



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2019 / ГОДИНА LXVII

ЕЛЕКТРОНСКИ ДОДАТАК – СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Главни уредници Архива за правне и друшћивене науке који је претходно Аналима Правној факултету у Београду били су:

Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906 1911), Коста Кумануди (1911 1912), Чедомиљ Митровић (1920 1933), Михаило Илић (1933 1940), Ђорђе Тасић (1940 1941), Јован Ђорђевић (1945)

Главни уредници овој часопису били су:

Михаило Константиновић (1953 1960), Милан Бартош (1960 1966), Војислав Бакић (1966 1978), Војислав Симовић (1978 1982), Обрен Станковић (1982 1995), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997 2004), Данило Н. Баста (2004 2006), Сима Аврамовић (2006 2012), Мирољуб Лабус (2013 2015), Мирко Васиљевић (2016 2018)

Међународни издавачки савет

John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Werner Krawietz (University of Münster, Germany), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman), Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

Главни уредник

Марија Караникић Мирић

Заменик главне уредника

Борис Беговић

Редакција Правној факултету Универзитета у Београду

Зоран Томић, Небојша Јовановић, Горан Илић, Бојан Милисављевић, Војислав Станимировић, Данило Вуковић

Секретари

Милош Вукотић, Никола Илић, Новак Вујичић

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор

Марина Давидовић

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Дизајн корица

С. И. В.

Слој и џрелом

Д©СИЈЕ
СТУДИО

Штампа

ЈП Службени гласник



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2019 / ГОДИНА LXVII

ЕЛЕКТРОНСКИ ДОДАТАК – СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

САДРЖАЈ

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Југослава Војновић, Јавно-приватно партнерство у области здравствене заштите у Великој Британији -----	5
Владимир Винш, Право интерпретатора на годишњу додатну накнаду -----	29
Никола Пауновић, Симуловани послови као посебна доказна радња у српском кривичнопроцесном праву – законско решење и нека спорна питања -----	47
Хамдија Шаркиновић, Уставносудски активизам у Црној Гори -----	71
Упутство за ауторе -----	90

TABLE OF CONTENTS

STUDENT CONTRIBUTIONS

Jugoslava Vojnović, Healthcare Public-Private Partnerships in the United Kingdom -----	5
Vladimir Vinš, Performer’s Right to the Supplementary Remuneration -----	29
Nikola Paunović, Simulated Deals as a Special Evidentiary Action in the Serbian Law of Criminal Procedure – Legal Solution and Some Controversial Issues-----	47
Hamdija Šarkinović, Constitutional Judiciary Activism in Montenegro-----	71
Instructions to Authors -----	90

УДК 364.69(410); 336.13:614.2(410)

CERIF: S144, S143, S114

Југослава Војновић, мастер *

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО У ОБЛАСТИ ЗДРАВСТВЕНЕ ЗАШТИТЕ У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ

У овом раду ауторка се бави појмом јавно-приватног партнерства, историјским развојем, регулативом, институционалном подршком и посебно јавно-приватним партнерством у области здравствене заштите у Великој Британији. Наиме, појам јавно-приватног партнерства заокупља пажњу многих аутора с обзиром на чињеницу да не постоји универзална дефиниција истог. Сходно томе, ауторка износи преглед разматрања о појму и закључује о основним елементима. У анализи у наставку разматрање историјског аспекта упућује на Уједињено Краљевство које се сматра колевком института. Затим, ауторка разматра институционално и регулаторно уређење јавно-приватног партнерства у Великој Британији, као и модел јавно-приватног партнерства у области здравствене заштите. Међутим, и поред наведених опречних мишљења, ауторка износи чињеницу да последње три деценије одликује стални пораст улоге приватног сектора у здравственом систему Велике Британије, након чега испитује разлоге за наведену тенденцију. Утврђује из ког разлога је приватни сектор неопходан као корекција и допуна јавном сектору, као и да је та релација двосмерна.

Кључне речи: *Јавно-приватно партнерство. – Здравствена заштита. – Здравствене услуге. – Велика Британија.*

1. УВОД

Јавно-приватно партнерство представља друштвену појаву која заокупља пажњу целокупне јавности, како научне јавности тако и учесника у правној пракси. Предмет проучавања у овом раду је појам јавно-приватног партнерства, историјски развој, регулатива, инсти-

* Ауторка је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, jugoslava.vojnovic@gmail.com.

туционална подршка и посебно јавно-приватно партнерство у области здравствене заштите у Великој Британији. Сходно наведеном, ауторка разматра јавно-приватно партнерство као начин за реализацију пројеката који има тенденцију развоја, а посебно у области здравствене заштите. Узимајући у обзир историјски развој појма у питању, нарочито се бави дефиницијом појма, како теоријском тако и нормативном. Ово је нарочито битно да би се одредио опсег проучавања, односно шта се све подразумева под појмом јавно-приватног партнерства. Након приказа неспорне разноликости дефиниције појма, може се приступити посебном локализовању проучавања феномена у области здравствене заштите. Велика Британија је држава у којој је реализован највећи број пројеката јавно-приватног партнерства како генерално, тако и у области здравствене заштите. Из тог разлога управо је Велика Британија узета као место за разматрање појавности феномена. Уједињено Краљевство се сматра и колевком истог, тако да је за проучавање регулаторног оквира, институционалне подршке као и теоријских разматрања немогуће заобићи нити чак занемарити систем на којем је базирана тема овог рада. Ауторка се надаље бави изучавањем јавно-приватног партнерства у области здравствене заштите, при чему сматра неопходним да се прикажу опречни ставове о предмету. За ту сврху користи и разматрања јавности, као незаобилазног рецензента пројеката јавно-приватног партнерства, односно и учесника у самој реализацији, у улози крајњег корисника. Међутим, и поред наведених опречних мишљења, чињеница је да последње три деценије одликује стални пораст улоге приватног сектора у здравственом систему Велике Британије. Ово упућује на закључак да се приватни сектор појављује као неминовност у пружању јавних услуга, односно као значајна подршка јавном сектору, као и да је та релација двосмерна. Сходно свему наведеном, произлази закључак о тенденцији развоја појма јавно-приватног партнерства, а нарочито у области здравствене заштите, узимајући у обзир неопходност квалитетног функционисања ове гране јавног сектора и неспорног директног утицаја на крајње кориснике.

2. ПОЈАМ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Појам јавно-приватног партнерства заокупља пажњу многих аутора с обзиром на чињеницу да не постоји универзална дефиниција нити схватање шта тај појам заиста обухвата и значи.¹

¹ Југослава Војновић, „Јавно-приватно партнерство и концесије у Процесу стабилизације и придруживања земаља Западног Балкана Европској унији – пример Републике Србије“, *Европско законодавство* 60/17, 86–106.

Наиме, концепт јавно-приватног партнерства у последње две деценије у развијеним државама постепено постаје парадигма обезбеђивања јавне инфраструктуре и вршења делатности и услуга од јавног значаја. Као модел у развоју јавне инфраструктуре и обезбеђивању јавних услуга јавно-приватно партнерство је први пут концептуализовано крајем 1970-их и почетком 1980-их година, а у последњој деценији XX века, и у првој деценији XXI века јавно-приватно партнерство доживљава све ширу примену, не само у развијеним, него и у земљама у развоју²

Неке од дефиниција наведеног појма затичемо код Бовар који сматра да јавно-приватно партнерство „представља радни аранжман заснован на узајамном обавезивању које је одређено уговором између организације која представља јавни сектор и било које организације која је изван јавног сектора“.³ Цветковић и Здравковић⁴ сматрају да овој дефиницији, ипак, недостају конститутивни елементи – дуготрајност уговора и остваривање јавног интереса као циља јавно-приватног партнерства. Нешто одређенију дефиницију, сматрају они, дају Клајн и Тајсман који јавно-приватно партнерство дефинишу као „дуготрајну сарадњу између јавног и приватног актера, у оквиру које актери развијају заједничке производе и/или услуге и где су ризици, трошкови и добит подељени“.⁵ Међутим, иако је прецизнија од претходне, налазе да и овој дефиницији недостаје остваривање јавног интереса као *conditio sine qua non* јавно-приватног партнерства. Закључују да се свеобухватном чини дефиниција јавно-приватног партнерства на коју указују Гупта и Бисвас: „јавно-приватно партнерство се односи на дуготрајно, уговорно партнерство између агенција јавног и приватног сектора, које је усмерено на финансирање, пројектовање, имплементацију и управљање инфраструктурним добрима и услугама у земљи“.^{6, 7}

Истом проблематиком баве се Качер, Кружић и Перковић. Они износе мишљење да јавно-приватно партнерство у законодавству Хрватске, Европске уније и осталих бројних држава није једнозначно

² Предраг Цветковић, Урош Здравковић, „Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије – полазна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 63/2012, 149.

³ Tony Bovaird, „Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice“, *International Review of Administrative Sciences* 70(2)/2004, 200.

⁴ П. Цветковић, У. Здравковић, 149.

⁵ Erik-Hans Klijn, Geert R. Teisman, „Institutional and Strategic Barriers to Public Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases“, *Paper for the British Academy of Management Conference* 2002, 2.

⁶ Omdeep Gupta, Nibedita Biswas, „Public Private Partnership: Indian Economy“, *SCMS Journal of Indian Management* VII/2010, 45.

⁷ П. Цветковић, У. Здравковић, 149.

дефинисано па закључују да оно обухвата читав спектар различитих облика сарадње јавног и приватног сектора којима је циљ повећати квалитет и учинковитост пружања јавних услуга. Такође наглашавају да је сам термин партнерство усмерен ка илустровању пословног односа који се успоставља између јавног и приватног сектора и који веома често поприма неки од облика концесије. На крају, долазе до закључка да појам партнерство наглашава концепцију успостављања нових односа између јавног и приватног сектора⁸ која је, путем поделе одговорности и ризика, а нарочито коришћењем предузетничког духа приватног сектора, значајно боље уравнотежена у односу на класичне уговорне односе из подручја јавне набавке.⁹

Васиљев посматра јавно-приватно партнерство с аспекта сврхе којој служи па исти дефинише као облик сарадње између јавног и приватног сектора на подручју планирања, производње, пружања услуга, финансирања, пословања или наплате јавних послова и користи у грађењу и управљању болницама, школама, затворима, путевима, мостовима, тунелима, железници, контроли ваздушног саобраћаја и водоканализационим постројењима.¹⁰

Разматрања других аутора указују на то да се концепт јавно-приватног партнерства заснива на укључивању, односно учешћу приватних компанија у финансирању и управљању пројектима који имају за циљ обезбеђење остваривања одређеног јавног интереса. У многим земљама пројекти јавно-приватног партнерства имају заправо за циљ превазилажење недостатка капацитета јавног сектора да обезбеди задовољавајуће функционисање јавне инфраструктуре у најширем смислу те речи, било да се ради о недостацима капитала, или људских ресурса специјализованих за развој и управљање јавном инфраструктуром. Сарадњу јавног и приватног сектора, посебно када је таквог интензитета као што је јавно-приватно партнерство, увек треба посматрати у оквиру ширег контекста у коме се остварује. Наиме, такав вид сарадње увек је одраз политике јавне власти, односно реформе коју јавна власт спроводи с циљем бољег обезбеђивања јавних услуга.^{11, 12}

⁸ Albert N. Link, *Public/Private Partnership: Innovation Strategies and Policy Alternatives*, Springer, New York 2006, 2–4.

⁹ Hrvoje Kačer, Dejan Kružić, Ante Perković, „Јавно-приватно партнерство: атрактивност DBFOOT модела“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 45(3)/2008, 606–607.

¹⁰ Владимир Васиљев, „Основне карактеристике јавно-приватних партнерстава“, *Јавне политике* 2013, 78.

¹¹ Santi Jintamanaskoon, Paul W. Chan, „Changing in reform agendas and public private partnership (PPP)“, *Doctoral Research Workshop Public Private Partnerships*, University of Central Lancashire, Preston, United Kingdom 2011, 99.

¹² П. Цветковић, У. Здравковић, 150.

Међутим, како сарадња између приватног и јавног сектора¹³, чини основу јавних набавки такође, Качер, Кружић и Перковић¹⁴ ове појмове доводе у везу. Како Понгсири наводи регулатива јавно-приватног партнерства треба пре свега да има задатак да успостави баланс јавног и приватног интереса који се укрштају у сваком пројекту јавно-приватног партнерства, затим заштиту конкуренције и промоцију тржишне дисциплине.¹⁵

Једно од схватања јавно-приватног партнерства доводи у везу приватизацију и закључује да се крајем седамдесетих година из делимичне приватизације изродио партнерски однос два, до тада неспојива, сектора-приватног и јавног. Идеја о партнерству се појавила као економска нужност узимајући у обзир ситуацију динамичних промена у привреди и јавном сектору. Ова схватања чак изводе закључак да је партнерство ова два сектора много комплексније и корисније од обичне приватизације или државног управљања, а главна предност се огледа у предностима специјализације појединачних сектора.¹⁶

Држава која се традиционално сматра колевком јавно-приватног партнерства и која и данас има највећи број реализованих, започетих и завршених пројеката јавно-приватног партнерства је Велика Британија. Сходно томе, сматрам релевантним да се помене разматрање о јавно-приватном партнерству у истој. Тако, јавно-приватно партнерство је дефинисано као општи термин за партнерства која укључују све од оперативних капацитета и пружања услуга у име јавног сектора уз флексибилне методе финансирања ових услуга.¹⁷ Јавно-приватно партнерство, с друге стране, може се односити на широк спектар јавне и приватне сарадње и укључити неколико пословних структура и партнерских аранжмана као што су заједничка улагања, концесије и Приватне финансијске иницијативе.

Поред неслагања у теорији, чак ни када су државе у питању не постоји широко призната дефиниција јавно-приватног партнерства,

¹³ За појам „јавни сектор“ вид. Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Центар за право Европске уније Правног факултета у Крагујевцу – Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац 2006, 345, 515–516; такође: Суд правде, *EC v. Belgium* (149/79, [1980] ECR 3881).

¹⁴ Н. Качер, Д. Кружић, А. Перковић, 606–607.

¹⁵ Nutavoot Pongsiri, „Regulation and Public Private Partnership“, *The International Journal of Public Sector Management* 15(6)/2002, 488.

¹⁶ Veljko Trivun, Alma Vranić, Vanja Kenjić, *Privatizacija u javnom sektoru, Položaj javnog zdravstva*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2013, 7.

¹⁷ UK Department of Health and Social Care, *Healthcare: Public Private Partnerships*, 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/public-private-partnerships/public-private-partnerships>, 27. фебруар 2018.

заиста постоје варијације између земаља и дефиниција организације која представља јавно-приватно партнерство.

Такође, претходних година је јавно-приватно партнерство било врло интересантно за проучавање од стране међународних институција као што су Европска инвестициона банка, Светска банка, Организација за економску сарадњу и развој. Тако је Организација за економску сарадњу и развој дала интересантну дефиницију и опис како следи. Јавно-приватна партнерства представљају начин пружања и финансирања јавних услуга користећи капиталну имовину у којој се ризици пројекта деле између јавног и приватног сектора. Уговор јавно-приватног партнерства је дизајниран као дугорочни уговор између владе и приватног партнера, при чему су циљеви пружања јавних услуга у складу с циљевима добити приватног партнера.¹⁸

Сходно свему наведеном и упркос разноврсним приступима појму јавно-приватног партнерства, стиче се утисак да је јавно-приватно партнерство врло широк појам или како се такође може наћи у литератури „кишобран појам“ (енгл. *umbrella term*)¹⁹ који се користи за веома значајну област друштвеног живота у којем се сусрећу приватни и јавни сектор а с циљем доброг обављања јавних делатности. Појам у питању можда чак може да буде доведен у везу с другим друштвеним појавама као што су јавне набавке или приватизација, али свакако би у том дефинисању требало дати примат циљу постојања, односно подизању квалитета и ефикасности јавних услуга, а онда и живота грађана. Следствено томе, дефиниција јавно-приватног партнерства би могла да садржи најопштије одређење које би подразумевало да јавно-приватно партнерство јесте партнерство јавног и приватног сектора у сврху подизања квалитета пружања јавних услуга и обављања јавних делатности. Значи да би сврха могла да пресуди да ли је одређени однос, однос јавно-приватног партнерства. Неминовно је да су учесници у партнерству свакако приватни и јавни партнер, али је сврха оно што њихов конкретан однос чини пројектом јавно-приватног партнерства.

У прилог томе, односно колико су флексибилне форме учешћа оба партнера, сматрам интересантним приказати потенцијалне модалитете управо овог партнерства, с напоменом да листа свакако није еnumerативни приказ могућих ситуација, већ покушај сликовитог приказа досадашњих ситуација, што не искључује могућност настанка још великог броја облика могуће сарадње. Као што сам напомене-

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ S. Jintamanaskoon, P. W. Chan, 97.

нула, уколико је сврха постигнута, модел је мање битан и дозвољава широку палету.

Модели јавно-приватног партнерства могу се груписати у неколико основних облика реализације партнерства јавног и приватног сектора:

- уговори о управљању и уговори о пружању услуга, којима приватни сектор преузима пружање неке услуге у име или за рачун јавног сектора;
- уговори о најму/закупу јавних добара, којима јавни сектор даје јавну имовину приватном партнеру на коришћење. Приватни партнер закупљену имовину користи и најчешће је технолошки и функционално развија;
- уговори о заједничком улагању, којима јавни и приватни сектор оснивају заједнички пословни субјекат ради реализације неког пројекта, а висина и начин улагања и расподела ризика се дефинишу уговором;
- концесиони уговор гради-управљај-пренеси (БОТ/*build–operate–transfer*/) којим јавни сектор део својих права или обављање одређене делатности преноси, на уговорени рок, у сферу одговорности приватног партнера;
- Приватна финансијска иницијатива – облик јавно-приватног партнерства који по својим карактеристикама спада у пројектуј-изгради-финансирај-управљај (ДБФО/*design-build-finance-operate*/) тип уговора. Под овим обликом партнерства познати су још изгради-поседуј-управљај-пренеси (БООТ/*build-own-operate-transfer*/), пројектуј-изгради-финансирај-поседуј-управљај-пренеси (ДБФООТ/*design, build, finance, own, operate, transfer*/) и др. Јавни сектор путем уговора из домена Приватне финансијске иницијативе изнајмљује или купује тачно одређену врсту јавних добара или јавних услуга, које му пружа приватни партнер;
- уговори изгради-поседуј-управљај (БОО/*build-own-operate*/) и купи-изгради-управљај (ББО/*buy-build-operate*/) – којима приватни партнер купује, гради, одржава и управља имовином која је његово искључиво власништво и чијим управљањем приватни партнер сноси све ризике, али и све користи од пружања уговорене јавне услуге.

У наведеним облицима реализације јавно-приватног партнерства могуће је уочити да део њих представља класични уговорни од-

нос партнера, део представља институционални облик партнерства, док остали модели представљају уговорни облик јавно-приватног партнерства као што су концесије БОТ, облици приватне финансијске иницијативе: ДБФО, БООТ и ДБФООТ, односно модели којима приватни партнер задржава власништво над изграђеним објектима или инфраструктуром: БОО и ББО.²⁰

3. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ

Оно што је широко прихваћена чињеница је да је Уједињено Краљевство историјски једно од највећих тржишта за јавно-приватно партнерство. Први пројекти јавно-приватног партнерства започети су почетком деведесетих и, упркос променама владајућих структура, постојало је стално повећање употребе јавно-приватног партнерства током те деценије, при чему се већина активности спроводила у оквиру форме јавно-приватног партнерства под називом Приватна финансијска иницијатива. Међутим, поред Приватне финансијске иницијативе, Велика Британија такође значајно користи друге врсте јавно-приватних партнерства, као што су заједничка улагања, концесије и јавно-приватна партнерства информационих и комуникационих технологија. После 1997. године владина политика је подељена на Шкотску, Велс и Северну Ирску. То је довело до значајних разлика у приступу јавно-приватном партнерству унутар Уједињеног Краљевства. Такође, дошло је и до значајног преноса надлежности на локални/општински ниво што би значило да локалне власти играју значајну улогу у набавци пројеката јавно-приватног партнерства.²¹

Наилазимо на становиште да је Приватна финансијска иницијатива у Великој Британији уведена почетком деведесетих да би се обезбедио алтернативни начин финансирања инфраструктуре у време када традиционално финансирање владе показује своје границе како у смислу извршења, тако и у смислу финансирања. Модел

²⁰ Црна Гора, Влада Црне Горе, Министарство здравља, *Стратегија јавно приватног партнерства у здравству Црне Горе с Акционим планом за период 2014–2017. године*, 2014 (даље у фуснотама: Стратегија јавно приватног партнерства у здравству Црне Горе 2014–2017), 22–23.

²¹ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, Luxembourg 2012, http://www.eib.org/attachments/epcc/epcc_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf, 2. март 2018, 5.

Приватне финансијске иницијативе је временом прилагођен, како се искуства апсорбују и правила и норме су ажуриране. Стандардни уговор за Приватну финансијску иницијативу који је уведен крајем деведесетих континуирано се ажурира како се тржиште развија и сазрева. Приватне финансије 2 као појам је уведен 2012. године, с циљем иновирања појма Приватне финансијске иницијативе. Разлог за увођење нове форме је инкорпорирање веће транспарентности, флексибилности и јавног надзора у пројекте приватног партнерства. Ово ажурирање је проистекло из политичке потребе за адресирањем критика које су упутиле како јавне тако и приватне заинтересоване стране, у вези с убрзањем процеса набавки, постизања веће транспарентности у погледу пројеката, као и да се између осталог обезбеди иновативније финансирање.²² Нови модел Приватне финансије 2 је развијен систематски путем отворених консултација с представницима јавног и приватног сектора. Приватне финансије 2 је углавном одговор на следеће проблеме:

- процес јавних набавки често је био спор и скуп за јавни и приватни сектор. То је довело до повећања трошкова и смањења вредности за новац за пореског обвезника;
- уговори Приватне финансијске иницијативе нису били довољно флексибилни током оперативног периода, тако да су измене које одражавају захтеве услуга у јавном сектору биле компликоване;
- недостатак транспарентности будућих обавеза створених од стране пројеката Приватне финансијске иницијативе;
- непримерени ризици пренети су на приватни сектор, што доводи до повећања премије ризика за јавни сектор;
- ванбилансна класификација многих пројеката Приватне финансијске иницијативе је значила да је било буџетских подстицаја за надлежне да користе приватно финансирање.

Сходно наведеном, процес набавке је ограничен на највише 18 месеци, што може довести до значајне уштеде трошкова.²³

Организација за економску сарадњу и развој је дала и Табеларни приказ развоја јавно-приватног партнерства у Великој Британији укључујући и области друштвеног живота у којем је примењен:

²² OECD, Review of Public Governance of Public-Private Partnerships in the United Kingdom, GOV/PGC/SBO (2015)8, 2015, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/oecd-review-public-governance-ppp-uk.pdf>, 2. март 2018, 4.

²³ *Ibid.*, 10–11.

Еволуција набавки у Великој Британији²⁴		
Датум	Инфраструктура	Методологија
1980–90.	Вода, струја, гас, угаљ, телекомуникације, луке (раније), аеродроми, Бритиш ервејз, Бритиш стил, Бритиш Лејленд, Бритиш нуклеар фјуел	Приватизација (продаја национализованих индустрија/ компанија). Неке су спроведене по правилима (нпр. вода, струја, гас), а остале нису
1993–97.	Железнице и шинска возила	Шине и станице продате Рејлтреку Шинска возила Ролинг сток лизинг компани
1992–2012.	Социјална инфраструктура (школе, болнице, јавни објекти) плус још економичнија инфраструктура (путеви, отпад)	Приватна финансијска иницијатива
2013.	Школа Петфајндер Промена са социјалне на економску инфраструктуру	Приватне финансије 2 Национални инфраструктурни план

Такође, Организација за економску сарадњу и развој даје суштински приказ измена модела Приватне финансијске иницијативе од стране Шкотске, Велса и Северне Ирске. Шкотска влада је заменила Приватну финансијску иницијативу моделом набавке која се непрофитно дистрибуира. Модел Шкотске непрофитне дистрибуције разликује се од модела Приватне финансијске иницијативе у томе што је основни принцип да су поврати приватног сектора ограничени и да се сваки вишак добити враћа јавном сектору. Такође, шкотски модел промовише унапређење управљања и транспарентност кроз именовање директора за јавни интерес у пројектној компанији. Ове кључне карактеристике резултирале су широким јавним и приватним прихватањем тог модела. Ови пројекти су привукли снажне тржишне интересе и у целини показали добру вредност за новац јер су се реализовали чак испод пројектованог буџета. Даље, поједностављен уговор и прагматични приступ смањили су време набавке на пројектима на просечно 22 месеца од објаве у *Службеном гласнику Европске уније* до финансијског затварања, а у неким случајевима и до 17 месеци. У Велсу, влада се раније супротставила употреби Приватне финансијске иницијативе. Од почетка 2008. године није било аранжмана Приватне финансијске иницијативе. Недавно је, међутим, Влада објавила своју намеру да финансира инфраструктуру користећи модел „недивидендне инвестиције“, који би у пракси био шкотски модел. У

²⁴ *Ibid.*, 10.

Северној Ирској, модел Приватне финансијске иницијативе се умерено користио од 2009. године. Делимично, то је због забринутости у погледу укупног нивоа изложености дугорочним обавезама које уклањају флексибилност буџета прихода, нарочито пошто Влада Северне Ирске већ позајмљује око 200 милиона фунти годишње од Трезора.

Организација за економску сарадњу и развој додаје и да је Велика Британија остала најактивније тржиште јавно-приватног партнерства у Европи по броју трансакција, чак и ако је број закључених уговора достигао врхунац у периоду 2003–2004.²⁵

Узимајући у обзир наведене податке, јасно је да историјски развој јавно-приватног партнерства води како у смеру проширења области у којима се јавно-приватно партнерство примењује, тако и до развоја концепта у смислу бољег регулисања односа у партнерству, а с циљем ефикасније реализације.

4. РЕГУЛАТИВА И ИНСТИТУЦИОНАЛНА ПОДРШКА ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ

Приказ историјског развоја института јавно-приватног партнерства упућује на чињеницу да је институт доживео развој упркос променама влада и режима. Организација за економску сарадњу и развој наводи да је први предуслов за ефикасну регулативу и институционалну подршку јавно-приватном партнерству свакако политичка воља. Велика Британија је неспорно држава у којој је јасно постојање политичке воље за институционализацију феномена.

Институционални капацитет и способност јавног сектора за Приватне финансијске иницијативе и капиталне пројекте у Великој Британији су генерално јасни и кохерентни. Главни институционални центар за јавно-приватно партнерство и инфраструктуру у Енглеској је Инфраструктурно одељење Трезора Уједињеног Краљевства. Инфраструктурно одељење Трезора Уједињеног Краљевства је створено као посебан сектор у оквиру Трезора 2011. године. Надзор тог тела се протеже и на све инфраструктурне пројекте који добијају подршку централне владе, чиме се обезбеђује интегрисани оквир за инвестирање у инфраструктуру у Великој Британији.²⁶ Инфраструктурно одељење Трезора Уједињеног Краљевства, као главно тело је добро развијено и редовно саветује друге органе задужене за набавке, министре и Трезор у погледу подобности Приватне финансијске

²⁵ *Ibid.*, 13–14.

²⁶ *Ibid.*, 22.

иницијативе као начина набавке за инфраструктуру. Поред тога, Инфраструктурно одељење Трезора Уједињеног Краљевства:

- издаје водиче, као што су нове смернице о пројектима Приватних финансија 2;
- одговорно је за израду Националног плана инфраструктуре у Великој Британији;
- делује као централно складиште за информације о стању и токовима свих инфраструктурних пројеката који добијају средства централне владе у Уједињеном Краљевству, и
- координира рад између различитих других јавних актера који су одговорни за пројекте Приватне финансијске иницијативе у Енглеској, Северној Ирској, Шкотској и Велсу.

Кадровски капацитет чини 70 чланова тима укупно и 12 запослених с фокусом на питања Приватне финансијске иницијативе/Приватних финансија 2. Око половине ангажованог особља су економисти.²⁷ Такође, Инфраструктурно одељење Трезора Уједињеног Краљевства подељено је у четири тима:

- политика;
- осигурање;
- инфраструктура, и
- финансирање инфраструктуре.²⁸

Следеће тело је Локално партнерство који представља заједничко тело Удружења локалних самоуправа и Трезора. Локално партнерство пружа јединствени извор комерцијалне експертизе и знања за све локалне јавне органе у Енглеској, укључујући локалне власти, агенције за здравство и социјалну заштиту, полицију и ватрогасне власти.²⁹ Мисија Локалног партнерства је да ради на локалном општинском нивоу и „раме уз раме“ с локалним јавним телима како би се побољшали програмски и пројектни менаџмент капацитети, набавке, преговарање и капацитети за управљање уговорима. Ово тело чини око 30 чланова из јавног и приватног сектора.³⁰

Даље, Одељење за контролу трошкова Трезора разматра и одобрава значајне инвестиционе пројекте, укључујући пројекте Приват-

²⁷ *Ibid.*, 25.

²⁸ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, 15.

²⁹ *Ibid.*, 20.

³⁰ *Ibid.*, 21.

не финансијске иницијативе. Они су упознати са саветима Инфраструктурног одељења Трезора Уједињеног Краљевства као и других надзорних институција, као што је Управа за главне пројекте.

Улогу главне ревизорске институције има Национална ревизорска канцеларија, која процењује пројекте и програме – вредности за новац и извлачи поуке за будућност како би се даље побољшао оквир за пројекте и Приватне финансијске иницијативе и Приватних финансија 2.

У погледу регулаторног оквира, Велика Британија нема очигледних проблема у погледу постојећих прописа, како погледу нормирања тако и у погледу имплементације норми. У Великој Британији примењује се прецедентни правни систем, што значи да се тумачење законодавства (где је његово значење нејасно) заснива и на судском преседанима. Стога, Енглеска нема посебан закон који се примењује на сва јавно-приватна партнерства – не постоји „закон“ као такав. С обзиром на одсуство закона за јавно-приватно партнерство, не постоји општа свеобухватна законска одредба која свим јавним органима даје право да закључују аранжмане јавно-приватног партнерства. Овлашћења се често изводе из докумената јавног тела или из специфичних закона. Локалне власти имају право закључивања уговора с приватним ентитетима према Закону о локалној самоуправи из 1997. године.³¹ Велика Британија је транспоновала Директиву Европске уније о јавном сектору³² и Директиву о комуналним предузећима³³ у национално законодавство путем прописа о јавним уговорима³⁴ и прописима о уговорима о комуналним услугама.³⁵ Уколико је вредност пројекта већа од регулисаних прагова, набавка мора бити у складу с овим прописима.³⁶

Процедуре набавке су регулисане и стандардизоване, осигуравајући да се очувају кључни принципи правичности, транс-

³¹ Local Government and Rating Act 1997, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/29/contents>, 12. април 2018.

³² Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A02004L0018-20140101>, 12. април 2018.

³³ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC Text with EEA relevance, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32014L0025>, 12. април 2018.

³⁴ The Public Contracts Regulations 2006, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/5/contents/made>, 11. април 2018.

³⁵ The Utilities Contracts Regulations 2006, http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/6/pdfs/uksi_20060006_en.pdf, 11. април 2018.

³⁶ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, 23.

парентности и конкуренције. Обавештења о тендеру морају бити објављена у Службеном листу Европске уније и пратити стандардни образац који захтевају правила Европске уније. Процеси набавки су структурирани по јасним фазама. Сви понуђачи се обавештавају о временском распореду и имају исте информације. Критеријуми евалуације морају бити објављени. Прописи одређују четири процедуре набавке: отворени поступак; рестриктивни поступак; преговарачки поступак и поступак конкурентног дијалога. Отворени поступак се није користио за пројекте Приватне финансијске иницијативе у Енглеској до 2006. Од 2006. године владина политика је да се Приватна финансијска иницијатива обично реализује у поступку конкурентног дијалога.

Уговори јавно-приватног партнерства који се користе у пројектима Приватне финансијске иницијативе у Енглеској су засновани на Стандардизованој форми уговора коју су развили Партнерства Уједињеног Краљевства и Трезор. Актуелна верзија (верзија 4) издата је у марту 2007. године.³⁷ Примена Стандардизоване форме уговора је обавезна за све пројекте Приватне финансијске иницијативе у Енглеској и Велсу од маја 2007. године. Одступања се врше се само у изузетним околностима на основу специфичних пројеката и морају бити одобрени, било од стране надлежног тела или од стране тима за осигурање Инфраструктурног одељења Трезора Уједињеног краљевства. Стандардизована форма уговора такође садржи упутства о кључним питањима која се јављају у пројектима Приватне финансијске иницијативе, како би се промовисало постизање комерцијално уравнотежених уговора и пружила најбоља вредност за новац.³⁸

Такође, приоритетизација пројеката у Великој Британији врши се кроз Национални план инфраструктуре. Расподела средстава и коначни тест доступности (што може да се приушти) одигравају се као део буџетског процеса.

За ефикасну реализацију пројеката неопходна је пажљива процена који ће начин инвестирања донети највише вредности за новац. Сви инфраструктурни пројекти у Великој Британији подлежу процени кроз Зелену књигу и поступку одобрења. Овај процес обухвата пет међусобно повезаних анализа: анализа стратешког аспекта (постоји ли аргумент за промену?), економског аспекта (како оптимизовати

³⁷ HM Treasury, Standardisation of PFI Contracts Version 4, 2007, [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UK_Standardisation%20of%20PFI%20Contracts%20\(ver4.2007\).pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UK_Standardisation%20of%20PFI%20Contracts%20(ver4.2007).pdf), 10. април 2018.

³⁸ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, 24.

вредност за новац), комерцијалног аспекта, ако је релевантно (да ли је модел комерцијално одржив?), финансијског аспекта (да ли је финансијски прихватљив?), и аспекта управљања (може ли се успешно пружити?). Како је раније један од основних критеријума процене коришћен компаратор јавног сектора питање је колико се данас исти има применити, како је временом дошло до великог броја расправа о истом. Тест компаратором јавног сектора вредности за новац никада није сматран тестом „пролазак или неуспех“, већ је требало да буде показатељ који би користио надлежном органу како би одабрао одговарајућу стратегију набавке. Међутим, Трезор је закључио да је модел који је обухваћен Зеленом књигом вероватно бољи приступ, због чега је квантитативан модел вредности за новац изашао из употребе 2010. године.³⁹ Процес подразумева да је одговарајући орган за набавке (надлежни орган) одговоран за одређивање сопствених инвестиционих потреба и захтева. Припрема студију – пројекат који се прослеђује даље ради добијања неопходне сагласности. Ова студија еволуира кроз цео пројектни циклус и прати смернице засноване на Зеленој књизи економске процене.^{40, 41}

Како се јасно да закључити, уређен институционални и регулаторни оквир чини предуслов за реализацију института јавно-приватног партнерства. Велика Британија је свакако у овом смислу пример који ваља следити с обзиром на резултате које такав оквир постиже.

5. ЗДРАВСТВЕНИ СИСТЕМ У ФОРМИ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА У ВЕЛИКОЈ БРИТАНИЈИ

Јавно-приватно партнерство посебно у области здравствене заштите представља нарочито интересантну тему за проучавање. Наиме, ово је управо област која је највише резервисана за државу с обзиром на енормни значај који управљање тим сектором има по јавно здравље и животе грађана. Међутим, учешће приватног сектора, како с једне стране представља ризик, тако с друге може да допринесе много квалитетнијем обављању ове јавне делатности, и то коришћењем својих тржишно стечених знања, способности а и ништа мање битним инвестиционим капацитетом. Последње три деценије одликује стални пораст улоге приватног сектора у здрав-

³⁹ *Ibid.*, 26.

⁴⁰ Collection – HMT Green Book: supplementary guidance, <https://www.gov.uk/government/collections/the-green-book-supplementary-guidance>, 11. април 2018.

⁴¹ European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, 28.

ственим системима земаља у Комонвелту.^{42, 43} Светска здравствена организација је чак 2010. године донела резолуцију која позива земље да „конструктивно ангажују приватни сектор у пружању основних здравствених услуга.“⁴⁴ Овај нови приступ снажно подржавају наднационалне институције као што су Светска банка и Међународна финансијска корпорација. У Великој Британији, уговори у оквиру Приватне финансијске иницијативе за болнице између националних здравствених служби и приватних конзорцијума представљају велике инвестиције.⁴⁵

Хеловел каже да је Велика Британија признати светски лидер у јавно-приватним партнерствима за заштиту здравља, користећи најбоље у области вештина и иновација у јавном и приватном сектору како би пружила изванредне здравствене услуге. Наводи да јавно-приватно партнерство у Великој Британији подразумева:

- 22 године искуства;
- више од 130 пројеката јавно-приватног партнерства за здравство;
- две милијарде фунти вредности капитала.

Он истиче да је Влада Велике Британије успешно спровела низ програма јавно-приватног партнерства за акутне, примарне, друштвене и менталне здравствене услуге. Пројекти се крећу од великог пројекта Свети Бартломеј и Лондонског краљевског пројекта, који је највећи појединачни болнички уговор јавно-приватног партнерства у Великој Британији од 1,1 милијарде фунти, до дома за негу лица који кошта 2,8 милиона фунти.

Кратка историја јавно-приватног партнерства у здравству у Великој Британији подразумева:

- 1991: Влада Уједињеног Краљевства уводи јавно-приватна партнерства;
- 1996: први уговор потписан за пројектовање, изградњу и финансирање и управљање болницом у Норичу;

⁴² Крунске земље Комонвелта (енгл. *Commonwealth realms*) заједничко је име за 16 суверених држава које признају британску краљицу Елизабету II као своју краљицу и шефа државе.

⁴³ April Harding, Alexander S. Preker (eds.), *Private Participation in Health Services*, Washington, DC 2003.

⁴⁴ Resolution WHA63.27, the Sixty-third World Health Assembly. EM/RC57/10, WHO (World Health Organization), 2010.

⁴⁵ Mark Hellowell, „The role of public-private partnerships in health systems is getting stronger“, *Commonwealth Health Partnerships* 2012, 71.

- 2001: Болница Норич је завршена у буџету и пет месеци пре рока;
- 2006: највећи појединачни болнички уговор јавно-приватног партнерства у Великој Британији потписан је за 1,1 милијарди фунти за пројекте Свети Бартломеј и Лондонски краљевски пројекат;
- 2012: више од 130 пројеката јавно-приватног партнерства везаних за здравствену заштиту завршени у току или одобрени од 2001. године;
- 2016: завршетак пројекта Свети Бартломеј и Лондонског краљевског пројекта.⁴⁶

Врло је интересантно шта су све здравствене услуге које су биле или могу да буду предмет јавно-приватног партнерства. Здравствене услуге оквирно подразумевају:

- пружање здравствених услуга по моделу јавно приватног партнерства кроз улагање у инфраструктуру;
- јавно-приватно партнерство кроз проширење мреже здравствених установа;
- јавно-приватно партнерство кроз проширење апотекарске мреже;
- нездравствене услуге:
 - услуге обезбеђивања исхране пацијената у здравственим установама – кетеринг;
 - услуге прања и пеглања постељине у здравственим установама;
 - услуге обезбеђивања објеката;
 - услуге чишћења и одржавања болничких просторија;
 - услуге одржавања информационих система;
 - услуге управљања пословним процесима здравствених установа.⁴⁷

Наилазимо на ставове да су циљеви планираних, систематских, транспарентних, одговорних и на одговарајући начин спроведених пројеката јавно-приватног партнерства у здравству:

⁴⁶ UK Department of Health and Social Care, Healthcare: Public Private Partnerships, 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/public-private-partnerships/public-private-partnerships>, 27. фебруар 2018.

⁴⁷ Стратегија јавно приватног партнерства у здравству Црне Горе 2014–2017, 2.

- бољи квалитет здравствених услуга,
- повећање одговорности здравственог сектора,
- изградња и реконструкција здравствених установа у року и у складу с прорачуном уз коришћење иновативних решења,
- ублажавање притиска и оптерећења државног буџета,
- смањење потребе за задуживањем државе,
- подршка пословном сектору у тржишним околностима,
- развој локалних индустрија чија се делатност везује за здравствену заштиту,
- привлачење међународних инвестиција кроз подстицање приватних улагања у јавну здравствену инфраструктуру, јавну здравствену негу и јавне здравствене услуге,
- успостављање дугорочних јавно-приватних партнерстава,
- мониторинг и евалуација постигнутих резултата.⁴⁸

Међутим, поред ових позитивних ставова о јавно-приватном партнерству у здравству, као и широке подршке реализацији истих, постоје и ставови који скрећу пажњу на недостатке примене тог модела.

Прва дилема која се намеће јесте да ли је реализација здравствених услуга у режији приватног сектора заиста квалитетнија и боља од реализације здравствених услуга од стране јавног сектора самостално.

Тако Холингсворт износи став да је модел јавно-приватног партнерства вероватно најпогоднији у ситуацијама када је постојеће пружање неге неадекватно у погледу продуктивне ефикасности или квалитета. Објашњава да ова партнерства пружају решење у коме је приватни конзорцијум укључен у сваки аспект процеса здравствене заштите, од пројектовања, финансирања, изградње и одржавања здравствених установа до пружања клиничких услуга. Стога је важно да се лекције науче из искустава Аустралије, Канаде и Велике Британије. Међутим, закључује да нема доказа који би подржали закључак да је приватни здравствени сектор по својој природи ефикаснији или продуктивнији од јавног сектора. Преглед 317 економетријских студија утврдио је да широм света здравствене организације у јавном власништву надмашују непрофитне и профитне добављаче.⁴⁹

Чак и сам Хеловел каже да је јасно да претпоставка у целини у корист решења приватног сектора није заснована на доказима.

⁴⁸ *Ibid.*, 4.

⁴⁹ Bruce Hollingsworth, „The measurement of efficiency and productivity of health-care delivery“, *Health Economics* 17(10)/2008, 1107–1128.

Ако је у одређеној надлежности приватни сектор супериорнији, то је због контекстуалних фактора и није инхерентна структури власништва међу пружаоцима услуга. Генерално, ако је јавно-приватно партнерство јачање учинка здравственог система, процес набавке и структура уговора морају генерисати прави подстицајни оквир. Један од главних аргумената у корист излагању тржишним силама је да, на функционалном тржишту, конкурентске снаге доводе до ефикасније расподеле ресурса него што је случај с командном економијом или нетржишним решењима. Стога, структура тржишта којем су организације изложене, има критичан утицај на њихов подстицај за пружање високог квалитета по ниским ценама. У конвенционалном јавно-приватном партнерству, тржишна конкуренција се одвија само током процеса лицитирања. Након што су уговори потписани, однос између јавног купца и приватног пружаоца је билатерални монопол у којем је формална конкуренција одсутна. Због тога је стварање значајне конкуренције током надметања неопходно како би се обезбедило да добављач добије добру комбинацију ниске цене и високог квалитета из уговора.⁵⁰

Халовел и Веки нарочито скрећу пажњу на чињеницу да чак и у Великој Британији где су институционални капацитети за управљање релативно високи по глобалним стандардима, често се набавке лоше руководе, а цене уговора су веће од оних које би требало да буду.⁵¹

Следећа дилема је да ли је могуће да се одржи ниво квалитета пружања здравствене услуге када је она већ пренета приватном партнеру, а узимајући у обзир јасну природу пословања приватног сектора – интерес остварења што већег профита, у крајњем случају чак и на уштрб квалитета. Ова дилема се нарочито тиче свакодневног живота корисника услуга па следствено привлачи велику пажњу широке јавности, не само стручне.

Тако је Монбио у *Гардијану* објавио чланак у којем је изнео да када се уговори потпишу, јавни сектор треба да обезбеди да се одрже стандарди квалитета који су наведени у уговору и да, када то није случај, приватни сектор сноси финансијске трошкове. То је ситуација стављања капитала и прихода под ризик да би модел јавно-приватног партнерства створио подстицај који доводи до доброг учинка. Међутим, требало би признати да ће данас написан уговор за сложени низ услуга који се испоручују у дужем периоду увек бити непотпун. Ово отвара могућност да се приватници понашају опортунистички, искоришћавајући празнине у уговору како би обезбеди-

⁵⁰ Mark Hellowell, 71–72.

⁵¹ Mark Hellowell, Veronica Vecchi, „What return for risk? The price of equity capital in public-private partnerships“, paper presented to IRSPM conference, Rome 2012.

ли нижи стандард услуге него што то захтева набављач. На пример, уколико су уговори непотпуни, може бити профитабилно за пружаоце услуга да смање своје оперативне трошкове, на штету квалитета услуге. Чак и ако су уговори потпуни, неадекватни аранжмани за праћење могу изазвати моралне ризике и такође доводе до слабљења стандарда квалитета. Он даље истиче да је у неким ситуацијама био проблем што је велики део онога што је Национални здравствени систем желео да уради није било привлачно за приватне финансијере. На пример, у Ковентрију је планирано да се обнове две болнице по цени од 30 милиона фунти. Али аналитичари су схватили да приватни сектор не би био заинтересован. Шема је била преуска и није било простора за финансијске иновације које би могле произвести озбиљне профите. Као што је поверљив извештај локалног здравственог органа показао 1998. године, здравствена служба је поново дизајнирала своју шему како би била привлачнија за приватни капитал. Уместо да обнове две постојеће болнице затражили би од приватног партнера да изгради нову – Универзитетску болницу. То не би коштало 30 милиона фунти, него 174 милиона фунти. Међутим, он износи податак да је до јануара 2002. цена порасла на 290 милиона фунти, а у марту 2007. године, *Бирмингем пост* је објавио да је коначни трошак износио 410 милиона фунти.⁵²

Лоренс је такође у *Гардијану* објавила чланак у којем испитује случај Норт Дурам. Она поставља питање да ли је приватни сектор, како тврди влада, донео нову вредност и свеже идеје за деморализоване и недовољно финансиране јавне услуге? Случај у Норт Дураму подразумевао је болницу која је у првом таласу нових болница изграђених приватним финансијама. Наиме, помоћно особље и услуге у болници били су у рукама приватног конзорцијума одговорног за изградњу и вођење пројекта под Приватном финансијском иницијативом. Међутим, конзорцијум је тврдио да транспортовање пацијената по болници није део тог уговора. Из тог разлога се десило да је једне ноћи позвано амбулантско возило (једино возило које је тада покривало читаву градску област Дурама) како би био транспортован један пацијент у оквиру болничког круга и то свега 400 метара. Даље, наводи се и податак да је и гледање нових телевизора у овој болници могло коштати пацијенте 25 фунти недељно, као и на основу писама незадовољних пацијената да је било наплаћено и коришћење вазе за цвеће.⁵³

⁵² George Monbiot, „The Fat Cats Protection League“, *The Guardian*, 4th September 2007, <http://www.monbiot.com/2007/09/04/the-fat-cats-protection-league>, 27. фебруар 2018.

⁵³ Felicity Lawrence, „Crisis-hit hospital finds that private finance for NHS comes at a price“, *The Guardian*, 23rd Jul 2001, <https://www.theguardian.com/society/2001/jul/23/hospitals.ppp>, 27. фебруар 2018.

Кроз ове примере јасно се указује на природу пословања приватног сектора профитно настројену.

Полок и Данинган такође закључују да се повећавају трошкови шема Приватне финансијске иницијативе, како се пројекти реализују, и из тог разлога разлика у приступачности (разлика између онога што јавни сектор може приуштити и наплаћивања приватног сектора) расте. Тај јаз се по њима превазилазио на различите начине, од којих је један и смањење величине пројеката и броја кревета.⁵⁴

Међутим, и поред наведених опречних мишљења, последње три деценије одликује стални пораст улоге приватног сектора у здравственом систему, па се сходно томе намеће закључак да ипак предности које овај модел доноси представљају вредност која чини и да се јасни недостаци чине недовољним да би се развој зауставио.

6. ЗАКЉУЧАК

Сходно свему наведеном а узимајући у обзир пример Велике Британије може се закључити да је јавно-приватно партнерство као модел за реализацију пројеката модел који има тенденцију развоја, а посебно у области здравствене заштите. Наиме, упркос бројним препрекама на који развој ове друштвене појаве наилази неспорно наставља како да постоји тако и да се развија. Чини се да ипак предности које овај модел доноси представљају вредност која чини и да се јасни недостаци чине недовољним да би се развој зауставио. С обзиром на толико широку палету модалитета реализације јасно је откуд и тако привлачна особина овог модела. Наиме, који год аспект реализације пренет на приватног партнера, а за који се утврди каснијим искуством да није целисходно решење, модел има ту еластичност да се у наредном примеру управо то и све што је потребно измени. Даље, поред ове еластичности сарадње између јавног и приватног партнера, веома битан аспект је и профитно пословање приватног сектора на конкурентном тржишту. Наиме, та главна особеност приватног сектора, поред тога што носи и одређене негативности собом, доноси и побољшање пословања, квалитета и ефективности у пружању услуга како би се победила конкуренција и остварио већи профит. Управо у томе се огледа суштинска неопходност приватног сектора у пружању јавних услуга. Међутим, контрола безобзирног трчања за профитом како из социјалних тако и хуманих разлога управо јавног партнера чини неопходним у тој сарадњи. Све ово, нарочито бива значајно у области здравствене заштите, где и

⁵⁴ Allyson M. Pollock *et al.*, „Editorial – Public health and the private finance initiative“, *Journal of Public Health Medicine* 20(1)/1998, 1–2.

најмање грешке доводе до одговорности по људске животе. Колико је битно да је здравствена заштита квалитетна, ефикасна и ефективна, толико је битно и да је хумана с посебним акцентом на социјално угрожене категорије. Управо у погледу тих категорија, приватна здравствена заштита постаје прескупа, због чега је неопходно да иста буде контролисана од стране јавног партнера. Такође, јавни партнер престава добру равнотежу уско профитном поступању приватног партнера у погледу квалитета услуге коју пружа. Док, са друге стране, здравствена заштита коју пружа само јавни партнер у највећем броју случајева је трома, неквалитетна и неефективна. Управо из ових разлога, јавно-приватно партнерство доживљава непрекидну експанзију, са мањим или већим бројем реализованих пројеката, али свакако експанзију. Сходно како тој тенденцији раста, тако и аргументима претходно наведеном потпуно је основано очекивати да ће се тренд раста наставити, а поготово у земљама у којима то до сада није био случај. Свакако, дугогодишње искуство Велике Британије треба да послужи као пример за све остале земље које тек треба да развијају сопствени модел, како не би пролазиле кроз исте грешке и лекције које Уједињено Краљевство пролази већ читав низ година.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bovaird, T., „Public–private partnerships: from contested concepts to prevalent practice“, *International Review of Administrative Sciences* 70(2)/2004.
- Цветковић, П., Здравковић, У., „Јавно-приватно партнерство у правном систему Републике Србије – полазна разматрања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 63/2012. (Cvetković, P., Zdravković, U., „Javno-privatno partnerstvo u pravnom sistemu Republike Srbije – polazna razmatranja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 63/2012)
- European PPP Expertise Centre, United Kingdom – England, PPP Units and Related Institutional Framework, Luxembourg 2012, http://www.eib.org/attachments/epec/epec_uk_england_ppp_unit_and_related_institutional_framework_en.pdf, 2. март 2018.
- Gupta, O., Biswas, N., „Public Private Partnership: Indian Economy“, *SCMS Journal of Indian Management* VII/2010.
- Harding, A., Preker, A. (eds.), *Private Participation in Health Services*, Washington, DC 2003.
- Hellowell, M., „The role of public-private partnerships in health systems is getting stronger“, *Commonwealth Health Partnerships* 2012.

- Hellowell, M., Vecchi, V., „What return for risk? The price of equity capital in public-private partnerships“, paper presented to IRSPM conference, Rome 2012.
- Hollingsworth, B., „The measurement of efficiency and productivity of health-care delivery“, *Health Economics* 17(10)/2008.
- Jintamanaskoon, S., Chan, P., „Changing in reform agendas and public private partnership (PPP)“, *Doctoral Research Workshop Public Private Partnerships*, University of Central Lancashire, Preston, United Kingdom 2011.
- Kačer, H., Kružić, D., Perković, A., „Јавно-приватно партнерство: атрактивност DBFOOT модела“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 45(3)/2008.
- Klijn, E., Teisman, G., „Institutional and Strategic Barriers to Public Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases“, *Paper for the British Academy of Management Conference* 2002.
- Link, A., *Public/Private Partnership: Innovation Strategies and Policy Alternatives*, Springer, New York 2006.
- Pollock, A. et al., „Editorial – Public health and the private finance initiative“, *Journal of Public Health Medicine* 20(1)/1998.
- Pongsiri, N., „Regulation and Public Private Partnership“, *The International Journal of Public Sector Management* 15(6)/2002.
- Trivun, V., Vranić, A., Kenjić, V., *Privatizacija u javnom sektoru, Položaj javnog zdravstva*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2013.
- Васиљев, В., „Основне карактеристике јавно-приватних партнерстава“, *Јавне политике* 2013. (Vasiljev, V., „Osnovne karakteristike javno-privatnih partnerstava“, *Javne politike* 2013)
- Војновић, Ј., „Јавно-приватно партнерство и концесије у Процесу стабилизације и придруживања земаља Западног Балкана Европској унији – пример Републике Србије“, *Европско законодавство* 60/17. (Vojnović, J., „Јавно-приватно партнерство и концесије у Процесу стабилизације и придруживања земаља Западног Балкана Европској унији – пример Републике Србије“, *Европско законодавство* 60/17)
- Вукадиновић, Р., *Право Европске уније*, Центар за право Европске уније Правног факултета у Крагујевцу – Канцеларија Србије и Црне Горе за придруживање Европској унији, Крагујевац 2006. (Vukadinović, R., *Pravo Evropske unije*, Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kraгујевцу – Kancelarija Srbije i Crne Gore za pridruživanje Evropskoј uniji, Kraгујevac 2006)

Jugoslava Vojnović, LL.M.

PhD Candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

HEALTHCARE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE UNITED KINGDOM

Summary

In this paper, the author researches the concept, historical development, regulation, institutional support of public-private partnership and public-private partnership in the field of health care in the United Kingdom. Firstly, the author presents an overview of the concepts of the public-private partnership (PPP) which captures the attention of many authors since there is no universal definition. Furthermore, the historical aspect of PPP leads to the United Kingdom that is considered a cradle of the same. Hereinafter, the author considers the institutional and regulatory arrangements of PPP in the UK and the PPP model in the field of health care in the UK. However, in spite of the contradictory opinions, the author points out the fact that the last three decades have been characterized by a steady increase in the role of the private sector in the healthcare system of the United Kingdom. Therefore, author examines the reasons for this tendency.

Key words: *Public-private partnership. – Healthcare system. – Healthcare services. – Great Britain.*

Article history:

Received: 15. 5. 2018.

Accepted: 29. 11. 2018.

Владимир Винш, мастер*

ПРАВО ИНТЕРПРЕТАТОРА НА ГОДИШЊУ ДОДАТНУ НАКНАДУ

У овом раду аутор анализира појам, карактеристике, значај и услове за постојање права интерпретатора на годишњу додатну накнаду, које ће у српско право бити уведено Законом о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима. Први део овог рада посвећен је објашњењу специфичности положаја интерпретатора, које узрокују потребу усвајања посебних правних правила о њиховој заштити. Рад садржи и анализу релевантног комунитарног права, јер је увођење права интерпретатора на годишњу додатну накнаду резултат обавезе усклађивања српског права с правом Европске уније. Након тога, указано је на разлике у заштити интерпретатора у праву САД, као представнику англосаксонског система и континенталном систему. Затим је критички анализирано решење Хајрта закона које се односи на годишњу додатну накнаду. На крају, анализиран је однос решења из Директиве 2011/77/ЕУ с релевантним одредбама Римске конвенције и WIPO уговора о интерпретацијама и фонограмима.

Кључне речи: *Годишња додатна накнада. – Директива 2011/77/ЕУ од 27. септембра 2011. о измени Директиве 2006/116/ЕЗ о трајању заштите ауторског права и одређених сродних права. – Интерпретатор. – Произвођач фонограма. – Колективно остваривање права.*

1. О РАЗЛОЗИМА ПРАВНОГ УРЕЂЕЊА ГОДИШЊЕ ДОДАТНЕ НАКНАДЕ

У Европској унији је последњих неколико година у области права интерпретатора уведено низ значајних новина. Те промене су првенствено условљене појачаном заштитом музичара које

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, vladimirvins@yahoo.com.

произвођач фонограма унајмљује за конкретно снимање плаћајући им једнократне накнаде за њихове интерпретације (*session musicians*).¹ Под утицајем европске регулативе и српски законодавац, још увек у фази законског нацрта, на другачији начин уређује положај ових категорија интерпретатора, продужавајући рок заштите њихових неискључивих имовинскоправних овлашћења² и обавезујући произвођача фонограма на плаћање и годишње додатне накнаде. У прилог оваког законског нормирања истиче се да ова врста музичара због кратког рока заштите остаје без јединог извора прихода, чиме се битно погоршавају услови живота, па би продужењем рока заштите њихових неискључивих имовинскоправних овлашћења, они наставили да примају накнаду од емитовања, јавног саопштавања и других облика искоришћавања њихових интерпретација.³

Доношење закона којим се омогућава овој категорији интерпретатора убирање додатног прихода резултат је обавезе усклађивања српског права с прописима Европске уније⁴, па је потребно указати на релевантно комунитарно право у овој области.

2. ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

У Европској унији почеци регулативе годишње додатне накнаде датирају из 2011. године када је усвојена Директива, која је ступила на снагу 31. октобра 2011, а државе чланице биле су обавезане да имплементирају њене одредбе у своја национална законодавства до 1. новембра 2013.⁵ Основни циљ усвајања Директиве је увођење годишње додатне накнаде у корист интерпретатора. Овај циљ се

¹ Catherine Colston, Jonathan Galloway, *Modern Intellectual Property Law*, London 2010³, 326–327.

² Реч је о овлашћењима која се свде на потраживање накнаде за поједине облике коришћења интерпретације снимљене на фонограм уз сагласност интерпретатора. Вид. чл. 117 Закона о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16 – одлука УС.

³ Директива 2011/77/ЕУ од 27. септембра 2011. о измени Директиве 2006/116/ЕЗ о трајању заштите ауторског права и одређених сродних права (у даљем тексту: Директива), *Службени лист ЕУ*, бр. L265/2011, тач. 5 преамбуле.

⁴ Вид. Образложење Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима, <http://www.rsjp.gov.rs/misljenja/1287/obr/02%20Obrazlozenje%20Nacrta%20Zakona%20o%20autorskom%20i%20srodnim%20FINAL%2009%202016.pdf>, 21. мај 2018.

⁵ Директива, чл. 2, ст. 1. Међутим, само девет држава чланица је имплементирало одредбе Директиве у национална законодавства у прописаном року. То јесу: Аустрија, Данска, Естонија, Летонија, Мађарска, Немачка, Словачка, Холандија и Шведска. Одредбе Директиве у национално законодавство последња је имплементирала Пољска у јулу 2015. године.

постигне наметањем обавезе произвођачима фонограма да издвоје, најмање једном годишње, износ који је једнак 20% бруто прихода који су остварени умножавањем, стављањем у промет и чињењем фонограма доступним јавности.⁶ Као и Нацрт закона о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (у даљем тексту: Нацрт закона), примена Директиве се ограничава на интерпретације снимљене на фонограм. Овакво ограничење домена примене је оправдано имајући у виду да интерпретатор нема никаква права која проистичу од интерпретација снимљених на видеограму.⁷ Поред тога, одредбе Директиве су полупринудног карактера, па државе чланице од њих могу да одступе у корист интерпретатора. У том смислу могуће је да у националним законодавствима државе чланице предвиде да се уговори о уступању или преносу искључивих имовинскоправних овлашћења према којима интерпретатор има право на периодична плаћања и који су закључени пре 1. новембра 2013. могу изменити након педесете године од законитог издавања фонограма или педесете године од дана његовог јавног саопштавања, ако фонограм није издат.⁸ Овакав карактер је оправдан ако се узме у обзир да је основни циљ Директиве појачана заштита интерпретатора ради обезбеђивања њиховог „секундарног“ извора прихода.

3. ГОДИШЊА ДОДАТНА НАКНАДА КАО „СЕКУНДАРНИ“ ИЗВОР ПРИХОДА ИНТЕРПРЕТАТОРА

Годишња додатна накнада представља „секундарни“ извор прихода интерпретатора, који је подељен између различитих носилаца сродних права. Износ овог прихода сразмеран је успеху интерпретације, али он најчешће не достиже вредност коју интерпретатор може да заради од износа накнаде који је уговором⁹ наметнут произвођачу фонограма за уступање или пренос искључивих имовинских права на

⁶ Директива, тач. 11 преамбуле.

⁷ Произвођачи видеограма су се изборили за принцип који је међународно прихваћен, а то је да са моментом престанка интерпретатора на снимање његове интерпретације на носач слике, или звука и слике престају сва његова овлашћења. Вид. Слободан М. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд 1999, 317.

⁸ Директива, чл. 1, тач. 4, подтач. 2.

⁹ Реч је о интерпретаторском уговору за снимање интерпретације који често има елементе уговора о делу. Приликом снимања интерпретације која се извршава управо ради снимања, природна обавеза интерпретатора није само да уступи кориснику овлашћење на снимање, већ и да изврши интерпретацију која ће бити снимљена. Уговарањем накнаде за снимање интерпретације такав уговор стиче својство именованог уговора о промету сродног права. С. М. Марковић (1999), 320.

снимљеним интерпретацијама.¹⁰ Уз то, постоји и законско ограничење укупног износа који произвођач фонограма издваја за плаћање додатне годишње накнаде. Тај износ одговара износу од 20% прихода који произвођач фонограма остварује умножавањем, стављањем у промет и чињењем доступним јавности фонограма на коме је снимљена интерпретација, током године која претходи години за коју се плаћа годишња додатна накнада. Ову накнаду произвођач фонограма дужан је да плаћа интерпретатору за сваку пуну годину која наступа после педесете године од дана законитог издавања фонограма, односно за сваку пуну годину која наступа после педесете године од дана његовог јавног саопштавања, ако фонограм није издат, а најдуже у оквиру рока од 70 година од дана првог законитог издавања или првог јавног саопштавања фонограма у зависности од тога који је датум ранији.¹¹ У том погледу је правни режим додатне годишње накнаде у потпуности усклађен с одредбама Директиве.¹²

3.1. Остваривање права на годишњу додатну накнаду из угла мање успешних интерпретатора

Ако се, говорећи о годишњој додатној накнади, осврнемо на мишљења појединих аутора, може се рећи да интерпретатори неће имати корист од наплате годишње додатне накнаде, уколико нису имали корист од наплате накнаде за поједине облике коришћења интерпретација у садашњем периоду трајања заштите субјективног интерпретаторског права од 50 година од дана законитог издавања фонограма, односно 50 година од дана његовог јавног саопштавања, ако фонограм није издат. Поред тога, не може се очекивати да интерпретација постигне успех после протекла наведеног периода трајања субјективног интерпретаторског права који ће омогућити интерпретатору убирање веће накнаде, а тиме и побољшање услова живота, уколико није постигла успех у том периоду. Примера ради, ако интерпретатор у двадесетој години створи интерпретацију снимљену на фонограму која није постигла успех и од које не убире адекватну накнаду, таква интерпретација неће постићи успех ни у његовој седамдесетој години, посебно узимајући у обзир да у највећем броју случајева протеклом времена опада тражња за интерпретацијом. Уз

¹⁰ Reto M. Hilty *et al.*, „Comment by the Max-Planck Institute on the Commission’s proposal for a Directive to amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights“, 2008, <http://ssrn.com/abstract=1288620>, 21. мај 2018, 7.

¹¹ Чл. 20 којим се додаје нови чл. 122б, ст. 4 и чл. 29, ст. 3 Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ауторским и сродним правима, <http://www.rsjp.gov.rs/misljenja/1287/nac/01%20Nacr%20Zakona%20o%20autorskom%20i%20srodniim%20pravima%20FINAL%2009%202016.pdf>, 21. мај 2018.

¹² Директива, чл. 1, тач. 2, подтач. а и чл. 1, тач. 2, подтач. ц, алинеја 2ц.

то, ниједан интерпретатор се не може ослонити на раније активности од којих би могао да остварује приходе до краја живота. Ако интерпретатор не може да буде активан по протеклу постојећег периода заштите, имаће исти положај као и сваки слободни уметник. По правилу, реч је о мање успешним и познатим интерпретаторима.¹³

3.2. Остваривање права на годишњу додатну накнаду из угла успешних интерпретатора

Релативно малобројне интерпретације које су у оквиру постојећег периода заштите постигле успех омогућавају интерпретаторима да остваре веће накнаде сразмерне напорима које су уложили у њихово стварање, из којих могу да финансирају настајак нових интерпретација. Неки од успешних интерпретатора¹⁴ чак и уколико доживе старост од више од сто година не би могли током живота да искористе изузетно велике накнаде од својих последњих интерпретација у постојећем периоду заштите.¹⁵ Стога, продужавањем периода заштите од двадесет година,¹⁶ корист би могли да остваре њихови наследници, јер је тешко очекивати да би ова група интерпретатора наплаћивала годишњу додатну накнаду током целог продуженог периода заштите, али и произвођачи фонограма, као привредни субјекти и корисници интерпретација, будући да издвајају свега 20% својих прихода за плаћање годишње додатне накнаде. Приликом усвајања Директиве ове категорије нису препознате као економски слабије, па их није потребно заштитити наметањем обавезе плаћања годишње додатне накнаде.

3.3. Улога фонда од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма у остваривању права на годишњу додатну накнаду

Већ након упоређивања утицаја права на годишњу додатну накнаду на мање успешне и успешне интерпретаторе уочава се да је

¹³ R. M. Hilty *et al.*, 7–8; Martin Kretschmer, „Creativity stifled? A Joined Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings“, <http://ssrn.com/abstract=2063813>, 21. мај 2018, 3–4.

¹⁴ Према подацима организација за колективно остваривање сродних права свега 10% од укупног броја интерпретатора су успешни интерпретатори који остварују између 80% и 90% укупне накнаде за коришћење интерпретација снимљених на фонограму. Вид. Martin Kretschmer, Philip Hardwick, *Authors' Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources: A survey of 25,000 British and German writers*, Centre for Intellectual Property Policy & Management, London – Bournemouth 2007, 58.

¹⁵ R. M. Hilty *et al.*, 6. Као примери таквих интерпретатора наводе се: Фил Колинс, Мик Џегер и Елтон Џон.

¹⁶ Директива, чл. 1, тач. 2, подтач. а.

улога фонда од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма да осигура финансијску корист интерпретатора у двадесетогодишњем продуженом заштитном периоду, као и да успостави равнотежу између интереса интерпретатора и произвођача фонограма.¹⁷

Остваривању ове улоге може допринети право интерпретатора, организације која колективно остварује право интерпретатора на годишњу додатну накнаду или лица које интерпретатор овласти да захтевају од произвођача фонограма достављање свих података који могу бити од значаја за исплату годишње додатне накнаде.¹⁸ Ипак законодавства држава чланица указују на извесну неусклађеност у одређивању титулара овог права. Тако су Немачка, Велика Британија, Португал, Румунија прописали да титулар овог права може бити искључиво интерпретатор. Супротна тенденција може се уочити у Шпанији и Шведској, чија законодавства прописују да титулари овог права могу бити организације које колективно остварују право интерпретатора на годишњу додатну накнаду, док у Француској интерпретатор и организације које колективно остварују право интерпретатора на годишњу додатну накнаду могу захтевати достављање података од произвођача фонограма.

Ваља напоменути да остваривање ове улоге може бити нарушено и могућношћу држава чланица да поједине произвођаче фонограма ослободе обавезе плаћања годишње додатне накнаде од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма у години која претходи години у којој се плаћа годишња додатна накнада, уколико би трошкови прикупљања таквог прихода представљали несразмерно оптерећење за њих.¹⁹

Поврх тога већина законодавстава држава чланица не прописују рок у коме су организације за колективно остваривање права дужне да исплаћују додатну годишњу накнаду. Једини изузетак представља законодавство Велике Британије које прописује ту обавезу једном годишње, у року од шест месеци од истека пуне године у којој се остварује право на годишњу додатну накнаду,

Најзад, мора се констатовати да фонд од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма у потпуности функциони-

¹⁷ Commission of the European communities, *Impact assessment on the legal and economic situation of reformers and record producers in the European Union – Commission staff working document*, Brussels 2008, 26.

¹⁸ Директива, чл. 1 тач. 2, подтач. ц, алинеја 2ц.

¹⁹ Директива, тач. 12 преамбуле. Има националних законодавстава (законодавство Француске) која су произвођаче фонограма који имају мање од 10 запослених и с годишњим приходом мањим од два милиона евра ослободили обавезе плаћања годишње додатне накнаде. Вид. Законик о интелектуалној својини Француске, чл. L 212–3.

ше само у Шпанији и Великој Британији,²⁰ док су у појединим државама чланицама попут Португала и Немачке прикупљена симболична средства у фонду, па још увек није почело њихово дистрибуирање интерпретаторима. Сасвим супротно поједине државе чланице попут Румуније још увек нису основале фонд.²¹

3.4. *Use it or Lose it* одредба у Директиви и остваривање права на годишњу додатну накнаду

Такозвана *Use it or Lose it* одредба у Директиви употребљена је у контексту јачања уговорне позиције интерпретатора, као економски слабије уговорне стране.²² Под тзв. *Use it or Lose it* одредбом подразумева се право интерпретатора на раскид уговора о уступању или преносу искључивих имовинскоправних овлашћења произвођачу фонограма због неостваривања овлашћења које је произвођач фонограма прибавио или остваривања овлашћења у обиму мањем од уговореног, уз испуњење додатних раскидних разлога. Дакле, ово право интерпретатор може користити уколико су кумулативно испуњени раскидни разлози, односно услови/претпоставке за раскид уговора. Из угла Директиве интерпретатор може раскинути уговор по истеку рока од 50 година од дана законитог издавања фонограма, односно 50 година од дана његовог јавног саопштавања (ако фонограм није издат), уколико произвођач фонограма није ставио у промет примерке фонограма у довољној количини или није јавно саопштио фонограм жичним или бежичним путем на начин који омогућава појединцу индивидуални приступ фонограму са места и у време које он одабере. Поред тога, за остваривање права на раскид уговора потребно је да претходно буде испуњена и обавеза интерпретатора да обавести произвођача фонограма о својој намери да раскине уговор о уступању или преносу. Самим испуњењем интерпретаторове обавезе почиње да тече рок од једне године у оквиру којег произвођач фонограма, с циљем спречавања раскида уговора, треба да врши оба искључива имовинскоправна овлашћења.²³

Истовремено коришћење права интерпретатора на раскид уговора имплицира повреду обавезе од стране произвођача фонограма, која

²⁰ У Шпанији је до сада исплаћена годишња додатна накнада за више од 1000 интерпретатора, док је у Великој Британији додатна годишња накнада исплаћена за више од 2000 интерпретатора, а само у 2016. години је прикупљено 241.857,00 фунти коришћењем 11600 интерпретација снимљених на фонограму. Преузето из Ana Ramalho, Aurelio Lopez – Tarruella, *Implementation of the Directive 2011/77/EU: Copyright term of protection*, Brussels 2018, 26.

²¹ *Ibid.*

²² Christina Angelopoulos, „Amended Directive extends the term of protection for performers and sound recordings“, *GRUR International* 11/2011, 988.

²³ Директива чл. 1, тач. 2, подтач ц, алинеја 2а.

није изричито наведена у Директиви, да врши уступљена или пренета овлашћења на уговорен начин, посебно имајући у виду циљ (сврху) који су уговорне стране имале приликом закључивања уговора.

Слабости и одређена спорна питања која се тичу *Use it or Lose it* одредбе јављају се као резултат неодређености у Директиви, што ствара могућност за интерпретатора да раскине уговор у већем броју случајева.

Интересантно је да у Директиви изостаје регулисање достављања обавештења о намери раскидања уговора од стране интерпретатора у случајевима уступања или преноса искључивих имовинскоправних овлашћења с произвођача фонограма на треће лице. Из околности да су ова овлашћења пренета или уступљена на неискључив начин, чиме произвођач фонограма престаје да буде носилац овлашћења, може се закључити да интерпретатор има обавезу обавештавања трећег лица, а не произвођача фонограма, о својој намери раскидања уговора.²⁴

Осим тога, поставља се питање да ли је оправдано захтевати од произвођача фонограма или трећег лица да врши и овлашћење стављања у промет примерака фонограма у довољној количини и овлашћење јавног саопштавања фонограма или је довољно да врши једно од овлашћења како би спречио испуњавање раскидног разлога? На ово питање се не може одговорити без узимања у обзир услова коришћења фонограма које диктира дигитална информационо-комуникациона технологија. Прописивањем постојећег решења из Директиве које мора бити имплементирано у национална законодавства, као минимални садржај хармонизације, чини се да нису узети у обзир битно промењени технолошки услови коришћења фонограма. Доступност фонограма у дигиталној форми на Интернету, односно интерактивно чињење фонограма доступним јавности, омогућава знатно ширем кругу публике лакши, комфорнији и јефтинији приступ фонограму, као и његову свеприсутност. Отуда, чини се да је вршење овог овлашћења довољно за престанак раскидног разлога, што вршење традиционалног овлашћења на стављање у промет примерака фонограма у довољној количини чини сувишним.²⁵ Због такве ситуације потребно је преиспитати прописивање услова за раскид уговора. Усамљени случај представља законодавство Португала које није дословно имплементирао одредбу Директиве, већ је прописало да је вршење једног од поменутих овлашћења довољно за спречавање остваривања раскидног разлога.²⁶

²⁴ Наведено мишљење заступљено је у законодавству Велике Британије и Португала. Вид. Закон о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске, одељак 191 НВ.

²⁵ А. Ramalho, А. Lopez – Tarruella, 34.

²⁶ Законик о ауторском и сродним правима Португала, чл. 183а, ст. 2.

Спорно је, међутим, и одређивање појма „довољна количина“ приликом вршења овлашћења на стављање у промет примерака фонограма. На том путу јављају се тешкоће, будући да Директива одређује садржину овог појма упућивањем на сходну примену одредаба Међународне конвенције о заштити извођача, произвођача фонограма и установа за радио-дифузију (у даљем тексту: Римска конвенција),²⁷ која ни на једном месту не дефинише овај појам, нити прописује критеријуме за његово одређивање. Резултат тога може бити произвољност у испитивању испуњености овог раскидног разлога. Насупрот томе, ове тешкоће су поједина национална законодавства савладала дефинисањем „довољне количине“ на основу одредаба Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела.²⁸ Према овим законским решењима „довољна количина“ обухвата стављање у промет примерака фонограма који би задовољили разумне потребе јавности, узимајући у обзир природу и циљ фонограма.²⁹ Цитирана одредба захтева анализу садржаја фонограма, циљане публике, тржишта и др. како би се утврдило да ли је понуда примерака фонограма на тржишту довољна. То је, наиме, законско решење које узима у обзир околности конкретног случаја и суштински успоставља равнотежу између интереса произвођача фонограма и интерпретатора. Ипак, није сувишно запазити да за утврђивање појма „довољна количина“ од значаја може бити и уговорен број примерака фонограма који је произвођач фонограма обавезан да умножи.³⁰ У том погледу, реч је о предметном ограничењу обима уступљеног овлашћења интерпретатора на снимање интерпретације и умножавање снимака, које је у корелацији с вршењем овлашћења произвођача фонограма на умножавање примерака фонограма и које је кључно за заштиту интереса интерпретатора у вези с коришћењем интерпретације у телесном облику. Поред тога, на поменуто овлашћење се надовезује овлашћење стављања у промет примерака фонограма.

²⁷ Директива, тач. 8 преамбуле.

²⁸ Чл. 3, тач. 3 Бернске конвенције о заштити књижевних и уметничких дела.

²⁹ Закон о интелектуалној својини Краљевине Шпаније, *Службени лист Краљевине Шпаније* бр. 97 од 22. априла 1996, чл. 110bis; Закон о ауторском праву, дизајну и патентима Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске, одељак 191 ХА, подтач. 7, алинеја б. Наведено законско решење је прихваћено и у Нацрту закона.

³⁰ Треба истаћи да у неким случајевима разумне потребе јавности неће бити задовољене стављањем у промет знатног дела од уговореног броја умножених примерака фонограма, па би требало дозволити право на раскид уговора јер испуњење обавезе од стране произвођача фонограма, а тиме и цео уговор може изгубити сврху. Вид. Катарина Доловић, *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, докторска дисертација Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 39.

Коришћењем права на раскид уговора о уступању или преносу интерпретатор ће бити слободан да сам настави са коришћењем интерпретација снимљеним на фонограму или да их понуди другом произвођачу фонограма.³¹

4. УТИЦАЈ ГОДИШЊЕ ДОДАТНЕ НАКНАДЕ НА СТВАРАЊЕ НОВИХ ИНТЕРПРЕТАЦИЈА

Увођење двадесетогодишњег продуженог заштитног периода, у коме интерпретатор остварује право на годишњу додатну накнаду, неће имати позитивни ефекат деловања сродноправне заштите на стимулисање младих и талентованих интерпретатора да стварају нове интерпретације. Продужење заштитног периода *per se* нема везе са стимулисањем ових интерпретатора. То је логична последица ретроактивног важења продуженог заштитног периода и на постојеће интерпретације, као *ex post* подстицаја, за које прописани педесетогодишњи заштитни период још увек није истекао. Чини се да је највећи ефекат продужења заштитног периода опстанак фонограмске индустрије. Из тога проистиче да се продужава статичка не-ефикасност тржишта испољена кроз монополски начин одређивања накнаде за коришћење постојећих интерпретација.

5. ЕКОНОМСКА УТЕМЕЉЕНОСТ ПРАВА ИНТЕРПРЕТАТОРА НА ГОДИШЊУ ДОДАТНУ НАКНАДУ

Када се говори у контексту увођења обавезе плаћања годишње додатне накнаде, ваља водити рачуна да није узето у обзир функционисање права интерпретатора у условима дигиталне информационо-комуникационе технологије, као ни чињеница да фонограмска индустрија игнорише захтеве публике за новим могућностима коришћења интерпретација путем Интернета. Посматрано из угла динамичке ефикасности тржишта, реч је о потражњи коју једна страна не задовољава и пословној шанси за другу страну, па би омогућавањем веће правне заштите појединачној интересној групи, на основу слепог поверења и без детаљнијег разматрања, био направљен изузетак од начела слободе конкуренције који захтева посебно оправдање. На пример, привремени монопол у двадесетогодишњем продуженом заштитном периоду произвођачу фонограма омогућава максимизацију трансакционих трошкова размене, али и контролу цене коју потрошач мора да плати ради

³¹ Вид. Образложење Нацрта закона.

прибављања фонограма, модела дистрибуције и секундарне употребе добара (стварање филмова, емисија, нових снимака и др.). Конкретније посматрајући, продужавање периода заштите у коме се остварује право на годишњу додатну накнаду, има велики недостатак оличен у неефикасној алокацији постојећих снимака звука и спречавању падања у јавни домен великог броја интерпретација.³² Дакле, интервенцијом државе у корист групе од које зависи економски слаба група и која сходно томе сноси одговорност за недовољан приход, не доприноси се друштвеном благостању, оличеном у добробити публике, као потрошача, што је у супротности и са основним начелима тржишне економије.³³

6. ПОРЕЂЕЊЕ ЗАШТИТЕ ИНТЕРПРЕТАТОРА С АУТОРСКОПРАВНОМ ЗАШТИТОМ У ПРАВУ САД-А

Када је реч о разлозима за увођење годишње додатне накнаде потребно је указати да се продужавање периода заштите не може оправдати потребом усклађивања с периодом заштите који постоји у ауторском праву. Штавише, у овом случају поређење с правом САД-а се не може сматрати примереним.³⁴

У САД-у, као типичном представнику англосаксонске традиције ауторског права, не постоји подела на ауторско и сродна права, па се не прави стриктна разлика између ауторског дела, с једне стране, и интерпретације или фонограма, с друге. У вези с тим, за продужење заштитног периода, као основа за остваривање годишње додатне накнаде, карактеристично је да се не односи на ауторскоправну заштиту, већ на сродноправну заштиту интелектуалног стваралаштва и привредне делатности, путем законског конституисања новог изворног имовинскоправног овлашћења, које је, као и остала имовинскоправна овлашћења из сродних права, знатно уже од имовинскоправних овлашћења у ауторском праву.³⁵ Истовремено, у САД-у, сам произвођач фонограма, као оригинални субјект ауторскоправне заштите, може да стиче ауторско право на фонограму као ауторском делу,³⁶ у трајању од 120 година од настанка дела или 95 година од објављивања дела, у зависности

³² N. Helberger *et al.*, „Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea“, <http://ssrn.com/abstract=488085>, 21. мај 2018, 3–4.

³³ R. M. Hilty *et al.*, 9–14.

³⁴ *Ibid.*, 14

³⁵ С. М. Марковић (1999), 18.

³⁶ Законик о ауторском праву САД (*U.S. Copyright Act*), консолидована верзија од децембра 2011. године, §102 (а).

од тога који рок раније истиче.³⁷ Ипак, због непостојања поделе на ауторска и сродна права, законодавство САД-а не садржи норме о сродноправној заштити. Резултат тога је да тренутно трајање сродноправне заштите у државама чланицама Европске уније од 70 година, уједно означава и период за који је та заштита дужа него у САД-у.

7. КОЛЕКТИВНО ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ГОДИШЊУ ДОДАТНУ НАКНАДУ

У Европској унији потреба за ефикаснијим остваривањем права на годишњу додатну накнаду намеће обавезу колективног остваривања овог права. Имајући то у виду један од циљева који се жели постићи усвајањем Директиве је усклађеност расподеле прихода у државама чланицама које остварују организације за колективно остваривање сродних права, тако да не само произвођачи фонограма и аутори чија се дела интерпретирају, већ и интерпретатори нужно добију специфичан и одговарајући део остварених прихода.³⁸ Ипак, одредбе Директиве не утичу на колективне уговоре закључене у државама чланицама између организација које заступају интерпретаторе и организација које заступају произвођаче фонограма, који су усклађени с њеним одредбама.³⁹ Наиме, интерпретације с репертоара једне организације користе се у другим државама чланицама, захваљујући сарадњи између организација држава чланица за колективно остваривање права. Та сарадња се заснива на уговорима о реципрочној сарадњи, којима се свака организација обавезује да на територији своје земље врши колективно остваривање права за интерпретације с репертоара организација других држава чланица и да тако остварену накнаду трансферише тим другим организацијама.⁴⁰

Колективним остваривањем овог права, путем редистрибуције прихода, афирмише се и идеја боље заштите носилаца сродних права који су у економски неравноправном положају у односу на остале носиоце права. Томе доприноси и усклађивање колективног остваривања права на нивоу Европске уније усвајањем Директиве 2014/26/EУ о колективном управљању ауторским правом и сродним

³⁷ Законик о ауторском праву САД, §302 (c). Ова одредба Законика о ауторском праву САД-а измењена је 1998. године, усвајањем Закона о продужењу рока трајања ауторског права, који је познатији под називом *Sonny Bono Act*.

³⁸ Директива, тач. 12 преамбуле.

³⁹ Директива, тач. 17 преамбуле.

⁴⁰ Вид. Слободан М. Марковић, „Колективно остваривање ауторског и сродних права од монопола ка конкуренцији“, *Право и привреда* 4–6/2013, 642.

правима и мултитериторијалном лиценцирању права на музичким делима која се користе *on-line* на унутрашњем тржишту.

8. ПРОМЕТ ИМОВИНСКОПРАВНИХ ОВЛАШЋЕЊА КАО УСЛОВ ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ГОДИШЊУ ДОДАТНУ НАКНАДУ

Српски законодавац је прописујући да интерпретатор који је за једнократну накнаду пренео или уступио произвођачу фонограма своја искључива имовинска права на снимљеним интерпретацијама има право на годишњу додатну накнаду,⁴¹ унео поремећај у правила промета имовинскоправним овлашћењима од стране изворног носиоца субјективног права интерпретатора. Ова правила су последица примене монистичке теорије о правној природи субјективног права интерпретатора, према којој се ово право због своје везаности за личност интерпретатора не може отуђити ни у свом имовинскоправном аспекту. Отуда, уступањем, као конститутивним обликом промета имовинскоправних овлашћења, изворна имовинскоправна овлашћења остају код свог носиоца, али се уступа уже имовинскоправно овлашћење, које се изводи (деривира) из суме имовинскоправних овлашћења, и у виду новоконституисаног субјективног права предаје стицаоцу. За разлику од уступања, преносом (цесијом), као транслативним обликом промета имовинскоправним овлашћењима, преносилац овлашћења престаје да буде носилац овлашћења, док стицалац постаје нови носилац тих истих овлашћења.⁴²

Нажалост, српски законодавац, имплементирајући одредбе Директиве у национално законодавство, није препознао проблематику промета имовинскоправних овлашћења интерпретатора, а самим тим је показао и неразумевање последица примене овакве одредбе. Отуда, изричито прописан транслативни облик промета имовинскоправних овлашћења означава престанак својства интерпретатора, као изворног носиоца овлашћења. Тиме би престао и основ за убирање годишње додатне накнаде. Ова последица је противна логици и смислу права интелектуалне својине, али и циљу усвајања Директиве и њеној имплементацији у национална законодавства. Из тога произлази да се релевантним опредељењем за монистичку теорију о природи субјективног права интерпретатора намеће закључак да

⁴¹ Чл. 20, којим се додаје нови чл. 1226, ст. 1, Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ауторским и сродним правима.

⁴² Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2013, 211–215; С. М. Марковић (1999), 246 и даље.

наше законодавство не може и не треба да садржи одредбе о преносу имовинскоправних овлашћења од стране интерпретатора.

9. ОДНОС ДИРЕКТИВЕ С РЕЛЕВАНТНИМ ОДРЕДБАМА МЕЂУНАРОДНЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЗАШТИТИ ИЗВОЂАЧА, ПРОИЗВОЂАЧА ФОНОГРАМА И УСТАНОВА ЗА РАДИО-ДИФУЗИЈУ (РИМСКА КОНВЕНЦИЈА) И WIPO УГОВОРА О ИНТЕРПРЕТАЦИЈАМА И ФОНОГРАМИМА

Римска конвенција се начелно примењује на интерпретаторе књижевних или уметничких дела која су заштићена ауторским правом, али је њеним одредбама остављена могућност свакој држави уговорници да својим националним законодавством прошири заштиту и на интерпретаторе дела која нису заштићена ауторским правом.⁴³ У погледу трајања заштите Римска конвенција поставља минимум правила везаних за трајање заштите субјективног интерпретаторског права. Њеним одредбама постављена је само доња граница трајања заштите и она не може бити краћа од 20 година, рачунајући од краја године у којој је снимање извршено и извођење отеловљено у фонограмима; извођење извршено за извођења која нису отеловљена у фонограмима; извођење извршено за извођења.⁴⁴ Према томе, државе уговорнице су овлашћене да саме одређују максимални рок трајања заштите који не може бити краћи од периода заштите који је прописан конвенцијом. Поред тога заштита предвиђена овом конвенцијом не може ићи на штету заштите коју би интерпретатори иначе могли да уживају.⁴⁵ С обзиром на овако садржана правила о заштити интерпретатора, режим из Римске конвенције наставиће да важи паралелно с режимом садржаним у Директиви која ће бити имплементирана у наше законодавство, чиме се у складу с одредбама конвенције омогућава трајање заштите субјективног права интерпретатора у знатно дужем периоду.

Такође и WIPO уговор о интерпретацијама и фонограмима поставља доњу границу периода заштите која се признаје интерпретаторима, који мора да траје најмање до истека периода од 50 година,

⁴³ Чл. 9 Закона о потврђивању Међународне конвенције о заштити извођача, произвођача фонограма и установа за радио – дифузију, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 13/02.

⁴⁴ Чл. 14 Закона о потврђивању Међународне конвенције о заштити извођача, произвођача фонограма и установа за радио-дифузију.

⁴⁵ Чл. 21 Закона о потврђивању Међународне конвенције о заштити извођача, произвођача фонограма и установа за радио-дифузију.

рачунајући од краја године у којој је интерпретација снимљена на фонограму.⁴⁶ С друге стране, овај уговор уважава и чињеницу да се његовим одредбама не може штетити било којим правима и обавезама које проистичу из неког другог уговора.⁴⁷ Имајући у виду обавезу Србије да обезбедити постепено усклађивање будућег законодавства с правом Европске уније,⁴⁸ примена режима заштите интерпретатора из Директиве, којим је постављена горња граница трајања заштите, представљала би допуну правила о трајању заштите интерпретатора која су садржана у овом уговору.

10. ЗАКЉУЧАК

Право интерпретатора на годишњу додатну накнаду излази пред правну теорију и национална законодавства отварањем појединих спорних питања. У таквој ситуацији, прихватање критике овог права и тврдње појединих аутора која је изнета на почетку овог рада да највећи број интерпретатора неће имати користи од наплате овог „секундарног“ извора прихода, оправдано намеће питање у чију корист се оно остварује и да ли је потребно економске интересе интерпретатора додатно заштитити још једним неискључивим имовинскоправним овлашћењем. Тражећи одговор на ово питање настојали смо да сагледамо право интерпретатора на годишњу додатну накнаду у најразличитијим светлима, поређењем с интерпретаторовим примарним приходом, утицајем фонда од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма и *Use it or Lose it* одредбе у Директиви на његово остваривање и др.

Разматрањем питања утицаја овог права на границе ефикасности тржишта ушли смо и у поље његове економске оправданости. Економска анализа указала је да његово прописивање продужава статичку неефикасност тржишта, а истовремено не повећава ефекат заштите интерпретатора, као социјално слабије групе која је изложена већем ризику и губитку. Отуда, као последица изложене тврдње јавља се потреба за промишљањем и изналагањем начина на који је могуће ефикасније заштитити интересе интерпретатора. С тим у вези, право интерпретатора да употреби *Use it or Lose it*

⁴⁶ Чл. 17 Закона о потврђивању WIPO уговора о интерпретацијама и фонограмима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 13/02.

⁴⁷ Чл. 1, ст. 3 Закона о потврђивању WIPO уговора о интерпретацијама и фонограмима.

⁴⁸ Чл. 72 Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС*, бр.83/08.

клаузулу у садејству с његовим правом на годишњу додатну накнаду од значаја је за ефикаснију заштиту његових интереса, јер се уводи избор између више могућности. Захваљујући томе интерпретација може наћи пут до субјекта који ће њеним коришћењем остварити већи профит, а тиме увећати и годишњу додатну накнаду. Уз то, показало се да и оснивање фонда од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма може имати позитиван ефекат на остваривање права интерпретатора на годишњу додатну накнаду. Анализа одредбе о оснивању овог фонда указала је на његов значај као гаранта у остваривању овог права интерпретатора и инструмента учвршћења уговорних односа између интерпретатора и произвођача фонограма. Ипак, постизање ових циљева може бити нарушено постојањем одређених мањкавости које прате одредбе Директиве које нормирају ове додатне инструменте заштите интерпретатора, као и чињеницом да је потпуно функционисање фонда од 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма омогућено само у два државама чланицама.

Спорна је, међутим, одредба Директиве којом се омогућава у националним законодавствима прописивање обавезе произвођача фонограма да више пута годишње издвоји износ који је једнак 20% бруто прихода који су остварени коришћењем фонограма. У начелу, поставља се питање њене оправданости, јер утиче на релативизацију и смањење прецизности назива „право интерпретатора на годишњу додатну накнаду“.

Нацрт закона је критикован због садржине нормативног решења о промету имовинскоправних овлашћења, као услова за остваривање права на годишњу додатну накнаду. Разлог критике је што законодавац, вођен потребом усклађивања са комунитарним правом, прихвата без размишљања решење из Директиве. На крају, увидели смо да би прихватањем преовлађујућег становишта о промету имовинскоправних овлашћења у нашем праву било омогућено нормирање, а тиме и стварање, прецизнијих услова за остваривање права интерпретатора на годишњу додатну накнаду.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Angelopoulos, C., „Amended Directive extends the term of protection for performers and sound recordings“, *GRUR International* 11/2011.
- Colston, C., Galloway, J., *Modern Intellectual Property Law*, London 2010³.

- Commission of the European communities, *Impact assessment on the legal and economic situation of reformers and record producers in the European Union – Commission staff working document*, Brussels 2008.
- Доловић, К., *Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Dolović, K., *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)
- Helberger, N. *et al.*, „Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea“, <http://ssrn.com/abstract=488085>, 21. мај 2018.
- Hilty, M. R. *et al.*, „Comment by the Max-Planck Institute on the Commission’s proposal for a Directive to amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights“, 2008. <http://ssrn.com/abstract=1288620>, 21. мај 2018.
- Kretschmer, M., „Creativity stifled? A Joined Academic Statement on the Proposed Copyright Term Extension for Sound Recordings“, <http://ssrn.com/abstract=2063813>, 21. мај 2018.
- Kretschmer, M., Hardwick, P., *Authors’ Earnings from Copyright and Non-Copyright Sources: A survey of 25,000 British and German writers*, Centre for Intellectual Property Policy & Management, London – Bournemouth 2007.
- Марковић, С. М., *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд 1999. (Marković, S. M., *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd 1999)
- Марковић, С. М., „Колективно остваривање ауторског и сродних права од монопола ка конкуренцији“, *Право и привреда* 4–6/2013. (Marković, S. M., „Kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava od monopola ka konkurenciji“, *Pravo i privreda* 4–6/2013)
- Марковић, С. М., Поповић, Д. В., *Право интелектуалне својине*, Београд 2013. (Marković, S. M., Popović, D. V., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2013)
- Ramalho, A., Lopez – Tarruella, A., *Implementation of the Directive 2011/77/EU: Copyright term of protection*, Brussels 2018.

Vladimir Vinš, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

PERFORMER'S RIGHT TO THE SUPPLEMENTARY REMUNERATION

Summary

In this paper, the author analyzes the concept, characteristics, significance and conditions for the existence of performer's right to the supplementary remuneration. Then, is explaining the specific position of performers which causes the need for adopting special legal rules about their protection. The paper contains and the analysis of relevant *acquis communautaire* because the implementing of performer's right to the supplementary remuneration is the result of obligation of Serbian law to align with the laws of the EU. We can also see the differences in protection of the performers in the US law, as the representatives of the Anglo-Saxon system, and the continental system. Then the solution of the Draft of the Law regarding the supplementary remuneration was critically analyzed. Finally, there is an analysis of the solution of the Directive 2011/77/EU with relevant articles of the Rome Convention and WIPO Performances and Phonograms Treaty.

Key words: *Supplementary remuneration. – Directive 2011/77/EU from September 27th 2011 about the changes in Directive 2006/116/EC about duration of the protection of the copyright and related rights. – Performers. – Phonogram production. – Collective rights realization.*

Article history:

Received: 23. 5. 2018.

Accepted: 13. 12. 2018.

Никола Пауновић, мастер*

СИМУЛОВАНИ ПОСЛОВИ КАО ПОСЕБНА ДОКАЗНА РАДЊА У СРПСКОМ КРИВИЧНОПРОЦЕСНОМ ПРАВУ – ЗАКОНСКО РЕШЕЊЕ И НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

Полазећи од прикривеног испољавања организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела која проузрокују проблеме на плану прикупљања доказа, реактивно поступање полиције се показује неефикасним. У раду је анализирана посебна доказна радња симуловани послови као једна од проактивних метода намењених супротстављању најтежим кривичним делима. Најпре се доводи у питање термилошка адекватност назива симуловани послови који ствара забуну с обзиром да се овде не ради о правним пословима у смислу грађанског права. Надаље се разматрају услови за спровођење симулованих послова уз осврт на основ искључења противправности овлашћеног лица када је радња коју предузима законом предвиђена као радња кривичног дела. Посебна пажња је посвећена разграничењу између провокације и забране подстрекавања овлашћеног лица на извршење кривичног дела. Коначно, сумарно се анализира доказна вредност исказа овлашћеног лица као сведока. На основу анализе аутор закључује да постоји простор за давање предлога de lege ferenda карактера с циљем нормативног прилагођавања ове посебне доказне радње њеном ratio legis-у.

Кључне речи: Симуловани послови. – Симуловане радње. – Посебне доказне радње. – Провокација. – Подстрекавање.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Разноврсни облици криминала, бројни начини извршења као и перфидност учинилаца директно проузрокују тешкоће у обезбеђивању доказа за кривична дела организованог криминала,

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, dzoni925@gmail.com.

корупције и других тешких кривичних дела.¹ Стога се у теорији примењује да класично реактивно поступање органа унутрашњих послова не даје задовољавајуће резултате у области сузбијања криминала.² Због тога се класична процесна средства, нарочито у области прикупљања доказа, замењују новим и ефикаснијим методама које се односе како на употребу савремених техничких средстава тако и на саме органе гоњења и њихове сараднике.³ То је и довело до потребе да се у савремена кривичнопроцесна законодавства уведе тзв. посебне доказне радње, те да се у односу на тзв. тешка кривична дела модификује употреба неких, иначе класичних, доказних средстава.⁴ Посебне доказне радње или специјалне истражне технике представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примењују само у односу на поједина кривична дела која су с једне стране озбиљна како због последица које проузрокују тако и с обзиром на казну прописану за њих, док се с друге стране, веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем редовних доказних радњи, захваљујући њиховим феноменолошким карактеристикама.⁵ Наиме, специјалне истражне технике се користе на проактиван начин ради откривања потенцијално опасних особа и криминалних организација а све с циљем спречавања

¹ Мићо Бошковић, *Криминалистичка методика 1*, Полицијска академија, Београд 1998, 415. Без намере улажења у дубљу анализу различитих схватања која постоје у теорији у вези с дефинисањем организованог криминала с једне стране и корупције с друге, може се закључити да су ова два појма у двоструком односу. Прво, стога што организовани криминал често подразумева присуство корупције као начина повезивања и одржавања веза с органима власти, државним и другим утицајним привредним и финансијским субјектима. Друго, посматрајући однос организованог криминала и корупције долази се до закључка да при извршењу кривичних дела организованог криминала долази до стицања користи без законског основа што је и случај с коруптивним кривичним делима. Ипак, треба имати у виду да претходно наведено не значи да сва кривична дела организованог криминала морају бити коруптивног карактера. Мићо Бошковић, *Криминалистичка методика 2*, Полицијска академија, Београд 2000, 366–367. Вид. више о односу организованог криминала и корупције Howard Abadinsky, *Organized crime*, Belmont, USA 2012, 2.

² Горан Илић, „Кривичнопроцесни аспекти корупције“, *Корупција основни појмови и механизми за борбу* (ур. Г. Илић), Београд 2007, 222.

³ Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2011, 995.

⁴ Милан Шкулић, „Специјалне истражне технике у функцији сузбијања организованог криминалитета“, *Друштвени аспекти организованог криминала* (ур. Александар Фатић, Божидар Бановић), Београд 2011, 222.

⁵ Милан Шкулић, „Посебне доказне радње као метод сузбијања организованог криминалитета“ (ур. Миле Матијевић), *Корупција и прање новца (узроци, откривање и превенција)*, Сарајево, 2009, 487.

тешких кривичних дела.⁶ У сваком случају, имајући у виду велики број појавних облика криминала успешно откривање подразумева и стално праћење начина извршења тих кривичних дела у пракси, као и одговарајућу анализу већ откривених кривичних дела.⁷

Симуловани послови представљају незаобилазну посебну доказну радњу у сузбијању кривичних дела организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела будући да се помоћу ангажовања овлашћеног лица које предузима симуловане радње омогућава прикупљање неопходних доказа за започињање кривичног гоњења. Законик о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП) из 2001. године предвиђао је посебну главу која је садржала одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела. У оквиру мера органа гоњења за откривање и доказивање наведених кривичних дела ЗКП из 2001. године је нормирао и пружање симулованих пословних услуга и пружање симулованих правних послова (чл. 504и).⁸ Актуелни ЗКП из 2011.године више не предвиђа посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела у односу на која се примењују мере органа гоњења, већ симуловане послове нормира као посебну доказну радњу у оквиру главе посвећене доказима (чл. 174–177 ЗКП).⁹ Имајући у виду оправдане критике дела теорије, у раду се најпре преиспитује спорно питање терминолошке адекватности назива ове посебне доказне радње – симуловани послови с посебним освртом на анализу конкретних симулованих радњи које суд може да одреди.

2. ТЕРМИНОЛОШКА НЕЛОГИЧНОСТ НАЗИВА СИМУЛОВАНИ ПОСЛОВИ У ЗКП-у

За разлику од чл. 504и ЗКП-а из 2001. године који је говорио о симулованим правним пословима, посебна доказна радња из чл. 174

⁶ John A.E. Vervaele, *Special procedural measures and the protection of human rights*, *Utrecht Law Review*, 2/2009, 76.

⁷ Горан Бошковић, Саша Дмитрашиновић, „Примена индицијалног метода у доказивању кривичних дела организованог криминалитета“, *Супротстављање савременом организованом криминалитету и тероризму* (ур. Саша Мијалковић, Дане Субошић, Зорица Вукашиновић-Радојичић), Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2011, 184.

⁸ Законик о кривичном поступку из 2001. године (*Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 – др. закон, 49/07, 20/09 – др. закон и 72/09).

⁹ Законик о кривичном поступку из 2011 године (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14).

ЗКП-а из 2011. године носи назив симуловани послови. *Ratio legis* изостављања одреднице „правни“ заснован је на потреби да се отклоне недоумице које је она изазвала у пракси, будући да је тумачена као законом дозвољени посао.¹⁰ Међутим, подмићивање не само да не може да се сматра правним послом него то није ни посао уопште.¹¹ Сходно томе, намеће се питање потребе промене назива ове посебне доказне радње. Наиме, ни језичко ни телеолошко тумачење норми ЗКП-а које се односе на ову доказну радњу не иду у прилог одабраном називу. С тим у вези, и у самом ЗКП-у из 2011. године у чл. 176, ст. 2 експлицитно је наведено да овлашћено лице не чини кривично дело ако је *радња* (а не посао *sic!*) коју оно предузима кривичним законом предвиђена као радња кривичног дела. Дакле, већ из језичког тумачења ове одредбе произлази да овлашћено лице предузима *радњу*, а не посао. Коначно, оваквом ставу иде у прилог и телеолошко тумачење, односно основни циљ и смисао ове посебне доказне радње а то је да се радњама примања или давања мита обезбеде докази за кривично гоњење. Из свега наведеног произлази да би адекватан назив ове посебне доказне радње, имајући у виду шта овлашћено лице предузима њеном применом, било *симуловане радње*. У прилог оваквом називу посебне доказне радње може се наићи и у теорији с исправним образложењем да симуловани послови подразумевају постојање обостране симулованости.¹²

Додатно, када је реч о конкретним радњама које суд у одговарајућем функционалном облику на образложени предлог јавног тужиоца може да одреди, ЗКП из 2011. године *numerus clausus* наводи да то могу бити: 1) симулована куповина, продаја или пружање пословних услуга, односно 2) симуловано давање или примање мита.¹³ Нешто другачију формулацију конкретних радњи предвиђао је ЗКП из 2001. године и оне су подразумевале: пружање симулованих пословних услуга и пружање симулованих правних послова.¹⁴ Пружање симулованих услуга је долазило у обзир код доказивања кривичног дела примања и давања мита, а симуловано склапање послова код трговине дрогама и трговине људима.¹⁵

¹⁰ Горан Илић *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, 2013, 430.

¹¹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 260.

¹² Станко Бејатовић *et al.*, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2013, 136.

¹³ Чл. 174–175 ЗКП-а (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14).

¹⁴ Вид. чл. 504и ЗКП-а из 2001. године.

¹⁵ Т. Васиљевић, М. Грубач, 1008.

Иако су у ЗКП-у из 2011.године конкретизоване радње које овлашћено лице сме да предузме у оквиру ове посебне доказне радње, то није учињено на адекватан начин. Најпре, што се тиче симуловане куповине и продаје, није наглашено да се ту мисли на куповину и продају ствари и лица (најчешће трговина наркотицима, оружјем, кријумчарење робе или људи, односно трговина људима), тако да би из садашње одредбе чл. 174, тач. 1 могао да произађе чак и закључак да се ови појмови односе на пословне услуге што би представљао *argumentum ad absurdum*. Даље, уопште није јасно шта је била интенција законодавца када је у опсег примене ове посебне доказне радње сврстао и могућност пружања пословне услуге. Шта би уопште представљало симулирање пословних услуга ако не предузимање симулованих радњи примања и давања мита, како се то и схвата у делу теорије? Међутим, ако се тако рестриктивно схвати интенција законодавца онда се отвара ново питање, због чега се посебно издвајају у чл. 174 ЗКП-а радње пружања пословних услуга с једне стране и радње симулованог примања и давања мита с друге када првонаведене потпадају под опсег другонаведених.

С друге стране, постоји и другачије екстензивније тумачење одреднице симуловано пружање пословних услуга. Према том схватању под тим појмом се подразумева оснивање правних лица које пружају симуловане услуге уз прикривање идентитета особа и власништва над стварима а које спроводе прикривени иследници и друга овлашћена лица.¹⁶ Дакле, будући да рестриктивно схватање упућује на закључак да је пружање симулованих пословних услуга праћено симулованим примањем или давањем мита, чини се да је неопходно у будућим изменама ЗКП-а изоставити ову формулацију јер је сувишна. Стога прихватајући екстензивно схватање треба под симулованим услугама подразумевати радње симуловане регистрације правних лица или коришћења постојећих правних лица ради прикупљања података потребних за кривично гоњење, односно откривање и доказивање кривичних дела у односу на која се примењују симуловани послови. Коначно, на основу реченог произлази да би *de lege ferenda* требало преиспитати обим радњи које овлашћено лице може да предузме по основу ове посебне доказне радње и то тако да се прецизира да под тај круг спадају радње: 1) симуловане куповине и продаје предмета и/или лица; 2) симуловано давање или примање мита; 3) симуловане регистрације правних лица или коришћења постојећих правних лица ради прикупљања података потребних за кривично гоњење, односно откривање и доказивање кривичних дела у односу на која се примењују симуловане радње.

¹⁶ Стјепан Глушчић, „Посебне доказне радње“, *Полиција и сигурност* 3/12, 563.

3. УСЛОВИ И НАЧЕЛА ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ СИМУЛОВАНИХ ПОСЛОВА

Услови за одређивање симулованих послова могу се поделити на оне материјалног и формалног карактера. Материјални услов састоји се у томе што се симуловани послови могу одредити према лицу за које постоје основи сумње да је учинило или припрема кривично дело у односу на која се примењује ова посебна доказна радња.¹⁷ Основ сумње је скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела.¹⁸ Овако реактиван концепт основа сумње је погрешан и није у складу са савременим тенденцијама проактивне борбе против криминала. Основи сумње могу да буду у вези са чињеницама које указују на будуће извршење кривичног дела и на припремање кривичног дела. И такве чињенице нужно захтевају предузимање оперативних радњи и примену посебних доказних техника.¹⁹ С тим у вези, прихватањем наведеног мишљења долази се у парадоксалну ситуацију да иако ЗКП из 2011. године везује основе сумње за учињено кривично дело у чл. 2 који се односи на значење израза, у чл. 161, ст. 2 наводи да се посебне доказне радње изузетно могу одредити и према лицу за које постоје основи сумње да *припрема* неко од кривичних дела. Дакле, како је могуће да нешто што се дефинише као скуп чињеница које указује да је учињено кривично дело (основи сумње) у делу законика који се односи на услове за одређивање посебних доказних радњи везује за претходни стадијум у остваривању кривичног дела (припремање). С аспекта посматрања посебних доказних радњи неопходно је да се проактивно реагује у што ранијој фази како би се спречило евентуално извршење кривичног дела. Имајући у виду да се проактивно поступање не може чинити у односу на прву фазу – доношење одлуке за извршење кривичног дела, јер се за мисли не кажњава нити гони, онда је оправдано што ЗКП дозвољава могућност да се посебне доказне радње изузетно одреде и према лицу које припрема неко од таксативно наведених кривичних дела, као наредног стадијума у остваривању кривичног дела. Међутим, ако се пође од става да је потребно да се закоником дефинишу основи сумње, што се чини непотребним будући да то треба да буде примарни задатак теоретичара, онда је неопходно да се допуни дефиниција овог израза. У том смислу, основе сумње би требало дефинисати као једну или више чињеница

¹⁷ Чл. 161 ЗКП-а.

¹⁸ Чл. 2, тач. 17 ЗКП-а.

¹⁹ Бранислав Симоновић, „Основи сумње у предистражном и истражном поступку“, *Ревија за криминологију и кривично право* 2–3/2011, 245–246.

које посредно указују да се припрема или да је учињено кривично дело, односно да одређено лице припрема извршење дела или је учинилац кривичног дела.

С друге стране, формални услов за одређивање симулованих послова подразумева доношење наредбе о спровођењу симулованих послова од стране судије за претходни поступак на основу претходне процесне иницијативе јавног тужиоца који је поднео образложени предлог суду.

Имајући у виду да примена посебних доказних радњи у које спадају и симуловани послови дубоко задиру у право на приватност и друга људска права и слободе неопходно је да се приликом испитивања испуњености услова за њихово одређивање узму у обзир следећа начела. Прво, према *принципу сразмерности* треба успоставити равнотежу између права и обавезе државе да штити своје вредности и права појединаца на приватност и приступити законом регулисаном ограничавању слобода и права појединаца само у случајевима када негативни ефекти криминалних активности превазилазе ефекте ограничавања људских права.²⁰ С тим у вези, значајно је споменути чл. 161, ст. 3 ЗКП-а из 2011. године који наводи да ће приликом одлучивања о одређивању и трајању посебних доказних радњи орган поступка посебно ценити да ли би се исти резултат могао постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана. Дакле, принцип сразмерности се односи на оцену оправданости предузимања неке посебне доказне радње с обзиром на степен задирања у основне слободе и права грађана и тежину кривичног дела.²¹ Друго, према *начелу легалитета* примена симулованих послова као посебне доказне радње мора бити изричито предвиђена законом. Другим речима, мора постојати конкретна законска одредба која овлашћује органе државе на примену посебне доказне радње којом се задира у загарантована права и слободе.²² Дакле, ограничавању слобода и права појединаца могуће је приступити само онда када то не угрожава остваривање основног циља кривичног поступка да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.²³ Оваквом ставу иде у прилог и основна претпо-

²⁰ Жељко Нинчић, „Специјалне истражне методе – одговор савременом криминалу“, *Супротстављање савременим облицима криминалитета* (ур. Драгана Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2015, 401.

²¹ Дарко Маринковић, *Сузбијање организованог криминала: специјалне истражне методе*, Прометеј, Нови Сад, 2010, 267.

²² Ж. Нинчић (2015), 400.

²³ Вид. чл. 1 ЗКП-а.

ставка кривичног поступка – претпоставка невиности према којој се свако сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда.²⁴ Треће, према *начелу супсидијарности* услов за одређивање симулованих послова као посебне доказне радње јесте следећи: 1) да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано и 2) да околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.²⁵ Четврто, у складу с *принципом судског надзора* суд у одговарајућем функционалном облику (судија за претходни поступак) јесте једини орган поступка који како одређује тако и врши контролу законности примене симулованих послова као посебне доказне радње.²⁶ Основни разлог због чега само суд може да одреди примену симулованих послова као посебне доказне радње је тај што је њено спровођење нужно скопчано с битним ограничењима загарантованих права грађана Уставом и међународноправним актима.²⁷

Коначно, важно је указати на *начело ограниченог временског трајања* према коме се закључење симулованих послова прекида чим престану разлози за њихову примену. У сваком случају, спровођење симулованих послова може трајати три месеца, а због неопходности даљег прикупљања доказа може се продужити највише за три месеца, што указује да према *принципу максималног временског трајања* симуловани послови могу бити одређени до шест месеци, с тим да ако је реч о кривичним делима за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности закључење симулованих послова се може изузетно продужити још највише два пута у трајању од по три месеца (максимално до 12 месеци).²⁸ Из свега наведеног произлази да примена симулованих послова као посебне доказне радње треба да буде крајње селективна, што се заснива на два основна разлога: 1) њеном применом се ограничавају Уставом загарантована људска права; 2) масовна примена ове радње би довела до појаве неексклузивности што би по логици ствари потенцијално допринело њеној неефикасности у пракси.²⁹

²⁴ Вид. чл. 3 ЗКП-а.

²⁵ Вид. чл. 161, ст.1–2 ЗКП-а.

²⁶ Ж. Нинчић (2015), 396.

²⁷ Милан Шкулић, „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета“, *Ревизија за безбедност* 10/2008, 27.

²⁸ Чл. 175, ст. 3 ЗКП-а.

²⁹ Милан Шкулић, „Посебне доказне радње у новом Законику о кривичном поступку“, *Ревизија за безбедност* 7/2008, 24.

4. СПРОВОЂЕЊЕ СИМУЛОВАНИХ ПОСЛОВА

Симуловани послови као посебна доказна радња подразумевају прикривену операцију, којом се настоји да се прикупе релевантни докази о криминалној активности појединца или криминалних група, ангажовањем овлашћеног лица.³⁰ Код примене ове радње, не постоје прималац и давалац мита у класичном смислу већ се службено лице појављује као један од учесника у симулованом односу, као давалац или корисник услуга, чиме се настоје прикупити докази за кривични поступак. У сваком случају, циљ симулованог подмићивања је успостављање коруптивног односа у контролисаним околностима ради затицања извршиоца на делу и/или снимања инкриминисане активности, чиме се обезбеђује кључни доказ за кривично гоњење.³¹ Иако се на први поглед чини да лица овлашћена за спровођење ове посебне доказне радње предузимају илегалне активности, то ипак није тако, због чега се радње које врше не сматрају кривичним делима.³²

4.1. Садржина наредбе о спровођењу симулованих послова и круг лица овлашћених за њено извршавање

Наредбу о спровођењу симулованих послова која садржи податке о осумњиченом, законски назив кривичног дела, разлоге на којима се заснива сумња, начин спровођења, снимање, документовање, обим и трајање посебне доказне радње извршава, по правилу, овлашћено лице полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго овлашћено лице.³³ Међутим, у пракси највише дилема изазива тумачење ко све може да буде *друго овлашћено лице*. Док један део теорије иде у правцу да то свакако не може бити државни орган, дотле други део теорије указује да се овде мисли на овлашћено лице из другог домаћег или страног органа, установе или предузећа.³⁴

³⁰ Жељко Нинчић, „Симуловани послови као специјална истражна метода и део савременог концепта супротстављања криминалу“, *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, (ур. Биљана Симеуновић Патић), Тара 2017, 113.

³¹ Darko Marinković, Goran Bošković, „Criminal investigation of corruption and bribery cases“, *International Scientific Conference Archibald Reiss Days* (ed. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015, 51.

³² Elizabeth E. Joh, „Breaking The Law To Enforce It: Undercover Police Participation In Crime“, *Stanford Law Review* 1/2009, 157.

³³ Чл. 175, ст. 2 и 176, ст. 1 ЗКП-а.

³⁴ Упор. Милан Шкулић, *Основне новине у кривичноправном процесном праву Србије*, Правни факултет Универзитета, Београд 2013, 62 и Г. П. Илић *et al.*, 432.

У сваком случају, из језичког и логичког тумачења одреднице друго овлашћено лице јасно произлази да ту није реч о неком одређеном лицу из државног органа у смислу овлашћеног лица полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције јер су та лица законски изричито наведена. С друге стране, круг лица која могу да се подведу под појам другог овлашћеног лица је заиста широк због чега се не могу ни таксативно набројати сва та лица. Ипак, треба рећи да то могу бити, примера ради, страни држављанин у својству прикривеног иследника када то захтевају посебне околности случаја, или запослени у неком правном лицу (нпр. установи или привредном друштву) у својству информатора итд. С тим у вези, у теорији се истиче да је улога информатора у заштити друштва од криминала нужна и оправдана, нарочито у оним његовим сегментима који спадају у тзв. консензуални криминал.³⁵ Случај из судске праксе К бр. 37/16 у вези с посебном доказном радњом симуловани послови специфичан је по томе што је, у поступку због кривичног дела примања мита из чл. 367 Кривичног законика (у даљем тексту: КЗ)³⁶, извршено симуловано давање мита и то тако што је девизни новац предат закупцу угоститељског објекта ради закључења симулованог посла, а да није ни постављено питање да ли као овлашћено лице може бити ангажовано било које лице.³⁷ Другим речима, да ли МУП може да пренесе своја овлашћења из наредбе судије за претходни поступак на било које треће лице. У одговору на ово питање треба поћи од језичког али и телеолошког тумачења законских правила за одређивање симулованих послова из којих произлази да би у случају када то оправдавају посебне околности случаја полиција морала да о ангажовању другог овлашћеног лица обавести јавног тужиоца, који би даље тражио сагласност за ангажовање таквог лица од судије за претходни поступак. Само уз поштовање наведене процедуре омогућило би се адекватно спровођење ове доказне радње. У прилог оваквом схватању сведочи и одредба 504 ј ЗКП-а из 2001. године која је дозвољавала ангажовање другог лица само на основу поднетог предлога органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, при чему је по процесној логици коначна одлука у погледу одређивања конкретног лица припадала суду, у то време истражном судији.³⁸

³⁵ Дарко Маринковић, „Информатори као криминалистичко-тактички институт“, *Безбедност* 3/2007, 33.

³⁶ Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16).

³⁷ Пресуда Вишег суда у Ваљево К бр. 37/16 од 18. 5.2017.

³⁸ ЗКП из 2001. године, чл. 504ј, (*Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 – др. закон, 49/07, 20/09 – др. закон и 72/09).

У сваком случају, законом је прописано да овлашћено лице које закључује симуловани посао не чини кривично дело ако је радња коју предузима кривичним законом предвиђена као радња кривичног дела. У највећем броју случајева таква радња ће бити радња дела које је законом прописано као кривично дело, али то дело када је предузето у виду симулованог посла као посебне доказне радње неће бити кривично дело јер не постоји противправност.³⁹ У кривично-правном смислу, *ratio legis* искључења противправности налази се у томе да умишљај даваоца мита није ишао у правцу да учини кривично дело давања мита већ да се докаже кривично дело примања мита учињено од стране лица које је мито захтевало. Стога би требало имати у виду да када се симулује било који облик кривичног дела које је комплементарно онда онај облик дела који се симулује не представља кривично дело јер није противправан.⁴⁰ Ипак, у теорији се може наићи на мишљење да би са становишта доказне логике било знатно логичније да се омогућава једино симуловано давање мита у односу на лице које је мито претходно захтевало, а не и симуловано примање мита јер такав облик симулације подразумева већи ризик од забрањеног подстрекавања на кривично дело али исто тако, давање мита је у криминално политичком смислу мање значајно.⁴¹

4.2. Разграничење између провокације и забране подстрекавања овлашћеног лица на извршење кривичног дела

Иако овлашћено лице за спровођење симулованих послова које закључује симуловани посао не чини кривично дело, ако је радња коју предузима кривичним законом предвиђена као радња кривичног дела, забрањено је и кажњиво да оно подстрекава другог на извршење кривичног дела.⁴² Ову одредбу треба разумети тако да овлашћеном лицу није дозвољено да у контакту са осумњиченим подстиче осумњиченог да према њему учини радњу која има обележја кривичног дела (нпр. да нуди мито осумњиченом или да тражи да од њега купи дрогу). Овлашћено лице могло би само да доведе себе у околности у којима би, на иницијативу осумњиченог, симуловано учествовало у послу.⁴³ Тиме што се забрањује подстрекавање у оквиру ове посебне доказ-

³⁹ М. Шкулић (2015), 258.

⁴⁰ Милан Шкулић, *Организовани криминалитет*, Службени гласник, Београд 2015, 517.

⁴¹ Милан Шкулић, „Основни криминалистички и неки кривичноправно/кривичнопроцесни аспекти ангажовања прикривеног иследника“, *Казнена реакција у Србији IV део* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд, 2014, 59.

⁴² Чл. 176 ЗКП-а.

⁴³ Горан Илић, Марина Матић Бошковић, *Посебне доказне радње у одлукама Врховног касационог суда и Европског суда за људска права*, Београд 2015, 12–13.

не радње искључује се могућност провоцирања на кривично дело, односно поступања у својству агента провокатора од стране лица које службено реализује симуловани посао.⁴⁴ Разматрајући проблематику доказне прихватљивости провоцираних кривичних дела у светлу стандарда правичног процеса, успостављеног чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода Европски суд за људска права је у предмету *Teixeira de Castro c/ Portugal* заузео следеће становиште: када полицијски службеници врше утицај који је по природи такав да може да подстрекне окривљеног да учини кривично дело, уместо да се ограничи само на пасивно испитивање криминалне активности, они не поштују начело правичног процеса. Акценат је, дакле, на вољном процесу који је непосредно претходио вршењу кривичног дела и оцени да ли је полицијска активност створила или конкретизовала код окривљеног одлуку о извршењу кривичног дела.⁴⁵ С тим у вези, у истом предмету португалска влада је истакла да се агентом провокатором не може сматрати оно лице које подстиче на кривично дело некога код кога је већ створена чврста воља да такво дело учини.⁴⁶ Поред тога, примера ради, Врховни суд Републике Хрватске је у предмету Кж 37/02–7 истакао да подстрекавање постоји само у случају ако би овлашћено лице, пре него што је осумњичени донео одлуку о извршењу кривичног дела, више пута предузело радњу изазивања или учвршћивања одлуке о извршењу кривичног дела.⁴⁷

Суштина симулованих послова садржана је у навођењу на злочин, чије остварење треба да буде разлог за санкционисање његовог извршиоца.⁴⁸ У примени прикривених полицијских операција које садрже одређене елементе навођења (провокације) на кривично дело, може се закључити да постоје активна и пасивна провокација. Активна провокација подразумева директно учешће представника закона у остварењу акта који представља незаконито понашање. Узимајући одређену криминалну улогу он ступа у однос са осумњиченим, преговара о извршењу деликта, конкретизује прилике и околности његовог остварења попут места и времена предузимања, радње и средстава извршења и тсл. С друге стране, пасивна провокација се састоји у осмишљавању и стварању таквих прилика и околности, од стране представника закона, које погодују извршењу кривичног дела, при чему они сами не узимају активно учешће у таквим операцијама. Па-

⁴⁴ М. Шкулић (2015), 259.

⁴⁵ Вид. више о томе Горан Илић, „Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси“, *Билтен Окружног суда у Београду*, број 68/2005, 13.

⁴⁶ Т. Васиљевић, М. Грубач, 1009.

⁴⁷ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске Кж 37/02–7 од 21. 2.2002.

⁴⁸ Ж. Нинчић (2017), 118.

сивна провокација на кривично дело може се реализовати на два начина: први је да представник закона узима улогу жртве или неке друге особе, која ће самом својом појавом привући на себе учиниоца деликта, а други је постављање под надзор одређених предмета, ствари и објеката у такво окружење и амбијент у коме ће бити примамљиви објект напада, односно плен потенцијалних преступника.⁴⁹

Полазећи од чињенице да се и подстрекавање и провокација састоје од радњи навођења на извршење кривичног дела поставља се питање који елемент представља њихову *differentia specifica*. Кључни елемент који диференцира подстрекавање од провокације јесте (не) постојање умишљаја, односно свести и воље с којом подстрекач или провокатор предузимају своје делатности. У првом случају подстрекач жели остварење кривичног дела из различитих мотива, а неретко он је и његов идејни творац. С друге стране, агент провокатор не жели извршење кривичног дела већ своју делатност предузима искључиво с циљем започињања радње извршења од стране провоцираног и уласка у кажњиву зону, а затим његовог хватања на делу и кажњавања.⁵⁰ Врховни касациони суд је у предмету Кзз 66/11 истакао да „провоцирање“ окривљеног да изврши радњу кривичног дела не искључује постојање кривичног дела. За одговор на питање да ли је дело за које се окривљени гони кривично дело од значаја је шта је описано у оптужном акту и да ли је окривљени својим радњама остварио сва законска обележја кривичног дела у питању, односно да ли постоји неки од основа који искључују противправност или кривицу.⁵¹ У теорији се прави разлика између ова два концепта тако што се објашњава да се радње овлашћеног лица ограничавају на прикупљање информација потребних за кривично гоњење, док активности агента провокатора подразумевају акте подстицања на вршење кривичног дела.⁵²

Иначе, подстрекавање, у одсуству законске дефиниције, теорија дефинише као облик саучесништва којим се умишљајно наводи *друго лице* да изврши кривично дело. Конкретније, појам подстрекавања се одређује као умишљајно изазивање и учвршћивање одлуке код подстрекнутог да предузме противправну радњу којом ће

⁴⁹ Дарко Маринковић, „Прикривене операције навођења на кривично дело“, *Наука–безбедност–полиција*, Полицијска академија, Београд, бр. 2–3, 2004, 160.

⁵⁰ Дарко Маринковић, „Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело“, *Безбедност* 2/2005, 219–220. Вид. више о томе Joel Shafer, William J. Sheridan, „The Defence of Entrapment“, *Osgoode hall law journal*, 2/1970, 294–298.

⁵¹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 66/11 од 13.10.2011.

⁵² Lijana Stariene, „The Limits Of The Use Of Undercover Agents And The Right To A Fair Trial Under Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights“, *Jurisprudence* 3/2009, 267.

се остварити обележја бића неког кривичног дела.⁵³ Другим речима, радња навођења је усмерена на стварање или учвршћивање одлуке извршиоца, као подстрекнутог, да *изврши* кривично дело без обзира да ли се она врши од стране једног или више лица непосредно (саподстрекавање) или преко трећег лица (индиректно, посредно подстрекавање). Дакле, свим наведеним лицима је забрањено да подстрекавају на извршење дела у контексту симулованих радњи јер ће у супротном одговарати као посредни подстрекачи или саподстрекачи. Одвојено је питање да ли подстрекач зна тачно које лице ће извршити кривично дело или му је само познат одређен круг особа из којег ће произаћи извршилац. Међутим, подстрекавање као вид саучесништва не допушта потпуну непредвидивост круга потенцијалних адресата.⁵⁴ Стога, полазећи од наведеног теоријског одређења појма подстрекавања чини се да је непотребно посебно наглашавати да је забрањено да овлашћено лице подстрекава *другог* јер је то не само правило већ и кривичноправно посматрано једина логички могућа ситуација. С тим у вези, у теорији се наглашава да у кривичноправном смислу није могуће подстрекавање самог себе на кривично дело.⁵⁵ Другим речима, подстрекавање без да се то чини у односу на неко друго лице је *contradictio in adjecto*.

С друге стране, с обзиром на то да чл. 176 ЗКП-а из 2011. године не говори ништа о помагању, могло би се закључити применом теста сразмерности да овлашћено лице таквим поступањем не чини кривично дело јер је искључена противправност.⁵⁶ Овако схваћена поменута одредба искључује иницијални допринос овлашћеног лица да дође до извршења кривичног дела. У том смислу, треба узети у обзир да радњом помагања овлашћеног лица оно не би било сматрано саучесником у извршењу кривичног дела.⁵⁷ Наиме, док у случају подстрекавања код подстрекнутог не постоји одлука за извршење дела или постоји али она није дефинитивно донета, па се ствара или учвршћује, дотле код помагања код извршиоца постоји одлука да се изврши кривично дело а помагач доприноси да се једноставније то дело изврши, што је битна разлика која оправдава одређење законодавца да с једне стране забрани овлашћеном лицу да подстрекава на извршење кривичног дела а да с друге стране не забрани предузимање радњи помагања. Међутим, може представљати

⁵³ Зоран Стојановић, *Кривично право општи део*, Правна књига, Београд 2017, 263.

⁵⁴ Игор Вуковић, „Подстрекавање и јавно позивање на вршење кривичног дела“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 3/2016, 315–316.

⁵⁵ М. Шкулић (2013), 63.

⁵⁶ Г. Илић, *et al.*, 432.

⁵⁷ Г. Илић, М. Матић Бошковић, 13.

проблем то што у пракси понекад није лако разликовати психичко помагање од подстрекавања. Основни критеријум се своди на утицај одређених радњи саучесника у односу на вољу извршиоца. Уколико су те радње утицале на стварање воље код извршиоца да изврши кривично дело, или су ту вољу учвршћивале, а при том је саучесник поступао с умишљајем, постојаће подстрекавање. Ако је код извршиоца већ постојала чврста воља у правцу извршења дела, онда се не може радити о подстрекавању, већ само о психичком помагању, које ипак има одређени утицај у правцу учвршћења воље код извршиоца, али не на доминантан начин какав постоји када се ради о подстрекавању.⁵⁸

5. ДОКАЗНА ВРЕДНОСТ ИСКАЗА ОВЛАШЋЕНОГ ЛИЦА КАО СВЕДОКА

У оквиру основних одредаба о посебним доказним радњама ЗКП из 2011. године прописује у чл. 163, ст. 3 да ако је при њиховом предузимању поступљено супротно одредбама тог законика или наредби органа поступка, на прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука. С друге стране, није прописано каква је доказна вредност исказа овлашћеног лица када се испитује као сведок. Другим речима, отворено питање јесте да ли се судска пресуда може или не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу овлашћеног лица, како је то изричито прописано код прикривеног иследника као посебне доказне радње. Чини се да у овом случају треба применити аналогију са одредбом 187, ст. 3 ЗКП-а из 2011. године и заузети став да није могуће да се судска пресуда заснива само на исказу овлашћеног лица већ да мора бити поткрепљена и другим доказима. Ипак, ради избегавања правне несигурности најбоље би било да се ова правна празнина исправи тако што би се законски изричито инкорпорисала таква забрана и у односу на исказ овлашћеног лица као сведока. Ово стога што уколико се појави сумња у правну ваљаност прикупљених материјала применом симулованих послова па то буде разлог за позивање овлашћеног лица као сведока у кривичном поступку, мало је реално да ће он потврдити аномалије приликом прикупљања доказа. Стога, у одсуству чврстих доказа о томе да је при предузимању симулованих послова поступљено супротно одредбама ЗКП-а из 2011. године или наредби органа поступка, излаз треба тражити у изричитој законској норми да се судска одлука

⁵⁸ Милан Шкулић, „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *Наука–безбедност–полиција*, Полицијска академија, Београд, 3/2014, 9.

не може заснивати само на исказу овлашћеног лица. Ово је од посебне важности у случајевима када се у улози овлашћеног лица за предузимање симулованих радњи налази прикривени иследник.

У прилог наведеном ставу јесте мишљење Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд) који је у предмету Грба против Хрватске из 2008. године нашао да је постојала повреда чл.6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) те да је поступцима пред домаћим судовима повређено право на правично суђење.⁵⁹ Наиме, у овом предмету, подносилац представке је осуђен због кривичног дела фалсификовање новца с обзиром на то да је фалсификоване новчанице продао прикривеним иследницима. Међутим, подносилац представке се изјаснио да није крив за продају фалсификованих новчаница јер је сматрао да је подстрекнут на то од стране прикривених иследника. У току поступка је на основу увида у аудио снимке телефонских разговора утврђено да је постојала комуникација између прикривених иследника и подносиоца представке а сврха комуникације била је организовање састанка како би се извршила симулована куповина. Ниједан доказ није сугерисао да су прикривени иследници подстицали подносиоца представке да изврши кривично дело у смислу да су му понудили неку награду или му нудили поклоне или тсл. Даље, чињеница да је прикривени иследник прво контактирао оптуженог а да му није рекао разлог за контакт не може се сматрати радњом подстрекавања, већ је то била тактичка акција усмерена на заснивање поверења код осумњиченог за продају фалсификованих новчаница. Коначно и Врховни суд Хрватске је констатовао да у радњама прикривених иследника није постојало подстрекавање.

Прво питање које је Суд разматрао је да ли су прикривени иследници остали у границама „суштинског пасивног понашања“ или су их превазишли, поступајући као агенти провокатори. Суд је заузео став да не сматра да је контакт и састанак између подносиоца представке и прикривеног иследника представљао подстрек подносиоцу представке да прода фалсификоване новчанице, с обзиром на то да је подносилац представке вољно дао прикривеном иследнику новчаницу од 100 евра што указује да нису постојале индиције да је понашање полиције одлучујући фактор у извршењу кривичног дела. Суд напомиње да нису постојали конкретни докази о томе ко је, након првог састанка, преузео иницијативу у организовању даљих састанака између подносиоца представке и прикривених агената. Даље, Суд напомиње да истражни судија није адекватно надгледао захтев полиције за проширењем трајања симуловане куповине тражећи

⁵⁹ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003.

документацију, снимке и друге податке који би оправдали тврдњу полиције да је потребан додатни тајни рад на идентификацији и хапшењу оних који су укључени у фалсификовање новчаница. Такође је индикативно у овом контексту да подносилац представке није оптужен или осуђен за продају фалсификованих новчаница било коме осим прикривеним иследницима.

С друге стране, у контексту доказне вредности исказа овлашћеног лица као сведока, Суд је истакао да је било неопходно испитати и друге сведоке који би могли дати исказ о постојању подстрекавања и који би унакрсно били испитани од стране одбране. Стога, Суд закључује да домаћи судови нису испунили своју обавезу да ефикасно испитају поднесак подносиоца представке у вези са вишеструким илегалним трансакцијама фалсификованих новчаница, како се захтева на основу чл. 6, ст. 1 Конвенције. Коначно, то не значи да је окривљени у конкретном случају погрешно осуђен за продају фалсификованих новчаница, већ да домаћи судови нису успели утврдити да ли је његовим учешћем у накнадним илегалним трансакцијама продужен обим његове криминалне делатности као резултат неправилног понашања органа власти.⁶⁰ У сваком случају може се закључити, да би суђење било правично, у смислу чл. 6 Конвенције, потребно је да расположиви докази искључују постојање подстрекавања, а не само исказ овлашћеног лица. Дакле, у одсуству других доказа, задатак судских власти је да испитају чињенице случаја и да предузму неопходне кораке ради утврђивања истине да ли је било подстрекавања или не.⁶¹

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Иако се на први поглед чини да нема потребе за неким суштинским изменама и допунама законског решења у погледу симулованих послова као посебне доказне радње дубља анализа је показала да ипак постоји простор за давање предлога *de lege ferenda* карактера. У том смислу, најпре, почевши од неадекватног и, у смислу кривичног процесног права, логички погрешног термина симуловани *послови*, назив ове посебне доказне радње треба променити у *симуловане радње*. Наиме, анализа спроведена у овом раду показала је да постоји више од једног оправданог разлога за овакав предлог. Прво, назив симуловани послови уноси забуну свима који тумаче ову по-

⁶⁰ ECHR Case of Grba Vs Croatia, Application No. 47074/12.

⁶¹ Toon Moonen, „Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *International Law Review Online Companion*, 9/2010, 133.

себну доказну радњу будући да ствара утисак да је овде реч о некаквим грађанскоправним пословима који се симулирају, при чему се заборавља да симулованост подразумева обострано постојање свести и воље две стране да под велом привидног закључења једног прикрију постојање стварно закљученог посла. Насупрот томе, када се реч о правној природи ове посебне доказне радње ту не постоји симулованост „две стране“, већ само једне, будући да када се симулује давање мита то се чини да би се доказало кривично дело примања мита, што наравно важи и у обрнутом смеру. Друго, у прилог томе да не постоји никакав посао сведочи и то да не постоји сагласна изјава воља о битним елементима уговора, како се то схвата у грађанском праву, већ радња симулованог давања или примања мита ради откривања и доказивања комплементарног кривичног дела, што значи да се путем симулованог извршења једног од њих открива и доказује друго, будући да дело које се симулује, због непостојања противправности, не представља кривично дело. Коначно, и сам законодавац у чл. 176, ст. 2 ЗКП-а прецизира да је овде реч о предузимању *радње* од стране овлашћеног лица а не посла.

Затим, у контексту предложеног назива ове посебне доказне радње потребно је и назив саме наредбе променити у *наредбу о предузимању симулованих радњи*. С тим у вези, када је реч о кругу радњи које у оквиру наредбе о предузимању симулованих радњи суд у одговарајућем функционалном облику (судија за претходни поступак) може да одреди требало би преиспитати *de lege lata* законско решење које предвиђа две могућности: 1) симулована куповина, продаја или пружање пословних услуга, односно 2) симуловано давање или примање мита. У погледу симуловане куповине и продаје будући да се ту мисли на пре свега трговину дрогама, оружјем и људима, односно кријумчарење робе и људи и њима сродна кривична дела, ради сигурности је корисно прецизирати да је ту реч о симулованим радњама куповине или продаје предмета односно лица. Даље, имајући у виду да у складу са рестриктивним схватањем, пружање симулованих пословних услуга подразумева симуловано примање и давање мита дакле радње које су већ законски издвојене чини се да би најбоље решење било оно које би подразумевало изостављање ове одреднице. У том смислу, замену би требало тражити у радњама симуловане регистрације правних лица или коришћења постојећих правних лица ради прикупљања података. На тај начин не само да би се одустало од спорне формулације пословне услуге која као и одредница правни послови доводи до стварања забуне у примени, већ би предложеном изменом појам симулованих услуга обухватао управо оне радње које одговарају његовој суштини. Дакле, *de lege ferenda* треба да се прецизира да под обим симулова-

них радњи спадају радње: 1) *симуловане куповине и продаје предмета и/или лица*, односно 2) *симуловано давање или примање мита* и 3) *симуловане регистрације правних лица или коришћења постојећих правних лица ради прикупљања података потребних за кривично гоњење, односно откривање и доказивање кривичних дела у односу на која се примењују симуловани послови.*

Такође, када је реч о кругу лица која су овлашћена за извршавање посебне доказне радње симуловани послови, одредницу *друго овлашћено лице* треба тумачити тако да се она не односи на неког субјекта из државних органа који су експлицитно наведени: полиција, Безбедносно-информативна агенција или Војнобезбедносна агенција. Напротив, ту одредницу треба тумачити екстензивно и схватити да под њу потпада свако лице које на спровођење симулованих радњи овласти судија за претходни поступак. У том смислу, друго овлашћено лице може бити примера ради страни држављанин припадник полицијских или безбедносних служби, али и сваки домаћи држављанин који не поседује статус овлашћеног лица полиције, односно безбедносних агенција. Једини услов јесте да коначну одлуку о одређивању конкретног „другог лица“ има судија за претходни поступак. Дакле, ради избегавања различитих тумачења, а све с циљем тежње за постизањем правне сигурности у примени, постојећи чл. 176, ст. 1 ЗКП-а који се тиче субјеката који су овлашћени да извршавају симуловане радње треба допунити тако да он гласи: *наредбу о спровођењу симулованих радњи извршава, по правилу, овлашћено лице полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго овлашћено лице које на предлог јавног тужиоца, а по пријему обавештења од органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, одреди судија за претходни поступак.*

Иако је *ratio legis* одредбе која се тиче забране подстрекавања на извршење кривичног дела јасан, будући да се њоме жели избећи било каква могућност ангажовања агента провокатора, може се приметити да чл. 176, ст. 3 није с легислативно техничке стране адекватно формулисан, с обзиром на то да садржи извесне контрадикторности, а обилује и прописивањем ноторних чињеница, због чега је неопходно ову норму ослободити непотребних вишкова обликујући је на начин да може да оствари пуну и адекватну примену у пракси. У том смислу, најпре треба из одредбе чл. 176, ст. 3 ЗКП-а изоставити одредницу да је подстрекавање кажњиво јер ако се каже да је радња подстрекавања забрањена онда је сасвим јасно да се за њу кажњава, а тим пре то произлази и из опште одредбе КЗ, чл. 34. Додатно, законодавац иде корак даље и непотребно наглашава да је забрањено

подстрекавати *другог*. Овде се можемо запитати да ли то постоји нека врста подстрекавања *самог себе* коју домаћа али и упоредна кривичноправна теорија још увек не препознаје или је формулација забрањено је подстрекавање другог из чл. 176, ст. 3 ЗКП-а преузета из КЗ који се у чл. 34 служи речима *ко другог с умишљајем подстрекне*. Иако се може наћи оправдање због чега је у КЗ као *lex generalis* употребљена формулација ко другог, будући да се тиме желело да се направи разлика између подстрекача који предузима радње навођења и подстрекнутог као другог лица код кога се ствара или учвршћује одлука у вези са извршењем кривичног дела, чини се да је сувишно то наглашавати у ЗКП-у. Из свега наведеног одредба 176, став 3 ЗКП-а која је била предмет разматрања након предложених измена треба да гласи: *забрањено је да овлашћено лице за спровођење симулованих радњи подстрекава на извршење кривичног дела*.

Коначно, имајући у виду непроцењив значај предузимања симулованих радњи у откривању и доказивању кривичних дела организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела неопходно је *de lege ferenda* изменити и допунити законска правила која се односе на ову посебну доказну радњу у складу с предложеним решењима изнетим у овом раду јер не треба заборавити да правилна примена закона зависи пре свега од квалитета и прецизности законског текста. Поред тога, будући да реактивно поступање надлежних органа у борби против кривичних дела организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела не пружа гаранције за њихово делотворно сузбијање, ради шире примене ове посебне доказне радње у пракси, задатак полиције и јавних тужилаштава треба да буде унапређење проактивног приступа.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Abadinsky, H., *Organized crime*, Belmont, USA 2012.

Бејатовић, С. *et al.*, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2013. (Bejatović, S. *et al.*, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд 2013)

Бошковић, Г., Дмитрашиновић, С., „Примена индицијалног метода у доказивању кривичних дела организованог криминалитета“, *Супротстављање савременом организованом криминалитету и тероризму* (ур. С. Мијалковић, Д. Субошић, З. Вукашиновић-Радојичић), Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2011. (Bošković, G., Dmitrašinović, S., „Primena indicijalnog metoda u dokazivanju krivičnih dela organizovanog kriminaliteta“,

- Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalitetu i terorizmu* (ur. S. Mijalković, D. Subošić, Z. Vukašinović-Radojičić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2011)
- Бошковић, М., *Криминалистичка методика 1*, Полицијска академија, Београд 1998. (Bošković, M., *Kriminalistička metodika 1*, Policijska akademija, Beograd 1998)
- Бошковић, М., *Криминалистичка методика 2*, Полицијска академија, Београд 2000. (Bošković, M., *Kriminalistička metodika 2*, Policijska akademija, Beograd 2000)
- Глушчић, С., „Посебне доказне радње“, *Полиција и сигурност* 3/2012. (Gluščić, S., „Posebne dokazne radnje“, *Policija i sigurnost* 3/2012)
- Илић, Г., Бошковић, М. М., *Посебне доказне радње у одлукама Врховног касационог суда и Европског суда за људска права*, Београд 2015. (Ilić, G., Bošković, M. M., *Posebne dokazne radnje u odlukama Vrhovnog kasacionog suda i Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2015)
- Илић, Г., „Доказна вредност провоцираних кривичних дела у судској пракси“, *Билтен Окружног суда у Београду* 68/2005 (Ilić, G., „Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu* 68/2005).
- Илић, Г., „Кривичнопроцесни аспекти корупције“, *Корупција основни појмови и механизми за борбу* (ур. Горан Илић), Београд 2007. (Ilić, G., „Krivičnoprocesni aspekti korupcije“, *Korupcija osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu* (ur. Goran Ilić), Beograd 2007)
- Илић, Г., *et al.*, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, 2013. (Ilić, G., *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, 2013)
- Joh E. E., „Breaking the law to enforce it: undercover police participation in crime“, *Stanford Law Review* 1/2009.
- Маринковић, Д., „Прикривене операције навођења на кривично дело“, *Наука–безбедност–полиција*, Полицијска академија, Београд, бр. 2–3, 2004. (Marinković, D., „Prikrivene operacije navođenja na krivično delo“, *Nauka–bezbednost–policija*, Policijska akademija, Beograd, br. 2–3, 2004)
- Маринковић, Д., „Теоријски и практични аспекти провокације на кривично дело“, *Безбедност* 2/2005. (Marinković, D., „Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo“, *Bezbednost* 2/2005)
- Маринковић, Д., „Информатори као криминалистичко-тактички институт“, *Безбедност* 3/2007. (Marinković, D., „Informatori kao kriminalističko-taktički institut“, *Bezbednost* 3/2007)

- Маринковић, Д., *Сузбијање организованог криминала: специјалне истражне методе*, Прометеј, Нови Сад, 2010. (Marinković, D., *Suzbijanje organizovanog kriminala: specijalne istražne metode*, Prometej, Novi Sad, 2010)
- Marinkovic, D., Boskovic, G., „Criminal investigation of corruption and bribery cases“, *International Scientific Conference Archibald Reiss Days* (ed. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015.
- Moonen, T., „Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *International Law Review Online Companion* 9/2010.
- Нинчић, Ж., „Специјалне истражне методе – одговор савременом криминалу“, *Супротстављање савременим облицима криминалитета* (ур. Драгана Коларић), Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2015. (Ninčić, Ž., „Specijalne istražne metode – odgovor savremenom kriminalu“, *Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta* (ur. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015)
- Нинчић, Ж., Симуловани послови као специјална истражна метода и део савременог концепта супротстављања криминалу (ур. Биљана Симеуновић Патић), *Полиција и правосудни органи као гаранти слободе и безбедности у правној држави*, Тара 2017 (Ninčić, Ž., Simulovani poslovi kao specijalna istražna metoda i deo savremenog koncepta suprotstavljanja kriminalu (ur. Biljana Simeunović Patic), *Policijska i pravosudni organi kao garantii slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, Tara 2017)
- Shafer, J., Sheridan, J.W., „The Defence of Entrapment“, *Osgoode hall law journal* 2/1970.
- Симоновић, Б., „Основи сумње у предистражном и истражном поступку“, *Ревија за криминологију и кривично право* 2–3/2011. (Simonović, B., „Osнови sumnje u predistražnom i istražnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično право* 2–3/2011)
- Stariene, L., „The Limits Of The Use Of Undercover Agents And The Right To A Fair Trial Under Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights“, *Jurisprudence* 3/2009.
- Стојановић, З., *Кривично право општи део*, Правна књига, Београд 2017. (Stojanović, Z., *Krivično право opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2017)
- Шкулић, М., „Посебне доказне радње у новом Законик у кривичном поступку“, *Ревија за безбедност* 7/2008. (Škulić, M., „Posebne dokazne radnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku“, *Revija za bezbednost* 7/2008)

- Шкулић, М., „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета“, *Ревуја за безбедност* 10/2008. (Škulić, М., „Основна феноменолошка обележја организованог криминалитета“, *Ревуја за безбедност* 10/2008)
- Шкулић, М., „Посебне доказне радње као метод сузбијања организованог криминалитета“ (ур. Миле Матијевић), *Корупција и прање новца (узроци, откривање и превенција)*, Сарајево 2009. (Škulić, М., „Посебне доказне радње као метод сузбијања организованог криминалитета“ (ур. Миле Матијевић), *Корупција и прање новца (узроци, откривање и превенција)*, Сарајево 2009).
- Шкулић, М., „Специјалне истражне технике у функцији сузбијања организованог криминалитета“, *Друштвени аспекти организованог криминала* (ур. Александар Фатић, Божидар Бановић), Београд 2011. (Škulić, М., „Специјалне истражне технике у функцији сузбијања организованог криминалитета“, *Друштвени аспекти организованог криминала* (ур. Александар Фатић, Вождар Бановић), Београд 2011)
- Шкулић, М., *Основне новине у кривичноправном процесном праву Србије*, Правни факултет Универзитета, Београд 2013. (Škulić, М., *Основне новине у кривичноправном процесном праву Србије*, Правни факултет Универзитета, Београд 2013)
- Шкулић, М., „Основни криминалистички и неки кривичноправно/кривичнопроцесни аспекти ангажовања прикривеног иследника“, *Казнена реакција у Србији IV део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд 2014. (Škulić, М., „Основни криминалистички и неки кривичноправно/кривичнопроцесни аспекти ангажовања прикривеног иследника“, *Казнена реакција у Србији IV део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд 2014)
- Шкулић, М., „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *Наука–безбедност–полиција*, Полицијска академија, Београд, 3/2014. (Škulić, М., „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *Наука–безбедност–полиција*, Полицијска академија, Београд, 3/2014)
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Škulić, М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015)
- Шкулић, М., *Организовани криминалитет*, Службени гласник, Београд 2015. (Škulić, М., *Организовани криминалитет*, Службени гласник, Београд 2015)
- Васиљевић, Т., Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2011. (Vasiljević, Т., Grubač, М.,

Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Službeni glasnik, Beograd 2011)

Vervaele, A. E. J., „Special procedural measures and the protection of human rights“, *Utrecht Law Review*, 2/2009.

Вуковић, И., „Подстрекавање и јавно позивање на вршење кривичног дела“, *Ревија за криминологију и кривично право* 3/2016. (Vuković, I., „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela“, *Revija za kriminologiju i krivično право* 3/2016)

Nikola Paunović, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

SIMULATED DEALS AS A SPECIAL EVIDENTIARY ACTION IN THE SERBIAN LAW OF CRIMINAL PROCEDURE – LEGAL SOLUTION AND SOME CONTROVERSIAL ISSUES

Summary

Starting from the covert manifestation of organized crime offenses, the subject of analysis was special evidentiary action – simulated deals. The author, firstly, deals with the terminological inappropriateness of this term which creates confusion in applying, bearing in mind that concerning simulated deals is not a matter of deals in terms of civil law. Furthermore, the conditions for carrying out the simulated deal are considered, with a review of the special basis for the exclusion of the unlawfulness of the authorized person. Particular attention has been paid to delineation between provocation and the prohibition for an authorized person to incite another to commit a criminal offense. Finally, the probative value of the testimony of an authorized person as a witness is analyzed summarily. The author concludes that there is a space for making proposals *de lege ferenda* with the aim of the normative adjustment of simulated deals to its *ratio legis*.

Key words: *Simulated deals. – Simulated acts. – Special evidentiary actions. – Provocation. – Instigation.*

Article history:

Received: 29. 5. 2018.

Accepted: 10. 9. 2018.

Мр Хамдија Шаркиновић*

УСТАВНОСУДСКИ АКТИВИЗАМ У ЦРНОЈ ГОРИ

У раду се анализира однос права и политика с циљем да се одговори на два питања: да ли судови крше начело диобе власти и својим одлукама прелазе у политичку сферу те колики је степен развијености судског активизма у Црној Гори.

Судски активизам настаје када судови поред пресуђивања правних спорова имају за циљ стварање политике. У раду се указује на важност судског активизма ради подизања правне сигурности, пажећи да се законодавна активност парламента превише не сужава и не ограничава, на питање да ли је судски активизам у Црној Гори развијен и на важност уставних судова у остваривању начела уставности, законитости и владавине права, као највиших вриједности уставног поретка у либерално-демократским државама.

Кључне ријечи: Диоба власти. – Судски активизам. – Уставно судство. – Врховни суд Сједињених Америчких Држава. – Уставни суд Црне Горе.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Расправа о судском активизму једна је од најзанимљивијих тема савремене уставноправне теорије и праксе. Ријеч је о проблему који се тиче компликованог односа између права и политике, уставног права и расправе о диоби власти, односа судске према законодавној и извршној власти, судија и судског процеса и начина њиховог одлучивања.

* Аутор је судија Уставног суда Црне Горе и студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, hamdija.sarkinovic@ustavnisud.me.

Зачетке судског активизма налазимо и прије писаних устава, чак у античко доба¹. У римском праву зачетке активизма налазимо у раду претора, чија дјелатност представља један од значајних дјелова римске правне историје. Кроз своју правосудну дјелатност претор је уводио нове правне установе, потискивао из примјене застарјеле и на тај начин директно утицао на развој римског правног поретка, стварајући притом једну врсту експерименталног законодавства у којему су добра правила „преживљавала“, а лоша мијењана или напуштана у складу с начелом правичности.²

Питања уставносудског активизма, границе до које су судије уставног суда спремне да иду у сукобу с политиком представља предмет вишедеценијског проучавања. Правни теоретичари су написали много о судском активизму у XX вијеку³, а из тих расправа може се закључити како овај термин има више значења. Једно од њих тиче се односа између законодавца и уставног суда у вези с питањем може ли уставни суд у вршењу својих надлежности задрати у изворни дјелокруг законодавца, односно може ли се његова улога тзв. негативног законодавца, коју прати начело судског самоограничавања, трансформисати у улогу тзв. позитивног законодавца, коју прати судски активизам. Афирмација судског надзора у САД омогућила је дефиницију судског активизма која се фокусира на однос између судског надзора и тумачења устава⁴, па се може закључити да је „опис судског понашања у појмовима активизам против ограничења такође амерички изум“.⁵

Судски активизам настаје онда кад се судови више не брину само за пресуђивање правних спорова, већ им је циљ стварање друштвене политике, чиме захватају много више људи него у рјешавању појединачног случаја. Судски активизам настао је у САД, одакле је прешао националне границе и није без интереса ни у Црној Гори.

Појам уставног судства повезан је са појмом уставне владавине и устава као највишег правног акта из којег произилазе све правне норме и у којем оне налазе своје утемељење, који је уједно и политички документ којим се ствара („устављује“) држава те основно и врховно мјерило политике и права. Он ограничава поли-

¹ Mauro Cappelletti, William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis – New York 1979, 5–6.

² Arnold McNair, William W. Buckland, *Roman Law and Common Law*, Cambridge 1965, 3–4.

³ Kinan Kmiec, „The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’“, *California Law Review* 92/ 2004.

⁴ Christopher Wolfe, *Judicial activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Oxford 1997, 1.

⁵ Tim Koopmans, *Court and political institution*, Cambridge 2003, 51.

тику остављајући јој критеријуме које мора да поштује и ствара институцију уставног суда који примарно оцјењује сагласност закона с уставом, чиме уставотворац једном независном тијелу даје велика овлашћења. У посљедњих пет година у Црној Гори судска власт, а посебно Уставни суд, повратила је кредибилитет и дигнитет, један од најпрестижнијих задатака развоја Црне Горе као истинске уставнодемократске државе, у којој ће се неминовно с развојем самосвијести судства јавити и судски активизам, а у оквиру њега уставносудски активизам у позитивном и компаративном значењу, упоредив са појмом који већ постоји у савременим уставним демократијама.

Радам се настоји истакнути важност судског активизма за подизање правне сигурности, чињеница да је судски активизам у Црној Гори веома млад и неразвијен те важност уставних судова у остваривању начела уставности, законитости и владавине права као највиших уставних и филозофских идеала либерално-демократске државе.

2. ПОЈАМ УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Судије које вјерују да је легитимно својим одлукама формирати социјалну политику зову се у упоредном (уставном) праву судским активистима (*judicial activists*), њихове колеге који пак сматрају да је задатак судова примјена законских и других прописа на одређене случајеве познате су као заговорници судског ограничења (*judicial restraint*).⁶

Јован Ђорђевић наглашава да „суд не ствара ‘слободно право’, али је слободан у стварању права ако је оно акт дешифровања стварних односа и сукобу према нормама устава и закона”⁷, а Ратко Марковић наводи: „Суд је тај који у последњем степену утврђује значење (смисао) устава.”⁸ Драган Стојановић апострофира да Уставни суд „послије одређеног колебања напушта доктрину ригидне уздржљивости, тражећи ослонац за властити судски активизам у интерпретационим фигурама Суда у Стразбуру”⁹, а да се „судија

⁶ Арсен Бачић, „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95, 94.

⁷ Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1967, 661.

⁸ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд 1995, 641.

⁹ Драган Стојановић, „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 72/ 2016, 44.

мора самоограничити (*judicial selfrestraint*) и пазити да остане у границама своје правне улоге“.¹⁰

Бранко Смердел сматра да *credo* судског активизма гласи: „Ако у закону постоји правна празнина, уставни судци су је дужни попунити правним схваћањем утемељеним на њиховом разумијевању уставних одредби и начела.“ Телеолошка метода, као најважнија метода интерпретације, омогућава сваком службенику који примјењује закон, па и сваком оном на кога се закон односи, да објективно и у цјелости процијени усклађеност и унутарњу кохерентност законских текстова и очекује социјалне учинке.¹¹ *Петар Бачић* дефинише судски активизам као дио историјски условљене појаве посебног приступа реализацији политичких и правних односа савремене државе и друштва да се судски активизам понекад описује као судско законодавство (*legislation by justices*) којима судије „остварују политичке резултате компатибилне са особним социјалним приоритетима“.¹²

Најшире постављено, судски активизам представља по *Кинану Кмиецу* (*Kinan Kmiec*) сваку прилику гдје суд интервенише и укине закон који је прописно донесен и ступио на снагу¹³, док по *Кристоферу Волфу* (*Cristopher Wolf*) судски активизам је „судско обнашање законодавних овлашћења у уставним предметима“, при чему разликује традиционални од модерног начина судског надзора. Традиционални судски надзор ограничава се на једноставно остваривање разумљивих наредби Устава и представља позицију судског ограничења, док се модерни судски надзор заснива на судском законодавству, тј. активности коју омогућавају празнине које остају у широким и општим одредбама Устава – то је позиција судског активизма.¹⁴ *Арон Барак* (*Aharon Barak*) сматра да се судским активизмом постиже права равнотежа између конфликтних друштвених вриједности (као што су индивидуална права у односу на потребе колектива, слободе једне особе у односу на слободу друге, ауторитет једне гране власти против ауторитета друге)¹⁵. *Роналд Дворкин* (*Ronald Dworkin*) сматра да постоје двије филозофије о томе како судови треба да рјешавају компликована или спорна уставна питања, и то „програм судијског активизма“ и „програм судијске уздржљивости“. Према програму судијског активизма судови треба да прихвате упутства такозваних

¹⁰ *Ibid.*, 18.

¹¹ Бранко Смердел, *Уставно уређење еуропске Хрватске*, Загреб 2013, 90.

¹² Петар Бачић, *Конституционализам и судски активизам*, Свеучилишна књижница, Сплит 2010, 27.

¹³ К. Кмиец, 146.

¹⁴ Ch. Wolfe, 30.

¹⁵ Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton University Press, Princeton – Oxford, 2006, 271.

неодређених уставних одредби, да развију принципе законитости и једнакости, као и остале принципе, да их усавршавају с времена на вријеме у складу с оним што изгледа као свјежи морални увид Суда, и да у складу с тим оцјењују акте Конгреса, федералних јединица и предсједника САД.¹⁶

Судски активизам још није одређен општеприхваћеном дефиницијом. За неке ауторе сама расправа о теми судски активизам је „мит“ (*Roosevelt III K*), док је „за друге она уграђена у саме темеље уставне револуције у појединим земљама“ (*Balkin J. M., Levinson S.*), за треће представља срж судбене методе *common law* (*Kirby M.*), за четврте израз креативне улоге судског законодавства (*MacCormick N.*), а „за неке тек обично развлачење палубних лежальки на Титанику (*Hammond K.J.*)“¹⁷

Но, и ако нема општеприхваћене дефиниције уставносудског активизма, он егзистира и примјењује се у великом броју држава у уставносудским поступцима чији су носиоци судије и судови. Сваки пут када се судије уставних судова издигну изнад крутих правних квалификација са жељом да активније утичу на политички живот – говоримо у судском активизму. Активизам суда мјери се ступњем његове власти коју он врши над грађанима, легислатуром и управом.¹⁸

3. НАСТАНАК УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Судски активизам настао је у САД дјеловањем судија Врховног суда, који стварају право више од двјеста година, и одавно је прешао границе и проширио се на судове других земаља. Концепт америчког активизма почива на „вишем праву“, полазећи од тога да треба избјегавати легалистички позитивизам. Доктрина судске контроле (*judicial review*) бави се питањем настанка једне од најзначајнијих доктрина Врховног суда САД, а односи се на овлашћење суда које није предвиђено текстом Устава из 1787. године као ни Законом о судству из 1789. године, којим је формиран овај суд, који је осигурао кључну улогу у обликовању права и друштва и постао аутентични тумач Устава. Најбољи примјер за то је случај Дред Скот против Сенфорда (*Dread Scott vs. Sanford*) у којем је Врховни суд САД успоставио националну политику ширења ропства на сва подручја према Западу, без обзира на жеље територијалних легислатура, Конгреса и предсједника САД. За

¹⁶ Роналд Дворкин, *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица 2001, 178.

¹⁷ П. Бачић, 104.

¹⁸ А. Бачић, 106.

вријеме „прогресивне ере“ судови су успоставили политику слободног тржишта и забранили покушаје државе и федералних легислатура да ограниче слободу уговарања путем минималне наднице, максималног радног времена и забране дјечијег рада.¹⁹

У овом дијелу рада судски активизам излажемо на конкретним примјерима из уставноправне праксе Врховног суда САД, будући да је уставно судство ондје и рођено, а уставно право се огледа кроз призму пресуда Врховног суда, преко којих он одаје право значење Уставу САД. За разматрање судског активизма, у анализу смо узели пресуде из случаја Вилијам Марбури против Џејмса Медисона (*Marbury vs. Madison*) и Џорџа Буша против Алена Гора (*Bush vs. Gore*). Обје пресуде су карактеристичне јер показују све добре и лоше стране судског активизма.

Случај *Marbury vs. Madison*²⁰ је „устав уставног судства“. На предсједничким изборима 1800. године победио је Томас Џеферсон (*Thomas Jefferson*), представник републиканске струје федералистичког предсједника Џона Адамса (*John Adams*), и требао да ступи на функцију 4. марта 1801. године. Претходно је Џон Адамс за предсједника Врховног суда предложио Џона Маршала (*John Marshall*), који је ступио на дужност 4. фебруара као четврти предсједник Врховног суда, али је уједно задржао функцију државног секретара до истека мандата Џона Адамса. Конгрес је у фебруару федералистичком већином прихватио тзв. *Circuit Court Act*, којим се удвостручио број федералних судија, и *Organic Act*, којим је именовано 42 судије у пензији (*justices of the peace*) у Дистрикту Колумбија. Читав процес именовања судија завршен је 3. марта, дан прије ступања на дужност Томаса Џеферсона. Одлуке о именовању потписао је Џон Адамс, а запечатио Џон Маршал. Другог дана по ступању на дужност Џеферсон је, с обзиром на то да Марбурију и још неколицини судија нијесу биле уручене одлуке о именовању, наредио државном секретару Џејмсу Медисону (*James Madison*) да стопира њихову испоруку. Они су пак од Врховног суда затражили издавање *writ of mandamus* како би присилили Медисона да им достави одлуке. Док је случај чекао рјешавање у Врховном суду, нови Конгрес са републиканском већином настојао је поништити Адамсова именовања и донио *Закон о опозиву Circuit Court Acta* донесеног 1802. године.

Значај случаја *Marbury vs. Madison* је у томе што је Врховни суд својом одлуком први пут прогласио један акт Конгреса неуставним и наредио државном секретару обављање дужности на коју га

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Jesse Choper *et al.*, *Constitutional law: Cases – Comments and questions*, Minnesota 2016, 1–8.

је обавезало законодавно тијело. Врховни суд је одлучио да Вилијам Марбури има законско право на именовање те да је *mandamus*²¹ према државном секретару одговарајуће средство, а уједно и мјера којом би Суд разграничио своју дужност да истражује одређене радње извршне власти. Врховни суд је на себе преузео право да игра активнију политичку улогу у америчком политичком систему и од тога случаја до данас уставно судство постаће саморазумљиви елемент сваке државе, а по Џону Маршалу, предсједнику Врховног суда (Chief Justice) који је написао мишљење, доктрина уставног судства по којој суд има право укинути закон уколико је несагласан с уставом зове се Маршалова доктрина.

Једна од најконтроверзнијих одлука Врховног суда САД у историји америчког федерализма је пресуда у случају Буш против Гора (*Bush vs. Gore*)²², када је након спроведених предсједничких избора у САД 2000. године, Ал Гор је оспорио изборе, па је Врховни суд Флориде уважио његове захтјеве и наредио поновно ручно пребројавање гласова у четири изборна округа али је Врховни суд САД зауставио ручно пребројавање гласова и укинуо пресуду Врховног суда Флориде и *de facto* поклонио побједу Џорџу Бушу.

Европске државе су дуго биле против било каквог надзора уставности закона донесених од стране изабраних законодавних тијела, а још више против тога да тај надзор буде у рукама судског апарата, па неке и данас забрањују било какву контролу уставности од стране судова (Холандија, Луксембург). Први прави европски уставни суд основан је 1920. године у Аустрији, а идејни творац био му је истакнути аустријски правник Ханс Келзен (*Hans Kelsen*)²³, по којем се европски модел уставног судства назива и келзеновски, иако су се у XIX вијеку за успостављање уставног суда залагали Георг Јелинек (*Georg Jellinek*) и Адолф Меркл (*Adolf Merkel*). Уставом Аустрије из 1920. године, који је писао Келзен, основан је Уставни суд, што је у Европи био револуционаран потез. Надзор уставности закона донесених од стране парламента повјерен је Уставном суду, јер је један од главних разлога његовог оснивања било федерално уређење тадашње Аустрије, а према мишљењу Келзена, Уставни суд је био неопходан за очување таквога устројства.²⁴

²¹ *Writ of mandmanus* је у америчком праву ванредни судски налог којим суд захтијева обавезно извршавање радње која се законски сматра обавезном и користи се само када се сва правна средства покажу неефикасна и недјелотворна.

²² Роберт Подолњак, „Амерички Врховни суд као политичка институција: *Bush vs. Gore*“, *Правни вјесник* 1–2/2003, 285–324.

²³ Давор Крапац, *Поступак пред Уставним судом Републике Хрватске*, Загреб 2014, 9.

²⁴ Tim Öhlinger, „The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation“, *Ratio Juris* 2/2003, 16.

Преломна одлука уставносудског активизма Савезног уставног суда Њемачке јесте одлука из 1951. године која је уз „активизам“ поставила групу стандардних самоограничења суду која је битна за све будуће изазове демократских начела. Уставни суд је суспендовао изборе у Бадену, Вуртенберг-Бадену (*Wurtemberg-Baden*) и Вуртенберг-Хоенцолерну (*Wurtemberg-Hohenzollern*) због неуставности посебних права која Устав додјељује савезној влади. Ова одлука је успоставила принцип по коме је цјелина Устава супериорнија од било којег његовог посебног дијела, по томе што идентификује хијерархију уставних чланова, дефинише демократске процедуре и сувереност (*Lander*), и објашњава надлежност савезне државе и промјене државне структуре. Суд је дао предност принципима демократских избора који су инхерентни комплетном уставном документу и нагласио важност суверености њемачких покрајина (*Lander*). Да се уставно право мора примјењивати у грађанским и кривичним стварима, показао је случај *Lüth* из 1959. године, гдје је продуцент филма чији је режисер некад био близак нацистима оптужио Ерика Лута (*Eric Lüth*) да због тога бојкотује филм. Уставни суд је, увидјевши очит конфликт између прва два параграфа у члану 5 Темељног закона, утврдио примат слободе говора када интерферира са другим правима.

4. УСТАВНОСУДСКИ АКТИВИЗАМ УСТАВНОГ СУДА ЦРНЕ ГОРЕ

Црна Гора је прихватила Келзенов модел и слиједи германски (*њемачко-аустријски*) концепт уставног суда као „чувара“ устава и његовог заштитника као институције која јемчи његово поштовање и примјену. У Уставу се налази основа, али и обавеза, Уставног суда да код његове примјене и спровођења полази од највећих уставних вриједности уставног поретка Црне Горе као темељ за тумачење Устава као цјелине, јер је свака уставна вриједност, односно „темељна увјерења и ставови на којима почива друштво или дјелатност јавног или тајног удружења“, прожета кроз цијели његов садржај. То је уставноправна основа која доводи до активистичког приступа у пракси Уставног суда Црне Горе приликом испуњења његових надлежности. Управо због важности у уставносудском поретку, значају за његово остваривање на начелима на којима почива уставна држава,²⁵ владавина права и правна сигурност, Уставни суд је одвојен од осталих дјелова државне власти, као независан орган, јер, „као што је за остваривање правне државе потребно да управни судови судски контролирају управу, тако и за уставну државу мора јамчити посе-

²⁵ Арсен Бачић, *Хрватска и изазови конституционализма*, Сплит 2001, 78.

бан суд који надзире уставност закона“.²⁶ У демократској држави однос између парламента, који врши законодавну власт и уставног суда, који представља (уставну) судску власт, јесте однос између два значајна органа државне власти утемељен на начелу расподеле овлашћења између законодавног (односно извршног) и судског органа власти. Осим поштовања људских права и основних слобода, као и слободних демократских избора, начело подјеле овлашћења један је од значајнијих уставних елемената због којих се уставна регулатива демократске државе Црне Горе разликује од уставне регулативе федералне јединице Црне Горе у бившој заједничкој федералној држави Југославији, за коју је било карактеристично начело јединства власти.

У *Преамбули* Устава Црне Горе утврђена су одређена грађана Црне Горе да живе у држави у којој су основне вриједности слобода, мир, толеранција, поштовање људских права и слобода, мултикултуралност, демократија и владавина права, чиме је дато уставно овлашћење за еволутивно тумачење и активистичко поступање Уставног суда. Устав Црне Горе чини цјелину и у сваком његовом сегменту који се тумачи ради рјешавања појединог уставног спора нужно је тумачити и дио и цјелину и увијек их сагледавати кроз основне вриједности уставног поретка, кроз примјену еволутивне и телеолошке методе тумачења уставних вриједности, полазећи од тога шта о његовом садржају у вријеме тумачења прихватају модерна друштва, реалност спознаје и могућност њихове реализације. Уставни суд Црне Горе има право и обавезу да прати остваривање уставности и законитости и о уоченим појавама неуставности и незаконитости обавјештава Скупштину.²⁷ У прилог томе иде и став Уставног суда изражен у одлуци У– I бр.15/12 и 17/12 од 2. октобра 2012. године:

„У поступку оцјене уставности оспорених одредаба Закона, Уставни суд је пошао од свеобухватног приступа Уставу, па је одредбе о личним правима и слободама и одредбе о принципима економског и социјалног уређења државе, сагледао као јединствену цјелину, односно као једнаковриједна Уставом заштићена добра.“

Правни основ за активистичко одређивање Уставног суда Црне Горе, поред Устава, налази се у Закону о Уставном суду, који га утврђује као чувара Устава јер јемчи његово поштовање и примјену и позиционира га као уставно тијело које је независно од свих грана државне власти. Одредбама члана 149 став 1 тачка 1 и став 2 Устава прописано је да је Уставни суд надлежан да одлучује о сагласности закона с Уставом и потврђеним и објављеним међународним

²⁶ Heinrich Schoeller, "Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava", *Pravo, Zagreb* 24/2000, 243.

²⁷ Устав Црне Горе, чл. 149 ст. 3.

уговорима те о уставности прописа који је престао да важи, само ако је поступак већ покренут а нијесу отклоњене посљедице његове примјене. Надаље, Уставом је прописано да је одлука Уставног суда обавезна и извршна, да извршење одлуке Уставног суда, када је то потребно, обезбјеђује Влада (члан 152 ст. 3 и 4); да кад Уставни суд утврди да закон није у сагласности с Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима, односно да други пропис није сагласан с Уставом и законом, тај закон и други пропис престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда (члан 152 ст. 1). Законом о уставном суду прописано је да је свако дужан да поштује одлуке Уставног суда и да су ставови о одређеним питањима изражени у одлукама Уставног суда обавезујући за све државне органе, органе државне управе, органе локалне самоуправе, правна лица и друге субјекте који врше јавна овлашћења (члан 3); да су државни органи, органи државне управе, органи локалне самоуправе, односно локалне управе, правна лица и други субјекти који врше јавна овлашћења дужни да, у оквиру своје надлежности, извршавају одлуке Уставног суда и да Уставни суд у одлуци може одредити рок и начин извршења одлуке, као и орган који ју је дужан извршити (члан 52).

Одлуком У– I бр. 6/16 од 19. априла 2016. године,²⁸ која је заокупљала лаичку и стручну јавност у Црној Гори и региону, Уставни суд је укинуо одредбе члана 4 (члан 54а ст. 2, 3 и 4 и члан 54б став 2) Закона о допунама Закона о социјалној и дјечјој заштити (*Службени лист Црне Горе*, број 42/15) и утврдио да одредбе члана 4 (члан 54а став 1 и члан 54б став 1) истог Закона, које у вријеме важења нијесу биле у сагласности с Уставом, и одредио начин и вријеме извршење ове одлуке.

„...Влада Црне Горе је дужна да, у року од три мјесеца од дана објављивања ове одлуке Уставног суда у *Службеном листу Црне Горе*, Скупштини Црне Горе поднесе предлог закона за извршење ове одлуке, како би се правни статус корисника права на накнаду по основу рођења троје или више дјеце, које им је признато на основу неуставних одредаба члана 4. (чл. 54.а и 54.б) Закона о допунама Закона о социјалној и дјечијој заштити, ускладио с Уставом, сагласно правним ставовима Уставног суда, израженим у овој одлуци.“

Надаље, у одлуци У-III бр. 50/17 од 21. јун 2017. године, Уставни суд је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе, због недјелотворне истраге Основног државног тужилаштва у Подгорици, у предмету Ктн. бр. 656/15, формираном поводом догађаја од 24. октобра 2015.

²⁸ *Службени лист Црне Горе*, бр. 35/17.

године, повријеђено право из члана 28 Устава Црне Горе и члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и наложио:

„Основном државном тужилаштву у Подгорици да предузме друге одговарајуће мјере и радње, ради спровођења темељне, брзе и независне истраге, која треба да осигура идентификовање и кривично гоњење полицијских службеника Управе полиције Црне Горе – Специјалне антитерористичке јединице, за које се основано сумња да су, на штету подносиоца, извршили кривично дјело злостављање, из члана 166. а став 2. у вези става 1. Кривичног законика и да изврши одлуку Уставног суда, у року од 3 (три) мјесеца од дана објављивања у *Службеном листу Црне Горе* и да, након истека тог рока, достави извјештај Уставном суду о извршењу Одлуке.“

Индиректна овлашћења Уставног суда за еволутивно тумачење уставних одредби и одредаба конвенцијског права у вези с активистичким приступом произилазе из Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У Конвенцији нема одредаба који уређују еволутивно тумачење њеног садржаја, па самим тим и судски активизам. Она то чини индиректно: чланом 46 Конвенције о обавезности одлука Европског суда за људска права одређено је да Високе стране уговорнице преузимају обавезу да се повинују правоснажној пресуди Суда, а правоснажна пресуда Суда доставља се Комитету министара који надгледа њено извршење.²⁹

Европски суд практикује и спроводи судски активизам на основу еволутивне интерпретације, која произилази из уставноправног положаја Конвенције у хијерархијској структури правних прописа у правном систему Црне Горе, односа Уставног суда Црне Горе према одлукама Европског суда које се тичу рјешавања конкретних предмета из Црне Горе, као и односа Уставног суда Црне Горе према било којој одлуци Европског суда за људска права којом је пред њим ријешен спор из било које чланице Савјета Европе. Правни статус Конвенције у правном систему Црне Горе одређен је чланом 9 Устава Црне Горе: „Потврђени и објављени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни су дио међународног правног поретка, имају примат над домаћим законодавством и непосредно се примјењују када односе уређују другачије од унутрашњег законодавства.“ Конвенција је саставни дио правног система Црне Горе иако је међународни правни акт, у хијерархијској структури правних прописа је испод Устава Црне Горе, а изнад за-

²⁹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003 и 5/2005.

кона, чиме је добила статус „субуставног или тзв. квазиуставног акта“. Начело динамичне и еволутивне интерпретације Конвенције Европски суд је изразио у пресудама: Тајрер против Уједињеног Краљевства (*Tyrer v. United Kingdom*, 1978), Даџон против Уједињеног Краљевства (*Dudgeon v. United Kingdom*, 1981), Кристин Гудвин против Уједињеног Краљевства (*Christine Goodwin v. United Kingdom*, 2002), Џонстон и други против Ирске (*Johnston and Others v. Ireland*, 1986). Водећа пресуда око еволутивне и динамичке интерпретације, односно ограничења судског активизма у пракси Европског суда јесте случај Шалк и Копф против Аустрије – право хомосексуалаца на брак (*Schalk i Kopf gegen Österreich*, 2010).

Пракса Уставног суда важан је извор права уставног надзора иако Уставни суд не примјењује доктрину прецедента.³⁰ Уставни суд у интересу правне сигурности, предвидљивости и једнакости пред законом слиједи своје раније одлуке у истим или сличним случајевима, а од њих може одступити из важних разлога, наравно уз добро образложење о промјени става. На овај начин Уставни суд усваја правни став Европског суда за људска права који не слиједи доктрину прецедента већ своје раније одлуке. Тако је Велико вијеће ЕСЛП у пресуди Кристин Гудвин против Уједињеног Краљевства од 11. VII 2002. истакло (§1) да

„...иако Суд није формално обавезан слиједити своје претходне пресуде, у интересу је правне сигурности, предвидљивости и једнакости пред законом да он не треба одступити, без доброг разлога, од прецедената установљених у претходним случајевима... Међутим, будући да је Конвенција у првом реду и прије свега систем за заштиту људских права, Суд мора имати обзира према промијењеним условима унутар тужених држава и држава странака уопштено одговорити на сваку развојну конвергенцију... Од круцијалне је важности да се Конвенција тумачи и примјењује на начин који чини њена права стварним и дјелотворним, а не теоретским и илузорним. Пропуст Суда да одржи динамичан и еволутиван приступ заправо би довео до ризика стварања препрека реформама или унапређењу.“

Активистички приступ Уставног суда Црне Горе изражен је у рјешењу У-III бр. 183/17 од 12. маја 2017. године, којим је одбачена уставна тужба због одобрења Скупштине за покретање кривичног поступка и одређивање притвора против А. М., посланика у Скупштини Црне Горе, по захтјеву Специјалног државног тужилаштва,

³⁰ Danijel A. Farber, Suzanne Shery, *Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009, 63–84.

због кривичног дјела – стварање криминалне организације из члана 401 став 2 у вези са ставом 1 КЗЦГ, уз образложење:

„...Устав ни мјеродавни закони не прописују изричито правно средство против аката скупштине о одобрењу за кривично гоњење посланика, нити прописују круг овлашћених лица на подношење правног средства против њих. С друге стране, они га експлицитно и не искључују. У том смислу треба подсјетити на нови правни став Европског суда за људска права, први пут изражен у пресуди Великог вијећа у предмету *Vilho Eskelinen и други против Финске* од 19. априла 2007. (захтјев бр. 63235/00).“

5. ОГРАНИЧЕЊЕ И САМООГРАНИЧЕЊЕ УСТАВНОСУДСКОГ АКТИВИЗМА

Деклараторни аспект судске функције најбоље је описао *Френсис Бекон (Francis Bacon)*: „...судије морају имати на уму да је њихова дужност *ius dicere*, а не *ius dare*: тумачити право, него ли стварати или давати. Иначе, њихова власт би била као она коју себе присваја римска црква, која се под изговором да тумачи Свето писмо не устручава додавати и мијењати, и проглашавати оног чега нема и под изговором старог уводити ново... нека судије памте да су лавови придржавали Соломонов пријесто, с обје стране; нека и они буду лавови, али лавови испред пријестола, те пазе да се не супротстављају правима суверенитета.“³¹ Међутим, афирмација судског надзора у САД омогућила је дефиницију судског активизма која се фокусира на однос између судског надзора и тумачења устава,³² па се може закључити да је „опис судског понашања у појмовима *активизам* против *ограничења* такође амерички изум“.³³

5.1. *Act of State Doctrine* као лимитатор уставног судства

Уставно судство је први пут остварено у Сједињеним Америчким Државама, па су и механизми ограничавања судова у уставно-судском поступању оригинално потекли из америчке уставноправне доктрине. Уставносудски поступак мора осигурати максималну заштиту устава и пазити да законодавцу не намеће ограничења јер би се тиме довела у питање природа и ток законодавног поступка.

³¹ Френсис Бекон, *Есеји или савјети политички и морални*, Нова Атлантида – Култура, Београд 1967, 184–185.

³² Ch. Wolfe, 1.

³³ Т. Коопманс, 51 фн. 5.

Претјераним ограничавањем законодавца Врховни суд би се довео у положај неке натпарламентарне власти, што уставотворцима свакако није била намјера, па се пред Врховним судом Сједињених Америчких Држава одмах након историјског Марбурија поставило питање гдје је граница судске контроле (*judicial review*). Пракса је поставила критеријуме и имплементирала одређене доктрине, али је важно нагласити да нико никада није прописао јасну границу између правних и политичких питања. Врховни суд у сваком поједином случају одлучује представља ли неки случај политичко питање (*political question*) или не. Једна од првих доктрина које су истакле потребу ограничавања Врховног суда приликом спровођења судског надзора уставности правних аката јесте доктрина *act of state*, која је имала за циљ да онемогући слабљење моћи извршне власти која је обавезна осигурати редовно функционисање цијеле државе на начин да јој судови намећу ограничења.

Act of state доктрине ограничава се само на захтјев који се упућује судовима да се суздрже од одлучивања у предметима у којима се испитује уставност аката које органи извршне власти склапају с другим државама, правним и/или физичким лицима. Под овом дефиницијом подразумијева се суздржавање од одлучивања о уставности међународних уговора.³⁴

5.2. *Political Question Doctrine*

Свака уставносудска дјелатност садржи политичку конотацију, и то се не може избјећи, али морају се поставити критеријуми који ће омогућавати законодавној и извршној власти обављање својих уставом утврђених функција, а уставном суду обављање основног задатка – заштите устава. Америчка уставносудска јудикатура је показала бит ове доктрине у случају Лутер против Бордена (*Luther v. Borden*) из 1849. године, гдје се Врховни суд довео у позицију да одлучује о легитимној влади државе Род Ајленд (*Rhode Island*). Мартин Лутер (*Martin Luther*) је тужио Лутер М. Бордена (*Luther M. Borden*) и остале због повреде свог посједа, пошто су тужене особе провалиле у кућу тужиоца с намјером да га ухапсе јер је био члан групе познате под називом *Dorr Rebellion*, оружане формације која се кратко вријеме почетком 40-их година XIX вијека борила против легитимне власти државе Род Ајленд. Тужене особе су оправдавале свој упад на посјед чињеницом да су они били службеници државе Род Ајленд која је била у ванредном стању и службеници легитимне власти који су требали ухапсити Мартина

³⁴ Robert T. Hill, „Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law“, *The Rebel Journal of Comparative and International Private Law* 1/1982, 46.

Лутера због учествовања у побуни. Мартин Лутер је одбацио оптужбе истакавши да је улазак на његов посјед незаконит, будући да је народ државе Род Ајленд ускратио повјерење власти прије него што је он починио дјела која му се стављају на терет, па он представља грађанина који подржава закониту власт Род Ајленда, а управо су тужене особе оружјем устале против те законите власти. Стога се из обичног одлучивања о повреди посједа развило политичко питање о законитој власти Род Ајленда, а Врховни суд је позван да пружи одговор. Предсједник Врховног суда Танеј (*Taney*) је написао мишљење већине судија и истакао чл. 4 одјељак 4 Устава Сједињених Америчких Држава (тзв. *Guaranty Clause*) у којем се истиче како ће Сједињене Државе јемчити свакој држави-чланици републикански облик владавине и штитити сваку од њих против инвазије, а на захтјев законодавног тијела или тијела извршне власти кад се законодавно тијело не може састати, и против унутрашњег насиља. Аргументовао је како је у *надлежности Конгреса да одлучи која је законита власт у држави-чланици* и да је његова одлука обавезујућа те не може бити предмет судског испитивања.³⁵

Лутер против Бордена представља почетак разматрања доктрине о политичким питањима која ће се у будућности још много пута појавити у правно-политичком систему Сједињених Америчких Држава. Можемо рећи да сваки случај који се појави пред Врховним судом неминовно у себи носи политичке импликације, а на Врховном суду лежи одлука хоће ли примијенити доктрину о политичким питањима или не.

Сљедећи случај који се појавио пред Врховним судом а представљао је политичко питање био је случај Бејкер против Кара (*Baker v. Carr*) из 1962. године, који се односио на подјелу посланичких мјеста у парламенту државе Тенеси (Tennessee) између изборних округа. Тужилац је био републиканац Чарлс Бејкер (*Charles Baker*) из округа Шелби (*Shelby*) у којем је смјештен град Мемфис (*Memphis*) и у својој аргументацији нагласио је како је подјела посланичких мјеста у држави Тенеси извршена према закону из 1901. године, тако што гласови руралних дјелова „вриједе више“ него гласови урбаних дјелова државе, што представља повреду XIV амандмана који јемчи једнаку законску заштиту свих грађана. Тужен је био *ex officio* Џо Кар (*Joe Carr*) државни секретар јер, иако није директно направио такве изборне округе, одговоран је за спровођење избора, а самим тим и за одређивање изборних јединица. Судија Вилијам Џозеф Бренан (*William Joseph Brennan*) написао је мишљење већине судија ис-

³⁵ Ronald D. Rotunda, John E. Nowak, J. Nelson Young, *Constitutional law*, Minnesota 1986, 102–103.

такавши како *Врховни суд сматра да овај случај представља политичко питање о којем Врховни суд не може одлучивати.*³⁶

6. ЗАКЉУЧАК

Границе између правосуђа и политике тема је која ће и даље пратити уставно судство у вези са питањем да ли суд превише спутава политику или да ли политика суду задаје превише задатака. Овим радом смо освијетлили аспект положаја уставног судства у правно-политичком поретку државе дефинисањем појмова и појмовне анализе три друштвено-политичка реалитета, америчког, њемачког и црногорског, који су еманирали у специфичним случајевима на која су уставни судови морали дати одговор.

На прво питање, да ли постојање уставног судства и судског активизма може отежати законодавни процес и политички живот, морамо одговорити негативно, јер је управо Врховни суд САД у изузетим ситуацијама спремно улазио у политичку сферу и утицао на јавну политику и својим тумачењима није кочио законодавни процес већ га је допунио, а слична ситуација је и са Савезним уставним судом у Њемачкој, који је био једна од полуга којом се осигуравала уставна владавина и владавина права, кроз поштовање Основног закона. Значи, да не постоје никакви директни ни индиректни докази да би уставно судство и судски активизам могли отежавати доношење политичких одлука, већ квалитетно дозираним судским активизмом уставни судови могу бити једни од одлучујућих фактора цјелокупног развоја државе и осигуравања владавине права. Судски активизам уставних судова је неопходан када је потребно заштити људска права и основне слободе уз судско самоограничење као “судску тенденцију – свјесну или несвјесну – да се постигне одговарајућа равнотежа између конкретних друштвених вриједности очувањем постојећег права, прије него стварањем новог права”.³⁷

Одговор на друго питање, граница судског активизма у Црној Гори, намеће се из самог излагања пресуда. Уставни суд Црне Горе је имао свијетле тренутке, али је у већини случајева претјераним самоограничавањем пропустио дјеловати у врло важним предметима, чиме је показао како се по питању спремности на преузимање активније улоге у политичком животу није одмакао од уставносудске филозофије осамдесетих година прошлог вијека, иако га нико није ограничавао јер је уживао потпуну Уставом зајамчену и заштићену слободу и независност.

³⁶ Geoffrey R. Stone *at al.*, *Constitutional law*, New York 2001, 112–118.

³⁷ A. Barak, 271.

Но, можемо истакнути наду да ће будућност донијети позитивне промјене којима ће Уставни суд Црне Горе, као и у осталим транзицијским државама, у будућности у пуној мјери бити прави чувар Устава и тихи уставотворац који ће рјешавати тешке и сложене уставне конфликте произишле из раскорака између “идеалног” друштва описног у уставу и “стварног” у којима су укоријењене историјске традиције и трагови комунистичке прошлости.

Њемачко уставно судство и његова рјешења и активности могу бити идеје водиле за црногорске прилике, комбиновано са рјешењима других развијених земаља западних демократија прилагођена црногорској историји, традицији, менталитету.

Уставни суд Црне Горе својим активизмом треба да доприне се појашњавању односа између демократије и судства, начела диобе власти и уставне заштите права и слобода, кроз компоненте садржане у начелу владавине права, јер у XXI вијеку нема повратка у свијет у којем „судије не стварају право“, у свијет у који је „наглашено легалистички“, јер такав свијет „стриктног и потпуног легализма“ више није могућ, а није ни пожељан.³⁸

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Бачић, А., „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95. (Ваџић, А., „О судском активизму или о политичкој улози судова“, *Политичка мисао* 3/95)
- Бачић, А., *Хрватска и изазови конституционализма*, Сплит 2001. (Ваџић, А., *Hrvatska i izazovi konstitucionalizma*, Split 2001)
- Бачић, П., *Конституционализам и судски активизам*, Свеучилишна књижница, Сплит 2010. (Ваџић, Р., *Konstitucionalizam i sudski aktivizam*, Sveučilišna knjižnica, Split 2010)
- Барак, А., *The Judge in a democracy*, Princeton – Oxford 2006.
- Бекон, Ф., *Есеји или савјети политички и морални*, Нова Атлантида – Култура, Београд 1967. (Bekon, F., *Eseji ili savjeti politički i moralni*, Nova Atlantida, Kultura, Beograd 1967)
- Сарплети, М., Коен, В., *Comparative constitutional law*, Indianapolis – New York 1979.
- Чопер, Ј. *at al.*, *Constitutional law: Cases – Comments and questions*, Minnesota 2016.
- Дворкин, Р., *Суштина индивидуалних права*, ЦИД, Подгорица 2001. (Dvorkin, R., *Sušтина individualnih prava*, CID, Podgorica 2001)

³⁸ М. Kirbi, *Judicial activism*, London 2004, 10.

- Ђорђевић, Ј., *Уставно право*, Савремена администрација, Београд 1967. (Ђорђевић, Ј., *Ustavno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1967)
- Farber, D., Sherry S., *Judgment Calls: Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009.
- Hill, R. T., „Sovereign immunity and the act of State doctrine: theory and policy in United States law“, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1/1982.
- Коопманс, Т., *Court and Political Institution*, Cambridge 2003.
- Крапац, Д., *Поступак пред Уставним судом Републике Хрватске*, Загреб 2014. (Крапас., D., *Postupak pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske*, Zagreb 2014)
- Лимбах, Ј., *Савезни уставни суд Њемачке*, ИПЗ, Сарајево 2012. (Limbah, J., *Savezni ustavni sud Njemačke*, IRZ, Sarajevo 2012)
- McNair, A., Buckland W., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge 1965.
- Öhlinger, T., „The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation“, *Ratio Juris* 2/2003.
- Подолњак, Р., „Амерички Врховни суд као политичка институција: Bush vs. Gore“, *Правни вјесник* 1–2/2003. (Podolnjak, R., „Амерички Врховни суд као политичка институција: Bush vs. Gore“, *Pravni vjesnik* 1–2/2003)
- Rotunda, R., Nowak, J., Young, N., *Treatise on Constitutional Law: Substance and procedure*, Oxford 1986.
- Schoeller, H., „Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava“, *Pravo, Zagreb* 24/2000.
- Смердел, Б., *Уставно уређење европске Хрватске*, Загреб 2013. (Smerdel, B., *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, Zagreb 2013)
- Стојановић, Д., „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли“, *Зборник Правног факултета у Нишу* 72/2016. (Stojanović, D., „Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016)
- Stone, G. R. *at al.*, *Constitutional law*, New York 2001.
- Ворландер, Х., *Устав, идеја и историја*, ИПЗ, Сарајево 2012 (Vorlander, H., *Ustav, ideja i historija*, IRZ, Sarajevo 2012)
- Wolfe, C., *Judicial activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Oxford 1997.

Hamdija Šarkinović, MA

Judge of the Constitutional Court of Montenegro

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

CONSTITUTIONAL JUDICIARY ACTIVISM IN MONTENEGRO

Summary

Work under the topic: „Constitutional judiciary activism in Montenegro“ analyzes the issue of relation among law and politics. Paper aims to give an answer on two questions which are considered as issues. First question, whether the existence of the constitutional judiciary and judicial activism complicates the legislative process and political life and second question where the limits of the judicial activism in Montenegro are? This paper attempts to highlight the importance of judicial activism for establishing legal security while emphasizing that the Parliament is limited in making decisions in accordance with the Constitution and the importance of the Constitutional Courts in achieving principles of constitutionality, legality and the rule of law.

Key words: *Separation of powers. – Judicial activism. – Constitutional judiciary. – The Constitutional Court of Montenegro. – The Supreme Court of America.*

Article history:

Received: 6. 9. 2018.

Accepted: 29. 11. 2018.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ*

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на <http://ojs.ius.bg.ac.rs/>.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. 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*.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездicom, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

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. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт *Times New Roman 11*. Списак обухвата уџбенике, монографије и

* Почев од броја 2/2019 часописа *Анали Правног факултета у Београду* примењиваће се нова упутства за ауторе. Нова упутства су доступна на: [http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Uputstvo_za_autore_\(SRB\)_2019.pdf](http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Uputstvo_za_autore_(SRB)_2019.pdf) (на српском језику) и [http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Guidelines_for_Authors_\(ENG\)_2019.pdf](http://ojs.ius.bg.ac.rs/public/journals/1/Guidelines_for_Authors_(ENG)_2019.pdf) (на енглеском језику).

чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

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 италиком словима (фонт 12) итд., мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Анали Правног факултета у Београду излазе квартално – три домаћа издања и једно међународно (број 4) и то крајем марта, јуна, септембра и децембра. Рокови за пријаву радова су 31. јануар за први број, 30. април за други број, 31. јул за трећи број и 31. октобар за четврти (међународни) број.

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. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично). После места издања не ставља сеarez.

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. 1994³).

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 цртом.

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).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. 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. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

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.

Ако 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 (1995а), 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 (1995а), 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.

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 скраћеница 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 знакомом „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

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 означавају 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.

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. пишу се курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом 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](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилицу на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту пре-зиме 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.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић
Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени
гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

У ОВОМ БРОЈУ:

Југослава ВОЈНОВИЋ

/Јавно приватно партнерство у области здравствене заштите у Великој Британији

Владимир ВИНШ

/Право интерпретатора на годишњу додатну накнаду

Никола ПАУНОВИЋ

/Симуловани послови као посебна доказна радња у српском кривичнопроцесном праву
законско решење и нека спорна питања

Хамдија ШАРКИНОВИЋ

/Уставносудски активизам у Црној Гори

ISSN 2406 2693



9 772406 269305