уније. Јасно је да су овим приоритети држава чланица у дану промењени.

Одмах након референдума председник Европског парламента Ханс-Герт Потеринг (*Hans-Gert Pöettering*) је након неуспеха на ирском референдуму истакао да „ирско *не* значи да даље проширење Уније од 27 чланица није за сада могуће, уз изузетак Хрватске".[18] Слична је била реакција и председавајуће Француске, тачније председника Саркозија, који је изјавио да без ратификације Уговора процес проширења је суспендован, односно проширење је блокирано *de jure* или *de facto*.[19] Председник Саркози (*Nicolas Sarkozy*) је објаснио да на првом месту Европска унија има институционални проблем, будући да даље проширење захтева нове институције предвиђене Реформским уговором. Иако је он сам за пријем Западног Балкана у Европску унију, будући да су несумњиво Европљани, не може се очекивати да грађани гласају против, а да истовремено проширење обухвати и ове земље.[20] Ове изјаве налазе оправдање у самом чињеници да без ратификације Уговора из Лисабона једино преостају правила Уговора из Нице која су креирана за Европу од 27 чланова.

4.3. Постизање договора око изласка из кризе

Основно питање које се поставило пред званичнике Европске уније и држава чланица јесте изналажење решења из будуће кризе. Њихове реакције и изјаве су веома значајне јер сасвим јасно указују које су то могућности које предстоје Европској унији да превазиђе дати проблем, али и који су могући проблеми у појединачним државама ако се не ратификује Уговор из Лисабона. Сама чињеница да државе чланице други пут за редом нису у стању да ратификују измене оснивачких уговора покренула је читаву лавину расправа о опстанку Европске уније и изнова охрабрила све евроскептике у њиховим тврдњама да је Европа у потпуности заборавила на своје грађане и изневерила их.

Одмах након неуспеха референдума сви органи Европске уније и саме државе чланице су се огласиле и дале своје виђење изласка из кризе. Председник Европске комисије је јасно истакао да не постоји резервни план и да треба да се настави с ратификацијом Уговора из Лисабона.[21] Слично је било виђење и председника Европског парламента, који је у име Парламента подвукао да ратификација мора да се настави у свим државама чланицама које нису окончале рати-

---

[18] „Lisbon Treaty rejection may affect enlargement process in Southeastern Europe", by Zoran Nikolovski for *Southeast European Times in Skopje*, 30/06/08.

[19] Enlargement 'on hold' unless treaty ratified, *the Irish Times*, July 2, 2008.

[20] *http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/008-33857-189-07-28-901-20080709IPR33856-07-07-2008-2008-true/default_en.htm*.

[21] Q&A: The Lisbon Treaty, *BBC news*, Tuesday, 1 July 2008.

фикацију.[22] Према речима Јанеза Јанше, председника Европског савета, такође треба наставити с даљом ратификацијом Уговора, будући да се ради о уговору којим се обезбеђују већа делотворност, демократија и транспарентност.[23]

Неуспех ирског референдума је значајно утицао на рад Француске током њеног председавајућег мандата, тиме је што је потпуно доведен у питање програм рада који је Француска желела да спроведе током свог мандата. На самом почетку Француска је представила један амбициозни програм рада који је обухватао питања као што су промена климе, мере за смањење цена нафте и гаса, развијање заједничке европске политике имиграције, даља будућност заједничке пољопривредне политике и одбрамбена питања.[24] Нажалост, резултати референдума у потпуности су преусмерили рад председавајуће Француске на одржавање преговора с ирском владом. Саркози је имао амбициозан план да већ до краја свог мандата све преостале државе чланице ратификују референдум, што се врло брзо показало „немогућом мисијом", будући да је ирски министар за спољне послове изјавио да је октобар следеће године разумно време за одржаваје референдума.[25]

Интересантно је поменути и проблеме оних држава које нису до сада ратификовале Уговор из Лисабона. На првом месту у Републици Чешкој, која је следећа председавајућа Савета министара, очекује се да Уставни суд доносе одлуку којом треба да утврди да ли је Уговор из Лисабона у складу с чешким уставом. Ваља ипак истаћи да је сам захтев да Уставни суд установи усклађеност уговора и Устава бесмислена, будући да свака измена оснивачких уговора захтева измену и устава, а то ће посебно бити случај с Уговором из Лисабона који укључује националне парламенте у сам законодавни поступак. Не треба заборавити ни чешког председника Вацлава Клауса (*Vaclav Klaus*), који је након неуспеха референдума у Ирској први изјавио да је „готово с Уговором из Лисабона" и да треба кренути с израдом неког новог текста. Међутим, уколико Чешка не ратификује ускоро уговор, чини се да ће током свог мандата бити лишена подршке других држава чланица због односа према Лисабону.

У Немачкој је Парламент ратификовао уговор, али се још чека да председник потпише ратификациони инструмент, односно акт о

---

[22] *http://www.europarl.europa.eu/news/public/story_page/008-31670-168-06-25-901-20080613STO31667-2008-16-06-2008/default_en.htm.*

[23] *http://www.eu2008.si/en/News_and_Documents/Press_Releases/June/0613PVirskaSzJ.html.*

[24] *http://ec.europa.eu/news/eu_explained/080703_1_en.htm.*

[25] Sarkozy's timetable for EU to ratify Lisbon looks optimistic, *the Irish Times*, Wednesday, July 2, 2008;

томе да је извршена ратификација, што је условљено доношењем одлуке Савезног уставног суда о усклађености овог Уговора с Основним законом Савезне Републике Немачке.

Након Републике Чешке следећа председавајућа је Шведска, која такође није ратификовала уговор, јер је за то потребна двотрећинска већина у парламенту, а највећа опозициона партија Социјалдемократска партија је подељена око Уговора из Лисабона. Будући да је ратификација у Парламенту заказана за 20. новембар 2008. године, врло брзо ће се знати исход. Коначно, преостала је Пољска, где се чека да председник Лех Качињски (*Lech Kaczynski*) потпише ратификациони инструмент.

Један од разумнијих државних званичника, луксембуршки премијер Жан Клод Јункер (*Jean-Claude Juncker*) је такође подржао идеју да се настави с даљом ратификацијом Уговора из Лисабона, али да треба сачекати прави тренутак за његово организовање. Премијер је подсетио да се Европска унија после неколико година економског благостања суочава с великим економским проблемима и да би следеће изборе за Европски парламент требало организовати према правилима Уговора из Нице, а референдум у Ирској одложити за октобар 2009. године.[26] Према његовој процени уговор ће ступити на снагу почетком 2010. године.

Велика Британија је добар пример оних земаља у којима ће ратификација неког трећег документа, уколико Уговор из Лисабона не буде ратификован, бити велики проблем због различитих политичких прилика. Ако и други референдум буде неуспео или нека преостала држава чланица из неког разлога не ратификује уговор, Европска унија ће свакако почети да размишља о изради нових измена оснивачких уговора. То ће значити да ће конзервативна партија, уколико победи на изборима који су заказани за 2010. годину, а сва истраживања указују на то, организовати референдум о новом тексту уговора. То је било једно од обећања конзевративне партије. Имајући у виду да је Велика Британија иначе позната по свом евроскептицизму, чини се да није извесна судбина ни неког евентуалног трећег текста.

Коначно, Ирска покушава да се успротиви одржавању другог референдума, позивајући се на то да постоји велика разлика између неуспелог референдума о Уговору из Нице и овог последњег.[27] Као основни разлог наводе тврдњу да је велика разлика у излазности између два референдума и да треба поштовати вољу великог броја

[26] „Juncker warns State to delay second Lisbon vote“, *the Irish Times*, Thursday, September 18, 2008;

[27] Више о првом референдуму о Уговору из Нице у *Ireland and the European Union*, 8.

грађана који су изашли да гласају на референдуму о Уговору из Лисабона. Штавише, резултати истраживања јавног мњења указују да се ради о сложеном проблему који изискује упознавање грађана са садржином самог уговора, за што се показало у случају Уговора из Нице да је потребно најмање годину дана.[28] Не треба заборавити ни врло тешку економску ситуацију која погађа Ирску у овом тренутку, те би организовање референдума сада дало грађанима могућност да том приликом изразе своје незадовољство тренутном економском ситуацијом. Надаље, том приликом грађани би могли да покажу и своје незадовољство тренутном владајућом коалицијом, које се може видети из најновијих резултата испитивања јавног мњења.[29] Током лета је чак било наговештаја да би једна од опција била и ратификација уговора у самом ирском парламенту, будући да би на тај начин Ирска сигурно окончала овај тежак посао ратификације.

5. ШТА ДАЉЕ – МОГУЋНОСТИ КОЈЕ ПРЕДСТОЈЕ ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Из самих реакција држава чланица и органа Европске уније може се закључити да следеће могућности стоје на располагању Европској унији.

5.1. Организовање другог референдума у Ирској

Чини се да је ово у садашњем тренутку једино могуће решење изласка из овог зачараног круга. Већ се из самих поменутих реакција држава чланица види њихова неспремност да започну преговоре око нових измена оснивачких уговора. Сама чињеница да Унија није успела да у два узастопна покушаја ратификује измене оснивачких уговора, тачније Европски устав и Уговор из Лисабона, говори у прилог тврдње да се Унија нашла у тешкој ситуацији суочена с великим степеном евроскептицизма око даље будућности Европске уније и да отпочињање преговора о некој новој измени оснивачких уговора није прихватљиво решење.

Иако ирска влада још није предложила начин за превазилажење овог проблема, а у обавези је да то учини до састанка Европ-

[28] Тежина овог задатка је сликовито садржана у изјави министра за спољне послове који је након објављивања резултата истраживања изјавио: „Нека нам је Бог у помоћи“. Више о томе у „Portrait of EU enthusiasts who ditched the treaty“, *the Irish Times*, Thursday, September 11, 2008.

[29] „Majority says Harney should go if PDs fold“, *the Irish Times*, Saturday, November 15, 2008.

ског савета у децембру 2008. године,[30] по свему судећи ће то бити други референдум по узору на онај који је организован за Уговор из Нице. Неколико је разлога који према мишљењу ирске владе представљају препреку за ово решење. На првом месту је разлика у излазности која је постојала између референдума организованог о Уговору из Нице и Уговора из Лисабона.[31] Велика излазност на последњем референдуму указује да је велики број грађана јасно исказао своје мишљење о Уговору из Лисабона, те је немогуће правити паралелу између ова два референдума. Друга разлика се тиче саме економске ситуације која је значајно различита у односу на ситуацију из 2001. године. Припрема и спровођење кампање која би требало да објасни садржину уговора грађанима је у овом тренутку према мишљењу одређених ирских званичника, скуп подухват посебно сада када се Ирска суочава с рецесијом. Коначно, за разлику од првог референдума о Уговору из Нице када су грађани идентификовали само једно питање као спорно, а то је било питање неутралности Ирске, сада је неопходно решити неколико спорних питања. Нека од њих су питање абортуса, суверенитета, пореске и одбрамбене политике. Према ранијим искуствима држава које су имале проблеме у ратификацији различитих измена оснивачких уговора, пре организовања референдума важно је на следећем састанку Европског савета усвојити декларације уз уговор на којима ће се утврдити статус Ирске у односу на спорна питања.

Приликом разматрања организовања другог референдума поставило се и питање временског рока за његово одржавање. Иако је француски председник на почетку свог мандата захтевао одржавање референдума до краја ове године, закључци са састанка Европског савета у октобру, као и саме изјаве ирских званичника, јасно указују да је организовање референдума извесно у октобру следеће године.

5.2. Проглашење Уговора из Лисабона мртвим и даља примена Уговора из Нице или израда неког новог текста

Након одржавања референдума могло се чути мишљење да је готово с овим уговором и да Европској унији предстоји или да настави да функционише по правилима Уговора из Нице или да крене с припремом неке следеће измене оснивачких уговора (на пример, Уговор из Прага или Стокхолма). Један од највећих поборника овог мишљења био је чешки председник Вацлав Клаус, који је након неуспеха референдума у Ирској први изјавио да је „готово с Уговором

[30] Presdiency Conclusions, Brussels European Council, 15 and 16 October 2008, 14368/08.

[31] Приликом ратификације Уговора из Нице 53,9% грађана гласало против, а 46,1 за, док је на првом референдума о Уговору из Лисабона 53.4% против, а 46% за.

из Лисабона“.[32] Слично је било виђење и антиреформског табора у Ирској на челу с представницима Шин Фејн партије.[33]

Чини се да је примена правила Уговора из Нице једина правно реална могућност до ступања на снагу Реформског уговора. Сасвим је извесно да ће нови избори за Европски парламент и именовање Комисије бити организовани по правилима овог уговора. Ово је изазвало незадовољство оних чланица које ће бити оштећене непримењеном Реформског уговора, посебно у односу на број посланика у Европском парламенту.

Могућност започињања израде неке нове измене оснивачких уговора је најмање вероватна опција у овом тренутку, тачније све док не постане сасвим извесно да је „готово с Уговором из Лисабона“. Чак и онда ће Европска унија, по узору на слична искуства која су напред наведена у тексту, застатати с овом идејом и сачекати прави тренутак да отпочне нове преговоре. Међутим, и ти нови преговори неће донети ништа револуционарно, будући да већина решења из Уговора из Лисабона у потпуности чини Европску унију делотворнијом и демократскијом, што је била крилатица и Европског устава и Реформског уговора. Једино спорно решење је састав Комисије где би задржавање постојећег решења – један комесар из сваке државе чланице – ставило тачку на даља проширења Европске уније. Евентуални преговори о новом саставу Комисије би последично довели и до поновног разговора о пондерисању гласова у Савету ЕУ и Европском парламенту. Укратко, уколико Уговор из Лисабона пропадне, рад на некој новој измени оснивачких уговора се, по нашем мишљењу, може очекивати тек у 2011. години, будући да је врло тешко након два неуспела покушаја ратификације поменутих измена постићи договор држава чланица око овог новог подухвата.

5.3. Измена Уговора из Лисабона

Одмах након неуспеха ирског референдума, чули су се повици у Ирској да би можда требало започети нове преговоре којима би се на другачији начин уредила одређена спорна решења из Уговора из Лисабона. Превасходно се имао на уму састав Комисије и очување једног комесара за сваку државу чланицу. Интересантно је да је састав Комисије управо био један од разлога због којих је део грађана гласао против уговора. Међутим, већ саме изјаве европских званичника и посвећеност даљој ратификацији уговора у преосталим државама чланицама, ставила је за сада тачку на ову могућност.

[32] „It makes no sense to continue the ratification of a dead document“ – *http://euobserver.com/9/26331*.

[33] *http://www.eubusiness.com/news-eu/1213882322.72/*.

Ипак, уколико и други референдум не успе можда ће ова могућност постати извесна.

5.4. Флексибилна геометрија или унапређена сарадња

Поступање према правилима која дефинишу унапређену сарадњу између држава чланица[34] је такође представљено као једно решење за излазак из кризе. Међутим, не ради се ни о каквом новом решењу, већ о примени постојећих правила Уговора из Нице, која предвиђају унапређену сарадњу уколико се односи бар на већину држава чланица.[35] Негативна последица примене ових правила зарад постизања сарадње у одређеним областима, а у циљу превазилажња неуспеха ратификације може довести и до велике поделе између држава чланица које су део те сарадње и оних које нису, посебно уколико би дошло до наглог повећања броја области које су предмет унапређене сарадње.

5.5. Ратификација у ирском Парламенту

У току расправа о могућностима изласка из ове ситуације било је повика у Ирској о ратификацији Уговора из Лисабона у парламенту.[36] Неки аутори заступају мишљење да је поменута пресуда Врховног суда погрешно протумачена и да је њен смисао у томе да је одржавање референдума неопходно само онда када се изменама оснивачких уговора мењају сврха и циљеви Европске уније. Међутим, овакво решење је противуставно, будући да је Врховни суд Ирске у случају Кроти (*Crotty*)[37] јасно утврдио да озбиљне промене Уговора о Европским заједницама или Европској унији захтевају усвајање амандмана на ирски устав који се увек доноси на референдуму. Ова пресуда је потом довела до усвајања Десетог амандмана на Устав Ирске којим је дозвољена ратификација Јединственог европског акта. Укратко, Ирска има обавезу одржавања референдума приликом сваке значајније измене оснивачких уговора. Ако се погледа садржина самог Уговора јасно се намеће закључак да се дошло до веома значајних измена, као што је напуштање трипартитне структуре саме Уније, различите поделе надлежности у неким областима, укључивање националних парламената у законодавни поступак и многе друге. Штавише, чак и ако се занемари и ова правна обавеза, организовање ратификације у парламенту додатно би појачало гнев грађана који су на овај начин вршили право на изражавање мишљења.

---

[34] Чл. 43, 44 и 45 Уговора о Европској унији.

[35] Чл. 43 Уговора о Европској унији.

[36] „Opinion and Analysis“, *the Irish Times*, Friday, July 11, 2008.

[37] Crotty v. An Taoiseach [1987] IESC 4; [1987] IR 713 (9th April, 1987).

6. ЗАКЉУЧАК

Европска унија се након неуспеха првог референдума у Ирској нашла у незавидној ситуацији, будући да је Реформски уговор требало да реши ситуацију која је настала након неступања на снагу Европског устава. Иако постоји бојазан да иста судбина може да задеси и овај Уговор и да је даљи развој Европске уније доведен у питање, чини се да је ово само понављање потешкоћа с којима се Европска заједница, односно Европска унија сусреће у одређеним временским интервалима. Одмах након неуспеха референдума званичници држава чланица и представници органа Европске уније започели су разговоре о могућностима за превазилажење ове кризе. Иако су се поред организовања другог референдума јављали и повици за неким мање вероватним решењима, као што је ратификација Уговора у ирском парламенту, отварање нових преговора о некој следећој измени оснивачких уговора, у овом тренутку се чини да је припрема и одржавање другог референдума у Ирској најбоље решење. Несумњиво је да томе мора да претходи добро организовања кампања за приближавање садржине Уговора грађанима и усвајање декларације уз сам Уговор како би се разуверили грађани и гласали за уговор. Уколико и у другим државама чланица безболно прође ратификација уговора, може се очекивати његово ступање на снагу 2010. године.

Aleksandra Čavoški, PhD

Assistant Professor
Faculty of Law, Union University Belgrade

EUROPEAN FUTURE IN LIGHT OF THE LISBON TREATY

Summary

The author reflects on the future of the European Union in the light of the fact that the Republic of Ireland rejected the EU's Lisbon Treaty in a referendum in June 2008. In order to present the possibilities that lie ahead, the author analyses the circumstances that preceded the adoption of the Reform Treaty, as well as the actual process of its drafting. Furthermore, the author outlines similar problems that occurred in ratifying the previous amendments to the founding treaties in the history of European integration, and points out similarities and differences of these instances to the current situation in Ireland. By means of analyzing reactions of the Member States to the results of the Irish referendum, the author portrays the possible outcomes, and considers the most probable solution.

Key words: *Treaty of Lisbon. – Ratification. – Irish referendum. – EU enlargement. – Flexible geometry. – Changes to Treaty.*

УДК 342.24(63)

Мр Марко Станковић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ФЕДЕРАЛИЗАМ У АФРИЦИ: СЛУЧАЈ ЕТИОПИЈЕ

Федерално државно уређење представља најраспрострањенији облик тзв. вертикалне поделе власти у свету, али и ефикасан инструмент за решавање проблема мултикултуралности друштва. Од нешто више од двадесет федерација колико их данас има на планети, свега се четири налазе на афричком континенту – Јужноафричка Република, Нигерија, Коморска Острва и Етиопија. Иако је након Другог светског рата изгледало да ће број савезних држава у Африци бити много већи, овај облик државног уређења није успео да „пусти корене“ на њеном подручју, па се велики број федералних експеримената завршио лошим резултатом. Добар пример неуспеле федерације представља необична унија Етиопије и Еритреје, која се одржала свега десет година (1952–1962). Етиопија се, међутим, три деценије након тога дефинитивно федерализовала, променивши унутрашњу структуру из једноставне у сложену. Овај „други покушај“ увођења федерализма у Етиопији био је узрокован пре свега вишенационалношћу и вишејезичношћу популације, што је често захтевало и специфична институционална решења.

Кључне речи: *Федерализам. – Савезни (федерални) устав. – Расподела надлежности. – Вишенационалност. – Сецесија.*

I

Федерална Демократска Република Етиопија се налази на крајњем истоку афричког континента, на подручју које се назива „рогом Африке“ (*Horn of Africa*) и заузима пространство од око 1.127.000 квадратних километара. Окружена је Суданом на западу, Кенијом на југу, Сомалијом и Џибутијем на истоку и Еритрејом на северу. Етиопска популација броји преко 67 милиона људи, а сачињавају је припадници многобројних националних и језичких група (преко 80) и вероисповести (око 40% хришћана, око 40% муслимана и око 20%

атеиста и припадника других религија). Преко 90 % житеља ове афричке државе се бави пољопривредом, која представља „кичму“ њене економије. Међутим, бруто национални доходак је веома низак и износи свега 90 америчких долара по глави становника, што је довело до тога да Етиопија од Светске банке буде званично проглашена најсиромашнијом земљом света за 2003. годину. Управо је сиромаштво главни узрок што је просечан људски век у овој земљи веома кратак – свега 45 година!

„С обзиром на то да има историју дугу 3000 година, Етиопија се сматра најстаријом ‘државом’ у Африци и једном од најстаријих у свету.“[1] Но, корени савремене државе Етиопије налазе се у деветнаестом веку, од чијег је почетка до данас она прошла кроз многе развојне фазе и више пута из темеља мењала унутрашње уређење. Најзаступљеније мишљење у науци је да „су модерну Етиопију створили хришћански планински господари, највише кроз упоредне процесе политичког покоравања и економске експлоатације крајем деветнаестог и почетком двадесетог века.“[2] Цар Хајле Селасије (*Haile Sellassie*) је владао Етиопијом од 1916. до 1974. године – од тренутка када је постао надмоћан у односу на регионалне феудалне властодршце, до момента када је силом свргнут са власти. Његова владавина била је накратко прекинута једино у периоду италијанске окупације, од 1936. до 1940. године, када је цар био у изгнанству.

Промене унутрашњег државног устројства су у Етиопији биле честе и корените. Кад је реч о облику државног уређења, до 1854. године она је била лабава унија држава, да би готово читав век након тога (1855–1951) била централизована унитарна држава.[3] Од 1952. године Етиопија такође је била унитарна држава, али је између ње и суседне Еритреје постојала специфична федерална веза. Наиме, Генерална скупштина УН је 1950. године усвојила резолуцију[4] (тзв. Федерални акт), по којој је Еритреја потчињена етиопској Круни, као „аутономна јединица у федералном савезу са Етиопијом“. „Текст Фе-

[1] T. Pätz, „Ethiopia (Federal Democratic Republic of Ethiopia)“, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths), Montreal & Kingston-London-Ithaca 2005, 136.

[2] T. Pätz, 136.

[3] „Процес централизације је коначно завршен 1942, када је установљена нова административна подела земље. Централизација администрације је постигнута проглашењем првог писаног устава Етиопије 1931...“, в. A. Jembere, „Ethiopia: The Major Institutional Arrangements of Federation and Decentralization“, *Federalism and Decentralization in Africa – The Multicultural Challenge* (eds. Lidija R. Basta, Jibrin Ibrahim), Fribourg 1999, 169.

[4] Резолуција 390 од 2. децембра 1950. године.

дералног акта је потврђен од стране Цара, па је федерални аранжман постао реалност 11. септембра 1952.“[5] Ипак, необична федерација[6] је функционисала тек једну деценију, јер је већ 1963. године Еритреја изгубила посебан статус и укључена је у састав централизоване Етиопије.[7] Године 1987. држава је децентрализована увођењем нових облика територијалне аутономије, док је, након дефинитивног одвајања Еритреје,[8] новим уставом коначно успостављено федерално државно уређење.

Етиопија је „лутала“ и у погледу облика владавине и система власти. До 1974. године била је монархија, пре 1955. апсолутна, да би након тога власт суверена била лимитирана.[9] Почев од 1974. године, када је свргнут режим цара Хајле Селасија, а Етиопија проглашена социјалистичком државом, смењивале су се диктатуре војних хунти (*military rule*), које су управљале државом без икаквих уставних ограничења, па се доба њихове владавине често карактерише као „црвени терор“. Крајем осамдесетих година прошлог века (1987), ова држава је усвојила председницијализам („деформисани“ председнички систем) у његовој конзулској афричкој варијанти,[10] док је парламентарни режим у Етиопији успостављен 1995. године.

Сумарно, промене у државном облику Етиопије су биле вишеструке: са монархијског на републикански облик владавине; са апсолутне власти монарха и војне диктатуре, преко председницијализма, на

---

[5] A. Jembere, 170.

[6] Јован Стефановић је свој суд о карактеру тог државног уређења овако формулисао: „Та држава пружа данас (1954. године, М. С.) неке карактерне црте федерације, али се у знатној мјери и одваја од традиционалног типа федеративне државе. (...) Али све скупа даје утисак, бар за сада, да се ту не ради о правој федеративној држави, него више о унитаристичкој држави, у којој један дио, Еритреја, има доста широку унутрашњу аутономију,“ Ј. Стефановић, *Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају*, Сарајево 1954, 39–40.

[7] Опширније о разлозима неодрживости федералног уређења Етиопије и Еритреје погледати T. Negash, *Eritrea and Etiopia: The Federal Experience*, Stockholm 1997, 143–147.

[8] Еритреја је прогласила независност 27. априла 1993, након референдума који су надзирале УН. Ипак, односи између Етиопије и Еритреје су били веома лоши, што је довело и до војних сукоба средином 1998. године. Мир између две државе је потписан тек крајем 2000. године у Алжиру, али су остала нерешена извесна питања у вези са границом. С обзиром на то да демаркација до данас није извршена, око 4.000 припадника мисије УН је распоређено дуж границе.

[9] „Од времена краљевине Аксум, која је доживела процват у првих седам векова хришћанске ере, до 1974. Етиопијом су управљали владари који су припадали различитим династијама“, A. Jembere, 169.

[10] Опширније о председницијализму, Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2003, 224–226.

парламентарни облик државне власти; и, коначно, са унитарног на федерално државно уређење.[11] Ипак, чињеница да су у Етиопији истовремено уведени федерализам и парламентарни систем власти делује помало зачуђујуће, с обзиром да је познато да ова два државна облика нису у потпуности компатибилна. Наиме, велики број теоретичара заступа мишљење да је федерално начело у једној држави доследно примењено само у случају потпуне равноправности домова савезног парламента. Насупрот томе, парламентарни систем неминовно води ка њиховој неегалитарности, што је узроковано чињеницом да влада политички одговара искључиво пред доњим домом, што доводи до фактичке превласти општепредставничког над федералним домом, нарочито у вези са функцијом контроле над радом извршне власти, а понекад и поводом доношења закона.[12] Ипак, иако је немогуће у пуној мери помирити два поменута организациона принципа у устројству савезног парламента, решење се у упоредном праву обично налази тако што се допушта превласт доњег дома у вршењу контроле над радом егзекутиве, али се, с друге стране, јамчи потпуна равноправност домова у вршењу уставотворне и законодавне власти.

Иначе, федерални систем Етиопије је веома особен и садржи доста необичних решења која су без хомолога у упоредном праву, а примена чувеног „закона угледања" на федерални модел САД је сведена на најмању меру. Ипак, неки аутори су покушали да пронађу компаративни систем који је етиопским уставотворцима послужио као узор. У том смислу је веома интересантан став Брицкеа, који сматра да „наводно Индија предвиђа модел за нове етиопске федералне структуре, иако неки елементи уређења у Етиопији подсећају (вероватно ненамерно) на Устав Немачког Царства од 1871, који је (...) био узор Хаиле Селасиевом Уставу од 1931. године".[13]

II

Етиопија је до данас имала четири устава, који су донесени 1931, 1955, 1987. и 1994. године. Први федерални Устав Етиопије је

[11] Професор јавног права Универзитета у Адис Абеби (Етипоија) Жембер (*Aberra Jembere*) каже да је Етиопија за два века постојања доживела многе преображаје: „са краљевине на републику, са унитарне државе на федерацију, са централизације на децентрализацију у државном уређењу; а у облику власти са монархије до председничке форме власти, и коначно до парламентарног система", A. Jembere, 168.

[12] Опширније о томе М. Јовичић, *Савремени федерализам – упоредноправна студија*, Београд 1973, 119–121.

[13] P. H. Brietzke, „Ethiopia's 'Leap in the Dark' Federalism and Self Determination in the New Constitution", *Journal of African Law* 39, 1/1995, 28.

усвојен 8. децембра 1994. године, а ступио је на снагу 21. августа 1995. Мада су савезне државе које данас постоје у свету веома различите, свакој од њих је могуће наћи место у „координатном систему" федерализма одређујући којој врсти (тачније врстама) припада, односно смештајући је према различитим критеријумима деобе у одређене групе. Мерила за те класификације су уско повезана са суштином и природом федерализма, а четири су, сматра се у науци,[14] нарочито значајна за сваку савезну државу: начин организовања федералног подручја, федерална структура, начин настанка и национални састав. Пажљивом анализом етиопске историје, друштва и уставних норми, може се закључити да постојећа федерација има мешовит састав и промењиву федералну структуру, да је настала методом деволуције и да је вишенационална.

Према Уставу (чл. 50), Етиопија је сачињена од девет држава чланица, које се називају регионима (*kilel*), односно регионалним државама (*regional states*). То су Афар (*Afar*), Амхара (*Amhara*), Тигро (*Tigray*), Оромија (*Oromiya*), Бенисхангул/Гумуз (*Benishangul/ Gumuz*), Сомали (*Somali*), Јужне Нације, Националности и Народи (*Southern Nations, Nationalities and Peoples*), Гамбела (*Gambella*) и Харар (*Harar*). Пошто два града, Адис Абеба (*Addis Aababa*) и Дир Дава (*Dire Dawa*), имају посебан статус у оквиру федерације, она се с обзиром на начин организовања федералног подручја сврстава у групу савезних држава са мешовитим саставом. Иначе, федералне јединице се доста разликују у погледу величине и броја становника, па тако у само једној од њих, Оромији, живи готово трећина укупне популације (око 19 милиона људи), док рецимо Гамбелу насељава мање од 0,5 % становништва (свега 200 хиљада људи).

Етиопија има промењиву федералну структуру, а с обзиром на широку палету могућности за њену измену, може се констатовати и да је постојећа структура веома лабилна. Наиме, Устав Етиопије је један од ретких конститутивних аката у целокупној историји федерализма у којем је конституционализована сецесија, јер „свака нација, националност и народ има безусловно право на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење" (чл. 39, ст. 1). Најпознатије компаративне примере устава који су дозвољавали сецесију представљају три устава СССР-а (од 1924, 1936. и 1977. године), док је данас отцепљење дозвољено још једино у Уставу Св. Китса и Невиса од 1983. године. Поред права на сецесију, етиопски устав изречним одредбама даје нацијама, националностима и народима право да у свако доба формирају нове федералне јединице (чл. 47, ст. 2) и детаљно уређује поступак за рализацију тог права.

[14] Више о томе М. Јовичић, 57; Р. Марковић, 459.

Деволутивни начин настанка савезних држава се у досадашњој уставној пракси показао као негативан процес, нарочито када је државно уређење мењано из једноставног у сложено да би се решио проблем вишенационалности државе. Довољно је као илустрацију навести бивше социјалистичке федерације, СССР, СФРЈ и Чехословачку, које су почетком деведесетих година прошлог века дефинитивно нестале са светске позорнице. Разуме се, нема сумње да је и слом социјализма као облика друштвено-политичког уређења са своје стране додатно допринео нестанку поменутих тријy федерација, али то не улази у домен уставноправног истраживања. Ипак, интересантно је запазити да је Етоипија у време док је била социјалистичка држава имала унитарно уређење, док је тек након коначног напуштања социјализма постала федерација. Данас „етиопски федерализам има етницитет као основни организациони принцип“,[15] који је изражен већ у преамбули Устава од 1994. Уз то, познато је да је проблем вишенационалности много већи у савезним државама у којима је свака нација организована у посебну федералну јединицу, а у Етиопији постоји приближно таква ситуација – „границе девет етиопских држава су повучене тако да је, са изузетком најјужније државе, свака од осам доминантних етничких група добила своју ‘сопствену’ државу чланицу“.[16] Штавише, поменута уставна могућност да и мањинске етничке групе у будућности формирају нове федералне јединице додатно наглашава овај проблем. У најблискијој вези са вишеетничношћу налази се вишејезичност, која представља још једну потешкоћу у функционисању етиопске федерације. Премда је амхарички (*Amharic*) језик одређен као „радни језик“ федералних органа (чл. 5 Устава), а амхаричка верзија савезног устава је једина правно важећа (чл. 106 Устава), државе чланице имају уставом проглашено право да законом уреде употребу језика на свом подручју.

III

Свака федерација је држава у којој је извршена двострука подела власти: поред традиционалне функционалне (хоризонталне) поделе – на законодавство, управу и судство – која је уобичајена у готово свим савременим државама, извршена је и територијална (вертикална) подела власти – између федерације и федералних јединица.[17] Стога цен-

[15] T. Pätz, 139.

[16] P. H. Brietzke, 28. „Устав од 1994. је претворио дуготрајну унитарну државу у федерални аранжман, базиран на етничким линијама“, A. Jembere, 191.

[17] „Није реч о хоризонталној подели власти, која је спроведена свуда и постала класична (подела власти на законодавне, судске и управне органе), већ о вертикалној раздеоби, која претпоставља препуштање извесних послова и атрибуција

тралну позицију међу свим одредбама које се тичу федералног државног уређења несумњиво заузимају оне које нормирају вертикалну поделу власти, односно расподелу државних функција између савезних државних органа и органа држава чланица. Ове одредбе се увек налазе у највишем правном акту федерације – савезном уставу, а њиховом се анализом може створити најбоља слика о степену примењености федералног начела у конкретном уставном систему.[18]

Устав Етиопије од 1994. у материји расподеле надлежности примењује тзв. метод позитивне енумерације са генералном клаузулом,[19] с обзиром да прво таксативно набраја функције федерације (чл. 51), а затим општом одредбом ненабројане државне функције (резидуална овлашћења) ставља у делокруг држава чланица (чл. 52). Генерално гледано, оваква ситуација у вези са расподелом надлежности је у потпуности у складу са природом и циљевима федералне државе, па у компаративним федералним уставним системима преовлађује као правило, док је претпоставка надлежности у корист федерације ретка појава.[20] Ипак, степен примењености федералног начела у области поделе функција у конкретном уставном систему се не може ваљано проценити пре него што се изврши детаљнији увид у одредбе које се на њу односе. Наиме, етиопска федерација је, без обзира на то што је претпоставка надлежности формулисана у корист држава чланица, ипак у великој мери централизована, јер су кључне функције задржане у рукама савезних власти[21] (то је иначе уобичајено за федерације настале из унитраних држава). Тако федерални органи, између осталог, воде спољну политику, старају се о одбрани земље и унутрашњој безбедности, утврђују динамику економског и социјалног развоја, воде фискалну и монетарну политику, уређују области саобраћаја и телекомуникација и трговине, а поседују чак и извесне надлежности које се по правилу дају федералним јединицама (на пример, заштита историјских и културних споменика, здравство...).[22] Ипак, како у савезним државама насталим деволу-

---

државе нижим јединицама, спуштање делова власти одозго доле“, Лазо М. Костић, *Уставно право*, Сабрана дела (први том), Београд 2000, 259.

[18] Управо због тога је, како вели Јован Стефановић, *Уставно право Југославије и компаративно право I*, Загреб 1965, 537 „та (је) подјела један од најделикатнијих проблема федеративног уређења државе, а постављање прописа о тој подјели у федеративном уставу задаје увијек највеће тешкоће“.

[19] Р. Марковић, 470–471.

[20] Претпоставку надлежности у корист федерације прописују устави Канаде, Индије, Јужноафричке Републике и, на особен начин, Белгије.

[21] „У чл. 51 (тач. 1–21) је извршено веома детаљно набрајање надлежности и функција федералних власти. Све савезне надлежности се тичу питања од националног значаја“, T. Pätz, 140.

[22] Погледати чл. 51 Устава. „Док су теоретски све надлежности које нису поверене федералним властима резервисане за државе, чл. 51–55 дају федералним

тивним путем центрифугалне силе имају јаче дејство од центрипеталних, уобичајена је појава да временом дође до „пребацивања“ федералних надлежности у делокруг федералних јединица. Етиопска федерација је још увек „млада“, па се тако нешто још увек није догодило, али не би било изненађујуће да се у блиској будућности промена друштвених прилика рефлектује на расподелу надлежности.

Посебну важност међу одредбама о вертикалној подели власти имају норме које говоре о деоби финансијских средстава између различитих политичко-територијалних субјеката. Наиме, познато је да „у свакој појединој федерално уређеној држави, и федерација и федералне јединице морају располагати средствима која ће им омогућити да обављају оне функције које су им у оквиру датих уставних решења поверене“.[23] Другим речима, сви нивои власти морају имати адекватне приходе, иначе ће одредбе о подели надлежности остати мртво слово на хартији. Устав Етиопије врло детаљно уређује ову материју, тако што прво набраја области опорезивања у којима је надлежна федерација, затим наводи материје у којима порезе убирају државе чланице, а потом наводи области у којима је финансијска надлежност конкурентна (чл. 94–98). На самом крају, Устав прописује да ће о порезима који нису изричито стављени у делокруг неког од субјеката, двотрећинском већином одлучивати савезни домови на заједничкој седници (чл. 99). Из наведених уставних одредаба се јасно види да оба нивоа власти располажу адекватним приходима за обављање њихових функција, што је у потпуности сагласно циљевима и природи федералне државе.

IV

Један од најпоузданијих критеријума путем којих се у теорији врши разграничење између федерације и децентрализоване унитарне државе јесте партиципација федералних јединица као таквих у саставу савезних државних органа, која не постоји у унитарним државама. Представљеност федералних ентитета у оквиру федералних власти „омогућава њихово заједничко деловање и представља лепак који одржава федерацију на окупу“.[24] Два најзначајнија облика партиципације федералних јединица јесу учешће у вршењу савезне уставот-

органима тако много власти, да врло мало остаје државама“, A. Jembere, 191.

[23] М. Јовичић, 190.

[24] R. Watts, „Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making“, adapted for the Seminar on Minorities by Thomas Fleiner, 2005, *http://www.federalism.ch/files/categories/Summer%20University/participation%20 of%20federated%20entities%20in%20policy%20making.pdf*, 4.8.2006, 1.

ворне и законодавне власти, али не треба занемарити ни остале видове њиховог учешћа у обављању савезних државних функција.[25]

Носилац уставотворне и законодавне власти у Етиопији је савезни парламент, сачињен од два дома – Дома народних представника (*House of Peoples' Representatives*) и Дома федерације (*House of Federation*).[26] Чланови општепредставничког („доњег") дома се бирају на пет година по изборном систему релативне већине (*first-past-the-post electoral system*). Овај дом може имати највише 550 чланова, а најмање 20 посланичких места је резервисано за представнике националних мањина (тзв. позитивна дискриминација).[27] Састав федералног („горњег") дома је веома специфичан, пошто је примена једног од есенцијалних принципа у организацији савезне легислативе – начела једнаке заступљености представника федералних јединица – скоро у потпуности избегнута. Наиме, број чланова Дома федерације увек је неизвестан, а број представника различитих федералних јединица промењив, с обзиром да су, с једне стране, „свака нација, националност и народ представљени у Дому федерације најмање једним чланом", а, с друге, „свака нација, националност и народ имају по једног представника на сваких милион становника".[28] Овакав састав горњег дома скоро да представља апсурд, јер је он готово у потпуности копија општепредставничког дома савезног парламента.[29] Поред тога, приметно је да „федерални" дом не сачињавају представници држава чланица као таквих, већ представници различитих етничких група, што додатно слаби примену федералног начела.[30] Тренутно Дом федерације има 112 чланова, „од којих су 71 представника именовале државе чланице, а 41 изабрао народ".[31]

Етиопски савезни парламент показује још веће аномалије у погледу вршења уставом поверених функција. Поред тога што оп-

[25] Р. Марковић, 480.

[26] Чл. 53 Устава.

[27] Чл. 54, ст. 3 Устава. Интересантно је да представници могу остати без мандата у случају да „изгубе подршку бирачког тела" (чл. 54, ст. 7 Устава).

[28] Чл. 61, ст. 2 Устава. Одступања од начела паритета у саставу горњег дома федералног парламента постоји још у Немачкој, Аустрији, Белгији, Канади, Индији и Малезији.

[29] Кенет Вер истиче да „једнако представништво региона у горњем дому није, логички посматрано, битно да би једно уређење било федерално, али је истовремено оно често битно да би једно федерално уређење добро функционисало", K. C. Wheare, *Federal Government*, London 1958[3], 93.

[30] „У случају Етиопије, уставом утврђено представљање федералних јединица постоји само у случају чланства у Дому федерације, али ни тада на основу територијалног представљања, већ на основу представљања тзв. 'нација, националности и народа'", A. Jembere, 182.

[31] T. Pätz, 139. Интересантно је да државе чланице имају право да саме одлуче о начину избора представника у Дом федерације (чл. 61, ст. 3 Устава).

штепредставнички дом има доминантну улогу над федералним у вршењу контроле над радом оперативне егзекутиве (чл. 72, ст. 2 Устава), што је директна последица примене парламентарног система власти, његова превласт је очигледна и у обављању законодавне функције. Наиме, Дом народних представника има искључиву законодавну власт, јер Устав прописује да овај дом самостално доноси законе у свим материјама које су стављене у надлежност федерације (чл. 55, ст. 1 Устава)![32] С обзиром на овакво одсуство дводомности у одлучивању приликом доношења закона, може се рећи да у Етиопији постоји „привидни бикамерализам", односно да Дом федерације представља „декор", „фигуру" или „развлашћени дом", што је иначе одлика горњег дома у државама са политичким бикамерализмом.[33]

Надмоћ општепредставничког дома над федералним постоји чак и у вршењу уставотворне власти, али ипак није у толикој мери изражена као у законодавству. Амандмане на Устав могу предложити како савезни домови (двотрећинском већином), тако и најмање две трећине федералних јединица (чл. 104). Устав предвиђа два различита ревизиона поступка у зависности од тога које се његове одредбе подвргавају промени (чл. 105). Ако су предложеним амандманима обухваћена фундаментална права и слободе или одредбе које се односе на сâм поступак промене устава, потребно је да са њима сагласи већина посланика у парламентима свих држава чланица, као и двотрећинска већина парламентараца у оба дома савезног парламента. Оваква формална чврстина, која подразумева консензус свих федералних јединица и квалификовану већину у федералним домовима, чини наведене одредбе готово непромењивим. Поред тога, захтев за сагласношћу свих држава чланица са изменама конститутивног акта је карактеристика конфедералног, а не федералног уређења. Ипак, ова ревизиона процедура обезбеђује потпуну равноправност домова савезног парламента у одлучивању. Друга ревизиона техника, која се примењује поводом измена и допуна свих осталих чланова Устава, изискује да се са предложеним амандманима сагласи две трећине парламената држава чланица, као и двотрећинска већина савезних парламентараца сједињена на заједничкој седници два дома. Ова („редовна") ревизиона процедура води ка фактичкој надмоћности Дома народних представника, с обзиром на вишеструко већи број посланика који улазе у његов састав (у овом моменту је однос 548 према 112). Ипак, федерално начело у овом случају није повређено,

[32] Поред тога што Дом народних представника може да усвоји закон без сагласности Дома федерације, у Уставу Етиопије је изостављен чак и суспензивни вето председника републике (чл. 57 Устава).

[33] „Дом народних представника има законодавну власт у свим материјама које су савезним уставом поверене федералним властима, док је законодавна моћ Дома федерације веома ограничена", A. Jembere, 178.

с обзиром да се адекватна партиципација федералних јединица обезбеђује на други начин – давањем сагласности на промене устава непосредно од стране њихових парламената.

Сумарно, када је реч у вршењу нормативне функције савезног парламента, случај егалитарног бикамерализма постоји само у „изузетним“ случајевима ревизије устава, у случајевима „редовних“ промена устава постоји неегалитарна дводомност, док у области законодавства постоји чист монокамерализам (једнодомност), јер је Дом федерације и формално лишен могућности да учествује у поступку доношења закона. Због тога и не чуди што и сâм Устав недвосмислено фаворизује општепредставнички дом, јер изричито прописује (чл. 50, ст. 3) да је Дом народних представника „највиши орган федералне власти“.

Ипак, иако не учествује у обављању двеју основних функција парламента – доношењу закона и контроли над радом владе – Дом федерације је врло значајан „шраф“ у етиопском „уставном механизму“. Његова основна функција је тумачење савезног устава (чл. 62, ст. 1. и чл. 83), што значи да Дом федерације у уставном систему Етиопије игра улогу која се обично поверава уставном суду, па у том смислу представља „чувара устава“.[34] У вези с тим, овај дом оснива и Савет за уставна питања, који додуше има саветодавну функцију. Дом федерације је, поред тога, задужен да решава „спорове и неспоразуме“ између држава чланица и да одлучује о правима нација, националности и народа Етиопије (укључујући и право на отцепљење), што га све скупа чини врло респектабилним уставним чиниоцем.[35]

Но, с обзиром на чињеницу да састав горњег дома савезног парламента у Етиопији није утврђен у складу са начелом паритета представника држава чланица, као и на околност да је овај дом у потпуности потчињен општепредставничком у вршењу нормативне функције, јасно произлазе два закључка. Прво, да је примена федералног начела у његовом устројству веома слаба, што значи да је примио више карактер органа федерације као целине, него заједничког органа федералних јединица као њених чинилаца и, друго, да се уставотворци приликом моделирања етиопског федералног парламента нису много угледали на парламенте тзв. класичних федерација (на пример, САД, Швајцарске, Немачке), већ су покушали да креирају представнички орган који ће задовољити потребе њиховог друштва. У прилог другом закључку говори и чињеница да су етиопском Дому федерације поверене неке додатне функције, које се у компаративним системима уопште не поверавају парламенту, већ по-

[34] T. Pätz, 139.

[35] Погледати чл. 62 Устава.

себном судском органу који је задужен врши контролу уставности нормативних аката.[36]

Пошто Устав Етиопије од 1994. усваја парламентарни облик државне власти (чл. 45), извршна власт је бицефална, а чине је шеф државе и влада. Председник републике је орган фиксне неоперативне егзекутиве. Бира га савезни парламент на заједничкој седници домова двотрећинском већином, на период од шест година (чл. 70. Устава). Како је шеф државе организован као инокосан орган, једини начин на који је могуће обезбедити какву-такву партиципацију држава чланица јесте моменат његовог избора, и то преко другог дома савезног парламента. Но, овај утицај је, с обзиром на бројчану надмоћ чланова општепредставничког дома на заједничкој седници домова, занемарљив. Вероватно због лоших искустава из прошлости (са монархијом и президенцијализмом), Уставна овлашћења председника су веома мала,[37] углавном репрезентативна, а лишен је права суспензивног вета, распуштања парламента и командовања војском.

„Носиоци највиших федералних извршних овлашћења су Први министар и Савет министара (*Council of Ministers*)“, предвиђа чл. 72, ст. 1. Устава. Они су за свој рад одговорни Дому народних представника. Дикција цитиране уставне одредбе наговештава да премијер има индивидуализован положај у оквиру владе и важне полуге власти у својим рукама, што се недвосмислено потврђује и у наредним члановима Устава. Први министар је, између осталог, „шеф управе, председавајући Савета министара и главнокомандујући националних оружаних снага“, па у тим својствима има дугачак списак самосталних овлашћења (чл. 74. Устава). Осим што су одговорни парламенту, министри су непосредно одговорни и премијеру (чл. 76, ст. 2. Устава). Међутим, иако је Етиопија вишенационална федерација, савезни устав не садржи изречне одредбе о партиципацији представника држава чланица као таквих у оквиру оперативне егзекутиве, као што то чине устави неких других мултинационалнх федерација (на пример, Белгије, Швајцарске). Отуда следи да је за чланство у влади основна препорука стручност (*merit system*), што значи да федерално начело није примењено у устројству централног извршног органа у држави.

Имајући у виду све што је речено о учешћу етиопских држава чланица у обављању функција федерације, логично произлази закључак да је принцип партиципације „окрњен“, тј. примењен у недо-

[36] С обзиром на необичну поделу послова између домова, етиопски парламент је „пре случај уставне поделе рада него истински бикамерализам“, P. H. Brietzke, 28.

[37] „Он је једноставно фигура са ограниченом влашћу“, A. Jembere, 178. Погледати чл. 71. Устава.

вољној мери. Стога се можемо у потпуности сложити са професором Жембером који каже да је једна од највећих особености федерализма у Етиопији то што „он није заснован на адекватном уставом утврђеном представљању територијалних јединица у доношењу одлука централних власти".[38]

V

Федерално државно уређење представља државни оквир у којем је могуће помирити наизглед противречне тежње ка заједништву конститутивних ентитета, с једне, и њиховој аутономији, с друге стране. „Начело аутономије федералних јединица у федералној држави значи да федералне јединице имају своју федералним уставом утврђену надлежност и индивидуализован и посебан законодавни извршни и судски систем органа".[39] С циљем што ефикаснијег устројавања сопствених државних органа и прописивања на који ће се начин обављати надлежности, тј. ради што боље реализације њиховог права на самоорганизацију, у свету федерализма је уобичајено да се државама чланицама савезним уставом гарантује право на доношење сопствених устава.

Етиопске федералне јединице имају самостални уставотворни капацитет (чл. 52, ст. 2, тач. б) Устава). Федерални устав, при томе, не прописује стриктна правила којих се уставотворна власт у државама чланицама мора придржавати, већ се служи прилично неодређеним правним стандардима (на пример, да федералне јединице треба да успоставе „демократски поредак заснован на владавини права" и да „штите и бране федерални устав"). Поред права на прописивање сопственог правног поретка, државе чланице имају гарантоване надлежности, које додуше нису велике, премда је претпоставка надлежности формулисана у њихову корист. „Сходно чл. 52 (ст. 2), државе имају право да успоставе сопствене администрације, да доносе и извршавају сопствене законе, утврђују политике, стратегије и планове, управљају земљиштем, разрезују порезе и царине, доносе и извршавају законе који се односе на државне службе и да оснивају полицијске снаге и управљају њима".[40] Коначно, свих девет конститутивних јединица има и сопствене законодавне, извршне и судске органе,[41] па се са сигурношћу може казати да федералне јединице у Етиопији уживају висок степен аутономије.

---

[38] A. Jembere, 179.

[39] Р. Марковић, 453.

[40] T. Pätz, 140.

[41] A. Jembere, 178.

Поред тога, Устав (чл. 49) даје специјалан статус главном граду федерације – Адис Абеби, јер прописује да овај град има „потпуну самоуправу“, чије се појединости уређују законом. Највиши извршни орган Адис Абебе, Гувернер, се бира од стране градског Савета, због чега се овај град често сматра „десетим ентитетом етиопске федерације“. „Ипак, како је Гувернер одговоран и Савету и Првом министру (...), а градска управа одговара федералној влади (чл. 49, ст. 3 Устава), Адис Абеба има мању самосталност од држава чланица“.[42]

VI

Ради поштовања устава као акта највеће правне снаге у једној земљи, нарочито ако је она уређена као федерална држава, неопходно је да постоји институционализован систем оцене уставности закона и, евентуално, контроле уставности и законитости подзаконских прописа. Сматра се да је владавина права најбоље заједмчена када испитивање уставности нормативних аката врше редовни судови или посебни уставни судови, што се обично означава генусним појмом судска контрола уставности. Постојање уставносудске контроле, поред другог дома савезног парламента, представља најважнију карику у ланцу федералног државног уређења, јер је њеним установљавањем „у виду једног судског органа, стављена извесна брана неконтролисаном ширењу таласа централизма“,[43] на једној, као и претераном дејству центрифугалних сила, на другој страни.

Једна од највећих необичности у вези са федералним државним уређењем у Етиопији, а уједно и велико одступање од општеусвојених федералних стандарда, јесте одсуство уставносудске контроле.[44] Ипак, и поред одсуства судског органа за оцену уставности, ова савезна држава није остављена без „чувара федерације“, с обзиром да је таква улога поверена горњем дому савезног парламента. Наиме, „према коначној верзији текста Устава, уставни суд је сâм Дом федерације, помогнут од стране Савета за уставна питања“.[45] Горњи дом парламента је, као што је већ речено, надлежан за тумачење савезног устава (чл. 62, ст. 1. Устава), што у компаративним федералним системима углавном спада у делокруг врховног федералног суда (САД, Канада, Швајцарска, Аустралија) или посебног уставног суда (Аустрија, Немачка, Русија, Белгија). Уз то, другом дому федералног пар-

[42] T. Pätz, 140.

[43] М. Јовичић, 254.

[44] „У садашњој ситуацији, чак ни Савезни врховни суд нема право ни да разматра уставна питања, а камоли да доноси одлуке о њима“, A. Jembere, 191.

[45] P. H. Brietzke, 28.

ламента су поверене још неке функције које се налазе у најблискијој вези са интерпретирањем устава. То су, између осталог, оснивање Савета за уставна питања,[46] затим одлучивање о праву нација, националности и народа на самоопредељење (укључујући и право на отцепљење), као и могућност да „нареди федералну интервенцију у случају да нека држава, супротно овом (савезном, М.С.) уставу, угрози уставни поредак“ (чл. 62, ст. 2, 3 и 9 Устава). И то није све. Поред ове квази-уставносудске, Дом федерације има и квази-конфликтну надлежност, пошто је задужен да „налази решења за спорове и неспоразуме који се могу јавити између држава“ (чл. 62, ст. 6 Устава).

Но, питање је да ли је један орган са политичким саставом, чији чланови нису по струци правници, а у који је при томе улазе представници држава чланица, у стању да ваљано врши многобројне функције која су му додељене. Другим речима, могу ли посланици који су дужни да, с једне стране, спроводе политику партије којој припадају, а, с друге, воде рачуна о интересима федералне јединице чији су репрезенти, непристрасно и професионално обављају одговорну функцију тумача устава и да решавају конфликте између различитих политичко-територијалних субјеката? И све то поред многих разнородних надлежности које су стављене у делокруг овог „органа-сваштаре“... Уставна пракса која предстоји несумњиво ће дати одговор на постављено питање, али је врло вероватно да ће он бити негативан, поготово ако се има у виду недостатак демократске политичке културе у етиопском друштву. Такав став има и Жембер, који га недвосмислено (и иронично) изражава следећим речима: „Како је етиопским судовима ускраћено право да се ‘забављају’ уставним темама и да тумаче устав, било би наивно очекивати да ће федерализам функционисати ефектно и глатко под таквим аранжманом“.[47]

VII

Без обзира на наведене необичности које су уграђене у Устав Етиопије од 1994. године, највеће интересовање науке уставног права је несумњиво побудило изричито проглашење права етиопских народа на самоопредељење, које укључује и право на отцепљење.

Конституционализација сецесије, иначе, није сагласна са природом и циљевима федералне државе и представља обележје иманентно конфедерацији. Због тога је преовлађујуће мишљење у науци да је ово право неспојиво са истинским федералним уређењем, иако

[46] Овај орган има искључиво саветодавну функцију, тј. „Дом федерације није ограничен саветодавним мишљењем Савета за уставна питања“, T. Pätz, 139.

[47] A. Jembere, 193.

му се не може оспорити демократски карактер. Од старијих писаца, добру аргументацију у прилог таквог става су изнели Роналд Вотс и Кенет Вер, а од новијих Кас Санстејн.[48] Према Санстејновом мишљењу, циљ постојања модерне државе јесте промовисање демократије која подразумева компромисе, сарадњу и разумевање, а томе ни на који начин не би допринело постојање права на сецесију. Напротив, оно би према речима овог аутора само довело до повећања политичке нестабилности и нетолеранције у друштву.[49] Међутим, у литератури се у вези са конституционализацијом сецесије могу прочитати и дијаметрално супротна мишљења, чији заговорници нуде подједнако уверљива образложења. Тако Вејн Норман сматра да је мудро и политички опортуно уставом признати право на сецесију, јер се на тај начин прецизира и сâм поступак за остварење тога права. Процедура за реализацију права на отцепљење, при томе, треба да буде уобличена тако да делује обесхрабрујуће за сепаратисте.[50] С друге стране, Данијел Вејнсток се у оправдавању конституционализације сецесије служи интересантним поређењем, јер поистовећује забрану отцепљења са забраном проституције и лаких дрога. Он сматра да је такве, непожељне друштвене појаве боље легализовати и држати под контролом, јер ће они који желе да остваре прокламована права бити принуђени поштују компликовану процедуру која ће их одбити од њихове реализације у пракси.[51]

Дакле, мада делује да је наука подељена поводом питања проглашења права на отцепљење у савезном уставу, и заговорници и опоненти проглашења тог права теже постигнућу истог циља, а то је очување територијалне целовитости федералне државе. Разлика је једино у начину на који се тај циљ постиже – док једни сматрају да је боље енергично негирати право на отцепљење, други тврде да конституционализација сецесије по компликованом поступку управо треба да служи спречавању практичног остварења тог уставом проглашеног права.

Право на самоопредељење, које укључује и право на отцепљење прокламује чл. 39 Устава Етиопије. Међутим, интересантно је да титулари овог права нису федералне јединице као такве, већ етиопске „нације, националности и народи“, што значи да оно припада и

[48] Опширније о овим ставовима: R. Watts, *New Federations*, Oxford 1966, 309–310; K. C. Wheare, 90–91; C. Sunstein, „Constitutionalism and Secession“, *University of Chicago Law Review* 58/1991, 634.

[49] C. Sunstein, 634.

[50] W. Norman, „Secession and (Constitutional) Democracy“, *Centre for Applied Ethics*. University of British Columbia, 2000, 6.

[51] D. Weinstock, „Toward a Proceduralist Theory of Secession“, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, July 2000, 261–262.

мањинским племенским заједницама.[52] Поступак за иступање из федерације (чл. 39, ст. 4 Устава) је сложен и одвија се у неколико фаза. Прва етапа подразумева да законодавно тело (*Council*) етничке заједнице која жели отцепљење донесе такву одлуку двотрећинском већином гласова свих чланова.[53] Након тога, федерална влада организује референдум у року од три године од тренутка пријема одлуке парламента нације, националности или народа. Ако већина гласача на референдуму подржи сецесију, федералне власти преносе своје надлежности на парламент отцепљене етничке групе. Последњи корак у поступку за иступање из савеза представља подела имовине, која се врши на начин прописан федералним законом.

Изгледа донекле невероватно да је савезни устав оставио једну огромну празнину приликом прописивања овог поступка, јер није одговорио на питање да ли на евентуалном референдуму право гласа имају само припадници етничке групе која захтева отцепљење или сви становници Етиопије.[54] Тек након решавања ове недоумице може се дати коначна оцена „тежине" поступка за отцепљење, с обзиром да би сецесија у случају да треба да је подрже сви становници федерације била фактички неизводљива. Чл. 47 Устава, који прописује веома сличан поступак, али за случај формирања нове федералне јединице у Етиопији, изричито прописује да се референдум у том случају одржава само у оквиру нације, националности или народа који желе формирање сопствене државе чланице. Но, питање је да ли између чл. 39 и 47 Устава треба применити аналогију или *argumentum a contrario* (разлог супротности)? Делује нам реалније овај други вид тумачења, јер претпостављамо да би уставотворац у супротном експлицитно нагласио да се ради само о етничкој групи која жели отцепљење, као што је уосталом и учинио приликом дефинисања поступка за формирање нове федералне јединице.[55] Ако се усвоји таква интерпретација (помоћу разлога супротности), произлази да сецесија у Етиопији не може бити једнострана, већ је мора подржавати већи-

[52] Појам „нација, националности и народа" је дефинисан у Уставу, додуше врло конфузно и непрецизно. Чл. 39, ст. 5 Устава прописује да „под 'нацијом, националношћу или народом' овај устав подразумева групу људи која има или дели у великој мери заједничку културу или сличне обичаје, међусобно разумљив језик, веру у заједнички или сродан идентитет, заједнички психолошки склоп и која насељава у великој мери ограничену територију, која се може идентификовати".

[53] Овај „Савет" је орган који представља одређену националну групу у процесу преговарања, иако Устав не одређује основна организациона питања у вези с њим (начин формирања, избора чланова...).

[54] Још је чудније што одговор на ово питање не нуде ни аутори који су писали о етиопском федерализму, T. Pätz, 141–142.

[55] У теорији постоје и другачија тумачења. Погледати, Д. Симовић, *Канадски федерализам,* Београд 2005, 138–139 (необјављена магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду).

на грађана на подручју целе федерације. То значи да је готово немогуће да у будућности до отцепљења дође, барем не по овом поступку. Разуме се, питање сецесије је у пракси увек више политичко него правно (најбољи доказ за то, уосталом, пружа управо сецесија Еритреје). Међутим, чињеница је да сама процедура за отцепљење прописана етиопским уставом од 1994. у потпуности испуњава кључни услов који захтевају аутори заговорници конституционализације овог права – поступак делује потпуно обесхрабрујуће на сепаратисте. Другим речима, механизам за отцепљење предвиђен савезним уставом налази се у служби очувања територијалног интегритета државе, а никако њеног распарчавања.

VIII

Непуну деценију и по након инаугурисања федералног уређења Етиопија је окупирана великим друштвеним проблемима. Али, основни проблем за Етиопију је што „у својој дугој историји, држава никада није имала ни демократски политички поредак нити административну културу“.[56] Њен политички систем је донедавно био у великој кризи, јер није постојао консензус политичких елита ни око најосновнијих државних питања, као што је политички режим – док су једни желели продубљивање либерално-демократских институција, други су заговарали повратак марксистичко-љењинистичкој прошлости. Ипак, после 2001. године ствари су почеле да се померају са мртве тачке, јер су партијски врхови почели да преговарају, демонстрирајући постепено стварање какве-такве политичке зрелости. То је резултирало споразумима федералне владе и влада држава чланица о важним државним питањима (уставне надлежности, расподела прихода, регионални развој, културна и језичка питања), као и стварањем атмосфере „јединства у различитости“. Разуме се, многи су проблеми још увек нерешени, а њихово решавање додатно отежава велико сиромаштво које влада у држави.

Но, без обзира на наведене друштвене у политичке проблеме, са нормативне тачке гледишта се може казати да је Етиопија, у најмању руку, необична федерација – смеша унитаристичких, федералних, али и конфедералних правних института.[57] Слаба примена начела партиципације и непостојање судске контроле уставности у вели-

[56] T. Pätz, 143.

[57] „Због тога ће бити тешко класификовати постојећи институционални аранжман као чисто федералан“, A. Jembere, 181. Исти аутор на другом месту саркастично констатује да „изгледа да садашњи државни аранжман прати социјалистичку теорију ‘поделе рада’, пре него теорију поделе државне власти на три гране: законодавну, извршну и судску“, A. Jembere, 192.

који мери приближавају етиопско државно уређење теоријском моделу децентрализоване унитарне државе, док је, с друге стране, конституционализација сецесије и неуобичајено чврст поступак за ревизију Устава „гурају“ у другу крајност, чинећи је сличном савезу независних држава. Ипак, већини етиопских уставних институција се не може оспорити федерални карактер, па се ова држава може окарактерисати као савезна по критетијуму претежности. Међутим, тек нешто више од једне деценије федералног искуства је недовољно да би се са сигурношћу могло утврдити да ли је тај облик државног уређења адекватно решење за конкретно друштво, односно да ли је правилно одмерен степен примене федералног начела. Али, чак ни етиопски аутори нису велики оптимисти, па жалосно констатују да „постојећи институционални аранжман није најбољи“.[58] Поред тога, „федерализам захтева политичку зрелост која подразумева изградњу свести грађана, који треба да схвате да имају интерес у удруживању у облику заједничког приступа проблемима федерализма“.[59] Тешко је поверовати да ће Етиопљани у скорој будућности достићи тај ниво зрелости. По свему судећи, „уставне буре“ тек предстоје овој младој афричкој федерацији и питање је да ли ће их она с успехом пребродити.

Marko Stanković, LLM

Assistant Lecturer,
University of Belgrade Faculty of Law

FEDERALISM IN AFRICA: THE CASE OF ETHIOPIA

Summary

Federal government is the most prevalent pattern of the vertical distribution of powers in the world. It may also serve as an efficient instrument for settling down the problems of multicultural societies. „The second attempt“ of the federalization of Ethiopia was provoked mainly by the multiethnicity and multilinguality of the population, which usually calls for specific institutional solutions.

From the normative stance, the Ethiopian state is an uncommon federation. It combines some of the unitary, federal and confederal legal institutions. On one side, the inadequate application of the participation

[58] A. Jembere, 181.

[59] T. Pätz, 143.

principle, and the absence of judicial review depict Ethiopia as a decentralized unitary state. On the other hand, the constitutionalization of secession, and the unusually rigid procedure for constitutional change come out as the pure confederal elements in the Ethiopian constitutional mechanism. It is difficult, therefore, to classify Ethiopian institutional arrangement as completely federal in its structure and distribution of powers; and even the Ethiopian authors disapprove of it. The experience will show if such an odd form of federal government was proper frame for the democratization of the Ethiopian society and for the establishment of the rule of law. However, there is no doubt that the young African federation will face many „constitutional storms“ in the future.

Key words: *Federalism. – Federal constitution. – Distribution of powers. – Secession. – Multiethnicity.*

УДК 343.2.01:343.61 ; 340.15(38)

Сања Глигић

асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду

ДА ЛИ ЈЕ ДОЗВОЉЕНО УБИТИ?

У Атини се од VII века пре н. е. дозвољавало убиство у одређеним случајевима. До данашњих дана је сачувано мало непосредних извора који би показали како се овај институт примењивао у пракси, али издваја се један Лисијин говор. Еуфилетос је оптужен за убиство чувеног заводника Ератостена, кога је ухватио на делу са својом женом. Одбрана му је заснована на цитирању закона, који су представљали доказно средство у атинском судском поступку, с обзиром на то да поротници – лаици нису морали познавати законске норме. Један од цитираних закона у овом говору истиче разлику у кажњавању силовања и прељубе, из чега јасно произилази да је убиство прељубника затеченог на делу било дозвољено, док то није био случај код кривичног дела силовања. Аутор покушава да објасни могуће разлоге због чега се у Атини силовање кажњавало новчаном казном, блаже него прељуба.

Кључне речи: *Античко атинско право.– Дозвољено убиство. – Закон. – Прељуба. – Силовање.*

За разлику од модерног права у коме прељуба може да се наведе само као бракоразводни узрок, атинско кривично право је од VII века пре н. е. кажњавало прељубу (*moicheia*) између мушкарца и удате жене. Санкција је могла бити смртна казна у облику самопомоћи, која се у оквиру законске регулативе дозвољавала.[1] Другим речима, муж је имао право да убије љубавника своје жене, што је представљало пример специфичниог правног института – дозвољеног убиства (*dikaios phonos*).

Атинско право је познавало и друге случајеве дозвољеног убиства. На спортским такмичењима, као што је атлетско такмичење у бацању копља, такмичар који је случајно убио свог противника није био кажњен.[2] Исто је важило и за борца, који у рату убије не-

[1] Demosthenes 23.53, *The Speeches* (translated by D. M. MacDowell), Austin 2004.

[2] Antiphon, 3. 1. 2.

пријатеља. Смрт пацијента при адекватном третману од стране доктора оправдавала се и лекар за то није одговарао.[3] Ослобођен одговорности био је и онај ко успе да докаже да га је жртва напала, а он је убио да би се одбранио.[4] Дозвољено је било убити онога ко напада из заседе, разбојника или лопова ухваћеног да краде ноћу. Ослобођење од казне у случају убиства имао је и онај ко убије прогнаног за убиство, који се пре истека времена на које је прогнан вратио у Атину, као и све оне који подривају демократско уређење и покушавају да успоставе тиранију.[5]

Уколико убица не пориче да је извршио убиство у таквим специфичним околностима, посебан судски орган је процењивао да ли су били испуњени услови за дозвољено убиство.[6] У том случају би ефети судили пред судом у Делфинијуму и одлучивали да ли се околности под којима је убиство извршено заиста могу сматрати дозвољеним.[7] Када би била изречена ослобађајућа пресуда, убица је одмах одлазио на слободу.

Већи број аутора се бавио овим занимљивим институтом. И поред неких недоумица, већина се слаже да је несумњив пример дозвољеног убиства случај који је нам је познат захваљујући једном атинском логографу – професионалном писцу судских говора за странку која га наручи.[8] Овај случај се јавља у беседи *О убиству Ератостена*, који је познати атински беседник и логограф Лисија саставио за своју странку – убицу, око 403–2. године пре н. е.[9]

Еуфилетос је оптужен за убиство чувеног заводника Ератостена, кога је ухватио у прељуби са својом женом *in flagranti*.[10] О постојању везе Ератостена и његове жене га је обавестила бивша Ера-

---

[3] Antiphon, 4c. 5.

[4] Аристотел, *Устав атенски*, 57.3.

[5] IG I² 104, 37–38, *Drakon's Law of Homicide* (translated by R. Stroud), Berkley 1968.

[6] D. MacDowell, *Athenian Homicide Law in the Age of the Orators*, Manchester 1963, 70–71.

[7] Више о саставу судија-ефета који су заседали у овом суду, в. P. J. A Rhodes, *Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford 1981, 646–648.

[8] Постоји још неколико говора о којима се полемише да ли случајеви који се ту јављају спадају у дозвољено убиство (нарочито случајеви који се помињу у другој и трећој *Тетралогији* познатог атинског логографа Антифонта), в. M. Gagarin, *Antiphon the Athenian*, Austin 2002, 119–130.

[9] E. Carawan, *Rhetoric and the Law of Draco*, Oxford 1998, 284.

[10] Заводник Ератостен носи исто име као један од тридесеторице тирана, који је за време преврата у Атини (404. пре н. е.) убио Лисијиног брата Полемарха. О њему Лисија пише у свом 12 говору (Против Ератостена), али је врло симптоматично што се тај назив спомиње и у овом говору. О овоме видети више: H. C. Avery, „Was Eratosthenes The Oligarch Eratosthenes The Adulterer?“, *Hermes* 119/1991, 380–384.

тостенова љубавница, али Еуфилет њу само дискретно помиње, не желећи да открије њен идентитет. Читаву причу је под тортуром потврдила женина робиња, преко које су прељубници размењивали поруке. Кобне вечери домаћин је вечерао са својим пријатељем. Када је пријатеља испратио, роб га је обавестио о присуству Ератостена у женској соби у приземљу. Ово само по себи није морало бити чудно, јер је жена проводила време у приземном делу куће, због бебе, док је Еуфилетос спавао на спрату.[11] Ипак, чим је то чуо, Еуфилетос је отишао до комшија да прибави сведоке, који ће моћи да потврде евентуалну прељубу. Овај потез је био кључан, с обзиром да се из говора може закључити да га супротна страна оптужује за умишљајно убиство, тј. да је плански довео сведоке како би убиство Ератостена приказао као дозвољено. Он ни на једном месту у говору директно не одговара на ту оптужбу, већ само истиче: „Ја морам да докажем да је Ератостен завео и преварио моју жену, осрамотио моју децу и увредио мене тиме што се ушуњао у моју кућу. Због тога ја немам других мотива, нисам га убио да би се обогатио, него да бих се осветио у складу са законом".[12]

На основу ове изјаве поротници су стекли уверење да убица не пориче да је извршио убиство, што је био услов за даље вођење поступка за дозвољено убиство. Он у говору доказује кривицу жртве, што оправдава убиство и његово квалификовање као дозвољено, више пута наглашавајући да притом није имао прикривених мотива. Убиство је извршено у присуству комшија и робова: „Оборио сам га ударцем, везао му руке на леђа и питао зашто ме је вређао тиме што је дошао у моју кућу. Он је признао кривицу, почео да ме преклиње да га не убијем и понудио да се новчано откупи. Ја сам му одговорио: „Нисам ја тај који ће те убити, него закон полиса који си ти прекршио, зато што си мислио да је он мање битан од твојих задовољстава".[13]

Овакво објашњење које је понудио Еуфилетос, према коме Ератостена убија сâм закон, а не убица, које указује на преживљавање древног концепта дозвољеног убиства, изазвало је полемику међу ауторима о начину санкционисања дозвољеног убиства у класичној Атини. Коен (*Cohen*) сматра да се тада већ променила политика кажњавања за прељубу: за разлику од архајског периода у коме је доминирала смртна казна, у класично доба преовладава новчана

[11] Овај говор је био један од значајнијих и за реконструкцију архитектуре тадашњих кућа у Атини, в. више, G. Morgan, „Euphiletos' House: Lysias 1", *TAPhA* 112/1982, 115–123.

[12] Lysias, 1.4, *Trials From Classical Athens* (translated by C. Carey), London 1997.

[13] Lysias, 1.25–26.

казна.[14] С друге стране, Караван (*Carawan*) истиче да се новчана надокнада у случају дозвољеног убиства коси са Драконовим концептом убиства, које је имало ретрибутивни карактер.[15] Другим речима, овакво убиство није проналазило своје оправдање у заштити интереса друштва и породице, него је извршавано зато што га је жртва изазвала. У класично доба евидентно је постојао обичај да прељубник понуди имовинску компензацију уместо да буде убијен, што је учинио и Ератостен у овом случају.[16] Међутим, у случају прељубе закон је и у класично доба још увек јасно дозвољавао убиство.[17] Због тога позивање на околност да Ератостена убија закон (полис), а не Еуфилет, не мора представљати анахронизам, имајући у виду Лисијину ауторску слободу у погледу формулисања одбране, на начин који ће изазвати најбољи реторски ефекат.

У говору Еуфилетос цитира закон: „Човек неће бити осуђен за убиство, ако је убио прељубника кога је затекао са својом женом". Али, притом не говори да ли убиство мора бити извршено на мах, под утицајем беса и психолошког набоја или и нешто касније, и колико касније.[18] Тод (*Todd*) сматра да се, и поред тога што овако описано убиство у закону не прецизира тако важан елемент за његово квалификовање, једино се убиство прељубника када се он затекне *in flagranti* могло сматрати дозвољеним.[19] Наравно, дилеме изазива и формулација „затекао", јер није јасно до ког степена интимности је морало доћи, да би убиство прељубника било дозвољено. Патријар-

[14] D. Cohen, *Law, Sexuality and Society: The Enforcement of Morals in Classical Athens*, Cambridge 1991, 110–122.

[15] E. Carawan, 289; Строуд (*Stroud*) истиче да се ретрибутивна политика Драконовог законодавства врло брзо претворила у превентивну за време Солона, в. више: R. Stroud, *Drakonian's Law on Homicide*, Berkeley 1968, 78.

[16] Овакву понуду смо могли да уочимо и у самом говору (Lysias, 1. 26.), али и у другим говорима (Demosthenes, 59. 66), а предвиђени су и други начини на које је преварени муж могао да реагује, а пре свега да се иживљава на прељубнику, уместо да га убије (да га изведе голог на Агору, да га пред људима понижава на разне начине, да га чупа за косу), в. више, Аристофан, *Облаци* 1079–80, Комедије, (превео М. Ђурић), Београд 1963; K. Kapparis, „Humiliating the Adultere: The Law and Practise in Classical Athens", *RIDA* 43/1996, 63–77.

[17] Потврду за ово можемо пронаћи и у другим изворима, в. Платон, *Закони* 874c, (превео А. Вихлар), Београд 1990; Ксенофонт, *Успомене о Сократу* 2.1.5 (превео М. Ђурић), Београд 1964; Исеј 8. 44, в. С. Аврамовић, *Исејево судско беседништво и атинско право*, Београд 2005, 239.

[18] Lysias, 1. 30.

[19] У складу са тим он прељубнике сврстава у специфичну врсту извршилаца кривичних дела – *kakourgoi* (углавном оних који су извршили кривична дела против имовине), в. S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993, 276. Против њих се водио посебан, скраћени поступак *apagoge*, пред Судом једанаесторице. Пре почетка поступка извршиоци ових кривичних дела су били затварани. В. више, Аристотел, *Устав атенски*, 52. 1. (превео Н. Мајнарић), Загреб 1948.

хално атинско друштво је забрањивало сваки контакт између непознатих мушкараца и жена, а жене су живеле у одвојеним просторијама у кући, како се не би сусретале са другим мушкарцима – посетиоцима. Због тога је већ само присуство мушкарца насамо са туђом женом рађало сумњу да се прељуба може десити или се већ десила.

Случај убиства Ератостена водио се против Еуфилетоса пред судом у Делфинијуму, на основу тужбе за убиство – *dike phonou*, коју су покренули Ератостенови рођаци. Јер, Еуфилетос је оног момента када је сазнао за прељубу имао и друге могућности: могао је покренути тужбу *graphe* против прељубника, затворити га код себе у кућу и тражити откуп, физички и психички га малтретирати или убити, што је све такође било предвиђено атинским правом. Он је изабрао најдрастичнију могућност. Али, и та могућност је легитимна, па због тога писац судског говора за Еуфилетоса, логограф Лисија, инсистира на цитирању оног дела закона који предвиђа право на убиство, поготово с обзиром да је цитирање закона било једно од доказних средстава у атинском судском поступку. Ипак, од пороте је зависило колико ће тај доказ вредновати. Због тога Еуфилетос и завршава своју одбрану враћањем на закон и његову примену, јер ту види опасност: „Сви знају да се примена овог закона може избећи, али ви сте ти који гласате. Ако гласате праведно, неће постојати бојазан за опстанак овог закона“.[20] Другим речима, атински концепт одбране базиран само на слову закона није нужно био и јака одбрана, поготово у овом случају јер је, како указују и неки аутори, у класично доба вероватно већ преовладала свест да се код прељубе не мора стриктно придржавати старог закона који дозвољава убиство, већ се могу примењивати друге предвиђене санкције.

Аристотел цитирање закона убраја у такозвана атехничка доказна средства.[21] Судије – поротници су били лаици и ако су стране у спору заинтересоване да се примени закон на њихов случај, морале су да га цитирају, јер у атинском праву не важи правило *iura novit curia*. То, наравно, није аутоматски значило да ће се конкретни закон и применити на њихов случај, јер су поротници често одлучивали на основу укупног утиска који оставе странке у спору, а не чврстом применом материјалног права. Поред закона, на располагању су била и друга доказна средства (сведоци, писане исправе, тортура и заклетва). Порота је једино на основу уверљивости свих доказа у целини одлучивала о пресуди, тако да ни један доказ сам по себи, па ни цитирање закона, није морао имати већу пробативну вредност. Законски прописи су често у атинској судници представљали само један од оријентира за доношење пресуде, а не и кључни аргумент у корист

[20] Lysias, 1. 36.

[21] Аристотел, *Реторика* 1.2.2. (превео М. Вишић), Београд 1989.

онога ко га цитира. То у овом случају врло снажно долази до изражаја.

Једна од важних контроверзи коју подстиче овај говор је везана за питање да ли се и убиство силователља могло сматрати дозвољеним убиством? Еуфилетос каже: „Вероватно знате, судије, да је прописано да свако ко насилно осрамоти слободног човека или дечака има обавезу да двоструко надокнади штету. Уколико то чини жени, у оним случајевима у којима је дозвољено убити, може бити кажњен на исти тај начин. Из овога следи да они који користе силу заслужују блажу казу од оних што заводе. Последњи ће платити главом, док ће они претходни проћи само са новчаном надокнадом“.[22]

Одатле се јасно изводи да је тужба за надокнаду материјалне штете због примене силе (*dike biaion)* једина била на располагању када би поступак желела да покрене жртва силовања (уколико је у питању одрастао мушкарац) или *kyrios* силоване особе (уколико се радило о жени или малолетном дечаку).[23] Писци су једногласни, и то не само на основу овог извора, да силовање није повлачило могућност дозвољеног убиства, али остаје отворено питање разликовања прељубе и силовања.[24] Уколико је очигледно физичко насиље у моменту када муж затекне своју жену са другим мушкарцем, силовање није спорно. Међутим, ако се ради само о претњи, није увек било лако разликовати силовање од прељубе.[25] Осим тога, грчка митологија чува трагове обичаја према коме је и у случају силовања убиство било дозвољено,[26] мада је закон у Демостеново време јасно искључивао такву могућност.[27]

---

[22] Lysias, 1. 32.

[23] A. R. W Harrison, *The Law of Athens II*, Oxford 1968, 58.

[24] C. Carey, „Rape and Adultery in Athenian Law“, *CQ* 45/1995, 407–417; M. E Harris, „Did the Athenians Regard Seduction as a Worse Crime Than Rape?“ *CQ* 40/1990, 370–377.

[25] Има аутора, који су се чак бавили и питањем позе у којој се прељубници могу наћи. В. више, Harris, 372; U. E. Paoli, „Il reato di adulterio in diritto attico“, *SDHI* 16/1950, 254. Да се тема не би превише ширила истичемо опис који износи Еуфилет у самом говору (Lysias, 1. 24): „Ми, који смо први ушли у собу, видели смо га како лежи поред моје жене, док су они, који су пристигли касније, видели како стоји го поред кревета“.

[26] Мит о Аресовом суђењу сведочи о схватању како се силовање кажњава у најстаријем, неписаном праву. Наиме, Арес је ухватио Халиротуса како му силује ћерку и убио га. Када га је Халиротусов отац Посејдон тужио, суд га је ослободио, в. Dinarchus 1. 86.

[27] Demosthenes, 23. 53–4: „Уколико неко убије без намере разбојника на путу, противника у рату или онога кога затекне са својом женом, сестром, ћерком или конкубином, која је заштићена зато што му је родила слободну децу, неће бити протеран.“

Кол (Co*l*e) предлаже да се цитирани закон у овом говору назове *nomos moicheia* (закон о прељуби), са намером да истакне колико је прељуба била значајнија и другачије регулисана од силовања.[28] Додуше, у случају прељубе је постојала и могућност да се, уместо дозвољеног убиства, подигне тужба против прељубника (*graphe moicheias*), уколико муж одлучи да га поштеди.[29] Аутори нису сигурни која санкција се примењивала након окончаног спора по овој тужби, али је вероватно да су саме стране у спору могле да је предложе, како је то било уобичајено и у другим случајевима у којима санкција није утврђена унапред, него свака странка предлаже санкцију коју сматра одговарајућом (*agones timetoi*).[30]

Објашњење за повољнији третман онога ко изврши кривично дело силовања у односу на онога ко изврши прељубу, нуди Еуфилетос: „Верујем да оне који то чине на силу, њихове жртве мрзе; док они који заводе, толико искваре женин ум, да оне почињу да утичу на друге жене, тако да су тада оданије својим љубавницима него мужевима. Тада је читава околина под њиховим утицајем и више нико није сигуран да ли су деца коју рађају мужевљева или прељубникова. Зато је законодавац прописао смртну казну за њих".[31] Кључне су две идеје: 1) силователь узурпира само тело жене, док прељубник утиче и на њен ум; 2) постојање везе између љубавника у континуитету отежава утврђивање очинства. Обе доводе у питање мужевљеву част, али друга има и практичне последице, поготово у домену наследног права.

Како је Атињанима *oikos eremos* (угашена породична лоза)[32] била најгора клетва која је могла да их погоди, чак и мали наговештај сумње у женину верност је био довољан разлог за убиство. Уколико су са сигурношћу желели да гаје своју сопствену децу, морали су да спрече приступ других мушкараца њиховим женама. Очинство утиче на наслеђивање, које је подразумева и вршење религијских обреда. Мора се поштовати култ предака, а то могу само крвни сродници. Схватање прељубе на овај начин утиче и на заштиту епиклере (тзв. ћерке – наследнице, која нема браће), јер њу у Атини венчава и раз-

[28] S. G. Cole, „Greek Sanctionis against Sexual Assault", *CP* 79/1984, 105–107.

[29] За разлику од дозвољеног убиства где се користила приватна тужба *dike phonou*, овде је у употреби била јавна тужба (*graphe*), Аристотел, *Устав атенски*, 59. 3.

[30] Наравно, на крају спора примењивала се она санкција коју је предложила странка која је победила. О овоме в. више, G. Thür, „Смртна казна за убиство у античкој Грчкој", *Анали Правног факултета у Београду* 3/1988, 213; A. R. W. Harrison, *The Law of Athens I*, Oxford 1968, 35.

[31] Lysias, 1. 33.

[32] Ово је мало слободнији превод, дословни би био „напуштена породица", в. N. G. Liddel, R. A. Scott, *A Greek–English Lexicon*, Oxford 2004.

води архонт, док се удаја ћерке која нема тај статус реализовала кроз приватноправни уговор.[33] Овим се показује и директна брига државе за *oikos*. Додатне проблеме стварало је и питање грађанства, нарочито ако се узме у обзир да је популација странаца – метека нарасла крајем архајског и почетком класичног периода.[34]

Уколико је силована удата жена, муж је следећих месец дана (док се не утврди да ли је трудна) избегавао сексуалне односе са њом.[35] С друге стране, веза која је постојала у дужем или краћем временском периоду између жене и прељубника рађала је потпуну несигурност приликом утврђивања очинства, па је из тих разлога прељуба била друштвено опасније дело. Нема података који би потврђивали да је силована жена бивала на било који начин одбачена од стране мужа и друштва. За разлику од ње, прељубници је било забрањено да посећује религиозне светковине. Ако се усуди да прекрши ову забрану, прељубницу је свако могао да претуче. Такође, није смела да носи накит.[36] С обзиром на то да је у Атини религија вероватно једина област живота којој је жена могла да се посвети без одобрења или надгледања од стране мужа, забрана присуства светковинама је била врло тешка санкција. Могло би се рећи да је она за жену представљала оно што је атимија (губитак часних права) значила за мушкарца.[37]

Разликовање у кажњавању прељубе и силовања није било заступљено у неким другим грчким полисима. У Гортинском законику, најстаријем сачуваном зборнику права из V века пре н. е., који потиче са Крита, силовање и прељуба су се новчано кажњавали.[38] У зависности од друштвеног статуса жртве разликовале су се и новчане казне. Најбоље су били заштићени слободни људи (припадници хетајрије) са сто статера, било да се ради о силовању или прељуби. Разлика се огледа и у томе што су у случају силовања били „заштићени“ и мушкарци и жене, а у случају прељубе „жртва“ је могла бити

[33] О установи ћерке – наследнице у грчком праву в. више С. Аврамовић, „Епиклера, кадестаи и епибалонти – спорне установе раногрчког гортинског права“, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1979, 475–489.

[34] Перилкле је 451. године пре н.е. установио Закон по коме је дете постајало грађанин Атине само ако су му оба родитеља атински грађани, што значи да ако се установи да је отац (љубавник/силоватељ) странац, дете неће стећи статус Атињанина.

[35] A. Wolpert, „Lysias 1 and the Politics of the *oikos*“, *CJ* 96/2001, 415–424.

[36] Demosthenes, 59. 87.

[37] Према неким изворима, мушкарац је под претњом атимије требало да се разведе од жене – прељубнице, в. више R. VerSteeg, *Law in the Ancient World*, Carolina Academic Press 2002, 235.

[38] С. Аврамовић, *Рано грчко право и Гортински законик*, Београд 1977, 201–205.

само жена.[39] Но, износ композиционе казне био је исти. Али, док је у Гортини у време доношења Законика приватна својина на непокретностима тек хватала замах, у Атини је она увелико била развијена, па је и опасност од тога да је може наследити дете друге крви, добијено са прељубником, била већа.

Прељуба се свакако наводи само *exempli gratia* међу случајевима дозвољеног убиства. Колико год је самопомоћ била присутна у атинском праву (хапшење под одређеним условима у поступку *apagoge*, други случајеви дозвољеног убиства, пленидба имовине уколико оптужени не надокнади штету у предвиђеном року), једино су случајеви прељубе (*moicheia*) пружали могућност физичког и психичког малтретирања прељубника. Овакву заштиту жртва силовања није могла да добије, али се драстична разлика у кажњавању ублажавала тиме што је у класичном периоду вероватно био доминантнији откуп у случају прељубе.

Наиме, један број аутора, међу којима је најистакнутији Паоли (*Paoli*), сматрају да је кроз делатност архоната временом дошло до промене у третману дозвољеног убиства. С обзиром на то да је дозвољено убиство често доводило до претеране самопомоћи, постепено се потискивала ова врста убиства (изузев дозвољеног убиства у сопственој кући у случају прељубе). Према његовом схватању, онај ко ухвати убицу у случајевима који су раније третирани као дозвољени, морао је да га доведе пред тесмотете, који би спроводили процедуру *apagoge*,[40] тако да се тзв. дозвољено убиство практично изједначило са другим врстама убиства. Нажалост, осим претпоставке, Паоли ни на једном месту не пружа доказе који би потврдили овакву тврдњу.

За разлику од Паолијевог мишљења, већина аутора се слаже да је у Атини, практично све време док је постојала као самосталан полис, било дозвољено убити у наведеним околностима**.** Оволики број случајева дозвољеног убиства је свакако непримерен за модерне погледе на убиство. Чак и ако би покушали да подведемо поједине примере у оквире позитивних одредаба међународног ратног права или института нужне одбране, паралела не би могла да се повуче.

Међутим, Атина је у IV и V пре н. е. традиционално дозвољавала убиство прељубника у оквиру института самопомоћи. Било је потпуно природно да човек коме су украли имовину или жену моментално употреби силу и убије лопова, уместо да га приведе неком вишем, државном, ауторитету ради суђења. Бесан муж је у највећем броју случајева сам спроводио правду, не чекајући ни новчану надо-

[39] Из Еуфилетових речи смо могли да закључимо да су и у Атини жртве силовања могли бити и мушкарци и жене, в. Lysias, 1. 32.

[40] U. E Paoli, „Studi sul processo attico“, *RIDA* 1/1948, 158–160.

кнаду, ни покретање судског поступка. Овај реликт примитивног права објашњава се тиме што су у скупштини и судовима седели мушкарци који су желели да заштите власт над својим женама и децом. Ниједан прељубник није имао право да то доведе у питање. Дакле, било је дозвољено убити, али је испитивање околности дозвољеног убиства пред судом у Делфинијуму био облик учешћа полиса, који није дозвољавао да се у овим случајевима персонала егзекуција злоупотреби. Уколико би се након окончаног поступка доказало да је убиство било дозвољено следила би објава у Делфинијуму, суду страхопоштовања, који је Демостен с разлогом описивао као највећу светињу међу судовима који су судили за убиства. На овај начин атинско друштво је успевало да у највећој могућој мери спречи злоупотребу дозвољеног убиства.

Sanja Gligić

Teaching Assistant,
University of Belgrade Faculty of Law

PERMISSIBLE KILLING IN ATHENIAN DEMOCRACY

Summary

There were circumstances under which it was permissible to kill another human being in the ancient Athenian democracy. Moreover, the killing itself was governed by a number of statutes. As citations to, and exegesis of, the applicable statutes had a role of means of evidence in the Athenian litigation; the speeches of the Attic orators contained numerous citations of individual statutes. As a result, some of these statutes survived until today as fractions of the preserved oratorical pieces – such as the Speech against Eratosthenes, coming under a name of Lysias.

Though the laws cited in this piece of Lysias' oratory may not resolve numerous dilemmas regarding the notion of permissible killing, these laws clearly show that adultery stood for a more serious crime than rape. The husband, or the closest blood relative of the adulteress, was permitted to kill her lover on the spot, while it was forbidden to kill the rapist. In Athens, rape was sanctioned only compositionally, *i.e* through money compensation. In other Greek city-states, the victims of adultery or rape were granted only the right to monetary compensation.

Key words: *Ancient Athenian Law.– Justified killing*. – *Statute*. – *Adultery*. – *Rape*.

УДК 347.725.04(4)

Др Весна Бесаровић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРЕУЗИМАЊЕ ОТВОРЕНИХ АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

У погледу отворених акционарких друштава поступак стицања капитала од стране понуђача мора бити адекватно правно регулисан како би се заштитила права акционара, а посебно мањинских акционара, као и због поштовања прописа из области конкуренције. Основна опасност код преузимања лежи у поремећају тржишне равнотеже између конкурената, у стварању монопола и могућем угрожавању слободне конкуренције. Преузимање отворених акционарских друштава је као правни институт у правном простору Републике Србије регулисано Законом о заштити конкуренције и Законом о преузимању акционарских друштава, као lex specialis-ом. Да би се обезбедило остваривање позитивних ефеката, поступак преузимања мора да обезбеди заштиту мањинских акционара, функционисање финансијског тржишта, постојање тржишне конкурентности уз очување атрактивности преузимања за стране инвеститоре. При томе се законски прописи Републике Србије усклађују са правом Европске уније, посебно са садржајем одредби Директиве о јавним понудама за преузимање, тако да је преузимање отворених акционарских друштава релативно једноставно, што би могло стимулисати инвеститоре на тај корак.

Кључне речи: *Отворена акционарска друштва.– Преузимање акционарских друштава.– Право конкуренције.– Директива Европске уније о преузимању.*

Стицање капитала у постојећим друштвима капитала може да буде различито. Када се такво стицање креће од значајног учешћа у капиталу (што се може сматрати износом од преко 20% укупног капитала, зависно од привредног сектора, вредности капитала и распореда акција) до већинског учешћа, онда се могу пореметити пос-

* Чланак је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти).*

тојећи односи између акционара, угрозити права мањинских акционара, уз неизбежну промену структуре капитала, а самим тим и одлучивања, што се у крајњој последици односи на промену пословања акционарског друштва. У друштвима капитала где се овакво стицање не обавља јавним путем, акционари у акционарским друштвима имају право прече куповине акција. У друштвима са ограниченом одговорношћу, чланови друштва имају прече право куповине удела: када се донесе одлука о повећању капитала у друштвима капитала, право пречег уписа нових акција односно удела је загарантовано. На тај начин акционари у затвореним акционарским друштвима и чланови у друштвима са ограниченом одговорношћу задржавају контролу над капиталом и одлучивањем у друштву.

Али, када је реч о отвореним акционарским друштвима, поступак стицања капитала од стране нових акционара носи одређене ризике за постојеће акционаре и само друштво у целини. Тако, у неким земљама предмет преузимања могу бити само акционарска друштва чијим се акцијама тргује на организованом тржишту хартија од вредности,[1] док у другим земљама то могу бити, без условљавања, сва отворена (јавна) акционарска друштва.[2] Најзад, постоје и системи, као у праву В. Британије, где се преузимање односи на сва друштва капитала, тј. на акционарска друштва, али и на друштва са ограниченом одговорношћу.

Међутим, независно о ком националном систему је реч, преузимање акција или удела са правом гласа у друштву капитала крије у себи велике опасности ако није правно регулисано и ако не постоје механизми контроле. Приликом одлучивања о правном режиму преузимања, предходно је питање строгости тог режима. Слобода преноса учешћа у капиталу која је неограничена и неусловљена (без права прече куповине) захтева да буде правно регулисана у интересу постојећих акционара друштва које се преузима, безбедности поверилаца, сигурности промета акција и очувања слободне конкуренције на тржишту. Пошто се у улози понуђача за преузимање може да појави свако физичко или правно лице које испуњава законом предвиђене услове на одређеном националном тржишту, то се, кроз праксу, показало да је потребно да држава регулише посебним прописима поступак преузимања отворених акционарских друштава, како би се сачувала права акционара, а посебно права мањинских акционара, и

[1] Према Закону о преузимању акционарских друштава (*Службени гласник РС*, бр. 46/06), предмет преузимања не могу бити акционарска друштва чијим се акцијама није трговало на организованом тржишту последња три месеца пре објављивања обавештења о намери преузимања. Такав систем предвиђен је и у праву ЕУ, Немачкој, Француској, итд.

[2] Мађарска, Румунија, Бугарска, Хрватска, Словенија, итд.

обезбедило поштовање прописа о заштити конкуренције. Што је режим строжи, преузимање је теже, тј. правна заштита циљног друштва, његове управе и мањинских акционара је већа. Недостаци таквог режима су опстајање лоше управе у циљном друштву, отежавање груписања и прегруписања капитала и слично.[3]

Класификација система преузимања по критеријуму строгости правног режима се креће од немачког, као најстрожијег до америчког, као најблажег система преузимања. У САД постоје претежно велика акционарска друштва која се котирају на берзи, са великим бројем акционара, без већинских акционара, где је процес управљања одвојен од својинског процеса. У земљама ЕУ акционарска друштва су мања и не котирају се, сем великих конгломерата на берзи, а власничка структура је већинског типа. Управљање је повезано са акционарима, па је самим тим процес преузимања битно другачији него што је то случај са америчким друштвима.[4] Због тога се законодавац налази пред деликатним задатком – да пронађе правна решења која ће ићи у сусрет преузимању, да заштити мањинске акционаре, а да опет стимулише инвеститоре да се ангажују у преузимању друштава.

Основна предност код преузимања друштава капитала је евидентно повећање економске снаге компаније која преузима. То, по правилу, подразумева стицање тржишних позиција на новим тржиштима или ширење тржишне моћи на постојећим тржиштима од стране преузимаоца.[5] Међутим, основна опасност код преузимања лежи у поремећају тржишне равнотеже између конкурената, у стварању монопола и поремећају слободне конкуренције на тржишту. Због тога се свако преузимање друштава капитала мора, по нашем мишљењу, сагледати кроз право конкуренције, чије законске одредбе морају да буду референтне за правно регулисање преузимања у истој мери као и одредбе *lex specialis*-а, закона који регулише услове и поступак преузимања. Акт преузимања акционарског друштва који се обавља кроз прибављање акција може да доведе и до поремећаја на тржишту хартија од вредности. Досадашња пракса је показала и да преузимаоци мало воде рачуна о интересима мањинских акционара, тј. да се договори о продаји акција обављању са великим акционарима и надлежним институцијама, док су интереси мањинских акционара маргинализовани. Због тога су и прописи о хартијама од вредности правно релевантни за материју преузимања отворених акционарских друштава.

---

[3] Н. Јовановић, „Преузимање акционарских друштава“, *Акционарска друштва, берзе и акције – Зборник радова*, Београд 2006, 286.

[4] Б. Милановић, „Правне карактеристике новог законског регулисања акционарских друштава у Републици Србији“, *Судска пракса* 9/2006, 8.

[5] C. Nourissat, *Droit communautaire des affaires*, Paris 2003, 54.

Све то нас упућује да се материја преузимања отворених акционарских друштава мора правно регулисати посебним прописима – законом, али и да се прописи из области права конкуренције, хартија од вредности и привредних друштава морају ускладити са њима. Преузимање отврорених акционарских друштава је као правни институт у правном простору Републике Србије регулисано посредно и непосредно, следећим законима: Законом о привредним друштвима, Законом о тршишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Законом о заштити конкуренције и Законом о преузимању акционарских друштава. Закон о привредним друштвима донет 2004. године је у поступку ревизије. Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената је донет 2006. године, али после Закона о преузимању те су одредбе између ова два Закона усклађене, тако да се не очекују, бар у скорије време, ревизија тога Закона. Што се тиче Закона о заштити конкуренције који је донет септембра 2005. године и чија је ревизија такође у поступку, одређене измене би требало да буду учињене с обзиром на преузимање акционарских друштава. Наравно, све ове измене законских прописа се морају усклађивати са правом Европске уније односно посебно са садржајем одредби Директиве о јавним понудама за преузимање.

У сагледавању правног режима преузимања отворених акционарских друштава укратко ће се изложити систем који је постојао до 2006. године, када је донет *lex specialis* – Закон о преузимању, затим основне карактеристике у праву Европске уније које је утицало на обликовање нашег правног режима, постојећи правни режим у Републици Србији и измене које се могу очекивати у циљу заокруживања целог института преузимања.

1. ПРАВНИ РЕЖИМ ПРЕУЗИМАЊА АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА ДО 2006. ГОДИНЕ

У нашем правном миљеу први прописи из ове материје су биле одредбе Закона о предузећима из 1996. године о преузимању акционарског друштва на основу добовољне понуде за преузимање.[6] Затим је Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године детаљније регулисана ова материја мада без референтних одредби на Закон о предузећима који је тада, 2002. године, био на снази. Може се рећи да је Законом о тржишту хартија од вредности из 2002. године заправо први пут у нас успос-

[6] Закон о предузећима из 1996. године је регулисао само основна питања око преузимања акционарских друштава на основу добровољне понуде, објављивања и садржине понуде, накнадне сагласности савезног органа, принудне продаја акција преузимаоцу и слично.

тављен правни оквир за преузимање друштава капитала. Тако је нормиран основни принцип – да лице које жели да купи најмање 25% акција са правом гласа у постојећем акционарском друштву, мора то да учини кроз упућивање понуде за преузимање акција, ако жели да стекне право гласа на основу купљених акција (право које сваки акционар поготову већег пакета акција жели). Заинтересовано лице је било обавезно да захтев о преузимању упути Комисији за хартије од вредности, која одлучује да ли ће дати зелено светло преузимаоцу. Тако се од 2002. године, када је донет Закон о тржишту хартија од вредности, појавила и једна од значајних дилема – да ли тај Закон уређује и добровољну понуду за преузимање, која је већ била регулисана одредбама Закона о предузећима, или само обавезну? У том случају би Закон о тржишту хартија од вредности дерогирао одредбе Закона о предузећима које се односе на добровољну понуду.

Главни импулс феномену правног преузимања акционарских друштава настао је у вези са приватизацијом друштвених предузећа. Дошло је до преузимања у којима је држава постала фактички преузималац привредних друштава са већинским друштвеним капиталом, путем принудних мера и без плаћања накнаде. Тим предузећима је било забрањено да предузимају ванредне послове без сагласности Агенције за приватизацију. Други вид преузимања је почео да се одвија тако што су лица са капиталом стицала владајуће учешће куповином акција који су запослени у преузетим друштвима стекли у приватизацији. Појава која је карактеристична за овај вид приватизације је велики број мањинских акционара, тј. проблем како укрупнити капитал. Тако су поједини већински власници постали одлучујући фактор у управљању друштвом на штету мањинских акционара који нису, због своје мале акционарске моћи и недовољне упућености у материју, могли да им се адекватно супроставе. Последица тако неуређеног финансијског тржишта је нерегуларно преузимање контроле над акционарским друштвима и отварање проблема како пружити правну заштиту мањинским акционарима.[7]

Од 2002. године преузимање друштава капитала постаје све чешће у привредној пракси Србије и преузимање се регулише одредбама Закона о тржишту хартија од вредности. Истовремено се сви недостаци недовољног правног регулисања ове материје показују у животу. Проблем се заоштрава чињеницом да већина земаља у нашем окружењу постепено доноси специјалне законе о преузимању акционарских друштава.[8] Такође, страни инвеститори такође полазе

[7] С. Дабић, „Модели и регулатива преузимања већинског пакета акција у акционарским друштвима“, *Право и привреда* 5–8/2003, 94.

[8] Закон о преузимањима Словеније из 1997. године, Закон о преузимању акционарских друштава Републике Српске из 2002. године, Закон о преузимању акционарских друштава у Хрватској из 2003. године.

од начина регулисања преузимања у њиховим земљама и сукобљавају се са нашим, пре свега неконзистентним, режимом. Најзад, индиректан притисак је, у том периоду, био створен и од стране Европске уније, јер је ово питање регулисано 2004. године на нивоу Европске уније посебном директивом, названом Тринаеста директива из компанијског права.[9]

Одређен помак у правном регулисању преузимања акционарских друштава је учињен доношењем Правилника Комисије за хартије од вредности 2003. године којим се одређује форма и садржина понуде. Међутим, Правилник није регулисао друга, бројна правна питања код преузимања, те је његов ефекат у пракси био ограничен.

Најзначајнији недостаци правног режима преузимања или празнине, како се могу назвати,[10] до доношења посебног закона – Закона о преузимању 2006. године, се могу поделити на недостатке у фази истицања понуде, у фази трајања понуде и њеног прихватања, недостаци који се односе на врсте јавне понуде, измене понуде које су резултат воље или због промењених околности, затим питање групног стицања владајућег учешћа у друштву које се преузима, забрана друштву које се преузима да се „брани", недовољно регулисано питање најниже цене у понуди, нерегулисање приватне нагодбе између понудиоца који постаје преузималац и крупних акционара, итд.

Свему овоме треба додати и ситуацију која је створена доношењем Закона о приватизацији који предвиђа да су од обавезе истицања понуде за преузимање изузети само купци који акције стичу у емисији од предузећа које се приватизује. Акције које су емитоване, а нису продате кроз приватизацију, прелазе на Акцијски фонд. Заинтересован купац који купује најмање 25% учешћа у капиталу неког предузећа од Акцијског фонда мора да објави понуду и осталим акционарима тог предузећа, јер таква куповина има третман преузимања, будући да Акцијски фонд није емитент хартија већ акционар. Овакво правно решење се базира на начелу равноправности акционара циљног друштва, тј. друштва које се преузима. У пракси су се појавили притисци да се овај режим промени односно да купце акција од Акцијског фонда држава ослободи обавезе нормираног поступка преузимања. То, међутим, није свуда пракса – у неким суседним земљама продаја државног учешћа у акционарским друштвима у приватизацији је изузета од општег режима преузимања.[11]

Закон о привредним друштвима који је, у међувремену, донет 2004. године није регулисао ову материју. Наш законодавац се тако

[9] Директива 2004/25/CE о јавним понудама за преузимање.

[10] Н. Јовановић, „Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава", *Право и привреда* 12/2004, 92.

[11] Република Српска, Румунија.

нашао у ситуацији да мора да регулише поступак преузимања посебним законом, на једнобразан начин, зато што је то захтевала пракса, с једне стране и зато што је то био део процеса хармонизације домаћег права са правом Европске уније, с друге стране. Наиме, после много дебата, усвојена је поменута Директива о преузимању, која је предвидела да су земље чланице обавезне да се најкасније до 20. маја 2006. године законодавно усагласе са одредбама Директиве и да о томе обавесте Комисију ЕУ. Када је тај датум прошао, материја преузимања отворених акционарских друштава на територији свих земаља чланица ЕУ је хармонизована у потпуности. Та чињеница је несумљиво утицала и на припрему и доношење нашег Закона о преузимању 2006. године.

2. ПРЕУЗИМАЊЕ АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Тринаеста директива или Директива о јавним понудама за преузимање је донета са циљем да се на координирани, једнобразни начин заштите интереси чланова акционарских друштава и трећих лица на нивоу Уније приликом преузимања акционарских друштава. На тај начин се омогућавају јасни и транспаретни модели преузимања и повећава степен правне сигурности на територији Уније односно онемогућава да се коришћењем разлика у правном регулисању земаља чланица манипулише, што је било могуће до доношења поменуте Директиве.[12]

Одредбе Тринаесте директиве регулишу преузимање понуда хартија од вредности компанија које су иначе основане и послују према националном праву земље седишта у некој од земаља чланица Уније. Услов да би се поменута Директива могла применити, је да се са хартијама од вредности које су предмет преузимања тргује на тржиштима хартија од вредности у једној или више држава чланица.[13]

Само преузимање компанија се мора обавити према општим принципима који су дефинисани у Директиви, у чл. 3:

– Свим имаоцима хартија од вредности у компанији која је предмет понуде, а које су исте категорије, мора се обезбедити исти третман; поред тога, ако једно лице стекне контролу над компанијом, остали имаоци хартија морају бити заштићени.
– Имаоци хартија од вредности у компанији која је предмет понуде морају имати довољно информација и времена како

[12] Р. Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац 2006, 370.

[13] A. Decocq, *Droit europeen des affaires*, Paris 2003, 85.

би могли да донесу праву одлуку о понуди; управни одбор или други орган компаније који саветује имаоце хартија од вредности мора им указати на последице преузимања на плану запошљавања, делатности компаније и слично.

– Органи компаније која је предмет понуде морају да поступају у интересу компаније као целине и морају омогућити, својом сарадњом, имаоцима хартија од вредности да могу да одлучују о самој суштини понуде за преузимање.
– Не смеју се формирати лажна тржишта за хартије компаније која је предмет понуде од стране компаније понудиоца или друге компаније која је повезана са понудиоцем, чиме би се вештачки утицало на померање цене хартија које су предмет преузимања.
– Понудилац мора објавити понуду тек пошто обезбеди у потпуности накнаду у готовини, ако се таква понуда учини; понудилац мора да буде способан да испуни све друге захтеве у вези са надокнадом која се може потраживати од компаније која је предмет понуде.
– Компанија која је предмет понуде може да настави да послује све док је то разумно с обзиром на садржину понуде.

Државе чланице су обавезне да обезбеде да се ови минимални принципи поштују, с тим што могу прописати и строжије захтеве за преузимање од оних који су предвиђени Директивом.

Директива предвиђа да су државе чланице обавезне да одреде посебан национални орган који ће вршити контролу над преузимањем компанија и над применом Директиве и обавештавати Комисију ЕУ о самој примени Директиве. У погледу надлежности, примениће се принцип друштвеног седишта компаније која је предмет понуде, под условом да су хартије од вредности те компаније на том истом тришту. Ако то није случај, онда ће се надлежност одређивати према тржишту на коме се котирају хартије од вредности компаније која је предмет преузимања. Ако таквих тржишта има више, онда ће се применити принцип приоритета, где су акције прво почеле да се котирају, а ако је почетак примене био истовремен на више националних тржишта, онда ће се применити принцип координације између националних органа који врше контролу над преузимањем, примењују Директиву и обавештавају Комисију ЕУ о примени Директиве.

Директива посебно регулише положај мањинских акционара, обавезну понуду за преузимање и правичну цену код такве понуде. Принцип јавности и транспаретности су посебно наглашени у Директиви и детаљно регулисани. Одређује се и време за прихват пону-

де, минимално и максимално. Понуда се упућује директно акционарима друштва које се преузима – циљно друштво. Они доносе индивидуалне одлуке, без сагласности управе друштва или скупштине акционара.[14] Такође, прописује се начин објављивања понуде, обавезе управног одбора или управе компаније која је предмет преузимања, утврђују се обавезни подаци које компанија мора да објави о свом пословању, забрањују се ограничења и рестрикције везане за спровођење преузимања које нису дозвољене Директивом. Као правична цена се сматра цена коју је за исте хартије платио понуђач у периоду чије трајање одређује држава чланица, најмање до 6 месеци, а највише до 12 месеци. Ако после објављивања понуде, а пре истека периода за прихват понуде, понуђач стекне хартије по цени која је изнад цене у понуди, понуђач мора своју цену да коригује бар на тај ниво. Понуђач може да понуди хартије, финансијска средства или комбинацију хартија од вредности и финансијских средстава. Државе чланице могу да предвиде да се понуда мора састојати од финансијских средстава или да постоји право избора. Директива садржи детаљну регулативу о понуди, минималан садржај понуде, рокове за прихватање понуде, финансирање, податке о понуђачу и другим важним елементима. Државе чланице регулишу период прихватања понуде између две седмице (минималан рок) и десет седмица (максималан рок) од датума објављивања понуде. Изузетно, овај рок се може продужити уз испуњење услова предвиђених Директивом. Начин објављивања понуде мора да обезбеди јавност, доступност и транспарентност понуде. Директива детаљно регулише и обавезе управних одбора и управе компаније која је предмет преузимања, као и обавезе држава чланица у погледу спровођења ових обавеза. Државе чланице нарочито морају да се старају да компанија која је предмет понуде пружи детаљне информације о тачно наведеним питањима, као што су структура капитала, врсте хартија од вредности, ограничења, механизми контроле и слично.

Директивом се забрањује управи акционарског друштава да од времена објаве намере о преузимању циљног друштва предузима било какве мере без овлашћења скупштине акционара, осим тражења конкурентске понуде помоћу које би се спречило преузимање. Директивом се чак налаже управи друштва да објави своје мишљење о понуди за преузимање са аргументима и да га достави запосленима који такође могу да доставе своје мишљење о преузимању. Иначе, Директива се не бави детаљним регулисањем односа и обавеза пре-

[14] У пракси се често јавља проблем недовољне стручности и обавештености акционара. Због тога се и налаже управи циљног друштва да састави и учини доступним образложено мишљење о свим околностима које могу бити од значаја за акционаре.

ма запосленима, јер су та питања регулисана другим директивама и националним прописима земаља чланица.

Посебна пажња се поклања систему информисања у вези са друштвом које је предмет преузимања. Државе чланице су обавезне да у својим законима предвиде објављивање информација о циљном друштву и то је минимум информација дат Директивом, док државе могу тражити и више од тога. Ови подаци морају бити доступни свима. Понуда се може прихватити изричито или самом предајом акција понудиоцу. Ако је број понуђених акција већи од понуде, онда се примењује један од два система, по избору земља чланице – систем сразмерног откупа акција или обавеза куповине свих понуђених акција на продају.

Понуда се може прихватити изричитом изјавом воље акционара или конклудентно – предајом акција понудиоцу. У случају неуспеха јавне понуде, што објављује национално надзорно тело за тржиште хартија од вредности, већина земаља прописује у својим националним прописима рок забране истицања нове понуде преузимања од истог понудиоца и повезаних лица. Тај рок је обично годину дана, али се помоћу накнадне понуде коју је одобрило национално надзорно тело, овај рок може скратити.

Заштита поверилаца се код већинског преузимања постиже кроз одржавање правног субјективитета циљног друштва, чиме сви уговори и потраживања према циљном друштву остају на снази. Могућ је и други систем – када друштво понудиоца преузима све обавезе друштва које је предмет преузимања. Сва стицања значајног и већинског учешћа капитала уписују се у регистар и објављују. Ако један од учесника у поступку преузимања не поштује прописану процедуру, санкција се састоји у немогућности остваривања права гласа по основу прибављеног учешћа.

Питање санкција према лицима која се не понашају у складу са националним прописима којима су преузете одредбе из Директиве о преузимању, прописују и спроводе државе чланице својим националним прописима, али обавештавају Комисију ЕУ о томе.

3. ПРЕУЗИМАЊЕ АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА ПО ПРОПИСИМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Начин за организовано преузимање акција друге компаније ради стицања контроле над радом те компаније је поступак јавне понуде. Могуће је да заинтересовано лице стекне довољан број акција за преузимање контроле над једном компанијом и постепеним куповањем акција те компаније на тржишту хартија од вредности, али

овај поступак мора временски да траје, обично је скупљи јер се куповином акција једне компаније утиче на раст цена акција те компаније, па је свака следећа куповина акција скупља и коначно је неизвесно до ког процента контроле ће купац акција стићи. Сматра се да овај начин „прикупљања акција" не треба посебно регулисати, јер не садржи у себи опасности и ризике које има симултано преузимање, путем јавне понуде.[15]

Поступак преузимања отворених акционарских друштава у Србији је сада регулисан Законом о преузимању акционарских друштава који је ступио на снагу 2006. године и ставио ван снаге одредбе Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената од 2002. године (чл. 67–83), који је до ступања на снагу Закона о преузимању регулисао ову материју. Непосредно после тога је цео Закон о тржишту хартија од вредности замењен новим Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената од 2006. године, који је сада на снази и који, сем одредби о Централном регистру и Комисији за хартије од вредности, које имају значаја за поступак преузимања, не садржи више одредбе о овој материји.

Законодавац се потрудио да дефинише основне појмове који су од значаја за преузимање компанија. Битно је његово опредељење за отворено акционарско друштво чијим се акцијама тргује на организованом тржишту хартија од вредности у Републици Србији као циљно друштво. Тиме су све дилеме о којима је већ било речи код одређивања циљног друштва решене. Предмет стицања су акције са правом гласа које акционару у тренутку стицања од стране понудиоца дају право једног гласа у скупштини акционара. Код општих начела значајно је установљење начела да мањински акционари могу под истим условима као и већински акционари да продају своје акције понудиоцу. Такође је битно да сви акционари морају бити потпуно, тачно и благовремено обавештени о понуди за преузимање, што је несумљиво утицај права Европске уније.[16] Поступак преузимања не сме да својим деловањем изазове поремећај на тржишту који би довео до померања цене акција циљног друштва. Законодавац је детаљно регулисао питање заједничког деловања, шта се сматра под појмом „заједничког деловања" и који је начин заједничког деловања.

Основни принцип, установљен Законом, је да постоји обавеза објављивања понуде за преузимање за лице које је стекло више од 25% од укупног броја гласова које дају акције с правом гласа циљног друштва. Ова обавеза се састоји у истовременом обавештавању организационог облика организованог тржишта на коме се тргује, а то је

[15] М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд 2005, 368.

[16] В. нарочито Прва Директива ЕУ, 68, 151.

Комисија за хартије од вредности и циљног друштва. Ова обавеза је детаљно разрађена и обезбеђује транспарентност преузимања. Постоје и изузеци, када понудилац није обавезан да објави понуду за преузимање.

У Закону се, поред обавезне понуде, први пут код нас регулишу и добровољна понуда за преузимање, као и условна и конкурентска понуда за преузимање. Објављивање добровољне понуде се дешава у случају када понудилац одлучи да објави понуду иако на то није обавезан, тј. нису испуњени услови за обавезну понуду. Условна понуда је она којом понудилац тражи стицање најмањег броја акција са правом гласа као услова за преузимање; ако се тај услов не испуни до истека одређеног рока, понуда престаје да га обавезује. Предвиђена је и конкурентска понуда коју може да поднесе конкурент након објављивања понуде, а у периоду трајања прве понуде за преузимање, при чему се захтев за одобрење за објављивање понуде мора поднети најкасније један дан пре истека рока важења прве понуде. По пријему решења, конкурент мора одмах да објави своју понуду, а уколико је прва понуда условљена најмањим бројем акција које понудилац треба да стекне, конкурентска понуда не сме да гласи на стицање већег броја акција, јер би то било „непријатељско деловање".

Поступак започиње понудилац који у року од једног дана од настанка обавезе преузимања мора да објави обавештење о намери преузимања, на исти начин како се објављује понуда за преузимање. У истом року понудилац мора да поднесе Комисији захтев за одобрење објављивања понуде за преузимање. Законодавац је предвидео, по нашем мишљењу, неоправдано кратак рок, од два радна дана, у коме Комисија треба да донесе решење. Истина, у истом члану су дати изузеци на основу којих се рок може продужити до десет дана. Сматрамо да је требало предвидети кратак, али разуман рок од, на пример, бар 7 или 15 дана како би Комисија имала могућности да испита својства понудиоца, монополско окружење, да се консултује са Комисијом за заштиту конкуренције и слично. Иако Комисија не одлучује о оправданости саме понуде и не одговара за њену тачност, ипак је она први „институционални филтер" за понуде за преузимање.

Пре подношења захтева за одобрење објављивања понуде Комисији, понудилац је обавезан да обезбеди неопходна средства за куповину акција која могу да буду новчана, хартије од вредности на посебном рачуну код Централног регистра, уговор о одобреном кредиту или неопозиву банкарску гаранцију на први позив за износ потребан за куповину акција на које се односи понуда за преузимање. Затим, након пријема решења Комисије о одобрењу објављивања понуде, понудилац је обавезан да објави понуду у дневним новинама,

под условима предвиђеним Законом. Ако, међутим, понудилац не објави понуду у законском року, Комисија ће решењем утврдити постојање његове обавезе објављивања понуде за преузимање и наложити му да, уколико нема средстава за спровођење поступка преузимања, прода одговарајући број акција у року од три месеца од дана пријема решења, тако да укупан број његових акција не прелази 25% од укупног броја акција с правом гласа циљног друштва. Ово решење Комисија мора да достави понудиоцу, циљном друштву, акционарима и Централном регистру.

Закон одређује обавезан садржај понуде, полазећи од захтева који су предвиђени у Тринаестој директиви ЕУ. Један од битних елемената је важење понуде, које у нашем праву може бити од 21 до 45 дана од дана објављивања понуде. Код конкурентских понуда, рок за преузимање се продужава до истека рока важења свих понуда, а најдуже до 70 дана, док се код измене понуде рок продужава за 7 дана, а најдуже до 60 дана од објављивања. Сматрамо да су ови рокови добро конципирани, јер не остављају могућност да се неограничено продужавају, што је понекад намера понудиоца.

Што се тиче цене у понуди за преузимање, она не сме бити нижа од просечне пондерисане цене акција у последња три месеца пре објављивања намере преузимања утврђене на основу извештаја о трговању. Уколико је последња тржишна цена акција циљног друштва предходног радног дана пре објављивања понуде била виша од просечне пондерисане цене, понудилац је дужан да понуди ту цену. Законодавац детаљно регулише неколико ситуација до којих може да дође приликом одређивања цене акција и овакво нормирање је корисно за праксу.

У Законом предвиђеним случајевима, објављена понуда се може повући и то ако је учињена конкурентска понуда по вишој цени или ако дође до стечаја циљног друштва. Међутим, редован ток ствари је прихват понуде који обавезује на депоновање акција акционара код Централног регистра до истека рока важења понуде. Затим, понудилац обавља плаћање акција циљног друштва и то у року од три дана од последњег дана важења понуде. Уколико понудилац то не учини у року, акционари моге повући акције из депозита, што за последицу има раскид уговора између акционара и понудиоца. Само депоновање се обавља прекњижавањем са рачуна акционара циљног друштва на посебан рачун отворен у вези са понудом за преузимање. Акционар не може располагати акцијама које је депоновао, али их може повући из депозита до истека рока важења понуде. Такође, акционар се не може одрећи права на повлачења акција унапред са рачуна за депоновања. Ова мера је предвиђена како би се акционарска права сачувала, тј. како понудилац не би вршио притисак на акционаре. Централни регистар је обавезан да информише понудиоца и

циљно друштво о приливу акција, о стању на рачуну, како би се обезбедио увид и транспарентност података.

Након истека рока важења понуде за преузимање и након истека рока за плаћање, понудилац је обавезан да објави извештај о преузимању у року од једног радног дана у јавном гласилу и да га достави организационом органу организованог тржишта, Комисији за хартије и циљном друштву. Законом је одређен садржај извештаја. Уколико понудилац у поступку преузимања одкупи најмање 95% акција циљног друштва, има право да купи и акције акционара који нису прихватили да продају своје акције, под условима из понуде за преузимање. Поступак тече тако што понудилац преко Централног регистра упућује захтев за принудну продају најкасније у року од 120 дана од истека рока из понуде и врши уплату на наменски рачун, с тим што је дужан да обавести те акционаре и да то објави у новинама. Постоји могућност и принудне куповине, када мањински акционари (до 5%), могу да обавежу понудиоца да откупи њихове акције, под условима из понуде за преузимање. Ова опција важи до 6 месеци по истеку понуде за преузимање. То значи да понудилац мора бити финансијски спреман да откупи ове акције по окончању поступка преузимања ако акционари упута такав захтев. Ако је реч о банкарској гаранцији понудиоца која обухвата износ који одговара 5% вредности преузимања акција од мањинских акционара, онда се ова гаранција не може повући пре истека рока од шест месеци по истеку понуде за преузимање, тј. док траје право опције.

Од тренутка објављивања обавештења о намери преузимања до окончања поступка преузимања, управни одбор циљног друштва је обавезан да упозна запослене у друштву о преузимању. Поред тога, управни одбор има ограничено деловање од тренутка објављивања обавештења о намери преузимања све до окончања поступка преузимања. На пример, не може емитовати нове акције, не може да закључује уговоре којима би се променила финансијска ситуација друштва, не може да предузима ванредне послове, да располаже са акцијама и слично. Једноставно, не сме ниједном одлуком да промени статус друштва и његову имовину, већ само да води редовно пословање.

Управни одбор циљног друштва је, са своје стране, обавезан да објави своје образложено мишљење о понуди за преузимање у року од 7 дана од објављивања понуде и то на исти начин на који је објављена понуда за преузимање.[17] Овакво законско решење је у складу са решењем у упоредном праву и Директиви ЕУ о преузимању.[18] Ово мишљење или саопштење управе се односи на садржај

[17] То решење је прихваћено у упоредном праву Немачке, Аустрије, Хрватске и др.

[18] Закон о тржишту хартија од вредности је предвиђао да управни одбор може да састави обавештење за своје акционаре а не и обавезу.

јавне понуде, а уколико понудилац мења понуду, управа је дужна да изнесе и допунско саопштење које се односи на ту измену. Нарочито се мора узети у обзир цена коју се понуђач обавезује да плати по акцији, као и намере у вези са циљним друштвом које се преузима. Управни одбор треба експлицитно да изрази свој став у погледу преузимања, који може бити потврдан, негативан или условљен испуњењем неких услова. Пре објављивања мишљења управног одбора не смеју се доносити одлуке које би прејудицирале то мишљење.

Мишљење (саопштење) управе циљног друштва омогућава потпунију информисаност акционара и запослених. Такође, мишљење има задатак да детаљно упозна чланове управног одбора са садржином и правним последицама понуде за преузимање. Међутим, у неким земљама управни одбор има улогу само да информише акционаре о понуди, без заузимања коначног става односно давања мишљења у погледу преузимања. Да ли то значи и потпуну пасивност управног одбора, као једном крајњем решењу или управни одбор може приликом давања свог мишљења да се супростави преузимању тако што ће да укаже на недостатке и опасности таквог правног чина, у другом крајњем решењу? Уколико управни одбор саветује акционарима да прихвате понуду за преузимање, он има и одговорност за такву одлуку.

Наш законодавац се, међутим, ограничава на привредни преступ, као могућу санкцију, тако што предвиђа да ће управни одбор циљног друштва одговарати за привредни преступ ако не објави своје образложено мишљење о понуди за преузимање на прописан начин или ако доноси одлуке којима се отежава или спречава преузимање или пословање циљног друштва. Сматрамо да је законодавац требало да детаљније регулише питање одговорности управног одбора циљног друштва у погледу састављања и објављивања мишљења. Наиме, за понудиоца је мишљење управног одбора веома важно јер оно директно утиче на цену акција. Очигледно је да је ово питање веома значајно поготово у систему који овлашћује управни одбор да експлицитно изрази своје мишљење о понуди, као што је наш систем. Што се тиче садржаја мишљења управног одбора, законодавац није одредио његову обавезну садржину, али се може претпоставити да се мишљење састоји од става према врсти и висини понуђене накнаде, према очекиваним последицама успешног преузимања, као и да управни одбор заузима став према стратегијским плановима преузимаоца у будућности. Од значаја је и намера чланова управе друштва које се преузима као акционара и односа чланова управе и преузимаоца. Ипак би са становишта правне сигурности било боље да је законодавац одредио, поред основних елемената, и обавезне елементе мишљења које саставља и објављује управни одбор циљног друштва. Могу се упутити и додатне критике као, на пример, да управни

одбор није обавезан да достави мишљење Комисији за хартије од вредности, запосленим и берзи, већ да се они о томе морају обавестити из средстава јавног информисања. Нема ни забране учествовања у доношењу мишљења (саопштења) за чланове управног одбора који су евентуално у сукобу интереса са понудиоцем или њему повезаним лицима. [19]

Орган који заправо спроводи надзор над поступком преузимања је Комисија за хартије од вредности. У том смислу сви учесници у поступку преузимања су дужни да јој омогуће увид у документацију коју поседују и све учине како би она могла да спроведе мере надзора над поступком преузимања. Ако Комисија утврди да постоје неке неправилности код неког од учесника у поступку, она ће му наложити да у року од 3 дана отклони те незаконитости или неправилности, као и да пружи доказе да је тако поступио. У супротном ће Комисија обуставити поступак преузимања и ставити ван снаге решење о одобрењу понуде за преузимање. Иначе, Комисија у вршењу надзора примењује одредбе Закона о општем управном поступку. Законодавац је предвидео да Комисија треба да сарађује са органима из иностранства надлежним за надзор над преузимањем када је понудилац страно лице. Истина, поставља се питање како се то у пракси одвија, да ли је Комисија успоставила до сада те релације и како функционише ова законска обавеза. Даље, Комисија је обавезна да сарађује са органима за контролу монопола, а то је Комисија за заштиту конкуренције као и органима за спречевање прања новца.[20]

У Закону се у посебном делу предвиђају и казнене санкције и то кривична дела и привредни преступи и прекршаји. Као кривична дела законодавац је предвидео нуђење или обећање поклона, услуга или других користи, злоупотребу привилегованих информација, објављивање неистинитих података.

Важећи Закон о заштити конкуренције од 2005. године регулише радње привредних субјеката које се односе на споразуме којима се спречава, нарушава или ограничава конкренција, тзв. монополске споразуме, злоупотребу доминантног положаја и на концентрације којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција, стварањем или јачањем доминатног положаја на тржишту. Пошто је тема нашег разматрања преузимање отворених акционарских друштава, са становишта заштите конкуренције, релевантна је управо концентрација која настаје као последица стицања контроле једног учесника

[19] В. Радовић, „Саопштење и права циљног дриштва у вези са јавном понудом за преузимање“, *Право и привреда* 5–8/2006, 172.

[20] Занимљива питања ће се отворити ако буде усвојен законски предлог да се обавезно испитује бонитет и евентуална предходна кривична одговорност понудиоца .

на тржишту, преузимаоца, над другим учесником на тржишту, циљним друштвом.

Одредбе о концентрацији дефинишу у којим случајевима настаје концентрација. То су случајеви који настају као последица статусних промена учесника на тржишту, оснивања и заједничког контролисања новог учесника на тржишту од стране најмање два независна учесника на тржишту и стицање непосредне или посредне контроле једног или више учесника на тржишту над другим учесником на тржишту или његовим делом. Контрола може да се манифестује као власништво или право коришћења целокупне или дела имовине другог субјекта, као овлашћење дато уговором којим један субјект стиче одлучујући утицај на пословање другог субјекта или на неки други начин са истим ефектома. Ова трећа могућност даје правног основа за широко тумачење стицања контроле под условом да се ефикасно примењује. Предлогом Закона о изменама и допунама Закона о конкуренцији измењен је чл. 21 ширим појмом концентрације. Тако ће се концентрацијом сматрати две или више трансакција између истих учесника на тржишту извршених у временском периоду краћем од две године, при чему се последњом трансакцијом испуњава услов за подношење захтева за издавање одобрења које издаје Комисија за заштиту конкуренције.

Једна од најзначајнијих промена које доноси Предлог Закона је нов начин дефинисања услова који треба да буду испуњени да би учесници на тржишту имали обавезу да пријаве намеравану концентрацију Комисији и да би она, ако се испуне услови, издала одобрење о концентрацији. Наиме, годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије у предходној обрачунској години мора по учеснику да пређе износ од 20 милиона евра или да сви учесници у концентрацији заједнички имају преко 25% удела у релевантном тржишту на територији Републике.

Постојећи Закон предвиђа да су учесници концентрације дужни да прекину спровођење концентрације до доношења решења Комисије којим се пријављена концентрација одобрава или се не одобрава или до истека рока од четири месеца од дана подношења захтева Комисији.[21] Предлог Закона о изменама мења донекле ову регулативу управо водећи рачуна о преузимању друштава. Предвиђа се да ће се изузети од обавезе да учесници прекину концентрацију док Комисија решава, ако учесници могу спровести концентрацију упућивањем јавне понуде за куповину хартија од вредности или куповином хартија од вредности на берзи или другом организованом тржишту од више различитих продаваца, под условом да је захтев за издавање одобрења за спровођење концентрације поднет у законском

[21] На овај начин се одлучивање Комисије орочава, тј. кажњава се „ћутање администрације".

року – седам дана од дана потписивања споразума или објављивања јавног позива или понуде од дана стицања контроле – као и да стицалац контроле не врши право гласа по основу прибављених хартија од вредности, осим у циљу очувања вредности улагања, а по предходно прибављеном одобрењу Комисије. Да би се ово одобрење добило потребно је поднети образложен захтев, а тај се захтев може поднети или истовремено са подношењем захтева за одобравање концентрације или после њега.

Захтев за одобрење за спровођење концентрације се по Предлогу Закона, подноси Комисији у року од 15 дана од потписивања споразума, затварања јавне понуде или стицања контроле. Предлогом Закона се постојећа законска одредба мења у погледу рока – разумније је да овај рок гласи 15 дана – и у погледу радњи од којих рок почиње да тече – уместо од објављивања јавног позива, рок се рачуна од затварања јавне понуде, што је такође оправданије са становишта преузимања акционарских друштава.

Предлог Закона садржи још једну новину релевантну за тему преузимања друштава – уместо обавезе Комисије да објави податке из захтева у Службеном гласнику Републике Србије, обавеза објављивања се може испунити и у било ком јавном гласилу или на други погодан начин. Сматрамо да предлог промене ове одредбе није добар са становишта правне сигурности учесника у привреди, јер ово објављивање има за циљ да се други учесници, који нису инволвирани у пријављену концентрацију, изјасне о ефектима намераване концентрације. Да би то могли да учине, они морају претходно да буду обавештени о намераваној концентрацији, а објављивањем у било ком јавном гласилу може се обавеза објављивања злоупотребити.

Vesna Besarović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

TAKEOVER OF JOINT STOCK COMPANIES IN EU AND SERBIAN LAW

Summary

The process of acquisition of capital by the bidders in an open joint stock company should be regulated by law. The purpose of this legislation should be the protection of the shareholders' rights, especially the rights of the minority shareholders, and the regard for the competition rules and

regulations. The main risks related to takeovers are the imbalance among competitors, creation of the monopoles and disturbance of the free competition in the market.

The rules on the takeover of joint stock companies are stipulated by two laws of the Republic of Serbia: the Law on Protection of Competition, and the Law on takeover of joint stock companies as *lex specialis*. The Law on Protection of competition (2005) is currently under revision. The expected amendments ought to comply with the EU laws, particularly with Directive 2004/25/EC on takeover bids.

The main purpose of the Law on takeover of joint stock companies is the protection of shareholders' rights, and further protection of the rights of minority shareholders. It provides for a relatively simple takeover procedure which may have stimulating effect on the investors who are interested in takeover of the Serbian companies. The author specially addresses the issue of piercing the corporate veil.

Key words: *Open joint stock companies. – Takeover of joint stock companies. – Directive 2004/25/EC on takeover bids. – Competition law*.

УДК 343.222:347.19

Др Мирослав Врховшек

професор емеритус Привредне академије, Нови Сад

УСЛОВИ ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНОГ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО*

Законодавство Републике Србије до сада је регулисало одговорност правног лица само као субјекта прекршајне одговорности или као субјекта одговорног за привредне преступе. Данас је неспорно да и правна лица могу бити одговорна за кривична дела. Одговорност правног лица за кривична дела је релативно нови институт у савременим правним системима, а недавно је уведен и у правни систем Србије, јер је његово постојање неопходно у борби против привредног и организованог криминала. Стога је и било потребно да се створи законска могућност процесуирања правних лица за кривична дела.

У раду се анализира да ли су питања која обухватају основне услове одговорности правног лица за кривично дело у закону добро и адекватно решена у складу са наведеним правним стандардима садржаним у бројним међународним документима и препорукама ЕУ у вези са одговорношћу предузећа (привредних субјеката), односно правних лица за кривична дела учињена приликом обављања њихових делатности.

Кључне речи: *Услови одговорности правних лица.– Границе одговорности.– Кривична дела правних лица*.

1. О НЕОПХОДНОСТИ УВОЂЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА У КАЗНЕНОПРАВНИ СИСТЕМ СРБИЈЕ

Неспорна је чињеница да одговорност правних лица за кривична дела постепено, али незаустављиво утире пут у законодавству европских, па и већине држава у свету. Француска, једна од земаља која је најдуже и најдоследније заговарала теорију *societas delinquere*

* Рад првенствено анализира одредбе тек усвојеног Закона о одговорности правних лица за кривична дела, *Службени гласник РС*, бр. 97/08.

non potest је, новелом кривичног закона од 22. јула 1992. године,[1] увела одговорност правних лица за кривична дела. У Европи је одговорност правних лица за кривична дела уведена и у Португалији (1984), Шведској (1986), Холандији (1991), Финској (1995), Данској (1996), Белгији (1999), Естонији (2002), Швајцарској (2003), итд. Немачка ово питање на посебан начин уређује кажњавањем за прекршаје по закону из 1968. године. Словенија је то учинила тако што је у свој Кривични законик унела одредбу чл. 33, којом је омогућила увођење кривичне одговорности правних лица.[2] То је и учињено доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела.[3] Босна и Херцеговина су 2003, а Македонија 2004. године унеле у своје кривичне законе посебне одредбе о кривичној одговорности правних лица, а Хрватска је 2004. године донела посебан Закон о одговорности правних лица за кривична дела. Црна Гора је у чл. 31 Кривичног законика, који носи поднаслов „Одговорност правних лица за кривично дјело", утврдила могућност увођења одговорности правних лица за кривично дело доношењем посебног Закона о одговорности правних лица за кривична дјела.[4] Тај Закон је усвојен на Уставотворној скупштини Републике Црне Горе 27. децембра 2006. године.

Државе које припадају систему с*ommon law,* већином познају одговорност правних лица за кривична дела у облику *corporate liability*, која се у неколико разликује од континенталног права.

Успостављање одговорности правних лица за кривична дела препоручује, такође, више међународних правних докумената. Комитет министара Савета Европе је 1988. године донео препоруку број R(88)18 са насловом *Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Commited in the Exercise of their Activities*. У њој је државама чланицама препоручено уређење питања одговорности правних лица за кривична дела, чему су следили бројни документи Савета Европе са истим захтевом. Међу такве спада и Конвенција о заштити животне средине путем кривичног права из 1998. године, која је већ у преамбули државама чланицама налагала успостављање одговорности правних лица за кривична дела учињена у њихово име, за њихов рачун или њихову корист на штету околине. Други важан документ је препорука Комитета министара Савета Европе R(96)8 са на-

---

[1] *Nouveau code pénal, mode d'emploi*, 1992.

[2] Кривични законик Републике Словеније, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 63/94.

[3] Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 59/99.

[4] Закон о одговорности правних лица за кривична дела, *Сл. лист Републике Црне Горе*, бр. 70/03 и 13/04.

зивом *Crime Policy in Europe in a Time of Change*, који у делу о привредном криминалу државама јасно препоручује успостављање казнене одговорности правних лица за кривична дела.

Акциони програм за борбу против корупције (*Programme of Action against Corruption),* који је донет од стране Комитета министара Савета Европе новембра 1996. године, посвећује велику пажњу одговорности правних лица за кривична дела корупције учињена у име и за рачун правних лица.

Готово истоветан однос у вези са овим проблемом има Европска унија, која такође у неколико својих важних докумената потенцира потребу одговорности правних лица за кривична дела. Програм заједничке акције број 97/154/ЈНА против трговине људима и сексуалног искоришћава деце (*Joint action to combat trafficking in human beings and sexual exploitation of children*), коју је донео Савет ЕУ 24. фебруара 1997. године, јасно је захтевано утврђивање одговорности правних лица за ту врсту кривичних дела када су извршена у име, за рачун или у корист правних лица. Још чвршће је ова одговорност правних лица утврђена у Конвенцији о заштити финансијских интереса Европске уније (*the Convention on the protection of the European Communities' financial interests)* од 26. јула 1995. године.

Развојни тренд показује да ће одговорност правних лица за кривична дела, пре или касније, државе чланице Савета Европе и Европске уније морати да утврде у својим законодавствима. Темељи одговорности правних лица упућују на пут којим се искључује могућност објективне одговорности, већ је неопходно утврдити посебан облик кривичне одговорности који ће бити прилагођен карактеру и особинама правних лица.

Ваља напоменути да је и у нашој правној теорији већ више пута истицана потреба замене привредно-преступне одговорности кривичном одговорношћу правних лица.[5] За разлику од већине европских земаља казнена одговорност правних лица у Србији није нешто сасвим ново, већ је реч само о томе да се радикално трансформише постојећа одговорност правних лица за привредне преступе.[6]

---

[5] М. Врховшек, „Ка новим решењима одговорности правних лица за привредне преступе", *Правни живот* 4/1995; исти, „The liability of legal persons for Economic crime in Yugoslavia", *British South Slav States Law Association Newsletter*, Summer 1998, London; исти, „Одговорност правних лица за привредне преступе и кривична одговорност правних лица *de lege ferenda*", *Право, теорија и пракса* 4/1999; И. Симовић-Хибер, „Кривична одговорност правних лица и привредни преступи: да ли је разликовање само терминолошке природе?", *Анали Правног факултета у Београду* 5/1995.

[6] З. Стојановић, *Правно-филозофске концепције у предлогу Кривичног законика Србије и Кривичном законику Црне Горе, Казнено законодавство: Прогресивна или регресивна решења*, Београд 2005, 20.

Због свега изнетог је и потребно размотрити питање увођења кривичне договорности правних лица за кривична дела, односно одговорности правних лица за кривична дела у казнено правни систем Србије.

2. ПРЕЛАЗАК РУБИКОНА

Народна скупштина Србије је усвајањем Закона о одговорности правних лица за кривична дела прихватила становишта изнета у нашој правној теорији о неопходности увођења одговорности правних лица за кривична дела у казнено правни систем Србије. Уједно је прихваћено да је успостављање такве одговорности могуће и потребно, пре свега из криминално–политичких разлога. Такође, овакво решење је неопходно ради усаглашањања са правним стандардима садржаним у многобројним релевантним међународним документима као и ради уједначавања са већ постојећим кривичним законодавствима у државама чланицама Европске уније, која већ регулишу питање одговорности правних лица за кривична дела.

Такво поступање законодавца је у потпуности у складу са активностима које се одвијају на универзалном плану (на пример, кроз Конвенцију УН против транснационалног организованог криминалитета са допунским Протоколима из 2000. године), односно на регионалном плану, кроз међународне правне документе Европске уније или Савета Европе (на пример, Препорука Савета Европе о сузбијању организованог криминала из 1996. године, Препорука Савета Европе о одговорности предузећа за кривична дела из 1988. године, Кривичноправна конвенција против корупције из 1999. године и др.)

Може са са основом тврдити да је у чл. 6 поменутог Закона изражена срж идеје о посебном правном основу за одговорност правног лица за кривично дело. Он гласи:

> *Правно лице одговара за кривично дело које у оквиру својих послова односно овлашћења учини одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист.*
>
> *Одговорност правног лица из става 1. овог члана постоји и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица.*

Одговорност правног лица заснива се на извршењу одређеног кривичног дела од стране његовог одговорног лица. Овакво решење засновано је на идентификационој теорији или теорији *alter ega*, која је најзаступљенија у државама Европске уније, али и у земљама анг-

лосаксонског права, нарочито у Енглеској, САД и Канади. Тако је, рецимо, поступљено у новом *Code Penal* Француске, где је у члану 121. 2. утврђено: „правна лица, изузимајући државу, кривично су одговорна за кривична дела која су учинили, за њихов рачун, њихови органи или представници". Истоветно решење налазимо и у законодавству Словеније, Федерације БиХ, Републике Српске, Дистрикта Брчко и Црне Горе.

Ради се, дакле, о извршењу једног или више кривичних дела за која одговарају и правно лице и одговорно лице које је својим чињењем или нечињењем извршило одређено кривично дело, иако се у чл. 6, ст. 1 говори, у ствари, само о основу одговорности правног лица. Имплиците, међутим, произилази и кривична одговорност одговорног лица, јер је оно и учинило кривично дело на коме се потом и заснива одговорност правног лица. То значи да тиме што је у чл. 6, ст. 1 утврђен основ одговорности правног лица, није истовремено искључена и одговорност одговорног лица за исто кривично дело јер га је сам и учинио. Овакво решење је у потпуном складу са тачком 5 Препоруке Бр. R(88)18 Комитета министара у вези одговорности предузећа која имају статус правног лица за кривична дела учињена у пословању,[7] која гласи: „наметање одговорности предузећу не ослобађа одговорности физичко лице уплетено у кривично дело. Уствари, лица која имају управљачке функције требало би да буду одговорна за кршење дужности које су изазвале извршењем кривичног дела".

У чл. 5, ст. 2 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Републике Словеније је децидирано одређено да: „Одговорност правног лица не искључује кривичну одговорност физичких, односно одговорних лица за извршено кривично дело".

На исти начин је поступљено и у Кривичном закону Македоније,[8] с обзиром да је у чл. 28а утврђено да кривична одговорност правног лица не искључује одговорност извршиоца кривичног дела.

Да би се стекао правни основ за одговорност правног лица за учињено кривично дело неопходно је да се на страни одговорног лица испуне три услова. Први је да је одговорно лице учинило неко кривично дело предвиђено у Кривичном законику или тзв. споредном законодавству. Други услов је да је одговорно лице кривично дело учинило у оквиру својих послова, односно овлашћења, и трећи услов је да је одговорно лице имало намеру да за правно лице оствари корист.

Утврђивање да ли је одговорно лице учинило кривично дело врши се на начин предвиђен у Кривичном законику за све остале

[7] Усвојена од Комитета министара Савета Европе 20. октобра 1988. године.

[8] Законот о изменување и дополнување на Кривичниот Законик, *Службен весник на РМ*, 19/2004.

учиниоце кривичних дела, што значи да је извршилац својом радњом учинио дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено (чл. 9 КЗ). Одредба чл. 7, ст. 1 Закона предвиђа да се одговорност правног лица заснива на кривици одговорног лица, што такође потврђује да је основ одговорности правног лица субјективизиран и заснован на теорији индентификације. Општи принцип је да правно лице може бити кривично одговорно исто као и физичко лице. Принцип је заснован на теорији да су директори и високи управљачки органи који делују у име предузећа – сами предузеће: они су *alter ego* предузећа, са резултатом да се њихова кривица приписује предузећу, чинећи га кривично одговорним. Неколико европских правних система, међутим, не прописује, или не прописује у потпуности, кривичну одговорност правних лица: они се држе традиционалног принципа да само физичка лица могу бити крива. Концепција нашег законодавца о одговорности правних лица за кривична дела је стриктно заснована на теорији индентификације, односно теорији *alter ego.*

За правилно схватање одговорности правних лица за кривична дела корисно је осврнути се и на решење у погледу одговорности правних лица за привредне преступе у периоду од 1998–2002. године, како би се пратио континуитет у размишљању при изналажењу решења за казнену одговорност правних лица, па при томе и казнене одговорности правних лица за привредне преступе. Тако је у коначној верзији текста предлога Закона о привредним преступима, који је Комисија Владе СРЈ доставила Савезној скупштини 2002. године, а који стицајем околности никада није дошао на дневни ред, у чл. 10 било утврђено:

> *(1) Правно лице је одговорно за привредни преступ ако је до његовог извршења дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа правног лица или од стране одговорног лица у том правном лицу или радњом другог лица које је било овлашћено да у његово име поступа.*
>
> *(2) Правно лице, које је на основу уговора или другог правног посла преузело вршење одређених послова, када је могућност преношења тих послова законом изричито предвиђено, одговорно је за привредни преступ под условима из става 1. овог члана.*
>
> *(3) Правно лице неће одговарати за привредни преступ ако одговорно лице или друго лице које је било овлашћено да поступа у име правног лица није поступало са умишљајем или из нехата.*

Очигледна је корелација између предвиђеног решења о одговорности правних лица за привредне преступе и решења о одговорности правних лица за кривична дела у чл. 6, ст. 1, па и ст. 2 истога

члана Закона. Оба решења се заснивају стриктно на индентификационој теорији, односно теорији *alter ego* као најприхватљивијој.

Управо због тога је законодавац у чл. 6, ст. 1 и 2 Закона избегао могућност, која је иначе предвиђена као таква, у цитираној тачки 3. општих разматрања Препоруке R(88)18 Комитета Министара државама чланицама, да се предвиди одговорност правних лица за кривична дела и по основу пропуштања дужног надзора од стране органа правног лица, какво је решење, иначе, познато у многобројним законодавствима других држава. То решење је засновано и на неким другим теоријама, као што су субсидијарна (заменичка) одговорност и организациона одговорност правних лица, према којој правно лице одговара самостално за учињено кривично дело због неодговарајуће организације, односно лошег избора менаџмента и сл.

Тако рецимо, у смислу одредбе чл. 4 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Словеније, правна лица одговарају за кривично дело које је учинио извршилац у име, за рачун или у корист правног лица уколико:

1. Кривично дело представља извршавање противправне одлуке налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица;

2. Уколико су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на извршиоца или су му омогућили извршење кривичног дела;

3. Уколико располаже са противправно стеченом имовинском користи или користи предмете настале извршењем кривичног дела;

4. Уколико су руковедећи или надзорни органи правног лица пропустили дужан надзор над законитошћу рада њима подређених радника.

Типичан пример организационе одговорности садржан је у Кривичном законику Аустралије (*Criminal Code Act)* из 1995. године. Овај акт уводи концепт прописивања кривичне одговорности правних лица када управни одбор, високи орган управљања или пословна (организациона) политика подстичу ситуације које доводе до извршења кривичних дела.

Најближи решењу из постојећег Закона о привредним преступима је решење кривичне одговорности правних лица из чл. 28а Кривичног законика Македоније, према коме правна лица кривично одговарају не само путем одговорности одговорних лица, него и путем пропуштања дужног надзора од стране органа управљања.

Према одредби чл. 3 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Хрватске казниће се правно лице за кривично дело одговорног лица ако се њиме повређује нека дужност правног лица

или је њиме правно лице остварило или требало остварити противправну имовинску корист за себе или другога. Под условима из првог става овог члана правно лице ће се казнити за кривична дела прописана Кривичним закоником и другим законима у којима су прописана кривична дела.

Решење питања одговорности правног лица за кривична дела садржано у одредби чл. 6 поменутог Закона је индентично предлогу који је био утврђен у чл. 10 Нацрта Закона о привредним преступима из 2000. године, у коме је било утврђено да је правно лице одговорно за привредни преступ ако је до извршења привредног преступа дошло радњом њеног одговорног лица или пропуштањем дужног надзора од стране одговорног лица у том правном лицу. Ни ту, дакле, није била предвиђена могућност заснивања одговорности правног лица за привредни преступ на основу радње пропуштања дужног надзора од стране органа управљања. Ово решење је у поменутом Нацрту Закона о привредним преступима образложено на следећи начин:

„У ст. 3, чл. 10 унет је став праксе који је оријентисан ка ограниченој објективној одговорности правног лица, у смислу да се за постојање те одговорности тражи виност одговорног, односно овлашћеног лица. Овај став праксе има своје оправдање, јер је у случају чисте објективне одговорности правног лица долазило до нелогичних случајева да правно лице одговара и кад је привредни преступ учињен под утицајем принуде или претње неурачунљивог одговорног лица. Ово је везано за допуну чл. 1 јер је потпунује регулисана област одговорности за привредне преступе“. Дакле, такав предлог је био усмерен ка субјективизацији одговорности правних лица за привредне преступе, насупрот до тада важећем већинском схватању да је та одговорност објективна, а да је само одговорност одговорног лица субјективна.

Све ово доказује да је уношење одговорности правних лица за кривична дела у законодавство Србије само наставак већ успостављене одговорности правних лица за привредне преступе и да се без обзира на велики број нових теорија по питању те одговорности, она и сада заснива на истим или сличним решењима као и у Закону о привредним преступима. Није се зато у правној теорији произвољно тврдило да је одговорност правних лица за привредне преступе у ствари кривична одговорност правних лица, са напоменом да су је неки теоретичари ипак називали „паракривичном“ одговорношћу, са предлогом да се она мора заменити са „чистом“ кривичном одговорношћу правних лица.[9] Коначно је то сада прихваћено у новом Закону о одговорности правних лица за кривична дела. Ово се решење, уз-

[9] М. Врховшек, *Одговорност правних лица за привредне преступе или кривична одговорност de lege ferenda*, 10–12.

гред речено, једино у Кривичном законику Македоније, исправно, тако и назива (чл. 28а носи наслов „Кривична одговорност правног лица“).

Трећи услов за могућност заснивања одговорности правног лица за кривична дела огледа се у томе да се мора утврдити да је учинилац одређеног кривичног дела имао намеру да на тај начин за правно лице оствари корист. Овакво решење је, почев од Кривичног законика Француске, уграђено у већину кривичних законика земаља чланица Европске уније, али и земаља насталих распадом СФРЈ.

Потребно је, дакле, код учиниоца кривичног дела утврдити намеру да се његовим извршењем прибави за правно лице нека имовинска или било каква друга корист. За могућност заснивања одговорности правног лица за извршено кривично дело није од значаја да је правно лице ту корист и остварило. Насупрот оваквом решењу у новом српском Закону, у чл. 4 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Словеније и у чл. 28а Кривичног законика Македоније, предвиђено је да је неопходно да је та корист за правно лице и остварена. У чл. 3 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Хрватске је, пак, утврђено да се та одговорност може засновати ако је извршењем кривичног дела од стране одговорног лица правно лице остварило или је требало да оствари противправну имовинску корист за себе или за другога. Идентично решење овог питања утврђено је и у Закону о одговорности правних лица за кривична дела у Црној Гори.

Међутим, тач. 1. Препоруке R(88)18 Комитета Министара Савета Европе државама чланицама предвиђа да би предузећа требало да буду одговорна за кривична дела учињена у пословању, чак и када је извршено кривично дело страно интересима предузећа. У тачки 18. Препоруке I. 1. која излаже главни предмет, предвиђено је да би предузећа требало да буду одговорна за кривична дела учињена у вршењу својих делатности. То се примењује се независно од тога да ли су радње које представљају кривично дело предузете у сврху прибављања користи предузећу или су стране тој сврси. Ипак, ово би требало тумачити у вези са Препоруком I. 4, која се бави ослобађањем од одговорности. Према тач. 4, предузеће би требало да буде ослобођено од одговорности када његово управљање није уплетено у кривично дело и када је предузело све неопходне кораке да се спречи његово наступање.

Шта је разлог да се у Закону одустало од препорученог решења спорног питања? Основни разлог је што се у смислу чл. 6, ст. 1 Закона одговорност правног лица за кривично дело заснива само на одговорности одговорног лица (његовој кривици) за учињено кривично дело, а не и на пропуштању дужног надзора од стране органа

управљања или пак на радњама органа управљања којима се доприноси учиниоцу да учини кривично дело. Пошто овај услов није предвиђен, онда и не постоји могућност ослобађања правног лица од одговорности за учињено кривично дело, јер се и не може ценити да ли су колективни органи управљања пропустили или не дужан надзор над пословањем правног лица или, пак, да ли су или не допринели извршењу одређеног кривичног дела и да ли су или не предузели све неопходне мере да се спречи његово извршење. Доказ изнетом налазимо, између осталог, и у решењу основа одговорности правног лица за кривично дело предвиђеног у чл. 6, ст. 2 Закона, који гласи: „Одговорност правног лица из става 1. овог члана постоји и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела у корист правног лица од стране физичког лица које делује под надзором и контролом одговорног лица".

Значи, ни у овој одредби се не предвиђа пропуштање дужног надзора од стране колективног органа управљања, као што је то био случај код одговорности правних лица за привредне преступе, већ само непостојање надзора или контроле од стране одговорног лица над другим физичким лицима у правном лицу, која немају својство одговорног лица.

Према томе, одговорност правног лица се не може заснивати на извршењу кривичног дела од стране других лица која немају својство одговорног лица, већ је потребно да је истовремено одговорно лице пропустило дужан надзор, односно контролу над радом тих осталих лица. У том случају, уколико се утврди да је извршено кривично дело од стране лица која немају статус одговорног лица, а није изостао надзор или контрола одговорног лица над њима, правно лице би могло бити ослобођено за кривично дело извршено под тим условима.

На крају, истакнимо још да је у чл. 5 Закона о одговорности правних лица за кривична дела Црне Горе питање стицања имовинске користи за правно лице путем извршења кривичног дела усклађено са поменутом препоруком, с обзиром да је утврђено да „одговорност правног лица постоји и онда када је деловање одговорног лица било у супротности са пословном политиком или налозима правног лица". Оваквом решењу се у кривичноправној литератури већ износе примедбе постављањем питања како ускладити овај услов са претходнима, по коме одговорно лице треба да делује у име правног лица, у оквиру својих овлашћења и са намером прибављања имовинске или друге користи правном лицу, а да одговорност постоји чак и ако је деловање одговорног лица било у супротности са пословном политиком или налозима правног лица. Нису ли ови основи међусобно кон-

традикторни? У сваком случају овај последњи основ би требало у Закону преиспитати.[10] Јер, ако је одговорно лице поступало супротно политици и налозима правног лица, то би требало да представља управо разлог за искључење одговорности правног лица, с обзиром да одговорно лице поступа ван оквира својих овлашћења.

Неконсеквентност оваквих решења произилази из тога што је одговорност правног лица везана искључиво за поступање одговорног лица, а не и за радње или пропуштање дужног надзора од стране органа управљања и надзора правног лица.[11]

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Законодавство Републике Србије до сада је регулисало одговорност правног лица као субјекта прекршајне одговорности или као субјекта одговорног за привредне преступе. Данас је неспорно да и правна лица могу бити одговорна за кривична дела. Одговорност правног лица за кривична дела је нови институт у савременом правном систему и његово постојање неопходно је у борби против привредног и организованог криминала (на пример, у извршењу кривичног дела трговине људима често су укључена правна лица која се баве различитим делатностима – превозом, пружањем услуга посредовања при запошљавању и слично). Стога је и било потребно да се створи законска могућност процесуирања правних лица за кривична дела.

Развојни тренд показује да ће одговорност правних лица за кривична дела морати у својим законодавствима да утврде све државе чланице Савета Европе и Европске уније. Темељи одговорности правних лица указују да више неће бити довољна само објективна одговорност правних лица, већ да је неопходно утврдити посебан облик кривичне одговорности, који ће бити прилагођен карактеру и особинама правних лица.[12]

Идеја кривичноправног кажњавања правних лица, уз истовремено кажњавање одговорног лица, се јавља као последица појаве разнородних облика криминала (наведимо, тек примера ради, организовани, привредни криминал, дела против животне средине и

[10] Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић, *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дела*, Цетиње 2007, 26.

[11] В. Камбовски, „Превенција и репресија корпоративног економског криминала“, Златиборски дани права 2008, *Зборник радова „Промене у правном систему Републике Србије“*, Нови Сад 2008, 134–135.

[12] М. Врховшек, „Нешто више о ратификованим међународним конвенцијама у области кривичног права“, *Право-теорија и пракса* 11/2002, 8.

здравља људи) који се не може спречити кажњавањем појединца, али је забрана рада правног лица врло делотворна мера. Ове мере се сматрају ефикасним у превентивном смислу, али се њима тешко могу казнити заиста криви појединци. Дерогирањем правила *societas delinquere non potest* отварају се безбројна питања редефинисања индивидуалистички конципираног кривичног права.[13]

Већина норми међународног кривичног права које налажу инкриминисање појединих понашања као казнених дела и примену других казнено правних мера и поступака (конфискација, итд.) има карактер норми стандарда. Обавеза за њихово испуњавање подразумева уношење инкриминација и врсте одговорности за поједине субјекте (правна лица) у позитивно казнено законодавство појединих држава.[14] Тако је текст поменутог Закона усаглашен са правним стандардима садржаним у следећим међународним документима: Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе, Конвенција Уједињених нација против корупције, Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, Конвенција Организације за економски развој и сарадњу о борби против подмићивања страних државних службеника у међународним пословним трансакцијама, Препорука R(88) 18 Комитета министара Савета Европе у вези с одговорношћу предузећа за кривична дела учињена приликом обављања њихових делатности. На основу свега изложеног може се основано закључити да су питања која обухватају основне услове одговорности правног лица за кривично дело у Закону добро и адекватно решена у складу са наведеним правним стандардима садржаним у многобројним међународним документима и препорукама Савета Европе у вези са одговорношћу предузећа (привредних субјеката), односно правних лица, за кривична дела учињена приликом обављања њихових делатности.

Ипак, питање основа одговорности могло је бити решено и на другачији начин. Пре свега, ту мислимо на околност да се у нашем праву кривична одговорност правних лица, као новина, надовезује на решења која су већ постојала у нашем казненом систему у облику одговорности правних лица за привредне преступе, која је дала добре резултате преко 60 година на криминално политичком плану суз-

[13] И. Симовић, *Казне у предлогу кривичног законика Србије, Казнено законодавство: Прогресивна или регресивна решења*, Београд 2005, 119; иста, „Кривична одговорност правних лица и привредни преступ: да ли је разликовање само терминолошке природе?“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/1995.

[14] В. Камбовски, „Примена међународног казненог права у националном казненом законодавство: покушај синтезе“, *Примена међународног кривичног права у националном законодавствима* (Уводно излагање на међународном научном скупу у организацији Удружења за међународно кривично право), Интермекс, Београд 2005.

бијања делатности правних и одговорних лица којима је угрожаван уређени привредни или финансијски систем једне земље. У том систему се основ одговорности правних лица заснивао пре свега на чињеници да правна лица врше радње преко својих органа управљања, пропуштањем дужног надзора или контроле над радом одговорних лица, с тим да су те радње са правног гледишта њихове радње, а не радње лица која су их у име правног лица предузеле. Ове радње истовремено, представљају и манифестацију воље правног лица која није позајмљена од органа, већ постоји као колективна воља правног лица, као целине, а преко органа се само изражава. Из тога произлази да одговорност правних лица за привредне преступе није изведена од физичких лица која у име правног лица делају, већ је заснована на самим радњама правних лица које су, као такве, правно признате. Кроз њихово предузимање изражава се однос правних лица према њиховим обавезама које за њих настају из права која су им призната.[15]

Овакво решење основа одговорности могло је бити уграђено и у основ одговорности правних лица за кривична дела у новом српском Закону о одговорности правних лица за кривична дела, како је то урађено у истоветним законима Словеније, Федерације БиХ, Републике Српске, Дистрикта Брчко и Македоније, дакле, на решењу које се заснива на концепцији аутономне одговорности правног лица. Додатни разлог налазимо у чињеници да је овакав начин регулисања основа одговорности правних лица за кривична дела предвиђен већ наведеном Препоруком R (88) 18 Комитета министара Савета Европе, као и то да је овакав модел уграђен у многобројне конвенције и резолуције донете на међународном плану.

Аутономна или претпостављена одговорност правног лица у наведеним законима, препорукама и конвенцијама се заснива на противправном поступању органа правног лица, а не на неким, посматрано са аспекта одговорности, неутралним чињеницама, које се узимају као довољан основ за објективну одговорност, као то, на пример, да је дело извршено од стране одговорног лица или да је исто извршено у корист правног лица. Неконсекветност основа одговорности правног лица за кривично дело у новом српском Закону, исто као и у црногорском, произлази из тога што је одговорност правног лица везана искључиво за поступање одговорног лица, а не и за радњу пропуштања дужног надзора од стране органа управљања и надзора правног лица.

[15] М. Ђорђевић, *Кривична одговорност правних лица*, Београд 1968, 109.

Miroslav Vrhovšek, PhD

Professor Emeritus
Business Academy, Novi Sad

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS

Summary

The National Assembly of the Republic of Serbia recently enacted the *Law on Liability of Legal Persons for Criminal Offences*. The new Law indicated a shift toward the new conception of liability of legal entities in Serbian law. The author scrutinizes its provisions, and concludes that they are in compliance with the international documents and recommendations on corporate criminal liability. Nevertheless, the author disapproves of the newly introduced grounds of criminal liability of legal persons. Namely, the new rules concerning the grounds of liability could have been put together in a way which would be less extravagant from the viewpoint of the Serbian doctrine of criminal law, and more in line with the prevailing ideas on grounds of criminal liability of legal entities.

The author points out that the idea of corporate liability is no stranger to the Serbian criminal law and legal doctrine. Still, one of distinctive features of Serbian law was that legal persons were subject only to liability for commercial offences – as opposed to criminal offences, for which solely natural persons could have been held liable. The new *Law on Liability of Legal Persons for Criminal Offences* brought a change in this understanding. The author examines the ideas behind the two solutions and criticizes the new one as inconsistent; since it makes liability of legal entity contingent on the acts or omissions of natural person acting on its behalf – while it falls short of establishing liability of legal entity for failing to perform (via its organs) oversight or control over the acts or omissions of natural person acting on its behalf.

The author maintains that the idea of liability for commercial offences subsisted in Serbian law for more than 60 years; and responded well to the need to suppress the wrongful activities of legal persons, and natural persons they employ. Furthermore, this idea does not contravene any of the international documents and recommendations on corporate criminal liability. On the contrary, it survived recent changes in the laws of most of the countries in the region, which traditionally regard liability of legal entities as liability for *commercial* offenses – and not as liability for *criminal* offences This is true for the Republic of Slovenia, the Federation of Bosnia and Herzegovina, the Republic of Srpska, Brčko District and the Republic of Macedonia.

Key words: *Criminal liability of legal entities. – Conditions of liability. – Grounds of liability. – Limits of liability.*

УДК 340.134:336.226.11(497.11)

мр Милош Милошевић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ЗАКОН О ПОРЕЗУ НА ДОХОДАК ГРАЂАНА У СВЕТЛУ ЧЛАНА 91, СТАВ 2 УСТАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

У Републици Србији принцип опорезивања према економској снази (моћи) обвезника досегао је ранг уставног начела. Задатак је законодавца да позитивном нормом удахне живот прокламованом уставном начелу. У раду аутор испитује у којој је мери законодавац испунио поменути задатак анализом одређених решења из постојећег Закона о порезу на доходак грађана (Сл. гласник РС, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06 и 65/06). Закључак до кога у свом истраживању долази није нимало позитиван. Овакво стање може се превазићи само свеобухватном реформом која ће за резултат имати правичан систем синтетичког пореза на доходак грађана.

Кључне речи: *Порез на доходак грађана.– Принцип опорезивања према економској снази.– Уставни принцип.*

1. УВОД

Прошлогодишње конституисање Уставног суда Србије, у чију надлежност спада и оцена сагласности закона и других општих аката са Уставом Републике Србије,[1] послужило је као инспирација за предстојећу анализу уподобљености Закона о порезу на доходак грађана[2] (у даљем тексту: Закон) уставном принципу опорезивања према економској моћи (снази) обвезника.[3] На тај начин аутор на-

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политиколошки и социолошки аспекти.*

[1] Чл. 167 Устава Републике Србије.

[2] У време предаје рада на снази је био Закон о порезу на доходак грађана (ЗПДГ), *Сл. гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06 и 65/06.

[3] Чл. 91, ст. 2 Устава Републике Србије.

стоји да да свој скроман допринос, а уједно и подстицај, што бржем напуштању досадашње праксе спорадичних парцијалних измена важеће регулативе опорезивања дохотка грађана. Коришћење ингеренција Уставног суда свакако би могло убрзати толико одлагану свеобухватну реформу система пореза на доходак грађана чији је крајњи циљ правичан, ефикасан и транспарентан систем овог пореза као фундамент чврстог пореског морала.

2. ДЕФИНИСАЊЕ САДРЖИНЕ ПРИНЦИПА ОПОРЕЗИВАЊА ПРЕМА ЕКОНОМСКОЈ СНАЗИ

С обзиром на фискални значај пореза на доходак грађана,[4] због којег носи ласкаву титулу „краљице међу порезима“ (*Queen of Taxes*), веома је значајно поставити га на темељу принципа правичног опорезивања који је код нас, у руху опорезивања према економској снази, већ нашао своје место међу традиционалним уставним принципима.[5] Чини се, при томе, да је исправно детерминисање економске снаге оличене у дохотку, нужна полазна основа за сваку даљу анализу. Задатак је, дакле, поставити минималне захтеве, чије поштовање води утврђивању расположивог дохотка обвезника као адекватном показатељу његовог индивидуалног пореског потенцијала. Реч је о следећим захтевима који нужно морају наћи свој израз у закону.

Целокупан доходак обвезника подвргава се опорезивању.– Реч је заправо о фон Шанц-Хејг-Симонсовом (*von Schanz-Haig-Simons*) концепту дохотка базираном на теорији чистог приноса (нем. *Reinve rmögenszugangstheorie*). По овој теорији, доходак би обухватио сваки остварени приход независно од извора из кога је тај приход потекао, односно принос који је лице остварило у посматраном временском интервалу.[6] Појам дохотка, заснован на теорији извора (нем. *Quellentheorie*), пруског државног секретара Фуистинга (*Fuisting*), не представља адекватан показатељ економске снаге обвезника будући да изузима приходе потекле из извора несталног карактера (на пример, добитке од игара на срећу), као и свако увећање вредности самог извора.

Опорезује се тржишни доходак (нем. *Markteinkommens-prinzip*). – Обухват опорезивања не треба проширивати на потенцијални доходак, тј. доходак који је обвезник, с обзиром на окол-

[4] У нашој земљи порез на доходак грађана представља најиздашнији порески приход иза пореза на додату вредност, в. Министарство финансија, *Билтен јавних финансија за јануар 2008. године*, Београд 2008.

[5] О томе у којим је још државама овај принцип стекао ранг уставног начела, в. K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung I,* Koeln 2000, 488–490.

[6] Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Будимпешта 1997, 502.

ности, могао остварити. Тиме се заправо искључује опорезивање импутираног дохотка, који би обвезник могао остварити жртвујући време проведено у доколици, импутиране закупнине коју би обвезник могао остварити издајући непокретност под тржишним условима и сличних вредности. Опорезивање потенцијалног дохотка коси се, донекле, и са уставним принципом права на слободни развој личности.[7] Порез на потенцијални доходак лица има карактер додатне „подстицајне" мере чији је циљ преусмеравање из сфере доколице у сферу рада и привређивања. „Подстицајни" карактер оваквог пореза поткрепљен је, најпре, угрожавањем ликвидности, а затим и личности самог пореског обвезника уколико би исти покушао да се оглуши о намеру законодавца исказану оваквим опорезивањем.[8]

Опорезује се фактички доходак (нем. *Ist-Besteuerungsprinzip*).– Обвезник је дужан пријавити и подвргнути опорезивању свој стварно реализовани доходак. Опорезивање претпостављеног дохотка који је обвезник остварио, односно могао остварити према околностима конкретног случаја, овим захтевом начелно се искључује. Евентуално одступање изискује нарочито оправдање. У циљу избегавања могућих забуна, упутно је овај захтев разграничити од претходно наведеног. Овде се заправо ради о случају када је обвезник *остварио* тржишни доходак, али би његово утврђивање и опорезивање у стварном износу било скопчано са незаобилазним тешкоћама, те се стога као друго-најбоље решење узима опорезивање дохотка за који се претпоставља да га је обвезник остварио, односно могао остварити у околностима конкретног случаја. Смисао захтева за опорезивањем тржишног дохотка је, са друге стране, избегавање опорезивања реално *неоствареног* – импутираног дохотка. Поједини аутори не праве овакву дистинкцију и у овом смислу говоре о јединственом захтеву.[9]

Принцип опорезивања дохотка према његовој реалној вредности (нем. *Realwertprinzip*). – Овај принцип представља још један значајан корак у правцу сагледавања истинског економског потенцијала обвезника. Порески потенцијал једног лица одмерава се према његовој реалној економској снази израженој обимом добара и услуга које обвезник на тржишту својим дохотком може купити зарад задовољења својих потреба. Пад реалне вредности дохотка, изазван инфлаторним учинцима, умањује обвезникову реалну економску снагу, а тиме и његов истински порески потенцијал. Из опорезивања треба изузети и тзв. „привидне добитке," који су последица поменутих учинака и не одражавају реално увећање економске снаге обвезника.

---

[7] Чл. 23 Устава Републике Србије.

[8] Другачије у том смислу K. Tipke, *Die Steuerrechtsordnung II,* Koeln 2003, 632–633.

[9] K. Tipke, (2003), 497.

Објектни нето-принцип (нем. *objektives Nettoprinzip*).– Овај принцип налаже умањење суме остварених прихода за износ трошкова насталих при њиховом остварењу, односно очувању. Коначну слику о успеху пословања једног привредног субјекта можемо стећи имајући у виду његов целокупан пословни век. Годишње утврђени добици, односно губици, последица су вештачки установљеног, периодичног утврђивања пословног резултата, мотивисаног најразличитијим разлозима, свакако и оним пореске природе. Померањем рокова за утврђивање пословног резултата субјекта у питању, добит може лако прерасти у губитак и обратно. Стога је нужно, а у потпуности у складу са логиком објектног нето-принципа, губицима придати порески значај, једнак ономе који се, придаје добицима.

Субјектни нето-принцип (нем. *subjektives Nettoprinzip*).– Овај принцип најбоље одсликава настојање да се опорезивању подвргне расположиви доходак као једини исправни показатељ индивидуалног пореског потенцијала. Георг фон Шанц (*Georg von Schanz*) је још крајем XIX века увидео да је опорезивање дозвољено тек на оном нивоу дохотка појединца када почиње уживање његовог сувишка.[10] Онај део обвезниковог дохотка, који је неопходан за задовољење његових минималних егзистенцијалних потреба, мора бити изузет из пореског захватања. Оно што је резервисано за голу егзистенцију не може бити расположиво. Занемаривање поменутог постулата уједно грубо колидира и са уставним принципом заштите људског достојанства.[11] Наметање обавезе плаћања пореза лицу које је зарадило таман толико да може задовољити своје најосновније потребе угрозило би његову егзистенцију. Може ли се говорити о достојанственом животу човека који је у глади, хладноћи, потреби? Проблем додатно добија на снази у друштвима са великим бројем становника на граници или испод границе сиромаштва, какво је и наше. Поред средстава резервисаних за задовољење сопствених егзистенцијалних потреба обвезника, фискус мора остати ускраћен и за износ трошкова егзистенцијалног минимума чланова његове најуже породице. Бројне су одредбе којима се обвезнику намеће *обавеза* издржавања и старања о члановима најуже породице. Уколико обвезник има обавезу коју нужно *мора* испунити, онда средства за то намењена не могу бити доступна за опорезивање.

Не морамо се нужно бавити пореским правом да бисмо закључили да је у складу са опорезивањем *према* економској снази, висина пореског терета директно зависна од исправно одмереног пореског потенцијала обвезника, тј. његове економске снаге. Томе следствено, једнака економска снага мора бити опорезована у истом износу (хо-

[10] G. Schanz, *Handwoerterbuch der Staatswissenschaften III*, 1892, 325.

[11] Чл. 23 Устава Републике Србије.

ризонтална правичност), неједнака у различитом, сразмерно економској снази (вертикална правичност). Хоризонтална правичност често се, исправно, користи као синоним за једнакост у опорезивању. Једнакост у опорезивању стога се никако не може поистоветити са једнаким опорезивањем лица која се нађу у законски једнаким ситуацијама. Једнакост у опорезивању значи једнако опорезивање лица са једнаком економском снагом. Тек уколико је исправна интерпретација економске снаге законски утемељена, може се говорити о једнакости у опорезивању двају лица која су се нашла у законски једнаким ситуацијама.

Вођени тежњом ка правичнијем опорезивању, све су чешћи гласови у литератури који се отворено залажу за прелазак на синтетички систем опорезивања дохотка.[12] Синтетичко опорезивање, насупрот цедуларном, све приходе третира на једнак начин, и тако гарантује јединствен порески режим, независно од извора односног прихода. Полазећи од наведеног, лако је установити да је синтетичко опорезивање незаобилазни, чак кључни фактор у правцу остварења хоризонталне правичности у опорезивању. Остварење вертикалне правичности обично се везује за пореску тарифу.

3. УСАГЛАШЕНОСТ САДАШЊЕГ СИСТЕМА ПОРЕЗА НА ДОХОДАК ГРАЂАНА С УСТАВНИМ ПРИНЦИПОМ ОПОРЕЗИВАЊА ПРЕМА ЕКОНОМСКОЈ МОЋИ (СНАЗИ) ПОРЕСКОГ ОБВЕЗНИКА

Покушајмо сада да анализирамо у којој је мери систем пореза на доходак грађана у нас, установљен истоименим Законом, прилагођен постављеним принципима. Тиме уједно износимо ставове о његовој базичној компатибилности уставном начелу опорезивања према економској снази (моћи) обвезника. Како бисмо остали доследни постојећој систематици рада, намера је да се Закон о порезу на доходак грађана испита са најзначајнијих аспекта сваког појединачно изнетог принципа.

Целокупан доходак обвезника подвргава се опорезивању.– Дефиницијом дохотка из чл. 2 Закона законодавац је истакао своју начелну привржености горе поменутој теорији чистог приноса. „Порез на доходак грађана плаћа се на приходе *из свих извора*, сем оних који су посебно изузети овим законом“, наведено је у чл. 2, ст. 1 Закона. О којим се врстама прихода заправо ради таксативно је наведено у следећем члану. Реч је о зарадама, приходима од пољопривреде и

[12] З. Исаиловић, „Реформа пореза на доходак грађана у Србији“, *Правни живот* 10/2006, 827–845.

шумарства, приходима од самосталне делатности, приходима од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, приходима од капитала, приходима од непокретности, капиталним добицима (који би по теорији извора остали неопорезовани) и осталим приходима.[13] Управо се категоријом „осталих прихода“[14] штити принцип прокламован у чл. 2 Закона, будући да се под њеним окриљем опорезује и „сваки други приход који није опорезован по другом основу или није изузет од опорезивања или ослобођен плаћања пореза по овом закону.“[15]

Опорезивање према економској снази не може бити апсолутно, али свако нарушавање овог уставног принципа захтева разумно оправдање. Исто важи и за његове конститутивне принципе. Каталог прихода „који су посебно изузети од опорезивања“ у смислу чл. 2, ст. 1 садржан је у чл. 9 Закона, који услед свеобухватности неће бити посебно цитиран у раду.[16] Такође, није задатак овог рада да анализира у којој мери *сваки* појединачно наведени приход заслужује своје место у каталогу поменутог члана. Ближи увид у њихове специфичности (сврху, природу, висину и сл.) води закључку да је законодавац у већини случајева исправно поступио издвајајући их из обухвата опорезивања. Тако приходи попут дечијег додатка, накнаде за време незапослености, материјалног обезбеђења у складу са законом представљају врсту „социјалних“ примања која не инкорпоришу опорезиву економску моћ њихових корисника у складу са субјектним нето-принципом. Сваки војни обвезник који своју обавезу служи било у редовном саставу Војске Републике Србије, било у цивилној служби, посведочиће да је накнада коју остварује недовољна за задовољење елементарних индивидуалних потреба, што њено опорезивање опет чини инкопатибилним са субјектним нето-принципом. Не смемо заборавити да за време одслужења војног рока по чл. 79 Закону о раду[17] долази до мировања радног односа, што исплаћену накнаду за највећи број обвезника чини јединим приходом. Затим, накнада из осигурања имовине, као и накнада материјалне и нематеријалне штете у смислу чл. 9, ст. 1, тач. 7 и 8 Закона не могу се, по својој природи, третирати као приходи који *увећавају* економску снагу обвезника, бу-

[13] Чл. 3, ст. 1 ЗПДГ.

[14] Осталим приходима у смислу Закона сматрају се: приходи које обвезник оствари давањем у закуп опреме, транспортних средстава и других покретних ствари, добици од игара на срећу (који би по теорији извора остали неопорезовани), приходи од осигурања лица, приходи спортиста и спортских стручњака и други приходи, осим оних прихода који су посебно изузети Законом. В. чл. 81–85 Закона о порезу на доходак грађана.

[15] Чл. 85, ст. 1, тач. 14 ЗПДГ.

[16] О којим се приходима конкретно ради, в. чл. 9 ЗПДГ.

[17] Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005 и 61/2005.

дући да ступају на место првобитно претрпљене штете која је резултовала умањењем његове економске снаге. Спорно је, међутим, због чега се, на пример, накнада за рад лица у органима за спровођење избора или за попис становништва нашла у каталогу прихода који се изузимају од опорезивања.

На овом месту ваља напоменути да само они приходи који то својом природом или сврхом заслужују треба да буду обухваћени оваквим чланом. Објективна чињеница да су износи исплаћене врсте прихода континуирано ниски (попут накнаде војним обвезницима), не чини их подобним да буду обухваћени оваквом одредбом. Лица која остварују ниске приходе, независно од њихове врсте, треба штитити заштићеним, неопорезивим егзистенцијалним минимумом.

Почев од 2004. године не утврђује се и не плаћа порез на катастарски приход од пољопривреде и шумарства. Иако за овакво опредељење законодавца постоје практични разлози (ревалоризација катастарског прихода није вршена од средине деведесетих година прошлога века, услед чега је пореска обавеза по овом основу постала бесмислено ниска), у њему видимо битно одступање од уставног принципа опорезивања према економској снази. Са овог аспекта, реформа система опорезивања прихода од пољопривреде и шумарства је неопходна и хитна.

Опорезује се тржишни доходак.– Неспорно је да тржишни доходак није најпрецизнији показатељ економске снаге једног лица. И вантржишно чињење, односно нечињење обвезника може изазвати промене његове економске снаге. Тако, на пример, ангажман у домаћинству индиректно увећава економску снагу појединца, будући да изостају трошкови који би у немогућности таквог ангажмана нужно настали. Уколико би лице склоно доколици време проведено пред телевизором жртвовало чешћим посетама канцеларији, смањио би се јаз између његове реалне и потенцијалне економске снаге. Наведени примери воде закључку да тржишни доходак, као референтна јединица за одмеравање економске снаге, готово увек заостаје за стварном коју је, из прагматичних разлога, најчешће тешко обухватно сагледати. Стога је наш законодавац исправно поступио када је пореску основицу везао за доходак остварен на тржишту.[18]

Опорезује се фактички доходак.– Наш Закон, по правилу, за полазну величину у процесу утврђивања основице пореза узима реализовани приход. У више наврата законодавац говори о *оствареном*

[18] Наш законодавац отишао је и корак даље. Чл. 9 ЗПДГ изузима из обухвата опорезивања најзначајније облике нетржишних трансферних примања. Насупрот оваквом приступу, и најватренији поборници теорије опорезивања тржишног дохотка подржавају опорезивање трансферних примања, под претпоставком да су надмашила егзистенцијални минимум, в. K. Tipke, (2003), 631.

или *стварном* приходу.[19] Тек неколико случајева изузима се из поменутог режима.

Опорезивање катастарског прихода од пољопривреде и шумарства пример је мањег значаја, с обзиром да се почев од 2004. године, као што је већ навеедено, по самом закону, порез на овако утврђен приход не убира. У пракси је познато свега неколико случајева у којима се лице које остварује приход од пољопривреде и шумарства определило за плаћање пореза према фактичком приходу. Овакав податак уопште не чуди, будући да се обвезник законски ослобађа обавезе плаћања пореза уколико оптира за опорезивање према катастарском приходу.

Најзначајнији изузетак од опорезивања фактичког дохотка несумњиво представља опорезивање паушално одређеног прихода од самосталне делатности. Близу 60% од укупног броја обвезника овог пореза налази се у паушалном режиму.[20] Иако се оваквом техником утврђивања пореске основице систем опорезивања дохотка заправо удаљава од принципа хоризонталне правичности, она је оправдана и нужна уколико је обвезник *незаобилазним објективним* тешкоћама онемогућен у одређивању свога фактичког дохотка.[21] Самом фискусу паушални режим пружа виши степен сигурности у погледу пројекције очекиваног прихода и његове наплате. Задатак је и обавеза Пореске управе да оцени постојања *незаобилазних објективних* тешкоћа приступа ригидно, како и они субјекти за које је реално очекивати да исте могу превазићи не би неоправдано уживали једнак режим.

Поред поменутог, Закон наводи још један случај у коме опорезивање базирано на претпостављеном приходу изгледа оправдано и нужно. Реч је о ситуацији у којој обвезник својим нечињењем у виду неподношења пореске пријаве заправо иницира активности Пореске управе, чији је циљ процена пореске основице.[22] У којој се мери, при томе, претпостављени приходи поклапају са фактичким, директно зависи од карактера предузетих активности. Тако, на пример, може се очекивати да ће степен поклапања бити знатно виши уколико се службеници Пореске управе служе веродостојном пословном доку-

[19] Упор. на пример, чл. 16 (остварена зарада); чл. 22 и чл. 24 (стварни приход од пољопривреде и шумарства); чл. 31 (остварен приход од самосталних делатности); чл. 52, 52а и 53 (остварени приходи од ауторског права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине); чл. 66 (остварен приход од непокретности), итд.

[20] Д. Поповић, *Пореско право*, Београд 2008, 279.

[21] Клаус Типке (*Klaus Tipke*) прибегавање паушалном режиму сматра оправданим једино уколико би утврђивање фактичког дохотка водило несразмерним трошковима, в. K. Tipke, (2003), 497.

[22] Чл. 21 ЗПДГ.

ментацијом обвезника или техником унакрсне процене, него када прибегавају методи парификације.

Последњи законом предвиђени случај паушалног опрезивања вредан помена регулисан је у чл. 70 Закона. Очигледно мотивисан разлозима заштите пореске основице, законодавац је овластио порески орган да пријављени приход од непокретности утврди у висини прихода који се може постићи на тржишту за случај да пријављени заостаје за тржишним. Полазећи од рационалног економског интереса закуподавца, мишљења смо да би опорезивање импутиране разлике тржишног и пријављеног прихода у већој мери служило захтевима правичности у опорезивању од простог прихватања података презентованих од стране обвезника.

Принцип опорезивања дохотка према његовој реалној вредности.– Свој практичан израз овај принцип добија кроз институт „индексације," који је у нашем позитивном пореском законодавству почео да се примењује у изменама и допунама текста Закона спроведеним јула 2006. године.[23] Чл. 12а Закона предвиђа усклађивање фиксних динарских износа на годишњем нивоу, стопом раста цена на мало у календарској години која претходи години у којој се усклађивање врши, према подацима Републичког завода за послове статистике. Усклађени динарски износи примењују се од првог дана наредног месеца по објављивању тих износа, што представља обавезу Владе.[24] Сврставши ова усклађивања у надлежност Владе, законодавац је обезбедио њихово правовремено спровођење у прописаној временској динамици. Одредбом поменутог члана обухваћени су *сви* законом предвиђени фиксни динарски износи[25] који се одражавају на економску снагу обвезника. Реч је како о износима који тангирају приходну страну обвезниковог буџета, попут стипендија и кредита ученика и студената, тако и оних који погађају његову расходну страну, попут накнаде стварних трошкова превоза у јавном саобраћају за долазак на посао и повратак са посла. Индексација трошкова такође је неопходна јер њихово остављање на нивоу нижем од реалног има за последицу утврђивање објективно непостојећег вишег дохотка, што у крајњем ефекту води непримерено вишем пореском оптерећењу.

Поред законом утврђених, фиксних износа чији се одбитак, односно изузимање допушта у процесу утврђивања пореске основице, питање које је предмет овог поглавља значајно је и код испитивања пореског третмана прихода од капитала и капиталних добитака. Тако,

[23] В. Закон о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006 од 19. јула 2006. године.

[24] Чл. 12а, ст. 2 и 3 ЗПДГ.

[25] О којим је износима прецизно реч, в. чл. 12а ЗПДГ.

на пример, наш Закон у чл. 74, ст. 8 исправно предвиђа индексацију набавне цене у поступку утврђивања висине опорезивог капиталног добитка. Одсуство овакве одредбе довело би до опорезивања „привидних добитака" насталих као директна последица инфлаторних учинака, и поново непримерено вишег пореског оптерећења. Исто тако, камате остварене по основу депонованих динарских средстава код банке Законом су ослобођене опорезивања,[26] те је потреба за урачунавањем евентуалних инфлаторних учинака излишна. Власници девизних банковних депозита, међутим, немају право на овакву олакшицу, па опорезивање њиховог прихода обрачунатог по номиналној каматној стопи високом стопом пореза на приходе од капитала води опасности од пореског задирања у саму првобитно орочену супсанцу.[27] У условима стабилног курса динара инфлаторни учинци подједнако погађају власнике девиза као и власнике домаће валуте. Решење овог проблема је у опорезивању реалне камате, односно камате обрачунате реалном каматном стопом, која не занемарује инфлаторне учинке. Погледајмо у следећој табели колика мора бити номинална каматна стопа да би се при опорезивању под дејством одговарајуће стопе инфлације очувала реална супстанца првобитног штедног улога:[28]

Пореска стопа	5% инфлација	6% инфлација	7% инфлација	8% инфлација	9% инфлација	10% инфлација
19%	6,17%	7,41%	8,64%	9,88%	11,11%	12,35%
20%	**6,25%**	**7,50%**	**8,75%**	**10,00%**	**11,25%**	**12,50%**
22%	6,41%	7,69%	8,97%	10,26%	11,54%	12,82%
25%	6,67%	8,00%	9,33%	10,67%	12,00%	13,33%
30%	7,14%	8,57%	10,00%	11,43%	12,86%	14,29%
35%	7,69%	9,23%	10,77%	12,31%	13,85%	15,38%
40%	8,33%	10,00%	11,67%	13,33%	15,00%	16,67%
45%	9,09%	10,91%	12,73%	14,55%	16,36%	18,18%
50%	10,00%	12,00%	14,00%	16,00%	18,00%	20,00%
55%	11,11%	13,33%	15,56%	17,78%	20,00%	22,22%
60%	12,50%	15,00%	17,50%	20,00%	22,50%	25,00%

[26] Чл. 65, ст. 1, тач. 1 ЗПДГ.

[27] На овом месту треба напоменути да је Влада Републике Србије најавила укидање пореза на камату на штедне депозите у оквиру „антикризног пакета" за 2009. годину.

[28] Табела је преузета из W. H. Wacker, *Lexikon der deutschen und internationalen Besteuerung*, 1982, 277.

Полазећи од тога да се номинална каматна стопа на орочену штедњу у еврима на период од једног месеца до годину дана у пословним банкама узорка[29] креће у распону од 2 до 7,5%, уз ефективну пореску стопу од 20% и стална настојања Народне банке Србије да инфлацију одржи на једноцифреном нивоу, изгледа да се штедња једва своди на очување реалне супстанце првобитно депонованог новчаног улога.

У пореским системима са прогресивним опорезивањем дохотка грађана и пореска тарифа мора бити индексирана, како би се избегло да обвезник ефектом инфлаторног фискалног вучења буде подвргнут разреду пореске прогресије непримереном његовој реалној економској снази, уколико су њене транше везане за новчано изражене фиксне нивое дохотка.[30] Код нас за оваквим поступањем нема потребе, будући да се опорезиви приходи на цедуларном нивоу опорезују пропорционалном стопом. Иако се годишњи порез на доходак наплаћује по прогресивној тарифи, она је везана за троструки износ просечне годишње зараде по запосленом. Тако постављена, она се аутоматски прилагођава инфлаторним учинцима. Другачије би било да је прогресија везана за фиксне износе дохотка.

Објектни нето-принцип.– *У*тврђен је у чл. 2, ст. 2 Закона, према коме опорезиви приход[31] представља разлику између оствареног бруто прихода и трошкова које је обвезник имао при остваривању и очувању односног прихода, *ако* је то прописано Законом. Већ само језичко поимање наведене одредбе недвосмислено упућује на то да законодавац, иако је начелно препознао значај овог принципа за исправно сагледавање економске моћи обвезника, не инсистира на његовом консеквентном спровођењу, ограничавајући му дејство само на *Законом предвиђене случајеве*. Поменута неконсеквентност испољава се на неколико начина.

У неким случајевима се, на штету обвезника, неоправдано не признаје одбитак трошкова у непосредној вези са оствареним приходом. Тако, на пример, уколико обвезник подигне кредит у циљу куповине инвестиционих јединица отвореног инвестиционог фонда неће моћи износ оствареног примања умањити за доспеле камате. Супротно оваквом случају, увођењем категорије нормираних трош-

[29] У узорку су коришћени подаци преузети са сајта *www.kamatica.com/spisak-banaka* следећих пословних банака: Комерцијалана банка а.д., *Banca Intesa, Raiffeisen Bank, Societe Generale, Eurobank EFG* и *Hypo-Alpe-Adria*. Реч је о подацима од новембра 2008. године.

[30] Д. Поповић, (1997), 58.

[31] Будући да опорезиви приход према чл. 2, ст. 3 ЗПДГ чини заправо садржајну компоненту дохотка, доходак је, као скуп опорезивих прихода, величина индиректно подвргнута објектном нето-принципу.

кова законодавац је, на штету фискуса, при опорезивању прихода од непокретности, прихода од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, прихода од давања у закуп покретних ствари, прихода спортиста и спортских стручњака, као и других прихода, омогућио њихово умањење за реално непостојеће трошкове, будући да обвезник ову привилегију може користити независно од тога да ли су трошкови стварно настали или не. У случају да стварни трошкови превазилазе износ нормираних, а законодавац није допустио алтернативан одбитак стварних трошкова, штету ће поново сносити обвезник. Из изнетог произлази да су два обвезника чији је нето приход заправо једнак, вештачки доведени у неравноправан положај, јер ће његова висина варирати у зависности од његове законске категоризације и регулативе начина утврђивања. Поред тога, наш законодавац није предвидео могућност пребијања добитака и губитака насталих као позитивна, односно негативна разлика прихода и расхода из *различитих* извора, а у већини случајева ни преношење губитака односне приходне категорије у наредне пореске периоде. Овакво поступање није иманентно консеквентној примени објектног нето-принципа. Губитак у једној години значи да су трошкови већи од прихода, те би их требало пренети у наредне пореске године, ако тежимо опорезивању према *економској* моћи обвезника. Прави резултат, тј. економска снага неког лица, може се сагледати узимајући у обзир његов целокупан привредни век. Утврђивање опорезивог прихода и наплата пореза кроз призму једногодишњег пореског периода нужна је са техничког и фискалног аспекта, али никако не искључује коративне елементе који би допринели остварењу надпериодичне хоризонтале правичности.[32] Тако, полазећи од изузимајуће клаузуле на почетку наведене одредбе чл. 2, ст. 2 Закона, обвезник чији су стварни трошкови превазишли остварени приход од непокретности у датом пореском периоду исте неће моћи пренети у наредни. Дакле, само у изричито законом прописаном случају, попут капиталних добитака, овакво поступање је допуштено. Пребијање добитака и губитака из различитих извора апсолутно је искључено.

Субјектни нето-принцип.– У поступку израде основног текста Закона о порезу на доходак грађана,[33] који датира из већ давне 2001. године, законодавац је, за већину пореских обвезника, у потпуности пренебрегао чињеницу да, поред пословних, постоје и неки трошкови приватног карактера[34] који *нужно* умањују остварени доходак чи-

[32] О надпериодичној хоризонталној правичности в. М. Милошевић, „Начело правичности у опорезивању“, *Право и привреда* 5–8/2006, 977–993.

[33] В. *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001 од 12. априла 2001. године.

[34] Ради се о трошковима везаним за покриће основних егзистенцијалних потреба самог обвезника и чланова његове најуже породице.

нећи га, на тај начин, *недоступним* за опорезивање. Седам година касније, ситуација у домену цедуларног опорезивања појединих прихода и даље остаје неизмењена. Оваквим опорезивањем игноришу се извесне природне обавезе које налаже здрав разум и нагон за самоодржањем, често потпомогнуте законодавчевим ауторитетом, због оних других – неразумних.

Занимљива је одредба из чл. 15а, ст. 2 Закона, према којој се основица пореза на зараде, утврђена према одредбама Закона, умањује за износ од 5.560 динара. Овакво умањење могло би имати карактер заштићеног неопорезивог износа у смислу субјектног нето-принципа. Према подацима Републичког завода за статистику, просечна месечна расположива средства по домаћинству у 2007. години износила су 39.170 динара. Просечни издаци за личну потрошњу по домаћинству у истој години износили су 35.414 динара, од којих је чак 40,3%, односно 14.271,84 динара, одлазило на финансирање хране и безалкохолних пића.[35] Полазећи од тога да субјектни нето-принцип безусловно налаже да се из обухвата опорезивања изузму *реални* трошкови за *најскромније* задовољавање *елементарних* потреба појединца (исхрана, становање, одећа, огрев и сл.), већ први поглед на наведене податке јасно води закључку да то код нас није случај, чак и под претпоставком да оба супружника остварују зараду из радног односа. Поред тога, оправдано је поставити питање због чега је законодавац овакву олакшицу предвидео искључиво у случају пореског третмана зарада. Зар обвезници који остварују друге приходе немају право на трошкове егзистенцијалног минимума себе и чланова најуже породице?

Неко би овде могао приговорити да се у домену регулативе годишњег пореза на доходак грађана предвиђају лични одбици у корист самог обвезника, као и издржаваних чланова његове породице.[36] Дубља анализа ове одредбе показује, међутим, неколико нелогичности. Парадоксално је, најпре, да управо онај слој друштва који би се могао оквалификовати као „богатији“, стиче право на овакву олакшицу, иако је њихова потреба за њом, реално, најнижа. Исто тако, не видимо ни један разуман разлог, осим евентуално фискалног, због чега се укупан износ личних одбитака ограничава на 50% дохотка за опорезивање. Њиховим делимичним ускраћивањем у датим ситуацијама сама њихова сврха бива изиграна. Или, пак, због чега, лични

[35] О томе који су трошкови поред оних за финансирање хране и безалкохолних пића део структуре издатака личне потрошње в. сајт Републичког завода за статистику *www.webrzs.statserb.sr.gov.yu,* са кога су наведени подаци новембра 2008. године и преузети.

[36] Чл. 88 ЗПДГ.

одбитак за обвезника износи чак 40% просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици у години за коју се утврђује порез, према подацима републичког органа надлежног за послове статистике, док за његовог издржаваног брачног друга, и поред једнаких елементарних потреба, износи свега 15% од исте основице. На крају треба рећи да је услед високог цензуса за подвргавање годишњем порезу на доходак грађана број корисника ове олакшице широм Србије готово занемарљив у поређењу са укупним бројем обвезника пореза на доходак.

4. ХОРИЗОНТАЛНА ПРАВИЧНОСТ И ЦЕДУЛАРНО ОПОРЕЗИВАЊЕ КАО АНТИПОДИ

У условима синтетичког система опорезивања једино од испуњености постављених принципа зависи у којој ће мери идеал правичног опорезивања бити остварен. Ово, међутим, не важи и за цедуларно опорезивање, које је кључна компонента у нас заступљеног, мешовитог система.

Изнета анализа представља добру полазну основу за стварање сопственог суда о степену прилагођености домаће регулативе поменутим принципима. Но, и у случају када би истински порески потенцијал обвезника независно од порекла прихода био исправно одмерен, цедуларно опорезивање различитим стопама не би водило једнаком пореском оптерећењу једнаке (исправно одмерене) економске снаге.

Ни глобална компонента у руху годишњег пореза на доходак грађана није у стању да отклони неједнакости узроковане цедуларним опорезивањем. Уместо да у висини обрачунатог годишњег пореза омогући кредит у износу већ плаћеног цедуларног пореза и на тај начин и једнак порески третман лица чији је укупан доходак исти, елиминишући у потпуности негативне ефекте цедуларизације, Закон допушта само умањење пореске основице годишњег пореза за износ већ плаћених пореза. Тиме се, у најбољем случају, може ублажити настало кумулативно опорезивање, али се не може успоставити хоризонтална правичност. Поред тога, законодавац је пропустио да основицом овог пореза обухвати све претходно опорезоване приходе. И коначно, висок цензус за подвргавање годишњем порезу на доходак грађана, услед чега је неприменљив на највећи број обвезника, његову могућу корективну улогу у правцу правичнијег опорезивања гура у домен фикције.

5. ЗАКЉУЧАК

Потпуно одсуство субјектног нето-приципа и недоследна имплементација објектног принципа нужно воде неадекватно одмереном пореском потенцијалу обвезника посматрано са аспекта тежње ка правичном опорезивању. Диференцирани порески третман, условљен пореклом оствареног прихода, додатно продубљује неједнакости својствене оваквом режиму опорезивања. Ни глобална компонента нашег система не заслужује квалификацију корективне. Све то сведочи о степену раскола између позитивне регулативе и уставног принципа опорезивања према економској снази (моћи) обвезника. Остаје да се надамо да ће надлежни органи смоћи снаге да наставе с реформом система пореза на доходак грађана у нас, која је очигледно доспела у ћорсокак. Неочекивани „подстицај“ у том смислу може потећи и од судија Уставног суда.

Miloš Milošević, LLM

Assistant Lecturer,
University of Belgrade Faculty of Law

THE LAW ON PERSONAL INCOME TAX IN LIGHT OF ARTICLE 91(2) OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The ability-to-pay principle stands for one of the constitutional principles in the Republic of Serbia. It is the task of the legislator to bring this principle to life. Following a meticulous analysis of the existing *Personal Income Tax Law* (*Official Gazette of the Republic of Serbia* 24/01, 80/02, 135/04, 62/06 and 65/06), the author concludes that Serbian legislator has failed in fulfilling this task. The sole remedy for such failure would be an extensive tax reform which would result in a fair system of global income tax.

Key words: *Personal income tax. – Ability-to-pay principle. – Constitutional principle.*

УДК 336.225.64(497.11)

Светислав В. Костић

асистент – приправник Правног факултета Универзитета у Београду

РЕЗИДЕНТСТВО ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

Рад се бави условима за пореско резидентство физичких лица у српском пореском праву. На првом месту обрађен је сам концепт пореског резидентства, односно неограничене пореске обавезе, да би се затим прешло на разматрање услова који су прописани Законом о порезу на доходак грађана за пореско резидентство физичких лица. Посвећена је значајна пажња проблемима који су везани за примену законских норми и дати су предлози на који начин би оне могле бити побољшане. По обради унутрашњег законодавства, аутор анализира појам резидентства у уговорима о избегавању двоструког опорезивања које примењује Република Србија. На самом крају рада разматра се интеракција између домаћих прописа и пореских уговора, односно питање разликовања статуса физичког лица за потребе примене Закона о порезу на доходак грађана и одговарајућег уговора о избегавању двоструког опорезивања.

Кључне речи: *Физичко лице.– Резидентство.– Извор.– Порески уговор*.

1. УВОД

Српско пореско право, као и већина упоредних законодавстава, разликује неограничену и ограничену пореску обавезу. Када су у питању физичка лица, чл. 7, ст. 1 Закона о порезу на доходак грађана[1] одређује да је резидент Републике Србије обвезник пореза на доходак грађана за доходак остварен на њеној територији и у другој држави. Нерезидентна физичка лица су обвезници пореза на доходак грађана само за онај доходак који је остварен на територији Републике Србије.[2] Порески резиденти Републике Србије подвргнути су неограниченој (пуној) пореској обавези, док лица која немају овај ста-

[1] *Закон о порезу на доходак грађана* – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

[2] Чл. 8 ЗПДГ.

тус (нерезиденти) бивају опорезовани у складу са територијалним принципом распростирања пореске обавезе.[3]

Територијални принцип распростирања пореске обавезе (принцип извора) подразумева да само онај део дохотка који је остварен на територији неке државе (или имовина која се у њој налази) подлеже опорезивању у њој. До пре неколико деценија је велики број држава у свету примењивао искључиво територијални принцип у свом пореском законодавству, али су данас оне веома ретке (углавном државе Латинске Америке).[4] Територијални принцип (у односу на нерезиденте) се данас најчешће примењује паралелно са принципом неограничене пореске обавезе (за резидентне обвезнике). Код територијалног принципа основ опорезивања је веза између његовог предмета – дохотка (односно имовине) и одређене државе. Својства пореског обвезника и његова веза са државом која му намеће порески захтев су потпуно небитни. Значајно је само питање да ли је доходак остварен на територији те државе и, уколико је одговор потврдан, постојаће обавеза да се на њега плати порез.

Неограничена пореска обавеза, с друге стране, подразумева да су њој подвргнута лица дужна да пријаве и плате порез у одређеној држави на свој целокупан светски доходак (односно имовину), без обзира где је он остварен. У овом случају веза предмета опорезивања са одређеном државом не игра никакву улогу у одређивању обима пореске обавезе, јер сваки део дохотка, без обзира на његов извор, подлеже опорезивању. Стога је потребно утврдити да ли је порески обвезник *подобан* да се подвргне неограниченој пореској обавези. Највећи број држава на свету, укључујући и Републику Србију, намеће неограничену пореску обавезу својим *резидентима.*[5] Само она лица која имају чврсте и блиске личне (и економске) везе са одређеном државом ће моћи да се сматрају њеним резидентима.[6] Остала лица ће бити опорезована искључиво по принципу *извора*. Циљ овог рада је да утврди када су физичка лица порески резиденти Републике Србије.

2. УСЛОВИ ЗА ПОРЕСКО РЕЗИДЕНТСТВО ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Према чл. 7, ст. 2 и 3 ЗПДГ, српским пореским резидентом сматраће се физичко лице које:

---

[3] Д. Поповић, *Пореско право. Општи део*, ЦЕКОС ИН, Београд 2006, 325.

[4] V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 287

[5] *Ibid*., 291.

[6] R. J. Vann, „*International Aspects of Income Tax*“, *Tax Law Design and Drafting* (ed. V. Thuronyi), IMF, Washington D.C. 1998, 729.

а) има пребивалиште на територији Републике Србије;

б) има центар својих пословних и животних интереса у Републици Србији;

в) борави на територији Републике Србије, непрекидно или са прекидима, 183 или више дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години;

г) је упућено у другу државу ради обављања послова за физичко или правно лице – резидента Републике Србије или за међународну организацију.

Уколико неко физичко лице испуни било који од наведених услова, оно ће се сматрати пореским резидентом Републике Србије.

2.1. Пребивалиште[7]

Законодавство Републике Србије дефинише пребивалиште (домицил) као место у коме се грађанин (другим речима, држављанин) настанио са намером да у њему стално живи.[8] Овај правни појам се састоји из два елемента: а) боравка и б) намере дуготрајног (чак и доживотног) боравка. Држављанин Србије који привремено напусти Србију неће изгубити своје пребивалиште у њој без обзира на то колико дуго његов боравак у иностранству траје. Само оне особе које се *трајно* исељавају из Србије могу да одјаве своје пребивалиште у њој, при чему су то дужни да учине пре његовог напуштања.[9]

Када је у питању пребивалиште страних држављана, поред боравка и намере боравка, од њих се захтева да добију и дозволу сталног настањења од Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Како је круг лица којима се даје оваква дозвола веома узак, само мали број странаца може имати пребивалиште у Србији.[10] Нови Закон о странцима, који почиње да се примењује од 1. априла 2009. године, донекле ублажава услове за одобрење сталног настањења,[11] при чему пребивалиште дефинише као *место у коме странац коме је одобрено стално настањење има намеру да трајно живи на одређе-*

---

[7] Чл. 7, ст. 2, тач. 1 ЗПДГ.

[8] Чл. 4, ст. 1 Закона о пребивалишту и боравишту грађана – ЗПБГ, *Службени гласник СРС*, бр. 42/77, 24/85, 6/89, 25/89; *Службени гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94, 17/99, 33/99, 101/05.

[9] Чл. 8, ст. 2 ЗПБГ.

[10] Д. Поповић, 331; за услове које је потребно да странац испуни како би добио одобрење за стално настањење у Србији, в. чл. 38 и 39 Закона о кретању и боравку странаца – ЗКБС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, 53/91; *Службни лист СРЈ*, бр. 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96, 68/02; *Службени лист СЦГ*, бр. 102/2005, *Службени гласник РС*, бр. 101/05.

[11] Чл. 37 *Закона о странцима* – ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 97/08.

ној адреси.[12] Слично поступа и сада важећи ЗПБГ, који у чл. 79, ст. 2 пребивалиште страног држављанина коме је одобрено стално настањење одређује као место у коме се он настанио са намером да у њему стално живи. Сви они страни држављани којима је одобрено стално настањење у Србији су дужни да пријаве своје пребивалиште у њој.

По основу пребивалишта порески резиденти Републике Србије ће бити сви њени држављани који имају пријављено пребивалиште у њој (дакле, сви они држављани који нису трајно напустили Србију и одјавили своје пребивалиште или који никада нису ни имали пребивалиште у њој). Порески резиденти Републике Србије по основу пребивалишта ће бити и сви страни држављани којима је одобрено стално настањење.

2.2. Центар пословних и животних интереса[13]

Центар пословних и животних интереса, као један од критеријума за пореско резидентство физичких лица, није разрађен у српском праву, нити је, до сада, био предмет тумачења у пракси пореских органа или судова.[14] Мада, на први поглед, наведени појам делује сличан центру животних интереса (*center of vital interests*) из члана 4.2 а) Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и имовину (у даљем тексту: *Модел-конвенција ОЕЦД*), он се од њега ипак разликује како по својој намени, тако и по садржини.

Наиме, чл. 4.2 а) Модел-конвенције ОЕЦД је колизиона норма, чија је намена да утврди правила по основу којих ће се решавати случајеви истовременог двојног резидентства физичких лица у примени уговора о избегавању двоструког опорезивања. Када је физичко лице резидент обе државе уговорнице према њиховим унутрашњим прописима, онда се предност мора дати једној од њих – физичко лице (исто важи и за правна лица) ће бити резидент само једне државе уговорнице за потребе примене пореског уговора. Поменути члан Модел-конвенције ОЕЦД даје предност држави у којој се налази стално место становања физичког лица, а уколико оно стално место становања има у обе државе, сматраће се резидентом оне државе са којом су његове личне и економске везе тешње (центар животних интереса). Центар животних интереса из пореских уговора ће служити да разреши питање истовременог двојног резидентства, док у ср-

[12] Чл. 74, ст. 2 ЗС.

[13] Чл. 7, ст. 2, тач. 1 *in fine* ЗПДГ.

[14] Д. Поповић, 333.

пском законодавству постојање центра пословних и животних интереса доводи до неограничене пореске обавезе физичког лица. Суштина ове разлике се најбоље одсликава у норми члана 4.2 b) Модел-конвенције ОЕЦД, која говори да ако не може да се одреди у којој држави се физичком лицу налази центар животних интереса, при чему ово лице има стално место становања у обе државе уговорнице (или ако ни у једној од њих нема стално место становања када критеријум центра животних интереса неће уопште ни бити употребљен), сматраће се резидентом државе у којој има уобичајено место становања. Модел-конвенција ОЕЦД, односно уговори о избегавању двоструког опорезивања, уопште не предвиђају ситуацију да физичко лице има центар животних интереса у некој трећој држави, већ само случај где се не може одредити са *којом од две државе уговорнице су његове личне и економске везе тешње.* У српском праву је потребно утврдити да ли су и пословни и животни интереси физичког лица *најтешње и претежно* (у апсолутном значењу – не у поређењу са неком другом државом, већ са свим државама) везани за Републику Србију, да им се у њој налази центар.

Према ставу 15. званичног Коментара члана 4. Модел-конвенције ОЕЦД, да би се одредило са којом су државом личне и економске везе одређеног појединца ближе, односно где му се налази центар животних интереса, *чињенице се морају посматрати у целини, али је ипак јасно да се посебна пажња мора дати поступцима личне природе.*[15] Међутим, у чл. 7, ст. 2, тачка 1 *in fine* ЗПДГ се тражи да физичко лице има: а) центар пословних и б) центар животних интереса у Републици Србији да би се сматрало њеним пореским резидентом. Појам *центар животних интереса* из чл. 4.2.а) Модел-конвенције ОЕЦД садржи и личну и економску компоненту, али их обухвата у једну целину, при чему предност даје оној личне природе. С друге стране, чл. 7, ст. 2, тач. 1 *in fine* ЗПДГ посматра центар пословних интереса и центар животних интереса одвојено и не даје простора за тврдњу да се неком од њих може дати већи значај од другог, при чему чак на прво место ставља центар пословних интереса.

Кад српски порески органи почну са применом критеријума *центар пословних и животних интереса* приликом утврђивања пореског резидентства физичких лица, могу се суочити са значајним недоумицама: наиме, како одредити када једно лице има центар својих пословних и животних интереса у Србији.

Животни и пословни интереси једног лица могу бити везани за више држава, а критеријум њиховог центра ће играти улогу за од-

[15] У оригиналном тексту на енглеском језику стоји: *circumstances must be examined as a whole, but it is nevertheless obvious that considerations based on the personal acts of the individual must receive special attention.*

рећивање резидентства управо таквих лица (она неће имати ни пребивалиште, ни уобичајено боравиште у Републици Србији, јер би било који од та два основа био довољан да се сматрају њеним пореским резидентима). Када су у питању животни интереси, место где се налази породица физичког лица се чини као најбољи ослонац. Међутим, шта чинити у ситуацији када лице није у браку, нити у ванбрачној заједници, нема деце и слично? Може ли место где живи шира породица (родитељи, блиски рођаци, итд.) одређеног лица послужити за одређивање центра његових животних интереса? Уколико је неко озбиљно болестан, да ли је његов центар животних интереса држава у коју редовно одлази на лечење? С друге стране, да ли је центар пословних интереса држава у којој се остварује највећи део дохотка, или она у којој се он троши, односно улаже, или, пак, држава одакле се имовином управља?[16] Колики део дохотка треба остварити, утрошити или уложити у Србији да би се она сматрала центром пословних интереса једног физичког лица? Претходно наведена питања имају за циљ да илуструју све дилеме које се могу појавити приликом утврђивања резидентства по основу критеријума центра пословних и животних интереса.

Критеријум центра пословних и животних интереса за стицање српског пореског резидентства не би требало тако олако одбацити, али би га засигурно *de lege ferenda* требало побољшати. Први предлог би се могао односити на измену услова да мора постојати и центар пословних и центар животних интереса физичког лица на територији Републике Србије да би се оно сматрало њеним пореским резидентом. Животни интереси обухватају и *личне* интересе (породица, друштвене активности и слично) и пословне интересе физичког лица. Стога би се засебно помињање пословних и личних (животних) интереса могло заменити синтагмом *животни интереси*, која би их обухватала, као њене нераздвојне елементе. Услов да *центар* мора бити у Републици Србији је исувише рестриктиван из угла пореског повериоца.

Можда би, због свега тога, било боље прописати да ће се пореским резидентом Републике Србије сматрати оно физичко лице чији су *свеобухватни животни интереси у односној пореској години тешње везани за Републику Србију него за било коју другу државу*.[17] Суштински, *центар пословних и животних интереса* је веома ар-

[16] Мада званични Коментар Модел-конвенције ОЕЦД управо помиње место управљања имовином као једну од смерница за утврђивање са којом су државом личне и економске везе физичког лица тешње, морамо приметити да је у време модерних технологија имовином могуће управљати са било ког места (на пример, физичко лице може дати налог за продају својих акција електронским путем из авиона).

[17] R. J. Vann, 731.

битреран услов за српско пореско резидентство и може послужити само као помоћни критеријум када је лична веза физичког лица са Србијом веома изражена, а то лице не испуњава ни један од осталих услова да би се могло сматрати њеним пореским резидентом.

2.3. Боравак на територији Републике Србије од 183 или више дана[18]

Према чл. 7, ст. 2, тач. 2 ЗПДГ, физичко лице ће имати статус пореског резидента Републике Србије уколико борави на њеној територији, непрекидно или са прекидима, 183 или више дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години. За стране држављане ово ће бити примарни критеријум по коме се утврђује да ли су порески резиденти Републике Србије, с обзиром на то да је пребивалиште на њеној територији доступно само ограниченом кругу ових лица, док се центар пословних и животних интереса ретко примењује од стране пореских органа.

Критеријум боравка на територији одређене државе у натполовичном делу периода од 12 месеци се веома често среће у упоредном пореском праву.[19] Како се пореско резидентство уобичајено установљава за одређену пореску годину,[20] боравак на територији одређене државе више од половине периода од 12 месеци указује да је у њему лична веза физичког лица довољно чврста са том државом да га она подвргне неограниченој пореској обавези.

Пореске јурисдикције се разликују у начину на који одређују период од 12 месеци у коме треба одредити дужину боравка. Један приступ је да се посматра пореска година.[21] У овом случају појављује се проблем, јер је могуће да лице борави у једној држави 364 дана у периоду од две године, а да не постане њен порески резидент. С друге стране, уколико се посматра било који период од 12 месеци (као у случају Србије), ова опасност се избегава, али је неопходно установити правила када резидентство почиње и када се завршава, односно за коју се пореску годину резидентство утврђује, да би се избегле ситуације да се боравком у само једној пореској години установи пореско резидентсво за три године.

Физичко лице борави на територији Републике Србије онда када је физички присутно на њој. Другим речима, оно може и потпуно незаконито боравити у Србији, а да ипак испуни услове да се

---

[18] Чл. 7, ст. 2, тач. 2 ЗПДГ.

[19] *Ibid*., 730–731.

[20] У Републици Србији је пореска година једнака календарској години.

[21] Д. Поповић, 332.

сматра њеним пореским резидентом.[22] Међутим, када је у питању одређивање дужине боравка, могу се поставити два питања:

– На који начин рачунати дане у којима је физичко лице само делимично било присутно на територији Републике Србије?

– Да ли је сваки боравак подобан да доведе до српског пореског резидентства?

Уколико је фактичко присуство физичког лица једини услов да се сматра да оно борави на територији Републике Србије, и како је потребно да такав боравак траје 183 или више дана, на који начин у збир проведених дана рачунати оне у којима је физичко лице боравило само део дана? Примера ради, физичко лице улази на територију Србије 1. јануара у 17:00, а одлази 2. јула исте године у 08:00. У овом случају физичко лице је боравило 181 пун дан у Србији, док је у дану доласка и дану одласка провело само део дана у њој. Српски законодавац се на ову тему не изјашњава, али нам упоредни извори могу послужити за добијање одговора. Наиме, *метода физичког присуства* (енг. *the days of physical presence method*) за утврђивање дужине боравка једног лица, према члану 5. званичног Коментара члана 15. Модел-конвенције ОЕЦД, подразумева да се у дане боравка рачунају и они дани у којима је физичко лице боравило на територији одређене државе само делимично, као и дани доласка и дани одласка из те државе. Међутим, у недостатку изричите одредбе, у српском праву ово питање ипак остаје отворено. Занимљив је пример Летоније, чије пореско законодавство садржи норму идентичну оној из чл. 7, ст. 2, тач. 2 ЗПДГ, али такође ближе не прописује начин његове примене. Пореска управа Летоније је саопштила да ће приликом одређивања дужине боравка физичких лица за потребе домаћег прописа примењивати методу материјалног присуства коју препоручује званични Коментар Модел конвенције ОЕЦД.[23] Српски порески органи нису до сада издали било какво званично упутство или мишљење на основу чега би могао да се утврди њихов приступ у разјашњавању ове дилеме.

Неколико примера би могли да илуструју недоумицу да ли је баш сваки боравак подобан да се узме у обзир приликом одређивања да ли је физичко лице испунило услове да се сматра пореским резидентом Републике Србије.

Да ли је порески резидент Републике Србије и оно физичко лице које је у њу дошло као туриста да борави пет дана, при чему последњег дана боравка доживи саобраћајну несрећу, буде одведено

[22] *Ibid*., 331.

[23] Z. G. Kronbergs, Latvia, *Europe – Individual Taxation*, (on-line publication), IBFD, 2008.

у болницу и у њој остане дуже од 178 дана (чиме је испуњен услов да је боравило 183 или више дана на територији Републике Србије у периоду од 12 месеци)? У овом примеру физичко лице невољно борави на нашој територији и приликом доласка није имало било какву намеру да у њој остане дуже од пет дана. Међутим, да ли се ситуација мења када је ово физичко лице дошло у Србију управо ради лечења и с намером да у њој борави онолико времена колико је потребно за ту сврху, или уколико је било свесно своје болести и велике вероватноће да ће можда морати да остане на лечењу у Србији?[24] Исто питање се може пост.ити и у случају возача камиона који превози робу из, на пример, Бугарске у Хрватску, при чему мора проћи кроз Републику Србију. Да ли ће се вожња кроз Републику Србију, са само кратким стајањима ради одмора или точења бензина, сматрати боравком на њеној територији?

Српски законодавац искључиво говори о *боравку* (чију дужину временски прецизира) и не даје за право да се чине било какви изузеци, ма како се разумним они чинили. Апсолутно свако присуство, без обзира на разлоге који иза њега стоје, довољно је да буде урачунато у време боравка на територији Републике Србије.

Лица упућена у другу државу ради обављања послова[25]

Примена одредбе којом се одређује да ће се физичка лица која су упућена у другу државу ради обављања послова за физичко или правно лице – резидента Републике Србије или за међународну организацију сматрати пореским резидентима Републике Србије, тешко да се може замислити у пракси и могу јој се упутити значајне замерке. Наиме, да ли је српски порески резидент и грађанин Аргентине који нема апсолутно никаквих економских или личних веза са Републиком Србијом, који у њој никада није боравио, а кога су Уједињене Нације упутиле у Панаму да за њу обавља послове? Питање се може чинити апсурдним, али норма из чл. 7, ст. 3 ЗПДГ оставља простора да се ово физичко лице сматра пореским резидентом Републике Србије. Физичко лице (и грађанин Аргентине је физичко лице) је упућено у другу државу (Панама је друга држава, а ЗПДГ не одређује одакле треба да физичко лице буде упућено), а УН су међународна организација која га упућује да за њу обавља послове. Да ли

[24] На пример, у САД се управо прави разлика у погледу рачунања дана присуства физичког лица у описаним ситуацијама; према прописима те државе, само у првом случају туристе се дани проведени у болници не би рачунали у дане боравка у САД, в. B. I. Bittker, L. Lokken, *Fundamentals of International Taxation – U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Warren, Gorham & Lamont of RIA, 2007, 65.25 – 65.26.

[25] Чл. 7, ст. 3 ЗПДГ.

је резидент Републике Србије правни стручњак из Велике Британије чија је једина веза са нашом државом та што га је она упутила у Холандију да буде део нашег правног тима пред Међународним судом правде?

Овако широко постављена норма нити је смисаона, нити се у Србији примењује. Наиме, велики број држава прописује да ће се пореским резидентима сматрати и сви њени службеници (углавном дипломатско и конзуларно особље) упућени у друге државе.[26] То би, претпостављамо, требало да буде и основна замисао норме чл. 7, ст. 3 ЗПДГ. Међутим, сва та лица ће бити порески резиденти Републике Србије, без обзира на дужину времена на које су упућени у друге државе, по основу свог пребивалишта, јер га неће изгубити уколико *трајно* не напуштају њену територију, што је у овом случају искључено. Одредба којом би било прописано да су сви службеници Републике Србије упућени у другу државу њени порески резиденти, могла би своју примену да нађе само у случају оних упућеника који никада нису ни имали своје пребивалиште у Републици Србији.

3. ВРЕМЕ ПОЧИЊАЊА И ЗАВРШАВАЊА РЕЗИДЕНТСТВА

Уколико једно физичко лице испуњава услове да се сматра пореским резидентом Републике Србије, потребно је утврдити временски период у коме је оно неограничено порески обавезно. Српски законодавац је пропустио да пропише било каква изричита правила којима би се одредило трајање резидентства, што може да доводе до проблема у примени прописа, нарочито услова боравка од 183 или више дана. Временско трајање статуса пореског резидента Републике Србије треба да се утврђује код сваког услова посебно.

3.1. Временско трајање статуса пореског резидента по основу услова пребивалишта

Када је у питању резидентство по основу пребивалишта на територији Републике Србије, онда статус резидента почиње даном заснивања пребивалишта (пријављивањам детета од стране родитеља, када је његово пребивалиште исто као и пребивалиште родитеља, пријавом пребивалишта од стране страних држављана којима је одобрено стално настањење, или пријавом пребивалишта домаћих држављана који га раније нису имали), а престаје његовом одјавом приликом *трајног* исељења у иностранство.

[26] R. J. Vann, 731.

3.2. Временско трајање статуса пореског резидента по основу услова центра пословних и животних интереса

С обзиром на то да не постоје искуства са применом критеријума центра пословних и животних интереса, тешко да можемо са сигурношћу утврдити када почиње, а када се завршава пореско резидентство по овом критеријуму. Разумно (али ништа преко тога, јер је закон нем на ову тему) би било да се пореско резидентство установљава за целу пореску годину, у којој су по свим показатељима пословни и животни (лични) односи неког физичког лица најтешње везани за Републику Србију. То лице би се сматрало пореским резидентом за целу пореску годину, дакле од 1. јануара до 31. децембра.

3.3. Временско трајање статуса пореског резидента по основу услова боравка од 183 или више дана

Поновимо да чл. 7, ст. 2. тач. 2 ЗПДГ гласи: *Резидент Републике, у смислу овог закона, јесте физичко лице које на територији Републике, непрекидно или са прекидима, борави 183 или више дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години.*

Мада није у потпуности јасно, чини се да се пореско рездентство по овом критеријуму утврђује за целу *односну пореску годину,* тј. ону у којој посматрани период од 12 месеци (било који период од непрекидних 12 месеци) почиње или се завршава. Уколико су претходни закључци тачни, применимо их на следећи пример:

Физичко лице Н.Н. долази у Републику Србију 1. јануара 2007. године у 00:00 часова и у њој непрекидно борави до 23:59 часова 2. августа исте године, када је трајно напушта. Н. Н. је засигурно боравио 214 дана на територији Републике Србије у 2007. години и сматраће се њеним пореским резидентом за ту годину. Међутим, Н. Н. је боравио више од 183 дана на територији Републике Србије и у периоду од 12 месеци који почиње у 2006. години. Наиме, он је боравио 212 дана на територији Републике Србије у периоду од на пример, 1. августа 2006. године до 31. јула 2007. године. Н.Н. је порески резидент и за 2006. годину. Али, Н.Н. је порески резидент Републике Србије и за 2008. годину, јер је боравио 183 дана у периоду од 12 месеци који се завршава у њој – у периоду који почиње 1. фебруара 2007. године, а завршава се 31. јануара 2008. године. У овом примеру претпостављамо да период од 12 месеци мора да садржи само пуне месеце, дакле да почиње првог дана првог месеца у периоду, а да се завршава истеком последњег дана дванаестог месеца у односном периоду. Уколико бисмо могли да посматрамо и период од 12 месеци који не садржи само пуне месеце (на пример, од 5. јануара одређене године до 4. јануара

наредне године), онда би се пореско резидентство за три године могло установити боравком од 184 дана у једној години.

Без обзира да ли је законодавац желео да постигне претходно описани резултат, норма чл. 7, ст. 2, тач. 2 ЗПДГ се не може тако применити. Пореско резидентство по основу услова боравка од 183 или више дана може почети најраније даном доласка физичког лица у Републику Србију.[27] У ЗПДГ не постоји нити једна одредба која би могла да непосредно подржи претходно исказани став. Међутим, аргументацију за њега налазимо у последицама неограничене пореске обавезе. Порески резиденти Републике Србије су дужни да пријаве свој целокупан светски доходак и да на њега плате порез. Н. Н. из претходног примера је био дужан да и у 2006. години пријави свој целокупан светски доходак у Републици Србији. Међутим, ЗПДГ одређује доста строге рокове у којима се то мора учинити. На пример, чл. 107 ЗПДГ прописује да је обвезник који остварује приходе из иностранства или у иностранству, који се према овом закону опорезују по одбитку,[28] а где исплатилац или није био обавезан да српски порез по одбитку обрачуна или то није учинио, дужан да у року од 15 дана од дана када је примио одговарајући приход сâм обрачуна порез, исти плати и поднесе пореску пријаву надлежном пореском органу. Пропуштање да се испуни обавеза из чл. 107 ЗПДГ носи прекршајну одговорност.[29] Уколико је Н. Н. био на пример, запослен у држави из које је дошао у 2006. години и сваког месеца остваривао зараду, он је 12 пута у току те године одговоран за порески прекршај, јер није у року од 15 дана од дана примања зараде сâм обрачунао и платио српски порез на зараде и поднео пореску пријаву. Чак и уколико Н. Н. по основу пореског кредита из чл. 12 ЗПДГ не би имао обавезу да *плати* порез на зараде у Републици Србији, он би и даље био дужан да пореску пријаву поднесе и да документује право на коришћење пореског кредита. Н. Н. није могао у току 2006. године, пре доласка у Србију, да буде свестан своје обавезе, јер је тада био резидент неке друге државе.

Док код утврђивања отпочињања резидентства налазимо *путоказе* у последицама неограничене пореске обавезе, њих у погледу завршетка резидентства нема. Једини одговор који нам ЗПДГ пружа

---

[27] Д. Поповић, *Пореско право*, ЈП „Службени гласник“ и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 214.

[28] Према чл. 99, ст. 1 ЗПДГ по одбитку се опорезују зараде, приходи од капитала, добици од игара на срећу, приходи од осигурања лица, приходи спортиста и спорстких стручњака, док код прихода од ауторских и сродних права и права интеленктуалне својине, прихода од непокретности, прихода од давања у закуп покретних ствари и осталих прихода порез се плаћа по одбитку уколико је исплатилац правно лице или предузетник.

[29] Чл. 168, ст. 1, тач. 2 ЗПДГ.

је да се пореско резидентство завршава последњег дана године у којој је примена услова боравка од 183 или више дана довела до његовог успостављања.[30] Међутим, у нашем претходном примеру то би значило да је Н. Н. порески резидент и у оној години у којој у Србији уопште не борави (2008. година). Нема података да су српски порески органи икада тумачили да се пореско резидентство може установити по основу критеријума боравка од 183 или више дана и за ону пореску годину у којој физичко лице уопште није боравило на територији Републике Србије. Суштински, постоје два приступа од којих ниједан, до сада, није оспорен од стране Пореске управе: први да се пореско резидентство завршава даном коначног напуштања територије Републике Србије и други да се оно завршава последњег дана године у којој је лице боравило у Републици Србији. У примеру Н. Н., он се у пракси неће сматрати резидентом Републике Србије за 2008. годину, али је отворено питање да ли је српски резидент само у периоду од 1. јануара до 2. августа 2007. године или за целу ту годину.

Све претходно изнето указује да српски порески органи морају што пре да детаљније пропишу норме за примену неограничене пореске обавезе која настаје по основу критеријума боравка од 183 или више дана. Чини се да би било разумно у законски текст преточити оно што је показала примена постојећих норми, а то је да се резидентство по основу критеријума боравка од 183 или више дана не може установити у оној години у којој физичко лице уопште није боравило на територији Републике Србије. Тако би *de lege ferenda* допуна норме чл. 7, ст. 2, тач. 2 ЗПДГ могла гласити (на пример, нови ставови 4 – 6. члана 7. ЗПДГ):[31]

> *Физичко лице које у одређеној пореској години није боравило на територији Републике Србије и које у њој не испуњава услов да се сматра пореским резидентом по основу свог пребивалишта или центра пословних и животних интереса неће се сматрати пореским резидентом Републике Србије за ту пореску годину.*
>
> *Физичко лице које није било резидент у години која претходи години доласка у Републику Србију, неће се сматрати резидентом за период пре дана када је оно први пут ушло на територију Републике Србије.*
>
> *Физичко лице који није порески резидент у години која следи години у којој је оно коначно напустило Републику Србију неће се сматрати пореским резидентом за период пореске године који следи дану коначног напуштања територије Републике Србије под условом да у том периоду не испуњава услов да се сматра пореским резидентом Републике Србије по основу свог пребивалишта или центра пословних и животних интереса.*

[30] Д. Поповић, (2008), 214.

[31] R. J. Vann, 731.

3.4. Временско трајање пореског резидентства упућених физичких лица

Уз све ограде које су претходно стављене на овај услов, пореско резидентство упућених физичких лица почиње даном упућивања, а престаје онда када та лица више не обављају послове за резидентно правно или физичко лице, односно за међународну организацију.

4. РЕЗИДЕНТСТВО ЗА ПОТРЕБЕ ПРИМЕНЕ УГОВОРА О ИЗБЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ ОПОРЕЗИВАЊА

Основни циљ уговора о избегавању двоструког опорезивања је да спрече међународно двоструко опорезивање, с тим што им је примена ограничена.[32] Сви уговори које Република Србија примењује у овом тренутку, прописују да је њихова примена ограничена на лица која су резиденти једне или обе државе уговорнице.[33] Друго ограничење је везано за порезе на које се уговори о избегавању двоструког опорезивања примењују, а то су порези на доходак (добит) и на имовину.[34] Република Србија у 2008. години примењује 35 билатерална уговора о избегавању двоструког опорезивања, од којих је највећи део заснован на Модел-конвенцији ОЕЦД, мада у једном броју од њих постоје и елементи Модел-конвенције УН.[35]

Уговори о избегавању двоструког опорезивања садрже колизионе норме које одређују којој држави уговорници припада право да опорезује одређени порески објекат.[36] Основни принцип је да држава резидентства одређеног лица има право да опорезује његов светски доходак, односно имовину. Држава извора има право да опорезује само онај доходак који потиче са, односно имовину која се налази на

---

[32] M.Lang, *General Report*, IFA Cahiers 2004, Volume 89a. Double non-taxation (on-line publication), 78.

[33] Д. Дабетић, „Примена међународних уговора о избегавању двоструког опорезивања“, *Информатор* 21/2006, 87. Ово правило прописује чл. 1 свих уговора о избегавању двоструког опорезивања које је до сада закључила Република Србија.

[34] Уговори о избегавању двоструког опорезивања које Република Србија примењује са Великом Британијом, Египтом, Малезијом и Француском се односе само на порезе на доходак.

[35] Република Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања са следећим државама: Албанија, Белорусија, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Велика Британија, Данска, Египат, Италија, Кина, Кипар, Кувајт, Летонија, Мађарска, Македонија, Малезија, Молдавија, Немачка, Норвешка, Пољска, Румунија, Русија, Северна Кореја, Словачка, Словенија, Турска, Украјина, Финска, Француска, Холандија, Хрватска, Чешка, Швајцарска, Шведска и Шри Ланка.

[36] Д. Поповић, (2006), 353.

њеној територији. Колизионе норме (*distribution rules*) се углавном односе на земљу извора и често ограничавају њено право на опорезивање.

Према чл. 4, ст. 1 огромне већине уговора о избегавању двоструког опорезивања које примењује Република Србија, израз резидент државе уговорнице за потребе уговора, означава „лице које, према законима те државе, подлеже опорезивању по основу свог пребивалишта, боравишта, седишта управе или другог мерила сличне природе". У новијим пореским уговорима прописано је и да израз резидент државе уговорнице не обухвата лице које у тој држави подлеже опорезивању само за доходак из извора у тој држави или само за имовину која се у њој налази.[37]

Да би се једно лице могло сматрати резидентом државе уговорнице, за потребе примене пореског уговора, оно мора да подлеже опорезивању у њој, при чему право на опорезивање те државе мора бити засновано на личној вези између ње и тог лица.[38] У случају физичких лица дата су два примера основа за опорезивање резидената – пребивалиште и боравиште, при чему оно може бити засновано и на другим *сличним* критеријумима. Сва она физичка лица која су порески резиденти Републике Србије по неком од основа из чл. 7, ст. 2 ЗПДГ сматраће се њеним резидентима и за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања, јер је основ за наметање неограничене пореске обавезе њихова *лична* веза са њом. Услов за пореско резидентство из чл. 7, ст. 3 ЗПДГ је толико широко постављен, да се не може сматрати да је основ лична веза између Републике Србије и физичког лица. Међутим, уколико би се његова примена сузила само на упућене службенике Републике Србије, они би се сматрали њеним резидентима за потребе примене пореских уговора.[39]

5. ДВОЈНО РЕЗИДЕНТСТВО ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

До сукоба две неограничене пореске обавезе долази у случају када једно лице, у истом периоду, има статус пореског резидента у две државе. До ове појаве долази када физичко лице у истом периоду испуњава услове да се сматра пореским резидентом две пореске јурисдикције по њиховим домаћим прописима.

[37] Порески уговори са Албанијом, Белорусијом, БиХ, Бугарском, ДНР Корејом, Египтом, Летонијом, Мађарском, Македонијом, Молдавијом, Пољском, Румунијом, Словачком, Словенијом, Турском, Украјином, Хрватском, Чешком и Швајцарском.

[38] K. Vogel *el al, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, London 1997[3], 229.

[39] Чл. 8 званичног Коментара чл. 4, ст. 1 Модел конвенције ОЕЦД.

Изузетно, само две државе на свету, САД и Филипини, користе држављанство као одлучујућу чињеницу која ствара неограничену пореску обавезу. Стога, до сукоба две неограничене пореске обавезе може доћи и када држављанин САД или Филипина испуни услове за пореско резидентство неке друге државе (на пример, Републике Србије) или у случају двојног држављанства САД и Филипина.

Двојно резидентство физичких лица уопште није ретка појава у пракси. Примера ради, највећи део студентата из Републике Српске (БиХ) или из Црне Горе су истовремено порески резиденти Републике Србије (по основу боравка од 183 дана) и својих матичних држава (углавном по основу пребивалишта).

Уколико је одређено лице истовремено порески резидент Републике Србије и неке друге државе, то неће имати утицаја на размере његове пореске обавезе у Републици Србији, осим у случају постојања уговора о избегавању двоструког опорезивања између ове две земље. Порески резидент Републике Србије је у сваком случају подвргнут неограниченој пореској обавези на основу чл. 7, ст. 1 ЗПДГ. Међутим, двојно резиденство може утицати на висину пореске обавезе у Републици Србији. Члан 12. ЗПДГ прописују да резиденти Републике Србије имају право на обичан порески кредит[40] за порез плаћен у другој држави на доходак који је у тој држави остварен. Треба приметити да се овом методом спречава двоструко опорезивање само за онај доходак који порески резидент Републике Србије оствари у иностранству. Порески резидент Републике Србије нема право на порески кредит за порез плаћен у иностранству на онај доходак који је остварио на територији Србије.

Практични значај става да двојно резидентство не утиче на обим, али може утицати на висину пореске обавезе пореског резидента Републике Србије показује следећи пример. Уколико је физичко лице – порески резидент Републике Србије истовремено и резидент неке друге државе у којој оствари дивиденду, он је дужан да поднесе пореску пријаву према чл. 107 ЗПДГ, без обзира на то да ли је та дивиденда већ опорезована у другој држави. Резидент Републике Србије има право на обичан порески кредит за порез плаћен у другој држави: он може тај порез одбити од пореза на приходе од капитала који је дужан да плати према српским прописима. Уколико

[40] Обичан порески кредит представља методу за спречавање двоструког опорезивања којом се пореском обвезнику омогућава да од пореза који утврђен у земљи резидентства одбије порез плаћен у земљи извора при чему је висина пореског кредита ограничена на мањи од следећа два износа:

– стварно плаћени порез у земљи извора;

– порез обрачунат применом прописа земље резидентства, уколико је стварно плаћени порез у земљи извора већи од онога који би обвезник био дужан да плати према законодавству државе резидентства.

је у другој држави платио порез чија је ефективна стопа већа од 10%, порески резидент Републике Србије, под условом да на одговарајући начин докаже плаћање пореза у другој држави, неће морати да у Републици Србији плати порез на приходе од капитала. Другим речима, порески резидент у сваком случају мора да пријави сваки свој приход без обзира на то где је он остварен, а да ли ће имати порески дуг према српском фискусу по основу тог прихода, зависи од тога да ли је он већ опорезован у другој држави и да ли може да оствари право на порески кредит.

Обим пореске обавезе резидента Републике Србије може бити ограничен једино у случају да је он истовремено и резидент државе са којом се примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања. Када је једно лице резидент обе државе уговорнице према одредбама њиховог унутрашњег законодавства, потребно је одредити чијим ће се резидентом, за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања, оно сматрати. Члан 4. свих уговора о избегавању двоструког опорезвања које примењује Република Србија (што одговара члану 4. Модел-конвенције ОЕЦД и члану 4. Модел-конвенције УН) садржи критеријуме на основу којих се решава проблем истовременог двојног резидентства.

У случају физичког лица које је истовремено резидент обе државе уговорнице, његово резидентство за потребе примене пореског уговора ће се решити тако што ће се прво утврдити где му се налази стално место становања. Физичко лице ће се за потребе примене пореског уговора сматрати резидентом оне државе у којој му се налази стално место становања. Уколико оно нема стално место становања у било којој од две државе уговорнице, онда ће се сматрати резидентом оне државе у којој му се налази уобичајено место становања. У случају да физичко лице има стално место становања у обе државе уговорнице, онда ће се оно сматрати резидентом оне државе са којом су му личне и економске везе тешње (центар животних интереса). Када физичко лице има стално место становања у обе државе уговорнице, али се не може одредити у којој му се налази центар животних интереса, онда ће оно бити резидент оне државе уговорнице у којој му се налази уобичајено место становања.[41] Описана правила важе у свим пореским уговорима које примењује Република Србија, са изузетком уговора са Кувајтом.[42]

[41] Чл. 4.2 a), b) Модел-конвенције ОЕЦД.

[42] У пореском уговору са Кувајтом у чл. 4, ст. 1, тач. 1 резидентом државе уговорнице сматра се оно физичко лице које подлеже опорезивању у њој по основу свог пребивалишта и држављанства те државе уговрнице, а уколико се резидентство не може утврдити на овај начин, надлежни органи држава уговорница питање решавају заједничким договором.

Порески уговори предвиђају и решење за случају да физичко лице има уобичајено место становања у обе државе уговорнице, или га нема ни у једној од њих. Тада ће се оно сматрати резидентом оне државе чији је држављанин.[43] Порески уговори које Република Србија примењује са Бугарском, Немачком и Русијом су изузетак од претходно наведеног правила, јер у овим случајевима предвиђају да ће се питање резидентства решити споразумом надлежних органа држава уговорница. У осталим пореским уговорима које примењује Република Србија, споразум надлежних органа држава уговорница ће бити последње решење за питање резидентства оних физичких лица која су држављани обе државе уговорнице или ни једне од њих.

6. ИНТЕРАКЦИЈА ИЗМЕЂУ УГОВОРА О ИЗБЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ ОПОРЕЗИВАЊА И ДОМАЋИХ ПОРЕСКИХ ПРОПИСА

Проблем који може настати у погледу решења до кога се дође применом претходно описаних колизионих норми уговора о избегавању двоструког опорезивања је везан за питање његовог повратног дејства на унутрашње законске норме државе која је „изгубила". Другим речима, каква је последица везана за ситуацију да се лице које је резидент према одредбама унутрашњег права сматра нерезидентом за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања?

Субјективно пореско право државе извора је ограничено уговором о избегавању двоструког опорезивања, односно његовим колизионим нормама, али уговор не садржи правила која уређују начин опорезивања у материјалном и у формалном смислу. Уговори о избегавању двоструког опорезивања не одређују на који ће начин државе уговорнице примењивати своје прописе.[44] Колизине норме члана 4. уговора о избегавању двоструког опорезивања решавају питање резидентства одређеног лица само за потребе њихове примене, али не утичу на положај лица у односу на унутрашње законске одредбе држава уговорница.[45]

ЗПДГ садржи бројне норме којима је прописан различит третман резидената и нерезидената. Примера ради, чл. 61, ст. 3 ЗПДГ прописује да „изузетно од става 2. овог члана, опорезиви приход од капитала по

[43] Чл. 4.2 с) Модел конвенције ОЕЦД.

[44] Д. Поповић, (2006), стр. 358.

[45] J. Sasseville, „A Tax Treaty Perspective: Special Issues", *Tax Treaties and Domestic Law* (ed. Guglielmo Maisto), EC and International Tax Law Series, Vol. 2, IBFD, Amsterdam 2006, 45.

основу дивиденди и удела у добити, односно по основу права на сразмеран део прихода инвестиционе јединице, из чл. 61, ст. 1, тач. 2 и 5 овог закона, за резидента Републике чини 50% бруто дивиденди или удела у добити исплаћених (расподељених) обвезнику, односно прихода од инвестиционе јединице по основу сразмерног дела", док чл. 87, ст. 1 истог закона одређује да годишњи порез на доходак грађана плаћају само физичка лица – резиденти Републике Србије.

Стога би се на резидента Републике Србије, који је њен нерезидент за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања, односила одредба чл. 61, ст. 3 ЗПДГ, али би он био и обвезник годишњег пореза на доходак грађана, уколико би му укупан нето доходак који Република Србија има право да опорезује према уговору о избегавању двоструког опорезивања био већи од неопорезивог износа. Међутим, оскудна искуства нам говоре да се у Републици Србији статус утврђен за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања примењује и за потребе унутрашњег законодавства. Уколико је једно лице нерезидент за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања, оно ће се као такво сматрати и за потребе примене свих унутрашњих законских норми. Овакав приступ није чест у упоредном праву,[46] што чуди с обзиром на то да је логички доследан и да затвара простор за злоупотребе које су могуће на основу двојног статуса. Основни разлог због кога велики број држава прихвата различит третман обвезника за потребе примене одредаба унутрашњег права и уговора о избегавању двоструког опорезивања, лежи у већим обавезама извештавања које се уобичајено намећу резидентима. То омогућава пореским органима ових држава да ова лица „прате" и онда када њихово субјективно пореско право бива ограничено колизионим нормама уговора.[47] Међутим, и оне државе које прихватају приступ који је у пракси примењен у Републици Србији, изричито својим законима прописују непосредну примену статуса обвезника за потребе уговора на унутрашње право.[48]

7. ЗАКЉУЧАК

Питање резидентства у српском пореском праву је скопчано са приметним бројем проблема. Један број њих је везан за недостатак

[46] Од земаља чланица ОЕЦД примењују га Канада, Велика Британија, Швајцарска и САД.

[47] *Ibid.*, 45 – 48.

[48] На пример, у САД је подзаконским актом прописано да уколико особа која је истовремено порески резидент и САД и друге државе са којом оне примењују уговор о избегавању двоструког опорезивања, а која се за потребе примене тог уговора сматра резидентом друге државе уговорнице, мора себе сматрати нерезидентом САД за све потребе примене домаћег пореког закона, уколико изабере да користи погодности пружене пореским уговором (*Reg*. 301.7701(b)–7).

искуства у примени прописаних норми (центар пословних и животних интереса), неки проистичу из недовољно прецизног формулисања норме, док су други скопчани с уговорима о избегавању двоструког опорезивања, односно преношењу резултата који се добија на основу њиховог чл. 4 на унутрашње право, што није засновано на изричитој законској одредби. Све веће укључивање Републике Србије у светске токове доводи до пораста значаја међународног пореског права, као и одредаба унутрашњег законодавства које имају утицаја на решавање случајева с иностраним елементом. Највећи подстицај који порески систем једне државе може дати њеној привлачности за стране инвестиције, као и домаћем предузетништву, долази од јасноће његових норми, као и од њихове доследне примене. Омогућавање пореским обвезницима да са сигурношћу сагледају свој положај у оквиру пореског система једне државе често има много већи значај од ниских пореских стопа или посебних погодности које се понекад пружају, а да се претходно не обезбеде услови за њихово спровођење. Одредбе о резидентству пореских обвезника у ЗПДГ је потребно додатно разрадити и појаснити, како би се у будућности смањио број могућих спорова који из њих могу настати и пружила већа сигурност пореским властима у њиховој примени. Такође, уколико српски надлежни органи и стручна јавност изаберу да остану при непосредној примени статуса који је одређен за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања на норме унутрашњег законодавства, онда је потребно извршити детаљну анализу ЗПДГ (и ЗПДП), али и других прописа, и ускладити их са заузетим ставом. Истовремено је неопходно изричито прописати примену статуса пореског обвезника утврђеног за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања на унутрашње законодавство, како би овај приступ био чврсто заснован на закону.

Svetislav V. Kostić, LLM

Teaching Assistant
University of Belgrade Faculty of Law

TAX RESIDENCE OF INDIVIDUALS UNDER SERBIAN TAX LAW

Summary

The article deals with the conditions for tax residence of the individuals under Serbian tax law. The author explains the concept of residence based taxation, *i.e.* the unlimited tax liability; and scrutinizes the

provisions of the Serbian *Personal Income Tax Law* which lays down the rules on tax residency of the individuals. In addition, the author examines actual application of these rules; and gives a proposal for their sound improvement. What follows is a comprehensive analysis of the concept of residency under the double taxation agreements signed by the Republic of Serbia. In the end, the author reflects on the interplay of the national tax law and the tax treaties, as there is a difference between the conditions for tax residence of the individuals under national law, and under the treaties that aim to eliminate the double taxation of income or gains arising in one territory and paid to residents of another territory.

Key words: *Individual. – Residency. – Source. – Tax treaty.*

Др Марија Драшкић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду,
судија Уставног суда Србије

НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ: ПРВА ПРЕСУДА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Решењем Општинског суда у Новом Саду П. бр. 6274/2005 од 30. септембра 2005. године одређене су привремене мере заштите од насиља у породици, па је туженом наложено да се одмах исели из стана који се налази у Новом Саду, у улици К. бр. 11, забрањено му је да након исељења из стана даље у њега улази, као и у постор око њега, забрањено му је да се тужиљи приближава на удаљености од 100 метара, као и свако даље узнемиравање које је на њу усмерено, а трајање мера одређено је до 18. октобра 2005. године.

Пресудом Општинског суда у Новом Саду П. бр. 6274/2005 од 18. октобра 2005. године одређене су исте мере заштите, а њихово трајање одређено до 18. октобра 2006. године. У образложењу судске одлуке наводи се да је, према утврђеном чињеничном стању, између парничних странака који су супружници, дана 17. септембра 2005. године дошло до сукоба у стану који заједнички користе, у улици К. бр. 11 у Новом Саду. Том приликом тужени је вређао тужиљу, понашао се према њој дрско, безобзирно и злонамерно и нанео јој лаке телесне повреде.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. Бр. 6030/2005 од 21. децембра 2005. године одбијене су жалбе туженог, а решење о привременој мери и пресуда првостепеног суда су потврђени.

Врховни суд Србије, одлучујући поводом ревизије туженог и одговора тужене на ревизију, донео је 8. јуна 2006. године пресуду Рев. 849/2006 којом је делимично усвојио ревизију туженог П. Ч. и преиначио пресуде Окружног и Општинског суда у Новом Саду, утолико што је трајање мера заштите од насиља у породици ограничио

на време до 30. септембра 2006. године. У осталом делу, у односу на одлуку о главној ствари, ревизија туженог је одбијена.

У образложењу одлуке Врховни суд Србије навео је да су врста и број мера заштите одмерене у складу са утврђеним степеном вербалног насиља и психичког узнемиравања које је тужени испољио према туженој, као и са предузетим физичким актима и тежином нанетих повреда које је тужиља претрпела. Суд је посебно ценио околност да се цео догађај одиграо у присуству заједничког малолетног детета странака које је болесно, што је додатно трауматизовало тужиљу, која је све време страховала и за безбедност детета. Суд је, такође, утврдио да тужиља такво понашање није изазвала, нити допринела интензитету испољеног насиља.

У наставку образложења Врховни суд Србије каже и следеће: „Треба имати у виду да законом предвиђене мере заштите нису само казна за учиниоца насиља у породици. Оне имају и превентивно дејство, јер опомињу и упозоравају учиниоца на то какве га законске последице очекују за случај да убудуће понови своје дело, па као такве делују и у циљу спречавања понављања насилничког понашања. Зато одређене мере заштите не смеју бити лаке, безболне и безначајне за учиниоца, већ напротив, строге, ефикасне и сврсисходне, како би могле остварити свој циљ на плану превенције, како посебне, тако и опште, а њихов крајњи циљ је заштита породице као основне али и најзначајније заједнице људског друштва, породице као целине, али и сваког њеног члана појединачно. Оне не штите само жртве насиља, већ и починиоце, јер их својим постојањем и деловањем осујећују у понављању таквог недозвољеног понашања и следом тога заштићују од поновног трпљења законских последица. За жртве породичног насиља ове мере заштите треба да обезбеде мир, спокој и безбедност за одређени временски период, живот без страха од даљег насиља, ослобађање од траума и опоравак од задобијених повреда. За обе стране заједно, та одређена временска и просторна дистанца треба да обезбеди стварање услова за изналажење решења у циљу превазилажења настале ситуације и стабилизације међусобних односа. У конкретном случају то је посебно битно, јер се ради о супружницима чије је заједничко малолетно дете болесно, па је зато њихова нормална комуникација нужна.“[1]

1. ПОЈАМ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Породично насиље се може описати као понашање које се испољава кроз континуирану употребу силе, претње или злоупотребе

[1] В. пресуду Врховног суда Србије Рев. 849/06 од 8. јуна 2006. године, *Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду* 9/2006, 62–64.

поверења у односима између чланова породице. Све до шездесетих година прошлог века веровало се да је насиље у породици веома ретко и неуобичајено понашање. Многа истраживања која су од тада обављена показала су, међутим, да се насиље у породици појављује у врло различитим облицима, да има много веће размере него што се икада могло претпоставити, као и да пресеца све социјалне и етничке групе. Нажалост, стварне размере насиља у породици тешко је проценити из много разлога, али је вероватније да је оно веће и озбиљније него што било какви статистички подаци то могу да покажу.[2] Имајући у виду учесталост насиља у породици, у литератури се наводи да је породица, ако се изузму полиција и војска, најнасилнија група у друштву и да особа има више шанси да буде убијена и повређена у породици, него у било којој другој друштвеној средини.[3] Исти закључак вреди и за Србију. Истраживања, наиме, показују да се насиље код нас у великом проценту случајева не пријављује. Узроци непријављивања су страх од осуде средине у којој жртва живи, страх од насилника и неповерење у правни систем.[4]

Теоретски концепт насиља у породици заснива се на теорији моћи (*Machiavelli, Hobbs*), која укључује разматрање моћи на различитим нивоима анализе, од којих је један друштво (друштвено-социолошки), а други организација и структура личних односа. Другим речима, моћ се презентује или као структурална (установљена социјалном структуром), или као интерперсонална (установљена статусом у групи једнаких). На таквој подели су заснована и два водећа теоретска концепта којима се покушава објаснити феномен насиља у

---

[2] Према једној америчкој статистици, у раздобљу од 1967. до 1973. године насилни мужеви убили су 17.500 жена и деце у САД, што је било нешто мало мање од половине броја мушкараца који су погинули у истом периоду у рату у Вијетнаму. Један извештај Уједињених нација из 1995. године, пак, наводи да је насиље према женама нешто што пресеца све културне, религиозне и регионалне границе те да се процењује да је 17–38% жена у свету претрпело физичко насиље у свом животу, нав. према З. Мршевић, „Правни аспекти структуралних узрока насиља“*, Правом против насиља у породици* (зборник радова), Ниш 2002, 37.

[3] B. R.J. Galles*, Intimate Violence in Families*, London, 124, нав. према Н. Петрушић, „Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије“, *Ново породично законодавство* (зборник радова), Крагујевац 2006, 22.

[4] Тако, на пример, невладина организација *Praxis* је на трибини „Заштита од насиља у породици у избегличкој и расељеничкој популацији у Републици Србији“ изнела податак да се у Србији пријављује тек сваки двадесети случај насиља, в. *Извештај – Мониторинг и извештавање о активностима правних институција у Србији у областима организованог криминала, ратних злочина, дискриминације и насиља у породици*, Београдски центар за људска права, Београд 2008, 64. С друге стране, извештај Аутономног женског центра из Београда показује да се овој невладиној организацији обратило 1550 жена жртава насиља у периоду од три године (2000–2002). В. опширније *Не желим више да живим у страху*, Аутономни женски центар, Београд 2003, 5.

породици: феминистички и системско-породични. Према феминистичком концепту, структурална моћ је основ објашњења мушког насиља над женама у породици. Мушкарац има моћ у друштву; патријархална структура друштва охрабрује и легализује коришћење силе мушкарца – мужа над својом женом. Други концепт, системско-породични, објашњава насиље у породици појавом акутног или хроничног поремећаја равнотеже емоционалних снага у породичном релационом систему.[5] То значи да пораст насиља може бити индикатор губитка или стицања моћи, до кога долази из врло различитих разлога. Тако, међу основним факторима који доприносе појави насиља у породици налазе се: нестабилност друштвеног статуса и дохотка (нагло сиромашење или нагло богаћење), дуги периоди незапослености, принудни повратак у вишегенерацијску породицу, алкохолизам, криза мушкости/женскости и међугенерацијска трансмисија насиља.

Имајући у виду да су последице насиља у породици тешке телесне и душевне патње углавном жена и деце (од застоја у развоју, различитих облика дисфункција и девијација, па све до болести, инвалидитета и смрти), те да су нека од тих дела посебно одвратна и трауматична за жртву (на пример, инцест),[6] у ново породично законодавство Србије уврштене су и материјалноправне и процесноправне одредбе о заштити од насиља у породици.[7] Смисао ових одредби

---

[5] В. А. Лакић, „Савремене теорије о злостављању деце у породици“, *Од групе до тима* (ур. Ј. Срна), Београд 2001, 66.

[6] Инцест траума центар је недавно приказао статистичке податке о сексуалном злостављању деце у периоду од септембра 2006. до септембра 2007. године. Истраживање је показало да је много већи број девојчица које су преживеле сексуално злостављање (88,24%) од дечака (11, 76%). Починиоци су углавном мушкарци (92,11%), док су жене починиоци у 7,89% случајева. Уобичајено је да је насилник особа позната детету: отац (36,86%), очух (10,53%), деда (7,88%) и мајка (2,63%). В. *http//www.incest-traumacentar.org.yu/letters_reports/statistike%202006/2007.pdf,* 5.јуни 2008.

[7] В. чл. 197–200 и чл. 283–289 Породичног закона (*Службени гласник РС*, бр. 18/05). При томе ваља имати на уму да је реч о грађанскоправној заштити од насиља у породици, за разлику од кривичноправне заштите коју жртвама породичног насиља обезбеђује ново кривично дело које се зове „насиље у породици“, в. чл. 194 Кривичног законика (*Службени гласник РС*, бр. 85/05). Штавише, посебан основ кривичне одговорности представља понашање којим се крши нека од мера заштите од насиља у породици које је одредио суд на основу Породичног закона, в. чл. 194, ст. 5 Кривичног законика. Нови Закон о прекршајима, који се примењује од 1. јануара 2007. године, такође штити жртве насиља у породици, предвиђајући санкције (забрана приступа оштећеном, која укључује и забрану приступа заједничком стану или домаћинству, забрана приступа објекту или месту извршења прекршаја, новчана казна, казна затвора) за насилника који учини прекршај дефинисан Законом о јавном реду и миру (на пример, свађа и вика која ремети јавни ред и мир или угрожава безбедност грађана, вређање, злоупотреба другог или вршење насиља над другим које угрожава спокојство грађана или ремети јавни ред и мир итд.), в. чл. 54–55 Закона о прекршајима (*Службени гласник РС*, бр. 101/05) и чл. 6 Закона о јавном реду и миру (*Службени гласник РС,* бр– 51/92, 53/93, 67/93 и 48/94).

јесте у томе да, пре свега, спречe да насиље које се већ догодило у породици буде настављено или да ескалира у још опаснијем правцу. Другим речима, намера законодавца у овом случају била је да делује превентивно и одвраћајуће, успостављањем просторне дистанце између учиниоца насиља и жртве, како не би дошло до још већег угрожавања живота, физичког или психичког интегритета односно слободе једне особе или озбиљног нарушавања развоја њене личности.[8] Ту је околност врло добро разумео и на њу се посебно осврнуо и Врховни суд Србије у цитираној одлуци.

Но, с друге стране, јасно је да за успешну превенцију породичног насиља нису довољне само законске норме. Потребна је и шира акција државе која би, на пример, обухватила: сензибилисање јавности у погледу размера, озбиљности и специфичних карактеристика насиља у породици, популарисање информација које се односе на рано откривање и на потенцијалне конфликтне ситуације које могу водити насиљу, промовисање алтернативних метода за решавање унутарпородичних сукоба, обезбеђење адекватног професионалног тренинга за све оне који интервенишу у случајевима насиља,[9] установљавање мултидисциплинарних тимова који би имати задатак да прате насиље у породици и овлашћење да делују у таквим ситуацијама, оснивање „сигурних кућа“ за жртве породичног насиља, итд. [10]

2. ЗАКОНСКА ДЕФИНИЦИЈА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

У упоредном праву могу се разазнати два основна приступа када је у питању законска дефиниција насиља у породици.

[8] Тако и A. Schumacher, „Mehr Schutz bei Gewalt in der Familie“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2002, 645.

[9] На недостатак адекватне едукације судија који поступају у предметима насиља у породици указује мониторинг тим Београдског центра за људска права. Током посматрања судских поступака пред судовима у Београду чланови тима приметили су да судије често имају осуђујући став према жртвама насиља, а у појединим случајевима били су спремни и да директно окриве жртве да су проузроковале насиље, не схватају значај проблема или негирају његово постојање, спроводе екстремно благу казнену политику итд. Посебно је истакнуто да постоји велики отпор судија према изрицању мере исељења насилника из стана, као и забране приближавања месту становања или радном месту. Насупрот томе, истакнута је уочљива разлика у вођењу поступака од стране судија који су имали додатну обуку у области насиља у породици. То се највише огледа у начину постављања питања туженом (окривљеном), жртви и сведоцима, одвајањем битних од небитних чињеница током суђења, роковима у којима се заказују рочишта (главни претреси) и начину окончања поступака. В. *Извештај*, 47–48, фн. 4.

[10] У том смислу изјасниле су се и две препоруке Комитета министара Савета Европе: Препорука број Р (85)4 о насиљу у породици, од 26. марта 1985. и Препорука број Р(2002)5Е о заштити жена од насиља, од 30. априла 2002.

Према једном решењу, које је прихваћено и у домаћем праву, насиље у породици је дефинисано помоћу појмова који представљају најопштије правне стандарде и којима ће суд у сваком конкретном случају морати да одреди право значење. Тако, према нашем Породичном закону, насиље у породици је свако понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице, а само *exempli causa* наведени су поступци који ће се нарочито сматрати насилничким (наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или немоћним лицем, ограничавање слободе кретања, вређање, дрско и безобзирно понашање, итд.).[11] Апстрактно и широко дефинисање појма насиља у породици било је неопходно како би заштитом били обухваћени сви могући акти насиља. При том, не ради се ни о каквом „комплексу непрецизности" законодавца,[12] већ о свесној одлуци да се одређивање садржине појма насилничког понашања препусти судској пракси. Дилема о томе да ли се насиљем у породици сматра понашање које је нужно континуирано или може бити релевантан и само један акт насиља, јесте стога вештачка, будући да ће у неким ситуацијама у породичном животу насилничким бити квалификован и један једини акт, док ће у другим приликама и околностима, можда, и више пута изречена увреда једног члана породице бити недовољна да суд утврди стање угрожености телесног интегритета, душевног здравља или спокојства другог члана породице и да одреди неку од заштитних мера. У случају који је предмет овог коментара, међутим, сва три поступајућа суда сасвим исправно су утврдила да су се у само једном конкретном догађају стекли услови да се процени како је такво понашање представљало насилнички акт.[13] Отуда околност да ни тужиља ни тужени

[11] В. чл. 197, ст. 1 и 2 Породичног закона. И у упоредном праву срећу се сличне дефиниције. Тако, немачки Закон о заштити од насиља од 11. децембра 2001. године, такође, дефинише насиље као сваку штету која је члану породице причињена на његовом телу, здрављу или слободи личности, в. § 1. I 1 Закона о заштити од насиља и § 1361 б Немачког грађанског законика.

[12] С. Панов, „Насиље у породици – аспект детета", *Ново породично законодавство* (Зборник радова), Крагујевац 2006, 282.

[13] „У једном моменту, тужени је устао и из дневне собе ушао у кухињу, пришао тужиљи и шаком десне руке гурнуо ју је и ударио у пределу чела. Затим ју је, када је покушала да се заштити подигавши руке и испруживши их испред себе, ухватио за десну руку (и то шаку која јој је раније била сломљена) и уз претњу да ће јој поломити све прсте да не може више да ради. Обзиром да јој је тужени заврнуо руку, тужиља је од јаког бола пала на под у кухињи, и то између дечје столице и кухињских елемената. У том хаосу је дете почело да вришти, а тужени ју је док је лежала на поду ухватио за врат, молила га је да је пусти да устане са пода, покушавајући да склони његове руке са свог врата. Међутим, након тога је тужени својим

нису говорили о томе да је раније било физичких напада, вређања, дрског, безобзирног или злонамерног понашања, те да је вероватно реч о првом случају насиља у њиховом односу, сва три суда правилно су квалификовала као правно ирелевантну. С друге стране, најпре првостепени суд, а потом и другостепени и ревизијски суд, посебно се осврћу на постојање психичког насиља, односно вређања као понашања које треба да буде санкционисано мерама заштите од насиља у породици. То је веома важно упутство будућој судској пракси, како би и овакво понашање било препознато као равноправан вид насиља у породици – без обзира на његову релативно мању опасност у односу на остале побројане видове насилничког понашања – ако је такво понашање угрозило телесни интегритет, душевно здравље или само спокојство другог члана породице. Оно што се, наиме, никада не сме заборавити, и што је иманентно сваком насилничком гесту, то је чињеница да чак и насиље које у почетку има благу форму и чини се спорадично, увек показује тенденцију да ескалира у све веће и веће насиље и на тај начин угрози и сва остала лична добра жртве насилничког понашања. Због такве природе насилничког понашања, а после почетних добрих искустава скандинавских земаља,[14] сада је у току глобална иницијатива да се забрани сваки облик физичког кажњавања деце, у којој учествују многобројне националне и међународне владине и невладине организације.[15]

коленом стао на тужиљин стомак, једном руком јој је држао шаке да не може да се брани, а другом поново ухватио за врат“, в. пресуду Општинског суда у Новом Саду, П. Бр. 6274/05 од 30. септембра 2005, 3.

[14] Шведска је била прва земља у свету која је 1979. године забранила родитељима да примене било какву телесну казну или понижавајући поступак према детету и такве поступке подвргла санкцији, в. пар. 6, ст. 1 шведског Законика о родитељима, старао цима и деци. Остале скандинавске земље су следиле пример Шведске: Финска (1984), Данска (1986) и Норвешка (1987), а потом и Аустрија (1989). Истраживање које је спровела америчка професорка *Adrienne Haeuser* о ефектима које је имало шведско законодавство показало је да су родитељи 1981. године саопштавали како „двапут размисле“ пре него што прибегну телесној казни, да би 1988. године једноставно изјављивали како такву казну више не употребљавају. То је, по њеном мишљењу, знак да је шведска Влада постигла циљ, који је био у томе да охрабри родитеље да признају како чак и благо физичко кажњавање увек може да ескалира у насиље над дететом, те да физичко кажњавање није конструктиван метод одгајања детета. В. опширније *The Law and Physical Punishment*, EPOCH, Briefing, December 1991, 1–2.

[15] Парламентарна скупштина Савета Европе донела је и посебну Препоруку о забрани физичког кажњавања деце (2004), којом се земље чланице позивају да предузму низ активности (од доношења посебних законских одредби до усвајања стратегија усмерених на повећање свести деце и опште јавности о штетности физичких казни) које треба да допринесу потпуној забрани сваке врсте телесног кажњавања деце у породичном, школском и сваком другом окружењу. Европски суд за људска права оценио је да чак и поступак благог физичког кажњавања у школи представља повреду права родитеља да обезбеде образовање својој деци које је у

Према другом решењу, појам насиља у породици додатно се прецизније описује, како би се ономе ко примењује законске норме олакшало разумевање свих могућих врста насилничког понашања. Тако, на пример, у словеначком праву насиље у породици означено је као свака употреба физичког, сексуалног, психичког или економског насиља једног члана породице према другом, односно занемаривање члана породице, без обзира на старост, пол или неко друго својство жртве или учиниоца насиља. У наставку, као *физичко насиље* означава се свака употреба физичке силе која члану породице проузрокује бол, страх или понижење, без обзира на то да ли је настала штета; *сексуално насиље* је дефинисано као свако понашање које се односи на сексуалну садржину којој се члан породице противи, на коју је присиљен или чији смисао не разуме због ступња свог развоја; *психичко насиље* је одређено као понашање којим учинилац насиља другом члану породице проузрокује страх, понижење, осећање мање вредности, угрожености или друге душевне патње; *економско насиље* представља неовлашћено надзиравање или ограничавање члана породице приликом располагања дохотком или управљања имовином којом члан породице самостално располаже или управља, или неовлашћено ограничавање располагања или управљања заједничком имовином чланова породице. *Занемаривање* је облик насиља када особа напушта дужно старање оног члана породице коме је оно потребно због болести, инвалидности, старости, развојних или других личних околности.[16]

3. ЗАКОНСКА ДЕФИНИЦИЈА ЧЛАНА ПОРОДИЦЕ

Одређивање круга особа које могу бити повезане насиљем у породици изузетно је широко, како би се обухватили сви могући породични и квазипородични односи за које се зна да јесу или да могу бити подлога насилничком понашању. Тако се члановима породице у

складу са њиховим верским и филозофским уверењима, в. *Case of Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, No. 7511/76 i 7743/76 од 29. јануара 1982. и 21. фебруара 1983. У нашем праву, законска забрана физичког кажњавања деце обухваћена је одредбом која родитељима налаже да дете не смеју подвргавати понижавајућим поступцима и казнама које вређају људско достојанство детета, те да дете морају штитити од таквих поступака других лица, в. чл. 69, ст. 2 Породичног закона.

[16] В. чл. 3 Закона о спречавању насиља у породици (*Uradni list RS*, бр. 16/08). Нажалост, и поред све прецизности словеначког законодаваца, репертоар насилничких поступака који су описани у литератури далеко је шири: шамарање, пребијање, ломљење костију, чупање косе, наношење опекотина (цигаретом, пеглом и слично), псовање, понижавање, омаловажавање, изолација, контролисање контаката са пријатељима или примарном породицом, ускраћивање слободе кретања, ускраћивање располагања новцем, спутавање у учењу, раду или професионалном напредовању, уцењивање, итд.

нашем праву – али само за потребе овог правног института – сматрају супружници или бивши супружници; деца и родитељи; крвни, адоптивни и тазбински сродници; особе које везује хранитељство, ванбрачна заједница или живот у истом породичном домаћинству, као и сва она лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.[17]

4. МЕРЕ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Против члана породице који врши насиље могуће је одредити једну или више мера заштите, а оне имају за циљ или да потпуно забране или да само ограниче одржавање личних односа са другим чланом породице. Законске мере заштите од насиља у породици јесу: издавање налога за исељење из породичног стана или куће односно усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине или закупа непокретности; забрана приближавања члану породице на одређену удаљеност; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и забрана даљег узнемиравања члана породице.[18] Мера заштите од насиља у породици може трајати највише годину дана, али се може и продужавати све док не престану разлози због којих је мера била одређена, као што може и престати пре истека времена на које је одређена ако престану разлози који су је условили.[19]

[17] В. чл. 197, ст. 3 Породичног закона. Веома сличну овој одредби, која на најширi могући начин дефинише чланове породице који се могу наћи у ситуацији да буду жртве породичног насиља, садржи чл. 2 недавно усвојеног словеначког Закона о спречавању насиља у породици. Упор. и чл. 3 хрватског Закона о заштити од насиља у обитељи (*Narodne novine*, бр. 116/03).

[18] В. чл. 198 Породичног закона. Забрану даљег узнемиравања треба свакако разумети и као забрану контакта средствима телекомуникација. Исељење насилника из заједничког стана у немачком праву може трајати највише 6 месеци, али се може и продужити за исто време. В. § 2. немачког Закона о заштити од насиља. Опширније о овом закону видети N. Dethloff, „Improving the Position of Women in German Family Law: The Violence Protection Act of 2002 and Landmark Decisions in Maintenance Law", *The International Survey of Family Law*, 2003 Edition, 187–190.

У првобитном тексту Нацрта Породичног закона, који је припремио експертски тим, међу мерама заштите од насиља у породици биле су предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности те обавезно саветовање или психијатријско лечење. Нажалост, Секретаријат за законодавство Владе Републике Србије их је изоставио из текста Предлога Породичног закона, не разумевајући да су управо ове две мере од изузетне важности за спречавање насилничког понашања те да највећи број насилника болује од алкохолизма или других болести зависности.

[19] В. чл. 198, ст. 3 и чл. 199–200 Породичног закона.

5. ПОСТУПАК ЗА ЗАШТИТУ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Мера заштите од насиља у породици изриче се у посебном парничном поступку, који је такође уређен новим породичним законодавством. Тужбу за одређивање односно продужење мере заштите од насиља у породици могу поднети члан породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства, а тужбу за престанак такве мере може поднети само члан породице против кога је мера одређена.[20] За одлучивање о мери заштите од насиља у породици месно је надлежан, поред суда опште месне надлежности, и суд на чијем подручју има пребивалиште односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено.[21] Поступак у спору за заштиту од насиља у породици има још неколико додатних специфичних обележја: поступак је нарочито хитан, што значи да се прво рочиште заказује тако да се одржи у року од 8 дана од дана када је тужба примљена у суду, а другостепени суд дужан је да донесе одлуку у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба; суд није везан границама тужбеног захтева, па може одредити и меру која није тражена ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита од насиља; коначно, жалба не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици.[22]

Поступање српског правосуђа је у правној ствари која је предмет овог коментара за сваку похвалу и у односу на поштовање правила процедуре. То посебно важи за председницу судског већа које је поступало у Општинском суду у Новом Саду, будући да из списа предмета произилази да је тужба поднета 26. септембра 2005. године, а Општински суд у Новом Саду је донео решење којим је одредио привремене мере заштите од насиља у породици већ 30. септембра 2005. године (након само 4 дана од дана подношења тужбе!) и одредио њихово трајање до главне расправе која је заказана и одржана 18. октобра 2005. године (22 дана од дана подношења тужбе). Управо у овом поступку је оправдано и правилно примењена законска одредба о посебним правилима поступка обезбеђења, која предвиђа да суд може донети решење о обезбеђењу пре достављања предлога противној странци и пре него што је противној странци омогућио да се о предлогу изјасни, ако се таква мера изриче ради спречавања насиља.[23] Такође сасвим оправдано, Општински суд у Новом Саду је

[20] В. чл. 284 Породичног закона.

[21] В. чл. 283 Породичног закона.

[22] В. чл. 285 и чл. 286–287 Породичног закона.

[23] В. чл. 265, ст. 1, тач. 3 Закона о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/04).

пресудом одредио не само меру заштите издавањем налога туженом да се исели из заједничког стана странака у Новом Саду, већ и додатне три мере: забрану приступа у простор око места становања, забрану приближавања тужиљи на удаљености од 100 метара и забрану даљег узнемиравања тужиље. Окружни суд у Новом Саду је 21. децембра 2005. године донео пресуду којом се обе жалбе туженог одбијају, а решење о привременој мери и пресуда Општинског суда у Новом Саду потврђују (64 дана од дана доношења првостепене пресуде).[24] Врховни суд Србије је, најзад, пресудом од 8. јуна 2006. године делимично усвојио ревизију туженог и преиначио пресуде Општинског и Окружног суда у Новом Саду, али само утолико што је трајање мера заштите од насиља у породици одредио до 30. септембра 2006. године, а не до 18. октобра 2006. године, како је то стајало у првостепеној и другостепеној пресуди. Разлог за овакво делимично усвајање ревизије туженог јесте у томе што су привремене мере заштите од насиља у породици принудно извршене 30. септембра 2005. године, те је једногодишње трајање ових мера оправдано одређено до 30. септембра 2006.

Орган старатељства у поступку за заштиту од насиља у породици може имати или положај активно легитимисаног субјекта или положај специфичног вештака, од кога суд може затражити да помогне у прибављању потребних доказа, као и да изнесе своје мишљење о сврсисходности тражене мере. У овом случају, нажалост, нема доказа да се орган старатељства на било који начин изјашљавао о сврсисходности тражене мере, нити је од њега суд тражио да пружи помоћ у прикупљању потребних доказа. Најзад, орган старатељства је дужан и да води евиденцију и документацију како о лицима према којима је насиље извршено тако и о лицима против којих је одређена мера заштите.[25]

[24] Нажалост, нигде у списима предмета није било могуће пронаћи податак о томе када је тужени поднео жалбе, како би се оценило да ли је другостепени суд поступао у оквиру законског рока из чл. 285, ст. 2 Породичног закона.

[25] В. чл. 286 и чл. 289 Породичног закона и Правилник о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици (*Службени гласник РС,* бр. 56/05).

Мр Никола Бодирога

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОДБАЦИВАЊЕ НЕРАЗУМЉИВЕ ТУЖБЕ*

Решењем Окружног суда у Београду Гж. бр. 16910/06, донетим у седници већа, одржаној дана 06.06.2007. године, а поводом жалбе тужиље, укинуто је решење Првог општинског суда у Београду П. бр. 9474/06 од 6.11.2006. године, којим је одбачена тужба и предмет враћен истом суду на поновни поступак. Жалбена инстанца је заузела став да противречност реферата тужбе и петитума не представља недостатак због којег се тужба не може разматрати, те да, уважавајући ову чињеницу, није било места одбацивању тужбе. У образложењу свог укидајућег решења Окружни суд у Београду је навео следеће:

„Изреком побијаног решења одбачена је тужба коју је тужиља С.М. поднела томе суду дана 31.10. 2006.године, против означених тужених, ради поништаја уговора, као неуредна. Против овог решења, тужиља је благовремено изјавила жалбу, побијајући га из свих законских разлога.

Испитујући правилност побијаног решења, сходно овлашћењима из члана 372, а у вези са чланом 388. ЗПП, Окружни суд је нашао да је жалба основана. Првостепени суд је починио битне повреде одредаба парничног поступка из члана 361, ст. 1, а у вези чл. 104. и 187. ЗПП, на које тужиља основано у жалби указује, а у погледу разлога које тај суд даје у вези уредности поднете тужбе, односно недостатка утицаја на поступање по истој.

Према датим разлозима, првостепени суд је поступајући по поднетој тужби ради поништаја уговора, имајући у виду да се рефе-

* Овај текст је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти).*

рат тужбе односи на разлоге ништавости наведеног уговора, док се петитумом тужбе тражи поништај истог, а тужба је у име тужиље поднета од стране стручног лица-пуномоћника из реда адвоката, нашао да се ради о неуредној тужби, па је у смислу члана 103, ст. 6. ЗПП, одлучио као у изреци побијаног решења.

Међутим, имајући у виду битне повреде одредаба парничног поступка на које је указано, овакав закључак првостепеног суда се не може прихватити као правилан. Наиме, имајући у виду садржај поднете тужбе, а посебно да иста садржи све што је потребно да би се сматрала уредном, сходно одредби чл. 100 ЗПП, остало је нејасно, са којих се разлога ради о тужби која је неуредна и по којој се не може поступати, управо сходно одредби чл. 100, а у вези чл. 187, ст. 1 ЗПП, обзиром да је суд пропустио да исте правилно примени.

Ово са разлога, што је и одредбом чл. 100, ст. 2 ЗПП предвиђено да поднесци морају бити разумљиви, и садржавати све што је потребно да би се по њима могло поступати, нарочито назначење суда, имена и адресе странака и њихових заступника, предмет спора (чија је садржина ближе прописана одредбом члана 187 ЗПП, у погледу одређеног захтева, чињеница и доказа на којима се исти заснива), па је у конкретном случају остало потпуно нејасно, са којих је разлога првостепени суд применом одредбе чл. 103, ст. 6 ЗПП тужбу одбацио, при чему, по налажењу овог суда, дати разлози који се односе на реферат тужбе, те основ постављеног захтева, не чине поднету тужбу неуредном у смислу наведених законских прописа, нити представљају недостатак који спречава даље поступање по истој, на шта тужиља основано у жалби указује.

С тога, по налажењу овог суда, у конкретном случају није било места примени наведених законских одредби и одбачају тужбе, као неуредне, у смислу чл. 103, ст. 6 ЗПП, па је исто решење морало бити укинуто и предмет враћен истом суду на поновни поступак. У поновном поступку ће првостепени суд поступити по примедбама из овог решења и отклонити битне повреде одредаба парничног поступка на које је указано, па ће, имајући у виду да суд није везан основом тужбеног захтева, односно да ће поступати по тужби, иако тужилац није навео основ истог, о постављеном захтеву, након што изведе потребне доказе, одлучити новом и правилном, на закону заснованом одлуком. Са изложеног, Окружни суд је у смислу чл. 387, ст. 1, тач. 3 ЗПП, одлучио као у изреци наведеног решења.“[1]

[1] Решење Окружног суда у Београду Гж. бр. 16910/06 од 06.06.2007. године.

1. РАЗЛОЗИ ЗА ОДБАЦИВАЊЕ ТУЖБЕ

Одбацивање тужбе представља одлуку парничног суда, донету у форми решења, којом он утврђује да нису задовољене основне процесне претпоставке да би се ушло у мериторно одлучивање. Том приликом, поступајући суд је гледишта, да је поднета тужба, процесноправно, у тој мери мањива, да онемогућава нормалан ток парничног поступка одржавањем главне расправе, те утврђивањем чињеница и извођење доказа, а све у циљу долажења до закључка о основаности тужбеног захтева. Недостаци су такви да је сваки даљи рад суда у тој правној ствари немогућ. Не може се наставити са парничним поступком, а да се претходно не расправе околности које су томе сметња, било да су та питања покренуле странке или их је покренуо сам суд.

Важећи Закон о парничном поступку[2] (у даљем тексту: ЗПП) је направио значајан искорак у односу на своје претходнике, покушавајући да унесе мало више система у институт одбацивања тужбе. Одлуке о одбацивању тужбе се доносе првенствено у фази припремања главне расправе.[3] Под припремама за главну расправу се подразумевају: претходно испитивање тужбе, достављање тужбе туженом на одговор, одржавање припремног рочишта и заказивање главне расправе. У овом случају је најинтересантнија фаза претходног испитивања тужбе. Суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди: 1) да одлучивање о тужбеном захтеву не спада у судску надлежност; 2) да је тужба подигнута неблаговремено, ако је посебним прописима одређен рок за подизање тужбе; 3) да о истом захтеву већ тече парница; 4) да је ствар правноснажно пресуђена; 5) да је у истој ствари закључено судско поравнање; 6) да не постоји правни интерес тужиоца за подизање тужбе из члана 188 овог закона; 7) да тужилац у року који је суд одредио није отклонио недостатке из чл. 78 и 103 овог закона.[4]

Законодавац се приликом нормирања разлога за одбацивање тужбе позива и на чл. 78 и 103 ЗПП. Првим се прописују процесноправне последице недостатака тужбе који се односе на повреде правила о страначкој способности, те правила о уредном заступању. У случају да је тужба оптерећена наведеним недостацима суд је дужан да позове странку да тужбу исправи у одређеном року. Док се ти недостаци не отклоне, у поступку се могу предузимати само оне

[2] Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, 125/04).

[3] Могу се донети и током главне расправе све до њеног закључења, али се тада озбиљно доводи у питање економичност таквог поступања.

[4] В. чл. 279 ЗПП.

радње због чијег би одлагања могле да настану штетне последице.[5] Уколико су недостаци неотклоњиви или ако одређени рок безуспешно протекне, суд је дужан да одбаци тужбу, а све радње које су наведеним недостацима погођене морају бити укинуте.[6] Члан 103. је много важнији за анализу цитиране судске одлуке. Он уређује поступање суда са неразумљивим поднеском. Уколико је поднесак неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступити, суд ће странци која нема пуномоћника адвоката вратити поднесак ради исправке, осим ако законом није другачије одређено.[7] Отклањање ових недостатака мора бити извршено у року који је одредио суд. Ако странка не врати поднесак у одређеном року, сматраће се да је исти повучен. Странка може одлучити да истраје у свом тумачењу и да врати суду неисправљен поднесак, у ком случају ће он бити одбачен.

Коначно, како би се пооштрила процесна дисциплина и спречило одуговлачење поступка, ЗПП не предвиђа поправни испит за адвоката који је потписао неразумљиву тужбу. Адвокат мора поседовати толики ниво правничког знања и способности који омогућује писање уредних и разумљивих тужби. Њему се у погледу неразумљивости тужбе не може гледати кроз прсте. Чињеница да је неразумљиву тужбу потписао адвокат, довољан је разлог за њено одбацивање, без остављања додатног рока за уклањање недостатака. Суд предузима мере за отклањање недостатака неразумљиве тужбе у складу са чл. 78 и 103 ЗПП.[8] То не важи у спору у коме странка има пуномоћника адвоката. Када је поднесак који је у име странке поднео адвокат неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати, суд ће га одбацити.[9]

2. КАДА ЈЕ ТУЖБА НЕРАЗУМЉИВА?

Тужба је парнична радња којом се иницира вођење парничног поступка. Њоме се одређују парничне странке и предмет парничног поступка. Она представља специфичан правозаштитни захтев тужиоца за пресудом одређене садржине. Изглед њене изреке суду предлаже сам тужилац. У материјалном смислу, тужба представља право да се тражи судска заштита неког грађанског права или правног од-

[5] В. чл. 78, ст. 4 ЗПП.

[6] В. чл. 78, ст. 5 ЗПП.

[7] В. чл. 103, ст. 1 ЗПП.

[8] В. чл. 278 ЗПП.

[9] В. чл. 103, ст. 6 ЗПП.

носа, најпре путем коначног утврђења, а потом, ако то буде потребно, и путем принудне реализације у складу са прописима којима се уређује извршење грађанских судских одлука.[10]

Не може се замислити тужба без захтева којим тужилац одређује какву пресуду тражи.[11] Тужба мора да садржи захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак.[12] Сваки поднесак мора бити разумљив, како би се по њему могло поступати. Осим тога, морају бити наведени и подаци на основу којих се идентификују парничне странке, тј. њихови законски заступници и пуномоћници (уколико постоје) и предмет спора.[13]

Тужбени захтев мора бити одређен, јер је идентитет тужбеног захтева превасходно значајан због могуће литиспенденције. Он мора бити поткрепљен чињеницама. Како тужилац из одређеног животног догађаја, или склопа животних догађаја, за себе изводи одговарајућу правну последицу, то је он дужан да тај догађај или склоп догађаја опише. Тужбени захтев мора бити у довољној мери индивидуализован, како би се јасно дефинисао његов иднетитет. Суд не може да одбије поступање ако се, према наведеним чињеницама, тужбени захтев *prima faciae* чини неоснованим, јер би то представљало ускраћивање права на правну заштиту. О основаности тужбеног захтева суд по правилу треба да одлучи након закључења главне расправе.[14]

Тужилац мора потпуно и јасно да наведе чињенице на којима заснива свој тужбени захтев, без претераног залажења у детаље. То није случај са правним основом тужбеног захтева. Важи правило *da mihi facta, dabo tibi ius* односно *iura novit curia.* Прецизним навођењем чињеница и предлагањем доказа којима ће се те чињенице утврђивати, тужилац је обавио свој део посла. Да ли је тужбени захтев основан са аспекта материјалног права, јесте питање на које одговор треба да пружи суд.

Суд је у парничном поступку везан тужбеним захтевом.[15] Зато је од изузетне важности да тужбени захтев буде одређен. Тужба је неразумљива пре свега онда када се, из начина на који је формулисан

---

[10] S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 367.

[11] Б. Познић, М. Бачић, Ф. Вражалић, *Закон о парничном поступку са коментаром, уводним законом и регистром појмова*, Београд 1957, 148.

[12] В. чл. 187, ст. 1 ЗПП.

[13] В. члан 100, ст. 2 ЗПП.

[14] Наравно, поступак се може и раније окончати на основу диспозитивних располагања парнчних странака.

[15] В. чл. 3, ст. 1 ЗПП.

тужбени захтев, не види на коју правну последицу је управљено правозаштитно тражење тужиоца. Са овим не треба мешати пропуштање тужиоца да наведе правни основ свог захтева. Он због тога, видели смо, не може трпети штетне последице. Наведене чињенице, предложени докази којима ће се оне утврдити и истакнути захтев за пресудом одговарајуће садржине, морају представљати кохерентну целину. Уколико међу овим елементима не постоји јасна и логична веза, не може се говорити о разумљивој тужби.

Ретки су наши аутори који су се бавили неразумљивим тужбама. А. Јакшић прави разлику између формално и садржински манљивих тужби. Тужба је манљива формално ако не испуњава законске услове у погледу предвиђеног садржаја. Тај недостатак је отклоњив, осим ако је тужба поднета од страна пуномоћника адвоката. Под садржински манљивом тужбом аутор подразумева такву неодређеност тужбеног захтева која спречава да суд уопште расправља у меритуму.[16]

Трива и Дика наводе да је тужбени захтев неодређен ако се суду препушта да нађе адекватно решење с обзиром на чињеничну основу спора, или да сам утврди основу у односу коју тужиоцу припада субјективно право. Такав тужбени захтев би довео у питање деловање начела диспозиције у парничном поступку. Суштина поменутог начела се манифестује у праву странака да одреде границе судског одлучивања.[17]

Сам ЗПП помиње неразумљиву тужбу само у чл. 278, а у вези са применом мера из чл. 78 и 103, али ближе не одређује поменути недостатак. По нашем мишљењу, тужбу треба третирати као неразумљиву када се након претходног испитивања тужбе не може јасно одредити зашто је тужилац уопште ставио у покрет механизам судске заштите субјективних грађанских права. Осим ситуације у којој је изостало јасно одређење захтева, овде долазе у обзир све оне противречности и нелогичности које спречавају суд да усмери своју делатност ка испитивању основаности тужбеног захтева. Као што првостепена пресуда, у којој је изрека противречна разлозима пресуде, не може издржати контролу жалбеног суда, већ бива укинута, исти аргументацију треба применити и на тужбу у којој се, због одсуства склада између наведених чињеница, предложених доказа и постављеног захтева, не може јасно утврдити у ком смеру би требало да се креће активност суда.

---

[16] А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2007, 318. Као пример аутор наводи тужбу којом је тражена предаја ствари, а да притом из чињеница наведених у тужби произилази да је тужилац раскинуо уговор.

[17] S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, 411.

3. ПРОТИВРЕЧНА СХВАТАЊА ОКРУЖНОГ И ПРВОГ ОПШТИНСКОГ СУДА

Први општински суд у Београду је својим решењем П. бр. 9474/06 од 06.11.2006. године одбацио тужбу С.М. као неуредну. У образложењу је, навео да је тужиља, преко пуномоћника адвоката, поднела тужбу ради поништаја уговора, а у реферату навела чињенице и предложила доказе који се односе на ништавост уговора. Након што је претходно испитао тужбу, суд је нашао да је реферат тужбе у супротности са петитумом, имајући у виду да су разлози који су наведени у реферату тужбе разлози за ништавост уговора, док се у петитуму тужбе тражи поништај уговора који представља санкцију за рушљиве правне послове, те је тужба неразумљива.[18]

Оценом разлога предметног решења, види се да се, према тумачењу првостепеног суда, супротност петитума тужбе њеном реферату, сматра недостатком који спречава одлучивање у меритуму. Једноставнијим речником речено, странка је тражила да се уговор поништи из разлога релативне ништавости (рушљивости), док су чињенице и докази који су наведени у тужби такви да указују на постојање разлога апсолутне ништавости. Тужилац је тражио једну правну последицу, а навео чињенице и доказе којима се утврђује постојање друге правне последице. У конкретном спору ради се о разликама између апсолутне и релативне ништавости.

Уговор је апсолутно ништав, уколико је противан принудним прописима, моралу или јавном поретку. На апсолутну ништавост суд пази по службеној дужности, а на овај недостатак се може позвати и свако заинтересовано лице. Право на истицање ништавости се не гаси. Апсолутно ништави уговори не производе правно дејство.[19]

Рушљиви уговори производе правна дејства, али се могу поништити у законом прописаном року, на захтев законом одређеног круга лица. Релативна ништавост првенствено погађа појединачне интересе, па се зато на њу пази само на захтев заинтересованог лица, а не и *ex officio.* Пресудом, која се доноси по тужби за поништај уговора из разлога релативне ништавости изриче се поништај уговора, што значи да она има конститутивно дејство. Насупрот њој, пресуда која се доноси по тужби за стављање ван снаге уговора из разлога апсолутне ништавости, има декларативну природу. Њоме се ништавост не изриче, већ констатује, и то *ab initio.*[20]

Супротстављеност између реферата и петитума тужбе у предметном спору несумњиво постоји. То је тачка око које постоји са-

[18] Решење Првог општинског суда у Београду П. бр. 9474/06

[19] С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 450–452.

[20] *Ibid.,* 470.

гласност првостепеног и другостепеног суда. Оно што ствара проблем јесте различито тумачење правних последица те противречности. Основно питање јесте да ли се описани недостатак може тумачити као неразумљивост тужбе. Неразумљива тужба би значила да се по њој не може поступати, па је, због тога што је потписана од стране пуномоћника из реда адвоката, нужно њено одбацивање.

Приликом укидања решења првостепеног суда о одбацивању тужбе, другостепени суд је користио овлашћења из чл. 372 ЗПП, а у вези са чл. 388 ЗПП. Ради се о одредбама ЗПП којима се, у поступку одлучивања о жалби против решења, прописује сходна примена одредаба којима се уређује поступак по жалби против пресуде, односно којима се дефинишу границе испитивања првостепене пресуде у поступку по жалби. Као разлог за укидање првостепеног решења о одбацивању тужбе, Окружни суд наводи битну повреду одредаба ЗПП из чл. 361, ст. 1. То је релативно битна повреда одредаба парничног поступка, која постоји ако суд у току поступка није применио или је неправилно применио коју одредбу ЗПП, а то је било или је могло бити од утицаја на доношење законите и правилне пресуде. То значи да је оваква „повреда“ првостепеног суда, по налажењу жалбене инстанце, само у датом поступку могла бити од утицаја на доношење законите и правилне одлуке. Окружни суд се није ближе упустио у оцењивање „пропуста“ насталих у првостепеном поступку. Другостепени суд даље налаже првостепеном, да у поновљеном поступку отклони описану повреду, те да, како суд није везан правним основом тужбеног захтева (кога тужилац није у обавези да наведе), након што изведе потребне доказе, одлучи новом и правилном, на закону заснованом одлуком. Окружни суд у Београду тиме сугерише да неће дозволити поновно одбацивање тужбе, већ индиректно налаже Првом општинском суду да, тек пошто спроведе главну расправу, те ако сматра да тужбени захтев није основан, донесе коначну одбијајућу пресуду. Из овога се јасно види став Окружног суда да то што је тужилац навео чињенице и доказе у прилог апсолутне ништавости, а петитум усмерио на рушљивост, представља само грешку у означавању правног основа тужбе, на шта тужилац, сходно одредбама ЗПП, није обавезан. Овакав став може се усвојити за кондемнаторне тужбе. Ако би тужилац тражио исплату неке новчане суме из једног правног основа, суд би могао да досуди ту исту суму из другу правног основа. Насупрот томе, за деклараторну тужбу правни основ може бити од значаја када тужилац нема правни интерес да његов захтев буде усвојен по неком другом правном основу.[21] Означење правног основа је важно и код конститутивних тужби јер није, при-

[21] Б. Познић, „Да ли је потребна реформа југословенског парничног законодавства“, *Актуелна питања југословенског процесног законодавства*, Београд 1996, 14.

мера ради, свеједно из ког се разлога разводи брак.[22] У нашем примеру, тужилац је поднео тужбу са конститутивним петитумом и рефератом који више одговара декларативној тужби.

Резоновање Окружног суда у Београду нисмо склони да прихватимо. Истицање у тужби чињеница и доказа на којима се темељи тужбени захтев, није исто што и правно квалификовање истих. Тачно је да странка није дужна да наведе правни основ свог захтева, већ суд треба да утврди да ли захтев странке има свог основа у материјалном праву, али је то применљиво само на кондемнаторне тужбе, што овде није случај. Она мора да означи чињенице из којих изводи тужбом тражену правну последицу.[23] Тужилац је у описаном случају изнео један чињенични склоп и предложио доказе којима ће се тај склоп утврдити, а онда захтевао правну последицу која са тим склопом чињеница и предложеним доказима нема никакве везе. На тај начин је тужилац пропустио да инивидуализира тужбени захтев. Предмет спора је зато немогуће утврдити. Владајуће је схватање да предмет спора има двочлану структуру. Он се састоји из чињеница и правне последице која је тужбом захтевана. У описаном спору, тужилац је захтевао једну правну последицу, а навео чињенице и доказе у прилог друге правне последице, па је у одређеном смислу тужба и непотпуна, тј. не садржи елементе неопходне за улазак у питање основаности тужбеног захтева. Не може се водити главна расправа о постојању једне правне последице, а да се притом користе чињенице и докази којима се тежи доказати друга правна последица. Ако је као последица тражено поништавање уговора (релативна ништавост), онда ће таква тужба бити уредна само ако су изнете чињенице и предложени докази у прилог те правне последице. Да би наведена тужба била потпуна и разумљива, мора да се измени или правна последица или чињенични склоп. Тужилац би морао да напише нову тужбу, чија би се уредност и разумљивост изнова ценила.

Коначно, Окружни суд у Београду се позива на чл. 78 и 103 ЗПП, али његовој пажњи измиче чл. 278 ЗПП, који говори о неразумљивости, као узроку немогућности мериторног одлучивања о тужбеном захтеву. Тужба садржи чињенице, предлоге доказа и правну последицу, али су ти елементи потпуно неповезани један са другим. Укидајући решење о одбацивању тужбе, са напред цитираним образложењем, Окружни суд у Београду је „поучио“ странку како да измени своју тужбу и како да води спор у поновљеном поступку. Тиме је изашао из граница постављених начелом о поуци неуке странке (односи се само на процесна права и дужности, а не и на материјално право) и изгубио из вида своје основне задатке.

---

[22] E. Schilken, *Zivilprozessrecht*, Bonn 2006, 114.

[23] Б. Старовић, Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, Нови Сад 2004, 205.

Са своје стране, Први општински суд је утврдио да је супротност петитума реферату тужбе неразумљивост као процесна мањкавост. То је недостатак који спречава мериторну расправу, док се не отклони. Овде могућности за отклањање не постоје, јер је тужба поднета преко пуномоћника адвоката. Тужба је неуредна, зато што је захтев из петитума тужбе неразумљив и неизвршив, а имајући у виду чињеницу да нису наведени разлози за поништај уговора. Да је тужба била поднета преко пуномоћника који није адвокат или преко саме странке, *stricto sensu* тумачећи, тужбу би требало вратити на отклањање недостатака. Међутим, када би се ти недостаци отклонили тако да тужба буде разумљива, по среди би била нова тужба. Онда се поставља питање смисла враћања тужбе на исправак или допуну, ако као резултат тих радњи треба да настане потпуно нова тужба. Како смо се определили за теорију о двочланој структури предмета спора (чињенични основ и правна последица), то би се у овом случају нужно и десило, зато што би странка морала или да измени склоп чињеница или саму правну последицу.

4. ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ ПРОБЛЕМА

Анализирана судска одлука Окружног суда у Београду је само један у низу показатеља лоше праксе у погледу одбацивања тужбе. Суд се притом ограничава на крута, формалистичка схватања, које не представљају ништа друго до, најпростије, граматичко тумачење норми ЗПП. Када бисмо примењивали критеријуме Окружног суда у Београду и тужба једног грађанина који, на пример, тражи од суда да обавеже једну музичку групу да понови концерт којем је присуствовао, али га није чуо услед лошег озвучења, била би допуштена. Грађанин би могао да тужи и пошту, зато што му није на време стигао позив на рочиште, иако је рочиште одложено, па никакве штетне последице нису наступиле.

Одбацивање тужбе, односно спречавање почетка мериторног расправљања, због тога што је тужба неразумљива или погођена другим процесним мањкавостима је неопходно, како би се, с једне стране допринело смањењу броја безразложно поднетих тужби (заправо тужби често поднетих из неког другог разлога, а не постојања угрожавања или повреде субјективног грађанских права), али и подизању свести о потреби поштовања процесних закона. Анализирано решење Окружног суда у Београду указује, на међу став који је и даље присутан међу појединим судијама, да се увек када је тужба оптерећена недостатком, одређује додатни рок за његово отклањање. Рестриктивно се тумаче претпоставке за одбацивање тужбе и заправо инструишу првостепени судови да радије воде главну расправу до

краја, па онда одбију тужбени захтев, него да примене овлашћења која им у погледу одбацивања тужбе признаје ЗПП. У нашем случају, Окружни суд у Београду је заправо упутио странку (иако је имала пуномоћника адвоката) да поднесе нову тужбу, са новом правном последицом или новим описом чињеница. И право странке да отклони недостатке у свом тужбеном захтеву би морало бити законски ограничено, како би се избегавала доста широка тумачења, а која не иду на руку принципу процесне економије. У том смислу би се у одредбама ЗПП могло учинити прецизирање да је суд дужан да одбаци тужбу и онда када би исправак или отклањање уочених недостатака водило новом идентитету предмета спора. Такво решење би спречило злоупотребу процесних права и дужности, али и растеретило парничне судове поступака који имају неке друге циљеве, а не реализацију правозаштитних потреба.

Борис Беговић*

Johann Graf Lambsdorff, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy,* Cambridge University Press, Cambridge 2007, стр. 286.

Постоји огроман јаз између корупције као теме и радова на ту тему. Мада је корупција као тема разговора, озбиљних и не тако озбиљних, свеприсутна, мада постоји изузетно велики број текстова о њој, веома је мали број квалитетних радова који се баве тим феноменом. Књига Јохана Графа Ламбсдорфа спада у другу групу – то је један од малобројних квалитетних радова о корупцији. Надаље, за разлику од велике већине аутора које се баве корупцијом на емотиван начин, згражавајући се над њеном распрострањеношћу у сопственој или некој туђој земљи, Ламбсдорф приступа хладној, вредносно неутралној анализи феномена корупције, њених фактора и механизама, а одговори до којих долази, са становишта борбе против корупције, имају далеко већу вредност него ужасавање над стањем ствари.

Основна теза ове књиге јесте да они који су спремни на корупцију губе свој интегритет, па тиме и све оне могућности које се заснивају на том интегритету. Будући да аутор, сасвим оправдано, корупцију посматра као размену, следи да они који се укључују у такву размену губе могућности које им нуде друге врсте размене које су складу са законом. Штавише, корупција као размена којом се крши закон је веома специфична, тако да је неминовно карактеришу виши трансакциони трошкови у односу на размену која је у складу са законом. И управо ту лежи основи закључак књиге који је релевантан за оне који имају стварну намеру да се боре са корупцијом, односно да се изборе са њом. Државне институције и политике треба дефинисати тако да се увећавају трошкови корупционе размене, њени трансакциони трошкови, па ће тиме да се умање подстицаји потенцијалним

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и председник Центра за либерално-демократске студије.

корупторима и корумпиранима да ступе у размену. На основу овог се може сагледати још један став аутора – корупција није никакво метафизичко зло, већ последица слободно донесених одлука рационалних појединаца.

Но, кренимо редом. Књига има десет поглавља. Прво представља својеврсан увод у изучавање корупције – читалац се упознаје са основним теоријским и методолошком концепцијама, попут одговора на питање шта је то корупција и како се мери. Аутор износи своје сумње у погледу смањења, односно елиминације корупције конвенционалним мерама, попут умањења државне интервенције, приватизације, децентрализације и поспешивања конкуренције. Конкуренција, по његовом мишљењу, доноси добра, ефикасна тржишта, а не добру владавину. Иако се многи не би у потпуности сложили с овом тезом, извесно је да се у овом поглављу може наћи сажет и кристално јасан преглед савремених истраживања на тему фактора корупције, па тиме и стратегија борбе против ње.

Друго поглавље представља емпиријску анализу ефеката мера борбе против корупције, што се у многим случајевима практично своди на анализу фактора корупције од којих се неки не могу избећи без обзира какве су државне институције и политике, а неки се могу избећи реформом тих институција и политика: плате државних службеника, демократија, политички и изборни систем, слободни медији и (компетентно и непристрасно) правосуђе. На крају овог поглавља се износи основна нормативна теза о начину борбе против корупције – треба још више отежати корупционе трансакције, кад већ две корупционашке стране не верују једна другој. Треба појачати њихово међусобно неповерење и тиме отежати жељену размену. Аутор то назива стратегијом „невидљиве ноге“ – парафраза „невидљиве руке“ Адама Смита.

Треће поглавље даје аргументе у прилог оваквој стратегији, тиме што разматра подстицаје којима је изложен корумпирани државни службеник – шта све губи тиме што се бави корупцијом, имајући у виду недостатак поверења које он има према коруптору (онај који крши правила, лако ће изиграти мене и неће испунити обавезе које је преузео). Овај случај се користи да би се сагледали негативни ефекти корупције са становишта друштвеног благостања – трансакциони трошкови корупције. Ресурси који би требало да буду употребљени у стварање вредности употребљени су за уговарање корупције и надгледања извршења корупционог уговора. Сам износ корупције (мита) није трошак са становишта друштва – то је трансфер од коруптора ка корумпираном, а трошак је све остало. Што су већи трансакциони трошкови, већа је штета по друштво, али су, срећом, и слабији подстицаји људима да се упусте у корупциону трансакцију.

Четврто поглавље разматра све те исте подстицаје и трошкове, али у случају владара-клептократа: оних који власт сагледавају искључиво као прилику да прерасподелом увећају своје лично богатство. Корупција је основни механизам који омогућава такву прерасподелу: продају се, на пример, услуге партнерима (рецимо „франшиза" за шверцовање цигарета), па се на тај начин прерасподељује рента која се стиче интервенцијом владара. Основна дилема клептократе јесте колико да захвати. Уколико захвати више, остаће мање онима који стварају вредност, па они губе подстицај да буду ефикасни у стварању вредности, а тиме опада и колач који се дели (прерасподељује). Уколико захвати мање, мање је његово лично богатство. Последице владавине клептократе по друштво горе су од самог трансфера богатства ка њему. Да би се тај трансфер остварио дефинишу се правила игре која су нејасна, неконзистентна и која се арбитрарно примењују – рецепт за брзу економску пропаст.

Пето поглавље одговара на питање да ли је корупција нешто против чега се треба борити. Наиме, налази теорије трагања за рентом доводе до става да је корупција са становишта друштвеног благостања погоднија у поређењу са другим видовима трагања за рентом, попут лобирања, јавних кампања и томе слично, будући да овакве активности доводе до расипања ренте, односно рента се претвара у опортунитетне трошкове ресурса који су ангажовани за те активности. Аутор, на бази резултата формалног модела, показује да то не стоји, па закључује да борба против корупције треба да буде приоритет и да, сходно томе, треба створити онакве подстицаје који ће отежати склапање и реализацију корупционог посла.

Шесто поглавље јасно и прецизно описује анатомију механизма корупционих трансакција, при чему се посебна пажња посвећује оним механизмима које корупциони партнери користе како би превазишли проблем међусобног неповерења, односно како би умањили трансакционе трошкове. Да ли је ово поглавље својеврсно упутство за корупцију, пита се аутор. Свакако да није, будући да они који се практично баве корупцијом не спадају у оне који читају овакву врсту литературе. Они су својеврсни предузетници корупције који у пракси стварају нова решења којима се ублажава проблем међусобног неповерења.

Седмо и осмо поглавље разматрају феномен корупције на међународном плану. Кључна дилема се поставља у погледу страних инвеститора. Будући да ти инвеститори избегавају непредвидљивост, да ли то значи да треба толерисати регуларну, предвидљиву корупцију у земљама које примају инвестиције, како би се увећале стране инвестиција и тиме стопа привредног раста? Никако, сматра аутор, доследан свој основној тези да управо непредвидљивост корупције представља семе њеног нестанка.

Док се у деветом поглавља указује на чињеницу да се корупцијски послови често одвијају унутар послова две стране који су сасвим у оквиру законских норми, десето поглавље представља закључак и рекапитулацију основне тезе књиге да треба створити подстицаје који ће потенцијалне актере корупције одвратити од те намере, односно који ће умањити и тако мало међусобно поверење прекршилаца закона. Укратко, треба играти на карту поткопавања части међу нечаснима.

Ово је зналачки написана књига – нарочито импресионира начин на који су већ раније написани текстови (објављени као чланци) уклопљени у књигу. Књига је написана лаким и за све прихватљивим стилом, без тешког жаргона економске науке, али неспорно унутар методолошког оквира те науке. Тако нешто могу да ураде само аутори који изузетно добро познају материју, па о њој могу да пишу да разумљив начин. Ово књига је намењена онима који желе да о корупцији (са)знају нешто више од информација које се налазе у последњем извештају Европске комисије о напредовању Србије ка чланству у Унији или у последњем обраћању јавности Савета за борбу против корупције. За остале, ионако није ни битно.

Мр Танасије Маринковић

Драгољуб Поповић, *Увод у упоредно право*,
Правни факултет Универзитета Унион у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд 2007[3], стр. 211.

У савременом свету, захваћеном процесом планетарне интеграције, упоредно право је неопходан пут сазнања права, па самим тим и неопходан састојак правничког образовања. Ово је само једна од порука књиге *Увод у упоредно право* Драгољуба Поповића и можда најважнија препорука због чега је важно изучавати и познавати велике правне системе. Међусобни утицаји националних права су постали толико снажни да је све чешћа појава да судија, када тумачи домаћи извор права, посегне за страним решењем као једном врстом помоћног средства при пресуђивању. Правник, било практичар, било теоретичар, није више у стању да успешно разуме норму националног права, ако нема припрему из упоредног права, поготово када се њиме обилато служи сам законодавац, изграђујући правни систем своје земље. Уосталом, још су антички законописци и филозофи, попут Солона, Платона или Аристотела, знали за вредности упоредноправне технике и у страним правним решењима тражили своје надахнуће. У данашње време, када се у оквирма Европске уније ствара истинско европско наднационално право, европски правник се налази у ситуацији непрекидног поређења. Његово право је, како истиче Драгољуб Поповић, стављено у оквире европске интеграције, па његов начин мишљења и закључивања мора подразумевати познавање других права, која такође утичу на развој европског поретка.

Иако свесни ове чињенице и неминовности упоредног права, многи правници се, опомињу Давид и Жофре-Спинози, уздржавају од примене компаративног метода, јер немају основно познавање великих правних система. Писци чувеног дела *Велики системи савременог права* имали су, упућујући ове речи критике, на уму француску публику, али исто би се могло рећи и за српско правништво.

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду.

Својим вишедеценијским истраживањима из области великих правних система Драгољуб Поповић непрестано ради на признању и развијању упоредног метода у нас и супротставља се незнању на које упозоравају Давид и Жофре-Спинози. Као дугогодишњи београдски универзитетски професор, Драгољуб Поповић је предавао предмете Општу правну историју, Велике правне системе и Уставно право и објавио низ дела из области упоредног права, историје права и уставног права. Тренутно је судија Европског суда за људска права у Стразбуру, наднационалне институције која се и сама обилато служи упоредним правом у изградњи своје јуриспруденције.

Своје богато искуство правног теоретичара, али и практичара, Драгољуб Поповић је сабрао и систематизовао у свом делу – *Увод у упоредно право*. Заокружена сазнања о основним појмовима компаративног права и компаративног метода, као и суштинским обележјима најзначајнијих правних система савременог света, изложена су у *Уводу у упоредно право* у два дела: првом, који обрађује теоријске основе упоредног права и другом, који пружа поглед на велике правне системе – европско континентално, англосаксонско и шеријатско право.

У теоријским основама упоредног права се синтетички износе основни онтолошки, епистемолошки и методолошки проблеми науке упоредног права. Иако упоредно право заузима све више места у академском животу, оно је млада наставно-научна дисциплина, која се споро развијала, тако да многа од ових питања остају и дан-данас отворена. Самим тиме, свако приказивање постојећег стања теорије представља истовремено и вид истраживања, преиспитивања и надградње онога што је претходно сазнато. При томе, сам предмет упоредног права није једноставно одредити. Забуну изазива чињеница да упоредно право нема за свој предмет норме којима се уређују односи једне конкретне позитвноправне области (као што је то случај с грађанским или кривичним правом). Речју Драгољуба Поповића, упоредно право није у себи уређен скуп норми, односно не постоји норма упоредног права која се намеће правним субјектима. Отуда, има писаца, мада усамљених у свом ставу, који иду тако далеко да тврде да упоредно право и није наука већ само особени метод. Аутор се приклања, с правом, рекли бисмо, оној доминантнијој доктринарној струји која сматра да упоредно право има свој предмет и да се зато може сматрати науком. Наиме, закључци до којих долази упоредно право се односе на продубљено сазнање права као друштвене појаве. Ипак, да би се ти закључци разликовали од научних исказа других правних дисциплина, потребно је нагласити да се у упоредном праву до сазнања долази применом методе поређења. Тако Поповић закључује да је предмет упоредног права разврставање националних поредака, утврђивање њихове сродности, тачака приближа-

вања и разилажења. При томе, није без значаја да ли је реч о микро или макропоређењу. Предмет микропоређења су специфичне правне установе, одредбе или проблеми. Макропоређење, с друге стране, пореди дух и стил читавих правних система и на њега се најчешће и мисли када се одређује предмет упоредноправне науке. У том духу, аутор се приклања Константинескуовом суду да је предмет упоредног права уочавање одлучујућих састојака правних поредака, утврђивање њихових структура, установљење типолошке сродности правних поредака, као и разврставање поредака у системе.

Како упоредно право не тежи научном објашњењу правних решења само домаћег поретка, већ анализира и различите стране правне системе, може се поставити питање сврховитости анализе која излази изван домена позитивног права. Питање функција упоредног права се често расправља у науци упоредног права и Драгољуб Поповић нам скреће пажњу на неусклађеност погледа које доктрина заузима. Практични значај сазнања до којих долази упоредно право огледа се у унапређењу националног права, његовом бољем разумевању, давању нових идеја законодавцу, али и у стварању једнообразног права на међународном нивоу. Природно, оно доприноси и међународном разумевању, развитку међународних односа и самим тиме представља чинилац мира. Коначно, и ништа мање значајно, упоредно право има и велику теоријску вредност, утолико што игра важну улогу у проучавањима која врше историја и филозофија права. Јасно је да ова мултифункционалност упоредног права проистиче из чињенице да упоредно право, како каже аутор, не пружа доктринарну обраду правног поретка, већ његово продубљено сазнавање путем научне обраде и супротстављања решења која постоје у различитим правним порецима.

Разуме се, науке упоредног права не би било без њеног специфичног метода. Прихватајући Константинескуово одређење поређења као духовне операције којом се методично сједињују супротстављени предмети, како би се утврдили њихови односи, Драгољуб Поповић указује на то да је могуће поређење два права, али и више права и упознаје нас са теоријом поредбене технике: са такозваним „правилом три *c*“ (*la régle de trois c*, на француском). У питању су три фазе поредбеног поступка – сазнати (*connaître*), схватити (*comprendre*) и сравнити (*comparer*) – које се међусобно разликују, али и допуњују. Под сазнањем се подразумева упознавање са структуром, садржином, функцијом и дејством посматране установе у страном праву. То налаже да се правни појам проучи у свим изворима и са свих становишта, водећи рачуна о оним изворима који су му својствени и правилима тумачења која владају у праву којем тај појам припада. Схватити правни појам значи разумети однос појма у питању с другим

појмовима и установама, с којима је сродан или функционално повезан. Појам се, дакле, реинтегрише у правни поредак из којег је у првој фази, у сврху анализе, на својеврстан начин био издвојен. Компаратист, дакле, анализирану установу мора ситуирати у стварност, сагледавши њену политичку, друштвену и привредну средину, историјску перспективу и систем вредности у којем се јавља. Коначно, у трећој, одлучујућој методској фази, сравњивањем се приступа истинском супротстављању појма страног права ономе с којим се пореди у сопственом праву. Истраживач установљава извесне односе међу посматраним појмовима, одговарајући на питања: шта, како и зашто?

У другом делу *Увода у упоредно право* Драгољуб Поповић приступа макро поређењу великих правних система. Одређујући велики правни систем као скуп више међусобно сродних правних поредака који је превазишао простор свог порекла, утичући на друге системе, аутор овде убраја европско континентално, англосаксонско и шеријатско право и излаже њихове основне карактеристике. Најизразитије особине европског континенталног система, великог не само по свом историјском и цивилизацијском значају, већ и по величини популације и територије на које се примењује, аутор налази у првенству закона међу правним изворима, специфичној деоби правне материје и склоности ка кодификовању права. Ове карактеристике су пажљиво одабране и одражавају не само оно што је заједничко тако великом броју националних система и што их заједно чини једном великом правном породицом, већ су и основа разликовања европског континенталног права наспрам друга два велика система – англосаксонског и шеријатског права. Ако се задржимо на питању хијерархије извора права видећемо да привилеговано место закона у европском континенталном праву потиче отуд што европски правник има осећај, често неоправдан, примећује Поповић, да је законом обухваћена целина правног поретка. Иако постојање правних празнина није искључено, оне се не сматрају сувише значајним, а и верује се да се, у крајњој линији, могу складно попунити законодавним тумачењем. Од великог значаја за углед закона је и његова политичка легитимација, будући да је још Француска револуција прокламовала да је закон израз опште воље, што ће се у демократским процесима у деветнаестом, а нарочито двадесетом веку потврдити преносом законодавне власти с монарха на народно представништво. Зато се закон мора поштовати и њему су подређени остали извори сазнања права. Дуго је континентална правна наука развијала замисао школе природног права да је судија проста машина за спровођење закона, да је везан законом и да не може да одбије његову примену. Драгољуб Поповић с разлогом истиче да се овакво мишљење показало наивним, јер га је сама пракса оповргла, и показује, на примеру француске и немачке праксе, како је приписивањем новог смисла старој за-

конској норми и еластичним тумачењем општих законских одредаба јуриспруденцијалним путем, право прилагођавано конкретној друштвеној ситуацији.

У одељку о англосаксонском праву упознајемо се са основним обележјима овог правног система. Драгољуб Поповић нас зналачки води кроз сложености англосаксонског система, оптерећеног многобројним историјским наслагама и толико необичног правнику европског континенталног образовања. Тако се специфичности енглеског права, родоначелника англосаксонског система, огледају не само у постојању два корпуса правних норми, *common law*-а и *equity*-а, заснованих на различитим институционалним изворима, засебним процесним институтима и материјалноправним решењима, већ и у особеној хијерархији извора права. Наиме, насупрот логици примењеној на Континенту, где само акт који садржи општу норму може да се сматра извором права, у Енглеској је судска пресуда, како каже Поповић, по много чему основни извор права, па сви остали извори, рачунајући ту и закон Парламента, морају се посматрати с обзиром на пресуду. Истина је да је у XX веку значај закона порастао, у складу са растом државног интервенционизма у привреди и социјалној политици, али су се његове номотехничке карактеристике, као секундарног извора права, одржале. Он тежи прецизности, педантно дефинише појмове којима барата, покушава да отклони сваку забуну, садржи детаље који континенталном правнику изгледају тривијални. Оваква номотехника не говори само о закону као допуни оног корпуса права који потиче од судских пресуда, већ и о специфичном схватању правне норме, као још једном основу разликовања англосаксонског и романо-германског права. Поповић објашњава да „оно што континентални правник подразумева под тим појмом англосаксонскоме је правнику сувише уопштено и пре му личи на какво начело, него на правну норму“. У англосаксонском праву норма се изводи из једног одређеног случаја и може се разумети само у присуству познавања саставних чинилаца случаја поводом којег је настала.

Шеријатско право је трећи велики правни систем с којим се упознајемо у *Уводу у упоредно право*. Оно представља специфичну правну породицу, по много чему различиту од претходна два велика система. Саставни је део исламске вере и своја природна изворишта налази у Корану, светој књизи, и Суни, збирци приповедака о животу пророка Мухамеда. Одатле потиче својеврсна затвореност шеријатског права, везаност за прошлост и подређеност разноврсним теолошким интерпретацијама, али и неопходност доктринарног упозоравања да се муслиманско право мора разликовати од права муслиманских земаља. Иако је муслиманско, верско право главна основа позитивног, важећег права највећег броја муслиманских земаља, држава и вера се

у исламском свету, баш као и хришћанском, нису никада до краја изједначиле. Обичаји и закони, мада највећма инспирисани исламским учењем, знају повремено, у појединим земљама, да се удаље од строге ортодоксности шеријатског права и да се приближе европским континенталним или англосаксонским појмовима, стварајући потпуно нове или интервенишући у већ постојеће правне области.

После сагледавања и представљања основних обележја великих правних система, намеће се закључак да је аутор *Увода у упоредно право* успео да нас увери у оправданост свог полазишта: правник који нема сазнања о основним састојцима великог правног система неће никако бити у стању да разуме поједину правну установу која тој правној породици припада. Заиста, установе су укорењене у својим системима и они имају сопствену логику, специфичне материјалне и формалне изворе и особене односе међу овима. Однос закона и судске пресуде није исти у романо-германском и англосаксонском праву, док се у шеријатском праву и не јавља као питање од већег значаја.

Упоредно приказивање европског континенталног, англосаксонског и шеријатског права убедљиво показује у којој мери позитивно право дугује ванправним чиниоцима и колико њихов значај може да варира. Толико различити фактори, као што су филозофија природног права, специфично историјско сукобљавање и перплитање *common law*-а и *equity*-а и исламска вера су, сваки за себе, били од одлучујућег значаја за уобличавање једног од великих система.

Увод у упоредно право није само студија о упоредном методу у праву, већ је и увод у право или чак својеврсна енциклопедија права. Драгољуб Поповић нам једноставним и прецизним језиком објашњава основне правне појмове стављајући их у одговарајући друштвено-историјски и вредносно-религијски контекст. Зато је *Увод у упоредно право* незаобилазно штиво за оне који немају претходна правна знања и који би желели, ради своје опште културе, да стекну заокружену слику о томе шта је право, али је драгоцено и за искусне правнике, како практичаре, тако и теоретичаре, приватисте и публицисте, који би желели да искораче из својих уских области и са висине сагледају феномен којим се баве.

Коначно, *Увод у упоредно право* показује колико је научно бављење компаративним правом захтевно, колико изискује различита знања, која превазилазе јуриспруденцијалну стручност, како у англосаксонском, тако и у континенталном смислу, и подразумева познавање многобројних језика и традиција. Драгољуб Поповић је својим *Уводом у упоредно право* доказао да је на висини тог задатка, задужујући нашу правну науку и сврставајући се у ред врсних европских компаратиста.

Др Владан Петров*

Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*,
Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“,
Београд 2008, стр. 373.

Од времена Миодрага Јовичића (*Одговорност носилаца јавних функција, О уставу, Велики уставни системи)* и Ратка Марковића (*Покретање уставног спора о уставности нормативних аката, Извршна власт*), нема много озбиљних студија и озбиљних писаца у српској уставноправној науци. Књига *Полупредседнички систем*, објављена ове године у издању Правног факултета Универзитета у Београду и ЈП „Службеног гласника“, темом, методолошким приступом и садржајем без сумње се може сврстати у ред озбиљних студија, а њен писац, др Дарко Симовић, у ред одабраних чувара „духа“ класичне уставноправне науке.

О појму „полупредседнички систем“ се мало зна. Теоријска концепција овог система везује се за велико име уставноправне и политичке науке XX века, Мориса Дивержеа. Овај аутор покушао је, инспирисан особеном природом система власти Пете француске републике, да одреди конститутивна обележја новог система. Тај систем не би био мешавина два класична система поделе власти, председничког и парламентарног, него би, речима Д. Симовића, био *tertium genus*. Дивержеов покушај да се изврши „удар“ на класичну дихотомну поделу система власти није прихваћен с одушевљењем, поготово у Француској. И данас, када системи власти у посткомунистичким државама дају основ за ревалоризацију Дивержеове теорије полупредседничког система, ова концепција није шире прихваћена.

У методолошком смислу, студија Д. Симовића о полупредседничком систему потврђује сложеност уставноправних истраживања која се не могу свести на догматско-правну анализу уставних текстова. Симовићево дело је школски пример веште употребе свих, основних и допунских, метода уставног права: егзегетичког и нормативног, позитивног, социолошко-правног, историјског и упоредног.

У садржинском смислу, ова књига се може описати једном речју: богата. Близу 400 страна (од тога девет страна библиографије

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду

која обилује релевантном домаћом и страном литературом, новом и класичном), нису се могле преполовити на 200, што је случај са многим књигама, које обимом, списком (наводно) коришћене литературе, бројем фуснота стварају привид научне дубине. Одредивши себи за циљ да објасни, доради и побољша концепцију полупредседничког система, која је спорна, аутор то чини стрпљиво и предано, не фразирајући и не остављајући времена за „предах“ пажљивом читаоцу.

Стил којим пише Дарко Симовић одликује јасна, прегледна и лепа реченица. Он не подређује дубину мисли лепоти стила, али користи сваку прилику да излагање учини мање сувопарним.

Ауторова полазна претпоставка је да се систем власти не може дефинисати само на основу одредаба устава, већ и на основу уставне стварности. Стварни устав, старо је правило, односи превагу над писаним. Отуда је аутор морао да се бави писаним и живим уставом, уставним одредбама и политичком праксом европских и ваневропских земаља чији системи власти нису ни „чисто“ председнички ни „чисто“ парламентарни.

Студија Дарка Симовића састоји се од увода, осам делова и закључка (аутор употребљава множину „закључци“). У првом делу (*Настанак и еволуција теорије полупредседничког система*), аутор се бави Дивержеовом концепцијом полупредседничког система и критикама које су овој упућене. Иако поштовалац Дивержеовог дела, Симовић је свестан недостатака Дивержеове концепције, нарочито у погледу одређивања овлашћења непосредно изабраног шефа државе у полупредседничком систему: Дивержеово дело о полупредседничком систему „оставља утисак недовршености и недоречености, а делом и импровизованости“, оно „оставља широк простор за постојање, не само добронамерних и безазлених,“ критика (стр. 29). Ипак, аутор сматра да ова концепција „представља плодну основу“ за успостављање теорије полупредседничког система (стр. 29). На тај начин, он се сврстава у ред „добронамерних“ критичара Дивержеове концепције и присталица схватања о полупредседничком систему као посебном систему власти („теорија полупредседничког система, под налетима политичке праксе, непрестано се развија и обогаћује, те не треба сумњати у њену светлу будућност“, стр. 59).

У другом делу (*Француска као архитип полупредседничког система*), пажњу заслужује анализа правне природе Пете француске републике. Занимљив је приказ различитих схватања француског система власти после Де Головог референдума од 1962. и увођења непосредног избора председника Републике. За Симовића је, као и за Дивержеа, француски систем Пете републике узорит пример полупредседничког система. Он закључује да је „...сама политичка пракса

Пете републике указала (је) на неопходност конституисања једног новог теоријског система који ће се налазити на средокраћи два већ традиционална система поделе власти“ (стр. 122).

Трећи део (*Полупредседнички систем као tertium genus*) је централни део ове студије. У њему аутор даје свој појам полупредседничког система, коригујући Дивержеову дефиницију. Према аутору, полупредседнички систем постоји кад су испуњена четири услова, три правна и један друштвено-политички. Три услова правног карактера су: 1. председника бирају, непосредно или посредно, грађани на унапред утврђени временски период; 2. председник располаже значајним овлашћењима која га, уз владу, чине активном влашћу у оквиру егзекутиве; 3. влада је политички одговорна парламенту (стр. 147). Друштвено-политичка претпоставка полупредседничког система је постојање демократског политичког система. Уставом прокламована подела надлежности између две главе егзекутиве (владе и шефа државе) могућа је само у таквом систему. Симовић види суштинско својство полупредседничког система у структури двојне егзекутиве (шеф државе је поред владе носилац извршне власти и активан чинилац политичких процеса), за разлику од парламентарног система у којем је егезекутива само привидно бицефална (шеф државе је симболични носилац извршне власти).

У четвртом делу (*Дивержеова плејада полупредседничких система*), аутор се бави системима власти које је Диверже, поред француског система, сматрао полупредседничким. Примењујући своју теоријску дефиницију, узимајући у обзир уставна решења и политичку праксу ових земаља, Симовић закључује да од шест система (Вајмарска Немачка, Финска, Аустрија, Ирска, Исланд, Португал) само три могу да се одреде као полупредседнички (вајмарски систем, португалски од уставне ревизије1982, фински од 1919. до 2000).

Пети део студије (*Полупредседнички систем у посткомунистичким земљама*) посвећен је системима власти у посткомунистичким државама које су 90-их година допринеле оживљавању теоријске расправе о полупредседничком систему. Аутор сматра да је ове системе тешко проучавати у овом тренутку и да ће „са успостављањем стабилних страначких система полупредседнички системи посткомунистичких земаља започети да живе животом који омогућава утврђивање одређених правилности у њиховом функционисању“ (стр. 261).

У шестом делу (*Полупредседнички систем у ваневропским земљама*), аутор показује да је полупредседнички „модел“ примењив и ван европског континента. Штавише, управо у тим земљама, његова хетерогеност долази до пуног изражаја.

Седми део студије (*Правна природа система власти у Републици Србији*) бави се српском уставном стварношћу и блиском историјом. Аутор износи дуго прећуткивану истину, „да је доношењем Устава 28. септембра 1990. Србија прва међу источноевропским државама одбацила рухо социјалистичке уставности и заоденула се вредностима либерално-демократског конституционализма“ (стр. 293). Он сматра да је прилика да се „након осамнаест година од доношења овог устава, који је у међувремену и престао да важи, проговори непристрасно“. Минуциозном анализом система власти према Уставу Србије од 1990. и политичке праксе Србије 90-их година прошлог века, Симовић потврђује колико су биле површне, политички обојене, чак дилетантске критике упућене на рачун нормативног оквира тадашњег система власти. Овај део студије препоручујемо онима који су те критике изрицали, да виде колико су грешили и шта су све пропустили да кажу. Иначе, аутор системе власти према Уставу Србије од 1990. и Уставу Србије од 2006. не сматра полупредседничким. Уочавајући одређене разлике у положају и улози председника Републике и Владе у овим уставима, он закључује да оба система припадају рационализованом парламентаризму.

У осмом делу (*Компаративна анализа полупредседничких система*), аутор обрађује уставноправни положај шефа државе у полупредседничком систему, разлоге за успостављање овог система, факторе који утичу на његово функционисање, поделу полупредседничких система и њихову вредност. После исцрпних излагања која су претходила овом делу, чини се да он није ни био потребан. Аутор, ипак, мудро одлучује да учини још један напор како би до краја научно оправдао нужност успостављања теоријског модела полупредседничког система.

Да ли је полупредседнички систем само „хибрид“ или „мешавина“ два постојећа система поделе власти, парламентарног и председничког, или је заиста реч о трећем систему, који има своју институционалну логику, остаје спорно. Неспорно је, међутим, да је пред нама вредна књига, која ће бити леп подстицај за нова истраживања у, помало успаваној, српској уставноправној науци. У том смислу, похвале заслужује и Фондација „Радомир Лукић“ која је, имајући осећај за добру књигу, финансијски помогла њено издавање.

Напослетку, издвајамо одломак из закључака који обједињује Симовићеву теоријску оријентацију и квалитете писца: „Као што је давно прошло време великих филозофа, песника и романописаца, изгледа да је прошло време и знаменитих конституционалиста. Суптилне и проницљиве теоријске расправе потискују бескрајно дуге и сувопарно неинспиративне нормативне анализе уставних текстова (...) Никада није било више исписаних речи и уџбеника, а никада

мање инвентивних и инспиративних идеја. Прошло је време оних знаменитих имена која су умела смело да искораче из добро утабиних али уских путева да би нас повели до потпуне теоријске спознаје постојеће уставноправне стварности. Ти недостојни наследници Дигија, Бирдоа или Ведела настају да безбрижно остану ушанчени међу већ добро увреженим теоријским системима, чији су домети неминовно ограничени будући да су били саздани за нека давно прошла времена. Ипак, остаје нада да ће неке од клица које су посејала та најзнаменитија имена француске уставноправне науке наћи плодно тле у некој од душа надолазећих генерација (стр. 355–356)".

Ништа не би требало додати овим виспреним речима аутора, осим једног. Ми се не надамо, већ смо уверени у боље дане уставноправне науке у Србији. Дарко Симовић се својим делом потрудио да нас учврсти у том уверењу.

Мр Душан Ракитић*

Политикологија религије – Politics and Religion,
Центар за проучавање религије и верску толеранцију, Београд
1/2007 (стр. 228), 2/2007 (стр. 175), 1/2008 (стр. 204).

Светска и домаћа научна периодика богатија је за још један занимљив допринос. Ради се о часопису *Политикологија религије*, првом такве врсте не само код нас, него и у свету. Први број тог часописа појавио се фебруара 2007. године, а до сада су објављена три његова издања. Политикологија религије је у формалном смислу релативно млада наука, рођена у последњим деценијама XX века, мада је у основи стара колико и општа политикологија. Политикологија је одавно незаобилазно сагледавала дубоке везе државе и религије, али се посебна научна дисциплина која се бавила првенственом тим аспектима одвојила знатно касније. Слична је ситуација и са дисциплином која проучава правне аспекте односа државе и цркве, која је такође као самостална дисциплина формирана тек у последњим деценијама прошлог века под називима *Staatskirchenrecht*, *Droit civil ecclésiastique, State-Church Law* (у последње време све чешће *Law on Religion*), а код нас као Државно-црквено право.[1]

Светско удружење за политичке науке је пре неколико година основало посебну секцију посвећену политикологији религије под називом *Истраживачки комитет 43 (RC43)*. Амерички политиколози су у оквиру Америчког удружења за политичке науке формирали посебну секцију *Религија и политика*.[2] Поменута америчка секција је одлучила да, због велике продукције и потребе за анализама из политикологије религије, покрене прву научну ревију у свету посвећену тој дисциплини, која је требало да започне са излажењем 2007. године, али се први број још није појавио. Међутим, аутори окупљени

---

* Аутор је асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

1 О појму, развоју и терминологији која се користи за означавање ове дисциплине, в. више Аврамовић, С., *Прилози настанку Државно-црквеног права у Србији – State-Church Law in Serbia*, Београд 2007, 10.

2 *www.apsanet.org/~religionandpolitics/*

око Центра за проучавање религије и верску толеранцију из Београда су то постигли. Они су управо 2007. године покренули такав научни часопис, можда први у свету под именом те дисциплине – *Политикологија религије*. Часопис од првог броја има међународни карактер, с намером да окупи најбоље светске ауторе у овој области и сродним дисциплинама. Објављује се два пута годишње, тако да су до сада издата три броја (два за 2007. годину и први број за 2008. годину).

О значају и дометима овог часописа довољно говоре текстови и сарадници који су се око њега окупили. Већ од другог броја је устаљена пракса да часопис има тему броја, аналитичке чланке у којима се третирају различити феномени ове науке, а садржи и рубрике прикази, научна критика и полемика. Имајући у виду да је енглески језик данас постао *lingua franca*, редакција је од почетка предност давала текстовима писаним на том језику, с тенденцијом да сви прилози буду објављивани на енглеском, али с јасном идејом да часопис истовремено има за циљ продор српске науке и културе у свет. О томе сведочи и ћирилични наслов, који је паралелан са енглеским и француским, као и сажеци на српском језику, који обавезно прате сваки текст објављен на енглеском, што то се односи и на садржај и уводну реч. Часопис је уређен по свим стандардима које научни часопис међународног карактера треба да има, а ту се сусрећу писци са скоро свих континената, који пишу из перспективе готово свих светских религија. Сви су наставници универзитета или сарадници признатих научно-истраживачких институција.

Већ у првом броју за *Политикологију религије* су писали Џон Рекс (*John Rex*), професор емеритус на Универзитету Варвик из Велике Британије, оснивач одељења за социологију на универзитетима Дурхам и Варвик; Грегори Копли (*Gregory Copley*), председник Међународног удружења за стратешке студије у Вашингтону; професор Димитриј Безњук из Белорусије, са Филозофског факултета из Минска; професор Марија Серафимова са државног Југозападног универзитета у Благоевграду, Бугарска; један од водећих религиолога Македоније, Зоран Матевски, професор Универзитета Кирило и Методије у Скопљу и истакнути делатник у најзначајнијим светским научним организацијама за истраживање религије, укључујући и Међународно удружење за социологију религије из Лувена у Белгији, које је основано 1948. године као кровна светска организација за изучавање социологије религије.

У броју 2 за 2007. годину листа страних аутора је још више проширена. За *Политикологију религије* су своје прилоге дали др Михаела Моравчикова, директор Института за односе цркве и државе у Братислави; Иноуе Нобутака (*Inoue Nobutaka*), професор шинто студија на угледном Кокугакуин универзитету у Токију и један од

издавача познате Енциклопедије нових религија, руководилац пројекта о верском образовању у модерном Јапану; професор Абе Ата (*Abe Atta*) са Аустралијског римокатоличког универзитета у Мелбурну, некадашњи професор већег броја универзитета у САД, Јордану и Данској; Шантикумар Хетиарачи (*Shanthikumar Hettiarachi*), професор дисциплине *Религије и конфликти* у Центру Свети Филип у Лестеру, итд.

Сарадници броја 1 за 2008. годину, поред домаћих аутора, били су и Фатма Синдал (*Fatma Sündal*) са Универзитета у Анадолији у Турској; Анила Султана (*Aneela Sultana*), професор културне антропологије на Универзитету Каид ал Азам из Исламабада у Пакистану; Зиад Фахед (*Ziad Fahed*), професор Универзитета Нотр Дам из Либана; професор Џафер Абдулмахди Сахиб (*Jaafar Abdulmahdi Saheeb*) са Универзитета 7. април из Либије; професор Универзитета Барнас у Индији, Рана П. Б. Синг (*Rana P. B. Singh*); професор Стивен Хант (*Stephen Hunt*) са Универзитета Западне Енглеске; Јан Инерхофер (*Ian Innerhofer*) са Универзитета у Бечу; Адела Захаријадес (*Adela Zachariades*) из Фондације за одбрану демократије из Вашингтона.

Теме које се појављују тичу се општег односа религије и политике, религије и друштва, религије и права, а срећу се и веома специјализоване студије случајева које третирају однос религије и политике широм света. Само као пример би се могло навести неколико текстова. Тако се рад Стивена Ханта, професора Универзитета Западне Енглеске, бави утицајем једне од најбрже растућих протестантских нових верских заједница – пентекосталне, на политику у САД и Уједињеном Краљевству. То је текст који морају прочитати сви који се баве утицајем религије на политику у обе поменуте земље, али и утицајем који пентекосталци могу имати на политику било где у свету, па и у Србији. У њему се отвара и питање правног статуса тзв. малих верских заједница, које је веома актуелно у нашем правном систему.

Текст професора Ране П. Б. Синга третира верски контекст сукоба на широком подручју Јужне Азије, али и ван ње. Он обухвата догађаје везане за Авганистан, Непал, Индонезију, Индију, подручје које обухвата скоро две милијарде људи и чини *Политикологију религије* неопходним штивом за разумевање тамошњег утицаја више религија (ислама, будизма и хиндуизма) на политику, као и њихових међусобних односа веома важних у борби за очување светског мира. Посебно је важна анализа Шантикумара Хетиарачија који, служећи се Веберовом методологијом, показује везу између економије, политике и религије, што је у досадашњим секуларизованим теоријама о друштву представљало скоро табу тему, с обзиром на дуго присутан аксиом да религија не може битно да утиче на политику, а поготово

не на економију. Хетиарачи доказује да је такав приступ једностран и да се утицај религије не само мора уважавати, него да он може да буде и одлучујући за привредну активност.

Тема броја 1/2008 је „Арапско-исламски свет – поглед изнутра“. О вредности и аутентичности текстова сведочи чињеница да сви аутори тектова долазе из окружења о коме говоре. Користећи своје непосредно искуство и научна сазнања, они дају изванредну анализу збивања у том делу света, где је религија нераскидиво везана са политиком, која истовремено представља важан фактор данашње светске политике. Борба коју међународна заједница води против тероризма, палестинско-израелски сукоб и низ других историјских, правних, а пре свега политичких односа, прелама се кроз арапско-исламски свет. Зато ће свакоме, а поготово високошколским институцијама које се баве међународним односима, али и носицима политичких функција, ове анализе бити неопходне за потпуније разумевање тамошњих збивања. Аутори ове рубрике анализирају и збивања у Турској од доласка исламиста на власт (Фатма Сундал), феномен џихада из муслиманске перспективе (Анила Султана), сложену ситуацију у Либану и могући допринос маронитске цркве процесу националног помирења (Зијад Фахед), приступ арапских муслимана збивањима на просторима бивше Југославије у последњим деценијама XX века и данас (Џафер Абдулмахди Сахиб), итд.

Од теоријских текстова у рубрици *анализе*, пажњу нарочито привлаче прилози професора Џона Рекса, који се бави питањем секуларних замена за религију у модерном свету и професора Мирољуба Јевтића, који у истом броју часописа говори о теоријском моделу односа религије и политике, одређујући међу првима предмет и метод те нове научне дисциплине политичких наука. Осим ових анализа, веома је корисна и рубрика приказа нових књига из области политикологије религије и сродних наука. Ту су, између осталог, приближене читаоцима књиге познатог исламисте из Русије проф. Игњатенка, Валида Фареса из САД, али и неких наших аутора (Оливера Потежице и других). Посебно је инструктиван кратак приказ Јана Инерхофера са Бечког универзитета о развоју политикологије религије у земљама немачког језика, који пружа низ информација важних за историју политичких наука. Инерхофер показује да се у земљама немачког говорног подручја политикологија религије све више развија на универзитетским катедрама за политикологију, при чему истиче да се ова дисциплина тамо предаје од 2004. године, док је на Београдском универзитету присутна још од 1993. године.

Сви текстови из овога часописа се у пуном формату могу наћи на Интернету, на адреси *www.politicsandreligionjournal.com.* Часопис *Политикологија религије* има међународну редакцију састављену од

чланова уредништва из света и Србије, а оснивач и главни и одговорни уредник је Мирољуб Јевтић, професор политикологије религије на Факултету политичких наука Универзитета у Београду. Имајући у виду да ускоро следи објављивање броја 2 за 2008. годину, може се очекивати да ће овај часопис наставити да излази редовно. Једна од гаранција за то је и околност да се у наредним бројевима као главни уредници појединих бројева очекују веома истакнута имена светске науке.

Милош Станковић

студент последипломских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА У СПОРТУ – СТУДИЈА СЛУЧАЈА*

1. УВОД

Fiat iustitia pereat mundus, сентенца је римског права, али до данас и тежња и идеал не само људи који се баве правом, већ и свих оних који су склони истини и који придржавање правних норми не схватају као обавезу, већ као нешто много више од обавезе, као морални узор и као *bona fides. Pacta sunt servanda* је и у правном и у логичком смислу последица, али и потврда једног таквог схватања. У данашње време закључење уговора је не само потреба, већ и неминовност којој правни субјекти услед потреба брзог и ефикасног правног промета у већини случајева прилазе као и другим пословима које свакодневно предузимају, не придајући им, а углавном и не схватајући, њихов правни значај и правна дејства. Брзина којом се развија модерно друштво не може чекати на спорост која карактерише формализам и свечаност који су некада у великој мери карактерисали склапање уговора. У том смислу данас је у односу на укупни број правних послова сразмерно мали број оних који привлаче пажњу стручне јавности, а нарочито оне шире, која се не бави правом. Међу такве свакако спадају уговори у области спорта, које медијски интересантним не чини само атрактивност спортских активности, већ и чињеница да су услед све веће професионализације, али и комер-

* Захвалност за подршку у изради овог рада дугујем проф. др Драгору Хиберу, чије ми је експертско мишљење о овом спору и могућности Луке Богдановића да пређе из КК Црвена звезда у КК Партизан било од велике користи, доц. др Марку Ђурђевићу и асс. мр Драгану Павићу за конструктивне сугестије и помоћ у одабиру литературе, као и асс. мр Горану Дајовићу, који ми је омогућио увид у уговоре између КК Црвена звезда и Луке Богдановића.

цијализације спорта неретко обавијени велом тајне. Додатну тешкоћу у њиховој правној квалификацији представља и недостатак Закона о спорту који Република Србија тек треба да донесе, те последица тога да се на ову област, иако она представља специфичну и засебну област у уговорном праву, још увек примењују у потпуности Закон о облигационим односима и Закон о раду. Имајући све то у виду, чини се да је одговорност правника приликом оцене правног домашаја уговора у спорту још већа и значајнија. Прелазак Луке Богдановића из КК Црвена Звезда у КК Партизан је изазвао нарочито интересовање, многе полемике и изношење често контрадикторних аргумената у кошаркашкој, али и у правној јавности. Са спортског аспекта, ситуација је специфична јер је реч о једном од најталентованијих младих кошаркаша у Европи који је прешао у клуб највећег спортског ривала клуба за који је до тада наступао. Са правног аспекта, случај је занимљив, али и сложен због недостатка Закона о спорту, те неопходности примене и тумачења Закона о облигационим односима и Статута Кошаркашког савеза Србије, односно Регистрационог правилника Кошаркашког савеза Србије као меродавних општих правних прописа у овој области. Жеља аутора је да, руководећи се идејом *Pacta sunt servanda*, покуша да изнесе објективну правну анализу овог случаја, имајући у виду Аристотелову опаску „Драг ми је Платон, али ми је истина дража“ или, језиком права речено, *Fiat iustitia pereat mundus*!

2. ЧИЊЕНИЦЕ

Лука Богдановић рођен је 11. 2. 1985. године у Београду. Кошарком је почео да се бави у Радничком из Београда. Са кадетском репрезентацијом Југославије је 1999. године на Европском првенству освојио златну медаљу, а изабран је и за најбољег играча шампионата. 3. 2. 2002. године је у Београду закључио Анекс уговора са Кошаркашким клубом Црвена звезда из Београда, у којим је предвиђено да ће служити као уговор између две стране. 18. 9. 2002. године у Београду Богдановић је закључио Уговор о професионалном ангажовању играча са Кошаркашким клубом Црвена звезда из Београда. Незадовољан статусом у клубу, играч је најпре затражио раскид уговора са клубом, а потом је 13. 6. 2003. године у Београду закључио Анекс II уговора са Кошаркашким клубом Црвена звезда, којим се уједно обавезао и да ће повући захтев за раскид уговора. Потом је 6. 7. 2004. године у Београду је у просторијама Кошаркашког савеза Србије и Црне Горе потписао Приступницу за Кошаркашки клуб Партизан из Београда.

3. АНЕКС УГОВОРА

3.1. Опште одредбе, услови и међусобна права и обавезе

Анекс уговора (у којем се наводи да ће служити као уговор између две стране) су закључили 3. 2. 2002. године у Београду Живорад Анђелковић у име КК Црвена звезда, као Председник Управног одбора клуба, и Лука Богдановић, кога је заступао отац Драгиша Богдановић, као законски заступник. С обзиром да је Лука Богдановић у време закључења уговора имао непуних 17 година, те је био релативно пословно неспособан, он према чл. 56, ст. 1 Закона о облигационим односима[1] није могао самостално да закључи уговор, али га закључени уговор на основу чл. 85, ст. 1 Закона о облигационим односима непосредно обавезује.[2] Члан 1. Анекса уговора прописује да је Анекс уговора документ којим се регулишу међусобна права и обавезе играча у вези са професионалним ангажовањем од стране клуба. Њиме су предвиђени Услови уговора, Обавезе клуба и Обавезе играча.

а) Условима уговора је предвиђено да се уговор закључује на период од 8 година, те да истиче након последње утакмице у првенству или *play-off*-у у сезони 2008/2009. Период на који је закључен овај уговор има природу раскидног рока, али се на њега не примењује чл. 77, ст. 2 ЗОО о рачунању времена у вези са роком,[3] већ општи акти Кошаркашког савеза Србије којима је одређен календарски распоред одигравања утакмица у првенству, односно у *play-off*-у.

б) Обавезе клуба се превасходно односе на исплату играча (плате и премије), а затим и на обезбеђивање адекватне спортске опреме играчу, на подмиривање трошкова лечења и на накнаду штете у случају болести, повреде, инвалидности или смрти у било које време за време трајања уговора. У односу на поменуте, специфична је обавеза клуба да играчу обезбеди стан у власништву, јер је та обавеза предвиђена под одложним условом, тј. у случају да играч постане сениорски репрезентативац А репрезентације Југославије, тј. Србије и Црне Горе и учествује на Олимпијским играма, Светском првенству или Европском првенству. Чланом 3 Анекса стране уговорнице

[1] Чл. 412, ст. 1 ЗОО: „За закључење пуноважног уговора потребно је да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора“.

[2] Чл. 85, ст. 1 ЗОО: „Уговор који закључи заступник у име заступаног лица и у границама својих овлашћења обавезује непосредно заступаног и другу уговорну страну“.

[3] Чл. 77, ст. 2 ЗОО: „Рок одређен у недељама, месецима или годинама завршава се оног дана који се по имену и броју поклапа са даном настанка догађаја од кога рок почиње да тече, а ако таквог дана нема у последњем месецу, крај рока пада на последњи дан тог месеца“.

су предвиделе висину средстава која би играч требало да прима почевши од сезоне 2001/2002, закључно са сезоном 2005/2006, а при томе тачком ц) у чл. 3 Анекса су одредили и динамику исплате, почевши од сезоне 2002/2003, па закључно са сезоном 2005/2006. Тачка ц) члана 3. Анекса предвиђа да ће „исплата за такмичарске сезоне 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005. и 2005/2006. биће исплаћене у 10 једнаких месечних рата и то сваког 1–10 у месецу почев од јула месеца текуће године, закључно са априлом следеће године".

в) Обавезе играча се могу поделити у две категорије. Прва група тих обавеза се тиче обавеза које имају сви играчи клуба, а која се тиче редовног извршавања спортских обавеза (тренирање и одигравање утакмица) и придржавању нормативних аката и упутстава клуба. Друга група обавеза односи се на конкретног играча, у овом случају на Луку Богдановића, а исказује његову сагласност да у прве три године трајања уговора оде у други клуб као уступљен или позајмљен играч, као и сагласност играча у вези са правилима око пријављивања на драфт за НБА, односно наступања у НБА. Најзад, у чл. 21 Анекса уговорне стране су предвиделе да Анекс има приоритет у односу на друга документа накнадно потписана између клуба и играча у случају њихове несагласности.

3.2. Правна природа Анекса уговора

Анекс уговора који су закључили Лука Богдановић и КК Црвена звезда је према постојећој законској регулативи неименовани уговор. Неименовани су они уговори који, иако по својим својствима и садржини одговарају општим правилима уговорног права, нису посебно законом регулисани нити названи посебним именом, јер се ређе јављају у правном промету.

Према условима за настанак, Анекс уговора је формални уговор, и то двострано формалан, јер су обе уговорне стране испуниле одређену форму која је у овом случају писмена. Играч се и у чл. 19, ст. 2 Анекса обавезује да потпише формуларни уговор који ће касније бити оверен од стране Кошаркашког савеза Југославије.

Према односу права и обавеза уговорних страна, Анекс уговора је двострано обавезујући уговор, јер на основу сагласности воља ствара права и обавезе за обе уговорне стране. Обзиром да КК Црвена звезда даје одређену накнаду (плате и премије) играчу за корист (услуге које он ставља на располагање клубу) коју од њега добија, Анекс је теретни уговор. Коначно, Анекс је комутативан уговор, јер је у тренутку његовог закључења била позната висина и узајамни

однос престација, те се тачно знало шта ко прима и шта ко по уговору дугује (права и обавезе клуба и права и обавезе играча).

Према дужини трајања престације, Анекс је уговор са трајним извршењем обавеза, тј. уговор чије се извршење обавеза простире у времену и састоји се из више аката чињења. То се види како из чињенице рока на који је уговор склопљен (8 година), тако и из начина и динамике исплате играча за време трајања уговора (посебно регулисана исплата играча за сваку од сезона).

Према карактеру престације, Анекс уговора је мешовити уговор. Мешовити уговор се састоји од елемената два или више једноставна уговора (елемената карактеристичних за само један одређени, по правилу именовани уговор) који задржавају своје правне особине, али који су тако сједињени да представљају један јединствен уговор. Ово је пре свега карактеристика неименованих уговора, а Анекс уговора је управо неименовани уговор. Идеја је да се странкама у оквиру општих правила уговорног права пружи што већа слобода и омогући разноврсност у уређивању међусобних права и обавеза које захтевају одређене области уговорног права, а уговори у области спорта то свакако јесу.

Према техници и начину закључења, Анекс има обележја како уговора са споразумно одређеном садржином, тако и уговора по приступу, и по тој особини су уговори у области спорта иначе специфични. Елементи уговора по приступу огледају се у томе што је Анекс, попут доброг дела спортских уговора, типски уговор[4] са одређеним бројем каучук клаузула[5] код обавеза клуба (обезбеђивање адекватне спортске опреме играчу, на подмиривање трошкова лечења и на накнаду штете у случају болести, повреде, инвалидности или смрти у било које време за време трајања уговора) које се према томе појављују код уговора са свим играчима и исто тако једним бројем јасно дефинисаних обавеза за све играче (тренирање и одигравање утакмица и придржавање нормативних аката и упутстава клуба). Елементи уговора са споразумно одређеном садржином односе се на његово трајање у погледу обавеза клуба на постигнуту сагласност

[4] У теорији се прави разлика између уговора по приступу и типских уговора, утолико што код уговора по приступу једна страна одређује услове уговора, док код типских уговора услове и елементе уговора одређује нека професионална организација или сама држава, в. С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990, 219.

[5] Каучук појмови (у овом случају клаузуле) су опште, широке и еластичне формулације којима се служи законодавноправна техника да би се избегла казуистика, тј. набрајање свих ситуација које је тешко или немогуће у потпуности предвидети. На тај начин се судској пракси (а овде Регистрационој комисији, као првостепеном, и Председништву КСС, као другостепено надлежном органу) пружа могућност да им одреди садржину, да их конкретизује и прилагођава животним околностима.

воља са играчем око висине накнаде коју клуб даје играчу или неких посебних обавеза клуба (обезбеђивање стана у власништво према чл. 9), док су обавезе оне које се односе на сваког играча понаособ (могућност позајмице другом клубу, односно тренирање између две сезоне и могућност одласка у НБА лигу, предвиђене у чл. 16 и чл. 17). Стога би можда било најправилније рећи да је Анекс, као спортски уговор, типски уговор са елементима специфичним за ове типске уговоре, који се састоје у временски ограниченом трајању сваког појединачног уговора, одговарајућим новчаним обавезама и споменутим каучук клаузулама. То је уједно карактеристика и свих спортских уговора из ове области. С обзиром на то да Анекс у смислу права и обавеза важи, тј. обавезује само она лица која су изразила своју сагласност, тј. клуб и играча, он је индивидуални уговор. Имајући у виду чињеницу да Анекс предвиђа извршење престација у периоду од 8 година (на колико је уговор закључен), а њиме странке утврђују опште елементе и услове уговора (са одређеним бројем каучук уговора), он се може сматрати генералним уговором.

Посматрајући зависност Анекса према другим уговорима, јасно је да је он самосталан уговор, јер производи правна дејства независно од неког другог уговора.

Према критеријуму личности уговорника, Анекс је уговор закључен *intuitu personae*, јер у овом случају лична својства једног уговорника, играча Луке Богдановића, представља одлучујући елемент сагласности воља уговорних страна. То је видљиво и у Уводним напоменама уговора, где се истиче да је „играч – професионални кошаркаш са великим талентом и способношћу, високог нивоа знања“, као и „жеља Клуба да располаже услугама таквог играча“.

Према видљивости каузе, Анекс је каузалан уговор јер је тачно и непосредно јасно и видљиво због чега се странке обавезују (стављање услуга играча на располагање клубу уз одговарајућу накнаду), дакле циљ правног обвезивања, тј. *causa* видно је означена. Основ обавезности једне стране је извршење обавезе друге стране (међусобна права и обавезе клуба и играча су као што је речено предвиђена уговором).

3.3. Могућности престанка Анекса уговора

Када је реч о престанку дејстава уговора, Анексом је предвиђена могућност како споразумног, тако и једностраног раскида уговора. Споразумни раскид уговора је уговор којим странке одустају од свог раније закљученог уговора, све док тај првобитни уговор није потпуно извршен. У Анексу је таква опција предвиђена у вези са

начином и динамиком исплате играча. Чланом 3, тачкама 3.1. – 3.5. одређени су тачни износи које ће играч као накнаду примати за период од сезоне 2001/2002. до сезоне 2005/2006.[6] У тачки 3.6. се каже да се играч и клуб обавезују да након сезоне 2004/2005 уговоре услове и висину исплате за период од сезоне 2006/2007. до краја сезоне 2008/2009 (до ког тренутка је уговор на снази). Међутим, уколико Клуб и играч не постигну споразум играч је слободан да промени Клуб по завршетку сезоне 2005/2006. уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3. Анекса, увећаних за 30%. У тачки 3.7. предвиђена је још једна могућност раскида, па се каже да уколико у сезони 2006/2007, 2007/2008. или 2008/2009. Клуб или играч имају интерес да раскину Уговор, играч је слободан да промени клуб уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 овог Уговора, увећаних за 25%. Најзад, од посебне важности за поменуте одредбе је тачка ц) чл. 3, где се прецизира да ће исплата за такмичарске сезоне 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005. и 2005/2006. бити вршена у 10 једнаких месечних рата и то сваког 01–10. у месецу, почев од јула месеца текуће године, закључно са априлом следеће године.

Једнострани раскид уговора је према Анексу могућ у три случаја. Најпре је у чл. 12, ст. 1 стипулисано да у случају да Клуб закасни са испуњењем новчане обавезе више од 30 дана, играч има право да једнострано писменим обавештењем раскине Уговор са Клубом, с тим да при томе задржава право да му се исплате доспеле и неисплаћене рате. Као што се види, до раскида би дошло у случају неиспуњења обавеза једне стране (Клуба) на предвиђен начин, па се ради о једностраном раскиду уговора због неиспуњења, али не у класичном смислу који предвиђа ЗОО, пошто су га предвиделе саме уговорне стране. Стога се могућност раскида уговора применом ове одредбе може подвести под институт који је у француској литератури познат као раскидна клаузула.[7]

Уговорне стране могу у свој уговор унети клаузулу којом ће у случају неизвршења обавезе једне од њих раскид уговора бити исходован мање-више аутоматски, без спровођења поступка пред судом. Назване раскидним клаузулама, ове клаузуле се јављају међу уговорним странама да би предвиделе санкције за неизвршење уговорне обавезе[8] и предвиђају да ће у случају неиспуњења уговорне обавезе

---

[6] Одредбе, тј. износи неће бити наведени, јер уговор има карактер пословне тајне.

[7] F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – les obligations,* Paris 2003[5], 484–488; C. Larroumet, *Droit civil – Tome 3, Les obligations et le contrat*, Paris 1996, 781–787.

[8] C. Larroumet, 781.

раскид у потпуности бити пуноважан.[9] На исти начин уговорне стране могу уговорити да ће уговор бити пуноважно раскинут и без опомене упућене дужнику, уколико обавеза није извршена у предвиђеном року.[10] Улога судије је овде у суштини ограничена: на њему није да даље испитује да ли значај неиспуњене обавезе оправдава или не наступање раскида. Све што му преостаје јесте да након што испита да ли су услови предвиђени раскидном клаузулом испуњени, констатује да је раскид наступио аутоматски.[11] Разлог томе је чињеница да циљ раскидних клаузула и јесте то да уговорну страну ослободи обавезе да се обрати суду уколико јој потраживање није извршено, што је изузетак од правила да је за раскид уговора неопходно постављање тужбеног захтева суду.[12] Да би раскид произвео правно дејство, потребно је још и да се на раскидну клаузулу позове поверилац неизвршене облигације. То му, у ствари, оставља слободу да начини избор између раскида и принудног извршења, као и избор између примене раскидне клаузуле и судског раскида уговора.[13] У супротном, до раскида не би могло доћи, па тако ни дужник из облигације не би могао да се позове на раскидну клаузулу да би избегао извршење своје обавезе.[14]

У чл. 13 се затим наводи да играч може једностраном изјавом воље раскинути Уговор са Клубом уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 Анекса, увећаних за 25%. И овде су раскид предвиделе странке, као једно преображајно право играча и по својој прилици као пандан чињеници да се статус

---

[9] F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, 485.

[10] Међутим, уколико су уговорне стране предвиделе да је потребна опомена, при томе прецизирајући да она мора да садржи изјаву повериоца да се позива на раскидну клаузулу, раскидна клаузула неће бити пуноважна уколико је поверилац пропустио да упути овакву опомену дужнику. C. Larroumet, 785–786.

[11] F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, 485.

[12] C. Larroumet, 782.

[13] Уз неспорне предности раскидних клаузула, у које спадају јевтинији и бржи поступак, очигледне су и опасности, нарочито у трговинским уговорима, где се сматра да није задовољавајуће и адекватно фаворизовати престанак уговора, као и оправдана брига да надмоћнија уговорна страна може у адхезионим уговорима предвидети аутоматску санкцију која се може показати несразмерном у односу на природу неиспуњења друге стране. Из тих разлога је судовима остављено право да врше извесну контролу у погледу раскидних клаузула тако што ће их тумачити рестриктивно, испитујући њихову пропорционалност са неиспуњењем које их омогућава и позивајући се на добре обичаје. У супротном, суд може да одбије да констатује раскидну клаузулу на коју се позвао поверилац супротно начелу добрих обичаја. F. Ferre, P. Simler, Y. Lequette, 486–487. По мишљењу Ларумеа (*Larroumet*), раскидна клаузула зато може бити пуноважна само ако су се обе уговорне стране њеним тумачењем сагласиле у погледу њене садржине, али обзиром да раскидна клаузула није пеналног карактера, суд не располаже овлашћењем да је ублажи, C. Larroumet, 782–784.

[14] C. Larroumet, 782.

играча (припадност клубу) код Уговора у спорту углавном стиче једностраном изјавом воље играча – приступницом. Коначно, у чл. 17, ст. 5 играчу се пружа могућност да једностраном изјавом раскине Уговор и да уз сагласност КСЈ буде слободан и потпише Уговор са клубом из НБА, уколико буде драфтован и ангажован у првом кругу Драфта за НБА лигу.

4. УГОВОР О ПРОФЕСИОНАЛНОМ АНГАЖОВАЊУ ИГРАЧА

4.1. Опште одредбе, услови и међусобна права и обавезе

Уговор о професионалном ангажовању играча је закључен 18. 09. 2002. године у Београду између КК Црвена звезда, коју је заступао Директор клуба Игор Жежељ и играча Луке Богдановића. Играч се на потписивање овог уговора обавезао и у чл. 19, ст. 2 Анекса, где је речено да је дужан да потпише формуларни уговор који ће оверити Кошаркашки савез Југославије. Формуларни су они уговори који се закључују по унапред припремљеном формулару којим се једна страна (у овом случају КСЈ) редовно служи. Унапред припремљени текст се налази или у контексту уговора или на полеђини уговорног писмена или се уговорне стране позивају на опште услове пословања који су им унапред познати. Њихова је карактеристика да лице коме је стављена понуда може или да прихвати све услове или да уопште не прихвати посао (*take it or leave it*). Обзиром на реалну опасност да једна уговорна страна у оваквом односу буде у подређеном положају, овакви уговори морају напред бити одобрени од стране надлежних органа.

На основу општих одредаба Уговор је потписан у присуству овлашћеног представника Кошаркашког савеза Југославије, а у складу са процедуром коју прописује надлежни орган Кошаркашког савеза Југославије. Клуб и Играч су се такође обавезали да ће поштовати све одредбе из нормативних аката КСЈ и одлуке надлежних органа КСЈ, односно да је за евентуалне спорове у вези са применом и тумачењем одредаба Уговора, као и за евентуални једнострани раскид Уговора надлежна арбитража КСЈ. Обавезе клуба према играчу сличне су по својој природи обавезама које предвиђа Анекс уговора. То се нарочито види из чл. 4, ст. 3 Уговора, где се каже да се динамика извршења обавеза из ст. 2 истог члана (обавезе по основу надокнаде за закључење уговора) утврђује Анексом који је саставни део овог уговора! Осим надокнаде за закључење уговора, клуб је дужан да играчу изврши и сва плаћања везана за зараду и друга примања из радног односа. Клуб се такође обавезује да омогући учешће играчу у свим активностима (припреме, такмичења, учешће у селекцијама)

које организују КСЈ или ФИБА, затим обавезује се да му обезбеди и сноси трошкове здравствене заштите и медицинске неге, као и да му омогући адекватне реквизите и услове за тренирање и одржавање физичке спремности. КК Црвена звезда је такође преузела обавезу да, истовремено са закључењем овог уговора, закључи са Луком Богдановићем и уговор о раду у складу са законом, чиме би са њим засновала радни однос, уз ограду да уговор о раду не би могао бити једнострано раскинут пре рока на који је закључен и Уговор о професионалном ангажовању играча. Стога је за ту одредбу, али и за цео уговор и за целу правну судбину случаја Луке Богдановића, важан чл. 2 Уговора у коме се изричито каже: „Клуб и играч су закључили овај Уговор са важношћу од дана његовог закључења до 01. 07. 2009. године". Имајући у виду да је у чл. 2, ст. 1 Анекса (за који је већ казано да је саставни део овог уговора на чл. 4, ст. 3 Уговора) речено: „Уговор се закључује на период од осам година тако да исти истиче након одигравања последње утакмице у првенству или *play-off*-у у сезони 2008/2009", а да се опет у чл. 3. тачка ц) Анекса предвиђа: „Исплата за такмичарске сезоне 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 и 2005/2006 биће исплаћене у 10 једнаких месечних рата и то сваког 01–10. у месецу почев од јула месеца текуће године, закључно са априлом следеће године", може се извести следећи закључак: уговорне стране, тј. КК Црвена звезда и Лука Богдановић су у смислу извршавања и поштовања међусобних права и обавеза из уговора са трајним извршавањем обавеза одредили 01. јул као дан од кога почиње свака нова сезона у смислу поновног међусобног предузимања аката чињења у новој сезони која чини целину како у спортском, тако и у правном смислу.

Обавезе играча се деле на обавезе према клубу и на обавезе према КСЈ, као надлежном органу. Обавезе према клубу се односе на редовно и савесно испуњавање спортских обавеза према клубу, придржавање клупске дисциплине, извршавања дужности према спонзорима клуба и дужности да са клубом истовремено закључи уговор о раду у складу са законом, а којим ће засновати радни однос у клубу, који неће отказати пре рока на који је уговор закључен. Обавезе према КСЈ тичу се прихватања позива за учешће у свим селекцијама, на припремама и такмичењима које организују КСЈ или ФИБА.

4.2. Правна природа Уговора о професионалном ангажовању играча

Када је реч о правној природи Уговора о професионалном ангажовању играча, важи углавном све што је речено и за правну природу Анекса уговора. Дакле овај уговор је неименован, формалан, двострани, теретан, комутативан, уговор са трајним извршењем обавеза, типски са специфичностима које се тичу онога што су одредиле

и прецизирале уговорне стране, сложен, генерални, самосталан, закључен *intuitu personae* и каузалан. Овде се још једном ваља истаћи карактеристику овог уговора по критеријуму технике и начина закључења, тј. да је он типски. Одлика типских уговора је да њихове елементе и услове за њихово закључење унапред одређује нека организација као једна уговорна страна, а друга уговорна страна им „приступа", тј. потписује их без могућности да утиче на њихову садржину. У овом случају је организација која одређује садржину уговора Кошаркашки савез Србије, односно Кошаркашки савез Србије и Црне Горе (раније Кошаркашки савез Југославије) и такви су сви уговори које сви кошаркаши потписују са овим органима. То су формуларни уговори Савеза који садрже само битне елементе, предвиђене као обавезне прописима Кошаркашког савеза.[15] Управо ту се и крију специфични елементи ових типских уговора, који се тичу различитог рока њиховог трајања и одговарајућих новчаних обавеза, као и одређен број каучук клаузула у вези са условима за обављање спортских активности, односно лечењем и пружањем медицинске заштите.[16]

Што се тиче статуса играча, у смислу припадности клубу, он се стиче типском приступницом, која по својој природи представља једнострану изјаву воље. Тако и Регистрациони правилник КСС у чл. 11, ст. 1 и ст. 2 прописује да играч својом вољом бира клуб у коме ће играти, а да своју вољу изражава потписивањем типске приступнице. Имајући у виду актуелну одредбу Закона о раду којом је прописано да се радни однос заснива уговором о раду,[17] те да садржину Уговора о професионалном ангажовању играча као типског уговора одређује КСС, а којим се ближе одређују међусобна права и обавезе клуба и играча, поставља се питање потребе постојања овакве приступнице, која очигледно представља специфичност спортског права.

Коначно, услови за раскид уговора, односно за споразумни раскид предвиђени су члановима 25 и 26 Регистрационог правилника,[18] уз одређивање надлежности регистрационе комисије КСС као

[15] Чл. 18, ст. 2 Регистрационог правилника Кошаркашког савеза Србије предвиђа: „Уговор између играча и клуба обавезно садржи права и обавезе уговорних страна, рок на који се уговор закључује и арбитражну клаузулу о прихватању надлежности кошаркашке арбитраже у случају спора чији садржај се одређује Правилником о арбитражи КССЦГ".

[16] Интересантно је да Савез због неиспуњења ових обавеза из каучук клаузула готово никада није раскидао уговоре.

[17] В. чл. 30, ст. 1 Закона о раду.

[18] Чл. 25 Регистрационог правилника КСС предвиђа у ставу 1: „Уколико играч или клуб не извршавају обавезе утврђене уговором, друга уговорна страна може затражити раскид уговора", а у ставу 2: „Уколико клуб савезне лиге касни са извршавањем својих обавеза утврђених уговором, дуже од 30 дана играч може затражи-

органа коме се подноси захтев за раскид уговора. У сваком случају, ове одредбе за раскид уговора с обзиром да се налазе у општем нормативном акту су *lex generalis* у односу на одредбе за раскид предвиђене Анексом (у чл. 4, ст. 3 Уговора одређено је да се Анекс третира као део Уговора) које су *lex specialis*.

5. АНЕКС II УГОВОРА

Разлози настанка, права играча, дејства и правна природа

Анекс II уговора су 13. 06. 2003. године у Београду закључили играч Лука Богдановић и КК Црвена звезда, коју је заступао директор Игор Жежељ. Анекс II уговора је потписан у циљу превазилажења проблема и неспоразума између клуба и играча, који су проузроковали жељу играча да раскине уговор са клубом. Анексом II су ти проблеми изглађени, играч се у чл. 4 Анекса II сагласио да ће даном потписивања овог Анекса захтев за раскид уговора бити повучен, а играчу је гарантовано да ће бити један од носилаца младог тима КК Црвена звезда и да ће добити адекватну шансу на позицији 3 (ниског крила) у тиму. Повлашћен статус који је играч добио овим Анексом јасно се види из чл. 1 Анекса II, којим се клуб обавезао да играчу обезбеди да у сезони 2003/2004 на терену проведе просечно дуже од 30 минута на утакмицама Јадранске лиге, односно дуже од 25 минута на утакмицама домаћег првенства и купа и УЛЕБ купа, с тим што је Играч задржао право на једнострани раскид Уговора на штету Клуба у случају када Клуб не би испунио ову своју обавезу. Одредбе којима је играчу гарантована минимална минутажа, као и позиција у тиму, су готово јединствене у материји уговора у спорту.[19] Оне не само да се унеколико противе идеји равноправног спортског надметања са саиграчима за место у тиму, односно пруженом учинку као једином мерилу приликом састављања тима (што би се све заједно могло подвести под начело савесности и поштења и појам правичности у спортским уговорима), већ и имплицирају да је КК Црвена звезда изгледа била принуђена на подређени положај уколико је на-

ти раскид уговора на штету клуба или измирење доспелих обавеза клуба по основу професионалног уговора". Чл. 26, ст. 1 Регистрационог правилника КСС гласи: „Споразумни раскид уговора садржи изјаву о постизању обостраног договора о споразумном раскиду уговора".

[19] Тако, примера ради, стандардни уговори између играча и тимова у САД укључују одредбе којима се одређује дужина трајања уговора, публицитет и групна овлашћења, накнаде, физички услови, повреде, док клаузуле уговора о вештинама чак дају овлашћења менаџменту клуба да раскине уговор са играчем на бази смањења његових вештина или у случају непоседовања адекватних вештина, С. Костадиновић, 218–219; З. Милић, 109.

меравала да задржи Луку Богдановића, те да га убеди да повуче захтев за раскид уговора.

Основно и најважније правно дејство Анекса II састоји се у мењању чл. 3 и чл. 13 Анекса уговора закљученог 03. 02. 2002. у Београду. Чланом 2, ст. 2 Анекса II уговора,[20] мења се чл. 3 Анекса уговора под а), алинеја 3.6. Одредба из Анекса је промењена утолико што је раније предвиђено обештећење Клубу било једнако висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 Анекса увећаних за 25%. Такође, чланом 2, ст. 3 Анекса II уговора,[21] промењен је чл. 3 Анекса уговора под а), алинеја 3.7. У односу на одредбу Анекса промена се огледа у чињеници да је према Анексу играч могао да промени клуб уз обештећење клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 Анекса, увећаних за 25%. Најзад, за овај случај је најважнији чл. 3 Анекса II уговора, којим се мења чл. 13, ст. 2 Анекса уговора и који гласи: „По завршетку такмичарске сезоне 2003/2004, играч може једностраном вољом раскинути уговор са Клубом уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 овог Уговора умањених за 25%“. Исто право играчу је давао и чл. 13, ст. 2 Анекса уговора, с тим што је по њему неопходно обештећење Клубу било у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 Анекса увећаних за 25%.

Могло би се рећи да се ове промене предвиђене Анексом II уговора могу подвести под институт *rebus sic stantibus*, који подразумева да уколико после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или се због тих околности не може остварити сврха уговора, а све у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би га, по општем мишљењу било неправично одржати, страна којој је отежано испуњење, односно страна која не може да испуни сврху овог уговора, може захтевати раскид таквог уговора.[22] Ипак, уговор се неће раскинути уколико друга страна понуди или пристане да се уговор правично измени.[23]

[20] Чл. 2, ст. 2 Анекса II уговора гласи: „За период од сезоне 2006/2007 до краја сезоне 2008/2009 Клуб и Играч се обавезују да ће услове и висину исплата за ову сезону договорити по завршетку сезоне 2004/2005. Уколико Клуб и Играч не постигну споразум Играч је слободан да промени Клуб по завршетку сезоне 2005/2006 уз обештећење Клуба у висини до тада уложених средстава из чл. 3 Анекса, умањених за 25%“.

[21] Чл. 2, ст. 3 Анекса II уговора: „Уколико у сезони 2006/2007, 2007/2008 или 2008/2009 Клуб или Играч имају интерес да раскину Уговор, Играч је слободан да промени Клуб уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 овог Уговора умањених за 25%“.

[22] В. чл. 133, ст. 1 ЗОО.

[23] В. чл. 133, ст. 4 ЗОО.

Чланом 5. Анекса II уговора је предвиђено да у свему осталом Анекс уговора закључен 03. 02. 2003. године остаје на снази, па стога нема потребе поново посебно испитивати правну природу и могућности раскида овог уговора.

6. СПОР

6.1. Чињенице

Лука Богдановић је 06. 07. 2004. године послао допис КК Црвена звезда у коме је обавестио клуб да користи право из Анекса II уговора, те да једнострано раскида уговор о професионалном ангажовању. Јасно је да је при томе мислио на чл. 3 Анекса II уговора: „По завршетку такмичарске сезоне 2003/2004, играч може једностраном вољом раскинути уговор са Клубом уз обештећење Клубу у висини до тада номинално уложених средстава из чл. 3 овог Уговора умањених за 25%". Истог дана, Богдановић је обавестио КК Партизан из Београда о висини новчаних средстава која је примио од КК Црвена звезда и, на основу тога, висини трансфера за прелазак из КК Црвена звезда у КК Партизан. Такође, 06. 07. 2004. године Лука Богдановић је потписао приступницу за КК Партизан из Београда, и то на основу већ спомињаног чл. 11, ст. 1 и 2 Регистрационог правилника Кошаркашког савеза Србије, где се каже: „Играч својом вољом бира клуб у коме ће наступати. Своју вољу играч изражава потписивањем типске приступнице". Правилник у чл. 32 наводи да право преласка из једног у други клуб има играч који нема важећи уговор са клубом; који је споразумно раскинуо уговор са дотадашњим клубом; чији је уговор са дотадашњим клубом раскинут правоснажном одлуком надлежног органа. Пошто је Лука Богдановић имао важећи уговор са КК Црвена звезда до 01. 07. 2009. године, а није тражио споразумни раскид уговора са КК Црвена звезда, он се могао ослонити једино на то да ће надлежни орган, односно Регистрациона комисија, према чл. 25, ст. 3 Правилника раскинути уговор на основу чл. 3 Анекса II уговора, који је он склопио са КК Црвена звезда.

6.2. Да ли је Лука Богдановић имао право на раскид уговора са КК Црвена звезда?

Право Луке Богдановића да једностраном изјавом воље раскине уговор са КК Црвена звезда није спорно. По својој правној природи то је правна моћ (преображајно право), тј. конкретна правна могућност да се изјавом воље измени постојећа или створи нова правна ситуација, а у овом случају да се укине постојеће правно стање, односно уговорни однос. Оно се најчешће и јавља код уговора са трај-

ним извршењем као што је овде случај. Није спорна ни висина обештећења коју је било неопходно уплатити КК Црвена звезда као неопходан услов да би играч променио клуб. Ту накнаду је КК Партизан био спреман да уплати КК Црвеној звезди и о томе ју је и обавестио 07. 07. 2004. године.

Спорно је питање да ли је Лука Богдановић благовремено затражио раскид уговора. У чл. 3. Анекса II уговора играчу се даје та могућност по завршетку такмичарске сезоне 2003/2004. Нејасно је који тренутак се иначе има узети као завршетак такмичарске сезоне. По логици ствари, завршетак такмичарске сезоне поклапа се са тренутком одигравања последње утакмице у првенству, тј. плеј-оф такмичењу. Уосталом, до таквог закључка се може доћи и аналогијом, јер је уговором клуба и играча иначе било предвиђено да он „истиче након последње утакмице у првенству или *play-off*-у у сезони 2008/2009“, па нема разлога да се за завршетак сезоне 2003/2004 узима други тренутак од тренутка у коме би се завршила сезона 2008/2009, тим пре што се, као што је речено, на уговоре између професионалних кошаркаша и клубова не примењује чл. 77, ст. 2 ЗОО о рачунању времена у вези са роком, већ општи акти Кошаркашког савеза Србије.

Даље, с тим у вези се може поставити питање да ли завршетак сезоне настаје у истом тренутку за све клубове? Ако би се као критеријум узела последња такмичарска утакмица у првенству, тј. плеј-оф такмичењу (практично, финална утакмица), онда би за крај такмичарске сезоне ваљало узети 18. 06. 2004. године, јер је за тај датум била заказана евентуална пета, одлучујућа утакмица за победника плеј-оф такмичења. Међутим, пошто је КК Партизан победио у плеј-оф серији екипу Хемофарма након четири међусобно одигране утакмице, то се сезона фактички завршила два дана раније. Ако би се пак, као критеријум узела последња одиграна утакмица у сезони сваког клуба понаособ, онда је за Црвену звезду, чији је Лука Богдановић био члан у сезони 2003/2004, сезона завршена већ поразом од екипе Хемофарма и испадањем из даљег тока плеј-оф такмичења, већ 04. 06. 2004. године. На основу изложеног, а у зависности од поимања тренутка завршетка сезоне, Лука Богдановић је својим правом могао у најбољем случају да се користи већ од 05. 06. 2004. године, а у најмање повољном почевши од 19. 06. 2004. године. Завршетак такмичарске сезоне је широк и неодређен спортски појам, али га никако не треба мешати са прелазним роком као периодом у коме играчи могу прелазити из једног у други клуб, јер иако Председништво Кошаркашког савеза Србије према Правилнику КСС и Статуту КСС одређује и календар такмичења и термин прелазног рока, оно то чини одвојено. Стога право Богдановића да једностраном изјавом

раскине уговор након завршетка сезоне 2003/2004 нема никакве везе са почињањем и трајањем прелазног рока, посебно што према чл. 30, ст. 1 Председништво КСС може утврдити термин и правила прелазног рока и у току такмичарске сезоне (ванредни прелазни рок).

Међутим, јасно је да се правни стандард завршетка такмичарске сезоне 2003/2004 не може тумачити ни сувише широко, нарочито због начела савесности и поштења и захтева правне сигурности у правном промету, те се мора ограничити. У супротном, играч би могао да напусти клуб у било ком тренутку након завршетка сезоне 2003/2004, а то би опет било супротно и начелу еквивалентности међусобних престација, јер је реч о теретном уговору, али и супротно начелу правичности. Из тога следи да је рок у коме је Богдановић имао право да једнострано раскине уговор са Црвеном звездом раскидни, а његово право преклузивно. Његово право је преклузивно баш из разлога што је отказ уговора једностраном изјавом воље преображајно право, а као такво је временски ограничено, с обзиром да једну уговорну страну ставља у повољнији правни положај. Најлогичније је тај раскидни рок везати за почетак наредне сезоне 2004/2005. За одређивање тачног тренутка отпочињања сезоне 2004/2005, од користи су следеће одредбе: у чл. 2, ст. 1 Анекса је речено: „Уговор се закључује на период од осам година тако да исти истиче након одигравања последње утакмице у првенству или *play-off*-у у сезони 2008/2009“, а у чл. 2 Уговора о професионалном ангажовању играча се каже: „Клуб и играч су закључили овај Уговор са важношћу од дана његовог закључења до 01. 07. 2009. године“. Опет чл. 3, тач. ц) Анекса предвиђа: „Исплате за такмичарске сезоне 2002/2003, 2003/2004, 2004/2005 и 2005/2006 биће исплаћене у 10 једнаких месечних рата и то сваког 01–10. у месецу почев од јула месеца текуће године, закључно са априлом следеће године“. Може се извести следећи закључак: Уговорне стране, тј. КК Црвена звезда и Лука Богдановић су у смислу извршавања и поштовања међусобних права и обавеза из уговора са трајним извршавањем обавеза одредили 01. јули као дан од кога почиње свака нова сезона у смислу поновног међусобног предузимања аката чињења у новој сезони која чини целину како у спортском, тако и у правном смислу. То значи да КК Црвена звезда и Лука Богдановић изнова ступају у међусобна права и обавезе за наредну сезону почевши од 01. јула. Аналогија по којој би се онда завршетак сезоне везивао за 01. април сваке године је неприхватљива, јер се у Анексима изричито помиње завршетак такмичарске сезоне, а не завршетак периода у испуњавању новчаних уговора према клубу у уговору са трајним извршењем. Имајући све то виду, може се рећи да је Лука Богдановић пропустио прилику да раскине уговор једностраном изјавом воље, јер је изјаву датирану на 06. 07. 2004. године факсом упутио клубу 07. 07. 2004. године. Аргу-

менти више су и чињенице да је играч тренирао у КК Црвена звезда све до 05. 07. 2004. године, односно да је КК Црвена звезда исплатила прву месечну рату Богдановићу за сезону 2004/2005, чиме је клуб са своје стране уредно испуњавао уговорне обавезе.

Лука Богдановић није имао право на раскид уговорних односа са Црвеном звездом ни према правилима радног права, јер је Уговором о професионалном ангажовању играча предвиђено да уговор о раду између КК Црвена звезда и Богдановића не би могао бити једнострано раскинут пре рока на који је закључен и Уговор о професионалном ангажовању играча.

6.3. Епилог

КК Партизан је 12. 07. 2004. године доставио Регистрационој комисији документацију којом је располагао за регистровање Луке Богдановића као члана КК Партизан. Регистрациона комисија је 26. 07. 2004. године одбила захтев КК Партизан, на шта је КК Партизан уложио жалбу Председништву КСС. Жалба КК Партизан је усвојена, а одлука Председништва КСС по жалби је постала коначна и правоснажна. Лука Богдановић је био кошаркаш КК Партизан до сезоне 2007/2008, а тренутно наступа у Шпанији. Не улазећи овом приликом у питања навијачке опредељености људи који су одлучивали о овом случају, као и не разматрајући одређене притиске и коришћење утицаја челника два клуба, мишљења смо да је председништво КСС донело погрешну одлуку. Ову тврдњу аргументујем образложењем спора који сам навео, као и образложењем Председника Регестрационе комисије, господина Дајовића, која је решавала у првостепеном поступку. Суштина је да Лука Богдановић није могао да постане играч КК Партизан, јер је имао важећи уговор са КК Црвена звезда, који је пак пропустио да раскине једностраном изјавом воље у предвиђеном року.

7. ЗАКЉУЧАК

На уговоре у спорту у Републици Србији се примењују општа правила облигационог права, општа правила радног права и посебна правила одређена нормативним актима сваког појединог спортског савеза. Због своје непрецизности и широких формулација, одредбе Закона о спорту нису од велике користи у овој области.

Одредбе уговора у спорту по правилу садрже одредбе које се тичу услова уговора, обавеза клуба и обавеза играча. Условима уговора се одређује дужина трајања уговора, обавезе клуба се односе на исплату играча и услове за тренинг и лечење које је дужан да му

пружи, док су обавезе играча оне које се тичу свих играча (тренирање и одигравања утакмица) и оне које се односе на сваког играча посебно а које он уговара са клубом. По својој природи, уговори у спорту су неименовани, формални, двострано обавезујући, теретни, комутативни, уговори са трајним извршењем обавеза, сложени, генерални, типски, самостални, *intuitu personae* и каузални. Карактеристике ових уговора су да садрже одређени број каучук клаузула. Специфичности карактеристичне за спортско право су да се уместо основним уговором међусобна права и обавезе клубова и играча заиста, стварно и суштински одређују Анексима уговора, а да играч постаје члан клуба тек потписивањем приступнице. Могућности престанка уговора су споразумни раскид, једнострани раскид на који су примењива правила о раскидној клаузули и раскид вољом играча који по својој правној природи представља једно преображајно право. Са играчима клубови истовремено закључују и уговоре о раду.

Приликом преласка из КК Црвена звезда у КК Партизан Лука Богдановић у конкретним околностима није могао да се користи својим преображајним правом и затражи раскид уговора са КК Црвена звезда, јер је у том свом праву био преклудиран.

ИЗБОРИ НАСТАВНИКА И САРАДНИКА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ У 2008. ГОДИНИ

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 5. фебруара 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 12. новембра 2007. године, донело је одлуку о избору:

мр НАДЕ ВАРНИЧИЋ-ДОНЖОН, предавача, у звање и на радно место наставника страног језика за предмет Француски језик;

мр ДАНКЕ СТОЈАКОВИЋ, предавача, у звање и на радно место наставника страног језика за предмет Немачки језик.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 11. фебруара 2008. године, донело је одлуку о избору мр ДАНИЛА ВУКОВИЋА, магистра социологије, у звање и на радно место асистента за научну област Основи социологије и социологија права.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 17. марта 2008. године, донело је одлуку о избору мр БРАНКА РАДУЛОВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за научну област Основи економије.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 25. марта 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 17. марта 2008. године, донело је одлуку о избору др ВУКА РАДОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Пословноправну ужу научну област – предмете Трговинско право и Компанијско право.

Сенат Универзитета у Београду на седници од 9. априла 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 11. фебруара 2008. године, донео је одлуку о избору др

БОРИСА БЕГОВИЋА, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за научну област Основи економије.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 21. априла 2008. године, донело је одлуку о избору:

мр ЉУБИНКЕ КОВАЧЕВИЋ**,** асистента-приправника, у звање и на радно место асистента за научну област Радно и социјално право;

МИЛОША СТАНКОВИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за научну област Наследно право;

ВУКА ЦУЦИЋА, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за научну област Управно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 13. маја 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 21. априла 2008. године, донело је одлуку о избору:

др МИЛЕНЕ ПОЛОЈАЦ, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за научну област Римско право;

др МИОДРАГА ЈОВАНОВИЋА, доцента, у звање и на радно место ванредног професора за научну област Увод у право.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 26. маја 2008. године, донело је одлуку о избору:

мр ТАНАСИЈА МАРИНКОВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за научну област Уставно право;

МИЛИЦЕ КОВАЧЕВИЋ, дипломираног правника, у звање и на радно место сарадника у настави за научну област Криминологија са правом извршења кривичних санкција.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 26. јуна 2008. године, донело је одлуку о избору мр МИЛОША ЖИВКОВИЋА, асистента, поново у звање и на радно место асистента за Грађанскоправну ужу научну област-предмет Грађанско право – општи део и Стварно право.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 8. јула 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 26. јуна 2008. године, донело је одлуку о избору др ДУШАНА ПОПОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за Пословноправну ужу научну област-предмете Право интелектуалне својине и Право конкуренције.

Сенат Универзитета у Београду на седници од 9. јула 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у

Београду од 26. маја 2008. године, донео је одлуку о избору др АЛЕКСАНДРЕ ЈОВАНОВИЋ, ванредног професора, у звање и на радно место редовног професора за ужу научну област Економска анализа права – предмете Основи економије и Економска анализа права.

Изборно веће Правног факултета Универзитета у Београду на седници од 22. септембра 2008. године, донело је одлуку о избору САЊЕ ГЛИГИЋ, асистента-приправника, поново у звање и на радно место асистента-приправника за ужу научну област Правна историја – предмет Упоредна правна традиција.

Веће научних области правно-економских наука Универзитета у Београду на седници од 14. октобра 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 22. септембра 2008. године, донело је одлуку о избору:

др СЛОБОДАНА ПАНОВА, ванредног професора, поново у звање и на радно ванредног професора за Грађанскоправну ужу научну област – предмет Породично право;

др ЗОРАНА МИРКОВИЋА доцента, у звање и на радно место ванредног професора за научну област Национална историја државе и права;

др ИГОРА ВУКОВИЋА, асистента, у звање и на радно место доцента за ужу научну област Кривично право – предмет Кривично право.

Веће научних области друштвено-хуманистичких наука Универзитета у Београду на седници од 16. децембра 2008. године, на предлог Изборног већа Правног факултета Универзитета у Београду од 27. октобра 2008. године, донело је одлуку о избору мр ЈАДРАНКЕ МЕШИЋ, предавача, у звање и на радно место наставника страног језика за предмет Енглески језик.

ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ ОДБРАЊЕНЕ 2008. ГОДИНЕ

1. Крстић мр Ивана, „Универзалана надлежност у међународном праву за тешке повреде људских права“, докторирала 6. марта 2008. године;

2. Вуковић мр Игор, „Покушај кривичног дела“, докторирао 17. априла 2008. године;

3. Церовић мр Радоје, „Нормативна равноправност и стварна друштвена неједнакост“, докторирао 18. априла 2008. године;

4. Докић мр Марко, „Ренесанса слободе у делу Фридриха А. Хајека“. докторирао 12. маја 2008. године;

5. Стјуарт мр Јуџин, „Анализа и оцена кључних питања у регулисању мера државне помоћи предузећима, према међународном праву“, докторирао 11. јуна 2008. године;

6. Томић мр Наташа, „Правни аспект система заштите од јонизујућег зрачења у Србији“, докторирала 11. јуна 2008. године;

7. Јевремовић Петровић мр Татјана, „Прекогранична спајања друштава у праву ЕУ и упоредном праву“, докторирала 1. јула 2008. године;

8. Лабудовић мр Јасмина, „Пласман средстава компанија за осигурање живота“, докторирала 11. јула 2008. године;

9. Маринковић мр Дарко, „Сузбијање организованог криминалитета“, докторирао 15. јула 2008. године;

10. Кашћелан мр Балша, „Однос редовних правних лекова у парничном и оставинском поступку“, докторирао 4. септембра 2008. године;

11. Милисављевић мр Бојан, „Резерве на вишестране нормативне уговоре у међународном праву“, докторирао 5. септембра 2008. године;

12. Зекавица мр Радомир, „Положај и улога полиције у правној држави“, докторирао 11. септембра 2008. године;

13. Мајић мр Миодраг, „Примена међународног кривичног права у националним правним системима“, докторирао 24. септембра 2008. године;

14. Ђурђевић мр Зоран, „Кривичноправни и криминалистички аспекти насилничког криминалитета“, докторирао 28. септембра 2008. године;

15. Давинић мр Марко, „Европски омбудсман и лоша управа (*maladministration*)“, докторирао 3. октобра 2008. године;

16. Караникић Мирић мр Марија, „Кривица као основ вануговорне грађанске одговорности“, докторирала 7. октобра 2008. године;

17. Ратковић мр Весна, „Казна затвора и њене алтернативе“, докторирала 23. октобра 2008. године;

18. Стевановић мр Ивана, „Кривичноправна заштита малолетних лица“, докторирала 10. новембра 2008. године;

19. Радовић мр Ненад, „Трговина људима као облик организованог криминалитета“, докторирао 17. новембра 2008. године;

20. Наср Есфахани мр Махмуд, „Палестинско питање, велике силе и суседне земље“, докторирао 27. новембра 2008. године;

21. Дапчевић Марковић мр Љиљана, „Европски стандарди у раду полиције“, докторирала 25. децембра 2008. године;

22. Вуковић мр Славиша, „Стратегија деловања полиције у превенцији криминалитета на подручју локалне заједнице“, докторирао 30. децембра 2008. године.

МАГИСТАРСКЕ ТЕЗЕ ОДБРАЊЕНЕ 2008. ГОДИНЕ

1. Јотановић Раденко, „Право грађења“, одбранио 16. фебруара 2008. године;

2. Чворо Велибор, „Радноправни положај и заштита лица са инвалидитетом“, одбранио 21. фебруара 2008. године;

3. Кулић Славица, „Порески третман капиталних добитака“, одбранила 21. фебруар 2008. године;

4. Вујин Јевтић Весна, „Обавезност и извршење правоснажних управно-судских пресуда“, одбранила 25. фебруара 2008. годин;

5. Матић Љиљана, „Међународноправна заштита мора“, одбранила 27. фебруар 2008. године;

6. Говедарица Младенка, „Основне карактеристике новог кривичног процесног законодавства Републике Српске и њихов значај за реформу Законика о кривичном поступку Србије“, одбранила 19. марта 2008. године;

7. Чепић Бојана, „Савет безбедности Уједињених нација након окончања хладног рата“, одбранила 1. априла 2008. године;

8. Бајцер Наташа, „Стабилизациона политика у транзиторним привредама југоисточне Европе“, одбранила 17. априла 2008. године;

9. Дебељачки Нада, „Начело супсидијарности у праву Европске уније“, одбранила 3. јуна 2008. године;

10. Север Мирослав, „*Incoterms 'F'* клаузуле“, одбранио 12. јуна 2008. године;

11. Велимировић Маја, „Забрана дискриминације у међународном праву са посебним освртом на стандарде успостављене праксом Европског суда за људска права“, одбранила 17. јуна 2008. године;

12. Дујић Иван, „Стратешки значај и међународноправни положај Панамског канала“, одбранио 24. јуна 2008. године;

13. Јовичић Јелена, „Продужено кривично дело“, одбранила 2. јула 2008. године;

14. Милошевић Младен, „Криминолошка анализа личних и социјалних карактеристика терориста“, одбранио 2. јула 2008. године;

15. Аритоновић Соња, „Утицај стручног усавршавања на радни однос“, одбранила 7. јул 2008. године;

16. Кузмановић Александра, „Хармонизација националног и европског права у области концесија“, одбранила 8. септембра 2008. године;

17. Здравковић Милош, „Однос природног и позитивног права у теорији Џона Финиса“, одбранио 14. новембра 2008. године;

18. Сајић Ненад, „Карактер државне заједнице Србија и Црна Гора“, одбранио 3. децембра 2008. године;

19. Ракић Ивана, „Преузимање акционарских друштава у Србији са освртом на право Европске уније“, одбранила 24. децембра 2008. године;

20. Ранчић Драган, „Привилегована убиства у кривичном праву Србије“, одбранио 29. децембра 2008. године;

21. Бајовић Вања, „Споразум о признању кривице“, одбранила 29. децембра 2008. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови по правилу не треба да буду дужи од једног табака, куцани ћирилицом. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи, а на крају резиме (*summary*) истог обима и исти број кључних речи на енглеском језику. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у штампаном и електронском облику.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994[3]).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртицом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit*., нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има

више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995a), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.
Пример: М. Петровић (1995a), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

7. **Прописи** се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћени-

ца у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур.“ пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan) Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану италиком и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp,* 24. мај 2007.

12. Иностранa имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LVI, No. 2, 2008, pp. 1–413

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Laurent Mucchielli, A More Violent Society? Socio-Historical Analysis of Interpersonal Violence in France since 1970 to Our Days (Part two) – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 5

Miodrag A. Jovanović, Are There Collective Rights? (Part two) – 25

Vuk Radović, Cumulative Voting for Election of Board Members (Part two)– 47

Ljubica Kandić, Garašanin's Constitutional Drafts in XIX Century Serbia – 69

Dejan Popović, Gordana Ilić – Popov, Determination of the Source of Income in the Tax Law– – – – – – – – – – – – – 96

Boris Begovic, Institutional Aspects of Foreign Aid – – – – – – – 121

Igor Vuković, Material Completion of Criminal Offence – – – – 139

Nataša Delić, A Sense of Prohibition of the Act as a Constitutional Element of Guiltiness – – – – – – – – – – – 161

Nataša Petrović Tomić, Directors and Officers Liability Insurance – 180

CONTRIBUTIONS

Jasminka Hasanbegović, Theoretical Framework as a Methodological Approach of Olga Popović Obradović in the Study of Parliamentarism in Serbia from 1903 to 1914 ––––––––––––––––––––––– 200

Aleksandra Čavoški, European Future in Light of the Lisbon Treaty ––––––––––––––––––––––––––– 225

Marko Stanković, Federalism in Africa: The Case of Ethiopia ––––––––––––––––––––––––––– 242

Sanja Gligić, Permissible Killing in Athenian Democracy–––– 262

LEGISLATION ANALYSIS

Vesna Besarović, Takeover of Joint Stock Companies in EU and Serbian Law––––––––––––––––––––––––– 272

Miroslav Vrhovšek, Criminal Liability of Legal Persons –––– 291

Miloš Milošević, The Law on Personal Income Tax in Light of Article 91(2) of the Constitution of the Republic of Serbia ––––––––––––––––––––––––––– 305

Svetislav V. Kostić, Tax Residence of Individuals under Serbian Tax Law––––––––––––––––––––––––– 320

COMMENTARIES ON COURT DECISIONS

Marija Draškić, Family Violence: the first Ruling of the Supreme Court of Serbia ––––––––––––––––– 341

Nikola Bodiroga, Dismissal of Ambiguous Claim –––––––– 352

BOOK REVIEWS

Johann Graf Lambsdorff, *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 286. (Boris Begović) ––––––––––––––––––––––– 363

Dragoljub Popović, *Uvod u uporedno pravo [Inroduction to Comparative Law]* , Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu – JP Službeni glasnik, Belgrade 2007[3], p. 211.
(Tanasije Marinković)– 367

Darko Simović, *Polupredsednički sistem [Semi-presidential System]*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – JP Službeni glasnik, Belgrade 2008, p. 373.
(Vladan Petrov) – 373

Politikologija religije – Politics and Religion, Centar za proučavanje religije i versku toleranciju, Belgrade 1/2007 (p. 228), 2/2007 (p. 175), 1/2008 (p. 204).
(Dušan Raktić) – 378

STUDENT CONTRIBUTIONS

Miloš Stanković, Legal Nature of Sports Contracts – Case study – 383

FACULTY CHRONICLE – 401

Instructions to Authors – 407

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке / главни уредник Сима Аврамовић. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Досије). – 24 cm

Доступно и на: http://www.ius.bg.ac.yu/Anali

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514